إيضاح الفوائد

في شرح اشكالات القواعد

لمؤلفه:

الفقيه الأعظم والإمام المعظم فخر المحققين الشيخ

أبي طالب محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي

قدس سره ٦٨٢/٧٧١

الجزء الثالث

إيضاح الفوائد

في شرح اشكالات القواعد

لمؤلفه :

الفقيه الأعظم الإمام المعظم فخر المحققين الشيخ

أبي طالب محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي

قدس سره ٦٨٢/٧٧١

وفي اعلى كل صفحة منه ما يخصها من المتن المذكور

نمقه وعلق عليه واشرف على طبعه (السيد حسين الموسوى الكرماني)

و(الشيخ علي پناه الاشتهاردى) و(الشيخ عبدالرحيم البروجردى) عفي عنهم

الجزء الثالث

فروع الكافي ـ باب ما يلحق الميت بعد موته

(١) محمد بن اسماعيل ، عن الفضل بن شاذان ، عن صفوان بن يحيى عن معاوية بن عمار ، قال قلت لابي عبدالله عليه السلام ما يخلف الرجل بعد موته قال : سنة سنها يعمل بها بعد موته فيكون له مثل اجر من عمل بها من غير ان ينقص من اجورهم شيء ، والصدقة الجارية تجرى من بعده ، والولد الصالح (الطيب ـ خل) يدعو لوالديه بعد موتهما ويحج ويتصدق عنهما ويعتق ويصوم ويصلي عنهما فقلت اشركهما في حجي قال نعم .

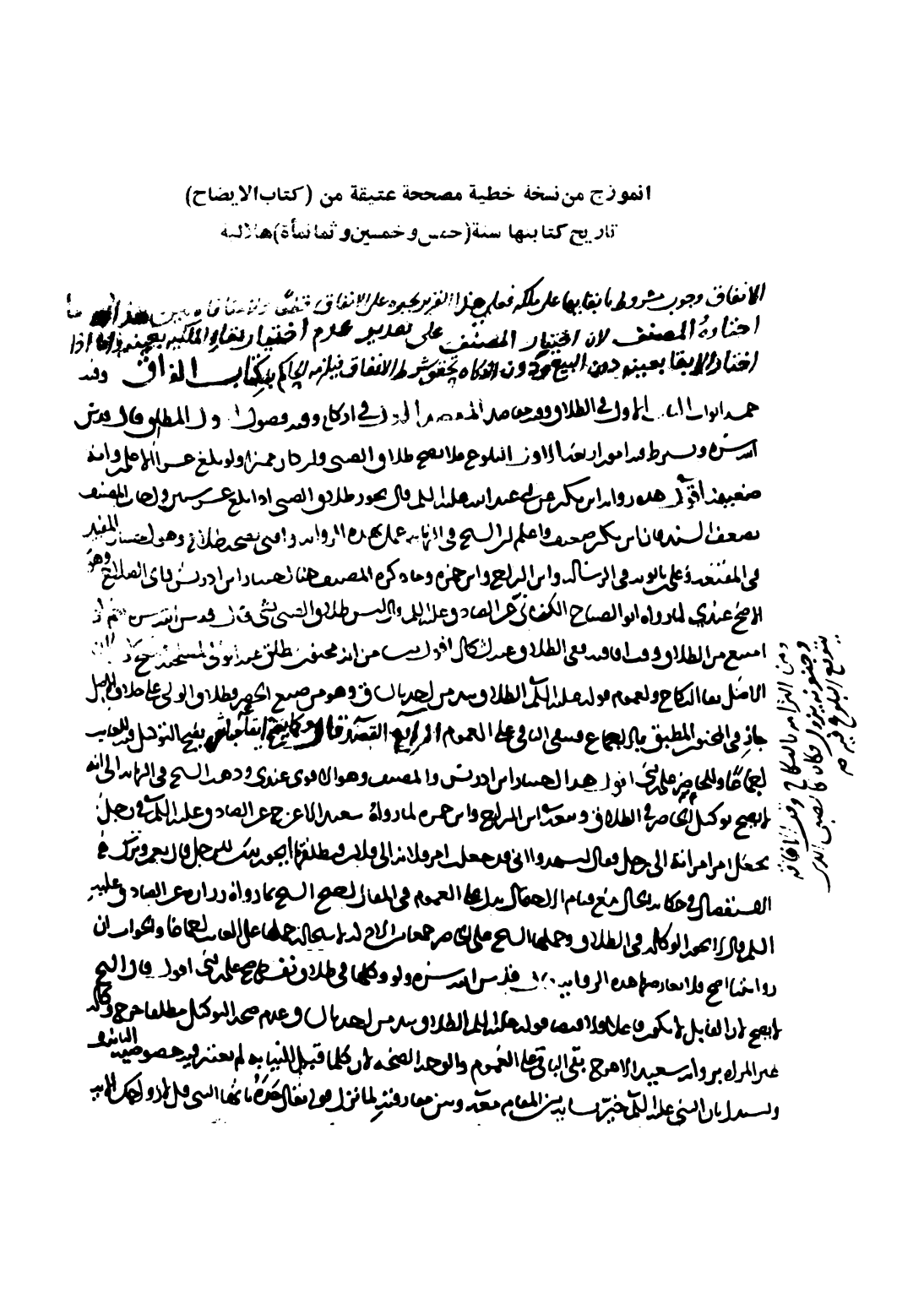
وفيه ايضاً

(٢) عدة من اصحابنا ، عن احمد بن ابي عبدالله ، عن يعقوب بن يزيد ، عن محمد بن شعيب ، عن ابي كهمس ، عن ابي عبدالله عليه السلام قال : ستة تلحق المؤمن بعد وفاته ، ولد يستغفر له ، ومصحف يخلفه ، وغرس يغرسه ، وقليب يحفره وصدقة يجريها ، وسنة يؤخذ بها من بعده .



انموذج من نسخة خطية مصححة عتيقة من (كتاب الايضاح)

تاريخ كتابتها سنة (خمس وخمسين وثمانمأة) هـ



إيضاح الفوائد

في شرح اشكالات القواعد

لمؤلفه:

الفقيه الأعظم والإمام المعظم فخر المحققين الشيخ

أبي طالب محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي

قدس سره ٦٨٢/٧٧١

وفي اعلى كل صفحة منه مايخصها من المتن المذكور

نمقه وعلق عليه واشرف على طبعه (السيدحسين الموسوى الكرمانى)

و(الشيخ علي پناه الاشتهاردى) و(الشيخ عبدالرحيم البروجردى) عفى عنهم

الجزء الثالث

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

وفيه ابواب (الاول) فى المقدمات وهى سبعة مباحث

(**الاول**) النكاح مستحب ويتأكد فى القادر مع شدة طلبه وقد يجب اذا خشى الوقوع فى الزنا سواء الرجل والمرأة ، والاقرب انه افضل من التخلى للعبادة لمن لم تتق نفسه اليه (١) وينبغى ان يتخير الولود البكر العفيفة الكريمة الاصل، وصلاة ركعتين وسؤال-

---

بسم الله الرحمن الرحيم

بعد حمد الله واجب الوجود و واهب وجود كل موجود مفيض الخير و الجود و الصلوة على الذوات القدسية خصوصا على محمد خاتم الانبياء وعلى آله خير البرية .

(**يقول محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر**) قدس الله سره (لما فرغت) من تحرير الجزء الاول من كتاب القواعد (شرعت الآن) فى تحرير الجزء الثانى منه فنسأل من الله حسن التوفيق واصابة الحق بالتحقيق .

كتاب النكاح

وفيه ابواب

الاول فى المقدمات

قال قدس الله سره : والاقرب انه افضل من التخلى للعبادة لمن لم تتق نفسه اليه .

اقول : نذكر هنا مقدمة ومسائل ثلاث (اما المقدمة) فنقول لفظ النكاح حقيقة شرعية فى العقد وهو عقد لفظى مملك للوطى ابتداء لقوله تعالى **يا ايها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن** الاية (٢) ومجاز شرعى

---

(١) من تاق يتوق بمعنى الاشتياق (٢) الاحزاب-٤٩

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

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

---

(١) البقرة ٢٢٩ (٢) النساء ـ ٢٢
(٣ـ٤) النساء ٣ (٥) النور ٣٢
(٦) لم نعثر عليه بهذا اللفظ نعم قد ورد ماهو بمضمونه .

ويجوز اكل نثار العرس لا اخذه الا باذن اربابه نطقا او بشاهد الحال ويملك حينئذ بالاخذ على اشكال **(الثالث)** يكره الجماع في ليلة الخسوف ويوم الكسوف ، وعند

وحصوراً (١) مدحه على الترك وكل ممدوح عليه راجح (واعلم) ان موضوع هذا البحث القادر عليه وذهب ابن حمزة الى انه كلما اجتمعت القدرة على النكاح و الشهوة له للرجل او المرأة استحب له وكلما فقد امعا كره وان افترقا لم يكره ولا يستحب (الثالثة) على القول بانه مستحب لمن لم تتق نفسه اليه (هل) هو له افضل من التخلي للعبادة او التخلي للعبادة افضل ولا قائل بالمساوات فالمصنف على الاول لعموم الامر في قوله تعالى **وانكحوا** (٢) وعموم الخبر وقول الصادق عليه السلام ركعتان يصليهما متزوج افضل من سبعين ركعة يصليها عزب الحديث (٣) ولانه اصل للعبادة وسبب لها مع كونه عبادة (ولاشتماله) على بقاء النوع معها بخلاف باقي مندوبات العبادات (ولقول) النبي صلى الله عليه وآله وسلم شراركم موتاكم العزاب (٤) وهو يتناول المتخلي العزب وقال عليه السلام اراذل موتاكم العزاب (٥) ولما رواه عبدالله بن ميمون القداح عن ابي عبدالله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ما استفاد امرؤ فائدة بعد الاسلام افضل من زوجة مسلمة تسره اذا نظر اليها وتطيعه اذا امرها وتحفظه اذا غاب عنها في نفسها وماله (٦)

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

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

---

(١) آل عمران ٣٤　(٢) النور ٣٢　(٣) ئل ب٢ خبر ١ من ابواب مقدمات النكاح
(٤) المستدرك ب٢ خبر ٧ من ابواب مقدمات النكاح .
(٥) ئل ب ٢ خبر ٣ من ابواب مقدمات النكاح.
(٦) ئل ب ٩ خبر ٥ من ابواب مقدمات النكاح ,

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

(الرابع) يجوز النظر الى وجه من يريد نكاحها وكفيها مكرراً واليها قائمة وماشية وان لم يستأذنها وبالعكس (وروى) الى شعرها ومحاسنها وجسدها من فوق الثياب ، والى

عنى الثانى لم يتم فالغلط من اشتراك اللفظ واختار المصنف فى المختلف عدم تملكه بالاخذ واختار الشيخ فى المبسوط انه يملك بالاخذ وسياتى وجه كل واحد .

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

اقول: لا نعلم خلافا بين علماء الاسلام فى جواز النظر الى وجه امرأة يريد نكاحها وكفيها مكرراً ـ فشرط جواز النظر المذكور ارادة نكاحها وامكانه عادة بالنظر الى حالها وحاله وخلوها من موانع النكاح حال النظر كالعدة بالاجماع و وقته عند اجتماع هذه الشرائط (وقيل) عند تحريم الخطبة على الخطبة والاول اصح ولا يشترط اذنها عندنا لاطلاق الخبر بالجواز لقوله عليه السلام من تاقت نفسه الى نكاح امرأة فلينظر منها الى مايدعوه الى نكاحها (٢) وهو مجمل ثم بينه عليه السلام بقوله لصحابى خطب امرأة ـ انظر الى وجهها وكفيها(٣) والمراد بقوله يجوز ـ الاباحة ـ لا الاعم الشامل لها وللندب (قالوا) فلينظر ـ امر فيستحب لانتفاء الوجوب اجماعا (قلت) هذا مثل **فاصطادوا** (٤) ولا

---

(١) اى يكره النظر الى الخ .

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

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

(٤) المائدة ـ ٢

أمة يريد شرائها والى شعرها ومحاسنها دون العكس ، والى اهـل الذمة وشعور هن الالتلذذ اوريبة ، وان ينظر الرجل الى مثله الاالعورة وان كان شابا حسن الصورة الا لريبة اوتلذذوكذا المرأة، والملك والنكاح يبيحان النظر الى السوءتين من الجانبين على

يجوز النظر الى غيرذلك لقوله تعالى **قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم**(١) و الرواية بالنظر الى الشعر ماروواه عبدالله بن سنان قال قلت لابيعبدالله عليه السلام الرجل يريد ان يتزوج المرئة ــ فيجوز ان ينظر الى شعرها قال نعم انما يريد ان يشتريها باعلا الثمن (٢) والرواية بالنظر الى المحاسن رواية غياث بن ابراهيم عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام انه سأل عن رجل نظر الى محاسن امرأة يريدان يتزوجها قال لابأس انما هو مستام (٣) اى يريد شراءها من السوم .

قاعدة فى تحريم النظر و اباحته

وهنا مقامان (الاول) فى تحريمه وهو اقسام اربعة (الاول) نظر الرجل الى المرأة، فنقول كل اجنبية لايريد نكاحها ولاحاجة الى النظر اليها يحرم النظر الى ماعدا الوجه والكفين منها باجماع علماء الاسلام (واما الوجه والكفان) فيحرم بتلذذ او خوف الفتنة اجماعا لقوله تعالى **قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم** (٤) وان لم يخف الفتنة، قال الشيخ يكره ولايحرم لقوله تعالى **ولايبدين زينتهن الاماظهر منها**(٥) وهو مفسر بالوجه والكفين وقال والدى فى التذكرة ، يحرم النظر اليهما كسايرجسدها وهو الاصح عندى لعموم الآية ولانه مظنة الشهوة والفتنة (لان) الخثعمية اتت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بمنى وهو فى حجة الوداع تستفتيه فى الحج وكان ابن عباس رديف رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأخذ ينظر اليها وتنظر اليه فصرف رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وجه الفضل عنها وقال رجل شاب وامرأة شابة فخشيت ان يدخل الشيطان بينهما (٦) (لايقال) لادلالة فيه لانه عليه السلام صرح بخوف الفتنة ولاشك فى تحريمه معه والمدعى عدم الخوف (لانا) نقول علل بشبابها وهو مظنة الشهوة وخوف الشيطان وهو

---

(١) النور ٣٠ (٢) ئلب ٣٧ خبر٧ من ابواب مقدمات النكاح .
(٣) ئلب ٣٧ خبر٨ من ابواب مقدمات النكاح .
(٤) النور ٣٠ ـ (٥) النور ٣١.
(٦) المستدرك ب٨٠ خبر٧ من ابواب مقدمات النكاح .

كراهيّة ، ويجوز النظر الى المحارم عدا العورة وكذا المرأة ولا يحلّ النظر الى الاجنبية الا لضرورة كالشهادة عليها ويجوز الى وجهها وكفّيها مرة لا ازيد وكذا المرأة، وللطبيب النظر الى ما يحتاج اليه للعلاج حتى العورة، وكذا لشاهد الزنا النظر الى الفرج لتحمل

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

---

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

(٥) ئل ب١٢٥ خبر ٢ من ابواب مقدمات النكاح وفيه محمد بن اسحاق .

(٦) النور ٣١

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

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

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

القسم الثالث نظر الرجل الى الرجل لا يجوز بشهوة وتوريبة **لقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم** (٦) وان خلا عن الريبة والشهوة جاز له ان ينظر اليه والى جسده عاريا ماعدا العورة وهي القبل والدبر خاصة عند اكثر علمائنا وعند آخرين ما بين السرة والركبة عورة وليس بجيد.

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

فرع

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

---

(١) ثلب ١٢٣ خبر ٦ من ابواب مقدمات النكاح .
(٢) النور ٣٠　(٣) النور ٥٩　(٤) النور ٣١ .
(٥) ثلب ١٢٨ خبر ٢ من ابواب مقدمات النكاح .　(٦) النور ٣١

والعضو المبان كالمتصل على اشكال واللمس فى المحارم كالنظر. (**الخامس**) **الخطبة**

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

المقام الثانى فى اباحة النظر ومحله قسمان

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

تذنيب

كلما يحرم النظر اليه يحرم لمسه وما يباح من الاجنبيّة يحرم اختياراً لمسه اجماعا لانه اقوى فى التلذذ والاستمتاع من النظر ولهذا لايبطل الصوم بالانزال المستند الى النظر ويبطل لواستند الى الملامسة واما المحارم فيجوز مس الوجه والكفين والقدمين منهن واما غير ذلك لالضرورة فعلى القول بالاباحة فى تحريم لمسه قولان (احدهما) يحرم لانه ضرورة اليه (وثانيهما) لايحرم وهو اختيار والدى فى التذكرة و هو الاصح عندى .

قال قدس الله سره: والعضو المبان كالمتصل على اشكال.

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

مستحبة (اما) تعريضا كرب راغب فيك أوحريص عليك اوانني راغب فيك اوانك على كريمة اوان الله لسايق اليك خيراً اورزقا ، ولوذكر النكاح ابهم الخاطب كرب راغب فى نكاحك ، ونهى الله تعالى عن المواعدة سراً الا بالمعروف (١) كأن يقول عندى جماع يرضيك وكذا ان اخرجه مخرج التعريض كان يقول رب جماع يرضيك لانه من الفحش (واما) تصريحا - كأن يقول اذا انقضت عدتك تزوجت بك وكلاهما حرام لذات البعل وللمعتدة الرجعية وللمحرمة ابداً كالمطلقة تسعا للعدة وكالملاعنة و كالمرضعة وكبنت الزوجة ممن حرمت عليه ، ويجوز التعريض لهؤلاء من غيره فى العدة والتصريح بعدها والمطلقة ثلاثا يجوز التعريض لها من الزوج وغيره ويحرم التصريح منهما فى العدة ويجوز من غيره بعدها والمعتدة باينا كالمختلعة ، والمفسوخ نكاحها يجوز التعريض لها من الزوج وغيره و التصريح من الزوج خاصة و الاجابة تابعة ، ولو صرح فى موضع المنع او عرض فى موضعه ثم انقضت العدة لم يحرم نكاحها . ولو اجابت خطبة زيد ففى تحريم خطبة غيره نظر الا المسلم على الذمى فى الذمية

اقول: تقرير هذه المسألة ان مالا يجوز النظر اليه وهو متصل (هل) يحرم النظر اليه بعد الانفصال قال المصنف فيه اشكال ينشأ (من) ثبوت التحريم قبل الانفصال والاصل بقائه وعموم النهى عن النظر الى اعضاء الاجنبية وعموم الآية بغض البصر (ومن) انه ليس محل الشهوة (ولانه) جسم عديم الحيوة فكان كسائر الجمادات والاصح عندى الاول .

قال قدس الله سره: ولو اجابت خطبة زيد ففى تحريم خطبة غيره نظر.

اقول: وجه النظر ماروى عن البنى صلى الله عليه وآله وسلم لا يخطب الرجل على خطبة اخيه (٢) (ولانه) دخول فى سوم المؤمن وهو منهى عنه والنهى يقتضى الحرمة (واجيب) بمنع صحة السند والمقدمة الاولى والثالثة فى الثانى (واحتجوا) باصالة الاباحة.

تنبيه

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

---

(١) مثال للمواعدة سراً .

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

ولوعقد الغيرصح **(السادس)** خص رسول الله عليه وآله باشياء في النكاح وغيره- وهي ايجاب السواك عليه والوتر و الاضحية وانكار المنكر واظهار مووجوب التخيير لنسائه بين ارادته ومفارقته بقوله **يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحيوة الدنيا الاية** (١) وهذا التخيير كناية عن الطلاق ان اخترن الحيوة الدنيا وقيام الليل وتحريم الصدقة الواجبة و المندوبة على خلاف - وخائنة الاعين و هو الغمز بها ونكاح الاماء بالعقد و الكتابيات والاستبدال بنسائه والزيادة عليهن حتى نسخ بقوله **انا احللنا لك ازواجك الاية** (٢) والكتابة وقول الشعر ونزع لأمته اذا لبسها قبل لقاء العدو وابيح له ان يتزوج بغير عدد وان يتزوج ويطأ بغير مهر- وبلفظ الهبة- وترك القسم بين زوجاته - والاصطفاء - والوصال - واخذ الماء من العطشان و الحمى لنفسه - وابيح لنا وله الغنائم - وجعل الارض مسجداً وترابها طهوراً - وجعلت ازواجه امهات المؤمنين بمعنى تحريم نكاحهن على غيره سواء فارقهن بموت او فسخ او طلاق لا لتسميتهن امهات ولا لتسميته عليه السلام ابا - وبعث الى الكافة - وبقيت معجزته وهي القرآن الى يوم القيمة - و جعل خاتم النبيين-

---

او تاذن لوليها ان يزوجها منه ولو بالسكوت كما في البكر وهي ممن يعتبر اذنها واما التعريض كقولها لا رغبة عنك فيكره (وقيل) يحرم لاطلاق الخبر وليس بجيد والاصح عندى الكراهة في الكل واجابة الولي في المولى عليها كاجابتها ولو لم يعلم بالاجابة لم يحرم ولم يكره ايضا .

قال قدس الله سره : والمندوبة على خلاف .

اقول: تحرم الصدقة الواجبة على الرسول اجماعا ويشاركه اولوا القربى لكن التحريم عليهم بسببه عليه السلام ولهذا عدها من خواصه ولتحريمها عليه من بني هاشم وغيرهم بخلاف اولى القربى عندنا فالتحريم الكلى مختص به عليه السلام وهل يحرم المندوبة توقف الشيخ في المبسوط وجزم في الخلاف بالاباحة وليس هنا موضع بحثه .

---

(١) الاحزاب -٢٨ . (٢) الاحزاب ٤٩ .

ـونصر بالرعب ـ وكان العدو يرهبه من مسيرة شهر ـ وجعلت امته معصومة ـ و(١) خص بالشفاعة ـ وكان ينظر من ورائه كما ينظر من قدامه بمعنى التحفظ و الحس ـ وكان ينام عينه ولا ينام قلبه كذلك ـ وجعل ثواب نسائه مضاعفا وكذا عقابهن ـ وابيح له دخول مكة بغير احرام ـ واذا وقع بصره على امرأة و رغب فيها وجب على الزوج طلاقها (السابع) اقسام النكاح ثلاثة (دايم) و (منقطع) و (ملك يمين) و لنبدأ بالدائم ونتبعه بالاخرين انشاءالله تعالى .

الباب الثانى فى العقد

وفيه فصلان (الاول) فى اركانه وهى ثلاثة

(الاول) الصيغة ولابدفيه من ايجاب وقبول. والفاظ الايجاب زوجتك وانكحتك ومتعتك والقبول قبلت النكاح اوالتزويج اوالمتعة ولواقتصر على قبلت صح (النكاح ـ خ) وكذا لوتغايرا مثل زوجتك فيقول قبلت النكاح ولابدمن وقوعهما بلفظ الماضى .

الباب الثانى فى العقد

وفيه فصلان الاول فى اركانه

(مقدمة) كل عقد لازم وضع له الشارع صيغة مخصوصة بالاستقراء والنكاح عقد لازم قد وضع الشارع له الفاظا خاصة واتفق الكل على صيغتين (زوجتك) لقوله الله تعالى **زوجناكها** (٢) و(انكحتك) لقوله الله تعالى **فانكحوا ماطاب لكم من النساء** (٣) و قوله تعالى **ولاتنكحوا مانكح آبائكم** (٤) ثم اختلفوا فى غيرهما فذهب الشيخ فى المبسوط و المرتضى و ابن الجنيد و ابن ادريس و المصنف فى المختلف الى انحصار الصيغة فيهما و منع غيرهما و جوز آخرون (متعتك) و قال ابن حمزة يجوز بغير العربية مما يؤدى معناه .

---

(١) اى عن وقوع العذاب عليهم فى الدنيا من المسخ والخسف ونحوهما .
(٢) النساء ٢ (٣) النساء ٢٢ (٤) النساء ٢٦

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

قال قدس الله سره :و لوقصد بلفظ الامر الانشاء قيل يصح كما في خبر سهل الساعدى .

اقول : القائل بالصحة الشيخ رحمه‌الله في المبسوط والخبر المذكور عن سهل ابن سعد الساعدى ان الواهبة نفسها للنبى صلى الله عليه وآله وسلم لما لم يقبل النبى صلى الله عليه وآله وسلم نكاحها قام رجل فقال زوجنيها يارسول‌الله فقال زوجتكها بما معك من القرآن الحديث(٢)وهو يدل ايضاعلى جواز تقديم القبول وجواز كون تعليم القرآن مهراً وكون النبى صلى الله عليه وآله وسلم اولى بالمؤمنين من انفسهم وعدم وجوب تقديم الخطبة (قالوا) النبى صلى الله عليه وآله وسلم لايترك المندوب (قلنا) بل لبيان كونه مندوبا وقال المصنف في المختلف وابن ادريس لايصح بلفظ الامر و هو الاصح لانه ليس بموضوع للانشاء والمجاز لايكون سببا في ماالحقيقة سبب فيه (قالوا) مشترك (قلت) المجاز خير منه.

قال قدس الله سره : ولو قال اتزوجك بلفظ المستقبل منشيا فقال زوجتك جاز على رأى.

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

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

اقول : ينشأ (من) ان (نعم) صريحة في اعادة ماتقدم في السؤال بمعنى الماضى و هى صريحة في زوجت بنتى من فلان فكانه قال هذا (بعينه) لان التصريح في الصريح صريح (ومن) حيث ان العقد سبب شرعى فيتبع فيه النص و الالفاظ المجمع عليها ، زوجتك و انكحتك ومتعتك على الخلاف فغيرها قياس في الاسباب والقياس عندنا مطلقا باطل وفى

---

(١) بصيغة الخطاب

(٢)سنن ابى داود (ج٢) باب في التزويج على العمل يعمل .

(٣) ئل باب ١٨ خبر ١ من ابواب المتعة .

كذبالم ينعقد ويصح مع تقديم القبول بان يقول تزوجتك فتقول زوجتك ولا يصح بغير العربية مع القدرة ويجوز مع العجز ولو عجز احمدهما تكلم كل بلغته ولوعجزا عن النطق اواحدهما اشار بمايدل على القصد ، ولاينعقد بلفظ البيع ولاالهبة ولاالصدقةولا التمليك ولاالاجارة ذكر المهراولا، ولا الاباحة ولاالعارية ولوقال اتزوجنى بنتكفقال زوجتك لم ينعقد حتى يقبل وكذاان قال زوجتنى ابنتك وكذاجئتك خاطباراغبافى بنتك فيقول زوجتك ولا ينعقد بالكتابة للعاجز الا ان يضم (اليه-خ) قرينة تدل على القصد و يشترط التنجيز فلوعلقه (على شرط-خ) لم يصح واتحاد المجلس فلوقالت زوجت نفسى من فلان وهوغايب فبلغه فقبل لم ينعقد وكذا لواخر القبول مع الحضور بحيث لايعد مطابقا للايجاب ولو اوجب ثم جن او اغمى عليه قبل القبول بطل ولو زوجها الولى افتقر الى تعيينها اما بالاشارة اوبالاسم اوبالوصف الرافع للاشتراك فلوزوجه احدى ابنتيه اوهذا الحمل لم يصح ، ولوكان له عدة بنات فزوجه واحدة منهن ولم يذكر اسمهاحين العقدفان لم يقصد معينة بطل وان قصدصح فان اختلفا فى المعقود عليها ، فان كان الزوج قدر آهن كلهن فالقول قول الاب لان الظاهر انه وكّل التعيين اليه وعليه ان يسلم اليه المنويّة ولو مات قبل البيان اقرع وان لم يكن رآهن بطل العقد.

(الثانى) المحل وهو كل امرأة يباح العقد عليها وسيأتى ذكر المحرمات انشاءالله تعالى (الثالث) العاقد وهو الزوج اوولىّه والمرأة اووليّها وكما يجوز للمرأة ان تتولى عقدها فكذا لها ان تتولى عقد غيرها زوجا اوزوجة ، ويشترط فيه البلوغ والعقل والحرية فلايصح عقد الصبى ولاالصبية وان اجاز الولى ولاالمجنون رجلا أوامرأة ولا السكران وان افاق واجازوان كان بعد الدخول ، ولا يشترط فى نكاح الرشيدة الولى ولاالشهود فى شىء من الانكحة ولو توامرا الكتمان لم يبطل ويصح اشتراط الخيار فى الصداق لافى النكاح ، ولوادعى كل منهما الزوجية فصدقه الآخر حكم بالعقد وتوارثا و لوكذبه الآخر قضى على المعترف

الاسباب عندالكل ولانسلم ان الصريح فى الصريح سبب تام فيه ، والاقوى عندى انه لايصح لان المعتبر نفس الصيغة المخصوصة بمادتها وصورتها وكل ماعداها غير معتبر لان اقامة غير السبب مكانه من الاغلاط وهو اختيار المصنف فى المختلف.

باحكام العقد خاصة ، ولوادعى زوجية امرأة وادعت اختهازوجيته و اقاما بينة حكم لبينتها ان كان تاريخها اسبق اوكان قد دخل بها والاحكم لبينته والاقرب الافتقار الى اليمين على التقديرين الامع السبق ، وفى انسحاب الحكم فى مثل الام والبنت اشكال ولو ادعى زوجية امرأة لم يلتفت اليه الا بالبينة سواء عقد عليها غيره أولا.

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

اقول: هذا المسألة منصوصة فلذلك حكم بها وانما حكم لبنتيهامع الدخول وتأخرها لشهادة الظاهروالاصل النص عليها وان لم يكن تاريخها اسبق ولادخل بها ففيه صور تان (الف) ان يكون تاريخهااسبق فيحكم له بلاشك (ب) ان يقترن التاريخان فتقدم بينته وهذا خلاف الاصل لكن النص عليه ففى تقديم البينة تقديران (احدهما) تقديم بينة المرأة (والثانى) تقديم بينة الرجل واياهما عنى بالتقديرين وعلى كل واحد من التقديرين (اما) ان يكون المقدم سابق التاريخ (اولا) وكلماكان المقدم سابق التاريخ لم يحتج الى اليمين قطعا (واذا) لم يكن سابق التاريخ كما فى تقديم بينتها على تقدير الدخول بها واتحاد تاريخ البينتين أوحكمه اوتقديم تاريخ بينتها وتقديم بينته مع اتحاد تاريخ البينتين وعدم الدخول (يحتمل) الاحتياج الى اليمين لان مقتضى القاعدة الكلية مع اتحاد التاريخ التساقط وسقوط متأخرة التاريخ فضعفت البينة واحتاجت الى اليمين لتقويتها والزوج منكر ولم يتقدم تاريخ بينتها فكان عليه اليمين جمعا بين النص والقاعدة الكلية المنصوصة (ويحتمل) عدم الاحتياج الى اليمين لان النص جاء على الحكم بالبينة ولم يشترط اليمين فلوشرطت اليمين لزم اقامة جزء السبب مقامه وهو ممنوع منه .

قال قدس الله سره : وفى انسحاب الحكم فى مثل الام والبنت اشكال .

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

الفصل الثانى فى الاولياء و فيه مطالب

الاول فى اسبابها، وهى فى النكاح (اما القرابة (او الملك) (او الحكم) اما القرابة فتثبت الولاية منها (فيها - خل) بالابوة والجدودة منها لاغير فلاولاية لاخ ولاعم ولاام ولاجد لها ولا ولد ولا لغيرهم من الانساب قربوا او بعدوا وانما تثبت للاب والجد للاب وان علا، وهل يشترط فى ولاية الجد بقاء الاب الاقرب لاو تثبت ولايتهما على الصغير ذكراً كان أو انثى بكراً أو ثيبا وكذا على المجنون مطلقا وان بلغ واما الملك فتثبت للمولى ولاية النكاح على عبده وان كان رشيداً وعلى مملوكته كذلك ولاخيار لهما معه وله اجبارهما عليه وليس له اجبار

المنصوص عليه الى غيره لمعنى مشترك هو القياس الممنوع منه ولان الاسباب لا يتعدى فيها النص.

الفصل الثانى فى الاولياء

وفيه مطالب (الاول) فى اسبابها

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

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

اقول: ثبوت ولاية النكاح للجد للاب مع بقاء الاب لم نعرف فيه خلافا من الاصحاب الا ابن ابى عقيل فان الظاهر من كلامه نفيه فانه قال الولى الذى هو اولى بنكاحهن هو الاب دون غيره من الاولياء و ليس بجيد - لقول الصادق (ع) الذى بيده عقدة النكاح هو ولى امرها (١) ثم اختلف القائلون بالولاية فى مقامين (الف) البكر البالغة الرشيدة (هل) عليها ولاية ام لا و ليس هنا موضع بحثه (ب) هل يشترط فى ولاية الجد بقاء الاب قال الشيخ الصدوق رحمهما الله نعم وهو

---

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

من تحرّر بعضه للولى تزويج امة المولّى عليه ولا فسخ بعد الكمال ، واما الحكم فان ولاية الحاكم تختص فى النكاح على البالغ فاسد العقل اومن تجدد جنونه بعد بلوغه ذكراً كان أو انثى مع الغبطة ،فلا ولاية له على الصغيرين ولا على الرشيدين و تسقط ولايته مع وجود الاب او الجد له ولا ولاية للوصى وان فوضت اليه الّا على من بلغ فاسد العقل مع الحاجة ،والمحجور عليه للسفه لا يجوز له ان يتزوج الا مضطرّاً اليه فان تزوج من غير حاجة كان العقد فاسداً ومع الحاجة ياذن له الحاكم فيه مع تعيين الزوجة وبدونه وليس الاذن شرطا ،فان زاد عن مهر المثل بطل الزايد وولاية القرابة مقدمة على ولاية الحاكم وولاية الملك مقدمة على الجميع ، و لو اجتمع الاب والجد واختلفا فى الاختيار قدم اختيار الجد فان عقدا قدّم السابق فان اقترنا قدّم عقد الجد و لا ولاية عند نا بالتعصيب ولا بالعتق .

اختيار ابن الجنيد وابى الصلاح وابن البرّاج وقال المفيد وسلاّر والمرتضى وابن ادريس لا وهو اختيار المصنف وهو الحق عندى (احتج) الاولون بما رواه ابن ابى يعفور عن الصادق عليه السلام قال لا تتزوّج ذوات الآباء من الابكار الا باذن ابيها (١) وما رواه محمد بن مسلم عن احدهما قال لا تستأمر الجارية اذا كانت بين ابويها ليس لها مع الاب امر وقال يستأمرها كل احد ما عدا الاب (٢) (واحتج) الآخرون بما رواه عبيد بن زرارة فى الموثق قال قلت لابى عبدالله عليه السلام الجارية يريد ابوها ان يزوّجها من رجل ويريد جدّها ان يزوّجها من رجل آخر قال الجدّ اولى بذلك مالم يكن مضاراً ان لم يكن الاب زوجها قبله ويجوز عليها تزويج الاب والجد الحديث (٣) فقد ثبت بهذه الرواية ان ولاية الجدّ اقوى والاضعف ليس بشرط فى الاقوى (واجابوا) عن حجة الشيخ بحمل الروايات على الكراهة جمعاً بين الاحاديث (ولقائل) ان يقول الصحيح مقدم على الموثق .

---

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

(٢) ك ل باب ٤ خبر ٣ من ابواب عقد النكاح . وفيه ماعدا الاب والجد

(٣) ك ل باب ٢١ خبر ٢ من ابواب عقد النكاح

المطلب الثانى فى مسقطات الولايه

وهى اربعة (الاول) الرق فلاولاية لمملوك على ولده حراً كان الولد اوعبداً للمولى اولغيره ولو اذن له المولى صح وكذا المدبر والمكاتب وان تحرر بعضه ولووكله غيره فى الايجاب اوالقبول صح باذن السيد وغيره (وبدونه - خل) (الثانى) النقص عن كمال الرشد كالصبى والمجنون والمغمى عليه والسكران ولوزال المانع عادت الولاية (الثالث) الكفر وهو يسلب الولاية عن ولده المسلم صغيراً اومجنونا ذكراً اوانثى ولاتسلب ولايته عن الكافر ولوكان الجد مسلما تعيّنت ولايته على الكافر والمسلم دون الاب الكافر وبالعكس (الرابع) الاحرام وهو يسلب عبارة العقد ايجابا وقبولا ولايمنع من الانعقاد بشهادته اذالشهادة عندنا ليست شرطا ، لكنه فعل محرما ولايمنع من الرجعة وشراء الاماء والطلاق فان زال المانع عادت ولايته ولاتنتقل الولاية عنه الى الحاكم حالة الاحرام والعمى والمرض الشديد اذا بقى معه التحصيل ، والغيبة والفسق غير مانعة .

المطلب الثالث فى المولى عليه

لاولاية فى النكاح الاعلى ناقص بصغر اوجنون اوسفه اورق ٍ والاب ان يزوج المجنون الكبير عند الحاجة ولايزيد على واحدة ، وله ان يزوج من الصغير اربعا ، وان يزوج المجنون الصغير وان لم يكن ذلك للحاكم ، ويزوج المجنونة الصغيرة والبالغة وكذا الحاكم مع المصلحة بكرا كانت اوثيّبا ولايفتقر الحاكم الى مشاورة اقاربها ولاالحاجة بل تكفى المصلحة فيها والسفيه لايجبر لانه بالغ ولايستقل لانه سفيه لكن يتزوج باذن الولى مع الحاجة ولايزيد على مهر المثل ، واذا لم يعين له المرأة لم ينكح على خلاف المصلحة شريفة يستغرق مهر مثلها ماله ، ولوتزوج بغير اذن الولى فسد فان وطىء وجب مهر المثل على اشكال .

المطلب الثالث فى المولى عليه

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

اقول: اذا تزوج السفيه بغير اذن الولي فسد وان وطيء قال المصنف هنا في وجوب مهر

ولو لم يأذن له الولى مع الحاجة أذن له السلطان فان تعذر ففى صحة استقلاله نظر ، ولا يدخل تحت الحجر طلاقه ولا طلاق العبد واوطلب الرقيق النكاح لم تجب الاجابة وامة المرأة تزوجها سيدتها ولا يحل نكاحها من دون اذنها سواء المتعة والدائم

المثل اشكال منشأه (انا) انما ابطلنا العقد لئلا يجب عليه مهر بسببه فلو اوجبنا عليه المهر لانتفى المقتضى لبطلان العقد والحكم اذا رجع الى اصله بالابطال لم يصح (وفيه نظر) لان الحكم عدم الوجوب بالعقد والثابت هنا الوجوب بالجناية (ويحتمل) وجوب مهر المثل لان العقد لا يقصر عن الشبهة فقد استوفى منافع البضع استيفاء غير محرم مع بطلان العقد فيجب مهر المثل (ويحتمل) وجوب اقل الامرين لان المهر ان زاد عن المسمى لزم من ابطاله حفظاً للمال ضياع ذلك المال وازيد منه فتنتفى الحكمة ، وللاصحاب فى هذه المسألة اقوال ثلاثة (الف) قال الشيخ فى المبسوط عليه مهر المثل (ب) لاشىء نقله الشيخ فى المبسوط عن قوم ثم قال وهذا اقوى لانها هى المتلفة لبضعها بتسليمها نفسها (ج) ان كانت عالمة بحاله لم يكن لها عليه شىء وان لم تكن عالمة كان لها عليه مهر المثل وهو اختيار ابن البراج (واعلم) انه لابد وان تكون جاهلة بتحريم الوطى فانها لو علمت ببطلان العقد وبتحريم الوطى كانت زانية فلا يثبت لها شىء قطعا .

قال قدس الله سره : ولو لم يأذن له الولى (الى قوله) ففى صحة استقلاله نظر .

اقول : ينشأ (من) ان له النكاح ويتولاه غيره فاذا تعذر غيره وهو الذى له ان يتولاه كان له توليته بنفسه والا لزم الضرر وهو منفى بقوله عليه السلام لاضرر ولا اضرار (١) (ولانه) قد يؤدى الى الزنا وحفظ الدين اولى من حفظ المال والى لزوم الحرج العظيم وهو منفى لقوله تعالى **ماجعل عليكم فى الدين من حرج** (٢) (ومن) حيث انه ليس له ان يتولاه لسلب الشارع الولاية عنه وذكر الشيخ فيه الوجهين فى المبسوط والاصح عندى جواز ان يتولاه بنفسه لما ذكرنا .

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

---

(١) كل باب ١٣ خبر ٢ ـ ٣ من كتاب احياء الموات . (٢) النساء ٢٩

على رأى، ولايكفى سكوت البكر فى حق امتها ويكفى فى حقها ، و الاقرب استقلال المعتقة فى المرض بالتزويج فان رجعت او بعضها رقّا بطل العقد الا ان يجيز المولى ،ولا ولاية على البالغ الرشيد الحر اجماعا ولاعلى البالغة الرشيدة الحرة وان كانت بكرا على الاصح فى المنقطع والدايم . ولوزوجها أبوها اوجدّها وقف على اجازتها كالاجنبى لكن

على رأى .

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

قال قدس الله سره: والاقرب استقلال المعتقة فى المرض بالتزوج .

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

قال قدس الله سره : ولاعلى البالغة الرشيدة الحرة وان كانت بكرا على الاصح فى المنقطع والدائم .

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

---

(١) الحج -٧٧ .

(٢) ٤ لباب ١٤ خبر ٢ من ابواب المتعة .

يستحب لها ان لاتستقل من دونهما بالنكاح وان توكل اخاهامع عدمهماوان تخلد الى اكبر الاخوة وان تتخير خيرته لواختلفوا ولوعضلها الولى وهوان لايزوجها بالاكفاء مع رغبتها استقلت اجماعا .

المطلب الرابع

الكفائة معتبرة فى النكاح فليس للمرأة ولا للولى التزويج بغير كفو والمرادبها التساوى فى الاسلام والايمان فلايصح تزويج المسلمة المؤمنة الابمثلها ويجوز للمؤمن ان يتزوج بمن شاءمن المسلمات وليس له ان يتزوج بكافرة حربية اجماعاوفى الكتابية

وجدّهاوليس لاحدهم الانفرادبه وهواختيار ابى الصلاح (ه) انلها ان ينكح نفسها متعة بدون اذن ابيها لكن لايطاها فى الفرج ذكره الشيخ رواية فى النهاية واختاره ابن البراج ، والحق عندى اختيار والدى المصنف وهوعام فى المدخول بهاوغيرها ، ومارواه منصور بن حازم فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال يستأمر البكر وغيرها و لاتنكح الّا بامرها (١) ومارواه زرارة عن الباقر عليه السلام قال اذاكانت المرأة مالكة امرها تبيع وتشترى وتعتق وتشهد وتعطى من مالها ماشائت فان امرها جائز تزوّج ان شاءت بغير اذن وليها فان لم يكن ذلك فلايجوز تزويجها الاباذن وليّها(٢) جعل ولاية المال مداراً لولاية النكاح وجوداً وعدماً (واحتج) الشيخ بمارواه ابن ابى يعفور فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال لا تزوج ذوات الآباء من الابكار الاباذن أبيها(٣) ورواية زرارة لاتعارضها لان الصحاح مقدمة على غيرها (واحتج) من جمع بالجمع بين الروايات .

المطلب الرابع فى الكفائة

قال قدس الله سره : وفى الكتابية خلاف اقربه جواز المتعة خاصة .

اقول :النص والاجماع على تحريم من عدا الكتابيّات من الكفار واما الكتابيات

---

(١) ٧ باب ٩ خبر ١ من ابواب عقد النكاح

(٢) ٧ باب ٩ خبر ٥ من ابواب عقد النكاح .

(٣) ٧ باب ٦ خبر ٥ من ابواب عقد النكاح .

خلاف اقربه جواز المتعة خاصة وله استصحاب عقدهن دون الحربيات والمجوسية كتابية ولايتزوج بالناصبية المعلنة بعداوة اهل البيت عليهم السلام ، و يستحب للمؤمن ان يتزوج بمثله ، وللحر ان يتزوج بالامة ، وللحرة ان تتزوج بالعبد و كذا شريفة النسب بالادون كالها شمية والعلوية بغيرهما والعربية بالعجمي وبالعكس وكذا ارباب الصنايع

فقسمان (احدهما) اليهود والنصارى وللاصحاب هناستة اقوال (الف) تحريم نكاحهن بكل انواع النكاح وهواختيار المرتضى ، والشيخ فى كتابى الاخبار ، والظاهر من كلامه فى الخلاف والمبسوط فانه جعله مذهب المحصلين من اصحابنا ، وهو احد قولى المفيد ايضا وقواه ابن ادريس (ب) انه يباح المتعة اختياراً والدوام اضطراراً و يحرم اختياراً وهواختيار الشيخ فى النهاية ، وابن حمزة ، وابن البراج (ج) يجوز بملك يمين لابعقد نكاح وهواحد قولى المفيد فى باب عقد الاماء (د) يباح متعة و بملك اليمين ويحرم الدائم وهواختيار ابى الصلاح وسلار (ه) يحرم نكاحهن مطلقا اختياراً ويجوز مطلقا اضطراراً وهو اختيار ابن الجنيد (و) صحة نكاحهن بكل انواع النكاح وهو قول ابنى بابويه وابن ابى عقيل والاول وهو التحريم مطلقا هو الصحيح عندى والذى استقر عليه رأى والدى المصنف فى البحث (لنا) وجوه (الف) انهن مشركات وكل المشركات نكاحهن حرام فنكاح اليهودية والنصرانية حرام (اما الصغرى) فلقوله تعالى **وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح بن الله** (الى قوله) **سبحان الله عما يشركون(١)** فسماهم مشركين وقوله تعالى **اتخذوا احبارهم و رهبانهم اربابا من دون الله والمسيح بن مريم (٢)** (واما الكبرى) فلقوله تعالى **ولاتنكحوا المشركات حتى يؤمن(٣)** والجمع المحلى بلام الجنس للعموم (ب) ان النكاح تمسك بعصمة و هوظاهر اذ بين الزوجين عصمة ، وكل تمسك بكل واحد واحد من عصم الكوافر حرام لقوله تعالى **ولاتمسكوا بعصم الكوافر** (٤) والجمع المضاف للعموم (ج) قوله تعالى **لايستوى اصحاب النار واصحاب الجنة (٥)** و الاستواء كلى شامل للاستواء

---

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

(٤) الممتحنة ٦٠　(٥) الحشر ٥٩

الدنية بالاشراف وهل التمكن من النفقة شرط قيل نعم و الاقرب العدم .

من كل وجه و نفى الكلى انما يصدق بنفى كل جزئياته ، و من جملتها الاستواء فى الكفائة(د) النكاح مستلزم للمودّة لقوله تعالى : **وجعل بينكم مودة ورحمة**(١) وكل مودة لكل كافر حرام لقوله تعالى **لاتجدقوما يؤمنون بالله واليوم الاخر يوادون من حادا ولله رسوله** الاية (٢) (لايقال) الكبرى ليست كلية لقوله تعالى **لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم و تقسطوا اليهم** الاية (٣) (لانا) نقول هذه الاية منسوخة الحكم ولكل من باقى الاقوال حجج قد ذكرها والدى المصنف فى المختلف واجاب عنها .

(القسم الثانى) المجوسية واختلف فيها فكل من منع من اليهودية والنصرانية منع منها قطعا والقائلون بالجواز ثمة اختلفوا فى المجوسية فمنع بعضهم واجاز آخرون ويأتى تمام البحث فيها .

قال قدس الله سره : وهل التمكن من النفقة شرط قيل نعم والاقرب العدم.

اقول : اختلف الناس فى التمكن من النفقة على اقوال ثلاثة (الف) انه شرط وهو قول الشيخ فى المبسوط(ب) ليس بشرط وهو اختيار والدى المصنف، والشيخ فى النهاية، وابن الجنيد ، وابن البراج (ج) انه ليس بشرط لكن للمرئة خيار الفسخ مع عدم اليسار بنفقتها اختاره ابن ادريس والاصح عندى اختيار والدى لقوله تعالى **وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله(٤)** ولا فائدة فى الامر هنا مع تسلّط المرئة على الفسخ ولما روى عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم اذا جائكم من ترضون دينه وخلقه فزوّجوه (٥) وروى انه قال النبى صلى الله عليه وآله وسلم فى جواب رجل

---

(١) الروم ٢٠ (٢) المجادلة ٢٢
(٣) الممتحنة ٨ (٤) النور ٣٢
(٥) ئل باب ٢٨ خبر ١ من ابواب مقدمات النكاح .

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

سأله قال يارسول الله لمن يتزوج ، قال الاكفاء قال : من الاكفاء؟ فقال المؤمنون بعضهم اكفاء بعض الحديث (١) ولايجوز التعريف بالاعم بل بالمساوى فى العموم والخصوص .

قال قدس الله سره : ولو تجدد عجزه عنها فالاقرب عدم التسلط على الفسخ .

اقول :على القول بان اليسار بالنفقة شرط فى لزوم العقد فمع تجدد العجز يتسلط على الفسخ(واما)على القول بالعدم فيحتمل ذلك لانه ضرر على المرئة ونقله ابن ادريس عن بعض علمائنا ، ونقل شيخنا نجم الدين بن سعيد عن بعض علمائنا ان الحاكم يفرّق بينهما والاقرب العدم (لان) النكاح عقد لازم والاصل البقاء ولقوله تعالى **وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة(٢)** وهو عام (واحتج) الآخرون بقوله تعالى **فامساك بمعروف او تسريح باحسان (٣)** والامساك مع تعذر الانفاق ليس بامساك بمعروف فتعيّن الآخر واذا تعذر صدوره من الزّوج فسخ الحاكم لانه الولي وبمارواه ربعى والفضيل بن يسار جميعاً عن ابى عبدالله عليه السلام قال ان انفق عليها مايقيم ظهرها(حيوتها ـ خل)مع كسوة والافرّق بينهما (٤) .

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

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

---

(١) كل باب ٢٣ خبر ٢ من ابواب مقدمات النكاح .
(٢) البقرة ـ ٢٨٠ (٣) البقرة ٢٢٩ .
(٤) كل باب ١ خبر ١ من ابواب النفقات وفيه نقل عن الشيخ. مايقيم صلبها

لوظهر لمن تزوج بالعفيفة انها كانت قدزنت ولارجوع على الولى بالمهر ولوزوجها الولى بالمجنون اوالخصى صح ولها الخيار عندالبلوغ وكذا لوزوج الطفل بذات عيب يوجب الفسخ ، ولوزوجها بمملوك لم يكن لهاالخيار اذا بلغت وكذا الطفل لو زوجه بالامة ان لم يشترط خوف العنت .

المطلب الخامس فى الاحكام

اذا زوج الاب اوالجدله احد الصغيرين لزم العقد ولا خيار له بعد بلوغه و كذا المجنون اوالمجنونة ولاخيارله بعدرشده لوزوجه احدهما ،وكذا كل من له ولاية على النكاح الا الامة فان لها الخيار بعد العتق وان زوجها الاب على اشكال .

ذلك فى اخبارنا ، وقال ابن ادريس ليس لها الفسخ لاصالة البقاء ولقوله تعالى **اوفوا بالعقود (١)** ثم قال انه تدليس يرد به من حيث التدليس بالشرط ، وفرق بين التدليس والعيب بان العيب يرد به وان لم يشترط السلامة منه فى حال العقد بل بمجرد العقد يرد بعيب الخلقة ـ واما التدليس فاذا شرط فى نفس العقد وخرج بخلافه فانه يرد به النكاح وقال المصنف فى المختلف اذاانتسب الى قبيلة فبان من ادنى منها بحيث لايلايم شرف المرئة كان لها الخيار فى الفسخ (واحتج) بمارواه الحلبى فى الصحيح قال رجل تزوج المرئة فيقول انا من بنى فلان فلايكون كذلك قال تفسخ النكاح او قال ترد (٢) و الاقوى عندى انه لافسخ ان لم يشترط فى نفس العقد و ان شرط كان لها الفسخ لان الاصل بقاء النكاح .

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

اقول: المسألة هى ان الجارية المملوكة الصغيرة اذا زوجها ابوها الحر باذن مولاها ثم اعتقت بعدبلوغها (فهل) لها الفسخ املا ، قال والدى فيه اشكال ينشأ (من) انهاصغيرتزوج أبوها فتدخل تحت عموم عدم الفسخ (ولان) الفسخ انما هو لعقد عقده

---

(١)المائدة ١ (٢) ل باب١٧ خبر١ من ابواب العيوب والتدليس .

ولكل من الاب والجد له تولى طرفى العقد وكذا غيرهما على الاقوى الا الوكيل فانه لا يزوجها من نفسه الا اذا اذنت له فيصح على رأى ، ولو كيل الجد عن حافديه تولى طرفيه وكذا الوكيل

المالك و هنا عقده الاب (ومن) ان الاب قد ارتفعت ولايته بولاية المولى وقد زوجها نيابة عن المولى فلا تؤثر الابوة فى ثبوت الولاية (والتحقيق) ان نقول هذه المسألة مبنية على مسألتين (احديهما) ان ولاية الاب هل هى مسلوبة عن المملوكة او ممنوعة بحق المولى (فعلى الاول) لها الفسخ (وعلى الثانى) يحتمل ، لان باذن المولى زالت مانعيته بالاذن لان المقتضى للمانعية الرقية وهى لم تزل (ولان) الرقية سبب مؤثر فى ثبوت الولاية والاب انما عقد نيابة ووكالة عن المولى وهى توجب خيار الفسخ بعد العتق (وثانيتهما) ان الاسباب الشرعية هل هى علل مؤثرة او علامات (فعلى الاول) لها الفسخ لامتناع اجتماع التاثير فى معلول واحد فلو كانت الابوة مؤثرة ايضا لزم اجتماع علتين على معلول واحد شخصى وهو محال (وعلى الثانى) الصحة لصحة اجتماع العلامتين ودلالة كل واحدة منهما دلالة تامة مجامعة للاخرى ، والحق عندى ان لها الفسخ لانه لا اعتبار بالابوة حال العقد

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

اقول: هنا مسألتان (الاولى) هل لشخص واحد ان يتولى طرفى عقد النكاح بوكالة عن الزوج والزوجة او بوصية عن ابيهما او بالتفريق الاصح عند والدى المصنف وعندى الجواز اذ الاصل عدم مانعية احدى الوكالتين للاخرى اذ المانعية هنا حكم شرعى لا يثبت الا بالنص كالسببية و الشرطية (ونقل) عن بعض علمائنا المنع (الثانية) لو وكلته فى ان يزوجها من نفسه قال والدى المصنف يصح وهو الاصح عندى وهو اختيار ابن الجنيد للاصل (ولانه) عقد صدر من اهله فى محله فكان لازما كغيره ولقوله تعالى **اوفوا بالعقود**(١) ونقل عن بعض علمائنا المنع لما رواه عمار الساباطى قال سالت ابا الحسن عليه السلام عن امرأة تكون فى اهل بيت فتكره ان يعلم بها اهل بيتها هل يحل لها ان توكل رجلا يريدان يتزوجها فتقول له قد وكلتك فاشهد على تزويجى قال لا قلت جعلت فداك فان كانت ايماً قال وان كانت ايماً ، قلت فان وكلت غيره فتزوجها منه قال نعم (٢) (ولانه) يلزم ان يكون

---

(١) المائدة ١　(٢) ك ل باب ١٠ خبر ٢ من ابواب عقد النكاح

الرشيدين ولوزوّج الولى بدون مهر المثل فالاقرب انلها الاعتراض ، و يصح للمرأة ان تعقد على نفسها وغيرها ايجابا وقبولا ولوزوج الفضولى وقف على الاجازة من المعقود عليه ان كان حراً رشيداً اومن وليّه ان لم يكن ولا يقع العقد باطلا في اصله على رأى .

موجبا قابلا (والجواب) ضعف السند وعدم دلالتها على المنع لان المنفى الاكتفاء بقولها وكلتك فاشهد ومنع امتناع اللازم فى الثانى.

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

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

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

اقول : اختلف الناس فى ان عقد النكاح هل يقع موقوفا على الاجازة اولا على اقوال ثلاثة (الف) انه يقع موقوفا كما اذا زوّج الفضولى فان اجاز من عقد عليه الفضولى صح والّا فلا وهو قول المفيد ، والمرتضى ، والشيخ فى النهاية ، وابن ابى عقيل ، وسلار ، وابن البرّاج ، وابى الصلاح ، وابن ادريس ، ووالدى المصنف (ب) انه لا يقف على اجازة بل امّا ان يقع لازما اى لا يتوقف اباحة الوطى على اجازة او يبطل فعقد الفضولى باطل من اصله وهو اختيار الشيخ فى الخلاف والمبسوط (ج) قول ابن حمزة انه يقع موقوفا فى تسعة مواضع وهى عقد البكر الرشيدة مع حضور الولى على نفسها ، وعقد الاب على ابنه الصغير ، وعقد الام ، وعقد الجد مع عدم الاب ، وعقد الاخ ، والام ، والعم على صبية ، وتزويج الرجل عبد غيره بغير اذنه ، وتزويج العبد بغير اذن سيده فان اجاز الولى والمعقود عليه اوله او سيّده صح والا انفسخ (والذى) افتى به بطلان عقد الفضولى لان العقد سبب

---

(١) البقره ٢٣٨

ويكفى فى البكر السكوت عندعرضه عليها ولابدفى الثيب من النطق ولوزوج الاب او الجد له الصغيرين فمات احدهما ورثه الآخر ، و لو عقد الفضولى فمات احدهما قبل البلوغ بطل العقد ولامهر ولاميراث، ولوبلغ احدهما فاجاز لزم فى طرفه فان مات الآخر فكالاول وان مات المجيز عزل للاخر نصيبه فان فسخ بعدالبلوغ فلا مهر ولاميراث فان اجازاحلف على عدم سببية الرغبة فى الميراث للاجازة وورث فان مات بعدالاجازة وقبل اليمين فاشكال ،ولوجن عزل نصيبه .

الاباحة فلايصح صدوره من غيرمعقود عليه اوولى (ولان) رضاء المعقودعليه اووليه شرط والشرط لايتأخرعن المشروط (ولانه) يصدق هذه نكحت من غيراذن وليها اذالنكاح حقيقة فى العقد اجماعا وكل نكاح مولى عليه بغير اذن الولى باطل لقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم ايما امرأة نكحت بغيراذن وليها فنكاحها باطل (١)(احتج) والدى بمارواه ابن عباس ان جارية بكراً اتت النبى صلى الله عليه وآله وسلم فذكرت ان اباهازوجها وهى كارهة فخيرها النبى صلى الله عليه وآله وسلم (٢) ومارواه محمدبن مسلم عن الباقر عليه السلام عن رجل زوجته امه وهوغائب قال النكاح جائزان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك الحديث (٣) (والجواب) عنهما معا المنع من صحة السند ولان الفرج اصعب من المال ويبطل عقد الفضولى فى المال لان التصرف فى مال الغير بغير اذنه قبيح عقلا فالفرج أولى .

قال قدس الله سره : فان مات بعدالاجازة وقبل اليمين فاشكال

اقول : ينشأ (من) اشتراط الميراث بالمجموع وهويفوت بفوات احداجزائه اذ عدم الجزء موجب لعدم الكل من حيث هو كل (ومن) انه قدحصل مقدمتان (الف) ان العقد اذا اجازه احدهما ومات لم يبطل مطلقا بل يكون مراعى فان اجازه الآخر حكمنا بصحته (ب) الميراث تابع للصحة لان العقد علة فى الميراث بشرط الصحة وثبوت العلة يستلزم ثبوت المعلول فاذا حكم بصحته مع الاجازة حكمنا بالميراث لانه تابع للنكاح الصحيح وهذا انما يتاتى مع القول بكون الاجازة كاشفة ، وعندى ان هذه

---

(١) سنن ابى داود (ج٢) باب فى الولى من كتاب النكاح .
(٢) سنن ابى داود (ج٢) باب فى البكر الخ .
(٣) ئل باب ٧ خبر ٣ من ابواب عقد النكاح .

ولو نكل ففى المهروتوريثه منه اشكال وفى انسحاب الحكم فى البالغين اذا زوّجهما الفضولى اشكال اقربه البطلان ، ولو زوّج احدهما الولى اوكان بالغا رشيداً وزوج الآخر الفضولى فمات الاوّل عزل للثانى نصيبه واحلف بعدبلوغه ولومات الثانى قبل بلوغه اوقبل اجازته بطل العقد ، ولوتولى الفضولى احد طرفى العقدثبت فى حق

المسألة ليس فيها اشكال بل لايرث قطعا لان ارثه مع اليمين على خلاف الاصل وكل ما هوعلى خلاف الاصل فانه يقتصر فيه على موضع النص ولم يرد نصّ على الميراث مع عدم اليمين هنا فلاميراث .

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

أقول: هنا مسئلتان (الف) ثبوت المهر فى ذمته ومنشأ الاشكال اعترافه بثبوت النكاح فيحكم عليه بموبما يلزمه وهوالمهر ووقوف لزوم النكاح على اليمين ولم تحصل (ب) انه على تقديره هل يثبت ارثه منه اشكال ينشأ (من) انهما معلولا لعلة واحدة هى النكاح ولزومه وثبوت احدالمعلولين يستلزم ثبوت الآخر لاستحالة وجود المعلول بدون علته واستحالة تخلف المعلول عن علته فثبوت المهر وعدم ارثه منه لايجتمعان (ومن) توقف الارث على اليمين بالرّواية المذكورة ولم يحلف فلايرث (ولانه) لوورث منه لورث من كل التركة لعدم فرق الامّة بينهماوالاقوى سقوط قدر نصيبه منه عنه لان النكاح امّا صحيح فيجب الارث فيسقط الكل فعلى كل تقدير يسقط قدر نصيبه ولوكان عينا تحقّقنا ملكه قدر نصيبه لانه ان كان باطلا فالكل باق على ملكه وان كان صحيحا ملك قدر نصيبه فقدر نصيبه مملوك له قطعا وانما الاشتباه فى سببه لاغير .

قال قدس الله سره :وفى انسحاب الحكم فى البالغين اذازوجهما الفضولى اشكال اقربه البطلان .

أقول : ينشأ (من) ان الحكم فى الصغيرين باعتبار مباشرة الفضولى للعقد وهوهنا ثابت (ومن) عدم النص عليه والاصح عدم الانسحاب وبطلان العقد بموت احدهما بعد اجازته وقبل اجازة الآخر لانه على خلاف الاصل فلايتعدّى محلّ النص .

قال قدس الله سره : ولو تولى الفضولى احدطرفى العقد (الى قوله) الا اذا

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

فسخت على اشكال في الام .

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

قال قدس الله سره : وفي الطلاق نظر لترتبه على عقد لازم فلايبيح المصاهرة .

اقول : ينشأ النظر (من) ذكر المصنف وجها منه وهو ان الطلاق يترتب على عقد لازم، لانه رفع نكاح ثبت بصيغة انت طالق والنكاح لم يثبت فلايصح الطلاق فلا يبيح المصاهرة (ولان) الطلاق قطع لاستدامة النكاح الثابت وبمجرد عقد الفضولي لا يثبت النكاح والا لكان الفضولي وليا هذا خلف (ولان) الطلاق لايقع موقوفا على الاجازة ، بل اما باطل في نفسه اولازم و لزومه لازم لصحته و شرطه ثبوت النكاح قبله و النكاح معلول للاجازة على القول بها والاذن ابتداء وثبوت المعلول من دون العلة محال (ومن) انه لازم من جهته فلاطريق الى رفعه الا بالطلاق (لان) ثبوت نكاح ولزومه (١) و ليس للزوج المكلف الطلاق منه قبل الدخول (لايتصور) ولم يرد به الشرع (و على القول) بان الاجازة لنكاح الفضولي كاشفة عن لزومه والفسخ كاشف عن فساده ويكون الطلاق

---

(١) الواو حالية .

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

مراعى اذا طلق الزوج (حكمنا) بعدم النكاح بعده لانه اما ان يجيز من عقد عنه الفضولي اولا (وعلى الاول) يقع الطلاق للمقدمتين المذكورتين فتبين المرأة بهوان فسخ النكاح تبينا بطلانه فحكمنا بعدمه في المستقبل ويلزم من ذلك اباحة المصاهرة بعده لكن المقدمتين المبنى عليهما، هذا الدليل ضعيفتان (وعلى القول) بان الاجازة شرط اوسبب - هذا الدليل فاسد والا لوقع الطلاق موقوفا وهو باطل (والتحقيق) انه لوصح الطلاق لزم احد الامرين (اما) وقوف الطلاق على الاجازة (او) لزوم النكاح للمرئة من غير ولي ولا اجازتها واللازم بقسميه باطل فالملزوم مثله - بيان الملازمة ان صحة النكاح (اما) ان تكون موقوفة على اجازة المرئة (اولا) والاول يستلزم الاول لان الطلاق موقوف على صحة النكاح وصحة النكاح موقوفة على الاجازة والموقوف على الموقوف على الشيء موقوف على ذلك الشيء والثاني يستلزم الثاني وهو ظاهر واما بطلان اللازم فاجماعي وايضا لوصح الطلاق لتوقف استباحة نكاح الغير لها عليه لكن التالي باطل فكذا المقدم .

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

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

ولوزوّجهاالوكيلان او الاخوانمع الوكالة صح عقد السابق وان دخلت بالثانى فرّق بينهما ولزمه المهرمع الجهل ولحق به الولد واعتدتوردّت بعدها الى الاول ولو اتفقا بطلاولامهرولاميراث (وقيل) يحكم بعقد اكبرالاخوين ، ولوكانا فضوليين استحب

لانه حق لزمه باختيار من له الحق فكان فى ذمته كالقرض والاول اليق بمذهبنا فمن قال يتعلق برقبته على مااخترناه قال (ان امكن) ان يباع منه كل يوم بقدر مايجب عليه من النفقة فعل (وان لم يمكن) بيع كله كماقيل فى الجناية ووقف ثمنه فينفق عليها منه وقد انتقل ملك سيده عنه الى سيّد آخر هذا لفظه فى المبسوط (وفيه نظر) لانه بعد البيع صار لغير البايع فلاينفق من ماله (الّا ـ خ) عند اجازة الثانى و انما يتصور ذلك فى النفقة السابقة الواجبة فى ملكه ولفظه لايعطى ذلك بل ينافيه (الثالث) قول ابن حمزة وهوانه ان كان العبد مكتسبا تخيّر سيّده بين جعل النفقة فى كسبه والانفاق من خالص ماله وان لم يكن مكتسبا فعلى السيد واختاره والدى فى المختلف والحق عندى قول ابن ادريس

قال قدس الله سره : ولوزوجهاالوكيلان اوالاخوان (الى قوله) وقيل يحكم بعقد اكبر الاخوين .

اقول : اختيار والدى المصنف هنا هواختيارالشيخ فى المبسوط والخلاف وابن ادريس وهوالحق وقال فى النهاية يحكم بعقد اكبر الاخوين وهو اختيار ابن البراج وابن حمزة (لنا) ان الموجب للصحة الوكالة و هما يتساويان فيها و قد تعارضا فترجيح احدهما يلزم ترجيح بلامرجح فلايصح ، واعتمد الشيخ على رواية وليد بيّاع الاسفاط قال سئل ابو عبدالله عليه السلام وانا عنده عن جارية كان لها اخوان زوجها الاكبر بالكوفة و زوجها الاصغر بارض اخرى قال الاول احق بها الا ان يكون الآخر قد دخل بها فان دخل بها فهى امرأته ونكاحه جائز(١) وحملها الشيخ فى كتابى الاخبار على وقوع العقدين معاوكانا وكيلين ، قال والدى فان لم يكن وليد هو ابن صبيح اوغيره من الثقات فالخبر صحيح و(اقول) السند مجهول ولادلالة للرواية على المطلوب (لان) قوله عليه السلام (الاول) المرادبه فى العقد لافى السؤال هنا لانه موافق للاصول (ولانه) عليه السلام ربما علم بالعقد

(١) ٦ل باب ٧ خبر ٢ من ابواب عقد النكاح .

لها اجازة عقدالاكبرولها ان تجيزعقدالآخرولودخلت باحدهما قبل الاجازة ثبت عقده ولوزوّجته الام فرضى صح وان ردّ بطل (وقيل) يلزمها المهر ويحمل على ادعاء الوكالة، ولوقال بعدالعقدزوّجك الفضولى من غيراذن وادعته حكم بقولها مع اليمين ، ولوادعى اذنها فانكرت قبل الدخول قدم قولها مع اليمين فان نكلت حلف الزوج وثبت العقد، وبعده

الاوّل ويمكن ان يكونا فضوليّين لقوله عليه السلام (الآان ان يكون الآخر قدد خل بها فان دخل فهى امرأته ونكاحه جائز) وقوله عليه السلام (الاول احق بها) اى انه يستحب لها اجازة عقد الاكبر .

قال قدس الله سره : ولوزوجته الام (الى قوله) وتحمل على ادعاء الوكالة.

اقول : اختيار المصنف هنا انه لايلزمها المهر وهو مذهب ابن ادريس وهوالحق عندى ، والقائل بلزوم المهر الشيخ وتبعه ابن البرّاج (واحتج) الشيخ بما رواه محمدبن مسلم عن الباقر عليه السلام انه سأله عن رجل زوجته امّه وهو غائب، قال النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامّه (١) (و اجاب المصنف) بحمل الرواية على ادعاء الوكالة ولم يثبت فانها تضمن المهر لانها قدفوّتت عوض البضع على الزوجة وغرّتها بدعوى الوكالة فضمنت عوضه (وفيه نظر) لان الرواية اعم ولادلالة للعام على الخاص لان ضمان البضع بالتفويت لمباشرة الوطى مع كونه غير محرم عليها لالغيرذلك .

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

اقول: (من حيث انها منكرة وعموم قوله عليه السلام واليمين على من انكر (٢) والاقوى عندى ماهوالاقرب عند المصنف .

---

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

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

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

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

اقول :منع الشيخ في المبسوط من ذلك وقوى انه لابد من تعيين الزوج ولا يصح بدونه واختيار المصنف هو الصحيح للاصل والمراد بالولي هنا الولي الاجباري كالاب والجد .

قال قدس الله سره : ولتقل المرئة اوليها (الى قوله) ولو قال قبلت فالاقرب الاكتفاء .

اقول: يريد بقوله اوليها ، ولي المرئة والمراد بالولي هنا من له مباشرة النكاح عنها شرعا، امّا اجباراً او اختياراً فاراد بالولي هنا المعنى المشترك (وقيل) استعمل المشترك في كلا معنييه ، وما قلناه اولى لان الاشتراك المعنوى اولى من الاشتراك اللفظي والمراد بقوله (اوزوج وليه) الولي الاجباري خاصة والا لزم التكرار (واذا تقرر ذلك فنقول) المسألة ظاهرة (ووجه القرب) ان القبول نسبة واضافة بين المقبول والقابل فهو قبول لايجاب تقدم والايجاب كان للزوج فينصرف القبول اليه (ويحتمل) العدم (لان) تخصيص النسب انما هو بتخصيص المنتسب اليه فلو لم يذكره لم يتخصص به ، والفرق بين النكاح والبيع ان المقصود في النكاح خصوصية المتناكحين وفي البيع هو المال لا خصوصية المتعاقدين (ولان) البيع يتعلق بالمخاطب دون من له العقد والنكاح يتعلق بمن له العقد دون المخاطب : ولهذا لو قال زوجها من زيد فقبل النكاح لزيد وكيله صح ولو حلف ان لا ينكح فقبل له وكيله حنث ولو قال بع من زيد فباع من وكيل زيد لا يصح ولو حلف ان لا يشترى فاشترى له وكيله لم يحنث .

ولو نسى السابق بالعقد من الوليّين على اثنين (احتمل) القرعة فيؤمر من لم تقع له بالطلاق ثم يجدد من وقعت له النكاح واجبار كل منهما على الطلاق ويشكل ببطلان الطلاق مع الاجبار

قال قدس الله سره : و لو نسى السابق بالعقد (الى قوله) ويحتمل فسخ الحاكم .

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

(ب) اجبار كل منهما على الطلاق لانه لا طريق الى التخلص من هذه الشبهة وتحصيل العلم الّا به اذ النكاح مبنىّ على الاحتياط التام والقرعة امارة تفيد ظننا ولنا الى العلم طريق فلا يجوز ان نعدل فى ما بنى على الاحتياط التام عن طريق يفيد العلم الى ما يفيد الظن ،

---

(١) اى لا يعلم بعينه من الاول .

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

.....

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

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

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

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

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

لاحتمال تأخره والنكاح لابدفيه من اليقين (ولان) ثبوت نكاح عليها معلوم و نكاحه مشكوك فيه فلايفيد اختيار هاشيئا(واقول) الحق عندى احتياجه الى تجديد عقد(لان) مع اقتران العقدين يبطلان قطعا من غير توقف وسبقه وعدمه يتساويان فلاترجيح لصحة عقده اصلا ،وكل عقد يتساوى طرفاامكان صحته وعدمهالايمكن الحكم بصحته .

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

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

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

ولو امتنعا من الطلاق احتمل حبسهما عليه وفسخ الحاكم اوالمرأة ، وعلى كل تقدير ففى ثبوت نصف المهر اشكال ينشأ (من)انه طلاق قبل الدخول (ومن) ايقاعه بالاجبار فاشبه فسخ العيب فان اوجبناه افتقر الى القرعة فى تعيين المستحق

مع الجهل بالعلة وهومحال قطعا وعدم النفقة اضرار وقال عليه السلام لاضرر ولا ضرار (١) وقال بعض الفقهاء(الفضلاء ـ خل) الاصوليين الوجوب عليهما على الكفاية على منع الجمع (وفيه نظر) لان الواجب على الكفاية واجب على كل واحد بالاصالة ثم يسقط بفعل واحد وهذا ليس كذلك ولايمكن وجوب شرط فعل مكلف على غيره.

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

اقول : اذا امتنعامن الطلاق (احتمل) حبسهما عليه لوجوبه عليهما فقداستنعا من حق لآدمى مضيق مع مطالبة صاحب الحق فيحبسان عليه كسائر الحقوق (ويحتمل) فسخ الحاكم لعدم جوازالاجبار على الطلاق(ويحتمل) فسخ المرئة لانه يجوز لها الفسخ بالعيب كجب الزوج لمنع بعض حقوقها وهذافيه منع الكل(واقول) يحتمل ان يكون لكل من الزوجين الفسخ كما يفسخ الزوج ذات العيب برتق الزوجة وبالعكس ،والاولى عندى فسخ الحاكم،لانه ولى الممتنع ولانهامسألة اجتهادية وفيها اشكال والتباس فتحتاج الى نظرو اجتهاد (واعلم) ان على قول الشيخ ببطلان النكاحين عند جهل الاقتران و الترتيب او السابق ابتداء يرتفع النكاح بغيررافع، فلوتزوجت بآخر صح ولوظهر السابق بعده لم ينفسخ ، وعلى القول بالفسخ اوالطلاق انما يرتفع برفع رافع، ولوتزوجت قبله بطل نكاحه سواء ظهر السابق اولا.

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

اقول : هذاتفريع على اجبارهما على الطلاق اذعلى قول الشيخ ببطلان النكاحين لامهر وكذا على تقدير فسخها اوفسخ الحاكم لامهر وقوله (على كل تقدير) اشارة الى تقدير الاجبار على الطلاق اوالحبس وهى ثلاثة (الف) اجبارهما فيوقعان الطلاق دفعة

(١)ئل ب ١٣ خبر٣٢ من كتاب احياء الموات وفيه على مؤمن .

عليه ، و لوادعى كل منهما السبق وعلمها ولا بيّنة فان انكرت العلم حلفت على نفيه فيسقط دعواهما عنها ويبقى التداعى بينهما ولو انكرت السبق حلفت ويحكم بفساد العقدين ولا يبقى بينهما فان نكلت ردّت عليهما فان حلفا معا بطل النكاحان ايضاً وان حلف احدهما ونكل الآخر حكمنا بصحة نكاح الحالف وان اعترفت لهما دفعة احتمل الحكم بفساد العقدين ، والاقرب مطالبتها بجواب مسموع لانها اجابت بسبق كل منهما وهو محال وان اعترفت لاحدهما ثبت نكاحه على اشكال ينشأ (من) كون الخصم هو الزوج الاخر ،

(ب) ان يسبق احدهما وتختارهى الآخر (ج) ان يحبسا عليه ومنشأ الاشكال ماذكره المصنف وعلى تقدير وجوبه يشكل محله، لانه لايمكن ايجابه عليهما لان احدهما ليس بزوج يقينا ولاعلى واحد بعينه لعدم العلم بانه زوج ولو علم سبق احدهما وقلنا بوجوبه فحاله كما لو علم ان لزيد عند احد هذين ديناً واشتبه وسيأتى فى كتاب القضاء وعلى تقدير وقوع الطلاق باختيارهما فاشكال ايضا لما ذكرنا.

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

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

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

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

وهل تحلف للاخرفيه اشكال ينشأ (من)وجوب غرمهالمهرالمثل للثّاني لواعترفت له وعدمه ، وكذا لوادّعى زوجيتها اثنان فاعترفت لاحدهما ثم للاخرفان اوجبنا اليمين حلفت على نفى العلم فان نكلت حلف الاخر(فان قلنا) اليمين مع النكول كالبينة انتزعت من الاول للثاني لان البينة اقوى من اقرارها(وان جعلناه)اقراراً ثبت نكاح الاول وغرمت للثاني على اشكال .

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

اقول : الضابط فى استحقاق الاحلاف انه كلما ثبت المدعى اوملزومه بالنكول وحده اوبه وبيمين الآخر المردودة على القولين استحق الاحلاف والّافلا ، لانتفاء الفائدة (اذا عرفت) ذلك (فنقول) على تقدير الاحلاف لونكلت لم ترد اليه قطعا لاعترافها للاول فان اوجبنا المهرعليها لضمان البضع باتلافها استحق اليمين وان لم يتوجه لانه لم يثبت المدّعى ولاملزومه والبحث فى ضمان البضع مذكورفى موضعه (ولقائل ان يقول) يلزم ان لاتسمع دعواه عليها لعدم الفائدة لانها ان اقرّت لم يقبل بوجه فلافائدة فى سماعها بغير بينة .

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

اقول : المراد انه اذا ادعى كل واحد منهما انه عقد عليها مع فرض انه عقد (١) عليها عقد واحد لاغير فكل منهما ادعى انه العاقد والمسألة الاولى فرض وقوع العقدين و التداعى فى السبق ،فاختلف موضوع المسألتين ومحمولهما انمدّعى كل منها فى هذه الواقعة عقده وفى المسألة الاولى ان المقدم عقده وهو مانع للاخر ، والاشكال هنا في موضعين (الف)هل يقبل تصديقها لاحدهما ويحكم به اولا،وقدتقدم (ب) فى غرمها المهروهومبنى على ضمان البضع للزّوج وسيأتى .

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

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

---

(١) مبنيا للمجهول .

الباب الثالث فى المحرمات

التحريم امامؤبد اولافهنا مقصدان: **(الاول)** فى التحريم المؤبدوسببه امانسب اوسبب **(القسم الاول النسب):** وتحرم به الام وان علت وهى كل انثى ينتهى اليهانسبه بالولادة ولوبوسايط لاب اولام والبنت وهى كل من ينتهى اليك نسبها ولوبوسايط وان نزلت ،وبنات الابن وان نزلن والاخت لاب اولام اولهماوبناتها وبنات اولادها وان نزلن (نزلوا - خ) وبنات الاخ لاب كان اولام اولهما وبنات اولاده وان نزلوا والعمة لاب كانت اولام اولهما وان علت و الخالة لاب كانت اولام اولهما وان علت ولا تحرم اولاد الاعمام والاخوال .

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

للاخر(وتقريرها) انهااذاحلفت فانما تحلف على نفى العلم لان الفرض ان العاقدالوليان فلاتحلف على نفى فعل الغيربل انما تحلف على نفى العلم فلو نكلت عن اليمين احلف المدعى فاذا حلف هل ترد اليه ام لا وذلك مبنى على ان اليمين المردودة هل هى كالبينة بالنسبة الى الخصم الاخر خاصة اوبالنسبة اليه والى غيره اوكالاقرار فعلى الاول والثالث لاترد الزوجة الى الثانى (وعلى الثانى) ترد اليه وتحقيق هذه المسألة يأتى فى كتاب القضاء (فعلى عدم الرد) هل تغرم له المهرام لا،مبنى على غرم المهروهومذكور فى موضعه فان قلنا لاترد ولاتغرم لاتحلف .

الباب الثالث فى المحرمات

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

اقول : (مقدمة) النسب يوجب التحريم المؤبد فى غير ولد العمومة و الخؤلة .

قال قدس الله سره : والنسب يثبت شرعا بالنكاح الصحيح (الى قوله) من توابع النسب .

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

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

---

(١) عطف على الصبى .

ستة اشهر من وطى الثانى ولاكثر من اقصى مدة الحمل من وطى الاول انتفى عنهما ، ولو كان لستة اشهر من وطى الثانى ولاقل من اقصى المدة من وطى الاول (قيل)(يعمل-خ) بالقرعة والاقرب انه للثانى واللبن تابع ولو نفى الولد باللعان تبعه اللبن فان اقر به بعده عاد نسبه ولا يرث هو الولد .

(القسم الثانى السبب) ويحرم منه بالرضاع والمصاهرة والتزويج و الزنا و شبهه واللعان والقذف فهنا فصول.

(الفصل الاول الرضاع) ويحرم به مايحرم بالنسب فالام من الرضاع محرمة ولاتختص الام بمرضعة الطفل بل كل امرأة ارضعتك اورجع نسب من ارضعتك اوصاحب

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

قال قدس الله سره : ولو كان لستة اشهر (الى قوله) والاقرب انه للثانى .

اقول : وجه القرب انها فراش للثانى حقيقة (ولان) صدق المشتق على من وجد فيه معنى المشتق منه حاله اولى ممن سبق مع التعارض و سيأتى البحث فى ذلك فى **الحاق الاولاد** .

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

اقول :(مقدمة) ثبت تحريم النكاح بالرضاع بالقرآن والسنة والاجماع قال الله **تعالى وامهاتكم اللاتى ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة** (١) فقيل بدلالتها على ماحرمه النسب لان تسميتها به امّاً واختاً فيه تنبيه على تسمية صاحب اللبن ابأ واخاً ويطرد فى الباقى (ويشكل بانه مجاز لقوله تعالى : **ان امهاتهم الا اللائى ولدنهم**(٢) والمجاز لايطرد كامتناع نخلة (نجله-خل) لغير الانسان (٣) وقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم يحرم من الرضاع مايحرم من الولادة (٤) وقال فى رواية اخرى ان الله حرم من الرضاع ماحرم من النسب(٥)

---

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

(٤) سنن ابى داود (ج٢) باب مايحرم من الرضاعة .

(٥) ئل ب٦ خبر١ من ابواب مايحرم بالرضاع

اللبن اليها او ارضعت من يرجع نسبك اليه من ذكر اوانثى فهى امك فاخت المرضعة خالتك واخوها خالك وكذا ساير احكام النسب ولوامتزجت اخت رضاع اونسب باهل قرية جازان ينكح واحدة منهن ولو اشتبهت بمحصور العدد عادة حرم الجميع وتثبت بالرضاع المحرمية كالنسب،فللرجل ان يخلو بامّه واختهو بنته وغيرهن بالرضاع كالنسب ولايتعلق به التوارث واستحقاق النفقة وفى العتق قولان والنظر فى الرضاع يتعلق باركانه وشروطه واحكامه .

المطلب الاول فى اركانه وهى ثلاثة

(الاول) المرضعة وهى كل امرأة حيّة حامل عن نكاح صحيح اوشبهة فلاحكم

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

قال قدس الله سره : ولايتعلق به التوارث (الى قوله) وفى العتق قولان:

اقول : لاشك ان (من احكام) النسب مالايثبت بالرضاع بالاجماع كالتوارث واستحقاق النفقة والولاية والحضانة وتحمّل العقل وسقوط القود والمنع من الشهادة (ومنها) مايثبت اجماعا وهوالمحرمية والتحريم (ومنها) ما اختلف فيه وهوالعتق بالملك وسيأتى وقد سمّى الله تعالى بالام ثلاثة اصناف من النساء (الوالدة) وتستوعب جميع احكام النسب (والمرضعة) وهى مقصورة على التحريم والمحرمية وعلى رأى العتق (وازواج الرسول صلى الله عليه وآله وسلم) ويشاركهما فى التحريم اجماعا وفى المحرمية قولان الامامية على عدم المحرمية لقوله تعالى **ولاتبرجن تبرج الجاهلية الاولى** (١) ولماورد فى خبر ابن ام مكتوم وقد تقدم ، وقال قوم من الجمهور بثبوت المحرمية لقوله تعالى **وازواجه امهاتهم**(٢) والمساوات انما تثبت حقيقة مع التساوى فى جميع الاحكام الممكنة والاصل فى الاطلاق الحقيقة (والجواب) المساوات فى جميع الاحكام محال فلايدل على المطلوب لانتفاء العموم بل المراد التعظيم والاجلال والتكرمة .

---

(١) الاحزاب -٣٣　(٢) الاحزاب -٦

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

قال قدس‌الله سره : ولو ارضعت من لبن الزنا (الى قوله) على الاقوى.

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

قال قدس‌الله سره : وروى اباحة الامة منه لتطيب اللبن .

اقول : هذه الرواية رواها ، محمد بن يعقوب الكليني في كتابه ، عن ثقات ، عن محمد بن مسلم ، عن ابي عبدالله عليه السلام : في امرأة يكون لها خادم قد فجرت فيحتاج الى لبنها قال مرها فلتحللها ليطيب اللبن (١) ومثلها رواها البزنطي في كتابه الجامع عن اسحاق بن عمار ، عن ابي عبدالله عليه السلام : قال سألته غلام لي وثب على جارية فاحبلها فولدت واحتجنا الى لبنها فان احللت لهما ماصنعا يطيب لبنها قال نعم (٢)

---

(١) ئل ب٣٩ خبر١ من ابواب نكاح العبيد والاماء .

(٢) ئل ب ٧٤ خبر٥ من ابواب احكام الاولاد .

ويشترط وصول عينه خالصا الى المحل من الثدى فلواحتلب ثم وجرفى حلقه اواوصل الى جوفه بحقنة اوسعوط اوتقطير فى احليل اوجراحة اوجبّن له (١) فاكله اوالقى في فم الصبى مايع يمتزج باللبن حال ارتضاعه حتى يخرجه عن مسمى اللبن لم ينشر حرمة **(الركن الثالث)** المحل وهو معدة الصبّى الحّى فلا اعتبار بالايصال الى معدة الميت فلو وجر لبن الفحل فى معدته لم يصر ابنا ولازوجته حليلة ابن ولا بالايصال الى جوف الكبير بعد الحولين .

المطلب الثانى فى شرايطه

وهى ثلاثة (الاول) الكمية ويعتبر التقدير بامور ثلاثة (امّا) ما انبت اللحم وشد العظم (او) ارضاع يوم وليلة (او) خمس عشرة رضعة، وفى العشر قولان ، ولاحكم لمادون

قال قدس الله سره: ويعتبر التقدير باحد امور ثلاثة (الى قوله) وفى العشر قولان .

اقول : المصنف اختار فى المختلف اختيار المفيد وهو التحريم بالعشر وهو اختيار سلار وابن البراج وابى الصلاح وابن حمزة وابن أبى عقيل وقال الشيخ فى النهاية و المبسوط وكتابى الاخبار لايحرم اقل من خمسة عشر رضعة وكلا القولين لابن ادريس (احتج المصنف) فى المختلف بقوله تعالى **وامهاتكم اللاتى ارضعنكم (٢)** وهو يصدق على القليل والكثير ثم خص بما روى الفضيل بن يسار فى الصحيح عن الباقر عليه السلام قال لايحرم من الرضاع الا المخبور، قال الفضيل قلت وما المخبور قال امّ تربّى اولئر تستأجر اوامة تشترى ثم ترضع عشر رضعات يروى الصبى وينام (٣) واوردان فى طريقها محمد ابن سنان وفيه قول (قلنا) ذكر شيخنا والدى المصنف فى كتاب الرجال رجحان العمل بروايته (ولان) العشر ينبت اللحم و كل رضاع انبت اللحم فهو محرّم فالعشر محرمة (اما الصغرى) فلما رواه عبيد بن زرارة فى الصحيح عن الصادق عليه السلام الى

(١) تجبن اللبن صار جبنا و الجبن بتثقيل النون الجبن الذى يؤكل اقرب الموارد.
(٢) النساء ٢٧　(٣) ئل ب٢ خبر ١١ من ابواب ما يحرم بالرضاع

العشر ويشترط كمالية الرضعات وتواليها والارتضاع من الثدى فلو ارتضع رضعة ناقصة لم يحتسب من العدد والمرجع فى كمالية الرضعة الى العرف (وقيل) ان يروى ويصدر من قبل نفسه فلو لفظ الثدى ثم عاوده فان كان قد اعرض اولا فهى رضعة وان كان للتنفس اوالالتفات الى ملاعب اوالانتقال الى ثدى آخر كان الجميع رضعة ولو منع قبل استكماله لم يحتسب ، ولو لم يحصل التوالى لم ينشر كما لو ارضعت امرأة خمسا كاملة ثم ارتضع من اخرى ثم اكمل من الاولى العدد لم ينشر وبطل حكم الاول وان اتحد الفحل و لو تناوب عليه عدة نساء لم ينشر مالم يكمل من واحدة خمس عشرة رضعة كاملة ولاء ، ولو ارتضع من كل واحدة خمس عشرة رضعة كاملة متوالية حرمن كلهن ولا يشترط عدم تخلل المأكول والمشروب بين الرضعات بل عدم تخلل الرضاع وان كان اقل من رضعة (الثانى)

قوله قال قلت : وما الذى ينبت اللحم والدم فقال كان يقال : عشر رضعات (١) (واما الكبرى) فباجماع المسلمين (احتج) الشيخ بما رواه زياد بن سوقة قال قلت لابى جعفر عليه السلام ، هل للرضاع حد يؤخذ به فقال لا يحرم من الرضاع اقل من رضاع يوم وليلة اوخمسة عشر رضعات متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل بينهن رضاع امرأة غيرها (٢) و الجواب اذا تعارض التحريم والتحليل قدم التحريم والاصح عندى التحريم بمجرد العشر (تنبيه) لا يعتبر فى اليوم والليلة عدد معين بل المعتبر ارضاعا رويا فى طول هذه المدة .

قال قدس الله سره : والمرجع فى كمالية الرضعة (الى قوله) من قبل نفسه.

اقول : ضبط الشارع الرضاع المحرم بثلاثة انواع (الف) الاثر و هوما انبت اللحم وشد العظم (ب) الزمان وهو يوم وليلة (ج) العدد وفيه الخلاف المتقدم وكل واحد من هذه سبب تام فايها تحقق لم يعتبر الاخر. ثم ذكر للعدد ثلاثة شرائط (الف) ان يكون كل رضعة من الثدى (ب) ان يكون العدد متواليا (ج) ان يكون كل رضعة كاملة لا ناقصة و المرجع فى كمالها الى العرف (وقيل) ان يروى ويصدر عن رى وهو الاقوى والقولان للشيخ ولا اختلاف فى المعنى .

---

(١) ئل ب ٢ خبر ١٩ من ابواب مايحرم بالرضاع

(٢) ئل ب ٢ خبر ١ من ابواب مايحرم بالرضاع

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

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

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

(١-٤) البقرة ٢٣٣　(٢)　(٥) كل ب ٥ خبر ١ -٢- ٥ -٩- ١٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع وفيها بعد فطام　(٣) لقمان -١٣

على بعض ، و لوارتضع خمساًمن لبن فحل ثم اعتاض بالغذاء وفا رقت و نكحت آخر فاكملت العدد من لبن الثانى و لم يتخلّل رضاع اخرى لم يصراماً ولم تحرم هى ولا اولادها عليه .

المطلب الثالث فى الاحكام

اذاحصل الرضاع بشرايطه نشرالحرمة ولو شككنافى العدد فلا تحريم ولوشككنا فى وقوعه بعد الحولين تقابل اصلا البقاء والاباحة لكن الثانى ارجح، ولوكان له خمس عشرة مستولدة فارضعته كل واحدة رضعة لم تحرم المرضعات ولا الفحل للفصل ولا يصيرا باًولا المرضعات امهات ولوكان بدلهن خمس عشرة بنتاً لم يكن الاب جداً.

والاصول فى التحريم ثلاثة :المرتضع والمرضعة والفحل فيحرم المرتضع عليهما وبالعكس وتصير المرضعة اماً، والفحل اباً وآبائهما اجداداً وامهاتهما جدات واولادهما اخوة واخوات واخوتهما اخوالا و اعماما فكما حرمت المرضعة على المرتضع حرمت عليه امهاتها واخواتها وبناتها من النسب وكذا اولاد الرضيع احفاد المرضعة وكل من ينسب الى الفحل من الاولاد ولادة ورضاعا يحرمون على المرتضع وبالعكس ولا يحرم عليه من ينسب الى المرضعة بالبنوة رضاعا من غير لبن هذا الفحل بل (يحرم ـ خ)

قال قدس الله سره : ولوشككنا فى وقوعه بعد الحولين تقابل اصلا البقاء والاباحة لكن الثانى ارجح .

اقول : الرجحان لقوله تعالى **فانكحوا ماطاب لكم من النساء** (١) وهو عام خرج منه ماعلم انه قبل انتهاء الحولين فيبقى الباقى على الاصل (ولان) اصل الاباحة متحقق قبل الرضاع والشك حصل فى حصول السبب المحرّم (لان) مطلق الرضاع ليس بمحرم بل يشترط كونه فى الحولين و الاصل عدمه (ولان) الاصل البقاء كما هو متحقق فى الحولين فهو متحقق فى اباحة النكاح ومع تعارض اصل بقاء اباحة النكاح واصل بقاء الحولين ترجح الاباحة للعلم بثبوتها بعموم الآية ولم يحصل علم بثبوت السبب المحرم فى زمان اصلا والاقوى عندى ما هو الارجح عند المصنف .

---

(١) النساء ـ ٣ .

كل من ينسب اليها بالولادة وان نزل، ولاتحرم المرضعة على اب المرتضع ولا على اخيه.

ويحرم اولاد الفحل ولادة ورضاعا واولاد زوجته المرضعة ولادة لارضاعا على اب المرتضع على رأى ، ولاولاد هذا الاب الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن النكاح في اولاد

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

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

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

---

(١) ئلب ٦ خبر ١٠ من ابواب مايحرم بالرضاع

(٢) ئلب ١٦ خبر ٢ من ابواب مايحرم بالرضاع .

المرضعة واولاد فحلها ولادة ورضاعا على رأى ، ولاخوة المرتضع نكاح اخوة المرتضع الآخر اذا تغاير الاب و ان اتحد اللبن ، وكما يمنع الرضاع النكاح سابقا كذا يبطله لاحقا فلو ارضعت امّه او من يحرم النكاح بارضاعه كاخته وزوجة أبيه من لبن الاب زوجته فسد النكاح و عليه نصف المهر و لو لم يسمّ فالمتعة و يرجع به على المرضعة ان تولت الارضاع وقصدت الافساد وان انفردت المرتضعة به بان سعت وامتصّت من ثديها من غير شعور المرضعة سقط المهر.

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

على رأى .

اقول : مااختاره هنا مذهب ابن ادريس وهو الاقوى عندى خلافا للشيخ (لنا) ان اخ الاخ اذا لم يكن اخا يحل من النسب فكيف لايحل من الرضاع وهو تابع (احتج) الشيخ بما رواه ايوب بن نوح فى الصحيح قال كتب على بن شعيب الى ابى الحسن عليه السلام امرأة ارضعت بعض ولدى هل يجوز لى ان أتزوج بعض ولدها فكتب لايجوز ذلك لان ولدها صارت بمنزلة ولدك (١) وهذا التعليل يعطى صيرورة ولدها اخوة لاولاده فتنتشر الحرمة.

قال قدس الله سره : ولو ارضعت كبيرة الزوجتين صغيرتهما (الى قوله) او الجميع على اشكال .

اقول : اذا ارضعت كبيرة زوجتيه صغيرتهما بلبن غيره الرضاع المعتبر، فالكلام فى ابحاث ثلاثة (الف) فسخ النكاح واجمعت الامامية على فسخ نكاحهما لثبوت الامية والبنتية معا لاستحالة تقدم احدى الاضافتين على الاخرى ضرورة فيصير جامعا بين الامّ وبنتها فى النكاح فينفسخ (ب) التحريم المؤبد (فنقول) تحرم الكبرى مؤبداً دخل بها اولا لانها امزوجته وهى تحرم بنفس العقد ، واما الصغرى فيعتبر تحريمها بحال الكبرى فان كان قد دخل بالكبرى حرمت الصغرى مؤبداً والا انفسخ نكاحها من غير تحريم مؤبد لانها من ربائبه والربائب انما يحرمن بالدخول بالامهات (ج) الكلام فى المهر (فاما

---

(١) ئلب ١٦ خبر١ من ابواب مايحرم بالرضاع .

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

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

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

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

---

(١) النساء ـ ٢٧　(٢) ئلب ١٤ خبر ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع

لاحديهما اوبعده وينفسخ نكاح الجميع للجمع والمؤبد على مافصّل.

ولو ارضعت امته الموطوئة زوجته حرمتا و عليه المهر اونصفه ولارجوع الّا ان تكون مكاتبة ولوكانت موطوئة بالعقد تبعت به على اشكال (ويحتمل) قويا عدم التحريم بالمصاهرة فلاب المرتضع النكاح فى اولاد صاحب اللبن وان يتزوج بام المرضعة نسبا وباخت زوجته من الرضاع وان ينكح الاخ من الرضاع امّ اخيه نسباً وبالعكس ، والحرمة التى انتشرت من المرتضع الى المرضعة و فحلها بمعنى انه صار كابن النسب لهما والتى انتشرت منهما اليه موقوفة عليه وعلى نسله دون من هو فى طبقته من اخوته واخواته اواعلى منه كآبائه وامهاته ،فللفحل نكاح ام المرتضع واخته وجدّته .

قال قدس الله سره : ولو ارضعت امته الموطوئة (الى قوله) تبعت به على اشكال .

اقول: منشأه (من) انه هل يضمن منفعة البضع بالتفويت للزوج كفسخ نكاحه اولا (قيل) نعم لقوله تعالى **يا ايها الذين آمنوا اذا جائكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الى قوله وآتوهم ما انفقوا** (١) واراد بذلك المهر (ولانه) جناية ظلما على ماله قيمة شرعا وكل ماكان كذلك فهو مضمون (ومن) ان منفعة البضع لاتضمن الّا بالوطى الغير المحرم عليها ظاهراً لان الاصل برائة الذمة وهو ليس بمال ولاجناية على طرف، والاقوى الضمان لانه وجب المهر عليه مع اتلاف عوضه فيضمنه .

قال قدس الله سره : ويحتمل قويا عدم التحريم بالمصاهرة .

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

---

(١) الممتحنة ١٠ (٢) النساء ٣

فروع

(الف) لوزوج امّ ولده بعبد او بحر ثمّ ارضعته من لبنه حرمت عليها (ب) لوفسخت نكاح الصغير لعيب اولعتقها ثم تزوجت وارضعته بلبن الثاني حرمت عليهما وكذا لوتزوجت بالكبير اولا ثم طلقها ثم تزوجت بالصغير ثم ارضعته من لبنه .

(ج) لوارضعت زوجته الكبيرة زوجتيه الصغيرتين بلبن غيره دفعة بان اعطت كل واحدة ثديا من الرضعة الاخيرة انفسخ عقد الجميع وحرمت الكبيرة مؤبداً والصغيرتان ان كان قد دخل بالكبيرة فان ارضعت زوجة ثالثة حرمت مؤبداً ان كان قد دخل بالكبيرة والّا بقيت زوجة من غير فسخ ولوارضعت واحدة ثم الباقيتين دفعة حرمن جمع ان كان قد دخل بالكبيرة والّا فسد نكاح الصغاير وله العقد على من شاء ولوارضعتهن على التعاقب فان كان قد دخل حرمن مؤبداً وان لم يكن دخل انفسخ نكاح الاولى دون الثانية لان الكبرى قد بانت فلم يكن جامعا بينها وبين بنتها، فاذا ارضعت الثالثة احتمل فساد نكاحها خاصة (لان) الجمع بين الاختين تمّ بها فاختصت بالفساد كما لوتزوج باخت امرأته ، وفساد نكاحها مع الثانية (لان) عند كمال رضاعها صارتا اختين فانفسخ نكاحهما كما لوكان ارضاعهما دفعة.

(د) لوارضعت امته زوجته بلبن غيره حرمت الامة مؤبداً ولم يزل ملكها وكذا الزوجة ان كان قد وطىء الامة والّا فهي على الزوجية من غير فسخ ولا تحريم .

(ه) لوارضعت ثلاث بنات زوجته ثلاث زوجاته كل واحدة زوجة دفعة حرمن جمع ا ن كان قد دخل بالكبيرة والّا الكبيرة وانفسخ عقد الصغاير وله تجديده جمعا لانهن بنات خالات ولكل صغيرة نصف مهرها ويرجع به الزوج على مرضعتها وللكبيرة المهر ويرجع به على البنات بالسوية ، ولوارتضعن بانفسهن بالاستقلال فلاضمان وفي تضمين الصغاير مهر الكبيرة نظر، ولوارضعن على التعاقب تعلق بالاولى مهر الكبيرة او نصفه

قال قدس الله سره : لوارضعت ثلاث بنات زوجته ثلاثة زوجاته (الى قوله) وفي تضمين الصغائر مهر الكبيرة نظر.

اقول : هذه المسألة مبنية على تضمين منفعة البضع (فان قلنا) بعدمه فلاضمان

ونصف الصغيرة وعلى كل من الباقيتين نصف مهرمن ارضعتها مع الدخول والافلارجوع لبقاء النكاح بحاله فان نكاح الكبيرة قدزال قبل الارضاع فلاجمع .

(و) لوارضعت امّ الكبيرة اوجدتهااواختها على اشكال فيهما الصغيرة ولم يدخل انفسخ النكاح لان المرضعة انكانت الام فالكبيرة اخت وانكانت الاختفخالة وان كانت الجدة فالصغيرة خالة .

(ز) لو تزوج كل من الاثنين زوجة صاحبهثم ارضعت احديهما الاخرىحرمت الكبيرة عليهما مؤبداً والصغيرة على من دخل بالكبيرة وكذا لو تزوجتا بواحدثم بآخر.

(ح) لوارضعت جدة الصغيرين احدهما انفسخ النكاح لان المرتضع انكان هوالزوجفهو اماعمزوجته اوخالوانكانت الزوجةفهيعمة اوخالة لزوجها(ط)لوارضعت من لبنالزوج بعدموته نشرالحرمة الى اقاربه .

(ى) لاتحرم امّ المرضعة من الرضاع على المرتضع ولا اختهامنه ولاعمتها منه ولاخالتها ولابناتاختها ولابنات اخيها وان حرمن بالنسبلعدم اتحادالفحلولوارضعت ذات الابن ذات الاخت لم تحرم الاخت على الابن .

(يا) حرمة الرضاع تنشرالى المحرمات بالمصاهرة فليس للرجل نكاح حلائل آبائه من الرضاع ولاحلائل ابنائه منه ولاامهات نسائه ولابناتهن منه .

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

قال قدس‌الله سره : لوارضعتامالكبيرة اوجدتها اواختهاعلىاشكال فيهما (الى قوله) فالصغيرة خالة .

اقول : ينشأ (من) قوله عليه السلام لاينكح المرئة علىعمتها ولاعلى خالتها (١)وهى عامة (ومن) انهذهالنسبةليست علةفىالتحريمبانفرادها بلمع عدم اذن العمة والخالة ولايعتبرهنالانهذهالنسبة تجددت بعدلزوم العقدفلايتحقق ادخال بنتالاخ والاختعلى العمةوالخالة والاصلبقاء الاباحة .

---

(١) ئلب ٣٠ خبر٢ منابواب مايحرم بالمصاهرة .

(يب) لوارضعت من يفسدالنكاح بارضاعه جاهلة بالزوجية اوللخوف عليها من التلف ولم تقصد الافساد وقلنا بالتضمين ففيه (هنا-خ) اشكال ينشأ (من) كون الارضاع سببا فاذاكان مباحالم يوجب الضمان كحفر البئر فى ملكه .

(يج) لوسعت الزوجة الصغيرة فارتضعت من الزوجة الكبيرة وهى نائمة رجع فى مال الصغيرة بمهر الكبيرة او بنصفه على اشكال فان ارضعتها عشر رضعات ثم نامت فارتضعت خمسا احتمل الحوالة بالتحريم على الاخيرة فالحكم كما لوكانت نايمة فى الجميع،

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

اقول : الاقوى الضمان على تقدير ضمان البضع لانه اتلاف مايضمن لالمصلحة من اتلف عليه فيوجب الضمان كسائر الاتلافات (ويحتمل) عدم الضمان (لما) ذكره المصنف (ولانه) احسان الى الغير مجرداً عن قصد الضرر فيدخل تحت قوله تعالى **ماعلى المحسنين من سبيل**(١) ولايشابه هذا الضمان ضمان الاموال المحضة التى لايعتبر فيها القصد (لان) منافع البضع قدلاتضمن مع مباشرة الاتلاف لهاكالزنا (ولان) ظاهر كلام الاصحاب يلوح منه اعتبار القصد هنا .

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

اقول : اماان يكون الارتضاع بعد الدخول اوقبله فان كان بعدالدخول فالاشكال فى الضمان وعدمه يبنى على المسألتين السابقتين وهما ان البضع هل يضمن اولا، والثانية ان قلنا بضمانه هل يشترط فيه قصد افساد النكاح اولا، وقد تقدمتا ويكون الواجب على تقدير الضمان كل المهر لانه الذى يغرمه وان كان قبل الدخول فالاشكال فى موضعين (احدهما) اصل الضمان و قد تقرر (وثانيهما) فى كميتّه انّه هل يضمن الكل او النصف وقد تقدم .

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

---

(١) التوبة ٩٢ .

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

اقول : هذا فرع على مسألتى ضمان البضع وانه لايشترط فى ضمانه بالارضاع قصد الافساد اذا تقرر ذلك فاذا ارضعتها الكبيرة عشر رضعات ثم نامت او اغمى عليها فسعت الصغيرة وارتضعت بنفسها خمسا انفسخ النكاح لحصول الرضاع المحرّم وضمن فاعل السبب فيحتمل هنا وجهان (الف) كون السبب فى الفسخ هو الخمس رضعات الاخيرة لانه قبلها لم يحصل التحريم وحصل عندها مع صلاحيتها للسببية وكون ماتقدم شرطا ، وانما كان كذلك بسبب اختلاف الفاعل وهذا كما اذا كان الصيد يمتنع بشيئين: عدوه و طيرانه فابطل واحد طيرانه ثم آخر عدوه كان للاخير وهذا انسب (اشبه - خ ل) بقول من قال ان الاسباب الشرعية علامات فيضمن الصغيرة لا الكبيرة فيسقط مهر الصغيرة لانه فسخ قبل الدخول جاء من المرئة وتضمن مهر الكبيرة ، وهل تضمن الكل او النصف تقدم حكمه (وهذا عندى فيه نظر) لانهم نصوا على ان المحرّم خمس عشرة رضعة والعلة المركبة لابد وان يكون المعلول حاصلا عند الجزء الاخير منها ولايصلح للعليّة التامة .

(ب) ان المجموع هو السبب فى الضمان وهذا السبب قد صدر من فاعلين فيقسط الضمان عليهما فالكلام هنا فى مقامين (الاول) فى تقسيط مهر الصغيرة وفيه الاحتمالان المتقدمان: (الاحتمال الاول) سقوط ثلث مهرها بفعلها لانها فعلت ثلث السبب فبرء الزوج منه و يسقط نصف مهرها للفرقة قبل الدخول على القول بان المضمون من المهر قبل الدخول بفسخ الرضاع النصف خاصة على ماتقدم فيبقى السدس يغرمه للصغيرة و يرجع به على الكبيرة (الاحتمال الثانى) ان ماسقط بالفرقة قبل الدخول غير مضمون و المضمون هو النصف والسبب فى اتلافه الخمس عشرة رضعة وقد صدر من الكبيرة ثلثاها فتغرم ثلثى النصف ويسقط بفعل الصغيرة ثلث النصف لانها فعلت ثلث السبب ، واما على احتمال تضمين الكل قبل الدخول فلااشكال لسقوط الثلث بفعلها وغرم الكبيرة الثلثين (الثانى) فى تقسيط مهر الكبيرة فاما ان يكون قبل الدخول او بعده (فان كان الاول)(فاما)

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

خاتمة

الاقرب قبول شهادة النساء منفردات فلابدمن الاربع ويكفى الشاهدان والشاهد

ان نقول بضمان الجميع قبل الدخول كماهو بعده لوجوب الكل على الزوج (اوبنصفه) و قد تقدم البحث فيه (فان قلنا) بضمان الجميع فقد تلف ثلثاه بفعلها وثلثه بفعل الصغيرة فيسقط ثلثاه بفعلها ويضمن الصغيرة ثلثه (وان قلنا) بضمان النصف يحتمل وجهين (الاول) سقوط ثلثى مهر الكبيرة بفعلها والباقى بالفرقة قبل الدخول لانه اقل من النصف (الاول-خ) الثانى ان يسقط النصف بالفرقة قبل الدخول ويسقط ثلثا الباقى بفعلها وعلى الزوج سدس مهرها ويرجع به على الصغيرة (وان كان الثانى) وهو ان يكون وقوع الرضاع بعد الدخول فهل تضمن المرضعة المهر للزوج اولا (يحتمل الثانى) لانه قد استقر بمجرد الدخول على ذمة الزوج ولااعتبار فى الوجوب والاستقرار بالاستدامة فلايضمن له لانه انما فوّت عليه الاستدامة ولاشىء فى مقابلتها من المهر (ويحتمل الاول) لانها فوتت ماملكه بعوض مالى فتضمنه له بعوضه (فعلى عدم الضمان) لا يجب وعليه ، ان كانت الكبيرة قبضته رجع عليها بثلثيه وعلى الصغيرة بثلثه لانه بسبب فعلهما ، وان لم تكن قبضته سقط عنه ثلثاه ووجب عليه ثلثه ويرجع به على الصغيرة (ويحتمل) اعتبار عدد الفاعلين لا الفعل كما لو جرحه واحد مائة جرح وآخر جرحا واحدا ضمنا بالسوية.

(واعلم) انه مع اتلاف الاعيان يعتبر قيمتها اى عوضها (اما) فى عقل المعاش وهى المسماة بالقيمة السوقية (واما) فى الشرع وهو المقدر شرعا اوبالعقد وهو المعبر عنه بالمسمى ولايعتبر اعواض المنافع بالانفراد هنا فقد لايضمن كالمهر مع قتل المرئة وقد يندرج فى قيمة العين كالعبد والدابة فغلط من قاس الرضاع بعد الدخول بالقتل بعد ولاطراده قبل الدخول .

قال قدس الله سره : الاقرب قبول شهادة النساء منفردات .

أقول :اختلف الاصحاب (الناس-خل) فى قبول شهادة النساء منفردات فى الرضاع،

والمرأتان ولايقبل في الاقرار به الا شاهدان ويفتقر الى التفصيل فلاتسمع الشهادة به مطلقة وتسمع في الاقرار به ويتحمل الشاهد باربع شرايط - ان يعرفها ذات لبن - وان يشاهد الصبي قد التقم الثدي - وان يكون مكشوفا ثلاثا يلتقم غير الحلمة - وان يشاهد امتصاصه للثدي وتحريك شفتيه والتجرع وحركة الحلق ، ثم يشهد على القطع بان بينهما رضاعا محرما وان شهد على فعل الارضاع فليذكر الوقت والعدد .

والاقرب انه ليس عليه ذكر وصول اللبن الى الجوف ، ولايكفي حكاية القراين بان يقول رأيته قد التقم الثدي وحلقه يتحرك ويقبل شهادة امها وجدتها وام الزوج وجدته سواء ادعى الزوج اوالزوجة .

ولو شهدت امّ الزوجة وبنتها وامّ الزوج وبنته سمعت مالم يتضمّن شهادة على الوالد ولو شهدت المرضعة انّ بينهما رضاعا قبلت ولا تقبل لو شهدت مع ثلاث انّها ولدته

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

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

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

---

(١) ئل ب ٢ خبر ٣ من ابواب مايحرم بالرضاع.

لترتب النفقة و الميراث هنا ، ولوشهدت بانّى ارضعته فالا قرب القبول مالم تدّع اجرة .

ولوادعى بعدالعقد انها اخته من الرضاع اوامه وامكن فان صدّقته قبل الدخول بطل العقد ولامهر ولامتعة وان كان بعدالدخول فلها المسمى مع الجهل ولاشيء مع العلم بالتحريم (ويحتمل) مع الجهل مهر المثل.

قال قدس الله سره : ولو شهدت بانى ارضعته فالاقرب القبول مالم تدع اجرة

اقول : المراد انه اذا قالت المرأة: انا ارضعته متبرّعة بغير اجرة اوقبضت اجرتى (ووجه القرب) وجود المقتضى وهو العلم فان علمها بحصول الرضاع المحرم اقوى من علم غيرها لانه من قبيل الضروريات من المحسوسات ، وعدم المانع اذلم تدّع شيئا اصلا فلاتهمة هنا لانها لم تستجلب بها نفعا ولم تستدفع بها ضرراً (ويحتمل) عدم القبول لوجهين (الف) لما تقدم من دلالة رواية ابن بكير على انها اذالم يعلم غيرها لم تصدّق (ب) انها شهادة على فعلها وشهادة الفاعل على فعله اقرار فلايقبل فى حق الغير (ولانها) تثبت له ولها المحرمية وهى دعوى (وفيه نظر) لان السبب هو امتصاص الثدى ووصول اللبن به الى الجوف والفاعل هو المرتضع وهى قابلة والاصل فى المشهود عليه انما هو الفاعل لا القابل والشهادة انما هى على فعله لا على فعلها لانه قد يصدر منه حال نومها اواغمائها الرّضعات كلها ولا فعل لها حينئذ ويثبت حكم الرّضاع من الطرفين واما المحرمية فتابعة كباقى احكامه وهذا فارق بين هذه الشهادة وشهادة الحاكم اوالقاسم بماحكم به اوقسم ويفرّق ايضاً بان شهادة الحاكم بماحكم به والقاسم بماقسم تدلان على تزكيته ولاتقبل تزكية الانسان نفسه والرضاع ليس تزكية .

قال قدس الله سره : ولوادعى بعد العقد انها اخته (الى قوله) ويحتمل مع الجهل مهر المثل .

اقول : الاول قول الشيخ رحمه الله تعالى لانّ العقد هو سبب ثبوت المهر لانّه السبب فى عدم المؤاخذة بالوطى وبه ضمن فكان كالصحيح المقتضى لتضمين البضع بمامالك به وهنا بما ابيح به ، والاصل فى ذلك الآية المتقدمة فى المهر (والثانى) وهو ثبوت مهر

وان كذّبته قبل الدخول ولا بينة حكم عليه بالحرمة ونصف الصداق (ويحتمل) الجميع وبعده الجميع ولو ادعت هى سمعت وان كانت هى التى رضيت بالعقد لجواز جهلها بحالة العقد وتجدد العلم بخبر الثقات فان صدقها الزوج وقعت الفرقة وثبت المهر مع الدخول وجهلها والّا فلا ، ولو كذبها لم تقع الفرقة وليس لها المطالبة بالمسمى قبل الدخول وبعده (ويحتمل) المطالبة بمهر المثل بعد الدخول ولها احلافه على نفى العلم فان نكل حلفت على البتّ

.....

المثل مع الجهل هو الاقوى لان الموجب للمهر هو مباشرة الوطى فقد اتلف المنافع المملوكة مباشرة باستيفائه ايّاها فيضمن قيمتها ولا اعتبار بالمسمّى لبطلان العقد ومعناه عدم ترتب اثره عليه كما بيّن فى الاصول (ولانه) انما وجب عليه هنا بمباشرة الاتلاف والاستيفاء فلا تاثير للعقد فى وجوبه وكل ما وجب بالاتلاف والاستيفاء فانما هو المقدّر باصل الشرع لا بعقد او القيمة ، والاول منتف فثبت الثانى (وهيهنا ضابط) وهو كل وطى لم تؤاخذ المرئة عليه شرعا حصل عقيب عقد فاسد يوجب مهر المثل ، وكل عقد يتعقبه الفسخ بعد الدخول فانه بالمسمى ، والآية انما دلت على الثانى لا على ماذكروه اولا .

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

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

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

اقول : الاول قول الشيخ لما تقدم والثانى قول المصنف (وتقرير ذلك) انه اذا ادعت الجهل فلها المطالبة بمهر المثل ومعنى قوله ليس لها المطالبة بالمسمى اى ليس لها الدعوى به لانها تدّعى بطلان العقد فليس لها الدعوى بالمسمى لانه اثره وبطلان العقد يستلزم عدم ثبوت اثره فاذا ادّعت هى مهر المثل وهو يعترف بالمسمى فان تساويا قدراً وجنساً فلا خلاف بينهما وان اختلفا ثبت فى ذمته اقل الامرين من مهر المثل وقيمة المسمى

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

الفصل الثاني في المصاهرة

كل من وطيء بالعقد الصحيح الدايم اوالمنقطع اوالملك حرم عليه ام الموطوئة وان علت ، وبناتها وان نزلن سواء تقدمت ولادتهن اوتأخرت وان لم يكن في حجره تحريما مؤبداً، واخت الزوجة جمعا، وكذا بنت اختها ، وبنت اخيها الا ان ترضى الزوجة وله ادخال العمة والخالة عليهما وان كرهت المدخول عليها (وهل) يلحق الوطي بالشبهة

او نفسه ان ماثله وحلف على نفي الزائد عنه وهذا هو الصحيح .

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

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

الفصل الثاني في المصاهرة

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

والزنا بالصحيح خلاف ، ولايحرم الزنا المتاخر عن العقد انقلنا بالتحريم بهمع السبق

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

(الثانية) اختلف الاصحاب فى ان الوطى بالزنا هل يحرّم مايحرّمه الصحيح من المصاهرة كما فسّرناه فى الشبهة فجزم الشيخ بالتحريم ، وابو الصلاح ، وابن البراج ، وابن زهرة ، وابن حمزة : وقال المفيد والسيد المرتضى وابن ادريس بعدمه فتحل امّ الموطوئة بالزنا وبنتها على الزانى بعقد ، والاقوى الاول وهو اختيار والدى المصنف فى المختلف (لنا) قوله تعالى **وامهات نسائكم (١)** والاضافة تصدق بادنى ملابسة وملامسة ، ومارواه محمد بن مسلم فى الصحيح عن احدهما عليهما السلام انه سئل عن رجل يفجر بامرأة ايتزوج ابنتها قال لا ولكن ان كانت عنده امرأة ثم فجر بابنتها اواختها لم تحرم عليه التى عنده (٢) ولانه كلما حرّم الزّنا الام من الرضاع حرّمها من النسب والمقدم حق والتالى مثله ، بيان الملازمة انه انما حرّم الرضاع بتبعية النسب وكلما وجد التابع من حيث انه تابع وجد المتبوع بطريق اولى ، اما حقية المقدم فلما رواه محمد بن مسلم فى الصحيح عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن رجل فجر بامرأة ايتزوج بامها من الرضاعة او بنتها قال لا (٣) احتج الاخرون بقوله تعالى **واحل لكم ماوراء ذلكم (٤)** وقوله تعالى **فانكحوا ماطاب**

(١) النساء ٢٧ (٢) ئلب ٨ خبر ٧ من ابواب مايحرم بالمصاهرة
(٣) ئلب ٧ خبر ١-٢ من ابواب مايحرم بالمصاهرة (٤) النساء ٢٨

اما النظر واللمس بما يحرم على غير المالك والقبلة فلا (وقيل) انها تحرم على اب اللامس والناظر و ابنه خاصّة فى ما يملكانه دون امّ المنظورة والملموسة و ابنتهما و اختهما

لكم من النساء (١) (والجواب) القول بموجب الآيتين (اما الاولى) فلان المنازع عندنا داخل فى المنصوص على تحريمه قبل ذلك (واما الثانية) فلان الاباحة تناولت ماطاب اى ما ابيح لاما توهمه ابن ادريس من الشهوة الحيوانية .

تنبيه

تحرم من زنا بها الاب على الابن و بالعكس والخلاف كما تقدم (لنا) على التحريم الاجماع المركب فانه كل من قال بتحريم ام الموطوئة بالزنا قال بتحريم موطوئة الاب على الابن و بالعكس وكل من قال بالتحليل ثمّ قال بالتحليل هنا فالقول بالفرق احداث قول ثالث وهو باطل لما تقرر فى الاصول وقد ثبت تحريم ام الموطوئة بالزنا فى ما تقدم فيثبت هنا (واحتج) بعضهم بقوله تعالى **ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء (٢)** والنكاح حقيقة فى الوطى لغة اجماعا فكذا شرعا للاستعمال فى قوله تعالى **فانكحوا ما طاب لكم من النساء (٣)** وغير ذلك من الايات والآثار والاصل فى الاستعمال الحقيقة ولاصالة عدم النقل (قيل) حقيقة شرعية فى العقد لقوله تعالى **اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن (٤)** والاصل فى الاستعمال الحقيقة (واجيب) بانه اذا تعارض المجاز والاشتراك فالمجاز خير لما سبق فى الاصول (ووجه المناسبة) السببية وكون النكاح حقيقة شرعية فى الوطى ضعيف لما تقدم فى اول النكاح (واعلم) انه كلما ثبت تحريم منكوحة الاب بالزنا ثبت تحريم منكوحة الابن بالزنا اذ لا فارق بينهما من الامّة اجماعاً واحداث قول ثالث باطل خصوصا عند الامامية والّا انتفى المعصوم فى وقت اوجاز خلافه و اجمعت الامامية على بطلان اللازم بقسميه .

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

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

(١) النساء ـ٣ (٢) النساء ٢٦
(٣) النساء ٣ (٤) الاحزاب ـ٤٩

والاقرب الكراهيّة ، ولاخلاف فى انتفاء التحريم بما يحلّ لغير المالك كنظر الوجه ولمس الكفّ .

على غيره لمسه والنظر اليها كالنظر الى فرجها ولمسه (هل) تحرم على ابنه وابيه كما يحرم وطئها عليه فى هذه المسألة اقوال ثلثة (الف) عدم التحريم بهما وهو اختيار والدى المصنف هنا وابن ادريس لاصل الاباحة ولقوله تعالى **واحل لكم ماوراء ذلكم (١)** وقوله تعالى **فانكحوا ماطاب لكم من النساء (٢) ومامملكت ايمانكم (٣)** (ب) التحريم بهما كالوطى وهو اختيار الشيخ فى النهاية وابن البراج وابن حمزة وعدّ ابو الصلاح فى المحرمات امة الاب المنظور اليها بشهوة وجعله سلار رواية ، واستدل الشيخ بقوله تعالى **وحلائل ابنائكم (٤)** خرج الملك المجرد عن الوطى والنظر واللمس اجماعا فبقى الباقى على العموم وبما رواه محمد بن اسماعيل فى الصحيح ، عن ابى الحسن عليه السلام : قال سألته عن الرجل يكون له الجارية فيقبّلها هل تحل لولده فقال بشهوة ؟ قلت نعم ، قال ما ترك شيئا اذا قبّلها بشهوة ثم قال ابتداء منه ان جرّدها فنظر اليها بشهوة حرمت على ابيه وابنه قلت اذا نظر الى جسدها ؟ فقال اذا نظر الى فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه (٥) (واعلم) ان والدى قدس الله سره اختار فى المختلف وتذكرة الفقهاء هذا القول (وباحثته) لما قرأت عليه التهذيب فى الاخبار بان هذا خبر واحد فلا يعارض الكتاب (فاجاب) بان خبر الواحد يخصص الكتاب وهذا من الباب ، والاقوى عندى هذا القول (واجاب) عن ادلة ابن ادريس بان الاصل حجة مع عدم النص الناقل و ادلة التحريم نقلت عنه (ج) النظر بشهوة يحرّم على ابن الناظر دون ابيه وهو اختيار المفيد .

(المسألة الثانية) النظر واللمس المذكوران من المعقود عليها اومملوكته هل يحرّم بنت الزوجة اوالمملوكة من نسب كانت اورضاع كما يحرم وطؤها : قال ابن الجنيد نعم وهو اختيار الشيخ فى الخلاف وجزم بتحريم ام المنظورة وان علت وبنتها وان نزلت وقال فى مسئلة اخرى النظر الى فرجها يتعلق به تحريم المصاهرة (واحتج) الشيخ باجماع

(١) النساء -٢٨ (٢) النساء ٣ (٣) النساء ٢٩ (٤) النساء ٢٧
(٥) ئل ب٣ خبر ١ من ابواب مايحرم بالمصاهرة .

واما العقد المجرد عن الوطى فانه يحرم امّ الزوجة وان علت تحريما مؤبداً على

الفرقة والاحتياط وبما روى عنه عليه السلام انه قال لاينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة و بنتها (١) و الاقوى عندى عدم التحريم (لنا) قوله تعالى **فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم** (٢) والنظر واللمس ليس شيء منهما دخولا والتقريب بعد ذلك ان نقول لم يفرّق احد بين البنت وامّ الامة وقد ثبت فى البنت الاباحة فكذا امالامة. وبما رواه عيص ابن القاسم فى الصحيح قال سألت اباعبدالله عليه السلام عن رجل باشر امرأة وقبّل غير انه لم يفض اليها ثم تزوج ابنتها قال ان لم يكن افضى فلا بأس وان كان افضى فلا يتزوج (٣) (احتج) الآخرون بما رواه محمد بن مسلم فى الصحيح ، عن احدهما عليهما السلام قال : سألته عن رجل تزوج امرأة فنظر الى رأسها اوالى بعض جسدها ايتزوج ابنتها قال اذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له ان يتزوج ابنتها (٤) (واجاب) عنه فى الاستبصار بانها محمولة على الكراهة لانه عليه السلام علق التحريم على الدخول وليس.

(**المسألة الثالثة**) النظر بشبهة هل يحرّم الام وان علت و البنت وان نزلت؟ قال الشيخ فى الخلاف نعم واستدل باجماع الفرقة والاقوى عندى العدم للاصل .

(**المسألة الرابعة**) النظر المحرم الى الاجنبية هل يحرّم الامّ والبنت ـ كل من قال لا يحرم الوطى بالزنا قال لا يحرم هنا واختلف القائلون بالتحريم بالوطى بالزنا فى تحريمه هنا على قولين والاقوى عندى عدم التحريم به للاصل .

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

اقول :هذا اختيار الشيخ وابى الصلاح وسلار ، وقال ابن ابى عقيل تحريم جمع وانما تحرم موبداً بالدخول بالبنت (والحق) الاول لعموم قوله تعالى **وامهات نسائكم** (٥) والجمع المضاف للعموم والمراد به التحريم المؤبد لانه عطف على قوله **امهاتكم** الخ فيتشارك فى الحكم (قالوا) عطف عليه قوله **وامهات نسائكم و ربائبكم اللاتى**

---

(١) مستدرك ب١٨ خبر٨ من ابواب مايحرم بالمصاهرة (٢) النساء ٢٧
(٣) ئل ب ٦ خبر ٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .
(٤) ئل ب ١٩ خبر١ من ابواب مايحرم بالمصاهرة (٥) النساء ٢٧

الاصح (وهل) يشترط لزومه مطلقا اومن طرفه اوعدمه مطلقا نظر ، فلوعقد عليه الفضولى عن الزوجة الصغيرة ففى تحريم الام قبل الاجازة او بعد فسخها مع البلوغ نظر، وتحرم المعقود عليها على اب العاقد وان علا وابنه وان نزل ولاتحرم بنت الزوجة على العاقد عيناً بل جمعاً فلوفارقها قبل الدخول حل له العقد على البنت وكذا اخت الزوجة وبنت اخيها واختها الآان ترضى العمة والخالة ، ويحرم وطى مملوكة كل من الاب وان علا

فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن(١) والشرط والصفة المتعقبة للمعطوف يرجع الى الكل تسوية بين المعطوف والمعطوف عليه الاماخص الدليل (قلنا) قدبيّنا فى الاصول عود الشرط والصفة المتعقبين للجمل المتعاقبة الى الاخيرة (ولان) قوله (من نسائكم) يدل على انه للربائب، لان الربائب من النساء : لاالامهات

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

اقول : (هل يشترط) فى تحريم ام المعقود عليها اوبنتها من غير دخول بل بمجرد العقد لزوم العقد من الطرفين اومن طرف الزوج (اولا يشترط) مطلقا فيه نظر لانه يحتمل الاول لعموم آية الاباحة خرج المعقود عليها عقداً لازما من الطرفين فيبقى الباقى على الاصل (ولان) معنى اللزوم هووجوب ترتب الاثر على العقد وعدمه عدم ذلك و التحريم ان لم يجب لموضوعه لم يثبت وهو من آثار العقد (ولان) عدم اللزوم مع ثبوت الصحه معناه التأثير بالامكان وهو لايستلزم الفعل والالتقدم وجود المعلول بالفعل على ثبوت العلة (ويحتمل) الثانى لان اللزوم فى طرفه يقتضى وجوب ترتب اثره عليه فى طرفه و التحريم من اثره فيثبت فى حقه والآلزم تخلف المعلول عن علته هذا خلف (و يحتمل) الثالث لقوله تعالى **وامهات نسائكم** (٢) والاضافة تصدق بادنى ملابسة ومناسبة (ولان) الاحتياط يقتضى التحريم والحق الاول (لان) الامكان لايستلزم الفعل .

قال قدس الله سره: فلوعقد عليه الفضولى (الى قوله) مع البلوغ نظر

اقول : هذا فرع على ماتقدم من اشتراط اللزوم وعدمه .

---

(١) النساء ٢٧ (٢) النساء ٢٧

والابن وان نزل على الآخر بالوطى لا بالملك ولا يحرم الملك مع الوطى ولو وطىء احدهما مملوكة الآخر بزنا او بشبهة ففى التحريم نظر، وليس لاحدهما ان يطأ مملوكة الآخر الا بعقد او ملك او اباحة وللاب التقويم مع الصغر ولو وطىء الاب او الابن زوجة الاخر او مملوكته الموطوئة بزنا او شبهة فالاصح انه لا يوجب التحريم ولا حد على الاب فى الزنا بمملوكة ابنه ويحد الابن مع انتفاء الشبهة ولو حملت مملوكة الاب بوطى الابن لشبهة عتق ولا قيمة على

قال قدس الله سره : ولو وطىء احدهما مملوكة الاخر بزنا او بشبهة ففى التحريم نظر .

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

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

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

---

(١) النساء ٢٦ .

(٢) ئل فى غير واحد من اخبار باب ٤ـ ٥ـ٦ من ابواب مايحرم بالمصاهرة و لكن لم نعثر على ذيل الخبر فيما بايدينا .

(٣) ئل ب ٤ خبر ٣ من ابواب مايحرم بالمصاهرة .

الابن ولاعتق مع الزنا ولوحملت مملوكة الابن بذكر لم ينعتق وعلى الاب فكّه مع الشبهة ولوحملت بانثى عتقت على الابن ولا قيمة ومع الزنا لاعتق وعلى كل من الاب والابن مهر المثل لووطىء زوجة الاخر للشبهة فان حرمنا بها فعاودها الزوج وجب عليه مهر الآخر والآفلا والرضاع في ذلك كلّه كالنسب .

الفصل الثالث

في باقي الاسباب وفيه مسائل

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

(ب) لو تزوج امرأة في عدتها عالما حرمت عليه ابداً دون ابيه وابنه وان جهل العدة او التحريم فان دخل فكذلك في حقه وحقهما والّا بطل واستانف بعد الانقضاء ويلحق به الولد مع الجهل ان جاء لستة اشهر فصاعداً من حين الوطى ويفرّق بينهما وعليه المهر مع جهلها لا علمها و تعتدّ منه بعد اكمال الاولى ، و لو كانت هي العالمة لم يحل لها العود اليه ابدا ، ولو تزوج بذات بعل ففي الحاقه بالمعتدة اشكال ينشأ (من) عدم التنصيص (ومن) اولوية التحريم ولافرق في العدة بين البائن والرجعي وعدة الوفاة .

لعموم الآية المتقدمة والاقوى عندي الاوّل لقوله عليه الصلاة والسلام لايحرّم الحرام الحلال (١) .

قال قدس الله سره: ولاعتق مع الزنا .

اقول : جزم هنا بما استشكله في غير هذا الموضع وهو عدم العتق مع الزنا اي لو زنا الاب بجارية ابنه فولد له ولد كان الولد رقّاً لاب الواطى (وهل) ينعتق عليه من حيث انه ولد لغة ام لا ، جزم هنا بعدم عتقه وكذا لو زنا الاب بمملوكة الابن فولدت له بنت او كان ذلك بجارية الغير ثمّ انتقل الى احدهما الولد اختار هنا انّه لاينعتق و سيأتي في باب العتق .

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

اقول : الاولى عندي الاقتصار على موضع النص ،

---

(١) ئل ب ٤ خبر ٥ من ابواب مايحرم بالمصاهرة .

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

قال قدس الله سره : و هل وطى الامة فى الاستبراء كالوطى فى العدة اشكال .

اقول : ينشأ (من) انه عدة الامة (من) اختصاصه باسم لم يتناوله النص والاصل العدم ، والحق عندى الثانى فلااشكال فيه لان وصف السببية الشرعية انما ثبت فى موضع النص لاغير .

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

اقول: وجه القرب انه لم يتزوج بامرأة ذات بعل ولافى عدتها لانه لم يدخل فى العدّة بعد ولامقتضى غيرها للتحريم هنا لانه الفرض (ومن) حيث انه اذاكان حراما بعد هذا الزمان واقتضى هذا التحريم عقوبة التحريم المؤبد فقبلها اولى ، والاقوى عندى عدمه للاصل ولعدم النص .

قال قدس الله سره : وفى المسترابة اشكال .

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

(ج) لا زنى بذات بعل اوفى عدة رجعية حرمت عليه ابداً ولولم يكن احديهما لم تحرم سواء كانت ذات عدة بائن اولا وان كانت مشهورة بالزنا ، و لواصرّت امرأته على الزنا فالاصح انها لاتحرم وهل الامة الموطوئة كذات البعل نظر .

عند من جعل القرء الطهر فقد تبين هنا ان ماقبل العدة وما بينها وان لم يكن منها حكمه حكمها هنا بخلافه في الوفاة المجهولة فانه لم يرد فيه شيء من الاصحاب (واعلم) انه لاكلام في التحريم المؤبد لووقع في الثلاثة الاشهر الاخيرة لانها عدة .

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

اقول : قال المفيد وسلار بالتحريم والمصنف بالكراهية وهو الاصح لقوله عليه السلام لايحرّم الحرام الحلال (١) (قالوا) نهى عن اجتماع الماءين في الرحم ولان تحريم النكاح لحفظ الانساب من الاختلاط (والجواب) ان ماء الزنا غير محترم والولد للفراش (ولهم) ان يقولوا قال الله تعالى **والزانية لاينكحها الا زان او مشرك وحرم ذلك على المؤمنين (٢)** واذا دخلت (الا) عقيب الفعل المنفي على الفاعل دل على الحصر ، وحمل ذلك على الزنا الخاص تأكيد وعلى النكاح العام تأسيس فيقدم بالوجهين على الاول لما بين في الاصول (ويجاب) بان المهملة جزئية فانه لوسلم ان اللام للجنس لم يسلم عمومه ، و المطلقة لاتستلزم الدائمة .

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

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

---

(١) ئل ب ٤ خبر ٥ من ابواب مايحرم بالمصاهرة. (٢) النور - ٣

(د) لواوقب غلاما اورجلاحياً اوميتاعلى اشكال، حرم عليه ام الغلام والرجل واخته وبنته مؤبداً من النسب ، وفى الرضاع والفاعل الصغيرا شكال، ويتعدى التحريم الى الجدات وبنات الاولاددون بنت الاخت ولوسبق العقد لم يحرم وكذا دون الايقاب لايحرم، ولواوقب خنثى مشكل اواوقب فالاقرب عدم التحريم وحد الايقاب ادخال بعض الحشفة

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

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

قال قدس الله سره : وفى الرضاع والفاعل الصغير اشكال .

اقول : هنا مسألتان الاولى الام والاخت من الرضاع ومنشأ الاشكال انها ام لقوله تعالى **وامهاتكم اللاتى ارضعنكم** (١) فسماهن امهات والاصل فى الاستعمال الحقيقة لان استدلال نقلة اللغة على الحقيقة بمجرد الاستعمال كعلم ابن عباس بالفاطر و الدهاق ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة (٢) ويروى مايحرم من النسب(٣) (ومن) حيث ان الاستعمال اعم من الحقيقة والمجاز ولادلالة للعام على الخاص فالمرجع الترجيح والحق ترجيح المجاز لماتقرر فى الاصول ، (ولهم) ان يقولوا الفهم عند التجرد عن القرائن من ارباب اللسان من خواص الحقيقة (الثانية) الفاعل الصغير من حيث العموم المتناول له لان (من) فى المجازات والاستفهام للعموم (ومن) انه حال الوطى لااثر لان التحريم تكليف وبعده لامؤثر، والحق عندى الاول لانه من باب الاسباب والتكليف على الولى كمالوزوجه ابوه فانه يحرم عليه ام زوجته يعنى انه يحرم على الولى انكاحه امها وبعد البلوغ يتعلق به فحال الفعل وجد الاثر .

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

---

(١) النور ٢٩　(٢) سنن ابى داود (ج٢) باب مايحرم من الرضاعة
(٣) ثل فى غير واحد من اخبار باب١ ن ابواب مايحرم بالرضاع
(٤) الاول بالبناء للمعلوم والثانى المجهول .

ولوقليلا اما الغسل فانما يجب بغيبوبة الجميع ولايحرم على المفعول بسببه شيء.

(ه) لو عقد المحرم فرضا اونفلا احرام حج اوعمرة بعد افساده اولا على امرأة عالما بالتحريم حرمت ابداً وان لم يدخل وان كان جاهلا فسد عقده و جازله العود بعد الاحلال، فان دخل (قيل) تحرم عليه مؤبداً ولاتحرم الزوجة بوطيها في الاحرام مطلقا.

(و) المطلقة تسعا للعدة ينكحها بينها رجلان تحرم مؤبداً ولايشترط التوالي فلو تخلل التسع طلقات للسنة و كملت التسع للعدة حرمت ابداً.

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

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

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

---

(١) ئلب ٣١ خبر ١ من ابواب مايحرم بالمصاهرة.

وفى الامة اشكال اقربه التحريم فى التسع اذا نكحها بعد كل طلقتين رجل.

تنبيه: اطلاق الاصحاب كون التسع للعدة مجاز لان الثالثة من كل ثلاث ليست منها بل هى تابعة للاوليين فلو وقعت الثانية للسنة فالذى (التى-خ) للعدة الاولى لاغير ، ولو

قال قدس الله سره : وفى الامة اشكال اقربه التحريم فى التسع

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

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

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

كانت الاولى فكذلك على الاقوى ، اما الامة فان قلنا بتحريمها فى الست فالاقوى تبعية الثانية للاولى (ز) من فجر بعمته اوخالته قربتااوبعدتا حرمت عليه بنتاهما ابداً ، ولو وطىء لشبهة فالاقرب عدم التحريم .

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

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

اقول : هذا تفريع على تحريم الامة فى الست (فان قلنا به) فاما ان نقول ان الثالثة فى طلاق الحرية يتبع ماقبلها بالمجاورة اويتبع الاكثر فان قلنا بالاول تبعت الثانية الاولى فى الامة والالم يتبع فيقع الستة للعدة فى اثنى عشر طلقة .

تنبيه

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

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

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

ولوسبق العقد الزنا فلاتحريم ، وفى بنتيهمامجازاً اورضاعااشكال.

(ح) لايحل وطى الزوجة الصغيرة قبل ان تبلغ تسعافان فعل لم تحرم على الاصح

العمة اوالخالة بل بمجرد الوطى بالشبهة واماعلى عدم التحريم بوطى الشبهة فى غيرهذه الصورة هل يحرم هنا يحتمله للنص على الزنا فاذا قام الزنا مقام الوطى الصحيح فى تحريم المصاهرة فالشبهة اولى (ويحتمل) العدم لان المحرم بالنص هوالنكاح الصحيح والزنا فى هذه الصورة وكلاهما منتف هناوهذا هوالمبحث هنا .

قال قدس الله سره : وفى بنتيهما مجازاً اورضاعا اشكال .

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

قال قدس الله سره : ولا تحل وطى الزوجة الصغيرة (الى قوله) الا مع الافضاء .

اقول هنا مسألتان (الف) لووطىء زوجته قبل بلوغها تسعا (قيل) تحرم مطلقا سواء افضاها اولا وهوقول الشيخ فى النهاية (وقال) ابن حمزة ان افضاها حرمت ابداً (احتج) الشيخ بما رواه يعقوب بن يزيد عن بعض اصحابنا ، عن الصادق عليه السلام : قال اذا خطب الرجل المرئة فدخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين فرّق بينهما ولم تحل له ابداً(١) (والجواب) انها مرسلة ، والحق ان التحريم منوط بالافضاء : قال والدى فى المختلف الظاهر ان مراد الشيخ فى النهاية ذلك (ب) انه اذا افضاها حرمت عليه ابداً اجماعا .

(١) ئل ب٣٣ خبر٢ من ابواب مايحرم بالمصاهرة .

الامع الافضاء وهوصيرورة مسلك البول والحيض واحداً اومسلك الحيض والغايط على رأى ، فتحرم مؤبداً (قيل)ولاتخرج من حباله وفيه نظر .

قال قدس‌الله سره : وهوصيرورة مسلك البول (الى قوله)على رأى.

اقول : الافضاء صيرورة مسلك البول ومسلك الحيض وهومدخل الذكر و احداً وهذا هوالصحيح ، وقال بعضهم مسلك الحيض والغائط واحداً وهو بعيد لبعدما بين المسلكين وهذه المسألة ليست من هذا العلم بل (اما) من علم التشريح ان نظر الى المعنى (واما) من علم اللغة ان نظر الى وضع اللغوى فالفقيه يتسلّمه تسليما ثم يرتب عليه الحكم .

قال قدس‌الله سره : فتحرم مؤبداً قيل ولاتخرج من حباله وفيه نظر.

اقول : اذا وطىء زوجته الصغيرة اعنى دون تسع فافضاها به حرمت مؤبداً(وهل) تخرج من حباله اى تبين منه من غير طلاق اولا بل الزوجية باقية و لابد فى البينونة من طلاق فيه للاصحاب ثلاثة اقوال (الف) انها لاتخرج من حباله وهوقول ابن ادريس ويظهر من كلام الشيخ فى النهاية لاصالة بقاء النكاح ولايجب عليه الطلاق بل يكون مخيراً : لمارواه بريد العجلى ، عن الباقر عليه السلام : فى رجل افتضّ جاريته يعنى امرأته فافضاها قال عليه السلام عليه الدية ان كان دخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين،قال فان امسكها ولم يطلقها فلاشىء عليه الحديث (١) وهويدل على انها لاتبين بذلك وانه مخير فى طلاقها(وفيه نظر) لان معنى ملك البضع اباحة الوطى فاذا خرج عن الاباحة زال الملك و هو معنى البينونة (ب) انها تبين منه بمجرد ذلك بغير طلاق و هوقول ابن حمزة و يظهر من كلام المفيد : لمارواه يعقوب بن يزيد ، عن بعض اصحابنا ، عن الصادق عليه السلام : قال اذاخطب الرجل المرأة فدخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين فرّق بينهما ولم تحل له ابداً (٢) وهذه صيغة بطلان النكاح (ج) التوقف وهوقول المصنف لان كل ما حرم مؤبداً منع ابتداء النكاح وهواقوى من الاستدامة(ولان).التحريم المؤبد ينافى غاية العقد الذاتية التى هى اثره بالذات والباقى بالتبعية واذاثبت احدالمتنافيين انتفى الاخر واذا انتفى اثر الغائى

(١) ئل ب٣٣ خبر٣ من ابواب مايحرم بالمصاهرة

(٢) ئل ب ٣٣ خبر٢ من ابواب مايحرم بالمصاهرة.

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

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

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

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

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

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

(واما الثانى) فيحتمل وجوب الانفاق لوجود العلة وهو الافضاء للصغيرة وعدم رغبة الازواج فيها غالبا فهو من باب اتحاد طريق المسألتين لا القياس والنكاح لا يصلح ان يكون سببا ولا جزء سبب ولا شرطا والالم يوجد مع عدمه (وفيه نظر) لجواز كونه من الاسباب المعدة كما في الطلاق والملك والعتاق ومنه ينشأ احتمال العدم هنا (ومن) اصالة البرائة (ولان) الاسباب الشرعية يقتصر فيها على محل النص من غير تعدية .

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

---

(١) ئلب ٣٣ خبر ١ من ابواب مايحرم بالمصاهرة .

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

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

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

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

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

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

قال قدس الله سره: والاقرب عدم تحريم الامة والمفضاة بالاصبع .

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

(١) النساء -٣

المقصد الثانى فى التحريم غير المؤبد

وفيه فصول : الاول فى المصاهرة وفيه مسائل

(الف) تحرم بنت الزوجة و ان نزلت اذا لم يكن قد دخل بالام تحريم جمع بمعنى انه اذا ابان الام بفسخ اوطلاق اوموت حلّت له البنت و مع الدخول تحرم بناتها و ان نزلن مؤبداً ، والا قرب مساواة الوطى فى الفرجين وعدم اشتراط البلوغ و العقل فى الواطى و الموطوئة ولا الاباحة كالوطى فى الاحرام و الحيض ولا دوام النكاح و العقد و الملك واحد .

موضوع المنصوص عليها والاصل الاباحة (ويحتمل) التحريم لانها مساوية للزوجة والافضاء هو المقتضى للتحريم وهو موجود وليس بجيد لانه اخذ غير السبب مكانه .

المقصد الثانى فى التحريم غير المؤبد

قال قدس الله سره : والاقرب مساوات الوطى فى الفرجين .

اقول : الدخول بالزوجة فى القبل يحرّم نكاح البنت اجماعا والمذكور هنا الوطى فى الدبر هل ينزّل منزلة الوطى فى القبل فى التحريم اولا ، الاقرب نعم لانه يثبت به الحد ويستقر المهر وتجب العدة فى الطلاق ويلحق النسب فثبوت احد المعلولين لعلة واحدة يستلزم ثبوت الآخر وهو برهان ، انتهى (ويحتمل) ضعيفاً العدم لعدم ثبوت الاحصان ، والحق عندى الاول وبه افتى .

قال قدس الله سره: وعدم اشتراط البلوغ (الى قوله) ولادوام النكاح

اقول : المطلوب انه لا يشترط فى الدخول المحرّم لبنت الزوجة هذه الاشياء التى ذكرها لان الدخول صادق فى الكل وهو الوصف الذى علق عليه الحكم فى الآية فيثبت الحكم (ويحتمل) ضعيفا العدم لان قوله تعالى **وربائبكم** الى قوله **دخلتم بهن** (١) خطاب فلا يتناول غير المكلف وهذا الاحتمال انما هو فى الواطى امّا المرأة فلا يشترط فيها العقل قطعا ولا البلوغ من غير احتمال وأما خلوها من محرّم عارض يجامع الزوجية كالاحرام

---

(١) النور ٢٩

(ب) تحرم اخت الزوجة بالعقد دايما ومنقطعا تحريم جمع سواء دخل بالاخت اولا وسواء كانت لاب اولام اولهما ولاتحرم اخت الاخ اذا لم تكن اختاً ولاتحرم الجمع بينهما في الملك ولوطلّق رجعيا حرمت الاخت حتى تخرج العدة ولو طلّق باينا اوفسخ لعيب (لسبب خ) حلّت في الحال على كراهية حتى تخرج العدة.

(ج) تحرم بنت اخت الزوجة معها وبنت اخيها وان نزلتا على اشكال تحريم جمع ان لم تجز الزوجة فان اجازت صح ، وله ادخال العمة والخالة على بنت الاخ وبنت الاخت وان كرهتا ، والاقرب ان للعمة والخالة فسخ عقدهما لوجهلتا لا المدخول عليها.

(د) لايجوز نكاح الامة لمن عنده حرة الّا باذنها .

.....

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

قال قدس الله سره : تحرم بنت اخت الزوجة معها وبنت اخيها وان نزلتا على اشكال !

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

قال قدس الله سره : والاقرب ان للعمة (الى قوله) المدخول عليهما .

اقول : اذا تزوج العمة اوالخالة على بنت الاخ اوالاخت من غير علم العمة او الخالة ، فليس لهما فسخ نكاح بنت الاخ اوبنت الاخت (لان) نكاحهما قد ثبت ولزم والاصل البقاء ، وهل لهما فسخ نكاح انفسهما الاقرب عند المصنّف ذلك وهو مبنيّ على مقدمتين (الف) تحريم الجمع بين العمة والخالة وبين بنت الاخ وبنت الاخت من غير رضاء العمة اوالخالة ، سواء تقدم نكاح العمة اوالخالة على عقد البنتين اوتأخر اوقارن

(ه) لاتحل ذات البعل اوالعدة لغيره الا بعد مفارقته والعدة انكانت من اهلها .

(و) لوتزوج الاختين نسبا اورضاعا على التعاقب كان الثانى باطلا سواء دخل بها اولا وله وطى زوجته فى عدة الثانية فان اشتبه السابق منع منهما فالاقرب الزامه بطلاقهما

ويجوز مع رضى العمة اوالخالة مطلقا (اما) تحريم الجمع (فلما) رواه ابوالصباح الكنانى عن الصادق عليه السلام قال : لايحل للرجل ان يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة و خالتها (١) و(اما) توقف جواز الجمع على رضى العمة والخالة خاصة : (فلما) رواه محمد ابن مسلم فى الصحيح عن الباقر عليه السلام: قال: لاتزوج ابنة الاخت على خالتها الا بأذنها وتزوج الخالة على ابنة الاخت بغير اذنها (٢) ولم يفرق الامة بين العمة والخالة ولم يقل احد باعتبار رضاء البنتين بل برضاء العمة والخالة واجمعوا على انه ليس لبنت الاخ ولا لبنت الاخت فسخ نكاح العمة والخالة وان تأخر عقد العمة اوالخالة، والضمير فى قوله (وتزوج الخالة على بنت الاخت بغير اذنها) راجع الى بنت الاخت : و(لما) رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : لاتزوج الخالة والعمة على بنت الاخ وبنت الاخت بغير اذنهما (٣) والضمير فى قوله (بغير اذنهما) راجع الى العمة والخالة باجماع اصحابنا (ب) انه ليس للمتأخرة فسخ نكاح المتقدمة سواء كانت المتأخرة العمة اوالخالة اوالبنتين للزوم المتقدمة والاصل بقائه ، اذا تقرر ذلك تعين فسخ العمة اوالخالة نكاح انفسهما مع عدم رضاهما (ويحتمل) بطلان عقدهما من الاصل كما تقدم فى رواية ابى الصباح الكنانى .

قال قدس الله سره : ولو تزوج الاختين (الى قوله) والاقرب الزامه بطلاقهما .

اقول : اما تحريمهما فلان احديهما محرمة عليه وقد اشتبهت ولايتم اجتناب

---

(١) ئل ب ٣٠ خبر ٧ من ابواب مايحرم بالمصاهرة .

(٢) ئل ب ٣٠ خبر ٦ من ابواب مايحرم بالمصاهرة .

(٣) كذا فى النسخ ولكن فى (الكافى) باب المرأة تزوج على عمتها اوخالتها و(التهذيب) باب نكاح المرأة وعمتها الخ (تزوج بغير لفظة (لا) وهو الصحيح .

فيثبت لهما ربع المهرين مع اتفاقهما واختلافهما على اشكال .

المحرمة الا باجتنابهما وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب و(اما) وجوب الطلاق فلوجهين (الف) انه يجب حقوق الزوجية ويجب تحصيل برائة الذمة من الواجب والواجب لا يتم الا بالطلاق وما لا يتم الواجب المطلق الا به فهو واجب (ب) ان نكاح احديهما صحيح قطعا ويجب عليه ايفاء حقها او ابانتها لقوله تعالى: **فامساك بمعروف او تسريح باحسان** (١) والاول متعذر فيجب الثاني ولا يتيقن ببنونتها منه الا بطلاقهما جميعا و (اما) الزام الحاكم اياه بالطلاق فلان كل من وجب عليه شيء يجبره الامام على فعله ان تركه اختياراً لانه من باب اللطف (ويحتمل) عدمه لبطلان الطلاق مع الاكراه وعموم رفع حكم ما استكرهوا عليه (وفيه نظر) لان الاكراه الشرعي لا يبطل حكم الفعل والا لزم ان لا يجبر الامام على فعل واجب فيبطل فائدة الامامة او استلزام جواز الاكراه (الاجبار - خل) نفيه اذ الشارع لا يلزم بالباطل و الاقوى عندي الزامه بالطلاق لان القول بالتوقف اضرار بالمرأة وحرج عليها والقرعة ظنية لا يباح بها ما يبنى على الاحتياط كالفروج واستباحتها وعندي انه لا يجب مواجهة كل واحدة بالطلاق بل لو قال زوجتي منها طالق كفاه فتعتد ان له وله العقد بعد العدة على من شاء منهما (لا يقال) يشترط في الطلاق التعيين على الاصح (لانا نقول) ذكره بكونها زوجته صفة معينة لها في نفس الامر مشخصة، لانهما ليستا بزوجتيه بل احديهما ثبتت لها هذه الصفة وانتفت عن الاخرى في نفس الامر وهو كاف في التعيين بخلاف ما لو قال لزوجتيه احديكما طالق .

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

اقول : اما مع اتفاق المهرين جنسا وقدراً وعدم تعيينهما او تعيين احدهما شخصا فوجوب ربع المهرين ظاهر لا شك فيه لان احديهما زوجته في نفس الامر وقد طلقها قبل الدخول فلها نصف المهر وهو ربع المهرين و(اما) مع اختلافهما جنسا او شخصا او قدراً فالاشكال فيه ، ومنشأه ان ربع المهرين ليس نصف ما فرضتم فانه اذا كان احدهما ذهبا والآخر فضة كان النصف الواجب من احد الجنسين وماهية المركب مخالفة لماهية اجزائه

(١) البقرة ٢٢٨

(ويحتمل) القرعة في مستحق المهر ،والايقاف حتى تصطلحا،ومع الدخول يثبت المهران مع الجهل فليس له حينئذ تجديد عقد الا بعد العدة،ولو اوجبنا في الفاسد مهر المثل واختلف فالقرعة

قطعا (ولانه) يستلزم وجوب مالم يجب وسقوط بعض ماوجب في نفس الامر لنفي احد الجنسين في نفس الامر قطعاً (فعلى هذا) يحتمل القرعة والايقاف (ومن) ان نصف احدهما مستحق وانحصاره في واحد ترجيح من غير مرجح فكان منهما (ولانا) نجمع بين دعوييهما في نصف المهر المستحق فكل منهما تدّعي الجميع فيقسّم بينهما ويعطى كل واحدة الواقع لها وهو الربع فيما وقع عليه عقدها وكذا لو تشخّص كل واحد من المهرين اواحدهما اواختلفا قدراً واتحدا جنسا .

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

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

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

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

ولو اتحدا العقد بطل (وقيل) يتخير .

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

قال قدس الله سره : ولو اتحد العقد بطل وقيل يتخير

اقول : الاول اختيار المصنف هنا وابن حمزة وابن ادريس (والثانى) وهو التخيير اختيار الشيخ فى النهاية وابن الجنيد وابن البراج (احتج) الشيخ بما ورد فى الحسن، عن جميل بن دراج ، عن الصادق عليه السلام : فى رجل تزوج خمسا فى عقد : قال يخلى سبيل ايتهن شاء ويمسك الاربع(١) وما رواه جميل بن دراج ايضا ، عن بعض اصحابنا ، عن احدهما عليهما السلام فى رجل تزوج اختين فى عقد واحد قال هو بالخيار فى ان يمسك ايتهما شاء ويخلى سبيل الاخرى (٢) (احتج) ابن ادريس بانه عقد منهى عنه والنهى يدل على الفساد وهذا هو الاصح عندى وعند والدى لان العقد على كل واحدة محرم لنكاح الاخرى

---

(١) ئل ب ٤ خبر ١ من ابواب مايحرم باستيفاء العدد .

(٢) ئل ب ٢٥ خبر ١ من ابواب مايحرم بالمصاهرة .

ولووطىء امته بالملك حرمت عليه اختها به حتى يخرج الاولى عن ملكه ببيع اوهبة او غيرهما، وفى اشتراط اللزوم او الاكتفاء بالتزويج او الرهن او الكتابة اشكال.

ويبطل للعقد عليها ونسبته اليهما واحدة فيلزم بطلانه بالنسبة الى كل واحدة منهما والا لزم الترجيح من غير مرجح (وان) اثر العقد الاباحة فلو اثر فامّا لهما اولاحديهما بعينها اولا بعينها والكل باطل (اما الاولان) فبالضرورة و (اما الاخير) فلان الاباحة امر معين فلا تحل فى محل غير معين فى نفس الامر فاذا لم يؤثر العقد بطل .

قال قدس الله سره : ولووطىء امته بالملك (الى قوله) او الكتابة اشكال .

اقول : اجمع علماء الاسلام على جواز الجمع بين الاختين فى الملك فلو اشترى جارية فوطئها لم يحرم شراء اختها اجماعا لان الغرض الذاتى من الملك التموّل دون الاستمتاع ولهذا حلّ له شراء المجوسية والوثنية و المعتدة و المزوجة و المحرمة عليه بالمصاهرة وانما المحرم الجمع بينهما فى النكاح :لقوله تعالى **الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم** (١) ولايدخل الجمع فى ملك اليمين وان تناوله بظاهره لانه غير مراد باجماع علماء الاسلام اذا تقرر ذلك (فنقول) اذا حرمت الاولى بخروجها عن ملكه خروجا لازما كعتقها اوبيعها بغير خيار اجمع علماء الاسلام على حل الاخرى ولكن هنا مسئلتان (الف) هل يشترط فى العقد الناقل عن ملكه اللزوم اويكفى مجرد العقد الناقل فيه اشكال فيحتاج الى بيان مبناه ومنشأه (فنقول) مبناه على ان الملك ينتقل بنفس العقد قبل انقضاء الخيار ومنشأه (من) حيث ان النص المتفق عليه جاء بانه حرمت الاخرى الى ان تخرج الاولى عن ملكه فهو نهاية التحريم وقد حصل (ولان) الغاية لو كان الخروج اللازم لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة واخذ غير السبب مكانه وهو لايجوز (ومن) حيث ان المقصود بالخروج عدم تمكنه من العود اليها ولم يحصل وفى الصغرى منع (ب) هل يكفى عقد محرّم للوطى عليها للغير لازم من جهته غير مخرج عن الملك كالتزويج والرهن اويقطع التصرف ويحرم الوطى ويؤل الى اخراج الملك و حكمه حكم المخرج عن الملك كالكتابة المطلقة (ام لا) اشكال ينشأ (من) حيث ان (الى) لانتهاء الغاية

---

(١) المؤمنون ٧

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

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

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

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

---

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

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

ولووطىء امة بالملك(قيل) جاز ان يتزوج باختها فتحرم الموطوئة مادامت الثانية زوجة

(ز) لوتزوج بنت الاخ اوالاخت على العمة اوالخالة من النسب اوالرضاع حرتين اوامتين لاملك يمين على اشكال فان كان باذنهما صح والا بطل على رأى ووقع موقوفا

الاولى ليرجع اليها الآان يبيع لحاجة اويتصدق بها اوتموت (١) (قالوا) فيلزم في الجاهل (قلنا) روى الحلبى عن الصادق عليه السلام: قال قلت له الرجل يشترى الاختين فيطأ احديهما ثم يطأ الاخرى بجهالة قال اذا وطىء الاخيرة بجهالة لم تحرم عليه الاولى وان وطىء الاخيرة وهو يعلم انها عليه حرام حرمتا جميعا (٢) قال الشيخ اى مادامتا فى ملكه فاذا زال ملك احديهما حلت الاخرى (احتج) ابن ادريس بان علة تحريم نكاحهما الجمع للاختين وقد زال بزوال الملك فيبقى النكاح مباحا بالاصل وبقوله تعالى: **اوماملكت ايمانهم**(٣) قوله (ولو لم تخرج احديهما فالثانية محرمة) هذا اختيار المصنف نص عليه ابن ادريس لان وطى الاولى حلال ووطى الثانية حرام والحرام لايحرم الحلال لقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم: لايحرم الحرام الحلال (٤) وعند الشيخ محرمتان عليه .

قال قدس الله سره : ولووطىء امة (الى قوله) زوجة

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

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

---

(١) ئل ب ٢٩ خبر ١٠ من ابواب مايحرم بالمصاهرة .

(٢) ئل ب ٢٩ خبر ٥ من ابواب مايحرم بالمصاهرة .

(٣) المؤمنون - ٦

(٤) ئل فى غير واحد من اخبار باب ٨ من ابواب مايحرم بالمصاهرة عن الائمة عليهم السلام

على رأى فان اجازت العمة اوالخالة لزم ولا يستأنف آخر فان فسختاه بطل ولامهر قبل الدخول (وهل) للعمّة اوالخالة فسخ عقدهما والاعتزال (قيل) نعم وفيه نظر فتقع العدة حينئذ باينة .

اقول : منشأ الاشكال ان النصّ انما ورد على تحريم العقد فلايتعدى الى ملك يمين (ومن) حيث قوله (لاينكح) فنهى عن النكاح مطلقا سواء كان ملك يمين اوعقد وهو الاقوى عندى (واما المسألة الثانية) فالاول قول ابن ادريس والثانى قول الشيخين وسلار ومنشأ القولين ان الاذن هل هو شرط فى اباحة العقد اوفى تأثيره بالفعل للاباحة (فعلى الاول) يقع باطلا لانها محرّمة (وعلى الثانى) يقع صحيحا كعقد الفضولى (احتج) الاولون بقوله عليه السلام لاتنكح المرئة على عمّتها ولاعلى خالتها (١) والنكاح حقيقة فى العقد فالنهى عن العقد وبما رواه ابوالصباح الكنانى فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: لايحل للرجل ان يجمع بين المرأة وعمتها ولابين المرأة وخالتها ولاعلى اختها من الرضاعة (٢) واجمعت الامامية على تخصيصه بعدم الاذن لمارواه محمد بن مسلم فى الصحيح، عن الباقر عليه السلام قال لاتزوج ابنة الاخت على خالتها الّا باذنها و تزوج الخالة على بنت الاخت بغير اذنها (٣) فالاذن يبيح العقد (قالوا) النهى فى العقود لايدل على الفساد (قلنا) مقتضاه مانعية السبب وعدم الاذن فى الاباحة فهى من باب المحرمات بدون الاذن .

قال قدس الله سره : هل للعمة اوالخالة (الى قوله) وفيه نظر .

اقول : قال الشيخ والمفيد وسلار: اذا عقد على بنت الاخ والاخت والعمة والخالة فى نكاحه يتخير العمة اوالخالة (بين) فسخ نكاح البنت المذكورة (وبين) فسخ عقدهما انفسهما والاعتزال عنه ، وعند المصنف فيه نظر (ووجهه) ان عقد العمة اوالخالة صح ولزم والاصل بقاء ماكان على ماكان والمنهى عنه هو عقد بنت الاخ اوالاخت على ماورد

---

(١) ئل ب ٣٠ خبر ٢ من ابواب مايحرم بالمصاهرة .

(٢) ئل ب ٣٠ خبر ٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة (الى قوله) وخالتها وذيله فى خبر ٨ منه عن ابى عبيدة .

(٣) ئل ب ٣٠ خبر ٦ من ابواب مايحرم بالمصاهرة.

(ح) لوعقد على الامة من دون اذن الحرة بطل اوكان موقوفا على رأى، ويتخير الحرة فى فسخه وامضائه (وهل) لهافسخ عقدها السابق (قيل) نعم ولو تزوج الحرة على

فى الخبر عن النبى صلى الله عليه وآله فهو الموقوف اوالباطل ولتنا فيهما ، والاول ثابت فينتفى الثانى و(لما) رواه على بن جعفر فى الصحيح ، عن اخيه موسى عليه السلام انه قال فى حديث ولاتزوج بنت الاخ والاخت على العمة والخالة الا برضامنهما فمن فعل فنكاحه باطل(١) قال المصنف كلام الاصحاب ليس ببعيد لانه على تقدير وقوع العقد فى نفسه صحيحا و يقف على اذنهما و هو مذهبهم يتساوى نسبة العقدين فى الصحة الاصلية فكما كان لها فسخه كان لها فسخ نكاح نفسها وانا اقول يمنع تساوى النسبتين فان عقد العمة والخالة السابق ثبت له اللزوم .

قال قدس الله سره : لوعقد على الامة (الى قوله) فى فسخه وامضائه :

اقول : الاول اختيار ابن ابى عقيل وابن الجنيد وابن ادريس والثانى قول الشيخين وابن البراج وسلار وابن حمزة (احتج) الاولون بمارواه الحلبى فى الحسن عن الصادق عليه السلام قال تزوج الحرة على الامة ولا تزوج الامة على الحرة ومن تزوج امة على حرة فنكاحه باطل (٢) (احتج) الآخرون بمارواه سماعة عن الصادق عليه السلام عن رجل تزوج امة على حرة فقال ان شائت الحرة ان تقيم مع الامة اقامت وان شائت ذهبت الى اهلها الحديث (٣) (والجواب) سند الاولى قوى وتوقفوا فى سند الثانية فتقدم الاولى وانا اقول الحق الاول .

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

اقول : هذا القول قول الشيخين وابن البراج وسلار وابن حمزة (ويحتمل) المنع كقول ابن ابى عقيل وابن ادريس والتقريب من الطرفين كما فى العمة والخالة .

---

(١) ئلب ٣٠ خبر ٣ من ابواب مايحرم بالمصاهرة .
(٢) ئلب ٤٦ خبر ١ من ابواب مايحرم بالمصاهرة .
(٣) ئلب ٤٧ خبر ٣ من ابواب مايحرم بالمصاهرة .

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

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

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

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

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

---

(١) ئل ب٤٨ خبر ١ من ابواب مايحرم بالمصاهرة (٢) النساء ـ ٣٠
(٣) ئل ب٤٦ خبر ١ من ابواب مايحرم بالمصاهرة

الفصل الثانى

فى استيفاء عدد الطلاق و الموطوآت

اما (الاول) فمن طلّق حرة ثلاث طلقات يتخلّلها رجعتان حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره وان كان المطلّق عبداً ، وتحرم الامة بطلقتين بينهما رجعة حتى تنكح زوجا غيره وان كان المطلّق حراً .

واما (الثانى) فالحر اذا تزوج دائما اربع حرايرحرم عليه مازاد غبطة حتى تموت واحدة منهن اويطلقها باينا اويفسخ عقدها بسبب ، فان طلق رجعيا لم تحل له الخامسة

فمن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات الى قوله ذلك لمن خشى العنت منكم (١) فشرط (اولا) فى نكاح الاماء بالعقد احد الشرطين المذكورين اذ (من) فيها معنى الشرط (و ثانيا) قوله (ذلك) اشتراط للآخر وبمارواه محمد بن مسلم قال سألت أباجعفر عليه السلام عن الرجل يتزوج المملوكة قال اذا اضطر اليها فلابأس (٢) و (اذا) للشرط و الاضطرار قد فسر فى الآية (احتج)الآخرون بعموم قوله تعالى: **وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم**(٣)وقوله تعالى :**ولامة مؤمنة خير من مشركة** (٤) والاصح عندى الكراهة واختاره والدى المصنف فى المختلف (واجاب) عن حجة الاولين بان المعلق بالشرط الامر بالنكاح وهو اما للوجوب اوالندب على اقوى الاقوال وقد بين فى الاصول ونفيهما لايستلزم نفى الجواز لان نقيض الخاص اعم من نقيض العام مطلقا ، وتظهر فائدة الخلاف انه مع حصول شرطى الجواز يجوز نكاح الواحدة قطعا وتحرم الثانية لانتفاء احد الشرطين (على الاول) وعلى الكراهية تكره وهو الثانى (وعلى الثالث) اذا انتفى خوف العنت ووجد الطول وليس له زوجة حرة عنده يجوز له نكاح الامة لان شرط التحريم ان يكون عنده زوجة حرة وهو منتف والاجماع على تحريم الثالثة.

---

(١) النساء -٢٩ (٢) ئلب ٤٥ خبر ٦ من ابواب مايحرم بالمصاهرة .
(٣) النور ٣٢ (٤) البقرة ٢٢٠

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

تذنيبات

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

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

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

(١) ئلب ٢٥ خبر ٢ من ابواب مايحرم بالمصاهرة

(٢) ئلب ٢٤ خبر ١ من ابواب مايحرم باستيفاء العدد .

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

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

اقول : هذا فرع على المسألة المتقدمة (وتقريره) انه اذا تزوج الحرّ حرّة في عقد واثنتين في عقد وثلاثا في عقد فان قلنا ببطلان العقد اذا اشتمل على محرمة و اليه اشار المصنف بقوله (على الثاني صح نكاح الواحدة) لان احد العقدين في غيرها باطل والآخر صحيح فهي اما ثالثة اورابعة (وتفصيله) انه (اما) ان تكون سابقة على العقدين الآخرين فيصح قطعا و (ان) تأخرت عن العقدين معاً صح لبطلان احد العقدين الآخرين فهي اما ثالثة اورابعة و (ان) كانت بينهما فهي اما ثالثة اورابعة ايضا فيصح نكاحها و اما العقدان الباقيان فاحدهما باطل ولا نعلم ايّهما هو فحكمه كما سبق في المشتبه .

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

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

تفريع مبني على القولين :

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

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

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

الفصل الثالث فى الكفر

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

(الف) من له كتاب وهم اليهود والنصارى ، اما السامرة فقيل انهم من اليهود و الصابئون من النصارى ،والاصل انهم ان كانوا يخالفون القبيلتين فى فروع الدين فهم منهم وان خالفوهم فى اصله فهم ملحدة لهم حكم الحربيين ، ولا اعتبار بغير هذين كصحف ابراهيم وزبور داود عليهما السلام لانها مواعظ لا احكام فيها وليست معجزة ، ومن انتقل الى دين اهل الكتاب بعد مبعث النبى صلى الله عليه وآله وسلم لم يقبل منه ولم تثبت لاولادهم حرمة ولم يقروا عليه وان

الفصل الثالث فى الكفر

قال قدس الله سره : اما السامرة (الى قوله) فهم ملحدة لهم حكم الحربيين

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

---

(١) منسوبون الى السامرى وهو صاحب العجل -

(٢) هو من صبا فلان خرج من دينه الى دين آخر وصبأت النجوم خرجت من مطالعها -مجمع

(١) هو فى اصطلاحهم المحل الذى يقبل الاتصال والانفصال -شرح التجريد

كان قبله وقبل التبديل قبلوا قرّ اولادهم عليه وثبت لهم حرمة اهل الكتاب ، وهل اليهود بعد مبعث عيسى عليه السلام كهو بعد مبعث النبى صلى الله عليه وآله وسلم اشكال ، وان كان بينهما فان انتقل الى دين من بدل لم يقبل والاقبل ، ولو اشكل هل انتقلوا قبل التبديل او بعده اودخلوا فى دين من بدل اولا فالاقرب اجراؤهم بحكم المجوس (ب) من له شبهة كتاب وهم المجوس.

(ج) من عدا هؤلاء كالذين لا يعتقدون شيئا وعبّاد الاوثان والشمس والنيران و غيرهم (اما الاول) ففى تحريم نكاحهم على المسلم خلاف اقربه تحريم المؤبد دون المنقطع وملك اليمين (وكذا الثانى) و (اما الثالث) فانه حرام بالاجماع فى اصناف النكاح

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

اقول : ينشأ (من) انه دخل فى دين منسوخ بعد نسخه فلا يقرّ ، ولان الاصل بقاء الحكم الذى كان عليه و لانه خرج من دين يعتقد بطلانه و دخل فى دين كان يعتقد بطلانه والاعتقادان مطابقان لما فى نفس الامر الآن (ومن) عموم النص باقرار اليهود و النصارى على دينهم خرج ما اذا انتقل بعد مبعث النبى صلى الله عليه وآله وسلم فيبقى الباقى على الاصل والتحقيق ان هذا مبنى ان الكفر هل هو ملة واحدة اوهو ملل مختلفة (فعلى الاول يقر) (وعلى الثانى) لا يقر ،وهو الحق عندى لقوله تعالى: **ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه (١)** .

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

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

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

اقول : البحث فى هذه المسألة تقدم .

قال قدس الله سره : (وكذا الثانى)

---

(١) آل عمران -٧٩ .

الثلاثة ولا تحلّ المسلمة على احد من اصناف الكفار الثلاثة و ان سوّغنا الدايم على الكتابية ثبت لها حقوق الزوجية كالمسلمة الّا الميراث و (القسمة) فلها نصف المسلمة الحرّة و(الحد) ففي قذفها التعزير ، وعقد اهل الذمة ان كان صحيحا عندهم اقرّ واعليه والّا فلا وكذا اهل الحرب الّا في شيء واحد وهو ان الحربي اذا قهر امرأة من الحربيات واسلم اقرّ عليها ان كان يعتقد ذلك نكاحا ولو قهر الذمي ذمية لم يقر عليها بعد الاسلام لان على الامام الذب عنهم ودفع من قهرهم ولو نكح الكتابي وثنية و بالعكس لم يفسخ (لم ينفسخ - خ ل) النكاح والاقرب الحاق الولد باشرفهما كالمسلم .

اقول : الثاني من له شبهة كتاب وهم المجوس فقال بعضهم يحرم نكاحهن مطلقا وهو اختيار المفيد وسلار وابي الصلاح والمرتضى وابن ادريس وكل من حرّم الكتابية مطلقا وقال علي بن بابويه رحمه الله: يجوز بملك اليمين لا بعقد ، وذهب ابن البراج الى كراهية وطى المجوسية بملك اليمين والمتعة ، وجوّز الشيخ في النهاية وطى المجوسية متعة وبملك اليمين ، والحق عندي الاول لان ثبوت كتابهم غير متيقن اذ قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم سنّوا بهم سنة اهل الكتاب (١) يشعر بانهم ليسوا باهل الكتاب (من اهل الكتاب - خ ل) والذين قالوا به قالوا رفع ولان الآيات الدالة على تحريم نكاح الكفار عامة خصت عند بعضهم بقوله تعالى: **والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب** (٢) واذا خص الحكم بوصف فلا يحكم الّا في صورة علم الوصف (قالوا) قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم سنوا بهم سنة اهل الكتاب (٣) وتساوى السنتين لعموم الحكمين (قلنا) لو سلم صحة السند لم يسلم العموم .

قال قدس الله سره : والاقرب الحاق الولد باشرفهما كالمسلم .

اقول : يبنى على ان الكفر ليس بملة واحدة وعلى ثبوت الشرف لا حدهما على الآخر ليتم دخوله تحت العموم في قولهم الولد يتبع اشرف الطرفين (و وجه القرب) ان الكتابي يعزّر ويحترم بخلاف الحربي فيكون له مزية تقتضي علوه عليه ولا نعني بالشرف الّا ذلك وكذلك الناسخ ابطل المنسوخ فيعلو عليه (قالوا)(اشرف) افعل التفضيل فلا بدّ من

(١-٣) ئلب ٤٩ خبر ٤ من ابواب جهاد العدو　(٢) المائدة - ٧

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

تشاركهما فى المطلق ثم زيادة احدهما على الآخر (قلنا): ممنوع ومنقوض (١) بالجنة والنار والمسلمين والكفار ، ويتفرع على ذلك انه لو تولد من وثنية اومجوسية ويهودى او بالعكس ولد (فان قلنا) يغلب اعلى الدينين نكح عند من يجوز نكاح الذمى و نمنع نكاح الآخر (والا) منع من نكاحه تغليبا للتحريم ويتبع ذلك باقى فروع التبعية وعدمها.

قال قدس الله سره : واذا تحاكم اهل الذمة (الى قوله) على اشكال .

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

---

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

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

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

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

فى باب الحدود .

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

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

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

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

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

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

المشرك واقع فلو طلقها ثلاثا ثم اسلما لم تحل له حتى تنكح غيره و اذا تحاكموا الينا فى النكاح اقرّ كل نكاح لو اسلموا اقرّوهم عليه ، ولو طلّق المسلم زوجته الذمية ثلاثا ثم تزوجت ذميا ثم طلقها حلت للاول متعة ودواما على رأى ويشترط الاسلام على رأى.

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

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

اقول : فرض هذه المسألة على قول من يجوّز نكاح المسلم دائما للذمية او مراجعتها فى الطلاق الرجعى ، واما على قول من يحرم الدائم ويمنع المراجعة فتقرير فرضها فيما اذا كانا ذميّين ثم طلّقها طلقتين بينهما رجعة وكان فى مذهبهما اعتبار العدد فى

المطلب الثانى فى الانتقال

اذا اسلم زوج الكتابية دونها بقى على نكاحه قبل الدخول وبعده دايما ومنقطعا

الطلاق كمذهب الاسلام ثم راجعها بعد الطلاق الثانى اوتزوجها ان كان بائنا اوخرجت العدة ثم اسلم ثم طلقها وبقيت على دينها فان حكم الثلاث يلزمه عند الاسلام وان وقع بعضها حال الكفر عند المصنف .

(اذا تقرر ذلك) فنقول اذا تزوجها ذمى ودخل بها قبلا ثم مات عنها او طلقها ثم انقضت عدة الثانى حلّت للاول اما متعة او دواما (وقيل) لا يصح الّا اذا اسلمت وليس مراد المصنف بيان هذا الحكم الذى ذكرناه بالذات بل نبّه على مسألة هى ان الذمى يصلح محللا للذمية على المسلم لو طلقها ثلاثا كما فرضناه بعد اسلامها ان منعنا نكاح الذمى للمسلم اوقبله متعة اودواماً ان جوزنا احدهما .

(ومبنى) هذه المسألة على ان نكاح الكفار حال كفرهم صحيح لقوله تعالى عن ابى لهب: **وامرأته حمالة الحطب (١)** و قوله: **وقالت امرأة فرعون (٢)** فاهل الذمة اولى بالصحة (ولتقريرهم) عليه بعد الاسلام والفاسد لاينقلب صحيحا بالاسلام والتقرير على الفاسد محلل (وقيل) فاسد لانهم لم يلتزموا باحكام الشرع ولم يعتبروا شرائطه لكن لايفرق بينهما لو ترافعوا مراعاة للذمة ونقرّهم ان اسلموا تخفيفا وعفواً (ولانه) لوكان صحيحا لزم احد الامرين اما اعتبار الشرائط فيه و يلزم منه التفحص عن كيفية وقوعه حال الكفر بعد الاسلام اواشتراط الاسلام فى التكاليف الشرعية وكلاهما باطل (اما الاول) فظاهر (واما الثانى) فقد ثبت فى الاصول والتقرير عليه ظاهراً لا يستلزم صحته فى نفس الامر : والاصح الاول (فعلى الاول) يكون محللا (وعلى الثانى) لالكن يجوز للاول نكاحها متعة اودواما او بعد اسلامها على الخلاف المتقدّم لا باعتبار المحلل بل من حيث بطلان الطلاق الواقع حال الكفر لانه مبنى على النكاح الصحيح والتقدير خلافه .

---

(١) تبت ٤　(٢) القصص ٩

سواءكان كتابيا اووثنيا ولواسلمت دونه قبل الدخول انفسخ النكاح ولامهر ولو اسلما دفعة فلافسخ وبعده يقف على انقضاء العدةان كان كتابيافان مضت ولم يسلم فسدا لعقد على رأى وعليه المهر اما المسمى اومهر المثل وان اسلم فيها فالنكاح بحاله واماغير الكتابيين فايهما اسلم قبل الدخول انفسخ النكاح فى الحال وان اسلما دفعة فالنكاح بحاله وان كان بعده وقف على انقضاء العدة فان اسلم صاحبه فالنكاح بحاله والا بطل.

المطلب الثانى فى الانتقال

قال قدس الله سره : ولو اسلمت دونه (الى قوله) فسدالعقد على رأى .

اقول: اذا اسلمت الزوجة دون زوجها وكانا ذميّين بعد الدخول و مضت المدة ولم يسلم الزوج بطل النكاح عند والدى وعندى وهو اختيار الشيخ فى الخلاف وابن البراج ،وابن ادريس ،وقال الشيخ فى النهاية اذا كان الرجل على شرائط الذمة فانه يملك عقدها غير انه لايمكّن من الدخول اليها ليلاولا من الخلوة بها ولا من اخراجها من دار الهجرة الى دار الحرب (لنا) انكل زوج له على زوجته تسلط وسبيل ولا شىء من الكافر له تسلط على المسلمة ولاسبيل وذلك يستلزم صدق لاشىء من زوج المسلمة بكافر (اما المقدمة الاولى) فلقوله تعالى : **الرجال قوامون على النساء** (١) (واما المقدمة الثانية) فلقوله تعالى: **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا** (٢) (احتج) الشيخ بمارواه محمد بن مسلم فى الحسن ،عن الباقر عليه السلام قال: ان اهل الكتاب وجميع من له ذمة اذا اسلم احد الزوجين فهما على نكاحهما وليس له ان يخرجها من دار الاسلام الى غيرها ولايبيت معها و لكنه يأتيها بالنهار الحديث (٣) (والجواب) انه محمول على ايام العدة وقوله على نكاحهما اى على حكمه لما تقدم من الاية وما رواه محمد ابن ابى نصر فى الصحيح قال سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يكون له الزوجة النصرانية فتسلم هل يحل لها ان يقيم معه قال اذا اسلمت لم تحل له الحديث (٤) والتحريم هو ارتفاع اثر النكاح المستلزم لبطلانه لانه معناه (ووجه) الجمع ماذكرناه وهذه من الصحاح وحجتهم

(١) النساء ٣٤ (٢) النساء ١٤٠
(٣) ١لب ٥ خبر ٢ من ابواب مايحرم بالكفر .
(٤) ١لب ٥ خبر ٥ من ابواب مايحرم بالكفر

واذا ارتداحدالزوجين قبل الدخول فسدالعقد فى الحال ولامهر ان كان من المرأة والافالنصف (ويحتمل) الجميع ان كان عن فطرة وبعده يقف على انقضاء العدة ويثبت المهرمن ايهما كان الارتداد الا ان يكون الارتداد من الزوج عن فطرة فان النكاح يبطل فى الحال وان كان قددخل ويجب المهر، و لوانتقلت الذمية الى مالايقر اهله عليه فان كان قبل الدخول فسدو بعده يقف على الانقضاء ، فان خرجت ولم يسلم الزوجان فسد العقد وان قلنا بقبول الرجوع كان العقد باقيا ان رجعت فى العدة ، ولوانتقلت الى مايقر اهله عليه فكذلك ان لم نقرها عليه والاكان النكاح باقيا .

ولوانتقلت الوثنية الى الكتابية واسلم الزوج فان قبلنا منها غير الاسلام فالنكاح باق والاوقف على الانقضاء بعد الدخول و قبله يبطل ، وليس للمسلم اجبار زوجته الذمية

من الحسان والصحاح مقدمة على الحسان .

قال قدس الله سره : واذاارتداحدالزوجين (الى قوله) عن فطرة.

اقول : اتفق علماء الاسلام الا داود الظاهرى على انه اذا ارتد احدالزوجين قبل الدخولين قبل الدخول انفسخ النكاح لقوله تعالى :**ولاتمسكوا بعصم الكوافر** (١) وقال تعالى:**لاترجعو هن الى الكفار لاهن حل لهم ولاهم يحلون لهن (٢)** ثم ننظر فان كانت المرأة هى المرتدة فلامهر لها،لان الفسخ من قبلها وان كان الرجل هو المرتد (فقيل) عليه نصف المهر (وقيل) كله(ووجه الاول)انه فرقة قبل الدخول لا بالموت فكان كالطلاق (ووجه الثانى) اما اذاكان الارتداد عن فطرة فلانه كالوفاة و لهذا يقسم تركته ويعتد زوجته عدة الوفاة والوفاة موجبة لجميع المهر (واما)ان كان عن غيرها فلان المشطر للمهر هوالطلاق ولم يوجد ، ومبنى هذه المسألة ان المهر هل يجب كله بالعقد او نصفه وسيأتى البحث فيه والحق عندى وجوب المهر كله.

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

أقول : لاشك فى اختلاف الاصحاب فى ان الوثنى اذا انتقل الى الكتابى هل يقبل منه اولا ، اختار المصنف عدم القبول وقدتقدم البحث فيه وفرع المصنف رحمه الله على

(١-٢) الممتحنة ١٥

على الغسل من حيض اوجنابة وان حرمنا الوطى قبله اوجبناه ، وله الزامها بازالة المنفّر كالنتن وشعر العانة وطول الاظفار، وله منعها من الكنايس والبيع وشرب الخمر واكل لحم الخنزير واستعمال النجاسات التى يستقذرها الزوج واكل الثوم والبصل والكراث وشبهه مما ينقص الاستمتاع وان كانت مسلمة .

فروع

(الف) لو اسلما فى العدة ثبت النكاح ولا يبحث الحاكم عن كيفية وقوعه بل يقررهما عليه مالم يتضمن محرما كما لو كانت تحته احدى المحرمات عليه .

(ب) لا يقرّهم على ماهو فاسد عندهم الاان يكون صحيحا عندنا ويقرّهم على ما هو صحيح عندهم وان كان فاسداً عندنا كما لو اعتقدوا اباحة الموقت من دون المهر .

(ج) لا فرق بين الذمى والحربى فى ذلك ،ولو اعتقدوا غصبية المرأة نكاحا اقرّوا عليه على اشكال بعد الاسلام وقبله .

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

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

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

(د) لوشرط الخيار مطلقا لهما اولاحدهما لم يقرّا عليه بعد الاسلام لانهما لا يعتقدان لزومه حالة الكفر وان قيّداه فان اسلما قبل انقضائه لم يقرّا عليه وان كان بعده اقرّا.

(ه) لو تزوجها فى العدة ثم اسلما فان كان بعد الانقضاء اقرّا عليه والافلا لان نكاح المعتدة لا يجوز ابتداؤه حالة الاسلام ، اما بعد الانقضاء فانهما يعتقدان صحة هذا النكاح ويجوز ابتداء مثله فى الاسلام على هذه الحال ولا اعتبار بالمتقدم فانه معفو عنه اما لو تزوج حليلة ابنه او أبيه او المطلقة ثلاثا فانهما لا يقران عليه بعد الاسلام .

(و) لو اسلم ثم ارتد فانقضت العدة من حين اسلامه على كفرها تبيّنا الفسخ من حين الاسلام وان اسلمت فى العدة تبيّنا عدم الفسخ بالاسلام و نضرب لها عدة من حين الارتداد فان عاد فيها فهو احق والّا بانت من حين ردته وليس له العود اليها بذلك العقد حال ردته وان كانت كافرة وكذا لو اسلم ثم ارتد ثم اسلمت ثم ارتدت لم يكن له استصحاب العقد وان كان فى العدة.

(ز) لو طلق كل واحدة من الاختين ثلاثا ثلاثاً(١) ثم اسلموا حرمتا الا بالمحلل .

المطلب الثالث

فى الزيادة على العدد الشرعى

اذا اسلم الحر على اكثر من اربع من الكتابيات بعقد الدوام اختار اربع حرايرا و حرتين وامتين (او ثلاث حرايروامة -خ) والعبد يختار حرتين او اربع اماء او حرة وامتين واندفع نكاح البواقى سواء ترتب عقدهن اولا و سواء اختار الا وايل او الاواخر وسواء

ماكانوا يعتقدونه والاصح عندى انهم لا يقرّون (والتحقيق) ان هذا فى حق اقرارهم اهل الحرب اما الذميون اذا فعلوا ذلك لم يقروا عليه لان على الامام ان يدفع قهر بعضهم عن بعض خصوصا مع ترافعهم الينا بخلاف اهل الحرب و المستأمنون ليسوا كاهل الذمة فى ذلك اذ ليس على الامام دفع بعضهم عن بعض بل يلزمه ان يمنع غيرهم ممن يجرى عليه احكام الاسلام .

---

(١) كذا فى النسخ والظاهر ان الثانى مستدرك .

دخل بهن اولا، و لا يشترط اسلامهن ولا ينتظر العدة ،ولو اسلم معه اربع من ثمان فالاقرب انه له اختيار الكتابيات وليس للمرأة اختيار احد الزوجين بل يبطلان مع الاقتران والثانى مع الترتيب ولا مهر للزايد فان دخل فمهر المثل ان قلنا بعدم الصحة ، و لو اسلم عن امرأة وبنتها بعد الدخول بهما او بالام حرمتا وقبله تحرم الام خاصة ولا اختيار ، ولو اسلم عن امة وبنتها تخير ان لم يطأ احديهما والا حلت الموطوئة خاصة ولو كان قد وطئهما حرمتا ، ولو اسلم عن اختين تخيروان وطئهما وكذا عن العمة والخالة مع بنت الاخ او الاخت اذا اختارتا عدم الجمع او الحرة والامة ، ولو اختارت الحرة او العمة او الخالة العقد على الامة او بنت الاخ او الاخت صح الجمع ، ولو اخترن فى حال الكفر لزمهن حكمه

المطلب الثالث فى الزيادة على العدد الشرعى

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

اقول : وجه القرب ان الاسلام لا يمنع استدامة نكاح الكتابية السابق عليه اجماعا فلا يترجح المسلمات (ومن) حيث ان نكاح الكتابيات مختلف فيه و المسلمات متفق عليه فهو اقوى فيترجح (اما) على قول من شرط فى نكاح الكتابيات الضرورة فلا اشكال فى عدم جواز اختيار الكتابيات بل ينتظر بهن العدة بعد الاسلام ، و منشأ هذه المسألة ان الاختيار هنا هل هو كالابتداء اولا (قيل) بالاول لتضاد استدامة المسلمات و استدامة الكتابيات لزيادة العدد على العدد الشرعى فيرتفع ، اما الكل فيكون كالابتداء قطعا او احد الصنفين والمسلمة لا يرفع نكاحها بالكتابية فتعين العكس (وقيل) بالثانى لثبوت النكاح والاصل البقاء حتى يثبت الرافع شرعا فلا يكون كالابتداء والاقوى عندى ان له اختيار الكتابيات فيثبت الاختيار.

قال قدس الله سره : ولا مهر للزائد (الى قوله) بعدم الصحة .

اقول : مبنى هذه المسالة على ان الذمى اذا تزوج ازيد من اربع كثمان مثلا ثم اسلم وامرناه بمفارقة الزائد باختياره فى التعيين (هل) يحكم بان العقد فى اصله وقع على الزائد باطلا و الاختيار كشف عنه لان الكفار مخاطبون بفروع العبادات كما تقرر فى الاصول (او) انه كان صحيحا على الكل لانهم مقرّون(١) على دينهم وبالاختيار انفسخ

(١) بفتح القاف

حال الاسلام .

ولواسلم الحر على اربع اماء تخير اثنتين وكذا لو كان معهن حرائر اذا رضيت الحرائر والاقرب اعتبار رضى جميع الحرائر الاربع دون الخامسة ان فسخ نكاحها والا اعتبر ، ولو كان احدى الخمس بنت الاخ او الاخت فاختارها مع ثلاث انفسخ نكاح العمة او الخالة ، ولواسلم على حرة وثلاث اماء تخير مع الحرة امتين اذا رضيت الحرة و لولم ترض ثبت عقدها وبطل عقدا لاماء ، ولو لحق به الاماء و خرجت العدة على كفر الحرة بطل نكاحها و تخير امتين ، ولو عادت في العدة ثبت عقدها خاصة ان لم ترض بالاماء ولوطلق الحرة في العدة قبل اسلامها فان اسلمت فيها صح الطلاق وبن الاماء ان قلنا ببطلان عقد الامة على الحرة من اصله ، وان خرجت ولما تسلم ظهر بطلان الطلاق وتخير في الاماء ، ولواسلم الحر على اربع حرائر اوحرتين وامتين اوثلاث حرائر وامة اواسلم العبد على اربع اماء اوحرة وامتين اوحرتين ثبت العقد على الجميع لكن مع رضى

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

قال قدس الله سره : ولواسلم الحر (الى قوله) والا اعتبر.

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

الحرايراذااجتمعن مع الاماء -هذا اذاكن كتابيات ولواسلم على اكثر من اربع و ثنيات مدخول بهن انتظرت العدة فان خرجت ولم تسلم منهن واحدة بطل عقدهن ، وان اسلم فيها اربع فمادون و خرجت ولم تزدن على الاربع ثبت عقد المسلمات وان زدن على الاربع فى العدة تخيّر اربعا وله اختيار من سبق اسلامها ومن تأخر ويندفع نكاح البواقى وكذا لواسلمن كلهن ولايجبر على الاختيار اذاسبق البعض بل له التربص حتى تخرج العدة فان لحقن به او بعضهن ولم يزدن عن اربع ثبت عقده عليهن وان زدن عن اربع تخير اربعا ، ولواختار من سبق اسلامهن وكن اربعا لم يكن له اختيار من لحق به ولو فى العدة ، ولو اسلم عن اربع و ثنيات مدخول بهن لم يكن له العقد على خامسة ولاعلى اخت احديهن الابعد انقضاء العدة مع بقائهن على الكفر اوبقاء احدى الاربع اوالاخت عليه.

ولو اسلمت الوثنية فتزوج الكافر باختها فان انقضت العدة على كفره صح عقد الثانية ، ولواسلما فى عدة الاولى تخير ، ولو تأخر اسلام الثانية حتى خرجت عدة الاولى وقداسلم بانت (ويحتمل) انتظار العدة الثانية من حين اسلامه فان لحقت به تخير وان

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

قال قدس الله سره: واذا اسلمت الوثنية (الى قوله) عدة الاولى .

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

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

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

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

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

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

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

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

قال قدس الله سره : ولو اسلم عن اربع اماء وحرة (الى قوله) الاسلامين .

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

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

ولو اسلم على خمس فلحق باربع فله اختيار ثلاث وانتظار الخيار فى الرابعة حتى يخرج عدة الخامسة على الشرك وهل له انتظار الخيار فى الجميع الاقرب المنع لانه يلزمه نكاح ثلاث منهن فيختار ثلاثا فان اسلمت الخامسة تخير والا لزمه نكاح الرابعة ،و لواسلم تحت العبد المشرك اربع اماء ثم اعتقن قبل اسلامه كان لهن الفسخ فان لم يسلم بن" بالاختلاف من حين اسلامهن وظهر فساد الفسخ ويكمل لن عدة الحرائر وان اسلم فى العدة بن" بالفسخ ولو اخر ن الفسخ حتى اسلم كان لهن الفسخ لانهن تركنه اعتمادا على الفسخ بالاختلاف

الباقيتين سواء حصل الشرطان اولا ، وان لم تأذن ليس له الاختيار اصلا وله العقد المستأنف على جميع المعتقات فى كل موضع ليس له اختيار احديهن اوعلى الباقى بعد الاختيار اذا كان له الاختيار الا فى موضع يلزم نكاح الخامسة وذلك فى موضع ثبت نكاح الحرة فيقتصر على ثلاث من المعتقات حينئذ .

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

اقول: مبنى هذه المسألة ان الشرط والمانع هل يعتبر عند اجتماع الاسلامين لانه وقت الاختيار اوعند اسلامه لانه عند التزامه باحكام الدين (فعلى الثانى) ليس له اختيار اربع لان باسلامه وهن اماء انفسخ نكاح مازاد على اثنتين فلايعود بالعتق (و على الاول) ان الاعتبار فى شرائط نكاح الحر للامة هو حال اجتماع الاسلامين وهن حينئذ حرائر .

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

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

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

المطلب الرابع فى كيفية الاختيار

الاختيار اما باللفظ او الفعل (اما اللفظ) فصريحه اخترتك او امسكتك او ثبّتك او اخترت نكاحك او امسكته او ثبّته وشبهه منجزا على الاقوى ، ولو طلق فهو تعيين للنكاح

لجواز التأخير لو اسلم معه واحدة لانه مادام فى العدة لم يحكم بالبينونة فيجوز التأخير لاصالة البقاء والاقوى الاول لان لثلاث عليه حقوق الزوجية فلا يجوز تأخيرها كالمباينة

قال قدس الله سره: ولو اسلم اب المجنون (الى قوله) او الحاكم .

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

المطلب الرابع فى كيفية الاختيار

قال قدس الله سره: اما اللفظ فصريحه اخترتك (الى قوله) على الاقوى

اقول : وجه القوة ان الاختيار سبب شرعى ولم يجعل الشارع سببا غيره فى معناه

فلوطلق اربعا صح نكاحهن وطلقن وانفسخ نكاح البواقى وليس الظهار والايلاء اختياراً على اشكال ، فان اختار التى ظاهر منها اوآلى صح ويكون العود عقيب الاختيار ان لم يفارقها ومدة الايلاء من حين الاختيار ، ولوقذف واحدة فاختار غيرها وجب الحد وسقط بالبينة خاصة ، ولواختارها اسقطه باللعان ايضا ، ولوطلق اوظاهر اوآلى اوقذف بعد اسلامه حال كفرهن فان خرجت العدة عليه فلاحكم بل التعزير فى القذف ويسقط بالبينة خاصة وان

ولاشرطه بغير ماشرطه والاسباب والشروط الشرعية انما تستفاد من النص لاغير فلوعلقه فالمعلق عليه اما ان يكون سببا أوشرطا ، وعلى كل تقدير يكون زيادة على الشرع وادخالا فيه ماليس منه (وقيل) شاذاً بالصحة ، لاصالة الصحة ولانه تعليق لايخالف الكتاب والسنة فكان جائزاً وليس بجيد لما تقدم .

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

اقول: الطلاق اختيار لانه لايواجه الا الزوجة (ولانه) رفع النكاح الثابت فى الزمان المستقبل بلفظ انت طالق فالنكاح جزء مفهومه اولازمه لزوما بيّنا بمعنى ان تصور الطلاق مستلزم لتصور النكاح فاثباته يستلزم اثباته ، فاذا طلق اثبت النكاح وهذا هومعنى الاختيار (ولان) ارادة ايقاع الملزوم لزوما بيّنا بلالازمه ارادة للمحال ومناقضة (لايقال) فى قضية فيروز الديلمى قال النبى صلى الله عليه وآله وسلم له طلق ايتهما شئت (١) فلوكان الطلاق تعيينا للنكاح كان ذلك تفويتا لناكحهما معا (لانا) نقول لوسلم السند كان قد استعمل لفظة الطلاق فى الفراق مجازاً وهوجائز (اذا عرفت) ذلك (فنقول) الظهار والايلاء كل واحد منهما هل هواختيار ام لا . قال المصنف فيه اشكال منشأه (من) ان الظهار وصف بالتحريم والايلاء حلف على الامتناع من الوطى وكل و احد من المعنيين بالاجنبية اليق منه با لمنكوحة (ومن) ان كل واحد منهما لايقع الا بالزوجة فهما من خواص النكاح والاصل قصد العاقد الى الصحيح من الافعال واثبات خاصة الشىء يستلزم اثباته ، والاقوى عندى الاول ، لان اللزوم هنا شرعى وثم عقلى بيّن وهنا غير بيّن (ولانه) قد يقصد بكل منهما مبالغة التحريم .

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

---

(١) سنن ابى داود (ج٢) باب فيمن اسلم وعنده نساء

اسلمن فيها فالاقرب وقوع الطلاق، اما الظهار والايلاء فان اختار من اوقع عليها ذلك صح، واما القذف فان اختار المقذوفة فعليه التعزير ويسقطه باللعان اوالبينة وان لم يخترها اسقطه بالبينة (وهل) تنزل الكنايات منزلة الطلاق في الاختيار اشكال اقربه العدم وان قصد به الطلاق ، وكذا لو اوقع طلاقا مشروطا فقال كلما اسلمت واحدة منكن فقد طلقتها، ولو قال ان دخلت الدار فقد اخترتك للنكاح اوالفراق لم يصح للتعليق ولو رتب الاختيار ثبت عقد الاول واندفع البواقي ، ولو قال لما زاد على الاربع اخترت فراقكن انفسخ عقدهن وثبت عقد الاربع ، ولو قصد الطلاق فان قلنا ان الكناية كالطلاق في الاختيار ثبت عقد المطلقات ولم يطلقن والافلا ، ولو قال لواحدة طلقتك صح نكاحها وطلقت وكانت من الاربع .

(واما الفعل) فكما لو طى فلو وطىء اربعا ثبت عقدهن واندفع البواقي فان وطىء

اقول : هذا يبنى على ان الاسلام هل هو كاشف عن بقاء النكاح او ارتجاع له كالرجعة ، اختار المصنف هنا الاول : (لان) الفرقة بسبب فقد شرط اباحة العقد ثابتة والاتفاق في الاسلام شرط الاباحة وكل فرقة بائنة لابد فيها من استيناف النكاح (وقيل) لايقع لانه طلاق معلق على شرط وهو تجدد اسلامها وكل طلاق معلق على شرط فهو باطل .

قال قدس الله سره : وهل تنزل الكنايات (الى قوله) وان قصد به الطلاق

اقول : ينشأ (من) حيث ان الطلاق انما كان اختياراً (لان) وجود الكل او الملزوم مستلزم لوجود الجزء اواللازم وفي الكناية لايوجد الطلاق فلم يوجد مايدل على الطلاق باحدى الدلالات (ومن) حيث ان الاعتبار بقصده وقد قصد الطلاق فدل على انه قصد النكاح والحق الاول : لانه اما باعتبار ثبوت معنى الطلاق او باعتبار دلالة لفظه، والاول منتف والثاني باطل ايضاً لان الكناية في الطلاق مجاز، فلايستعمل في ملزومه مجازاً والا لتجوز من المجاز وهو باطل باتفاق الاصوليين .

قال قدس الله سره :وكذا لو اوقع طلاقا (الى قوله) فقد طلقتها .

اقول: البحث في هذه كما مر في المسألة السابقة .

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

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

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

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

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

ولوقال حصرت المختارات فى ست انحصرن ، ولولحقه اربع وتخلف اربع فعين الاوايل للنكاح صحّ ، ولوعيّنهن للفسخ لم يصح ان كان الاواخر وثنيات والأصّح (ويحتمل)

فقد تبينت هذه المسألة فى علم الكلام (ولان) العقد عليها قديوجد مع عدم الاختيار وقد يوجدمعه فهواعم منه ولادلالة للعام على الخاص ، والاقوى عندى الاول لان العقود انما تحمل من المسلم على الصحيح .

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

اقول : المراد بالوقف هنا ان يكون الفسخ مراعى واسلام الباقيات وعدمه كاشفان عن صحته او بطلانه، فان اسلم الباقيات ظهر صحة الفسخ، وان لم يسلمن ظهر بطلان الفسخ اذا الواقع امر صالح للتأثير فى البين ونة عند اسلام الباقيات (ووجه البطلان) ان الفسخ انما يصح فى مازاد على الاربع من المسلمات لقوله عليه السلام : امسك اربعا وفارق سائرهن(١) ولم يحصل هنا (ولانه) لوصح الفسخ لزم امكان احدامور ثلاثة (اما) فسخ المسلمات و بقاء الكافرات على النكاح (او انفساخ) نكاح الكل (او اعادة) الحكم الشرعى الذى عدم من غير سبب ، والكل محال.

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

---

(١) سنن ابى داود (ج٢) باب فيمن اسلم وعنده نساء وفيه اختر منهن اربعا

الوقف، ولو عين المتخلفات للفسخ صح وللنكاح لا يصح الا اذا جوزنا الوقف ، ولو اسلمت ثمان على الترتيب فخاطب كل واحدة بالفسخ عند اسلامها تعين للفسخ الاربع المتأخرات وعلى الوقف المتقدمات ، ويجب الاختيار وقت ثبوته فان امتنع حبس عليه فان اصر

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

اقول : اذا عين المتخلفات للفسخ جاز اجماعا لوجود المقتضى وهو الاختلاف و الشرط وهو الزيادة على الاربع وعدم المانع لانهن ان بقين على الكفر انفسخ نكاحهن و تعينت الاوائل للنكاح ، وان اسلمن كان له فسخ نكاحهن ، فاذا تحقق الفسخ على تقدير وملكه على تقدير ولم يخل الامر من التقديرين صح اختيار فسخه ، وان عينهن للنكاح لم يصح لوجود المقتضى لبطلانه وهو الكفر ، لان الانفاق فى الاسلام شرط فى اباحة العقد واستمراره ولهذا ينفسخ النكاح مع عدمه و الاختيار يقتضى لزومه ، فيتضاد اثر اهما فيتنافيان ، ووجود احد المتنافيين يستلزم انتفاء الاخر . قوله (الا ان جوزنا الوقف) معناه ان جوزنا وقف الاختيار الى انتهاء العدة ، فان اسلمن فيها حكمنا بصحة الاختيار وان بقين على الكفر حكمنا ببطلانه ، هكذا قرر قد ماء الفقهاء ، ومأخذ الا حتمالين منحصر فى طريقين : (احدهما) الخلاف فى وقف العقود (وثانيهما) ان اختيار النكاح هل هو كابتداء النكاح او استدامة له (فعلى الاول) لا يصح لان المسلم لا يمكن ان يبتدى النكاح على الكافرة الحربية ولا يكون موقوفا بل يقع باطلا وان قلنا انه استدامة و قلنا بالوقف جاز ان يكون موقوفا كالاصل والا فلا ، والحق عندى البطلان فى هذه المسألة والمتقدمة .

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

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

عز رفان مات اعتدت كل واحدة بابعد الاجلين فالحايل بالا بعد من اربعة اشهروعشرة ايام ومن ثلاثة اقراء والحامل بالابعد من اربعة اشهر وعشرة ايام ومن الوضع .

ويوقف لهن الربع اوالثمن حتى يصطلحن فان طلبت احديهن منه شيئا لم تعط ولوطلبت خمس دفع اليهن ربع النصيب والست نصفه ولوكانت احديهن مولّى عليها لم يكن لوليها ان يأخذلها اقل من الثمن (ويحتمل) القرعة اوالتشريك ، ولوكان فيهن وارثات وغيروارثات فلا يقاف كما لوكان معه اربع وثنيات واربع كتابيات فاسلم الوثنيات

الاخيرة وهذاظاهروهو الاولى عندى .

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

اقول : قوله (ويحتمل) قسيم لقوله (حتى يصطلحن) واعلم ان فى هذا الكلام مسألتين (الف) انه اذامات بعد اجتماع اسلامه واسلام الثمان قبل الاختيار يوقف نصيب الزوجية من تركته وهوالربع مع عدم الولد والثمن معه ثم ماذا يصنع به فيه وجوه ثلاثة ذكرها المصنف (ووجه الاول) انه لايحصل يقين البرائة الّا به وهومطلوب عقلا وشرعا فيقسم بينهن على حسب الاصطلاح بالتساوى اوالتفاضل (ولان) المستحق منحصر فيهن والا حتمال و الاشكال فى الكل على التساوى وهن معترفات به ، والظهور غير متوقع ،فطريق الاحتياط الصلح(ووجه الثانى) وهوالقرعة انه امر مشكل وكل امر مشكل فيه القرعة لماورد فى الاخباروهوضعيف، لان القرعة انماهى لكشف ماهو معين فى نفس الامروقد اشتبه علينا ، وهذه ليست معينة فى نفس الامر.

(لايقال) انه تعالى يعلم من كان يختار لواختار (لانا نقول) السبب المقتضى للميراث هووجود اختيار بالفعل لمعينة مشخصة ولم يوجدلانه التقدير بخلاف ما لوقال : والله لاطلقن زينب ان كان هذا الطائرغرابا ، والله لاطلقن عمرة ان لم يكن هذا الطائرغرابا لان الله تعالى يعلم حال الطائرويعلم من هى معينة للطلاق فى نفس الامر لانه تعالى عالم بكل معلوم على ماهوعليه (ووجه الثالث) وهوالتشريك فيقسّم بينهن على التساوى (انحصار) مستحق فيهن وعدم العلم به والظهور غيرمتوقع وهن جميعا معترفات بشمول الاشكال ولعدم اولوية واحدة منهن دون البواقى لانه ترجيح من غيرمرجح فيكون بمنزلة الدعوى،

ثم مات وكذالوكن كتابيات فاسلم معه اربع ومات ، ولواسلم الكتابيات بعدالموت قبل القسمة فالاقرب ايقاف الحصة ولوأسلمت واحدة فالموقف كمال الحصة وكذا لوكان معه كتابية ومسلمة وقال احديكما طالق ومات قبل التعيين .

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

(ب) لوكان فى الثمان واحدة مولّى عليها كالصغيرة اوالمجنونة صالح الولى عنها ثم فيه احتمالان (الف) انه لايصالح على مادون الربع اعنى من نصيب الزوجات لجوازان يكون زوجة فلو نقص عن الربع كان تركا لبعض حقها ولايجوز (ب) ان يقتصر على الثمن لانه لايعرف ان لها حقّا لكن لاينقص عن ثمن الموقوف لانه موقوف بين ثمان .

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

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

المطلب الخامس فى النفقة

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

ولو قالت اسلمنا معا فالنكاح باق قدم قوله لندور التقارن فى الاسلام على اشكال

المسلمات وباقى الورثة ، لا الكتابيات حتى يصطلحوا او يكون لمن يخرجه القرعة من باقى الورثة والمسلمات او بالتشريك لتصادم الدعاوى فيكون للزوجات المسلمات نصف نصيب الزوجات ولباقى الورثة النصف الباقى لان كلا من الزوجات المسلمات وباقى الورثة يدعى جميع حصة الزوجات فيقسم بينهما نصفين وينسحب الاحتمالات فيما اذا كان تحته مسلمة وكتابية وطلق باينا واحدة لا بعينها وقلنا بوقوعه .

(واعلم) ان المصنف جزم بالاول ثم فرع عليه هذا الفرع :وهو انه اذا اسلم الكتابيات بعد الموت وقبل القسمة فالاقرب الايقاف ، لان اسلام الزوجة الكتابية بعد الموت وقبل القسمة موجب لارثها فحينئذ الزوجات(اما) المسلمات اولا قبل موته فيرثن قطعا(واما) اللواتى اسلمن بعد موته قبل القسمة فيرثن قطعا(ويحتمل) ان يقال انما ترث الزوجة قبل القسمة فيما يتحقق زوجيتها وان الزوجية موجبة للارث وهذان الوصفان ليسا بمعلومين واذا لم يعلم السبب لم يعلم المسبب واما على الاحتمال الثانى فيوقف قطعا .

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

أقول : اذا اسلم الزوجان قبل الدخول واختلفا فى النكاح فقالت الزوجة اسلمنا معا فالنكاح باق بحاله وقال الزوج بل اسلمنا على التعاقب فالنكاح مفسوخ ففى تقديم ايهما اشكال منشأه اصالة عدم التقدم ، و الظاهر عدم الاقتران لندوره و الشارع بنى

ولو قال اسلمت بعداسلامي بشهرين فقالت بل بشهر اوقال اسلمت بعدالعدة فقالت بل فيها قدم قوله ولايعد الفسخ في الطلقات وان ساواه في المهر فلو اسلم الوثني قبل الدخول وجب نصف المسمى ان كان مباحا والا نصف مهر المثل (ويحتمل) المتعةولولم يسم مهراً فلها المتعة وان كان بعده وجب المسمى اومهر المثل على التفصيل ولواسلمت قبل الدخول

الاحكام على الاغلب فالاشكال في تقديم الاصل اوالظاهر اعني الاغلب عادةمع التعارض ومن ثم اختلفوا في حد المدّعي والمدعى عليه فانه مستنبط من هذا الاصل وسيأتي كيفيه استخراجه من هذا الاصل في باب الدعاوى ، وجاء الاشكال في هذه المسألة وغيرها من الفروع المتفرعة على هذا الاصل والاولى عندى تقديم الظاهر لان خلاف الاصل اذا عضده الدليل صار هو الاصل .

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

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

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

اقول: معناه لواسلم الوثني بعد الدخول فاما ان يكون المهر مباحا او محرّما وعلى كل تقدير (فامّا) ان يكون قبل قبض شيء منه (او) بعد قبض الكل (او) بعد قبض البعض دون البعض، فالاقسام ستة : (الاول) ان يكون مباحا واسلم قبل قبض شيء منه

سقط وبعده لها المسمى ولواعترفا بالسبق ولم يعلم ايهما السابق قبل الدخول لم يكن للمرأة المطالبة بشيء من المهر ان لم تقبض وان قبضته فللزوج المطالبة بنصفه خاصة ثم يوقف على التقديرين حتى يتبين ، وروى ان ابـاق العبد طلاق زوجته و انه بمنزلـة الارتداد فان رجع في العدة فهو املك بها وان عاد وقد تزوجت بعد العدة فلاسبيل عليها والطريق ضعيف .

فيجب عليه تسليمه (الثانى) ان يسلم بعد قبض بعضه فيجب عليه تسليم الباقى

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

قال قدس‌الله سره : و روى ان ابـاق العبد طـلاق زوجته وانـه بمنزلة الارتداد .

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

---

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

خاتمة

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

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

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

اقول : هذا مبنّي على ان الشرط الفاسد اذا لم يتضمن تجهيلا مبطلا ولا كون احد العوضين اوجزئه غير قابل للملك هل يبطل العقد اولا. قال الشيخ لا (لان) كل ما لم يشرطه الشارع في نفس العقد فاذا شرط فيه فالعقد يقتضيه وهو السبب فيه ، فان صلح شرعا لسببيته بذكره فيه واشتراطه كان صحيحا ولزم . وان لم يصلح كان الشرط باطلا وكان وجوده كعدمه ولا يقتضي ذلك بطلان العقد (لان) العقد غير معلق عليه والأبطل

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

تتمة

الوطى في الدبر مكروه وليس محرما وهو كالقبل في جميع الاحكام حتى ثبوت النسب وتقرير المسمى والحد ومهر المثل مع فساد العقد والعدة وتحريم المصاهرة الا في التحليل والاحصان واستنطاقها في النكاح ، والعزل عن الحرة اذا لم يشترط في العقد مكروه (وقيل) حرام وعلى كلا التقديرين يجب عليه للزوجة دية ضياع النطفة عشرة

مطلقا سواء كان الشرط صحيحا اولا، لان العقد المعلق باطل (ويحتمل) ان يبطل العقد وهو قول المصنف لان التراضي انما وقع على هذا الوجه فلو صح لزم صحة العقد بغير تراض وهو محال وهذا هو الوجه عندى .

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

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

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

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

---

(١) ئل باب ٧٥ خبر ١ من ابواب مقدمات النكاح

دنانير ويحرم على الرجل ترك وطى زوجته اكثر من اربعة اشهر والدخول بها قبل تسع سنين فان دخل فافضاها حرمت ابداً والا فلا ويكره للمسافر ان يطرق اهله ليلا .

الباب الرابع فى باقى اقسام النكاح

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

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

العزل فقال ذلك الى الرجل (١) وترك الاستفصال مع قيام الاحتمال يدل على عموم المقال (والجواب) ان الرواية لاتدل على التحريم بل على الكراهة بالمعنى الاعم والاصل انتفاء التحريم فتعينت الكراهة بالمعنى الاخص (قالوا) نهى النبى صلى الله عليه وآله عن العزل عن الحرة الا باذنها (قلنا) نمنع السند والدلالة .

الباب الرابع فى باقى اقسام النكاح

وفيه مقصدان (الاول) فى المنقطع وفيه فصلان (الاول) فى اركانه

قال قدس الله سره : ولابد من صيغة الماضى (الى قوله) صح .

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

---

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

(٢) ئل باب ١٨ خبر ١ من ابواب المتعة

(ب) المتعاقدان ويجب كونهما كاملين واسلام الزوجة اوكونها كتابية فيمنعها من شرب الخمر وار تكاب المحرمات واسلام الزوج وايمانه ان كانت المرأة كذلك وتحرم الوثنية والناصبية المعلنة بالعداوة، والامة على الحرة الا باذنها فيقف اويبطل على الخلاف وبنت الاخ والاخت على العمة والخالة الا مع اذنهما فيقف اويبطل ولو فسخت الحرة او العمة اوالخالة بطل اجماعا وتكره الزانية فيمنعها لو فعل وليس شرطا وعدم استيذان الاب فى البكر والتمتع ببكر ليس لها اب فلا يفتض لو فعل وليس محرما .

(ج) المهر وهو شرط فى المتعة خاصة فلو اخل به بطل العقد ويشترط الملكية و العلم بقدره كيلا اووزنا اومشاهدة اووصفا ولاحد له قلة وكثرة ويجب دفعه بالعقد فان دخل استقر ان وفت بالمدة وان اخلت ببعضها وضع منه بنسبتها و لو وهبها المدة قبل الدخول لزمه النصف ، ولو ظهر فساد العقد اما بظهور زوج او بكونها اخت زوجته اوغيرهما فلا

القبول والايجاب بنعم والحق عندى انه لا يصح .

قال قدس الله سره: والامة على الحرة الا باذنها فيقف او يبطل على الخلاف.

اقول : ما يتوقف عليه العقود على اقسام ثلاثة (احدها) ما يتوقف عليه حله (حكمه- خل) وقبول محله و ان كان تاثيره كتوقف عقد النكاح على انقضاء العدة (وثانيها) ما يتوقف عليه سببيته بالفعل للحكم وان كان متزلزلا كان المالك فى عقد الفضولى عند القائلين به (وثالثها) ما يتوقف عليه لزومه لاصحته كانقضاء الخيار فى البيع اذا عرفت ذلك (فنقول) نكاح الامة موقوف على اذن الحرة فهل هذا التوقف من النوع الاول اومن النوع الثانى فيه قولان وقد تقدم الخلاف والبحث فيه واتفق الكل على انه ليس من النوع الثالث ، والذى افتى به البطلان ، لرواية الحلبى فى الحسن عن الصادق عليه السلام قال ومن تزوج امة على حرة فنكاحه باطل (١) وهذان الاحتمالان على مذهب من يذهب الى ان عقد النكاح يقع موقوفا، امّا من منع وقوعه موقوفا وهو قول الشيخ فى الخلاف ، فانه يكون هنا اولى بالبطلان .

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

---

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

مهران لم يدخل ولو قبضته استعاده وان دخل فلها المهران جهلت والا فلا (وقيل) تاخذ ماقبضت ولا تسلم الباقي (ويحتمل) مهر المثل .

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

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

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

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

---

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

الفصل الثانى فى الاحكام

لاولاية على البالغة الرشيدة وان كانت بكراً على الاقوى .

لم يقصده والعقود تابعة للقصود (احتج) الشيخ بما رواه عبدالله بن بكير فى الموثق عن الصادق عليه السلام قال ان سمى الاجل فهومتعة وان لم يسمّ الاجل فهو نكاح باق (١) (والجواب) المراد ارادته والتقدير ارادة غيره (فاما الاول) فلان حمل اللفظ المشترك على احد معنييه مع ارادة المعنى الآخر المباين له باطل اجماعا (واما الثانى) فظاهر، ويلزم القائل بحمله على الدوام مع ترك الاجل حمله عليه مع ترك الاجل والمهر معاً لان اهمال الاجل يصرفه الى الدوام ولايشترط فى الدائم ذكر المهر .

الفصل الثانى فى الاحكام

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

اقول: (٢) المرأة البكر البالغة الرشيدة لاولاية عليها فى غير النكاح اجماعا بل البحث هنا فى النكاح وهو يقع فى مقامات ثلاثة هى ـ الولاية ـ وفيما فيه الولاية ـ ولمن الولاية ـ والمقصود بالبحث هنا الاول والباقيان كل مذكور فى موضعه (فنقول) قال المصنف والدى ووالده قدس الله سرهما . لاولاية عليها فى شىء من الانكحة وهو مذهب السيد المرتضى وابن الجنيد وسلار واحد قولى المفيد، وقال الشيخ فى النهاية عليها ولاية و لاانفراد لها بل له وهو اختيار الصدوق وابن ابى عقيل وابن البراج ، و الفرق بينها و بين الصغيرة اعتبار عبارتها ووقوف عقدها على اجازة الولى دون الصغيرة (وقيل) بالتشريك بين المرأة والولى فلا انفرادلها بالعقد على نفسها ولاله بل يشترط اذنهما معا وهو اختيار ابى الصلاح

---

(١) ٦ل باب ٢٠ خبر ١ من ابواب المتعة

(٢) وفى كثير من النسخ بعد قوله على الاقوى هكذا ـ اقول هذا اختيار الشيخ فى النهاية وابن ادريس وتبعهما ابو الصلاح فقال : لايجوز التمتع بالبكر الاباذن ابيها وهو ظاهر كلام ابى جعفر بن بابويه ، فانه قال : لايتمتع بالابكار الاباذن آبائهن ، والاصح الاول لماذكرناه من الروايات فيما تقدم .

ويلزم ما يشترط في متن العقد اذا كان سايغا ولو قدمه او اخره لم يعتد به ولا يجب اعادته بعده لو قرنه به على رأى، ولو شرط الاتيان في وقت دون آخر لزم وكذا المرة والمرات في المعين ويجوز العزل

والاصح عندى الاول (لنا) قوله تعالى **حتى تنكح زوجاً غيره** (١) جعل النكاح عليها وهو عام شامل لصورة النزاع ، ومارواه زرارة عن الباقر عليه السلام قال اذا كانت المرأة مالكة امرها تبيع وتشترى وتعتق وتشهد وتعطى من مالها ماشاءت فان امرها جائز تتزوج لمن شاءت بغير اذن وليها فان لم يكن ذلك فلا يجوز تزويجها الا باذن وليها (٢) (واحتج) الشيخ بمارواه ابن ابى يعفور فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال : لاتتزوج ذوات الاباء من الابكار الا باذن ابيها(٣) وفى الصحيح عن محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال لاتستأمر الجارية اذا كانت بين ابويها ليس لها مع الاب امر وقال يستأمرها كل واحد ماعدا الاب (٣) واجاب والدى المصنف بحمله على الكراهة .

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

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

---

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

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

(٥) ئل باب ١٩ خبر ١ من ابواب المتعة

وان لم تاذن ويلحق به الولد وان عزل ولو نفاه انتفى ظاهراً من غير لعان ولا يقع بها طلاق بل تبين بانقضا المدة ولا ايلاء ولا لعان على رأى و يقع الظهار على رأى ، و لا توارث بين الزوجين بهشرطا سقوط التوارث اولا ولو شرطاه فالاقوى بطلان الشرط ومع الدخول و

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

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

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

قال قدس الله سره : ويقع الظهار على رأى .

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

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

(١) ئل باب ١٩ خبر ٢ من ابواب المتعة
(٢) المؤمنون ٧

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

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

(القول الثاني) انه لا يقتضي التوارث لا العقد المطلق ولا اطلاق العقد ثم اختلف القائلون به على قولين (احدهما) انه يصح اشتراطه في العقد فيثبت مع اشتراطه ويسقط مع عدمه وهو اختيار الشيخ وابن حمزة وقطب الدين الكيدري (وثانيهما) انه لا يصح اشتراطه في العقد لان كلما لا يكون سببا للميراث شرعا لا يصير سببا له بجعل الجاعل وهو اختيار والدي المصنف، ووالده ، وابي الصلاح، وابن ادريس وهو الحق عندي (لان)

(١- ٢) النساء ١٣

فروع

(الف) لاينقص المهر بالمنع عن بعض الاستمتاع لعذر كالحيض و لومنع عن الجميع كل المدة كالمرض المدنف فكذلك على اشكال وكذا لومنع هواوهى بظالم

الزيادة هنا على النص نسخ لان الله تعالى عين فروض ارباب الفروض بجزء معلوم النسبة الى كل التركة وكيفية قسمة غيرهم فلوزاداونقص بخبر واحد لزم نسخ القرآن بخبرواحد ولايجوز ، ولما رواه سعيدبن يسار ، عن الصادق عليه السلام قال سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط التوارث قال ليس بينهما ميراث اشترط اولم يشترط(١) وفى رواية جميل بن دراج انه سأل الصادق عليه السلام عن المتعة ماحدها : فقال حدودها ان لاترثك ولاترثها الحديث (٢) فجعل نفى الميراث من مقتضى الماهية .

(احتج) الشيخ بمارواه احمد بن محمدبن ابى نصر فى الحسن ، عن ابى الحسن الرضا عليه السلام : قال تزويج المتعة نكاح بميراث ونكاح بغيرميراث ان اشترطت الميراث كان وان لم يشترط لم يكن(٣) ومارواه محمدبن مسلم فى الصحيح ، عن الصادق عليه السلام : قال فى بقية حديث فان اشترطت الميراث فهما على شرطهما (٤) (واقول) لامقتضى للميراث هنا الا الزوجية ولايقتضى ميراث الزوجية الا الاية فان اندرجت هذه فى الزوجة فى الاية ورثت وان لم يشترط ثبوته وبطل شرط نفيه وان لم تندرج فى الزوجة فى الاية لم يثبت بالشرط قطعاً لانه شرط توريث من ليس بوارث وهو باطل اتفاقا ومن هذا ظهر ضعف قول من يثبته اوينفيه بالشرط وانحصرت القوة فى قول من يثبته اوينفيه مطلقا وببطل شرط نقيضه (نفيه ـ خ ل) .

قال قدس الله سره: فروع (ألف) لاينقص (الى قوله) اوهى بظالم .

اقول : ينشأ (من) ان المرأة لومنعت كل المدة سقط المهرو بعضها يسقط بنسبته فدل على انه بدل من الاستمتاع المباح بالعقد فينتفى بانتفائه (ومن) وجود المقتضى وهوالعقد اذبه يستحق الزوج الاستمتاع والمرئة المهروالاصل بقاء ماكان على ماكان

(١) ئل باب ٣٢ خبر٦ من ابواب المتعة (٢) ئل باب ٣٢ خبر١ من ابواب المتعة
(٣) ئل باب٣٢ خبر١ من ابواب المتعة والسند جميل بن صالح عن عبدالله بن عمرو عن الصادق
(٤) ئل باب ٣٢ خبر٥ من ابواب المتعة

والاقرب ان الموت هنا كالدايم (ب)لو عقد على مدة متأخرة لم يكن لها النكاح فيما بينهما ولاله ان ينكح اختها وان وقّت المدة بالاجل و العدة (ج) لومات فيما بينهما احتمل بطلان العقد فلامهر ولاعدة ولاميراث ان او جبناه مطلقا اومع الشرط و عدمه فيثبت النقيض .

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

قال قدس الله سره : والاقرب ان الموت هنا كالدائم .

اقول : وجه القرب ثبوت المهر بالعقد ولم يوجد سبب سقوطه وهو منع المرأة ولانص على غيره والاسباب والموانع الشرعية انما ثبتت بالنص لاغير اجماعا و الاصل البقاء (ويحتمل) عدمه ان قلنا بسقوطه بالعذر لان منع الاستمتاع لعذر يسقط فالموت اولى بالاسقاط (لان)الامتناع هنا آكد واقوى فى وجوب سقوط المهر، وهذا الاحتمال ضعيف ، والحق عندى ثبوت المهر فى الصورتين لان المهر عوض ملك البضع وقد حصل والمرأة لم تمنع .

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

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

المقصد الثانى فى نكاح الاماء

وانما تستباح بامرين العقد والملك ، فهنا فصول (**الاول**) العقد وليس للسيد ان ينكح امته بالعقد ولو ملك منكوحته انفسخ العقد ولا للحرة ان تنكح عبدها لا بالعقد ولا بالملك ولو ملكت زوجها انفسخ النكاح ، وانما يحل العقد على مملوكة الغير بشرط اذنه واذن الحرة ان كانت تحته وان كانت رتقاء اوكتابية اوغايبة اوهرمة اوصغيرة اومجنونة اومتمتعا بها ما لم يطلقها ، ولا يشترط اسلام الامة وان كان الزوج مسلما فى المتعة عندنا ومطلقا عند آخرين ، و للعبدان ينكح الكتابية ان جوزناه للمسلم وكذا للكتابى ان يتزوج بالامة الكتابية .

وفى اشتراط عدم الطول وخوف العنت خلاف فان شرطناهما وقدر على حرة رتقاء اوغايبة غيبة بعيدة اوكتابية اومن غلت فى المهر الى حد الاسراف جاز نكاح الامة وفى ذات العيب اشكال ولو كان مفلسا ورضيت بالمؤجل اقل من مهر المثل لم ينكح الامة ، وخوف

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

المقصد الثانى فى نكاح الاماء

فهنا فصول الاول العقد

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

اقول : تقدم الخلاف فى جواز نكاح الكتابيات .

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

العنت انما يحصل بغلبة الشهوة وضعف التقوى فلوانتفى احدهما لم ينكح الامةوالقادر

اقول : قدتقدم الخلاف فيجواز نكاح المسلمالحر للامة المسلمةو هناذكره للتفريع عليه (وتقريره) انه على تقدير تجويزه بشرطين ـ عدم الطول ـ وخوف العنت يتفرع عليه فروع (الف) لووجد الطول اوتعذر نكاحها قبلالكونها رتقاء وتعذرعلاجه (هل)ينزّل ذلك منزلة عدم الطول (امْلا) من حيث شرط العدم ولم يتحقق لحصول بعض الاستمتاعات (ومن)حيث مشاركة العدم فى المعنى وهو تعذرالوطى والعلةالذاتية الامن من خوف العنت ولايحصل بالرتقاء خصوصا على القول بتحريم الوطى فىالدبر (ولان) شهوة القبل لاتندفع الّابه (ولان) العلة الغائية منالنكاح بقاء النوع ولا يحصلمن الرتقاء وعدم الطول انماشرط بالعرض ، والاصحعندى انه يبيح نكاح الامة كعدم الطول .

(ب) لوقدرعلى نكاح حرة غائبة عن بلده وهى بعيدة عنه و المراد البعد الذى يلحق المشقة لذهابه اليها (جاز(١) نكاح الامة والّالزم الحرج) (ج) لوقدرعلىحرة كتابية وامة مسلمة فان منعنا نكاح (حرمنا ـ خل)الكتابيةجازنكاح الامة قطعاوان جوزناه غبطة احتمل عدم التحريم ايضاً لقوله تعالى (**ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات** الى**قوله ذلك لمن خشى العنت منكم** (٢)فشرط عدم استطاعته نكاح المؤمناتوقد حصل (ويحتمل) المنع على القول به لانه قادرعلى الحرة وانما ذكرالمؤمنات بناءعلى الاغلب والاعم فان الغالب ان المؤمن لايرغب الّافى نكاح المؤمنات والاصح عندى اختيار المصنف (د) لوغالت الحرة فى المهر بحيث يبلغ حد الاسراف وهو قادر عليه قال المصنف جازله نكاح الامة لان اتلاف المال سفه وحرج (ويحتمل) عدمهلانه واجد للطول فينتفى شرط الاباحة .

(واعلم) انه قدوردفى الشرع مسالتان مثلذلك ويمكن ردهذه الى تلكالمسألتين

---

(١)فى بعض النسخ بدل قوله جازالى قوله الحرج هكذا ـ والخلاف كمامر والاولى عندى الصحة

(٢) النساء ٢٥

على ملك اليمين لا يخاف العنت فلا يترخص ولو ايسر بعد نكاح الامة لم تحرم الامة ولا يجوز للعبد ولا للامة ان يعقدا نكاحا بدون اذن المالك فان فعل احدهما بدونه وقف على

(احديهما) اذا لم يحصل الماء الا باكثر من ثمن المثل (١) (فان له العدول الى التيمم ، ويفرق بان الحاجة الى الماء تتكرر فان الماء يتعلق به اغراض كلية لا يعد باذل الماء في مثلها مغلوبا) (وثانيهما) اذا لم يحصل الرقبة في المرتبة الا باكثر من ثمن المثل (هل) له العدول الى الصوم (فان قلنا) بالعدول لم يبح و الا جاز ، والاصح عندى عدمه لانه واجد الطول فينتفى شرط الاباحة (ه) لو وجد حرة ذات عيب تخير في الفسخ ولا يمنع الوطى كالبرص فيه اشكال ينشأ (من) وجود الطول فانتفى شرط اباحة نكاح الامة لاشتراط نفى وجدان الطول مطلقا (ومن) ان النكاح مبدأه الشهوة وهذه تحصل منه النفرة المضادة للشهوة فلا يتم به الغرض ومن ثم ثبت الخيار والاصح عندى انه يبيح .

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

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

---

(١) وفى عدة نسخ بعد قوله من ثمن المثل هكذا - وثانيهما اذا لم يحصل الرقبة فى المرتبة الاباكثر من ثمن المثل هل له العدول فى الاول الى التيمم وفى الثانى الى الصوم ام لا فعلى الاول له نكاح الامة هنا والا فلا ان علم اتحاد طريق المسئلتين .

(٢) ئل باب ٢٤ خبر ٢ من ابواب نكاح العبيد والحديث منقول الى المعنى فراجع

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

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

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

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

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

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

---

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

تجارته ولايضمن السيد بل يجب ان يمكّنه من الاكتساب فان استخدمه يوما فاجرة

الثالث فى الاولياء من هذا الباب بهذه العبارة (ولو اذن المولى لعبده فى التزويج صح فان عين المهر والا انصرف الى مهر المثل فان زاد على التقديرين فالزائد فى ذمته يتبع به بعد الحرية والباقى على مولاه وقيل فى كسبه وكذا النفقة) وقد ذكر فى هذا الفصل هذا الكلام وهو بيان وتنبيه على عدم جزمه بان مهر العبد على مولاه وان ماذكره فيما تقدم كان ترجيحا من غير جزم به غير مانع من النقيض اورجع عنه لما اداه اجتهاده ثانيا وهو ثبوت المهر والنفقة فى كسب العبد ، وهو اختيار الشيخ فى المبسوط لان غاية كسب كل انسان انما هو ليصرفه فى مؤنته وفى ضروراته، ومن مهماته مؤنة النكاح لدفع الزنا ولما جعله الشارع ملكا لغير المكتسب علّقه باذنه فى السبب فلما حصل الاذن تعلق به مؤن نكاحه وهى النفقة والمهر وهذا من الحكمة الالهية، ومن قال يجب على السيد قال لما ملّك الشارع السيد كسبه اقتضت الحكمة الالهية وجوب مؤنته ومؤن نكاحه على مولاه والا لزم ثبوت الحرج العظيم على بعض الامّة فى التكليف و هو منفى بالاية، ثم ذكر المصنف هنا مسألة : وهى انه لو كان مأذونا له فى التجارة تعلق ايضا المهر ونفقة زوجته بربحه وهو اختيار الشيخ فى المبسوط واشار اليها بقوله (وربح تجارته) لانه من كسبه .

وهنا فوائد (الف) مراد المصنف بالكسب الذى يتعلق به المهر الحاصل بعد العقد والاذن او الاجازة لاقبل احدهما لانه خاص بالسيد كسائر امواله ، ولو كان مؤجلا فالحاصل بعد حلوله هو محله ، واما النفقة فالحاصل بعد العقد و اجازته و التمكين التام وكذا فى الربح (ب) معنى تعلقها به تقديم المرأة بها فيه لو حجر على السيد وعلى كونها عليه يضرب بهما مع الغرماء (ج) قوله ربح تجارته احترز به عن رأس المال لانه لايؤخذ منه (د) سألنا والدى قدس الله سره عن كيفية الصرف هنا فقال يصرف كسب كل يوم الى النفقة فما فضل فالى المهر وهكذا الى ان يتم المهر ثم يصرف الفاضل الى السيد ولا يدّخر شيء من كسبه للنفقة المستقبلة (ونقتصر على هذا القدر من الفوائد فانها زائدة على المأة لئلا نخرج عن المطابقة بالشرح - خ) .

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

المثل كالاجنبى (ويحتمل) اقل الامرين من كسبه ونفقة يومه (ويحتمل) ثبوت النفقة فى رقبته بان يباع كل يوم منه جزء للنفقة ، ولو قصر الكسب اولم يكن ذا كسب (احتمل) ثبوت النفقة فى رقبته وفى ذمة المولى (وان) يتخير بين الصبر والفسخ ان جوزناه

اقول : لما بين تعلقها بكسبه وكسبه للمولى وتعلق حق انسان بمال غيره تعلق الاستيفاء على وجهين (احدهما) ان يتعلق مع ذلك بذمته كالضمان مع شرط الاداء من مال بعينه والرهن (وثانيهما) انه لا يتعلق بذمته فاحد جزئياته تعلق ارش الجناية برقبة العبد فاراد ان يبين المصنف قدس الله سره ان تعلق النفقة والمهر من النوع الثانى اى لا يتعلقان بذمته بل بنوع من ماله وهو كسب العبد (لان) المولى لم يلتزم بها تصريحا ولا تعريضا .

اذا تقرر ذلك (فنقول) يجب على المولى تمكينه من اكتساب النفقة والمهر لانه فى النكاح فان استخدمه يوما مثلا لزمه اجرة المثل لانه اتلف منفعة تعلق بها حق الغير فيجب ضمانها بقيمتها كما لو استخدمه الاجنبى وللاستظهار لجواز القصور عند الاداء والاصح انه يجب اقل الامرين من اجرة المثل و كمال المهر ونفقة مدة استخدامه لانه (ان) نقص عن اجرة المثل فالفاضل للسيد لا يضمنه لنفسه و(ان) زاد فالذى استوفاه السيد قدر الاجرة لاغير فلا يضمن اكثر منها (لان) التعلق انما هو بكسبه لا بالسيد وكسبه هو قدر الاجرة.

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

اقول : قيل بتنزيل الوطى فى النكاح منزلة الجناية فيتعلق عوضه برقبته (ولوجوب) النفقة هنا اجماعا وليس (على السيد) للاصل بخلاف نفقته لانها لبقاء الشخص وهو المملوك للمولى لا النوع ونفقة الزوجة من توابع بقاء النوع لانه العلة الغائية فى النكاح (ولا على كسب العبد) والا علق الواجب المطلق بالممكن ، ولو لم يجب لتضررت المرأة والعبد لعدم الرغبة وغلبة الشهوة ونعته ابعد فتعينت رقبته فعلى هذا يباع فى نفقة كل يوم منه جزء ان امكن .

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

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

مع العسر، ولواشترته زوجتهاواتهبته قبل الدخول سقط نصف المهرالذى ضمنه السيد اوجميعه فان اشترته بالمهر المضمون بطل الشراء انإسقطنا الجميع حذراً من الدور، انسقوط العوض بحكم الفسخ يقتضى عراء البيع عن العوض ، ولو اشترته به بعد الدخول صح ، ولو جوزنا اذن المولى بشرط ثبوت المهر في ذمة العبد فاشترته به بطل العقد لان تملكها له يستلزم برائةذمتهفيخلو البيع عن العوض والولدرق انكان ابواه كذلك فانكان المالك فالولدله ، ولوكان كل منهما لمالك فالولد بينهما نصفان الا ان يشترطهاحدهما اويشترط الاكثر فيلزم ويتبع في الحرية احدابويه الاان يشترط المولى رقيته فيلزم ولاتسقط بالاسقاط بعده .

ولوتزوج الحرالامة من غيراذن مالكهاووطىء قبل الرضا عالما بالتحريم فهوزان وعليه الحد وفي المهرمع علمها اشكال ينشأ(من) انها زانية (ومن) ملكية البضع للمولى، ولوكانت بكراً لزمه ارش البكارة ولو كان عبداً (فانقلنا) انه ارش جناية تعلق برقبته

النفقة في كسب العبد احتمالا عند المصنف ومذهباً عند الشيخ فاحتاج الى ذكر تقدير عدم الكسب اوقصوره عن النفقة وقد ذكر له هنا احتمالات ثلاثة (الف) ثبوت النفقة في رقبته (ب) في ذمة المولى (ج) ان يتخير المرئة بين الصبر والفسخ انجوزناه مع اعسار الزوج وقد تقدم وجه الاولين وحجة الاخير يأتى في موضعه .

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

اقول : الاصح عندى الذى افتى به انه لامهر لها لانها بغي وكل بغي منهي عن مهرها نهي فساد لرفع ماهيته في الخبر المتواتر عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، والبضع لايثبت لمنافعه عوض الابعقد اوشبهة اواكراه لها ليخرج عن كونها بغياً فلاوجه عندى لهذا الاحتمال الاخير و انما ثبت على الزاني بامة الغير وعليها مع علمها اعواض اخروية للمالك لا دنيوية ولو علم التحريم دونها كان عليه المهر والعقاب الاخروى وان علمت دونه فعليها وعليه عوض اخروى خاصة للمالك وعلى العالم منهما العقوبة ايضا .

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

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

يباع فيه (وان قلنا) انه مهر تبع به بعد العتق والولد للمولى رق ومع جهلها فله المهر قطعا ولو وطىء جهلا اوشبهة فلا حد وعليه المهر والولد حر وعليه قيمته لمولى الام يوم سقط حيا وكذا لو ادعت الحرية فعقد ويلزمه المهر (وقيل) العشر مع البكارة و

فى اللحم ظلما وهذا معنى الجناية و به قال ابن البراج (ووجه) كونه مهراً ان الشارع جعله تبعا للوطى و جعل العوض فى الحرائر مهراً و يستعيده الكافر اذا جائت زوجته الينا من غير اسقاط عوض للبكارة ،وتظهر فائدة الخلاف فى الزنا اذا كانت عالمة (فان) جعلناه مهرا لم يثبت على المختار (وان) جعلناه ارشا ثبت قطعا ، وفى تعلق النذر واليمين والاصح عندى الاول لان هذا جناية قطعا على ملك الغير فلا تهدر (لايقال) انه فى الحرة مهر لا ارش لسقوطه بزناها وعدم اعتباره بعدمه بل يثبت مهر المثل (لانا نقول) سقوطه بزناها لاذنها اوعقوبة ومهر المثل اذا وجب بجهلها يتضمنه ان سلم عدم اعتباره منفرداً .

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

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

واقول فى تقرير هذه المسألة انه مع الوطى هنا انه يلزمه عوض البضع باجماع المسلمين لانه وطى ليس بزنا ولا عن ملك يمين فكان له عوض (لانه لو كان فاسداً من اصله لم يصح بعد الرضا (ولانا) نقدر رضا المولى بنكاحه وفيه اقوال - خ) وفيه احد اقوال (الف) قال شيخنا عليه المسمى وهو اختيار ابن البراج لانه عقد صحيح قبض فيه العوضين فيجب الآخر وعروض الفسخ لايوجب فساده من اصله وبه قال المفيد ان كانت قد قبضته وكانت هى المدلسة (ب) العشر ان كانت بكراً ونصفه ان كانت ثيبا وهو اختيار ابن الجنيد (ج) يلزمه مهر المثل وهو قول الشيخ فى المبسوط وابن حمزة لانها ملك للغير والنكاح موقوف على رضاه فاذا لم يرض ارتفع من اصله فكان كالفاسد من اصله

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

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

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

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

(١) ل باب ٦٧ خبر ٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء

ولو تزوج العبد بحرة من دون اذن فلا مهر ولا نفقة مع علمها بالتحريم واولادها رق ومع الجهل فالولد حر ولا قيمة عليها ويتبع العبد بالمهر بعد عتقه ولو تزوج بامة فان اذن المولیان اولم یاذنا فالولد لهما ولو اذن احدهما فالولد لمن لم یأذن خاصة ولو اشترك احدهما بين اثنين فاذن مولى المختص واحدهما فاشكال ، ولو زنى العبد بامة غير مولاه فالولد لمولى الامة ولو زنى بحرة فالولد حر ولو زوج عبده امته ففي اشتراط قبول المولى او العبد اشكال ينشأ (من) انه عقد اوا باحة وفي وجوب اعطائها من مال المولى شيئا خلاف

النفي فثبت مقابله و هو الحرية لعدم خلو الموضوع عنهما هنا و جعله نهيا يستلزم تكليف ما لا يطاق اذ الملك هنا و عدم حكم من الشارع غير مقدور له و الا ضمار خلاف الاصل .

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

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

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

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

اقول : (وجه كونه عقدا ما روى الصدوق فى كتاب من لا يحضره الفقيه فى الصحيح عن العلا ،عن محمد بن مسلم ، عن الباقر عليه السلام : قال سألته عن الرجل كيف ينكح عبده امته : قال يجزيه ان يقول قد انكحتك فلانة ويعطيها ماشاء من قبله اومن مولاه ولا بد من طعام اودرهم اونحو ذلك الحديث (١) سماه نكاحا والاصل الحقيقة واوجب

---

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

عليه عطاء شيء وشرط بقوله (ولابد) ولاشيء من الاباحة يشترط فيها ذلك(ولاند)اما نكاح اواباحةمانعة خلوكليةاجماعا وليس باباحة لماروا ه على بن يقطين عن ابى الحسن الماضى عليه السلام قال سألته المملوك يحل لدان يطأالامةمن غير تزويج اذا احل لهمولاه قال لايحل (١) فتعين كونه عقداً ومن ثم قيل ان الاباحة تمليك لاعقد لعدم جوازها فى حق العبد وجوازعقدالنكاح فالاباحة ليس بعقدوسببا باحة النكاح محصورفى العقدوالملك لقوله تعالى **الاعلى ازواجهم اومامملكت ايمانهم فانهم غيرملومين فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون** (٢)

وعندى فى دلالة رواية محمدبن مسلم على كونه عقداً نظرلان العقد انشاءوقد تكون مختصة بالافعال (ووجه) كونه اباحة انه لايفتقرالى قبول لما تقدم من قولهفى الرواية (يجزيه ان يقول قد انكحتك فلانة) جعله مجزيا ولم يذكر القبول فلوكان القبول شرطا لماكان ماجعله مجزيا وكل عقد نكاح يفتقرالى قبول (ولان) رفع هذا النكاح بيد المولى ولاشيء من النكاح الحقيقى رفعه بيد المولى (اما الصغرى) فلماروا ه محمد بن مسلم فى الصحيح عن الباقر عليه السلام قال سألته عن قول الله عزوجل **والمحصنات من النساء الاما ملكت ايمانكم** : قال هوان يأمر الرجل عبده وتحته امته فيقول له اعتزل امرأتك ولاتقربها ثم يحبسها عنه حتى تحيض ثم يمسها(٣) (واما الكبرى)فلان رافع العقد اما الطلاق اوالموت اوتجدد ملك اوعتق معفسخ المالك او العتيق اوملة اونحلة اوعيب كعنته على قول (وما) عداالاول هنا منتف(والاول) انجعل قوله(اعتزل امرأتك)طلاقالزم ان يكون الطلاق بيد غيرالزوج وهو باطل لقوله عليه السلام الطلاق بيد من اخذ بالساق (٤) ولانه تغيير للصيغة المعينة وهو باطل باجماع اصحابنا وبالاول وهوكونه عقداً ، قال المفيد ويلوح من كلام الشيخ واتباعه والثانى وهوكونه اباحة قول

(١) ئل باب ٢٣ خبر ٢ من ابواب نكاح العبيد (٢) المؤمنون ٦
(٣) ئل باب ٤٥ خبر ٢ من ابواب نكاح العبيد والاية فى سورة النساء ٢٧
(٤) مستدرك باب ٢٥ خبر ٣ من ابواب مقدمات الطلاق

ولواعتقا فاجازت قبل الدخول اوبعده مع التسمية وعدمها فاشكال ، ولومات كان للورثة الفسخ لااللامة ، ولوتزوج العبد بمملوكة فاذن له مولاه فى شرائها فان اشتراها

ابن ادريس ، والاقوى عندى ان التحليل اوالاباحة لابد معهما من القبول لانحصار الاباحة فى التمليك والعقد ومع كونه عقداً لابد معه من القبول ومع كونه تمليكا (يحتمل) اشتراط القبول (ويحتمل) عدمه فمع القبول يصح قطعاومع عدمه فى صحته شك ، والنكاح مبنى على الاحتياط التام وقوله فى الرواية (يجزيه) اى فى الايجاب ولايستلزم نفى القبول و يشكل بان الاصل عدم الاضمار .

قال قدس الله سره : وفى وجوب اعطائها من مال المولى شيئا خلاف .

اقول : قال الشيخ فى النهاية ، والمفيد ، وابوالصلاح، وابن حمزة ، وابن البراج بالوجوب للرواية المتقدمة وغيرها ، وقال ابن ادريس بعدم الوجوب للاصل و حمل الرواية على الاستحباب وفعل ذلك اباحة لاعقداً (واعلم) ان القول بالوجوب مبنى على مقدمات (الف) ان العقد سبب لوجوب المهر مع ذكره وبدونه مع الدخول فلايمكن خلو عقد مع الدخول عن مهر (ب) ان المملوك لايملك على المولى شيئاً بل يملك منه على قول الشيخ ويستحق على جهة الامتناع كما يستحق الزوجة الاخدام والمماوك النفقة وحكم الامتاع ككفن الزوجة وكفن المملوك فانحصرما للعبد من جهة مولاه فى مايملك او مستحقه عليه على جهة الامتاع اوحكمه (ج) ان هذا المهر ليس للمولى لانه لوكان له (فاما) على العبد (او) على نفسه والثانى محال (لانه) لايستحق فى ذمته مالا لنفسه (ولا) على العبد لان مال العبد لمولاه فلواستحق على العبد لزم ان يملك ملك نفسه وهو محال فتعين ان يكون المهر للجارية لاللمولى لانه فى الرواية اشار الى انه من العبد او من مولاه اذا تقرر ذلك (فنقول) اذا سلمت هذه المقدمات وجب على المولى ان يعطى المهر اما منه اومن كسب العبد ، ومتى منعت احدى المقدمات لايتم ذلك وتحمل الرواية على الاستحباب وهوالاولى.

قال قدس الله سره: ولواعتقا (الى قوله) فاشكال .

اقول : هذا الكلام يدل بالمطابقة على مسائل اربع لانه اذا اعتق فاجازت فاما ان يكون قبل الدخول اوبعده وعلى كل واحد من التقديرين اما ان يكون قد سمى شيئا

لمولاه او لنفسه باذنه اوملكه اياها بعدالابتياع وقلنا انه لايملك فالعقد باق والابطل اذا ملكها ، و لو تحرر بعضه واشترى زوجته بطل العقد و ان كان بمال مشترك ،

اولا (الف) ان يكن قداعتقاقبل الدخول واجازت وقدسمّى لها مهراً فالكلام فى موضعين (احدهما) استمرار العقد (فان قلنا) انه اباحة بطل (وان قلنا) انه عقد لم يبطل بالعتق مع الاجازة (وثانيهما) فى المهر (فان قلنا) انه اباحة فلامهر قطعا وكان وجود التسمية كعدمها لان استحقاق المهر اما بالوطى او بالعقد وكلاهما منتف (وان قلنا) انه عقد احتمل بطلان التسمية لان مهر المملوكة لمولاها ومهر العبداما على المولى او فى كسبه اوفى رقبته (وعلى الاول) يتحد المستحق والمستحق عليه والاستحقاق من باب النسبة فلا يتحقق مع اتحاد المنتسبين هنا (وعلى الاخيرين) فالاستحقاق للسيد ممتنع عن القن وهذا قن (ويحتمل) ان يقال ان العقد وقع بعبارة معتبرة فيكون صالحا للتأثير عندالعتق لانه ليس اقل من عقد الفضولى فلايكون المهر هنا على السيد ولاله بل على الزوج للمرأة خصوصا على قول والدى المصنف وابن ادريس انه لوكانا الاثنين اوكان الزوج حرأثم باع مولى الامة الامة بعدالعقد قبل الدخول، واجاز المشترى فان اجازته كالعقد المستأنف والمهر للمشترى (ويحتمل) الوجوب على السيد للجارية لثبوته عندالعقد للرواية المتقدمة الثلاثة والاصل البقاء .

(ب) الفرض بحاله ولم يكن سمى لهامهراً فان قلنا انه اباحة بطل هنا ولا مهر وان قلنا انه عقد كالمفوضة البضع فان مات احدهما قبل الدخول فلامهر وان طلق فالمتعة وان دخل فمهر المثل والمتعة اومهر المثل على الزوج هنا لان السبب التام للوجوب انما يتحقق بعدالعتق منه فى الموضعين .

(ج) ان يكون بعد الدخول وقدسمى (فان قلنا) انه اباحة بطل العقد ولااعتبار بالتسمية (وان قلنا) انه عقد (فان قلنا) بوجوب اعطائها شيئا من مال المولى وكان قداعطاها فلايستحق غيره وان لم يكن اعطاها شيئا احتمل وجوب مهر المثل على السيد للوجوب قبل العتق فبعده اولى والتقدير قبل العتق اليه لانه وليها فبعده ليس له ولاية فيلزم مهر المثل (وان قلنا) بعدم وجوب اعطائها شيئا فمبنى هذه المسألة على ان من اعتق امته

ولو اشترى الحرحصة احد الشريكين بطل العقد وحرم وطؤها فان اجاز الشريك النكاح

المزوجة لغير عبده بعد الدخول او باعها (فعلى) كون المهر له لا مهر هنا فيخلو العقد والوطى عن استحقاق عوض مع كونه بعقد صحيح وهو غير معهود فى الشرع (وان قلنا) بوجوب اعطائها من كسب العبد فالمهر هنا عليه .

(د) ان يكون بعد الدخول وقبل التسمية ، والاشكال فيه كما سبق (واعلم) انه على القول بكون مهر العبد فى كسبه او فى رقبته (يحتمل) انتقاله بعد العتق الى ذمته فى كل الصور المذكورة الا مع عدم التسمية وموت احدهما قبل الدخول ، وانما قلنا بثبوته هنا على العبد لان النكاح سبب لثبوت مهر فقبل العتق وجد مانع وهو ملكية المولى للعبد والمهر وقد زال هذا المانع بالعتق فاثر السبب، وهذه المسالة وامثالها تسمّيها الفقهاء من المسائل المسلسلة واشكالها لتكافؤ الاحتمالات فيها وكثرة اصولها وفروعها وكل اصل يبتنى عليه لا يخلو من اشكال والاقوى عندى فى هذه المسائل انه عقد وكل ما لم يسم مهر كمفوضة البضع قبل الدخول او بعده وكلما سمى يلزم بعد العتق ويكون للمرئة على الزوج .

قال قدس الله سره: ولو اشترى الحرحصة احد الشريكين (الى قوله) خلاف

اقول: اذا تزوج الحرامة مشتركة بين اثنين باذنها ثم اشترى الزوج نصيب احد الشريكين من زوجته بطل العقد اى عقد النكاح وحرم وطيها ثم (نقول) هل يحل له وطيها فى حال الشركة بسبب ما ام لا فيه لاصحابنا قولان (احدهما) لا مطلقا وهو قول ابن الجنيد لان البضع لا يتبعض اجماعا ولقوله تعالى **والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم (١)** والتفصيل قاطع للشركة (وفيه نظر) لصدقه فى منع الخلو خاصة لامنع الجمع والمطلوب الثانى ولا دلالة للعام على الخاص (وثانيهما) الاباحة بسبب ما ثم اختلفوا فيه على اقوال ثلاثة (الف) انها مباح باباحة الشريك لا غير لانها تمليك فاتحد السبب وهو ملك المنفعة ويؤيده رواية محمد بن مسلم ، عن ابى جعفر عليه السلام فى جارية بين رجلين دبّراها جميعا ثم احل احدهما فرجها لصاحبه قال

(١) المؤمنون ٦.

بعدالبيع ففى الجواز خلاف وكذالوحلّلها ، ولوملك نصفها وكان الباقى حراً لم تحل بالملك ولابالدايم (وهل) تحل متعة فى ايامها قيل نعم (و هل) يقع عقد احد الزوجين الحر العالم بعبودية الاخر فاسداًاو موقوفاعلى اذن المالك الاولى الثانى فحينئذ لواعتق قبل الفسخ لزم العقد من الطرفين .

هوله حلال (١) وهذا قول ابن ادريس (ب) انها تحل بالعقد وهواختيارابن البراج و نقل عن الشيخ فانه قال فى النهاية حرمت عليه الآان يشترى النصيب الآخر أويرضى مالك نصفها بالعقد فيكون ذلك عقداً مستأنفا(اورد) ان اراد بالعقد عقدالنكاح الاول بطل لبطلانه بالشراء فلايصيرصحيحا بالاجازة ولانه وقع اولا برضاه ولم يتجددله ملك فلم يقف على اجازته بسبب بيع الشريك ثانياً (وقال) الفاضل المحقق ابوالقاسم بن سعيد: المراد بالعقد عقد البيع على النصف الثانى قال وكأنه يقول الآان يشترى النصف الآخر من البايع ويرضى مالك ذلك النصف بالعقد ويكون الاجازة له كالعقد المستانف ويكون الالف فى قوله (او) سهوا من الناسخ اويكون بمعنى الواو وهذا آخر كلامه ،وفيه تعسف وبعد واعتراف بانه لايمكن وطى احد الشريكين المشتركه حال اشتراكهما(ج) قول ابن حمزة تباع بعقدالمتعة بشرطان يكون بين الشريكين مهاياة ويعقد فى نوبة سيدها باذنه والاصح عندى قول ابن الجنيد وانما طولنا الكلام فى هذه المسألة لانها موضع اشكال فاحببت استيفاء الاقوال فيها .

قال قدس الله سره : ولوملك نصفها (الى قوله) قيل نعم .

اقول : الجواز قول الشيخ فى النهاية لانها فى ايامها كالحرة كلها تملك فيها بحسبها والاصح عندى انه لايصح فان المهاياة تتناول الخدمة خاصة لامنفعة البضع .

قال قدس الله سره: وهل يقع عقد احد الزوجين (الى قوله) من الطرفين.

اقول: البحث هنا كالمسألة المتقدمة فلانكرّرها وانما ذكرهاهنا لفائدتين (الف) ليتفرع عليها مالواعتق قبل الفسخ فانه على القول بالبطلان لايصححه العتق و لم يحنج الى الفسخ واحتاج فى النكاح الى عقد مستأنف وعلى الوقف يصح ويلزم النكاح لتحقق الشرط وانتفاء المانع (ب) الفرق بينه وبين ما اذاباع مال الغير بغير اذنه ثم اشتراه من

---

(١) ئل باب ٤١ خبر ١ من ابواب نكاح العبيد

الفصل الثانى فى مبطلاته

وهى ثلاثة : العتق والبيع والطلاق (المطلب الاول) فى العتق

اذا اعتقت الامة وكان زوجها عبداً كان لها الخيار على الفور فى الفسخ والامضاء سواء دخل اولا الّا اذا زوج نوالمائة امته فى حال مرضه بمائة وقيمتها مائة ثمّ اعتقها لم يكن لها الفسخ قبل الدخول والّا لسقط المهر فلم تخرج من الثلث فيبطل عتق بعضها فيبطل خيارها فيدور ، و لو كانت تحت حرّ ففى خيار الفسخ خلاف ، واذا

المالك فان الذى ثبت هنا وهو الحرية شرط مجامع للنكاح وفى بيع مال الغير اذا اشترى البايع الموجود ضده لتضاد ملكى شخصين وهو سبب معدّ لحصول العقد بالفعل ولا يجامعه بل يشترط سبقها وان جامع ابتداء العقد وضد الاسباب المعدة للتأثير ضد للمسبب فمن ثمّ كان لزوم النكاح اولى بالصحة من لزوم البيع ثمّ وهذه المسألة من دقائق علم الفقه.

الفصل الثانى فى مبطلاته

وهى ثلاثة: العتق والبيع والطلاق (المطلب الاول) فى العتق

قال قدس الله سره : اذا اعتقت (الى قوله) ففى خيار الفسخ خلاف .

اقول : اذا تجدد عتق الامة بعد تزويجها بعبد كان لها الخيار اجماعا لان بريرة عتقت وهى تحت عبد فخيرها النبى صلى الله عليه وآله وسلم واما اذا كانت تحت حرّ فتحررت هل لها خيار الفسخ ام لا اختلف الاصحاب فيه فاثبته والدى المصنف و والده رحمة الله عليهما و الشيخ فى النهاية والمفيد وابن البراج وابن الجنيد وابن ادريس ونفاه بعض اصحابنا وقواه الشيخ فى المبسوط و الخلاف و الاصح عندى اختيار والدى لما رواه ابو الصباح الكنانى فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: ايما امرأة اعتقت فأمرها بيدها ان شائت اقامت وان شائت فارقته (١) وهو عام شامل لصورة النزاع وعن زيد الشحام عن الصادق عليه السلام قال اذا اعتقت الامة ولها زوج خيرت (٢) وان كانت تحت حر او عبد (قيل) قال النبى صلى الله عليه وآله وسلم لبريرة

---

(١) ئل باب ٥٢ خبر ٨ من ابواب نكاح العبيد (٢) ئل باب ٥٢ خبر ١٣ من ابواب نكاح العبيد

اختارت الفراق فى موضع ثبوته قبل الدخول سقط المهر وثبت بعده .

ولو اخّرت الفسخ لجهالة العتق لم يسقط خيارها ، ولو كان لجهالة فورية الخيار اواصله احتمل السقوط - وعدمه - والفرق ، ولو اختارت المقام قبل الدخول فالمهر

ملكت بضعك فاختارى (١) جعل ملك البضع علة فلا مدخل لعبودية الزوج لان اخذ جزء السبب مكانه غير جائز وهو متحقق هنا وهو ضعيف لانه غير صورة النزاع لان صورة النزاع كونها تحت حر وهنا ليس كذلك (احتج) الشيخ فى المبسوط بان المقتضى للزوم العقد وجد والاصل بقاء ما كان على ما كان .

قال قدس الله سره: ولو اخرت الفسخ (الى قوله) والفرق .

اقول: الخيار هنا على الفور لما تقدم من قوله صلى الله عليه وآله لبريرة ملكت بضعك فاختارى (٢) والفاء للتعقيب من غير تأخير (قالوا) استشفع بالنبى صلى الله عليه وآله فشفع ولم يقبل وهو يستلزم التاخير (قلنا) ممنوع ولو سلم فتأخيرها الفسخ لجهلها بالخيار لقولها اشافع انت ام آمر فقال بل شافع فلما علمت فسخت (ثم) فرع على فوريتها فروعا ثلاثة (الف) لو أخرت الاختيار لجهل العتق لم يبطل خيارها اجماعا (ب) لو علمت العتق واخّرت لجهل اصل الخيار احتمل السقوط لان جاهل الحكم لا يعذر (ويحتمل) عدمه لانه حكم خفى فلو لم يعذر فيه لزم الحرج (واعلم) انه لا منافاة بين قولهم جاهل الحكم لا يعذر وقولهم تكليف الغافل محال لان المراد بقولهم تكليف الغافل محال اى الغافل الذى لم يعلمه الشارع بالحكم ولا نصب عليه دليلا ولا امارة ومعنى جاهل الحكم لا يعذر اى بعد ان نصب على الحكم دليلا وامارة ويعلم ان الله فى تلك الواقعة وفى كل واقعة حكما فيكون تحصيل العلم مقدوراً له فتركه باختياره وقدرته فمن ثم لا يعذر بل يجب عليه ان يسأل الامام عليه السلام ومع غيبته يجتهد ان كان من اهله والا قلد المجتهد فى الحكم فاذا كان الخيار على الفور يعذر بقدر ما يجتهد او يقلد المجتهد مع التعذر (ج) لو علمت العتق والخيار واخّرت لجهل فوريته احتمل مساواته لجهل اصل الخيار لاتحاد طريق المسألتين فانه انما عذّرت ثمة لجهل

(١ - ٢) قد ورد بهذا المضمون اخبار كثيرة فراجع ك ل باب ٥٢ من ابواب نكاح العبيد

للسيد ان اوجبناه بالعقد و الا فلا و بعده للمولى ، ولولم يسم شيئا بل زوجها مفوضة البضع فان دخل قبل العتق فالمهر للسيد لوجوبه فى ملكه وان دخل بعده اوفرضه بعده (فان قلنا) صداق المفوضة يجب بالعقد وان لم يفرض لها (مهر ـ خ) فهو للسيد (وان قلنا) بالدخول اوبالفرض فهولها لوجوبه حال الحرية .

ولواعتقت فى العدة الرجعية فلها الفسخ فى الحال فتسقط الرجعة ولاتفتقر الى عدة اخرى بل تتم عدة الحرة ولواختارته لم يصح لانه جار الى بينونة فلايصح اختيارها للنكاح فان لم يراجعها فى العدة بانت وان راجعها كان لها خيار الفسخ فتعتد اخرى عدة حرة و ان سكتت لم يسقط خيارها واذافسخت فتزوجها بقيت على ثلاث ، و لو اعتقت الصغيرة اختارت عند البلوغ و المجنون عند الرشد وللزوج الوطى قبله و ليس للولى الاختيار عنها لانه على طريقة الشهوة ولاخيار لها لواعتق بعضها فان كملت اختارت حينئذ ولولم تختر حتى يعتق العبد (فان قلنا) بالمنع من الاختيار تحت الحر احتمل ثبوته هنا لانه ثبت سابقا فلايسقط بالحرية كغيره من الحقوق والسقوط كالعيب اذا علمه المشترى

الحكم فالفورية كذلك فانه اخفى وان لم يعذر لجهل الحكم سقط فى المسألتين و لانه على الفور وثبوت الحكم لو كان مشروطاً بالعلم به لتقدم الشرط لكن العلم تابع متأخر فيدور (فعلى تقدير المساوات) يحتمل السقوط فى المسألتين وعدم السقوط (ويحتمل) الفرق بين جهل اصل الخيار وجهل فوريته ولايسقط خيارها ان جهلت اصل الخيار ويسقط ان جهلت الفورية لان بتأخيرها مع جهل الخيار لاتعد مهملة مقصرة بترك الخيار بخلاف ما اذاعلمت اصل الخيار وان جهلت فوريته (ولان) التأخير مع علم الخيار يدل على الرضا عرفا فى الاغلب (ولان) معنى كون الخيار على الفور ثبوته فى اول اوقات القدرة على الاختيار ففى اول اوقات العلم بالبيع وثبوت الخيار مع عدم مانع خارجى ثبت الخيار وهو غير باق شرعا فيسقط ، اما مع جهل الخيار فهو غير مقدور لان شرط تعلق القدرة بالشىء العلم به والى هذا الاحتمال اشار المصنف بقوله والفرق .

قال قدس الله سره : ولولم تختر حتى تعتق (الى قوله) بعد زواله .

اقول : على تقدير عدم الخيار فى الحر الاقوى عند الثانى (لان) سبب الخيار

بعد زواله، ولو اعتقت تحت من نصفه حرفلها الخيار (وان منعنا) الخيار في الحر، ولو طلق قبل اختيار الفسخ احتمل (ايقافه) فان اختارت الفسخ بطل والاوقع (ووقوعه) ولايفتقرفسخ الامة الى الحاكم ، و لواعتق الزوج وتحته امة فلاخيار له ولالمولاه ولا لزوجته حرة كانت اوامة ولالمولاها ، ولوزوج عبده امته ثم اعتقت اواعتقامعااختارت، ولوكانا لاثنين فاعتقادفعة اوسبق عتقها اومطلقا على رأى اختارت .

حريتها وعبوديته وقد زال جزء السبب فيبطل سببيته ولايردان اشتراطه رقه في الحدوث لايستلزم اشتراطه في البقاء لان الاصل بقاء الشرطية ولانه شرط الوجود لامن حيث هو حادث والاصل فيه ان نص النبي ﷺ انما جاء في قضية بريرة وكانا مملوكين و تعديتها على خلاف الاصل .

قال قدس الله سره : ولو طلق (الى قوله) ووقوعه .

اقول : اذا اعتقت فطلق عقيبه بلافصل قبل اختيار الفسخ او بجهلها بالعتق ومراده بالطلاق هنا البائن (فيحتمل) هنا ان يكون الطلاق مراعى فان فسخت النكاح ظهر بطلان الطلاق وان لم تفسخ بان وقوعه لان تنفيذ الطلاق في الحال جزماً يبطل حقها من الفسخ وابطال الطلاق من رأس مع مصادفته النكاح الدائم وقد وقع من اهله في محله غير جائز فتعين الحكم بكونه مراعى والفسخ وعدمه كاشف عن البطلان والصحة كالطلاق في الردة (ويحتمل) وقوع الطلاق لانه صادف نكاحا دائما وهو من اهل الطلاق فيبطل الخيار (واعلم) ان الانفساخ بالردة يستند اليها وظهور فساد الطلاق فيها لانه لم يصادف النكاح واما الانفساخ هنا فلم يستند الى ماقبله وهو العتق بل هو الى فسخها فقبله النكاح موجود فيصادفه الطلاق فافترق الطلاق في الردة وهنا (واعلم) ان مراد المصنف بقوله (احتمل ايقافه) كونه مراعى لاموقوفا كبيع الرهن .

قال قدس الله سره : ولو كانا لاثنين (الى قوله) اختارت .

اقول : قوله مطلقا اى سواء كان عتقها سابقا على عتقه اومتأخراً عن عتقه اومقارنا فهنا مسائل (الف) اعتقادفعة ومبناه على اختيارها مع حرية زوجها لان عتقها لم يصادف عبوديته بل صادف حريته لانها مع سببه ومامع السبب متقدم على المسبب وفيها الخلاف

ويجوز ان يجعل عتق امته مهراً لها ويلزم العقد ان قدم النكاح ، فيقول تزوجتك واعتقتك وجعلت مهرك عتقك ، وفى اشتراط قبولها اوالاكتفاء بقوله تزوجتك و جعلت

كما مضى (ب) سبق عتقها على عتقه فاما ان تكون قد فسخت قبل عتقه اولا فان كان الاول فلا بحث وان كان الثانى وهوان لايكون قدفسخت فمبنى هذه المسألة على انه اذا تجدد عتق الزوج قبل فسخها وقدمضى البحث فيه (ج) انه لايعتبر سبق احدهما بل نقول يتخير متى اعتقت وفيه الخلاف لانه مبنى على المسألتين المتقدمتين اعنى عتقها تحت حر وتجدد عتقه وقدمضى الخلاف فى الكل .

قال قدس الله سره: يجوز ان يجعل عتق امته مهراً (الى قوله) اشكال.

اقول : الاصل فى هذه المسألة ان النبى ﷺ لما اسرت (١) صفية بنت حيى ابن اخطب من ولد هرون بن عمران عليه السلام اصطفاها النبى ﷺ لنفسه من الغنيمة فى فتح خيبر ثم اعتقها و تزوجها وجعل عتقها صداقها بعد ان حاضت حيضة (٢) فاجمع اصحابنا على أنها من السنن المشروعة العامة و هو ان يجعل عتق امته صداقها و قال كثير من الجمهور انها من خصائص النبى ﷺ وهنا مسألتان (الف) هل يشترط قبولها ام لا ، يحتمل الاول (لان) النكاح عقد لفظى وكل عقد لفظى لابد فيه من القبول لفظاً (ولان) حريتها مقدرة حال النكاح لامتناع تزويج الانسان بجاريته فالحرية شرط النكاح والشرط متقدم بالطبع فاعتبر قبولها (ولان) الصادر من المولى قبول النكاح فيعتبر ايجابها و القبول منها وان كان فى اللفظ قبولا فهو ايجاب فى الحقيقة وقبولها كاشف عن صحة العتق وصحة قبول السيد (ويحتمل) عدمه لان سبب الحرية تزويج السيد والمسبب لايتقدم على السبب ونكاح الامة بيد السيد فقوله تزوجتك لفظ يدل تصريحا بصيغة شرعية على رضا من اعتبر رضاه فى قبول النكاح وايجابه فاجتمع فيه الوجهان باعتبارين وصح تزويج الامة فى هذه الصورة بالنص و اجماعنا لانها تؤل الى الحرية بلافصل (ولان) سبب العتق جعله مهراً وسببه العقد فيتقدم العقد عليه بالعلية و هو شرط اعتبار قبولها فيتأخر عنه

---

(١) بالبناء للمجهول

(٢) سنن ابى داود (ج٢) باب فى الرجل يعتق امته الخ مقطعا

مهرك عتقك عن قوله اعتقتك اشكال ، ولو قدم العتق كان لها الخيار (وقيل) لاخيار لانه

بالطبع فلو شرط فيه دار (واجيب) بانه كاشف فهو امارة (ولان) النبى صلى الله عليه وآله وسلم اصطفى صفية وتزوجها وجعل عتقها مهرها (١) ولم ينقل قبولها ولو قبلت لنقل لانه من السنن (قالوا) من خصائصه (قلنا) فيجب بيانه والالوجب التأسى به للاية (ب) هل يكفى قوله (وجعلت مهرك عتقك) عن قوله (اعتقتك) يحتمل ذلك وهو المفهوم من عبارة الاصحاب ، وصرح ابو الصلاح والمفيد به لان ثبوت المهر يكفى فيه ذكره فى العقد فلا يحتاج الى صيغة اخرى صريحة فى العتق و ضل من استدل بانه تمليك الجارية رقبتها لانه اضافة لابد فيها من تغاير المضافين هنا بالذات (والحق) ان المهر هنا فك ملك لا تمليك (ويحتمل) عدم الاكتفاء به لان العتق لا يصح الا بالصيغة الصريحة وهى التحرير او الاعتاق على القول به ولاصالة بقاء الملك الى علم السبب .

قال قدس الله سره : ولو قدم العتق (الى قوله) لانه تتمة الكلام .

اقول: كلام الشيخ فى النهاية تصريح بثبوت الخيار لها فى الرضا بالعقد والامتناع عن قبوله وتبعه ابن البراج وابن ادريس وقال ابو الصلاح يلزم النكاح و لا يعتبر رضاها لان الكلام لا يتم الا بآخره كما لو قال اعتقتك وعليك كذا وهو اختيار والدى المصنف فى المختلف (احتج) ابو الصلاح بما رواه عبيد بن زرارة ، عن الصادق عليه السلام : قال قلت له رجل قال لجاريته اعتقتك وجعلت عتقك مهرك قال فقال جائز (٢) (اورد) المطلوب اللزوم والجواز اعم منه (واجيب) المسؤل عنه اللزوم فيلزم تاخير البيان عن وقت الحاجة (قالوا) ممنوع بل عن وقت السؤال (قلت) كلاهما حذر عنه فى الاصول و نمنع ان المسؤل عنه اللزوم اذا الصيغة مشتركة بينهما ، والاقوى عندى قول ابى الصلاح لما تقدم (احتج) الشيخ بما رواه على بن جعفر ، عن اخيه موسى عليه السلام قال: سالته عن رجل قال لامته اعتقتك وجعلت مهرك عتقك فقال عتقت وهى بالخيار ان شائت تزوجته وان شائت فلا فان تزوجته فليعطها شيئا وان قال قد تزوجتك وجعلت مهرك عتقك فان النكاح واقع ولا يعطيها شيئا (٣) (والجواب)

---

(١) تقدم آنفا (٢) ئل باب ١١ خبر ٦ من ابواب نكاح العبيد

(٣) ئل باب ١٢ خبر ١ من ابواب نكاح العبيد

تتمة الكلام (وقيل) يقدم العتق لان تزويج الامة باطل ،ولو جعل ذلك في امة الغير فان انفذنا

الطريق الى علي ان صح فلا دلالة له على مطلوبكم (لانه) لم يتقدم قوله تزوجتك ولا يصح ذكر المهر بدون لفظ النكاح (ولانه) يدل على وجوب شيء آخر ويكون هو المهر اوجزئه وليس مطلوبكم .

قال قدس الله سره : وقيل يقدم العتق لان تزويج الامة باطل .

اقول: قوله (وقيل) اشارة الى قول المفيد وابى الصلاح واختاره الشيخ في الخلاف (واحتجوا) بان نكاح الامة باطل (واجيب) بان تقدم العتق على ثبوت النكاح يمنع كونه مهراً للنكاح المتأخر عنه (واجابوا) بان الكلام لا يتم الا بآخره فمع تقدمه لفظا هو متأخر بالذات ويلزمهم عدم وجوب تقديم العتق لانه وان تأخر لفظاً فهو في حكم المقارن لان الكلام لا يتم الا بآخره .

قال قدس الله سره: ولو جعل ذلك (الى قوله) فالاقرب هنا الصحة .

اقول: الكلام هنا في موضعين (الف) في صحة النكاح وهو مبني على صحة عقد الفضولي للنكاح اذ لا تعلق لصحته بصحة المهر اذ لو بطل المهر هنا وقف النكاح على الاجازة وكانت كمفوضة البضع (ب) في صحة المهر وهو مبني على مقدمتين (احديهما) انه هل المجعول عتقها مهراً ـ المهر(١) هو العتق ابتداءاً او يكون هو تمليكها رقبتها ويتبعه العتق كما لو تزوج جارية غيره وجعل اب ذلك الغير المملوك للزوج مهراً لها فانه يقتضي تملك سيد الجارية اباه فان اجاز انعتق الاب (وثانيهما) ان عتق المرتهن هل يبطل من رأس او يقف بمعنى المراعاة على الاجازة (اذا تقرر ذلك) فنقول ان قلنا بالثاني في المقدمة الاولى صح هنا ووقف على الاجازة وان قلنا بالاول في المقدمة الاولى فان قلنا ببطلان عتق المرتهن من رأس بطل المهر هنا قطعا وان قلنا بصحته وتعديته صح هنا والا بطل وان قلنا بصحته و الاقتصار عليه فان كان مرتهنا صح والا بطل والحق عندي في هذه المسألة انه لا يصح العتق فيبطل المهر لانه من قبيل الاسباب او الشروط ويقتصر بها على مورد النص، ومن ثم جعله المخالف من خصائصه عليه السلام ولم يرد الا في جارية الانسان نفسه

(١) كذا في النسخ

عتق المرتهن مع الاجازة فالاقرب هنا الصحة والافلا ، والاقرب جواز جعل عتق بعض مملوكته مهراً ويسرى العتق خاصة ، ولو كان بعضها حراً فجعل عتق نصيبه مهرا صح ويشترط هنا القبول قطعا ، ولو كانت مشتركة مع الغير فتزوجها وجعل عتق نصيبه مهراً فالاقرب الصحة ويسرى العتق ، ولا اعتبار برضا لشريك وكذا لا اعتبار برضاه لو جعل الجميع

وهذا هو الذى استقر عليه رأى والدى المصنف رحمه الله وقوله (فالاقرب) ليس بترجيح للصحة هنا بل على تقدير اجازة عتق المرتهن وتعديته و الترجيح على تقدير لا يستلزم الترجيح فى نفس الامر وهذا التقدير باطل عندى و عند المصنف و انما اورده ليظهر ما يتفرع على قول القائل ليتمهر المجتهد فى الاستدلال واما عقدا لنكاح فلا يفسد بفساد المهر بل ان وقع بايجاب وقبول من معتبرى العبارة وقف على الاجازة مع القبول لوقوع النكاح موقوفا على الاجازة .

قال قدس الله سره : والاقرب (الى قوله) العتق خاصة .

اقول : وجه القرب صحة عتق البعض وصحة المعاوضة عليه وجعل بعض رقبتها مهراً فعلى قول من يقول ان جعل العتق مهراً هو جعل رقبتها بالحقيقة يصح هنا اولا نه لا فرق بين البعض والكل (ويحتمل) عدم الصحة لانه ليس بصورة النص وهذا هو الاقوى عندى لانه كل ما خالف الاصل يقتصر فيه على محل النص وبنى المصنف ذلك على ان المهر هو العتق فعلى هذا يسرى العتق فى جميعها على المالك لقوله عليه السلام من اعتق شقصا من عبد عتق عليه كله (١) وقوله (خاصة) اشارة الى ان السراية انما هى فى العتق دون المهر فلا يزيد على النصف فعلى هذا لو طلقها قبل الدخول رد ربعها رقا عند بعضهم وعند ناتسعى بقيمة الربع من نفسها وعلى قول من يقول ان المهر هو تمليك الجارية رقبتها يملك نصف رقبتها وينعتق عليها ولا سراية هنا على المالك بل تسعى هى فى قيمة نصفها فان طلقها قبل الدخول تسعى فى ثلاثة ارباع قيمتها .

قال قدس الله سره: ولو كانت مشتركة (الى قوله) برضاء الشريك .

(١) سنن ابى داود (ج٣) باب فيمن اعتق نصيبا ولفظ الحديث هكذا من اعتق مملوكا بينه وبين آخر فعليه خلاصه به ، وفى لفظ آخران رجلا اعتق شقصا من غلام فاجاز النبى (ص) عتقه وغرمه بقية ثمنه .

مهراً اوجعل نصيب الشريك خاصة ، ولواعتق جميع جاريته وجعل عتق بعضها مهراً او بالعكس صح الجميع ، وليس الاستيلاد عتقا وان منع من بيعها لكن لومات مولاها عتقت من نصيب ولدها فان عجز النصيب سعت في الباقي (وقيل) يلزم الولد السعي فان مات ولدها وابوه حي عادت الى محض الرق وجاز بيعها .

اقول : هذا البحث تفريع على ان المهر هو العتق وعلى تقدير السراية يعتق نصيبه كما اذا كان موسراً بالقيمة وقلنا بعدم توقف السراية على الاداء او بالاداء فادى (ووجه القرب) ان عتق نصيبه والمعاوضة عليه جائز ونكاح امة الغير موقوف على رضاه ان لم ينتقل عنه قبل فسخه وقد انتقلت عنه فلم يعتبر رضاه (وهل) يعتبر رضاها (نقول) كل من اعتبر رضا مملوكته اذا زوجها وجعل مهرها عتقها اعتبره هنا ومن لم يعتبره ثمة لم يعتبره هنا لان العتق بالسراية ينتقل اليه حصة الشريك ثم ينعتق عليه فصارت كلها له ثم انعتقت فلم يعتبر رضاها (قالوا) اما ان يعتبر رضاها او تكون صحة النكاح سبب العتق ومسببه فيدور لان العتق هنا ان كان بمجرد الصيغة من غير اعتبار كونه مهراً لزم الاول والا الثاني (قلنا) بالمجموع من صيغة العتق والعقد ثبت في حصة المالك العتق وملكية حصة الشريك وهما سبب نفوذ العتق فيها فلا دور والاصح عندي البطلان وهذه الفروع كلها ساقطة لخروجها عن محل النص .

قال قدس الله سره : ولواعتق جميع جاريته (الى قوله) صح الجميع .

أقول : هنا مسألتان (الاولى) اذا اعتق جارية وجعل عتق بعضها مهراً فاما ان يقدم العتق او التزويج فعلى القولين صح لانه لما جاز ان يكون الكل مهراً جاز ان يكون البعض مهراً (الثانية) لو جعل كل عتقها بعض المهر بان جعل عتقها وشيئاً آخر من ماله مهراً صح لانه كل ما صح ان يكون مهراً صح ان يكون بعض مهر لعدم فرق الامة بينهما واليه اشار بقوله او بالعكس .

قال قدس الله سره : وليس الاستيلاد (الى قوله) وقيل يلزم الولد السعي .

اقول : اختيار المصنف هنا هو اختيار الشيخ المفيد وابن ادريس ، والقول بلزوم الولد السعي قول ابن حمزة ، وقال الشيخ في المبسوط يجب على الولد فكها من ماله والحق الاول ، ومأخذ الاقوال ان قوله عليه السلام من اعتق شقصا من عبد عتق عليه كله (١) هل

(١) تقدم آنفاً

ويجوز ايضاً بيعها في ثمن رقبتها اذا لم يكن لمولاها سواها (وقيل) لو قصرت التركة عن الديون بيعت فيها بعد موت مولاها وان لم يكن ثمنا لها ، ولو كان ثمنها دينا فاعتقها وجعل عتقها مهرها وتزوجها واولدها وافلس به ومات صح العتق ولا سبيل عليها ولا على ولدها على رأى ، وتحمل الرواية بعود الرق على وقوعه في المرض.

يتناول من ملك بعض من ينعتق عليه بغير اختياره ويصدق عليه انه اعتقه لانه السبب في مسببه قال بعضهم نعم وقال بعضهم لا وسياتي تحقيقه في باب العتق .

قال قدس الله سره : وقيل لو قصرت (الى قوله) ثمنا لها .

اقول : هذا قول ابن حمزة وليس بشيء وقد تقدم البحث فيه .

قال قدس الله سره: ولو كان ثمنها دينا (الى قوله) على وقوعه في المرض

اقول : اختار المصنف هنا مذهب ابن ادريس وهو الصحيح عندي واختاره جدي، وقال الشيخ في النهاية يبطل العتق وتعود الى بايعها و ولدها رق ايضاً وهو اختيار ابن الجنيد وابن البراج محتجا برواية هشام بن سالم ، عن ابي بصير الصحيحة: قال سئل ابو عبدالله عليه السلام وانا حاضر عن رجل باع من رجل جارية بكراً الى سنة فلما قبضها المشترى اعتقها من الغد وتزوجها وجعل مهرها عتقها ثم مات بعد ذلك بشهر. فقال ابو عبدالله عليه السلام ان كان الذى اشتراها الى سنة له مال او عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها فان عتقه ونكاحه جائز وان لم يملك مالا، يحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها فان عتقه ونكاحه باطل لانه عتق ما لا يملك وأرى انها رق لمولاها الاول قيل له فان كانت قد علقت من الذى اعتقها وتزوجها ما حال ما في بطنها فقال الذى في بطنها مع امه كهيئتها (١)(واجاب) والدى بحمل الرواية على وقوع العتق في مرض الموت لانه حينئذ يكون العتق مراعى فاذا مات ظهر بطلان العتق وحكم للمشترى بالملك التام وسماه المصنف عوداً في الام مجازاً لان العود حقيقة فيما ثبت ثم زال ثم عاد اعنى نوعه لا الشخص الذى عدم وهنا لم يعدم الملك في نفس الامر لان العتق وقع مراعى وموته و استيعاب

(١) ئل باب ٢٥ خبر ١ من كتاب العتق وفيه هشام بن سالم عن ابي عبدالله (ع)

المطلب الثانی فی البیع

اذا بیع احد الزوجین تخیر المشتری علی الفور فی امضاء العقد وفسخه سواء دخل اولا و سواء کان الآخر حراً اولا وسواء کانا لمالك واحد اوکل واحد لمالك ویتخیر مالك الاخر ان کان مملوکاً لو اختار المشتری الامضاء فیه وفی الفسخ علی الفور ایضاً سواء کان هو البایع اوغیره ، (وقیل) لیس لمشتری العبد فسخ نکاح الحرة ولو تعدد الملاك فاختار بعضهم الفسخ قدم اختیاره علی اختیار الراضی ولو باعهما المالك الواحد علی اثنین تخیر کل منهما ولو اشتراهما واحد تخیر ومهر الامة لسیدها فان باعها قبل الدخول وفسخ المشتری سقط وان اجاز فالمهر للمشتری ولو باع بعد الدخول فالمهر للبایع سواء اجاز المشتری اولا،

الدین التركة کاشف عن بطلانه ، واما الولد فلم یمسه الرق ولم یحکم برقه ظاهراً فلا یصدق العود فی عقبه لاحقیقة ولامجازاً والروایة لاتدل علی رقه (لان) قول الصادق علیه السلام (مع امه کهیئتها) لایدل علی الرق بشیء من الدلالات لانه صادق حال الحکم بحریة امه ظاهراً والحر المسلم لایصیر رقا .

المطلب الثانی فی البیع

قال قدس الله سره: وقیل لیس لمشتری العبد فسخ نکاح الحرة

اقول: هذا القول لابن ادریس ، و قال الشیخ فی النهایة و ابن البراج و ابن حمزة و المصنف فی المختلف للمشتری الفسخ (احتج) ابن ادریس بانه عقد لازم و الاصل البقاء ولتعلق حق الحرة به تعلقا شرعیا ولادلیل علی زواله (واحتج) المصنف بمارواه محمد بن علی ، عن ابی الحسن علیه السلام : قال اذا تزوج المملوك حرة فللمولی ان یفرق بینهما (١) و لیس بغیر البیع اجماعا و التفریق هنا بمعنی زوال اللزوم تسمیة للشیء بما یؤل الیه ولثبوته فی زوج الامة لما رواه محمد بن مسلم فی الصحیح عن احدهما علیهما السلام قال طلاق الامة بیعها او بیع زوجها (٢) ولافارق بینهما لانه نکاح لزم فی الصورتین ، والاقوی عندی اختیار المصنف .

---

(١) ئل باب ٦٤ خبر ٥ من ابواب نکاح العبید

(٢) ئل باب ٤٧ خبر ١ من ابواب نکاح العبید

ولو باع . عبده فللمشتری الفسخ وعلی المولی نصف المهر للحرة ومنهم من انکرهما ،ولو باع امة وادعی ان حملها منه فانکر المشتری لم یقبل قوله فی فساد البیع، وفی قبول الالتحاق به نظر ینشأ (من) انه اقرار لاضرر فیه (ومن) امکان الضرر بشرائه قهراً لو مات ابوه عن غیر وارث.

المطلب الثالث فی الطلاق

طلاق العبد بیده اذا تزوج باذن مولاه ولا اعتراض لمولاه سواء کانت زوجته حرة اوامة لغیر مولاه ولیس له اجباره علیه ولا منعه منه الآان تکون أمة لمولاه فان طلاقه بید المولی وله التفریق بغیر طلاق مثل فسخت عقدکما اویأمر کلامنهما باعتزال صاحبه ولیس بطلاق فلاتحرم فی الثانی لوتخلل رجعة ، ولو استقل العبد بالطلاق وقع علی

قال قدس الله سره : ولو باع عبده (الی قوله) ومنهم من انکرهما .

اقول: هنا حکمان (الف) ان للمشتری الفسخ وقد تقدم البحث فیه (ب) ان علی المولی نصف المهر وهو یشتمل علی حکمین (احدهما) ان المهر یضمنه المولی وقد تقدم البحث فیما یناسب ذلك و یظهر حکمه منه (وثانیهما) ان الواجب علی المولی نصف المهر وهو اختیار الشیخ فی النهایة وابن حمزة وابن البراج وانکره ابن ادریس واوجب کل المهر لان المهر یجب بالعقد ویتشطر بالطلاق وحمل الفسخ علیه قیاس ونقل صاحب شرح رسالة سلار من اصحابنا بانه وجد بعض فتاوی المفید بان العقد وحده لایوجب کل المهر بل انما یجب کل المهر بالعقد والدخول او الموت فعلی هذا لایتوجه کلام ابن ادریس والحق عندی اختیار والدی المصنف .

المطلب الثالث فی الطلاق

قال قدس الله سره : ولو استقل العبد بالطلاق وقع علی اشکال.

اقول: اذا استقل العبد المزوج بامة سیده باذنه بالطلاق هل یقع ام لا(یحتمل) العدم (لما) رواه لیث المرادی : قال سألت اباعبدالله علیه السلام عن العبد هل یجوز طلاقه فقال ان کانت امتك فلان الله یقول **عبداً مملوکا لایقدر علی شیء** وان کانت امة قوم آخرین اوحرة جاز طلاقه(١) (ولما) رواه زرارة عن الباقر والصادق علیهما السلام قالا المملوك

---

(١) ئل باب ٤٢ خبر ١ من ابواب مقدمات الطلاق

اشكال ، ولو امره بالطلاق فالاقرب انه فسخ ان جعلناه اباحة والّا فاشكال ،

لايجوز طلاقه ولانكاحه الّا باذن سيده قلت فان السيد كان زوّجه بيد من الطلاق قال بيد السيد ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لايقدر على شيء فشيء الطلاق تم الحديث (١) والمطلق يحمل على المقيد (ويحتمل) وقوعه لقوله عليه السلام الطلاق بيد من اخذ بالساق(٢) والتحقيق انه ان كان عقداً وقع طلاقه لعموم الخبر وان كان اباحة يكفي فيها وفي رفعها قول المولى ولم يقع الطلاق لامتناعه ولا يوجب فسخا لانه لاتأثير لقدرة العبد في ثبوت الاباحة فلا تأثير لها في رفعها .

قال قدس الله سره : ولو امره بالطلاق (الى قوله) والافاشكال .

اقول : الضمير في قوله (انه) راجع الى الامر لا الى الطلاق و لايصح عوده الى الطلاق لان البحث في طلاق العبد ياتي في قوله (وكذا الاشكال لو طلق العبد) وتحرير المسألة ان المولى اذا زوّج عبده امته كان له رفع النكاح من غير اختيار العبد فعلى هذا لو امر السيد العبد بالطلاق هل يكون هذا الامر بمجرده فسخا ام لا ، هذا مبني على مسألة هي ان هذا التزويج هل هو اباحة او عقد (فان قلنا) انه مجرد اباحة كان فسخا لانه يتضمن الامر بالاعتزال والنهي عن ان يقربها والامر بالاعتزال فسخ فالامر بالطلاق فسخ (اما الصغرى) فظاهرة (واما الكبرى) فلما رواه محمد بن مسلم في الصحيح ، عن الباقر عليه السلام : قال سالته عن قول الله عزوجل **والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم** قال هو ان يامر الرجل عبده وتحته امته فيقول له اعتزل امرأتك ولا يقربها ثم يحبسها حتى تحيض ثم يمسّها(٣) (وان قلنا) انه عقد احتمل ان يكون فسخا لما تقدم (ويحتمل) عدمه لانه لو كان فسخا لبطل الامر لامتناع المأمور به حينئذ واذا بطل الامر لم يحصل به الفسخ (لان) معنى البطلان عدم ترتب اثره عليه (ولانه) جعل رفع النكاح اليه بصيغة منه ولم يفعل (ولان) الامر بالطلاق يقرر للنكاح فلو كان فسخا لاجتمع النقيضان (اما الاولى) فلما روى في الحسن ، عن علي بن جعفر ، عن الكاظم ، عن آبائه عليهم السلام ، عن علي عليه السلام : انه قال

(١) ئل باب ٤٤ خبر ١ من ابواب مقدمات الطلاق
(٢) مستدرك باب ٢٥ خبر ٣ من ابواب الطلاق
(٣) باب ٤٥ خبر ١ من ابواب نكاح العبيد والاية في سورة النساء ٢٧

وكذا الاشكال لو طلق العبد ، ولوطلق الامة زوجهـا ثم بيعت اكملت العدة وكفت عن الاستبراء على رأى .

الفصل الثالث فى الملك

وفيه مطلبان

(الاول) ملك الرقبة ، ويجوزان يطأبملك اليمين ماشاءمن غيرحصرفانزوجها

لمولى عبدتزوج بغير اذنهفرّق بينهما فامرالمولى عبده بالطلاق . فقال اميرالمؤمنين عليه السلام للعبدالآنفان شئت فطلّق وانشئت فامسك الىقول اميرالمؤمنين عليه السلام للمولى لانك حيثقلتلهطلّق اقررت لهبالنكاح (١) (واما الثانية) فظاهرة (وفيهنظر) لانه اقرار بابتداء النكاح وبحثنافى استدامته .

قالقدساللهسره : وكذا الاشكال لوطلق العبد .

اقول : اذا امره بالطلاق فطلق العبد (فانقلنا) انالامر فسخ لميصح طلاقالعبد (وانقلنا) انهليس بفسخ (فانقلنا) انالعقدباحة لميقع طلاقالعبدلمامرّ منالروايات انهلايملكشيئا (ولان)روايةمحمدبن مسلمدلت علىانحصار الفرقةفىقوله اعتزلامرأتك (ولان) الطلاق تابع للعقدفاذا انتفى انتفى (ويحتمل) انيكون صيغة الطلاق من العبد هنافسخا لانالمولى استنابه بامره بالطلاق فىايقاع هذهالصيغة فيكون بمنزلةصدورها منالمولى وطلاق المولى فسخ فيكون طلاق العبد فسخالان الصيغة الصادرة من العبد كالصيغة الصادرةمنالمولى (وانقلنا) انالعقد نكاح صحطلاق العبد لعموم الطلاق بيد مناخذبالساق .

قالقدساللهسره : ولوطلق الامة(الىقوله) علىرأى .

اقول : قال الشيخ فىالمبسوط وابنالبراج وابنادريس تجب العدة والاستبراء ولايحل للمشترى الآبعدهما لانهما حكمان لمكلفين فتداخلهما علىخلاف الاصل ، و قال والدى قدساللهسرهفى المختلف:الوجهسقوط الاستبراء لسقوطهمع استبراء البايع فكذابعد العدة (وهوالاقوىعندى-خ) .

---

(١) باب٢٧ خبر١ منابواب نكاحالعبيدوصدر الخبرمنقولالىالمعنى-فراجع

حرمت عليه حتى النظر اليها بشهوة او الى ما يحرم على غير المالك الى ان يطلقها وتعتد ان كانت ذات عدة وليس لمولاها فسخ العقد الآن يبيعها فيتخير المشترى وله الجمع بين الامة وبنتها فى الملك دون الوطى وكذا بين الاختين فان وطىء احديهما حرمت الام والبنت مؤبداً او الاخت جمعاً فان اخرج الموطوئة ولو بعقد متزلزل حلت اختها ولكل من الاب والابن تملك موطوئة الآخر لا وطيها ولا تحل المشتركة على الشريك الا باباحة صاحبه لا بالعقد وتحل لغيرهما بهما مع اتحاد السبب ولو اجاز المشترى للامة النكاح لم يكن له الفسخ وكذا لو علم وسكت ولو فسخ فلا عدة وان دخل (بها - خ) بل يستبرئها بحيضة او بخمسة واربعين يوما ان كانت من ذوات الحيض ولم تحض ولا يحل له وطؤها قبل الاستبراء، وكذا كل من ملك امة باى وجه كان حرم عليه وطؤها قبل استبرائها الا ان تكون يائسة او حايضا على رأى ظاهراً (١) لا من خصص حيضها بالتخيير أو حاملا او لامرأة على رأى او لعدل اخبر باستبرائها او اعتقها مع جهل وطى محترم

الفصل الثالث فى الملك

وفيه مطلبان الاول ملك الرقبة

قال قدس الله سره : وكذا كل من ملك (الى قوله) بالتخيير

اقول: الخلاف فى الحائض فقال فى النهاية يسقط استبراء ها ويحل للمشترى عند طهرها من الحيض واختاره والدى المصنف هنا وفى المختلف وقال ابن ادريس لابد من استبرائها بقرئين ولا تحل للمشترى بدونه (احتج) المصنف بما رواه الشيخ فى الصحيح، عن الحلبى، عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل اشترى جارية وهى حائض قال اذا طهرت فليمسها ان شاء (٢) (احتج) ابن ادريس بعموم الامر بالاستبراء (والجواب) الرواية مخصصة.

قال قدس الله سره : او لامرأة على رأى .

اقول: اسقط الشيخ فى النهاية الاستبراء هنا واختاره والدى المصنف هنا وفى المختلف، وقال ابن ادريس لا تحل الا باستبراء المشترى (احتج) الشيخ والمصنف

(١) قوله ظاهراً صفة مصدر محذوف اى حيضا ظاهراً

(٢) ئل باب ١٣ خبر ١ من ابواب نكاح العبيد

والاستبراء افضل ، ولواعتقها بعد وطيها حرمت على غيره الابعد عدة الطلاق ويجوز ابتياع ذوات الازواج من اهل الحرب وبناتهم وما يسبيه اهل الضلال منهم .

المطلب الثانى ملك المنفعة

يجوز اباحة الامة للغير بشروط، كون المحل مالكا للرقبة جايز التصرف وكون الامة مباحة بالنسبة الى من حللت عليه فلو اباح المسلمة للكافر لم تحل وكذا المؤمنة للمخالف ويجوز العكس الا الوثنية على المسلم والناصبية على المؤمن ولو كانت ذات بعل اوعدة

بان سبب الاستبراء احتمال وطى البايع ويكفى فى الحكم بسقوطه ظن عدم وطى البايع باخباره مع كونه ثقة وكلما كفى فى الحكم الظن كفى العلم باى سبب كان وهى بديهية اجماعية (اما المقدمة الاولى) فلما رواه ابن سنان فى الصحيح قال سألت اباعبدالله عليه السلام الرجل يشترى الجارية لم تحض : قال يعتزلها شهراً ان كانت قد مسّت قلت أفرأيت ان ابتاعها وهى طاهر زعم صاحبها انه لم يطأها منذ طهرت فقال ان كان عندك امينا فمسّها (الحديث) (١) والمراد بقوله (مسّت) من البايع وللاكتفاء فى عدمه بعدم فعله كما ذكره فى هذه الرواية فلو اعتبر غيره لكان قد اخذ العام مكان الخاص فى السبب او الدلالة وهو من الاغلاط فيمتنع على المعصوم ولما ثبت الاستبراء بوجوده ونفاه بعدمه من غير اعتبار غيره دل على انه سبب تام فى ثبوت الاستبراء وانما اكتفى باحتمال المس لان اباحة الفروج مبنية على الاحتياط ولابد فيها من العلم اومن ظن نص الشارع عليه والاجماع على عدم اشتراط العلم بالمس (واحتج) ابن ادريس بان سبب وجوب الاستبراء انتقال الملك مطلقا من غير تفاوت الى غيره وقد حصل هنا فثبت المسبب (اما الاولى) فلما رواه عبدالله بن القاسم؛ عن عبدالله بن سنان . عن ابيعبدالله عليه السلام ان الذين يشترون الاماء ثم يأتوهن قبل ان يستبرؤهن فاولئك الزناة باموالهم الحديث (٢) (والمقدمتان الاخيرتان) ظاهرتان (واجاب) والدى بان العمل بالرواية الاولى اولى لانها من الصحاح او تحمل الثانية على الكراهة جمعا بين الاخبار ومختارى مختار ابن ادريس فى المسائل الثلاث لان الاحتياط فى الفرج اولى .

---

(١) ئل باب ١٦ خبر ٢ من ابواب نكاح العبيد (٢) ئل باب ١١ خبر ٥ من ابواب بيع الحيوان

لم يحل تحليلها ، والصيغة وهو لفظ التحليل مثل احللت لك وطؤها اوجعلتك في حل من وطيها والاقرب الحاق الاباحة به ، ولو قال اذنت او سوغت اوملكت فكذلك ولا يستباح بالعارية ولا بالاجارة ولا ببيع منفعة البضع ويوكل الشريكان ثالثا او احدهما الاخر في الصيغة ، فلو باشرا فقال كل منهما احللت لك وطأها صح ولو قال احللت حصتي فاشكال ، وهل هو عقد او تمليك منفعة خلاف ، ولو اباح امته لعبده فان قلنا انه عقد او تمليك وان العبد يملك حلت والا فلا والاول اولى لانه نوع اباحة والعبد اهل لها ويجوز تحليل المدبرة

المطلب الثاني ملك المنفعة

قال قدس الله سره: والصيغة (الى قوله) و الاقرب الحاق الاباحة به

اقول: المصنف هنا اختار مختار ابن ادريس خلافا للشيخ وابن زهرة و ظاهر كلام المرتضى (احتج) المصنف باتحاد معناهما و الاقرب عندي عدم الاستباحة باباحة المولى لان الاصل بقاء التحريم الا بسبب نص الشارع عليه ولم يحصل .

قال قدس الله سره : فلو باشرا (الى قوله) فاشكال

اقول : يحتمل الصحة لان تصرف كل منهما انما هو في حصته فاذا قال احللت لك و طي هذه الجارية فقد دل على حصته بالتضمن و اذا صحت الدلالة عليها بالتضمن فبالمطابقة اولى بالصحة (والاقوى) عندي انه لا يصح لانه لا يصح افرادها بالنكاح فان النكاح لا يقع الا على الكل لفظا لا على كل واحد .

قال قدس الله سره : وهل هو عقد او ملك منفعة فيه خلاف

أقول : جواز التحليل يستلزم كونه احدهما لقوله تعالى **فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون** (١) واختلف الاصحاب في ذلك و نقل ابن ادريس عن المرتضى انه عقد والتحليل اوالاباحة عبارة عنه وذهب ابن ادريس الى انه ملك منفعة وهو اختيار الشيخ في المبسوط وشرط في المبسوط تعيين المدة .

(تذنيب) يلزم من ذينك اشتراط القبول وهو الاقوى عندي .

قال قدس الله سره : ولو اباح امته (الى قوله) والعبد اهل لها .

---

(١) المؤمنون - ٧

وام الولد دون المكاتبة وان كانت مشروطة والمرهونة ، ولوملك بعضها فاباحته لم تحل ولواحل الشريك حلّت على رأى و لواباح الوطى حلّت مقدمات الاستمتاع ولواحل المقدمات او بعضها لم يحل الباقى ولاتستباح الخدمة باباحة الوطى وبالعكس ولووطىء من غيراذن كان زانيا ان كان عالما وعليه العقران اكرهها اوجهلت والولد للمولى ولوجهل فالولد حرّ وعليه القيمة، وولد التحليل حر شرط الحرية اواطلق ولاشيء على الاب على رأى.

اقول : هذا فرع على اباحة الامة لغير المالك بالتحليل من المالك (وتقريره) ان نقول اختلف الناس فى جواز اباحة امته لعبده فمنعه الشيخ فى النهاية .قال فان اراد ذلك عقد له عليها عقداً واختاره والدى المصنف فى المختلف وهو المختار عندى و به افتى ، وجوزه ابن ادريس (احتج) الشيخ برواية على بن يقطين فى الصحيح ، عن ابى الحسن الماضى عليه السلام المذكورة فى المسألة المتقدمة وهى قوله لوزوج عبده امته (١) (احتج) ابن ادريس بقوله تعالى **فانكحوهن باذن اهلهن** (٢) (والجواب) النكاح حقيقة فى العقد اجماعا ودعواه كونه حقيقة فى الوطى ايضا يعارضها ترجيح المجاز على الاشتراك ولوسلم لم نسلم الدلالة لان اللفظ المشترك لايصح الاستدلال على احد معنييه بعينه بلاقرينة (واعلم) ان والدى المصنف بنى هذه المسالة فى هذا الكتاب على مسألتين (احديهما) ان هذه الاباحة هل هى تمليك اوعقد فان قلنا انها عقد صح و ان قلنا انها تمليك وقلنا ان العبد يملك صح والّا بطل ثم اختار الصحة بقوله و الاول أولى و اشار بالاول الى قوله (حلت) عندقوله (وان العبد يملك) (والثانى) قوله (والّا فلا) ثم علّل بانها اباحة والعبد اهل لها و معنى هذا الاستدلال انه (ان قلنا) انه عقد فالعقد يقتضى الاباحة والعبد اهل لها (وان قلنا) انه تمليك فالمراد بالملك فى البضع ما افاد الاباحة والتحريم على الغير والعبد اهل لها فيكون اهلا للملك فعلى كل واحد من التقديرين يصح

قال قدس الله سره : ولوملك بعضها (الى قوله) على رأى .

اقول: هذه المسالة قدتقدمت .

قال قدس الله سره: وولد التحليل حر (الى قوله) على رأى.

---

(١) تقدم آنفاً (٢) سورة النساء - ٢٥

الفصل الرابع فى بقايا مسائل متبددة

يكره وطى الفاجرة ، والمولودة من الزنا ، وان ينام بين حرتين ، وان يطأحرة و فى البيت غيره ولا بأس بهما فى الاماء ، وللسيد استخدام الامة نهاراً و عليه تسليمها الى زوجها ليلا (وهل) له اسكانهما فى بيت فى داره او للزوج اخراجها ليلا نظر اقربه الاخير،

اقول : هذا اختيار المرتضى والشيخ فى الخلاف وابن ادريس ووالدى فى المختلف وقال الشيخ فى النهاية الولد لمولاها وعلى ابيه ان يشتريه بماله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى فى ثمنه وان شرط ان يكون الولد حراً فهو على ما شرط وقال فى المبسوط يكون الولد رقا إلّا ان يشترط الحرية ولو كان عقداً فعلى التحليل الحق بالحرية على كل حال ذكر ذلك فى معرض الاستدلال على ان التحليل نوع تمليك والحق اختيار والدى المصنف فى هذا الكتاب (لانه) لا يخلو اما ان يكون تمليكا او عقداً وعلى كل تقدير يكون الولد حراً (اما المقدمة الاولى) فاجماعية بالاية (واما الثانية) فلما روى فى الحسن ،عن زرارة قال قلت لابى جعفر عليه السلام: الرجل يحل جاريته لاخيه قال لا بأس قال قلت فان جائت بولد قال يضم اليه ولد ويرد الجارية على صاحبها (١) (واحتج) الشيخ بما رواه ضريس بن عبدالملك قال قلت لابى عبدالله عليه السلام الرجل يحل لاخيه فرج جاريته قال هو له حلال قال قلت فان جائت بولد منه فقال هو لمولى الجارية الا ان يكون قد اشترط على مولى الجارية حين احلّها ان جائت بولد فهو حر (٢) (والجواب) الرواية الاولى اصح طريقا من الثانية ولا تصلح لمعارضتها .

الفصل الرابع فى بقايا مسائل متبددة

قال قدس الله سره : وللسيد استخدامها (الى قوله) اقربه الاخير.

اقول: اعلم ان السيد يملك منفعتين من امته منفعة الاستمتاع ومنفعة الاستخدام فاذا زوّجها عقد على احدى منفعتيها وبقيت المنفعة الاخرى فيستوفيها فى وقتها وهو النهار ويسلّمها الى الزوج وقت الاستراحة والاستمتاع وهو الليل وعليه التعويل فى القسم بين

(١) ئل باب ٣٧ خبر ٢ من ابواب نكاح العبيد　(٢) ئل باب ٣٧ خبر ١ من ابواب نكاح العبيد

ولو كانت محترفة (١) وامكنها ذلك في يد الزوج ففي وجوب تسليمها اليه نهارا اشكال، وللسيد ان يسافر بها وليس له منع الزوج من السفر ليصحبها ليلا .

النساء غالباً ولهذا لو اراد السيد العكس لم يكن له ذلك ويتفرع على اجتماع الحقين عليها انه لو اراد السيد ان يسكنها في بيت في داره يفرده لها واراد الزوج اخراجها فاختيار ايها يقدم الاصح عند والدي وجدي تقديم اختيار الزوج لان الزوجة لا تستحق على الزوج تبعيته لها بل بالعكس ولان الحياء والمروة يمنعانه عن دخول دار السيد لوجوب تسليمها الى الزوج فكان تخصيص المسكن اليه (ويحتمل) ضعيفا ترجيح اختيار السيد لاستحقاقه دوام يده على ملكه مع وصول الزوج الى حقه ففيه جمع بين الحقين (ولان) الواجب عليه التمكين من الوطى وانواع الاستمتاع وهو يحصل ببذل المسكن في داره فلا يجب عليه اخراجها منه (وفيه نظر) لمنع المقدمة الاولى والحق عندي الاول لقوله تعالى **الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من اموالهم (٢)** وهو عام في الحرة والامة ومعنى القوام على الشخص الذي هو اولى بامره وذلك نقله من موضع الى آخر فاذا كان ذلك بسبب النفقة لان الباء للسببية فلو لم ينقلها معه لم تستحق النفقة عليه (ولان) التمكين لا يتم الا بامرين (الف) تمكنه من الاستمتاع بها (ب) تمكينها من النقلة معه في زمان يستحق فيه الاستمتاع الى حيث شاء مع الامن لانه لا يجب عليه السكون الا في مكان يختاره هو لا في مكان يختاره مولى الزوجة فاذا عدم الثانية لم يحصل التمكن الذي هو مناط وجوب النفقة .

قال قدس الله سره: ولو كانت محترفة (الى قوله) نهارا اشكال

اقول: ينشأ (من) ان تسليمها اليه نهاراً لا يمنع حق السيد منها بل يستوفي منافعها بالتمام وفيه جمع بين الحقين (ومن) حيث ان الشارع علق حق السيد بالنهار وحق الزوج بالليل ولم يعتبر بالنادر كصانع البزارة (٣) فانه لا يعمل الا ليلا ولم يقدح في الحكم المعلق بالاغلب كالسفر الضابط للمشقة (ولان) السيد قد يبدو له في الحرفة ويريد ان يستخدمها .

(١) اى ذات حرفة (٢) النساء ٣٤ (٣) البزارة : معصرة الشيرج

و انما تجب النفقة بالتسليم ليلا و نهاراً فاوسلمها ليلا فالاقرب عدم وجوب نصف النفقة ويسقط مع سفر السيد بها .

قال قدس الله سره : وانما تجب النفقة بالتسليم (الى قوله) فالاقرب عدم وجوب نصف النفقة .

اقول : هنا مقدمتان (الف) المستحق بالزوجية الدائمة فى حيوة الزوجين من حقوق الاموال شيئان: المهر والنفقة ،والاول يجب فى غير المفوضة بالعقد والثانى و هو النفقة لايجب بالعقد والاّ لوجب فى العقد الواحد عوضان وهو محال ولسقوطها بالنشوز وانما تجب بالتمكين التام فى العقد الدائم (ب) الاقسام فى هذه المسالة ثلاثة (اما) ان يجب كل النفقة (او) لايجب شيء (او) يوزع على ماسلمها وعلى مالم يسلمها وقد انحصرت اقوال علماء الاسلام فى هذه الاقسام .

اذا عرفت ذلك (فنقول) رجح المصنف عدم التوزيع لان عدم التمكين فى البعض اما ان يمنع شيئا من النفقة الواجبة اولا فان منع منع الكل وان لم يمنع شيئا منها وجب الكل قطعا ولا ثالث اجماعا مثاله ان الحرة لايسقط نفقتها ايام مرضها ولاحيضها ولاشيء من نفقتها بل يجب الكل لان الشارع سوّغ لها المنع ولو استحق على الحرة خدمة النهار بسبب كاجارة قبل العقد عليها لم يكن عذراً وسقطت النفقة به فالنهار المستحق للسيد ان منع الكل كما فى الحرة اذلافرق بين الحرة والامة فى الاستمتاع بالعقد وعدمه واذا لم يفترقا فى الموجب لم يفترقا فى الحكم (ويحتمل) ضعيفا التوزيع كما لو مكنت من نفسها فى اول الليل بعد نشوز النهار فانه لايسقط نفقة زمان التمكين بزمان عدمه (والجواب) انما وجبت بالتمكين هنا لانه تمكين تام ليس مقصورا على زمان دون زمان ولا فعل دون فعل بخلاف هذه الصورة (والتحقيق) ان الموجب لكل جزء من اجزاء النفقة هو الموجب للكل من حيث هو كل والموجب للكل هو مجموع التمكين التام من حيث هو المجموع اذ لو منعت من البعض سقط كل النفقة وكل واحد من اجزاء النفقة وكل شيء يعدم بعدم اى جزء كان منه كانت العلة فى ذلك الشيء الكل و لم يحصل مجموع التمكين فلايجب شيء من اجزاء النفقة فوجوب كل النفقة وجزئها متلازمان اذا تقرر ذلك (فنقول) لما

ولوقتلها السيدقبل الوطى ففى سقوط المهر نظر اقربه العدم كما لوقتلها اجنبى اوقتلت الحرة نفسها

ابطل المصنف القسم الثالث بقى احد القسمين الآخرين (فيحتمل) وجوب كل النفقة لان التمكين التام بالتمكين فى التسليم الواجب وقد حصل هنا واما مالا يوجبه الشرع و لم يجعله مستحقا للزوج فعدم التسليم فيه عذر لا يسقط شيئا من النفقة كايام الحيض والمرض (ويحتمل) عدم وجوبها وهومذهب الشيخ فى المبسوط لان التمكين التام لم يحصل لانه انما يحصل بالتسليم ليلا ونهاراً لان كلا منهما صالح للاستمتاع شرعا (واعلم) ان التوزيع جعله المصنف وجماعة من الفقهاء على الزمان بالتقسيط وهوالمشهور وقيل على الزوج العشاء وعلى السيد الغداء ومن الكسوة على الزوج مايدثرها ليلا ويصلح للباس الليل وعلى السيد مايلبسه نهاراً.

قال قدس الله سره: ولوقتلها السيد (الى قوله) اوقتلت الحرة نفسها .

اقول : منشأ النظر (امتناع) النكاح قبل الدخول من قبل مستحقه فاسقط المهر كالردة وكالفسخ قبل الدخول بسبب من المرأة فانه يسقط المهر (ولان) استحقاق السيد بالمعاوضة على ملكه وقد اتلف هوعوضه الذى عليه قبل القبض فيسقط الاخر كالمعاوضة المالية المحضة (ومن) انها فرقة حصلت بالموت فكانت كما لوماتت حتف انفها (والتحقيق) ان يقال ان هذه المسالة مبنية على مسألة فى الكلام (وهى) ان المقتول لولم يقتل قال بعضهم كان يعيش قطعا وقال بعضهم يموت قطعا (فعلى الثانى) لايسقط كالموت حتف انفه لانه بانتهاء العمر والاشكال انما هوعلى الاول (والحق) انه لايسقط ثم ذكر المصنف مسألتين (احديهما) انه لوقتلها اجنبى لم يسقط شىء من المهر ولم يضمن الاجنبى لان ضمان ماعدا النفس يدخل فيها (الثانية) الحرة لوقتلت نفسها لم يسقط مهرها لان الاصل البقاء وتخالف الامة بان ملك الحرة المهر لا بالمعاوضة المالية بخلاف الامة كما تقدم (ولان) الحرة مسلّمة الى زوجها بالعقد ولهذا كان له منعها من السفر والسفر بها بغير اختيارها والامة لاتصير مسلّمة بالعقد فانه للسيد ان يسافر بها الا الزوج (واعلم) ان الاحتمالين فى قتل المولى بالنقل والتخريج ولهذه الفوائد ذكر الحرة لالثبوت الاحتمال فى سقوطه بقتلها نفسها

واذا عقد لشهادة اثنين لها بالحرية و اولدها فعليهما ما اتلفاه عليه من مهر وقيمة الولد لتزويرهما و فى تضمينهما ما زاد عن مهر المثل اشكال، ولا يشترط فى التحليل تعيين المدة على رأى ، واذا اشترى جارية موطوئة حرم عليه وطؤها قبلا الا بعد الا ستبراء ، و يجب على البايع ايضاً استبرائها فيكفى عن استبراء المشترى و يصدقه المشترى مع عدالته على رأى ، ولو اشتراها حاملاكره له وطؤها قبلا قبل الوضع اومضى

قال قدس الله سره : واذا عقد بشهادة اثنين (الى قوله) اشكال.

اقول : منشأه (من) انه التزام بالزيادة باختياره وفعله لا بسبب الشهادة (ومن) انهما غرّا موانما امهرها ذلك بحريتها عنده ، والاصح عندى انهما لا يضمنان الزيادة لان الضمان انما يتحقق بسبب الاتلاف و الشهادة ليست بسبب له بل هو مستقل بالا مهار باختياره و فعله .

قال قدس الله سره: ولا يشترط فى التحليل تعيين المدة على رأى .

اقول : هذا ظاهر قول ابن ادريس وهو الاصح واختاره والدى المصنف فى اكثر كتبه فانه اطلق القول بجواز اباحة الرجل جاريته لغيره بلفظ الاباحة و التحليل و لم يتعرض لذكر المدة وشرط الشيخ فى المبسوط تعيين المدة -فانه قال فيه واما تحليل الرجل جاريته لغيره من غير عقد مدة فهو جائز عند اكثر اصحابنا (ومنهم) من منع منه (والاول) اظهر فى الروايات ومن أجازه اختلفوا (فمنهم) من قال هو عقد والتحليل عبارة عنه (ومنهم) من قال هو تمليك منفعة مع بقاء الاصل و هو الذى يقوى فى نفسى و يجرى ذلك مجرى اسكان الدار واعمارها ولاجل ذلك احتاج ان تكون المدة معلومة هذا آخر كلامه رحمه الله وقال فى النهاية ويحل له منها بمقدار ما يحلّله مالكها ان يوما فيوما وان شهراً فشهراً على حسب ما يريد الى قوله وينبغى ان يراعى فيما ذكرنا لفظ التحليل و هو ان يقول الرجل المالك للامة لمن يحللها له جعلتك فى حل من وطى هذه الجارية او احللت لك وطيها .

قال قدس الله سره : ويجب على البايع ايضا (الى قوله) على رأى .

اقول : هذا قول الشيخ فى النهاية خلافا لابن ادريس فانه اوجب على المشترى الاستبراء قال ولا يسقط باستبراء البايع وان علم به وقد تقدم .

اربعة اشهروعشرة ايام ان جهل حال الحمل لاصالة عدم اذن المولى بالوطى فان علم اباحته اما بعقداو تحليل حرم الوطى حتى تضع وان علم كونه عن زنا فلابأس ولو تقايلا البيع وجب الاستبراء مع القبض لابدونه .

واذا طلق المجعول عتقها مهرا قبل الدخول رجع نصفها رقا للمولاها تستسعى فيه فان ابت كان لها يوم وله يوم فى الخدمة ويجوز شراؤها من سهم الرقاب والاقرب نفوذ العتق والرجوع بنصف القيمة وقت العقد كما لواعتقت المهر (١) قبل الدخول وملك كل من الزوجين صاحبه يوجب فسخ العقد فان كان المالك الرجل استباح بالملك وان كانت المرأة حرمت عليه فان ارادته اعتقته اوباعته ثم جدّدت العقد ، ولا يجوز العقد على المكاتبة الّا باذن مولاها وان كانت مطلقة ولو علق المولى عتق جاريته بموت زوجها قيل يبطل (وقيل) يصح فتعتد عدة الحرة ولا ميراث والاقرب ثبوته مع تعدد الورثة ،

قال قدس الله سره: واذا طلق المجعول عتقها (الى قوله) قبل الدخول.

اقول: الاول قول الشيخ وابن حمزة ، والثانى اختيار والدى المصنف وابى جعفر ابن بابويه فى المقنع وابن الجنيد و ابن البراج وابن ادريس وهوالحق عندى (لان) ، بالعتق عدم الملك والمعدوم لايعودولاسبب لتجدد الرق ، ويؤيده مارواه عبدالله بن سنان، عن الصادق عليه السلام : قال قلت له رجل اعتق مملوكته وجعل عتقها صداقها ثم طلقها قال مضى عتقها ويرد على السيد نصف قيمتها يسعى فيه ولاعدة عليها (٢) (احتج) الشيخ بما رواه يونس بن يعقوب ؛ عن الصادق عليه السلام ، فى رجل اعتق امة له وجعل عتقها صداقها ثم طلقها قبل ان يدخل بها قال يستسعيها فى نصف قيمتها فان ابت كان لها يوم ولد يوم فى الخدمة الحديث (٣) والجواب ضعف السند .

قال قدس الله سره: ولو علق المولى (الى قوله) مع تعدد الورثة .

اقول : اذا علق المولى عتق جاريته : بموت زوجها قال الشيخ صح وتبعه ابن البراج

---

(١) اى لواعتقت العبد الذى هو مهرها

(٢) ئل باب ١٥ خبر ١ من ابواب نكاح العبيد

(٣) ئل باب ١٥ خبر ٢ من ابواب نكاح العبيد

ولوملك المكاتب زوجة سيده ففي الانفساخ نظر .

في المهذب واختار ابن ادريس البطلان (احتج) الشيخ بمارواه محمدبن حكيم ، قال سالت ابالحسن موسى بن جعفر عليه السلام عن رجل زوج امته من رجل آخر قال لها اذامات الزوج فهي حرة فمات الزوج فقال عليه السلام اذامات الزوج فهي حرة تعتدعدة المتوفى عنها زوجها ولا ميراث لها منه لانها انما صارت حرة بعد موت الزوج (١) (و احتج) ابن ادريس بانه ليس بتدبير لانه تعليق عتق المملوك بموت سيّده دون موت غيره لانه بغير خلاف عندنا انه بمنزلة الوصية و الّا ما كان يصح ذلك ايضا لولا الا جماع المنعقد عليه هذا آخر كلامه .

وهنا مسالتان (الف) عدتها عدة الحرة وهذه يتفرع على حريتها عندنا حيث قلنا ان عدة الامة بوفاة زوجها الحر ليست عدة الحرة و اما عند القائلين بان عدة الامة بوفاة زوجها الحر عدة الحرة فليست متفرعة عليها والى هذه الفائدة اشار بالفاء في قوله فتعتد (ب) هل ترث من زوجها ام لا، قال الشيخ في النهاية لاترث للرواية التي احتج بها ، و الحق انها ترث مع تعدد الورثة وعلى عدم صحة العتق لاترث قطعا فهذه متفرعة على الحرية وعدمها وسياتي تحقيقه .

قال قدس الله سره : ولو ملك المكاتب زوجة سيده ففي الانفساخ نظر.

اقول : ينشأ (من) ان الكتابة هل تقتضي استقلال المكاتب بالملك و يستقر بعتقه او يتسلط على التصرف فيه بالاداء والاكتساب والانفاق لاغير فيكون الملك للمالك (يحتمل) الاول لانه يصح معاملته مع مولاه بالبيع والشراء و سائر المعاوضات و يضمن له المولى (ولانه) لولاه لكانت الكتابة معاوضة على ماله بماله (ولان) المكاتب يملك فلايملك مولاه ماملكه والالكان المال الواحد بالشخص مملوكا لكل واحد من الاثنين وهومحال لاستحالة اجتماع ملكي مالكين في موضوع واحد في زمان واحد (ويحتمل) الثاني لان المكاتب قبل الاداء مملوك والالكانت الكتابة عتقا في الحال وهومحال و كل مملوك لايملك للاجماع على عموم قوله تعالى **ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لايقدر**

(١) ئل باب ٦٥ خبر ١ من ابواب نكاح العبيد

الباب الخامس في توابع النكاح

وفيه مقاصد : (الاول) العيب والتدليس وفيه فصول (الاول) في اصناف العيوب وينظمها قسمان

(الاول المشتركة) ، وهي الجنون وهو اختلال العقل ولا اعتبار بالسهو السريع زواله ولا الاغماء المستند الى غلبة المرّة بل المستقر الذى لا يزول فانه كالجنون ، ولا فرق بين الجنون المطبق وغيره ولكل من الزوجين فسخ النكاح بجنون صاحبه مع سبقه على العقد وان تجدّد بعده سقط خيار الرجل دون المرأة سواء حصل الوطى اولا .

(الثانى المختصّة) اما الرجل فثلاثة الجبّ والخصاء والعنّة (اما) الجبّ فشرطه الاستيعاب فلو بقى معه ما يمكن الوطى ولو قدر الحشفة فلا خيار ولو استوعب ثبت الخيار مع سبقه على العقد او على الوطى ، وفى الفسخ بالمتجدّد اشكال فان اثبتناه وصدر منها فالاقرب

على شيء (١) وفى كلية الكبرى منع (فعلى الاول) لا ينفسخ (وعلى الثانى) ينفسخ.

الباب الخامس فى توابع النكاح وفيه مقاصد

(الاول) فى العيب والتدليس وفيه فصول (الاول) فى اصناف العيوب

(الاول) قال قدس الله سره : وفى الفسخ بالمتجدد اشكال

اقول : اى الجبّ المتجدد الموجب للخيار وهو ما لم يبق من الذكر ما يمكن الجماع به بعد العقد والوطى هل يفسخ به المرأة ام لا ، اختلف الاصحاب فيه ، فقال الشيخ فى موضع من المبسوط لها الخيار وادعى عليه الاجماع وتبعه ابن البراج لفوات الاستمتاع وليس بيدها طلاق ولا خيار فيلزم الحرج وهو منفى بالآية ، و قال فى موضع آخر من المبسوط وفى الخلاف لا خيار لها لاصالة بقاء صحة العقد واختاره ابن ادريس والارجح عندى ثبوت الخيار لها لليأس من الوطى معه .

قال قدس الله سره : فان اثبتناه وصدر منها فالاقرب عدم الفسخ .

اقول: اذا صدر منها جبّ الرجل اختياراً فالاقرب انه لا فسخ لها (لانها) ارادته ورضيت به والرضا بالعيب يسقط الخيار (ولانها) اعدمت نفسها هذه المنفعة وادخلت عليها

---

(١) النحل - ٧٠

عدم الفسخ (واما) الخصاء فهو سل الانثيين وفى معناه الوجاء وتفسخ به المرأة مع سبقه على العقد وفى المتجدد بعده قول (واما) العنة فهو مرض يعجز معه عن الايلاج ويضعف الذكر عن الانتشار وهو سبب لتسلط المرأة على الفسخ بشرط عدم سبق الوطى وعجزه عن وطيها ووطى غيرها فلو وطئها ولو مرة واحدة (او) عن عنها دون غيرها (او) عن قبلا لا دبراً فلا خيار ، ويثبت الخيار لو سبق العقد او تجدد بعده بشرط عدم الوطى لها ولغيرها ولو بان خنثى فان امكن الوطى فلا خيار على رأى والا ثبت ولا يرد الرجل بعيب سوى ذلك .

(واما المرأة) فالمختص بها سبعة - الجذام - والبرص - والقرن - والافضاء - والعمى - والعرج - والرتق (اما الجذام) فهو مرض يظهر معه تناثر اللحم ويبس الاعضاء ولابد وان يكون بينا فلو قوى الاحتراق او تعجر الوجه او استدارت العين ولم يعلم كونه منه لم يوجب فسخا (واما البرص) فهو البياض الظاهر على صفحة البدن لغلبة البلغم ولا اعتبار بالبهق (١) ولا بالمشتبه به (واما القرن) (فقيل) انه عظم ينبت فى الرحم يمنع

الضرر (ويحتمل) الفسخ بحصول السبب .

قال قدس الله سره : واما الخصاء (الى قوله) وفى المتجدد بعده قول.

اقول : للشيخ قول بانه يفسخ بالمتجدد بعد العقد وهو قول ابن البراج لان به انقطاع النسل وفيه ضرر عظيم (ووجه) العدم اصالة بقاء اللزوم .

قال قدس الله سره: ولو بان خنثى (الى قوله) والاثبت.

اقول : القولان فى ثبوت الخيار وعدمه للشيخ فى موضعين من المبسوط ونفى فى الخلاف الخيار وهو الوجه عندى لانه زيادة آلة كالاصبع الزائدة .

قال قدس الله سره : واما القرن (الى قوله) والافلا .

اقول :الغالب فى عبارة الفقهاء فتح الراء وفى لسان اهل اللغة بسكونها اذا عرفت ذلك (فنقول) القول الاول للشيخ فى المبسوط والثانى حكاه فى المبسوط قولا لبعضهم (واقول) انه ان اعتبر الوضع اللفظى فهو مسألة من علم اللغة وان اعتبرت الحقيقة فهى مسألة من علم التشريح والفقيه يتسلمها ويبحث عن القدر المشترك وهو كل مامنع الوطى

---

(١) البهق بياض فى الجسد لامن برص (اقرب الموارد)

الوطى (وقيل)انه لحم ينبت فى الرحم يسمى العفل فان منع الوطى اوجب الفسخ والا فلا (واما الافضاء) فهو ذهاب الحاجزبين مخرج البول والحيض (واما العمى) فالاظهر من المذهب انه موجب للخيار ولا اعتبار بالعور و العمش وقلة النظر لبياض وغيره و العمى يوجب الفسخ وان كانتا مفتوحتين (واما العرج) فان بلغ الاقعاد فالاقرب تسلط الزوج على الفسخ به و الا فلا (و اما الرتق) فهو ان يكون الفرج ملتحما ليس فيه

ثبت به خيار الفسخ لفوات غاية النكاح والافلا ويبحث عن وجه التغاير من حيث انه لو رضى باحدهما دون الاخر

قال قدس الله سره : واما العمى فالاظهر من المذهب انه موجب للخيار.

اقول : وجه الخيار اذا كان فى المرأة مع جهل الزوج به مارواه داود بن سرحان فى الصحيح ، عن الصادق عليه السلام ، فى الرجل يتزوج المرئة فيؤتى بها عمياء او برصاء اوعوجاء (عرجاء ـ خل) قال ترد على وليها ويكون لها المهر على وليها الحديث(١) وروى ابن بابويه فى كتاب من لايحضره الفقيه ، عن محمد بن مسلم ، عن الباقر عليه السلام قال ترد العمياء والبرصاء والجذماء والعرجاء (٢) وهذا اختيار الشيخ فى النهاية والمفيد والسيد المرتضى وابن الجنيد وابن البراج وابي الصلاح وسلار وابن حمزة وابن ادريس وهوالاصح عندى ولم يجعله الصدوق فى المقنع من العيوب الموجبة للخيار (احتج) المانعون من الخيار بمارواه الحلبى فى الصحيح ، عن الصادق عليه السلام قال انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل (٣) ولفظة انما للحصر(والجواب) دلالتها بالمفهوم فلاتعارض الاولى الدالة بالمنطوق .

قال قدس الله سره : واما العرج(الى قوله)والافلا .

اقول : اطلق الاصحاب ايجاب العرج خيار الفسخ للرجل لروايتى داود بن سرحان ومحمد بن مسلم المتقدمتين ، واختاره الشيخ فى النهاية وابن الجنيد وسلار وابوالصلاح وابن البراج فى الكامل وابن حمزة ولم يفت به الصدوق فى المقنع وانما

---

(١) ئل باب ١ خبر ٨ من ابواب العيوب (٢) ئل باب ١ خبر ٧ من ابواب العيوب

(٣) ئل باب ١ خبر ٦ من ابواب العيوب

مدخل للذكر ويوجب الخيار مع منع الوطى ولم تمكن ازالته اوامكن فامتنعت وليس له اجبارها على ازالته ولا ترد المرأة بعيب سوى ذلك (وقيل) المحدودة بالزنا ترد (وقيل) بل يرجع على وليها العالم بحالها بالمهر ولا فسخ .

جعله رواية ولم يذكره الشيخ فى المبسوط فى عيوب المرئة (واحتج) المانع برواية الحلبى المتقدمة ووالدى المصنف فصل هنا: فقال ان بلغ حد الاقعاد كان موجبا لخيار الفسخ وهو الاصح عندى ، واختاره شيخنا نجم الدين بن سعيد لقول الصادق عليه السلام فى رواية داود بن سرحان فى الصحيح ، عن الصادق عليه السلام فى الرجل يتزوج المرئة فيوتى بها عمياء او برصاء اوجذماء قال ترد على وليها ويكون لها المهر على وليها وان كان بها زمانة لا يراها الرجال اجيز شهادة النساء عليها الحديث (١) وان لم يبلغ حد الاقعاد لم يوجب الفسخ لرواية الحلبى .

قال قدس الله سره : وقيل المحدودة فى الزنا (الى قوله) ولا فسخ

اقول : الاول اختيار المفيد وسلار وابن البراج وابى الصلاح وابن الجنيد و قطب الدين الكيدرى ، والثانى اختيار الشيخ فى النهاية وابن ادريس و اختار والدى المصنف فى المختلف عدم الرد به ولم يتعرض للمهر لان المهر عوض ملك البضع فلا يبقى مع استعادة عوضه (واورد) على الشيخ بان الرجوع بالمهر و عدم الخيار اثبات لاحد المعلولين مع نفى الآخر مع اتحاد العلة و هى التدليس تناقض (احتج) المفيد باشتماله على العار فكان موجبا للتسلط على الفسخ (وبما) رواه عبدالرحمن بن ابى عبدالله ، عن الصادق عليه السلام ، قال سألته عن الرجل يتزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها انها قد كانت زنت قال ان شاء زوجها اخذ الصداق ممن زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها و ان شاء تركها الحديث (٢) (واحتج) المصنف فى المختلف برواية الحلبى فى الصحيح، عن

---

(١) ئل باب ١ خبر ٨ من ابواب العيوب

(٢) ئل) باب ١ خبر ١ من ابواب العيوب

الفصل الثانی فی احکام العیوب

خیار الفسخ علی الفور فلو سکت صاحبه عالما مختاراً بطل خیاره وکذا خیار التدلیس ولیس الفسخ طلاقا فلا یعد فی الثلاث ولا یطّرد معه تنصیف المهر ولا یفتقر الی الحاکم وفی العنّة یفتقر الیه لافی الفسخ بل فی ضرب الاجل وتستقل المرأة بعده علیه ولا یفسخ الرجل بالمتجدد بالمرأة بعد الوطی ، و فی المتخلل بینه و بین العقد اشکال اقربه التمسك بمقتضی العقد ، ولایمنع الوطی من الفسخ بالسابق علی العقد مع الجهل فیجب المهر ویرجع به علی المدلس ان کان والا فلا رجوع ، ولو کانت هی المدلسة رجع علیها الابما یمکن ان یکون مهراً ولو کان العیب فیه لزمه المهر فی خاصه اذا فسخت بعد الوطی ، ولو فسخ الزوج قبل الدخول سقط المهر و کذا المرأة الّا فی العنّة فیثبت لها النصف ، ولو وطیء الخصی فلها المهر کملا والفسخ والقول قول منکر العیب مع یمینه وعدم البینة ولا تثبت العنّة الّا باقراره اوالبینة علی اقراره اونکوله

الصادق علیه السلام : قال انما یرد النکاح من البرص والجذام والجنون والعفل(١)(وانما) للحصر ، وعن رفاعة بن موسی ، عن الصادق علیه السلام قال سألته عن المحدود والمحدودة هل ترد من النکاح قال لا(٢) والاصح عندی اختیار المصنف .

الفصل الثانی فی احکام العیوب

قال قدس الله سره : ولا یفسخ الرجل بالمتجدد (الی قوله) بمقتضی العقد

اقول : منشأه اختلاف الاصحاب فاثبت الشیخ فی المبسوط و الخلاف الخیار مطلقا وخصه ابن البراج بالجنون الذی لایعقل معه صاحبه اوقات الصلوات ،والجبّ و الخصاء والعنة ونفاه ابن ادریس وابن حمزة مطلقا وهواختیار شیخنا والدی المصنف وهو الاصح عندی (واحتج) الشیخ بعموم الاخبار وشیخنا بلزوم العقد فی الابتداء واصل البقاء.

قال قدس الله سره : ولا تثبت العنة الا باقراره (الی قوله) علی خلاف

اقول :الخلاف فی القضاء بمجرد النکول اومع یمین المدّعی وسیاتی فی باب القضاء .

---

(١) کل باب ١ خبر ٦ من ابواب العیوب

(٢) کل باب ١ خبر ٢ من ابواب العیوب

(اما) مع يمين المرأة (او) مطلقا على خلاف فلو ادعت العنّة من دون الثلاثة حلف (وقيل) ان تقلص في الماء البارد فصحيح وان استرخى فعنّين ، ولو ادعى الوطى قبلا او دبراً او وطى غيرها بعد ثبوت العنة صدّق مع اليمين (وقيل) في دعوى القبل ان كانت بكراً صدّق مع شهادة النساء بذهابها والا حشى قبلها خلوقا و امر بوطيها فيصدّق مع ظهوره على العضو .

واذا ثبت العنة و صبرت لزم العقد والا رفعت امرها الى الحاكم فيؤجله سنة من حين المرافعة فان واقعها اوغيرها فلافسخ والا فسخت ان شائت ولها نصف المهر ،

قال قدس الله سره : فلو ادعت العنة (الى قوله) فعنين.

اقول : قوله وقيل اشارة الى قول ابنى بابويه وابن حمزة وانكره ابن ادريس والمصنف والاصح اختيار المصنف وابن ادريس .

قال قدس الله سره : ولو ادعى الوطى قبلا او دبراً (الى قوله) مع ظهوره على العضو .

اقول : ما اختاره المصنف هو اختيار ابن ابى عقيل ، والشيخ فى النهاية لكنه قال وقد روى بانها تؤمر بان تحشو قبلها خلوقا الى آخره وكذا قال ابن البراج والصدوق فى المقنع وابن ادريس وقال على بن بابويه عليه اليمين وعليها البينة لانها تدعيه وقوله (وقيل) اشارة الى قول الشيخ فى الخلاف فانه افتى به وتبعه الكيدرى والحق اختيار المصنف لما رواه ابن حمزة فى الصحيح ، عن ابى جعفر عليه السلام قال القول فى ذلك قول الزوج وعليه ان يحلف بالله لقد جامعها لانها المدعية الحديث (١) (احتج) الشيخ فى الخلاف بما رواه عبدالله بن الفضل الهاشمى عن بعض مشيخته قال قالت امرأة لابى عبدالله عليه السلام اوسأله رجل ، عن رجل تدعى عليه امرأته انه عنين وينكر الرجل قال تحشوها القابلة بالخلوق ولايعلم الرجل ويدخل عليها الرجال فان خرج وعلى ذكره خلوق صدّق وكذّبت والاصدقت (٢) (والجواب) انها ضعيفة مرسلة .

---

(١) ئل باب ١٥ خبر ١ من ابواب العيوب. صدر الخبر اذا تزوج الرجل المرئة الثيب التى تزوجت زوجا غيره فزعمت انه لم يقربها منذ دخل فان القول الخ

(٢) ئل باب ١٥ خبر ٢ من ابواب العيوب

ولو قيل بان للمرأة الفسخ بالجذام فى الرجل امكن لوجوب التحرز من الضرر فانه عليه السلام قال فرّ من المجذوم فرارك من الاسد ، ويثبت العيب باقرار صاحبه او شهادة عدلين عارفين ، وفى العيوب الباطنة للنساء بشهادة اربع منهن مؤمنات .

ولو كان بكل منهما عيب يثبت لكل منهما الخيار وفى الرتق الممتنع الازالة مع الجبّ اشكال ولو طلق قبل الدخول ثم علم بالعيب لم يسقط عنهما وجب بالطلاق و كذا بعده وليس له الفسخ ولا بعد الرجعة مع العلم قبلها فاذا فسخ احدهما بعد الدخول وجبت العدة ولا نفقة فيها الا مع الحمل وعلى الزوجة البينة لو انكر الولى علمه بالعيب فان فقدها فله اليمين فاذا حلف رجع الزوج على المرأة لانها غرت حيث لم تعلم الولى فان ادعت اعلامه حلف .

ولو سوغنا الفسخ بالمتخلل بين العقد و الوطى فرضى ببرص سابق ثم اتسع فى ذلك العضو فالاقرب ثبوت الخيار ، ولو حصل فى غيره ثبت الخيار قطعا ويسقط حكم العنة بتغيب الحشفة ومقطوعها بقدرها وبالوطى فى الحيض والنفاس والاحرام ولا فرق فى لزوم العقد باختيار المقام معه فى اثناء السنة او بعدها واذا علمت بعنته قبل العقد فلا خيار ، ولو وطئها وسقط عنه دعوى العنة ثم بانت ثم تزوجها فادعتها سمعت ولو تزوج باربع

قال قدس الله سره : ولو كان بكل منهما (الى قوله) اشكال.

اقول : ينشأ (من) ان كل واحد سبب الخيار ولم يثبت منع احدهما الآخر (ومن) حيث ان الفسخ لا يقتضى وصول فاعله الى غايته المقصودة من الفسخ فلا فائدة فيه فانه لو كان الآخر صحيحا لامتنع الوطى من جهة صاحبه والاصح عندى الاول .

قال قدس الله سره : ولو سوغنا الفسخ (الى قوله) ثبت الخيار قطعا.

اقول : وجه القرب ان الزائد لم يكن موجوداً ثم حدث ولم يرض به ولا يشك انه لو انفرد لاوجب فمثله لا يمنعه بل يؤكده و انما رضى بالسابق و هو الاقوى عندى (ومن) حيث انه عيب واحد ذو مادة واحدة بخلاف البرص فى العضوين لاختلاف محلهما .

وطلقهن فشهدن عليه بالعنة لم تسمع(وهل) يثبت للاولياء الخيار الوجه ذلك مع مصلحة المولّى عليه زوجا كان او زوجة ، ولو اختار الامضاء لم يسقط خيار المولّى عليه بعد كماله فى الفسخ .

الفصل الثالث فى التدليس

ويتحقق باخبار الزوجة اووليها اوولى الزوج اوالسفير بينهما على اشكال بالصحة اوالكمالية عقيب الاستعلام اوبدونه .

(وهل) يتحقق لو زوجت نفسها اوزوّجها الولى مطلقا اشكال ،ولايتحقق

قال قدس‌الله سره : وهل يثبت للاولياء (الى قوله) وزوجة .

اقول : الكلام هنا فى مسألتين (الف) هل للاولياء الخيار فى العيب المتقدم على العقد ام لا،الاقرب ذلك مع مصلحة المولّى عليهم لان للاولياء تعمّل كل المصالح غير الطلاق لان النص اخرجه(ويحتمل)عدمه لان النكاح يتعلق بالشهوة وهى مختصة بالزوجين والاصح الاول (ب) فى العيب الحادث بعد العقد الوجه ذلك ايضا لما تقدم (ويحتمل) عدمه لان حقهم فى الكفاية انما يراعى فى ابتداء العقد لااستدامته لان المرأة البكر لورغبت فى نكاح عبد كان لاوليائها منعه ان قلنا ان عليها ولاية ولو عتقت امة تحت عبد ورضيت بالمقام معه ثم جنت لم يكن للاولياء الفسخ .

الفصل الثالث فى التدليس

قال قدس‌الله سره : ويتحقق باخبار الزوجة (الى قوله) او بدونه .

اقول : الاجنبى لاتعلق له بالنكاح فالتفريط ممن قبل قوله ولان اخباره لايسمى تدليسا (ومن) حيث انه غرّ موالاصح الاول .

قال قدس‌الله سره : وهل يتحقق لو زوجت (الى قوله) اشكال

اقول : كل تقدير مقرون بالعقد على سبيل الاشتراط فهو مؤثر وكذا ماعدّ عيبا وان لم يشترط وكذا الحرية اذا تزوجها على انها حرة فهنا مسألتان (الف) لوزوجت نفسها مطلقا من غير شرط الحرية (ب) لوزوجها وليها مطلقا من غير شرط ومنشأ الاشكان فيهما ان العبودية تنقص الاستمتاع وهو المقصود بالنكاح لان لزوجها الليل خاصة ولانه

بالاخبار لاللتزويج اوله لغيرالزوج ولوشرط الحرية فظهرت امة فله الفسخ وان دخل فان فسخ قبل الدخول فلاشيء وبعده المسمى للمولى (وقيل) العشراونصفه ويرجع بما غرمه على المدلّس فان كان هى تبعت بعدالعقد ، ولوكان قددفعه اليها استعاد ماوجده و تبعها بمابقى ، ولوكان مولاها فان تلفظ بمايقتضى العتق حكم عليه بحريتها وصح العقد وكان المهر للامة والافهى على الرق ولاشيء له ولالها على الزوج اذافسخ وان كان بعد الدخول فالاقرب وجوب اقل مايصلح ان يكون مهراً للمولى ؛ ولوكان قد دفعه اليها وتلف احتمل تضمين السيد لغروره وضعف المباشرة والرجوع فى كسبها والتبعية بعد العتق ،

بناء على ان الاصل الحرية (ومن) حيث ان العبودية ليست عيبا و الحرية لم يشرطها.

قال قدس الله سره : ولوشرط الحرية (الى قوله) اونصفه .

اقول: قوله (وقيل) اشارة الى قول ابن الجنيد ومحمد بن بابويه وابن حمزة وقد تقدم الكلام فيه .

قال قدس الله سره : ولوكان مولاها (الى قوله) ان يكون مهرا للمولى

اقول: اذا دلس الامة مولاها بالحرية فان تلفظ بما يقتضى الاقرار بالحرية وهواهل لذلك حكم بحريتها فالمهر لها ان كانت اذنت اواجازت على القول بموان لم يحصل ذلك فان فسخ قبل الدخول فلامهر و ان كان الفسخ بعد الدخول اختار شيخنا انه يجب عليه اقل مايمكن ان يكون مهراً لانه وطؤ غيرزنا ولامجرد اباحة وكل وطى كذلك يجب له عوض لاستحالة هبة البضع وهذا هواختيار الشيخ فى المبسوط (و قيل) لاشيء عليه والاصح الاول .

قال قدس الله سره: ولوكان قددفعه اليها (الى قوله) والتبعية بعدالعتق

اقول : اذاكان تدلس الامة بالحرية مولاها بما يوهم الحرية ولم يلزمه فزوجها على انها حرة وكان قددفع اليها المهر بناء على الحرية ثم اتلفه ثم علم ففسخ النكاح بعد الدخول فله الرجوع (اما) بكل المهر اوبما زاد على اقل ما يسمى مهرافى الرجوع عليه احتمالات ثلاثة (الف) المولى لانه غار وكل غار ضامن كمن قدم لغيره طعاما لذلك الغير فان المباشرة تضعف بالغرور ويصير السبب اقوى منها (ب) يجب الرجوع

ولولم يشترط الحرية بل تزوجها على انها حرة فخرجت امة فكما تقدم ، و لو تزوج لاعلى انها حرة ولاشرطها فلاخيار ويثبت الخيار مع رقية بعضها ويرجع بنصيبه من المهر خاصة (فان) كانت هي المدلسة رجع بنصيبه معجلا وتبعت بالباقي مع عتقها اجمع و لو تزوجته على انه حر فبان عبداً فلها الفسخ وان كان بعد الدخول ولها المهر بعده لاقبله و كذا لو شرطت الحرية ولو ظهر بعضه مملوكا فكذلك ولو ظهر معتقا فلاخيار.

ولو تزوجها على انها بنت مهيرة فخرجت بنت أمة قيل كان له الفسخ و الوجه ذلك مع الشرط لامع الاطلاق ولامهر قبل الدخول وبعده يرجع على المدلس اباً كان او غيره ولو كانت هي المدلسة رجع عليها بما دفعه منه الا باقل ما يمكن ان يكون مهراً ، ولو خرجت بنت معتقة فاشكال ؛ ولو ادخل بنته من الامة على من زوجه بنت مهيرة فرق

في كسبها اى يلزم بالاكتساب للاداء جمعا بين ضمان الغار حيث الكسب للمولى وبين ضمان المباشر حيث هي باشرت الاتلاف من غير استحالة فانه في صورة الحرين (١) لا يجتمعان (ج) ان يضمن المباشر خاصة ولايمكن حال العبودية لانها لاتملك وكسبها لغيرها ولايضمن الانسان في مال غيره و يستحيل تكليف مالا يطاق فيتبع به بعد العتق ككل عبد ضمن لامن جهة مولاه .

قال قدس الله سره : ولو تزوجها (الى قوله) لامع الاطلاق .

اقول : قوله قيل اشارة الى قول الشيخ في النهاية و ابن البراج و ابن ادريس وقطب الدين الكيدرى و اختيار والدى المصنف رحمه الله وهو الصحيح اما مع الشرط فظاهر كما مر. واما مع عدمه فلاصالة صحة العقد ولاعيب ولاشرط و نمنع سببية ما ذكره وهو ظنه كونها بنت مهيرة للخيار (احتج) الشيخ برواية محمد بن مسلم ، عن الباقر عليه السلام قال سألته عن رجل خطب الى رجل بنتاً له من مهيرة فلما كانت ليلة دخولها على زوجها ادخل عليه بنتاً له اخرى من امة قال ترد على ابيها و يرد عليه امرأته الحديث (٢) (والجواب) انه غير صورة النزاع لانها تدل على انها زوج بنت المهيرة فادخل عليه بنت الامة .

قال قدس الله سره : ولو خرجت بنت معتقة فاشكال .

---

(١) كذا في النسخ　　(٢) كل باب ٨ خبر ١ من ابواب العيوب

بينهما ولها مهر المثل ويرجع به على السابق ويدخل على زوجته وكذا كل من ادخل عليه غير زوجته فظنها زوجته سواء كانت اعلا او ادون، ولو دخل مع العلم لم يرجع على احد .

ولو شرط البكارة فان ثبت سبق الثيوبة فالاقرب ان له الفسخ ويدفع المهر ويرجع به على من دلّسها فان كانت هي رجع الا باقل ما يمكن ان يكون مهراً وان لم يثبت فلا فسخ لاحتمال تجدده بسبب خفي وقيل له نقص شيء من مهرها وهو ما بين مهر البكر والثيّب

اقول : ينشأ (من) انها بنت حرة فلا نقص (ومن) انها بنت امة في الا صل و هو نقص (و التحقيق) ان هذا الاشكال يرجع الى ان المعتقة هل تسمى مهيرة حقيقة اولا (والحق) الاول ، قال الجوهري المهيرة الحرة فقد حصل الشرط لا نه لم يقيد الحرة بقوله في الاصل بل اطلق فلا خيار .

قال قدس الله سره : ولو شرط البكارة (الى قوله) والثيب عادة .

اقول :هنا مسألتان (الف) في ثبوت خيار الفسخ نص ابو الصلاح على نفيه وهو مشهور بين الاصحاب ، وقال المصنف و نعم ما قال انه ان ثبت شرعا ببينة او تصديق منها كان له الفسخ لفوات الشرط والا فلا (لان) كلما شرط بين الايجاب والقبول من صفات الكمال ثبت بعدمه حال الشرط التدليس والغرور فكان له الفسخ لانه من معنى صحة الشرط والاكان باطلا اذ بعدمه لا يبطل العقد ولا يثبت خيار الفسخ فكان وجوده وعدمه سواء وهذا معنى البطلان (وعلل) بعض القدماء بانها غير المعقود عليها وهو غلط لاستلزامه تحريمها او المصادرة على المطلوب اذا النكاح لا يقع الا على معين بالشخص فالمغايرة التي يستدل بها ان كانت بالشخص اقتضى تحريمها لانه لم يقع عليها العقد و ان عين المغايرة بصفة فكانه قال لا يصح لانه لم يكن على الصفة التي ذكرها وهو نفس الدعوى (ب) في نقصان شيء من مهرها اختلف الاصحاب فيه على قولين (الف) انه لا ينقص شيء وهو اختيار ابن البراج لثبوته بالعقد والاصل البقاء (ب) انه ينقص من مهرها شيء.

واختلفوا فيه على ثلاثة اقوال (الف) انه ينقص شيء مطلقا ولم يعين قدره ، و هو قول الشيخ في النهاية ، وابن البراج تعويلا على رواية محمد بن جزك : قال كتبت الى ابي الحسن عليه السلام عن رجل تزوج جارية بكراً فوجدها ثيباً هل يجب لها الصداق

عادة ، ولو تزوج متعة فبانت كتابية اودواما على رأى من سوغه فلا فسخ الا ان يطلّق او يهب المدة ولا يسقط من المهر شيء ، ولو شرط الاسلام فله الفسخ ولو ادخلت امرأة كل من الزوجين على صاحبه فوطئها فلها المسمى على زوجها ومهر المثل على و اطيها وتردكل منهما على زوجها ولا يطأها الا بعد العدة و لو ماتتا في العدة اومات الزوجان ورث كل منهما زوجته و بالعكس .

ولو اشتبه على كل منهما زوجته بالاخرى قبل الدخول منع منه و الزم الطلاق ولا تحسب في الثلاث ويلزم بنصف المهر فيقسم بينهما بالسوية ان تداعتاه او يقرع فيه او يوقف حتى تصطلحا ويحرم على كل واحد منهما ام كل واحدة منهما و يحرم كل واحد

وافيا ام ينقص قال ينقص تم الحديث(١) ولا بد من اضمار شيء لصدقه على كل ما يمكن اضماره (ب) قول الراوندى انه ينقص السدس لان الشيء في عرف الشرع السدس (وفيه) نظر لان اللازم اضماره المنكّر الكلى الصادق على الكثير والقليل بالا شتراك المعنوى فلا يصلح هذه الرواية للدلالة عليه لان الا عم لا يدل على الاخص ، و صرف الشيء في الوصية الى السدس لا يطرد لعدم لزومه في الاقرار والامر ويبطله ايضا قوله تعالى : **ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً (٢)** وليس المراد السدس (ج) انه ينقص ما بين مهرها بكرا اوثيبا وهو اختيار ابن ادريس (واورد) ربما استغرق فخلا النكاح من مهر (واجاب) عنه والدى في درسه بان المراد ان هذا المسمى هو مهر البكر فينظر فماذا ينقص منه بسبب عدمها في نظر العقلاء فتسقط ذلك او نسبته نقص مهر مثلها الثيب عن مهر مثلها البكر (و الاول) هو الارجح في التفسير لان قيمة المثل يعتبر في المعاوضة المحضة و النكاح ليس منها ، و استحسن نجم الدين بن سعيد احالة تقدير ذلك الشيء الى نظر الحاكم فان اللفظ المجمل اذا عرى عن تفسير شرعى اولغوى رجع فيه الى نظر الحاكم .

قال قدس الله سره : و لو اشتبه على كل منهما (الى قوله) ويحتمل القرعة ابتداء .

---

(١) كل باب ١٠ خبر ٢ من ابواب العيوب　(٢) البقرة ٢٢٩

منهما على اب الزوج وابنه والميراث كالمهر ويحتمل القرعة ابتداء و يثبت المسمى فى كل وطى عن عقد صحيح وان انفسخ بعيب سابق على الوطى او العقد ومهر المثل فى كل وطى عن عقد باطل فى اصله لا المسمى .

اقول : الاشتباه بالمحرّمة محرّم اجماعا لوجوب الاجتناب ووجوب مالا يتم الواجب الّا به لكنه لا يقتضى رفع النكاح بل تعدى تحريم جميع انواع الا ستمتاع و النظر (وبالجملة) جميع ما اباحه النكاح للرجل من المرأة و تعدى تحريم المصاهرة من الزوجة الى الاجنبية فتحرم امّ كل واحدة منهما واختهما (وبالجملة) جميع ما يحرم لتحريمه ان كان جمعا اوعينا فكذلك، وكذا يحرم كل منهما على اب كل منهما وعلى ابنه للعلة المذكورة ويتفرع على ذلك مسائل (الف) الزام كل منهما بالطلاق بمعنى وجوب الطلاق على كل واحد منهما لان الواجب فى كل نكاح احد الامرين، اما امساك بمعروف اوتسريح باحسان لقوله تعالى : **فامساك بمعروف او تسريح باحسان** (١) ولا يجوز اخلاء زمان ممّا منها لثبوت العلة واقتضاء الفاء للتعقيب بلا فصل والاول متعذر هنا فيجب الثانى وهو عبارة عن الطلاق فيجب الطلاق وهو معنى الالزام ، فان حمله على الواجب لا يقتضى بطلانه وصيغة الطلاق ان يقول زوجتى طالق او يطلق كل منهما فيقع الطلاق على الزوجة ويبطل فى الاجنبية ومعنى قوله (ولا يحسب فى الثلاثة) اى باعتبار كل واحدة بعينها اى ايهما تزوج منهما لم يحسب فى الثلاث بالنسبة اليها لعدم العلم بوقوعها عليها ولو جاز له جمعها وتزوج بهما ثم طلق كل واحدة منهما اثنتين فقد وقع على واحدة منهما ثلاث واشتبه فتحرمان الّا بالمحلل كما لو اشتبهت المطلّقة ثلاثاً بالمطلقة اثنتين .

(ب) يلزم نصف، المهر لانه طلاق قبل الدخول فان تساوى المهران جنسا و قدرا فالواجب على كل . نصف و لكل نصف ذلك القدر (ولو كان) مختلفا جنسا او قدراً او هما معا (فاما) ان يعلم كل واحد من الزوجين الذى عليه لكن جهل لمن هو منهما فيؤدى كل واحد منهما نصف ما عليه (ثم نقول) اما ان يقتسم دعوياهما الجنسين فلا نزاع بينهما بل يعطى كل واحدة مدعاها حيث لا تنازعها الاخرى فيها وان تصادمت دعوياهما فى جنس واحد

(١) البقرة ٢٢٨

فروع

(الاول) لوشرط الاستيلاد فخرجت عقيما فلا فسخ لامكان تجدد شرطه فى الشيخوخة وعدم العلم بالعقم من دونه وجواز استناده اليه (الثانى)كل شرط يشرطه فى العقد يثبت له الخيار مع فقده سواء كان دون ما وصف او اعلى على اشكال، نعم لو تزوجها متعة او دواما على رأى بشرط انها كتابية فظهرت مسلمة فلا خيار له (الثالث)

فذلك الجنس حكمه يأتى فى باب تصادم الدعاوى (وخلاصته) اما ان يقتسما منه(او) يقرع بينهما (او) يوقف حتى يصطلحا على ما ياتى ومتى تصادم الدعويان فى جنس فقد انصرفا عن الآخر فيوقف عنه الحاكم كسائر الاملاك المشتبهة الملاك (والاصل فيه) ان المقر له اذا نفى المال كان له العود اليه ومتى ادعته احديهما دفعت ما اخذته من الاولى الى الاخرى ولو ادعتاه اقتسمتا ولم ترد احديهما الى الاخرى شيئا ومنه يظهر حكم ما اذا اختلفا جنسا وقدراً ، ولو قالت كل واحدة لا اعلم الذى لى قسّم كل نصف بينهما نصفين او يقرع بينهما او يوقف الحال فى كل نصف حتى تصطلحا (ولو) اتفق الجنس واختلف القدر قسم الاقلّ بينهما ويبقى التداعى فى الزائد فيقسم او يقرع او تصطلحان .

(ولو)(١) لم يعلم كل واحد ما عليه (فان اتفق) الجنس واختلف القدر دفعا النصف من الاقل كل نصفه وبقى الزائد ان تبرع احدهما به فلا كلام (والّا) بقى حق معلوم الثبوت مجهول المحل والمستحق وهو محصور بين اثنتين لا غير فالاقوى القرعة (ج) الكلام فى الميراث كالمهر اى ان مات احد الزوجين او فريق واحد او الفريقان فالكلام فى الميراث كما قررنا فى المهر يتساوى فيهما او اختلف على ما تقرر قوله (ويحتمل القرعة ابتداء)اى ويحتمل القرعة عند الاشتباه فكل من تعينت له واحدة بعينها بالقرعة ثبتت له ولها احكام الزوجية وتوابعها لانه امر مشكل وكل امر مشكل ففيه القرعة .

قال قدس الله سره : وكل شرط يشرطه فى العقد (الى قوله) فلا خيار .

اقول : الاشكال فى الاعلى ومنشأه ان الاسباب بوضع الشارع ووضع الشارع النقص سببا للخيار وهذا كمال فلا يلزم شرط نقيضه (ومن) انه شرط لم يخالف الكتاب ولا

---

(١) هذا عطف على قوله فاما ان يعلم كل واحد الخ فلا تغفل

لو تزوج العبد على انها حرة فظهرت امة فكالحر فان فسخ قبل الدخول فلا شيء و بعده المسمى على سيده او فى كسبه ويرجع به على المدلس ويكون للمولى ، ولو اعتق قبل الفسخ فالاقرب ان المرجوع به للعبد ثم ان كان الغار الوكيل رجع بالجميع و ان كانت هى

السنة ولامقتضى العقد واستثنى من ذلك انه لو شرط كونها كتابية فى نكاح يجوز له نكاح الكتابية فظهرت مسلمة فلا خيار له لان الخلاف فى جواز نكاح الكتابية ووقع اتفاق المسلمين على عدم تحقق وجوبه بوجه ما و الاقرب عندى عدم الخيار فى هذه المواضع كلها و بطلان هذه الشروط لبعد النكاح عن قبول الخيار و انما يصح شرط النسب والحرية والبكارة ومايؤثر فى الكفارة للنص .

قال قدس الله سره : لو تزوج العبد (الى قوله) ان المرجوع به للعبد .

اقول : وجه القرب ان من دفع عوضا عما ملكه غيره (فاما) ان يكون قد تحمّل للوجوب او الاداء (فالاول) كالاب اذا زوج ابنه الصغير المعسر (والثانى) كما لو تبرع انسان باداء ثمن ما اشتراه غيره فى الذمة عنه (والاول) لا بد من تقدير ملكه لاستحالة ان يملك الانسان شيئاً وعوضه ابتداء على غيره فعلى هذا لو طلق الابن بعد بلوغه قبل الدخول رجع النصف من المهر الى ملك الابن فهيهنا لما استحق على السيد او على ماله فى كسب العبد وملك العبد المعوض عنه ظهر ملك العبد للعوض او لا ثم ينتقل عنه فى مقابله ملك المعوض فاذا فسخ العقد بعد عتقه يرجع العوض الى العبد المعتق لانه ملكه او لا وملك العبد هنا كملك المكاتب ولا استبعاد فيه (وعلى قول) من ملّكه ملكه ظاهر ولانه خرج عن ملك المولى بالعقد والفسخ موجب لابتداء ملك من رد المعوض عنه الذى كان ملكه من حين الفسخ و هو العبد بعد عتقه او نقول العقد سبب لملك الزوج وقد زال المانع فترتب اثر السبب عليه (ويحتمل) ان يعود الى المولى (لان) سبب انتقاله عند العقد وهو غير لازم ومعنى عدم لزومه جواز زوال اثره الذى آثره او لا فلم ينتقل عن المولى انتقالا لازما فيعود اليه (ولان) العبد لم يملك لانه لا يصلح للملك فيعود بالفسخ العوض الى مالكه اولا وهو المولى ولا يتم الا بمنع استحالة ان يملك الانسان معوضا وعوضه على غيره ابتداء وهذا المنع مكابرة فهذا الاحتمال ضعيف فى الغاية.

فكذلك تتبع به لانه ليس برجوع في المهر لان المهر استحقه السيد ورجوعه يكون في ذمتها ، ولو حصل منهما رجع بنصفه على الوكيل حالا ونصفه عليها تتبع به ولو اولد كان الولد رقا لمولاه ان كان المدلس سيدها او اذن لها مطلقا او في التزويج به او باى عبد كان

(الرابع) لو غرته المكاتبة فان اختار الامساك فلها المهر وان اختار الفسخ فلا مهر قبل الدخول وبعده ان كان قد دفعه رجع بجميعه او به الا باقل ما يمكن ان يكون مهراً و ان لم يدفع فلا شيء او يجب الاقل ولو غره الوكيل رجع عليه بالجميع و لو اتت بولد فهو حر لانه دخل على ذلك ويغرم قيمته ويتبع في الاستحقاق ارش الجناية على ولد المكاتبة

قال قدس الله سره: لو غرته المكاتبة (الى قوله) او يجب الاقل .

اقول : هاتان المسألتان فيهما الخلاف المذكور في العيوب اى المرجوع به الكل لان الغرور موجب لضمان ما غرمه الغار كالاجنبي او الزائد على اقل ما يكون مهر اذا فسخ بعد الدخول لامتناع خلو الوطى غير المحرم بغير ملك اليمين عن مهر .

قال قدس الله سره : ولو اتت بولد (الى قوله) على ولد المكاتبة .

اقول : كل ولد حر لا - عن وطى علم تحريمه لامة لم يمسها ملكه حراً على الاصح عندى وعند ابن ادريس و يشترط عدم اشتراط رقيته في عقد عند آخرين ، فولد الحر المغرور (المغرور - خل) بحرية امه قبل ظهور الحال حر لظنه الحرية كما لو وطيء امة الغير على ظن انها امته او زوجته الحرة ولا فرق بين ان يجيز العقد او يفسخ فانه يغرم القيمة و يرجع به على الغار قولا واحداً لانه لم يدخل في العقد على انه يضمنها و فرق بينها وبين المهر لان المهر عوض البضع الذى اتلفه هو مباشرة و قد دخل على انه يضمنه (ومن ثم) اختلف في المهر .

والمستحق للقيمة التى يغرمها هو المولى في الامة القن واما في المكاتبة فاستحقاق قيمة الولد تابع لاستحقاق ارش الجناية على ولد المكاتبة كما اذا قتله جان او جرحه (فان قلنا) ان القيمة او الارش للسيد فقيمة الولد هنا له (وان قلنا) ان قيمة الجناية او ارشها للمكاتبة فيكون قيمة الولد هنا ايضا لها لان القيمة هنا وفى الجناية عوض الولد فكانت لمستحقه ولانها قيمة لولد قدر فيه الرقية وفوت ملكه على مستحقه لو ثبت الخيار هنا

ولوضربها اجنبى فالقته لزمه دية جنين حر لابيه فان كان هو الضارب فللاقرب اليه دونه والا فللامام وعلى المغرور للسيد عشر قيمة امه ان قلنا ان الارش له (الخامس) لايرجع بالغرامة على الغار الا بعد ان يغرم القيمة او المهر للسيد لانه انما يرجع بما غرمه وكذا لو رجع الشاهد ان باتلاف مال اوجناية بعد الحكم لم يرجع المحكوم عليه عليهما الا بعد الغرم وكذا الضامن يرجع بعد الدفع و للمغرور مطالبة الغار بالتخليص من مطالبة

فعلمها لكن لامع تلف العين فاشتركا فى وجه العلية وهو التفويت على المستحق و البحث فى مستحقها يأتى فى موضعه ويتفرع على هذا ماذا كانت هى المدلسة (فان قلنا) ان القيمة لها فلاشىء لها (و ان قلنا) انها للسيد كان على الزوج ان يدفع قيمة الولد و يرجع بها عليها .

قال قدس الله سره : ولوضربها اجنبى (الى قوله) ان قلنا ان الارش له .

اقول: البحث الذى تقدم من غرامة قيمة الولد على تقدير ان ينفصل الجنين حيا فاذا انفصل ميتا (فاما) بغير جناية او بجناية (فان) كان الاول لم يلزمه شىء فانه لاقيمة للميت ولا يعلم جناية قبل الوضع (وان) كان بجناية جان فله صور ذكر فيها صورتين (الف) ان تصدر الجناية من اجنبى فعليه دية جنين حر وسياتى بيانها لانعقاده حراً ، و اذا انفصل مضمونا ضمنه المغرور لانه يضمن له فيضمن عليه كما اذا قتل العبد الجانى تعلقت الجناية بقيمته ولومات لم يكن على السيد شىء فعلى المغرور عشر قيمة الام لانه ضمان رقه والرق يضمن بهذا القدر (وقيل) باقل الامرين من الدية والعشر لانه انما غرم الميت ليقومه بالجناية فلا يزيد عليها وهذا بناء على جواز زيادة جنين الامة على دية جنين الحرة او وجوب العشر (ب) ان تصدر الجناية من المغرور نفسه فعليه دية جنين حر لاقرب الناس اليه فان لم يكن فللامام لانه لايغرم لنفسه كما لوقتل ابنه عمداً وعليه عشر القيمة و فيه مامر ، فان كانت الامة قناً كان العشر للسيد وان كانت مكاتبة (فان قلنا) ان ارش جناية ولد المكاتبة للسيد كان العشر هنا له (وان قلنا) انه لابنه يكون للامة واهمله المصنف هنا لانه قال فى ماسبق (يتبع فى الاستحقاق ارش الجناية على ولد المكاتبة).

المرأة اوالسيدكما ان الضامن يطالب المضمون عنه بالتخليص (السادس) لوانتسب الى قبيلة فبان من غيرها اعلى او ادون فالاقرب انه لافسخ وكذاالمرأة، نعم لوشرط احدهماعلى الاخر نسبا فظهر من غيره كان له الفسخ لمخالفة الشرط وكذا لوشرط بياضاأوسواداًاوجمالا

المقصد الثانى فى المهر وفيه فصول

(الاول) فى الصحيح وهو كل مملوك يصح نقله عيناكان اومنفعة وان كانت منفعة حر كتعليم صنعة اوسورة اوعمل محلّل اواجارة الزوج نفسه مدة معينة على رأى سواء كانت

قال قدس الله سره : لوانتسب الى قبيلة (الى قوله) لمخالفة الشرط.

اقول : الكلام فى موضعين (الاول) فيما اذالم يشترط فى نفس العقد لكن ذكر الرجل الانتساب قبله وفيه اقوال (الف) قول الشيخ فى النهاية انه يبطل التزويج واختاره ابن الجنيد وابن حمزة و ابن البراج جعله رواية (ب) نفى البطلان والخيار اختاره ابن ادريس لعموم قوله تعالى : **اوفوا بالعقود (١)** وهو اختيار والدى المصنف وهو الحق عندى (ج) ان للمرأة خيار الفسخ حكاه الشيخ فى المبسوط وهوالاقرب عندالمصنف فى المختلف (د) ثبوت الخيار لهاان بان ادنى لااعلى ، وهوالاقرب عندالمصنف فى المختلف وتمسك للشيخ بمارواه الحلبى فى الصحيح ، عن الصادق عليه السلام : قال فى رجل يتزوج المرأة فيقول انامن بنى فلان فلايكون كذلك قال تفسخ النكاح اوقال ترد(٢) الموضع الثانى اذاشرط ذلك فى نفس العقد ثبت له الخيار ولا واحداً.

المقصد الثانى فى المهر وفيه فصول الاول فى الصحيح

قاعدة : المهر مال يجب بوطى غير زنا منها ولاملك يمين او بعقد النكاح و له تسعة اسماء الصداق - والصدقة - والمهر - والنحلة - والفريضة - والاجر - و العلايق - والعقر - والحباء .

قال قدس الله سره : اواجارة الزوج نفسه مدة معينة على رأى .

---

(١) المائدة ١

(٢) ئل باب ١٦ خبر ١ من ابواب العيوب

معينة أومضمونة ولوعقدالذميان على خمر اوخنزير صح فان اسلم احدهما بعدالدفع برىء الزوج وقبله تجب القيمة عندمستحلّيه سواءكان معينا او مضمونا ولايتقدر المهر قلة و كثرة على رأى مالم يقصر عن التقويم (التقوم ـ خل) كحبة حنطة ، وليس ذكره شرطا

اقول : اختلف اصحابنا فى جواز جعل اجارة الزوج نفسه مدة معينة بحيث تكون متعلقة بعينه بمعنى انه لايقبل النيابة مهراً ، فمنع الشيخ منه فى النهاية و ابن البرّاج فى الكامل ، وجوزه المفيد وابن الجنيد وسلار وابن ادريس ووالدى المصنف وهو الحق عندى (لما) رواه محمدبن مسلم فى الصحيح عن الباقر عليه السلام قال جائت امرأة الى النبى صلى الله عليه وآله الى قوله: زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلّمها اياه (١) (احتج) المانع بانه يستلزم امكان خلوّ البضع عن عوض واللازم محال وكل ما استلزم امكان المحال فهو باطل (اما الاولى) فلجواز موته (واما الثانية) و(الثالثة) فظاهرتان وبما رواه احمد ابن محمد فى القوى عن ابى الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل يتزوج المرأة و يشترط اجارة شهرين فقال ان موسى عليه السلام قدعلم انه سيتمّ له شرطا فكيف لهذا بان يعلم انه سيبقى حتى يفى الحديث (٢)

قال قدس الله سره : ولايتقدر المهر قلة ولاكثرة على رأى .

اقول : لاخلاف عندنا فى عدم تقدّره فى القلة الّا باقل ما يتملك و الخلاف فى الكثرة، والذى اختاره والدى المصنف هنا هو المشهور بين الاصحاب واختاره الشيخان و ابن ابى عقيل و سلار وابوالصلاح وابن البراج وابن ادريس و قال السيد المرتضى لايتجاوز بالمهر خمسمائة درهم جيادا قيمته خمسون ديناراً فمازاد على ذلك ردّ الى هذه السنّة وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد والاصح عندى الاول لقوله تعالى : **وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احديهن قنطاراً فلاتأخذوا منه شيئا** (٣) و عموم قوله تعالى **فنصف ما فرضتم** (٤) **وآتوا النساء صدقاتهن نحلة** (٥)

(١) ئل باب ٢ خبر ١ من ابواب المهور (٢) ئل باب ٢١ خبر ١ من ابواب المهور
(٣) النساء ٢٤ (٤) البقرة ٢٣٧ (٥) النساء ٤

فلو اخل به او شرط عدمه صح العقد فان دخل فلهامهر المثل وانما يفيد ذكره التعيين والتقدير فيشترط فى صحته مع ذكره التعيين (اما) بالمشاهدة وان جهل كيله او وزنه كقطعة من ذهب وقبة من طعام (او) بالوصف الرافع للجهالة مع ذكر قدره ان كان ذا قدر فلو ابهم فسد وصح العقد.

ولو تزوجهن بمهر واحد صح وبسط على مهور الامثال على رأى .

ومارواه الوشا فى الصحيح عن الرضا عليه السلام قال سمعته يقول لو ان رجلا تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين الفا وجعل لابيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً والذى جعله لابيه فاسداً(١) ولان مهر ام كلثوم بنت على عليه السلام اربعون الف درهم (٢)

احتج المرتضى بالاجماع على صحة كون القدر المدعى مهراً واذا ذكر فى العقد ثبت احكامه ولا اجماع على الزائد ولا دليل شرعى عليه فيجب نفيه (و الجواب) انه ضعيف فى الغاية اذ نفى الاجماع لا يدل على النفى وعدم وجدان الدليل لا يدل على العدم ثم كيف نفى الدليل مع دلالة الآيات المذكورة (لا يقال) روى المفضل بن عمر قال دخلت على ابى عبدالله السلام فقلت له اخبرنى عن مهر المرأة الذى لا يجوز للمؤمن ان يجوزه قال فقال السنة المحمدية خمسمائة درهم فما زاد على ذلك رد الى السنة ولا شيء عليه اكثر من الخمسمائة (٣) (لانا نقول) راوى هذه الرواية محمد بن سنان وقد نص الشيخ على انه مطعون فيه ضعيف جداً و ما يتفرد به لا يعمل عليه هذا كلام الشيخ رحمه الله فلا عمل بهذه الرواية .

قال قدس الله سره : ولو تزوجهن على مهر (بمهر-خل) واحد صح و قسط (بسط-خل) على مهور الامثال على رأى .

اقول : قال الشيخ فى المبسوط يكون بينهما بالسوية وتبعه ابن البراج عملا بالاصل لان النكاح ليس معاوضة حقيقية ولا يعتبر فيه قيمة البضع ولهذا جعل بعضهم مهر

---

(١) ئل باب ٩ خبر ١ من ابواب المهور

(٢) ئل باب ٩ خبر ٢ من ابواب المهور　(٣) ئل باب ٨ خبر ١٢ من ابواب المهور

ولو تزوجها على خادم او بيت او دار ولم يعيّن ولا وصف قيل كان لها وسط ذلك، ولو تزوجها على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله وسلم ولم يسم مهراً فمهرها خمس مائة درهم ولو اصدقها تعليم سورة لم يجب تعيين الحرف (١) ولقنها الجائز على راى ولا يلزمه غيرها لو طلبت وحده ان تستقل بالتلاوة ولا يكفي تتبّع نطقه . ولو نسيت الآية الاولى عقيب تلقين الثانية لم يجب اعادة التعليم على اشكال ، ولو لم يحسن السورة صح فان تعذر تعلمها او تعلمت من غيره فعليه الاجرة وكذا الصنعة ، ولو عقد مرتين على مهرين فالثابت الاول سراً كان اوجهراً ، والمهر مضمون في يد الزوج الى ان يسلّمه (فان تلف) قبله بفعل المرأة برىء وكان قبضا ،(وان تلف) بفعل اجنبي

السنة واحداً في الكل وقال بعض الاصحاب يقسط على مهور الامثال كما لو تزوج واشترى بعوض واحد واختاره والدي المصنف في هذا الكتاب والمختلف و هو الاقوى عندي .

قال قدس الله سره: ولو تزوجها على خادم (الى قوله) لها وسط ذلك

اقول :قوله(قيل) اشارة الى قول الشيخ الطوسي في النهاية وتبعه ابن ادريس (وقيل) الاقل والاقوى بطلان المهر والرجوع الى مهر المثل .

قال قدس الله سره : ولو اصدقها (الى قوله) على رأى

اقول : هذا قول الشيخ في المبسوط (النهاية ـ خل) وقيل ولا بد من التعيين لانتفاء الغرر معه والحق الاول.

قال قدس الله سره : ولو نسيت الاية الاولى (الى قوله) على اشكال .

اقول : انما فرض الكلام في آية لانه لو علمها اقل من آية لم يعتد بذلك نص عليه في المبسوط ومنشأ الاشكال (من) وجوب تعليم كل واحدة من الآيات عليه فاذا علّمها آية فقد برئت ذمته من تلك الآية فلا يعود وجوبه عليه بغير سبب وقال الشيخ في المبسوط وهو الاقوى وذكر فيه وجها ثانيا انها لا تكون قابضة لاقل من ثلاث آيات لان اقل ما يقع به الاعجاز ثلاث آيات لقوله تعالى **فأتوا بسورة من مثله** (٢) و اقل سورة وجدت في القرآن ثلاث آيات وهي سورة الكوثر (ومن) ان الصورة التركيبية للمجموع لم يحصل

---

(١) اى احدى القراآت السبع

(٢) البقره ٢٣

تخيرت بين الرجوع على الاجنبي أو الزوج ويرجع الزوج عليه (وان تلف) بفعل الزوج او بغير فعل احد رجعت عليه بمثله فان لم يكن مثليا فالقيمة فيحتمل اكثر ما كانت من حين العقد الى حين التلف لانه مضمون في جميع الاحوال وحين التلف لانه مضمون بغير تعد منه اما لو طالبته بالتسليم فمنعها (فعلى الاول) يضمنه باكثر ما كانت قيمته من حين العقد الى حين التلف (وعلى الثاني) باكثر ما كانت قيمته من حين المطالبة الى حين التلف لانه غاصب، و لو تعيب في يده (قيل) تخيرت في اخذه او القيمة، والاقرب اخذه واخذ ارشه، ولها ان تمتنع قبل الدخول من تسليم نفسها حتى تقبض المهر سواء كان الزوج موسراً او

لها وهو المطلوب لان الاعجاز بالصورة التركيبية والاقوى عندي الثاني.

قال قدس الله سره : وان تلف بفعل الزوج (الى قوله) بغير تعد منه.

اقول : اصل هذه المسألة ان هذا الضمان عند اصحابنا ضمان يد لا ضمان عقد و ضمان اليد يرجع فيه بالقيمة او المثل (اما المقدمة الاولى) فلان الصداق نحلة لقوله تعالى **وآتوا النساء صدقاتهن نحلة** (١) ولا يفسد النكاح بفساده ولا ينفسخ برده ولا يسقط بمنعها نفسها الى موتها ولا يضمن له البضع ولا شيء من الاعواض كذلك (قالوا) هذا يضمن والنحلة لا تضمن (قلنا) نمنع الكلية فان الاصل في مال الغير الضمان باليد الا بمزيل وليس وللنص (قالوا) يرد بالعيب وهو من خواص المعاوضة (قلنا) نمنع الاختصاص (واما المقدمة الثانية) فاجماعية اذا عرفت ذلك (فنقول) وجه الاحتمالين المبنيين على انه ضمان يد مذكور هنا فلا نطول بذكره.

قال قدس الله سره : ولو تعيب في يده (الى قوله) واخذ ارشه.

اقول : (الاول) قول الشيخ في المبسوط لانه انما اصدقها العين سليمة و هي مضمونة في يده فهي بالخيار بين ان تقبضه ناقصا او ترد فان اختارت الرد كان كتلف الصداق المعين قبل القبض والضمان ضمان يد (ووجه) اختيار المصنف ان عين ما تناوله العقد موجود والنقص مضمون عليه فيرده مع الارش.

قال قدس الله سره : ولها ان تمتنع (الى قوله) خلاف.

---

(١) النساء ٤

معسراً (وهل) لها ذلك بعد الدخول خلاف .

ولوكان مؤجلا لم يكن لها الامتناع فانامتنعت وحلّ لم يكن لها الامتناع على رأى لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول ، وانما يجب تسليمه لوكانت متهيّأة للاستمتاع فانكانت محبوسة أوممنوعة بعذر لم يلزم ، ولوكانت صبية فالاقرب وجوب التسليم مع

اقول : قال الشيخ في النهاية للمرأة ان تمتنع من زوجها حتى تقبض منه المهر فاذا دفعه لم يكن لها الامتناع فان امتنعت بعد استيفاء المهر كانت ناشزاً ولم يكن لها عليه نفقة واطلق ولم يفصّل الى ما قبل الدخول وبعده وتابعه على الاطلاق ابن البراج في كتابيه معاوهو قول المفيد رحمه الله وقوى في المبسوط ان لها الامتناع بعد الدخول حتى تقبض المهر وقال في الخلاف اذا سمى الصداق ودخل بها قبل ان يعطيها شيئا لم يكن لها الامتناع من تسليم نفسها حتى يستوفي بل لها المطالبة بالمهر ويجب عليها تسليم نفسها وهو اختيار ابي الصلاح وقال ابن ادريس ليس لها الامتناع بعد الدخول بل لها المطالبة بالمهر ويجب عليها التمكين وهو اختيار والدى المصنف في المختلف وهو الاقوى عندى لان البضع حقه والمهر حق عليه وليس اذا كان عليه حق جاز ان يمنع حقه وجاز ذلك قبل الدخول اجماعا فبقى بعده (ولانه) في المعاوضة المالية المحضة و هو البيع المجمع عليه انا سلّم احدهما ماعليه من العوض قبل قبض العوض الآخر لم يكن للآخر الامتناع و كذا في الاجارة .

قال قدس الله سره : ولو كان مؤجلا (الى قوله) قبل الحلول .

اقول : تقرير هذه المسألة انه اذا كان المهر مؤجلا لم يكن لها الامتناع قبل الحلول وقبل الدخول اجماعا فان امتنعت وفعلت محرما ولم تدخل حتى حل فهل لها الامتناع قيل لها ذلك لعموم النّص ان لها الامتناع قبل الدخول ولان المانع هو الدخول ولم يحصل ورده المصنف باستقرار وجوب التسليم قبل القبض و الاصل الاستصحاب وهو الاقوى عندى .

قال قدس الله سره : وانما يجب تسليمه (الى قوله) مع طلب الولى .

اقول : لا يجب تسليم الصبية غير البالغة الى الزوج لان امساك الصغيرة حضانة و امساك الزوج للاستمتاع التام لا للحضانة وليست اهلا له ولو دفعوها اليه لم يجب عليه

طلب الولى . ولومنعت من التمكين لا للتسليم ففى وجوب التسليم اشكال ،ولومكّنت كان لها الطلب وان لم يطأفان رجعت الى الا متناع سقط طلبها الا اذا وطئها فان المهر يستقر بالوطى مرة . ولودفع الصداق فامتنعت من التمكين اجبرت وليس له الاسترداد واذا سلم الصداق فعليه ان يمهلها مدة استعدادها بالتنظيف والاستجداد ولا يمهلها لاجل تهية الجهاز ولالأجل الحيض لامكان الاستمتاع بغير القبل . ولوكانت صغيرة لا تطيق الجماع اومريضة وجب الامهال .

وانما يتقرر كمال المهر بالوطى اوموت احدالزوجين لا بالخلوة على الاقوى .

ويستحب تقليله ويكره ان يتجاوز السنة وهو خمسمائة درهم وان يدخل بالزوجة

تسلّمها اذا تقرر ذلك (فهل) يجب عليه تسليم المهر مع طلب الولى (اختار) والدى المصنف الوجوب لانه حق حال (مالى-خ) للمرأة فيجب تسليمه اليها و النكاح ليس معاوضة حقيقية و قال فى المبسوط الا قوى انه لا يجب تسليمه كما لا يجب تسليم النفقة لان الاستمتاع غير ممكن وجزم ابوالصلاح بعدم وجوب التسليم والاقوى عندى اختيار والدى المصنف رحمه الله .

قال قدس الله سره : ولو منعت من التمكين لاللتسليم ففى وجوب التسليم اشكال.

اقول : ينشأ (من) ان وجوب التمكين موقوف على تقدم التسليم فلا يتوقف عليه التسليم والادار (ومن) انها منعت العوض لالقبض عوضه بل غصبا فلا يستحق تسليمه اليها والاقوى عندى الاول .

قال قدس الله سره : وانما يتقرر (الى قوله) على اشكال .

اقول : المهر الواجب بالنكاح اوالفرض يستقر عندوالدى المصنف باحد امور ثلاثة (الف) الوطى ولوكان حراما كمافى الاحرام والحيض لانه يوجبه ابتداء فى الشبهة فتقريره فى الصحيح اولى (ب) موت الزوج وحكمه كالارتداد عندالاكثر خلافا للصدوق (والحق) مذهب والدى لان الموت لا يبطل آثار النكاح لانهما يتوارثان فآثار النكاح ثابتة بعدالموت ومن جملتها المهر وعدم بقائه بعده لان الموت نهاية له وانتهاء العقد

قبل تقديمه او بعضه اوغيره ولوهدية ولافرق بين موت الزوج قبل الدخول اوالمرأةفي

يستحق بهاستيفاء المعقودعليه (ج) موتالزوجة وسياتى (بقىهنا مسألة) وهىانالخلوة هللهااثرفىالمهرام‌لا،فيه اقوالستة (الف) قالقوم انها تقرر كالوطى قال الشيخ فى الخلاف والمبسوط قال بهقوم منأصحابنا لمارواه زرارة عنالباقر عليه السلام قال اذا تزوج الرجل المرأة ثم خلابها فاغلق عليها بابا اوارخىستراً ثم طلقها فقد وجب الصداق و خلائه بهادخول (١)ولضعف سندها ردّهاالمصنفونزّلها ابنأبى عميرعلى حكمالحاكم به ظاهراً ولايحل للمرأة منغيردخول (ب) انأثرها وجوبه ظاهراً ويحكم بهالحاكمولا يحل عليها انلميكن قددخل بان تأخذاكثر منصفهوان اثبت الزوج بكارتها لميلزمه اكثرمنالنصف لانهيدل علىعدم الدخول وهوقول الشيخ فىالنهاية وابن البراج وقطب الدين الكيدرى للرواية المتقدمة وتنزيلها (ج) وجوب المهرمعها اذا انزلالماءبلمس اونظراليها وهوقول ابنالجنيد (د) اثرها تقديم قولها مع اليمين اذاادعت الوطى فى الخلوة وانكره واعترف بالخلوةولابيّنة علىنفيه فان امكنهاقامة بينةثبت بهاعدمالوطى ضمنا لميلزمه اكثرمن النصف والاحلفت و لزمه الكل وهو قول ابنحمزة و استحسنه والدى فىالمختلف (ه) قالالصدوق رحمهالله اثرها وجوبحكم الحاكم بالوطى و ان اعترفا بنفيه لانها تنفىالعدة وينفى هوالمهر (فان) قصدبذلك وجوب تمام المهر عليه فليسبجيد لانالمهر فىهذه الصورة اماانيجببالخلوة اوبالوطى اوبمجموعهماولارابع ونفى الاول بقوله(لانهينفىالمهر) فجعل نفىالوطى علة فىنفى المهروكل ما عدمهعلة فىالعدم فثبوته علةفىالثبوت والثانى قداقرت المستحقة للمهر بنفيهونفى السبب كنفى المسبب وكذا الثالثمع بطلانه اجماعا (وانقصد) وجوب العدة عليها لانهاحكمشرعى ولها الدعوىبالمهر كالمقرّله اذانفاه ثمادعاه فلهتمشية .

و قال قول لا اثرللخلوة البتة حكاه الشيخ فىالخلاف والمبسوط قال وهوالظاهر منروايات‌اصحابنا فيثبت نصف المهرا وتنتفى العدة وهوالاصح عندى وعندوالدىوجدى لقولهتعالى: **وانطلقتموهن منقبلانتمسوهن وقدفرضتم لهن فريضة فنصف**

---

(١) ثلب ٥٥ خبر ٣من ابواب المهور .

استقرار جميع المهر، لكن يستحب لها اذا مات الزوج ترك نصف المهر (وقيل) لو ماتت قبل الدخول كان لاوليائها نصف المهر وليس بجيّد. ويكره للوارث المطالبة بالمهر مع الدخول اذا لم تكن قد طالبت به .

مافرضتم (١) ولامسيس للاصل ولان الخلوة اعم منه والعام لايستلزم الخاص ومارواه يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال سمعته يقول لايوجب المهر الا الوقاع فى الفرج(٢) (قالوا) الخلوة سبب لوجود الداعى وانتفاء الصارف للاصل فيحكم بالمسبب فيحكم بمعلوله اومظنة حكم الشارع باقامتها مقام الاصل ولما روى عن امير المؤمنين عليه السلام اذا اغلق بابا وارخى ستراً فلها الصداق كاملا وعليها العدة (٣) (قلنا) ان عنيتم السبب الشرعى فهو نفس المدعى وان عنيتم العقلى فمالم يوجد لم يوجد مسبّبه بمجرد وجوده لماثبت فى الكلام والمظنة عندنا بلاحكم الشارع باقامتها مقام الاصل لااعتبار بها لانها من باب القياس فى الاسباب ونمنع اقامة الشارع لها مقام ماهى مظنة له فى السببية والحديث المذكور ضعيف السند جدّا (واعلم) انه ينبغى على القول بالخلوة اشتراط عدم المانع الشرعى كالصوم والحيض والاحرام ولم يذكروا ذلك وعدلنا عن لوازم الاحكام المذكورة لئلا يخرج عن حد الشرح .

قال قدس الله سره : وقيل لوماتت (الى قوله) وليس بجيد .

اقول : قوله (وقيل) لوماتت الخ اشارة الى قول الشيخ فى النهاية وابن البراج فى الكامل وقطب الدين الكيدرى لماتقدم فى رواية يونس وليس بجيد لما تقدم من وجوب المهر بالعقد والاصل البقاء وحمل شيخنا نجم الدين ابو القاسم كلام الشيخ الطوسى رحمه الله على انها ماتت ولاولد لها فكان للزوج النصف بالميراث قال لان المستقر فى المذهب وهواصح الروايتين أن المهر تملكه المرأة بنفس العقد فاذامات احديهما كان

---

(١) البقرة ٢٣٧ (٢) ك ل باب ٥٥ خبر ١ من ابواب المهور

(٣) ك ل ب ٥٥ خبر ٥ من ابواب المهور ولفظ الخبر هكذا من اجاف من الرجال على اهله بابا اوارخى سترا فقد وجب عليه الصداق .

الفصل الثانى فى الصداق الفاسد

ولفساده اسباب (الاول) عدم قبولية الملك كالخمر والخنزير مع اسلام احد الزوجين وكالحر ومالا قيمة له ولا منفعة مباحة فيه ، فلو تزوج المسلم على خمر او خنزير او حر بطل المسمى وقيل العقد وهل تثبت قيمة المسمى او مهر المثل قولان الاقرب الثانى،

المهر ثابتا باجمعه فاذا كان الميت هى ، ورث الزوج النصف وكان الباقى لباقى و رثتها واليه اشار بقوله لاوليائها لكن الافضل ان لا يأخذوا الا نصفه وحصة الزوج فى النصيب معهم وهذا التأويل بعيد لانه يحتاج الى اضمار عدم الولد وليس فى اللفظ قرينة دالة عليه والحق عندى انها تملك جميع المهر بالعقد و يكون ميراثا لورثتها بعد الديون والوصايا اذا ماتت واستحقاق الزوج بالميراث النصف مع عدم الولد تابع لملكها متأخر عنه كساير الورثة .

الفصل الثانى فى الصداق الفاسد

ولفساده اسباب (الاول) عدم قبولية الملك

قال قدس الله سره : فلو تزوج المسلم (الى قوله) اقربه الثانى

اقول : ذكر فى هذا الفصل بيان جهات الفساد فى الصداق ورتبها على انواع ستة النوع الاول ان لا يكون المذكور مالا وفيه مسائل (الف) ان لا يكون مالا من حيث الاسم ولا من حيث الاشارة وقد ذكره فى هذا الكلام (وتقريره) انه اذا عقد المسلم على خمر او خنزير بان تقول زوجتك نفسى على كذا رطل خمراً اوعلى هذا الخنزير او على هذا الحر قال الشيخ فى النهاية والمفيد فى المقنعة وابن البراج وابو الصلاح يبطل العقد وقال الشيخ فى الخلاف يصح العقد ويبطل المسمى كقول ابن الجنيد وهو اختيار المصنف ههنا وهو الاصح لان الصداق ليس ركنا فى النكاح وانما الركن فيه الزوجان ولهذا شرط تعيينهما فى العقد كالعوضين فى البيع ولم يشترط ذكر المهر فى العقد ولا ينفسخ النكاح ببطلانه لو خرج مستحقا ولانه نحلة للآية ولاشى من العوض بنحلة لان معناها التبرع و هو ينافى معنى العوض (قالوا) النحلة هى التدين (التبرع- خل) والعطية من الله (قلنا)

ولو تزوجها على ظرف خل فخرج خمراً صح العقد وثبت مهر المثل (وقيل) مثل الخل

مجاز اذهو اولى من الاشتراك ولانه كلما لم يتوقف ثبوته على ثبوت الآخر لم يكن نفى ذلك الآخر مقتضيا لنفيه (احتج) الشيخ بانه عوض لانه اجر لقوله تعالى **اجورهن** (١) ولان الصيغة زوجتك بكذا كبعتك بكذا ولان العقد تابع لوجه التراضى و انما تراضيا بذلك فنفيا غيره واذا متمول (والجواب) هو بالنحلة اشبه منه بالعوض لان العوض يبطل المعوض ببطلانه والثانى منقوض بالمغصوب اذا جعل مهرا اذا تقرر ذلك (فنقول) على القولين يبطل المسمى والخلاف فيما يجب بالوطى وكل من قال ببطلان النكاح قال بوجوب مهر المثل واختلف القائلون بصحة العقد على اقوال ثلاثة (الف) انه يجب مهر المثل اختاره الشيخ فى الخلاف وابن حمزة ويظهر من كلام ابن ادريس (و لان) بطلان المسمى يوجب بطلان التسمية فيجب بالوطى مهر المثل لانه اذا بطل احد العوضين وجب رد الآخر فاذا تعذر وجب قيمته وقد انتفى الصداق و بصحة عقد النكاح تعذر رد عوضه فوجبت قيمته وهى مهر المثل (ب) تقدر المالية فيه فيقوم الحر لو كان عبداً و الخمر عند مستحليه اختاره بعض الاصحاب لانه لما ذكر عوضا كان قصدهما ذلك العوض دون قيمة البضع وهى مهر المثل وللمذكور خصوص وهو عينه وعمومه وهو المالية بتقديرهما لانهما قد راه مالا فاذا لم يكن للعين اعتبار اعتبر الذكر فى المالية فلا يلغو التقدير بذلك القدر فى القيمة المقدرة (ورد) بان تقدير المالية فيما يمتنع فيه تقدير للمحال فيلغو التقدير كما يلغو التعيين ويفيد الذكر قصد العوض وعدم الرضا بالتفويض (ومن ثم) فرق الشيخ بين الحر والخمر فان الخمر ماليته منفية للمسلم لا عليه للذمى وعليه لمثله فجعل فى الحر مهر المثل وفى الخمر قيمته وهو الثالث من الاقوال .

قال قدس الله سره : ولو تزوجها (الى قوله) وقيل مثل الخل

اقول : هذه المسألة الثانية وهى ان يكون مالا من حيث الاسم وليس بمال من حيث الاشارة وفى هذه المسألة اقوال ثلاثة (الف) وجوب مهر المثل لانه سمى هذا الشخص من حيث هو شخص وقد بطل ولا مالية له ولا مثل (ولانه) جمع بين الشخص والصفة

---

(١) النساء ٢٨

وكذا لو تزوجها بعبد فبان حراً لو مستحقا ولو تزوجها على عبدين فبان احدهما حراً لم ينحصر الصداق في الآخر بل يجب بقدر حصته الحر من مهر المثل او قيمته لو كان عبداً ، ولو اصدقها عينا فخرجت مستحقة فان كانت مثلية فالمثل والا فالقيمة ويحتمل مهر المثل.

وهما لا يجتمعان وترجيح احدهما لا يقتضيه العقد بل الاشارة ارجح لانها دالة على الذات فيرجع الى مهر المثل وهو اختيار بعض الاصحاب و فرق بين هذه المسالة و المتقدمة (لان) تلك عقدا مع علمهما بكونه خمراً واما هنا فلم يعلما بذلك (ب) انه يثبت تقديره خلا لانهما ذكرا التقدير للخل ولم يذكرا الخمر فيبطل الشخص و بقي تعيين القدر و الوصف المذكور وهو الخل واختاره ابن الجنيد وابن ادريس (ج) قول الشيخ في الخلاف والمبسوط انه يلزمه قيمته عند مستحليه تغليبا للشخص على الوصف وهنا لا يحتمل بطلان العقد لانهما قصدا المالية .

قال قدس الله سره : ولو اصدقها (الى قوله) ويحتمل مهر المثل .

اقول : هذه المسألة الثالثة من المسائل وهي ان لا يكون مالا للمصدق بل لغيره و فيها احتمالان ذكرهما (ووجه الاول) ان العقد تناول ملك العين وقد تعذر ايصالها لحق الغير فوجب المثل في المثلية والقيمة في غيرها لقيام المثل او القيمة مقام العين مع تعذرها كما لو تلفت بعد العقد وقبل قبض المرأة (ومن) انه لا يصح ان يصدق مال الغير بغير اذنه فيكون المهر فاسداً فالتسمية في العقد توجب المسمى مع صحتها ومهر المثل مع فسادها ولا يكون بمنزلة من لم يسم كما توهمه متوهم (وفي الاول نظر) لان التعذر الموجب للمثل او القيمة هو تعذر ما استحق شخصه وملك وهنا ليس كذلك (والتحقيق) ان مبنى هذه المسألة هو القاعدة المتقدمة (من) ان المهر هل هو عوض حقيقة اولا (فعلى الثاني) يجب مثله ان كان مثليا و الا قيمته لانه ليس بركن ولا عوض وانما افاد ذكره التقدير بذلك القدر وان لغى التعيين ولا يلزم تقدير المالية فيما لا مالية فيه هنا لتحقق المالية و انما ارتفعت الاضافة المخصوصة وتقديره بالمثل او بالقيمة (وعلى الاول) ثبت مهر المثل لانه اذا فسد العوض وتعذر الرجوع الى عين العوض الآخر لصحة النكاح فيرجع الى قيمته وهو مهر المثل .

(الثاني) الجهالة - فلو تزوجها على مهر مجهول بطل المسمى و ثبت مهر المثل لتعذر تقويم المجهول ولوضمه الى المعلوم احتمل فساد الجميع فيجب مهر المثل واحتساب المعلوم من مهر المثل فيجب الباقي فلو زاد عن مهر المثل لم يجب الزيادة

قال قدس الله سره : فلو تزوجها (الى قوله) دون الثاني .

اقول : هذا الفرع الثاني من اسباب الفساد و هو الجهالة والمجهول كأن يقول زوجتك بشيء ففساد المسمى لايوجب فساد التسمية لان اثر التسمية عدم التفويض وثبوت المالية بنفس العقد قيل والتقدير وقيل بل هو اثر صحة المسمى (ومن ثم) اختلف في وجوب مهر المثل اوقيمته اومثله عند فساده واما التعيين وهو تابع للمسمى اذا تقرر هذا (فنقول) مع كون المهر مجهولا ينبغي التقدير والتعيين ولايبطل العقد فيجب مهر المثل لان التقدير اما بالمسمى اوبقيمة البضع لان التقدير باحد العوضين فاذا ضم المعلوم الى المجهول ففيه احتمالان (احدهما) فساد المسمى في الكل لان الكل هو المهر وجهالة الجزء تستلزم جهالة الكل وجهالة المهر المسمى موجبة لبطلانه (ولامتناع العلم) بنسبة المعلوم الى الكل والى المجهول وكونه كل المهر لان التسمية اقتضت كونه جزء فكونه كلا يضاد مقتضى التسمية فيبطل لانه لم يحصل الرضا به فعلى هذا الاحتمال يفسد المعلوم ولااعتبار به حينئذ لانه لايجب دفعه فلااعتبار بزيادته على مهر المثل ولانقصانه لوجوب مهر المثل من غير التفات اليه .

(وثانيهما) احتساب المعلوم من مهر المثل لانه اقرب الى متناول العقد من عوضه ولتعلق الغرض بخصوصيات الاموال (وفيه نظر) فان علة وجوب مهر المثل فساد عقد المسمى فيرد عين معوضه فاذا تعذر لصحة النكاح وجبت قيمة العين ووجوب المعين تابع لصحة عقده اى صحة تسميته فوجوب مهر المثل والمعين يستلزم اجتماع النقيضين وهو محال فعلى احتسابه يحتمل وجهان (احدهما) ان يكون اداء لمهر المثل كمن سمى مقداراً من احد النقدين وشرط ان يعطيها عينا معينة بحساب قيمتها منه وعلى هذا الاحتمال ينسب المعلوم المذكور الى مهر المثل فاما ان ينقص عن مهر المثل اويساويه اويزيد عليه (فان) كان الاول وجب الباقي (وان) كان الثاني تعين و(ان) كان الثالث لم تجب الزيادة والى هذا الاحتمال اشار

على الاول دون الثاني ، ولوتزوج واشترى واستاجر بسط على مهر المثل وثمنه واجرته ولوزوجه جاريته وباعها منه بطل النكاح وسقط من المسمى بنسبة مهر المثل ولوتزوج بها واشترى منها دينار اً بدينار بطل البيع ووجب مهر المثل والاقوى مايقتضيه التقسيط من المسمى، ولواختلف الجنس صح الجميع .

المصنف بقوله (على الاول) فى قوله (فلوزادت قيمته عن مهر المثل لم تجب الزيادة) .

(وثانيهما) انه يجب لكونه جزء من المسمى فيكون جزء من مجموع هو عوض وقد انفسخ عقده فى الجزء الآخر لمعنى فيه دون هذا الجزء فيسقط دون هذا الجزء الآخر ولايمكن بطلان جزء من معوضه الذى هو البضع لصحة النكاح فيجب عليه جزء من قيمة معوضه و هو مهر المثل فنسبة جزء القيمة اليها كنسبة الجزء الباطل الى مجموع المسمى فامااان يقسط باعتبار العدد لعدم اعتبار قيمة الجزء المجهول كما لوتزوج على عبد وزق خمر على ماتقدم من الاحتمال فيجب من مهر المثل مع المعلوم النصف عوضا عن المجهول المطلق لانه جزء فيه مالية فكان اولى من الحر والخمر باعتبار نفس الاثنينية واما ان يقسط باعتبار المالية والمثل او القيمة فينزل المجهول على اقل مايتملك لثبوت مطلق الملكية و عدم التقدير فثبوت الاقل متعين والاصل عدم الزيادة فيقسم المعلوم على اجزاء اقل مايتملك ويضاف الى المجموع واحد آخر هو اقل مايتملك عوضا عن المجهول ويقسم مهر المثل على تلك العدة ويجب قسط جزء واحد منه مع المعلوم عوضا عن الجزء المجهول فلوكان عدد المعلوم اذا قسم على اقل مايتملك عشرة اجزاء اضاف اليها واحد ويقسم مهر المثل على احد عشر جزء فيؤخذ منه جزء واحد يضم الى المعلوم ويكون هو المهر الواجب عليه والى هذا الاحتمال اشار المصنف بقوله (دون الثانى) فى قوله لم تجب الزيادة فى الاول دون الثانى فانها تجب .

قال قدس الله سره : ولو تزوج (الى قوله) التقسيط من المسمى.

اقول : اذا تزوج امرأة و اشترى منها ديناراً بدينار مع اتحاد الجنس فقد اشتمل على الربا فقد قيل ببطلان العقد لانه عقد واحد فلو صح فى بعض ولزم فى بعض لزم اتصاف عقد واحد بالصحة و البطلان في زمان واحد فيجتمع المتنافيان فيبطل

(**الثالث**) الشرط ولوشرط فى العقد ما لا يخل بمقصود النكاح وان كان غرضا مقصوداً فى الجملة لم يبطل النكاح بل الشرط ان خالف المشروع مثل ان يشرط ان لا يتزوج عليها اولا يتسرى او لا يمنعها من الخروج اولا يقسم لضرتها فالعقد والمهر صحيحان ويبطل الشرط خاصة وكذا لو شرط تسليم المهر فى اجل فان لم يسلمه كان العقد باطلا فانه يبطل الشرط خاصة وفى فساد المهر وجه (١) فان الشرط كالعوض المضاف الى

عقد المهر والبيع لا النكاح واذا بطل المسمى وجب مهر المثل (والاقوى) اختيار والدى المصنف هنا اذ لا مانع من صحة المهر فانه معلوم و هو ما يقتضيه القسمة على النسبة فلو كان مهر مثلها عشرة مثلا قسم الدينار على احد عشر جزء لا تفاقهما على جعله فى مقابلة احد عشر وكان المهر عشرة اجزاء من احد عشر جزء من دينار ولزم فيه وبطل البيع فى جزء من احد عشر جزء من دينار وهذا القدر من العلم كاف فى كل مختلفين جمعا فى عقد واحد بعوض واحد ولا يلزم الرباء فيه فالمقتضى للصحة موجود و المانع منتف و يمتنع اتحاد العقد لاختلاف الايجابين واتحاد المختلفين فى احد الجزئين لا يوجب الاتحاد فى الماهية والعقد الواحد قد يكون سببا لاثرو ليس بسبب لآخر فالصحة والبطلان باعتبار اضافتين الى مضافين فلا ينافى وانما ذكر هذه المسألة هيهنا لان بعضهم ابطل المسمى من حيث الجهالة .

قال قدس الله سره : ولوشرط فى العقد (الى قوله) مهر المثل .

اقول : كل شرط لا يخل بالمقصود من النكاح بالذات فان لم يخالف المشروع صح ولو خالف المشروع بطل و لم يبطل النكاح ببطلانه لان فساد العوض لا يؤثر فيه ففساد الشرط اولى واما الصداق فلا يبطل به ايضا لانه فى مقابل الوطى خاصة ولا اعتبار بالشرط (ويحتمل) فساد المهر لما ذكره المصنف ولان الشرط ان كان لها فانما رضيت بالمسمى مع تلك الضميمة التابعة له ولم تحصل لها وان كان عليها فانما رضى الزوج ببذل المسمى ليحصل ذلك الوفق مع البضع ولم يحصل وليس له قيمة يرجع اليها فوجب الرجوع الى مهر المثل (فعلى اطلاق) المصنف لا فرق بين ان يزيد على مهر المثل او

---

(١) اى فى فساد المهر فى المسائل المذكورة وجه .

الصداق ويتعذر الرجوع الى قيمة الشرط فيثبت مهر المثل ، ولوشرط ان لايفتضها لزم الشرط فان اذنت بعد ذلك جاز وعندى فيه اشكال (وقيل) يختص بالمؤجل و لوشرط

ينقص اويساوى (واقول) يحتمل انه ان زادوا الشرط لها فالواجب المسمى لانه فدرضى ببذله مع المسامحة بترك حق فاذا لم تلزمه المسامحة فالرضا به اولى وكذا ان قصّروا الشرط عليها لانها قد رضيت مع ترك حق لها فلا معه اولى ولم يترجح عندى فى هذه المسألة شيء لعدم النص (وان اخل) بمقصود النكاح كأن شرط تسليم المهر فى اجل فان لم يفعل كان العقد باطلا و بطل الشرط اجماعا قيل والنكاح لانه اتى بلفظ يثبت النكاح و بآخر يرفعه وينافى صحته وليس ترجيح سبب الصحة على البطلان اولى من العكس فيتعارضان فيرجع الى اصل بقاء عدم النكاح والاولى صحة النكاح فقيل تاثير الشرط فى افساد الصداق لا نهما انما تراضيا به على هذا الوجه فيثبت مهر المثل واليه اشار المصنف بقوله ايضاً (وفى فساد المهر وجه) و قيل لا يفسد المهر بل الشرط خاصة لانه عقد وشرط لابشرط والا لكان باطلا (ولان) الموجب لثبوت الشرط العقد فلوكان الشرط شرطا فى صحته لزم الدور فاذا لم يصلح العقد لسببية ايجاب الشرط بطل الشرط ولم يؤثر فى العقد وهو الاقوى عندى و ان لم يخل الشرط بالمقصود من النكاح ولم تخالف المشروع صح الشرط .

قال قدس الله سره: ولوشرط ان لايفتضها (الى قوله) وقيل يختص بالمؤجل

اقول : الاول قول الشيخ فى النهاية والثانى قوله فى المبسوط قال ويبطل فى الدائم النكاح والشرط وتبعه ابن حمزة وقطب الدين الكيدرى واختاره والدى المصنف قدس الله سره فى المختلف وابطل ابن البراج الشرط خاصة فيهما واختاره ابن ادريس و هوالاقوى عندى لما تقدم (احتج) الشيخ على قوله فى النهاية بما رواه اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال قلت رجل تزوج بجارية عاتق على ان لايفتضها ثم اذنت له بعد ذلك فقال اذا اذنت له فلا باس (١) شرط فى الجواز الاذن والمشروط ينتفى بانتفاء شرطه لان قضية الشرط ذلك وفيه دلالة على صحة النكاح والشرط و مارواه سماعة بن مهران عن

(١) ثالث ٣٥ خبر ٢ من ابواب المهور .

الخيار فى النكاح بطل العقد وان شرطه فى المهر صح العقد والمهر والشرط فان اختار بقائه لزم والا يثبت مهر المثل ولو سمّى لها شيئا ولابيها شيئا لزم مسمّاها خاصة ، و لو امهرها شيئا وشرط ان يعطى اباها منه شيئا (قيل) لزم الشرط. ولو شرط ان لايخرجها من

الصادق عليه السلام قال قلت له رجل جاء الى امرأة يسألها ان تزوجه نفسها فقالت زوجتك نفسى على ان تلتمس منى ما شئت من نظر اولمس وتنال منى ما ينال الرجل من اهله الا انك لاتدخل فرجك فى فرجى وتلذذ بما شئت فانى اخاف الفضيحة قال ليس له منها الا ما اشترطت(١)(والجواب)ضعف سند الروايتين والاقوى عندى بطلان الشرط(ووجه)الاشكال الذى ذكره المصنف الرواية وقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم (٢) (ومن) ان وطى الحرة لايستباح الا بالعقد والعقد الصحيح اللازم سبب تام فى الاباحة وهاتان المقدمتان اجماعيتان فان لم يستبح بالعقد لم يستبح بغيره وان استبيح به لم يتوقف على غيره .

قال قدس الله سره : ولو امهرها شيئا (الى قوله) لزم الشرط .

اقول : هذا قول بعض الاصحاب لانه شرط لا يخالف المشروع و يظهر من كلام ابن الجنيد انه ان شرطته الزوجة فى نفس العقد لزم لانه جعله بعض الصداق ولقصة شعيب مع موسى عليهما السلام وقال الشيخ فى النهاية لو عقد على امرأة وسمى لها شيئا ولابيها ايضاً شيئا كان المهر لازما له وماسماه لابيها لم يكن عليه منه شىء قال والدى فى المختلف ان كان قد جعل للواسطة بلفظ الجعالة شيئا فى مقابل فعله لزم لانه جعل على فعل مباح و فعله المجعول له فلزموان لم يكن على سبيل الجعالة لم يلزم وهذا هو الاصح عندى(والجواب) عن حجتهم اما الاول فلان الشرط من جملة المهر فهو للمرأة اوللرجل فلايصح لغيرهما وعن الثانى انها منسوخة فان المهر فى تلك الشريعة كان للاب ثم نسخ بقوله تعالى **فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن فريضة (٣)**

قال قدس الله سره : ولو شرط ان لايخرجها من بلدها قيل لزم للرواية

---

(١) ئل ب ٣٥ خبر ١ من ابواب المهور .

(٢) ئل ب ٣٩ خبر ٢ من ابواب المهور وفيه المسلمون الخ . (٣) النساء ٢٨

بلدها قيل لزم الشرط للرواية، وهل يتعدى الى منزلها اشكال ولو شرط لها مهراً ان لم يخرجها من بلدها وازيدان اخرجها فان اخرجها الى بلاد الشرك لم يلزمها اجابته ولها الزايد وان اخرجها الى بلد الاسلام كان الشرط لازما وفيه نظر ولو شرط عدم الانفاق بطل الشرط

اقول : هذا قول الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة وقال في الخلاف وابن ادريس لايصح الشرط وهو الاصح عندى ولو رضيت بعد ذلك باخراجها جاز اجماعا وتمسك الشيخ في النهاية بما رواه ابو العباس في الصحيح عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج امرأة و يشرط لها ان لايخرجها من بلدها قال يفى لها بذلك او قال يلزمه ذلك(١) (والجواب) المراد الاستحباب لان مقتضى النكاح تسلط الرجل على المرأة بالاستمتاع والاسكان وغير ذلك .

قال قدس الله سره : وهل يتعدى الى منزلها اشكال

اقول : هذا فرع على صحة اشتراط ان لايخرجها من بلدها فانه على القول ببطلانه يبطل هذا الشرط قطعا ومنشأه ان النكاح سبب بنص الشرع في ملك الزوج نقل الزوجة واسكانها اين شاء فلايخالف الا بنص ولم يرد في المنزل (ومن) عموم المؤمنون عند شروطهم والاصح الاول .

قال قدس الله سره : ولو شرط لها مهراً (الى قوله) وفيه نظر .

اقول : ماذكره هنا قول الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج وابن حمزة لما روى في الحسن عن على بن رئاب عن الكاظم عليه السلام قال: سئل وانا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على ان تخرج معه الى بلاده فان لم تخرج معه فمهرها خمسون ديناراً ارأيت ان لم تخرج معه الى بلاده قال فقال ان اراد ان يخرج بها الى بلاد الشرك فلاشرط لها عليها في ذلك ولها مائة دينار التى اصدقها اياها وان اراد ان يخرج بها الى بلاد الاسلام وداره الاسلام فلها ما اشترط عليها والمسلمون عند شروطهم وليس له ان يخرج بها الى بلاده حتى يؤدى لها صداقها وترضى من ذلك بما رضيت وهو جائز له(٢) (واعلم) ان

(١) ئل ب ٣٩ خبر ١ من ابواب المهور .
(٢) ئل باب ٣٩ خبر ٢ من ابواب المهور

(الرابع) استلزام ثبوته نفيه كما لو قبل نكاح عبد جعل رقبته صداقا لحرة اولمن انعتق بعضها فان النكاح يبطل اما لو زوج ابنه من امرأة واصدقها ام ابنه اواخته من مال نفسه فسد الصداق (لانها) لاتدخل فى ملكها مالم يدخل فى ملكه فيعتق عليه فيصح النكاح دون المهر .

(الخامس) ان يزوج الولى بدون مهر مثلها فيصح العقد وفى صحة المسمى قولان، وكذا لو زوجه باكثر من مهر المثل فان المسمى يبطل وفى فساد النكاح اشكال ينشأ (من) التمسك بالعقد الذى لايشترط فيه المهر ولاذكره (ومن) بعد الرجوع الى مهر المثل دون

منشأ النظر انه شرط خالف مقتضى العقد فلا يصح (ومن) عموم الخبر (ولانه) يتعلق به غرض صحيح والاصح عندى قول ابن ادريس وهو انه لايصح هذا الشرط .

قال قدس الله سره :الخامس ان يزوج الولى (الى قوله) قولان .

اقول : هذا النوع الخامس من اسباب فساد المهر المسمى (فنقول) اما صحة العقد فلان المهر ليس بشرط فى صحة النكاح لجواز اخلائه عنه وكل مالايتوقف ثبوته على ثبوته لايؤثر عدمه فى عدمه وفيه وجهان يأتيان فى المسألة التى بعده واما المسمى فقال الشيخ فى الخلاف يثبت لانه يصح معه العفو فعقده على الاقل اولى (اما الاولى) فلقوله تعالى **أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح** (١) (واما الثانية) فلان له اسقاط ماوجب فالاقتصار على بعض مالم يجب اولى (ولان) المصلحة منوطة بنظر الولى فقد يكون تقليل المهر على هذا ترغيبا له اصلح له من مهر المثل اوالزيادة عليه لغيره وقد يثبت فى جزئيات الامور مالا يثبت فى كلياتها و ليست هذه بمعاوضة حقيقية و قيل يفسد التعويض (المسمى - خ ل) لوجوب مراعات القيمة فى اموالها ومنافع املاكها ففى منافع بضعها اولى و مع فساد (المسمى - خ ل) يثبت مهر المثل بنفس العقد (اورد) زوج النبى صلى الله عليه وآله بنته بخمسمائة ومعلوم ان مهر بنته عليها السلام لايكون هذا القدر (واجيب) ان نظر النبوة يقينى و الولاية اجتهادى وجاز ان يكون باذنها ولان النبى صلى الله عليه وآله اولى بالمؤمنين من انفسهم بخلاف الولى .

قال قدس الله سره :وكذا لو زوجه باكثر من مهر المثل (الى قوله) وامضائه

---

(١) البقرة - ٢٣٧.

رضاهما وماقنعابه والاقوى انمع فساد المسمى يثبت الخيار فى فسخ العقد وامضائه نعم لواصدق ابنه اكثر من مهر المثل من مال المجاز وان دخل فى ملك الابن ضمنا .

(السادس) مخالفة الامر فاذا قالت زوجنى بالف فزوجها بخمسمائة لم يصح العقد (ويحتمل) ثبوت الخيار ، ولوقالت زوجنى مطلقا فزوجها باقل من مهر المثل فالاقرب

اقول : الكلام هنا فى موضعين (الف) فى المسمى فنقول انما رجح هنا بطلان المسمى لان الزيادة على مهر المثل تشتمل على اضاعة مال المولى عليه لابعوض يساويه بخلاف نقصانه عن مهر المثل لان المقصود فى النكاح الاستمتاع والمهر تابع بالعرض (ب) فى النكاح فقيل يفسد لان الزوجة لم ترض الا بالزائد على مهر المثل و الزوج لم يرض الا بالاقل فاذا لم يحصل ما عليه التراضى لم يكن النكاح مرضيا به فلا يصح لان العقود تابعة للقصود وهذا معنى قوله (من بعد الرجوع الى مهر المثل بدون رضاهما وبدون ماقنعابه) فان ما تراضيا عليه لم يحصل وما اثبتوه لم يتراضيا عليه (قلنا) منقوض بمالواصدقها خمراً اومجهولا على الاصح وهو الصحة والاصح عندى انه يصح النكاح لوجود المقتضى وهوالعقد وانتفاء المعارض اذ ليس الا فوات المسمى وهوليس بشرط فى العقد فلا يصير شرطا لان الشرطية لاتكون بجعل غير الشارع اتفاقا ، وذكر المصنف وجها ثالثا ، وهوانه يتخير من زاد عليه اونقص عنه لفوات وجه التراضى فلا يلزم و لا يبطل لما مر (ولانه) ليس اقل من عقد الفضولى وهذا هوالاصح وهذه الوجوه آتية فى المسألة المتقدمة فقوله (وفى فساد النكاح) اى مع بطلان المسمى فى المسألتين .

قال قدس الله سره: السادس مخالفة الامر (الى قوله) و يحتمل ثبوت الخيار.

اقول : هذا هوالنوع السادس من اسباب فساد المهر وهومخالفة الوكيل ماعينه الموكل (ووجه البطلان) ان امرها بالعقد بالف يستلزم النهى عن الاقل فيبطل المنهى عنه كما لوصرحت بالنهى (و وجه الاحتمال) انه بالنسبة الى غير المأمور به فضولى و عقد الفضولى يقف على الاجازة على القول بوقوفه وعلى القول ببطلانه يبطل .

قال قدس الله سره: ولوقالت زوجنى مطلقا (الى قوله) الى مهر المثل.

اقول : المراد بقوله مطلقا اى اطلقت قولها زوجنى وليس تماما لقولها زوجنى بان

الرجوع الى مهر المثل ، ولو لم يذكر مع الاطلاق المهر احتمل الصحة للامتثال والفساد اذ مفهومه ذكر المهر عرفا ومع التقييد يحتمل الفساد والخيار فيثبت مهر المثل ولو قالت

تصرح وتقول زوجني واطلق اى النكاح من ذكر المهر وعدمه (ووجه القرب) انها اذنت في العقد ولم تقدر المهر وتقدير المهر وذكره حينئذ ليس بشرط شرعا ولا بحسب امرها فلا يتوقف عليه الرضا ولا العقد فصح العقد وانما يرجع الى مهر المثل لان اطلاق الامر يقتضي عدم النقصان عن مهر المثل لانه ينصرف الى الغبطة وهي مهر المثل او ازيد (ويحتمل) ضعيفا فساد العقد لان الاطلاق ينصرف الى مهر المثل فكان بمنزلة ما لو عين (فان قلنا) في صورة التعيين بعدم فساد العقد فهنا اولى (وهو ظاهر) وان قلنا بفساد العقد ثم احتمله هنا تنزيلا للنحوى منزلة الصريح وهو ضعيف جداً لان دلالة المفهوم يشترط فيها كون المسكوت عنه اولى من المنطوق وليس هنا (ولان) الامر بالكلى تخيير بين الجزئيات ومع القرينة ظنى لانه اعم ولا دلالة للعام على الخاص والقرينة العرفية ظنية واللفظية اقوى منها ولا يرد النقض بالبيع لانه معاوضة محضة بخلافه هنا .

قال قدس الله سره : ولو لم يذكر مع الاطلاق (الى قوله) ذكر المهر عرفا.

اقول : الضمير في قوله (يذكر) راجع الى الوكيل اى اذا اطلقت المرأة الاذن بالعقد فاخلاه الوكيل عن ذكر المهر والحق عندى الاول لان المأتي به مطابق للاذن فاذا كان المطلق يقتضي مهر المثل كان اطلاق العقد كذكر مهر المثل فان اذنها في النكاح والسكوت عن المهر ليس بتفويض لاقتضاء الاذن المهر لانه عقد معاوضة اعتبار والاذن في مطلق المعاوضة ينصرف الى مهر المثل .

قال قدس الله سره : ومع التقييد (الى قوله) مهر المثل.

اقول: اى لو قيدت الاذن في العقد بالمهر فزوجها مطلقا من غير ذكر المثل (يحتمل) فساد العقد للمخالفة كما تقدم وثبوت خيار الفسخ لها لانه لا ينقص مرتبة عن عقد الفضولي ومع الصحة يثبت مهر المثل (لا يقال) اطلاق العقد تفويض فاذا رضيت به لم يثبت مهر المثل بمجرد العقد لانه حكم التفويض (لانا نقول) لا نسلم ان اذنها في النكاح بمهر و اهمال الوكيل ذكر المهر تفويض لما تقدم (و لان) النكاح يعقد بالمهر في الغالب فيحمل

زوّجني بما شاء الخاطب فهو تفويض يأتي ولو عرف ماشاء فقال زوجتك بماشئت صح وليس تفريق الصفقة سببا للفساد فلو اصدقها عبداً يساوي الفين على ان تردّ عليه الفاً فنصفه صداق ونصفه في حكم مبيع فلو ارادت افراد الصداق او المبيع بالردّ بالعيب جاز بخلاف ردّ نصف المبيع .

الفصل الثالث في التفويض وهو قسمان

(الاول) تفويض البضع وهو اخلاء العقد من ذكر المهر بامر من يستحق المهر وليس مبطلا مثل زوجتك نفسي اوفلانة فيقول قبلت سواء نفى المهر اوسكت عنه ، فلو قالت على ان لامهر عليك صح العقد ولو قالت على ان لامهر عليك في الحال ولافي ثانيه (احتمل)

الاذن على العادة الغالبة فيكون قول الوكيل زوجتك بمنزلة زوجتك بمهر و فيه كلام يأتي في التفويض او نقول مراد المصنف (يثبت مهر المثل) بالدخول و الاول هو الاصح لان الوكيل لايملك التفويض الا بالنص عليه منها فمع عدم نصها عليه يبطل التفويض و يبطلانه يقتضي ثبوت مهر المثل فيثبت مهر المثل والاصح عندى بطلان العقد .

الفصل الثالث في التفويض

وهو قسمان (الاول) تفويض البضع

قال قدس الله سره : فلو قالت على ان لا مهر عليك (الى قوله) لا نه جعلها موهوبة .

اقول : تفويض البضع اخلاء العقد عن ذكر المهر بامر مستحقة وله صورتان (الاولى) ان تقول زوجتك نفسي ولاتذكر مهراً فيقول قبلت (الثانية) ان يقول زوجتك نفسي ولامهر عليك اى بنفس العقد في الحال ثم فرع المصنف على ذلك انه لوقالت زوجتك على ان لامهر عليك في الحال ولافي ثانيه اى بعد الدخول ، قال المصنف احتمل الصحة (لانه) معنى ان لامهر عليك لان (مهر) نكرة والنكرة في معرض النفى تعم (وفيه نظر) لان نفي النكرة تعم الافراد لا الازمان والا لم يبق فرق بين الدوام والاطلاق العام (ويمكن) ان يقال يلغو المنفى في المستقبل ويصح النفى في الحال (اما) في المستقبل فظاهر (واما) صحته في الحال فلانه نص على التفويض (ووجه الثانى) وهو بطلان النكاح ان النكاح

الصحة لانه معنى ان لامهر عليك (والبطلان) لانه جعلها موهوبة، ويصح التفويض الى البالغة الرشيدة دون من انتفى عنها احد الوصفين نعم لو زوج الولى مفوضة او بدون مهر المثل صح (قيل) ويثبت مهر المثل بنفس العقد (وفيه اشكال) ينشأ (من) اعتبار المصلحة المنوطة بنظر الولى فيصح التفويض وثوقا بنظره (فعلى الاول) لو طلقها قبل الدخول فنصف مهر المثل و (على الثانى) المتعة و للسيد تزويج امته مفوضة فان باعها قبل الدخول فاجاز المشترى كان التقدير الى الثانى والزوج ويملكه الثانى ، ولو اعتقها قبله فرضيت فالمهر

بغير مهر فى الحال ولا فى المستقبل هبة من المرأة نفسها ونكاح الموهوبة مخصوص بالنبى ﷺ وقد ذكر المصنف وجهين ان يكون تفويضا صحيحا (ب) فسد النكاح (وبقى) هنا وجه آخر انه تفويض فاسد واذا فسد التفويض وصح النكاح وجب مهر المثل ، و الاقوى عندى بطلان العقد لان التفويض نفى شرط المهر أو شرط نفيه فى الجملة ولا ينافى مقتضى العقد لانه ثبت المهر بالوطى ونفى المهر دائماً بالعقد و الوطى ينافى مقتضى العقد وكل شرط ينافى مقتضى العقد يبطل العقد (مسألة) مفوضة البضع لايجب لها مهر بالعقد لما رواه منصور بن حازم قال قلت لابى عبدالله عليه السلام فى رجل يتزوج امرأة و لم يفرض لها صداقا قال لاشىء لها من الصداق فان كان دخل بها فلها مهر نسائها (١)

قال قدس الله سره: و يصح التفويض الى البالغة (الى قوله) و ثوقا بنظره.

اقول : هنا مسألتان (الف) اذا زوج الولى المجبر مفوضة صح النكاح لانه ليس من شرطه ذكر المهر والبحث فى التفويض قال الشيخ لايصح لانه تمليك بعقد معاوضة فلايجوز للولى اخلائه عن العوض كسائر المعاوضات قوله (وقيل يثبت مهر المثل) اشارة الى قول الشيخ انه اذا فسد التفويض وصح النكاح ثبت مهر المثل بنفس العقد و الا لزم صحة التفويض لانه معناه (ويحتمل) صحة التفويض بما ذكره المصنف ، و يتفرع على الاحتمالين ما اذا طلقها قبل الدخول فانه يجب على وجوب مهر المثل بنفس العقد - نصف مهر المثل وعلى صحة التفويض - المتعة (ب) اذا زوجها بدون مهر المثل وقد مضى البحث فيه .

---

(١) ئل باب ١٢ خبر ٢ من ابواب المهور .

لها والتقدير اليها واليه ثم المفوضة تستحق عند الوطى مهر المثل وان طلقها قبله بعد فرض المهر ثبت نصف المفروض وقبله المتعة ولايجب مهر المثل ولاالمتعة بنفس العقد فلومات احدهما قبل الدخول والطلاق والفرض فلا شيء وبعد الدخول مهر المثل وبعد الفرض المفروض ، ولوتراضيا بعدالعقد بالفرض وهوتقدير المهروتعيينه صح سواء زاد على مهر المثل اوساواه اوقصرعنه وسواء علما مهر المثل اواحدهما اوجهلاه.

والاعتبار فيمهر المثل بحال المرأة فيالجمال والشرف وعادة اهلها مالم يتجاوز السنة وهوخمسمائةدرهم فان تجاوزت ردت اليها وهل المعتبر العصبات اوالاقارب مطلقا اشكال امالام فليست من نسبها فلايعتبر بها نعم يعتبر في اقاربها (ان يكونوا) من اهل

قال قدس الله سره : والاعتبار فيمهر المثل (الى قوله) اشكال .

اقول : هيهنا مقدمة ، وهي ان الفقيه يجب عليه ان يعرف مهر المثل على وجه كلي قانوني لانه يبحث عنه في مواضع (منها) وطي الشبهة ، ووطي المكرهة ، و مفوضة البضع ؛ والتفويض والتسمية الفاسدان (ومنها) التقسيط عليه ،فلذلك ذكره المصنف وهو القدر الذي يقضي عقل المعاش ببذله في مقابلة نكاح مثل المرأة من غير زيادة و نقصان و قدذكر المصنف لضابطه اموراً .

(الف) الجمال (ب) الشرف و اقتصر عليهما المفيد رحمه الله ، وقال ابو الصلاح السن و الجمال و التحصين (ج) النسب والاجود انه الركن الاعظم فيه ، ثم اختلف الاصحاب في النسب المعتبر، فقال الشيخ في الخلاف والمبسوط المعتبر الاقارب مطلقا كالام والاخت ومن هوفي جهتهما، وقال ابن حمزة يعتبر نساء اهلها من كلا الطرفين الاقرب فالاقرب ، وقال ابن البراج المعتبر قرابة الاب من الاناث على ترتب العصبات (احتج) الشيخ برواية عبدالرحمن بن ابي عبدالله عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقها ثم دخل بها قال لها صداق نسائها (١) والنساء شامل للعصبات وغيرها (د) قال الشيخ في المبسوط كل امر يختلف المهر لاجله فانه يعتبر به ، و قال ابن حمزة يعتبر كلما يختلف المهر لاجله من العقل والحمق والجمال والديانة واليسار والاعسار و

---

(١) ئل ب ١٢ خبر ٣ من ابواب المهور

بلدها فان البلاد تتفاوت فى المهور (وان يكونوا) فى مثل عقلها وجمالها ويسارها وبكارتها وصراحة نسبها وكل ما يختلف لاجله النكاح.

والاقرب عدم تقديره بمهر السنة فى ما اشبه الجناية كالنكاح الفاسد ووطى الشبهة والاكراه ، والمعتبر فى المتعة بحال الرجل فالغنى يمتع بالدابة والثوب المرتفع او عشرة دنانير والمتوسط بخمسة اوالثوب المتوسط والفقير بدينار اوخاتم وشبهه ولا يستحق المتعة الا المطلقة التى لم يفرض لها مهر ولم يدخل بها ، ولو اشترى زوجته فسد النكاح ولا مهر ولا متعة وللمفوضة المطالبة بفرض المهر لمعرفة ما يستحق بالوطى اوالتشطير بالطلاق و ولها حبس نفسها للفرض والتسليم .

ولو اتفقا على الفرض جاز، وان اختلفا ففى فرض الحاكم اذا ترافعا اليه نظر اقربه انه

البكارة والثيوبة وصراحة النسب وضدها (ه) السن و اعتبرها الشيخ فى المبسوط وابن البرّاج و ابو الصلاح وهو حسن لاختلاف الاغراض فى زيادة المهر بنقصانها و نقصانه بزيادتها (و) اعتبر بعض علمائنا البلدة ولم يعتبرها آخرون وهو الاقوى .

قال قدس الله سره : والاقرب عدم تقديره (الى قوله) والاكراه

اقول : فى هذه المسألة اقوال ثلاثة (الف) انه يعتبر فيرد مهر المثل الى مهر السنة ان زاد عليه مطلقا وهو اختيار اكثر الاصحاب لما رواه ابو بصير عن الصادق عليه السلام : قال سألته عن رجل تزوج امرأة فوهم ان يسمى صداقها حتى دخل بها . قال السنة والسنة خمسمائة درهم (١) قال والدى فى المختلف وهو غير دال على المطلوب صريحا (ب) انه لا يعتبر مطلقا لما دلت الاخبار المطلقة عليه (ج) اختيار المصنف هنا (ووجهه) ان هذا فى الحقيقة قيمة متلف فلا يتقدّر بمهر السنة لان المتقدر المهر وهذا ليس بمهر فى الحقيقة وكل متلف مضمون ليس بمثلىّ فضمانه بقيمته هذا وجه القرب (و يحتمل) ضعيفا ان لا يتجاوز مهر السنة لعموم الرواية (قلت) السند ضعيف و المتفق عليه فى المفوضة .

قال قدس الله سره : ولو اتفقا على الفرض (الى قوله) مهر المثل .

اقول :منشأ النظر (ان) النكاح يتعلق بالزوجين فلا مدخل لغيرهما فيه (ولانه) لا يجب المهر بالعقد لانه لو مات احدهما لم يجب شىء ولا يتقدر الا بالتراضى وتقدير

---

(١) ئل ب١٣ خبر ٢ من ابواب المهور.

يفرض مهر المثل ولو فرضه اجنبي ودفعه اليها ثم طلقها احتمل المتعة فترد على الاجنبي لان فرض الاجنبي يوجب على الزوج مالا وليس وليا ولا وكيلا فكان وجود فرضه كعدمه والصحة لانه يصح قضاؤه عنه فصح فرضه ويرجع نصفه اما الى الزوج لانه ملكه حين قضى به دينا عليه او الى الاجنبي لانه دفعه ليقضي به ما وجب لها عليه وبالطلاق سقط وجوب النصف فيرد النصف اليه لانه لم يسقط به حق عمن قضاه عنه ، و لو لم ترض بما فرضه الزوج بطل الفرض فان طلقها قبل الدخول فالمتعة ولم يكن لها نصف ما فرضه وان كان قد رضي به لانها لم تقبله ويقبل فرضه اذا كان بقدر مهر المثل فصاعداً و ان كان محجوراً عليه للفلس و يلزمه و ان زاد عن مهر السنة لكن تضرب المرأة مع الغرماء بمهر المثل في المحجور عليه وتتبع بالزيادة بعد فكه اما لو فرض اقل فان كان بقدر السنة فالاقوى اللزوم.

الحاكم قهري فلا يتحقق فيما لا يثبت الا بالتراضي (ومن) حيث ان الحاكم نصب لرفع النزاع لانه به يتم نظام النوع (ولانه) ولي الممتنع ففرضه كفرضهما مع التعاسر و قد اختار والدي المصنف قدس الله روحه في هذا الكتاب انه يفرض بقدر مهر المثل لا يجوز الزيادة والنقصان كما في قيم المتلفات نعم الزيادة و النقصان بقدر يسير يقع في محل الاجتهاد وهو كما يتغابن بمثله في المعاملات .

قال قدس الله سره : ولو فرضه اجنبي (الى قوله) فيصح فرضه .

اقول : الحق عندي انه لا يصح فرض الاجنبي و قوله (يصح قضائه عنه) ممنوع لانه انما يصح قضاء ما وجب عليه ولا يجب بالعقد وانما يجب بالتراضي .

قال قدس الله سره : اما لو فرض اقل فان كان بقدر السنة فالاقوى اللزوم.

اقول : من احكام تفويض البضع تقدير المهر بالتراضي الا ان يفرض الزوج مهر المثل قدراً وجنسا فيلزم ولا يعتبر رضا المرأة لعدم اجابتها الى الزيادة و النقصان هبة وكذا لو فرض ازيد من مهر المثل اما لو فرض اقل (فاما) ان ينقص عن مهر السنة اولا (والاول) لا يصح الا بالتراضي اجماعا (والثاني) يحتمل لزومه فيرد مهر المثل الى السنة والزيادة تبرع من الزوج ولانها لو كان التقدير اليها لم يجز لها التجاوز عن مهر السنة فلا يجوز لها طلب الزيادة مع فرض الزوج (ويحتمل) المنع للعين لان الزوج ملك

وينبغي ان لايدخل بالمفوضة الا بعد الفرض و لووطيء المفوضة بعد سنين وقد تغيرت صفتها وجب مهر المثل معتبراً بحال العقد و مهر المثل حال ، ولوكان الزوج من عشيرتها والعادة في نسائها تخفيف المهر للقريب خفف وكذا لوخفف عن الشريف ، و يجوز اثبات الاجل في المفروض والزيادة على مهر المثل سواء كان من جنسه اولا ولو ابرأته قبل الوطي اوالفرض والطلاق من مهر المثل اوالمتعة اومنهما لم يصح ، ولو قالت اسقطت حق طلب الفرض لم يسقط و لوكان نساؤها ينكحن بالف مؤجلة لم يثبت الاجل لكن ينقص بقدره منها ولوسامحت واحدة من العشيرة لم يعتبر بها و الاعتبار في الوطي في النكاح الفاسد بمهر المثل يوم الوطي واذا اتحدت الشبهة اتحد المهر وان تعدد الوطي و لولم يكن شبهة كالزاني مكرها وجب بكل وطي مهر واذا وجب الواحد بالوطي المتعدد اعتبر ارفع الاحوال ، ولودخل ولم يسم شيئا وقدم لها شيئا قيل كان ذلك مهرها ولاشيء لها بعد الدخول الا ان يشارطه قبل الدخول على ان المهر غيره ولوفرض الفاسد طولب بغيره .

بضعها لامجانا لا ستحالة هبة البضع ولاتقدير بالتسمية فيملك ان يملك مهر المثل والفرض عوض عنه فلا يلزمها النقيصة والاصح الاول (وقولهم) يملك ان يملك مهر المثل (قلنا) بل يملك مهراً ولايتقدر في نفسه عند التسمية فكذا عند الفرض لانه ليس اولى منها .

قال قدس الله سره: ولودخل ولم يسم شيئا (الى قوله) على ان المهر غيره

اقول : هذا القول قول الشيخين ، وابن البراج ، وسلار، وابن ادريس اعتماداً على رواية ابي عبيدة والفضيل في الصحيح عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج امرأة فدخل بها واولدها ثم مات عنها فادعت شيئا من صداقها على ورثة زوجها فجائت تطلبه منهم وتطلب الميراث قال فقال اما الميراث فلها ان تطلبه واما الصداق فان الذي اخذت من الزوج قبل ان تدخل عليه فهو الذي حل للزوج بفرجها قليلا كان اوكثيراً اذهي قبضته منه وقبلته ودخلت عليه فلاشيء لها بعد ذلك (١) وقال ابن حمزة ان ادعت المرأة انه هدية والزوج انه مهر فالقول قول الرجل مع اليمين فان حلف سقطت دعواها وان نكل لزم لها مهر وان رد اليمين كان له ذلك ، قال والدي قدس الله سره كانت عادة العرب

---

(١) ئل ب٨ خبر ١٣ من ابواب المهور

(الثاني) تفويض المهر وهو ان يذكر المهر على الجملة مبهما ويفوض تقديره الى احد الزوجين او اجنبي على اشكال مثل زوجتك على ان تفرض ما شئت اوما شئت او ما شاء زيد فان كان تقديره الى الزوج لم يتقدر قلة وكثرة بل يلزم ما يحكم به سواء زاد عن مهر المثل اونقص وان كان الى الزوجة لم يتقدر قلة و اما الكثرة فلا تزيد على خمسمائة درهم ولو طلقها قبل الدخول الزم من اليه الحكم به و يثبت لها النصف ما لم تزد المرأة عن مهر السنة ولومات الحاكم قبله وقبل الدخول فلها مهر المثل (ويحتمل) المتعة بخلاف مفوضة البضع حيث رضيت بغير مهر (وقيل) ليس لها احدهما .

في القديم انه مع تقديم شيء وعدم التقدير يكون المقدم مهرا فان اعتاد قوم ذلك حمل على العادة ، والاقوى عندي انه تفويض (تعويض-خ ل) فان قصد الدافع انه مهر كان فرضا فله حكم الفرض .

الثاني تفويض المهر

قال قدس الله سره : وهو ان يذكر المهر (الى قوله) على اشكال

اقول : ينشأ (من) انه نوع توكيل اذهما قد تراضيا عليه وقد شرطاه في عقد لازم والاصل الصحة ولقوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم(١) (ومن) حيث ان المهر يتعلق بالزوجين ولجواز اجحافه باحدهما ولانه حكم شرعي لم يرد النص عليه .

قال قدس الله سره : ولومات الحاكم قبله (الى قوله) وقيل ليس لها احدهما .

اقول : يريد بالحاكم احد الزوجين (ووجه الاول) انه استحق عليه بالعقد المهر ولم يعين الحاكم فيرجع الى قيمة المعوض وهو مهر المثل (والثاني) قول الشيخ في النهاية اجراء للموت مجرى الطلاق (ولما) رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج امرأة على حكمها اوحكمه فمات اوماتت قبل الدخول فقال لها المتعة والميراث ولا مهر لها (٢) (ووجه الثالث) انه انما يستحق بالحكم اوالدخول

---

(١) تقدم غير مرة .

(٢) ئل ب ٢١ خبر ٢ من ابواب المهور

الفصل الرابع فى التنصيف والعفو

اذا دخل الرجل بالوطى قبلا او دبراً استقر كمال المهر وتملك الجميع بالعقد فالنماء والزيادة لها سواء طلقها قبل الدخول اولا ولها التصرف فيه قبل قبضه ، ولا يجب بالخلوة وان كانت تامة على رأى فان كان قد سلمه والا كان دينا عليه لا يسقط بالدخول طالت المدة او قصرت فان طلق قبل الدخول وجب عليه نصف المسمى والفسخ كالطلاق الا ما يكون لعيب غير العنة فانه يقتضى سقوط جميع المهر ثم المطلق ان كان قد دفع

ولم يحصل والحصر ممنوع، وقال ابن ادريس ان كان تزوجها على حكمها او ماتت قبله فلا يلزم شيء وان تزوجها على حكمه لزم جميع ما يحكم به، والاصح عندى قول الشيخ فى النهاية

الفصل الرابع فى التنصيف والعفو

(مقدمة) التنصيف ملك الزوج نصف المهر الواجب بالعقد او الفرض كالمسمى ومهر المثل مع فساد التفويض وكما لو طلق مفوضة المهر بعد فرضه بالطلاق (قيل) او ما الزمه الشارع به قبل الدخول (وتحته دقيقة) وهى ان النكاح ليس بمعاوضة محضة لان ارتفاع المعاوضة المحضة قبل تسليم احد العوضين يسقط العوض الآخر ولا يوجب البعض ويسقط البعض والاصل فيه قوله تعالى **وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم** (١) وقولنا بالطلاق لانه عقب استحقاق نصف ما فرضتم بالطلاق بالفاء وهو ايماء الى العلة (خلافا) لبعض الشافعية، قال ان الطلاق يثبت له خيار الملك كالشفعة.

قال قدس الله سره : ولا يجب بالخلوة وان كانت تامة على رأى

اقول : قد تقدم البحث فى هذه المسألة .

قال قدس الله سره : ثم المطلق ان كان (الى قوله) او نصف قيمته .

اقول : بل الاولى عندى قيمة نصفه لانه فرق بين نصف قيمته وقيمة نصفه لان الشيء اذا بيع كملا كانت قيمته اكثر مما اذا بيع مناصفة .

---

(١) البقرة ٢٣٧ .

المهر استعاد نصفه فان كان قد تلف فنصف مثله او نصف قيمته فان اختلفت في وقت العقد والقبض لزمها الاقل من حين العقد الى حين التسليم وان تعيّب قيل يرجع في نصف القيمة ، والاقرب في نصف العين مع الارش ، اما لو نقصت قيمته لتفاوت السعر فان له نصف العين قطعا وكذا لو زادت لزيادة السوق ويضمن النقص مع التلف دون الزيادة وان زادت منفصلة فالزيادة لها خاصة وان كانت متصلة تخيرت بين دفع نصف العين الزايدة او دفع نصف القيمة من دونها ، ولو زادت ونقصت باعتبارين كتعليم صنعة ونسيان اخرى تخيرت في دفع نصف العين او نصف القيمة فان اوجبنا عليه اخذ العين اجبر عليها والا تخيرا يضا .

ولو تعيب في يده لم يكن له الا نصف المعيب فان كان قد دفع ارشاً رجع بنصفه ايضا ولا يشترط في الزيادة زيادة القيمة بل ما فيه غرض مقصود وحمل الامة زيادة من وجه ونقصان آخر ، وفي البهيمة زيادة محضة الا اذا اثر في افساد اللحم والزرع للارض نقص والطلاق مقتض لملك الزوج لان يملك باختياره فلو زاد بعد الطلاق قبل الاختيار فله نصف الزيادة ، ولو زال ملكها بجهة لازمة كالبيع والعتق والهبة لزم مثل النصف او قيمته فان عاد بعد الدفع سقط حقه وقبله يرجع في العين ولو تعلق به حق لازم كالرهن والاجارة تعين البدل فان صبر الى الخلاص فله نصف العين ولو قال انا ارجع فيها واصبر

قال قدس الله سره : فان اختلف في وقت العقد (الى قوله) مع الارش.

اقول : منشأ القولين قوله تعالى **فنصف ما فرضتم** (١) (و ما) بمعنى الذى ، فهل المراد الماهية او مع جميع الاوصاف التي تتفاوت القيم بها فالثاني على الاول والاول على الثاني ، وانما وجب الارش لكونه مضمونا عليها لانه قبضته على انه لها ، وفي هذه المسالة غير ماذكر المصنف قولان (الف) قوله في المبسوط فانه قال يتخير بين اخذ نصف العين وبين نصف القيمة ولم يذكر الارش (ب) قول ابن البراج انه ان كان النقص من فعلها او بامر سماوى يتخيّر بين اخذ نصفه ناقصا وبين تضمينها نصف قيمته وان كان العيب من قبل اجنبى لم يكن لها سبيل على المهر ويضمنها نصف القيمة يوم قبضته .

قال قدس الله سره : ولو تعلق به (الى قوله) فله ذلك .

(١) البقرة ٢٣٧ .

حتى تنقضى الاجارة احتمل عدم الاجابة واجباره على اخذ القيمة اذا دفعتها لانه يكون مضمونا عليها ولها ان تمتنع منه الا ان يقول انا اقبضه واردّه الى المستاجر امانة او تسقط عنها الضمان على اشكال فله ذلك ، ولو كان البيع بخيار لها اولم تقبض الهبة او دبّرت على اشكال فيهما تخيّرت فى الرجوع ودفع نصف العين وفى دفع نصف القيمة فان

اقول: هنا مسألتان (الف) ان يقول انا ارجع واصبر الى الخلاص ففيه احتمالان (احدهما) عدم الاجابة لانه مضمون على المرأة لابعد وان ولا يخلص من الضمان الا بقبضه اوقبض عوضه فلابدمن جعل طريق الى ابراء ذمتها والالزم الحرج فى شرعية الحكم وهو باطل بالآية وتعذرت العين فينتقل الى القيمة واليه اشار بقوله (ولها الامتناع) اى الامتناع من بقاء حق حال غير مؤجل فى ذمتها مع وجود المستحق غير محجور عليه فلما كان كذلك فللمستحق عليه الزام صاحب الحق بقبضه لبرائة ذمته و هذا كاف فى الدليل (ويمكن) ان يقال جاز ان يزيد القيمة فيضمنها فيريد التخلص وهو ضعيف لانه ضمان للزيادة ليس بسببه بل هو بسببها وهى المانعة للعين مع وجوبها له و ضمانها اياها (والثانى) الاجابة لانه لامنافاة بين تجدد ملك العين وانتقالها الى الغير واستمرار الاجارة. فاذا رضى بفوات المنافع اجيب لوجود العين فيتناولها الاية ولامانع .

(ب) لوقال انا ارجع بالعين واسقط الضمان ففى صحة اسقاط الضمان اشكال منشأه (انه) هل يصح الابراء من الاعيان المضمونة قبل القبض ام لافيه اشكال منشأه دوام السبب الموجب للضمان وهو دوام تصرفها (ومن) حيث انه رضى بكونه فى يد المستأجر والضمان هنا مخفف بخلاف الغاصب فصح اسقاطه ، والاقوى عندى عدم الصحة لان الاسقاط شىء ثابت فى الذمة والضمان يتجدد آنا فآنا .

قال قدس الله سره: ولو كان البيع بخيار لها (الى قوله) لم يكن له اخذ العين

اقول : الاشكال فى الهبة مع عدم الاقباض والتدبير ومنشأ الاشكال فى الهبة (من) حيث ان الهبة لاتتم الا بالقبض فهى كلا تصرف (ومن) حيث انها تصرفت تصرفا شرعيا فلا يجوز لغيرها ابطاله وكون الهبة مشروطة بالقبض بالنسبة الى المالك ومنشأه فى التدبير (ان) التدبير وصية ليس بلازم (ومن) حيث انه طاعة مقصودة فليس للزوج تفويتها

دفعت القيمة ثم رجعت لم يكن له اخذ العين ويقوى الاشكال فى الوصية بالعتق .
ولوكان الصداق صيداً فاحرم ثم طلق احتمل رجوع النصف اليه لانه ملك قهرى

كالزيادات المتصلة (ولان) ابطالها ضرر عليها (ولتعلق) حق الحرية به ولاعوض للعبد عنه والمولى له عوض عنه فكان تقديم الاول اولى ، والحق عندى استحقاقه العين فى الصورتين (لان) المعتبر فى الوصية ملك الميت عند الوفاة (ولزوال) التدبير بخروج الملك اختياراً فاستحقاقه قهراً اولى .

قال قدس الله سره : ويقوى الاشكال فى الوصية بالعتق

اقول : فرق بين التدبير والوصية بالعتق لان التدبير (قيل) عتق معلق (ولانه) ينعتق بنفس الموت من غير احتياج الى ايقاع صيغة (ولان) التدبير لايبطل بزوال ملك المدبر وتجدد ملك غيره بعده بخلاف الوصية بالعتق فى ذلك كله عند الشيخ واذا احتمل بطلانه فاحتمال بطلان الوصية بالعتق اولى وان قلنا انه لايبطل التدبير يحتمل ابطال الوصية لضعفها ويضعف احتمال تقديمها (ووجه) الاحتمال تعلق حق لازم بالنسبة الى غير الموصى (ووجه) ضعفه تجدد ملك غيره قهراً و (وجهه - خ) انه لم يخرج عن ملكه ولم يتعلق به حق لازم على الموصى وحق الزوج لازم عليه متعلق بالموصى بعتقه فيقدم حق الزوج وهو الاصح عندى .

قال قدس الله سره :ولو كان الصداق صيداً (الى قوله) وعليه قيمة نصيبها.

اقول : اعلم ان هذه المسألة مبنية على اصلين (احدهما) ان عود نصف الصداق الى الزوج بنفس الطلاق وهو مذهب شيخنا و كثير من الاصحاب لقوله تعالى **فنصف ما فرضتم**(١) اى فلكم نصف ما فرضتم بالطلاق كقوله تعالى **ولكم نصف ما ترك ازواجكم**(٢) ولانه عقب الطلاق بملك النصف بالفاء فلايتأخر عنه (وثانيهما) ان اختيار السبب هل هو اختيار المسبب فقال بعض المتكلمين لاوقيل بلى (فعلى الاول) يرجع نصف الصيد الى ملك المحرم لانه ملك قهرى فكان كالارث لان الطلاق لاينشأ لاجتلاب الملك بل

(١) البقرة ٢٣٧ (٢) النساء ١٣.

كالارث فان غلّبنا حق الله تعالى وجب ارساله وعليه قيمة نصف نصيبها ولو امهر المدبرة ثم طلق قبل يتحرر بموته و(قيل) (قبله ـ خ ل) بينهما نصفان ، و الحق بطلان التدبير بالاصداق ، واذا كان الصداق دينا او اتلفه صح ان يهبه بلفظ الهبة والابراء والعفو و لايفتقر الى القبول ، ولو تلف فى يدها فعفا الزوج اووهبها اوابرأها بعد الطلاق صح ،ولو عفا الذى عليه المال لم ينتقل عنه الا بالتسليم ولو كان المهر عينا لم يزل الملك بلفظ العفو والا براء فان وهب افتقر الى القبول والا قباض وفى اجراء العفو مجرى الهبة نظر .

القصد الفراق و عود النصف الى الزوج حكم رتبه الشارع عليه قهراً فساوى الارث (وعلى الثانى) ليس له اختيار تملك الصيد مادام محرما فينتقل الى القيمة لوجود المانع (والاقوى) عندى الاول(لان) ايجاب القيمة على المرأة مع وجود العين من غير سببها ولاتصرف منها ضرر عظيم عليها (ولانه) كما لو ظهر فى ثمنه المعين عيب بعد احرام بايعه فردّ الثمن كان للمشترى رد العين اذ ليس للبايع سواها فكذا هنا (ولانه) لايمنع من عود الكل بالردّة فلان لايمنع النصف اولى (وفيه نظر) للفرق بعدم القدرة هنا على السبب ويتفرع على عود العين اليه وجوب ارساله عليه ولايمكن الابارسال الكل فيتعارض حقها وحق الله تعالى ويجب تغليب حق الله تعالى هنا كما لواحرم وبيده صيد مغصوب فانه يجب ارساله ويضمن فكذا هنا فيرسله ويضمن نصف قيمته لها وهذا هو الاصح عندى و (لمّا) لم يذكر المصنف حكم تغليب حق الآدمى وحكم تساويهما (ومسائل فيهما ـ خ) وما يلزمها ويتفرع عليها (اعرضنا) نحن عنها مخافة التطويل .

قال قدس الله سره : ولو امهر المدبرة (الى قوله) بالاصداق

اقول : الاول قول الشيخ فى النهاية و ابن البراج و اتباعهما بناء على مذهبهم من ان التدبير لايبطل بتجدد ملك بعده (ووجه الثانى) استقرار ملك المرأة على النصف وعود النصف اليه (ووجه الثالث) بطلان التدبير بالتصرفات الناقلة للملك و هو الاصح واختاره ابن ادريس .

قال قدس الله سره : وفى اجراء العفو مجرى الهبة نظر

اقول : اذا كان المهر فى ذمة احدهما صح من الآخر بلفظه و بلفظ الابراء

واذا عفا احد الزوجين عن حقه الدين اوالعين مع الاقباض صح عفوه و الذى بيده عقدة النكاح وهوالاب اوالجد العفو عن بعض حقها لاجميعه (قيل) ولمن تولّيه امرها وليس لولى الزوج العفوعن حقه مع الطلاق .

وبلفظ الاسقاط وبلفظ الهبة ولايشترط قبول من عليه و اما ممن فى ذمته فلايصح بلفظ واحد منهما فالطريق ان ينقده ويملكه بصيغة صحيحة ويقبل صاحبه ويقبضه فانه ابتداء هبة منه وان كان المهر عينا فالتبرع فيها هبة (فان) كانت فى يد المتبرع فلابد من الايجاب والقبول والقبض (وان) كانت فى يد الآخر فهو هبة ممن المال فى يده (فالكلام) هنا فى صيغة الايجاب - واعتبار القبول والقبض (اما الاول) فيصح بلفظ الهبة اجماعا ولايصح بلفظ الابراء اجماعا (وهل) يصح بلفظ العفو وينزّل منزلة الهبة الاصح لا (لانه) لامجال له فى الاعيان كلفظ الابراء (وقيل) يصح لقوله تعالى **فنصف مافرضتم الاان يعفون او يعفوالذى بيده عقدة النكاح** (١) وهوعام فى الدين والعين (وفى وجه الدلالة نظر) اذالمراد فعل المعنى وهوحصول المالك للمعفوعنه ولم يقصد بهذه العبارة المعينة والالتعينت اجماعا وسمّاه عفواً اشارة الى حصول الفضيلة من العفو والمدح و الفعل له صيغة شرعية فالمراد على وجه يصح كما لوقال ملكه كذا (واعلم) انه الى هذا المعنى اشار المصنف قدس الله سره فى قوله اذا عفى احد الزوجين عن حقه الدين او العين (و اما الثانى) فلابد من القبول (واما الثالث) فاما ان يكون فى يد الواهب او الموهوب منه ، و البحث فى كل واحد كما هو فى الهبة فلينظر فى موضعه من كتاب القواعد و غيره من مصنفات امام المجتهدين والدى قدس الله سره والبحث فيما يلزمه ويتفرع عليه يطول وليس يليق بهذا الكتاب .

قال قدس الله سره : والذى بيده عقدة النكاح (الى قوله) مع الطلاق.

اقول : ليس الذى بيده عقدة النكاح الزوج خلافا لاحمد واصحاب الرأى و سعيد بن المسيب لانه تعالى ذكر عفو النساء عن نصيبهن فينبغى ان يكون عفو الذى بيده عقدة النكاح عنه ولى النساء ليكون المعفو عنه فى الموضعين واحداً (ولانه) تعالى بدء بخطاب

(١) البقرة ٢٣٧.

فروع

(الف) لواصدقها نخلا فاثمرفى يدها فطلقها قبل الجذاذ لم يكن له الثمرة فان

الازواج على المواجهة بقوله تعالى **وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن (١) ثم قال او يعفو الذى بيده عقدة النكاح (٢)** و هذا خطاب لغير الحاضر فتغايرا (وفيه نظر) لان العدول عن خطاب الحاضر الى خطاب الغائب والمعبر عنه واحد جاء فى فصيح اللغة و يؤكده قوله تعالى : **حتى اذا كنتم فى الفلك وجرين بهم بريح طيبة (٣)** وغير ذلك من الآيات .

اذا عرفت ذلك (فنقول) اختلف الاصحاب فى الذى له العفو عن المرأة على قولين ذكرهما المصنف (فالاول) هو المشهور بين الاصحاب وهو اختيار الشيخ الطوسى فى الخلاف وادعى فيه الاجماع واختاره ابن ادريس والمصنف فى المختلف لان الولى بعد الطلاق هو الذى بيده عقدة النكاح وهو الاب والجد (والثانى) قول الشيخ ايضا فى النهاية وابن البراج ومنشأ القولين ان قوله تعالى **او يعفو الذى بيده عقدة النكاح** (٤) هل المراد به الذى بيده بالاصالة او مطلقا لان المرأة اذا كانت بالغة رشيدة يكون معلقا بعفوها هذا اذا كانت الوكالة مطلقة ولو نصّت فى الوكالة على ذلك جاز قطعا.

قال قدس الله سره: فروع (الاول) لو اصدقها نخلا (الى قوله) على الاشكال.

اقول : اذا اصدقها نخيلا حوايل ثم تجددت ثمرته فى يدها فطلقها قبل الدخول وقبل الجذاذ فهنا مسألتان (الف) طلاقها قبل التأبير فليس له اخذ نصف الطلع قهراً اجماعا لانه زيادة تجددت على ملكها (بقى) هنا مسائل ذكر المصنف هنا مسألة منها وهى انه لو دفعت مجموع نصف العين مع نصف الثمرة هل يلزمه القبول او له العدول الى غيره . قال الشيخ فى المبسوط يلزمه القبول (لانها) زيادة متصلة كالسمن (ولزوال) العيب وهو استحقاق الغير حقا عليه واختار والدى المصنف عدم الاجبار لاشتماله على منة لا يجب قبولها و يقوى الاول ان تكليف المرأة القيمة مع وجود العين خروج عن نص القرآن بغير موجب

(١و٢) البقرة ٢٣٧ (٣) يونس ٢١ (٤) البقرة (٢٣٧

بذلت نصف المجموع لزمه قبوله على اشكال ، وكذا لو قطعت الثمرة و بذلت نصف العين ، ولاعيب بالقطع او دفعت الارش اجبر(ويحتمل) قويا الرجوع فى العين مشغولة بالابقاء ولوطلب قطع الثمرة قبل الادراك ليرجع فى العين اويقول انا اصبر الى الجذاذ وارجع لم تجب اجابته و لو طلبت منه الصبر لم يجبر عليه وكذا الارض لوحرستها او زرعتها الا انه لايجبر على القبول لوبذلت نصف المجموع ولوولدت الجارية اونتجت

اذالمانع وهو تعلق حق الغير قدزال ببذلها وسؤالها(ب) بعدالتأبير لم يكن لهاخذالثمرة قهراًاجماعا ايضالكن فيه صور ذكرالمصنف منها تضمنا واحدة و هى انه لو دفعت اليه العين مع الثمرة هل يلزمه القبول ؟قال الشيخ فى المبسوط المذهب انه يجبر عليه (لانها) زيادة متصلة بالنخيل فهى كالطلع قبل ان يؤبر (ولما) تقدم و قال شيخنا لايجبر (لانه) منفصل ولهذا لايدخل فى بيع الاشجار (ولاشتماله) على المنة وهذاهوالحق عندى.

قال قدس الله سره : و كذا لو قطعت الثمرة (الى قوله) او دفعت الارش اجبر.

اقول : قوله (وكذا) عطف على قوله(لزمه قبوله خاصة من غير اشكال) لان هذه المسألة اجماعية قطعيّة وعدم حصول العيب اى النقصان فى الاشجار اوالاغصان .

قال قدس الله سره : ويحتمل قويا الرجوع فى العين مشغولة بالابقاء.

اقول : هذه مسألة اختلف فيها الاصحاب (وتقريرها) انه بعد تجدد الثمرة هل له ان يرجع قهراً فى عين الاشجار بعد تجدد النماء وبعد العقد وقبل الطلاق مشغولة بالابقاء الى وقت الجذاذ (قيل) لانها قد لاترضى بيده ودخوله البستان ، والاصح ان له الرجوع مشغولة كماذكر لان المقتضى موجود وهووجود نصف مافرض فيدخل تحت الآية و انتفاء المانع اذلاضرر على المرأة فى ابقاء الثمرة الى الجذاذ وحكم هذه فى اليد كسائر الاملاك الشايعة وليس للمرأة اجباره على اخذ نصف الاشجار دون الاثمار و ابقائها الى الجذاذ لان حقه فى الاشجار الخالية فلا يلزمه تاخير الرجوع ولاالصبر على الابقاء مجانا لانه انقص مما فرض .

قال قدس الله سره : ولوولدت الجارية او نتجت (الى قوله) اولم تطالب

الشاة فى يدالزوج فالولدلهاخاصة فان تلف الولد بعد المنع من التسليم و المطالبة او نقص ضمن والّا احتمل الضمان لانه تولد من اصل مضمون فاشبه ولد المغصوبة وعدمه لانه امانة ولونقصت الام اخذت النصف وارشه سواء كانت قدطالبت وامتنع اولم تطالب ولوارتدت قبل الدخولرجع بماسلمه اليها فان نمى فالزيادة لها ولواصدقها امةحاملا فولدت رجع بنصف الولد (ويحتمل) عدمه لانه زيادة ظهرت بالانفصال .

(ب)لواصدقهاحليّا فكسرتهفاعادتصنعةاخرىفهوزيادة ونقصانفلهما الخيارفان

اقول : وجهكونه امانة ان اليد ليست عادية ولاهومعقود عليه منه كالمبيع قبل قبضه فصاركمالو اطارتالريح ثوبافىمنزله وهذا هوالاصح عندى .

قالقدساللهسره : ولواصدقها امة(الىقوله) بالانفصال

اقول : اذا اصدقها امة حاملا و دخل الحمل باحد الامرين اما بشرط دخوله كمذهب والدى المصنف قدس الله سره او بعدم اشتراط خروجه كالاطلاق كمذهب الشيخ الطوسى ثم طلقها قبلالدخول (فان)كان قدطلقها وهى حامل بعدفله نصفها حاملا قطعا (وان) طلقها وقدولدت فالكلام فىالولد وفىالام فوالدى المصنف لم يذكرحكم الام لمايأتى واما الولد فقدذكرفيه احتمالين (احدهما) رجوعه بنصف العينلانهامهرها رقبتينلانه يضمن الحملويفردبالملككمالو اذن مولى الامة فىالنكاح دونمولى العبد فانه يكون الولد لمولى الاب فله نصف الام ونصف الولدلانهما معاً المفروض و قال تعالى **فنصف مافرضتم** (١) و(ثانيهما) انه زيادة ظهرت بالانفصال علىملكهالانهقبله لم يفرد بالتقويم قالالشيخ ولميعرف (لم يفرد -خل) ملكيته ولميقابله قسطمنالثمن فالزيادة علىالقولين ظهرت فىملكها فيكون للزوج ارش ما بينكونها حاملا و مجهضا لانه قيمة الحمل اذلايقوم بانفراده وهذا هوالاصح عندى والىهذا اشاربقوله (ويحتمل عدمه) لاالى انهلاشىءللزوج بسبب الولد واماالام فلهنصف عينهاعندالكل فان حرمنا التفريق غرمت له نصف القيمةوالافلا.

قالقدساللهسره : الثانىلواصدقها حليا (الىقوله) وقيمة الصنعة

---

(١) البقرة ٢٣٧

اعادت تلك الصنعة احتمل اعتبار رضاها لانها زيادة حصلت باختيارها فان ابت فله نصف قيمته مصوغا (ويحتمل) مثل وزنه ذهبا وقيمة الصنعة ولو اصدقها قطعة من فضة فصاغتها

اقول : اذا اصدقها حليا فكسرته ثم اعادته حليا ثم طلقها الزوج قبل الدخول (فاما) ان يكون قد صاغته على صورة مخالفة للاولى او مماثلة ، فالقسم الاول قد ذكر المصنف حكمه، ومبنى المسألتين وامثالها على قاعدة هي ان كلما نقص المهر تخير الزوج في نصف العين والقيمة وكلما زاد صفة تخيرت المراة في نصف العين والقيمة و ان زاد و نقص بوجهين قدم مع التعارض في اختيار العين المرأة و في اختيار القيمة الرجل و لانزاع في اختيار احدهما العين والآخر القيمة (والى هذا) اشار بقوله (فلهما الخيار) .

واما القسم الثاني وهو ما اذا اعادت مثل تلك الصنعة التي كانت فقولان (احدهما) انه يرجع الزوج الى نصف العين وان لم ترض الزوجة لانه بالصفة التي كان عليها يوم الاصداق والتسليم اليها (وثانيهما) انه لا يرجع الا برضاها لان الصنعة المعادة حدثت عندها والموجود قبلها كان مثلها لا عينها والزيادات الحادثة عند الزوجة تمنع الرجوع القهري (قالوا) لو هزلت الجارية التي جعلت مهراً في يدها ثم سمنت يرجع الى نصفها و ان لم ترض وهذه متفق عليها فكذا هنا اذ لا فارق (قلنا) الحكم في الاصل ممنوع والاتفاق غير مسلم ولو سلم فالفرق ظاهر فان السمن لا فعل لها فيه و الصنعة عادت بفعلها و التزامها المؤنة والى هذا الفرق اشار والدي المصنف بقوله (لانها زيادة حصلت باختيارها) .

و (انا اقول) اختلف المتكلمون في امكان اعادة المعدوم فالقائل بالامكان يذهب الى ان الحاصل ليس الا الاول لاتحاد الماهية واللوازم والعوارض اذ سبب اختلافها الموضوع فلو كان الموجود مثلها امتنع الامتياز بوجه ما بينها وبين مثلها فلا يعتبر رضاها (وعلى القول) بامتناع الاعادة فان الموجود مثلها (فيحتمل) عدم اعتبار رضاها لان ضمان ذوات الامثال بالمثل و اقرب الامثال ما اتحدت فيه الاجزاء المادية وتساوت الصور و المقادير والاشكال ، والاقوى اعتبار رضاها لما تقدم ولان الصنعة من ذوات القيم وكلما كان الجزء ليس من ذوات الامثال فالكل كذلك ثم فرّع على اعتبار رضاها انها لو ابت دفع العين فماذا يجب عليها ؟ فيه احتمالان (احدهما) نصف قيمة الحلي مصوغا لانها كالتالفة

تخيرت فى دفع نصف العين فيجبر على قبوله ودفع نصف القيمة ولو كان ثوبا فخاطته لم يجبر على قبول نصف العين الآن يكون مفصلا على ذلك الوجه .

(ج) لو اصدق الذميان خمراً فطلق قبل الدخول بعد القبض والاسلام وقد صار خلا يرجع بنصفه (ويحتمل) عدم الرجوع بشيء للزيادة فى يدها فسقط حقه من العين وله اقل القيم من حين العقد الى حين القبض وقد كان خمراً لا قيمة له (فعلى الاول) لو تلف الخل قبل الطلاق احتمل ان يرجع بمثله وعدمه لانه يعتبر بذله يوم القبض ولا قيمة له حينئذ

لعدم وجوب دفعها، وفى التقويم بحث ذكره والدى فى كتبه فى باب الربا (وثانيهما) مثل وزنه من جنسه لان الجزء المادى من ذوات الامثال فيضمنه بمثله والصورى من ذوات القيم فيضمنه بقيمته وهى اجرة مثله او تفاوت ما بين قيمته مصوغا وغير مصوغ ولوازم هذه المسالة وما يتفرع عليها كثيرة تركناه لعدم مناسبته لهذا الموضع .

قال قدس الله سره : (ج) لو اصدق الذميان (الى قوله) لا قيمة له .

اقول : (وجه الاول) ان عين الصداق باقية و انما تغير بعض صفاتها وهذا ظاهر على مذهبين للمتكلمين (احدهما) مذهب ابى على و ابنه حيث قالا بتساوى الذوات و اختلافها بالصفات (والمذهب الثانى) مذهب من نفى الصور النوعية واثبت تساوى الاجسام فجعل اختلافها بالصفات وهم كثير من المتكلمين (ووجه الثانى) ماذكره المصنف (وعندى) فى الوجه الاول (نظر)لان المالية حدثت فى يدها فهى كزيادة منفصلة حصلت عندها لان العين كانت فى حكم المعدوم (ولانه) لو غصبها غاصب من المسلم فتخللت عنده ملكها (ولان) مع الزيادة المتصلة المتقومة ليس له الرجوع قهراً الى العين وقد تقدم ذلك فهنا اولى لان الحادثة هى المتقومة وكلما رجع الى قيمته فانه ينظر الى قيمتى يوم الاصداق ويوم القبض ويرجع الى نصف الاقل منهما وهنا لم يكن الصداق مالا عند الاصداق ولا عند الاقباض فيمنع الرجوع الى بدل الصداق وقد بان اولاً عدم الرجوع الى عينه فهذا تقرير كلام المصنف فى وجه الاحتمال الثانى .

قال قدس الله سره : فعلى الاول لو تلف الخل (الى قوله) حينئذ .

اقول : (وجه الاول) انه لو بقى لرجع فى نصفه فاذا تلف كان الرجوع الى بدله (ووجه

ولورجع خلابعلاجها فعدم الرجوع اظهر لحدوث المالية باختيارها ولوصارت خلافي يده ثم طلقها فلها النصف منه (ويحتمل) نصف مهرالمثل لانتفاء القبض و قدترافعوا قبله (١) فبطل ووجب مهرالمثل (د) لواصدق تعليم سورة فطلق قبلالدخول فانعلّمها رجع بنصفالاجرة والارجعت به وكذا تعليم الصنعة .

(ه)كل موضع يثبتالخيار بسبب الزيادة اوالنقصان لاملك قبله وهذا الخيار ليس على الفور فانكان لها الخيار وامتنعت حبست عنها عين الصداق كالمرهون (و)لووهبته المهرالمعين او الدين عليه ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف القيمة و كذا لو خلعها

الثانى) انه انما يعتبر بدله يوم القبض لانه يأخذ اقل قيمتى يوم الا صداق و القبض واليه اشار بقوله يوم القبض وفى الحالتين لاقيمة له لانه ليس بمال فى الحالتين فيمتنع الرجوع الى بدله .

قال قدس الله سره : ولورجع خلا(الى قوله) باختيارها .

اقول : انقلابه من نفسه انقلاب طباعى (طبيعى-خ ل) واما بفعلها فهى احدثت المالية بعد ان لم يكن ماليا فكان كسباً لها فمن ثم كان عدم الرجوع فيه اظهر ، و اما وجه الرجوع فلما تقدم .

قال قدس الله سره : ولوصارت خلافي يده (الى قوله) مهر المثل .

اقول :اذا صارت خلافي يدالزوج ثم اسلما اواحدهما ففيه احتمالان(احدهما) ان لها النصف من الخل لان الزوجة تملك الصداق بالعقد و يكون يد الزوج يداً عنها فكان كمالو قبضته خمراً فصارخلا فى يدها والزيادة حصلت على ملكهما (ويحتمل) ان لها نصف مهر المثل (لانتفاء) القبض وقدترافعوا قبل القبض فلا يحكم الحاكم بالخمر ووجب مهر المثل (ولان) الخمر لاتصلح عوضا فلا تصلح صداقا ولااعتبار لذكرها اذالم يتصل بها القبض قبل الا سلام و لهذا لو اسلما او احد هما قبل صيرورته خلا يحكم بوجوب مهر المثل .

قال قدس الله سره :ولووهبته المهر المعين(الى قوله) لم يغرما.

اقول : اذا ابرئته بلفظ الابراء ثم طلقها قبل الدخول ففيه احتمالان (احدهما)

---

(١) اى ترافعوا الينا واسلموا قبل القبض

به اجمع (ويحتمل) فى الابراء عدم رجوعه لانه اسقاط لا تمليك ولهذا لوشهدا بدين فقبضه المدعى ثم وهبه من المدعى عليه ورجع الشاهدان غرما ولوابرئا لم يغرما (ز) اذا وهبته المهر ثم ارتدت قبل الدخول ففى الرجوع بالجميع اوالنصف نظر

يرجع بنصف المهر لتصرفهافيه لان الابراء تصرف فى الدين واتلاف له لانه قبل الابراء يوصف بالثبوت فى ذمته ويضاف بـ (له) الى مالك معين وهذه الاضافة ثابتة فى نفس الامر لا بمجرد فرض فارض فلولاان يكون له تحقق مّا لاستحال اضافته بـ (له) الى غيره لاستحالة تحقق الاضافة بدون المضافين فقد تصرفت فيه اما بنقل ـ ان تصوّر (تصرف ـ خل) اواتلاف لزوال ذلك الثبوت ولاثبوت له غيره (وثانيهما) عدم الرجوع لانه لم تأخذ منه مالا ولا نقلت اليه الصداق ولا اتلفته عليه فلا يضمن (والاول) ظاهر (واما الثانى) فلاستحالة ان يستحق الانسان فى ذمة نفسه شيئا فلا يتحقق نقله اليه، واليه اشار بقوله (لا تمليك) (واما الثالث) فلانه لم يصدر منها الا ازالة استحقاقها فى ذمته لاغير وهو ليس باتلاف عليه قطعا .

وينبّه عليه شيئان (الف) لورجع الشاهدان بدين فى ذمة زيد لعمرو بعد حكم الحاكم عليه وقبل الاستيفاء وكان قد ابرء المشهود عليه لم يرجع على الشاهدين بشىء فلو كان الابراء اتلافا على من فى ذمته غرماله (ب) الاستحقاق فى الذمة سبب لاتلاف المستحق على المستحق عليه وهو ظاهر فازالته اى اعدامه سبب لعدم الاتلاف واستدل بانه لا يضمن بالعدوان كرجوع الشاهدين بالدين بعدم الابراء فلا يضمن بغيره (واجيب) بعدم الثبوت اصلا فالبرائة مستمرة ولا اثر للابراء وهنا ثبت وازيل(١) .

قال قدس الله سره : (ز) اذا وهبته المهر (الى قوله) نظر.

اقول : فرض هذه المسألة ان يكون المهر عينا سواء وهبته قبل القبض اوبعده ومنشأ النظر (من) انها ملكت كل المهر بالعقد عندنا لما تقدم وزال ملك الزوج عنه ثم ملكه ملكا متجدداً لازما بهبتها فكان كهبة الاجنبى (ومن) ان ملكها للنصف غير مستقر ولم يوجد فيه مانع لملكه بل عجلت له ما يستحقه بالفرقة قبل الدخول وهو ازالة استحقاقها وكما لو عجل الدين قبل الحلول (ولانه) لو باعه بخيار للبايع ثم وهبه من البايع ولما يعلم

---

(١) وفى نسخة بعد قوله للابراء وهنا اثر زوال ماثبت بالعقد لولا الطلاق

(ح) لووهبته النصف ثم طلقها احتمل رجوعه بالنصف الباقي و بنصفه وقيمة الربع ولو خالعته على النصف انصرف الى ما تملكه (ط) لوتلف الصداق في يدها بعد الطلاق بغير تفريط رجع ان جعلناه كالمبيع وان جعلناه كالموهوب بعد الرجوع فلا ولو تلف في يدها بعد رجوع الكل بالفسخ فهو مضمون لان ذلك تراد العوضين .

انها عينه لم يغرم لو رجع البايع والعين موجودة فكذا هنا (ويرد) ان في الثاني الجهة متحدة ومختلفة في مسألتنا ومنع حكم الاصل في الثالث ولو سلم لم يسلم من الفارق وعلى القول بان الزوجة لا تملك الجميع بالعقد بل النصف فحينئذ هبة الزوج ازالة لاستحقاقها لان تملك النصف الاخر بالوطي او الموت لا تمليك للزوج لاستحالة ان يملك الانسان ملك نفسه ولا يضمن بازالة الاستحقاق كما تقدم والاقوى عندي الرجوع بالجميع .

قال قدس الله سره : (ح) لووهبته النصف (الى قوله) ما تملكه

اقول : هذه المسألة فرع على المسألة الاولى وهي هبة الكل فانا قررنا ان هبة الكل لا تمنع الرجوع فهبة النصف اولى بان لا تمنع ثم نقول الى م يرجع؟ فيه احتمالان (الف) ان له النصف الباقي لانه استحق نصف العين بالطلاق وقد وجده فياخذه وتنحصر هبتها في نصيبها ولانه كلما ثبت استحقاق العين وانتقل منها الى بدلها في الاداء فالانتقال بالتراضي او انتفاء العين او وجود مانع والكل هنا منتف فثبت الرجوع في النصف (ب) الرجوع الى نصف النصف الموجود وبدل النصف الموهوب لان الهبة وردت على مطلق النصف فيشيع فيه (وفيه نظر) لاداء ائه الى تبعيض حقه وهو ضرر عليه فيلزم ثبوت احتمال آخر وهو تخيره بين اخذ النصف الموجود وبين التشطير المذكور والاصح عندي الاول ولا يحتمل تخيرها لان الأتلاف منها مباشرة فيجب عليها وهذا الفرع انما هو فيما اذا كان الصداق عينا اما اذا كان في الذمة بريء من الكل وجها واحداً ولهذا اورد المصنف في الدين بلفظ الابراء وفي العين بلفظ الهبة وهذه المسألة تناسبها اذا احال الحول على مهرها في ملكها وهو نصاب ثم طلقها قبل الدخول فان الزكوة على خاصتها .

قال قدس الله سره: (ط) لو تلف الصداق (الى قوله) تراد العوضين .

اقول : هنا مسألتان (الاولى) الصداق في يد المرأة قبل الدخول بعد الطلاق

(ى) لواعطى عوض المهر شيئا ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف المسمى لا بالمدفوع (يا)لوطلقها بايناً ثم تزوجها فى عدته ثم طلقها قبل الدخول فعليه النصف (يب) لواصدقها عبدين فمات احدهما رجع بنصف الموجود ونصف قيمة الميت(يج) لوكان المهر مشاهداً غير معلوم الوزن فتلف قبل قبضه فابرأته اوتزوجها بمهر فاسدفابرأته من مهر المثل او بعضه صح وان لم يعلما الكميةو لو ابرأته من مهر المثل قبل الدخول لم يصح وان دخل لم يسقط.

هل هو مضمون اوامانة فيه وجهان (احدهما) انه مضمون (لان) القبض او لاكان بعقد معاوضة فاذا انقطع عقدها وارتفع فيضمنه كما اذا بقى المبيع فى يد المشترى بعد الاقالة او الفسخ بالعيب واليه اشار بقوله (ان جعلناه كالمبيع) ويشبه المبيع ايضا من وجه آخر وهو انه اجر لقوله تعالى **وآتوهن اجورهن** (١) (ويحتمل) عدم الضمان لان عود الصداق الى الزوج ليس بفسخ معاوضة (اما على القول) بعدم ملكها الجميع بالعقد ابتداء فظاهر (واما على القول الآخر) فلانه لوعاد بالفسخ لعاد الكل لان العوض لم يتبعض كما فى البيع والاجارة لكنه ابتداء ملك حصل للزوج بسبب حادث وهو الطلاق ويوصف بالصحة فيملكه وبالبطلان فلا يملكه لا بعوض وهذا حكم الموهوب ويدها ليست عادية فتكون امانة ويشبه الموهوب من وجه آخر وهو انه فى الآية حكم بكونه نحلة فى قوله تعالى **وآتوا النساء صدقاتهن نحلة**(٢) والى هذين الوجهين اشار بقوله(وان جعلناه كالموهوب)

(الثانية) اذا رجع كل الصداق الى الزوج بالفسخ بالعيب او بردتها وهو فى يدها فهو مضمون عليها لان رجوعه هنا بفسخ معاوضة اقتضى تراد العوضين فحصل الفرق (بين) رد المهر هنا (وبين) عود النصف فى الطلاق لان عوده بالفسخ معلل بعدم المعلول وهو ملك المهر بعدم علته وهو العقد ، واما علة ملك نصفه بالطلاق فامر وجودى حادث مبنى على صحة العقد الاول فليس من عدم العلة فى شىء ، ويتفرع على الاحتمالين ـ ما لو ادعت التلف بعد الطلاق وقال الزوج قبله (فعلى الثانى) تعارض اصل بقاء العين وبقاء الضمان لكن بقاء الضمان

---

(١) النساء ٢٨ (٢) النساء ٣

(يد) لوزوج الاب او الجدله الصغير صح والمهر على الولد ان كان موسراً والّا كان المهر في عهدة الاب او الجد فان مات اخرج المهر من صلب تركته سواء بلغ الولد و ايسر اولا ولو دفع الاب المهر مع يسار الولد تبرعا او اعساره للضمان ثم بلغ الصبي فطلق قبل الدخول رجع النصف الى الولد لانه كالهبة وكذا لو دفع عن الكبير تبرعا او عن الاجنبي على اشكال ولو ارتدت انفسخ النكاح ورجع الصداق الى الولد وكذا لو فسخ الولد العقد لعيب بعد الدخول وقبله على اشكال ، واذا دفع عن ولده الصغير ثم عاد الى

مشروط بزائد وهو سبق التلف على الطلاق والاصل عدمه وتأثير اصل البقاء بنفسه فيرجح على اصل بقاء الضمان (لانه) ليس بمؤثر بنفسه فيقدم قولها ، ولا اصل لاصل البرائة هنا لان السابق على القبض انتقض بوجود نقيضه و الحادث له سبب حادث والاصل عدمه .

قال قدس الله سره : ولو دفع الاب المهر (الى قوله) على اشكال.

اقول : مبناه على مسألتين (الف) ان قضاء دين الغير هل يستلزم دخوله في ملكه اولا (ب) انه اذا دخل كان هبة والهبة للاجنبي اذا تصرف فيها الموهوب هل للواهب الرجوع (فان قلنا) ليس له الرجوع فهنا اولى ان لا يكون له الرجوع لانه هو الذى نقله نقلا لازما فهو اقوى من نقل الموهوب (وان قلنا) ان للواهب الرجوع مع تصرف الموهوب يحتمل عدم الرجوع هنا لان المباشر لاتلافه هو الواهب هذا في توجيه الاشكال في الاجنبي واما في الولد الكبير فمنشأ الاشكال في المسألة الاولى .

قال قدس الله سره : ولو ارتدت انفسخ النكاح (الى قوله) على اشكال .

اقول : هذه المسائل المذكورة هنا تبنى على مقدمة ـ هي انه اذا عقد نكاحا لابنه الصغير المعسر على امرأة بمهر معين فانه يكون قد ملك ابنه الصغير ذلك القدر ثم جعله مهراً بولايته عليه فيكون باول جزء من العقد ملكه وبتمام المجموع اخرجه عنه لاستحالة ان يتزوّج الانسان والمهر من مال غير الزوج او على ذمة غيره ابتداء اى من غير سبق استحقاق الزوج اوضمان ذلك الغير عنه وهكذا في كل المعاوضات وكذا اذا قضى دين غيره ملكه المقضى عنه اولا .

اذا تقرر ذلك (فنقول) كان قد ذكر المصنف فيما تقدم رجوع نصف الصداق الى

الابن لم يكن له الرجوع فيه لان هبة الصغير لازمة (اما) الاجنبى فان رجع اليه بدله باتلافها او بالمصانعة لم يكن للدافع الرجوع لانه لايملك الرجوع فى غير الموهوب وان عادت العين فكذلك لانه تصرف بدفع المتبرع عنه ولوقال الاب دفعت عن الصغير

الزوج قبل الدخول واشار ايضاً الى رجوع مجموع الصداق وذكر سببه وهو الفسخ لكن ذكره ثمة بالعرض للفرق بينه وبين الطلاق ثم ذكره هنا مفصلا فى صور ثلاث (الف) اذا ارتدت المرئة والمراد قبل الدخول ، وانما لم يذكره هنا لانه ذكره ثمة (ب) اذا فسخ الزوج النكاح لعيب بعد الدخول والمراد اذا كانت هى المدلسة على القول برجوعه عليها بجميع المهر فانه قول كثير من اصحابنا . و اما عند امام المجتهدين والدى المصنف فانه يرجع الاباقل مايمكن ان يكون مهراً (ج) ان يفسخ الولد النكاح لعيب فى المرأة قبل الدخول فانه يرجع بكل المهر (ويتفرع) على ذلك ما اذا كان المهر من الوالد فى هذه الصور الثلاث رجع الى الولد فى هذه كلها لانه ملكه وعاوض عليه بعد ملكه فاذا بطلت المعاوضة رجع اليه ولا يقتضى بطلانها رجوعه الى الواهب المملك او لا كما لو اشترى لهسلعة بمال ملكه اياه ثم انفسخ البيع فانه يرجع الى الموهوب لاالى الواهب

والمصنف رحمه الله استشكل فى الصورة الاخيرة رجوعه الى الابن و منشأه (ان) الفسخ بالعيب قيل هو رفع للنكاح من اصله فكان كفساده من الاصل لان شرط صحة العقد رضاه به وهو على تقدير انتفاء العيب فان الفسخ كشف عن ذلك والثابت على تقدير يكون منفيا كلما كان ذلك التقدير منفيا لكن السلامة منتفية من الاصل فكذا الرضاء به وانتفاء الشرط يقتضى انتفاء المشروط فظهر ان الفسخ كاشف عن بطلانه ابتداء (ولانه) لولم يقتض الا تجدد رفعه بعد ان لم يكن فقبله (ان ترتب عليه اثره) كان لازما فى وقت لاسبيل الى فسخه اذليس الا الفسخ ولايؤثر الا فيما بعد لا فيما مضى مع وجود سبب عدم اللزوم التام وهو العيب وعدم الرضاء به وهو باطل قطعا لان كلما تجدد تاثيره بعد وجوده وخلو من التاثير فلتجدد سبب اقتضى ذلك وهذه مقدمة قطعية بديهية ولم يتجدد الا الفسخ وهو متأخر عن عدم اللزوم فلو كان علة فيه لزم الدور (وان لم يترتب عليه اثره) لم يملك الولد فيما سبق وهو المطلوب وقبل الفسخ رفع متجدد لفرق الاصحاب بين الذى بطل من اصله وبين الذى

لارجع به عليه قبل قوله لانه امين عليه ولوطلق قبل ان يدفع الاب عن الصغير المعسر سقط النصف عن ذمة الاب والابن و لم يكن للابن الصغير مطالبة الاب بشيء و لوكان الولد معسراً بالبعض ضمنه الاب خاصة ولو تبرّء الاب فى العقد من ضمان العهدة صح ان علمت المرأة بالاعسار .

الفصل الخامس فى التنازع

اذا اختلفا فى اصل المهر قبل الدخول فالقول قول الزوج مع اليمين لا مكان تجرد العقد عنه وكذا بعده (والتحقيق) انه ان انكر التسمية صدّق باليمين لكن يثبت

يتجدد فسخه وجعلوا الفسخ بالعيب من الثانى لا الاول فقد حصل بعد ملكه فسخ معاوضة عليه فيرجع اليه ، والفرق بين هذه المسألة والمسألتين الاوليين (اما الاولى) وهو الفسخ بالردة (فنقول) الفسخ بالردة متجدد والعقد قبلها صحيح لازم اليها اجماعا فاقتضى ملك الولد لان كلما هو شرط فى نفس وقوع العقد اولازمه فانه ثبت فى ابتداء ثبوت العقد و يستحيل تخلفه عنه وملك الابن شرط فى صحة وقوع عقد المهر هنا فثبت فى ابتدائه قطعا و العلة فى ملك الابن ابتداء العبد والملك شرط فى تمامه فلا دور فاذا بطلت المعاوضة عليه رد اليه كالبيع (واما الثانية) فلانه دخل و الدخول مقرر للمهر وهو مسبوق بملك الولد وتدليسها اتلاف له وعوده بغرمها فيكون له لا للواهب ولان هذا الدخول ليس بشبهة فهو بالعقد فقد ترتب عليه اثره فيترتب الاثر الآخر وهو المهر لانه عوضه فلهذا لم يستشكل المصنف فى هاتين الصورتين واستشكل فى الثالثة .

الفصل الخامس فى التنازع

قال قدس الله سره : اذا اختلفا فى اصل المهر (الى قوله) فالاقرب عدم سماعه .

اقول : هذه المباحث مبنية على مقدمة هى ان مجرد العقد لا يستلزم ثبوت المهر لان ذكر المهر ليس بشرط فى صحته لقوله تعالى **لاجناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة** (١) ومع صحة التفويض يصح العقد واذا

---

(١) البقرة ٢٣٧

عليه قبل الدخول مع الطلاق المتعة ومع الدخول مهر المثل ، و الاقرب ان دعواها ان

مات قبل الدخول لم يجب لها شيء و كلما انفك عن الشيء فليس بلازم له اذا تقرر ذلك (فنقول) هنا مسالتان (الف) اذا انكر الزوج اصل المهر قبل الدخول و ادعته المرأة فالقول قوله مع اليمين لا نتفاء احد السببين و هو الدخول و عدم العلم بسببه الآخر وهو العقد و الاصل البراءة (ب) انا جرى هذا الا ختلاف بعد الدخول اطلاق الاصحاب يقتضي ان القول قول الزوج ايضا لان الدخول بالعقد قد يتخلف عنه وجوب المهر على الزوج كما اذا زوج الاب ولده الصغير المعسر فانه وان ملكه الولد اولا لكنه لم يجب في ذمته ولم يستقر في ماله المستقر وكما اذا زوج العبد مولاه ثم اعتقه على القول بان المهر في ذمة المولى ولا ينتقل الى ذمة العبد بعد العتق وكما لو كانت الزوجة هي المدلسة على قول بعض الاصحاب يرجع بكل المهر فمجرد الدخول اعم من ثبوت المهر على ذمة الزوج ولادلالة للعام على الخاص .

(وفيه نظر) لان الدخول مقتض لاستقرار مهر مطلقا عندنا ومع عدم عيب او عدم تدليسها آخرين وثبوت المهر في ذمة غيره على خلاف الاصل فلا يحكم به مالم يعلم سببه والا لكان خلاف الاصل اصلا من غير اعتضاده بدليل وهو باطل قطعا ولاجل ذلك عدل المصنف عن كلام الاصحاب وفصل فقال اما ان ينكر التسمية او الاستحقاق فان كان الاول صدق مع اليمين لانه منكر ولان العقد والدخول لايستلزمان التسمية لامكان خلوهما عنها فاذا حلف ثبت عليه بالطلاق قبل الدخول المتعة لقوله تعالى **وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين** (١) واللام للملك ووصفه بانه حق تصريح بالاستحقاق و لقوله تعالى لاجناح **عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين** (٢) ولايرد تعليقه على المحسنين و (تعليق) الحكم على وصف لو لاعليته لخلا عن الفائدة (دليل العلية) ولاشيء من الواجب كذلك ولانه لو وجب لعم المحسن وغيره لان ذكر بعض افراد

---

(١) البقرة ٢٤١ (٢) البقرة ٢٣٧

قصرت عنهما ثبت مادعته ، ولو انكر الاستحقاق عقيب دعواها اياه او دعواها التسمية ،

العام لايقتضى التخصيص و نمنع انحصار الفائدة في التعليل وفاعل الحسن محسن والواجب حسن وبالدخول مهر المثل لان بيمينه حكم بنفى التسمية وحكمه ذلك .

واختار المصنف وجها حسنا وهو ان دعواها ان قصرت عنهما اى عن المتعة قبل الدخول و عن مهر المثل بعده ثبت دعواها ، وقال المصنف فى الدرس المراد بدعواها الكلية المماثلة جنسا وثبوت دعواها باحد الامرين وهو (اما) الطلاق (او) الدخول فاى التقديرين ثبت تثبت الدعوى المماثلة جنسا لما اوجبه التقدير امامع عدم احدهما فلا يحكم بثبوتها لجواز الموت قبل الدخول فلايثبت شىء ولا يحتاج الى يمين لانه امّا ان يحلف او ينكل اويردّ واذاردّ فامّا ان يحلف اوينكل وعلى كلّ تقدير ثبت دعواها لانّ اليمين او النكول من اىّ جهة كان حكم بنفى التسمية او اثباتها وعلى كل واحد من التقديرين ثبت دعواها و قبل احدهما لها اليمين لجواز نكوله او رده فتحلف فيثبت مدعاها بنفس العقد هذا تقرير المصنف من لفظه (وان كان) الثانى وهو ان ينكر استحقاقها المهر عقيب دعواها الاستحقاق اودعواها التسمية فان اعترف بالنكاح قال المصنف اى بالوطى مع اعترافها بالعقد فالاقرب عدم سماعه لان الوطى بالعقد موجب لمهر لقوله تعالى **ان تبتغوا باموالكم** (١) علق الحكم على الابتغاء بالمال لان (ان) تتضمن معنى الشرط فلا يحل دونه (ولانه) لولاه لكان تبرعا واباحة وبضع الحرة لايجرى فيه البدل والاباحة (ولان) النكاح بلامهر من خصائص النبى صلى الله عليه وآله وسلم فانفكاك الوطى بعقد عن استحقاق مهر محال ، والاصل وجوب المهر على الزوج الواطى لاستحالة ان يملك عوضا بعقد وعوضه على غيره ابتداء و انما خرج من هذا العبد لصفة العبودية اذا زوجه مولاه وقلنا المهر على مولاه والولد الصغير المعسر اذا زوجه ابومولم يشترط المهر فى ذمة الولد و لانفاه عنه و هما على خلاف الاصل و نادران ، مع ان الحق فيهما ان الابن يملك ما جعله ابوه مهرا اوّلا وعليه اجماع محققى الاصحاب وان العبد يملك ايضاً ماجعله مولاه مهرا ويكون تمليكا له فى هذه الصورة وهو قول اكثر محققى الاصحاب .

(١) النساء ـ ٢٨ ـ

فان اعترف بالنكاح فالاقرب عدم سماعه ، ولو اختلفا فى قدره اووصفه اوادّعى التسمية وانكرت قدم قوله ولو قدره بأرزّة مع اليمين، وليس ببعيد من الصواب تقديم من يدعى مهر المثل فان ادعى النقصان وادعت الزيادة تحالفا ورد اليه .

اذا عرفت ذلك (فنقول) العقد والوطى بسبب موجب لمهر والاصل ان يكون على الزوج اوفى ماله (فعلى ما اخترناه) من تقدير ثبوت ملك الابن والعبد القضية كلية لامانع لها ولا يخلصه الا تحمّل تجدد كالضمان او الاداء و على المذهب الضعيف يكون ذلك الوطى سببا موجبا لايخرجه عن ايجابه الّا العبودية وصغر الزوج واعساره وتولّى ابيه العقد عنه مع عدم اشتراطه على الولد وهما شيئان نادران على خلاف الاصل و كل سبب شأنه ذلك فمجرد وجوده يحكم باثره الاان يثبت بدليل المانع ويكتفى فى الاستدلال على عدم المانع باصالة عدمه واذا اقر بالسبب المذكور حكم عليه بثبوته واذا حكم بثبوته حكم بثبوت اثره اذا لم يظهر دليل على المانع الموجب لتخلف الحكم والّا لكان خلاف الاصل اصلا و هو محال ، فاذا كان اقراره باطلاقه يوجب الحكم بثبوت المهر عليه فلا يسمع مجرد نفيه لانه انكار بعد اعتراف (ولانه) مع اثبات السبب اما ان ينفى الاقتضاء اوثبت المانع (فالاولى) لايسمع (لان) عدم الاقتضاء منحصر فى وجوب سبب نفيه فلا يسمع قبله (والثانى) لم يدعه كما لوقال هذا اخى لايرث من تركة ابى فلانه لايسمع النفى بل ان ادعى مانعا احتاج الى نفيه وكان اليمين على منكره فكذا هنا . قال المصنف المراد بقولنا عدم سماعه انه لايسمع منه النفى بل ان ادعى سبب زواله سمع وكان عليه البينة والقول قولها مع اليمين وهذا هو الحق عندى ، واحتمال اسماع ضعيف (ووجهه) انه يجامع وجوبه على الزوج وعدم وجوبه على الزوج فى الصورتين المذكورتين وفى العادة القديمة تقديم المهر على الدخول و اذا جامع الايجاب وعدمه كان اعم منهما ولا دلالة للعام على الخاص وضعفه ظاهر مما مر والالم يمكن الاستدلال بالعمومات والظواهر السمعية .

قال قدس الله سره : ولو اختلفا فى قدره اووصفه (الى قوله) ومهر المثل.

اقول : هنا مسائل (الف) لواختلف الزوجان فى قدر المهر فالقول قول الزوج مع اليمين وهو اختيار الاصحاب لان الزوج مدعى عليه (لان) الصداق ليس عوضا حقيقة

ولوادعيا الزيادة عليه المختلفة (احتمل) تقديم قوله لانه اكثر من مهر المثل ومهر

بل هو نحلة ، واذا اختلفا فى قدر النحلة فالقول قول المنكر مع اليمين وتساوى المستنكر وهو مالا يتزوج بمثله فى العادة من غير المستنكر وهو ما يتزوج بمثله فى الوقت فيلزم من هذا انه لو قدّره بأرزّة مع عدم تزوّجها به عادة كان القول قوله مع اليمين و هو اختيار صاحب الشرايع ، وقال والدى المصنف رحمه الله ليس ببعيد من الصواب تقديم قول من يدعى مهر المثل بمعنى انه اذا ادعى الزوج اقل هى من مهر المثل وادعت هى مهر المثل كان القول قولها مع اليمين . ولوادعت هى ازيد من مهر المثل و ادعى هو مهر المثل فالقول قوله مع اليمين (ووجهه) ان من يدعى مهر المثل كلامه هو الظاهر ومن ينتقص عنه خلاف الظاهر لان الظاهر انها لاترضى باقل منه ، والظاهر انه لايرضى بالزيادة عليه و من وافق مدعاه الظاهر كان القول قوله لما ياتى فى باب الدعاوى (و لان) مهر المثل هو الواجب بالاصل لانه يحكم به فى كل وطى مع عدم تحريم الوطى وعدم التسمية اللازمة وعلى قول من قيد حرية الموطوئة (واقول) هذا مسلم مع الدخول واما قبله فلا يجب شىء الّا بالتسمية ولا اعتبار بغيرها فتقديم دعواه لا يوجبه الا اصالة عدم التغابن وهذا فى المعاوضات الحقيقية والنكاح ليس كذلك .

ثم فرّع المصنف على هذا الاحتمال وهو تقديم قول مدعى مهر المثل فروعا ثلاثة (احدها) اذا ادعى الزوج الأقلّ منه و ادعت الزوجة الزيادة عليه فكل منهما ادعى خلاف الظاهر وقد فسّره المدعى فيحلف كل منهما على نفى ما ادعاه الآخر (ولانه) اختلاف فى صفة العقد فيتحالفان كالبيوع وغيرها واذا تحالفا انفسخ عقد المهر لانه لايبطل ببطلانه النكاح واثر التحالف انفساخ عقد فقدّر الفقهاء للصداق عقداً فيبطل المسميان الذى يدعى كل منهما واحداً منهما وبطلان التسمية موجب لثبوت مهر المثل فقوله رحمه الله (فان ادعى النقصان) اى عن مهر المثل و قوله (و ادعت الزيادة) اى على مهر المثل (وثانيها) لوادعيا الزيادة على مهر المثل المختلفة كان يقول المهر مأة و تقول هى مأتان و مهر المثل خمسون ذكر المصنف فيه وجهين (احدهما) تقديم قول الزوج لان القول قوله فى مهر المثل ففى الزيادة عليه اولى وعليه اليمين على نفى الزيادة التى تدعيها

المثل (١) ولو ادعيا النقصان (احتمل) تقديم قولها ، ومهر المثل (٢) ولو كان الاختلاف في التسليم قدم قولها مع اليمين سواء دخل اولا .

ويثبت الزيادة التي اقر هو بها للزوم اقرار العقلاء على انفسهم ولا يحتاج الى يمين المرأة هنا

(الوجه الثاني) ثبوت مهر المثل لان الاقرار اخبار عن حق سابق وليس الاقرار سببا في ثبوت الحق بل سببه غيره ولا بد في ثبوت الحق من سبب فاذا حكم الشارع ببطلان سبب الاقرار بطل الاقرار و سبب ثبوت المسمّى التسمية وقد حكم الشارع ببطلان التسميتين (احديهما) وهي مدعاها بيمينه والأخرى باقرار الزوجة بعدم سببها وهو كونها مسمّى في العقد ولا يحتاج الزوجة في اثبات مهر المثل الى يمين لانه ثابت على تقدير اى تسمية كانت من التسميتين و بطلانها فهو ثابت على واحد من طرفي النقيض ولا يرد اتفاقهما على ثبوت زيادة مدعى الزوج واتفاقهما على وجوب سبب لها وهو التسمية والاختلاف في تعيينها فالحكم ببطلانها باطل لما ذكرنا من ان الشارع حكم ببطلان سبب الاقرار كحكمه ببطلان كل واحدة من التسميتين ومع بطلان السبب يبطل المسبب (وثالثها) اذا ادعيا النقصان عن مهر المثل كأن ادعت مأة وادعى خمسين ومهر المثل مائتان (احتمل) تقديم قولها وهو الاقوى لانها لو ادعت مهر المثل كان القول قولها فالانقص اولى (واحتمل) مهر المثل لانهما اختلفا في العوض المعقود عليه فيتدافعان و يرجع الى مهر المثل كالبيوع و انما لم يذكر التحالف هنا للاكتفاء بيمين الزوج في نفي مدعاها بالزيادة (وعلل) بعض القدماء بانه عقد لا ينفسخ بالتحالف فلا يشرع فيه والاقوى عندى ان القول قول الزوج في كل هذه الصور (ب) اذا اختلفا في وصف المهر كالصحيح والمكسر والجيد والردى و الحلول و التاجيل او تقدير الاجل فالقول قول الزوج مع اليمين (و يحتمل) ان يتحالفا لانه اختلاف في وصف عقد المهر فيؤثر في بطلان التسمية لا في النكاح فثبت مهر المثل مع الدخول و مع الطلاق قبله المتعة والحق الاول (ج) ان يدعى التسمية و تنكر المرأة فالقول قول الزوج .

(١-٢) اى احتمل ثبوت مهر المثل .

ولوقال هذاابنى منهافالاقرب ثبوت مهرالمثل مع انكار النكاح (او) التسمية (او)

قال قدس الله سره : ولوقال هذا ابنى منها (الى قوله) اوان يسكت .

اقول : وجه القرب انه اقرار من حرّ بوطى يلحق النسب به بغير ملك يمين و كل وطى من حر بغير ملك يمين يلحق النسب به موجب للمهر فيلزم انه اقر بوطى لغير ملك اليمين موجب للمهر والكبرى بينة (واما الصغرى) فلان تكوّن الولد من منيّه فى رحم المرأة من غير وطى محال عادة او بعيد نادر جداً فان استدخال المنى بغير مساحقة او بمساحقة توليده عادة محال او نادر جداً بل هو الى الاحالة عادة اقرب ، والاقرار بالمسبب يستلزم الاقرار بالسبب والنوادر لم يلتفت اليها الشارع (اذا) عرفت ذلك (فنقول) هذا الاقرار موجب لمهرالمثل فى صور اربع (الف) انكاره النكاح اى العقد (ب) انكار التسمية (ج) انكاره اصل المهر (د) ان يقتصر على هذا الكلام ويسكت .

وانما قلنا مهرالمثل (لان) منافع البضع المستوفاة مع عدم التسمية تضمن به فهو الواجب فى الاصل (ولان) التقدير بقدر معين سببه التسمية الصحيحة فى عقد صحيح و الوطى اعم منه والعام لايستلزم الخاص ، فالاقرار بالوطى لايستلزم الاقرار بالعقد ولا بالتسمية ، ودعواها لاتقبل فى حقه لوادعت التسمية ولها عليه اليمين (و يحتمل) ثبوت اقل مايمكن ان يكون مهراً لانه المتيقن والزائد عليه على خلاف الاصل .

(لايقال) يحتمل ان يكون الوطى بعقد صدر من الأب حال صغر الواطى وعسره (وغيره - خل) اوان يكون قدوقع منه على اقل من مهرالمثل ، (ولايلزم) من انكاره الاقل اوسكوته ثبوت الاكثر (لامكان) كذبه فى انكاره التسمية ، ولايجوز الزام الكاذب بزيادة وكذا الساكت (فانه) لم يصدر منه الّا الاعتراف بملزوم الوطى و الوطى يمكن وقوعه عن عقد على اقل ما يمكن ان يكون مهراً كحبة مثلا (لانا) نقول الجواب (عن الاول) الاقرار بالفعل يوجب ثبوت حكمه على فاعله لان ايجاب حكمه على غيره مع امكان ثبوته عليه خلاف الاصل نادر وخلاف الاصل لايحكم به الّا بدليل يقينىّ اوحكم الشارع بصلاحية النقل عن الاصل ولايتوقف فى الحكم بسببه والّا لزم مساواة خلاف الاصل الاصل (ولانا) بيّنا ان ماذكروه سبب نادر على خلاف الاصل (وعن الثانى) ان كل مثبت

اصل المهر (او) ان يسكت ، ولو خلا فادعت المواقعة قبلا فاقام البينة بالبكارة بطلت الدعوى والاحلف للبرائة الاصلية (وقيل) تحلف هي لان شاهد حال الصحيح المواقعة

او ناف يثبت في حقه حكم ما اقر به من نفي او اثبات ولا يعارض ذلك امكان كذبه اجماعا ولقوله ﷺ اقرار العقلاء على انفسهم جائز (١) وهذا حكم اجماعي وحكم نفي التسمية ونفي العقد مع اثبات الوطى وجوب مهر المثل فقد وجد المقتضى للحكم بوجوب مهر المثل وانتفى المعارض اذ امكان الكذب لو قدح لم يلزم اقرار قط (قوله) ولا يجوز الزام الكاذب بزيادة (قلنا) اذا علم كذبه لم يلزمه شيء ونفس اقرار المؤاخذ به مع عدم علم الكذب سبب تام في الحكم بلزوم مقتضاه وامكان الكذب كما قررنا غير موجب للتشكيك فكيف الجزم ، وامكان صدور الوطى عن عقد على اقل ما يتملك كحبة مسلّم - لكن لا يقدح هذا الامكان في الحكم بوجوب مهر المثل في المسألة المذكورة (لان) كل مهر غير مهر المثل انما توجبه التسمية في عقد شرعي واحترزنا بقولنا (كل مهر) ان المتعة و العشر او نصفه في وطيء الامة لكن العقد على خلاف الاصل لانه حادث والاصل عدمه فلا يحكم به الا بدليل و يكفي في نفيه الاصل فالوطى مع عدم العلم بعقد يوجب مقدرا يقتضي الحكم بوجوب مهر المثل (ولانه) كلما عارض دليلا واوقف حكمه ساواه ان لم يحكم بواحد منهما فان حكم بالمعارض ترجح عليه فلو عارض امكان ثبوت العقد من غير دليل دل عليه اصالة عدمه لزم احد الامرين (اما) كون خلاف الاصل مساويا للاصل او ارجح وهما محالان (ولا يرد) يعارض الاصل اصل البرائة (لانه) قد ثبت خلافه فان الوطى اقتضى ثبوت مال في الذمة وزيادة مهر المثل على اقل ما يمكن العقد عليه وجبت بالاصل اذ كل من اتلف شيئا على غيره ضمنه بقيمته وانما ينقص عنها سبب حادث والاصل عدمه فمثل هذه الاسؤلة لا يصدر عمن له تحصيل .

قال قدس الله سره : و لو خلا فادعت المواقعة قبلا (الى قوله) مع الخلوة بالحليلة .

اقول : ذكر المصنف مستند الوجهين و اقول ايضا (وجه الاول) انه انكر حدوث

---

(١) المستدرك ب٣-خبر ٣- من ابواب بيع الحيوان .

مع الخلوة بالجليلة . ولوقالت علّمني غير السورة قدم قولها مع اليمين ولوافامت بيّنة بعقدين فادعى التكرير فانكرت قدم قولها ، ويجب مهران (وقيل) مهرونصف .

الحادث والاصل بقاء عدمه المستند الى عدم علته وهومتحقق ازلاً و الاصل بقائه ايضاً (ومستند الثاني)وجود القدرة والداعي وانتفاء الصارف اذالاصل عدمهوانمارجح المصنف الاول لان حكم السبب الاول ذاتي و سبب الثاني اكثري والسبب الذاتي اقوى و اولى بالحكم باثره من الاكثري (ولان) الحكم ببقاء ماعلم تحققه اقوى من الحكم بتجدد متجدد لم يعلم يقينا وجود سببه التام و لم يدرك حسا و ان كان سببه الاكثري معلوما فكيف اذا لم يعلم يقيناً ايضاً ووجود المقدور لابد فيه من ترجيح القادر و هوغير معلوم اذقد يتساوى النسبة الى الداعي قوله (وقيل تحلف هي) هذا قول ابن حمزة و قد سبق الخلاف وتحقيق هذه المسألة .

قال قدس الله سره : ولو اقامت بينة بعقدين (الى قوله) مهر و نصف

اقول : اذا ادعت الفين مثلافي عقدين وقعا في وقتين متغايرين كيومين مثلا و اقامت البينة بهما ثبت العقدان و لزم المهران ولا يحتاج الى التصريح بتخلل الفرقة للحكم بها بالعقد الثاني لانه موقوف عليها وثبوت المشروط يستلزم ثبوت الشرط لاستحالة اجتماع وجود المشروط و عدم الشرط صدقا و الاول ثابت باقراره فينتفي الثاني فان ادعى الزوج التكرار قدم قولها حملا للفظ العقد على حقيقته وهوالسبب المبيح للنكاح لاعلى صورته لانه مجاز من باب الاستعارة وكذا لو اقر بعقد بيع عبد اوابتياعه عبداً فانه يكون اقراراً بملكيته فلا تسمع منه دعوى صورته العارية عن المعنى لانه مجاز من المستعار ولايتعرض للوطي لان المسمى يجب بالعقد عنده والاصل بقائه الى ان يدعي الخصم مسقطا ، وهذا اختيار المصنف وابوالقاسم بن سعيد ، وقال جدي قدس الله سره يلزم مهرونصف اما عند من يوجب بمجرد العقد النصف فظاهر واما عند الاخرين فلاستلزام العقد الثاني تقدم الفرقة عليه من العقد الاول والاصل عدم الدخول و الاصل كونها منه لانه هوالمالك لها وصدورها منها نادر على خلاف الاصل، واختار الشيخ في المبسوط الاول وحكى الثاني ، ثم قال رحمه الله وهذا اقوى وهوالاقوى عندي .

ولوقال اصدقتك العبد فقالت بل الجارية فالاقرب التحالف وثبوت مهر المثل (ويحتمل) تقديم قوله مع اليمين ولوكان ابواها فى ملكه فقال اصدقتك اباك فقالت بل امى (فعلى الاول (يتحالفان ويرجع الى مهر المثل ويعتق الاب باقراره وميراثه موقوف اذلا يدّعيه احدهما (وعلى الثانى) يعتق عليها ولاشىء لها و ميراثه لها ، واذا

(فرع) لوادعى انه لم يصبها فى النكاح الاول صدق بيمينه لان الاصل عدم الاصابة ولايطالب من المهر الاول الا بالنصف ولوادعى البطلان (الطلاق ـ خل) فى الثانى قبل الاصابة صدّق وقنع منه بنصف المهر الثانى .

قال قدس الله سره : ولوقال اصدقتك العبد (الى قوله) مع اليمين

اقول : (وجه الاول) انه اختلاف فى صفة العقد الموجبة لاختلافه لانهما اختلفا فى العوض المستحق فى العقد فكان كالمبيع فكل (وكل ـ خل) واحد منهما ينكرما ادعاه الاخر (ووجه الثانى) انه ينكرما ادعته فالقول قوله مع اليمين لانه غارم (واما) المرأة فلايمين عليها لانها انكرت استحقاق ماأقرلها به والاصل فى ذلك انه ليس بعوض حقيقى بل هو واجب بحكم الشرع ، والاقوى عندى الثانى .

قال قدس الله سره : ولوكان ابواها فى ملكه (الى قوله) وميراثه لها .

اقول : هذا فرع على المسألة المتقدمة وهى قول الزوج ان اصداق العبد وقالت المرأة بل الجارية (وتقريره) لو كان كل واحد ممن ادعياه ينعتق عليها لو ثبت و مثاله كما ذكره هنا فالحكم فى التحالف والرجوع الى مهر المثل وتقديم قول الزوج مع اليمين فى الحكم لها بالاب كما تقدم من غير تفاوت لكن يتفرع الكلام هنا فى موضعين (الف) العتق فذكر المصنف انه ينعتق من يدعى الزوج اصداقه كالاب هنا على الاحتمالين معاً اى احتمال التحالف واحتمال قول الزوج واحلافه خاصة (اما) على تقدير التحالف فلانه اقر بانه اصدقها الاب وهو يتضمن الاقرار بانعتاقه عليها لانه اقر بالعلة الموجبة اذ ملك الولد الحر اباه علة موجبة للعتق لذاته فيكون متضمنا للاقرار بالمعلول ، واقرار العاقل على نفسه جائز وعلى غيره لا ، فمن ثم لم يحكم عليها بملكيته بل عليه وهذا كما لوقال بعتك اباك فانكر الابن وحلف فانه يحكم بعتق الاب باقراره وحيث عتق باقراره

اختلف الزوج والولى)فكل موضع) قدمناقولهاقول الزوج مع اليمين نقدم هنا ويتولى الولى احلافه (وكل موضع)قدمناقولهامع اليمين صبرحتى تكمل وتحلف اما لوادعى التسليم الى الولى اوالوكيل فان اليمين عليهماوورثة الزوجين كالزوجين الاان يمين الورثة على نفى فعل مورثهم انماهى على نفى العلم ، ولودفع مساوى المهرفادعت دفعه هبةقدم قوله مع اليمين ان ادعت تلفظه بالهبة والا قبل بغيريمين بان تدعى انه نوى بالدفع الهبة (لانه) لونواه لم يصرهبة وبرء الزوج بدفع المهرالى الزوجة مع بلوغها ورشدها لامع زوال احدهما وبدفعه الى وليها لابدونه وبالدفع الى الوكيل فيه لافى العقد .

خاصة لم تفوّت المرأة عليه شيئا فلم تغرم (واما) على تقدير تقديم قول الزوج فلاقراره، و بعد يمينه يحكم الحاكم بملكها اياه و الحكم بعتق الاب لايقف على التحالف بل بمجرد دعواه يحكم بعتقه فان حلف الزوج استقرّ رق الام وان نكل وحلفت المرأة انعتقت الام ايضاً بيمينها لثبوت ملك الام لها بيمينها (ب) الكلام فى تركة الاب وتركة الام لو انعتقت كماذكرنا فهنا مسألتان .

(الف) تركة العبد من يرثها ؟فرّق المصنف بين الاحتمالين فذكرانه على احتمال التحالف يكون ميراثه موقافا لان كلامنهما ينفيه عن نفسه لنفى متبوعه (اما) الزوجة فتزعم انه لم ينعتق بل هوعبد قنّ للزوج والزوج يدعى انتقاله الى ابنته والتصرف فيه لولم يكن ابا ولم يكن كسبه لها ولخلا النكاح عن مهراوحكم الشارع بالمتضادين فى واقعة مع اتحاد الموضوع والزمان ، وقال بعض قدماء الاصحاب يكون موقوفا ايضاً (لان)علة ايقافه فى الصورة الاولى انكارها اياه وهى موجودة هنا ايضا فيوقف (وفيه نظر) لانه انما وقف فى الصورة الاولى لعدم حكم الشارع بملكيتها اياه بخلاف هذه الصورة (ولان)كسبه فى الصورة الاولى لولم يكن اباً قبل التحالف موقوف ويمينه على تقدير تقديم قوله او نكولها كسبه لهافافترقت الصورتان .

(فرع) القدر الموقوف من ميراثه ما زادعلى قيمة ما ادعته مهراً فلها اخذ قيمة الجارية لاتفاقهماعلى استحقاقها اياه والاختلاف فى السبب(ب) الميراث من الام لوانعتقت للزوجة قطعاوانما ينعتق بيمينها المثبتة ونكوله اوتصديق الزوج ولوبعديمينه ـ وهذه من المسائل المتشعبة وفروعهاكثيرة اعرضناعنها لئلانطوّل بذكرها .

المقصد الثالث فى القسم والشقاق

وفيه فصول (الاول) فى مستحق القسم

لكل من الزوجين حق على صاحبه وكما يجب على الرجل النفقة والاسكان كذا يجب على المرأة التمكين من الاستمتاع وازالة المنفر والقسمة بين الازواج حق على الزوج حراً كان أوعبداً مسلماكان أوكافراً عاقلاكان أو مجنوناخصياً كان أوعنيناً أوسليما ، ويتولى الولى عن المجنون فيطوف به على نسائه بالعدل وهوحق مشترك بين الزوجين لاشتراك ثمرته فلكل منهما الخيارفى قبول اسقاط حق صاحبه (وقيل) لاتجب القسمة الااذا ابتدأبها (فعلى الاول) لوكان له زوجة واحدة وجب لهاليلة من اربع والثلاث بضعهااين شاء ، ولوكان لهزوجتان فلهما ليلتان وله ليلتان، ولوكان له ثلاث فلهن ثلاث من اربع ، ولوكن اربعا وجب لكل واحدة ليلة ولا يحل له الاخلال بها الامع العذراوالسفراواذنهن أواذن بعضهن فى مايختص الآذنة (وعلى الثانى) لوكان لهزوجة

المقصد الثالث فى القسم والشقاق

وفيه فصول (الاول) فى مستحق القسم

قال قدس الله سره : والقسمة بين الازواج حق على الزوج (الى قوله) وقيل لاتجب القسمة الااذا ابتدأبها الزوج الى آخره (١)

اقول :المشهور وجوب القسمة بين الازواج ابتداء لورود الامر بهامطلقا ، قال الباقر عليه السلام قسم الحرة الثلثان من ماله ونفسه وللامة الثلث من ماله ونفسه (٢) و قال الشيخ فى المبسوط لايجب الآاذاابتدأبهاوالاول اقوى لقوله تعالى **وعاشروهن بالمعروف**(٣) المامور به هنا المعاشرة وكونها بالمعروف و ليس هذا الامر للمرة بل هو للتكرار اجماعا وليس فى كل الاوقات اجماعا فبقى ان يكون بحسب مايقتضيه القسمة اذلا قائل بثالث ولانه عليه السلام قسم بين نسائه بالعدل بينهن ، والتاسى واجب على ماقرر فى الاصول .

---

(١) هكذا فى الايضاح .

(٢) ثلب ٨ذيل خبر٢ من ابواب القسم والنشوز فلاحظ صدره (٣)النساء -٢٣

واحدة لم يجب قسمة ولوكن اكثرفان اعرض عنهن جاز ، وان بات عندواحد منهن ليلة لزمه فى الباقيات مثلها.

وتستحق المريضة - والرتقاء - والحائض - والنفساء والمحرمة - ومن آلى منها اوظاهر (لان) المراد الانس دون الوقاع: وانما تستحق الزوجة بعقد الدوام سواء كانت حرة أوامة مسلمة اوكتابية ولاقسمة بملك اليمين وان كن مستولدات ولا لمتمتع بها ولاقسمة للناشزة الى ان تعود الى الطاعة ،ولوسافرت بغيراذنه فى المباح اوالمندوب فهى ناشزة ولوسافرت باذنه فى غرضه وجب القضاء ولوكان فى غرضها فلاقضاء ، ولوكان يجن ويفيق لم يخص واحدة بنوبة الافاقة ان كان مضبوطا وان لم يكن فافاق فى نوبة و احدة قضى للاخرى ماجرى فى الجنون لقصور حقها ولو خاف من اذى المجنونة سقط حقها فى القسمة والاوجب.

الفصل الثانى فى مكانه وزمانه

(اما المكان) فانه يجب عليه ان ينزل كل واحدة منزلا بانفرادها ولا يجمع بين ضرتين فى منزل الا مع اختيارهن اومع انفصال المرافق وله ان يستدعيهن على التناوب والمضى الى كل واحدة ليلة و ان يستدعى بعضا و يمضى الى بعض ولولم ينفرد بمنزل بل كان كل ليلة عند واحدة كان اولى ولو استدعى واحدة و امتنعت فهى ناشزة لانفقة لها ولا قسمة الى ان تعود الى طاعته (وهل) له ان يساكن واحدة و يستدعى الباقيات اليها (فيه نظر) لما فيه من التخصيص .

الفصل الثانى فى مكانه وزمانه

قال قدس الله سره : وهل له ان يساكن (الى قوله) من التخصيص .

اقول: قوله (لما فيه من التخصيص) اشارة الى دليل حذف كبراه (تقديره) انه تخصيص بغير عذر ، وكل تخصيص بغير عذر خروج عن العدل ينتج انه خروج عن العدل لكن العدل واجب بنص الكتاب (ويحتمل) الجواز (لان) له ان يتخذ مسكنا له منفرداً عن كل واحدة ثم يدعو ذات كل ليلة اليه فى ليلتها فما المانع ؟ ان يسكن عنده احديهن مع عدم اخلاله بزمان القسم وهو الليل .

(واما الزمان) فعماد القسم الليل واما النهار فلمعاشه (وقيل) يكون عندها ليلة ويظل عندها صبيحتها وهو مروى ولوكان معاشه ليلاكالوقاد والحارس والبزاز(١) قسم بالنهار والليل لمعاشه ، ولا يجوز ان يدخل فى ليلتهاعلى ضرتها الالعيادتها فى مرضها فان استوعب الليلة (قيل) يقضى لعدم ايصالها حقها (وقيل) لاكما لوزار اجنبيا ، و له ذلك بالنهار لحاجة وغيرها لكن يستحب ان يكون نهاركل ليلة عند صاحبتها ، و لو طال مكثه عند الضرة ليلا ثم خرج قضى مثل ذلك الزمان من نوبة الاخرى ، و لو لم يطل عصى ولاقضاء ، فان واقع الضرة ثم عاد الى صاحبة الليلة لم يقض الجماع فى حق الباقيات لانه ليس واجبا فى القسمة ، والواجب فى القسمة المضاجعة لا المواقعة ولا

قال قدس الله سره : واما الزمان فعماد القسم الليل (الى قوله) وهو مروى

اقول :الاول هو المشهور لان المقسوم انما هو زمان الاستقرار وهو الليل لقوله تعالى **هو الذى جعل لكم الليل لتسكنوا فيه (٢)** وقال عزوجل **وجعلنا الليل لباسا (٣)** والثانى قول ابن الجنيد لما رواه ابراهيم الكرخى قال سألت اباعبدالله عليه السلام عن رجل له اربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن فى لياليهن و يمسهن فاذا نام عند الرابعة فى ليلتها لم يمسها فهل عليه فى هذا اثم فقال انما عليه ان يكون عندها فى ليلتها ويظل عندها صبيحتها وليس عليه ان يجامعها اذالم يرد ذلك(٤) والى هذه الرواية اشار المصنف بقوله وهو مروى (واعلم) انه لما كان الانسان يحتاج الى زمان الاستقرار وزمان آخر للانتشار و السعى فى معاشه وكان الغرض الاقصى فى القسم السكون و الاستقرار عندها لانه مظنة الاستمتاع كان القسم زمان الاستقرار ففى الاغلب هو الليل للآية وكان هو المقسوم والنهار للانتشار والمعاش فلا يدخل فى القسم و فى بعض الناس معاشهم و انتشارهم فى الليل و استقرارهم فى النهار كالاتونى والحارس فينعكس الحكم فيجعل القسم فى النهار لاغير ولا يجمع بينهما لما فيه من التعطيل واختلال نظام النوع .

قال قدس الله سره : ولا يجوز ان يدخل فى ليلتها (الى قوله) اجنبيا.

اقول : الثانى قول الشيخ فى المبسوط وهو الاقوى عندى .

---

(١) البزاز بالمعجمة ثم المهملة ـ العامل فى البزازة وهو ما يستخرج منها بزر الكتان او السمسم وهو دهنه. (٢) يونس ـ ٦٨ (٣) النباء ـ ١٠ (٤) ئل ب ٥ خبر ١ من ابواب القسم والنشوز

يقسم اقل من ليلة ولا يجوز تنصيفها لانه ينقص (ينغّص ـ خ ل) العيش و لا تقدير لاكثره. وهل يبتدىء بالقرعة اوالاختيار يبنى على الوجوب وعدمه .

الفصل الثالث في التفاوت

واسبابه ثلاثة

(الف) الحرية ، للحرة ثلثا القسم وللامة الثلث فللحرة ليلتان و للامة ليلة ، ولو بات عند الحرة ليلتين فاعتقت الامة في اثناء ليلتها او قبله ساوت الحرة و كان لها ليلتان فان اعتقت بعد تمام ليلتها استوفت حقها ولم يبت عندها اخرى لكن يستأنف التسوية ، ولو بدأ بالامة فبات عندها ليلة ثم اعتقت قبل تمام نوبتها ساوت الحرة وان اعتقت بعد تمام نوبتها وجب للحرة ليلتان ثم يستوى (يسوى ـ خل) بعد ذلك (و هل) ينزّل المعتق بعضها منزلة الحرة او الامة او يقسط اشكال (ب) الاسلام ، فالكتابية

قال قدس الله سره : وهل يبتدىء بالقرعة (الى قوله) وعدمه.

اقول : (ان قلنا) تجب القسمة ابتداء وجبت القرعة لمن يبتدىء بها للتساوى و عدم جواز الترجيح بلامرجح (وان قلنا) لاتجب الّا اذا ابتدء بها تخير لانه مالم يبت عند واحدة لم يلزمه لغيرها شيء هذا لفظ المصنف (و اعلم) ان الشيخ في المبسوط لم يوجب القسمة ابتداء واوجب القرعة ثم يبتدىء بها اذا اراد القسمة وحكى عدم وجوب القرعة عن قوم .

الفصل الثالث في التفاوت

واسبابها ثلاثة الاول الحرية

قال قدس الله سره: وهل ينزل المعتق بعضها (الى قوله) اشكال

اقول: العدل بين الزوجات واجب لقوله تعالى **فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة اوما ملكت ايمانكم** . (١) دل على ان العدل للزوجات (و انه) عبارة عن التسوية بينهن لان الواحدة لها عليه العدل بمعنى ايفاء الحقوق فلا تصلح قسمة (وانه) ليس عليه العدل في ملك اليمين والدليل قياس مقسّم بين طرفي النقيض ، و من محصلات العدل و

---

(١) النساء ـ ٣

كالامة لها ليلة وللمسلمة الحرة ليلتان والبحث في الاسلام وتجدده كالعتق ، و تتساوى الحرة الكتابية و الامة المسلمة فللحرة المسلمة ليلتان ولكل واحدة منهما ليلة فلو بات عند الحرة ليلتين وعند الامة ليلة فاسلمت الذمية ساوت المسلمة (ج) تجدد النكاح فمن دخل على بكر خصها بسبع وعلى ثيب خصها بثلاث ، حرة كانت او أمة او كتابية ان سوغناه ثم لا يقضى للباقيات هذه المدة بل يستانف القسم بعد ذلك ، ولو طلبت بعد المبيت ثلاثا الزيادة لم يبطل حقها من الثلاث ولو سيق اليه زوجات في ليلة ابتدء بمن شاء او أقرع .

اسبابه القسم فلا تفضل امرأة على اخرى الا في القسم الا باحد امور ثلاثة ـ الرق في الزوجة ـ والكفر ـ و تجديد النكاح ، وبحثنا هنا في الاول و هو مبني على جواز الجمع بين الحرة والامة في النكاح الدائم وقد ذكر في موضعه اذا عرفت ذلك (فنقول) للحرة في القسم ضعف ما للامة (لما) رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن الرجل يتزوج بمملوكة على الحرة قال لا فاذا كانت تحته امرأة مملوكة فتزوج عليها حرة قسم للحرة مثلي ما يقسم للمملوكة (١) ولما كان اقل قدر قسمة ليلة لان تبعيضها ينغص العيش كان اقل ما للامة ليلة وللحرة ليلتان وهذا رأى كل من قال بالتفاضل من علماء الاسلام .

اذا تقرر ذلك (فنقول) اذا كان بعض الزوجة حراً وبعضها مملوكا ذكر المصنف فيه احتمالات ثلاثة (الف) انها تنزل منزلة الحرة (لان) الآية دلت على وجوب المساوات بين الزوجات وانما خصص بالنسبة المملوكة كلها (اما) عندنا فبالرواية المذكورة (واما) عند الشافعية ومن تابعهم في هذه المسألة فلما روه ومن قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم وللحرة الثلثان وللامة الثلث الحديث (٢) فسبب التفاوت ملك الكل ولم يحصل فبقي على اصل التساوى لعموم الآية (ب) انها بمنزلة الامة لان سبب فضل الحرة حرية الكل ولم تحصل وقد كان قبل العتق انما يستحق الثلث ولم يحصل سبب التساوى (ج) التقسيط جمعا بين الادلة ولانها تمنع من المساوة بتمام الملك و تستحق كل الفضل بتمام الحرية فيؤثر كل واحد من الوصفين بقدره وهو اعدل .

---

(١) ثل ب٨ خبر ٢ من ابواب القسم والنشوز .

(٢) لم نعثر عليه بهذا اللفظ نعم قد ورد بهذا المضمون روايات عن اهل البيت (ع) فراجع باب ٨ من ابواب القسم والنشوز من الوسائل .

الفصل الرابع فى الظلم والقضاء

لو جار فى القسمة وجب القضاء لمن اخل بليلتها ، فلو كان له ثلاث فبات عند اثنتين عشرين بات عند الثالثة عشراً ولاءً فان تزوج الرابعة فان بات عشراً ظلم الجديدة بل يقضى الحق للجديدة بثلاث او سبع ثم يبيت عند الثالثة ثلاث ليال وعند الجديدة ليلة ثم يبيت العاشرة عند المظلومة وثلث ليلة عند الجديدة ثم يخرج (١) الى صديق او مسجد ثم يستأنف القسمة وكذا لو بات عند واحدة نصف ليلة فاخرجه ظالم بات عند الاخرى نصف ليلة ثم خرج الى صديق اومسجد ، ولوكان له اربع فنشزت واحدة ثم قسم خمس عشرة فبات عند اثنتين ثم اطاعت وجب توفية الثالثة خمس عشرة و الناشز خمسا فيبيت عند الثالثة ثلاثا وعند الناشزة ليلة خمسة ادوار ثم يستانف القسم (القسمة-خل) وكذا لو نشزت واحدة وظلم واحدة واقام عند الآخرتين ثلاثين يوما ثم اراد القضاء واطاعت الناشزة فانه يقسم للمظلومة ثلاثا وللناشزة يوما خمسة ادوار فيحصل للمظلومة خمس عشر عشرة قضاء وخمسة اداء وخمسة للمطيعة ، ولوطلق الرابعة بعد حضور ليلتها اثم لانه اسقط حقها بعد وجوبه فان راجعها او بانت فتزوجها قضاها لانها كانت واجبة لها ، ولوظلمها بعشر ليال مثلا فأبانها فات التدارك وبقيت المظلمة فان جدد نكاحها قضاها الا اذا نكح جديدات او لم يكن فى نكاحه المظلوم بها فيتعذر القضاء و تبقى المظلمة ، ولوقسم لثلاث فحبس ليلة الرابعة فان امكنه استدعاؤها اليه وفاها والاقضاها و لو حبس قبل القسمة فاستدعى واحدة لزمه استدعاء الباقيات فان امتنعت واحدة سقط حقها .

ولووهبت ليلتها من ضرتها فللزوج الامتناع فان قبل فليس للموهوبة الامتناع ولا

الفصل الرابع فى الظلم والقضاء

قال قدس الله سره : ولووهبت ليلتها (الى قوله) من تاخير الحق.

اقول : ومن اصالة الجواز ولان اللازم المقدر اما الترتيب فلانسلم لزومه والاقوى عندى ماهو الاقرب عند المصنف .

(١) اى فى الثلثين الباقيين

لغيرها وليس له المبيت عندغير الموهوبة اوالواهبة ثم ان كانت ليلتها متصلة بليلة الواهبة باتعندها ليلتين والاففى جواز الاتصال نظر اقربه العدم لمافيه من تاخير الحق وان وهبت من الزوج كان له وضعها اين شاء منهن اوينعزل عنهن ، ولووهبتها للكل اواسقطت حقها من القسم سقطت ليلتها وقصر الدور فى الاول ولها ان ترجع فى ماتركته بالنظر الى المستقبل لاالماضى حتى لورجعت فى بعض الليل كان عليه الانتقال اليها ويثبت حقها من حين علمه بالرجوع لامن وقته ، ولوعاوضها عن ليلتها بشىء لم يصح المعاوضة لان المعوّض كون الرجل عندها وهولايقابله عوض فترد مااخذته ويقضى لانه لم يسلم لها العوض ولاقسمة للصغيرة ولاالمجنونة المطبقة ولاالناشزة بمعنى انه لايقضى لهن مافات .

الفصل الخامس فى السفر بهن

واذا اراد السفر وحده لم يكن لهن منعه و لواراد اخراجهن معه فله ذلك ، وان اراد اخراج بعضهن استحبت القرعة فان خرجت لواحدة فهل له استصحاب غيرها (قيل) لاوله ان يسافر وحده حينئذ واذااعتمد القرعة لم يقض للبواقى ولواستصحب واحدة من

الفصل الخامس فى السفر بهن

قال قدس الله سره : وان اراد اخراج بعضهن (الى قوله) حينئذ .

اقول :القائل بالمنع هوالشيخ فى المبسوط والالانتفت فائدة القرعة (وقيل) يجوز لانها ليست من الملزمات لان الاستصحاب تبرع اذالزمان لايستحق فيه الزوجات القسم والفرق بين تركهامع المخلفات فانه جائز اجماعا واستصحاب غيرها ان القرعة لاتوجب بل تعين من يستحق (يستحب خل) التقديم .

قال قدس الله سره : ولو استصحب واحدة من غير قرعة ففى القضاء اشكال.

اقول : لاقضاء مع القرعة لان النبى صلى الله عليه وآله وسلم كان اذااراد السفر اقرع بين نسائه فاتيهن خرج اسمها خرج بها (١) ولم ينقل انه صلى الله عليه وآله وسلم كان اذا عاد من السفر قضا لمن لم يخرج اسمها ولوقضا لنقل مع ذكر سفره بمن خرج اسمها (واما) لمع عدم القرعة (فيحتمل) عدم القضاء لان السفر لاحق للنساء فيه لجواز انفراده (ويحتمل) القضاء لانه ظلم بالتفضيل

(١) سنن ابى داود ج٢ باب فى القسم بين النساء

غيرقرعة ففي القضاء اشكال ، ولوسافر للنقلة واراد نقلهن فاستصحب واحدة قضى للبواقي وان كان بالقرعة (لان) سفر النقلة والتحويل لايختص باحديهن فاذا خص واحدة قضى للبواقي بخلاف سفر الغيبة ، ولو سافر بالقرعة ثم نوى المقام في بعض المواضع قضى للباقيات ماأقامه دون ايام الرجوع على اشكال ولو عزم على الاقامة اياما ثم انشأ سفراً آخر لم يكن عزم عليه اولا لزمه قضاء ايام الاقامة دون ايام السفر ، واوكان قدعزم عليه لم يقض ايام السفر على اشكال ، ولوسافر باثنتين عدل بينهما في السفر فان ظلم احديهما قضاها امافي السفر اوالحضر وله ان يخلف احديهما في بعض الاماكن بالقرعة وغيرها فان تزوج في السفر خصها بسبع اوثلاث في السفر ثم عدل بينهن ، ولوخرج وحده ثم استجد زوجة لم يلزمه القضاء للمتخلفات ولوكان تحته زوجتان فتزوج آخرتين وسافر باحديهما بالقرعة لم يندرج حقها من التخصيص في السفر بل له مع العود توفيتها حصة التخصيص

والتخصيص مع وجوب العدل بينهن للاية ومنشأ الاحتمالين من دلالة قوله تعالى . **فلاتميلوا كل الميل** (١) فاذا خص احديهن بالسفر من غيرمرجح هوالقرعة ولم يقض كان قدمال كل الميل (ومن) ان المسافرة وان فازت بصحبته لكن يحصل لها من المشقة بالسفر بازاء ذلك ولا تحصل لها المزية (الدعة ـ خل) (والقرعة ـ خ ل) معه كما يحصل بالحضر فلوقضى لهن كان حظهن اوفروهو خلاف العدل اوميل كل الميل وكلاهما منهي عنه.

قال قدس الله سره : نفسه ولوسافر بالقرعة (الى قوله) على اشكال .

اقول :منشأه (من) حيث انه في حكم السفر الواحد لان الخروج يعقبه الرجوع وقد اقرع له (ولان) السفر الذي لايقضى سفر الغيبة و الرجوع ليس سفر الغيبة (ومن) حيث ان السفر قد انقطع بالاقامة فيكون الرجوع سفراً مبتدءاً ولم يقرع له وفي قضائه الوجهان .

قال قدس الله سره: ولولعزم على الاقامة اياما (الى قوله) على اشكال.

اقول : ينشأ (من) انه كالسفر الواحد (ومن) انقطاع الاول بالاقامة فهوسفر مبتدأ من غيرقرعة وفيه الوجهان .

---

(١) النساء ١٢٨

لان السفر لايدخل فى القسم ثم يقضى حق المقيمة ، ولوكانت لهزوجتان فى بلدين فاقام عندواحدة عشرا اقام عند الاخرى كذلك اما بان يمضى اليها اويحضرها عنده .

ويستحب التسوية بينهن فى الانفاق - واطلاق الوجه - وان يكون صبيحة كل ليلة عند صاحبتها - وان يأذن لها فى حضور موت ابويها وله منعها عن عيادتهما وعن الخروج عن منزله الالحق واجب وليس له اسكان امرأتين فى منزل واحد الا برضاهن فان ظهر منه الاضرار لها بان لايوفيها حقها من نفقة وقسمة وغيرها امره الحاكم ان يسكنها الى جنب ثقة ليشرف عليها فيطالبه الحاكم بما يمنعه من حقوقها فان اراد السفر بها لم يمنعه لكن يكاتب حاكم ذلك البلد بالمراعاة و ليس للمولى منع امته من طلب حقها من القسمة ولا منعها من اسقاطه او هبته لبعض ضرايرها كما ليس له فسخ النكاح لورضيت بعنته او جنونه .

الفصل السادس فى الشقاق

وهو فعال من الشق كان كلا منهما فى شق وهو قد يكون بنشوز المرأة فاذا ظهرت امارته للزوج بان تقطب فى وجهه اوتتبرم (١) بحوايجه اوتتثاقل وتدافع اذا دعاها او تغير عادتها فى آدابها وعظها فان رجعت والاهجرها فى المضجع بان يحول ظهره اليها فى

الفصل السادس فى الشقاق

قال قدس الله سره : وهو قد يكون بنشوز المرئة (الى قوله) فراشها .

اقول : قال الله تعالى **واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع و اضربوهن** (٢) والكلام هنا فى الهجران وهو معلوم بالنص والاجماع والمعتبر هو الهجران فى المضجع و اختلف فى كيفيته ، فقال ابنا بابويه يحول ظهره اليها فى المضجع لتحقق الهجران به لان الامر المطلق بما يقبل الشدة والضعف انما يحمل على اقل مراتبه وهوما ذكره ، وقال الشيخ فى المبسوط وابن ادريس يعتزل فراشها ، والتحقيق عندى الرجوع الى العرف .

---

(١) تبرم به اى تضجر　　(٢) النساء ٣٨

الفراش (وقيل) ان يعتزل فراشها ولايجوزله ضربها حينئذفان تحقق النشوز و امتنعت من حقوقه جازله ضربها باول مرة ويقتصرعلى مايرجوالرجوع به ولايبرح(١)ولايدمى، ولوتلف بالضرب شيء ضمن ، ولومنعها الزوج شيئا من حقوقها فهو نشوزمنه و تطالبه و للحاكم الزامه ، ولهاترك بعض حقوقها من نفقة اوقسمةوغيرهما استمالةله ويحل للزوج قبوله ولوقهرها عليه لم يحل، و لومنعها شيئا من حقوقها المستحبة أو أغارها فبذلت له مالا للخلع صح ولم يكن اكراها .

ولوكان النشوز منهما وخشى الحاكم الشقاق بينهما بعث حكما من اهل الزوج و حكما من اهلها لينظرا فى امرهما ويجوزمن غير اهلهما وبالتفريق تحكيما لاتوكيلا فان اتفقا على الصلح فعلاه من غيرمعاودة وان رايا الفرقة استأذنا الزوج فى الطلاق والمرأة فى البذل ان كان خلعا ولايستبدان بالفرقة ويلزم الحكم بالصلح وان كان احد الزوجين غايبا ، ولوشرط الحكمان شيئا وجب ان يكون سايغا والانقض ، ويشترط فى الحكمين العقل والحرية والذكورة والعدالة وانما يتحقق نشوز المرأة بالمنع من المساكنة فى مايليق بها والاستمتاع وتسقط نفقة الناشز فان منعت غير الجماع من الاستمتاع احتمل سقوط بعض النفقة .

المقصد الرابع

فى الولادة والحاق الاولاد وكلام فى الحضانة وفيه فصول (الاول) فى الولادة

قال قدس الله سره : نفسه وتسقط نفقة الناشز (الى قوله) بعض النفقة .

اقول : يحتمل سقوط كل النفقة (لان) شرط وجوبها التمكين التام ولم يحصل (و من) حيث ان مجموع النفقة فى مقابلة مجموع الاستمتاع فيقابل البعض البعض (قيل) والاصل الوطى فبمنعه لايجب شيء وبحصوله ومنع البعض لاينبغى سقوط النفقة لان غيره مانع (تابع- خل) والاقوى عندى الاول .

المقصد الرابع فى الولادة والحاق الاولاد

وكلام فى الحضانة وفيه فصول الاول

(١) برح به الامر (من باب التفعيل) جهده وآذاه اذى شديداً (اقرب الموارد

و يجب عندها استبداد النساء او الزوج بالمرأة فان عدم النساء او الزوج جاز الرجال للضرورة وان كانوا أجانب مع عدم الاقارب والمحارم من الاقارب اولى فاذا وضعت استحب غسل المولود: والاذان فى اذنه اليمنى، والاقامة فى اليسرى، وتحنيكه بماء الفرات وبتربة الحسين عليه السلام فان تعذر ماء الفرات فبماء عذب فان تعذر مرس (١) فى ماء ملح عسل او تمر وحنّك به .

فاذا كان يوم السابع سماه و كناه مستحبا ، وافضل الاسماء ما اشتمل على عبودية الله تعالى ثم اسم محمد صلى الله عليه وآله او الائمة عليهم السلام ولا يجمع بين محمد وابى القاسم ولا يسميه حكما ولا حكيما ولا خالدا ولا مالكا ولا حارثا ولا ضرارا ، ثم يحلّق رأسه ويتصدق بوزن شعره ذهبا او فضة ويكره القنازع ، ثم يعق عنه فيه ويثقب اذنه مستحبا ويختنه و يجوز تاخيره فان بلغ ولم يختن وجب ان يختن نفسه والختان واجب وخفض الجوارى مستحب فان اسلم غير مختون وجب ان يختن نفسه وان طعن فى السن ويستحب للمرأة .

ويستحب ان يعق عن الذكر بذكر وعن الانثى باثنى (وقيل) العقيقة واجبة ولا يكفى الصدقة بثمنها عنها ولا يسقط استحبابها بالتاخير لعذر وغيره ، ويستحب ان تجمع شروط الاضاحى وتخصيص القابلة بالرجل والورك فان لم تكن قابلة اعطيت الأم تتصدق بها ولو كانت ذمية اعطيت ثمنه ولو كانت ام الاب او من هى فى عياله لم تعط شيئا ولو اهمل عقيقة ولده استحب للولد بعد بلوغه ان يعق عن نفسه ويسقط استحبابها بالوفات يوم السابع قبل الزوال لا بعده ويستحب طبخها ودعاء جماعة من المؤمنين الفقراء اقلهم عشرة كلما كثر عددهم كان افضل ،ويجوز ، تفريق اللحم ويكره للابوين الاكل منها وكسر عظامها بل تفصّل اعضاء .

قال قدس الله سره: ويستحب ان يعق عن الذكر (الى قوله) واجبة.

اقول : الاول هو المشهور بين الاصحاب والثانى اختيار المرتضى و ابن الجنيد (لنا) اصل البرائة احتج المرتضى بما رواه على بن ابى حمزة عن العبد الصالح عليه السلام قال العقيقة واجبة الحديث (٢) والاقوى عندى الاستحباب وهو اختيار والدى المصنف.

---

(١) مرس (مبنيا) للمفعول اى عجن

(٢) ل ب ٣٨ خبر ٥ من ابواب احكام الاولاد

الفصل الثانى فى الحاق الاولاد بالآباء

ومطالبه ثلاثة (الاول) فى اولاد الزوجات

اما الدايم فيحلق فيه الاولاد بالزوج بشروط ثلاثة (الدخول) (ومضى) ستة اشهر من حين الوطى (وعدم) تجاوز اقصى مدة الحمل و هو عشرة اشهر (وقيل) تسعة (وقيل) ستة فلو لم يدخل اوولدته حياكاملا لاقل من ستة اشهر من حين الوطى اولاكثر من اقصى الحمل باتفاقهما اوبغيبته لم يجز الحاقه به وينتفى عنه بغير لعان، ومع اجتماع الشرايط لايجوز نفيه لتهمة فجورها ولالتيقنه فان نفاه لم ينتف الا باللعان، ولووطى زوجته ثم وطيها آخر بعده فجوراً كان الولد لصاحب الفراش لاينتفى عنه الا باللعان فان الزانى لا ولد له سواء شابه الاب اوالزانى فى الصفات، ولووطيها غيره للشبهة اقرع بينهما والحق بمن تقع عليه ، ولو اختلف الزوج والزوجة فى الدخول اوفى ولادته فالقول قول الزوج مع اليمين ولو اعتدت من الطلاق ثم اتت بولد مابين الفراق الى اقصى مدة الحمل الحق به ان لم توطأ بعقد او شبهة .

وان تزوجت بعد العدة فان اتت به لستة اشهر من وطى الثانى فهوله وان كان لعشرة من وطى الاول .ويحتمل القرعة ، ولوكان الاقل من ستة اشهر فهو الاول وان لم يتجاوز الفراق اقصى الحمل فينتفى عنهما وكذا الامة اذا وطيها المشترى ولواحبل من

الفصل الثانى فى الحاق الاولاد بالآباء

ومطالبه ثلاثة (الاول) فى اولاد الزوجات

قال قدس الله سره : و عدم تجاوز اقصى مدة الحمل (الى قوله) و قيل سنة .

اقول : (الاول) قول بعض الاصحاب و(الثانى) قول الشيخين و ابن الجنيد و المرتضى فى جواب المسائل الموصليات وابن البراج (والثالث) قول المرتضى فى الانتصار وابن حمزة وابى الصلاح ومستند الكل مفهوم الروايات .

قال قدس الله سره: وان تزوجت بعد العدة (الى قوله) ويحتمل القرعة.

اقول : قوله (وان كان لعشرة من وطى الاول) يريد على القول بان اقصى مدة الحمل سنة

زنا ثم تزوجها لم يجز الحاق الولد به وكذا لو زنا بامة فحملت ثم اشتراها ، ولو اتفقا على الدخول والولادة لاقل مدة الحمل لزم الاب الاعتراف به فان نفاه لم ينتف الا باللعان وكذا لو اختلفا في المدة ، وكل من اقر بولد لم يقبل نفيه عنه ولا يجوز له نفي الولد لمكان العزل فان نفاه لم ينتف الا باللعان ، واما المؤجل فان اجتمعت الشرائط الثلاثة لم يحل له نفيه عنه لكن لو نفاه انتفى من غير لعان على رأى .

المطلب الثاني في ولد المملوكة

وتقرير المسألة انه اذا طلق المدخول بها فاعتدت وتزوجت ودخل الثاني ثم اتت بولد لستة اشهر من وطي الثاني ولا قل من اقصى مدة الحمل من وطي الاول فهنا يمكن ان يكون من الاول ويمكن ان يكون من الثاني عن زنا والواقع في نفس الامر احدهما فايهما يرجح المجتهد؟ يحتمل ترجيح الثاني لان فراشه ثابت حقيقة الآن و قال عليه السلام الولد للفراش (١) ويحتمل القرعة لاحتمال كل واحد منهما والاعتبار بالفراش حال الوطي وهي فراش لكل واحد منهما حال وطيه والزمان صالح لكل منهما لانه لاقل مدة الحمل للثاني و لم يتجاوز اقصى مدة الحمل للاول فالزمان مشترك بينهما فلا ـ ترجيح الا بالقرعة وهذا الاحتمال الاخير مذهب الشيخ في المبسوط وهو الاقوى عندي و به افتي .

قال قدس الله سره : واما المؤجل (الى قوله) على رأى .

اقول :الشرائط الثلاثة كونها فراشا لانها موطوئة بعقد شرعي وعدم قصور الزمان المتخلل بين الوطي والوضع عن ستة اشهر وعدم زيادته عن اقصى الحمل اذا عرفت ذلك فنقول قال كثير من الاصحاب ينتفي بغير لعان لغلبة اطلاق لفظ الزوجة على الدائم شرعا ولهذا حمل عليه عند الاطلاق في آية الارث وكثير من الروايات فكذا في اللعان و قال المرتضى وابو الصلاح وابن ادريس انه انما ينتفي باللعان لانها زوجة حقيقة والا لحرمت لقوله تعالى **فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون (٢)** .

المطلب الثاني في ولد المملوكة

(١) سنن ابي داود (ج٢) باب الولد للفراش . (٢) المؤمنون ـ ٧ ـ

اذا وطىء مملوكته فجائت بولد لستة اشهر فصاعداً وجب عليه الاعتراف به فان نفاه انتفى من غير لعان فان اعترف به بعد ذلك الحق به وان اعترف به اولا ثم نفاه لم يصح نفيه والحق به ، ولو وطئها المولى والاجنبى فجوراً فالولد للمولى ، ولو وطئها المشتركون فيها فى طهر واحد وولدت فتداعوه اقرع بينهم فمن خرج اسمه الحق به واغرم حصص الباقين من قيمة امه وقيمته يوم سقط حيا ، ولو ادعاه واحد الحق به واغرم حصص الباقين من القيمتين ولا يجوز نفى الولد لموضع العزل فان نفاه انتفى من غير لعان، ولو انتقلت الى موالى فوطيها كل واحد بعد انتقالها اليه من غير استبراء فالولد للاخير ان وضعته لستة اشهر من وطيه والا فللذى قبله ان كان لوطيه ستة اشهر والا فللسابق عليه وهكذا ، ولو وطئها آخر فجوراً بعد وطى المولى فالولد للمولى وان حصلت امارة انه ليس منه لم يجز الحاقه به ولا نفيه عنه (وينبغى) ان يوصى له شىء ولا يورثه ميراث الاولاد وفيه اشكال : وكذا فى تملكه او تملك الوارث له ولو اشترى حبلى فوطيها قبل مضى اربعة اشهر وعشرة ايام كره له بيع الولد وينبغى ان يعزل له قسط من ماله ويعتقه الا ان يكون قد عزل عنها اووطيها بعد المدة .

قال قدس الله سره : ولو وطئها آخر (الى قوله) وفيه اشكال .

اقول : منشأ الرواية وعمل اكثر الاصحاب وقوله ﷺ الولد للفراش ، ولانه لا اعتبار بامارة النفى مع العلم بوجود سبب الاثبات ، (و اعلم) ان السبب المقتضى لالحاقه به اما ان يكون موجوداً اولا و الاول يوجب عليه وجوب استلحاقه و تحريم نفيه والامارة لا تعارضه وان لم يوجد لم يجز الحاقه (و من) حيث الرواية فمن ثم استشكله المصنف (ولانه) ان لم يلتحق به لم ينعتق الا من الوصية ولم يذكروا ذلك

قال قدس الله سره : وكذا فى تملكه او تملك الوارث له .

اقول : الاشكال هنا فى موضعين (الف) فى تملكه للمال (ولا يقال) انه لو لم يكن حراً لم تصح الوصية له لان الوصية له من مالكه لولا الحرية وتصح الوصية من المالك للمملوك بل يقال لو كان مملوكا لانتفى لاستحالة تملك الاب الابن لكن لم يجز نفيه للرواية فلو كان مملوكا لزم ان يكون قد حكم فى الواحد بحكمين متنافيين وهو

المطلب الثالث في اولاد الشبهة

وطى الشبهة كالصحيح في الحاق النسب فلو ظن اجنبية زوجته او جاريته فوطيها فالولد له فان كانت امة غيره غرم قيمة الولد يوم سقط حيا ، ولو تزوج امرأة ظنها خالية وظنت موت زوجها او طلاقه ثم بان الخلاف ردت على الاول بعد العدة من الثاني و الاولاد للثاني ان اجتمعت الشرايط سواء استندت الى حكم حاكم او شهادة شهود او اخبر مخبر ولا نفقة لها على الزوج الاخير في عدته لانها لغيره بل على الاول لانها زوجته .

الفصل الثالث في الرضاع

افضل ما يرضع به الولد لبان امه وتجبر على ارضاع اللباء (١) لان الولد لا يعيش بدونه ولها الاجر عنه ، ثم ام الولد ان كانت مملوكة لابيه كان له اجبارها على ارضاعه وان كانت حرة او مملوكة لغيره لم تجبر مسلمة كانت اوذمية ومعتادة كانت لارضاع ولدها اولا ، وللام المطالبة باجرة رضاعه فان لم يكن للولد مال وجب على الاب بذل الاجر منه، وله استيجارها سواء كانت في حباله اولا ولها ان ترضعه بنفسها و بغيرها و لو كان للولد

باطل قطعا (ولانه) يلزم احد الامرين اما عتقه من الوصية او كونه حراً (لانه) اما ان يكون مملوكا اولا والثاني هو الثاني والاول يستلزم الاول لكنه منتف لانهم لم يذكروا في الرواية ذلك فيلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ، ومن حيث انه نماء مملوكته ولم يلتحق به شرعا فيكون مملوكا له (فعلى تقدير الحرية) يملك المال و هو ظاهر و على تقدير الرقية ينعتق من الوصية ان خرجت من الثلث ولم يعارضها الديون و يملك ما فضل عن قيمته (ب) في تملك الوارث له وقوله (او تملك الوارث) يريد به على تقدير كونه مملوكا فينعتق من الوصية ان صحت بان لا يكون مديونا ولو كان مديوناً يستغرق دينه ماله لم يصح الوصية له او كان غير مديون ويخرج من الثلث فينعتق كله والا فبقدر الثلث فلو لم يكن غيره يصح له ثلث رقبته (واعلم) ان الاشكال في هاتين الصورتين منشأه الحكم بحريته اولا .

---

(١) مهموزاً وزان عنب اول اللبن عند الولادة وقال ابوزيد واكثر مايكون ثلث حلبات واقله حلبة في النتاج (مجمع البحرين) .

مال كان لها الاجر ومنه وهی احق من غيرها اذا طلبت ما يطلبه الغير فان طلبت زيادة كان للاب نزعه وتسليمه الى غيرها سواء كان ما طلبته الام اجرة المثل او اقل أو ازيد .

بل لو تبرعت الاجنبية بارضاعه فان رضيت الام بالتبرع فهی احق والا فلا، وفی سقوط الحضانة اشكال ، ولو ادعى وجود متبرعة وانكرت صدّق مع اليمين لانه يدفع وجوب الاجرة عنه ، ونهاية الرضاع حولان ولا يجوز نقصه عن احد وعشرين شهراً و يجوز اليها والزيادة على الحولين بشهر واثنين لكن لا يجب على الاب اجرة الزايد عن الحولين .

الفصل الرابع فی الحضانة

و هی ولاية وسلطنة على تربية الطفل فاذا افترق الزوجان فان كان الولد بالغا رشيداً تخير فی الانضمام الى من شاء منهما ومن غيرهما والتفرد ذكراً كان او انثى وان كان صغيراً كانت الام الحرة المسلمة العاقلة احق به مدة الرضاع وهی حولان كاملان ان كان ذكراً

الفصل الثالث فی الرضاع

قال قدس الله سره : بل لو تبرعت الاجنبية (الى قوله) اشكال .

اقول : ينشأ (من) انها حق لها لا تعلق له بالارضاع (ومن) حيث لزوم الحرج. وما رواه داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام انه قال فی حديث طويل : فان وجد الاب من يرضعه باربعة دراهم وقالت الام لا ارضعه الا بخمسة دراهم فان له ان ينتزعه منها الحديث (١) والاقوى عندی ان الحضانة للام .

الفصل الرابع فی الحضانة

قال قدس الله سره : وان كان صغيرا (الى قوله) فالام احق بها .

اقول :وجه القرب وجود العلة فی الانثى فيها فانه لما كانت مستورة دائما والاب يحتاج الى التبرج اكثر الوقت ثبت تسليمها الى الام (ومن) عدم تحقق الانوثة والحق الاول (لان) حق الام ثبت والاصل بقائه وحق الاب متجدد لا يحكم به الا مع وجود سببه (ولان) الاصل بقاء وجود الباقی و بقاء عدم الحادث فاذا لم يعلم سبب حدوثه حكم ببقاء عدمه (ولان) كلما علم وجود سببه فالحكم موجود واجب ومالم يعلم وجود سببه وهو ممكن

(١) ئل ب٨١ خبر ١ من ابواب احكام الاولاد .

ويصير الاب بعدذلك احق باخذه وان كانت انثى اوخنثى على الاقرب فالام احق بها الى سبع سنين من حين الولادة (وقيل) الى تسع (وقيل) مالم تتزوج ثم يصير الاب اولى هذا اذا لم تتزوج الام ، فان تزوجت سقطت حضانتها عن الذكر والانثى ويصير الاب اولى فان طلقت عادت ولايتها ان كان بايناً والا بعد العدة فان مات فالام احق بالذكر و الانثى من كل احد وصيا كان اوغيره الى ان يبلغا وكذا الام الحرة اولى من الاب المملوك اوالكافر وان تزوجت الى ان يبلغا فان اعتق الاب اوأسلم فكالحر المسلم.

فقد علم تحقق سبب العدم فيجب الحكم به الى ان يعلم وجود السبب (ولان) نسبة الباقى بسبة الوجوب لوجود سببه ومالم يجب الممكن لم يوجد ونسبة الحادث اذا لم يعلم وجود سببه نسبة الامكان ، والحكم بثبوته بمجرد الامكان غلط وبرّ دان الزيادة على الحولين سببها الانوثة قطعاولم تعلم وكلّ غير محسوس وهو ذوسبب فانفكاك العلم بوجوده دون وجود سببه محال وماقبل الحولين مشترك .

قال قدس الله سره :الى سبع سنين (الى قوله) الاب اولى .

اقول : قوله (الى) غاية لقوله (والام احق بها) اى بالبنت والضمير فى قوله مالم تتزوج راجع الى الام اى مالم تتزوّج الام فاذا تزوّجت الام صار الاب احق بها فالاقوال هنا ثلاثة (الف) قول السبع وهو اختيار الشيخ فى النهاية وابن البرّاج فى الكامل (ب) قول التسع وهو اختيار المفيد وسلار (ج) الامّ احقّ بالولد مطلقا مالم تتزوج وهو يتناول الذكر والانثى وهو اختيار ابن بابويه وقوله (وقيل مالم تتزوّج) ليس براجع الى الانثى بل الى الولد مطلقا وهنا اقوال اخر ليست بمشهورة لايحتاج الى ذكرها ـ ذكرها المصنف فى المختلف ، والحق الاوّل واختاره والدى هنا وفى المختلف (لما) رواه الصدوق عن ايوب ابن نوح قال كتب اليه بعض اصحابه كانت لى امرأة ولى منها ولد وخلّيت سبيلها فكتب عليه السلام المرأة احق بالولد الى ان يبلغ سبع سنين الّا ان تشاء المرأة الحديث (١) وفى رواية داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام فاذا فطم فالاب احقّ به من الام الحديث (٢) حمل

---

(١) ك ب ٨١ خبر ٦ من ابواب احكام الاولاد .

(٢) باب ٨١ خبر ١ من ابواب احكام الاولاد .

ولوفقد الابوان فالجد للاب اولى فان فقد فللاقارب على مراتب الارث و الاخت من الابوين اومن الاب اولى من الاخت من الام امالزيادة القرب اولكثرة النصيب وكذا ام الاب اولى من ام الام والجدة اولى من الاخوات لانها ام وتتساوى العمة و الخالة على اشكال ، ولوتعدد المتساوون اقرع ولوكانت الام كافرة اومملوكة فالاب المسلم او الحر اولى ولاحضانة للمجنونة والاقرب عدم اشتراط عدالتها ومهما امتنع الاولى اوغاب انتقل حق الحضانة الى البعيد فان عادرجع حقه وتثبت الحضانة على المجنون لانه كالطفل.

الاوّل على الانثى والثانى على الذكر جمعا بين الاخبار ولم يجعل العكس للمناسبة وروايات أخر (احتج) الصدوق بقول الصادق عليه السلام حين سئل عن رجل طلق امرأته وبينهما ولدايهما احق به ؟ قال المرأة مالم تتزوّج الحديث (١) وللشيخ فى الخلاف قول آخر وهوان الامّ احق الى سبع سنين ثم ان كان مميّزا فان كان ذكراً فالاب احق به والافالامّ مالم تتزوّج وهكذا الى حدالبلوغ واختاره ابن الجنيد وشنّع عليه ابن ادريس لعدم وقوفه على الاجماع والخلاف ومأخذ الاقوال .

قال قدس الله سره : و تتساوى العمة و الخالة على اشكال .

اقول: منشأه تساويهما فى الدرجة ولهذا كانا فى مرتبة واحدة من مراتب الارث (ومن) حيث ان العمّة اكثر نصيبا فيكون (الاول ـ خ) اولى والاوّل قول الشيخ فى المبسوط وجعل الاخت من الاب اولى من الاخت من الام .

قال قدس الله سره : و الاقرب عدم اشتراط عدالتها .

اقول: وجه القرب انّ الحنة (٢) والمحبّة المعلولة للنسب علة فى تمام الشفقة (ولانها) حق ليست بولاية على ماله فلا يشترط فيه العدالة (ومن حيث) انها امانة فلا تناط بالفاسق .

---

(١) ئل ب٨١ خبر ٢ من ابواب احكام الاولاد.

(٢) حنا المرأة على اولادها حنواً : عطفت و اقامت عليهم ولم تتزوج بعدابيهم فهى حانية (اقرب الموارد) .

المقصد الخامس في النفقات

واسبابها ثلاثة (النكاح) (والقرابة)(والملك) فهنا فصول (الاول) في النكاح و فيه مطالب (الاول) في الشرط .

انما تجب النفقة بالعقد الدايم مع التمكين التام ولا تجب بالمتعة ولا لغير الممكّنة

المقصد الخامس في النفقات

(مقدمة) من لطف الله تعالى بعباده ايجاب نفقة ذوى العجز عنها والحاجة اليها على الاغنياء لتحصيل الثواب بالانفاق للاغنياء ولذوى الحاجات بالابتلاء على حسب علمه تعالى وحكمته ولتأليف الخلق بوجود الكفاية فجعلها للاجانب صدقات كالزكوات و غيرها من غير تعيين المستحق بالشخص لعمومها ولغير الاجانب معونة باسباب بتعيين من له وعليه بتعيين موجبها من نسب او سبب والسبب زوجية وملك(فهذا الفصل)مقصور على بيان هذه الانواع الثلاثة الاخيرة اعنى القرابة ـ والزوجية والملك ، وبدء بالنكاح لقوة ايجابه لوجوب قضاء الفائتة ووجوبها للمرأة الغنيّة والفقيرة .

(واعلم) ان نفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى **الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما انفقوا من اموالهم** (١) اتفقوا على ان قوله (وبما انفقوا) على سبيل الوجوب وقال تعالى **اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم** الى قوله **لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله** (٢) فامره بها في يساره واعساره لا بالجميع وقوله تعالى **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف**(٣) فدل على وجوبها حال تشاغلها بولدها عن استمتاع الزوج فدلالته حال عدم اشتغالها بولادة وولداولى وقال تعالى **وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن**(٤) فاذا وجبت بعد

---

(١) النساء ٣٤　(٢) الطلاق ٦ـ٧ .

(٣) البقرة ٢٣٢　(٤) الطلاق ٦

من نفسها كل وقت في اى موضع اراد فلو مكنت قبلا ومنعت غيره سقطت نفقتها وكذا لو مكنته ليلا او نهاراً او في مكان دون آخر مما يجوز فيه الاستمتاع (وهل) تجب النفقة بالعقد بشرط عدم النشوز او بالتمكين فيه اشكال ، فلو تنازعا في النشوز فعليه بينة النشوز على الاول وعلى الثاني عليها اقامة البينة بالتمكين ولو لم يدخل ومضت مدة استحقت النفقة فيها على الاول ان كانت ساكنة اذ لا نشوز دون الثاني اذ لا تمكين ولا وثوق بحصوله لو طلبه و لو كان غايبا فان كانت قد مكنت استحقت النفقة وان غاب قبل الدخول او قبل التمكين فحضرت عند الحاكم و بذلت التمكين و جعلناه شرطا او سببا لم تجب النفقة الا بعد اعلامه ووصوله او وكيله ، ولو اعلم فلم يبادر ولم ينفذ وكيلا سقط عنه قدر وصوله ولزم

الفراق فقبله اولى وقوله تعالى **فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم ذلك ادنى الا تعولوا (١)** معناه ان لا يكثر من تعولون فلولا وجوب النفقة لما كان لخشية كثرة العيال تأثير (اعترض) بعض اهل اللغة بان معنى عال يعول جار يجور فاما كثرة العيال فيقال فيه اعال يعيل .فما ذكرتموه لا يوافق اللغة ولا مقدم الآية وهو **فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة** (والجواب) ان الفراء نقل عن الكسائي قال سمعت من العرب من يقول عال يعول معناه كثر عياله (واما السنته) فتواتر الاحاديث الدالة عليها ظاهر(والاجماع) ظاهر ايضاً ولا يحتاج الى بيان .

واسبابها ثلاثة ـ النكاح ـ والقرابة ـ والملك **فهنا فصول .**

الاول في النكاح وفيه مطالب الاول في الشرائط .

قال قدس الله سره وهل تجب النفقة بالعقد بشرط عدم النشوز او بالتمكين فيه اشكال .

اقول: ينشأ (من) عموم النص كما تقدم ولما منع النشوز بالسنة والاجماع كان عدم المانع شرطا (ومن) حيث انه قد روى ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم تزوج ودخل بعد سنتين ولم ينفق الا بعد دخوله (٢) ولقوله عليه السلام اتقوا الله في النساء فانهن عوار عندكم اتخذتموهن

---

(١) النساء ٣

(٢) لم نعثر بعد على موضع نقله في كتب الاحاديث .

بما زاد ولو نشزت و عادت الى الطاعة لم تجب النفقة حتى تعلم و ينقضي زمان يمكنه الوصول اليها اووكيله ، ولوارتدت سقطت النفقة فان غاب و اسلمت عادت نفقتهاعند اسلامها لوجود التمكين هنا بخلاف الاول و يستحق النفقة المسلمة و الكتابية والامة اذا ارسلها مولاها ليلا ونهاراً ، ولو كانت صغيرة يحرم وطؤها لم تجب النفقة وان كان الزوج صغيراً فان الاستمتاع بالصغيرة نادر لا عبرة به .

ولوكانت كبيرة والزوج صغيراً (قيل) لانفقة والوجه ثبوتها لتحقق التمكين من طرفها ، ولوكانت مريضة اورتقاءاوقرناءاوكان عظيم الذكر وهي ضعيفة عنه اوكانت ضئيلة(١) وهو عبل (٢) يضر وطؤه بها وصدقها فانه يمنع من الوطي وتجب النفقة لظهور العذر

بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف (٣) اوجب لهن اذاكن عند الرجال وهو يدل على التمكين (ولان) الاصل برائة الذمة من وجوب النفقة خرج منه حالة التمكين بالاجماع فبقي الباقي على الاصل (وفيه نظر) لان اصل البرائة انما يكون حجة مع عدم دليل ينقل عنه لكن قدوجد هنا العمومات الدالة على وجوب نفقة الازواج والاصل عدم التخصيص (واعلم) انه فرق بين عدم النشوز ووجود التمكين لان الاول اعم مطلقا وعدم النشوز يكفي فيه اصل بقاء العدم الاصلي بخلاف التمكين ، وفرع المصنف على القولين فروعا ، وذكر من جملتها انه لو لم يدخل ومضت مدة استحقت النفقة فيها على الاول اذاكانت ساكنة اذلا نشوز دون الثاني اذ لا تمكين ، ومذهب والدي المصنف ان التمكين هو الشرط اوالسبب مع العقد الدائم وهو الاصح عندي .

قال قدس الله سره ولو كانت كبيرة (الى قوله) من طرفها .

اقول الاول قول الشيخ في المبسوط وابن البراج في المهذب لان الصبي ليس اهلا للاستمتاع فلااثر للتمكين في حقه فان التمكين شرطه الامكان و الا لم يتحقق و لان الامتناع من جهة الفاعل اقوى منه من جهة القابل فاذا اسقط الثاني اسقط الاول (والثاني)

---

(١) الضئيل ـ الصغير الدقيق الحقير النحيف (اقرب الموارد) (٢) اي القوي.

(٣) المستدرك باب ٦٩ خبر ٢ من ابواب مقدمات النكاح (الى قوله) بكلمة الله وفيه بدل اتقوا الله في النساء استوصوا بالنساء خيراً الخ.

ورضاه بها ولوادعت قرحة فى فرجها افتقرت الى شهادة اربع من النساء ، و لوادعت كبر آلته وضعفها امر النساء بالنظر اليهما وقت الجماع ليقفن عليه للحاجة .

المطلب الثانى فى قدر النفقة

ويجب فى النفقة امور ثمانية (الف)الطعام ويجب سد الخلة ولايتقدر بقدر (وقيل)مدللرفيعةوالوضيعةمن الموسروالمعسر، وجنسه غالب قوت البلد ـ كالبر فى العراق وخراسان ـ والارز فى طبرستان ـ والتمرفى الحجاز ـ و الذرة فى اليمن فان لم يكن فبما يليق بالزوج(ب) الادم ويجب فيه غالب ادم البلدجنسا وقدراً كالزيت والسمن والشيرج والخل وعليه فى الاسبوع اللحم ولوكانت عادتها دوام اللحم وجب ولوتبرمت بجنس من الادم فعليه السعى فى الابدال ، ولها أن تاخذ الادم والطعام و ان لم تاكل (ج) نفقة الخادمة ان كانت من اهل الاخدام و الا خدمت نفسها و نفقة الخادمة بما جرت عادة الخدم فى البلد جنسا وكفايتها قدراً ، ولوكانت الزوجةامة تستحق الاخدام بجمالها استحقته (د) الكسوة لها ولخادمها ويجب فى كسوتها اربع قطع ـ قميص ـ وسراويل ـ ومقنعة ـ ونعل او شمشك (١) ولاتجب السراويل فى الخادمة ويزيد فى الشتاء الجبة ويرجع فى جنسه الى عادة امثال المرأة فان كان امثالها تعتاد القطن او الكتان وجب وان كانت العادة لا مثالها الا بريسم فى وقت اودائماً وجب وان كانت من

قول ابن الجنيد لان الامكان من طرفها متحقق و انما تعذر من جهته فلم تسقط لوغاب (ولان) الشرط اماعدم النشوز او التمكين وكلاهما متحقق من طرفها هنا فيجب لها النفقة وهوالاقوى عندى .

المطلب الثانى فى قدر النفقة

قال قدس الله سره : يجب سد الخلة (الى قوله) والمعسر

اقول : البحث هنا فى موضعين (الف) تقدير قوت الزوجة و اختلف فيه على اقوال ثلاثة (الف)لاتقدير لكميته بل يسد خلتها ان تشبع جوعها وهواختيار والدى و ابن ادريس (ب) انه مد وهورطلان وربع وهواختيار الشيخ فى الخلاف(ج)مدان على

---

(١) بالفارسية كفش دم پائى .

ذوات التجمل وجب لها زيادة على ثياب البذلة ثياب التجمل بنسبة حال امثالها (ه) الفراش ويجب لها حصير في الصيف والشتاء فان كانت متجملة بالزّلية(١) والبساط وجب لها ذلك ليلا ونهاراً ويجب لها ملحفة ولحاف في الشتاء ومضربة و مخدة و يرجع في جنس ذلك الى عادة امثالها في البلد(و) آلة الطبخ والشرب مثل كوز وجرة (٢)وقدر ومغرفة اما من خشب اوحجر اوخزف او صفر بحسب عادة امثالها .

(ز) آلة التنظيف وهي المشط والدهن ولا يجب الكحل اوالطيب ويجب المزيل للصنان (٣) وله منعها من الثوم والبصل وكل ذى رايحة كريهة ومن تناول السم و الاطعمة الممرضة ولاتستحق عليه الدواء للمرض ولا اجرة الحجامة ولا اجرة الحمام الا مع البرد ، ولاتستحق الخادمة آلة التنظيف ويجب مايزيل الوسخ كالصابون(ح)السكنى ويجب عليه ان يسكنها داراً تليق بها اما بعارية اواجارة اوملك .

المطلب الثالث في كيفية الانفاق

(اما الطعام) فيجب فيه تمليك الحب ومؤنة الطحن و الخبز ولا يجب الدقيق ولا الخبز ولا القيمة فان عدل احدهما الى شيء من ذلك برضى صاحبه جاز والا فلا (واما) الادم فان افتقر الى اصلاح كاللحم وجب ولها ان تتصرف بان تزيد في الادم من ثمن الطعام و بالعكس وتملك نفقة كل يوم في صبيحته وليس عليها الصبر الى

المرسور مدّ ونصف على المتوسط ومد على المعسر وهو قول الشيخ في المبسوط وابن البراج (ب) في جنسه قال امام المجتهدين المصنف انه غالب قوت البلد فان لم يكن فما يليق بالزوج وقال ابن الجنيد وحق المرأة على زوجها ما يسدّ جوعتها ويستر عورتها هذا في الاقتار والمتوسط ان يكون يطعمها اللحم في كل ثلاثة ايام .

المطلب الثالث في كيفية الانفاق

قال قدس الله سره : وتملك نفقة كل يوم (الى قوله) على اشكال

---

(١) بكسر الزاء وتشديد اللام والباء والبساط معرب زيلو بالفارسية (اقرب الموارد).
(٢) بالفارسية ـ سبو (٣) بالضم ـ فقر الابط (اقرب) .

الليل فان ماتت فى اثناء النهار لم تسترد وكذا لوطلقها ، ولو نشزت استرد على اشكال وليس له ان يكلفها المواكلة معه ، ولو منعها النفقة مع التمكين استقرت وان لم يحكم بها حاكم اولم يقدرها .

(واما) الاخدام فان كانت من اهله تخير بين ان يخدمها بنفسه اوبحرة يستاجرها او مملوكة لغيره بالاستيجار اوالعارية او يشترى خادما يخدمها وينفق على خادمها ان كان لها خادم ولاخيار لها ولايجب اكثر من خادم واحد وان كانت فى بيت ابيها بخادمين واكثر للاكتفاء بالواحد والزايد لحفظ المال ولايجب عليه حفظ مالها ولا القيام فيه، ولو اختارت خادما و اختار زوجها غيره او اختار الزوج الخدمة بنفسه و طلبت غيره قدم اختياره ومن لاعادة لها بالاخدام يخدمها مع المرض للحاجة وله ابدال خادمتها المألوفة لريبة وغيرها وان يخدم بنفسه بعض المدة اوبعض الحوايج ويستاجر للباقى وله اخراج ساير خدمها سوى الواحدة اذليس عليه سكناهن بل له منع أبويها واقاربها من الدخول اليها ومنعها من الخروج للزيارة ، ولو قالت انا اخدم نفسى ولى نفقة الخادم لم يجب اجابتها ، و لو تبرعت بالخدمة لم يكن لها المطالبة بالاجرة ولا نفقة الخادم .

(واما) الكسوة والفراش وآلة الطبخ والتنظيف فان الواجب دفع الاعيان و لو تراضيا بالقيمة جاز (وهل) الواجب فى الكسوة الامتاع اوالتمليك اشكال اقربه الثانى فلو سلم اليه كسوة لمدة جرت العادة ببقائها اليها فتلفت فى الاثناء لم يجب البدل (البذل خل) (وان قلنا) انه امتاع وجب وكذا لواتلفتها لكن يجب عليها القيمة ان قلنا انه امتاع ،

اقول : ينشأ (من) اشتراط التمكين (او) عدم النشوز فى جميع الزمان ولم يحصل فى ذلك اليوم (ومن) حيث استحقاقها باوله ولهذا لوماتت اوطلقت استحقت ، و الفرق انه لم يصدر منع فى الموت والطلاق منها وهو الشرط وهو كلام على المستند .

قال قدس الله سره : وهل الواجب فى الكسوة الامتاع والتمليك اشكال اقربه الثانى .

اقول : ينشأ (من) ان الغاية من وجوب الكسوة الستر كالسكنى و هو يحصل بالامتاع كالسكنى (ولاصالة برائة الذمة) من وجوب التمليك لقوله تعالى **او كسوتهن و**

ولو انقضت المدة و الكسوة باقية استقر ملكها و كان لها المطالبة بغيرها لما يستقبل (ولو) قلنا بالامتاع لم يجب وكذا لولبست غيرها فى المدة كان لها المطالبة بغيرها ولو طلقها قبل انقضاء المدة المضروبة للكسوة بان له استعادتها لا بعدها ، ولو انقضى نصف المدة سواء لبستها اولا ثم طلقها احتمل على التمليك التشريك واختصاصها وكذا لو ماتت

ولو دفع اليها طعاما لمدة فاكلت من غيره و انقضت المدة ممكّنة ملكته وكذا لواستفضلت فان طلقها فى الاثناء استعاد نفقة الباقى الّا يوم الطلاق ولو نشزت اوماتت او مات هو استرد الباقى ولها بيع مايدفعه من الطعام والادم (اما الكسوة) فان قلنا بالتمليك فكذلك والا فلا ولو استاجر لها ثيابا لتلبسها (فان اوجبنا) التمليك فلها الامتناع (والا) فلا، ولودخل فاستمرت تاكل معه على العادة لم يكن لها مطالبة (لبته -خل) بمدة مواكلته

هى للمال ويتم بالامتاع وايجاب التمليك يستلزم زيادة اضمار من غير ضرورة (ومن) ان الامتاع لها متلف فكانت كالطعام ، واختار امام المجتهدين والدى المصنف الثانى و هو التمليك و هو الاقوى عندى لقوله تعالى **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن** (١) عطفها على الرزق فيكون الواجب فيهما واحداً لان قضية العطف التسوية فى الحكم المتقدم وهو فى الرزق التمليك فكذا فى الكسوة ولقوله عليه السلام و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف (٢) واللام للتمليك .

قال قدس الله سره : ولو انقضى نصف المدة (الى قوله) واختصاصها .

اقول : على القول بانها امتاع له اخذها لانها مملوكة له وثبت لها حق اللبس بسبب الزوجية وقد زال وزوال السبب يوجب زوال المسبب (اما) على القول بالتمليك فيحتمل التشريك لانها فى مقابلة مجموع زمانين ماض ومستقبل والمستقبل فات الاستحقاق لفوات سببه فيسقط قسطه وهو الاقوى عندى (ويحتمل) اختصاصها به كما لو دفع نفقة يوم اليها ثم طلقها فى نصفه (ولانها) ملكته والاصل بقاء ماكان على ماكان (ولانه) دفعها بعد ماوجبت عليه دفعة لانها صلة لازمة اتصل بها القبض .

---

١) البقرة ٢٣٢　(٢) مر آنفا عن المستدرك .

والقول قولها مع اليمين فى عدم الانفاق اوعدم المواكلة وان كانت فى منزله على اشكال وكذا الاشكال فى الفراش (اما) آلة الطبخ والتنظيف فالواجب الامتاع (واما) الاسكان فلا يجب فيه التمليك بل الامتاع ويجب بحسب حالها ولو كانت من اهل البادية كفاه بيت شعر يناسب حالها ولها المطالبة بمسكن لا يشاركها غير الزوج فى سكناه ولو سكنت فى منزلها ففى وجوب الاجرة نظر.

قال قدس الله سره : والقول قولها (الى قوله) على اشكال.

اقول: ينشأ (من) تعارض الاصل وهو عدم الانفاق والظاهر وهو انه اذا كانت فى منزله انه ينفق عليها وانه يواكلها وهو ظاهر كلام الشيخ فى الخلاف والاول اختيار ابن ادريس و سيأتى فى كتاب القضاء تحقيق ذلك فى تفسير المدعى (واعلم) ان الاستدلال بالمساكنة استدلال بما يصاحب الانفاق غالبا مع تخلفه عنه فى بعض الوقت عليه و هو غير صحيح لانه استدلال بالاعم من وجه (فان قلت) امارة (قلت) الحكم بوجوب النفقة معلوم فلا يعارضه الظن.

قال قدس الله سره : وكذا الاشكال فى الفراش (الى قوله) الامتاع.

اقول : قوله (وكذا) عطف على قوله (وهل الواجب فى الكسوة الامتاع الى اخره) ومنشأه هنا (ان) الغاية تحصل بالامتاع وهو الحق عندى (ومن) وجوبه دائما و جواز العارية وقلة حصولها اومساواته للاحصولها فلا يعلق الواجب بمثل ذلك ، والفرق بينه و بين آلة الطبخ عدم وجوبها عينا لانه لوجائها بالطبيخ لم يجب الآلة و قلة الاحتياج اليها واعتياد استعارتها كثيراً وهذا هو الفرق بين آلة التنظيف وبين الفراش.

قال قدس الله سره : ولو سكنت فى منزلها ففى وجوب الاجرة نظر .

اقول ينشأ (من) ان السكنى من النفقة لزوجة غير ناشز وكل نفقة على زوجة غير ناشز يجب قضائها فهذه يجب قضائها (اما الصغرى) فظاهرة (واما الكبرى) فلعموم النص على وجوب قضاء نفقة الزوجة ومن حيث ان الظاهر تبرعها به حيث سكنت فى منزلها من غير مطالبة بها .

المطلب الرابع فى مسقطات النفقة

وهى اربعة (الف) النشوز فاذا نشزت الزوجة سقطت نفقتها وكسوتهاومسكنها الى ان تعود الى التمكين و يندرج تحت النشوز المنع من الوطى و الا ستمتاع من (فى-خل) قبل اودبرفى اى وقت كان وفى اى مكان كان اذا لم يكن هناك عذر عقلى كالمرض - وشرعى كالحيض والخروج بغيراذنه فى غيرالواجب و الامتناع من الزفاف لغيرعذر ، ولوسافرت لطاعةمندوبة اوفى تجارة فان كان معها وجبت النفقة وان لم يكن (فان كان) بغيراذنه فلا نفقة (وان كان) باذنه فالاقرب النفقة ، اما لوسافرت فى حاجة له باذنه فان النفقة تجب قطعاً وكذا الاعتكاف ، ولوارسل المولى امته بعض الزمان كالليل دون الباقى (احتمل) سقوط الجميع وماقابل زمان المنع وكذا لو نشزت الحرة بعض اليوم .

(ب) العبادات فلوصامت فرضا لم تسقط النفقة وان منعها ان كان رمضان او قضاؤه وتضيق شعبان (اما) لوكان غيرمضيق كالنذرالمطلق والكفارة فالاقرب ان له منعها

المطلب الرابع فى مسقطات النفقة

قال قدس الله سره : ولوسافرت (الى قوله) فالاقرب النفقة .

اقول : وجه القرب ان السفر باذنه فى حكم تمكينه ولوجوبها بالتمكين ثم لا تسقط الا بالنشوز ولم يحصل (ومن) حيث ان التمكين لم يوجد حقيقة والحق عندى الاول.

قال قدس الله سره : ولوارسل المولى أمته (الى قوله) بعض اليوم .

اقول: هذه المسألة قد تقدمت والحق عندى الاحتمال الاول وهو سقوط جميع النفقة .

قال قدس الله سره : امالو كان غير مضيق (الى قوله) الى ان يتضيق عليها

اقول: وجه القرب ان حقه مضيق والآخر موسع والمضيق مقدم على الموسع عند التعارض (ومن) حيث انه مستثنى بالاصل عن حقه وتعيينه منوط باختيارها والالم يكن موسعا والتقدير خلافه والحق عندى الثانى (واعلم) انه فرق بين الصلوة والصوم فانه ليس له منعها عن الصلوة فى اول الوقت كما اختاره المصنف وله منعها عن الصوم الموسع عند المصنف وذلك من وجوه (الف) ان وقت الصلوة معين مستثنى بنص القرآن لقوله تعالى

الى ان يتضيق عليها ، ولو نذرت قبل حباله او بعده باذنه زمانا معيّنا فكرمضان وان كان بغيراذنه اوكان مطلقاكان له المنع فان طلّقهاقبل حضورالمعيّن فالاقوى الوجوب وان عادت اليه بعقد جديد ولوكان بعده ومنعها لم يجب القضاء ، ولوكان الصوم ندبا كان له منعها ، وكل موضع قلنا ان له المنع لو صامت فالاقرب سقوط النفقة انمنعته الوطى والا فلا وليس لهمنعهامن الصلوة الواجبة في اول الوقت ولا الحج الواجب في عامها.

(ج) الصغرفلوتزوج صغيرة لم تجب النفقة ان شرطنا التمكين ولو دخل لانه غير مشروع نعم لوافضاها وجبت النفقة من حين الافضاء الى ان يموت احدهما والمريضة معذورة اذاكان الوطى يضرها في الحال اوفيما بعده ولا يؤتمن الرجل في قوله لااطأها،

اقم الصلوة لدلوك الشمس الى غسق الليل(١) وهو عام فصار كالصوم المعين (ب) ان الصلوة قيل بوجوبها في اول الوقت ولايجوز التأخير الالعذر فعلى هذا القول الفرق ظاهر (وعلى قولنا) اول الوقت افضل اجماعا لقوله عليه السلام اول الوقت رضوان الله وآخر الوقت عفوالله (٢) وهذا عام بخلاف الصوم غير الموقت (ج) ان زمان الصلوة يسير لايستوعب اليوم بخلاف الصوم .

قال قدس الله سره : لو نذرت قبل حباله (الى قوله) الوجوب .

اقول: وجه القوة وجود السبب وزوال المنع فيؤثر (ويحتمل) عدمه (لان) اذنه شرط ولم يحصل والاقرب عندى ماهوالاقوى عندالمصنف .

قال قدس الله سره : وكل موضع قلنا انه المنع (الى قوله) والافلا .

اقول: لاشك في سقوط النفقة ان منعته الوطى بل الكلام فيما اذالم يطلب فلم يتحقق المنع فلم يوجد النشوز ولانه لوكان الصوم مانعا لزم الدور (ومن) حيث ان الصوم عبارة عن توطين النفس على الامتناع عن المفطرات ومن جملتها الوطى ونيته هى العزم على منع الزوج عن الوطى وهذا هوالنشوز واعلم ان المصنف اختارانه ان منعته الوطى اونوعا من انواع الاستمتاع سقطت نفقتها وان عصته في ترك الاكل والشرب لاغير لم

---

(١) الاسراء ٧٨ (٢) ئل ب ٣ خبر ١٦ من ابواب المواقيت وتمامه والعفو لايكون الاعن ذنب

ولوانكر التضرّر بالوطى رجع الى اهل الخبرة من النساء اوالرجال(د) الاعتداد ، و تجب النفقة للمطلّقة رجعيا الااذا حبلت من الشبهة وتأخرت عدة الزوج وقلنا لارجعة له فى الحال فلاتجب النفقة على اشكال ولوقلنا له الرجعة فلها النفقة (واما البائنة)فلانفقة لها ولاسكنى الامع الحمل والفسخ كالطلاق انحصل بردّته وانستند الى اختيارها او الى عيبها قبل الدخول سقط جميع المهر الّا فى العنّة والنفقة وبعده لايسقط المهر بل

تسقط لانه لايتعلق حقه بذلك والضابط انكلما يعدّ من التمكين منعه مسقط للنفقة وغيره لا،وهذا هو الاصح عندى .

قال قدس الله سره : و تجب النفقة للمطلقة (الى قوله) على اشكال.

اقول : بنى المصنف هذه المسألة على مسألة اخرى هى انه هل له الرجوع فى مدة الحمل ام لا (فان قلنا) له الرجوع فالاقوى انعليه النفقة لان النفقة عوض التمكين المباح بالعقد و هو متحقق هنا (وان قلنا) ليس له الرجوع ففى وجوب النفقة الاشكال المذكور ،منشأه (من) انها مطلقة ليست فى عدة رجعية وسبب النفقة التمكين فى النكاح الدائم او العدة الرجعية و كل منهما قد انتفى فينتفى وجوب النفقة (اما الصغرى) (فنقول) اما الاول فبالطلاق فانه مزيل للنكاح والرجعة هى جواز ان يرجع فالنكاح حينئذ بالقوة المحضة (واماالثانى) فظاهر (واماالكبرى) فظاهرة ولانه ممنوع من وطيها بسببها فصارت كالناشز (ومن) حيث انها لاتبين عن حكم الزوجية الموجبة للنفقة الّا بخروج العدة ولم تخرج فهى فى حكم الزوجية.

قال قدس الله سره : والفسخ كالطلاق (الى قوله) النفقة للحمل .

اقول : اذا استند الفسخ الى اختيارها (فاما) لحريتها او لعيب الرجل (فان) كان لحريتها (فاما) ان يكون قبل الدخول (او بعده) وكذا ان كان للعيب فالاقسام اربعة (الف) ان يفسخ لحريتها قبل الدخول فلانفقة لها ولامهر وان كان بعد الدخول (فاما)ان تكون حاملا اولا فان لم تكن حاملا سقطت النفقة خاصة و ان كان حاملا فلها المهر و النفقة انقلنا ان النفقة للحمل والّا فاشكال ينشأ(من)عموم النص بوجوب نفقة الحامل (ومن) ان الفسخ صيّرها اجنبية فلانفقة لها ولا للحمل لان البحث على هذا التقدير (ب)

النفقة ان كانت حايلا اوحاملا على اشكال الا اذا قلنا النفقة للحمل ، و فرقة اللعان كالبائن ولوانفقت على الولد المنفى باللعان ثم كذب نفسه ففى رجوعها بالنفقة اشكال، والمعتدة عن شبهة ان كانت فى نكاح فلانفقة لها على الزوج على اشكال وان كانت خلية

ان تفسخ لعيبه قبل الدخول فلامهر لها الا فى العنة فلها النصف ولانفقة لها اجماعا (ج) ان تفسخ لعيبه بعد الدخول فلها المهر ثم ان كانت حاملا فلها النفقة ان قلنا انها للحمل و الا فاشكال ينشأ مما تقدم (د) اذا استند الفسخ الى عيبها فلا يخلو اما ان يكون قبل الدخول او بعده (فان كان) قبل الدخول فلانفقة لها اجماعا ولامهر (وان كان) بعد الدخول (فان) لم تكن حاملا فلها المهر مع عدم تدليسها ومعه كما مر (وان) كانت حاملا فلها المهر والنفقة ان قلنا انها للحمل والا فاشكال منشأه ماتقدم فقوله (على اشكال) الاشكال فى هذه الصور كلها.

(وانا اقول) على قول الشيخ فى المبسوط ان النفقة للحمل فى المطلقة البائنة يجب النفقة فى هذه الصور لوجود المستحق وهو الحمل وان قلنا ان النفقة للحامل لم تجب هنا لان وجوب النفقة على خلاف الاصل لحصول البينونة فانتفى النكاح والتمكين فيه فانتفى سبب الوجوب وانما تجب النفقة للمطلقة البائن بالنص فلا يتعدى لان كل ماهو خلاف الاصل يقتصر فيه على محل النص .

قال قدس الله سره : وفرقة اللعان كالبائن (الى قوله) اشكال.

اقول : قال الشيخ فى المبسوط لها الرجوع عليه بالنفقة لانه السبب فى حكم الحاكم بوجوب النفقة عليها لان اللعان شهادة للآية فمع تمامه قد حكم الحاكم بشهادته بوجوب النفقة عليها كالدين ثم اكذابه نفسه كالرجوع فى الشهادة بعد الحكم والرجوع فى الشهادة بعد الحكم موجب للضمان (ويحتمل) العدم لان نفقة القريب لاتقضى (ولانه) اما ان يكون ولده اولا فكلما تحقق الثانى لم يجب القضاء و كلما تحقق الاول لم يجب القضاء ايضا لانها انفقت من غير امره ولا اذنه فلا يجب القضاء لها ولا للولد لعدم وجوب قضاء نفقة القريب

قال قدس الله سره : والمعتدة عن شبهة (الى قوله) على اشكال :

اقول :منشأه (من) ان منع الوطى من جهتها اذ هى الموطوئة فانتفى سبب النفقة

عن النكاح فلانفقة لها على الواطى الامع الحمل فتثبت النفقة انقلنا انها للحمل،و يجب تعجيل النفقة قبل الوضع بظن الحمل فان ظهرفساده استردّ ولو اخرالدفع و مضىزمان علم فيه الحمل وجب القضاء الااذا قلنا انه للحمل فانه يسقط بمضى الزمان، وفى المتوفى عنها زوجها معالحمل روايتان الاشهرانه لانفقة لها و الاخرى ينفق من نصيب ولدها ولاتجبعلى الزوج الرقيق اذا تزوج حرة اوأمة وشرط مولاه الانفرادبرق الولد ولاعلىالحرّ فى المولود الرقيق وان قلنالحاملوجب عليهما.

وهو التمكين (ومن) حيث انها معذورة فى الشبهة و لهذا يسقط الحد و وجب المهر ولحق الولد فكانت العدةكمرضها (واعلم) انه ذكرفيما تقدم ان المعتدة الرجعية اذا وطئت بالشبهة و قلنا بجواز رجوعه يجب لها النفقة و استشكل هيهنا و تلك بحكم الزوجية وهيهنا الزوجيةحقيقة ثابتة بالفعل لانالرجعة هىملك ان يملك ذلكالنكاح والزوج ملك النكاح بالفعل وانما ذكرهيهنا تنبيهاً على انتلكالمسألة لم يجزم بهابل هى مبنية علىوجوب النفقة هنا هكذا قررّ المصنف هذه المسألة فىدرسه والحقعندى انه لانفقة لها هيهنا ولا فى المسألة السابقة .

قال قدس اللهسره : و فى المتوفى عنها مع الحمل (الى قوله) من نصيب ولدها .

اقول : الرواية الاولى ـ هى رواية رواها ابو الصباح الكنانى ، عنالصادق عليه السلام : فى المرأة الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة قال لا (١) و فى الحسن عن الحلبى عن الصادق عليه السلام قال فى الحبلى المتوفى عنها زوجها انه لانفقة لها (٢) والرواية الثانية هى رواية ابى الصباح ايضا عنالصادق (ع) قال المرأة الحبلىالمتوفى عنها زوجها ينفق عليها من نصيب ولدهاالذى فى بطنها (٣) (واعلم) ان الحق عندى انه لانفقة لها .

---

(١)ئلب٩خبر٢ من ابواب النفقات (٢)ئلب٩خبر ١من ابواب النفقات
(٣)ئلب١٠خبر١ من ابواب النفقات

المطلب الخامس في الاختلاف

لوادعى الانفاق وانكرته فان كان غايباً فعليه البيّنة فان فقدت حلفت وحكم لها وان كان حاضراً معها فكذلك على اشكال ، و لوكانت الزوجة امة و اختلفا في النفقة الماضية فالغريم السيّد ان صدق الزوج سقطت والا حلف وطالب (اما الحاضرة) فالحق لها لانها حق يتعلق بالنكاح فيرجع اليها كالايلاء و العنّة ولو ادعت انه انفق نفقة المعسر فكذبها فالقول قولها كما في الاصل ، ولوصدقها وانكر اليسار فالقول قوله ان لم يثبت له اصل مال وكذا لوادعى الاعسار عن اصل النفقة، ولودفع الوثني نفقة لمدة ثم اسلم وخرجت العدة استرجع من حين الاسلام، فلواسلمت فيها استرجع ما بين الاسلامين فان ادعت الدفع هبة قدم قولها مع اليمين ، ولوادعت الاذن في السفر فانكره قدم قوله مع اليمين وكذا لو انكر التمكين (اما) لوادعى النشوز قدم قولها مع اليمين ولو ثبت فادعت العود الى الطاعة قدم قوله مع اليمين ولوادعت انها من اهل الاخدام اوالاحتشام لم يقبل الّا بالبينة

ولو ادعت البائن انها حامل دفع اليها نفقة كلّ يوم في اوله فان ظهر الحمل والّا استعيدت وفي الزامها بكفيل اشكال ، ولوقذف الحامل بالزنا واعترف بالولد فعليه النفقة

المطلب الخامس في الاختلاف

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

اقول : قد تقدمت هذه المسألة .

قال قدس الله سره : ولوادعت البائن انها حامل (الى قوله) اشكال .

اقول : ينشأ (من) انها استولت على مال الغير بسبب لم يثبت بعد وانما حكم الشارع لها بالنفقة لتعذر اثبات موجبها ولا يعلم الّا بعد الوضع فلواخرناها الى الوضع لزم الاضرار بالمرأة ويسقط على قول من يقول انها للحمل فجمع بين الحقين بان دفعت اليها (وتكفل- خ) بكفيل والوضع كاشف عن استحقاقها وعدمه عن عدمه (ومن) حيث عدم ثبوت استحقاق الرجوع عليها به و مبنى القولين ان دعوى الحمل موجبة بشرط عدم ظهور الكذب او بشرط الحمل وتصديقها لتعذر اثباته (فعلى الاول) لايلزم بالكفيل (وعلى الثاني) يلزم . والحق عندي الدفع اليها بكفيل (والله اعلم) .

وان لاعنها، ان جعلنا النفقة للحمل ولو كان ينفي الولد فلا نفقة الا ان يعترف به بعد اللعان ولو طلق الحامل رجعياً فادعت ان الطلاق بعد الوضع وانكر فالقول قولها مع اليمين ويحكم عليه بالبينونة ولها النفقة .

المطلب السادس في الاعسار

لو عجز عن القوت بالفقر ففي تسلط المرأة على الفسخ روايتان الاشهر العدم، ولو تعذر

المطلب السادس في الاعسار

قال قدس الله سره : لو عجز عن القوت (الى قوله) الاشهر العدم .

اقول: الرواية المشهورة هي ما رواه عبدالله بن المغيرة عن السكوني عن جعفر ابن محمد الصادق ، عن ابيه ، عن علي عليهم السلام : ان امرأة استعدت على زوجها انه لاينفق عليها وكان زوجها معسراً فابى ان يحبسه وقال ان مع العسر يسراً (١) و هذا قول الشيخ في المبسوط والخلاف و ابن حمزة وابن ادريس عملا بالاستصحاب و الرواية الاخرى هي رواية حماد بن عثمان وخلف بن حماد عن ربعي و الفضيل بن يسار جميعاً عن ابي عبدالله عليه السلام قال اذا انفق عليها ما يقيم خلتها على كسوة والافرق بينهما(٢) وما روى عن ابي عبدالله عليه السلام اذا كسى الرجل امرأته ما يوارى عورتها و اطعمها ما يقيم خلتها اقامت معه والاطلقها او فرق بينهما ولو ايسر ولم يخرج عدتها كان احق بها (٣) والفسخ بالاعسار اختيار ابن الجنيد و الالزم الاضرار وهو منفي و لقوله تعالى **فامساك بمعروف او تسريح باحسان(٤)** والامساك مع عدم الانفاق ليس امساكا بمعروف فيتعين التسريح (ولانه) اذا ثبت بالفسخ بالعنة اوالجب وهو عجزه عن الوطى و يقوم البدن بدونه فالعجز عما لا يقوم البدن بدونه اولى ، والاقوى الاول لاصالة بقاء النكاح (ولان) النفقة ليست بركن فيه .

---

(١) يب باب من الزيادات في فقه النكاح خبر ٢٥

(٢) ئل ب ١ خبر ١ من ابواب النفقات باختلاف في المتن فراجع

(٣) ئل ب ١ خبر ٣ من ابواب النفقات باختلاف في المتن فراجع

(٤) البقرة ٢٢٨

بالمنع مع الغنى فلافسخ والقادر بالكسب كالقادر بالمال ولوقلنا بالفسخ مع العجز (فهل) تفسخ بالعجز عن الادم اوالكسوة اوالمسكن اونفقة الخادم (اشكال) ولافسخ بالعجز عن المهر ولاعن النفقة الماضية فانها دين مستقر وان لم يقدرها ويفرضها القاضى وهذا الفسخ ان قلنا به كفسخ العيب واذا فسخت بعد علم العجز انفسخ ظاهراً وباطنا فان انكر الاعسار افتقرت الى البينة به او باقرار الزوج به ولا فسخ الّا بعد انقضاء اليوم ، ولو رضيت بالاعسار (فهل) لها الفسخ بعد ذلك كالمولى منها اولا كالعيب اشكال ، وحق الفسخ للزوجة دون الولى وان كانت صغيرة اومجنونة والامة المجنونة لاخيار لها ولا لسيدها ، و ينفق المولى عليها والنفقة فى ذمة الزوج ان سلّمها اليه كل وقت فاذا ايسر وعقلت وطالبته وقبضتها كان للمولى اخذها وان لم تطالبه كان للمولى مطالبته ، ولوكانت عاقلة كان لها الفسخ فان لم تختر الفسخ قال لها السيد ان اردت النفقة فافسخى النكاح و الافلا نفقة لك بخلاف المجنونة فانها لا تملك المطالبة بالفسخ وهذا كله انما يتاتى لو قلنا بالخيار مع الاعسار ولوصبرت المرأة على الاعسار لم تسقط نفقتها بل تبقى دنيا عليه والعبد اذا طلق رجعيا فالنفقة لازمة اما فى كسبه اوعلى مولاه اوفى رقبة كما لولم يطلّق ولا نفقة فى

قال قدس الله سره : ولوقلنا بالفسخ (الى قوله) اشكال

اقول : هذا تفريع على القول بالفسخ بالعجز عن النفقة ، و منشأ الاشكال (انه) انما جوزنا الفسخ بالعجز عن النفقة لاستلزام وجوب النفقة تكليف الزوج بما لايطاق وعدمه تعريض نفسها للاتلاف وهيهنا لااستلزام فلايوجب (ومن) حيث الرواية الدالة على الفسخ بالعجز عن الواجب بالنفقة والعجز عن المركّب يتحقق بالعجز عن بعض اجزائه والحق الاول (لاصالة) البقاء وعدم العلم بوجود الرافع .

قال قدس الله سره : ولورضيت بالاعسار (الى قوله) اشكال.

اقول : منشأه (ان) استحقاق النفقة متجدد فلايسقط بالاسقاط الا ماوجب لا ما يستحب كالمولى منها فانه لايصح اسقاط حقها فى المستقبل لتجدده (ومن ان) الاعسار من باب العيوب فهو عيب واحد كالعنن فانه مع رضاها به يسقط الخيار (والى) هذين الوجهين اشار المصنف بقوله (كالمولى منها اولا كالعنين) والاقوى عندى الثانى .

البائن الامع الحمل (ان قلنا) ان النفقة للحامل (وان قلنا) للحمل فلا نفقة لان نفقة الاقارب لاتجب على العبد ، ولو اعتق نصفه فالنفقة فى كسبه ان قلنا بالكسب فى العبد والفاضل يقسم بينه وبين مولاه ، ولوملك بنصفه الحر مالا وجب عليه نصف نفقة الموسر وبنصفه المملوك نصف نفقة المعسروكذا يجب عليه نصف نفقة اقاربه و لو كان مكاتبا مشروطا لم تجب نفقة ولده من زوجته عليه بل على امه ويلزمه نفقة ولده من امته و كذا المطلق اذا لم يتحرر منه شيء ، ولوتحرر بعضه كانت نفقته فى ماله بقدر ما تحرر منه على ولده من زوجته ولوكانت زوجة المشروط امة او مكاتبة فالنفقة تابعة للملك ولودافع الملى بالنفقة اجبره الحاكم فان امتنع حبسه و لو ظهر له على مال باعه فيها و لوغاب ولا مال له حاضر بعث الحاكم من يطالبه فان تعذر لم تفسخ الزوجة ان قلنا بالفسخ مع الاعسار ، ولوكان له على زوجته دين جاز ان يقاصها يوما فيوما ان كانت

الفصل الثانى فى نفقة الاقارب

مقدمة القرابة الموجبة للنفقة هى قرابة البعضية ومضايفها فتجب بكل اصل و فرع لاشيء له و عندى (١) ولاقدرة له على كسب ، و دليل وجوبها الكتاب و السنة و الاجماع (اما الكتاب) فقوله تعالى **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف (٢)** فدلت على وجوب نفقة الاولاد على الآباء أولاً لان العلة فى وجوب النفقة على الامهات حملهن لانه المفهوم من تعليق الحكم على هذا الوصف ، ولمالم تكن النفقة على الحمل الا بالنفقة على الحامل وجب الانفاق عليهن وقال تعالى : **فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن (٣)** يعنى المطلقات اذاارضعن اولادهن وجبت لهن اجرة الرضاع فلما لزمت اجرة الرضاع فالنفقة اولى ودل على وجوبها على الآباء دون الامهات مع تمكن الآباء و قال تعالى **ولاتقتلوا اولادكم خشية املاق نحن نرزقهم واياكم (٤)** فلولاوجوب النفقة لما قتله خشية الاملاق من النفقة واما السنة فالاحاديث المتواترة والاجماع ظاهر ان

---

(١) يعنى عندى ان عدم قدرته على كسب شرط ايضاً　(٢) البقرة - ٢٣٢
(٣) الطلاق-٦　(٤) الاسراء-٣١

موسرتولا يجوز مع اعسارها لان قضاء الدين فيما يفضل عن القوت فان رضيت جاز وتقدم نفقة الزوجة مقدمة على نفقة الاقارب فان كان معسراً فالفاضل عن قوته يصرف في نفقة زوجته فان فضل شيء عن واجب النفقة لها صرف الى الاقارب .

الفصل الثاني في نفقة الاقارب

وفيه مطلبان الاول من تجب النفقة عليه

انما تجب النفقة على الابوين وان علوا والاولاد وان نزلوا سواء كانوا ذكوراً او أناثا وسواء كان الجد للاب اوللام وسواء كان الولد لابن المنفق او لبنته ولاتجب على غيرهم ممن هو على حاشية النسب وليسوا على قطبه كالاخوة والاخوات و الاعمام والعمات والاخوال والخالات واولادهم علوا او نزلوا وان كانوا ورثة على رأى (نعم)

وفيه مطلبان الاول من تجب النفقة عليه

قال قدس الله سره : ولاتجب على غيرهم (الى قوله) على رأى

اقول : هذا هو المشهور و قال الشيخ تجب نفقة الوارث لقوله تعالى **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف** (الى قوله) **وعلى الوارث مثل ذلك** (١) يعنى مثل ماكان على الاب من النفقة وليس للمطلقات اجماعا فهو على المولود و العلة الارث فيقتضي وجوب النفقة من الطرفين لتساويهما في الارث (والجواب) المراد بقوله **مثل ذلك** ان لاتضار والدة بولدها قاله ابن عباس و قوله في التفسير حجة (واعلم) ان اقوال اهل العلم منحصرة في نفقة الاقارب في اقوال ثلاثة (الاول) البعضية ومضايفها و هو قول الامامية والشافعية (الثاني) كونه وارثا وهو قول الشيخ واحمد بن حنبل (الثالث) كونه ذا رحم وهو قول ابى حنيفه ولم يقل به احد منا (واحتج) بقوله تعالى **واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض** (٢) ولما رواه جابر عن النبى ﷺ انه قال اذا كان احدكم فقيراً فليبدء بنفسه فان فضل فعلى عياله فان كان فضل فعلى قرابته و القرابة ذو الرحم (٣) و

(١) البقرة ٢٣٢ (٢) الانفال ٧٦

(٣) لم نعثر عليه بهذا اللفظ نعم قد ورد ما هو بمضمونه عن اهل البيت عليهم السلام

يستحب وتتاكد على الوارث فيجب على الوالد نفقة ولده ذكراً كان اوانثى واولادابنه واولاد بنته وان نزلوا و على الولد نفقة ابويه واجداده لاب اولام و ان علوا ، و على المرأة نفقة اولادها الذكور والاناث وان نزلوا ويستوى اولادالبنين والبنات و لا يجب على الولدنفقة زوجة ابيه ولا ولده الصغير،ولوانفقت الام لاعسار الاب ثم ايسر لم يكن لها الرجوع ويشترط فى المنفق اليسار وهو من فضل عن قوته شيء و يباع عبده وعقاره فيه .

ويلزمه التكسب لنفقة نفسه وزوجته (وهل) يجب لنفقة الاقارب اشكال وفى

الجواب عن الاول انه لايدل على وجوب الانفاق بشيء من الدلالات الثلاث فانه فى الارث ولاتلازم ولاقياس (وعن الثانى) بمنع السند ومع صحته بمنع الدلالة فان قوله عليه السلام فان كان فضل فعلى قرابته للاستحباب و الا لكان فى عياله لان العيال من تجب نفقته عليه لكنه متأخر عن العيال (فائدة) المانع من الارث كالرق و الكفر والقتل مانع من وجوب الانفاق .

قال قدس الله سره : ويلزمه التكسب (الى قوله) اشكال .

اقول : ذكر المصنف فى درسه فى منشأ الاشكال وجهين (الف) وجوب الانفاق هل هو واجب مشروط بحصول المال اء مطلق منوط بالقدرة يحتمل الثانى لقوله تعالى **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن**(١) فلم يشرط فى الوجوب المال وانما شرطنا القدرة لاستحالة تكليف مالايطاق و انتفائه هنا باجماع الامة وكذا آية وجوب اجرة الرضاع مطلقة تدل على الوجوب المطلق وشرط القدرة لماذكرنا وهى انفاق على الولد(ويحتمل الاول) لقوله تعالى **لينفق ذو سعة من سعته**(٢) اوجب من السعة ولان الاصل عدم وجوب نفقة الغير ، خرج عنه مادل النص والاجماع عليه فبقى الباقى على اصله (ب) ان النفقة من باب المواساة ولاتتحقق فى الفقير (ومن) ان القدرة على الكسب كالغنى لقوله عليه السلام ولاذى قوة (مرة ـ خل) سوى(٣).

---

(١) البقرة ـ ٢٣٢　(٢) الطلاق ـ ٧

(٣) ئل ب٨ خبر ٣ من ابواب المستحقين للزكوة

المنفق عليه الحاجة وهو الذى لاشىء له ، والاقرب اشتراط عدم القدرة على التكسب ولا يشترط نقصان الخلقة ولا الحكم بل تجب النفقة على الصحيح الكامل فى الاحكام العاجز عن التكسب ولا يشترط الموافقة فى الدين بل تجب نفقة المسلم على الكافر وبالعكس و تسقط نفقة المملوك عن قريبه بل تجب على مولاه وكذا لاتجب على المملوك نفقة قريبه ولا على مولاه ولا يجب اعفاف من تجب النفقة عليه وان كان اباولا النفقة على زوجته و لا النفقة على اولاد ابيه فانهم اخوة وتجب على اولاد ولده .

ولا قدر لها بل الواجب قدر الكفاية من الطعام (الاطعام - خل) والكسوة والمسكن وما يحتاج اليه من زيادة الكسوة فى الشتاء للتدثر يقظة ونوما ولا تجب نفقة الخادم الا مع الزمانة ولا تقضى هذه النفقة وان قدرها الحاكم ولا تستقر فى الذمة اما لو أمره الحاكم بالاستدانة عليه لغيبته او لمدافعته فاستدان وجب القضاء ولو دافع بالنفقة فاستدان من غير اذن الحاكم لم يرجع عليه وكذا لو استغنى عن نفقة اليوم بان اضافه انسان سقطت ولو اعطاه النفقة فهلكت فى يده لم يستحق ثانيا واذا دفع بالنفقة اجبره الحاكم عليها فان امتنع حبسه ولو كان له مال ظاهر جاز ان يأخذ من ماله قدر النفقة وان يبيع عقاره ومتاعه ولو كان للولد الصغير او المجنون مال لم يجب على الاب نفقته بل ينفق عليه من ماله وكذا لو صار قادراً على التكسب امره الولى به وسقطت عن الاب نفقته سواء الذكر والانثى ويجب على القادر على التكسب النفقة كما تجب على الغنى على اشكال .

قال قدس الله سره : وفى المنفق عليه الحاجة (الى قوله) على التكسب.

اقول: وجه القرب ان التمكن من الاكتساب كالغنى لانه فى الحديث ساوى بين الغنى وذى المرة السوى (ولانه) غير محتاج (ولان) الاصل عدمه (و يحتمل) الوجوب لانه فقير والاقوى عندى اشتراط العجز عن التكسب والمراد بالتكسب هنا التكسب اللائق به

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

اقول : هذه المسألة تقدمت ونزيدها فنقول القدرة على السبب هى قدرة على المسبب ام لا اختلف المتكلمون فيه وتحقيقه قد ذكر فى الكلام .

المطلب الثانى فى ترتيب الاقارب فى النفقة

وفيه بحثان (الاول) فى ترتيب المنفقين

اذا كان للمحتاج ابـوام موسران وجبت نفقته على الاب (ولو فقد) الاب فعلى الجد للاب فان فقدا وكان فقيراً فعلى اب الجد وهكذا (فان فقد) الاجداد او كانوا معسرين فعلى الام ، ولو لم تكن او كانت فقيرة فعلى ابيها وامها وان علوا الاقرب فالاقرب ، فان تساووا اشتركوا فى الانفاق فعلى ابوى الام النفقة بالسوية ، ولو كان معهما اماب شاركتهما اما لو كان اب الاب معهم فالنفقة عليه وان علا ولو كان له ابوا ابن موسران لو كانت نفقته عليهما بالسوية ولو لم يكن له اب كانت نفقته على ولده ولو كان ابن وام فالنفقة على الابن ، ولو كان له اب وجد موسران كانت نفقته على ابيه دون جده . واو كان له ام وجدة من قبل الاب او الام فالنفقة على الام دون الجدة ، ولو كان جد الاب فالنفقة عليه دون الام .

ولو كان له اولاد موسرون تشاركوا فى الانفاق ان كانوا ذكوراً او أناثا فلو كانوا ذكوراً واناثا احتمل التشريك (اما) بالسوية (او) على نسبة الميراث و اختصاص

المطلب الثانى فى ترتيب الاقارب فى النفقة

وفيه بحثان (الاول) فى ترتيب المنفقين

قال قدس الله سره: ولو كان له اولاد موسرون (الى قوله) واختصاص الذكور

اقول: الكلام هنا فى موضعين (الف) هل تجب نفقة الاب على كل الاولاد الذكور والاناث اوعلى الذكور خاصة ،ومأخذ الاحتمالين ان الخطاب بصيغة المذكر مع الاطلاق (هل) يختص بالذكور ام يتناول الذكور و الاناث قد تحقق فى الاصول (وايضاً) السبب الموجب للنفقة علة كون كل واحد ولداً والولد مقول بالتواطى على الذكور و الاناث و التساوى فى العلة يقتضى التساوى فى المعلول اى الحكم الصادر عنه (ومن) حيث ان الذكر مقدم فى الابوة فكذا فى الوله (ب) اذا قلنا بالوجوب على الكل وهو الاصح عندى (هل) يجب على التساوى اوعلى مراتب الارث يحتمل الثانى لانهم متفاوتون فيما يستحقون بها فكذا فيما يستحق عليهم بها ولقوله تعالى **وعلى الوارث مثل ذلك**(١) رتب النفقة

---

(١) البقرة ٢٣٢

الذكور ، ولوكان له ابن موسروآخرمكتسب فهما سواء على اشكال ولوكان بعضهم غايبا امر الحاكم بالاخذ من ماله او بالقرض عليه بقدر نصيبه و لو كان له بنت و ابن ابن فالنفقة على البنت ولوكان له ام و بنت احتمل التشريك واختصاص البنت بالنفقة .

البحث الثانى فى ترتيب المنفق عليهم

ويبدأ المنفق بنفسه فان فضل شيء صرفه فى نفقة زوجته فان فضل فللا بوين و الاولاد فان فضل فللاجداد واولادالاولاد وهكذااذا فضل عن الادنى ارتقى الى الابعدولو

على الارث فيترتب فى الكميّة ، والاصح الاول لماتقدم .

قال قدس الله سره : و لوكان له ابن موسروآخرمكتسب فهما سواء على اشكال .

اقول : هذا فرع على وجوب الانفاق على الفقير بالمال الغنى (١) بالقدرة على التكسب (وتقريره) انه لواجتمع ذوالمال والقادر على التكسب (هل) يقدم فى وجوب الانفاق ذوالمال (اولا) بل يتساويان : قال امام المجتهدين والدى المصنف فيه اشكال ومنشأه (وجوب) الانفاق على كل واحد فيجب عليهما اذا اجتمعا لعدم منع احدهما الآخر والاصل البقاء (ولمساواة) القدرة الغنى فى السببية لانا نبحث على هذا التقدير ولو جامع الغنى غنيا لوجب عليهما فكذا لواجتمع الغنى ومساويه (ومن) انوجوبها على المكتسب لضرورة عدم غيره وهى منفيّة هنا .

قال قدس الله سره : ولوكان له ام و بنت (الى قوله) بالنفقة

اقول : وجه الاول تساويهما فى السبب وهو القرابة فيتساويان فى الاثر (ولان) كونه مولداً مساولكونه والداً فى ايجاب الانفاق فى الذكورة فكذا فى الانوثة (لانه) لامدخل الا للتوليد له ومنه ، و يرد لواعتبر التوليد والفى وصف الذكورية و الانوثية لتساوى الابن والام وهو باطل (ووجه) الثانى ان البنت تقدم على جدالاب والام متأخرة عنه فتقدم البنت عليها .

---

(١) صفة للمقيد

كان له ابوان ومعه ما يكفى احدهما تشاركا فيه وكذا لوكان له اب وابن او ام وابن او ابوان و ابن اوولدان اوابوان وولدان ولولم ينتفع به احدهم مع التشريك لكثرتهم فالوجه القرعة فان فضل من الغذاء شيء احتمل القرعة بين الجميع وبين من عدا الاول ولو تعددت الزوجات قدمت نفقاتهن على الاقارب فان فضل عنهن شيء صرف اليهم و لوكان احد الاقارب اشد حاجة كالصغير مع الاب احتمل تقديم الصغير، ويقدم الاقرب على الابعد فلو كان اب وجد معسران قدم الاب ثم الجد ثم أبو الجد ثم جد الجد ويتساوى الاجداد من الاب مع الاجداد من الام وولد الولد وان نزل مع الجد وان علا يتشاركان والذكور

البحث الثانى فى ترتيب المنفق عليهم

قال قدس الله سره : ولو كان له ابوان (الى قوله) من عدا الاول

اقول : وجه القرعة فى المسألة الاولى استحالة الترجيح من غير مرجح و التشريك يناقض الغرض من تسريع الحكم (ومن) حيث تساويهم فى سبب الاستحقاق و القرعة كاشفة للمستحق من غيره و الكل هنا مستحقون ليس فيهم من لا يستحق (و وجه) القرعة فى الثانية ان الاول مستحق ايضاً لوجود القرابة التى هى العلة فى وجوب النفقة والحاصل له دفع الضرورة الحالية وهو فوت بعض يوم فلا يبقى استحقاق نفقة باقى اليوم (ومن) حيث انه فضل فليس بمحتاج فيصير غيره اولى (لان) سبب النفقة الحاجة وغيره احوج (ولانه) حصل للاول ما يمسك رمقه دون الباقين فلا يشاركهم فى الفاضل و هو الاقوى عندى .

قال قدس الله سره : ولو كان احد الاقارب (الى قوله) على الابعد .

اقول : (وجه المسألة) الاولى (ان) علة وجوب الانفاق الحاجة وكلما كانت العلة اقوى كان تأثيرها اقوى وكان محلها اولى بالحكم (ومن) حيث ان العلة النسب مطلق الحاجة وهما متساويان فى المطلق من حيث هو (ووجه المسئلة الثانية) ان الاقرب مقدم فى الارث واطلاق اسم الاب او الابن عليه حقيقة وعلى الآخر مجاز فالاقرب اولى بالتقديم (ويحتمل) تساويهما لان قرابة كل واحد موجبة لنفقته وقد وجدت العلتان فيتشاركان .

والاناث في الاولاد متشاركون بالسوية كما في الابوين والاجداد .

الفصل الثالث في نفقة المماليك

وفيه مطلبان (الاول) في نفقة الرقيق

تجب النفقة على ما (من ـ خل) يملكه الانسان من رقيق صغيرا وكبير منتفع به وغيره بقدر الكفاية سواء كان الرقيق ذكرا او انثى قنا او مدبرا او ام ولد في المأكول والملبوس والمسكن ويرجع في جنس ذلك الى عادة مماليك امثال السيد من اهل بلده ، ويتخير في الانفاق عليه من ماله او من كسبه ذكرا كان او انثى فان امتنع اجبره الحاكم على الانفاق او البيع فان لم يكن له مال وكان ذا كسب اجبره على التكسب والانفاق منه او على البيع فان لم يرغب فيه راغب اجبره الحاكم على الانفاق ولا تقدير للنفقة بل قدر الكفاية من طعام وادام وكسوة ومسكن ، ولو جعل النفقة في كسبه ولم تكفه اجبر على الاتمام ولو ضرب عليه ضريبة يؤديها و الفاضل له ورضي المملوك جاز فان كان الفاضل قدر كفايته صرفه في النفقة و الا اكمله ولا يجوز ان يضرب عليه ما يعجز عنه ولا ما لا يفضل معه قدر كفايته الا ان يقوم بمؤنته .

ولو عجز عن الانفاق على ام الولد امرت بالتكسب فان عجزت انفق عليها من بيت المال ولا يجب عتقها ولو كانت الكفاية بالتزويج وجب ، ولو تعذر الجميع ففي البيع اشكال ولو ملك المكاتب عبداً او أمة وجب عليه النفقة عليهما وكذا لو اتهب او أوصى له بابيه او ابنه وللسيد الاستخدام في ما يقدر عليه المملوك و المداومة عليه واما الافعال الشاقة الشديدة فله الامر بها في بعض الاوقات ولا يكلفه الخدمة ليلا ونهاراً وليس له ان يضرب مخارجة (١) على مملوكه الا برضاه.

الفصل الثالث في نفقة المماليك

قال قدس الله سره : ولو عجز عن الانفاق (الى قوله) ففي البيع اشكال.

اقول : ينشأ (من) عموم النهي عن بيع ام الولد (ومن) انه به تحفظ نفسها من الهلاك .

---

(١) المخارجة ـ ان يقاطع المملوك على شيء يوصله الى السيد والفاضل من كسبه له

المطلب الثانى فى نفقة الدواب

تجب النفقة على البهائم المملوكة اكل لحمها اولا و سواء انتفع بها اولا بقدرما تحتاج اليه فان اجتزأت بالرعى كفاه والاعلفها ، ولوامتنع من الانفاق فان كانت مما يقع عليه الزكاة اجبر على علفها او بيعها اوتذكيتها فان لم يفعل باع الحاكم عليه عقاره فيه فان لم يكن له ملك اوكان بيع الدابة انفع بيعت عليه و لو لم تقع عليها الذكاة اجبر على الانفاق اوالبيع وهل يجبر على الانفاق فى غير الماكولة اللحم مما يقع عليه الذكاة للجلد او عليه اوعلى التذكية الاقرب الثانى .

وكل حيوان ذى روح كالبهايم فيجب عليه القيام فى النحل ودود القز ولولم يجد ماينفق على مملوكه اوعلى الحيوان ووجد مع غيره وجب الشراء منه فان امتنع الغير من البيع كان لقهره واخذه اذالم يجد غيره كما يجبر على الطعام لنفسه ولوكان للبهيمة ولد وقر عليه من لبنها مايكفيه فان اجتزأ بغيره من علف اورعى جاز اخذ اللبن ولوكان اخذ اللبن يضر بالدابة بان تكون السنة مجدبة لايجد لها علفا يكفيها لم يجز له اخذه و لو

المطلب الثانى فى نفقة الدواب

قال قدس الله سره : وهل يجبر على الانفاق (الى قوله) الاقرب الثانى.

اقول : اذا تعذر البيع اولم يبع قيل يجبره الحاكم على الانفاق لان الغاية الذاتية من خلق هذه الدواب منافع اخرى غير الذبح للآية و بها يتم نظام النوع فلا يتعرض به الحاكم بل يجبره على الانفاق فان تخلص هو بالذبح جاز (وقيل) يخيره الحاكم بين الانفاق وبين الذكاة وهو الاقرب عندالمصنف لان كل واجب يقوم غيره مقامه اختياراً لايكون واجباً على التعيين بل على التخيير وهيهنا وجوب الانفاق يقوم الذبح مقامه فيكون مخيراً بينهما فعلى هذا يخيره الحاكم بين البيع والذكاة والانفاق (والتحقيق) ان وجوب الا نفاق وجوب مشروط بابقائها على ملكه ، فعلى هذا التقدير يجبره على الانفاق قطعاً ولامنافاة بين هذا و ما اختاره المصنف (لان) اختيار المصنف على تقدير عدم اختيار بقاء الملكية بعينه فاما اذا اختار الابقاء بعينه دون البيع و دون الذكاة تحقق شرط وجوب الانفاق فيلزمه الحاكم به .

ملك ارضا لم يكره له ترك زراعتها و لو ملك زرعا اوشجراً يحتاج الى السقى كره له تركه لانه تضييع ولايجبر على سقيه لانه من تنمية المال ولايجب على الانسان تملك المال فلاتجب عليه تنميته .

كتاب الفراق

وفيه ابواب (الباب الاول) فى الطلاق وفيه مقاصد (المقصد الاول) فى اركانه وفيه فصول .

(الاول) المطلّق، ويشترط فيه امور اربعة (الف) (البلوغ) فلايصح طلاق الصبى و ان كان مميزاً ولو بلغ عشراً الاعلى رواية ضعيفة ولو طلق وليّه لم يصح نعم لو بلغ فاسد العقل صح طلاق وليّه عنه، ولو سبق الطلاق لم يعتدّ به (ب) العقل فلايصح طلاق المجنون المطبق ولاالسكران ولا المغمى عليه بمرض اوشرب مرقد ولو كان المجنون يفيق فى وقت فطلّق فيه صح ويطلق عنه الولى فان لم يكن له ولى طلق عنه السلطان ولايطلّق

كتاب الفراق

وفيه خمسة ابواب (الباب الاول) فى الطلاق وفيه مقاصد

المقصد الاول فى اركانه وفيه فصول الاول المطلق

قال قدس الله سره: ويشترط فيه امور اربعة (الى قوله) على رواية ضعيفة.

اقول : هذه رواية ابن بكير، عن ابى عبدالله عليه السلام ، قال يجوز طلاق الصبى اذا بلغ عشر سنين (١) واجاب المصنف بضعف السند فان ابن بكير ضعيف (واعلم) ان الشيخ فى النهاية عمل بهذه الرواية وافتى بصحة طلاقه وهو اختيار المفيد فى المقنعة وعلى بن بابويه فى الرسالة و ابن البراج و ابن حمزة وما ذكره المصنف هنا اختيار ابن ادريس و ابى الصلاح وهو الاصح عندى لما رواه ابوالصباح الكنانى عن الصادق عليه السلام قال : ليس طلاق الصبى بشىء(٢) .

(١) باب ٣١ خبر٧ من ابواب مقدمات الطلاق

(٢) كل باب ٣٢ خبر١ من ابواب مقدمات الطلاق

الولي ولا السلطان عن السكران ولا النائم وان طال نومه ولا المغمى عليه ولا من يعتوره الجنون ادواراً نعم لو امتنع من الطلاق وقت افاقته مع مصلحته الطلاق ففي الطلاق عنه اشكال .

(ج) الاختيار فلا يقع طلاق المكره وهو من توعده القادر المظنون فعل ما توعّد به لو لم يفعل مطلوبه بما يتضرر به في نفسه او من يجري مجرى نفسه كالاب و الولد و شبههما من جرح اوشتم اوضرب اواخذمال وان قل اوغير ذلك ويختلف بحسب اختلاف المكرهين في احتمال الاهانة وعدمها ولا اكراه مع الضرر اليسير، والاكراه يمنع ساير التصرفات الا اسلام الحربي ، ولو ظهرت دلالة اختياره صح طلاقه بان يخالف المكره مثل أن يأمره بطلقة فيطلق اثنتين او بطلاق زوجة فيطلق غيرها اوهي مع غيرها او بطلاق احدى زوجتين لا بعينها فيطلّق معينة اويأمره بالكناية فيأتي بالصريح ، ولو ترك التورية بان يقصد بقوله انت طالق اي من وثاقي اويعلقه بشرط في نيته او بالمشيّة مع علمه بالتورية واعترافه بانه لم يدهش بالاكراه لم يقع .

(د) القصد فلا يقع طلاق الساهي والغافل والغالط وتارك النية وان نطق بالصريح ومن سبق لسانه من غير قصد ولو كان اسمها طالقا فقال ياطالق اوانت طالق وقصد الانشاء وقع والّا فلا ولو كان اسمها طارقا فقال ياطالق اوانت طالق ثم ادعى انه التفّ لسانه قبل ولو نسي ان له زوجة فقال زوجتي طالق لم يقع ، ويصدق ظاهراً في عدم القصد لو ادعاه و

قال قدس الله سره : نعم لو امتنع من الطلاق (الى قوله) اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه مجنون طلق عنه الولي لمصلحته (ومن) التزامه بالنكاح وقت الافاقة وجنونه يزول فكان كالصبي الذي يتوقع البلوغ فيه (ولان) الاصل بقاء النكاح ولعموم قوله عليه السلام الطلاق بيد من اخذ بالساق (١) وهو من صيغ الحصر فطلاق الولي على خلاف الاصل جاز في المجنون المطبق بالاجماع فيبقى الباقي على العموم.

قال قدس الله سره : (د) القصد (الى قوله) وللحاضر على رأى.

اقول : هذا اختيار ابن ادريس و المصنف و هو الاقوى عندي و ذهب الشيخ في النهاية الى انه لا يصح توكيل الحاضر في الطلاق وتبعه ابن البراج وابن حمزة (لنا)

---

(١) المستدرك باب ٢٥ خبر ٣ من ابواب مقدمات الطلاق

ان تأخر مالم تخرج العدة وديّن بنيته باطنا ، ولو قال لزوجته انت طالق لظنه انها زوجة الغير لم يقع ويصدّق في ظنه ، ولو قال زوجتي طالق بظن خلوّه وظهر ان وكيله زوّجه لم يقع ولو لقّن الاعجمي الصيغة وهو لا يفهمها فنطق بها لم يقع ، وكما يصح ايقاعه مباشرة يصح التوكيل فيه للغايب اجماعا وللحاضر على رأى ، ولو وكلها في طلاق نفسها صح على رأى و لو قال طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة او بالعكس صحت واحدة على رأى .

ما رواه سعيد الاعرج في الصحيح ، عن الصادق عليه السلام في رجل يجعل امر امرأته الى رجل فقال اشهدوا اني قد جعلت امر فلانة الى فلان فيطلّقها أيجوز ذلك للرجل قال نعم (١) وترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال يدل على العموم في المقال (احتج) الشيخ بما رواه زرارة ، عن الصادق عليه السلام قال لا تجوز الوكالة في الطلاق (٢) وحملها الشيخ على الحاضر جمعا بين الادلة لاستحالة حملها على الغائب اجماعا (والجواب) ان روايتنا اصح فلا تعارضها هذه الرواية .

قال قدس الله سره : ولو وكلها في طلاق نفسها صح على رأى .

اقول: قال الشيخ لا يصح لان القابل لا يكون فاعلا ولاقتضاء قوله عليه السلام الطلاق بيد من اخذ بالساق (٣) عدم صحة التوكيل مطلقا خرج وكالة غير المرأة برواية سعيد الاعرج بقي الباقي على العموم والوجه الصحة لان كلما قبل النيابة لم يعتبر فيه خصوصية النائب (و استدل) بان النبي صلى الله عليه وآله خيّر نسائه بين المقام معه و بين مفارقته لما نزل قوله تعالى **يا ايها النبي قل لازواجك** الآية(٤) و التي بعدها (واجيب) بانها من خصائصه عليه السلام ونسخت .

قال قدس الله سره : فلو قال طلقي (الى قوله) على رأى

اقول: وجه الصحة في الاول ان الامر بالمجموع امر بكل واحد ضمنا (فان قلنا) الطلاق المرسل يصح منه واحدة صح (والا) فلا لانه وكلها في طلاق باطل لا يصح منه

---

(١) ئل باب ٣٩ خبر ١ من ابواب مقدمات الطلاق

(٢) ئل باب ٣٩ خبر ٥ من ابواب مقدمات الطلاق

(٣) مر آنفا (٤) الاحزاب ٢٨

الفصل الثانى المحل

وهى الزوجة ، ولها شروط ينظمها قسمان (الاول) العامة وهى ان يكون العقد دايما والتعيين على رأى ، والبقاء على الزوجية (فلا) يقع الطلاق بالمتمتع بها (ولا) الموطوئة بالشبهة (ولا) بملك اليمين (ولا) بالتحليل ولو طلق الاجنبية لم يصح وان علقه بالتزويج سواء عينها او اطلق مثل كل من اتزوجها فهى طالق (واما التعيين) فان يقول فلانة طالق او هذه ويشير الى حاضرة او زوجتى وليس له سواها ولو تعددت ونوى واحدة وقع والافلا على رأى ويقبل تفسيره ولو طلّق واحدة غير معينة لانية ولا لفظا (قيل) يبطل (وقيل) يصح

لاكلّه ولا جزئه ، والطلقة المنفردة تصح فلم يتضمنها الوكالة لان الصحة مشروطة بكون الطلقة لامع شيء والذى تضمنه الوكالة طلقة مع شيء فتغايرا (ووجه الصحة) فى الثانى انها اذا اتت بالثلاث فقد اتت بالواحدة فامتثلت ماامرت به على القول بوقوع الواحدة فى المرسل وقال الشيخ فى الخلاف لايقع فى المسألتين للمخالفة و هو الاقوى عندى (اما الاولى) فانه وكلها فى صيغة دالة على الواحدة بالتضمن ، وفى وقوعها خلاف فأتت بما يدل على الواحدة مطابقة وليس فى وقوعها خلاف فلاتقع الواحدة لتحقق المخالفة (واما فى الثانية) فلانه وكّلها فى صيغة تدل على الواحدة بالمطابقة و تقع بالاجماع و فعلت مافيه خلاف فلايقع لتحقق المخالفة .

الفصل الثانى المحل وهى الزوجة

ولها شروط ينظمها قسمان الاول العامة

قال قدس الله سره : وهى ان يكون العقد دائما (الى قوله) وهو اقوى

اقول: اختلف الاصحاب فى اشتراط تعيين المطلقة فى الطلاق (فقيل) باشتراطه وهو اختيار والدى المصنف فى المختلف والسيد المرتضى والمفيد والشيخ فى احد قوليه وهو الاقوى عندى (وقيل) لايشترط وهو احد قولى الشيخ اختاره فى المبسوط وافتى به ابن البراج والمصنف هنا (احتج) الاولون بان الطلاق امر معين فلابد له من محل معين لاستحالة حلول المعين فى المبهم ولان توابع الطلاق كالعدّة وغيرها لابد لها من محل معين (واحتج) الآخرون بعموم النص ولان احديهما زوجة وكل زوجة يصح طلاقها

ويعين للطلاق من شاء وهو اقوى فان مات قبله اقرع ، ولو قال هذه طالق او هذه و هذه قيل طلقت الثالثة ويعين للطلاق من شاء من الاولى والثانية وهو حق ان قصد العطف على احديهما ولو قصده على الثانية عين الاولى او الثانية والثالثة .

ولو مات قبل التعيين اقرع ويكفى رقعتان مع المبهمة على القولين وعلى ما اخترناه

(وفيه نظر) لمنع الكبرى (واعلم) ان هذه مسألة اصولية اختلف فيها الاصوليون فقال بعضهم بالصحة وبعضهم بالبطلان ثم اختلف القائلون بالصحة فى ان الواقع هل هو سبب مؤثر فى البينونة فى الحال ام له صلاحية التأثير عند التعيين (فعلى الاول) يحرم الكل حتى يعيّن (وعلى الثانى) الكل زوجات يباح نكاحهن الى ان يعيّن فالتحريم بعد التعيين ويتفرع على ذلك فروع كثيرة ليس هنا موضع ذكرها .

قال قدس الله سره: ولو قال هذه طالق او هذه وهذه (الى قوله) والثالثة.

اقول: فى اصل هذه المسألة نظر اذ الصيغة ليست موجودة فى المعطوفين فعلى تقدير الصحة اختلف الفقهاء فى عطف الثالثة ، فقال بعضهم انها معطوفة على احديهما اعنى المطلقة ، وهو قول الشيخ لانه عدل عن لفظ الشك الى واو العطف فلا تشارکهما الثالثة فى الشك وتكون معطوفة على الجملة وقال بعضهم الثالثة معطوفة على الثانية لقربها وهو ظاهر واختاره ابن ادريس (وعلى القول الاول) تطلق الثالثة لانها معطوفة على المطلقة ويقع الترديد بين الاولى والثانية (وعلى الثانى) للثالثة حكم الثانية ان طلقت طلقت وان لم تطلّق لم تطلق فيكون الترديد بين الاولى وحدها وبين مجموع الثانية والثالثة وهذا تفريع على عدم اشتراط تعيين المطلقة وهذا الترديد حينئذ مانع من الجمع والخلوّ وقال المصنف طاب ثراه هذا يرجع الى قصده ان قصد عطف الثانية على المطلقة ثبت حكم القول الاول وان قصد عطفها على الثانية ثبت حكم القول الثانى و لم يقل احد ان الثالثة معطوفة على الاولى خاصة .

قال قدس الله سره :ولو مات قبل التعيين (الى قوله) لابد من ثالثة .

اقول: القولان قول الشيخ و قول ابن ادريس (اما) على قول الشيخ رحمه الله

من ان الثالثة معطوفة على المطلقة وهى احديهما مطلقا سواء كانت الاولى او الثانية فظاهر اذا الثالثة مطلقة قطعا والترديد انما هو بين الثانية والاولى فيقرع بينهما فيكفى رقعتان مع المبهمة (واما) على قول ابن ادريس فلتلازم طلاق الثانية والثالثة لكونها معطوفة عليها لقربها والتعاند فى الوقوع بين طلاق الاولى و الثانية لانه اوقعه فى احديهما بدلا عن الاخرى فتكتب الاولى فى رقعة والباقيتان فى رقعة او الثانية وحدها لانّها ان خرجت طلقت الثالثة (واما) على ما اختاره والدى المصنف رحمه الله لابد من رقعة ثالثة للاشتباه الحاصل فى الثالثة من احتمال عطفها على المطلقة او الثانية فتكتب الاولى فى رقعة و الثانية والثالثة فى رقعة والثالثة وحدها فى رقعة .

ثم تخرج على الطلاق (فان) خرجت الاولى حكم بطلاقها وبقاء زوجية الثانية لكن يبقى الرقعة التى فيها الثانية والثالثة والرقعة الثالثة والرقعة المبهمة فتخرج واحدة لتحقق حال الثالثة هل هى معطوفة على الثانية او المطلقة (فان) خرجت الرقعة التى فيها الثانية والثالثة حكم بعطفها عليها و هى باقية على النكاح فتكون الثالثة باقية على النكاح (وان) خرجت الثالثة وحدها حكم بانها معطوفة على المطلقة (وان) خرجت او لا رقعة الثانية والثالثة حكم بطلاقها وبقاء الاولى على النكاح وانما كتبنا الثانية و الثالثة فى رقعة لانه كلما طلقت الثانية طلقت الثالثة قطعا لانها اما معطوفة على الثانية او على المطلقة فان كان الثابت فى نفس الامر الثانى فهى مطلقه قطعاً وان كان الثابت فى نفس الامر هو الاول لزم من طلاق الثانية طلاق الثالثة ومن بقائها بقائها ، فمحال ان يطلق الثانية والثالثة لم تطلق .(وان) خرجت اولا رقعة الثالثة حكم بطلاقها وبقى الاشتباه بين الاولى والثانية فتخرج اخرى (فان) خرجت الاولى صح طلاقها وبقيت الثانية زوجة (وان) خرجت الثانية والثالثة حكم بطلاق الثانية ايضاً وبقيت الاولى على النكاح او تكتب الاولى وحدها فى رقعة والاولى والثالثة فى رقعة والثانية و الثالثة فى رقعة فان خرجت الاولى وحدها (قيل) فالثالثة معطوفة على الثانية والاولى اخراج رقعة اخرى (فان) خرجت الاولى مع الثالثة حكمنا بطلاق الثالثة ايضاً والافهى معطوفة على الثانية (وان) خرجت الاولى والثالثة فالثالثة معطوفة على المطلّقة (وان) خرجت رقعة الثانية

لابد من ثالثة ، ولوقال للزوجة والاجنبية احديكما طالق وقال اردت الاجنبية قبل، ولو قال سعدى طالق واشتركتا فيه قيل لايقبل لوادعى قصد الاجنبية ، ولوقال للاجنبية انت طالق لظنه انها زوجته لم تطلق زوجته لانه قصد المخاطبة ولو قال يازينب فقالت سعدى لبيك فقال انت طالق فان عرف انها سعدى ونواها بالخطاب طلقت وان نوى زينب طلقت زينب ولوظنها زينب وقصد المجيبة فالاقرب بطلانه لانه قصد المجيبة لظنها زينب فلم تطلق ولا زينب لعدم توجه الخطاب اليها (و اما البقاء) على الزوجية فان لا تكون مطلقة سواء كان الطلاق رجعيا او باينا ولامفسوخة النكاح بردة اوعيب اولعان اورضاع اوخلع ويقع مع الظهار والايلاء لانهما يوجبان تحريما لافسخا .

والثالثة علم عطفها على الثانية ايضاً وقوله (فيكفى رقعتان مع المبهمة) المبهمة صفة الرقعة وهى الرقعة المبهمة فى سائر صور القرعة ، ويجوز ان يجعل صفة للمطلقة اعنى الثالثة لانها مبهمة لانا لانعلم هل هى معطوفة على الثانية او المطلقة لكن الاول اولى (لانه) قال يجب على القولين - اعنى قول الشيخ وليست الثالثة بمبهمة على قوله لعطفها على المطلقة فلا ابهام فيها وعلى قول ابن ادريس هى مساوية للثانية .

قال قدس الله سره: ولوقال للزوجة والاجنبية (الى قوله) قصد الاجنبية.

اقول: الفرق بينهما ان احديهما متواط وسعدى مشتركة بالاشتراك اللفظى (والاول) صريح فى ارادة الكلى والابهام (واما الثانى) فلابد وان يكون المراد واحدة بعينها لان الاصل فى الاطلاق الحقيقة فلايحمل المشترك على المعنيين ولا على القدر المشترك فيتعين المعين فى نفس القابل وهومادلت الفرقة عليه والزوجية قرينة ظاهرة لصحة تصرف المسلم هنا فمن ثم قيل لايقبل تفسيره بغير الزوجة وهوقول بعض الاصحاب (وقيل) يقبل لانه اعرف بنيته وبه قال الشيخ فى المبسوط فانه قال لافرق بين المسألتين وحكم فى الاولى بقبول قوله بارادة الاجنبية فيلزم من قوليه انه يقبل فى الثانية .

قال قدس الله سره : ولوقال يازينب (الى قوله) لعدم توجه الخطاب اليها.

اقول : و يحتمل طلاق المخاطبة لانه خاطبها بالطلاق وهى زوجة ، والاقوى عندى عدم الوقوع .

فروع على القول بالصحة مع عدم التعيين

(الف) اذا طلق غيرمعينة حرمتا عليه جمعا حتى يتعين ويطالب به وينفق حتى تعين ولا فرق بين البائن والرجعى (ب) لوقال هذه التى طلقتها تعينت للطلاق .ولوقال هذه التى لم اطلقها تعينت الاخرى ان كانت واحدة والا عيّن فى البواقى .

(ج) لوقال طلقت هذه بل هذه طلقت الا ولى دون الثانية لان الاولى اذا تعيّن الطلاق فيها لم يبق ما يقع على الثانية(د)هذا التعيين تعيين اختيار فلا يفتقر الى القرعة بل له ان يعين من شاء.

(ه) هل يقع الطلاق بالمعينة من حين الايقاع اومن حين التعيين الاقرب الثانى

قال قدس الله سره : هل يقع الطلاق بالمعينة (الى قوله) حين التعيين

اقول : هذا تفريع على القول بصحة الطلاق مع عدم تعيين المطلقة (و تقريره) ان نقول اختلف الاصوليون فى الواقع عند التلفظ فقيل هو امر صالح للتاثير فى البينونة ويؤثر الفعل بالتعيين فيكون التعيين سببا لسببيته بالفعل (و قيل) الواقع هو الطلاق حقيقة باحديهما لابعينها والبيان كاشف وهو اختيار الشيخ الطوسى فى المبسوط (فعلى الاول) يقع الطلاق بالمعينة من حين التعيين وهو اختيار المصنف لان الطلاق لو وقع فاما على الكل اوعلى واحدة معينة اوغير معينة والكل باطل(اما) غير الاخير فلمنافاته اللفظ (و اما) الاخير فلان الطلاق امر معين فلا يحل فى غير المعين لان المطلقة موجودة فى الخارج ولاشىء من غير المعين بموجود فى الخارج (واورد) النقض بالكفارة (وعلى الثانى) يقع من حين الايقاع وهذا اختيار الشيخ نص فى المبسوط عليه لانه جزم بالطلاق ونجّز فلايجوز تاخيره الآان محله غيرمعين فيؤمر بالتعيين (ولان) التعيين يبين الذى اختارها للنكاح فيكون اندفاع نكاح الاخرى باللفظ السابق كما ان التعيين فيما اذا اسلم على اكثر من اربع لما بين به من يختارها بالنكاح كان اندفاع الاخريات بالاسلام السابق (ورد) المصنف بان الطلاق يلزمه امور لايتحقق الامع شخصية المحل فلايصلح ان يحل فى المبهم ويتفرع على القولين ابتداء العدة (فان قلنا) بوقوعه حين الايقاع فمنه يبتدىء العدة (وان قلنا) بوقوعه عند التعيين لاقبله فمنه ابتداء العدة .

فتجب العدة من حين التعيين (و) لووطىء احديهما وقلنا يقع الطلاق باللفظ كان تعيّنا (تعييناً ـ خل) وان قلنا بالتعيين لم يؤثر الوطى والاقرب تحريم وطيهما معا واباحة من شاء منهما (ز) يجب عليه التعيين على الفور ويعصى بالتاخير ، ولوماتت احديهما لم

قال قدس الله سره :(و)لووطىء احديهما (الى قوله) لم يؤثر الوطى.

اقول: هذا فرع على عدم اشتراط تعيين المطلقة (وتقريره) انه اذا قال احديكما طالق ولم يعين بالنية واحدة بعينها بل ابهم لفظا ونية وكان الطلاق بائنا ثم وطىء احديهما هل يكون الوطى تعيينا ام لا (نقول) ان كان الطلاق يقع باللفظ اعنى بالايقاع ولانعنى به انه يقع على واحدة معينة فى نفس الامر بل يقع الطلاق على واحدة لا بعينها كان الوطى تعيينا لانه دليل لاختيار نكاح الموطوئة وهو صالح لسببية ثبوت النكاح بعد زواله ولهذا كان رجعة واختيار نكاح احديهما بعينها يعيّن الاخرى للطلاق (فان قلنا) ان الطلاق لايقع الا بالتعيين لم يصلح الوطى للتعيين لان التعيين يكون موقعا للطلاق او له مدخل فى ايقاع الطلاق والفعل لايصلح لهما اما الاولى فباجماع الكل و اما الثانية فباجماع الامامية .

قال قدس الله سره : والاقرب تحريم وطيهما معاً واباحة من شاء منها.

اقول: هذا فرع على صحة الطلاق المبهم (وتقريره) ان نقول اختلف الناس فى تحريم الوطى قبل التعيين فكل من قال ان الطلاق يقع عند التلفظ بالصيغة جزم بتحريم الوطى ، ثم اختلفوا فى كيفيته فقال بعضهم يحرم كل واحدة منهما قبل التعيين لان الطلاق اثر تحريما لانه معنى الوقوع والمحرمة مشتبهة بالمحللة فيلزم تحريمهما كما لو اشتبهت الزوجة باجنبية ولانه لوحرمت بالتعيين لم يطالب به (وردّ) بمنع اللازم و قال بعضهم بتحريم وطيهما معا بمعنى تحريم الجمع فى الوطى ويتخير فى وطى ايهما شاء لانه تحريم اختيار فهى على التخيير وهو يستلزم تحريم الجمع والتخيير بين المعيّنين وهذا هو الحق عند المصنف .

(واعلم) انى اوردت على المصنف انه اختار فيما تقدم وقوع الطلاق من حين التعيين فيلزم من ذلك انه لايحرم احدهما قبل التعيين لعدم وجود سببه فان الطلاق لم يقع

يتعين الاخرى للطلاق وله تعيين من شاء فان عين الميّتة فلاميراث ان قلنا ان الطلاق يقع من وقت وقوعه ، ولوماتتا معاكان له تعيين من شاء وليس لورثة الاخرى منازعته و لاتكذيبه ويرثهما معا ان قلنا بوقوع الطلاق بالتعيين ، واومات قبلهما ولم يعين فالاقوى انه لا تعيين للوارث و لا قرعة بل توقف الحصة حتى يصطلحن ، ولو ماتت واحدة قبله

قبله اى لم يؤثر البينونة لاستحالة تقدم المسبب على السبب وهيهنا قداختار تحريم الجمع قبل التعيين وهذان الحكمان متنافيان صدقا لايجتمعان (فاجاب) رحمه الله بوجوه (الف) ان الفروج مبنية على الاحتياط التام فيكفى فى الحكم بالتحريم الاحتمال فالحكم بالتحريم يستند الى احتمال الوقوع والحكم بالطلاق مبنى على القطع ولايحصل الا بعد التعيين ولامنافاة فى الحكمين ولافى العلتين اذتحريم الزوجة قديثبت مع بقاء الزوجية كمافى الاشتباه وعدم القطع بالوقوع مع احتمال الوقوع غيرمتنافيين (ب) الحكم باصل اونص وبآخر فى ضد لازم الحكم الاول لزوماشرعيا غيرمتنافيين شرعا كمافى تقرير النّصين و وجد فى مسائل كلقيط دار الاسلام المحكوم بحرمته لافى القصاص (ج) الاحتياط تقوى وقدمدح الله تعالى المتّقين فى القرآن كثيراً ، وقديقتضى الاحتياط الحكم بشىء و بضد لازمه الشرعى بل اكثر احكامه كذلك وفى هذه المسألة احتمالان الوقوع بالايقاع و بالتعيين ففى الحكم اشتباه و على الاول فى المطلقة فلاينفك هذه المسألة عن اشتباه فالاحتياط يقتضى ماذكرناه .

قال قدس الله سره : ولومات قبلهما (الى قوله) حتى يصطلحن.

اقول : هنا مسائل (الف) انه هل التعيين للوارث ام لا (فنقول) على القول بانه يقع بالتعيين يكون التعيين طلاقا وكل طلاق فهو لايقع من غير الزوج (ولانه) اخراج لبعض من شأنه انه يرث وليس لبعض الوارث ذلك كمالايملكون نفى السبب وعلى القول بالوقوع بالايقاع فانما يقع بالمطلقة لا المعينة واما وقوعه بالمعينة فسببه التعيين وكان كالطلاق بالنسبة الى المعينة فلايقع من غير الزوج لقوله عليه السلام الطلاق بيد من اخذ بالساق(١)(ب) نفى القرعة وذلك لان القرعة تبين ماهو معين فى نفس الامر فهى دالة على المعينة لاسبب (فعلى القول) بوقوعه بالايقاع فليست بمعينة فى نفس الامر (واماعلى وقوعه) بالتعيين

---

(١) المستدرك باب ٢٥ خبر ٣ من ابواب مقدمات الطلاق

وواحدة بعده فان قال الوارث ان الاولى هى المطلقة والثانية زوجة ورثت الثانية ولم يرث من الاولى لانه اقرّ بما يضره ولو عكس وقف ميراثه من الاولى وميراث الثانية منه حتى يصطلح الورثة جميعهم ، ولو كان له اربع فقال زوجتى طالق لم يطلق الجميع بل

فاولى ان لا يثبت (ويحتمل) ان يعين الوارث لانه حق للميت فيرثه الوارث لعموم الآية (ويحتمل) القرعة لانه امر مشكل وكل امر مشكل ففيه القرعة و هو ضعيف (ج) فى ايقاف الميراث قد اختاره المصنف هنا لاشتباه المستحق منهن هل الكل او البعض او البعض غير المعين فالاشتباه هنا فى الحكم والمطلقة ولعدم القطع ببراءة الذمة فى ايصال الكل الى احديهما والايقاف هو الحق عندى .

(لا يقال) قد رجح المصنف ان الطلاق يقع بالتعيين فقبله لا يقع ولم يحصل التعيين قبل موته فكانتا زوجتين له حال الموت فترثان ولا معنى للايقاف (وايضاً) فان المصنف قد ذكر قبل هذه المسألة انه لو ماتتا ورثهما معاً على القول بوقوع الطلاق بالتعيين وهيهنا قد رجح ايقاف ارثهما منه لو مات حتى يصطلحن وهذان الحكمان لا يجتمعان (لانه) اما ان نقول بالوقوع بالايقاع او بالتعيين او يشتبه الحكم (فعلى الاول) لا ترث منهما ويوقف (وعلى الثانى) ترث منهما وترثان منه بلا ايقاف (وعلى الثالث) يوقف، ارثه منهما قبل التعيين و ارثهما منه للتعيين فالحكم بارثه منهما و ايقاف ارثهما لا يجتمعان لاتحاد السبب فى الارث منه ومنهما (لانا نقول) عدم الاجتماع ممنوع وسنده (وجهان (الف) خ) انه رحمه الله ذكر ارثه منهما على تقدير القول بوقوعه بالتعيين جزماً ولكن المصنف رحمه الله لم يجزم به و ذكر الايقاف ، هنا لاحتمال وقوعه بالايقاع ولا ينافى ترجيحه القول بالتعيين لان الترجيح عنده غير مانع من النقيض فالحكم بارثه منهما على تقدير الجزم لا ينافى الحكم بالايقاف على تقدير عدم الجزم (ب)(ان الواقع اما الطلاق فى الخارج وهو القول بوقوعه بالايقاع او فى الذمة بمعنى وجوب الطلاق على القول بوقوعه بالتعيين والموت ينقل مافى الذمة الى المحل القابل له كما ينقل الدين الى المال فينقل الطلاق الى احدى الزوجات لا بعينها ، فالتعيين موجب لوقوع الطلاق بالمعيّنة ، والموت يوجب وقوعه بغير المعين وهى الزوجة المطلقة لانه لولا ذلك لزم

واحدةكما لو قال احديكن طالق اوواحدة منكن طالق (ح) لوطلق واحدة معينة ثم اشكلت عليه منع منهما وطولب بالبيان وينفق عليهما الى ان يتبيّن (يبين خل-يعيّن - خ ل) فان عين واحدة للطلاق اوالنكاح لزمه ولهما احلافه لوكذبتاه ، ولوقال هذه بل هذه طلّقتا معا لانه اقرّ بطلاق الاولى ورجع عنه فلم يقبل رجوعه ويقبل اقراره فى الثانية ، ولوقال هذه بل هذه اوهذه طلقت الاولى واحدى الآخرتين وطولب ببيانها ، و لوقال هذه اوهذه بل هذه طلقت الاخيرة واحدى الاولين ، ولوقال هذه اوهذه بل هذه اوهذه طلقت واحدة من الاولين وواحدة من الاخيرتين و طولب بالبيان فيهما ، و هل

بطلان الطلاق بالموت ولم يقل احد من ارباب هذا القول بذلك(ولانه) لو اوصى آخر ان يعين فعين حكمنا بوقوع الطلاق فى آخرجزء من حياته لامتناع انشاء الطلاق بعد الموت ، فقدظهران القول بالتعيين انماهوفى حيوة المطلق لابعدوفاته فظهرايضاً الفرق بين موتهن وارثه منهن وموته وعدم ارثهن منه ومتوهم المنافات فى المسئلة السابقةوهذه المسئلة قدعمش بصر بصيرته عن ادراك الاصول خ) .

(ووجه الصلح) ان المستحق مشتبه ولا يمكن بيانه فصاركدعوى اثنين داراًويعلم صدق احدهما وانها لواحد منهما خاصة ويدهما خارجة و هذا من باب اتحاد طريق المسألتين وانما طولنا الكلام فى هذه المسائل لانها موضع اشتباه .

قال قدس الله سره: لوطلق واحدة معينة (الى قوله) اقربه ذلك .

اقول : معنى كونه بيانا(تعيينا- خل)انه يكون بمنزلة اقراره بان غير الموطوئة هى التى كنت طلقتها لانه يقبل قوله فى الذكر فينزل وطيه بمنزلة اختياره ومنشأ الاشكال (من) انه بيان تذكر (و من) حيث انه اعم ولادلالة للعام على الخاص (ووجه القرب) ان تعيينه مقبول والاصل صيانة فعل المسلم عن المحرّم ويحمل على المحلل وذلك يستلزم البيان ثم قال ههنا (ولو ماتتا قبله وقف نصيبه من كل منهما ثم يطالب ببيان الخ) وهنا جزم بالايقاف لوقوع الطلاق بواحدة منا جزماً لانه اوقع بواحدة معينة ثم اشتبهت وفى تلك المسألة على القول بانه لايقع الا بالتعيين فاذاماتتاماتتا زوجتين على هذا الاحتمال فورث منها فافترقت المسألتان .

يكون الوطى بيانا اشكال اقربه ذلك (وعلى العدم) لو عينه فى الموطوئة فقد وطئها حراما ان لم تكن ذات عدة اوقد خرجت و عليه المهر وتعتد من حين الوطى ، ولو ماتتا قبله وقف نصيبه من كل منهما ثم يطالب بالبيان فان عيّن وصدقه ورثة الاخرى ورثوا الموقف وان كذبوه قدم قوله مع اليمين لاصالة بقاء النكاح فان نكل حلفوا وسقط ميراثه عنهما معا

ولو مات الزوج خاصة ففى الرجوع الى بيان الوارث اشكال والاقرب القرعة (ويحتمل) الايقاف حتى يصطلحا .

القسم الثانى الشرايط الخاصة

و هى امران (الاول) الطهر من الحيض و النفاس ، وهو شرط فى المدخول بها الحايل الحاضر زوجها اومن هو بحكمه وهو الغايب اقل من مدة يعلم انتقالها من القرء

قال قدس الله سره : ولومات الزوج خاصة (الى قوله) حتى يصطلحا .

اقول: كل هذه فروع فى المطلقة المعينة اذا اشتبهت بباقى الزوجات (وتقريره) انه اذا طلق واحدة معينة و اشتبهت يقبل قوله فى التعيين لانه اخبر بنيّته فالتعيين فى المسائل المتقدمة سببوهيهنا كاشف فهو فيما سبق انشاء، (اما) للتعيين خاصة ان قلنا بوقوعه بالايقاع (او) للتعيين ولسببية الصيغة لوقوع الطلاق فى المعينة اذ قبل التعيين لاتؤثر الصيغة واما هيهنا فالتعيين اقرار، ولوقال لم اعلم ولكنى أنشاء اختيار تعيين هذه لم يصح وقد ذكر المصنف فيه احتمالات (الف) الرجوع الى تعيين الوارث لانه قائم مقام مورثه (ومن) حيث انه انما قلنا يعيّن الزوج لانه المتلفظ بالانشاء فكان اعرف بمدلول لفظه ولانه مالك لانشاء الطلاق وكل من ملك شيئاً ملك الاقرار به و الوارث يخالفه فى الصورتين ولانه اقرار فى حق الغير فلا يسمع (ب) القرعة لان محل الطلاق معين فى نفس الامر غير معين عندنا و لا طريق الى التعيين الا بها وهذا هو اختيار المصنف (ج) الايقاف حتى يصطلحن لان المستحق له مجهول وتعيين المرأة يحصل بالصلح لابغيره اذا لقرعة تفيد الظن والظن لايجوز العمل بمع القدرة على اليقين لقوله تعالى **وان الظن لايغنى من الحق شيئا(١)** وهذا الاخير هو الاقوى عندى .

---

(١) النجم ٢٨

الذى وطئها فيه الى آخر ، فلوطلق الحائض والنفساء قبل الدخول اومع الحمل اومع الغيبة مدة يعلم انتقالها من القرء الذى وطئها فيه الى آخرصح وقدّرقوم الغيبة بشهر وآخرون بثلاثة ولوطلق احديهما بعد الدخول وعدم الحبل و الحضور او حكمه فعل حراما وكان باطلا سواء علم بذلك اولم يعلم ، ولوخرج مسافراً فىطهر لم يقربها فيه

القسم الثانى فى الشرائط الخاصة

وهى امران (الاول) الطهرمن الحيض والنفاس

قال قدس الله سره : فلو طلق الحائض او النفساء (الى قوله) و آخرون بثلاثة .

اقول : اختلف الناس فى من غاب عنزوجته فى طهرالمواقعة وهى تحيض متى يطلّقها ؟ على اقوال خمسة (الف) اختيار والدى المصنف قدس الله سرّه هنا و هو انه يطلقها بعد مضّى مدة يعلم انتقالهامن طهر الى آخر بحسب عادتها اى تحيض بعد طهر المواقعة ثم تبتدى الطهر بعدهسواء استمر اولا ، و المراد هنا بالعلم الظن الغالب المستند الىالعادة وهواختيار ابنادريس فهذه يصح طلاقهاوان كانت حائضا حال الطلاق وان علم بحيضها حال الطلاق بعدالطهر الثانى لانه جمع بينالاخبار لماياتى (ب) مدة شهر فصاعداً وهوقول الشيخ فىموضع منالنهاية وابنحمزة لرواية اسحاق بن عمارعن ابيعبدالله عليه السلام قال. الغائب اذاارادان يطلق امرأته تركها شهراً(١) (ج) مدة ثلاثة اشهر وهواختيار ابنالجنيد ووالدى المصنف فى المختلف لرواية جميل بن دراج فى الصحيح ، عنالصادق عليه السلام قال الرجل اذا خرج منمنزله الى السفر فليس له ان يطلق حتى يمضى ثلاثة اشهر(٢) .

(د) قال الشيخ فى موضع آخرمن النهاية وابن البّراج لايطلق حتى يمضى ما بين شهر الى ثلاثة اشهر ثم يطلقها واوّل الشيخ فى ثالث الاستبصار(٣) بان وجه الجمع ان

(١) ئل باب ٢٦ خبر ٣ من ابواب مقدمات الطلاق

(٢) ئل باب ٢٦ خبر ٧ من ابواب مقدمات الطلاق

(٣) اى الجزء الثالث

صح طلاقها وان صادف الحيض ولا يشترط الانتقال حينئذ الى قرء آخر ولو كان حاضراً وهو لا يصل اليها بحيث يعلم حيضها فكالغايب (الثاني) الاستبراء فلو طلق في طهر واقعها فيه لم يصح الا ان تكون يائسة اولم تبلغ المحيض اوحاملا اومسترابة وقد مضى لها ثلاثة اشهر لم تردماً معتزلا لها فان طلق المسترابة قبل مضى ثلاثة اشهر من حين الوطى لم يقع فاذا حاضت بعد الوطى صح طلاقها اذا طهرت .

الفصل الثالث الصيغة

ويشترط فيها امور (الاول) التصريح وهو قوله انت او هذه او فلانة او زوجتي

المراد يعمل بما يعلم من عادتها فاذا علم انها لا تحيض الامرة في كل شهر جاز ان يطلق بعد الشهر وان علم انها لا تحيض الا مرة في ثلاثة اشهر لم يجز ان يطلقها الا بعد مضى ثلاثة اشهر فمن ثم حصل القول بالعلم بانتقالها من طهر الى آخر وهو الاقوى عندي ان علم به والا فثلاثة اشهر (ه) قال ابن ابي عقيل له ان يطلق متى شاء من غير انتظار. لرواية محمد بن مسلم في الصحيح ، عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن الرجل يطلق امرأته و هو غائب قال يجوز طلاقه على كل حال وتعتد امرأته من يوم طلقها (١) (والجواب) انه مطلق فيحمل على المقيد المتقدم .

الفصل الثالث في الصيغة

(مقدمة) عبر في القرآن المجيد عن الطلاق بالفاظ ثلاثة الطلاق والفراق والسراح قال الله تعالى **الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان** (٢) وقال تعالى **وسرحوهن سراحا جميلا** (٣) وقال تعالى **اوفارقوهن بمعروف** (٤) وقال عز من قائل **(وان يتفرقا)** (٥) وروى عنه انه عليه السلام سئل عن قوله تعالى **الطلاق**

---

(١) **كل** ب٢٦ خبر١ من ابواب مقدمات الطلاق

(٢) البقرة ٢٢٩ (٣) الاحزاب - ٤٨

(٤) الطلاق - ٢ - (٥) النساء - ١٢٩

طالق ، ولوقال انت طلاق او الطلاق او من المطلقات اومطلقة على رأى اوطلقت فلانة

مرتان واين الثالثة فقال اوتسريح باحسان فسمى التسريح طلاقا(١) .

قال قدس الله سره : ولوقال انت طلاق او الطلاق (الى قوله) لم يقع

اقول: (مقدمة) الطلاق لفظ انشائى وضعه الشارع سببا لازالة قيد النكاح ابتداءاً اى من غير اعتبار غيره فخرج الفسخ بخيار كعيب اوعتق ، و الصريح لفظ منفرد و هو حقيقة شرعية دال بالمطابقة على ازالة قيد النكاح ابتداء وقيل الصريح هو الذى لايتوقف وقوع الطلاق به على النية اى لايتوقف على علامة غيره دالة على نية الطلاق به (وقيل) مايحكم بوقوع الطلاق بمجرد وقوعه من مكلف مختار عالم بوضعه على زوجته التى يصح ايقاع الطلاق بهاحاله وهواسد من الثانى ويقابله الكناية اذا عرفت ذلك (فنقول) هنا مسائل(الف) اذاعين الزوجة بلفظ يدل على الشخص و عقبه بطالق كقوله انت طالق فهوصريح باتفاق الكل(ب) القول بان لفظ الطلاق وكلما يشتق منه صريح ليس بصحيح لان لفظ الطلاق وبعض مايشتق منه ليس بانشاء بالضرورة وكلماهو صريح انشاء (ج) لوقال انت طلاق اوالطلاق لم يقع وان قصدبه الطلاق لانه مصدر و الذوات لاتوصف بالمصادر فكان مجازاً واللفظ لايدل على معناه المجازى الا بنية وقرينة فكان كناية ولاشيء من الكنايات يقع بها الطلاق (د) لوقال انت من المطلقات او انت مطلقة الاصح انه لايقع وهواختيار المصنف والشيخ فى الخلاف(لانه)ليس بصريح لعدم الاشتهار فى عرف الشرع فيه (ولانه) اخبار لغة والنقل الى الانشاء على خلاف الاصل ، وقال الشيخ فى المبسوط انت مطلقة اخبار عما مضى فقط فان نوى به الايقاع فى الحال فالاقوى انه يقع به وليس بجيد لان هذا اعتراف منه بانه كناية (ولان) الاصل بقاء النكاح فلا يزول الا بماثبت شرعا تأثيره فى زواله(ه) لوقال طلقت فلانة نقل عن الشيخ انه قال يقع وقال المصنف انه حقيقة فى الاخبار عن الماضى و النقل على خلاف الاصل (قالوا) الانشاء بلفظ الماضى فهواولى بالوقوع من قوله انت طالق (قلنا) نعم الانشاء فى

(١) ئل باب ٣ من ابواب اقسام الطلاق فى غير واحد من اخبار هذا الباب فلاحظ

على رأى لم يقع ، ولوقيل طلقت فلانة فقال نعم قيل يقع ولو قال كل امرأة لى طالق وقع ، وفى النداء اشكال .

غير الطلاق بلفظ الماضى واطراده فى الطلاق قياس ، ونمنع الاولوية فان الرواية دلت على قوله طالق ولم تدل على هذه اللفظة .

قال قدس الله سره : ولوقيل طلقت فلانة فقال نعم قيل يقع .

اقول: القائل بالوقوع الشيخ فى النهاية وابن حمزة و ابن البراج و قال ابن ادريس يكون اقراراً منه بطلاق شرعى وهو اختيار الشيخ فى المبسوط (احتج) الشيخ على قوله فى النهاية برواية السكونى عن الصادق عن الباقر عن على عليهم السلام فى الرجل يقال له طلقت امرأتك فيقول نعم قال قد طلقها حينئذ (١) (ولان) قوله نعم صريح فى اعادة لفظ السؤال على سبيل الانشاء والصريح فى الصريح صريح (ولان) نعم صريح فى الجواب تابع للفظ السؤال فاذا كان صريحا كان الجواب صريحا فيما السؤال صريح فيه ولهذا اذا قال الحاكم لزيد فى نمتك مائة فقال نعم حكم عليه (اجاب) المصنف فى المختلف بان السكونى ضعيف عندى لا يعوّل على ما يتفرّد به وقد روى احمد بن محمد بن ابى نصر فى كتاب الجامع عن محمد بن سماعة عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام فى رجل قال لامرأته انت حرام او بائنة او بتة او خلية او برية فقال هذا ليس بشىء انما الطلاق ان يقول لها فى قبل عدتها قبل ان يجامعها انت طالق و يشهد على ذلك رجلين عدلين (٢) والاصح عندى انه لا يقع بذلك .

قال قدس الله سره وفى النداء اشكال

اقول: ينشأ (من) تلفظه بطالق وقيام (يا) مشيراً الى معينة مقام (انت) (و من) رواية احمد بن محمد بن ابى نصر (ومن) ان صحة النداء بوصف متأخر عن ثبوت ذلك الوصف للموصوف فلا يكون سببا فى ثبوته والآدار (واعلم) ان الشيخ فى موضع من المبسوط حكم بوقوع الطلاق به .

---

(١) ك ل باب ١٦ خبر ٦ من ابواب مقدمات الطلاق

(٢) ك ل باب ١٦ خبر ٣ من ابواب مقدمات الطلاق

ولا يقع بالكنايات جمع وان نوى بها الطلاق كقوله انت خلية أو برية او حبلك على غاربك او الحقي باهلك أو باين اوحرام اوبتة اوبتلة اواعتدي وان نوى به الطلاق على رأى ، اوخيرها وقصد الطلاق فاختارت نفسها فى الحال على رأى ، ولايقع الا بالعربية

قال قدس الله سره : ولايقع بالكنايات جمع (الى قوله) على رأى .

اقول: قد عرفت تفسير الكناية فيما تقدم و عندنا لايقع الطلاق بالكناية لان السبب هنا ماوضعه الشارع لازالة قيد النكاح فمالم يثبت نص الشارع عليه لم يزل عصمة مستفادة من الشرع وهى النكاح وذلك مثاله سرحتك او فارقتك (قالوا) قال الله تعالى **وسرحوهن سراحا جميلا (١)** واشباهه كما تقدم فقد استعمله فى الطلاق فيكون حقيقة فيه لانهم استدلوا بمجرد استعمال العرب على الحقيقة كاستدلال ابن عباس باستعمال لفظ الفاطر على معناه (قلنا) ما ذكر ليس لبيان اللفظ بل للفعل كقولهم حق الضيف ان يكرم اويسرح لابمعنى ان يقال سرحتك اذا عرفت ذلك (فنقول) اختلف الاصحاب فى قوله اعتدي اذا نوى به الطلاق هل يقع به ام لا ، فقال الاكثر لايقع بطلاق وقال ابن الجنيد يقع محتجا بمارواه فى الحسن عن الحلبى عن الصادق عليه السلام : قال الطلاق ان يقول لها اعتدي اويقول لها انت طالق (٢) (اجاب) الشيخ بان (اعتدي) معلول للطلاق فانه بانفراده لامعنى له لان لها ان تقول (لم اعتد) فيقول (لانى طلقتك) فتمام اعتدى بتقديم الطلاق فهو كاشف عن لزوم حكم الطلاق فلايكون هو والآدار وكلام ابن الجنيد لايلتفت اليه ورواية واحد لاتعارض القرآن .

قال قدس الله سره : اوخيرها (الى قوله) على رأى.

اقول : اذا تأخر اختيارها نفسها لم يقع اتفاقا وان اختارت عقيب قوله بلافصل فالاكثر كالشيخ انه لايقع به طلاق ، وقال ابن الجنيد وابن ابى عقيل يقع الطلاق محتجين بمارواه حمران فى الصحيح. قال سمعت اباجعفر عليه السلام يقول . المخيرة تبين من ساعتها من غير طلاق ولاميراث بينهما لان العصمة منها قد زالت ساعة كان ذلك منها ومن

---

(١) البقرة ٢٣١　(٢) ل باب ١٥ خبر ٢ من ابواب مقدمات الطلاق

مع القدرة ولايقع بالاشارة الاسمع العجز عن النطق كالاخرس وفى رواية يلقى القناع عليها ولا بالكتابة وان كان غايبا على رأى ولو عجز عن النطق فكتب ونوى صح .

الزوج (١)(والجواب) انه يجوز ان يكون التخيير بسبب كتدليس اوعيب فلفظ المخيرة لايدل على مطلوبهم (واعلم) ان التخيير من خصائص النبى صلى الله عليه وآله وسلم وهذه الرواية معارضة بانكار الصادق عليه السلام لذلك حيث قال عليه السلام وما للناس وللخيار انما هذا شيء خص الله به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (٢)(والحق) عندى ان الطلاق لايقع بشيء من هذه الالفاظ والقول بخلاف ذلك قول ساقط ومن ثم لم نفرّع عليه .

قال قدس الله سره ولايقع بالاشارة (الى قوله) القناع عليها

اقول : الاشارة من الاخرس معتبرة فى وقوع الطلاق منه وهو اختيار المصنف و الشيخ وابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس وهو الاصح عندى (لانه) بها يدل على كل مافى ضميره وتقوم الاشارة مقام النطق فى الناطق فى جميع العقود والاقارير و الدعاوى وسيأتى الشهادة فى موضعها (وتنقسم الى صريحة تغنى عن النية وهى مايحصل الجزم بدلالتها وتقابلها الكناية وهى التى تحتاج الى النية الصريحة خ) (وفى رواية) يقع الطلاق بالقائه القناع على رأسها وهى رواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام قال طلاق الاخرس أن يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ثم يعتزلها (٣) وهذا قول على ومحمد ابنى بابويه وكذا روى السكونى (٤) والجواب المنع من صحة السند وجاز جعله مع الاشارة

قال قدس الله سره : ولا بالكتابة (الى قوله) ونوى صح

اقول: المشهور انه لايقع الطلاق بالكتابة واختاره المصنف والشيخ فى المبسوط والخلاف وابن ادريس وقال فى النهاية يقع، وقال ابن حمزة يقع بالكتابة من الاخرس والغائب باربعة شروط - ان يكتب بخطه - ويشهد عليه - ويسلمه من الشاهدين - ولايفارقها حتى

(١) كل باب ٤١ خبر ١١ من ابواب مقدمات الطلاق
(٢) كل باب ٤١ خبر ١٣ من ابواب مقدمات الطلاق
(٣) كل باب ١٩ خبر ٥ من ابواب مقدمات الطلاق
(٤) كل باب ١٩ خبر ٣ من ابواب مقدمات الطلاق

(الثانى) التنجيز فلوعلقه على شرط او صفة لم يقع كقوله انت طالق ان دخلت الدار اواذاجاء رأس الشهراو ان شئت ولو قالت شئت ولو فتح (ان) وقع فى الحال و لوقال انت طالق لرضى فلان فإن قصد الغرض صح وان قصد الشرط بطل ولو قال انت طالق الان إن كان الطلاق يقع بك فان جهل حالها لم يقع و ان كانت طاهراً و ان علم طهرها وقع فى الحال ولو قال انت طالق الاان يشاء زيدلم يصح وكذالوقال انشاءالله.

(الثالث) عدم التعقيب بالمبطل ، فلوقال للطاهر المدخول بها انت طالق للبدعة، فالاقرب البطلان (لان) البدعى لا يقع وغيره ليس بمقصود ، و لو قال انت طالق نصف

يقيما الشهادة ويعلما المطلقة، والشيخ لم يشترط ذلك كله (احتج) ابن حمزة برواية ابى حمزة الثمالى فى الصحيح قال سألت اباعبدالله عليه السلام عن رجل قال لرجل اكتب يافلان الى امرأتى بطلاقهااو إكتب الى عبدى بعتقه يكون ذلك طلاقا اوعتقا فقال لايكون طلاق ولاعتق حتى ينطق به لسانه (بلسانه- خ ل) او يخطه بيده وهو يريد به الطلاق او العتق ويكون ذلك منه بالاهلة والشهور ويكون غائبا عن أهله (١) (والجواب) المراد حالة الاضطرار ولفظة (او) للتفصيل لاللتخيير (ولمعارضته) برواية زرارة فى الحسن قال قلت لابى جعفر عليه السلام رجل كتب بطلاق امرأته او بعتق غلامه ثم بداله فمحاه قال ليس ذلك طلاق ولاعتاق حتى يتكلم به (٢) نفى سببية الكتابة واثبت سببية التلفظ بالصيغة (ولان) لفظة (حتى) دلت على ان نهاية الملك والنكاح التلفظ به فلوكان الكتابة سببا ايضاً لزم تاخير البيان عن وقت السؤال (ولانه) يكون قداخذو احداً بعينه مكان كل واحد وهوغاط ولعصمته عليه السلام استحال عليه ذلك و حيث كان الشرط الثانى و هو التنجيز متفقا عليه عندنا لم نذكره هنا وعقبنا الاول بالثالث .

الثالث عدم التعقيب بالمبطل

قال قدس‌الله‌سره. فلوقال للطاهر المدخول بها (الى قوله) ليس بمقصود

اقول: وقال الشيخ فى الخلاف يقع ويلغو الضميمة ، و الاقوى عندى البطلان

---

(١) ئل باب ١٢ خبر ٣ من ابواب مقدمات الطلاق

(٢) ئل باب ١٢ خبر ٢ من ابواب مقدمات الطلاق

طلقة او ربع طلقة لم يقع وكذا لو قال نصف طلقتين (اما) لوقال نصفى طلقة او ثلاثة اثلاث طلقة فالاقرب الوقوع ، ولوقال انت طالق نصف وثلث وسدس طلقة وقعت طلقة، ولوقال نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة لم يقع شيء .

ولوقال انت طالق ثم قال اردت ان اقول طاهر قبل منه ظاهراً وديّن فى الباطن بنيّته ،ولوقال انت طالق قبل طلقة او بعدها اوقبلها اومعها لم يقع وان كانت مدخولا بها (ويحتمل) الوقوع لوقال مع طلقة او قبل طلقة او بعدها او عليها دون قبلها طلقة

لانه لم يقصد الطلاق الرافع للنكاح ودلالة اللفظ تابعة للقصد والارادة فاذا تحققنا ارادة اللافظ لمعنى لانحمله على غيره .

قال قدس الله سره: امالوقال نصفى طلقة (الى قوله) فالاقرب الوقوع

اقول: وجه القرب ان قوله (انت طالق) موجب للطلاق و الضميمة بعد تمام الكلام لااعتبار بها وبه قال نجم الدين ابوالقاسم بن سعيد رحمه الله وقال الشيخ فى المبسوط لايقع لانه قصد طلاقا بتنصف ولايمكن ذلك وهو الاقوى عندى .

قال قدس الله سره : ولوقال انت طالق (الى قوله) او بعد طلقة .

اقول: هنا مسائل (الف) اذا قال انت طالق قبل طلقة او بعدها طلقة : قال بعض علمائنا لايقع لانه طلاق معلّق بما بعده لانه لم يقصد الطلاق مطلقا بل قصد طلاقا موصوفا بكونه قبل طلقة فغير الموصوف لم يقع لعدم قصده اليه والموصوف من حيث انه موصوف موقوف على شرط وهو باطل عندنا (ولانه) لم يقصد باللفظ الطلقة المنفردة (ولان) الكلام لايتم الا بآخره ، والاقوى وقوع طلقة لان قوله (انت طالق) يكفى فى الطلاق وتبطل الضميمة (ولانه) بمنزلة اول مولود تلده (أمتى ـ خ) فهو حر يتحرر الاول ولم يشترط (الولد ـ خ) الثانى حصل اولا (ولان) قوله قبل طلقة او بعدها قصد طلقة اخرى منضمة فتصح المنجزة وتبطل المنضمة (ب) اذا قال انت طالق قبلها طلقة (قيل) لم يقع لما مر (وقيل) يقع لانه قصد طلقتين منجزة ومنضمة فتبطل المنضمة وتصح المنجزة والاصح هنا انه لايقع لان الدور فى الطلاق باطل سواء كان دور معية اودور تقدم باجماع علمائنا وهذا دور (لانه) شرط فى الطلقة المنجزة كونها بعد طلقة وفى المنضمة كونها متعقبة بطلقة

او بعد طلقة ، ولوقال انت طالق ثلاثا او اثنتين (قيل) بطل (وقيل) يقع واحدة ، و المخالف يلزمه ما يعتقده ولوقال انت طالق ثلاثا الاثلاثا صحت واحدة وبطل الاستثناء وكذا لوقال طلقة الا طلقة ، ولوقال انت طالق غير طالق فان قصد الرجعة صحا معافان انكار الطلاق رجعة وان قصد النقض لزم الطلاق .

(ولانه) قصد طلاقا مسبوقا بطلقة قبله فان وقعت الاولى المنضمة لم تقع المسبوقة لعدم محلها وهو الزوجة لانها بانت بالاولى وان لم تقع الاولى المنضمة لم تقع المسبوقة لعدم الشرط (ولانه) قصد طلاقا باطلا لان الطلاق المسبوق بآخر هو طلاق المطلقة فهو باطل وهذه المسألة كقوله لله علي ان اعتق ثاني ولد تلده امتي، ومن ثم فرق المصنف بين هذه وبين قوله بعدها طلقة (ج) لوقال طلقة معها احتمل البطلان لانه دور معية ، والاولى الصحة هنا وبطلان الضميمة .

قال قدس الله سره : ولوقال انت طالق ثلاثا (الى قوله) واحدة .

اقول: الاول اختيار السيد المرتضى وابن ابي عقيل وابن حمزة وظاهر قول سلار، والثاني اختيار الشيخ في النهاية وابن البراج و ابن زهرة و ابن ادريس و المصنف في المختلف ، وهو الحق عندي (لنا) وجود المقتضي وهو قوله انت طالق وانتفاء المانع اذ ليس الا الضميمة و هي تؤكده لاتنافيه (و لما) رواه جميل بن دراج في الصحيح عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن الذي يطلق في حال طهر في مجلس ثلاثا قال هي واحدة (١) وفي الصحيح عن بكير بن اعين عن الباقر عليه السلام قال ان طلقها للعدة اكثر من واحدة فليس الفضل على الواحدة بطلاق(٢) احتج المرتضى بما رواه ابن ابي عقيل في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال من طلق ثلاثا في مجلس فليس بشيء من خالف كتاب الله رد الى كتاب الله (٣) (والجواب) قوله ليس بشيء اشارة الى الثلاث ولاشك في عدم وقوع الثلاث .

---

(١) ئل باب ٢٩ خبر ٢ من ابواب مقدمات الطلاق

(٢) ئل باب ٢٩ خبر ١٢ من ابواب مقدمات الطلاق

(٣) ئل باب ٢٩ خبر ٨ من ابواب مقدمات الطلاق وفيه ابي بصير عن الصادق (ع)

ولوقال زينب طالق ثم قال اردت عمرة قبل ان كانتا زوجتين، ولوقال زينب طالق بل عمرة طلقتا جميعا على اشكال (ينشأ) من اشتراط النطق بالصيغة ، وكذا لوقال لاربع اوقعت بينكن اربع طلقات ولو قال انت طالق اعدل طلاق اواحسنه او اقبحه اواخسه (احسنه ـ خل) واقبحه اوملاء مكة اوملاء الدنيا اوطويلا اوعريضا او صغيراً وقع ولم تضر الضمايم (الرابع) اضافة الطلاق الى المحل فلو قال يدك طالق او رجلك او رأسك او صدرك اووجهك اوثلثك او نصفك اوانامنك طالق لم يقع .

(الخامس) الانشاء فلوقصد الاخبار لم يقع ويصدق فى قوله لوقصده .

الفصل الرابع الاشهاد

وهوركن فى الطلاق ، ويشترط فيه سماع شاهدين ذكرين عدلين النطق بالصيغة فلوطلق ولم يشهد ثم اشهدلم يقع وقت الايقاع ووقع حين الاشهاد ان قصدالانشاء واتى بلفظه والا فلا ، ويكفى سماعهما وان لم يامرهما بالشهادة ولايقبل شهادة الفاسق و ان

قال قدس الله سره : ولوقال زينب طالق (الى قوله) بالصيغة

اقول: هذا الذى ذكره المصنف مقدمة مسلمة مجمع عليها عندنا ولازمها هو كبرى الدليل (وتقريره) ان هذا لم ينطق فى الثانية بالصيغة ، وكل من لم ينطق بالصيغة فطلاقه باطل ، ينتج طلاق هذه العمرة باطل (اما الصغرى) فلان زينب مبتداء و طالق خبره فقدتم الكلام وقوله (بل عمرة) لم يعقبه بقوله طالق بل هو مضمر فيها ولا اعتبار بالاضمار فى الطلاق (واما الكبرى) فلانها لازم المقدمة المسلمة لان عدم الشرط يستلزم عدم المشروط فهذا احد وجهى الاشكال ، والوجه الاخران العطف ينزل منزلة النطق بالمعطوف عليه (والتحقيق) على تقدير صحة طلاق المعطوف بالواو انه فرق (بين) قولنا زينب طالق وعمرة (وبين) قولنا زينب طالق بل عمرة لان طالق صريح فى الطلاق ولا يجب تعدده لعظم العطف بالواو ولان الواو يقتضى الجمع بين المعطوف والمعطوف عليه فى الحكم المذكور بمعنى انه يقدر فى المعطوف مثل حكم المعطوف عليه بخلاف (بل) فانه يقتضى ابطال الطلاق الذى وقع فى زينب واثباته بعينه فى عمرة فشرط فى وقوعه بعمرة ابطاله فى زينب ولم يحصل والاقوى عندى عدم وقوع الطلاق بعمرة .

تعدد ولا مع انضمامه الى عدل ؛ ولوشهدفاسقان ثم تابا سمعت شهادتهما ان انضم اليهما فى السماع عدلان والا فلا ولابد من اجتماعهما حال التلفظ، فلوانشأ بحضور احدهما ثم انشاء بحضور الآخرلم يقع ، و لو انشأ بحضور احدهما ثم انشأ بحضورهما معاً وقع الثانى ، ولو قصد فى الثانى الاخبار بطل ؛ ولو شهدا بالاقرار لم يشترط الا جتماع ، ولوشهد احدهما بالانشاء والاخربالاقرارلم يقبل ولايشترط اجتماعهما فى الاداء (ولا فى تحمل الاقرار-خ) بل فى التحمل للانشاء ولاتقبل شهادة النساء و ان انضممن الى الرجال ، ولواشهد من ظاهرهاالعدالة وقع وانكانا فى الباطن فاسقين اواحدهماوحلّت عليهما على اشكال،امالوكان ظاهراً على فسقهمافالوجه البطلان .

ولو كان احدهماالزوجففى صحته ايقاع الوكيل اشكال فانقلنا به لم يثبت.

الفصل الرابع فى الاشهاد

قال قدس الله سره : لواشهدمن ظاهره العدالة (الى قوله)على اشكال.

اقول : يشترط شهادة العدلين اجماعا منا لقوله تعالى **واشهدوا ذوى عدل منكم**(١) (فهل)شرط العدالة فى الظاهراوفى نفس الامر(يحتمل) الاول والالزم تكليف مالايطاق ولعدم العلم بالعدل فى نفس الامر فيلزم عدم الحكم بصحة الطلاق البتة(وقيل)فى نفس الامر لانه العدل حقيقة ، والاصح عندى انه لاتحل لهما لان الاكتفاء بالعدالة فى الظاهرانما هوفى حق غيرهما لامتناع العلم اليقينى منه اما هما فعلم كل واحدبحاله ضرورى له وهو يعلم بطلان مادل عليه الظاهر فلايجزى ظن غيرهما فى حقهما مع علمهما بكونه غير مطابق لمافى نفس الامرضرورة .

قال قدس الله سره :امالوكانظاهراً على فسقهما فالوجه البطلان.

اقول: لانهما فاسقان عنده وفى نفس الامرفلايصح الطلاق بشهادتهما (ومن) ان الاعتبارفى الظاهروالالزم احدالامرين (اما) كون الطلاق صحيحا بالنسبةالى بعض المكلفين وباطلابالنسبة الى بعض (او) تكليف مالايطاق واللازم بقسميه باطل فالملزوم مثله و الملازمة وبطلان التالى ظاهران فانه قول المصوبة وقد بين بطلانه فى الاصول (ولانه) لولا صحته لحصل الحرج والاضرار بالمرئة اذ قد يعاندها ويشهد فاسقين عنده

(١) الطلاق ٢

المقصد الثانی فی اقسام الطلاق

وهو (اما) واجب کطلاق المولی والمظاهر فانهما یجب علیهما اما الطلاق او الفئة

وهما عدلان فی الظاهر ویعسر علیها اثبات فسقهما والحرج والضرر منفیان بالآیة وبالخبر المتواتر (والحق) عندی البطلان لامر الشارع الزوج باشهاد عدلین لقوله تعالی **واشهدوا ذوی عدل منکم** (۱) وهو یعلم عدم هذا الوصف الذی هو شرط فلم یمتثل الامر ولم یحصل الشرط ، والاقوی عندی ان العدالة فی نفس الامر هی الشرط و لهذا لو حکم بشهادتها ثم شهدت البینة بفسقهما حال الحکم حکم بابطاله و لکن جعل الشارع له علامات وحکم بالعدالة عندها ظاهراً لعسر الاطلاع علی ما فی نفس الامر واذا ظهر بخلاف العلامات غیّر حکمه وحکم بان حکمه غیر مطابق .

قال قدس الله سره : ولو کان احدهما الزوج (الی قوله) لم یثبت .

اقول : ینشأ (من) العموم (ولان) المأمور بالاشهاد هو مباشر الطلاق والمباشر هو الوکیل وقد اشهد عدلین (ومن) ان الموکل فی الحقیقة هو المباشر لان الوکیل نائب عنه فی ایقاع الصیغة فالزوج هو المامور بالاشهاد و هو یقتضی المغایرة بین المشهد و المشهد (۲) وهذا هو الاقوی عندی ، ثم فرع علی القول بالوقوع فی نفس الامر انه لم یثبت عند الحاکم فی صور (منها) ان ینکر الزوج فیبقی لها شاهد واحد فلا یثبت به ولا یحل للزوج الانکار ویکون معاقبا علی ذلک وهذا ظاهر (ومنها) بالنسبة الی نفی الولد لو ادعی الولد انه ولد عن نکاح الزوج فادعت الطلاق بحیث لا یلحق معه وشهد الزوج لا یسمع بالنسبة الی الولد ولو کان غیره ثبت (و منها) ثبوت النذر المعلق به علی (من ـ خل) الغیر ونفیه (ومواضع اخر) وقد ثبت کالبینونة بالنسبة الیه مع دعواها لذلک وخروجه عن الظهار والایلاء .

---

(۱) الطلاق ـ ۲ (۲) الاول مبنی للفاعل والثانی للمفعول من باب الافعال

فايهما أوقعه كان واجبا (واما) مندوب كما فى حالة الشقاق اذالم يمكن الاتفاق (واما) مكروه كما فى حالة التيام الاخلاق (واما) محظور كطلاق الحايض والنفساء والموطوئة فى مدة الاستبراء .

(وأيضاً) الطلاق اما بدعى اوشرعى (فالاول) طلاق الحايض والنفساء مع الدخول والحضور وعدم الحمل والموطوئة فى طهر المواقعة اذا كانت غير يائسة ولاصغيرة ولاحامل والطلاق ثلاثا والكل باطل الاالاخير فانه يقع واحدة .

(واما الشرعى) فاما طلاق عدة اوسنة (فالاول) يشترط فيه الرجوع فى العدة والمواقعة ، (وصورته) ان يطلق على الشرايط ، ثم يراجع فى العدة ويواقع ، ثم يطلقها فى غير طهر المواقعة ، ثم يراجعها فى العدة ويطأها ، ثم يطلقها فى طهر آخر فتحرم عليه حتى تنكح (زوجا - خ) غيره فاذا فارقته ثم عادت اليه ففعل كالاول ثم تزوجت بالمحلل ثم فارقته وعادت الى الاول فصنع كما تقدم حرمت عليه ابداً فى التاسعة (واما) طلاق السنة فان يطلق على الشرايط ، ثم يتركها حتى تخرج من العدة ويعقد عليها ثانيا عقدا جديداً بمهر جديد ، ثم يطأها ، ثم يطلقها فى طهر آخر ويتركها حتى تخرج من العدة ، ثم يتزوجها بعقد جديد ومهر جديد ، ثم يطأها ، ثم يطلقها فى طهر آخر فتحرم عليه حتى تنكح غيره ولاتهدم عدتها تحريمها فى الثالثة ولاتحرم هذه مؤبداً .

وقد يراد بطلاق السنة مايقابل البدعى وهو الشرعى فيكون اعم . ولو راجع فى العدة وطلّق قبل المواقعة صح ولم يكن طلاق عدة ولاسنة بالمعنى الاخص وكذا لو تزوجها وطلق قبل الدخول .

ولو طلق الحامل وراجعها جاز أن يطأها ويطلقها ثانية للعدة اجماعا وفى السنة

المقصد الثانى فى اقسام الطلاق

قال قدس الله سره : ولو طلق الحامل (الى قوله) وفى السنة قولان .

اقول : فى هذه المسألة اقوال اربعة (الف) قول على بن بابويه فى رسالته و ابنه فى المقنع وهو انه اذا راجع الحبلى قبل ان تضع مافى بطنها او يمضى لها ثلاثة اشهر ثم اراد طلاقها فليس له ذلك حتى تضع ما فى بطنها وتطهر ثم يطلقها ولم يفصّلا

قولان فان راجعها بعدطلاق العدة ثم طلقها ثالثا للعدة حرمت بدون المحلل ولوطلق

(ب) شرطابن الجنيد فى الطلاق الثانى قبل الوضع وبعد الرجعة والمواقعة مضى شهرمن حال المواقعة وكذا فى الثالث فتحرم بعده حتى المحلل (ج) قول الشيخ الطوسى فى النهاية واذاطلق الحبلى وهى مستبين حملها فليطلقها اى وقت شاء فاذا طلقهاواحدة كان املك برجعتهامالم تضع مافى بطنها فاذا راجعها واراد طلاقها للسنة لم يجزله ذلك حتى تضع مافى بطنها فان اراد طلاقها للعدة واقعها ثم طلقها بعد الواقعة وتبعه ابن البراج وابن حمزة (د) قول والدى المصنف قدس الله سره انه يجوزطلاقها للسنة كما يجوز للعدة وهو اختيار الفقيه الفاضل محمد بن ادريس رحمه الله وهوالاقوى عندى .

(احتج) ابن بابويه بمارواه اسماعيل الجعفى فى الصحيح ، عن الباقر عليه السلام : قال طلاق الحامل واحدة فاذا وضعت مافى بطنها فقدبانت منه (١) وفى الصحيح عن ابى بصيرعن الصادق عليه السلام قال الحلبى تطلق تطليقة واحدة (٢) وما رواه منصور الصيقل عن الصادق عليه السلام فى الرجل يطلق امرأته وهى حبلى قال يطلقها قلت فيراجعها قال نعم يراجعها قلت فان بداله بعدماراجعها أن يطلقها قال لاحتى تضع (٣) اجاب الشيخ عن الروايتين الاولتين بان المراد بقوله واحدة الوحدة الصنفية والمراد بالطلاق طلاق العدة اى لايقع بها الاصنف واحد من الطلاق وهوطلاق العدة (لما) رواه اسحاق بن عمار قال قلت لابى ابراهيم عليه السلام الحامل يطلقهازوجها ثم يراجعها ثم يطلقها ثم يراجعها ثم يطلقها الثالثة فقال تبين منه ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره (٤) وهو الجواب عن الثالثة .

(احتج) ابن الجنيد بمارواه زيد الكناسى قال سالت اباجعفر عليه السلام عن طلاق الحبلى فقال يطلقها واحدة للعدة بالشهور و الشهود قلت فله ان يراجعها قال نعم وهى امرأته قلت فان راجعها ومسها واراد ان يطلقها تطليقة اخرى قال لايطلقها حتى يمضى لها

(١) ئل باب ٢٠ خبر ١ من ابواب اقسام الطلاق
(٢) ئل ب ٢٠ خبر ٣ من ابواب اقسام الطلاق
(٣) ئل باب ٢٠ خبر ٧ من ابواب اقسام الطلاق
(٤) ئل باب ٢٠ خبر ٥ من ابواب اقسام الطلاق

الحايل ثم راجعها فان واقعها وطلقها فى طهر آخر صح اجماعا ، وان طلقها فى طهر آخر

بعد ما مسها شهر الحديث(١) وجعل فى تمام الحديث الطلقة الثالثة بعد شهر ايضاً (والجواب) بمنع صحة السند .

(واحتج) المصنف بعموم الآيات كقوله تعالى **فان طلقها(٢) والطلاق مرتان(٣)** قال نجم الدين بن سعيد الوجه الاعراض عن اخبار الاحاد والالتفات الى ما دل القرآن عليه من جواز طلاقها مطلقا قال المصنف فى المختلف طلاق السنة والرجعة واحد وانما يصير للسنة بترك الرجعة والمواقعة وللعدة بالرجعة فى العدة والمواقعة فاذا طلقها لم يظهر اى بالطلاق انه لايّهما هو وانما يظهر باحد امرين اما بالرجوع قبله والمواقعة وهو علامة العدى او بالوضع قبل الرجوع وهو علامة السنّى هذا مراده ، لم يرد انه لا يظهر واحد منهما الا بعد الوضع كما قد يقع فى اوهام بعض العوام وبعد الوضع يكون قد ظهر كل منهما (ثم قال المصنف فى المختلف) ان اراد الشيخ ذلك فهو حق وعليه تحمل الاخبار (قوله) جاز ان يطأها ويطلقها بائنة للعدة اجماعا المراد به اجماع اهل العصر الثالث اى بعد عصرى ابن بابويه وابن الجنيد لانقراض المخالف فيه واجماع اهل العصر حجة خصوصا على مذهب الامامية فلهذا اطلق القول بالاجماع (واقول) على قول الشيخ يلزم احد امور ثلاثة (اما) ان يجعل حصول وصف السنى والعدى بالبينة او الرجعة سببا للصحة او كاشفة (بيان الملازمة) ان الطلاق حين وقوعه قدر مشترك بين صنفيه اعنى العدّى والسنى بالمعنى الاخص فالمميز له بحصول احد الوصفين (اما) النية (او) الرجعة والمواقعة فى العدة (او) غيرها وهى كاشفة والحصر لانتفاء غيرها اجماعا ، (والاوّلان) بعيدان لعدم النص على النية ولم يقل به احد (والثانى) يستلزم الدور فتعين الاخير ، وانما طولنا الكلام فى هذه المسألة لانها موضع اشتباه على متفقهى العوام .

قال قدس الله سره : ولو طلق الحائل (الى قوله) فاصح الروايتين الوقوع

اقول: الروايتان المذكورتان (احديهما) رواية عبد الحميد بن عواض ومحمد بن

---

(١) ك باب ٢٠ خبر ١٠ من ابواب اقسام الطلاق وفيه يزيد الكناسى

(٢) البقرة ٢٣٠　(٣) البقرة ٢٢٨

من غير مواقعة فاصح الروايتين الوقوع فان راجع وطلقها ثالثا في طهر آخر حرمت عليه ولم يكن طلاق عدة ولا سنة بالمعنى الاخص ، وكذا لو وقع الطلاق قبل المواقعة في الطهر الاول بعد طلاق آخر فيه على اقوى الروايتين لكن الاولى تفريق الطلاق على الاطهار ،

مسلم في الصحيح قالا سالنا اباعبدالله عليه السلام عن رجل طلق امرأته واشهد على الرجعة ولم يجامع ثم طلق في طهر آخر على السنة اتثبت الطلقة الثانية بغير جماع ؟ قال نعم اذا هو اشهد على الرجعة ولم يجامع كانت التطليقة ثابتة (١) فهذه الرواية دالة على الوقوع و اليها اشار بقوله فاصح الروايتين وهو قول معظم الاصحاب (والرواية الثانية) وهي الدالة على عدم الوقوع رواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام قال المراجعة في (هي - خل) الجماع و الافانما هي واحدة (٢) و الاولى اصح في السند ولاعتضادها برواية احمد بن محمد بن ابي نصر في الصحيح : قال سألت الرضا عليه السلام عن رجل طلق امرأة بشاهدين ثم راجعها ولم يجامعها بعد الرجعة حتى طهرت من حيضها ثم طلقها على طهر بشاهدين ايقع عليها الطلقة الثانية وقد راجعها ولم يجامعها قال نعم (٣) وهذا القول هو الصحيح عندي وعند والدي وجدي و بعدم الوقوع قال ابن ابي عقيل (لنا) انها زوجة وكل زوجة يصح طلاقها (اما الاولى) فاجماعية (ولانه) لولاه لم تفد الرجعة رفع الطلاق وعود الزوجية ولم تصح (واما لثانية) فلعموم الآية (والجواب) عن الرواية الثانية ان المراد بقوله (المراجعة في الجماع الى آخره) في طلاق العدة لما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال سألته عن الرجعة بغير جماع تكون رجعة قال نعم (٤).

قال قدس الله سره :وكذا لو اوقع الطلاق (الى قوله) على الاطهار .

اقول: :(الراوية) الاولى وهي الاقوى رواية اسحاق بن عمار ،عن ابي الحسن عليه السلام قال قلت لعرجل طلق امرأته ثم راجعها بشهود ثم طلقها ثم بداله فراجعها بشهود ثم طلقها بشهود تبين منه؟ قال نعم قلت كل ذلك في طهر واحد قال تبين منه (٥) و(الرواية

(١) كل باب ١٩ خبر ١ من ابواب اقسام الطلاق
(٢) كل باب ١٧ خبر ١ من ابواب اقسام الطلاق
(٣) باب ١٩ خبر ٢ من ابواب اقسام الطلاق
(٤) كل باب ١٨ خبر ٢ من ابواب اقسام الطلاق
(٥) كل باب ١٩ خبر ٦ من ابواب اقسام الطلاق

ولووطىء ورجح التفريق ان وجب الاستبراء والافلا.

(وايضا)الطلاق امابائن اورجعى (فالاول) مالارجعة فيه للزوج الابعقدمستأنف وهو ستة اقسام (الف) طلاق غيرمدخول بها فى قبل اودبر دخولا موجبا للغسل (ب) اليائسة وهى من بلغت خمسين اوستين على ماتقدم وان دخل بها (ج) من لم تبلغ المحيض وهى من لها دون تسع سنين وان دخل بها .

(د) المختلعة مالم ترجع البذل فان رجعت فى العدة انقلب رجعيا بمعنى ان للزوج الرجوع فى البضع ، وهل يتبعه وجوب الانفاق وتحريم الرابعة والاخت الاقرب

الثانية) رواية عبدالرحمن بن الحجاج :قال قال ابوعبدالله عليه السلام فى الرجل يطلق امرأته لهان يراجعها قال لا يطلق الطلقة الاخرى حتى يمسها (١) وانما كانت الاولى اقوى من حيث السند ومن حيث اعتضادها بعموم القرآن والاخبار الصحاح .

(واعلم) ان الطلاق لفظ مشترك لايلزم من ورود الاثبات والنفى عليه تناقض لجواز اختلاف المعنيين واذاكان الجمع بين الاخبار لايتم الا بوجب حمل كل لفظ على معنى غير المعنى الذى حمل عليه اللفظ الآخروحمل بعضهم الطلاق الممنوع منه على طلاق العدة لانه المشروط فيه الوطى قال نجم الدين ابوالقاسم بن سعيد وهو تحكم لان شرط العدى الوطى بعده وبعد الرجعة منه فى العدة وهيهنا شرط سبق الوطى وليس بشرط فى طلاق العدة فيلزم هذا القائل انه اخذ غير الشرط مكانه قوله (لكن الاولى تفريق الطلاق على الاطهار) المراد به الترجيح غير المانع من النقيض وذلك لارتفاع الخلاف فيه .

قال قدس الله سره :(د) المختلعة لم ترجع (الى قوله) مع العلم .

اقول: ملك الزوج الرجعة الى النكاح بعد رجوعها اجماعى (لكن) بقى الاشكال (هل) يثبت مافى احكام الطلاق الرجعى كتحريم الرابعة والاخت الاقرب ذلك مطلقا اى سواء علم برجوعها اولا ولايرد كيف تحرم ان لم يعلم لاستحالة تكليف الغافل (قلنا) بمعنى بطلان العقد عليها لوظهر انه وقع بعد رجوعها لان ملك الرجعة هو اقرب

---

(١) ئل باب ١٧ خبر ٢ من ابواب اقسام الطلاق

ذلك مطلقا وفى النفقة مع العلم (ه) المباراة مالم تزجع فى البذل فان رجعت فى العدة انقلب رجعيا كالمختلعة (و) المطلقة ثلاثا بينها رجعتان (والثانى) ما للزوج فيه رجعة سواء راجع اولا، وهو كل ماعدا الاقسام الستة ، وكل امرأة استكملت الطلاق ثلاثاً بينها رجعتان حرمت حتى تنكح زوجا غير المطلّق ، سواء كانت مدخولا بها اولاو، سواء كانت الرجعة بعقد مستأنف اولا ولو شك فى ايقاع الطلاق لم يلزمه ايقاعه وكان النكاح باقيا ، ولو شك فى عدده لزمه اليقين وهو الاقل ، ولو طلق الغايب لم يكن له التزويج بالرابعة ولا بالاخت الّا بعد مضى سنة لاحتمال الحمل، ولو علم الخلو كفاه العدة ولو حضر ودخل ثم ادّعى الطلاق لم يقبل دعواه ولا بينته فلو اولد لحق به الولد .

مراتب الامكان الاستعدادى فى تحقق نكاحها بالفعل ولهذا لايتوقف على رضاها ولا على شيء الّاعلى قوله رجعت فى النكاح فيحصل بعده الوجود بالفعل بلا فصل وهذه المرتبة مشروطة بنفى جميع المنافيات للفعل ونكاح الخامسة من جملته و وجود المشروط يقتضى امتناع منافى الشرط (ولان) معنى الطلاق الرجعى ما يملك الزوج فيه الرجعة وهذا يملك فيه الرجعة فيكون رجعيا (ويحتمل) العدم لان المحرم الجمع فى النكاح بالفعل لقوله تعالى **و ان تجمعوا بين الاختين (١)** وجواز الرجعة ليس بنكاح حقيقة (ولان) الطلاق الرجعى هوما يملك الرجعة فيه بنفس ماهية الطلاق لابامر آخر وهذا ليس كذلك فان ثبوت جواز الرجوع حكم شرعى حصل بسبب آخر متأخر عن الطلاق وبنص آخر فلايكون هوهو (لان) ما بالذات لايكون بالغير قطعا وهذا الاحتمال ضعيف جدّاً لااعتبار به (واما) النفقة فشرط وجوبها اعلامه بالرجوع لاشتراط التمكين فيه ولايحصل الّا بالاعلام فقبله ليست بممكّنة فلاتستحق النفقة (اما المقدمة الاولى) فلاشتراطه فى الزوجة حقيقة ففى الرجعية اولى (واما الثانية) فظاهرة لانّه بالطلاق البائن انقطع النكاح وتوابعه من التمكين ولم يعلم برجوعها والا صح عندى مااختاره المصنف هنا من تحريم الخامسة والاخت اما النفقة والتوارث فى العدة فلا لان المقتضى له قد زال بالطلاق ولم يوجد سبب ثبوته (بخلاف الرجعة فانه لم ترتفع النكاح الموجب خ) بخلاف نكاح الاخت مثلا فانه يحرم بملك النكاح .

---

(١) النساء ٢٣

المقصد الثالث في لواحقه

وفيه فصول (الاول) في طلاق المريض وهو مكروه ويتوارثان في العدة الرجعية وترثه في البائن ان مات في مرضه الى سنة مالم تتزوج ، وفي الامة والكافرة اشكال اذا اعتقتا واسلمت، ولا ميراث مع اللعان والفسخ للردة او تجدد التحريم الموبد المستند

المقصد الثالث في لواحقه

وفيه فصول الاول في طلاق المريض وهو مكروه

قال قدس الله سره :ويتوارثان في العدة (الى قوله) اشكال .

اقول: يعنى الامة لو اعتقت والذمية لو اسلمت بعد الطلاق في العدة وينشأ الاشكال (من) عموم النص (ومن) عدم العلة فان الميراث انما يثبت للتهمة و هو انه اراد اخراجها من الارث و مشاركة الوارث فقابله الشارع بنقيض مطلوبه والتهمة منتفية (والحق) عندى انه لا ارث لهما لان النكاح الحقيقى لم يوجب لهما الميراث فكيف الطلاق و الاحتمال عندى ساقط .

قال قدس الله سره : ولا ميراث مع اللعان (الى قوله) نظر

اقول : البحث هنا فى مقامين (الف) كيف يتحقق الفسخ بتجدد اللواط و انما يتأتى على القول بانه يحرّم لاحقا او يقول التحريم المؤبد بعد الطلاق و يكون قوله او تجدد التحريم ليس بمعطوف على الردة بل على الفسخ.(تقديره) ولا ميراث مع اللعان ولا الفسخ المتجدد بالردة ولا تجدد التحريم المؤبّد بعد الطلاق بالرضاع او باللواط (لان) اللواط قبل الطلاق لا يحرّم على قول اما بعد الطلاق البائن فيحرّم اجماعا (ومنشأ) النظر (على التقدير الاول) وهو انه يكون قد فسخ نكاحها باللواط على القول به والنص انما جاء فى الميراث فى صورة الطلاق وهذه خارجة عنها فلا يتناولها النص والاصل عدم الميراث بعد البينونة لانتفاء السبب فيلزم نفى المسبب خرج عنه صورة النص بالاجماع فبقى الباقى على الاصل (ومن) وجود العلة فى الطلاق و عندى ان الحق على تقدير الفسخ المتجدد ان لا ارث لانه بصورة النص والقياس باطل لكن هذا التقدير لا يتم عندى (وعلى التقدير الثانى) من وجود علة الارث وهو الطلاق و التهمة و عدم المانع اذ الاصل عدم مانعية

اليها برضاع ، وفي المستند اليه باللواط نظر، وفي العيب اشكال ان كان من طرفه ولو اسلم واسلمن فاختار اربعالم ترثه البواقي ولو اقر مريضا بالطلاق ثلاثا في الصحة لم يقبل بالنسبة اليها ؛ ولو ادعت الطلاق في المرض وادعى الوارث في الصحة قدم قوله مع اليمين ، ولو ارتدت المطلقة ثم مات في السنة بعد عودها او ارتد هو فالاقرب الارث .

اللواط (ومن) حيث ان التحريم المؤبد حاصل باللواط وهو مناف للنكاح لذاته فلآثاره اولى والارث من آثاره فيرفعه والطلاق مع التهمة غير مانع من الميراث بالنكاح السابق لاموجب له (١) (ولان) ارث المطلقة بعدا لبينونة على خلاف الاصل كما قلنا وهذا عندى ضعيف ، والاقوى الاول على التقدير الاخير.

قال قدس الله سره : وفي العيب اشكال ان كان من طرفه .

اقول: المراد ان كان في المرأة عيب ففسخ الزوج المريض النكاح هل ينزل منزلة الطلاق في ارثها الى سنة ؟ استشكله والدى المصنف (قدس الله سره) من حيث وجود العلة في الطلاق وهو التهمة (ومن) حيث انه ليس بصورة النص والحق عندى انه لا ارث به (اما اولا) فللفرق لرجحان التهمة في الطلاق ورجحان العيب في الفسخ وعدم رجحانها هنا (واما ثانيا) فلان كلما هو خلاف الاصل يقتصر فيه على موضع النص وارث المطلقة خلاف الاصل (واما ثالثا) فلان الشارع اذا علق حكما بوصف وان كان مظنا لحكمة لم تعتبر تلك الحكمة بل الوصف ان ثبت ثبت الحكم وان انتفى انتفى ولا اعتبار مع انتفائه بثبوت الحكم .

قال قدس الله سره: ولو ارتدت المطلقة (الى قوله) فالاقرب الارث.

اقول : وجه القرب في ارتدادها وجود المقتضى و زوال المانع وهو الردة واما في ردته فلان فعله لا يقطع الميراث (ويحتمل) عدم الارث لان الردة قاطعة للميراث فلا يعود الا بنكاح ولم يوجد والاقوى عندى انها ان رجعت الى الاسلام في العدة ورثت والا فلا واما ارتداده فلا يمنع من الميراث .

---

(١) اى على التقدير الثاني لاموجب له .

الفصل الثانى فى الرجعة

ويصح لفظا مثل را جعتك وانكار الطلاق وفعلا كالوطى والتقبيل واللمس بشهوة والاخرس بالاشارة الدالة عليها (وقيل) باخذ القناع من رأسها ، ويشترط فى الوطى

الفصل الثانى فى الرجعة

(مقدمات) (الف) الرجعة ردّ نكاح دائم زال بطلاق يملك الزوج رفعه فى العدة (ب) الاصل فى الرجعة الكتاب والسنة والاجماع، فاما الكتاب فقوله تعالى **وبعولتهن احق بردهن** (١) وقال تعالى **فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف اوسرحوهن بمعروف** (٢) وقال تعالى **فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن** (٣) فدل سياق الآيتين على اختلاف معنى البلوغين واحدهما حقيقة والآخر مجاز فالمراد بالبلوغ الاول مقاربة البلوغ اى مقاربة انقضاء العدة فانه يسمّى بلوغا مجازا كما يقول القاصد للبلد اذا قاربه بلغته وهو مشهور فى لسان العرب والمراد بالثانى انقضاء العدّة وهو حقيقة (واما السنة) فالاخبار المتواترة فى هذا الفن كثيرة (واما الاجماع) فاجماع الامة عليه (ج) الرجعة جائزة بشرطين (الف) ان لا يكون الطلاق بائنا لانه ان كان ثلاثا فلقوله تعالى **فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره** (٤) و اما الطلاق الذى لا عدّة له فلان الرجعة انما هى فى العدة لقوله تعالى **فبلغن اجلهن** (٥) اى قاربن باجماع العلماء فاذا لم تكن عدة لم يكن رجعة وان كان الطلاق بعوض فلما يأتى فى باب الخلع (ب) ان يكون العدة باقية فلو انقضت عدتها فلا رجعة له لانه يحل نكاحها للازواج لقوله تعالى **فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن الاية** (٦) فالضابط كل طلاق يستعقب عدة ولا عوض فيه ولم يستوف به عدد الطلاق فان الرجل يملك به الرجعة فى العدة

قال قدس الله سره: والاخرس بالاشارة (الى قوله) عن رأسها .

---

(١) البقرة ٢٢٨ (٢) الطلاق ٢ (٣) البقرة ٢٣٠
(٤ و ٥ و ٦) البقرة ٢٣٢

والتقبيل واللمس صدوره عن قصد فلو وطىء نائما اوظن انها غيرالمطلقة لم تحصل الرجعة، ولابد من التجريد عن الشرط فلو قال را جعتك ان شئت لم يصح وان قالت شئت ويستحب الاشهاد وليس شرطا لكن لوادعى بعد العدة وقوعها فيها لم تقبل دعواه الا بالبينة ، و لوراجع بعدالطلاق فانكرت الدخول قدّم قولها مع اليمين .

ولوادعت انقضاءالعدة بالحيض معالاحتمال وانكرصدقت مع اليمين ، ولوادعت بالاشهرفان اتفقا على وقت الايقاع رجع الى الحساب فان اختلفا فيه بان تقول طلقت فى رمضان ويدعى هوفى شوال قدم قول الزوج مع اليمين ، ولوادعى الزوج الانقضاء قدم قولها مع اليمين ، ولوكانت حاملا فادعت الوضع صدقت ولم تكلف احضارالولد حتى لوادعت الانقضاء بوضعه ميّتا اوحيا ناقصا اوكاملا صدّقت مع اليمين ، ولوادعت الحمل فانكر فاحضرت ولداً وانكرولادتها له قدم قوله لامكان البيّنة هنا، ولوادعت الانقضاء فادّعى الرجعة قبله قدّم قولها مع اليمين ولوراجع فادعت بعد الرجعة الانقضاء قبلها قدّم قوله مع اليمين لاصالة صحة الرجعة ولوكذبها مولاها فى تصديق زوجها على وقوع الرجعة فى العدّة وادعى المولى خروجها قبل الرجعة لم يقبل منه ولايمين على الزوج لتعلق النكاح بالزوجين على اشكال.

اقول: الاول هوالمشهور وهو اختيار المصنف ،والشيخ،وابن الجنيد ، و ابن البراج ،وابن ادريس - والثانى قول على بن بابويه فى رسالته وابنه الصدوق فى المقنع لان طلاق الاخرس ان يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ثم يعتزلها فضد العلامة علامة الضد (اماالاولى) فلمارواه السكونى عن الصادق عليه السلام قال طلاق الاخرس ان يأخذمقنعتها ويضعهاعلى رأسهاثم يعتزلها(١)(واما الثانية) فظاهرةوالمقدمتان ممنوعتان .

قال قدس الله سره :ولوكذبها مولاها (الى قوله) على اشكال .

اقول: ينشأ من اصالة البقاء فى زمان العدة والطلاق ، وتقرير ماقاله المصنف ان الزوج يملك الرجعة من غيراعتبار رضى المولى لقوله تعالى **وبعولتهن احق بردهن فى ذلك** (٢) فلاتقبل دعوى المولى فى ذلك فلا يمين على الزوج للمرأة لتصادقهما ولا

---

(١) ثل ب ١٨ خبر ٣ من ابواب مقدمات الطلاق . (٢) البقرة ٢٢٨

ولوارتدّت بعدالطلاق ففي المنع من الرجعة اشكال (ينشأ) من كون الرجعية زوجة (ومن) عدم صحة الابتداء فكذا الرجعة فان رجعت رجع في العدة ان شاء وكذا

للمولى لعدم اعتبار رضاه (وفيه نظر) (لان) مع بقاء العدة لا يعتبر رضى المولى والكلام فيه ، والحق انما هو للمولى لا للمملوكة (ولان) النكاح في الابتداء حق للمولى لا تملكه الجارية ولا العبد فاذا زوج السيد جاريته ملك الزوج البضع وتعلق النكاح بالزوجين و انقطع حق المولى لان(١) ليس له فسخه بوجه و انما ملك منافع البضع بسبب ملك الرقبة وقد زالت سببيتها بالنكاح فاذا طلقها رجعياً لم يرجع حق السيد في النكاح فكان قول الزوج مقدما وانما لم يكن عليه يمين (لان) دعوى البضع لا تسمع الا بدعوى سببه اما العقد او ملكه الرقبة ، ودعواه ابتداء من غير سبب لا تسمع (والاول) منتف هنا (والثاني) ليس محل النزاع (ولان) سببيته قد انقطعت وشرط عودها عدم الرجعة فالدعوى في السببية لا غير وهو امر بجعل الشارع لا تعلق له بهما (وفيه نظر) لان الدعوى هنا في الرجعة وعدمها وهما من اسباب النكاح فدعوى البضع هنا تابعة لدعوى السبب (والتحقيق) ان المولى يدّعي ملكية البضع والزوج ينكره فعليه اليمين وهو الاقوى عندى .

قال قدس الله سره : ولوارتدت بعدالطلاق (الى قوله) انشاء

اقول: وينشأ ايضاً (من) ان الرجعة اثبات لما صار بالقوة بالفعل فان الطلاق ازال قيد النكاح بالفعل وصار بالقوة القريبة من الفعل اقرب مراتب الاستعداد و الرجعة سبب فاعلي لحصوله بالفعل و يشترط في تحقق الاثر عن (من ـ خ ل) الفاعل قبول المحل و بالارتداد زال القبول بالكلية لانها تزيل النكاح الثابت بالفعل و تحرمه فازالة اقرب مراتب الاستعداد اولى ولان الرجوع تمسّك بعصمة الكافرة وهو منهي عنه نهي فساد لقوله تعالى **ولاتمسكوا بعصم الكوافر** (٢) (ومن) ان الارتداد يمنع ابتداء النكاح ولا يوجب زوال الاستدامة الا بعد خروج العدة (ولان) خروج العدة اما كاشف او سبب (وعلى الثاني) يصح (وعلى الاول) قد ظهر باسلامها عدم تاثير الردة ،

(١) هكذا في النسخ والصحيح لانه

(٢) الممتحنة ـ ١٠

الاشكال لوطلق الذمية، والاقرب جواز الرجوع ولومنعنا الرجعة افتقرالى اخرى بعد الاسلام ، ولا يشترط علم الزوجة فى الرجعة ولارضا ها فلولم تعلم وتزوجت بغيره ردت اليه وان دخل الثانى بعد العدة ولايكون الثانى احق بها ولولم يكن بينة حلف الثانى على عدم علمه بالرجوع فان نكل حلف الاول وردّت اليه ولوصدقه الثانى خاصة قبل فى حقه وتحلف هى على نفى العلم ولاترد الى الاول وانفسخ نكاحها من الثانى باقراره فيثبت لها نصف المهر ومع الدخول الجميع ولوادعى الرجعة عليها اوّلا فان صدقته لم يقبل على الثانى وفى الرجوع بالمهر اشكال ينشأ (من) انها اقرت (ومن) انها فوتت

والاقوى عندى صحة الرجوع فان اسلمت فى العدة والّا بطل لان المطلقة رجعية زوجة والرجعة استدامة الزوجية والردة لاتنا فى الاستدامة الامع استمرارهـا الى بعد العدة (فعلى الصحة)تكون موقوفة فان اجتمعا فى الاسلام قبل انتهاء العدة تبيّنّا صحة الرجعة والا لم تصّح .

قال قدس الله سره :وكذا الاشكال لوطلق الذمية (الى قوله) بعد الاسلام

اقول: وجه القرب ان الرجعة استدامة لاابتداء والممنوع منه الابتداء (ومن) حيث ان الطلاق ازالة قيد النكاح والرجعة تقتضى ثبوته (فاما) ان يثبت بالرجعة عين النكاح الاول اوغيره (والاول) محال لاستحالة اعادة الحكم المعدوم (والثانى) يكون ابتداء لااستدامة والاصح عندى الاول لان الرجعية زوجة ولهذا يثبت لها احكام الزوجية (ولانه) يجوز الوطى ابتداءاً من غير تلفظ بشيء ولاشيء من غير الزوجة كذلك اجماعا (ولجواز) الرجعة للمحرم ولايجوز له ابتداء النكاح وتمنع ازالة النكاح بالكلية بل انما يزول بالطلاق وانقضاء العدة ولم يحصل الثانى ويتفّرع على ذلك انه لواسلمت قبل انقضاء العدة (فان قلنا) ببطلان الرجعة الاولى احتاج الى رجعة اخرى بعد الاسلام (وان قلنا) بصحتها لم يفتقر .

قال قدس الله سره : ولوادعى الرجعة عليها (الى قوله) والافلا .

اقول : الاقوى عندى الرجوع لانها فوّتت عليه مايملكه بعوض مالى فيضمن ذلك العوض .

وان كذبته حلفت ان قلنا بالغرم والافلا فان نكلت حلف الزوج وغرمت فاذا زال نكاح الثانى وجب عليها تسليم نفسها الى الاول وتستعيد المهر.

فروع

(الف) لواقر بالرجعة فى العدة قبل قوله لانه يملك الرجعة (ب) لوقال راجعتك للمحبة او الاهانة فان فسر بانى كنت احبها او اهينها فى النكاح فراجعتها اليه صح، ولوقال كنت احبها قبل النكاح او اهينها فراجعتها اليه لم تصح الرجعة لانه لم يردها الى النكاح (ج) لوقال راجعتك صح وان لم يقل الى النكاح (د) لواخبرت بانقضاء العدة فراجع ثم كذبت نفسها فى اخبارها صحت الرجعة (ه) صريح الرجعة راجعت و رجعت وارتجعت والاقرب فى رددتها الى النكاح و امسكت الصحة مع النية و فى

قال قدس الله سره : وصريح الرجعة راجعت (الى قوله) مع النية .

اقول :هنا مسائل (الف) قوله راجعت ورجعت و ارتجعت صريحة فى الرجعة بالاجماع (واعلم) ان مراده اذا اتصلت هذه الالفاظ بمظهر او مضمر كأن يقول راجعت فلانة او راجعتك فاما بمجردها فلا لانه لايخفى انها قد لاتغنى (ب) رددتها هل هو صريح ام لا قيل نعم لوروده فى القرآن لقوله تعالى **وبعولتهن احق بردهن** (١) والرد مفسر بالرجعة وقال النبى ﷺ اردده اى راجعها الحديث (وقيل) لا، لانه لم يشتهر فى الوضع الشرعى ولم يتكرر فلم يساوى الرجعة (ج) فى قوله امسكت قيل صريح لقوله تعالى **فامساك بمعروف او تسريح باحسان** (٢) وفسر الامساك بالرجعة (د) هل تصح الرجعة بقوله رددتها الى النكاح او امسكت نكاحها مع النية الاقرب عند والدى المصنف الوقوع (اما) على القول بانهما صريحان فلا كلام و (اما) على العدم فلانها كناية و تصح بالكناية مع النية لدلالتها على الرجعة (و لانها) تصح بالفعل فلا تعتبر صيغة معينة فجازت بالكناية لانها اذا صحت بالفعل لدلالته على الرضا فبالقول اولى (وقيل) لا- لان الاسباب الشرعية انما هى بوضع الشارع (ولان) الكناية اما ان يقترن بها قرينة يزول معها الاحتمال اولا (فالاول) صريح (والثانى) يكون اعم ولا دلالة للعام على الخاص و (قيل) هنا

---

(١) البقرة ٢٢٨ .　(٢) البقرة-٢٣٠

التزويج اشكال وكذا اعدت الحل ورفعت التحريم .

الامساك ليس فيه دلالة على الاستدراك مافات ولا اعادة مازال بل هو حقيقة في الاستدامة والاستصحاب الى ما هو متحقق و به فسر قوله تعالى **امسك عليك زوجك واتق الله(١)** والنكاح ليس بمتحقق لفعل والمتحقق هو عدم النكاح اوعدم الملكة، والاقوى اختيار والدى .

قال قدس الله سره : وفي التزويج اشكال.

اقول: الاشكال في قوله تزوجتك اونكحتك فيحتمل كونه صريحا لانهما صالحان لابتداء العقد والحل فلان يصلحا للرجعة اولى (ولانهما) يصلحان سببا لاثبات النكاح في محل كان معدوما عنه ، فلان يصلحا لاثباته في محل هو فيه بالقوة القريبة من الفعل اعني اقرب مراتب القوة بحيث يكون بعدها الفعل بلافصل اولى (ويحتمل) عدمه لانهما صريحان في ابتداء النكاح وماهو صريح في شيء بانفراده لايمكن ان يكون صريحا في غيره كذلك (ولان) الصريح هو المستعمل في معنى وضع له على سبيل الحقيقة ويعلم من اهل ذلك الاصطلاح ويعتاد ويشتهر استعماله بينهم في ذلك المعنى بحيث لايحتمل النقيض ولم يعلم استعمال اهل الشرع لهذين اللفظين في الرجعة ولا اشتهر ذلك ولا اعتيد فلايكون صريحا ولان الرجعة يلزمها عدم اشتراط رضاء الزوجة لقوله تعالى **وبعولتهن احق بردهن (٢)** و ابتداء النكاح يلزمه اشتراط رضا الزوجة وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات فمعناهما الحقيقي مناف للرجعية فلايدل لفظه عليه ولا يساويه النية (ولانه) صيغة يخاطب بها الاجنبية فيكون تقريراً للطلاق لارجعة (واقول) الاحتمال قائم في العقد بايجاب وقبول يوجبان النكاح ابتداء والاصح عندى صحة الرجعة بهذه الصيغة (الصيغ ـ خل) بل هو آكد .

قال قدس الله سره : وكذا اعدت الحل ورفعت التحريم .

اقول: هذا عطف على قوله (رددتها الى النكاح) والكلام في كونهما صريحين اوكنايتين وفي حصول الرجعة بهما مع النية (اما الاول) ففيه الاشكال لان اعادة الحل

(١) الاحزاب ـ٣٧ (٢) البقره ـ٢٢٨ .

(و) لو ادعى الرجعة فى وقت امكان انشائها قدم قوله مع احتمال تقديم قولها فحينئذ لايجعل اقراره انشاءاً، ولوانكرت الرجعة ثم صدقت حكم بالرجعة و ان كان فى انكارها اقرار بالتحريم لانها جحدت حق الزوج ثم اقرت ويرجح جانبه ولو أقرت بتحريم رضاع اونسب لم يكن لها الرجوع .

ليس من فعله ولارفع التحريم لانه من فعل الشارع بل فعله فى سببه ولم يثبت ان قوله هذا سبب لعدم استعماله شرعا واعتياده بينهم ، و الاقوى عندى انه لو قال اعدت حل نكاحك الى ، فهو صريح وكذا رفعت تحريم نكاحك عنى والا فلا (واما الثانى) فالاقوى حصول الرجعة بهما مع النية لانهما ان كانا صريحين فلا بحث وان كانا كنايتين فقد تقدم ان الكناية مع النية يحصل بها الرجعة .

قال قدس الله سره : لوادعى الرجعة (الى قوله) اقراره انشاء

اقول : قوله فى وقت امكان انشائها راجع الى قوله ولوادعى (واعلم) ان هذه المسألة تبنى على مسألة وهى ان اقراره بالرجعة على تقدير عدم سبقها هل هو رجعة اولا فان قلنا انه رجعة فلانزاع بينهما ولاكلام فى قبول قوله لان بهذا الكلام حصلت الرجعة تقدمت اولا وان قلنا انه ليس برجعة فيجىء هذا الاختلاف (ووجه) كونه رجعة انه يدل على حصولها فى الماضى واستمرارها فى الحال والاستقبال فدل على ما دل عليه (رجعت) وزيادة (ووجه) عدم كونه رجعة ان الرجعة انشاء وسبب ولا يحتمل الصدق والكذب والاخبار لاتصلح للسببية ويحتمل الصدق والكذب ولان الاخبار عن الشىء لايصلح ان يكون سببا موجداً له لان الاخبار عن الشىء متأخر عنه بالذات وان تقدم بالزمان فلو كان سببا له لتقدم عليه بالذات ايضا فيلزم الدور وهما متضادان ولايمكن ان يكون دالا على الخبر والانشاء معا لانه يقتضى عود الزوجية بغير هذا اللفظ ولاتأثير لهذا فيه والانشاء يقتضى عدم حصولها الا به وتنا فيهما ظاهر (واجمع) الاصوليون على ان اللفظ المشترك اذا تضاد معنياه لايجوز حمله عليهما (ولان) مدلوله سببية غيره وانتفاء السببية عنه فلا يكون سببا لان دلالة الالفاظ تابعة للارادة .

(اذا تقرر ذلك فنقول) على تقدير عدم كون الاقرار رجعة يحتمل تقديم قوله

ولوزعمت انها لم ترض بعقد النكاح ثم رجعت فالاقوى القبول لحق الزوج.

الفصل الثالث في المحلل

والنظر في امور ثلاثة (الاول) من يقع به التحليل وهو كل امرأة طلقت ثلاثا ان كانت حرة وطلقتين ان كانت امة ممن يحل على الزوج الرجوع اليها بعد التحليل فلو

لانه اخبر عن فعل له فعله بالاستقلال في زمان له فعله فكان قوله مقدما فيه (ويحتمل) تقديم قولها لانها منكرة ولاصالة عدم الرجعة ، فعلى هذا لايكون اقراره انشاء بل يفتقر الى انشاء رجعة بعد ذلك (اورد) لولم يقدم قوله لامتنعت منه الرجعة (لان) على قوله كل رجعة تصدر عنه تكون باطلة لانها تحصيل للحاصل ورجعة لزوجة قد رجعت قبل ولاطلاق اقرار العقلاء على انفسهم جائز (الجواب) نمنع الامتناع لجواز الكذب (وصحة اقراره به ـ خ) ويحكم عليه بمقتضى اقراره ظاهراً مع عدم علم الكذب فلا يمتنع الرجعة حينئذ والاقوى عندى انه يحصل الرجعة بنفس فعله الدعوى لا باعتبار كونها اقراراً لان الفعل كاف في الرجعة .

قال قدس الله سره : ولوزعمت انها لاترضى (الى قوله) لحق الزوج

اقول: الاقرب القبول لانها اقرّت له بحق (و يحتمل) عدمه من حيث تناقض الكلامين والاقوى الاول لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز.

الفصل الثالث في المحلل

و النظر في امور ثلاثة

قال قدس الله سره : الاول من يقع به التحليل.

اقول: قاعدة الاعتبار في عدد الطلاق الذى يحرّم الزوجة ولايجوز رجوع الزوج اليها الا بالمحلل انما هو بالمرأة عندنا فالعبد يملك ثلاث طلقات للحرة والحر يملك طلقتين للامة وعليه نص علىّ عليه السلام لقوله تعالى **الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان (١)** وهو للحرة لقوله تعالى:(ولايحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن

(١) البقرة ٢٢٩ .

تزوجت من طلقت تسعا للعدة لم تحل ، واذا طلقت مرة اومرتين ثم تزوجت ففى الهدم روايتان اقربهما ذلك ، فلو تزوجت بعد طلقة ثم رجعت الى الاول بقيت على ثلاث مستأنفات وبطل حكم السابقة واذا طلقت الحرة ثلاثا حرمت على الزوج حتى تنكح غيره والامة تحرم بطلقتين ، ولا اعتبار بالزوج فى عدد الطلاق ولو راجع الامة او تزوجها بعد طلقة و بعد عتقها بقيت معه على واحدة و لو سبق العتق الطلاق حرمت بعد ثلاث

شيئاً الا ان يخافا ان لا يقيما حدود الله) (١) وليس الاعطاء للامة بل لمولاها فهو للحرة لان الآية الثانية مبينة لمن يقع عليه الطلقات الثلاث لرجوع الضمير فى آتيتموهن اليهن ، وخلاف الشافعى حيث قال. ان الاعتبار فى عدد الطلقات بالرجل يبطله رواية جريح عن مظاهر بن اسلم عن القاسم بن محمد عن عايشة عن النبى ﷺ قال: طلاق الامة طلقتان وعدتها حيضتان (٢) فجعل طلاقها معتبراً بها كالعدة (قالوا) خطاب (ولا يحل لكم ان تأخذوا) للازواج والأخذ انما هو للحر لا للعبد (قلنا) نمنع كونه خطاباً للازواج بل هو لمن الاداء من ماله ولا يمكن ذلك فى جانب المأخوذ منه لمكان (آتيتموهن) و هو ضمير النساء ،ولانه يلزم حينئذ قصر الطلقات الثلاث فى الحر والحرة ولم يقل به احد فيكون احداث قول ثالث وهو لا يجوز،اذا عرفت ذلك فنقول .كلما اوقع الزوج ما يملكه من طلقات الزوجة بالتمام حرمت عليه الا بالمحلل الا فى تسع للعده .

قال قدس الله سره: واذا طلقت مرة اومرتين (الى قوله) اقربهما ذلك

اقول: (قاعدة) اذا راجع المطلّقة الرجعية يعود اليه النكاح بما بقى من الطلقات وكذا ان فارقها بطلقة اوطلقتين و بانت منه ثم تزوجها بعد خروج العدة قبل نكاح زوج آخر او بعده وقبل الاصابة (اما) لو نكحها زوج آخر بعقد دائم وطيا محللا لو وقع بعد ثلاث فهى المسألة المختلف فيها وقد ذكر المصنف فيها روايتين (الرواية الاولى) رواية الهدم رواية رفاعة بن موسى النحاس : قال قلت لابى عبدالله عليه السلام. رجل طلق امرأته تطليقة واحدة فتبين منه ثم يتزوجها آخر فيطلقها على السنة فتبين منه ثم يتزوجها

---

(١) البقرة ٢٢٩

(٢) سنن ابى داود ج٢ باب فى سنة طلاق العبد وفيه ابن جريح عن مظاهر .

(الثانی) المحلل ویشترط فیه اربعة (الف) البلوغ فلا اعتبار بوطی الصبی وان کان مراهقا علی اشکال (ب) الوطی قبلا حتی تغیب الحشفة ولا یشترط الانزال بل لو اکسل حلّت (ج) استناد الوطی الی العقد الدایم فلو وطیء بالملك او الاباحة او المتعة لم تحلّ علی الزوج (د) انتفاء الردة فلو تزوّجها المحلل مسلما ثم وطئها بعد ردّته لم تحلّ لانفساخ عقده (اما) لو وطئها حراما مستنداً الی عقد صحیح باق علی صحته کالمحرم اوفی الصوم الواجب اوفی حال الحیض (فاشکال) ینشأ (من) کونه منهیا عنه فلا یکون مراداً للشارع (ومن) استناد النکاح الی عقد صحیح .

الاول علی کم هی عنده :قال علی غیر شیء ثم قال یارفاعة کیف اذا طلقها ثلاثا ثم تزوجها ثانیة استقبل الطلاق فاذا طلقها واحدة کانت علی اثنتین (١) ویعضد هذه الروایة روایة عبدالله بن عقیل بن ابی طالب ان عمر قضی انها تبقی علی ما بقی من الطلقات فقال امیر المؤمنین علیه السلام سبحان الله ایهدم ثلاثا ولا یهدم واحدة (٢) ویعضدها ایضاً الشهرة فانه بهذا افتی الشیخ فی النهایة والمبسوط والخلاف وابن البراج و ابن حمزة وابن ادریس ووالدی المصنف (والروایة الثانیة) روایة الحلبی فی الصحیح قال سالت اباعبدالله علیه السلام عن رجل طلق امرأته تطلیقة واحدة ثم ترکها حتی مضت عدتها وتزوجت زوجا غیره ثم مات الرجل او طلقها فراجعها زوجها الاول قال هی عنده علی طلقتین باقیتین (٣) و حمل الشیخ هذه الروایة وماورد مثلها علی احد امور ثلاثة ، ان یکون الزوج الثانی لم یدخل بها او یکون غیر بالغ (او) تکون متعة ،قال شیخنا فی المختلف لا بأس بهذا الجمع لاعتضاده باصالة الاباحة

قال قدس الله سره : و یشترط فیه اربعة الاول البلوغ (الی قوله) علی اشکال .

اقول : جوز ابن الجنید و الشیخ فی المبسوط و الخلاف تحلیل المراهق و هو الذی بلغ زمانا یقارب سن البلوغ و یمکن فیه عادة البلوغ بغیر السن وحدّه قوم بعشر سنین وشرط ابن حمزة فی المحلّل البلوغ وهو الاقوی عندی (احتج) الاولون

---

(١) ئل ب٦ خبر ٢ من ابواب اقسام الطلاق

(٢) ئل ب٦ ذیل خبر ٣ من ابواب اقسام الطلاق .

(٣) ئل ب ٦ خبر ٢ من ابواب اقسام الطلاق .

الثالث في الاحكام

لو انقضت مدة فادعت التزويج والمفارقة والعدّة (قبل) مع الامكان وان بعد وفي رواية ان كانت ثقة، ولو دخل المحلل فادعت الاصابة فان صدقها حلت للاول و ان كذّبها فالاقرب العمل بقولها لتعذر البينة عليها (وقيل) يعمل بما يغلب على الظن من صدقه وصدقها فان رجعت قبل العقد لم تحل عليه والا لم يقبل رجوعها ، و لو طلّق

بعموم قوله تعالى **حتى تنكح زوجا غيره** (١) (لنا) ان الصبى لا اعتبار بافعاله و لقول الرضا عليه السلام حين سئل رجل طلق امرأته الطلاق الذى لا يحل له حتى تنكح زوجا غيره فيزوجها غلام لم يحتلم قال لا حتى يبلغ (٢) ولقول النبى صلى الله عليه وآله للمرأة التى طلقها رفاعة ثلاثا أتريدين ان ترجع الى رفاعة لا حتى تذوقى عسيلته و يذوق عسيلتك (٣) ولا يتحقق ذلك الا فى البالغ اذا وطىء فى القبل مغيبا للحشفة والعسيلة قال عبيد بن القاسم بن سلام انها لذة الجماع وذهب آخرون انها الانزال وقيل على الاول اجماع الصحابة .

الثالث الاحكام

قال قدس الله سره : لو انقضت مدة (الى قوله) ثقة .

اقول: قوله وفى رواية : اشارة الى رواية الحسين بن سعيد ، عن حماد ، عن ابى عبد الله عليه السلام : فى رجل طلق امرأته ثلاثا فبانت منه و اراد مراجعتها قال لها انى اريد ان اراجعك فتزوجى زوجا غيرى قالت قد تزوجت زوجاً غيرك و حللت لك نفسى افيصدّقها ويراجعها كيف يصنع قال اذا كانت المرأة ثقة فقد صدّقت فى قولها .

قال قدس الله سره : ولو دخل المحلل (الى قوله) وصدقها .

اقول :الاول اختيار المصنف وهو الاقوى عندى لانها تصدق فى شرطه وهو انقضاء العدة فتصدق فى سببيته ولانها لو لم يكن القول قولها لزم احد الامرين (اما) عدم سماع

---

(١) البقرة ٢٢٨　(٢) ئل باب٨ خبر١ من ابواب اقسام الطلاق .

(٣) سنن ابى داود ج٢ باب المبتوتة لا يرجع اليها الخ هو بمضمونه .

الذمية ثلاثا فتزوجت بعد العدة ذميا ثم بانت منه و اسلمت حلت للاول بعقد مستأنف وكذاكل مشرك ، ولووطىء الامة مولاها لم تحل على الزوج اذا طلّقا مرتين ولوملكها المطلق لم تحل عليه الا ان تنكح زوجا غيره ولا تأثير للوطى المستند الى العقد الفاسد او الشبهة فى التحليل ، والمجبوب اذا بقى من ذكره ما يغيب فى فرجها قدر الحشفة حلت بوطيه وكذا الموجوء والخصى ولا فرق بين ان يكون المحلل حراً اوعبداً عاقلا اومجنونا وكذاالزوجة ولوكانت صغيرة فوطئها المحلل قبل بلوغ التسع فكالوطى فى الحيض ،

المقصد الرابع فى العدد وفيه فصول

(الاول) فى غير المدخول بها لا عدّة على من لم يدخل بها الزوج من طلاق او

قولها بالكلية وهو حرج عظيم لجواز موت الزوج قبل استعلامه اوعناده ولانه اجنبى لاتعلق له لانقضاء حقه بانقضاء العدة اوكون البينة عليها ولكنه متعذر فى الاغلب وهو اعظم حرجا والثانى قول الشيخ فى المبسوط لان الظن مناط الاحكام الشرعية .

المقصد الرابع فى العدد

وفيه فصول الاول فى غير المدخول بها

قال قدس الله سره :لاعدة على من لم يدخل بها الزوج من طلاق اوفسخ

اقول: مقدمات (الف) العدة بكسر العين وفتح الدال غير المعجمتين وتشديد الدال .مدة مقدرة باصل الشرع بالاشهر اوالاقراء اوالحمل يوجبها رفع النكاح بعقد بالموت مطلقا وبعد الدخول بغيره اووطى غير محرّم لاجنبية يجرم فيها على المرأة نكاح غير من هى عنه ويملك الزوج فيها الرجعة فى الرجعية (ب) الاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع (اما السنة) فكثيرة مشهورة متواترة (والاجماع) ياتى (واما الكتاب) فقوله تعالى **والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء (١)** وهى اول ما نزل من العدد

---

(١) البقرة ٢٢٧

فسخ ، والدخول يحصل بغيبوبة الحشفة اوما ساواها فى قبل او دبرانزل او لم ينزل و سواءكان صحيح الانثيين او مقطوعهما ولوكان مقطوع الذكر خاصة (قيل) وجبت العدة لامكان الحمل بالمساحقة ، ولو ظهرحمل اعتدت بوضعه .وكذا لوكان مقطوع الذكر

و قوله تعالى **واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر و اللائى لم يحضن و اولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن (١)** و نزلت عدة الوفاة مخالفة لعدة الطلاق فى قوله تعالى **و الذين يتوفون منكم و يذرون ازواجا وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج(٢)** ثم نسخ بقوله تعالى **والذين يتوفون منكم و يذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشراً(٣)**

(ج) العدة على اربعة اضرب (احدها) ماهو تعبد واستبراء والاستبراء فيه اقوى من التعبد وهو بالحمل (وثانيها) وهواوسطها ويستوى فيها الاستبراء والتعبد وهو الاقراء (وثالثها) الشهوروهواضعفها وان كانت مدخولا بها ممن يجوز حبلها ويستوى فيها التعبد والاستبراء (ورابعها) عدة غير المدخول بها للوفاة وهو تعبد محض (د) اجمعت الامة على وجوب العدة فى الجملة وانما اختلفوا فى انواع منها واجمعت الامة ايضاً على ان المطلقة قبل المسيس لاعدة عليها لقوله تعالى **يا ايها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن و سرحوهن سراحاً جميلا (٤)** (ه) اتفق العلماء على دلالة قوله من قبل ان تمسوهن فمالكم عليهن من عدة على ان بعد المس العدة للزوج مع التعبد (للتعبد ـ خل).

قال قدس الله سره : والدخول يحصل (الى قوله) بوضعه .

اقول: قوله قيل هوقول الشيخ فى المبسوط قال : فان حملت منه اعتدت بوضع الحمل فان لم تكن حاملا اعتدت بالشهور لا بالاقراء لان عدة الاقراء انما تكون عن طلاق بعد دخول وهو متعذر من جهته .

---

(١) الطلاق ٤ .　(٢) البقره ٢٤١
(٣) البقرة ٢٣٤　(٤) الاحزاب ٤٨

والانثيين على اشكال ، ولاتجب العدة للخلوة المنفردة عن الوطى وان كانت كاملة ، و لواختلفا حينئذ في الاصابة فالقول قوله مع يمينه ، ولو دخل بالصغيرة وهى من نقص سنها عن تسعة اوالبائسة وهى من بلغت خمسين اوستين ان كانت قرشية اونبطية فلا اعتبار بهولايجب لاجله عدة طلاق ولافسخ على رأى اما الموت فيثبت فيه العدة وان لم يدخل و ان كانت صغيرة اويائسة دخل اولا .

قال قدس الله سره : وكذا لو كان مقطوع الذكر والانثيين على اشكال.

اقول: ينشأ (من) قوله عليه السلام الولد للفراش (١) وايضا يمكن الحمل بالمساحقة لان محل المنى الصلب (ومن) عدم آلات تكوّن المنى (ولانه) بعيد عادة والعلوم العادية ضرورية ، وقول الشيخ في المبسوط لاتعتد عنه بالاقراء لايدل على انها تعتد بالاشهر.

قال قدس الله سره : ولودخل بالصغيرة (الى قوله) على رأى.

اقول: الخلاف في الصبية التى لم تبلغ والبائسة اذا طلقت بعد الدخول اوفسخ نكاحها بعد الدخول هل عليها عدة الطلاق ام لا، قال الشيخان وابنا بابويه وابو الصلاح و سلار وابن البراج وابن ادريس لاعدة عليهما وهواختيار المصنف وهوالحق عندى ، و قال السيد المرتضى وابن زهرة عليهما العدة (لنا) ما رواه عبدالرحمن بن الحجاج في الموثق ، عن الصادق عليه السلام : قال ثلاث يتزوجن على كل حال التى لم تحض ومثلها لاتحيض قال قلت وماحدّها قال اذا اتى بها اقل من تسع سنين والتى لم يدخل بها والتى قد يئست من المحيض ومثلها لاتحيض . قلت وماحدها قال اذا كان لها خمسون سنة (٢) و في الحسن عن زرارة ، عن الصادق عليه السلام في الصبية التى لاتحيض مثلها والتى قد يئست من المحيض: قال ليس عليهما عدة وان دخل بها (٣) ولان كلا من هاتين المطلقتين انتفى سبب الاعتداد فيهما وكل ما انتفى سبب الاعتداد انتفى الاعتداد (والثانية) ظاهرة (واما الاولى) فلان سبب الاعتداد استعلام فراغ الرحم من الحمل (لما) رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال التى لايحبل مثلها لاعدة عليها (٤) وفي هذا الحديث ايماء الى ما ذكرنا والحمل هنا

(١) سنن ابى داود ج٢ باب الولد للفراش . (٢) ئل باب٢ خبر٤ من ابواب العدد
(٣) ئل باب٢ خبر١ من ابواب العدد وفيه حماد بن عثمان عن الصادق عليه السلام
(٤) ئل باب٣ خبر٢ من ابواب العدد

الفصل الثانى فى عدة الحائل من الطلاق

وفيه مطلبان (الاول) فى ذوات الاقراء

الحرة المستقيمة الحيض تعتد بثلاثة اقراء وهى الاطهار فى الطلاق والفسخ سواء كان زوجها حراً اوعبداً وتحتسب الطهر بعد الطلاق ولو كان لحظة ، ولو حاضت مع انتهاء لفظ الطلاق لم يحتسب طهر الطلاق قرءاً وافتقرت الى ثلاثة اقراء مستأنفة بعد الحيض،

ممتنع بالنظر الى العادة لقوله تعالى حكاية عن زوجة ابراهيم عليه السلام **ءالد وانا عجوز وهذا بعلى شيخا (١)** واقرها عليه ثم اجابوا بقدرة الله تعالى وخرق العادات للاعجاز لايقتضى الوجود (احتج) المرتضى بقوله تعالى **واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائى لم يحضن (٢)** (و الجواب) ان العدة معلقة بالريبة فى اليأس وعدم البلوغ وقوله تعالى **واللائى يئسن** يدل على ان اليأس فى نفس الامر لااعتبار به فى الحكم بل بالعلم ، لانتفاء الحكم بالريبة .

الفصل الثانى فى عدة الحائل من الطلاق

وفيه مطلبان الاول فى ذوات الاقراء

(مقدمة) لفظ القرء اختلف اهل اللغة فيه على اقوال اربعة (الف) انه اسم للحيض حقيقة ويستعمل فى الطهر مجازاً لانه لاتسمى المرأة من ذوات الاقراء الا اذا حاضت (ب) انه للطهر حقيقة ويستعمل فى الحيض مجازاً (ج) انه اسم مشترك بالاشتراك اللفظى بين القرء والطهر كسائر الاسماء المشتركة (د) انه اسم للانتقال من معتاد الى معتاد فيتناول الانتقال من الحيض الى الطهر والانتقال من الطهر الى الحيض (واما الفقهاء) فقد اتفقوا على ان اقراء العدة احد الامرين من الحيض او الطهر (واختلفوا) فى النص الالهى فيهما (فقيل) المراد بالقرء الحيض دون الطهر وهو اختيار جماعة من الصحابة و التابعين و الفقهاء المتأخرين ، وقال بعضهم المراد بالقرء :الطهر وهو الاقوى عندى و عند والدى

---

(١) هود ٧٥ (٢) الطلاق ـ ٤

واذارأت الدم الثالث خرجت من العدة واقل زمان تنقضي به العدة ستة وعشرون يوما و لحظتان - الاخيرة دلالة على الخروج لاجزء فلايصح فيها الرجعة ، ولواتفق عقدالثانى فيها صح ، ولواختلفت عادتها صبرت فى الثالث الى انقضاء اقل الحيض والمرجع فى الطهر والحيض اليها فلوقالت كان قدبقى بعدالطلاق زمان يسير من الطهر فانكر قدم قولها وان

لقوله تعالى **ثلاثة قروء**(١) فاثبت الهاء فى العدد وهو مختص بالمذكر والطهر مذكر و الحيض مؤنث فوجب ان يكون المراد الطهر دون الحيض وقال تعالى **يا ايها النبى اذاطلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن** (٢) اى فى وقت عدتهن لقوله تعالى **ونضع الموازين القسط ليوم القيمة**(٣) اى فى يوم القيمة والطلاق فى الحيض ليس بمامور به لتحريمه اجماعا ولان قوله تعالى (لعدتهن) يقتضى اتصال العدة بالطلاق (لان) دخول اللام على الشرط يقتضى اتصاله بالمشروط كقول القائل اطعم زيداً ليشبع (فعلى القول) بان القرء هوالطهر اذا طلقها فى الطهر اعتدت ببقية الطهر الذى وقع فيه هذا الطلاق قرءاً و من جعله حيضا لم يعتد ببقية الطهر ففصل بين العدة و الطلاق على الثانى لا الاول (احتج) القائل بان القرء هو الحيض بقوله تعالى **والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء**(٤) وهوعام ولوجعل القرءهوالطهر لكان اذا طلق ثم حاضت بعد يوم اقيم مقام القرء عند القائل بالاطهار فلايكون عدتها ثلاثة اقراء فيلزم التخصيص اوالنسخ لان الآية تقتضى تمام الثلاثة اقراء وهيهنالم يتم وبقوله تعالى **واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر**(٥) فنقلها عما يئست منه الى بدله والبدل غير المبدل فلماكان اليأس من الحيض دل على انه القرء(وبما روى) ان النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال لفاطمة بنت ابى حبيش: اقعدى عن الصلوة ايام اقرائك(٦) والمراد الحيض (والجواب)عن الاول بان القرء طهر انتهى بالحيض فماذكره

---

(١) الطلاق٤ (٢)الطلاق٣ (٣)النساء ٤٧
(٤)البقرة٢٢٧ (٥)الطلاق٤
(٦) كل باب ٣خبر٤ من ابواب الحيض

تضمن الخروج من العدة المخالف للاصل ، ولوادعت الانقضاء قبل مضي اقل زمان ينقضي به العدة لم يقبل دعواها فان صبرت حتى مضى زمان الاقل ثم قالت غلطت والآن انقضت عدتي قبل قولها وان اصرت على الدخول ففي الحكم بانقضاء عدتها اشكال ينشأ (من) ظهور كذبها (ومن) قبول دعواها لو استانفتها فتجعل الدوام كالاستيناف ، ولا يشترط في القرء ان يكون بين حيضتين فلو طلقها قبل ان ترى الدم ثم ابتدأت بالحيض احتسب الطهر بين الطلاق وابتداء الحيض قرء وزمان الاستحاضة كالطهر ولو استمر الدم مشتبها رجعت الى عادتها المستقيمة فان لم تكن رجعت الى التميز فان فقدته رجعت الى عادة نسائها فان اختلفن اعتدت بالاشهر و لو كان حيضها في كل ستة اشهر او خمسة اعتدت بالاشهر ، ولو اعتدت من بلغت الحيض ولم تحض بالاشهر ثم رأت الدم بعد انقضاء العدة لم يلزمها الاعتداد بالاقراء ثانياً ولو رأته في الاثناء اعتدت بالاقراء وتعتد بالطهر السابق قرءاً ولو رأت الدم مرة ثم بلغت سن اليأس اكملت العدة بشهرين .

ولو كان مثلها تحيض اعتدت بثلاثة اشهر ، وتراعي الشهور والحيض ايهما سبق خرجت العدة (اما) لو رأت الدم في الثالث و تأخرت الحيضة الثانية او الثالثة صبرت

قرء تام لا بعضه (وعن الثاني) ان القرء بمعنى الطهر مقدر بالحيض ايضاً لانه ليس مطلق النقاء بل هو نقاء ينتهي الى الحيض فنقلها من طهر مقيس بالحيض الى طهر مقيس بالشهور (وعن الثالث) في قوله ايام اقرائك قال بعض الرواة انه زيادة في الخبر ولم يثبت (ولان) القرء يطلق على الحيض خصوصا مع القرينة والقرينة هنا ثابتة (ولان) البحث في لفظ القرء في العدة لا مطلقا وبمنع السند .

قال قدس الله سره : ولو ادعت الانقضاء (الى قوله) كالاستيناف .

اقول: الاقوى عندي الاول.

قال قدس الله سره : و لو كان مثلها تحيض (الى قوله) احتباس الدم الثالث .

اقول: قوله (ايهما سبق خرجت العدة) مستنده رواية زرارة في الحسن ،عن الباقر عليه السلام قال . امران ايهما سبق بانت المطلقة المستراية ، تستريب الحيض

تسعة اشهر لتعلم برائة رحمها ثم اعتدت بعد ذلك بثلاثة اشهر وفي رواية تصبر سنة ثم تعتد بثلاثة ونزّ لها قوم على احتباس الدم الثالث .

ان مرت بها ثلاثة اشهر بيض ليس فيها دم بانت منه وان مرت لها ثلاث حيض ليس بين الحيضتين ثلاثة اشهر بانت بالحيض (١) والمقصود بالبحث هنا اذا تأخرت الحيضة الثانية او الثالثة لكن نورد اوّلاً ما يبنى عليه هذه المسألة ثم نذكرها (فنقول) هنا قاعدتان (الف) المرأة التي لا تحيض ومثلها تحيض تعتد بثلاثة اشهر اجماعا لقوله تعالى **واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن (٢)** فقوله (واللائي لم يحضن) عطف على قوله (واللائي يئسن) فيكون المراد فعدتهن ثلاثة اشهر (ب) الاصل في عدة الحامل الاقراء ونبّه عليه تعالى باطلاق (والمطلقات) وشرط الاشهر بفقدها ونبّه عليه تعالى بقوله (واللائي)

اذا عرفت ذلك (فنقول) هذه تراعي الاشهر والحيض لتناول الآيتين لها في الحالتين فانّهما سبق خرجت العدة ويتفرع على ذلك انها اذا ابتدئت العدة بالاشهر فرأت في آخر الثالث دم الحيض واليه اشار المصنف بقوله (اما لو رأت الدم) لان اللام هنا للعهد لا للجنس بطلت العدة بالاشهر لفقد شرطها وتحسب الماضي قرءاً لان القرء طهر نهايته الحيض ولا يتركب من الاقراء والاشهر فهنا عدة واحدة اجماعا ولان الواجب الواحد لا يؤدى ببعض الاصل وبعض البدل الاضطراري المشروط بتعذّر الاصل الا بنص شرعيّ ولم يثبت هنا فتعيّن بطلان حكم ما مضى من الاشهر واستيناف العدة بالاقراء ويتفرع على هذا الفرع فرع آخر وهو ان هذه التي رأت في الثالث حيضة ثم استأنفت العدة بالاقراء اذا تاخرت الحيضة الثانية او الثالثة ففيها للاصحاب اقوال ثلاثة (الف) اختيار المصنف هنا وهو مذهب ابن ادريس ومن تبعهما انها تصبر مدة يعلم برائة رحمها من الحمل وهو تسعة اشهر من حين الطلاق لانه اقصى مدة الحمل عندهم فان ظهر فيها حمل خرجت لوضعه وان لم يظهر فيها حمل علم برائة الرحم ظاهراً فاعتدت بثلاثة اشهر وكان بمنزلة الثلاثة الاقراء

(١) ك ل باب ٣ خبر ٥ من ابواب العدد (٢) الطلاق ٣

المطلب الثانى فى ذوات الشهور

الحرة التى لاتحيض وهى فى سن من تحيض المدخول بها تعتد من الطلاق والفسخ

لان العدة لعلم براءة الرحم ونبه عليه فى القرآن بقوله تعالى **ان ارتبتم** (ب) قيل انها تصبر سنة لانه اقصى مدة الحمل وهذا بناء على ان اقصى مدة الحمل سنة فان ظهر فى اثناء السنة حمل اعتدت بوضعه والا اعتدت بعدها بثلاثة اشهر (واستدل) على هذا القول برواية عمار الساباطى : قال سئل ابوعبدالله عليه السلام عن رجل عنده امرأة شابة وهى تحيض فى كل شهرين اوثلاثة اشهر حيضة واحدة كيف يطلقها زوجها: فقال امرهذه شديد هذه تطلق طلاق السنة طلقة واحدة على طهر من غير جماع بشهود ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيضات متى ماحاضتها فقد انقضت عدتها : قلت له فان مضت سنة فلم تحض فيها ثلاث حيضات ، قال تربص بعد السنة ثلاثة اشهر ثم قد انقضت عدتها :قلت فان ماتت اومات زوجها.قال فايهما مات ورثه صاحبه مابينه وبين خمسة عشر شهراً (١) وهذه الرواية هى التى اشار المصنف اليها بقوله: (وفى رواية تصبر سنة الى آخره) ونزلها الشيخ فى النهاية على ماذا تاخرت الحيضة الثالثة بعدان رأت الدم فى اثناء التسعة اشهر ثانيا فلتصبر تمام السنة ثم تعتد بثلاثة اشهر تمام الخمسة عشر شهراً (اورد) الفاضل نجم الدين بن سعيد عدم دلالة الرواية عليه فهو تحكم (قلت) الرواية مطلقة ليس فيها ماينا فيه والادلة غيرها تنفى ماعدا هذا التاويل فتنزل عليه (ولان) التحكم القول من غير دليل وابطال دلالة امرمعين وعدم الوقوف على غيره لايوجب الحكم بالبطلان فان عدم وجدان واحد لايدل على العدم (ج) قول ابن البراج انه (ان كان) انقطاع الدم لعارض كمرض ورضاع لم تعتد بالشهور بل تصبر حتى يمضى ثلاثة اقراء وان طالت مدتها (وان لم يكن) لعارض فان مضى ثلاثة اشهر بيض لم تردما فيها فقد انقضت عدتها وان رأت الدم قبل ذلك ثم ارتفع حيضها لغير عذر اضافت اليها شهرين وان كان لعذر صبرت تمام تسعة اشهر ثم اعتدت بعدها بثلاثة اشهر فان ارتفع الدم الثالث صبرت تمام السنة ثم اعتدت بثلاثة اشهر بعد ذلك وانما طولنا الكلام فى هذه المسألة لانها موضع اشتباه .

(١) ئل باب١٣ خبر١ من ابواب العدد

وان كان الوطى عن شبهة بثلاثة اشهر فان طلقت فى اوّل الهلال اعتدت بالاهلة نقصت او كملت ،وان طلقت فى اثناء الشهر اعتدت بهلالين ثم اخذت من الثالث كمال ثلاثين على رأى ولو انقضت العدة ونكحت آخر فارتابت بالحمل من الاوّل لم يبطل النكاح وكذا لو لم تنكح جاز نكاحها ،ولو ارتابت قبل الانقضاء لم تنكح وان انقضت العدة والاقرب جواز نكاحها الامع يقين الحمل وعلى كل تقدير لو ظهر حمل بطل نكاح الثانى .

المطلب الثانى فى ذوات الاشهر

قال قدس الله سره: وان طلقت فى اثناء الشهر (الى قوله) على رأى .

اقول: انحصرت آراء المسلمين فى هذه المسألة فى اقوال ثلاثة (الف) اعتبار الجميع بالاهلة الاول وما بعده ويقضى من الرابع مافات من الاول فلو كان الاول تسعة وعشرين يوما وطلقها وقد مضى عشرون يوماً تحسب بتسعة ويقضى عشرون يوما من الرابع وقوّاه الشيخ لقوله تعالى **يسألونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس و الحج (١)** (ب) سقوط اعتبار الهلال فى الاول وتكميل ثلاثين من الرابع ويعتبر ما بعده بالاهلة وهو اختيار ابن ادريس وقول الشيخ لاشتراك الشهر لفظا وتعذر الهلالى فيبقى العدد وهو ثلاثون وهو الاصح عندى (ج) سقوط اعتبار الاهلة فى الجميع وانكسار الكل بانكسار الاول فيعتبر كل شهر بثلاثين (فائدة) يتصور انطباق الطلاق على اول الشهر بان يبتدى باللفظ ويقترن آخر جزء منه باول جزء من الشهر هذا باجماع المسلمين وعند المخالفين بتعليق الطلاق بانسلاخ الشهر او بأول الشهر الذى يليه .

قال قدس الله سره : ولو انقضت العدة (الى قوله) نكاح الثانى .

اقول: المرتابة بالحمل هى التى يحصل لها ما يصلح ان يكون امارة للحمل بحيث يحصل لها معه شك فى الحمل كحركته او ثقله ونحوه اذا عرفت ذلك (فنقول) كل عدة عن وطى غير وضع الحمل فهى بدل اضطرارى عن الحمل لان العدة للدلالة على براءة الرحم و غير الحمل و هى الاشهر والاقراء يدلّان على البراءة ظاهراً لامكان ظهور الخلاف فهى دلالة ظنية ووضع الحمل يدل عليها دلالة قطعية واكتفى بالظاهر عن القطع لتعذر تحصيله

(١) البقرة - ١٨٥ .

الفصل الثالث فى عدة الحامل من الطلاق

وتنقضى العدة من الطلاق والفسخ بوضع الحمل فى الحامل وان كان بعد الطلاق بلحظة وله شرطان (الاول) ان يكون الحمل ممن له العدة او يحتمل ان يكون منه كولد اللعان امّا المنفى قطعاً كولد الصّبى او المنتزح (١) فلا تنقضى به عدة ، و لو اتت زوجة البالغ بولد لدون ستة اشهر لم يلحقه فان ادعت انّه و طىء قبل العقد للشبهة احتمل انقضاء العدة به، والاقرب العدم لانّه منفى عنه شرعا نعم لو صدقها انقضت به ، ولو طلق

فاذا حصل الاصل بطل البدل الاضطرارى فاذا اعتدت بغير الحمل ثم ظهر الحمل بطلت العدة على كل حال بالاجماع (امّا الريبة) بالحمل لامارة توجبها (اما) ان يكون بعد انقضاء العدة نكاح آخر او قبل ذلك (فان كان) الاول لم تبطل العدة ولا النكاح اجماعا (وان كان) الثانى فامّا ان يكون بعد انقضاء العدة وقبل نكاح آخر فقد حكم المصنف بعدم بطلانها وجواز نكاحها لانه قد حكم بانقضاء العدة شرعا فلا ينقض الحكم بمجرد الشك فيجوز لها النكاح لصحة الحكم بالانقضاء وهذا اثره (واما) ان يحصل الريبة قبل انقضاء العدة فلا يجوز لها نكاح آخر قبل انقضاء العدة قطعاً لبقاء العدة، وهل يجوز بعد انقضائها مع بقاء الريبة : قال المبسوط لا يجوز وان نكحت فالنكاح باطل لان النكاح مبنى على الاحتياط التام ، وقال الشيخ فى المصنف بل يجوز لوجود المقتضى وهو خروج العدة لان سبب الظن الراجح حاصل و لهذا يقطع النفقة ولم يجز الرجعة فى الرجعية و انتفاء المانع اذ الريبة وهم وهو مرجوح الظن فلا يعارض الظن الراجح والاقرب عندى ماهو الاقرب عند المصنف .

قال قدس الله سره : ولو اتت زوجة البالغ (الى قوله) انقضت به .

اقول : وجه الاحتمال انها زوجة حامل بحمل يمكن ان يكون له وكل زوجة كذلك فان عدّتها وضع الحمل (اما الصغرى) فلامكان صدقها فى دعوى وطيها قبل العقد (واما الثانية) فلاخلاف فيه (ولان) هيهنا قاعدة مقررة ان القول قول المرأة فى انقضاء العدة بامانها (٢) مع تحقق الامكان وقد اتفق عليها الكل ، ويمكن ان

---

(١) وقد نزح بفلان اذا بعد عن دياره غيبة بعيدة وتقول انت بمنتزح من كذا اى ببعد (صحاح)
(٢) اى بشىء لا يعلم الامن قبلها كالحيض

الحامل من زنا منه اومن غيره اعتدت بالاشهر لا بوضع الحمل ولو كان الحيض يأتيها اعتدت بالاقراء لان حمل الزنا كالمعدوم (الثاني) وضع مايحكم بانه حمل علماً أوظنا فلاعبرة بماشك فيه وسواء كان الحمل تاما اوغير تام حتى العلقة اذا علم انها حمل ولا عبرة بالنطفة ، ولو وضعت احد التوأمين بانت من الاول ولم تنكح الابعد وضع الاخير، والاقرب تعلق البينونة بوضع الجميع واقصى مدة بين التوأمين ستة اشهر ولا تنقضي بانفصال بعض الولد فلو ماتت بعد خروج رأسه ورثها ولو خرج منه قطعة كيده لم يحكم بالانقضاء حتى تضع الجميع .

يكون الامر كما تزعمه والولادة من فعلها ، والاقرب عند المصنف عدم الانقضاء به لانه منفي عنه شرعا والاصل عدم الوطي والتحاق الولد به شرعا شرط الامكان ولم يثبت هنا فاذن انتفى الامكان وفرق بين هذه المسألة وبين اللعان لان المنفي باللعان انتفى بمجرد اقراره وفي هذه انتفى بسبب شرعي غير صادر منه وهو انتفاء شرط الالحاق (ولان) سبب الالحاق شرعا وهو الفراش في اللعان موجود وحكم الشارع بنفيه عنه مع ثبوت الامكان الشرعي و هيهنا السبب منفي لانه لم يعلق في فراشه قطعا (ولا يرد) انه يلزم الحكم في قضية واحدة بمتنافيين (لان) انقضاء العدة سببها امكان كونه منه وامكان الحاقه في نفس الامر ونفي الميراث لنفيه في الظاهر لا في نفس الامر والمختار عندي ماهو الاقرب عند المصنف اما لو صدقها على دعواها فانه ينقضي العدة بوضعه ويتوارثان .

قال قدس الله سره : ولو وضعت احد التوأمين (الى قوله) بوضع الجميع

اقول : الاول قول الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة والثاني قوله في الخلاف والمبسوط وابن ادريس وهو الاقوى عندي (ووجه القرب) قوله تعالى **واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن(١)** وحملها مجموع الولدين فحال وضع الاول لم تضع حملها بتمامه (ولان) العدة موضوعة لاستبراء الرحم وخلوه من ولد مظنون فكيف يصح ان ينقضي مع بقاء ولد موجود .

---

(١) الطلاق ٤

ولوخرج مايصدق عليه اسم الآدمى ناقصا كيد علم بقاؤها فالاولى الانقضاء ،و لو طلقت فادّعت الحمل صبر عليها اقصى الحمل وهوسنة على رأى ثم لايقبل دعواها (وقيل) تسعة اشهر . ولوطلق رجعيا ثم مات فى العدة استأنف عدة الوفاة وان قصرت عن عدة الطلاق كالمسترابة على اشكال ، ولوكان باينا اتمت عدة الطلاق ولوكان البائن مبهما ومات قبل التعيين اعتدت الحامل بابعد اجلى الطلاق كالمسترابة والوفاة .

قال قدس الله سره : ولوخرج مايصدق (الى قوله) الانقضاء

اقول :وجه الاولوية انه يصدق عليه اسم الآدمى فيصدق وضع الولد ويحتمل عدمه لانها لم تضع كل الحمل ولم تحصل برائة الرحم وفراغه من الحمل وهوالاقوى عندى و يتفرع على ذلك بقاء الرجعة فى الرجعية ووجوب الانفاق والتوارث.

قال قدس الله سره : ولوطلقت فادعت الحمل (الى قوله) تسعة اشهر .

اقول: الكلام فى مقامين (الف) فى كمية اقصى مدة الحمل وقد ذكر فيه القولين و الاول منهما قول السيد المرتضى فى الانتصار وابى الصلاح والثانى مذهب المفيد ، و الشيخ فى الخلاف و المبسوط ، وابن الجنيد ، وابن البراج ، وسلار ، وابن ادريس و سيأتى تمام البحث فى موضعه (ب) انه اذا انقضى اقصى مدة الحمل حكم بانقضاء عدتها ولم يحتج الى اعتداد زائد وهو مذهب ابن ادريس للعلم بكذب دعواها ووقوع العدّة موقعها ، وقال الشيخ فى النهاية تعتد بعد تسعة اشهر بثلاثة اخرى لما رواه عبدالرحمن بن الحجاج فى الصحيح : قال سمعت ابا ابراهيم عليه السلام يقول اذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلا انتظر تسعة اشهر فان ولدت والا اعتدت ثلاثة اشهر ثم قد بانت منه (١) و شيخنا والدى المصنف اختار فى المختلف اختيار الشيخ فى النهاية و هو الاقوى عندى .

قال قدس الله سره : ولوطلق رجعيا (الى قوله) على اشكال.

اقول قوله (استأنفت عدة الوفاة) المراد به ان الماضى لا يحسب فى اعتداد ها بابعد الاجلين والضمير فى قوله (وان قصرت) راجع الى عدة الوفاة ومنشأ الاشكال

(١) ئل باب ٢٥ خبر ١ من ابواب العدد

فروع

(الف) لواتت بولدلاقل من ستة فان لم تنكح زوجا غيره لحق به وان كانت رجعية حسبت السنة من وقت الطلاق لامن وقت انقضاء العدة على اشكال (ب) لو نكحت ثم

عموم قوله تعالى **و الذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهروعشراً (١)** ومن حيث كون المسترابة تعتد بثلاثة اشهر لتعلم برائة رحمها من الحبل وربما تعتد بتسعة اشهراوسنة فحينئذ تعتدالمتوفى عنها زوجها بابعدالاجلين لحكمة برائة رحمها .

قال قدس الله سره : لواتت بولد لاقل من سنة (الى قوله) على اشكال .

اقول: ينشأ (من) ان الطلاق هو المزيل للنكاح فيحرم وطيها بغير الرجعة فتكون كالبائنة فى النكاح و الولد نتيجته فتكون كالبائنة فيه (ومن) ان الرجعية كالزوجة لانهما يتوارثان و يباح له الوطى ويكون رجعة ويقع الظهار منه والايلاء وهما معلولا النكاح ووجودالمعلول دليل وجود العلة (والتحقيق) ان الرجعية هل هى فراش ام لا لزوال النكاح بالفعل و ان بقى بعض لوا زمه لان اللازم اعم (فان قلنا) انها فراش فالا عتبار بالمدة من انقضاء العدة (و ان قلنا) انها ليست بفراش فالاعتبار من الطلاق والاول اختيار الشيخ الطوسى فى المبسوط وهو الاقوى عندى ثم فرع الشيخ على ذلك فى الرجعى انه اذا مضى قدر العدة من الاقراء اوالاشهر ثم اتت بولدلاكثر من سنة من انقضاء المدة لم يلحقه لانا تبيّنا ان الحمل لم يكن موجوداً حال الاقراء والاشهر فتبين بانقضائها فتكون كمالوبانت بالطلاق البائن اوالفسخ ثم اتت بولد لاكثر من سنة من البينونة وان اتت به لاقل من سنة وبالجملة لاقل من اقصى مدة الحمل تبيّنا انها حملت به فى حال العدة وهى فراش حينئذ فيلحق به .

(واعلم) ان هيهنا فوائد (الف) النكاح الدائم مع الدخول فراش موجب لالتحاق النسب بمجرد امكان كونه منه ويبقى هذا الايجاب بعدزوال النكاح ببقاء الامكان

---

(١) وفى نسخة بدل قوله عموم قوله تعالى الخ عموم النص والنظر الى المعنى والحكم انتهى والاية فى البقرة ٢٣٤

اتت بولد لزمان يحتمل من الزوجين لحق بالثانى ان كان النكاح صحيحا اذ لاسبيل الى بطلان الصحيح وان كان فاسداً اقرع و مدة احتمال الثانى تحتسب من الوطى لامن العقد الفاسد، وعدة النكاح الفاسد تبتدىء بعد التفرق بانجلاء الشبهة لابعدآخروطيه على اشكال (ج) لووطئت للشبهة ولحق الولد بالوطى لبعدالزوج عنهاثم طلقها الزوج اعتدت بالوضع من الواطى ثم استأنفت عدة الطلاق بعدالوضع (د) لواتفق الزوجان على زمان الطلاق واختلفا فى وقت الولادة هل كان قبله أو بعده قدّم قولها مع اليمين لانه اختلاف فى فعلها ، ولواتفقا على زمان الوضع واختلفا فى وقت الطلاق هل كان قبل الوضع او

بلامعارض ارجح ومن ثم حكم الشارع بالتحاقه ولم يقبل منه نفيه بلالعان (ب) لابد من امكان العلوق منه فى وقت الفراش فيمكن لحوقه به فى الفراش (ج) ان امكان كونه منه باق الى اقصى مدة الحمل فينتفى الامكان فينتفى الولد منه بغير لعان وهذه القواعد اجماعية وانما الخلاف فى موضعين (احدهما) فى كمية اقصى مدة الحمل وقد تقدم (وثانيهما) فى ابتداء هذه المدة مع الطلاق وشبهه فاما ان يكون الطلاق بائنا اورجعيا فان كان الطلاق بائنا قال الفقهاء المبدء من وقت الطلاق (وفى هذه العبارة نظر) لانه يلزم ان يكون اقصى مدة الحمل اكثر مما فرض انّه اقصى مدة الحمل لتقدم العلوق على الطلاق لانه لابد وان يكون العلوق فى الفراش وهو وقت قبل الطلاق لان الطلاق البائن سبب البينونة وسبب زوال الفراش .

(والحق) انه وقت هو آخر امكان العلوق قبل الطلاق وشبهه فى البائن واما فى الرّجعى فيكون ذلك الوقت قبل الطلاق اوانقضاء العدة على اختلاف الرأيين كما تقدم وهذه العبارة هى القويمة التى اختارها اخيراً المصنف .

قال قدس الله سره : وعدة النكاح الفاسد (الى قوله) على اشكال.

اقول: ينشأ (من) ان العدة للوطى خاصة لان النكاح ليس بصحيح وكل عدة من مجرد الوطى خاصة فان مبدئها الفراغ منه (ومن) حيث انها كالنكاح وهذا الاخير اختيار الشيخ فى المبسوط لان الاستيلاء به ينقطع والفراش فى ظنه يزول.

قال قدس الله سره: ولواتفقا على زمان الوضع (الى قوله) مقدما .

بعدمقدّم قوله لانه اختلاف فيفعله وفيه اشكال منحيث انالاصل عدم الطلاق والوضع فكان قول منكرهما مقدما (ه) لواقرتبانقضاء العدة ثمجائت بولد لستة اشهرمنذطلقها (قيل) لايلحق به (ويحتمل) الالحاق انلم يتجاوز اقصىالحمل اولم تكنذات بعل(و) لوادعت تقدم الطلاق فقال لاأدرى فعليه يمين الجزم اوالنكول ولوجزم الزوج فقالت لاادرى فلهالرجعة ولاتقبل دعواها معالشك (ز) لورأت الدم علىالحبلم تنقض عدتها منصاحب الحمل بتلك الاقراء لان المقصود من الاقراء برائة رحمها وهذه الاقراء لم تدل عليها (ح) لووضعت مايشتبه حكم بقول اربع من القوابل الثقات فان حكمن بانه حملانقضت العدة والافلا .

اقول: هنا اصل يتفرع منه مسألتان ، وهو انه اذا اتفقا على زمان الوضع بان كان يوم الخميس كذا من الشهرمثلاثم اختلفا فى وقت الطلاق فهنا مسألتان (الف)ان يدعى الزوج تقدمه كيوم الاربعاء فى المثالالمذكور فيثبت انقضاء العدة ويبقىتوابعها وتقول هى بليومالجمعة فى المثال فينعكسنفيه واثباتهفيقدّم قول الزوج لان الطلاق من فعله ، ويعارضه انالاصل عدمالطلاق يوم الخميس والاصل بقاء حقوقها ، والاصح عندى الاول (لان) الطلاقبيده ويصدّق فى اصله فيصدق فى وقته (ب) عكس الاولى فتقول طلقنى يوم الاربعاء فيقول هو الجمعة فتنفى حقه ويثبتهووهيهنا قولهمقدم قطعا (لان) الطلاق من فعله وهو ينفيه وقوله (والوضع) عطف على الطلاق اى الاصل عدم الوضع واشارة الى انهلواتفقالزوجان على زمان الطلاق واختلفا فى زمان الوضعفانه يحتمل انيكونالقول قولنافيه لان قوله يوافق الاصل وهذا معنى المنكر(ويحتمل) تقديم قولها لانه من فعلها .

قالقدساللهسره : لواقرت بانقضاء العدة(الىقوله) ذات بعل.

اقول: قوى الشيخ فى المبسوط عدم اللحوق (لان) قول المرأة مقبولفىانقضاء العدة بما يمكن صدقهـا فيه لقوله تعالى **ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلقاللهفى ارحامهن (١)** فلولا قبول قولهن لماحرم كتمانه عليهن ويمكن تجدده بعدهـا (لان)

---

(١) البقره ٢٣٤

الفصل الرابع فى عدة الوفاة

تعتد الحرة لوفاة زوجها بالعقد الدائم ان كانت حايلا باربعة اشهر وعشرة ايام صغيرة كانت او كبيرة مسلمة اوذمية دخل بها الزوج اولا صغيرا كان اوكبيرا أحراً اوعبداً سواء كانت

التقدير مضى اقل الحمل وهوستة اشهر من حين الطلاق فلا يقبل منها دعوى تنافى اقرارها (ولان) اقرارها بانقضاء العدة صحيح ظاهراً فلا يبطله بامر محتمل كما اذا حكم الحاكم بالاجتهاد ثم تغير اجتهاده فانه لاينقض الاول (ويحتمل) الالحاق بشرطين (احدهما) ان لايتجاوز اقصى مدة الحمل (وثانيهما) ان لاتكون ذات بعل وفى معناه المولى اى لاتكون ذات بعل ولامولى يطأها (ووجه هذا الاحتمال) ان هذا الولد يمكن ان يكون من فراشه وليس معه من يساويه ولامن هواولى فوجب ان يلحق به والاقوى عندى الثانى ولا ينافى هذه القاعدة السابقة لان تلك لم يقر احدهما بخروج العدة و هيهنا قد اقرت بخروج العدة لتوهمها عدم الحمل .

الفصل الرابع فى عدة الوفاة

مقدمات

(الف) اجمع علماء الاسلام على ان عدة الوفاة للحامل اربعة اشهر وعشراً لقوله تعالى **والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا (١)** ودلت السنة المتواترة عليه وكانت فى صدر الاسلام سنة لقوله تعالى **والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا وصية لازواجهم متاعاً الى الحول غير اخراج (٢)** وكان لها النفقة فى العدة فنسخت النفقة بالميراث ونسخت السنة باربعة اشهر وعشرة ايام لتأخرها عن آية الحول فى التنزيل اجماعا من الصحابة ولايضر تلاوتها فان الاعتبار فى النسخ بالتأخر فى التنزيل (ب) العشر المعتبرة فى العدة هى عشر ليالى مع ايامها (لايقال) اسقط التاء فى العشرة وهو يطلق على الليالى دون الايام لانها للمؤنث ولو اراد الايام لقال عشرة لقوله تعالى **سخرها عليهم سبع ليال وثمانية ايام (٣)** (لانا نقول) (الايام فيما قبل العاشر فلم يمنع دخولها فى العاشر لان المراد بجميع العدة واحد خ) ولان اطلاق الليالى يقتضى دخول الايام معها واطلاق الايام يقتضى دخول

(١) البقرة - ٢٣٤　(٢) البقرة ٢٤١　(٣) الحاقة - ٧

من ذوات الاقراء اولا ولا يشترط ان تحيض حيضة فى المدة والشهور تعتبر بالاهلة ما امكن و لاتعتبر بالايام الا ان ينكسر الشهر الاول بان يكون الباقى من الشهر اكثر من عشرة ايام وتبين بغروب الشمس من اليوم العاشر، ولوكانت عمياء ولم يتفق لها من يخبرها اعتدت بمائة وثلاثين يوما والحامل تعتد بابعد الاجلين من وضع الحمل و مضى اربعة اشهر وعشرة ايام .

ويجب عليها الحداد حاملا كانت اوحايلا صغيرة اوكبيرة مسلمة اوذمية ، و فى

الليالى معها وعليه اجماع الامة هنا وايضاً قال ابن الاعرابى ان التاء تدل على المذكّر و عدمها يدلّ على المؤنث اذاكان العدد مفسراً فيقال عشرة ايام وعشر ليالى واما مع اطلاق العدد وعدم التفسير فلايدل على ذلك (ويحتمل) ان يتناول المذكر والمؤنث كما روى عنه صلى الله عليه وآله وسلم من صام رمضان واتبعه بست من شوال فكانّما صام الدهر كله (١) (ج) عدة الحامل للوفاة بابعد الاجلين و عليه اتفاق الامامية و هو مذهب ابن عباس و نص عليه على عليه السلام (٢) لقوله تعالى يتربصن الآية وقوله تعالى **واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن (٣)** فيجب الجمع بينهما (ووجهه) ماذكرناه (د) الحداد واجب على الحرة فى عدة الوفاة مدة العدة والحداد هو ترك التحلى والتطيب والتزين فى البدن و الثياب (اماوجوبه) فى عدة الوفاة فباجماع فقهاء الاسلام (ولااعتبار) بخلاف الشعبى و الحسن البصرى (لاجماع) من كان قبلهما ومن بعدهما (واماكونه) تمام العدة فلقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخران تحد على ميت فوق ثلاث ليال الاعلى الزوج اربعة اشهر وعشراً (٤) متفق عليه (ولما) روته ام سلمة عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قالت جائت امرأة الى النبى صلى الله عليه وآله وسلم فقالت يارسول الله انّ بنتى توفى عنها زوجها وقداشتكت عينها فاكحلها فقال (لا) مرتين اوثلاثا كل ذلك يقول (لا) ثم قال انماهى اربعة اشهر و عشرا الحديث (٥)

قال قدس الله سره : ويجب عليها الحداد حاملا (الى قوله) وفى الامة اشكال

اقول: ذهب الشيخ فى المبسوط الى وجوب الحداد عليها واختاره ابن ادريس

---

(١) سنن ابى داود ج٢ باب فى صوم ستة ايام من شوال وليس فيه لفظة (كله)

(٢) ك ل باب ٣١ خبر ٣ من ابواب العدد (٣) الطلاق ٤

(٤ - ٥) سنن ابى داود ج٢ باب احداد المتوفى عنها

الامة اشكال وهو ترك الزينة فى الثياب والبدن والادّهان المقصود بها الزينة والتطيب مثل الطيب فى البدن و الثوب و الصبّغ فى الثوب الّا الاسود والازرق لبعدهما عن الزينة ولاتمس طيبا ولاتدّهن بطيب كدهن الورد والبنفسج وشبههما ولا بغيره فى الشعر ويجوز فى غيره ولاتختضب بالحنّاء فى يديها و رجليها ولا بالسواد فى حاجبيها ولاتخضب رأسها ولا تستعمل الاسفيداج فى الوجه ولا تكتحل بالسواد ولا بما فيه زينة و يجوز بما ليس فيه زينة كالتوتيا (١) ولو احتاجت للعلة جاز ليلا فان تمكنت من مسحه بالنهار وجب ولا تتحلى بالذهب ولا بالفضة ولا تلبس الثياب الفاخرة (كالابريسم - خ) وكل مافيه زينة ولايحرم التنظيف ولا دخول الحمام و لا تسريح الشعر و لا السواك و لا قلم الاظفار ولا السكنى فى أطيب المساكن ولافرش احسن الفرش ولاتزيين اولادها وخدمها.

فروع

(الف) لومات الزوج فى عقد فاسد لم تعتد عدة الوفاة بل تعتد مع الدخول بالوضع او بالاقراء او بالاشهر والّا فلا عدة (ب) لوطلق المريض باينا ثم مات فى العدة ورثت واكملت عدة الطلاق ولا تنتقل الى عدة الوفاة بخلاف الرجعى (ج) لوطلق احدى امرأتيه ومات قبل التعيين او عيّنه واشتبه فان لم يكن دخل اعتّدتا معا للوفاة وان كان قد دخل وحملتا اعتدتا بابعد الاجلين وان لم تحملا اعتدتا عدة الوفاة ولو كانتا من ذوات الاقراء اعتدتا بابعد الا جلين من مضى الا قراء وعدة الوفاة ، و لوكان الطلاق رجعيا اعتدتا للوفاة و اذا اعتدتا بابعد الاجلين فابتداء عدة الوفاة من حين الموت وعدة الطلاق

لعموم الحديث المروى عن النبى صلى الله عليه وآله المتقدم (٢) وقال الشيخ فى النهاية وابن الجنيد وابن البراج والمصنف فى المختلف انه لاحداد عليها وهو الاقوى عندى للاصل ولرواية زرارة الصحيحة عن الباقر عليه السلام ان الحرة والامة كلتيهما اذا مات عنها زوجها سواء فى العدة الاان الحرة تحد والامة لاتحد (٣)

---

(١) التوتيا حجر يكتحل به معرب (اقرب الموارد)

(٢) سنن ابى داود ج٢ باب احداد المتوفى عنها

(٣) ك باب ٣٢ خبر ٢ من ابواب العدد

من وقته (و- خ) ان كانت قد طلق معينة ثم اشتبه حتى لو مضى من وقت الطلاق قرءا اعتبر وجود قرئين فى عدة الوفاة ، وان كان الموت عقيب الطلاق اعتبر ثلاثة اقراء فيها وان كان قد طلق واحدة غير معينة ومات قبله (فان قلنا) الطلاق من حين وقوعه فكالاول (وان قلنا) من حين التعيين اعتبر ابتداء الاقراء من وقت الموت لعدم التعيين ، ولو عين قبل الموت انصرف الطلاق الى المعيّنة (د) لاحداد على غير المتوفى عنها (زوجها-خ) كالمطلقة باينا ورجعيا والامة وان كانت ام ولد من مولاها وان اعتقها ولا الموطوئة بالشبهة ولا بالنكاح الفاسد ولا المفسوخ نكاحها (ه) لو تركت الحداد فى العدة احتسبت بعدتها وفعلت محرما (و) لا يجب فى موت غير الزوج ولا يحرم عليها اكثر من ثلاثة ايام ولا مادونها .

الفصل الخامس فى المفقود عنها زوجها

اذا غاب الرجل عن امرأته فان عرف خبره بانه حيّ وجب الصبر ابداً وكذا ان انفق عليها وليّه ولو جهل خبره ولم يكن من ينفق عليها فان صبرت فلا كلام والّا رفعت امرها الى الحاكم فيؤجلها اربع سنين ويبحث عنه الحاكم هذه المدة فان عرف حيوته صبرت ابداً وعلى الامام ان ينفق عليها من بيت المال وان لم يعرف حيوته امرها بالاعتداد عدة الوفاة بعد الاربع ثم حلت للازواج ، ولو صبرت بعد الاربع غير معتدة لانتظار خبره جاز لها بعد ذلك الاعتداد متى شائت .

فروع

(الف) ضرب اربع سنين الى الحاكم فلو لم ترفع خبرها اليه فلا عدة حتى يضرب لها المدة ثم تعتد ، ولو صبرت مائة سنة وابتداء المدة من رفع القضية الى الحاكم وثبوت الحال عنده لا من وقت انقطاع الخبر فاذا انقضت المدّة لم يفتقر الى غير الامر بالعدّة. ولو لم يأمرها الحاكم بالعدة فاعتدّت فالا قرب عدم الاكتفاء (ب) لو جاء الزوج

الفصل الخامس فى المفقود عنها زوجها

قال قدس الله سره : ولو لم يأمرها الحاكم (الى قوله) عدم الاكتفاء.

وقدخرجت من العدة ونكحت فلاسبيل له عليها وان جاء وهى فى العدة فهو املك بها ، ولوجاء بعدالعدة قبل التزويج فقولان الاقرب انه لاسبيل له عليها (ج) لونكحت بعدالعدة ثم ظهر موت الزوج كان العقدالثانى صحيحا ولاعدة سواء كان موته قبل العدة اوبعدها لسقوط اعتبار عقد الاول فى نظر الشارع (د) هذه العدة كعدة الموت لانفقة فيها على الغايب

اقول: الاقرب عندى هو الاقرب عند والدى المصنف قدس الله سره (لانه) منوط بحكم الحاكم لمعرفته بمواقع الاحكام لانها من المسائل الاجتهادية فلا تناط باجتهاد غير الحاكم (ولاصالة) بقاء الزوجية ولعدم الاسباب الموجبة لازالتها شرعا غير الموت والموت لايعلم (ويحتمل) الاكتفاء لان عدم الظهور بعدالطلب هذه المدة علامة على الموت (وفيه نظر) لان الامارة تفيد الظن والمعتبر هوظن الحاكم ولانها بخروج العدة لولم تبن وتحل للازواج لم يكن فيها فائدة .

قال قدس الله سره : ولوجاء بعدالعدة (الى قوله) لاسبيل له عليها .

اقول: اذاجاء الزوج وقدخرجت من العدة قبل ان تتزوج قال الشيخ فى النهاية والخلاف هواولى بها وقوى فى المبسوط انه لاسبيل له عليها بل بانت منه وهومذهب المفيد وسلار وابن ادريس واختيار المصنف هنا (لان) حكم الشارع بالبينونة بمنزلة الطلاق والالم يتميز حال البينونة عمايقابلها (ولان) الحكم بعد قطع السلطنة بالتسلط يحتاج الى دليل وليس ، والاقوى عندى الاول .

قال قدس الله سره : هذه العدة كعدة الموت (الى قوله) على اشكال.

اقول: ينشأ (من) انها عدة الوفاة وعدة الوفاة يلزمها الحداد و هوالاقوى عندى (ومن) حيث انه لم يتحقق (ولان) قول النبى صلى الله عليه وآله وسلم الدال على الحداد انما هوعلى الميت ولم يعلم بموته وانما حكم الشارع بالبينونة لانتفاء الضرورة والحرج كفسخ العيب ولهذا لوصبرت كان النكاح باقيا ولاصالة برائة الذمة (ولانه) لوكانت للموت لابسبب حكم الحاكم شرعا لبطلت البينونة ومايترتب عليها بمجيء الزوج بعدها لانه حكم اجتهادى ظهرانه خالف دليلا قطعيا وكل حكم اجتهادى ظهرانه خالف دليلا قطعيا نقض .

وعليها الحداد على اشكال ، ولوحضر قبل انقضائها ففي عدم الرجوع عليه بالنفقة اشكال (ه) لوطلقها الزوج اوظاهر منها أوآلى فاتفق في العدة صح لبقاء العصمة ولواتفق بعدها لم يقع

(و) لواتت بولد بعد مضي ستة اشهر من دخول الثاني لحق به ولو ادّعاه الاول وذكر الوطي سراً لم يقبل (وقيل) يقرع وليس بجيّد(ز) لاتوارث بينها وبين الزوج لومات احدهما بعد العدة ويتوارثان في العدة (ح)لوغلط في الحساب فامرها بالاعتداد فاعتدت وتزوجت قبل مضيّ مدة التربص بطل الثاني ، والاقرب انها تحرم عليه مؤبداً مع الدخول، ولو تبيّنا موت الزوج الاول قبل العدة فالاقرب صحة الثاني ولوعاد الزوج من سفره فان

قال قدس الله سره : ولوحضر قبل انقضائها (الى قوله) اشكال .

اقول: ينشأ (من) انها في عدة بينونة فكانت بمنزلة الناشز(ومن)انها في حباله ولولم يوجد منها نشوز والاقرب عندي انه لانفقة لها .

قال قدس الله سره : لواتت بولد (الى قوله) وليس بجيد

اقول: القائل بالقرعة الشيخ الطوسي في المبسوط لامكانه والحق اختيار المصنف هنا وهو انه للثاني لانها فراش له حقيقة وفراش الاول زال وقال صلى الله عليه وآله وسلم الولد للفراش(١)

قال قدس الله سره : لوغلط في الحساب (الى قوله) مع الدخول .

اقول : وجه القرب انها في العدة ظاهراً اذ مدة التربص كالعدة والدخول بعقد دائم على المعتدة محرّم ابداً اجماعاً (ويحتمل) عدمه لانها ليست معتدة في نفس الامر ولم يحصل منه زنا بذات بعل فخرج من صورة النص على التحريم المؤبد والاصل الاباحة، والاقوى عندي الاول وانما رجّحنا الاول لان التحريم مقدم مع التعارض لقوله صلى الله عليه وآله وسلم ما اجتمع الحلال والحرام الّا غلّب الحرام الحلال (٢)خصوصاً فيما بني على الاحتياط التام والنكاح مبني على الاحتياط التام .

قال قدس الله سره: ولو تبينا موت الزوج الاول قبل العدة فالاقرب صحة الثاني .

---

(١) سنن ابي داود ج٢ باب الولد للفراش

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

لم يكن قدتزوجت وجب لها نفقة جميع المدة وان كانت قدتزوجت سقطت نفقتها من حين التزويج لانها ناشز فاذا فرق بينهمافان لم يكن دخل بهاالثانى عادت نفقتهافى الحال وان دخل فلانفقة على الثانى لانه شبهة ولاعلى الاول لانها محبوسة عليه لحق غيره ولو رجع بعد موتها ورثها ان لم تخرج مدة التربص والعدة وتطالب الثانى بمهر مثلها ، ولو بلغها موت الاول اعتدت له بعد التفريق وان مات الثانى فعليها عدة وطى الشبهة ، ولو ماتا فان علمت السابق وكان هوالاول اعتدت عنه باربعة اشهروعشرة ايام او لها يوم موت الثانى لان العدة لاتجتمع مع الفراش الفاسد وفراشه قائم الى وقت موته وان سبق الثانى فان كان بين المدتين ثلاثة اقراء مضت عدة الثانى فتعتد عن الاول وان كان اقل اكملت العدة ثم اعتدت من الاول ولو لم تعلم السابق اوعلمت المقارنة اعتدت من الزوج ثم من وطى الشبهة (ط) الاقرب ان الحاكم بعد مدة البحث يطلقها للرواية الصحيحة والعدة عدة الوفاة للاحتياط من غير منافات .

اقول: وجه القرب انها عدة قدحكم الشارع بصحتها ووافقت مافى نفس الامر فصحت (ويحتمل) ضعيفا عدمه لان الموت فى نفس الامر لم يعلم ومستند حكم الحاكم غير صحيح فالحكم خطاء .

قال قدس الله سره : الاقرب ان الحاكم (الى قوله) من غير منافات .

اقول: لم يذكر الشيخان وابن البراج وابن ادريس الطلاق وقال ابن الجنيد يامر السلطان الولى بايقاع الطلاق فان لم يطلق امرها الحاكم بالعدة وقال ابن بابويه وابن حمزة يأمر السلطان الولى بالطلاق فان لم يطلق طلّقها الحاكم ، والاصح ماقاله المصنف والرواية هى رواية بريدبن معاوية العجلى فى الصحيح قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن المفقود كيف تصنع امرأته فقال ماسكتت عنه وصبرت فخل عنها وان هى رفعت امرها الى الوالى اجّلها الى اربع سنين ثم يكتب الى الصقع الذى فقد فيه فيسأل عنه فان خبّرت عنه بحياة صبرت وان لم تخبر بحياة حتى تمضى الاربع سنين دعا ولى الزوج المفقود فقيل له هل للمفقود مال فان كان له مال انفق عليها حتى يعلم حيوته من موته وان لم يكن له مال انفق عليها فان فعل فلاسبيل لها الى ان تتزوج ماانفق عليها وان ابى ان ينفق عليها اجبره

الفصل السادس في عدة الامة والاستبراء

وفيه مطلبان (الاول) في العدة عدة الامة في الطلاق قرآن وان كان زوجها حراً واقل ما يقعان فيه ثلاثة عشر يوما ولحظتان الثانية دلالة الخروج وهل حكم الفسخ للبيع حكم الطلاق الاقرب ذلك وكذا الفسخ للعيب ، وان كانت من ذوات الحيض ولن تحض

الوالي على ان يطلق تطليقة في استقبال العدة وهي طاهر فيصير طلاق الولي طلاق الزوج فان جاء زوجها قبل ان تنقضي عدتها من يوم طلقها الولي فبداله ان يراجعها فهي امرأته وهي عنده على تطليقتين وان انقضت العدة قبل ان يجيء ويراجع فقد حلت للازواج ولا سبيل للاول عليها(١) .

قوله (والعدة عدة الوفاة الى آخره) اشارة الى جواب عن احتجاج الشيخ على عدم الاحتياج الى الطلاق وتقرير الاحتجاج ان عدة الوفاة من خصائص الوفاة فلا تجامع الطلاق (وتقرير الجواب) ان عدة الوفاة وجبت احتياطا لاحتمال الموت ولا منافاة لان الاحتياط يعمل فيه بالاحتمالات و ان كانت مرجوحة بحيث يحصل يقين البرائة .

الفصل السادس في عدة الامة والاستبراء

(مقدمة) الاستبراء هو التربص الواجب بسبب ملك اليمين حدوثا اوزوالا وانما خص بهذا الاسم لان هذا التربص مقدر باصل ما يدل على البرائة من غير تكرر وتعدد فيه وخص التربص الواجب بسبب النكاح باسم العدة اشتقاقا من العدد لما يقع فيه من العدد والاصل في الاستبراء ان منادى رسول الله صلى الله عليه وآله نادى بعد سبى اوطاس لا توطيء حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض (٢) ومن ثم كان الاستبراء بالحيض واما العدة فبالاطهار .

قال قدس الله سره : وهل حكم الفسخ للبيع حكم الطلاق الاقرب ذلك .

اقول: وجه القرب انه رفع تعقيب النكاح الدائم بعد الدخول فوجبت العدة لاستبراء الرحم كالطلاق (ويحتمل) الاستبراء لعدم النص على العدة ولانه بسبب زوال ملك

---

(١) كلب ٢٣ خبر ١ من ابواب اقسام الطلاق.

(٢) سنن ابى داود ج٢ باب في وطى السبايا.

فعدتها خمسة واربعون يوما ، ولو كانت حاملا فعدتها وضع الحمل ، وفى الوفاة شهران وخمسة ايّام والحامل ابعد الاجلين ولو كانت امّ ولد لمولاها فعدّتها من موت زوجها اربعة اشهر وعشرة ايّام .

والذمية كالحرة فى الطلاق والوفاة (وقيل) كالامة ولو اعتقت ثم طلقت فكالحرة

وهذا ضعيف لان الاستبراء موجبه حدوث ملك اوزوال ملك خاصة لازوال النكاح الدائم والاصح المعتمد عليه الاول .

قال قدس الله سره: والذمية كالحرة فى الطلاق والوفاة وقيل كالامة.

اقول : هذه المسألة تبنى على مقدمة هى بيان عدة الامة فى الوفاة وقد اختار المصنّف انها شهران وخمسة ايّام ولم يعتبر بالخلاف لما رواه محمد بن مسلم فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال الامة اذا توفى عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة ايام (١) وفى الصحيح عن الحلبى عن الصادق عليه السلام قال عدة الامة اذا توفى عنها زوجها شهران وخمسة ايام (٢) وهذا هو اختيار المفيد وقال الصدوق وابن ادريس عدتها اربعة اشهر وعشرة ايام ، قال ابن ادريس سواء كانت ام ولد لمولاها اولا وقد رجع شيخنا فى كتاب التبيان عما قاله فى النهاية لعموم الاية ولرواية زرارة فى الصحيح عن الباقر عليه السلام المذكورة فى الحداد واجاب المصنف ان العام يخصص بالاحاديث الخاصة والكتاب يجوز تخصيصه بالسنة و المساوات تصدق بالمساوات فى مطلق العدة وقال الشيخ فى النهاية ان كانت ام ولد لمولاها فعدتها مثل عدة الحرة اربعة اشهر وعشرة ايام وان كانت مملوكة ليست ام ولد فعدتها شهران وخمسة ايام وتبعه ابن البراج (لما) رواه سليمان بن خالد فى الصحيح . قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الامة اذا طلقت ما عدتها : قال حيضتان او شهران : قلت فان توفى عنها زوجها ، فقال ان عليا عليه السلام قال فى امهات الاولاد لايتزوجن حتى يعتددن اربعة اشهر وعشراً و هن اماء (٣) وفى الصحيح عن وهب بن

---

(١) ئل ب ٤٢ خبر ٩ من ابواب العدد .
(٢) ئل باب ٤٢ خبر ٨ من ابواب العدد.
(٣) ئل باب ٤٢ خبر ١ من ابواب العدد .

ولوطلقت رجعيا ثم اعتقت اكملت عدة الحرة و لوكان باينا اكملت عدة الامة ولو طلق الزوج ام ولد المولى رجعيا ثم مات فى العدة استأنفت عدة حرة ولو لم تكن ام ولد استأنفت عدة امة ولوكان باينا اتمت عدة الطلاق ، ولومات زوج الامة ثم اعتقت اكملت عدة حرة ولودبر المولى موطوئة اعتدت لوفاته باربعة اشهروعشرة ايام ، ولو اعتقها فى

عبد ربه عن الصادق عليه السلام ، قال سألته عن رجل كانت له ام ولد فزوجها من رجل فاولدها غلاما ثم ان الرجل مات فرجعت الى سيد ها له ان يطأها قال تعتد من الزوج اربعة اشهروعشراً ثم يطأها بالملك بغير نكاح (١) .

اذا تقرر ذلك (فنقول) هنا مسألتان (الف) هل الذمية الحرة كالحرة المسلمة فى كمية العدد اوكالامة (فنقول) الذمية كالحرة المسلمة فى كمية العدة فى الطلاق والوفاة وفى الحداد وهو المشهور بين الاصحاب ونقل المصنف قولا انها كالامة ولااعلم من قائله لكن به رواية هى رواية محمدبن يعقوب فى الصحيح ، عن على بن ابراهيم ، عن ابيه . عن ابن محبوب ، عن ابن رئاب وابن بكير ، عن زرارة ، عن ابى جعفر عليه السلام قال سألته عن نصرانية كانت تحت نصرانى فطلقها هل عليها عدة مثل عدة المسلمة فقال لا الى قوله قلت فما عدتها ان اراد المسلم ان يتزوجها قال عدتها عدة الا مة حيضتان اوخمسة واربعون يوما الحديث (٢) وقد بيّن فى الحديث عدتها فى الطلاق وفى الوفاة (والجواب) انه لم ينص على انها حرة فهى محمولة على المملوكة (ب) هل هى كالحرة المسلمة فى الحداد المشهور ذلك ومن قال انها كالامة فى العدة و لا حداد على الامة يمكن ان يقول انه لاحداد عليها ولا اعلم به قائلا من اصحابنا (واعترض) بان الخطاب مختص بالمؤمنات فى قوله عليه السلام لايحل لامرأة تؤمن بالله الحديث (٣) وبانها اقرت على ترك الايمان فعلى ترك الاحداد اولى (والجواب) بعموم رواية ام سلمة عن النبى صلى الله عليه وآله انه قال ان المتوفى عنها زوجها لاتلبس المعصفر ولا الممشّق ولا الحلى

---

(١) ئلب ٤٢ خبر ٣ من ابواب العدد .
(٢) ئلب ٤٥ خبر ١ من ابواب العدد .
(٣) سنن ابى داود (ج٢) باب احداد المتوفى عنها .

حيوته اعتدت بثلاثة اقراء ولااعتبار بحرية الزوج ورقّه فى جميع ماتقدم والمعتق بعضها كالحرة والمكاتبة المشروطة والتى لم تؤد كالامة ولوادّت فى الاثناء فكالحرة ، ولواعتقت بعد مضى قرئين او شهرونصف خرجت من العدة و لو التحقت الذمية بعد الطلاق بدار الحرب فسبيت فى اثناء العدة فالاقرب اكمال عدة الحرة .

المطلب الثانى فى الاستبراء

وهوالتربص الواجب بسبب ملك اليمين عند حدوثه وزواله ـ فمن ملك جارية موطوئة ببيع اوغيره من استغنام اوصلح اوميراث اواى سبب كان لم يجز له وطؤها الا بعد الاستبراء فان كانت حبلى من مولى او زوج أووطى شبهة لم ينقض الاستبراء الا بوضعه او مضى اربعة اشهروعشرة ايام فلايحل له وطؤها قبلاقبل ذلك ويجوز فى غير القبل ويكره بعدها ، ولوكانت من ذوات الاقراء استبرئت بحيضة و ان بلغت سن الحيض ولم تحض فبخمسة واربعين يوما وكذا يجب على البايع الاستبراء ويسقط استبراء المشترى باخبار الثقة بالاستبراء اواذاكانت لامرأة اوكانت صغيرة أويائسة اوحاملااوحائضا ولوكان له زوجة فاشتراها بطل النكاح وحل له وطؤها من غير استبراء واستبراء المملوك كاف للمولى ، ولوفسخ كتابة امته لم يجب الاستبراء ولوعاد المرتد من المولى اوالامة حل له الوطى من غيراستبراء ولو طلق الزوج لم تحل على المولى الّا بعد العدة و يكفى عن الاستبراء ، ولواسلمت الحربية بعدالاستبراء لم يجب استبراءثان وكذا لو استبرأها فى حال الاحرام ، ولومات مولى الامة المزوجة اواعتقها ولم تفسخ لم يجب الاستبراء على الزوج

ولاتكتحل ولاتختضب (١) ولان قوله لايحل لامرأة تومن بالله دليل على لزوم التكليف به التكليف بالايمان .

قال قدس الله سره : و لو التحقت الذمية (الى قوله) عدة الحرة .

اقول: وجه القرب وجوبها ابتداء فلا تسقط بالرق المتجدد لاصالة البقاء (ومن) انها امة والحق الاول .

---

(١) سنن ابى داود (ج٢) باب فيما تجتنبه المعتدة .

ولو باعها من رجل ولم يسلّم ثم تقايلا اورد بعيب لم يجب الاستبراء ، و هل يحرم فى مدة الاستبراء غير الوطى من وجوه الاستمتاع اشكال ولو وطىء المشترى فى مدة الاستبراء اواستمنع بغيره وحرمناه لم يمنع ذلك كون المدة محسوبة من الاستبراء ولا يمنع وجوب الاستبراء من تسليم الجارية الى المشترى ويجوز بيع الموطوئة فى الحال و لا يجوز تزويجها الا بعد الاستبراء وان اعتقها أو باعها .

المطلب الثانى فى الاستبراء

قال قدس الله سره : وهل يحرم فى مدة الاستبراء (الى قوله) اشكال

اقول: منشأه (من) انها كالمعتدة وكالاجنبية (ومن) حيث ان الاستبراء لمنع اجتماع الماءين فى رحم واحد فيمنع الوطى خاصة ولان الاصل عدم التحريم والاصح الاول .

الفصل السابع فى اجتماع العدتين

(مقدمة) معنى اجتماع العدتين اتحاد زمانهما فان زاد زمان احديهما تداخلتا اى دخل الاقل فى الاكثر اذا عرفت ذلك (فنقول) اذا اجتمع على المرأة عدتان قال الشيخ فى الخلاف وابن ادريس كل موضع يجتمع على المرأة عدتان لا تتداخلان بل تأتى بكل منهما على الكمال ، وقال الصدوق فى المقنع اذا نعى الى المرأة زوجها فاعتدت وتزوجت ثم قدم زوجها فطلقها وطلقها الاخر فانها تعتدّ عدة واحدة ثلاثة قروء وقال ابن الجنيد اذا نعى الى المرأة زوجها اواخبرت بطلاقه فاعتدت ثم تزوجت بعد العدة فجاء الاول وانكر الطلاق ولم تقم به بينة فهو احق بها من هذا الزوج الثانى دخل بها اولا ثم قال بعد كلام طويل وان طلقها الزوج بعد دخول الثانى فان عدتها واحدة فيهما جميعاً ، احتج الشيخ فى الخلاف على قوله باجماع الفرقة وبانه قد ثبت وجوب العدتين عليها وتداخلهما يحتاج الى دليل ، وروى سعيد بن المسيب و سليمان بن يسار ان طليحة كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها بتّة فنكحت فى آخر عدتها ففرق عمر بينهما وضربها بالمخصفة ضربات وزوجها ثم قال ايما رجل تزوج امرأة فى عدتها فان لم يكن قد دخل بها زوجها الذى تزوج بها فرّق بينهما وتأتى ببقية عدة الاول فان شاء زوجها وان كانت قد دخل

الفصل السابع فى اجتماع العدتين

لوطلق باينا ووطىء فى العدة للشبهة استأنفت عدة كاملة وتداخلت العدتان و لو وطىء المطلقة رجعيا بظن انها غير الزوجة وجب استيناف العدة (فان) وقع فى القرء الاول او الثانى او الثالث فالباقى من العدة الاولى يحتسب للعدتين ثم تكمل الثانية و له ان يراجع فى بقية الاولى دون الثانية ، ولو وطىء امرأة بالشبهة ثم و طئها ثانيا تداخلت العدتان ولافرق بين كون العدتين من جنس واحد او جنسين بان يكون احديهما بالاقراء والثانية بالحمل ، ولوطلق رجعيا ووطئها بظن انها غيرها بعد مضى قرء فحملت وانقطع الدم كان له الرجعة قبل الوضع لان الحمل لايتبعض فيكون محسوبا من بقية الاولى وجميع الثانية ولوطلقها رجعيا ثم راجعها ثم طلقها قبل الوطى استأنفت عدة كاملة .

ولوفسخت النكاح فى عدة الرجعى ففى الاكتفاء بالاكمال اشكال .

بها فرق بينهما وتأتى ببقية عدة الاول ثم تستأنف عدة الثانى ثم لاتحل له ابداً (١) وعن على عليه السلام مثل ذلك (٢) ولامخالف لهما فى الصحابة (احتج) الصدوق بما رواه زرارة فى الصحيح عن الباقر عليه السلام فى امرأة تزوجت قبل ان تنقضى عدتها قال يفرق بينهما و تعتد عدة واحدة منهما جميعا (٣) وعن زرارة فى الصحيح عن الباقر عليه السلام فى امرأة فقد زوجها او نعى اليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها قال تعتد منهما جميعا ثلاثة اشهر عدة واحدة وليس للاخيران يتزوجها ابداً (٤) و اجاب الشيخ بالحمل على ان الثانى لم يدخل بها واختاروا لدى المصنف ان العدتين ان كانتا من واحد تداخلتا وان كانتا من اثنين لم تتداخلا وهو الاصح عندى .

قال قدس الله سره : ولوفسخت النكاح (الى قوله) اشكال .

اقول : ينشأ (من) انها تفرقة قد تاكدت فلاتستأنف العدة (ومن) حيث ان الطلاق بطل فيبطل حكمه وتستأنف عدة الفسخ ولان الفسخ ليس من جنس الطلاق فلايبنى

---

(١) (٢) لم نعثر عليه فيما بايدينا من كتب الاحاديث نعم قد ورد ماهو بمضمونه عن اهل البيت عليهم السلام فراجع باب ١٧ من ابواب مايحرم بالمصاهرة من الوسائل .

(٣) ئل باب ٧١ خبر ١٢ من ابواب مايحرم بالمصاهرة .

(٤) ئل ب ١٦ خبر ٣ من ابواب مايحرم بالمصاهرة .

ولوخالعها بعد الرجعة قيل لاعدة وليس بجيد ، اما لوخالعها بعدالدخول ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول فلاعدة على رأى .

ولو تزوجت المطلقة في العدة بغير المطلق لم يصح ولم تنقطع عدة الاول فان وطئها الثاني عالما بالتحريم فهي في عدة الاول وان حملت فلاعدة للثاني ولو كان جاهلا ولم تحمل اتمت عدة الاول لسبقها واستأنفت اخرى للثاني (وهل) الاول ان يتزوجها

عدة احدهما على عدة الاخر والاول قول الشيخ في المبسوط واعلم ان الفسخ هنا في العدة لكن لم تسبقه رجعة .

قال قدس الله سره: ولوخالعها بعدالرجعة (قيل) لاعدة وليس بجيد

اقول: قوله (قيل) اشارة الى قول نقله الشيخ في المبسوط عن قوم وقوّاه فانه قال فيه، اذا طلقها ثم راجعها ثم خالعها قبل الدخول : قال قوم تبنى . وقال آخرون تستأنف وهو الصحيح عندنا . وقال قوم لاعدة عليها هيهنا وهو الاقوى والاول احوط هذا آخر كلامه (ووجه الاول) ان الطلاق بطل ايجابه للعدة بالرجعة ولم يمسها في النكاح المستجد والحل المستحدث فاشبه ما اذا ابانها ثم جدد نكاحها وطلقها قبل ان يمسها (ووجه الثاني) وهو الاصح انه خلع في نكاح وجد فيه المباشرة وكل خلع كذلك تجب فيه العدة (اما الاولى) فلانها بالرجعة عادت الى النكاح الذى مسّها فيه (والثانية) اجماعية (**تفريع**) على القول الاصح تستأنف العدة كما لوطلق بائنا بعد الرجعة لتباين العدتين والطلاقين وعلى القول بان الخلع فسخ والفسخ يوجب استيناف العدة يجب هنا استيناف العدة .

قال قدس الله سره : امالوخالعها بعدالدخول (الى قوله) على رأى

اقول : هذا اختيار الشيخ في الخلاف والمصنف في المختلف وقال ابن البراج في المهذب تستأنف العدة (احتج) الشيخ بقوله تعالى **ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها (١)** والاقوى عندى اختيار المصنف .

قال قدس الله سره : ولو تزوجت المطلقة (الى قوله) طريق الاستدامة

اقول: ويحتمل في الاول الجواز لانها في عدته (ولان) عدة الثاني عدة وطى

---

(١) الاحزاب ٤٨ .

انكان باينا فى تتمة عدته الاقرب المنع (لان) وطى الثانى يمنع من نكاحها بعد امتداد الزمان فمع القرب اولى (ولان) التزويج يسقط عدته فيثبت حكم عدة الثانى فيمتنع عليه الاستمتاع وكل نكاح لم يتعقبه حل (١) الاستمتاع كان باطلا ، ولو كان رجعيا جاز له الرجعة (لان) طريقها طريق الاستدامة ولهذا جوزناها فى الا حرام ، و لوحملت فانكان الحمل من الاول اعتدت بوضعه له وللثانى بثلاثة اقراء بعد الوضع ولا تداخل وانكان من الثانى اعتدت بوضعه له واكملت عدة الا ول بعد الوضع و له الرجعة فى الاكمال دون زمان الحمل ولو انتفى عنهما اكملت بعد وضعه عدة الاول واستأنفت عدة للاخير ولواحتمل ان يكون منهما (قيل) يقرع فتعتد بوضعه لمن يلحق به، والاقرب انه للثانى لانها فراشه و لونكحت فى الرجعية فحملت من الثانى اعتدت له بوضعه ثم اكملت بعد الوضع عدة الاول وللاول الرجعة فى تتمة العدة لا زمان الحمل ولايتداخل العدتان اذا كانتا لشخصين والحد يسقط مع وطى الشبهة وتجب العدة وان كانت المرأة عالمة ويلحق به الولد وتحد المرأة ولامهر مع علمها بالتحريم .

شبهة فلاينافى النكاح كما لووطئها وهى فى نكاح آخر للشبهة فانها تعتد من وطئه ولاتنافى العدة للشبهة النكاح ، والاصح عندى والذى افتى به المنع من جواز التزويج ولااعتبار عندى باحتمال الجواز .

قال قدس الله سره : ولوحملت (الى قوله) لانها فراشه

اقول: اذا تزوجت المطلقة بغير المطلق فى العدة ودخل الثانى جاهلا فحملت بولد يمكن ان يكون من كل واحد منهما بان يكون لاقل من اقصى مدة الحمل من الاول ولم يقصر عن اقله من الثانى قال الشيخ فى المبسوط يقرع بينهما لانه يحتمل ان يكون من كل منهما فهو امر مشكل وكل امر مشكل ففيه القرعة للرواية واختيار المصنف هو الصحيح انه للثانى لانها فراش له بالفعل والاول فراشه سبق وزال وصاحب الفراش الثابت بالفعل حال الحمل اولى لقوله صلى الله عليه وآله وسلم الولد للفراش (٢) .

---

(١) بكسر الحاء وضم اللام المشددة فاعل .

(٢) سنن ابى داود ج٢ باب الولد للفراش .

ولوكانت الموطوئة امة وجب عليه قيمة الولد لمولاه يوم سقط حيا ولحق به وعليه المهر لمولاها (و قيل) العشر او نصف العشر، وعدة الطلاق من حين وقوعه حاضرا كان الزوج اوغايبا والوفاة من حين بلوغ الخبر للحداد فيشكل في الامة وتعتد وان كان المخبر

قال قدس الله سره : ولو كانت الموطوئة أمة (الى قوله) و نصف العشر.

اقول: الاول وهو لزوم مهر المثل قول ابن ادريس وهو احد قولى الشيخ والثانى قول آخر للشيخ (احتج) القائلون بالاول بانه عقد فيه مسمى وقد بطل فيجب مهر المثل لانه قيمة البضع (واحتج) القائلون بالثانى بما رواه الوليد بن صبيح ، عن ابى عبدالله عليه السلام فى رجل تزوج حرة فوجدها امة دلّست نفسها له قال ان كان الذى زوجها اياه من غير مواليها فالنكاح فاسد قلت كيف يصنع بالمهر الذى اخذت منه قال ان وجد مما اعطاها شيئا فليأخذه وان لم يجد شيئا فلاشيء له عليها وان كان زوجها اياه ولى لها ارتجع على وليها بما اخذت منه ولمواليها عليه عشر قيمتها ان كانت بكراً وان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها (١) وجه الاستدلال ان التدليس اعم من ان يكون باخفاء كونها جارية اوكونها فى العدة والاقوى عندى وجوب مهر المثل .

قال قدس الله سره: وعدة الطلاق من حين وقوعه (الى قوله) فيشكل فى الامة

اقول: ان عدة الطلاق من حين وقوعه لرواية محمد بن مسلم فى الصحيح عن الباقر عليه السلام قال اذا طلق الرجل وهو غائب فليشهد على ذلك فاذا مضى ثلاثة اقراء من ذلك اليوم فقد انقضت العدة (٢) واما عدة الوفاة فانها من حين بلوغ الخبر على الاشهر خلافا لابن الجنيد فيما اذا قامت البينة بتقدم موته (افاد المفيد) بانه لاجل الحداد (واحتج) بما رواه فى الحسن عن ابن ابى نصر، عن ابى الحسن الرضا عليه السلام : قال المتوفى عنها زوجها تعتدّ من حين (يوم - خل) يبلغها لانها تريد ان تحدله (٣) وفى الصحيح، عن زرارة عن الباقر عليه السلام : قال ان مات عنها يعنى وهو غائب فقامت البينة على موته

---

(١) ئل ب ٧ خبر ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء .

(٢) ئل ب ٢٨ خبر ١١ من ابواب العدد .

(٣) ئل ب ٢٨ خبر ٢ من ابواب العدد .

فاسقا الا انها لاتنكح الابعد الثبوت ولو لم تعلم وقت الطلاق اعتدت من حين البلوغ ولو تزوجت بعد عدة الطلاق ولم تعلم بالطلاق صح النكاح اذا صادف خروج العدة وكذا الامة المتوفى عنها زوجها ان لم نوجب الحداد اذا لم تعلم بوفاته بخلاف الحرة .

الفصل الثامن فى السكنى

وفيه مطالب (الاول) فى المستحق لها المطلقة ان كانت رجعية استحقت السكنى والنفقة مدة العدة حاملا كانت اوحايلا يوما فيوما وان كانت باينة لم تستحق نفقة ولا سكنى سواء بانت بطلاق اوخلع اوفسخ ان كانت حايلا وان كانت حاملا استحقت النفقة

فعدتها من يوم يأتيها الخبر اربعة اشهر وعشراً لان عليها ان تحدّ عليه فى الموت اربعة اشهر وعشراً الحديث (١) وفى الصحيح ، عن محمد بن مسلم ، عن الباقر عليه السلام : قال اذا طلق الرجل المرأة وهو غائب فلا تعلم الا بعد ذلك بسنة اواكثر اواقل فاذا علمت تزوجت ولم تعتد والمتوفى عنها زوجها وهو غائب تعتد يوم يبلغها الخبر ولو كان قدمات بسنة اوسنتين (٢) اذا تقرر ذلك (فنقول) على هذا التعليل يشكل حكم الامة من حيث انه لاحداد عليها فتنتفى علة تأخر العدة الى بلوغ الخبر فينتفى المعلول (ومن) عموم رواية محمد ابن مسلم فى الصحيح ، عن الباقر عليه السلام . قال فى المتوفى عنها زوجها وهو غائب تعتد يوم يبلغها الخبر ولو كان قدمات قبل ذلك بسنة اوسنتين (٣) (احتج) ابن الجنيد بما رواه عبيدالله الحلبى فى الصحيح ، عن الصادق عليه السلام : قال قلت له امرأة بلغها نعى زوجها بعد سنة اونحو ذلك قال فقال ان كانت حبلى فاجلها ان تضع حملها وان كانت ليست بحبلى فقد مضت عدتها اذا قامت لها البيّنة انه مات فى يوم كذا وكذا وان لم يكن لها بينة فلتعتد من يوم سمعت (٤) (اجاب) الشيخ رحمه الله بانه خبر شاذ نادر عارضه اخبار كثيرة فالعمل عليها دونه والاقوى عندى ان عدة المتوفى عنها زوجها امة كانت اوحرة من حين بلوغ الخبر .

---

(١) ئلب ٢٩ خبر ١ من ابواب العدد.

(٢ـ٣) ئلب ٢٧ خبر ١ وب ٢٨ خبر ٨ من ابواب العدد .

(٤) ئلب ٢٨ خبر ١٠ من ابواب العدد .

والسكنى الى ان تضع ، ولافرق بين الذمية والمسلمة في الاستحقاق وعدمه (اما الامة) فلايجب على السيد تسليمها الى الزوج دايما لان له حقا في خدمتها ولكن له ان يستخدمها في وقت الخدمة ويسلمها الى الزوج في وقت الفراغ فان سلمها الى الزوج دايما استحقت النفقة والسكنى في زمان النكاح والعدة الرجعية ، و لو رجعت المختلعة في البذل استحقت النفقة والسكنى من حين علم الزوج و الموطوئة للشبهة لاسكنى لها ولانفقة

الفصل الثامن في السكنى

(**قاعدة**) المطلقة الرجعية تستحق السكنى كما تستحق النفقة لقوله تعالى **اسكنوهن من حيث سكنتم(١)** وقال تعالى **ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة (٢)** والمراد بيوت ازواجهن وانما اضافها اليهن لاستحقاق السكنى لا البائن للاصل ولقوله تعالى **لعل الله يحدث بعد ذلك امراً (٣)** يعني الرجعة ولانه ﷺ لم يجعل لفاطمة بنت قيس لما بتّها زوجها نفقة ولا سكنى وقال انما النفقة والسكنى لمن ملك زوجها رجعتها بفرقة (٤) .

قال قدس الله سره : الموطوئة بالشبهة لاسكنى لها (الى قوله) على اشكال

اقول : هذه مسألة مبنية على ان النفقة هل هي للحمل في الطلاق البائن او للحامل فقال الشيخ انها للحمل لوجودها بوجوده وانتفائها بانتفائه كالزوجية فانها لما ثبتت ثبتت النفقة ولما انتفت انتفت فكانت كالزوجية وقال ابن زهرة انها للحامل لانها لو كانت للولد لسقطت عن الاب بيساره كما لو ورث من اخيه لابيه وابوه قاتله ولا وارث له سواه

---

(١) الطلاق ٦(٢-٣) الطلاق١

(٤) سنن ابى داود ج٢ باب في نفقة المبتوتة الى قوله ولاسكنى - نعم في صحيح مسلم ج٤ في باب المطلقة ثلاثا لانفقة لها استدلت بنت قيس على مروان لما انكر الحديث مستدلا (بقوله) تعالى (لاتخرجوهن من بيوتهن) (بقولها) - هذا لمن كانت لمراجعة انتهى فيظهر منه ان جملة انما النفقة الخ ليست من كلام النبي (ص) .

وكذلك المنكوحة نكاحا فاسداً وام الولد اذا اعتقها سيدها امالوكانت احديهن حاملا فانها تستحق النفقة والسكنى على اشكال ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها ولا سكنى فان كانت

ولوجبت على الجدمع فقد الاب لكن التالى فى القياسين باطل فالمقدم مثله (واجاب) والدى بمنع بطلان التالى فيهما فعلى هذه القاعدة اذا قلنا انها للحمل تجب وان قلنا للحامل لاتجب .

قال قدس الله سره : ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها (الى قوله) والاقرب السقوط.

اقول: هنا مسألتان الف لا نفقة للمتوفى عنها زوجها اذا كانت حائلا اجماعا لزوال السبب وان كانت حاملا فكذلك لا نفقة لها على المتوفى (وهل) يجب على نصيب الولد اختلف الاصحاب فيه فقال الشيخ فى النهاية يجب واختاره ابن الجنيد ومحمد بن بابويه و ابو الصلاح وابن البراج وابن حمزة وقال ابن ادريس لا ينفق عليها و اختاره المصنف وهو مذهب ابن ابى عقيل وهو اختيار الشيخ فى الاستبصار وصدر به الباب و ادعاه (احتج) الاولون بوجوده (الف) قوله تعالى **و ان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن (١)** وهو عام (ب) مارواه محمد بن مسلم فى الصحيح عن احدهما عليهما السلام قال المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذى فى بطنها (٢) (ج) نفقة الحامل هنا نفقة الحمل و نفقة الحمل من ماله (اما الصغرى) فلما تقدم (واما الكبرى) فظاهرة ان المال قد انتقل الى الوارث وليس عليه نفقة الحمل (والجواب) عن الاول ان الخطاب فى الاية للازواج ولا يتوجه الى الميت فالمراد المطلقات (وعن الثانى) بانه معارض بما رواه العلاء فى الصحيح عن محمد بن مسلم عن احدهما عليه السلام قال سالته عن المتوفى عنها زوجها ألها نفقة ؟ قال لا. ثم قال ينفق عليها من مالها (٣) و ترك الاستفصال مع قيام الاحتمال يدل على العموم فى المقال (وعن الثالث) ان الحمل لا يجب عليه شىء

(١) الطلاق ٦ (٢) ئل ب ١٠ خبر ١ من ابواب النفقات ولكن الخبر عن ابى الصباح الكناني عن الصادق (ع) .

(٣) ئل ب ٩ خبر ٦ من ابواب النفقات.

حاملا قيل ينفق عليها من نصيب الحمل والاقرب السقوط ، ولوطلّقها رجعيا ناشزاً لم تستحق سكنى لانها في صلب النكاح لاتستحقها الا ان تكون حاملا وقلنا النفقة للحمل ولواطاعت في اثناء العدّة استحقّت وكذا لو نشزت في اثناء العدّة سقطت السكنى فان عادت استحقّت، ولوفسخت نكاحه لردّته عن غير فطرة استحقّت ولوفسخ نكاحها لردتها لم تستحق

المطلب الثاني في صفة السكنى

لايجوز للمطلقة رجعيا ان تخرج من بيتها الذى طلقت فيه ما لم تضطر، ولايجوز للزوج اخراجها الاان تاتى بفاحشة مبيّنة ، وهوان تفعل مايوجب حدّاً فتخرج لاقامته ، وادنى ماتخرج له ان تؤذى اهل الزوج و تستطيل عليهم بلسانها ، و لوكان منزلها في طرف البلد وخافت على نفسها جاز نقلها الى موضع مأمون وكذلك اذا كانت بين قوم فسقة اوخافت انهدام المنزل اوكان مستعاراً اومستأجراً وانقضت مدته جاز له اخراجها ، ولها ايضاً الخروج لوطلّقت في مسكن دون مستحقها فان رضيت بالمقام فيه والاجاز لها

ولا يحكم بملكه الامع انفصاله حيّا كما قال الشيخ المفيد انه قبل خروجه حيا الى الارض لامال له وكيف ينفق على الحبلى من مال من لامال له (احتج) الاخرون بما رواه ابو الصباح الكنانى عن الصادق عليه السلام في المرأة الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة قال لا (١) وفي الحسن عن الحلبى عن الصادق عليه السلام انه قال في الحبلى المتوفى عنها زوجها انه لانفقة لها (٢) وهذا هو الاصح عندى للاصل ولقوله عليه السلام انما النفقة للتى يملك زوجها رجعتها (٣) (ب) لاسكنى للمتوفى عنها زوجها ان كانت حائلا قولا واحداً وان كانت حاملا قال بعض الجمهور لها السكنى وقال الشيخ لهامن نصيب ولدها والاقوى انه لا سكنى لها (احتج) القائلون بالوجوب بقوله تعالى **والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج (٤)** نسخ بعض المدة وبقى باقيها على الوجوب (والجواب) انها منسوخة والحمل لايجب عليه شيء قبل خروجه.

---

(١) ئل ب٩ خبر٢ من ابواب النفقات .
(٢) ئل ب٩ خبر١ من ابواب النفقات
(٣) قدمر الكلام على هذا الحديث آنفا (٤) البقرة ٢٤١

الخروج والمطالبة بمسكن يناسبها ، ولو تمكن الزوج من ضم بقعة اخرى اليها يصير باعتبارها مسكنا بمثلها لزمه ذلك ، ولو كان مسكن امثالها لكنه يضيق عنها وعن الزوج وجب عليه الارتحال عنها واذا سكنت في مسكن امثالها بعيدة عن الزوج واهله فاستطالت عليه وعليهم لم تخرج منه بل يؤدب بها الحاكم بما تنزجر به ، و لو اتفقا على الانتقال من مسكن امثالها الى غيره مثله اوازيد اوادون لم يجز ومنعها الحاكم من الانتقال (لان) حق الله تعالى تعلق بالسكنى بخلاف مدة النكاح ، ولو طلقت في مسكن ازيد من امثالها بان يكون دارين تنفرد كل واحدة بمرافقها جاز للزوج بناء حاجز بينهما ، ولو اراد الزوج ان يساكنها فان كانت الطلقة (المطلقة - خل) رجعية لم يمنع وان كانت باينة منع الاان يكون معها من الثقات من يحتشمه الزوج .

فروع

(الف) اذا اضطرت الى الخروج خرجت بعد نصف الليل وعادت قبل الفجر (ب) لا تخرج في الحجة المندوبة الا باذنه وتخرج في الواجب وان لم يأذن وكذا ما تضطر اليه ولا وصلة لها الا بالخروج وتخرج في البائنة اين شائت وان كانت حاملا والمتوفى عنها زوجها تخرج اين شائت وتبيت اى موضع ارادت (ج) لو ادعى عليها غريم احضرها مجلس الحكم ان كانت برزة والا فلا ولو وجب حد او قصاص او امتنعت من اداء دين جاز للحاكم اخراجها لاقامته وحبسها حتى تخرج من الدين (د) البدوية تعتد في المنزل الذى طلقت فيه وان كان بيتها من وبر او شعر فلو ارتحل النازلون منه ارتحلت معهم وان بقي اهلها فيه اقامت معهم ان امنت .

ولو رحل اهلها وبقي من فيه منعة وتامن معهم فالاقرب جواز الارتحال مع الاهل

المطلب الثاني في صفة السكنى

قال قدس الله سره : ولو رحل اهلها (الى قوله) بالتفرد عنهم .

اقول (ومن) عموم قوله تعالى **لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة (١)** والاقوى عندى اختيار المصنف .

(١) الطلاق ١٠

دفعا لضرر الوحشة بالتفرد عنهم اما لو هربوا عن الموضع لعدو فان خافت هربت معهم والا اقامت لان اهلها لم ينتقلوا (ه) لو طلقها وهي في السفينة فان كانت مسكنا لها اعتدت فيها والا اسكنها حيث شاء، وهل له اسكانها في سفينة تناسب حالها الاقرب ذلك (و) لو طلقت وهي في دار الحرب لزمتها الهجرة الى دار الاسلام الا ان تكون في موضع لا تخاف على نفسها ولا دينها (ز) لو حجر الحاكم بعد الطلاق عليه كانت احق بالعين مدة العدة ولو سبق الحجر ضربت مع الغرماء باجرة المثل والباقي من اجرة المثل في ذمة الزوج وتضرب باجرة جميع العدة بخلاف الزوجة فانها تضرب باجرة يوم الحجر وكذا تضرب بالاجرة لو كان المسكن لغيره ثم حجر عليه (ح) اذا ضربت باجرة المثل فان كانت معتدة بالاشهر فالاجرة معلومة وان كانت معتدة بالاقراء او الحمل ضربت مع الغرماء باجرة السكنى اقل الحمل او مدة العادة فان لم يكن عادة فاقل مدة الاقراء فان لم تضع اولم تجتمع الاقراء اخذت نصيب الزايد تضرب بها ايضا ولو فسد الحمل قبل اقل المدة رجع عليها بالتفاوت

(ط) لو طلقها غايبا او غاب بعد الطلاق ولم يكن له مسكن مملوك ولا مستأجر استدان الحاكم عليه قدر اجرة المسكن وله ان يأذن لها في الاستدانة عليه

قال قدس الله سره : وهل لها اسكانها (الى قوله) الاقرب ذلك .

اقول :اذا طلقها وهي في السفينة فان كانت تلك السفينة مسكنا لها تعينت للعدة فيها وان لم تكن مسكناً لها بل مسكنها المعتاد السفن لاغيرها فان نقلها الزوج الى بيت كان له ذلك وهل له اسكانها في سفينة يناسب حالها ام لا ، قال المصنف الاقرب ذلك (ووجه القرب) ان التقدير ان السفينة مسكن معتادلها و ليس لها مسكن غيرها فيجوز له اسكانها نظرا الى العادة الشخصية (ويحتمل) وجوب اسكانها في بيت لان اطلاق الشارع انما يحمل على الاغلب لا على النادر والاقرب الاول .

قال قدس الله سره : لو طلقها غائبا (الى قوله) فالوجه رجوعها عليه.

اقول: لانها مطلقة رجعية وكل مطلقة رجعية فنفقتها و سكناها كالدين (اما الصغرى) فظاهرة (واما الكبرى)فاجماعية ويحتمل عدم الرجوع اذلم يأذن لها هو و هو ظاهر ولا وليه مع القدرة عليه اذ وليه الحاكم فانه ولي الغيّاب فكانت متبرعة و

ولواستأجرت من دون اذنه فالوجه رجوعها عليه (ى) لوسكنت في منزلها ولم تطالب بمسكن فليس لها المطالبة بالاجرة (لان) الظاهر منها التطوع ولوقالت قصدت الرجوع ففيه اشكال ، ولواستاجرت مسكنا فسكنت فيه لم تستحق اجرته لانها تستحق السكنى حيث يسكنها لاحيث يتخير ولوطلقت وهي في منزلها كان لها المطالبة بمسكن غيره اوباجرة مسكنها مدة العدة .

(يا) لومات بعد الطلاق الرجعي سقط حقها في بقية العدة الامع الحمل على رأى (يب) لاتسلط للزوج في غير الرجعي بل لها ان تسكن حيث شاءت (يج) لوطلقها ثم باع المنزل فان كانت معتدة بالاقراء لم يصح البيع لتحقق الجهالة وان كانت معتدة بالاشهر صح والحمل كالاقراء .

المطلب الثالث في اذن الانتقال

لوكانت تسكن منزلا لزوجها اواستأجره اواستعاره فاذن لها في الانتقال ثم طلقها وهي في المنزل الثاني اعتدت فيه، ولوطلقها وهي في الاول قبل الانتقال اعتدت فيه ولو طلقت في طريق الانتقال اعتدت في الثاني والانتقال انما هو بالبدن لا بالمال فلوانتقلت الى الثاني ولم تنتقل رحلها سكنت فيه ، ولونقلت رحلها ولم تنتقل بعد سكنت في الاول، ولوانتقلت الى الثاني ثم رجعت الى الاول لنقل رحلها اولغرض آخر فطلقت فيه اعتدت

الاقوى الاول .

قال قدس الله سره : لوسكنت في منزلها (الى قوله) ففيه اشكال .

اقول: ينشأ (من) انها اعرف بقصدها ولان سكناها في منزلها و عدم مطالبته مع تمكنها من المطالبة تكون قاضية لدينه بغير اذنه و لا اذن شرعي فلا ترجع كمن قضى دين غيره بغير اذنه ولا اذن شرعي (ومن) اصالة البرائة و الحق عندي رجوعها لان حق السكنى لها ثابت فلا يسقط الا بادائه اليها اواسقاطها صريحا اوعلم التبرع و ليس شيء من هذه ثابت هنا .

قال قدس الله سره : لومات بعد الطلاق (الى قوله) على رأى.

اقول: قد تقدم الخلاف في ان الحامل المتوفى عنها زوجها هل ينفق عليها ام لا

في الثاني ،ولواذن لها في السفر ثم طلقها قبل الخروج اعتدت في منزلها سواء نقلت رحلها وعيالها الى البلد الثاني اولا .

ولو خرجت من المنزل الى موضع اجتماع القافلة اوارتحلوا فطلقت قبل مفارقة المنازل فالاقرب الاعتداد في الثاني ، ولو كان سفرها للتجارة اوالزيارة ثم طلقت فالاقرب انها تتخير بين الرجوع والمضي في سفرها ولو نجزت حاجتها من السفر ثم طلقت رجعت الى منزلها ان بقي من العدة مايفضل عن مدة الطريق والآفلا، ولواذن لها في الاعتكاف

المطلب الثالث في اذن الانتقال

(**مقدمة**) المعتدة المستحقة للسكنى تسكن في المسكن الذى كانت فيه عند الفراغ الا ان يمنع مانع على ما بيّنه المصنف وليس لها الخروج منه و لا للزوج الاخراج ولا لهمالما ورد في القرآن العزيز ولو اتفقا على النقلة منع الحاكم لان فيه حق الله تعالى كما ان في العدة حقا له تعالى وتفارق سكنى النكاح لتمحضها للزوجين فان انتقلت من مسكن الى آخر ثم طلقت اعتدت في الثاني ولا اعتبار بنقل رحلها خاصة .

قال قدس الله سره : ولو خرجت من المنزل (الى قوله) في الثاني.

اقول: وجه القرب انها فارقت الاول باذن الزوج قاصدة الى الثاني باذن الزوج قبل الطلاق فكان كما لو طلقت في الطريق فتعتد في الثاني (ومن) حيث انها ليست فيه وهي في حكم الاول فترجع اليه والاول اقوى .

قال قدس الله سره : ولو كان سفرها للتجارة (الى قوله) في سفرها .

اقول : لما بين المصنف حكم سفر الانتقال ذكر هنا سفر غيره وهو نوعان مباح محض كالتجارة وطاعة كالزيارة فاذا طلقت بعد استقرارها في السفر ففيه احتمالات ثلاثة (الف) انها تتخير في الرجوع والمضي في سفرها لانها غير مستوطنة لواحد منهما و لان الاول مسكنها لم تنتقل عنه فجاز الرجوع اليه ولانها صارت الى الموضع الذى اذن لها فيه وهو السفر فجاز لها المضي فيه ولان عليها مشقة في الرجوع (ب) اعتدادها في السفر (ج) الرجوع لانه منزلها والاقوى عندى اختيار المصنف .

قال قدس الله سره : ولو اذن لها في الاعتكاف (الى قوله) على اشكال اولا.

ثم طلقها خرجت وقضته ان كان واجبا سواء تعين زمانه على اشكال اولا، ولو اذن لها فى الخروج الى منزل آخر ثم طلقها فى الثانى ثم اختلفا فقالت نقلتنى فانا اعتد فى الثانى فقال ما نقلتك احتمل تقديم قولها (لان) الاذن فى المضى اليه للنقلة وتقديم قوله (لانه) اختلاف فى قصده وهو اقرب .

الباب الثانى فى الخلع وفيه مقصدان

(الاول فى حقيقته) وهو ازالة قيد النكاح بفدية ويسمى خلعا لان المرأة تخلع لباسها من لباس زوجها قال الله تعالى **هن لباس لكم وانتم لباس لهن**

اقول: الاشكال فيما اذا تعين زمانه ومنشأه (من) تعارض الواجبين المضيقين المعينى الزمان (فان قلنا) بوجوب الخروج هل يجب القضاء ، فيه اشكال ينشأ (من) ان العذر ليس باختيارها وعدم قبول الزمان له فلم ينعقد النذر وكذا اذا قلنا بوجوب اليوم الثالث بعد اعتكافها يومين فانه فى نفس الامر لم يكن اعتكاف اليومين صحيحا لتعذر الثالث فلا يجب القضاء (ومن) انه قد وجب عليها بالنذر اليوم الثالث ولم تفعل فيجب القضاء لاصالة صحة النذر كالحيض فى رمضان .

قال قدس الله سره : ولو اذن لها فى الخروج (الى قوله) وهو اقرب

اقول : اذا اذن لها فى الخروج الى منزل آخر ثم طلقها واختلفا فقالت نقلتنى الى هذا الموضع و قال ما نقلتك احتمل تقديم قولها وهو قول بعض الفقهاء لان اذنه لها فى المضى الى هذا الموضع ظاهره الانتقال فكانت دعواها توافق الظاهر لانه فى الحال فى المنزل الثانى فهو كشىء فى يد انسان يدعيه غيره فخرج بعض الخلاف من تعارض الاصل والظاهر فان الاصل عدم الاذن فى النقلة و اختار المصنف تقديم قوله لانه اختلاف فى ارادته وقصده فالقول قوله فى ذلك كما لو خاطب بلفظ محتمل لمعنيين حقيقة ثم اختلف القائل والمخاطب فى قصده فان القول قول المتكلم هذا اذا كان الاذن فى المضى اليه من غير ذكر شىء آخر اما لو ادعت انك قلت اخرجى للنقلة فانكر فالقول قوله ولو ادعى انى قد قلت اخرجى لحاجة او للنزهة فانكرت فالقول قولها والحق عندى الثانى .

وفي وقوعه بمجرده من غير اتباع بلفظ الطلاق قولان

الباب الثاني في الخلع

مقدمة الخلع بفتح الخاء النزع ومنه خلع الرجل ثوبه وبضمها ازالة قيد النكاح بعوض منها وكراهتها للزوج دونه بلفظ خلعت وعرفه المصنف بانه ازالة قيد النكاح بفدية والمراد فدية لازمة لماهيته فلا يرد النقض بالطلاق بعوض وسمي خلعا استعارة من نزع الثوب لقوله تعالى **هن لباس لكم وانتم لباس لهن (١)** فكان كل واحد منهما بمفارقة الآخر نزع لباسه ويسمى الخلع افتداء لان المرأة تفتدي نفسها من زوجها ببذله والاصل فيه قوله تعالى **فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به (٢)** وحبيبة بنت سهل خالعها زوجها ثابت بن قيس على حديقة كان اصدقها اياها بين يدي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم باذنه (٣) وهو اول خلع وقع في الاسلام .

قال قدس الله سره : وفي وقوعه بمجرده (الى قوله) قولان .

اقول: قال المفيد، والمرتضى ، وابن الجنيد يقع بمجرده من غير اتباع بلفظ الطلاق وهو الظاهر من كلام ابن ابي عقيل والصدوق وسلار وابن حمزة، وقال الشيخ في المبسوط لا يقع بمجرده بل لابد من التلفظ بالطلاق وهو مذهب ابن البراج في المهذب وابن ادريس ويظهر من كلام ابي الصلاح واختار شيخنا في المختلف وقوعه بمجرده وهو الاقوى عندي (لنا) ما رواه محمد بن اسماعيل بن بزيع في الصحيح قال سألت ابا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تبارى زوجها او تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك او هي امرأته مالم يتبعها بالطلاق فقال تبين منه فان شاء ان يرد اليها ما اخذ منها فتكون امرأته فعل، قلت له قد روى انها لا تبين منه حتى تتبعها بالطلاق قال ليس ذلك اذن خلع فقلت تبين منه فقال نعم (٤) وهو نص في الباب (احتج) الشيخ بما رواه موسى

---

(١) البقرة ١٨٧ (٢) البقرة ٢٢٩ (٣) سنن ابي داود (ج٢) باب في الخلع
(٤) ثلب ٣ خبر ٩ من كتاب الخلع

(وهل)هوفسخ اوطلاق فينقص بهعدده قولان،و هو (اماحرام)كان يكرهها لتخالعه ويسقطحقّهافلايصح بذلها ولايسقط حقها ويقع الطلاق رجعياان تبع به والّا بطل وكذا لومنعها حقها من النفقة ومـا تستحقه حتى خالعته على اشكال

ابن بكر عن ابى الحسن الاول عليه السلام قال المختلعة يتبعها الطلاق مادامت فى عدتها الحديث(١) والجواب ـ موسى بن بكر واقفى وفى الطريق ايضاً على بن فضال وفيه قول.

قال قدس الله سره : وهل هوفسخ اوطلاق فينقص به عدده قولان .

اقول: الخلع يقع به البينونة اجماعا والخلاف فى انه هل فسخ اوطلاق قال المرتضى وابن الجنيد انه طلاق وينقص من عدد الطلاق و اختاره والدى فى المختلف وقال الشيخ تفريعا على القول بوقوعه بمجرده،الاولى انه فسخ لاطلاق والّا لكان كناية فى الطلاق لاصريحا والطلاق لايقع بالكناية (احتج) الشيخ بقوله تعالى **الطلاق مرتان** ثم قال **فلاجناح عليهما فيما افتدت به (٢)** ثم قال **فان طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجاغيره (٣)** فذكر تطليقتين والخلع و تطليقة بعدها فلوكان الخلع طلاقا لكان اربعا (ولانها) فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسخا كسائر الفسوخ والاقرب عندى اختيار المرتضى لانها بذلت عوضا عن التفرقة التى يملكها الزوج والفرقة التى يملك الزوج ايقاعها هو الطلاق دون الفسخ (ولان) ثابت بن قيس لمّا خلع زوجته بين يدى النبى صلى الله عليه وآله وسلم لم يأمره بلفظ الطلاق بل لمّا خالعها قال لها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اعتدّى ثم التفت الى اصحابه فقال هى واحدة (٤) (ولان) الزوجين لايملكان فسخ النكاح بالتراضى لان المقصود منه الدوام والتاكيد ويتفرّع على ذلك انه هل ينقص به عدد الطلاق (فان قلنا) انه فسخ لم ينقص به (والا) نقص وعلى انه فسخ يجوز تجديد النكاح والخلع من غير حصر ولا احتياج الى محلل فى الثالث وبخلاف ذلك على انه طلاق .

قال قدس الله سره : وهواما حرام (الى قوله) على اشكال .

---

(١) ٦ل باب ٣ خبر ١ من كتاب الخلع
(٢) البقرة ٢٢٩　(٣) البقرة ٢٣٠　(٤) قد مر آنفاً

(واما مباح) بان تكره المرأة الرجل فتبذل له مالاليخلعها عليه (واما مستحب) بان تقول لادخلن عليك من تكرهه (وقيل) يجب ، ولوخالعها والاخلاق مئتلفة لم يصح الخلع ولا يملك الفدية ، ولو طلقها حينئذ بعوض لم يملكه ووقع رجعيا .

ولواتت بالفاحشة جاز عضلها لتفتدى نفسها (وقيل) انه منسوخ فلو ضربها لنشوزها

اقول: ينشأ (من) انه اكراه اولا لان منع فوائد النكاح وحقوقه ينفى فائدته فكان اكراها (ومن) ان عدولها عن طلب حقها من النفقة وما تستحقه الى طلب الخلع يدل على اختيارها له فلا يعد اكراها والاقوى عندى انه لايصح لقوله تعالى **فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا(١)** شرط فى حل الفدية اختيارهن وطيبة نفوسهن وهو منتف لقوله تعالى **ولايحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئا(٢)** .

قال قدس الله سره : واما مستحب (الى قوله) وقيل يجب .

اقول: الاول هو المشهور والثانى اختيار الشيخ فى النهاية وابى الصلاح وابن البراج فى الكامل وابن زهرة والاول هو الحق للاصل (واحتج) الشيخ بوجوب النهى عن المنكر ولايتم الا بهذا الخلع وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب (و الجواب) المنع من المقدمة الثانية قال و الدى فى المختلف و الظاهران مراد الشيخ بذلك شدة الاستحباب .

قال قدس الله سره : ولواتت بالفاحشة (الى قوله) منسوخ .

اقول: وجه الاول قوله سبحانه وتعالى **ولاتعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا ان يأتين بفاحشة مبينة** (٣) والاستثناء من النهى اباحة (ولانها) اذا زنت لم تأمن ان تلحق به ولداً من غيره فتفسد فراشه فلا تقيم حدود الله تعالى فى حقه فيدخل فى قول الله تعالى **فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به** (٤) (ووجه الثانى) ما تقدم وقوله تعالى **فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيأ مريئا** (٥) والمشروط عدم عند عدم الشرط ـ واجاب بعضهم عن

---

(١) النساء ٤ (٢) البقرة ٢٢٩ (٣) النساء ٢٣
(٤) البقرة ٢٢٩ (٥) النساء ٤

جاز حينئذ خلعها ولم يكن اكراها ويجوز الخلع بسلطان و غيره وليس له الرجعة سواء امسك العوض اودفعه نعم لورجعت هي في البذل جازله الرجوع في العدة وليس له ان يتزوج باختها ولا برابعة بعد رجوعها في البذل (وهل) له ذلك قبله اشكال (منشأه من حيث البينونة ومن حيث انها متزلزلة ـ خ) فان جوزناه فرجعت في العدة فالاقرب جواز رجوعها وليس له حينئذ ان يرجع ولو كانت ثالثة فالاقرب انه لا رجعة لها في بذلها ولو رجعت و لما

حجة الاولين بان الآية الاولى التى استدلوا باستثنائها منسوخة قال الشيخ في المبسوط ما معناه ان النسخ خلاف الاصل يحتاج الى دليل ولم يثبت واختار رحمه الله الاول و هو الاقوى عندى .

قال قدس الله سره : نعم لو رجعت هي (الى قوله) اشكال .

اقول: ينشأ (من) حيث البينونة (ومن) حيث انها متزلزلة وايضاً من انه في حكم الرجعي (ومن) انه بائن قبل الرجعة والاقوى عندى انه لا يجوز لانه يستلزم امكان ان يجتمع الاختان اواكثر من العدد في حباله ورجعته شرعا وهو محال .

قال قدس الله سره : فان جوزناه (الى قوله) ان يرجع ،

اقول : وجه القرب وجود المقتضى وعدم المانع لانه لامانع لها وعدم رجوعه لمانع ولم يثبت في حقها (ومن) حيث ان تمكنه من الرجوع لازم لرجوعها واللازم منتف فينتفي الملزوم .

قال قدس الله سره : ولو كانت ثالثة فالاقرب انه لا رجعة لها.

اقول: وجه القرب هنا مبنى على مقدمتين (الف) ان الخلع طلاق (ب) انما يكون لها الرجوع في البذل في كل موضع يمكن رجوع الزوج في النكاح بالنظر الى الخلع لا بسبب امر خارجي يمكن زواله فانه لو خالعها ثم تزوج باختها او بالخامسة قبل رجوعها وقلنا بصحته فان الاقرب عند المصنف ان لها الرجوع لان منع رجوعه انما هو لعارض يمكن زواله كأن يطلق الاخت او الخامسة بائنا في العدة فان له الرجوع حينئذ لزوال المانع بخلاف ما اذا كانت ثالثة فان هذا الخلع لا يمكن معه الرجوع لذاته وايضا فقد قيل ان رجوعها يصير الطلاق رجعيا و هذا لا يمكن ان يصير رجعيا البتة

تعلم حتى خرجت العدة فالاقرب صحة رجوعها ومنع رجوعه ولو رجع ولما يعلم برجوعها فصادف رجوعها فى العدة صح ولا يصح طلاقها قبل الرجوع فى البذل ولا بعده مالم يرجع فى النكاح بعد رجوعها .

المقصد الثانى

فى اركانه وفيه مطالب

(الاول الخالع) ويشترط فيه البلوغ، والعقل ، والاختيار، والقصد؛ (فلا يقع) من الصغير وان كان مراهقا ولا من المجنون المطبق، ولو كان يعتوره ادواراً صح حال افاقته، ولو ادعت وقوعه حال جنونه وادعى حال الافاقة او بالعكس فالاقرب تقديم مدعى الصحة (ولا من المكره) الامع قرينة الرضا كأن يكرهه على الخلع بمائة فيخلعها بمائتين او بفضة فيخلعها بذهب ، ولو ادعى الاكراه لم يقبل الامع البينة وتكفى القرينة فانه من الامور الباطنة (ولا يقع) مع السكر الرافع للقصد ولو لم يرفع قصده صح ويقبل قوله مع اليمين

فلا يمكن رجوعها (ويحتمل) ضعيفاً جواز رجوعها للعموم و هذا الاحتمال لا اعتبار به عندى .

قال قدس الله سره : ولو رجعت (الى قوله) ومنع رجوعه

اقول: وجه القرب لوجود المقتضى وعدم المانع كما تقرر (ويحتمل) عدم صحة رجوعها لانه مستلزم لتخيّره فى الرجوع ولم يحصل لانه موقوف على علمه و عدمه منها (اى عدم الرجوع من الزوجة لانه لم تعلم الرجوع على البذل به -خ) (واعلم) ان كلام الاصحاب كالشيخ يظهر منه تلازم جواز رجوعهما .

المقصد الثانى فى اركانه

وفيه مطالب (الاول الخالع)

قال قدس الله سره : ولو ادعت (الى قوله) مدعى الصحة

اقول: لعموم النص على تقديم قول مدعى الصحة فى الواقع مع امكانها (و من) حيث الجهل بالشرط فان التقديران الجنون يعتوره ادواراً فخرج عن مقتضى الطبيعة

(ولايقع) مع الغضب الرافع للقصد (ولا) مع الغفلة والسهو ، ولوخالع ولى الطفل بمهر المثل صح ان قلنا هو فسخ والافلا ، ولوخالع بدونه لم يصح الامع المصلحة ولوخالع السفيه بعوض المثل صح ولايقبضه بل وليه فان سلمته اليه لم تبرأ فان كان باقيا اخذه وليه وبرئت وان اتلفه كان للولى مطالبتها به لا بمهر المثل وليس لها الرجوع على السفيه بعد فك الحجر لانها سلطته على اتلافه بتسليمه اليه ، ولواذن لها الولى فى الدفع

الاصلية وهو العقل وتساوى احتمال جنونه واحتمال عقله حال وقوع الخلع والعقل شرط فى صحته فقد تساوى احتمال حصول الشرط واحتمال عدمه ولاشك ان المشروط لايمكن تحققه الابعد تحقق الشرط ولم يحكم به مع احتمال وجوده وعدمه احتمالا متساويا بخلاف مالو لم يعتوره لان جنونه على خلاف الاصل اذ مقتضى الطبيعة الانسانية العقل فجنونه مرجوح وهنا مساو (وانا) فى هذه المسألة من المتوقفين .

قال قدس الله سره : ولوخالع ولى الطفل (الى قوله) والافلا .

اقول: صحة خلع ولى الطفل موقوف على مقدمات اربع (الف) انه فسخ (ب) انه لايحتاج الى ان يتبع بالطلاق (ج) ان يكون بمهر المثل اوباقل مع مصلحة الطفل ولابد من اعتبار المصلحة فى الصورتين (د) ان الولى يملك فسخ النكاح وعلى القول بان الخلع طلاق اويتوقف على اتباعه بالطلاق فانه لايقع من الولى .

قال قدس الله سره : ولوخالع السفيه (الى قوله) برائة ذمتها.

اقول: كل من صح استقلاله بالطلاق صح استقلاله بالخلع ويتفرع على ذلك صحة الخلع من السفيه وذكر موالدى عليه منى السلام هنا بعوض المثل ولاشك فى صحته بعوض المثل لكن ان كان قصده الصورة الاجماعية واعرض عن غيرها وهو حكم مانقض فلاشك فيه وان قصد اشتراطه فعندى فيه نظر لانه لايزيد عن الطلاق مجانا وطلاقه مجانا نافذ خصوصا على القول بانه طلاق وعلى القول بصحة النكاح لوزوج الولى الصغيرة بدون مهر المثل فصحة الخلع هنا اولى واطلق والدى فى التحرير صحة خلع السفيه ولم يشترط عوض المثل وهذا هو الصحيح عندى ، ويتفرع على صحة خلع السفيه ملكه للعوض وضمانها له الى ان يصل الى مستحق القبض والسفيه لايستحق قبضه فلاتبرء بتسليمه

اليه فالاقرب برائة ذمتها ، و فى الصبى لواذن لها الولى اشكال وكذا المجنون اقربه عدم البرائة ، وهل لها الرجوع على الولى مع جهلها اقربه ذلك لانه سبب ، وهل للعبد الخلع بغيراذن مولاه اشكال اقربه ذلك ان جعلناه طلاقا اوفسخا على اشكال والعوض

اليه فاذا سلمته اليه كان فى ضمانها وقدم السبب هنا على المباشر (لانها) بتسليمها اليه سلطته عليه فصار السبب اقوى ولا ترجع على السفيه بعد رشده وترجع على العبد بعد عتقه (لانه) كلما كان نفى الضمان للحجر لحق الغير نفى الحجر ما بقى حق الغير وكلما كان لحفظ ماله لنقص فيه اقتضى نفى الضمان حالا ومالا والالم يحصل حفظ ماله فانتفت فائدة الحجر فيرجع بالابطال على الاصل هذا اذا كان التسليم بغيراذن الولى فان اذن الولى لها فى التسليم فالاقرب برائة ذمتها (و وجهه) انه تسليم ماذون فيه ممن له الولاية فكان مبرئا لذمتها (ويحتمل) العدم لانه اذن فيما لايصح والاصح الاول وانما طولنا فى هذه المسألة لانها موضع اشتباه .

قال قدس الله سره : وفى الصبى (الى قوله) اقربه عدم البرائة

اقول: منشأ الاشكال (من) امر الولى (ومن) عدم اعتبار قبضهما وهذا هو الاقرب والاصح عند والدى وعندى والفرق بينهما وبين السفيه ظاهر لانه مكلف .

قال قدس الله سره : وهل لها الرجوع (الى قوله) لانه سبب .

اقول: ويحتمل العدم ايضاً لفساد الاذن وتفريطها بتسليمها الى من لايصح قبضه باذن فاسد وجاهل الحكم لايعذر والحق الاول لان اذنه سبب للاتلاف والمباشر ضعيف والولى غرها بالتسليم الى الصبى و المغرور يرجع على من غره لانه هنا هو المتلف بأمره وكان يمكنه الحفظ بقبضه فان امتنع رجوع الصبى بعد بلوغه على المرأة رجع على الولى كما لو سلمه الولى شيئاً من ماله فاتلفه والحق الاول .

قال قدس الله سره : وهل للعبد الخلع (الى قوله) على اشكال

اقول: وجه احتمال وقوفه على اذن الولى انه معاوضة لانه افتداء لقوله تعالى **فلاجناح عليهما فيما افتدت به** (١) وكل افتداء معاوضة مّا والعوض يملكه المولى

(١) البقرة ٢٢٩

لمولاه و عوض المكاتب له و لو دفعت الى العبد فاتلفه رجعت عليه بعد عتقه بخلاف المحجور عليه لانه حجر عليه لحفظ ماله فلو جعلنا عليه رجوعا بعد الحجر لم يفد الحجر شيئاً ، ويصح الخلع من المريض وان كان بدون مهر المثل ويصح خلع المحجور عليه للفلس و خلع المشرك ذميا او حربيا فان تعاقدا الخلع بعوض صحيح ثم ترافعا امضاه الحاكم وان كان فاسداً كالخمر والخنزير ثم ترافعا بعد التقابض فلا اعتراض وان كان قبله لم يامره باقباضه واوجب القيمة وان تقابضا البعض اوجب بقدر الباقي من القيمة ولو اسلما ثم تقابضا ثم ترافعا ابطل القبض واوجب القيمة .

المطلب الثاني المختلعة

ويشترط فيها ما تقدم في الخالع وان تكون طاهرا طهراً لم يقربها فيه بجماع ان كانت مدخولا بها غير يائسة وكان الزوج حاضراً معها وان تكون الكراهية منها و يصح خلع الحامل وان رأت الحيض وغير المدخول بها معه واليائسة و ان وطئها في طهر المخالعة ، و لو وطيء الصغيرة جاز له خلعها اذا بذل الولي و للولي الخلع عن المجنونة ويبذل مهر مثلها فما دون ، ولو خالعت المريضة بمهر المثل صح من الاصل ولو زاد فالزيادة من الثلث فلو خالعت على مائة مستوعبة ومهر مثلها اربعون صح له ستون

فيقف على اذنه والحق انه (ان قلنا) انه طلاق والطلاق بيده فكان هذا الخلع بيد العبد لا المولى (وان قلنا) انه فسخ قال المصنف فيه اشكال ومنشأه ان هذا فسخ بعوض فكانت معاوضة محضة من الطرفين كالنكاح والبيع الاترى انه لا يشترط وروده على عوض النكاح بل يجوز ايراده على عوض جديد ويشترط فيه التواصل والتطابق بين طرفيهما (طرفيها - خ ل) كالبيع والنكاح ولانه يأخذ مالا في مقابلة ما يخرجه عن ملكه ولبطلانه ببطلان العوض (ويحتمل) عدم الحاقه بالمعاوضات المحضة لانها انما تكون مع كون العوضين مالين وقد ظهر من ذلك الفرق بين الطلاق والفسخ وانما ذكر المصنف الاشكال في الفسخ لاظهار الفرق خاصة والاقوى عندي انه لا يتوقف على القولين و هو اختيار المصنف في التحرير .

ولوخالعت الامة فبذلت باذن مولاها صح فان اذن فى قدر معين فبذلته تعلق بما فى يدها ان كانت مأذونا لها فى التجارة وان لم تكن ماذونا لها فى التجارة تعلق بكسبها ولولم تكن ذات كسب تعلق بذمتها تتبع به اذا اعتقت وايسرت ولوقيل يتعلق بالسيد مع الاذن مطلقا كان حسنا ولو بذلت عينا باذنه استحقها وكذا لو بذلتها فاجاز ولواطلق الاذن انصرف الى مهر المثل ومحله ماتقدم ولولم ياذن صح الخلع وتعلق العوض بذمتها دون كسبها تتبع به بعد العتق وكذا لواطلق فزادت على مهر المثل او عين قدراً فزادت عليه كانت الزيادة فى ذمتها تتبع به ولو خالعته على عين من مال سيدها وقع الخلع بعوض فاسد ان لم يجز المولى وعليها مثلها اوقيمتها تتبع به بعد العتق والمكاتبة ان خلعت نفسها فكالقن ان كانت مشروطة يتعلق بما فى يدها مع الاذن وبذمتها مع عدمه وان كانت مطلقة فلا اعتراض للمولى وبذل السفيهة فاسد لا يوجب شيئا وكذا الصبية ولواذن لها الولى

المطلب الثالث فى الصيغة

وهو ان يقول خلعتك (خالعتك خل) على كذا اوفلانة مختلعة على كذا ولا يقع بفاديتك مجرداً عن لفظ الطلاق ولا فاسختك ولا ابنتك ولا بتتك ولا بالتقايل ويقع بلفظ الطلاق ويكون باينا مع الفدية وان تجرد على لفظ الخلع واذا قال خلعتك على كذا فلابد من القبول ان لم يسبق السؤال فان سبق وجب ان يقع عقيبه بلافصل ولابد من سماع شاهدين عدلين لفظه كالطلاق ولوافترقا لم يقع ويشترط تجريده عن شرط لا يقتضيه الخلع ولو شرط ما يقتضيه صح مثل ان رجعت رجعت اوشرطت هى الرجوع فى الفدية اما لو قال خالعتك ان شئت لم يصح وان شاءت اوان ضمنت لى الفا اوان اعطيتنى (الفاً ـ خ) وما شاكله وكذا متى اومهما اوای وقت اوای حين ولو قال خلعتك على الف على ان لى

المطلب الثانى المختلعة

قال قدس الله سره : ولوخالعت الامة (الى قوله) كان حسنا

اقول : الاول قول الشيخ فى المبسوط والآخر اختيار المصنف لانه لم يحصل العوض وباذنه فعلت فكان العوض عليه وهذه المسألة تبنى على انه لواذن السيد لعبده فى النكاح هل يكون المهر على السيد اوفى كسبه .

الرجعة لم يصح وكذا لوطلق بشرط الرجعة بعوض ، ولو نوى بالخلع الطلاق ففى وقوعه اشكال ، ولونوى (بفسخت) اذا فسخ لعيب الطلاق لم يقع وهل يلزم النكاح الاقرب ذلك كما لوطلقها لكن هنا تطلق لاهناك ولو طلبت منه طلاقا بعوض فجعلها مجرداً عن لفظ الطلاق لم يقع على القول بانه طلاق ولاعلى الآخر ولوطلبت منه خلعا بعوض فطلق بهوقع الطلاق رجعيا ولم يلزم البذل ان قلنا انه فسخ ويلزم على انه طلاق اومفتقر اليه ، ولو

المطلب الثالث الصيغة

قال قدس الله سره : ولو نوى بالخلع الطلاق ففى وقوعه اشكال

اقول: اذا اتى بلفظ الخلع وقصد به الطلاق ولم يتبعه بالطلاق لفظا (فنقول) هذه المسألة مبنية على ان الخلع هل هو فسخ اوطلاق (فان قلنا) بالاول لايقع لانه يكون كناية فى الطلاق حينئذ (لانه) مجاز فيه ولايقع عندنا بالكناية (وان قلنا) انه طلاق فعلى القول باشتراط اتباعه بالطلاق لم يقع لانه حينئذ كناية ولايصح بالكناية عندنا (وان قلنا) انه لايشترط فيه كان صريحا ووقع وقد بينا الخلاف ووجه كل قول فى المسألتين فيما تقدم والاقوى عندى انه طلاق لقوله عليه الصلاة والسلام فى قضية ثابت بن قيس هى واحدة، حكم عليه السلام بانه طلاق وانه يقع بمجرده لحكمه عليه السلام فى قضية ثابت بالبينونة ولم يتبع بلفظ الطلاق .

قال قدس الله سره : ولو نوى (بفسخت) (الى قوله) الاقرب ذلك .

اقول: وجه القرب ان ارادة الطلاق تدل على الرضا بالنكاح لانه لوطلق ذات العيب كان اختياراً للنكاح فاذا اراد بالفسخ الطلاق فقد اراد ازالة النكاح بعد ثبوته بغير فسخ لكن لم يقع الطلاق لعدم الاتيان بالصيغة المعتبرة شرعا واختيار النكاح لايتوقف على صيغة مخصوصة بل يحصل بكل شىء يدل على اثباته (ويحتمل) عدمه لعدم وقوع الطلاق والالتزام بالنكاح تابع له واذا لم يقع المتبوع لم يقع التابع (وفيه منع) لجواز كون التابع اعم والاقرب عندى لزوم النكاح .

قال قدس الله سره : ولوطلبت منه طلاقا (الى قوله) اومفتقر اليه .

اقول: اللفظ الدائر بين الزوجين سؤالا من جانب المرأة واجابة من جانب الزوجة

ابتدأ فقال انت طالق بالف او وعليك الف صح الطلاق رجعيا ولم يلزمها الالف ، ولو تبرعت بعد ذلك بضمانها لانه ضمان مالم يجب ، ولودفعتها فهي هبة ولايصير الطلاق باينا، ولوقالت طلقني بالف فالجواب على الفورفان اخّر فالطلاق رجعي ولاعوض ويصح الايقاع منه ومن وكيله (وهل) يتولى البذل والايقاع وكيل واحد عنهما الاقرب الجواز

اما ان يكون واحداً من الجانبين اولا فان كان الاول ثبت حكمه وان كان الثاني ففيه مسألتان (الف) ان تسأل الطلاق فيجيبها بالخلع مجرداً عن لفظ الطلاق لم يقع الخلع لان سؤالها طلاق وبذلها عليه والطلاق صريح في معناه يقيناً متفق على الزامه حكمه والخلع فيه قولان (فعلى القول) بانه فسخ ولم يعقبه بالطلاق لم يأت بما سألت وما بذلت عنه فلايكون له العوض ومتى بطل العوض بطل الخلع (وان قلنا) انه طلاق فعلى قول من يجعله كناية لم يجبها بماسألت وبذلت لانها سألت الصريح فاجابها بكناية (وعلى القول) بانه صريح لم يجبها بماسألت ايضاً لانها سألت صيغة صريحة بالاتفاق يقينا فاجابها بمسألة اجتهادية مختلف فيها فلذلك قال على القولين (ب) ان تسأله خلعا بعوض فيطلّقها به فهيهنا (على القول) بانه فسخ لم يجبها بما بذلت في مقابلته فبطل العوض فيقع الطلاق رجعيا ولم يلزم العوض (وان قلنا) انه طلاق وقع الطلاق بعوض وكان له العوض لانها سألت بينونة بكناية فاجابها بصريح وهو آكد (وعلى القول) بانه مفتقر الى الطلاق واتى بالطلاق يكون له العوض لان القائل بهذا القول يجعله كناية عن الطلاق والكناية لاتقع بها وانما يقع بالطلاق الذي يتعقبه ولااعتبار حينئذ بالخلع (وفيه نظر)لاستحالة خلوّ شرع الشارع حكما عن الفائدة وانه لايؤثر شيئا واعلم ان المصنف صدّر المسألة الاولى بانه خلعها مجرداً عن الطلاق وفي الثانية سألت خلعا مطلقا .

قال قدس الله سره : وهل يتولى البذل (الى قوله)الاقرب الجواز

اقول : هذه المسألة مبنية على البيع والنكاح وسائر العقود (فان قلنا) ثمّة بالجواز فهنا اولى لان البذل جعالة والمؤثر في البينونة الصيغة الصادرة من الزوج فهو ليس من قبيل العقود (وان قلنا) ثمّة بالمنع كابن ادريس فالاقوى هنا الجواز لانه ايقاع (ويحتمل)المنع ان قلنا انّ هذا عقد وقلنا بامتناعه في العقود والاقوى عندي

المطلب الرابع فى الفدية

وهى العوض عن نكاح قايم لم يعرض له الزوال لزوما ولاجوازاً فلايقع الخلع بالباينة ولا بالرجعية ولا بالمرتدة عن الاسلام وان عادت فى العدة ، ويشترط فى الفدية العلم والتموّل وكل مايصح ان يكون مهراً صحّ ان يكون فدية ولا تقدير فيه بل يجوز ان يكون زايداً عما وصل اليها من مهر وغيره ولو بذلت مالا يصح تملكه مطلقا اولا يصح تملكه للمسلم كالخمر فسد الخلع وان اتبعه بالطلاق كان رجعيا ، ولو خلعها على عين مستحقة اما مغصوبة اولا فان علم فسد الخلع ان لم يتبعه بالطلاق وان اتبعه كان رجعيا و ان لم يعلم استحقاقها قيل يبطل الخلع ويحتمل الصحة ويكون له المثل اوالقيمة ان لم يكن مثليا ، ولو خلعها على خمّل فبان خمراً صح وكان له بقدره خمّل ولو خالعها على غير معين القدر اوالجنس اوالوصف اوحمل الدابة اوالجارية بطل ، وكذا لوقال خلعتك ولم يذكر شيئا ولاينصرف الى مهر

الجواز فعلى القول بعدم الجواز نقول الممنوع منه ليس التوكيد بل مباشرة البذل و الخلع من واحد اما الوكالة فصحيحة فعلى هذا يتخير الوكيل فى تولى من شاء من الطرفين مع الآخر اووكيله .

(فائدة) توكيل المرأة (انما هو - خ) فى مالها وهو اربعة استدعاء الخلع ، اوالطلاق ، وتقدير العوض ، وبذله فى مقابلة ما استدعته من الخلع اوالطلاق ، وتسليمه فلايخرج توكيلها عن هذه الامور والرجل يوكل فى ماله وهو شرط العوض وايقاع الطلاق اوالخلع فى مقابلة البذل وقبض العوض ولايخرج توكيل واحد منهما عن ماله .

المطلب الرابع فى الفدية

قال قدس الله سره : ولو خلعها على عين مستحقه (الى قوله) ان لم يكن مثليا.

اقول: قال الشيخ فى المبسوط يبطل الخلع ويمكن الاحتجاج له بان العوض لازم لماهية الخلع وبطلان اللازم يستلزم بطلان الملزوم (و وجه) احتمال الصحة ان المعاوضة هنا ليست حقيقية كما فى البيع والاصل فى العقود الصحة فلا يؤثر بطلان عين العوض فى بطلانه بل تضمن المرأة المثل ان كان مثليا او القيمة ان لم يكن كذلك ، والاقوى عندى بطلان الخلع .

المثل ولوكان غايبا فلابد من ذكر جنسه وقدره ووصفه بما يرفع الجهالة وتكفي المشاهدة في الحاضر عن معرفة القدر فلورجعت فالقول قوله مع اليمين و اطلاق النقد و الوزن ينصرف الى غالب البلد، ولوعيّن انصرف اليه .

ويصح البذل منها ومن وكيلها اووليها عنها وممن يضمنه باذنها (وهل) يصح من المتبرع الاقرب المنع ، امالوقال طلقها على الف من مالها وعلىّ ضمانها اوعلى عبدها هذا وعلىّ ضمانه صح فان لم ترض بدفع البذل صح الخلع وضمن المتبرع على اشكال، ويصح جعل الارضاع فدية بشرط تعيين المدة و المرتضع وكذا النفقة بشرط تعيين المدة ،

قال قدس الله سره : ويصح البذل منها (الى قوله) الاقرب المنع .

اقول: قوله (وهل يصح) الضمير فيه (يحتمل) ان يكون راجعا الى الضمان فيكون البحث في انه اذا قال خالع زوجتك على مائة و علىّ ضمانها فان هذه الصيغة اعتبرها الشارع في الضمان في موضع بالاجماع وهو قوله الق متاعك في البحر وعلى ضمانه ، وفي ضمان مايحدثه المشترى من بناء وغرس على قول جماعة وقدّره الشارع في الابراء منه في قوله ـ من تطبب او تبيطر فليأخذ البرائة من وليّه والافهو ضامن(١) والابراء انما يكون عن ضمان وليس بثابت وقدره الشارع وصحح الابراء منه(به ـ خل) وعلى هذا الاحتمال هل يصح هنا الاقرب لا وهو اختيار المصنف هنا (لانه) ضمان ما لم يجب (لانه) عوض عن ملك البضع ليرجع الى المرأة ولايصح ان يملك احد عوضا وعوضه على غيره (و لانه) على خلاف الاصل فيقتصر فيه على محل النص (و وجه) الجواز انه افتداء للآية والافتداء يصح من الاجنبي (ويحتمل) رجوع الضمير في (يصح) الى البذل و اختار المصنف عدم الصحة وهو الاصح فيهما معا وسيأتي البحث فيه .

قال قدس الله سره : اما لوقال طلقها (الى قوله) على اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه ضمان مالم يجب (ومن) ان الضرورة قد تدعو الى ذلك كالق متاعك في البحر وعلىّ ضمانه .

قال قدس الله سره : ويصح جعل الارضاع فدية (الى قوله) نظر.

---

(١) **كل ب٢٤ خبر١ من ابواب موجبات الضمان .**

وقدرها من الماكول و الملبوس فان عاش الولد استوفاه وان كان زهيداً فالزيادة للزوج وان كان رغيبا فالزيادة عليه . ولومات استوفى الاب قدر نصيبه من الباقى فان كان رضاعا رجع باجرة المثل وان كان نفقة رجع بالمثل اوالقيمة ان لم يكن مثليا ولا يجب دفعه معجّلا بل ادراراً فى المدة ، ولوخلعها على ان تكفل بولده عشرسنين جاز اذا بيّنا مدة الرضاع من ذلك حولا اوحولين ان كان فيه رضاع ولا يحتاج الى تقدير اللبن بل مدته و يفتقر الى تعيين نفقة باقى المدة قدراً وجنسا فى الطعام والادام والكسوة فاذا انقضت مدة الرضاع كان للاب ان يأخذما قدر من طعام والادام كل يوم ويقوم هو بما يحتاج اليه الصبى ولهَ أن يأذن لها فى انفاقه ، ولومات فى مدة الرضاع لم يكن له أن يأتى بغيره للرضاع ولولم يحمل الصبى اليها للرضاع مع امكانه حتى انقضت المدة ففى استحقاقه العوض نظر ولوتلفت الفدية قبل القبض لزمها مثله او قيمته ان لم يكن مثليا و لوكانت مطلقة موصوفة فوجدها دون الوصف كان له الرد و المطالبة بماوصف و لوكانت معينة فبانت معيبة فله الرد والمطالبة بالمثل اوالقيمة ان لم يكن مثليا اوالامساك بالارش، ولوشرط كون العبد حبشيا فبان زنجيا اوبان الثوب الابيض اسمر فكذلك ولوشرط كونه ابريسما فبان كتّانا فله قيمة الابريسم وليس له امساك الكتان لمخالفة الجنس ولو خالع اثنتين بفدية واحدة صح وكانت عليهما بالسوية .

المطلب الخامس فى سؤال الطلاق

لوقالت طلّقنى بالف فالجواب على الفور فان تأخر فالطلاق رجعى ولافدية ، ولو

اقول: يصح جعل النفقة الواجبة عليه كنفقته او نفقة من تجب عليه نفقته فدية بالشرائط المذكورة لان الفدية له حينئذ (اما) مع عدم وجوبها عليه (فقيه نظر) من حيث انه عوض عن ملكه فيجب ان يكون له واذا لم تجب النفقة عليه فالعوض لغيره (و من) انه مقصود مرغب فيه فيصح ويملكه اولاً باول جزء وينتقل منه الى من شرط له بتمامه كاعتق عبدك عنى (ووجه النظر) من انه اذا لم يحمله اليها انه لم يحصل له العوض الذى وقع عليه الصلح (الخلع-خل) وتعذر بانقضاء المدة فيجب عليها عوضه (ومن) انها قد بذلت له ذلك ومكّنته وهوامتنع من استيفائه فلا يضمن عوضه .

قالت طلقنى بها متى شئت لم يصح البذل وكان الطلاق رجعيا ولوقالتا طلقنا بالف فطاق واحدة كان له نصف الالف فان عقب بطلاق الاخرى كان رجعيا ولافدية لتأخر الجواب ولو قال انتما طالقتان طلقتا واستحق العوض اجمع .

ولوقالت طلقنى ثلاثا على ان لك على الفا فطلقها (قيل) لايصح لانه طلاق بشرط

المطلب الخامس فى سؤال الطلاق

قال قدس الله سره : ولوقالت طلقنى ثلاثا (الى قوله) فلايعد شرطا .

اقول: البحث هنا فى مقامين (الف) فى نفس هذه الصيغة وهى قوله طلقتك على ان لى عليك الفاً من غير التفات الى عدد الطلقات فانه لوقالت طلقنى واحدة على ان لك الفاً فقال طلقتك واحدة على ان لى عليك الفاً كان الخلاف جاريا فى صحته وفساده (وتقريره) ان نقول اختلف الا صحاب فيه ، فقال الشيخ انه طلاق بشرط لان (على) التى تعقبها (ان) من ادوات الشرط والطلاق بشرط لايصح (واحتج) على الصغرى بانه ورد فى القرآن استعمالها فى الشرط فى قوله تعالى **قال له موسى هل اتبعك على ان تعلمنى مما علمت رشداً** (١) والاصل فى الاستعمال الحقيقة وهذه الصيغة مشهورة فى العرف انها للشرط (واجاب) المصنف عنه بمنع كونها من ادوات الشرط حقيقة بل هى للعوض وقد ورد فى القرآن فى قوله تعالى **هل نجعل لك خرجا على ان تجعل بيننا و بينهم سدا (٢)** و فى قوله تعالى **انى اريد ان انكحك احدى ابنتى هاتين على ان تأجرنى ثمانى حجج فان اتممت عشرا فمن عندك (٣)** فجعلها عوض البضع (اورد) فيكون مشتركا فلايجزم بالصحة لاحتمال ارادة الشرط و كل عقد كذلك فهو باطل (والجواب) انه اذا تعارض المجاز والاشتراك فالمجاز ارجح واستعماله فى العوض اكثر وكثرة الاستعمال دليل الحقيقة (ولان) الاصل الصحة وعد اهل اللغة ادوات الشرط ولم يذكروا (على) فيها ، و الاصح عندى اختيار المصنف و الفرق بين هذه الصيغة وبين طلقنى ثلاثا بالف ان الباء للعوض اتفاقا (ب) من حيث جعل

(١) الكهف ٦٥ (٢) الكهف ٩٢ (٣) القصص ٢٧

(والوجه) انه طلاق فى مقابلة عوض فلا يعد شرطا فان قصدت الثلاث ولاءاً لم يصح البذل وان طلقها ثلاثا مرسلا لانه لم يفعل ماسألته (وقيل) له ثلث الالف لوقوع الواحدة وفيه نظر،

الالف فى مقابلة الثلاث وهذه المسألة هى المذكورة فى هذه المقالة المتعقبة وما بعدها .

قال قدس الله سره : فان قصدت الثلاث (الى قوله) وفيه نظر.

اقول: هذه المسألة الثانية ومعنى قوله (ولاء) هو ان يقول انت طالق انت طالق انت طالق والمرسل هو ان يقول انت طالق ثلاثا .

(مقدمة) اذا سألت المرأة الطلاق، والتمسته ببذل فاجابها الزوج فان هذا معاوضة من وجه وجعالة من وجه (اما) انها معاوضة فلانه يحصل بذلك (به ـ خ ل) ملك البضع للمرأة ويزول عنه بما تبذله من العوض (واما) مشابهته للجعالة (فلانها) جعلت المال فى مقابلة ما يستقل الزوج بفعله وهو الطلاق فاذا اتى به وقع الموقع وحصل مقصودها الذى هو غاية لها فى بذل المال .

(اذا تقرر ذلك) فنقول هنا مسائل (الف) ان تقصد الثلاث ويوقع الثلاث ولاءاً (ب) ان لا يتغير قصدها ولكن يوقعها مرسلا ، وقد اختلف الفقهاء فى هاتين المسألتين فقال كثير من الامامية يبطل البذل ولا شىء له (اما فى الاولى) فلامتناع الغاية المجعول عليها عندنا وعند كثير من المخالفين (لان) الطلاق الثانى اوقعه على الطلقة (واما فى الثانية) فلانه لم يات بما سألت (وقيل) فى المسألتين له ثلث الالف لانها جعلت فى مقابلة عدد وقد حصل لها ثلثه فيكون له ثلث الالف توزيعا للمسمى على العدد المسؤل قال والدى قدس سره (وفيه نظر) منشأه قول الشيخ فى المبسوط ، فانه قال ان له الثلث لما ذكرنا ، والاصح عندى انه لا شىء له لانه انما بذلت فى مقابلة المجموع و لم يحصل ولا دلالة على التوزيع بشىء من الدلالات الثلاث (ولان) الطلاق فى نفسه غير متقوم ولا عوض له الا ما بذل عنه وقوبل بايقاعه على الوجه الذى طلب جامعا للشرائط و لم يحصل منها البذل الا على المجموع من حيث هو مجموع فلا يكون له شىء على الواحدة (والضابط) انه كلما حصل للمجموع حكم مطلوب لم يحصل لواحد من اجزائه ولم تكن الاجزاء متقومة فى نفسها فان بذل العوض عن المجموع من حيث هو مجموع لا يستلزم تقسيطه على

ولوقصدت ثلاثا برجعتين صح فان طلق ثلاثا فله الالف وانطلق واحدة (قيل)له الثلث (وفيه نظر) لان مقابلة الجميع بالجملة لاتقتضى مقابلة الاجزاء بالاجزاء ، ولو قالت طلقنى واحدة بالف فطلقها ثلاثا ولاء (فان) قال الالف فى مقابلة الاولى فله الالف ووقعت باينة ولغت الباقيتان (وان) قال فى مقابلة الثانية فالاولى رجعية ولا فدية و الباقيتان الباطلتان ، ولوقال فى مقابلة الجميع وقعت الاولى (قيل) وله ثلث الالف ولو (قيل) له الف كان وجها حيث اوقع ما طلبته ، ولوقالت ان طلقتنى فانت برىء من الصداق لم يصح

الاجزاء الامع النص على مقابلة الاجزاء بالاجزاء .

قال قدس الله سره : ولو قصدت ثلاثا (الى قوله) بالاجزاء

اقول: الفرق بين هذه المسألة والمتقدمة عليها (ان) التى قبلها طلبت(طلقت خ ل) ثلاثا من غير رجوع اليها والبذل على هذا الوجه فاسد عند المصنف (واما) هذه المسألة فانها بذل على الثلاث برجعتين .

اذا عرفت ذلك (فنقول) القول بان له الثلاث للشيخ (ووجه النظر) ما ذكره المصنف ومستنده ماذكرناه فيما قبل(واعلم) ان هيهنا اشكالا وهو اتصال الطلاق بالبذل بلافصل شرط فى صحته فاذا جعل الالف فى مقابل الثلاث والطلاق الثانى لا يتصل بالبذل لتخلل زوال النكاح بالطلاق الاول والرجعة (واجيب) عنه بان ذلك من مقدمات الطلاق ومصححاته فلا يعد فصلا والاتصال فيما هو بالتدريج انما هو بالجزء الاول واتصال الباقى به (وعندى فيه نظر) فان البذل ليس على الاول وبعده يكون بذلا على طلاق يحصل فى نكاح آخر فلا يصح المبتدء فكذا الباقى وتنزيل الرجعة منزلة البقاء مجاز بخلاف الاصل فلا يكون له حكمه من كل وجه (وايضا) لوكان الطلاق الاول ببذل لكان بائنا فلا تصح الرجعة ولا يتحقق البذل على مابعده بنكاح متجدد ولا يصح لانه لم يرد الطلاق عقب البذل بلافصل ولوكان الاول بغير بذل لكان رجعيا ويكون فصلا بين البذل وطلاقه .

قال قدس الله سره : ولوقالت طلقنى واحدة بالف (الى قوله) ماطلبته

اقول: قال الشيخ فى المبسوط له ثلث الالف لانه جعل الالف فى مقابلة الكل فيكون فى مقابلة كل واحدة ثلث الالف ، وقال المصنف له تمام الالف لانها جعلت الالف

الابراء لوقوعه مشروطاوكان الطلاق رجعيا ، ولوقالت طلقنى على الف فقال انت طالق ولم يذكر الالف فله ان يقول لم اقصد الجواب ليقع رجعيا .

ولو كانت معه على طلقة فقالت طلقنى ثلاثا بالف فطلق واحدة كان له ثلث الالف (وقيل) له الالف مع علمها لان معناه كمّل لى الثلث لتحصل البينونة والثلث مع

فى مقابلة طلقة واحدة ففعل ماجعل له عليه وكل من فعل ماجعل له عليه شىء استحق ذلك المعين (ينتج) ان هذا يستحق الالف (والصغرى) ظاهرة لانه التقدير (و اما الكبرى) فلانه عندنا لايقع الثلاث وانما يقع واحدة فتلغو الضميمة و الفرق بين هذه وبين مالو قالت شريت منك هذا العبد بالف فقالت بعتكه مع هذين العبدين الآخرين بالف وقلنا بصحة تقديم القبول ان البيع يبطل قولا واحداً عندنا (لان) البيع معاوضة محضة والخلع شبيه بالجعالة من وجه وانما قيد بقوله (ولاءاً) احترازاً عن ان يطلّقها ثلاثا برجعتين فانه ليس له شىء قطعا لان المسئول الطلقة البائنة لان الطلقة فى مقابلة عوض فهو بائن وانما سئلته طلقة فى مقابلة عوض والبائن هى الثالثة ولم يتعقّب السؤال بل تأخّرت فلاعوض له عنها .

قال قدس الله سره : لو كانت معه على طلقة (الى قوله) قدم قولها مع اليمين

اقول: وجه قول المصنف انه جعل فى مقابلة عدد وكلّ جعل على عدد يوزع عليه (لانه) مقتضى الجعالة والقائل بالتفصيل المذكور هو الشيخ فى المبسوط (ووجهه) انه اذا كانت عالمة لم تبذل فى مقابلة الثلاث مبتدأبه لعلمها بانها لاتحصل والعاقل لاينزّل كلامه الأعلى الصحيح بل يكون مقصودها الحرمة الكبرى لانها الغاية المقصودة من الثلاث فكانها قالت كمّل لى الثلاث فاما مع جهلها فمقصودها صورة العدد المسؤل فيوزع عليه (واعترض) على الاول بانها لاتبين بتلك الطلقة وانما تبين بها وبما قبلها فيكون حكمها حكم الاولى والثانية وكذا الجزء الاخير فى كل علة مع معلولها وقد ذكرت ان الاقوى عندى انه كلما كان البذل على مجموع لم يقسط مع وقوع بعضه خاصة فلاوجه عندى للثلاث بل (التحقيق) انه ان قصدت بقولها ثلاثا كمل لى الثلاث ليحصل لى التحريم الحاصل من الثلاث فله الالف والا فلاشىء له .

جهلها بانه لم يبق لها الا طلقة واحدة فان ادعى علمها قدم قولها مع اليمين وكذا لو قالت بذلت في مقابلة طلقة في هذا النكاح وطلقتين في نكاح آخر ولو كانت على طلقتين فطلقها اثنتين مع علمها استحق الجميع ومع جهلها الثلثين وان طلق واحدة استحق الثلث مع جهلها ومع علمها النصف لانها بذلت الالف في تكملة الثلاث (ويحتمل) الثلث لان هذه الطلقة لم يتعلق بها من تحريم العقد شيء (ولو قالت طلقني عشرا بالف فطلقها واحدة فله عشر الالف فان طلقها ثانية فله خمسها فان طلقها ثالثة فله الجميع على اشكال .

فرع

لو ادعى علمها بانها معه على طلقة واحدة فانكرت كان القول قولها في عدم العلم مع اليمين لانها منكرة وهنا قاعدة كلية في ان كل من ادعى عليه بالعلم بشيء وانكره مع احتمال الانكار فالقول قوله مع اليمين اجماعا .

قال قدس الله سره : وكذا لو قالت بذلت (الى قوله) في نكاح آخر.

اقول :البحث هنا كما مضى لكن هنا (يحتمل) ان يقال انه نص على جعل في مقابلة هذه الطلقة والفرق بين هذه المسألة والمتقدمة الاجمال و التفصيل (فان) في الاولى يحتمل ان يكون الجعل في مقابله تكميل الثلاث بخلافه هنا فانها نصت على ان يكون العوض على طلقة في هذا النكاح وطلقتين في غيره فلا يحتمل جعل الكل في مقابلة تكميل الثلاث لو سبقها طلقتان في هذا النكاح (ويحتمل) ان يكون الثلاث في مقابلة هذه الطلقة الواقعة في هذا النكاح .

قال قدس الله سره : ولو كانت على طلقتين (الى قوله) من تحريم العقد شيء .

اقول: الاقوى عندى على تقدير الصحة ما ذكرته في المسألة السابقة .

قال قدس الله سره : ولو قالت طلقني عشرا بالف (الى قوله) على اشكال.

اقول: منشأه (من) انها بذلت في مقابلة العشر ولم تحصل فيبطل البذل و تقع الاولى رجعية (ويحتمل) ان يكون له بالثلاث ثلاثة اعشار (ومن) حيث ان مقصودها

ولوقال طلقني ثلاثا بالف فقال انت طالق واحدة بالف واثنتين مجانا فالاقرب ان الاولى لاتقع لانه مارضى بها الا بالالف وهى ماقبلت الا بثلثها واثنتان بعدها لاتقعان الا ان ياتى بصيغة الطلاق الشرعى فتقع الثانية (ويحتمل) ان يكون له بالاولى ثلث الالف (ويحتمل) بطلان الفدية ووقوع الاولى رجعية ، ولو قال انت طالق واحدة مجانا واثنتين بثلثى الالف وقعت الاولى رجعية وبطلت الثنتان ولوقالت طلقنى نصف طلقة بالف اوطلق نصفى

به الحرمة الكبرى والعدد للتاكيد فيكون له الجميع والتقسيط عندى بعيد لماذكرته وصرف المجعول الى بعض المسئول بعيد ايضاً ، وهذه الفروع كلها لا اعتبار بها عندى بل الضابط عندى ان العدد المسئول ان ملكه الزوج كله و اجابها فله المال المسمى وان اجابها الى بعضه خاصة اولم يملكه فليس له شيء .

قال قدس الله سره : ولوقالت طلقنى ثلاثا (الى قوله) رجعية .

اقول: وجه بطلان الاول ان كلامه ليس جوابا عن سؤالها لعدم مطابقتها اذ سؤالها ان اقتضى التوزيع فقد سألت كل واحدة بثلث الالف وهو لم يرض الا بالالف والا فلم تسأل الواحدة بعوض ، وعلى كل تقدير يكون مبتديا لامجانا بل بعوض فلايقع (لان) الطلاق بعوض جواب لسؤال لاايجاب لقبول عندنا (فعلى هذا الوجه) وهو انه لايقع الاولى فلايخلو اما ان يأتى فى كل من الباقيتين بالصيغة الشرعية اولا (فان) كان الاول وقعت الثانية (وان) كان الثانى فان اتى بالصيغة الشرعية فى احديهما وقعت ولغت الاخرى و الا لغتا (ووجه) احتمال ان تصح الاولى بثلث الالف بناء على انه جعالة (لانها) لم ترض بواحدة الا بثلث الالف حيث سألت الثلاث بالف بلازيادة عليه كما فى سائر الجعالات وهذا الاحتمال الثالث الذى ذكره المصنف هو الاصح عندى ، وهو ان الفدية تبطل لما تقدم ولا يلزم من بطلان الفدية بطلان الطلاق بصيغته الشرعية لانها بذلت الالف فى مقابلة الاولى وقوله (لااعتبار به فى البذل فوقعت الاولى من غير بذل) لانه ليس تعليقا للطلاق على الفدية بل هو ايجاب للفدية فيقع الطلاق رجعيا وهذا هو الذى استقر عليه رأى والدى قدس الله سره وقوله فى وجه الاحتمال الاول (لانه مارضى بها الا بالالف وهى ماقبلت) اشارة الى فائدة وهى مشابهته للمعاوضة وعليه بناء هذا الاحتمال .

بالف فطلق (بالف -خ)وقع رجعياوفسدت الفدية ولو قال ابوها فطلقها وانت برىء من صداقها فطلق صح الطلاق رجعيا ولم يلزمها الابراء ولايضمنه الاب ولوكانت معه على طلقة فقالت طلقني ثلاثا بالف واحدة فيهذه النكاح واثنتين فى غيره لم يصح فى الاثنتين فاذا طلق الثالثة استحق ثلث الالف .

المطلب السادس

فى بقايا مباحث الخلع والتنازع

لوقال طلق زوجتك وعلىّ الف لزمه الالف مع الطلاق ولايقع الطلاق باينا (اما) لوقال خالعها على الف فى ذمتى ففى الوقوع اشكال ، ولواختلع (١) بوكالتها

قال قدس الله سره : ولوكانت معه على طلقة(الى قوله) ثلث الالف.

اقول : مراده بالثالثة هنا الاولى التى فيهذا النكاح لان كل واحدة من ثلاث فهو ثالث بالنسبة الى الاثنين .

المطلب السادس

فى بقايا مباحث الخلع والتنازع

قال قدس الله سره : لوقال طلق زوجتك (الى قوله) اشكال .

اقول: هنا مسألتان (الف) لوقال طلق زوجتك وعلىّ الف على سبيل الجعالة صح ولزم الالف مع الطلاق لان الطلاق امر يستقل به الزوج فجازت الجعالة عليه من الاجنبى لامكان اشتماله على غرض مقصود له بقوله (وعلىّ) (ب)لوقال خالع زوجتك على الف فى ذمتى قال المصنف فيه اشكال ومنشأه (من)انه معاوضة فلايصح ان يملك واحد عوضا وعوضه على غيره (ومن) حيث انه افتداء للآية والافتداء يصح من الاجنبى والشيخ فى المبسوط قوى المنع ومأخذ القولين ان الخلع هل هو معاوضة اوافتداء (ويمكن) ان يقال المبنى هل الخلع فسخ بالتراضى اوطلاق والبذل جعل (وعلى الثانى) يصح من كل منهما (وعلى الاول) من كل منهما لايصح ، والفرق بين الفسخ هنا والطلاق ان الفسخ هنا بعوض بالتراضى فلايصح ان ينفرد به الاجنبى ، والفرق بين هذه المسألة والمسألة

---

(١) اى ادعى وكالتها فى البذل .

ثم بان انه كاذب بطل ولا ضمان ، ولو كان المختلع أباها وهي صغيرة صح بالولاية لا بالوكالة ولو اختلفا في اصل العوض قدم قولها مع اليمين وحصلت البينونة من طرفه ولها المطالبة بحقوق العدة و لو اتفقا على القدر و اختلفا في الجنس فالقول قول المرأة ، و لو اتفقا على ذكر القدر و اهمال الجنس و اختلفا في الارادة (قيل) يبطل (و قيل) يقدم قولها و هو اقرب .

ولو اتفقا على ذكر القدر و نية الجنس الواحد صح الخلع ولو قالت سألتك ثلاث تطليقات بالف فاجبتني فقال بل سألت واحدة فقد اتفقا على الالف وتنازعا في مقدار العوض فيقدم قولها في جعل الالف في مقابلة الثلاث فان اقام شاهداً واحداً حلف معه (لان) قصده اثبات المال و قوله في عدد الطلاق فان اقامت المرأة شاهداً واحداً على عدده لم تحلف معه ولم تقبل شهادته ، ولو ادعى عليها الاختلاع فانكرت وقالت اختلعني اجنبي قدم قولها مع اليمين في نفي العوض وبانت بقوله ولا شيء له على الاجنبي لاعترافه وكذا لو قال خالعتك على الف في ذمتك فقالت بل في ذمة زيد ، اما لو قالت خالعتك بكذا وضمنه عني فلان اويزنه عني لزمها الالف مالم يكن بينة ، ولو اتفقا على ذكر القدر واختلفا في ذكر الجنس بان ادعى الف درهم فقالت بل الف مطلقا فان صدقته في قصد الدراهم فلا بحث والاقدم قولها وبطل الخلع ، ولو قال خالعتك على الف في ذمتك فقالت بل على الف لي في ذمة زيد قدم قولها ، ولو قال خالعتك على الف لك في ذمة زيد فظهر برائة ذمته لزمها الالف وكذا لو خالعها على الف في منزلها فلم يكن فيه

المتقدمة في المطلب الرابع في الفدية حيث قال قدس الله سره (ويصح البذل منها الخ وممن يضمنه باذنها الى قوله وهل يصح) المراد به وهل يصح الخلع ممن يضمنه متبرعا (واما) في هذا الموضع فالمراد به ما ذكرناه . والاصح عندي انه لا يصح في الموضعين.

قال قدس الله سره : ولو اتفقا على ذكر القدر (الى قوله) وهو اقرب.

اقول: القائل بالبطلان هو الشيخ في المبسوط وقال بعض اصحابنا يقدم قولها واختاره المصنف وهو الاصح عندي لانه اختلاف في ارادتها ولا يطلع عليها من البشر الا هي فكان قولها مقدما .

شيء . ويصح التوكيل في الخلع (من الرجل) في شرط العوض وقبضه وايقاع الطلاق (ومن المرأة) في استدعاء الطلاق وتقدير العوض وتسليمه ويصح التوكيل من كل منهما مطلقا ويقتضي ذلك مهر المثل .

فاذا اطلقت المرأة اقتضى الخلع بمهر المثل حالاً بنقد البلد فان خالع بدونه أومؤجلا او بأدون من نقد البلد صح ، وان زاد فالاقرب بطلان الخلع ، ولو كان التوكيل في الطلاق بعوض او ليتبعه بالطلاق (قيل) يقع رجعيا ولافدية ولايضمن الوكيل (وفيه نظر) وكذا البحث لو عيّنت له قدراً فخالع عليه اودونه اواكثر امّا لو خالع على شيء من

قال قدس الله سره : فاذا اطلقت المرأة (الى قوله) بطلان الخلع

اقول: وجه القرب ان الزوج لم يرض الا بالزيادة و اذنها لايقتضيها و الخلع لايقع موقوفا فلايلزمها فيبطل البذل (فيبطل الخلع) ببطلان البذل (ولان) الخلع اما معاوضة على قول او تعليق من الزوج بالعوض كمذهب كثير من المخالفين و على كل تقدير منهما يبطل ببطلان البذل (و يحتمل) الصحة فيحتمل ثبوت مهر المثل كفساد عوض الجعالة (ويحتمل) انه ان اضاف اليها كمن (١) مالها اوعليها بطل الخلع وان اضاف اليه فاما بالضمان عنها اولابان يقول على اومن مالي فيترتب على مسألة الاجنبي (فعلى القول) بالصحة منه فهنا يصح لانه حينئذ عقد يستقل فيه الاجنبي بالتزام المال فيجوز وان لم يضف اليها ولااليه احتمل الزامه لانه جعالة اوافتداء وعدمه فيبطل الخلع لانه معاوضة والاصح عندي انه يبطل الخلع فان اتبعه بالطلاق وقع رجعيا والافلا لان فعل النبي صلى الله عليه وآله في امرأة ثابت بن قيس كان بذل العوض منها وكذا الاخبار الواردة عن الائمة عليهم السلام .

قال قدس الله سره : ولو كان التوكيل في الطلاق (الى قوله) وفيه نظر

اقول: اى لووكلته في الطلاق بعوض اوفي خلع يتبعه بالطلاق بعوض معين او مطلق فزاد على ماعيّنته اوعلى مهر المثل، قال الشيخ يقع رجعيّا ويبطل البذل قال والدي (وفيه نظر) النظر في موضعين (الف) في عدم الفدية فانه يحتمل ثبوت مهر المثل كفساد عوض سائر الجعالات فان فدية الطلاق جعالة اذا الطلاق لايقع معلقا على العوض ولم يوقع

---

(١) مركبة من كاف التشبيه ومن الجارة .

مالها وضمن فان الضمان عليه اذا لم ترض ويصح الخلع ولوبذل خمراً اوخنزيراً فسد البذل مع اسلام احدهما وصح الطلاق رجعيا ان اتبع به ولو اطلق الزوج فطلق بمهر المثل حالا من نقد البلد صح وكذا انكان اكثراواجود نقداً ولوكان دون مهرالمثلاو مؤجلااوأدون من نقد البلد بطل الخلع وكذا انكان طلاقا اواتبع به وكذالو عيّن له قدراً فطلق اوخالع باقل منه اوأدون ولوقال له طلّقها يوم الخميس فطلق يوم الجمعة فالاقرب البطلان ولوطلقها يومالاربعاء بطل .

واذا خالعها اوبارأها ثبت عوض المسمى و لم يسقط ما لكل واحد منهما من حق لاماض ولا مستقبل سواء كان الحق من جهة النكاح كالصداق اوغيره او من غير

الطلاق مجانا وانما التمسته بعوض واوقع هوبعوض ايضاً فلايقع له مجانا(ب) فى عدم ضمان الوكيل (ويحتمل) ضمانه لانه المباشر لبذل الزيادة وانما ازال ملكه عن البضع بفعله (ويحتمل) عدمه للاصل هذا اذا لم يضف اليها ولااليه اما لواضاف اليها كقوله عليها او من مالها اواضاف اليه كقوله من مالى اوعلىّ فالحكم ماتقدم (واعلم) انه قال ولوكان التوكيل فى الطلاق بعوض تنبيهاً على الفرق بين الخلع المجرد عن الطلاق وبينه وبين ما اذا اتبعه بالطلاق فان الخلع يحتمل البطلان واما الطلاق فلا يحتمل بطلانه (لان) الطلاق ليس بمعلّق على عوض والابطل بل هوملزم للعوض المبذول فى مقابلته(لايقال) الطلاق بعوض لم يقع وبغيرعوض ليس بمقصود (لانا) نقول الطلاق هوالمقصودوالعوض تابع له والتحقيق انه ليس بعوض حقيقة .

قال قدس الله سره : ولوقال له طلقها (الى قوله) بطل .

اقول: وجه القرب ان الاذن لم يتناول الا يوم الخميس ولم يتناول يوم الجمعة غيرمأذون فيه (ويحتمل) الوقوع لانه رضى بحصول اثره فى يوم الجمعة وهوالبينونةوقد اذن له فى السبب الموجب لذلك والاصح عندى البطلان واما لواوقع الطلاق يوم الاربعاء فانه باطل قطعا لانه لم يرض بوقوعه ولابوقوع اثره فيه .

قال قدس الله سره : واذاخالعها اوبارئها (الى قوله) اشكال .

اقول : هذه المسألة تقدم حكمها .

جهته سوى النفقة المستقبلة ما لم يرجع فى العوض ففى استحقاق النفقة حينئذ اشكال ولوخالعها على نفقة عدتها لم يصح (لاستلزام) الثبوت النفى وان كانت حاملا لتجدد استحقاق نفقة كل يوم فيه ولوخالعها على نفقة ماضية صح مع علمها جنسا وقدراً ، ولوقالت بعنى عبدك وطلّقنى بالف صح وبسطت على مهر المثل وقيمته ولوخالعها قبل الدخول بنصف مهرها فلاشىء له عليها اذا لم تقبضه ولوخالعها بالجميع لزمها دفع النصف وان لم تكن قبضته .

المطلب السابع فى المباراة

وصيغتها بارئتك على كذا فانت طالق ولوقال عوض (بارئتك) فاسختك اوابنتك اوبتتك اوغير ذلك من الكنايات صح لان الاعتبار انما هو بصيغة الطلاق وهى العلّة فى البينونة ولوحذف هذه الالفاظ واقتصر على قوله انت طالق على كذا اوبكذا صح وكان مباراة اذ موضوعها الطلاق بعوض ويشترط فيها ما يشترط فى الخلع من بلوغ الزوج و عقله وقصده واختياره وكذا المرأة وان تكون طاهراً طهراً لم يقربها فيه بجماع ان كانت مدخولا بها غير يائسة وكان الزوج حاضراً وان تكون الكراهية من كل منهما لصاحبه وأن تكون الفدية بقدر المهر اوأقل فتحرم عليه الزيادة بخلاف الخلع .

واتباعها بلفظ الطلاق اجماعا وفى الخلع خلاف ويقع الطلاق بائنا مالم ترجع فى الفدية فى العدة وليس للرجل عليها رجعة فان رجعت فى العدة كان له الرجوع ومباحث الرجوع هنا كالخلع واذا خرجت العدة ولم ترجع اوكانت الطلقة ثالثة اولاعدة فيها لم يكن لها الرجوع وجميع مباحث الخلع آتية هنا .

المطلب السابع فى المباراة

قال قدس الله سره: واتباعها بلفظ الطلاق اجماعا ، وفى الخلع خلاف

اقول: قد تقدمت الاشارة الى الخلاف فيه .

الباب الثالث

فى الظهار وفيه مقصدان

(الاول) فى اركانه وهى اربعة (الاول) الصيغة

وهى انت على كظهر امى اوهذه اوزوجتى او فلانة ((وبالجملة)كل لفظ اواشارة تدل على تميزها عن غيرها ، ولااعتبار بالاختلاف الفاظ الصلات (الصفات ـ خل) مثل انت منى اوعندى اومعى ولوحذف حرف الصلة فقال انت كظهر امى وقع ولوحذف لفظة الظهر وقال انت على كأمى اومثل امى فان نوى الكرامة اوالتعظيم اوأنها كأمه فى الكبر

الباب الثالث فى الظهار

(**مقدمات**) (الف) الظهار شرعا تشبيه الزوج المكلف منكوحته و لو مطلقة رجعية فى العدة وقيل بالعقد الدائم بظهر امه (وقيل) تشبيه من يملك نكاحها بعقد دائم بظهر محرمة عليه أبداً بنسب اورضاع اومصاهرة والاصل فيه الكتاب والسنة و الاجماع (اما الكتاب) فقوله تعالى **والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا الاية(١)** واما السنة فلما يأتى (واما الاجماع) فظاهر فان اجماع الامة واقع عليه (ب) الظهار محرم لقوله تعالى **وانهم ليقولون منكراً من القول و زوراً (٢)** و يجب عليه الكفارة بالظهار فى عود الوطى لقوله تعالى **والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة (٣)** والعود عندنا هو العزم على الوطى (ج) لايقع من الصبى لان الظهار المعتبر هو المنكر والزور للاية ولايتحققان فى ظهار الصبى لعدم تكليفه وانتفاء اللازم يوجب انتفاء الملزوم ولان عبارته غير معتبرة شرعا ولاستلزامه وجوب الطلاق او الكفارة واللازم منتف فى حق الصبى فينتفى الملزوم .

قال قدس الله سره: ولو حذف حرف الصلة (الى قوله) وفيه اشكال

اقول : قال الشيخ فى المبسوط هو كناية و لم يتعلق الحكم بمجردها الا بنيته

---

(١) المجادلة٢　(٢) المجادلة٢　(٣) المجادلة٣ .

والصفة لم یکن شیئا وان قصد الظهار (قیل) وقع (و فیه) اشکال ولوقال جملتك او ذاتك اوبدنك او جسمك اوکلّك علیّ کظهر امی وقع ولوقال انت امی اوزوجتی امی فهو

بلاخلاف واقول ان کان قوله (بلاخلاف) راجعا الی قوله لم یتعلق الحکم بمجردها فهو مسلّم وان کان راجعا الی الحکمین المستثنی منه و المستثنی فیکون تقدیره یقع بنیته بلاخلاف فهوفی موضع المنع وقال ابن الجنید لایکون ظهاراً وهو الحق (لان) لفظ الظهر شرط فی صحة الظهار وکل شرط فی صحة الظهار اذا فقد بطل الظهار (اما الاولی) فلان انت علیّ کظهر امی هو الظهار الذی وردت الایة فیه (لان) خویلة بنت مالك بن ثعلبة قال لها زوجها اوس بن الصامت انت علیّ کظهر امی فاتت الی النبی صلی الله علیه و آله لتشکو علیه و رسول الله یجادلها و یقول لها اتقی الله فانه ابن عمّك فلم تبرح حتی نزل قوله تعالی : **قد سمع الله قول التی تجادلك فی زوجها** الآیة(١) ولما رواه زرارة فی الصحیح عن الباقر علیه السلام انه سئل عن الظهار کیف هو فقال یقول الرجل لامرأته وهی طاهر فی غیر جماع انت علیّ حرام مثل ظهر امی الحدیث (٢) ولان الظهار مشتق من الظهر وصدق المشتق یستلزم صدق المشتق منه (احتج) الشیخ بان تشبیهها بشعر الام اوکفها اوبطنها قاصداً بها الظهار ظهار وکلما کان کذلك فتشبیهها بالام مع قصد الظهار ظهار (اما المقدمة الاولی) فلما رواه سدیر عن الصادق علیه السلام قال قلت له الرجل یقول لامرأته انت علیّ کشعر امّی او ککفیها اوکبطنها اوکرجلها قال ما عنی ؟ ان اراد به الظهار فهو الظهار(٣) و (اما المقدمة الثانیة) فلدلالته علیه بطریق التنبیه بالادنی علی الاعلی فان الاولویة ضروریة (والجواب) بمنع المقدمتین (اما الاولی) فان سندها ضعیف فان فی طریقها سهل بن زیاد وهو ضعیف ولم یعتمد والدی علی شیء من روایاته وغیاث بن ابراهیم وهو بتری (٤) (واما

(١) سنن ابی داود (ج٢) باب فی الظهار والایة فی اول سورة المجادلة .
(٢) ئل ب ٢ خبر ٢ من کتاب الظهار .
(٣) ئل ب ٩ خبر ٢ من کتاب الظهار
(٤) البتریة بضم الموحدة فالسکون فرق من الزیدیة قیل نسبوا الی المغیرة بن سعید ولقب الابتر (مجمع البحرین) .

كقوله انت كامى ولوقال امى امرأتى اومثل امرأتى لم يكن شيئا .

ولوشبه عضواً من امرأته بظهرامه فالا قرب عدم الوقوع كان يقول يدك علىّ كظهرامى اوفرجك اوظهرك اوبطنك اوراسك اوجلدك ، و لو عكس فقالت انت على كيدامى اوشعرها اوبطنها اوفرجها فالاقرب عدم الوقوع ايضا وكذا لوقال كروح امى او نفسها فإن الروح ليست محلا للاستمتاع . ولو قال انت علىّ حرام فليس بظهار و ان نواه وكذا انت علىّ حرام كظهرامى على اشكال اما لوقال انت على كظهرامى حرام اوانت حرام انت كظهرامى اوانت طالق انت كظهرامى للرجعية(١) اوانت كظهرامى طالق وقع .

الثانية) فلانا نمنع الاولوية والحق عندى انّ الاسباب الشرعية انما تستفاد من نص الشرع لامن غيره والذى وقع الاجماع و دلّ عليه الكتاب والسنة المتواترة انت علىّ كظهرامّى وغيره لم يرد فيه الااخبار آحاد ضعيفة السند فلاتعارض القرآن .

قال قدس الله سره : ولوشبه عضواً (الى قوله) اوفرجك.

اقول: قال الشيخ فى المبسوط يقع وقال ابن الجنيد لايقع وهوالاصح عندى دليلنا ما تقدم .

قال قدس الله سره: ولوعكس فقال انت على (الى قوله) عدم الوقوع ايضا.

اقول : قال الشيخ فى الخلاف والمبسوط يقع اذا نوى به الظهار وتبعه ابن البراج فى المهذب وابن حمزة وقال المرتضى وابن ادريس وابن زهرة لايقع وهوالظاهر من كلام المفيد والحق عندى عدم الوقوع لماتقدم .

قال قدس الله سره: ولوقال انت على (الى قوله) على اشكال .

اقول: قال الشيخ فى المبسوط والخلاف لايقع وتبعه ابن البراج و استشكله المصنف هنا من حيث قول الشيخ لان هذه الصيغة غير الصيغ المتفق عليها شرعا والاصل بقاء الحلّ ومن حيث ان قوله حرام تأكيد لغرضه فلاينا فيه فان قوله انت علىّ كظهرامّى لابد وان ينوى به التحريم فاذا نطق به كان اولى واختار فى المختلف وقوعه

---

(١) انما قال للرجعية لانه اذا طلقت اولاً (بانت طالق) وكانت بائنا لم يقع الظهار بعده فقوله للرجعية متعلق بالقول اى قال للرجعية كذلك .

ولوقال انت طالق كظهرامي وقع الطلاق (رجعيا-خ) ولغى الظهار وان قصدهما (وقيل) ان قصدهما والطلاق رجعي وقعا فكانه قال انت طالق انت كظهرامي ، و فيه نظر فان النية غير كافية من دون الصيغة ويقعان معا لوقال انت كظهرامي طالق على اشكال ولوقال انا مظاهر اوعلى الظهار لم يصح ولوظاهر من واحدة ثم قال لاخرى اشركتك معها اوانت شريكتها اوكهي لم يقع بالثانية سواء نوى به الظهار اواطلق .

لرواية زرارة المتقدمة وهذاهوالحق عندى والعجب ان الشيخ رحمه الله جوّز الكنايات غيرهاوماهوابعد من هذه ومنع هذه الصيغة .

قال قدس الله سره : ولوقال انت طالق (الى قوله) على اشكال .

اقول: هنا مسألتان (الف) ان يقول انت طالق كظهرامي فان لم ينوهمامعاً وقع الطلاق لاتيانه بلفظ الصريح ولايصح الظهار لان قوله كظهرامي لااستقلال له وقدانقطع عن قوله انت بالفاصل الحاصل بينهما فخرج عن الصراحة لاحتمال ان يكون قوله (كظهرامي) صفة مؤكدة لتحريم الطلاق ولم يقصد به الظهار فلايقع وهذا اجماع منا واما ان نواهمامعاً بان ينوى بقوله انت طالق الطلاق وبقوله (كظهرامي) الظهار ، قال المصنف لايقع الظهار واختاره ابن البراج (واحتج) المصنف بان قوله انت طالق كظهرامي الجار والمجرور متعلق بطالق وقوله (انت طالق) جملة تامة من مبتداء هو (انت) وخبر هو (طالق) وكظهرامي جار ومجرور وهوصلة زائدة على الجملة لايتوقف الحكم عليها بل يفيد وجه الشبه وتأكيد الطلاق لانفس الظهار وهذا هوالمفهوم عندالاطلاق فاذااراد جملة اخرى قدّرانت المسند اليه قبل قوله (كظهرامي) فيبقى تقديره انت كظهرامي حتى يتم الكلام فيكون صيغة الظهار بعضهامقدّرمنوى وهوانت وبعضهامذكور ولايقع بذلك الظهار واليه اشار بقوله (النية غير كافية من دون الصيغة) اى النطق بكل الصيغة وقال الشيخ الطوسى فى المبسوط إن كان الطلاق رجعيا وقع الظهار وان كان بائنا لم يقع لانه ظهار للمطلّقة البائن فلايقع لانها اجنبية حينئذ (ب) ان يقول انت كظهرامي طالق: قال الشيخ يقع الظهار والطلاق (لان) طلاق المظاهر منها صحيح سواء كان الطلاق بائنا او رجعيا و قال شيخنا فيه اشكال منشأه ان صيغة الطلاق لم يأت بها و هى قوله انت

الركن الثانى المظاهر

ويشترط بلوغه ورشده واختياره وقصده فلايقع ظهار الصبى وان كان مميزا ولا المجنون المطبق ولامن يناله ادواراً الاوقت صحته ولاالمكره ولافاقد القصدكالسكران والمغمى عليه والغضبان غضباً يرفع قصده والنائم والساهى والعابث به ولوظاهر ونوى به الطلاق او بالعكس لم يقع احدهما ويصح من العبد والكافر على رأى

طالق ونيته المسند اليه لاتكفى فى السبب الشرعى بل لابد من التلفظ ولمنع الكوفيين من تعدد خبر المبتداء الاان يمكن اتحادهما فى ثالث كقولنا الماء بارد حار فانه يمكن اجتماعها فى الفاتر (ومن) انه فى العرف تعدد الخبر مستعمل ظاهراً وقداجازه البصريون والاصح عندى الاول .

الركن الثانى المظاهر

قال قدس الله سره : ويصح من العبد والكافر على رأى

اقول : هنا مسألتان (الف) العبد يصح ظهاره باتفاق علمائنا خلافا لبعض العامة (لنا) عموم الآية (قالوا) لازم الظهار ايجاب تحرير الرقبة لقوله تعالى **(فتحرير رقبة) (١)** والمفهوم منها اللزوم والعبد لايملك الرقبة (قلنا) قال تعالى **فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا (٢)** و العبد غير واجد (ب) الكافر والخلاف فى صحة الظهار منه فقال الشيخ فى الخلاف والمبسوط وابن الجنيد لايصح الظهار من الكافر وقال ابن ادريس ووالدى المصنف قدس الله سره يصح وهوالاصح لعموم الآية (احتج) الشيخ بان كل من يصح ظهاره يصح الكفارة منه لقوله تعالى **والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة(٣)** و الكافر لاتصح منه الكفارة لافتقارها الى النية لانها عبادة ولاتصح من الكافر (ولان) الظهار يفيد تحريما يصح ازالته بالكفارة وهولايتحقق فى حق الكافر فلا يترتب اثر الظهار عليه فيبطل (والجواب) عن الاول والثانى بمنع المقدمة الثانية فان الكافر يصح ان ياتى بالكفارة بان يأتى بشرطها و

(١) المجادلة ٥　(٢) المجادلة ٤　(٣) المجادلة ٥

والخصى والخنثى والمجبوب انحرّمنا ضروب الاستمتاع ولايصح من المرأة .

هوالايمان ثم يأتى بها (وأجاب) بعضهم بان الكافر يصح عتقه واطعامه فلايمنع لمنع نوع منها وليس بجيّد اذعتق الكفارة عبادة وكذا اطعامها ولا يصح من الكافر عبادة .

قال قدس الله سره : والخصى والخنثى (الى قوله) الاستمتاع

اقول: مبنى هاتين المسألتين على تحريم ضروب الاستمتاع كافة فان قلنا به وقع منهما وان اقتصرنا على تحريم الوطى لم يقع منهما لاستحالته (اما) فى الخصى فظاهر والمراد بالخصى هوالخصى المجبوب اوالخصى الذى لايتمكن من الايلاج (واما) فى الخنثى فان المراد الخنثى المشكل فجاز ان تكون امرأة وآلة الرجال لها زائدة فلا يتحقق الوطى الصادر من الرجال منها وهو مناط الظهار فلنبحث عن مقتضى الظهار من التحريم (فنقول) تحريم الوطى اجماعى ويمتدّ الى فعل الكفارة اومايقوم مقامها كالاستغفار فى المفلس لقوله تعالى **فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا(١)** ثم قال **فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا (٢)** وكذا الحكم لوكان يكفّر بالاطعام وان لم يتعرض له فى الآية بل قال **فاطعام ستين مسكينا(٣)** حملا للمطلق على المقيد مع اتحاد الواقعة (واما) تحريم ضروب الاستمتاع فذهب بعضهم اليه لقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم لرجل ظاهر لامرأته لاتقربها حتى تكفّر وروى اعتزلها حتى تكفّر(٤) ويفهم منه النفى العامّ كالاجنبية ولان الاستمتاع يدعو الى الوطى ويفضى اليه ولان قوله تعالى **من قبل ان يتماسا** حقيقة لغوية فى سائر الاستمتاعات والاصل عدم النقل وذهب آخرون الى عدم تحريمه لها واقتصاره على تحريم الوطى لانه لايحلّ تملك الوطى بل انما هو لعارض كالصوم والحيض (ولان) الاصل بقاء التحليل الى ان يثبت سبب التحريم والاصل عدمه وقوله تعالى **من قبل ان يتماسا** محمول على الوطى كقوله تعالى **من قبل ان تمسوهن** والاقوى الاول.

---

(١) المجادلة -٤ (٢) المجادلة -٥ (٣) المجادلة ٥-

(٤) لم نعثر الى الآن على الاول نعم قد ورد الثانى كما فى سنن ابى داود (ج٢) باب فى الظهار .

الركن الثالث المظاهرة

ويشترط ان تكون مملوكة الوطى له فلايقع بالاجنبية وان علّقه على النكاح وان تكون طاهراً طهراً لم يقربها فيه بجماع ان كان زوجها حاضراً وهي ممن تحيض مثلها وقت الايقاع لا الشرط ولو كان غايبا صح وكذا لو كانت يائسة اوصغيرة وان كان حاضراً (وهل) يشترط العقد فيه نظر والمروى انه يقع بالموطوئة بملك اليمين

الركن الثالث المظاهرة

قال قدس الله سره : وهل يشترط العقد (الى قوله) بملك اليمين

اقول: اختلف الاصحاب فى اشتراط العقد فى المظاهر منها فاثبته بعض ونفاه آخرون ويتفرع على ذلك (هل) يصح ظهار الموطوئة بملك اليمين اختلف الاصحاب فى ذلك فقال الشيخ فى النهاية والخلاف انه يقع سواء كانت امته مملوكة اومدبرة او ام ولد وهواختيار ابن ابى عقيل وابن حمزة وقال المفيد بعدم وقوعه واختاره ابوالصلاح وسلار وابن البراج فى كتابيه والصدوق وابن ادريس ونقله عن المرتضى وقال ابن الجنيد لايقع الظهار الّا على موقع الطلاق واختار والدى قدس الله سره فى المختلف الاول (احتج) الاولون بوجوه (الف) الامة بعض النساء وكل النساء يصح ظهارهن فالامة يصح ظهارها اما الاولى فلقوله تعالى **و امهات نسائكم** (١) و اتفق الكل على شمول هذا اللفظ للامة و اما الثانية فلقوله تعالى **و الذين يظاهرون من نسائهم (٢)** و الجمع المضاف للعموم (ب) ما رواه اسحاق بن عمار فى الموثق عن الكاظم عليه السلام قال سألته عن رجل يظاهر من جاريته فقال الامة و الحرة فى هذا سواء(٣) (ج) ما رواه محمد بن يعقوب فى الصحيح باسناده عن محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن الظهار على الحرة والامة فقال نعم (٤) (احتج) الآخرون بما رواه حمزة بن حمران قال سألت

---

(١) النور ٢　(٢) المجادلة ٤

(٣) ئل باب ١١ خبر ١ من كتاب الظهار .

(٤) ئل باب ١١ خبر ٢ من كتاب الظهار .

(و هل) يشترط كون العقد دائما خلاف اقربه الوقوع بالمستمتع بها ، وهل يشترط الدخول المروى اشتراطه (وقيل) لا- للعموم وعلى الاشتراط يقع مع الوطى دبراً اوفى حال صغرها اوجنونها ويقع بالرتقاء والمريضة التى لاتوطأ ولافرق فى الوقوع بين ان

ابا عبدالله عليه السلام عن رجل جعل جاريته عليه كظهر امه قال يأتيها وليس عليه شيء (١) واجاب والدى قدس الله سره عنه بضعف السند فان فى طريقها الحسن بن على بن فضال وابن بكير وهما ضعيفان قال وحمزة بن حمران لا اعرف حاله .

قال قدس الله سره : وهل يشترط كون العقد دائما خلاف اقربه الوقوع بالمتمتع بها .

اقول: اختلف الاصحاب فى وقوع الظهار بالمتمتع بها قال الصدوق وابن الجنيد لايقع واختاره ابن ادريس و قال المرتضى وابو الصلاح و ابن زهرة بوقوعه و اختاره المصنف هنا وفى المختلف (احتج) الاولون بما رواه ابن فضال عمن اخبره عن الصادق عليه السلام قال لايكون الظهار الا على مثل موقع الطلاق (٢) واجاب عنه المصنف بضعف السند وكونها مرسلة (احتج) الآخرون بقوله تعالى **والذين يظاهرون من نسائهم (٣)** والمتمتع بها من النساء والا لحرمت لقوله تعالى **والذينهم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ماملكت ايمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون (٤)**

قال قدس الله سره : وهل يشترط الدخول (الى قوله) للعموم .

اقول: منع الشيخ من ظهار غير المدخول بها فى النهاية والمبسوط والخلاف وجعل الدخول شرطا وهو قول الصدوق والظاهر من كلام ابن الجنيد وابن البراج فى كتابيه واعتمد عليه والدى فى المختلف والذى ورد فى الروايات اشتراط الدخول فى المظاهر منها ولنذكر منها روايات ثلاثا (الاولى) رواية الشيخ فى الصحيح عن محمد بن

---

(١) ئل ب ١١ خبر ٦ من كتاب الظهار .

(٢) ئل ب ٣ خبر ٣ من كتاب الظهار :

(٣) المجادلة ٢ (٤) المؤمنون ٦ .

تكون حرةاوأمة مسلمة اوذمية ، والاقرب اشتراط التعيين .

الركن الرابع المشبه بها

لاخلاف فى صحته اذا شبّه بالام بلفظ الظهر، و هل يقع لوشبهها بغيرها من المحرمات نسباورضاعاكالاختوالعمةوالخالةوبنتالاخوبنت الاختوالام من الرضاعة و غيرها خلاف اقربه الوقوع ان جاء بصيغة الظهر، ولو شبهها بعضوغيره من غيرالام كيد

مسلم عن الباقر و الصادق عليهما السلام فى المرأة التى لم يدخل بها زوجها قال لايقع عليها ايلاء ولاظهار (١) (الثانية) ما رواه الفضيل بن يسار فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل مملّك ظاهرمن امرأته قال لايلزمه وقال لى لايكون ظهار ولاايلاء حتى يدخل بها (٢) (الثالثة) روى مثل رواية الثانية بعينها محمد بن يعقوب باسناده فى الصحيح عن الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام (٣) وقال المفيد و سلار و ابن زهرة و ابن ادريس انه يقع و نقله عن السيد (و احتجوا) بعموم قوله تعالى **والذين يظاهرون من نسائهم (٤)** المتناول للمدخول بها وغيرها وهوالاصح عندى.

قال قدس الله سره : والاقرب اشتراط التعيين

اقول: وجهالقرب ان الظهار يستلزم احكاما لايمكن تعلّقهاالابمشخص لايبهم كالمرافعة وضرب المدة وغيرذلك من احكام الاشخاص (ويحتمل) عدمه كما قررناه فى الطلاق والاصح الاول .

الركن الرابع المشبه بها

قال قدس الله سره : وهل يقع لوشبهها بغيرها (الى قوله) بصيغة الظهر

اقول : فى المشبه بها اقوال (الف) انها الامّ خاصة وهواختيار ابن ادريس (ب) انهاكل محرّمة على التأبيد بالنسب خاصة وهو اختيار ابن البراج لان التحريم لازم لوجودها لم يتخلف عنه بخلاف الرضاع فان تحريمه مسبوق بالاباحة بالعقد فى بعض ازمنة

---

(١) ئل ب٨ خبر٢ من كتاب الظهار .　(٢) ئل ب٨ مثل خبر١ من كتاب الظهار.
(٣) ئل ب ٨ خبر١ من كتاب الظهار　(٤) المجادلة ٢

الاخت ورجلها لم يقع قطعا ولو شبهها بمحرّمة بالمصاهرة على التأبيد كام زوجته وبنتها مع الدخول وزوجة الاب والابن لم يقع وكذا لو شبهها بمحرمة لا على التأبيد كاخت الزوجة وعمتها وخالتها .

وجودها وقبله التحريم عرضي يمكن ان يزول بالفعل ثم يعرض لها التحريم و يدوم فالتشبيه بها اعمّ من التشبيه في الحال الاولى والاخيرة فلا يحرم ولما رواه جميل بن دراج في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال قلت له الرجل يقول لامرأته انت عليّ كظهر عمتك او خالته قال هو الظهار (١) و لم يفرق الامة بين العمة والخالة و بين باقي المحرمات أبدا بالنسب (ج) كل محرمة بنسب اورضاع وهو اختيار الشيخين وابن الجنيد وابن حمزة .

(احتج) الاولون بما رواه سيف التمار في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال قلت له ان الرجل يقول لامرأته انت عليّ كظهر اختي اوعمتي اوخالتي قال فقال انما ذكر الله الامهات وان هذا الحرام (٢) اجاب والدي بانه لا يدل على عدم الوقوع باحدى الدلالات (وفيه نظر) فانه لو لم يدل لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة او السؤال (احتج) الشيخان (بقول) النبي صلى الله عليه وآله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (٣) (وبما) رواه زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال سألته عن الظهار فقال هو من كل ذي محرم امّا اواختا اوعمة اوخالة الحديث (٤) فقوله كل ذي محرم نص على العموم (و فيه نظر) اما اولا فلان التحريم بالظهار سببه التشبيه بالنسب لانفس النسب فلا يلزم من كون التشبيه بالنسب سببا في التحريم كون التشبيه بالرضاع سببا فيه (واما ثانيا) فانه ليس بعام بل يشابهه في بعض الاحكام فلا يدل على صورة النزاع (واما ثالثاً) فانه صلى الله عليه وآله فصّلها بالام والاخت الى آخره وهو في النسب حقيقة فلا يعم المجاز وما رواه جميل بن دراج في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال قلت له الرجل يقول لامرأته انت عليّ كظهر عمته اوخالته قال هو الظهار (٥) والاقوى عندي اختيار المصنف هنا اعترضت والدي فيه في الدرس بقوله تعالى **والذين يظاهرون**

---

(١) ئلب٤ خبر٢ من كتاب الظهار . (٢) ئلب ٤ خبر٣ من كتاب الظهار .
(٣) ئلب١ خبر٣ من ابواب ما يحرم بالرضاع نقلا عن الصدوق مرسلا عن رسول الله (ص)
(٤) ئلب٤ خبر١ من كتاب الظهار . (٥) ئلب٤ خبر٢ من كتاب الظهار .

وهل تدخل الجدة تحت الام ان اقتصرنا عليها اشكال و لو شبهها بظهر ابيه او اخيه اوولده لم يقع وكذا لوشبهها بالاجنبية اوبزوجة الغير اوالملاعنة وان تأبد تحريمها

من نسائهم الى قوله **ماهن امهاتهم**- الضمير راجع الى الذين يظاهرون من نسائهم نفى بقوله **ماهن امهاتهم** (١) ماأثبتوا فدلّ بصيغته على ان الصيغة بالام (اجاب) بان عود الضمير الى بعض مايتناوله العام لايقتضى التخصيص وهذه المسألة قدتقررت فى الاصول (ولانه) اخبارعن الذى ظاهر بالام و هونوع من الظهار ولايقتضى انحصاره فيه (د)كل محرمة حال ايقاعه بنسب او رضاع اومصاهرة للاشتراك فى العلة والاقوى عندى اختيار ابن ادريس .

قال قدس الله سره :. وهل تدخل الجدة (الى قوله) اشكال

اقول : ينشأ (من) انها هل هى امّ حقيقة اومجازاً (قيل) بالاول لقوله تعالى **حرمت عليكم امهاتكم (٢)** و اتفق الكل على دخول الجدّة والاصل فى الاستعمال الحقيقة (لان) ناقلى اللغة اقتصرواعليه قال ابن عباس ماكنت اعرف الفاطر حتى تحاكم الىّ اعرابيان فقال احدهما استاجرته ليفطر لى بئراً (٣) وقال ماكنت اعرف الدهاق حتى سمعت بعض بنات العرب تقول اسقنى دهاقا (٤) فاستدل بمجرد الاطلاق على الحقيقة فلو لم يدل لكان من الاغلاط (وقيل) بالثانى لقوله تعالى **ان امهاتهم الا اللائى ولدنهم(٥)** وهى من صيغ الحصر ولصحة النفى فانّه يصدق هذه ليست امّى بل امّ ابى اوامّ امّى وهو خاصّة مطلقة للمجاز وليس على الفقيه تحقيق ذلك بل يتسلّمها اما من صاحب اللغة اوصاحب العرف .

---

(١) المجادله ٢　(٢) النساء ٢٧ .

(٣) نهاية ابن الاثير فى مادة فطر لكن لفظه هكذا ـ ماكنت ادرى مافاطر السموات و الارض حتى احتكم الى اعرابيان فى بئر فقال احدهما انا فطرتها اى انا ابتدأت حفرها انتهى .

(٤) تفسير الفخر ج٨ فى سورة عم لكن لفظه هكذا دعا ابن عباس غلامه فقال اسقنا دهاقا فجاء الغلام بهاملاء فقال ابن عباس هذا هو الدهاق .

(٥) ١ـ المجادلة ٢

المقصد الثانی فی احکامه

الظهار حرام لاتصافه بالمنکر (وقیل) لاعقاب فیه لتعقبه بالعفو ، و یشترط فی صحة حضور شاهدین عدلین یسمعان نطق المظاهر - ولایقع یمینا و لا معلقا و لا فی اضرار علی رأی فلوحلف بهاوعلّقه بانقضاء الشهراو دخوله اوقصد به الاضرارلم یقع ، وهل یقع موقوفا علی شرط الاقرب ذلك فلوقال انت کظهرامی ان دخلت الدار (او)

المقصد الثانی فی احکامه

قال قدس‌الله سره : الظهارحرام (الی‌قوله) بالعفو

اقول: اتفق الاصحاب علی‌تحریم الظهار لقوله تعالی **وانهم‌لیقولون‌منکراً من‌القول وزورا (۱)** وکل‌منکرحرام وکذاکل زورثم اختلفوا فقال‌بعضهم انه یعفی عنه ولایعاقب علیه فی‌الاخرة لقوله‌تعالی **وان‌الله لعفو غفور (۲)** فعّقبه‌بالعفو و هو یستلزم نفی‌العقاب (وقیل)لابل‌حکم العفوتفضّل‌فی‌الاخرة .

قال قدس الله سره : ولایقع‌یمیناً ولامعلقاولافی اضرار علی‌رأی

اقول: قیل‌لایقع‌فی‌اضرار لقوله‌علیه‌الصلوة‌والسلام‌لاضرر ولااضرار(۳)فانتفی‌کلما هوعلة تامة فیه اوفی‌علته التامّة لدلالة نفی‌المعلول علی‌نفی‌العلّة‌خرج منه‌الایلاء‌بالنص فبقی الباقی‌علی‌الاصل وقیل‌یقع‌فی‌الاضرار لعموم الایة .

قال قدس الله سره : وهل‌یقع موقوفا علی شرط الاقرب‌ذلك .

اقول: قال‌الشیخ فی‌النهایة والمبسوط والخلاف یقع‌موقوفا علی‌الشرط ، و هو اختیارالصدوق فی المقنع وابن‌حمزة،وقال‌السیدالمرتضی‌فی‌الانتصار ، وابن‌البراج ، و سلار وابوالصلاح ، وابن‌زهرة لایقع‌بشرط ویظهرمن‌کلام‌ابن‌الجنید، واختار المصنف الاول وهوالاصح عندی (لنا) عموم الآیة و مارواه حریزفی الصحیح عن الصادق عليه السلام قال الظهار ظهاران احدهما ان‌یقول‌انت علی‌کظهرامی ثم‌یسکت فذلك‌الذی‌یکفّرقبل ان یواقع فاذا قال انت‌علیّ کظهرامی‌ان‌فعلت‌کذا وکذا ففعل وجبت علیه الکفارة‌حین

(۱) ۲- المجادلة۴

(۳) ئل‌ب۱۲خبر۳ من‌کتاب احیاء الموات

انشاء زيدفدخلتاوشاءوقع وفى الفرق بينه وبين المعلّق نظر، و لو علقه بظهار الضرة ثم ظاهرها وقعا ، ولوعلّقه بظهار فلانة الاجنبية فان قصد المواجهة باللفظ والنطق به صح الظهار مع المواجهة به للاجنبية وان قصد الشرعى لم يقع وكذا لوقال اجنبية و لوقال فلانة من غيروصف فتزوجها فظاهرها وقعا معاً ولوعلّقه بمشيةالله وقصدالشرط لم يقع وان قصد التبرك وقع .

يحنث (١) (احتج) الآخرون بما رواه القاسم بن محمد الزّيات قال قلت لابى الحسن الرضا عليه السلام انى ظاهرت من امرأتى فقال كيف قلت فقال قلت انت علىّ كظهر امى ان فعلت كذا فقال لاشيء عليك ولاتعد(٢) (اجاب) والدى قدس الله سره بان فى طريق هذه الرواية ابا سعيد الآدمى يروى عن القاسم بن محمد الزيات و لا عبرة به و الفرق بين اليمين والشرط مع اتحادصورتهما ان اليمين المقصود بها الكف وزجرالنفس والالزام بالتزامه على تقدير المخالفة والمقصودمن الشرط التعليق بالمشروط ووقوعه عندوقوعه.

قال قدس الله سره : وفى الفرق بينه وبين المعلق نظر.

اقول: المراد بالمعلّق هو المعلق بالزمان المستقبل كقوله انت على كظهر امى اذا جاء رأس الشهر (واعلم) ان هذا فرع على المشروط فكل من قال بعدم وقوعه مشروطا قال بعدم وقوعه معلقا بالزمان المستقبل والقائلون بوقوعه مشروطا اختلفوا هنا- فقال بعضهم لايقع معلقا لان النص انما جاء على الشرط الممكن وقوعه فى الحال و عدم وقوعه واماالمعلّق على الزمان فينتفى وقوعه فى زمان ايقاعه ثم يتحتم ايقاعه (وقوعه خ ل) فى الزمان المستقبل قطعا - وقال الشيخ فى المبسوط يقع معلقاكما يقع منه مشروطا ، والمصنف قال (فى الفرق نظر) ووجهه وجودالتعليق فيهما (ومن) عدم كونه صورة النص وايضا ففى صلاحية ما ذكروه فرقا للفارقية نظرفانه وصف طرديّ .

---

(١) ئلب١٦ خبر٦ من كتاب الظهار .

(٢) ب١٦ خبر٣ من كتاب الظهار .

ولوقال انت علیّ کظهرامی ان لم یشأ الله فان کان عدلیا وقع ان عرف التحریم وان کان اشعریا فاشکال ولوعلّق بالنقیضین وقع فی الحال اوفی الزمان المقیّد به، ولوعلّق

قال قدس الله سره : ولوقال انت (الی قوله) فاشکال .

اقول: هذه المسألة فرع صحة تعلیق الظهار بشرط وتقریرها انّه اذا قال انت علی کظهرامی ان لم یشأ الله فله صورتان (الف) ان یکون المراد بقوله ان لم یشأ الله ظهاری ایاها وهذه المسألة متفرعة علی قواعد (احدها) ان الظهار قبیح حرام للآیة و الاجماع (وثانیهما) ان مشیة الله تعالی هل تتعلق بایجاد القبیح احالته المعتزلة و الامامیة وجوزته الاشاعرة وتحقیقه فی علم الکلام و(ثالثها) انه هل یمکن ان یقع خلاف مشیة الله فاحالته الاشاعرة وجوزته المعتزلة والامامیة (ورابعها) هل مشیة الله تعالی هی السبب فی وقوع کل مایقع من الموجودات والاحکام وغیرها قالت الاشاعرة نعم و قالت المعتزلة والامامیة لا .

اذا تقرر ذلك (فنقول) یقع الظهار فی هذه الصورة عند المعتزلة والامامیة لان التعلیق علی شرط و صحته تصیّر تحقق الشرط ملزوما لوقوع المشروط و هو ظاهر وقد تحقق الشرط المعلّق علیه وقوع الظهار و هو عدم مشیة الله له فیتحقق المشروط و اما الاشاعرة فقد اختلفوا فقال بعضهم لایقع للجهل بالشرط مع عدم امکان العلم به عادة اذ مشیة الله تعالی له و عدمها لایمکن العلم بها عادة لانقطاع الوحی بوفاة الرسول صلی الله علیه وآله وسلم والعلم العادی بانتفاء الالهام لمثله بمثله وقال بعضهم یقع لانه کلما وقع الشرط المعلق علیه الظهار وقع الظهار وکلما وقع السبب الموجب لثبوت الظهار و هو المشیة وقع الظهار والمقدمتان ظاهرتان (والتقریب) ان نقول وقوع الظهار لازم للنقیضین فیکون واقعاً والّا ارتفع النقیضان اوانفك اللزوم واللازم بقسمیه باطل اما لزومه للنقیضین لانه لایخلو اما ان یتعلق المشیة بالظهار اولا (فان) کان الاول وقع لوجود سببه لما تقدم فی القاعدة الرابعة (وان کان الثانی) وقع لوجود شرطه المعلق علیه واما بطلان اللازم اما ارتفاع النقیضین وضرری واما انفکاك اللزوم فلفرض نقیضه (والجواب) ان هذه مغالطة وحلّها بمنع لزومه للنقیضین (اما) علی قواعد الاشاعرة فعدم لزومه لعدم مشیة الله تعالی

بامرين على الجمع لم يقع مع احدهما ويقع على البدل، واذا كان منجزاً اووقع شرطه افاد تحريم وطى الزوجة حتى يكفر، والاقرب تحريم غيره من ضروب الاستمتاع لا تحريمه

ظاهر لانه كلما لم يشأ الله تعالى وقوعه يستحيل وقوعه فلا يجتمع مع عدم المشية فكيف يلزم فهذا التعليق باطل(لانه) قدعلق وجود المعلول على عدم العلة فلوصح التعليق لزم من وجوده اجتماع النقيضين(لان) وجود المعلول يستلزم وجود علته وهى المشيّة هنا و وجود الشرط المعلق عليه لاستحالة وجود المشروط بدون الشرط و الشرط هو عدم المشية فيلزم من وقوع الظهار وجود المشية وعدم المشية فى وقت واحد بالنسبة الى شخص واحد وامرأة واحدة وظهار واحد فلا يصح هذا التعليق عند الاشاعرة ولا يقع الظهار

(ب)ان يكون المراد بقوله ان لم يشأ الله ايقاعى لصيغة موجبة للظهار (فعلى قول العدلية) يقع الظهار لان هذه الصيغة منكر وزور وكذب فهى قبيحة ولا تتعلق مشية الله تعالى بالقبيح فقد تحقق الشرط المعلق عليه و هو عدم مشية الله تعالى اياه وكلما تحقق الشرط المعلق عليه تحقق المشروط لانه ملزوم له لانه المراد هنا (و اما على قول الا شاعرة) فوقوعه يدل على مشية الله تعالى فانتفى الشرط و هو عدم تعلق المشية به فينتفى المشروط فلا يقع منه الظهار و لا يلزم من مشية الله تعالى لهذا اللفظ مشيته للظهار لان هذا اللفظ انما يصلح سببا للظهار اذا انتفت مشية الله تعالى لامع مشيته(تفريع) لوعلّقه بمشية الله تعالى لم يقع اتفاقا اما عند المعتزلة فلما تقدم و اما عند الا شاعرة فللجهل بالمشية .

قال قدس الله سره : واذا كان منجزا (الى قوله) لا تحريمه عليها .

اقول: هنا مسائل (الف) حكم و قوع الظهار تحريم الجماع تحريما ممتداً الى التكفير لقوله تعالى **فتحرير رقبة قبل ان يتماسا (١)** ثم قال: **فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا (٢)** وحمل اطلاق الاطعام عليه لان المطلق يحمل على المقيّد عند اتحاد الواقعة ولقول النبى صلى الله عليه وآله الرجل ظاهر امرأته ـ لا تقربها حتى تكفر و روى اعتزلها حتى تكفر(٣) ومنه ينشأ قول من حرم ضروب الا ستمتاع (ب) تحريم

(١-٢) المجادلة ٤-٥

(٣) سنن ابى داود (ج٢) باب الظهار وتقدم عدم المشور على النقل الاول .

عليها ، ولايحل الوطى حتى يكفّر بالعتق اوالصيام أوالاطعام على الترتيب ، ولو وطىء

غيره من ضروب الاستمتاع التى يحصل بتلاقى شىء من بدنها وشىء من بدنه كالقبلة و العناق والضم لا بمجرد النظر ، واختلف الا صحاب فيه (فقال) بعضهم بالتحريم و هو اختيار الشيخ فى المبسوط والخلاف (و قال) بعضهم بالاباحة و هو اختيار ابن ادريس وقّواه والدى المصنف فى المختلف (احتج) الشيخ بان كل ذلك مسيس و كل مسيس حرام قبل التكفير (اماالاولى) فظاهرة اذ هوحقيقة فى تلاقى الابدان لغة والاصل عدم النقل والاشتراك (واما الثانية) فللآية ووجوب حمل اللفظ على الحقيقة عند الاطلاق (اعترض) بان المسيس الوطى لقوله تعالى **من قبل ان تمسوهن (١)** والاصل فى الاطلاق الحقيقة (والجواب) بانه لوكان حقيقة فى الوطى لزم الاشتراك او النقل بل هواستعمال اللفظ فى بعض افراد المتواطى وهواولى منهما ومن المجاز ايضا (احتج) ابن ادريس بان سبب الملك ثابت وهو يقتضى الاباحة الّا بمانع يثبت بالنص ولم يثبت مانعية الظهار والاصل عدم غيره (والجواب) ان التحريم يثبت بالحديث المتقدم وظاهر الآية والاقوى عندى اختيار الشيخ فى المبسوط للآية و الخبر (ولانه) ينزّلها منزلة المحرمة المؤبدة فيحرم منها ما يحرم منها (ج) لا يحرم الرجل على المرئة فلو تشبهت عليه واستدخلت ذكره من غير شعوره لم يحرم عليها لثبوت الحل والاصل بقائه (ولان) المخاطب بمزيل التحريم هوالزوج .

قال قدس الله سره : ولو وطىء خلال الصوم (الى قوله) ليلا

اقول: اجمع كل اهل العلم على وجوب التتابع فى الصيام فى كفارة الظهار لورود لفظ التتابع فى الكتاب والسنة ومعنى التتابع هناوشبهه الموالات بين صيام ايامها واجمع الكلّ ايضا على ان من افطر صوم يوم قبل مضى شهر ويوم لغير عذر ابطل (بطل ـ خل) جميع الصوم الذى تقدم و وجب عليه استيناف الشهرين ـ و انما الخلاف فى موضعين (الف) انه اذا وطىء عمداً خلال الشهرين ليلا ، قال الشيخ فى المبسوط والخلاف يبطل التتابع لانه عبارة عن اتباع يوم بيوم فيبطل ماتقدم من الصوم ويستأنف الشهرين ، وقال

(١) البقرة - ٢٣٨ .

خلال الصوم استأنف (وقيل) لايبطل التتابع لووطىء ليلا، (وهل) يكفى الاستيناف عن كفارة الوطى قبل اكمال التكفير اشكال، والاقرب ان الوطى ان وقع ليلا وجب الاتمام مطلقا والتكفير ثانيا وكذا ان وقع نهاراً بعد ان صام من الثانى شيئا وان كان قبله استأنف وكفّر ثانيا .

ابن ادريس لايبطل التتابع لانه عبارة عن اتباع صوم يوم لاحق بصوم يوم سابق من غير فارق وهذا متحقق وان وطىء ليلا فلايستأنف الكفارة (لانه) لم يبطل من الصوم شيء فلايجب عليه الاستيناف بل يتم صومه وعليه كفارة اخرى للوطى و ان كان الوطى نهاراً من غير عذر قبل ان يصوم من الشهر الثانى شيئاً وجب عليه الاستيناف للكفارة التى يوجبها الظهار وكفارة اخرى للوطى عقوبة والاصح عندى الاستيناف مطلقا و هو اختيار والدى لقوله تعالى **فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا** (١) فامر بهما خالين عن وطى ولم يات بهما على ماامر فلم يجزه (ولان) تحريم الوطى لايختص بالنهار بل يشترك فيه كالاهما فاستويا فيه كالاعتكاف (والجواب عن حجة ابن ادريس ان بطلانه ليس بتبعية بطلان التتابع بل بالعكس لان المأمور به الصوم الموصوف فى الشهرين بكونه قبل التماس هنا-خ)فظهر انه لافرق بين العمد والنسيان فى ذلك (ب) اذا وطىء نهاراً قبل ان يمضى من الثانى شيء بطل ماتقدّم من الصوم عامداً كان اوناسيا عندى وعند والدى وجدّى للآية كما تقدّم فى المسألة السابقة، وقال الشيخ فى المبسوط ان تعمّد الوطى بطل التتابع حقيقة وان كان ساهيا مضى فى صومه ولم يلزمه شيء لقوله صلى الله عليه وآله رفع القلم عن أمتى الحديث (٢) .

قال قدس الله سره : وهل يكفى الاستيناف عن كفارة الوطى (الى قوله) وكفر ثانيا .

اقول : ذكر هنا امرين (الف) انه هل يكفى الا ستيناف عن كفارة الوطى قبل اكمال التكفير ذكر فيه اشكالا ينشأ (من) انه يصدق عليه انه كفّر فيكفى عن كفارة الوطى

(١) المجادلة ٥　(٢) لعله اشارة الى حديث الرفع المعروف وهو قوله صلى الله عليه وآله رفع اووضع عن امتى تسعة واماقوله رفع القلم عن امتى فلم نعثر عليه فى حديث .

ولوعجزعن الكفارة ومايقوم مقامهاكفاه الاستغفاروحل الوطى على رأى ولا يجبره الحاكم على التكفير بل اذا رفعت المرأة امرها اليه خيّره بين التكفير والرجعة وبين الطلاق وينظره للتكفير (للفكر- خل) ثلاثة اشهر من حين الترافع فان خرجت ولم يختر احدهما

وعن كفارة الظهار (و لانه) لم يطأ قبل التكفير لانه فى اثنائه و الكفارة الثانية انما تجب على من وطىء قبل التكفير (و من) انه لم يكفّر بعد ، و لتعدّد السبب والا صل عدم التداخل .

(واعلم) انه جزم فيما بعد بوجوب كفارة ثانية بالوطى قبل اتمام التكفير و تردّد هنا والاقوى عندى ما جزم به (ب) قوله والاقرب وهوانه اذاوطىء فى خلال الصوم (فان) وطىء ليلا وجب الاتمام ولم ينقطع التتابع وتكون هذه مجزية عن كفارة الظهار وتجب اخرى للوطى قبل التكفير وكذا ان كان نهاراً و قد صام من الثانى شيئاً (و ان) وطىء نهاراً قبل أن يصوم من الثانى شيئاً بطل التتابع واستأنف كفارة الظهار و وجب اخرى للوطى سواء كان الوطى عمداً اوسهواً (ووجه القرب) اما عدم الا ستيناف اذا وطىء ليلا فلما مرّ من حجة ابن ادريس و اما اذا وطىء بعد ان صام من الشهر الثانى شيئاً لحصول التتابع بين الشهرين بصوم الاول و شيء من الثانى وقد حصل و الاصح ما اخترناه فيما تقدم وهو الاستيناف ووالدى قدس الله سره فى المختلف اختار اختيار الشيخ فى المبسوط.

قال قدس الله سره : ولوعجزعن الكفارة (الى قوله) على رأى .

اقول: المراد هنا بكفارة العتق والصيام والاطعام اذا عرفت ذلك (فنقول) البحث هنا فى مسائل ثلاث (الف) اذاعجز عن هذه الخصال الثلاث (هل) لها بدل يقوم مقامها فى حل الوطى بعده ام لا- قال المفيد وابن الجنيد لا ، بل يحرم عليه وطيها الى ان يؤدى الواجب (لان) نص القرآن انما جاء على هذه الخصال الثلاث فلا يجزى غيرها وهوقول الشيخ رحمه الله قال ويفرّق بينهما الحاكم ، وقال كثير من الفقهاء نعم لها بدل (ب) اختلف القائلون بالبدل ماهو فقال الشيخ فى النهاية ايضا اذاعجز عن اطعام ستين مسكينا صام ثمانية عشر يوما فان عجز عن ذلك ايضا كان حكمه ماقدمناه من انه يحرم عليه وطيها الى ان يكفّر وقال ابن بابويه فى رسالته عقيب قوله (فاطعام ستين مسكينا لكل مسكين

حبسه الحاكم وضيّق عليه في مطعمه ومشربه حتى يتخير احدهما ولايجبر على الطلاق بعينه ولايطلّق عنه فان صبرت لم يعترض (لها - خ) ولو كان الظهار مشروطا جاز

مدّ من طعام) فان(١) لم يجد تصدق بما يطيق وكذا قال ابنه في المقنع ثم قال فيه وروى في حديث آخر انه اذا لم يطق اطعام ستين مسكينا صام ثمانية عشر يوما ، وقال ابن البراج يصوم ثمانية عشر يوما ، وقال ابن حمزة اذا عجز عن صوم شهرين متتابعين صام ثمانية عشر يوما فان عجز تصدق عن كل يوم بمدين من طعام (ج) اذا عجز عن البدل الذي هو الصيام والاطعام على اختلاف الاقوال فيه - اختلف اقوال الفقهاء هنا فقال المفيد والشيخ وابن البراج وابن بابويه لايحل له وطيها ولايقوم الاستغفار مقام الكفارة وبدلها ، وقال ابن حمزة وابن ادريس يكفيه في ذلك الاستغفار في حل الوطى ولايجب عليه قضاء الكفارة وهو اختيار والدي قدس الله سره .

(احتج) الاولون بالآية واثبات بدل للواجب بنص متأخر نسخ (واجيب) بالمنع وقد حقق في الاصول (احتج) والدي باصالة برائة الذمة واباحة الوطى وايجاب الكفارة مع العجز تكليف بغير المقدور فيكون مدفوعا وبما رواه اسحاق بن عمار في الموثق عن الصادق عليه السلام في الظهار اذا عجز صاحبه عن الكفارة فليستغفر الله ولينو ان لايعود قبل ان يواقع ثم ليواقع وقد اجزء ذلك عنه عن الكفارة الحديث(٢) والاقوى عندي تحريمها الى ان يكفّر باحدى الخصال الثلاث المذكورة في القرآن (لما) تقدم و مارواه ابو بصير عن الصادق عليه السلام قال كل من عجز عن الكفارة التي تجب عليه من عتق اوصوم اوصدقة في يمين اونذر اوقتل اوغير ذلك مما يجب على صاحبه فيه الكفارة فالاستغفار له كفارة ماخلا يمين الظهار فانه اذا لم يجد ما يكفّر به حرمت عليه ان يجامعها وفرق بينهما الا ان ترضى المرأة ان تكون معها ولايجامعها (٣) (احتج) الشيخ على الاكتفاء بثمانية عشر يوما عند العجز عن الخصال الثلاث بما رواه ابو بصير عن الصادق عليه السلام قال سئلته عن رجل ظاهر من امرأته فلم يجد ما يعتق ولا ما يتصدق ولايقوى على الصيام قال يصوم ثمانية عشر يوما لكل

---

(١) مقول قوله قال ابن بابويه .　(٢) ئل ب ٨ خبر ١ من ابواب الكفارات .
(٣) ئل باب ٦ خبر ١ من ابواب الكفارات .

الوطى مالم يحصل الشرط ولاكفارة قبله.ولوكان الوطى هوالشرط ثبت الظهار بعدفعله ولاتستقر الكفارة حتى يعود (وقيل) تجب بنفس الوطى وليس بجيّد (وقيل) يجب تقديم الكفا ة على الوطى فى المطلق وما وقع شرطه مع نية العود ولايجب الكفارة بالتلفظ بل بالعود وهو ارادة الوطى وليست مستقرة بل معنى الوجوب تحريم الوطى حتى يكفر

فان وطىء قبل التكفير لزمه كفارتان وتكرر الكفارة بتكرر الوطى ، ولووطىء ثانيا بعد ان ادى كفارة واحدة عن الاول اوعن أحدهما على اشكال وجبت ثالثة فان نواها عن الظهار فلاشيء عن الثانى ، ولوطلق رجعيا وفاها حقهافان راجعها فى العدة لم تحل له

عشرة مساكين ثلاثة ايام واقول فى السند ضعف .

قال قدس الله سره : ولو كان الوطى هو الشرط (الى قوله) وليس بجيد .

اقول: قوله (وقيل الى آخره) القائل بذلك هوالشيخ رحمه الله بناء على ان الاستمرار وطى ثان (ووجه) ضعفه ان الوطى من ابتدائه الى النزع واحد عرفا و الاطلاق انما يحمل على العرف والمشروط انما يقع بعدوقوع الشرط لاقبله .

قال قدس الله سره : فان وطىء قبل التكفير (الى قوله) من الثانى.

اقول: هنامسائل (الف) الوطى قبل التكفير عن الظهار موجب لكفارة اخرى غير كفارة الظهار مطلقا وهوالمشهور وذهب اليه شيخنا والدى والشيخان و المرتضى و ابن البراج وقال ابن الجنيد ان كان ممن يكفّر بالعتق او بالصيام لقدرته على احدهما لا بالاطعام فعجز عن الاولين فانه لايجب عليه كفارة اخرى فى الاخير و الفرق التقييد فى الآية قبل التماس فى الاولين لا الاخير والحق الاول لما ياتى (ب) هل تتكرر الكفارة بتكرر الوطى ام لا اختلف الاصحاب هنا فقال الشيخ نعم كل وطى قبل التكفير عن الظهار موجب لكفارة اخرى مطلقا وهواختيار شيخنا وقال ابن حمزة تتكرر ان كفّر عن الاولى لا ان لم يكفّر عنها اوكفر عن الظهار والحق الاول (لما) رواه ابوبصير فى الحسن عن الصادق عليه السلام قال اذاوقع المرة الثانية قبل ان يكفّر فعليه كفارة أخرى الحديث (١) و لوجود المقتضى و هوالوطى قبل التكفير وانتفاء المانع (اما الاول) فلما رواه الحلبى فى الصحيح عن الصادق

---

(١) ثلب ١٥ خبر ١ من كتاب الظهار .

حتى يكفر ولو خرجت من العدة ثم تزوجهااو كان الطلاق باينا وتزوجها فى العدة فلاكفارة لووطئهاولوماتا اوأحدهما سقطت الكفارة ، والارتدادكالطلاق الرجعى ان كان عن غير فطرة اوكان من المرأة تجب الكفارة مع العود فى العدة ولو ظاهر ولم ينو العود ثم اعتق لم يجزئه لانه كفر قبل الوجوب فلو اشترى زوجته بطل العقد و حل له وطؤها قبل الكفارة ولو اشتراها غير الزوج ففسخ ثم تزوجها الزوج بعقد آخر سقطت الكفارة ولوقال انت علىّ كظهر امى فعليه عن كل واحدة كفارة وكرر الظهار من واحدة وجب عليه

عليه السلام قال لايمسها حتى يكفر قلت فان فعل فعليه شيء غير الاولى قال نعم يعتق ايضا رقبة(١) (واما الثانى) فظاهر للاصل(ج) اذا وطىء قبل التكفير عن الظهار و وجبت عليه كفارتان فكفر واطلق ولم يعين فى نيته كفارة الظهار ولاكفارة الوطى اونوى احديها لابعينها ذكر المصنف فيه اشكالا ينشاء (من) انه يصدق انه وطىء بعد التكفير لايجب فيه الكفارة و لاصالة برائة الذمة (ومن) ان حكم الظهار انما يسقط اذا كفر عن الظهار وانما يتخصص الكفارة بالظهار بنية التكفير عنه واصل البرائة انما تكون حجة اذا لم ينتقض وقد انتقض بالظهار وثبوت حكمه والاصل بقائه.

قال قدس الله سره : ولو كرر الظهار (الى قوله) على راى .

اقول: المراد بالتفريق ان يكون الثانى متراخيا عن الاول وقيل فى مجلس آخر غير المجلس الاول والمراد بالمتابعة التوالى والبحث هو انه اذا كرر الظهار و لم يظهر انه اراد بالثانى تاكيد الاول وفيه خلاف بين الاصحاب فقال الشيخ و ابن حمزة وابن ابى عقيل يلزمه بكل مرة كفارة و قال ابن الجنيد ان تغاير المحرمة المشبه بها فيهما كأن ظاهر مرة بامه واخرى باخته تكررت الكفارة وان كرر الظهار بواحدة كامه مثلا ولم يكفر عن المرة الاولى لم تتعدد الكفارة ولو كرر الظهار. والحق الاول لما رواه محمد بن مسلم فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات اواكثر قال قال على عليه السلام مكان كل مرة كفارة (٢) وفى الحسن عن الحلبى عن الصادق عليه السلام

(١) ئل ب ١٥ خبر ٤ من كتاب الظهار .
(٢) ئل ب ١٣ خبر ١ من كتاب الظهار .

بكل مرة كفارة سواء فرق الظهار او تابعه على رأى ولو وطئها قبل التكفير عن (على ـ حل) الجميع وجب عليه عن كل وطى كفارة واحدة ويصح الظهار مطلقا او مقيداً بمدة على رأى فان قصرت المدة عن زمان التربص وقع على اشكال ويحرم عليه وطؤها فى تلك المدة قبل الكفارة ولو وطىء ناسيا للظهار فكفارة واحدة .

قال سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرات قال يكفر ثلاث مرات (١) (احتج) ابن الجنيد بما رواه عبدالرحمن بن الحجاج فى الصحيح عن الصادق عليه السلام فى رجل ظاهر من امرأته اربع مرات فى كل مجلس واحدة قال عليه كفارة واحدة (٢) (اجاب) الشيخ بان المراد الاتحاد جنسا فلا يمنع التكرار بالنوع (فى الافراد ـ خل) او يكون المراد بالثانى التاكيد (ولقائل) ان يقول على الاول الخبر يدل على تكرار الظهار و البحث فى تكرار الصيغة ولا يتم الدليل الا مع القول بايجاب كل مرة ظهاراً او تكون الصيغة هى نفس الظهار وليس فى الخبر دليل عليها .

قال قدس الله سره : ويصح الظهار مطلقا ومقيدا بمدة على رأى .

اقول : هذا اختيار ابن الجنيد لعموم الاية (ولانه) منكر من القول وزور فكان كالمطلق خلافا للشيخ فى الخلاف والمبسوط فانه قال لا يكون ظهاراً وتبعه ابن البراج و ابن ادريس و اختار شيخنا فى المختلف الصحة ان زاد عن مدة التربص و الا فلا (احتج) الشيخ بما رواه سعيد الاعرج فى الصحيح عن الكاظم عليه السلام فى رجل ظاهر من امرأته يوما قال ليس عليه شىء (٣) والاقوى عندى اختيار الشيخ لان الظهار حكم ولازمه التحريم بغير كفارة دائما مادام موسراً الى التكفير ومع الاعسار الى الاستغفار دائماً وهذا لا يلزم منه ذلك لانه لم يؤيد التحريم فاشبه تشبيهها بالمحرمة لاعلى التابيد كالاجنبية واخت الزوجة وقيل مبنى القولين انه هل يتبع فى الظهار المعنى او المعهود فى الجاهلية .

قال قدس الله سره : فان قصرت المدة (الى قوله) على اشكال

---

(١) ئل ب ١٣ خبر ٢ من كتاب الظهار .

(٢) ئل ب ١٣ خبر ٦ من كتاب الظهار .

(٣) ئل ب ١٦ خبر ٩ من كتاب الظهار .

اقول : ينشأ (من) العموم (ومن) ان الظهار يلزمه التربص مدة ثلاثة اشهر مع الترافع وعدم الطلاق وذلك يدل بالاقتضاء على ان مدة الظهار تزيد عن مدة التربص (واعلم) ان هذا ليس باختيار المصنف و امر باسقاط هذا الاشكال من النسخة فأسقط فى بعض النسخ وبقى بعضها ولاوجه له عندى وهذه الفروع ساقطة عندى بل يتبع نص الكتاب.

الباب الرابع فى الايلاء

وفيه مقصدان الاول فى اركانه وهى اربعة

الاول الحالف (**مقدمات**) (الف) الايلاء لغة الحلف وشرعا الحلف على ترك وطى الزوجة اكثر من اربعة اشهر للاضرار والاصل فيه قوله تعالى **للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان فآؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم (١)** وكان طلاقا فى الجاهلية فنسخ حكمه و بقى محله (ب) لايقع الايلاء الا بالحلف بالله تعالى لقوله تعالى **ولاتجعلوا الله عرضة لايمانكم (٢)** ثم قال **لايؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم (٣)** يعنى بالله ثم قال **للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر (٤)** فعطف به على اليمين بالله فاقتضى ان لايكون موليا الا بالله (ولان) مطلق اليمين محمولة عرفا وشرعا على اليمين بالله تعالى ولايحمل على غيره الاان يقيّد به ولقول النبى ﷺ من كان حالفا فليحلف بالله اوليصمتن (فليصمت - خ ل) و (لقوله تعالى) **فان فاؤا فان الله غفور رحيم** وغفران المآثم يتوجه الى الايمان بالله تعالى دون غيره كالعتق والطلاق (قالوا) الحلف بالعتق مثلا يقال له حلف ويمين والاصل فى الاطلاق الحقيقة واطلاق العام يقتضى حمله على عمومه (قلنا) مجاز لما تقدم (ولانه) خير من الاشتراك (ج) انحصر اقوال اهل العلم فى المدة التى يقع بها الايلاء فى اقوال ثلاثة (الاول)

(١-٤) البقرة ٢٢٦　(٢) البقرة ٢٢٤　(٣) البقرة ٢٢٥

الباب الرابع فی الایلاء

وفیه مقصدان

الاول فی ارکانه وهی اربعة

(الف) الحالف ویعتبر فیه البلوغ والعقل والاختیار والقصد ویقع من الملوك سواء کانت زوجته حرّة او امة ومن الذمی والخصی والمجبوب علی اشکال فیکون فیئه کالعاجز ومن المطلّق رجعیا ویحتسب زمان العدة من مدة التربص وکذا الوطلّق رجعیا بعد الایلاء ثم راجع ومن المظاهر (ب) المحلوف علیه وهو ترك جماع زوجته ویشترط کونها منکوحة بالعقد الدایم (فلایقع) بالمستمتع بها علی الاقوی (ولا) بالموطوئة بالملك وان تکون

ان لایتقدر مدة بل من حلف علی الامتناع من الوطی فی ای زمان کان قل او کثر صح وهو مذهب ابن ابی لیلی (الثانی) لا یکون مولیا حتی یحلف علی الامتناع من وطیها علی الابد فان قدّره بزمان وان طال لم یکن مولیا وهو مذهب ابن عباس (الثالث) انه مقدر باربعة اشهر فصاعداً لایقع علی انقص ویقع علی ازید وهو مذهب الامامیة و الشافعیة وابی حنیفه ومالك لقوله تعالی تربص اربعة اشهر.

قال قدس الله سره: ویقع من المملوك (الی قوله) علی اشکال .

اقول المجبوب اما ان یبقی من ذکره شیء یمکن الوطی به اولا فان کان الاول صح ایلائه اجماعا وان کان الثانی اختلف الاصحاب فیه فقال الشیخ فی المبسوط یصح لعموم الآیة (وقیل) لایصح لامتناعه کما لو حلف ان لایصعد الی السماء وهو اختیار والدی المصنف فی المختلف والاقوی عندی انه لایصح لانه لایقع الا للاضرار ولایتصور هنا والاولی اجماعیة والثانیة بدیهیة .

قال قدس الله سره :(ب) المحلوف علیه (الی قوله) علی الاقوی .

اقول: وجه القوة قوله تعالی **وان عزموا الطلاق** (۱) وعود الضمیر الی بعض العام یقتضی تخصیصه والا لزم الاضمار وهو خلاف الاصل (ولان) الاصل الاباحة ولانتفاء

---

(۱) البقرة ۲۲۶ .

مدخولابها ، ويقع بالحرة والامة والمرافعة لهالا للمولى وكذا طلب حقوق الزوجية بعد المدة ويقع بالذمية كالمسلمة والرجعية (ويحتسب زمان العدة من المدة ،وكذا لو طلقها رجعيا بعد الايلاء وراجع ـ خ) ولفظه الصريح تغيّب الحشفة فى الفرج والايلاج والنيك (۱) (اما) الحماع والوطى فانه يقع معه الايلاء انقصد .

وفى المباضعة والملابسة والمباشرة مع النية اشكال اقربه الوقوع ولوقال لاجمع رأسى ورأسك مخدة اولا ساقفتك اولاطيلن غيبتى عنك (قيل) يقع مع القصد ولو قال

لازمه وهو استحقاق الزوجة المطالبة بالوطى وضرب المدة والكل منتف فى المستمتع بها وانتفاء اللازم يقتضى انتفاء الملزوم (ويحتمل) شاذاً وقوعه بهـا للعموم والاصح عندى الاول .

قال قدس الله سره : وفى المباضعة (الى قوله) اقربه الوقوع .

اقول : منشأ الاشكال اختلاف الاصحاب قال الشيخ فى المبسوط يقع والمصنف فى المختلف اختار الوقوع وكذا هنا لانها الفاظ تستعمل عرفا فيما نواه وقصده فتحمل عليه كغيره من الالفاظ ولدلالة الخبر عليه روى بريد بن معاوية فى الحسن عن الصادق عليه السلام قال سمعته يقول فى الايلاء اذا آلى الرجل لايقرب امرأته ولايمسّها الحديث(۲) وقيل لايقع للاصل ولما رواه ابو بصير فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال سألته عن الايلاء ما هو فقال هو ان يقول الرجل لامرأته والله لاجامعتك كذا وكذا الحديث (۳) والمقول فى جواب ماهو هو نفس الماهية فلايصح بغير ماهيته ولانه لو صح لغيره لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة او وقت السؤال وكلاهما حذّر الاصولى عنه ولاصالة بقاء الحل و هو الاقوى عندى .

قال قدس الله سره : ولوقال لاجمع رأسى (الى قوله) مع القصد .

اقول: قال الشيخ فى المبسوط يقع مع قصده الايلاء ولولم يقصد سقط قوله و لم يتعلق به حكم واختاره والدى فى المختلف وقال ابن ادريس لايقع و ان نوى به

---

(۱) ناك المرأة نيكاً بالفتح گائيد آنرا ـ نياك كشداد بسيار گاينده (منتهى الارب)

(۲) ئل ب ۱۰ خبر ۱ من ابواب الايلاء .

(۳) ئل ب ۹ خبر ۱ من ابواب الايلاء .

لاوطیتك فی الحیض ولافی النفاس اوفی دبرك فهومحسن ولیس بمولی (ج) الصیغة ولا تنعقد الاباسماءالله تعالی مع التلفظ بای لسان کان مع القصد ، ولوحلف بغیرالله تعالی او بغیراسماء صفاته لم ینعقدکما لوحلف بالعتاق والظهار والصدقة و الحرم (و التحریم -خل) والکعبة و النبی والائمة علیهم السلام او التزام صوم او صلوة و غیرذلك لم ینعقد وکذا لاینعقد لو قال ان وطیتك فللّه علیّ صلوة اوصوم ، ولو قال ان و طیتك فعبدی حرعن الظهار لم یکن ایلاء لکن لووطیء الزم بعتق العبد (اوغیره - خ) لاقراره (وهل) یلزم بعتقه معجلا الاقرب المنع ولوقال فهوحر عن ظهاری ان ظاهرت لم یقع شیء ولایلزم بالعتق وان ظاهر الزم بعتقه اوعتق غیره .

الایلاء ولاحکم له لاصالة برائة الذمة وهو اختیار الشیخ فی الخلاف والاقوی عندی اختیارابن ادریس .

الثالث الصیغة

قال قدس الله سره : ولوقال انوطیتك(الی قوله) والاقرب المنع .

اقول: هذه المسألة فرع علی قاعدة . وهی ان الاصحاب اتفقوا علی ان الایلاء لا یقع الا باسماءالله تعالی وعندجماعة من المخالفین یقع بکل ما یقع به الیمین کالعتق والطلاق ولماذکر هذه القاعدة فرّع علی القولین فرعا وهوانه اذاعلق بالوطی عتق عبد عن الظهار فقال انوطیتك فعبدی حرّ عن الظهار اوظهاری فالکلام هنافی مسائل (الف) انه یحکم علیه بالظهار لاقراره به ظاهراً ویدان بینه وبین الله تعالی بمافی نفس الامر (ب) انه هل یکون ایلاء املا و هذا تفریع علی الحکم بالظهار فانّا لونحکم بالظهار ظاهراً لم یکن ایلاء باجماع المسلمین (فنقول) اتّفق اصحابنا علی انه لایقع و لوکان بنذر و شبهه کقوله لله علیّ اووالله ان وطیتك فعبدی حرعن (عندخل) الظهار لاتفاق الاصحاب علی انه لایصح الایلاء بالیمین علی التزام شیء بالوطی واما علی القول الثانی للمخالف وهو انه یقع بالتزام محذورعنده وتعلیقه بالوطی فیمتنع منه کما حکیناه عنهم فی تلك العبارة (ج) وهی فرع علی القولین اعنی القول بوقوع الایلاء والقول بعدم وقوعه لانه حیث اقرّ بالظهار حکم علیه به ظاهراً وبانه اذاوطیء الزم بعتق عبد عن کفارة الظهار وهل

(وهل) يشترط تجريده عن الشرط قولان ولو آلى من زوجته وقال للاخرى شركتك معها لم يكن ايلاء فى الثانية وان نواه، لعدم نطقه بالله تعالى ولا يقع الا فى اضرار فلو حلف لصلاح اللبن او للمرض لم يكن ايلاء بل كان يمينا ولو قال لاربع والله لاوطئتكن لم يكن موليا فى الحال وله وطى ثلاث فيتعين التحريم فى الرابعة و يثبت لها الايلاء بعد

يتعين هذا العبد فعندنا لو قرنه بنذر او يمين اولم يكن له غيره تعين قطعا والا فلا بل يلزم بعتق عبد مما وعلى قول المخالف انه يقع العتق المعلق بشرط عند وقوع الشرط ينعتق هذا العبد بالوطى لوقوع شرطه (د) فى قوله وهل يلزم بالعتق معجلا ليس المراد منه الزامه بالعتق قبل الوطى وقبل العزم عليه لعدم المقتضى له لان الاقرار بالظهار يثبت الظهار ظاهراً ولا يلزم من ثبوت الظهار لزوم العتق معجلا لان حكمه ضرب المدة و التخيير بين الطلاق والتكفير والوطى ولا وجه لاحتمال نقيضه بل المراد بالتعجيل هنا العتق عند العزم على الوطى قبله (يحتمل) ذلك لانه مقتضى الظهار وانما حلف ليعتق عنه (ويحتمل) عدم التعجيل لتعليقه بشرط ولا يمكن فى الايمان تقدم المشروط على الشرط لان الشرط المعلق عليه بسبب والمسبب لا يتقدم على السبب وهو الاقرب عند المصنف (ه) على التزامه بالظهار يلزمه جميع توابع الظهار. وانما طولنا الكلام فى هذه المسألة لانها موضع اشتباه و الشيخ رحمه الله اوردها فى المبسوط على غير هذا الوجه وهو انه قال ان اصبتك فلله على ان اعتق عبدى عن ظهارك او هذا العبد عن ظهارى فان كان نذر طاعة و برفمتى وطىء لزمه الوفاء وان كان نذر لجاج يمنع به نفسه من وطيها لم ينعقد وتحقيق هذه المسألة ماذكرناه نحن هنا .

قال قدس الله سره : وهل يشترط تجريده عن الشرط قولان .

اقول: شرط الشيخ فى الخلاف تجريده عن الشرط فى انعقاده واستدل باجماع الفرقة واخبارهم والاصل برائة الذمة و ثبوت الايلاء بشرط يحتاج الى دليل و تابعه ابن حمزة و ابن ادريس وابن زهرة وقال فى المبسوط يقع معلقا على الصفة و الشرط واختاره المصنف فى المختلف لعموم القرآن السالم عن المعارض والاقوى عندى الاول.

قال قدس الله سره : ولو قال لاربع و الله لا وطئتكن (الى قوله)

وطیهن ولها المرافعة وتجب الکفارة بوطی الجمیع ولووطیء واحدة قرب من الحنث وهو محذور ولایصیر به مولیا ولوماتت احدیهن قبل الوطی انحلت الیمین بخلاف ما لوطلق احدیهن اوثلاثا لان حکم الیمین ثابت فی البواقی لامکان وطی المطلقات ولو بالشبهة ، ولووطئهن حراما فالاقرب ثبوت الایلاء فی البواقی بخلاف مالووطیء المیّتة اذلاحکم لوطیها علی اشکال .

علی اشکال .

اقول: لا بدّ من تقدیم قاعدتین (الاولی) الایلاء عندنا یقتضی تعلّق الحنث فی الیمین بوطی الزوجة المولی منها المدة المشترطة کما مرّ وتحریم الوطی علی المولی (الثانیة) الوطی قد یکون موجبا للحنث و هو ظاهر وقد یکون مقربا من الحنث وهو محذور لکنه لایحرم ولایتعلّق به حنث فلایکون مولیا فیه قولا واحداً منا لانه لم یتعلق به لزوم شیء فلیس بمحرّم وقد ذکر المصنف له صورتین .

(الاولی) اذا قال لاربع والله لا وطئتکن جمیع ویرید الکلّ من حیث هو کل لاکلّ واحدة فنقول قد تکلم المصنف رحمه الله فی هذه المسألة فی وقت حصول الایلاء ثم فیما یحصل به الحنث ثم فیما به یمتنع الحنث ثم فیما یجب بالحنث (اما الاول) فحکم بانه لا یحصل الایلاء فی الحال لانه یجوز له وطی ثلاث منهن والتعیّین موکول الی اختیاره من غیر حنث بل یصیر بوطی ثلاث منهن مولیا عن الرابعة (اورد) منع نفسه من وطیهن بالیمین بالله تعالی فکان مولیا فی الحال (و الجواب) انه متمکن من وطی کل واحدة منهن بغیر حنث ولم توثّر یمینه تحریما قبل وطی ثلاث و لا نعنی بکونه غیر مول فی الحال سوی ذلك (واما الثانی) فحکم رضی الله عنه بانه لایحصل الحنث الا بجماعهن جمیعا لان الیمین منعقد علی الکل من حیث هو کل و لانه حلف لا یجمعهن فی الوطی فبدون وطی الکل لایحصل الحنث .

(واما الثالث) فقد ذکرهنا مسألتین (الاولی) انه لوماتت واحدة قبل وطیها قیل انحلت الیمین لانه یمتنع الحنث لامتناع فعل المحلوف علیه لان متعلق الیمین مایطلق علیه اسم الوطی حقیقة وهو ایلاج فرج آدمی حیّ اصلی فی فرج کذلك فان الایلاج

ولوقال لاوطئت واحدةمنكن واراد لزوم الكفارة بوطى اى واحدة كان (كانت ـ خ ل) تعلق الايلاء بالجميع وضربت المدة لهن عاجلا فان وطىء واحدة حنث وانحلت اليمين فى البواقى ، ولوطلق واحدة او اثنتين اوثلاثا كان الايلاء ثابتا فى الباقى ، ولو

فى فرج الميتة كالايلاج فى ثقبة فى جسم جمادى غيرمشتهى طبعا و استشكله المصنف ومنشأه ما تقدم (ومن) ورود النص بالعقوبة على وطى الميتة والاطلاق دليل الحقيقة (قالوا) يلزم الاشتراك والمجاز خيرمنه (قلنا) والمتواطى اولى من الكل وهو ايلاج فرج اصلى من آدمى فى فرج كذلك من غيراشتراط الحيوة فلما تعارضت هذه الوجوه ذكرالمصنف فيه اشكالا (الثانية) اذا طلق احديهن او ثلاثا منهن لم تنحل اليمين لامكان وطى المطلقات فيحصل شرط تحقق اليمين فى الباقية لان الطلاق اما ان يكون رجعيا او بائنا فان كان رجعيا فهى كالزوجة و وطؤها كوطى الزوجة وان كان بائنا جاز و طؤهن بالشبهة ثم فرع على تلك انه لو وطىء المطلقة البائن وطيا محرما بغير شبهة قال المصنف الاقرب ثبوت الايلاء فى البواقى لان الشرط الوطى وهو اعم من ان يكون محرما اومحللا وقد حصل (ويحتمل) العدم لان الوطى المحرم لايكون مقصوداً للشارع وانما يحمل اطلاق فعل المسلم على المحلل (و اما الرابع) فيجب بوطى الجميع كفارة واحدة لان اليمين واحدة وهذا تحرير هذه المسألة .

قال قدس الله سره: ولوقال لاوطئت واحدة منكن (الى قوله) هى المعينة

اقول: هذه الصورة الثانية وهى انه اذاقال لاربع والله لاوطئت واحدة منكن ففيه مسائل قدذكر المصنف منها هنامسألتين (الاولى) ان يريد لزوم الكفارة بوطى اى واحدة كانت منهن فيكون موليا عنهن جميعا وليس التعميم هنا كالتعميم فى قوله (والله لااجامعكن) فان اللفظ فى قوله (لااجامعكن) يتناول كلهن ولايحصل الحنث بجماع بعضهن و هيهنا اليمين تتعلق بآحادهن ويتناول كل واحدة منهن على البدل فيكون موليا عنهن جميعا لتعلق حق الكفارة بوطى ايه واحدة وطئها لانه وجد جميع المحلوف عليه ولهن المطالبة بعدالمدة فان طلق بعضهن بقى الايلاء فى حق الباقيات وان وطىء بعضهن حصل الحنث لانه خالف يمينه بانه لايجامع واحدة منهن فتنحل اليمين ويرتفع الايلاء فى

قال هنا اردت واحدة معينة قبل قوله ، ولو اراد واحدة مبهمة ففى كونه موليا اشكال فان اثبتناه كان له ان يعين واحدة فيختص الايلاء بها ويقول هى التى اردتها او انشأت تعيينها عن الابهام (ويحتمل) ان لا يكون موليا لان كل واحدة ترجو ان لا تكون هى المعينة .

حق الباقيات (الثانية) ان يقول اردت الامتناع فى حق واحدة معينة منهن لا غير فيقبل قوله لاحتمال اللفظ (اورد) بان اللفظ يقع على كل واحدة منهن على البدل وهو متهم فى اخراج بعضهن عن موجب اللفظ وظاهره (واجيب) بانه اعرف بنيته واحتمال اللفظ اذا تقرر ذلك (فنقول) قوله (واحدة) لا يخلو اما ان يقول اردت واحدة معينة او واحدة مبهمة (فان كان الاول) قبل قوله وكان موليا فى حال ايقاعه وامر بالبيان (وان كان الثانى) وهو انه اراد واحدة مبهمة لا بعينها قال المصنف (ففى كونه موليا اى حال الايلاء او عند التعيين اشكال) ومنشأه كما مر فى طلاق المبهمة ويتفرع على ذلك تحريم وطى الكل حتى يتبين فيطالبه بالتعيين لاداء الحقوق وابتداء المدة (فان قلنا) من حين الايقاع فمنه يبتدى المدة (وان قلنا) من حين التعيين فمنه يبتدى المدة قوله (ويحتمل) ان لا يكون موليا ـ هذا الاحتمال فى اصل صحة الايلاء فالاشكال الاول مبنى على صحة الايلاء لكن استشكل فى وقت كونه موليا بالفعل وهذا الاحتمال يحتمل ان لا يصح الايلاء من اصله بل يكون باطلا لان المولى عنها يتحقق الامتناع عنها فيطالب بالنية و كل واحدة منهن ترجو ان لا تكون هى المعينة اى المولى عنها فلا يتحقق الاضرار و وضع الايلاء على الاضرار (ويحتمل) وقوعه لاطلاق الآيه .

فائدة

اصطلح الفقهاء على تخصيص اللفظ التعيين بما اذا كانت غير معينة فى نفس الامر بل مبهمة وتخصيص لفظ التبيين بما اذا اراد واحدة بعينها او كانت معينة فى نفس الامر ثم اشتبهت فاستعمال كل من اللفظين فى معنى الآخر مخالف لاصطلاح القوم (الثالث) ان يريد تحريم كل واحدة واحدة لان لاشىء ولا واحد من صيغ عموم السلب فى تعلق الايلاء بكل واحدة واحدة لا على سبيل البدل .

ولو اطلق اللفظ فعلى اى الاحتمالين يحمل اشكال ولو قال لاوطيتكل واحدة منكن كان موليا من كل واحدة كمالوآلى من كل واحدة بانفرادها فمن طلقهاوفاها حقها ولم تنحل اليمين فى البواقى وكذا لووطئها قبل الطلاق لزمته الكفارة وكان الايلاء ثابتا فى البواقى، ولوقال لاوطيتك سنة الآمرة لم يكن موليا فى الحال اذله الوطى (فى الحال ـ خ) من غير تكفير فان وطىء وقد بقى اكثر من اربعة اشهر صح الايلاء وكان لها المرافعة والآبطل حكمه وكذا لوقال لاجامعتك الاعشر مراة اومازاد فاذااستوفى العدد صاره موليا ان بقيت المدة ، ولوقال والله لااجامعك ان شئت فقالت شئت انعقد ان قلنا بالمشروط (وهل) يختص المشية بالمجلس اشكال .

(د) (المدة) الايلاء ان يحلف على الامتناع مطلقا اومؤبداً اومدة تزيد على اربعة اشهر او مضافا الى فعل لايحصل الآبعد انقضاء مدة التربص قطعا أوظنا كقوله و هو بالعراق حتى امضى الى الهند واعود اومابقيت ولوقال لاوطيتك اربعة اشهر اومانقص او حتى ارد الى بغداد من الموصل وهو مما يحصل فى الاربعة قطعا اوظنا اومحتملا للامرين على السواء لم يكن موليا ولوقال حتى ادخل الدار فليس بايلاء لامكان التخلص من التكفير بالدخول وهو مناف للايلاء ولو حلف (ان ـ خ) لايطأها اربعة اشهر فما دون ثم اعاد

قال قدس الله سره : ولو اطلق اللفظ فعلى اى الاحتمالين يحمل اشكال

اقول: اذا اطلق قوله والله لاوطئت واحدة منكن ولم ينو التعميم اى لزوم الكفارة بوطى اى واحدة كانت ولاالتخصيص بواحدة خاصة و اليهما اشار المصنف بقوله (فعلى اى الاحتمالين يحمل قال فيه اشكال) منشأه ان اللفظ محتمل لكل منهما فترجيح احدهما على الاخر بغير مخصص ترجيح بلامرجح (لايقال) الاول اولى لاشتهاره عند الاطلاق والاستعمال (ولان) النكرة فى سياق النفى للعموم (لانا) نقول الاصل الاباحة والتحريم حادث سببه الايلاء ولم يعلم وجوده والعلم بذى السبب موقوف على العلم بسببه .

قال قدس الله سره : ولوقال والله لااجامعك (الى قوله) اشكال

اقول: ينشأ (من) انه المفهوم عرفا والمتيقن (ومن) انه من حيث المفهوم اعم ولادلالة للعام على الخاص وقوى الشيخ فى المبسوط اشتراط كونه فى المجلس

اليمين فى آخر الاشهر مرة اخرى ولم يزل يفعل كذلك لم يكن موليا ، ولو قال والله لااجامعك اربعة اشهر فاذا انقضت فوالله لااجامعك اربعة اشهر وهكذا لم يكن موليا فان المطالبة بعد المدة تقع بعد انحلال اليمين ؛ ولوقال والله لاجامعتك خمسة اشهر فاذا انقضت فوالله لاجامعتك سنة فهما ايلاآن ولها المرافعة لضرب مدة التربص عقيب اليمين فلو رافعته فماطل حتى انقضت المدة الاولى انحلت اليمين ويدخل وقت الايلاء الثانى ان قلنا بوقوعه معلّقا على الصفة فان طلّق فى الخامس انحلت اليمين الاولى فان عقد ثانيا فيه رافعته بعد مضيّه للثانى .

ولوقال والله لاوطيتك حتى ينزل عيسى من السماء اويخرج الدجال انعقد ،ولو قال حتى يلج الجمل فى سمّ الخياط فكذلك ولوقال حتى يقدم زيد وهو يحصل فى اقل من اربعة اشهر لم يكن ايلاء فان مضت اربعة اشهر ولم يقدم لم يكن لها المطالبة لانه ينتظر قدومه كل ساعة ولوقال الى ان يموت زيد فان ظن بقاه ازيد من المدة انعقد والا فلا ولوكان الوطى يجب بعد شهر مثلا فحلف ان يطأها الى شهرين ففى انعقاده نظر .

المقصد الثانى فى احكامه

اذا وقع الايلاء فان صبرت فلا بحث وان رفعت امرها الى الحاكم انظره اربعة اشهر لينظر فى امره فان وطىء لزمته الكفارة وخرج عن الايلاء وليس للزوجة مطالبته بالفيئة فى هذه المدة ولافرق بين الحر والعبد ولا بين الحرة والامة فى مدة التربص و هى حق للزوج فاذا انقضت لم تطلّق بانقضائها وليس للحاكم طلاقها فاذا واقفته (رافعته ـ خل)

الركن الرابع المدة

قال قدس الله سره : ولوكان الوطى (الى قوله) نظر

اقول: ينشأ (من) ان الايلاء انما انعقد لان للزوج ان يمتنع من وطى زوجته مدة يجب فى اثنائها الوطى وهو هناكذلك (ومن) تقديره باقل المدة المقدرة شرعا والاقوى عدم الوقوع لانتفاء لازمه و هو انتفاء المدة و ثبوت الملزوم مع انتفاء اللازم الشرعى خلاف الاصل فيقف على النصّ وليس هنا فيصح يميناً ويعتبر فيه شرائط اليمين.

بعدالمدة تخيربين الفيئة والطلاق فان طلق خرج من حقها ويقع الطلاق رجعيا وكذا ان فاء ولوامتنع من الامرين حبس وضيق عليه فى المطعم والمشرب حتى يفيء اويطلق ولايجبر على احدهما عينا ولوآلى مدة و دافع بعدالموافقة حتى انقضت سقط الايلاء ولاكفارة مع الوطى ولو اسقطت حقها من المطالبة لم يسقط لتجدده كل وقت .

(وقيل) والمدة المضروبة من حين الترافع لامن حين الايلاء و فيه نظرو فيئة القادر غيبوبة الحشفة فى القبل والعاجزاظهار العزم على الوطى مع القدرة ويمهل ما جرت العادة بامهاله كخفة الماكول والاكل والراحة مع (من-خل) التعب،ولووطيء فى مدة التربص عامدا لزمه الكفارة اجماعا وكذا بعدها على رأى ، ولو وطيء ساهيا اومجنونا اومشتبهة بغيرها بطل الايلاء ولاكفارة لعدم الحنث. ولواختلفا فى انقضاء المدة

المقصد الثانى فى احكامه

قال قدس الله سره : قيل والمدة المضروبة (الى قوله) وفيه نظر

اقول: اختلف الاصحاب فى مبدء مدة التربص فقال الشيخان من حين الترافع واختاره ابوالصلاح وابن البراج وابن حمزة وابن ادريس وقال ابن ابى عقيل وابن الجنيد من حين الايلاء واختاره المصنف فى المختلف (احتج) المصنف بقوله تعالى **للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر**(١) ترتبت على الايلاء و مارواه بريد بن معاوية فى الحسن عن الصادق عليه السلام قال لايكون ايلاء اذا آلى الرجل ان لايقرب امرأته ولايمسها ولايجمع رأسه ورأسها فهوفى سعة مالم تمض الاربعة الاشهر فاذا مضت اربعة اشهر وقف فاما ان يفيء (فيمسها-ئل) واما ان يعزم على الطلاق(٢) ووجه النظر ان ظاهر القرآن والروايات يدل على الثانى (ومن) حيث ان المشهور بين الاصحاب الاول و الاصح عندى اختيار والدى فى المختلف .

قال قدس الله سره : ولووطيء فى مدة التربص (الى قوله) على رأى.

اقول: المولى اذا وطيء فى مدة التربص وجبت عليه الكفارة اجماعا وان وطيء بعدها فللشيخ قولان احدهما فى الخلاف انه يجب عليه الكفارة وهواختياره فى النهاية و

---

(١) البقرة ٢٢٦ .　(٢) ئل ب ١٠ خبر ١ من ابواب الايلاء .

صدق مدعی البقاء مع اليمين ويصدق مدعى تأخر الابلاء لو اختلفا فى زمن وقوعه مع اليمين ، ولو انقضت مدة التربص وهناك ما يمنع الوطى كالحيض والمرض لم يكن لها المطالبة على رأى لظهور عذره (ويحتمل) المطالبة بفيئة العاجز ،ولو تجددت اعذارها فى الاثناء (قيل) تنقطع الاستدامة عدا الحيض ولا تنقطع باعذار الرجل ابتداء ولا اعتراضا ولا تمنع من المواقفة انتهاء و لو جن بعد ضرب المدة احتسب المدة عليه و ان كان مجنونا فان انقضت وهو مجنون تربص به حتى يفيق ، ولو انقضت وهو محرم اوصائم الزم بفيئة العاجز فان واقع حراما كالوطى فى الحيض او الصوم الواجب اتى بالفيئة واثم

اختيار ابن البراج وقوى فى المبسوط انه لا كفارة عليه لاصالة البرائة والحق الاول لقوله تعالى **ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم (١)** ولم يفصل. ومارواه منصور عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل آلى من امرأته فمرت به اربعة اشهر قال : يوقف فان عزم الطلاق بانت منه وعليها عدة المطلقة والا كفر يمينه وامسكها (٢) وهذا هو الذى استقر عليه رأى امام المجتهدين والدى المصنف قدس الله سره وبه افتى.

قال قدس الله سره : ولو انقضت مدة التربص (الى قوله) بفيئة العاجز .

اقول: الاول قول الشيخ رحمه الله لان امتناع الوطى من جهتها قال المصنف يجب عليه فئة القادر فان لم يمكن فيجب عليه فئة العاجز ولا مانع منها هيهنا بل هى ممكنة وهو الاصح عندى .

قال قدس الله سره : ولو تجددت اعذارها (الى قوله) انتهاء.

اقول: قوله ينقطع الاستدامة معناه ان ايام العذر عدا الحيض لا تحسب من المدة فاذا زال العذر بنت على ما مضى من المدة قبل العذر والقائل بانقطاع الاستدامة باعذار المرأة عدا الحيض هو الشيخ الطوسى فى المبسوط اما الحيض فلا يقطع لانه لو قطع لم يتم مدة التربص فى اربعة اشهر غالبا لتكرره فى كل شهر مرة او مرتين غالبا واللازم باطل فالملزوم مثله وقال كثير من الاصحاب لا فرق بين الحيض وغيره من الاعذار فى عدم قطع

---

(١) المائدة ٩١ . (٢) ئلب ١٠ خبر ٢ من ابواب الايلاء

ولو ارتد احتسب زمان الردة عليه على رأى لتمكنه من الوطى بالرجوع، ولو ادعى الاصابة قدم قوله مع اليمين لتعذر البينة ولو ظاهر ثم آلى صحا معاً ويوقف بعد انقضاء مدة الظهار فان طلق خرج من الحقين وان امتنع الزم التكفير والوطى لانه اسقط حقه من التربص بالظهار وكان عليه كفارة الايلاء ولا تتكرر الكفارة بتكرر اليمين سواء قصد التاكيد او المغايرة مع اتحاد الزمان ولو اشترى الامة المولى منها واعتقها وتزوجها لم يعد الايلاء وكذا لو اشترته واعتقته ثم تزوج بها والذميان اذا ترافعا تخير الحاكم فى الحكم بينهما وفى الرد الى مذهبهما .

الباب الخامس فى اللعان

ومقاصده ثلاثة

(الاول) السبب وهو القذف وانكار الولد فهنا فصلان (الاول) القذف وانما يكون سببا فى اللعان لو رمى زوجته المحصنة المدخول بها بالزنا قبلا او دبرا مع دعوى المشاهدة

الاستدامة لقيام فئة العاجز مقام الوطى من القادر وهذا فى حكم العاجز لان عدم قبول المحل كعدم قدرة الفاعل وهو الاقوى عندى .

قال قدس الله سره : ولو ارتد (الى قوله) بالرجوع .

اقول : المراد بالردة هنا عن غير فطرة لان الردة عن فطرة كالموت يبطل معها التربص والخلاف مع الشيخ الطوسى فى المبسوط فانه ذهب الى ان اعذار الرجل لا تمنع من ضرب المدة ابتداء ولا يقطعها استدامة الآمران (احدهما) الطلاق الرجعى لاختلال النكاح فان الطلاق رفع النكاح وجريانها الى البينونة بمعنى انها فى العدة اى فى زمان يقتضى مضيه البينونة . فلا يجوز احتساب هذه المدة من مدة يقتضى مضيها المطالبة بالوطى وهو زمان التربص لتضاد الاثرين فيتضاد المؤثران (وثانيهما) الردة من ايهما كانت لان الردة تؤثر فى قطع النكاح كالطلاق فاذا عاد من ارتد منهما الى الاسلام قبل انقضاء مدة العدة استونفت مدة التربص قال المصنف قدس الله سره الردة يمكنه معها الوطى بالرجوع فلا تكون عذراً لانتفاء معناه الموضوع له فيه والفرق بين الردة والعدة ان المرتد اذا عاد الى الاسلام تبين ان النكاح لم ينخرم وبالرجعة الطلاق الماضى لا ينهدم

وعدم البيّنة فلورمی الاجنبية اوالمشهورة بالزنا اوغيرالمدخول بها او رمی بغيرالزنا اولم يدّع المشاهدة فاللعان ولفظه الصريح يازانية اوقد زنيت او زنيت بك اوزنی فرجك دون عينك ويدك ولفظة النيك (١) وايلاج الحشفة صريح ولااللعان بكنايات القذف مثل لست حرة وامّاانافلست بزان ولوقال انتازنی الناس(اوازنی القوم - خ)

الباب الخامس فی اللعان وفيه مقاصد

الاول السبب و هوالقذف وانكار الولد فهنا فصلان

الاول القذف (**مقدمة**) اللعان وردبه الشرع فی الازواج بعداستقرارحدّالزنا و القذف علی العموم و الاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالی **والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الاانفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين(٢)** فبين بهذه الآية لعان الزوج ثم بين بعدها لعان الزوجة فقال تعالی **ويدرؤعنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين (٣)** واما السنة ففی قضيتين (الاولی) قضية هلال بن اميّة فانه قذف زوجته بشريك بن السحماء فقال النبی صلی الله عليه وآله البينة والاحدّفی ظهرك فقال والذی بعثك بالحق انی لصادق ولينزل الله فی امری مايبریء ظهری من الجلد فانزل الله تعالی . والذين يرمون ازواجهم (الی قوله) ان كان من الصادقين (الثانية) بكر العجلانی اتی النبی صلی الله عليه وآله وسلم فقال يارسول الله ارايت رجلا وجد مع امرأته رجلا يقتله فيقتلونه ام كيف يفعل فقال رسول الله صلی الله عليه وآله وسلم قدانزل الله فيك وفی صاحبتك فاذهب فأت بها فتلاعنا (٤) والآية وردت فی قضية هلال وقوله عليه الصلوة والسلام فی القضية انزل الله فيك وفی صاحبتك اراد انه تعالی بيّن حكم الواقعة بماانزل فی حق هلال والحكم علی الواحد حكم علی الجماعة كما ثبت فی الاصول (واما الاجماع) فانه لاخلاف فيه بين الامّة ولماكان اللعان يسبقه القذف قدم البحث عنه.

---

(١) قدمرمعناه فی اول الايلاء

(٢) النور ٦-٧ (٣) النور ٨.

(٤) سنن ابی داود (ج٢) باب فی اللعان .

اوازنى من فلان لم يكن قاذفاً حتى يقول فى الناس زناة وانت ازنى منهم اوفلان زان وانت ازنى منه ولو ثبت زنا فلان بالبينة والقاذف جاهل به لم يكن قاذفا وان كان عالما فهو قاذف ولوقال لها يازان فهو قاذف ولوقال رأيتك تزنين فهو قاذف وان كان اعمى نعم لايثبت فى طرفه اللعان لتعذر المشاهدة فيتعيّن الحدّ ويثبت فى طرفه بنفى الولد ولوكان بينّة فلاحدّ ولالعان ولوعدل عنها الى اللعان (قيل) يصح (وقيل) لاوهو الاقرب ، ولوكان العقد فاسداً فلالعان بل وجب الحدّ ولو طلّق رجعيا ثم قذف فله اللعان ولوكان باينا فلالعان بل يحدّ وان اضافه الى زمان الزوجية ، ولوقذف الزوجة ثم ابانها كان له اللعان . ولوقالت قذفنى قبل ان يتزوجنى فقال بل بعده اوقالت قذفنى بعد مابنت (١) منه فقال بل قبله قدم قوله ،ولوقالت الاجنبية قذفنى فقال كنت زوجتى حينئذ فانكرت الزوجية قدّم قولها ، ولوقذف اجنبيّة ثم تزوجها وجب الحدّ ولالعان .

ولوتزوّجها ثم قذفها بزنا اضافه الى ما قبل النكاح ففى اللّعان قولان مأخذهما

قال قدس الله سره : ولوكان له بينة (الى قوله) وهو الاقرب.

اقول: اذاقذف الرجل زوجته بالزنا وكان له بينة فعدل عنها الى اللعان هل يسمع منه ويصح اللّعان منه ام لا قال الشيخ فى الخلاف نعم وكذا قال فى المبسوط قال فيه وقال بعضهم ليس له ان يلاعن مع قدرته على البينة وهو قوىّ لقوله تعالى **والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله (٢)** شرط فى اللعان عدم البينة واختار والدى المصنف قدس الله سره هنا انه لايجوز للآية وهذا هو الصحيح عندى لانه على خلاف الاصل (ولان) اللّعان حجة ضعيفة فلايعمل بها الامع عدم الحجة القويّة وهى البينة (اما الاولى) اما على القول بانها شهادات فلانه شهادة الانسان لنفسه (واما) على انها ايمان فلما يأتى من ان اليمين حجة ضعيفة ولان حد الزنا مبنى على التحقيق فناسب نفى اليمين فيه وفيهما دلالة على انه على خلاف الاصل (واما الثانية) فظاهرة .

قال قدس الله سره : ولوتزوجها ثم قذفها (الى قوله) والقذف

---

(١) من البينونة .　　(٢) النور ٦

اعتبار حال الزنا اوالقذف ولايجوز قذفها مع الشبهة ولامع غلبة الظن و ان اخبره الثقة اوشاع ولو قذف بالسحق فالحدّ ولالعان وان ادعى المشاهدة ولو قذف المجنونة حدّ ولايقام عليه الابعد مطالبتها مع الافاقة ولوافاقت صحّ اللّعان وليس لوليّها المطالبة بالحدّ مادامت حيّة وان ماتت فلوارثها المطالبة وكذا ليس للمولى مطالبة زوج امته بالتعزير الّا بعد موتها ، ولو نسبها الى زنا هى مستكرهة عليه ففى كونه قذفا اشكال و لالعان وكذا لالعان لو كان وطى شبهة من الجانبين و لو قذف نسوة بلفظ واحد تعدد

اقول: القولان للشيخ قال فى الخلاف اذا تزوج امرأة وقذفها بالزنا ان اضافه الى ماقبل الزوجية وجب عليه الحد وليس له ان يلاعن لاسقاطه وقال فى المبسوط يجب عليه الحد وليس له اسقاطه باللعان وقال بعضهم له ذلك وهوالاقوى لعموم الاية والاعتبار عند من قال بالاول بالحالة التى يضاف اليها القذف وعلى ما قلناه بالحالة التى يوجد فيها القذف (واحتج) على قوله فى الخلاف بعموم قوله تعالى **والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم** (١) قال فان عارضونا بقوله تعالى **والذين يرمون ازواجهم(٢)** وخصوا به آيتنا (قلنا) لانسلّم ان الاية التى ذكروها تناولت هذا القاذف فانها واردة فيمن قذف زوجته وهذا لايقال انه قذف زوجته كما لايقال لمن قذف مسلمة بالزنا حال كفرها قبل اسلامها انه قذف مسلمة (واجاب) والدى المصنف انه يصدق انه قذف زوجته واختار ماقواه فى المبسوط وهوالاقوى عندى .

قال قدس الله سره : ولو نسبها الى زنا (الى قوله) ولالعان

اقول: اذا نسبها الى وطى محرم عليها لعدم سبب التحليل فهو قذف اجماعا ولو نسبها الى زنا هى مكرهة عليه (احتمل) عدم كونه قذفا لانه نسبها الى ماهى غير ملومة فيه ولامأثومة عليه (ويحتمل) ان يكون قذفا لمافيه من العار و هتك الاستار فاشبه قذف المجنونة وانما سماه قذفاً مجازاً وهنا مسألتان (الاولى) انه لالعان هنا لان آية اللعان وردت فى الرمى بالزنا والزنا موجب للانتقام من المرأة واشتهار حالها ولاتحل الكل هنا

(١) النور ٤ (٢) النور ٦ .

اللعان ولا يتحد برضاهن بلعان واحدولوقال زنيت وانت صغيرة وجب التعزيروان قال وانت مشركة اومجنونة فكذلك ان عهد لها ذلك و الا فالحد (ويحتمل) سقوطه اذا لم يعهدلانه جاء بمحال ولوادعت القذف فانكره فاقامت شاهدين فله ان يلاعن ان اظهر لانكاره تاويلا والافلالعان ووجب الحد لانه يكذب نفسه فان انشأ قذفاً آخر فله اللعان واندفع عنه ذلك الحد ايضا الا اذا كان صورة انكاره ماقذفت ولازنيت فان قذفه بعده يناقض شهادة الابراء الا ان يمضى مدة يحتمل فيها طريان الزنا ولو امتنعا عن اللعان فلما عرضا للحد رجعا اليه جاز ولوحد فاراد ان يلاعن بعده مكن ان كان لنفى الولد والا فلا فايدة فيه فلا يمكن منه .

الفصل الثانى فى انكار الولد

و انما يثبت اللعان بنفى الولد اذا كان يلحقه ظاهراً بان تضعه الزوجة بالعقد الدايم لستة اشهر فصاعداً من حين وطيه ما لم يتجاوز اقصى مدة الحمل وكل ولد لا يمكن كونه منه فى النكاح لم يلحقه نسبه ولم يحتج الى لعان كما لوولدته تاما لاقل من ستة اشهر من حين وطيه اولاكثر من اقصى مدة الحمل لم يلحق به و انتفى بغير لعان ، و لوتزوج المشرقى مغربية وأتت بولد لستة اشهر لم يلحق به لعدم الامكان عادة ولا لعان ، ولودخل وله اقل من عشر سنين فولدت لم يلحق به وان كان له عشر لحق لامكان البلوغ فى حقه ولو نادراً ولو انكر لم يلاعن الى ان يبلغ رشيداً فان مات قبل البلوغ او بعده ولم ينكره

والاقوى عندى انه ان كان هناك ولد يلاعن لنفيه لئلا يلحق بنسبه من ليس منه (الثانية) ان قلنا لاحد عليه فعليه التعزير لان فيه عاراً .

قال قدس الله سره : ولوقال زنيت وانت صغيرة (الى قوله) بمحال

اقول: هذه المسائل قررها والدى المصنف فى الزوجتين وهى اعم موضوعا منهما لان الكلام فيما اذا كان كل واحد من الكلامين فى محل الاحتمال (فنقول) فى قوله وانت مشركة اومجنونة تعارض اصل السلامة ويعضده الظاهر وبراءة الذمة فيخرج من تعارض الاصلين احتمالات ثلاثة (الف) تصديق القاذف مطلقا (ب) تصديق المقذوف مطلقا (ج) ان ثبت لها حالة جنون فالمصدق القاذف والا المقذوف وهذا الاخير هو الاقوى عندى.

الحق بهوورثته الزوجة والولد ولاعبرة بالانكار المتقدم ولو تزوج وطلق في مجلس واحد قبل غيبته ثم مضت ستة اشهر فولدت لم يلحقه .

ويلحق ولد الخصي على اشكال وولد المجبوب دون ولد الخصي المجبوب على اشكال ، ولووطيء دبراً اوقبلا وعزل لحق الولد ولم ينتف الا باللعان ، ولو تصادقا على انها استدخلت منيه من غير جماع فحملت منه فالاقرب عدم اللحوق بها اذلا منى لها هنا

الفصل الثاني في انكار الولد

قال قدس الله سره : ويلحق ولد الخصي على اشكال (الى قوله) على اشكال

اقول: لما كان اللعان لنفي ولد يلحقه ظاهراً شرعاً اختياراً في نكاح بعقد دائم (قيل) اومنقطع كان اللعان مشروطا بالامكان لانه اذا لم يمكن التحاقه به فهو منفي بلا لعان و لعدم الامكان في صور ذكر منها ثلاثة مختلفا فيها وهي من لم يسلم ذكره وانثياه فاما ان يفقد الخصيتين خاصة اوالذكر خاصة او يفقدهما (الاولى) الخصي الباقي الذكر هل يلحقه الولد قال الشيخ في المبسوط نعم (ووجهه) ان معدن الماء الصلب للاية وينفذ في ثقبة الى الظاهر وهما باقيان (ولانه) قد يبالغ في الايلاج فيلتذ وينزل ماء رقيقا وجعل مدار الحكم الوطي اولى من جعل الانزال مداراً لان الوطي سبب ظاهر وذاك خفي (ولانه) سبب الفراش (وقيل) لا، لان التولد موقوف على تولد المني ولا يحصل مع عدم الخصيتين (الثانية) المجبوب غير الخصي يلحق به الولد قطعا لوجود اوعية المني ومافيها من القوة المحيلة للدم والذكر آلة توصل الماء الى الرحم بواسطة الايلاج وقد يحصل بغير الايلاج كالمساحقة مع عدم وصول الهواء الى الماء (ويحتمل) العدم لانه خلاف العادة والمجرى الطبيعي (الثالثة) الخصي المجبوب هل يلحق به الولد قال الشيخ رحمه الله في المبسوط (لا) لان العادة جارية بانه لا يلحق بمثله ولد ولم ينقل في الازمنة الماضية في ذلك والعلوم العادية قد تعد في الضرورية (وقيل) نعم لما تقدم .

قال قدس الله سره : ولو تصادقا (الى قوله) هنا .

اقول : وجه القرب ان التوليد يحصل من اجتماع مني المرأة والرجل ومني المرئة انما تدفعه الدافقة وتجذبه الجاذبة بالجماع ولم يحصل (ومن) حيث الامكان

وبالجملة انما يلحق الولد اذاكان الوطى ممكنا والزوج قادراً ولواختلفا بعدالدخول فى زمان الحمل تلاعنا ولواعترف بتولده منه عن زنا بها وادعى الطلاق سرّاً احتمل اللعان لوكذّبته ، ولوطلق وانكرالدخول (قيل) ان اقامت بينة انه ارخى ستراً لاعنها وحرمت عليه وكان عليه المهر وان لم تقم بينة كان عليه نصفه ولا لعان وعليها مائة سوط والاقرب انتفاء اللعان مالم يثبت الوطى ولا يكفى الارخاء ولا حدّ عليه ان لم يقذف ولا انكر

وهو تعالى قادر على كل مقدور والاقوى الاول .

قال قدس الله سره : ولواعترف (الى قوله) لوكذبته .

اقول : وجه الاحتمال انها زوجة ظاهراً نفى ولداً يلحقه منها ظاهراً وكل من كان كذلك فله اللّعان لنفيه (ويحتمل) عدمه لخروجه عن صورة النص والاقوى الاول ولاعترافه بانه تولد من مائه والاصل عدم الطلاق .

قال قدس الله سره : ولوطلق وانكر الدخول (الى قوله) الاقرار به .

اقول: تقرير هذه المسئلة ان رجلا طلّق زوجته وزعم انه لم يدخل بها فادعت الدخول والحمل منه ، فقال الشيخ فى النهاية ماحكاه المصنف فى قوله (قيل الخ) و اختيار المصنف هنا هو مذهب ابن ادريس (واقول) قد اثبت الشيخ على تقدير ارخاء الستر ثلاثة اشياء (الف) اللعان (ب) التحريم (ج) وجوب المهر عليه وذلك لما رواه على بن جعفر فى الصحيح عن اخيه الكاظم عليه السلام قال سئلته عن رجل طلّق امرأته قبل ان يدخل بها فادعت انها حامل قال ان اقامت بينة انه ارخى ستراً ثم انكر الولد لاعنها ثم بانت منه وعليه المهر كملا (۱) فدلّت هذه الرواية على انها تصير فراشاً بالخلوة التامة (لان) الظاهر حصول الوطى عندها وعلى تقدير عدم ارخاء الستر اثبت ثلاثة احكام (الف) وجوب نصف المهر لاصالة عدم الدخول (ب) انه لا لعان لعدم ثبوت الوطى والخلوة فلا يلزمه الحاق الولد فلا يحتاج الى اللعان فى نفيه (ج) وجوب الحدّ عليها ولم نجد به رواية . قال ابو القاسم بن سعيد ولم يظهر لى مستنده ، ووجه ماذكره المصنف ـ اما انتفاء اللعان فلان فائدته فى الزوج (اما) نفى ولد يحكم بلحوقه له شرعاً وهو موقوف على ثبوت الوطى

(۱) ثل ب ۲ خبر ۱ من كتاب اللعان .

ولداً يلزمه الاقرار به ،ولوكان الزوج حاضراً وقت الولادة وسكت عن الانكار المقدور (قيل) لم يكن له انكاره بعد الآان يؤخر بماجرت العادة به كالسعي الى الحاكم وانتظار الصبح والاكل والصلوة واحراز ماله (ويحتمل) ان له انكاره مالم يعترف به اما لواعترف به لم يكن له انكاره اجماعا ولو امسك عن نفي الحمل حتى وضعت جاز له نفيه بعد الوضع اجماعا لاحتمال استناد الامساك الى الشك في الحمل.

وكل من اقر بولد صريحا اوفحوى لم يكن له انكاره بعد.فالصريح ظاهر والفحوى ان يجيب المبشر بما يدل على الرضا مثل ان يقال له بارك الله لك في مولودك هذا فيقول آمين اوانشاءالله ولوقال مجيبا بارك الله فيك اوأحسن الله اليك اورزقك الله مثله لم يكن اقرارا ولوقذف امرأته ونفى الولد واقام بينة سقط الحد ولم ينتف الولد الآ باللعان ولوطلقها باينا فأتت بولد يلحق به في الظاهر لم ينتف الآ باللعان ولو تزوجت بغيره وأتت بولد لدون ستة اشهر من وطي الثاني ولا اقصى مدة الحمل فما دون من فراق الاول لحق بالاول ولم ينتف الآ باللعان ولوقال لم تزن وهذا الولد ليس مني فلاحد ووجب اللعان ولوقال هذا الولد من زنا اوزنت فأتت بهذا الولد منه وجب الحد ويثبت اللعان ولوقال ما ولدته وانما التقطته اواستعرته فقالت بل هو ولدي منك لم يحكم عليه الآ بالبينة لامكان اقامتها على الولادة والاصل عدمها وتقبل شهادة النساء.

لتصير فراشاً ولم يحصل فلاتكون فراشاً فلايثبت اللعان (واما) لنفي حد القذف عنه ولم يقذف (واما) لاثبات حد على المرأة وهوهنا منتف بالشبهة لان قولها شبهة وكل حد ينتفي باللعان هومالاوجه لنفيه الآاللعان واما نفي تمام المهر. فلما تقدم من عدم ايجاب الخلوة تمام المهر.قال المصنف في المختلف . ولو قيل بهذه الرواية كان وجهاً لصحتها واعتضادها بالظاهر والاقوى عندي اختيار المصنف هنا .

قال قدس الله سره : ولوكان الزوج حاضراً (الى قوله) اجماعاً

اقول: قوله قيل اشارة الى قول الشيخ في المبسوط ووجه الاحتمال الآخران السكوت اعم من الاعتراف به ولادلالة للعام على الخاص والاقوى عندي الاول .

المقصد الثانى فى اركانه

وفيه فصول

(الاول) الملاعن ويشترط كونه بالغا عاقلا ولايشترط العدالة ولا الحرية ولا انتفاء الحد عن قذف عنه ولا الاسلام فيقبل لعان الكافر والاخرس ان عقلت اشارته قبل لعانه بالاشارة والا فلا ولو انقطع كلامه بعد القذف وقبل اللعان صار كالاخرس لعانه بالاشارة وان لم يحصل اليأس من نطقه ولابد من الزوجية فلايقبل لعان الاجنبى بل يجب حد القذف ، ولو ادعى عليه الولد للشبهة فانكره انتفى عنه ولم يثبت اللعان وان اعترف بالوطى ، اما لواعترف بالوطى ونفى وطى غيره و استدخال المنى (سقط اللعان) (١) والحق به ولوارتد فلاعن ثم عاد الى الاسلام فى العدة عرف صحته وان اصر ظهر بطلانه ، ولو ظن صحة النكاح الفاسد فلاعن لم يندفع الحد باللعان الفاسد

المقصد الثانى فى اركانه وفيه فصول الاول الملاعن

قال قدس الله سره : ولوظن صحة النكاح (الى قوله) على اشكال .

اقول : منشأه (انتفاء) شرط اللعان وهو الزوجية والظن الفاسد لايقوم مقام العلم فينتفى صحة اللعان فلايسقط الحد به ،لان الفاسد مالايترتب عليه اثره (ومن) قيام الظن مقام العلم فى الاحكام الشرعية (ولانه) يسقط به النسب لونفاه به هنا لانه يسقطه فى النكاح الصحيح ففى النكاح الملحوق به فى الحاق النسب اولى ، (ولان) مانع الاقوى مانع الاضعف فالحد اولى بالسقوط ، وفى سقوط النسب فى هذه الصورة منع والاقوى عندى انه لايسقط لان اللعان انما يؤثر فى اسقاط الحد اذا لطخت فراشه واحتاج الى الدفع عن

---

(١) وفى بعض النسخ بدل قوله سقط اللعان هكذا : ففى سقوط اللعان نظر . وفى بعض نسخ الايضاح : اقول (من) حيث عدم الزوجية واللعان انما ورد فى الزوجة (ومن) حيث ان اقوى الاسباب فى الحاق الولد الوطى عن نكاح دائم واللعان ينفيه ففى السبب الاضعف اولى وانما قيد بهذه القيود الثلاثة لانها تقوم مقام الوطى فى النكاح فى الحكم بلحوقه به لانه اذا اعترف بانه وطى وينفى وطى غيره ودخول منى غيره لمساحقة وغيرها ولاتنخرق العادات حكم بانه من منيه وكونه للشبهة ويلحقه به فقد اثبت بهذه القيود ضابط اللعان وهو ان يكون الولد يلحقه ظاهرا ولاوجه لنفيه الا اللعان ولابد من سبيل الى نفى الولد .

على اشكال وكذا لايندفع عن المرتد المصر الملاعن على اشكال ولوقذف الطفل فلا حد ولا لعان وكذا المجنون ، ولوأتت امرأته بولد لحق به نسبه ولاسبيل الى نفيه مع زوال عقله فاذا عقل كان له نفيه حينئذ واستلحاقه ، ولوادعى القذف حال جنونه صدق ان عرف منه ذلك والا فلا، ولولاعن الاخرس ثم نطق فانكر القذف واللعان لم يقبل

نفسه والانتقام منها فهي حجة ضرورية فيقتصر على محل الضرورة ولم يوجد هيهنا تلطيخ فراش

قال قدس الله سره: وكذا لايندفع عن المرتد المصر الملاعن على اشكال.

اقول: تقرير هذه المسألة ان المرتد من غير فطرة اذا قذف زوجته المدخول بها بعد الولادة ولاعنها في العدة ثم اصر على الكفر وخرجت العدة وهو كافر (هل) يسقط الحد بلعانه (اولا) ذكر المصنف فيه اشكالا ينشأ (من) انها في وقت اللعان قبل خروج العدة لم يحكم بالبينونة فهي زوجة كالرجعية (ومن) انه باصراره تبين وقوعه في حال البينونة فكان لعانا لاجنبية وكل لعان لاجنبية لايسقط الحد ، والحاصل ان مبنى هذه المسألة على ان الجارية في العدة لتبديل الدين (سبيلها) اذا تبين ارتفاع النكاح (سبيل الرجعيات) اوسبيل البائنات بمعنى ان خروج العدة مع اصراره على الكفر هل هو كاشف عن ارتفاع النكاح كارتفاعه في الرجعية لامكان الزوج من الرجوع الى نكاحها في العدة باسلامه او كاشف عن ارتفاع النكاح كارتفاعه في البائنة لان الكفر في حكم الموت و انما اقتصر على الحد وكان ينبغي ان يوقف امر اللعان الى الاسلام اوالاصرار لان عند كثير من الفقهاء ان الاقوى جوازه لنفي الولد لان ولده لاينتفي بمجرد النفي فلابد له من طريق الى نفي الولد لانه قد يعلم انتفائه عنه ولاطريق الى نفيه الا اللعان لانه عن نكاح دائم مدخول فيه ، فقيل ان نفيه للنسب وعدم اسقاطه للحد ممالايجتمعان لان اللعان حجة يثبت به الزنا وبتوسطه ينتفي النسب وثبوت الزنا وعدم اسقاط الحد عنه ممالايجتمعان ولوقذفها قبل الردة كان له اسقاط الحد باللعان كما لوقذفها ثم ابانها .

قال قدس الله سره : ولولاعن الاخرس (الى قوله) اجيب

اقول: ويحتمل ضعيفا عدم الاجابة لانه قد حكم الشارع بلعانه ولهذا لايرث هو الولد ولايعود الزوجية .

انكار القذف ، ويقبل فى اللعان فى ما عليه فيطالب بالحد ويلحقه النسب بمعنى انه يرثه الولد ولا يرث هو الولد ولا تعود الزوجية فلو قال انا الاعن للحد ونفى النسب فالاقرب اجابته لانه انما لزمه باقراره انه لم يلاعن فاذا أراد ان يلاعن اجيب (ويحتمل انه ليس له ان يلاعن لانكاره القذف ـ خ) .

الفصل الثانى فى الملاعنة

ويعتبر فيها البلوغ ـ وكمال العقل ـ والسلامة من الصمم والخرس ـ وان تكون زوجة بالعقد الدائم ، والاقرب عدم اشتراط الدخول (وقيل) يشترط فى نفى الولد دون

الفصل الثانى فى الملاعنة

قال قدس الله سره : والاقرب (الى قوله) دون القذف

اقول : وجه القرب عموم قوله تعالى: **والذين يرمون ازواجهم** الآية (١) فان ازواجهم جمع مضاف والجمع المضاف للعموم كما بين فى الاصول وشرط الشىء فى النهاية الدخول وشرط فى الخلاف امكان الوطى والتمكين منه ، والظاهر من كلام ابن الجنيد اشتراط الدخول ولم يصرح بهما ابن البراج وافق الشيخ فى النهاية وكذا ابن حمزة وابن زهرة ، وقال ابن ادريس ان كان اللعان للقذف بالزنا لينتفى عنه الحد لم يشترط الدخول لعموم الآية وان كان لنفى النسب اشترط فيه الدخول لانه ينتفى عنه قبل الدخول بمجرد النفى والقول قوله فيه واللعان لنفى النسب انما يثبت اذا لم يمكن نفيه الا باللعان قال والقائل من الاصحاب بالاشتراط اراد به فى نفى الولد ومن نفى الاشتراط نفى القذف والتفصيل حسن لكن نقله عن الاصحاب صلح من غير تراضى الخصمين (احتج) الشيخ بما رواه محمد بن مصادف قال قلت لابى عبدالله عليه السلام ما تقول فى رجل لاعن امرأته قبل ان يدخل بها قال لا يكون ملاعنا حتى يدخل بها يضرب حداً وهى امرأته ويكون قاذفا (٢) والاقوى عندى تفصيل ابن ادريس .

---

(١) النور ٦　(٢) ثل ب ٢ خبر ٨ من كتاب اللعان وفيه محمد بن مضارب .

القذف ويثبت (اللعان-خ) بين الحروالمملوكة وروى المنع (وقيل) يثبت في نفي الولد دون القذف ، ولو قذف طفله : لايجامع مثلها فلاحدّ لتيقن كذبه لكنه يعزر للسبب لاللقذف ولوكانت بنت ثمان سنين ثبت القذف فيحدّ وليس لوليها المطالبة به ولالها بل اذا بلغت طالبته وله اسقاطه باللعان ولوقذف المجنونة بزنا اضافه الى حال الصحة او قذفها صحيحة ثم جنّت لم يكن لها ولالوليها المطالبة بالحدفاذا افاقت طالبته وله اسقاطه باللعان وليس له اللعان حالة الجنون اذلانسب ولاحد ينفيهما فامااننفي ولدها فكذلك

قال قدس الله سره : ويثبت بين الحر (الى قوله) دون القذف .

اقول: اختيار المصنف هنا هو اختيار الشيخ في النهاية و المبسوط و الخلاف وهو اختيار ابن الجنيد والصدوق و نفاه المفيد مطلقا وفصّل ابن ادريس فقال يثبت لنفي الولد لالاثبات الزنا احتج المصنف بعموم الاية وما رواه في الحسن ، عن جميل ابن دراج ، عن الصادق عليه السلام قال: سئلته عن الحرّ بينه وبين المملوكة لعان فقال نعم وبين المملوك والحرة وبين العبد وبين الامة وبين المسلم واليهودية والنصرانية ولا يتوارثان ولا يتوارث الحروالمملوكة (١) ، احتج المفيد بما رواه ابن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال لايلاعن الحرّ الامة ولا الذمية ولا التي يتمتع بها (٢) وقول المصنف (وروى) اشارة الى هذه الرواية (و لان) اللعان شهادة لقوله تعالى **ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم (٣)** (والجواب) عن الاول انه محمول على المنكوحة بملك اليمين ويدلّ عليه رواية محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال سألته عن الحرّ يلاعن المملوكة قال نعم اذا كان مولاها زوجه اياها الحديث (٤) (و عن الثاني) بالمنع عن كونها شهادة والاستثناء من غير الجنس اوالمجاز لانه يصح من الفاسق ولا شيء من الشهادة تصح من الفاسق (ووجه) تفصيل ابن ادريس انه جمع بين الاخبار وهو الاصح عندي .

---

(١) ئل ب٥ خبر٢ من كتاب اللعان .

(٢) ئل ب ٥ خبر ٤ من كتاب اللعان (٣) النور ٦ .

(٤) ئل ب ٥ خبر٥ من كتاب اللعان .

لايلاعن حالة الجنون بل اذا أفاقت لاعنها و انتفى النسب والا كان النسب و الزوجية ثابتين ، ولوقذف زوجته الصمّاء اوالخرساء حرمت (حرمتا ـ ح) عليه ابداً ولا لعان وفي اللعان لنفي النسب اشكال ويصح لعان الحامل لكن لواقرت اونكلت لم يقم عليها الحد الا بعد الوضع والامة ليست فراشا بالملك ولا بالوطى على اشهر الروايتين ولا يلحق ولدها به الا باقراره ولواعترف بوطيها فكذلك ولو نفاه انتفى من غير لعان وتصير فراشا بالعقد الدايم و كذا المستمتع بها ليست فراشا بالعقد ولا بالوطى .

قال قدس الله سره: ولو قذف زوجته الصماء (الى قوله) اشكال .

اقول : ينشأ (من) عموم الاية المتناول لكل زوجة (ولامكان) كون الولد منفيا عنه فى نفس الامر فلا بدّ له من طريق الى نفى من ليس منه ولايجوز ان يكون مجرد نفيه والاّ لم يبق فرق بين النكاح الدائم وغيره و ليس سوى اللعان اجماعا (و من) ان الشيخ فى الخلاف نقل الاجماع على انه لا لعان للصماء والخرساء بل بمجرد القذف تحرم عليه ابداً ، والاجماع المنقول بخبر الواحد خصوصا مثل الشيخ حجة (لما) ثبت فى الاصول (ولمساواة) القذف اللعان فى التحريم المؤبد فيساويه فى المعلول الآخر (وفيه) منع فان قيام القذف مقام اللعان فى اسقاط الحد ،والبينونة الدائمة لاتستلزم قيامه مقام سببية نفى الولد لان الاسباب انما تثبت بنص الشارع .

قال قدس الله : والامة ليست فراشا (الى قوله) الا باقراره .

اقول: معنى كون المنكوحة بالدائم بالوطى او بالخلوة التامة على قول الشيخ فراشا مجموع امرين (الاول) انه يلزمه الحاق ولد يمكن كونه منه ولا يتوقف على اقراره (الثانى) عدم انتفائه عنه الاّ باللعان ومعنى كون الامة فراشا بالوطى فى الملك انه يلزمه الحاق ولد يمكن كونه من وطيه من غير توقف على اقراره ، ولا يجوز له نفيه لكن ينتفى عنه بمجرد نفيه ولايحتاج الى لعان ومعنى كونها ليست بفراش انه لا يلحق ولدها به الا باقراره به ، او بوطيها وامكان لحوقه به (اذا عرفت ذلك) فنقول ذكر المصنف روايتين (احديهما) تدل على انها ليست فراشا (والاخرى) تدل على انها فراش (اما الاولى) فهى رواية عبدالله بن سنان عن ابى عبدالله عليه السلام ان رجلا من الانصار اتى

الفصل الثالث فی الکیفیة

وصورته ان یقول الرجل اربع مرات اشهد بالله انی لمن الصادقین فیما قذفتها به ثم یعظه الحاکم ویخوّفه فان رجع حدّ ویسقط اللعان وان اصرّ قال له قل ان لعنة الله علیّ ان کنت من الکاذبین فاذا قال ذلک قال للمرأة قولی اشهد بالله انه لمن الکاذبین فیما رمانی به اربع مرات فاذا قالت ذلک وعظها و خوفها وقال لها ان عقاب الدنیا اهون من عقاب الاخرة فان رجعت اونکلت رجمها وان اصرت قال لها قولی ان غضب الله علیّ ان کان من الصادقین .

ابا عبدالله علیه السلام فقال انی ابتلیت بامر عظیم ان لی جاریة کنت اطأها فوطئتها یوما و خرجت فی حاجة لی بعدما اغتسلت منها و نسیت نفقة لی فرجعت الی المنزل لآخذها فوجدت غلاما لی علی بطنها فعدّدت لها من یومی ذلک تسعة اشهر فولدت جاریة قال فقال لی علیه السلام لاینبغی لک ان تقربها ولاتبیعها و لکن انفق علیها من مالک مادمت حیا ثم اوص لها عند موتک من مالک حتی یجعل الله عزوجل لها مخرجا (١) (واما الثانیة) فروایة سعید بن یسار قال سالت ابا عبدالله علیه السلام عن رجل وقع علی جاریة له تذهب و تجیء ولقد عزل عنها ولم یکن منه الیها شیء ماتقول فی الولد قال اری ان لایباع هذا الولد یا سعید فقال سألت ابا الحسن علیه السلام فقال اتتهمها فقلت اماتهمة ظاهرة فلا فقال ایتهمها اهلک فقلت اما بشیء ظاهر فلاقال وکیف تستطیع ان لایلزمک الولد (٢) و فی معناها مارواه محمد بن الحسن الصفار عن یعقوب بن یزید قال کتبت الی ابی الحسن علیه السلام فی هذا العصر رجل وقع علی جاریته ثم شک فی ولده فکتب ان کان فیه مشابهة منه فهو ولده (٣) ومتی اتهم الرجل جاریة له یطأها بالفجور ثم جائت بالولد لم یکن له نفیه

---

(١) ئلب ٥٥ خبر ١ من ابواب نکاح العبید والاماء .
(٢) ئلب ٥٦ خبر ٥ من أبواب نکاح العبید والاماء .
(٣) ئلب ٥٥ خبر ٥ من ابواب نکاح العبید والاماء .

(ويجب فيه) امور (الف) ايقاعه عندالحاكم اومن ينصبه لذلك ولو تراضيا برجل من العامة فلاعن بينهما جازويثبت حكم اللعان بنفس الحكم (وقيل) يعتبر رضاهما بعد الحكم (ب) التلفظ بالشهادة على الوجه المذكور فلوقال احلف اواقسم اوشهدت بالله او اناشاهد بالله اوماشابه ذلك لم يجز (ج) اعادة ذكر الولد فى كل مرة يشهد فيها الرجل ان كان هناك ولد و ليس على المرأة اعادة ذكر (د) ذكر جميع الكلمات فلا يقوم بعضها

ولزمه الاقرار به (١) والذى اختاره المصنف هنا هو اختيار الشيخ فى المبسوط ونجم الدين بن سعيد فى الشرايع وهوالاقوى عندى .

الفصل الثالث فى الكيفية

قال قدس الله سره: ويجب فيه امور (الى قوله) بعد الحكم .

اقول: هنا مسئلتان (الاولى) يشترط ان يلاعن الحاكم بينهما اومن ينصبه لذلك لأن النبى صلى الله عليه وآله امر هلال بن امية ان يستدعى زوجته اليه لما نزلت الآية عليه و لاعن بينهما (٢) ولانه صلى الله عليه وآله لاعن بين العجلانى وامرأته فتولى اللعان بنفسه ولم يقع فى زمانه لعان غير ذلك (٣) ولانه امّا ايمان اوشهادات ولا يثبت حكم واحد منهما الا عند الحاكم (ولانه) قد يتعلق به احكام تتعلق لغير الزوجين كنفى الولد (لا يقال) اللعان موضوع للفرقة فكان ملحقا بالطلاق اوالفسخ ولا يشترط فيهما الحاكم (لانا نقول) الفرقة تابعة ولا يحكم بها الا الحاكم ونمنع ان كل فسخ يمكن وقوعه لا عند الحاكم (ولان) الحد ونفى النسب لا يكون الا بحكم الحاكم (الثانية) اذا تراضيا بواحد من العامة ليلاعن بينهما وجمع شرائط الاجتهاد فلاعن بينهما جاز (وهل) يثبت حكم اللعان بنفس

---

(١) فى حاشية نسخة من الايضاح مالفظه (واعلم ان موضع الاستدلال من الرواية بزعم الشارح رحمه الله قوله ومتى اتهم الرجل جارية له يطأها بالفجور الخ وهوليس من الرواية بل من كلام الشيخ رحمه الله فى التهذيب فانه عنون هذه العبارة الخ واستدل عليه برواية سعيد بن يسار وغيرها واذا كان الامر كذلك ليس فيها مايدل على مطلوبه رحمه الله وهذا اوامثاله لاينقص من علو شأنه ورفعة درجته وتبحره شيئا لان الجواد قد يكبو والصارم قد ينبوا انتهى ونقول والامر كماذكره المحشى قده فراجع باب لحوق الاولاد بالاباء الخ من طلاق التهذيب خبر ٥٦

(٢-٣) سنن ابى داود (ج٢) باب فى اللعان .

مقامها (ه) ذکر لفظ الجلالة فلو قال اشهد بالرحمن اوبالقادر لذاته اوبخالق البشر فالاقرب عدم الوقوع نعم لواردف ذکرالله تعالی بذکرصفاته وقع (و)یجب ذکر اللعن و الغضب فلو بدّل کلا منهما بمساویه کالبعد والطرد اوالسخط اواحدهما بالاخر لم یقع(ز) یجب ان یخبر بالصدق علی ماقلناه فلو قال اشهد بالله انی صادق اومن الصادقین من غیر الاتیان بلام التاکید اوانی لصادق اوانی لبعض الصادقین اوانهازنت لم یقع وکذا المرئة لوقالت اشهد بالله انه لکاذب اوکاذب اومن الکاذبین من غیرلام التاکید لم یجز وکذا لایجوز لعنة الله علیّ ان کنت کاذبا اوغضب الله علیّ ان کان صادقا (ح) النطق بالعربیة مع القدرة ویجوز مع التعذر النطق بغیرها فیفتقر الحاکم الی مترجمین عدلین ولایکفی الواحدولایشترط الزاید (ط) الترتیب علی ماذکرناه بان یبدأ الرجل بالشهادات اربعا ثم باللعن ثم المرأة بالشهادات اربعا ثمّ بالغضب (ی) قیام کلّ منهماعند لفظه (وقیل) یجب قیامهمامعا بین یدی الحاکم (یا) بدأة الرجل اولاً بالشهادات ثم اللعن ویعقّب المرأة

حکمه من غیرافتقار الی تراضیهما بعدالحکم اولابدّ من تراضیهما فیه قولان مبنیان علی ان المتداعیین اذاتراضیا بان یحکم بینهما غیرمن له الولایة الشرعیّة (هل) یفتقر الی تراضیهما بعد الحکم اولافیه قولان للشیخ ففی المبسوط قوّی اشتراط التراضی ، وفی الخلاف اختار اللّزوم بنفس الحکم من غیرتوقف علی الرّضا واختاره المصنف فی المختلف وسیاتی تحقیقه فی باب القضاء والاقوی عندی انّه لایجوز التحکیم فی اللّعان لماتقدم فی المسألة الاولی من ثبوت احکامه فی غیرالمتلاعنین ویلزم علی قول من یشترط تراضیهما بعدالحکم انه لایصحّ التحکیم لان لزوم حکمه بعد التمام موقوف علی التراضی وحکم اللّعان لایقع موقوفا علی التراضی لانّه لازم لتمامه لزوما واجبا شرعا

قال قدس الله سره : (ه) ذکر لفظ الجلالة (الی قوله) وقع .

اقول : وجه القرب انّه غیرالصیغة التی وردبها القرآن (ویحتمل) ضعیفا الوقوع لقیام کل من المترادفین مقام الاخر کما تقرّر فی الاصول والاصح الاوّل لانّ غیره مخالف لنص القرآن اذاالقرآن بیّن کیفیته وفعل الرسول صلی الله علیه وآله ولم ینقل غیرذلک .

قال قدس الله سره : قیام کل منهما عند لفظه (الی قوله) یدی الحاکم.

فلو بدأت المرأة لم يجز (يب) تعيين المرأة بما يزيل الاحتمال امّا بان يذكر اسمها واسم ابيها أو يصفها بما يميّزها عن غيرها او يشير اليها ان كانت حاضرة (يج) الموالاة بين الكلمات (يد) اتيان كل واحد منهما باللعان بعد القائه عليه فلو بادر به قبل ان يلقيه الامام لم يصح كما لو حلف قبل الاحلاف .

(و اما) المستحب فامور (الف) جلوس الحاكم مستدبر القبلة ليكون وجهها اليها (ب) وقوف الرجل عن يمين الحاكم والمرأة عن يمين الرجل (ج) حضور من يسمع اللعان (د) وعظ الحاكم وتخويفه بعد الشهادة قبل اللعن وكذا المرئة قبل الغضب (ه) التغليظ بالمكان بان يلاعن بينهما فى اشرف البقاع فان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان ببيت المقدس ففى المسجد عند الصخرة وان كان بالمدينة فعند منبر النبى صلى الله عليه وآله وان كان فى الامصار ففى الجامع (و) التغليظ بالزمان بان يلاعن بعد العصر (ز) جمع الناس لهما .

اقول : الذى ذكره المصنف هنا اختيار ابى القاسم بن سعيد رحمه الله و هو وجوب قيام من يتلفظ بالشهادة حين تلفظه بها لا حال تلفظ الاخرو هوالظاهر من كلام الصدوق وابيه رحمهما الله لما رواه الصدوق قال سأل البزنطى ابا الحسن الرضا عليه السلام فقال له اصلحك الله كيف الملاعنة قال يقعد الا مام و يجعل ظهره الى القبلة و يجعل الرجل عن يمينه والمرأة والصبى عن يساره (١) وفى خبر آخر ثم يقوم الرجل فيحلف اربع مرات الى ان قال ثم تقوم المرأة فتحلف اربع مرات (٢) و يحمل المطلق على المقيد ، وقال الشيخ فى النهاية صفة اللعان ان يجلس الامام اومن نصبه مستدبر القبلة و يوقف الرجل بين يديه و المرأة عن يمينه قائمين و لا يقعدان وكذا قال المفيد و ابوالصلاح وسلار وابى ابى عقيل وابن البراج وابن حمزة وابن زهرة ، وقال فى المبسوط حال تلفظ الرجل بالشهادتين واللعن تكون المرأة قاعدة وهواختيار ابن ادريس ، و اختار المصنف فى المختلف اختيار الشيخ فى النهاية وهوالاقوى عندى (لما) رواه محمد

---

(١) ئل ب١ خبر٢ من كتاب اللعان .
(٢) ئل ب خبر٣ من كتاب اللعان .

المقصد الثالث فی الاحکام

اذا قذف تعلق به وجوب الحد علیه و اذا لاعن تعلق بلعانه سقوط الحدّ عنه و وجوبه فی حق المرأة ویتعلق بلعانهما معاً احکام اربعة (الف) الفراق فلا تصیر فراشا (ب) التحریم المؤبد فلا تحل علیه ابداً (ج) سقوط الحدین (د) انتفاء الولد عن الرجل دون المرئة ولو شرط مولاه رقیّة الولد من الحرة ففی حریّته لو لاعن الاب لنفیه اشکال وکذا الاشکال فی العکس بغیر شرط ولا یفتقر الفرقة الی تفریق الحاکم بینهما بل تحصل بنفس اللعان ولا تحصل الفرقة بلعان الزوج خاصة ولو فرّق الحاکم بینهما قبل اکمال لعانهما کان التفریق

ابن مسلم فی الحسن عن الباقر علیه السلام قال سألته عن الملاعن و الملاعنة کیف یصنعان قال یجلس الامام مستدبر القبلة فیقیمها بین یدیه مستقبلا بحذائه و یبدأ بالرجل ثم بالمرأة (١) (ولما) رواه الشیخ فی الصحیح ، عن عبدالرحمن بن الحجاج فی قول ابی عبدالله علیه السلام . لما حکی فعل رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم للمتلاعنین اوقفهما رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم ثم قال للزوج اربع شهادات الحدیث.(٢)

المقصد الثالث فی الاحکام

قال قدس الله سره : (د) انتفاء الولد (الی قوله) بغیر شرط .

اقول: هنا مسألتان (الف) اذا زوّج الشخص عبده بحرة وشرط فی العقد رقیّة الولد وأتت بولد فنفاه العبد باللّعان ففی حریّته اشکال ینشأ (من) ان رقیّته تبعا لکونه ولد العبد وقد انتفی عنه باللّعان (ومن) حیث انّ اللعان لا ینفی الّا ما حکم بلحوقه به شرعا ظاهراً و لحوقه به شرعا یستلزم عبودیته و هی حق للمولی فلا ینتفی بلعان الأب لتعلقها بغیر المتلاعنین (ب) اذا زوّج المولی جاریته بحرّ ولم یشترط رقیّة الولد ، والی هذا اشار بقوله (وکذا فی العکس بغیر شرط) فاذا نفاه الزوج باللّعان انتفی عنه (وهل) یحکم بحریته اشکال ینشأ (من) انّه لحق بالحر ظاهراً والّا لم یثبت اللعان واللعان یفید

(١) ئل ب١ خبر ٣ من کتاب اللعان.

(٢) ئل ب١ خبر ١ من کتاب اللعان والخبر هنا منقول الی المعنی ولفظه طویل فراجع.

لغواً وان كان بعد لعان ثلاث مرات من كل منهما او بعد اختلال شيء من الفاظ اللعان الواجبة ، وفرقة اللعان فسخ لا طلاق ولا يعود الفراش ان اكذب نفسه بعد كمال اللعان ولا يحل العقد عليها ولو اكذب نفسه في اثناء اللعان أو نكل ثبت عليه الحد ولم يثبت شيء من احكام اللعان الباقية ، ولو اكذب نفسه بعد اللعان لحق به الولد لكن يرثه الولد ولا يرثه الاب ولا من يتقرب به وترثه الام ومن يتقرب بها ولم يعد الفراش ولم يزل التحريم المؤبد وفي ثبوت الحد عليه روايتان اقربهما الثبوت لما فيه من زيادة هتكها وتكرار قذفها وظهور كذب لعانه فان عاد عن اكذاب نفسه وقال لي بينة اقيمها او ألاعن لم يسمع منه لان

نفي الحكم بنسبه ظاهراً والحرية حق لله تعالى وللولد فلا ينتفي باللعان (ومن) حيث وجود المقتضي للرقية وهو كونه نماء مملوكته وانتفاء المانع وهو بنوة الزوج الحر لانتفائها باللعان والحكم بالرقية هنا اولى من المسألة الاولى .

قال قدس الله سره : ولو اكذب نفسه (الى قوله) لعانه .

اقول : قال الشيخ في النهاية لا حد عليه واختاره المصنف في المختلف (واحتج) الشيخ برواية الحلبي عن الصادق عليه السلام في رجل لاعن امرأته وهي حبلى ثم ادعى ولدها بعد ما ولدت وزعم انه منه فقال يرد اليه الولد ولا تحل له لانه قد مضى التلاعن (١) و هذا يدل على نفي الحد لانه لو وجب لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة او السئوال (ولان) قوله قد مضى التلاعن يدل عليه لان نفي الحد عنه من آثار اللعان ومضيه ونفوذه وصحته وهو ترتب الأثر عليه خرج الولد بالنص عليه فبقي الباقي على الاصل وهو ترتب الاثر على المؤثر (واحتج) المصنف على ما اختاره هنا برواية الحسين بن سعيد عن محمد بن الفضل عن ابي الحسن عليه السلام : قال سألته عن رجل لاعن امرأته وانتفى من ولدها ثم اكذب نفسه هل يرد عليه ولده قال اذا اكذب نفسه جلد الحد ورد عليه ابنه ولا ترجع عليه امرأته ابداً (٢) قال الشيخ في التهذيب المراد بهذا من اكذب نفسه قبل تمام اللعان اما بعده فليس عليه شيء ويلحق به الولد (و فيه نظر) اذ قوله (ولا ترجع عليه امرأته ابداً) ينافيه

---

(١) ثلب ٦ خبر ٢ من كتاب اللعان وفيه بدل قوله ولا تحل الخ ولا يجلد .

(٢) ثلب ٦ خبر ٦ من كتاب اللعان .

البيّنة واللعان لتحقيق ماقاله وقد اقرّ بكذب نفسه ولواعترف بالولد بعد موته لم يرث منه لكن لوكان له ولد ورثه مع عدم الولد ولا يرث هو ابن الابن .

ولو اقام بيّنة ثمّ اكذبها ففي توجّه الحدّ عليه نظر ولو لم يكذّب نفسه ولا لاعن ثبت الحدّ فان اقيم بعضه فبذل اللعان اجيب اليه ولو نكلت هي اواقرّت رجمت ويسقط عنه الحدّ ولم يزل الفراش ولا يثبت التحريم ، ولواعترفت بعد اللعان لم يجب الحدّ فان اقرّت اربعا ففي وجوبه اشكال ، ولواضاف زناها الى رجل فعليه حدّان وله اسقاط حدّه

(واعلم) انه لماكانت الرواية الاولى لاتدل على نفي الحد لجواز انتفائه بسبب عدم تمكن الامام المقيم له فسكت عنه والرواية الثانية صريحة في اثبات الحد و لان في اللعان تاكيداً للقذف وتكراراً واشتهاراً له فكان اولى بايجاب الحد لانه اقرّ بانه كذب فيه وهذا هو الاقوى عندى وهو اختيار المفيد وابن ابى عقيل .

قال قدس الله سره : ولو اقام بينة (الى قوله) نظر.

اقول: (من) حيث ثبوته عند الحاكم و لهذا يحدّ وكل قذف ثبت مقتضاه عند الحاكم لايحدّ القاذف (ومن) حيث اقراره بكذب البينة واقرار العقلاء على انفسهم جائز وهذا هو الاصح عندى لان اللعان اقوى من الشهود (الشاهدين-خل) لان اللعان اثرين (احدهما) سقوط الحدّ عنه (والثانى) ايجابه عليها ولا يسقط الّا باللعان ويبطل تأثيره فى اسقاط الحدّ عنه باقراره بكذبه ففى الشاهدين اولى (وفيه منع) لترتب اللّعان على فقد البينة لقوله تعالى : **ولم يكن لهم شهدآء الا انفسهم (١)** و كانت البينة اقوى و الّا لتقدم الاضعف على الاقوى وهو غير جائز (ولان) اللعان اما شهادات او ايمان وشهادة الانسان لنفسه اضعف من شهادة الغير له واليمين اضعف من البينة كما يأتى فى موضعه .

قال قدس الله سره : ولو اعترفت بعد اللعان (الى قوله) اشكال.

اقول: ينشأ (من) وجود المقتضى لسقوط الحد وهو اللعان لقوله تعالى **ويدرء عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات الآية (٢)** (ومن) وجود اقرارها اربعا وعموم الدليل الدال على من اقرّ اربعا بالزنا مع امكانه وجب عليه الحد، وقال عليه الصلوة والسلام

(١) النور ٦ (٢) النور ٨.

الزّوجة باللعان ولايسقط بهحدّ الآخر ، ولواقام بيّنة سقطامعا ، ولوقذفها و اقرّت قبل اللّعان سقط الحدّ عنه بالمرّة ولايجب الحدّ عليها الّا باربع مرّات ولوكان هناك نسب لم ينتف الّا باللّعان وللزوج ان يلاعن لنفيه على اشكال اذ تصادق الزوجين على الزّنا لايوجب نفي النسب لثبوته بالفراش ، ولوقذفها فاعترفت ثمّ انكرت فاقام شاهدين على اعترافها ففي القبول بهما اوبالاربعة اشكال اقربه القبول فيسقوط الحدّ عنه لافي

اقرار العقلاء على انفسهم جائز (١) فقدتعارض العمومان والاقوى عندى السقوط للشبهة.

قال قدس الله سره : ولوقذفها واقرت (الى قوله) على اشكال .

اقول كل قذف بالزنا موجب لحدّ القذف على القاذف انلم يثبت ولحد الزنا على المقذوف انثبت فان سقوط الحدّ عن القاذف وعدم وجوب الحد على المقذوف مع عدم العفو او التوبة لايجتمعان الافي اللعان ومواضع اربع اخرى (الاول) تعارض البينتين اجماعا (الثانى) هذه المسألة (الثالث) اذااقام البينة على اقرار المقذوف بالزنا سقط عنه الحدّ فانرجع المقذوف عن الاقرار سقطعنه حدّ الزنا ولايقبل رجوعه فى حق القاذف ولايلزمه الحد (الرابع) سيأتى انشاءالله تعالى آنفا ، ومنشأ الاشكال (من) ان اللعان انما يكون مع التكاذب لانوضعه على ذلك ولا تكاذب (ومن) انه حق للولد فلايقبل قولهما فى حقه ولابد من طريق الى نفيه ولاسواه .

قال قدس الله سره : ولوقذفها فاعترفت (الى قوله) فى سقوط الحدعنه.

اقول: هنامسألتان (الاولى) هل الاقرار بالزنا الموجب لحد يثبت بشاهدين ام لابد فيه من اربعة . قيل بالاول لان الاربعة انما اعتبرت فى مشاهدة الزنا نفسه والاقرار بالزنا لنفسه ليس نفس الزنا فبقى الباقى على عموم النص على قبول شاهدين (و قيل) بالثانى لتحقق العلة وهى التخفيف والستر(٢) (الثانية) وهى فرع على الاولى (وتقريرها)

---

(١) المستدرك ب٣ خبر١ من ابواب بيع الحيوان .

(٢) اى الحدود مبنية على التخفيف لانها تدرء بالشبهات وقوله والستر اى اقرت وهى مستترة لامتظاهرة بالزنا ولان الله اوجب الستر فى كتابه والستر والتخفيف علة تامة فى وجوب الحد بالاربعة فلايجب الحد بالشاهدين لان الشاهدين علة ناقصة .

ثبوته عليها ، ولوقذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان وورث وعليه الحدّ للوارث ولدفعه باللعان (قيل) ولولاعنه رجل من اهلها فلاميراث ولاحدّ والاقرب ثبوت الميراث ولوماتت

انا اذا قلنا بعدم ثبوت الاقرار بشاهدين فى ثبوت حد الزنا عليها هل يسقط الحدّ عن القاذف ذكر المصنف فيه اشكالا ينشأ (من) دلالة قوله تعالى **و الذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء ، فاجلدوهم ثمانين جلدة (١)** على منع الخلوّ عن حكمه فى حدّ القاذف واربعة شهداء و الثانى منتف هنا فالاول ثابت و هو المطلوب و(من) ان اقرارها مرة يسقط الحد عنه ويثبت بشاهدين بالنسبة الى اسقاط الحد لانه يثبت به المال و موجب القصاص فى النفس ففى اسقاطه اولى لان الحدود مبنية على التخفيف وهوالاقوى فعلى هذا تكون هذه المسألة هى الموضع الرابع من سقوط الحد عن القاذف وعدم وجوبه على المقذوف .

قال قدس الله سره : ولوقذفها فماتت (الى قوله) ثبوت الميراث .

اقول : القذف موجب للحدّ على القاذف ولايسقط مع عدم التصديق والعفو الا باحد امرين (اما) بالبينة (او) باللعان فاذا لاعنها تعلق بلعان الرجل حكمان وهما رفع الحد عنه ووجوب الحد عليها وبلعانها حكم واحد وهوسقوط الحد عنها وبلعانهما احكام اربعة (الاول) الفرقة الدائمة ظاهراً وباطنا (لقوله) صلى الله عليه وآله وسلّم المتلاعنان لايجتمعان ابداً (٢) ولانّه لولاه لكان الفراش باقيا فلاينتفى الولد ولقوله ﷺ الولد للفراش (٣) (الثانى) تأبيد التحريم للحديث (الثالث) انتفاء النسب اذا نفى الولد باللعان (الرابع) نفى الارث بينهما فاذا ماتت المرأة امتنع لعانها وحكمه و بقى عليه الحد فاذا طالبه وارثها كان له دفع الحدّ عنه بلعانه وحده من غيراحتياج الى لعان الوارث اما جواز لعانه فلعموم الآية (ولانه) شهادات للاية و الشهادة لايشترط

---

(١) النور ٢ (٢) سنن ابى داود ج٢ ب فى اللعان لكن اللفظ لسهل بن سعيد فقال فمضت السنة بعد فى المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لايجتمعان ابداً .

(٣) سنن ابى داود ج ١ ب الولد للفراش .

بعداكمال لعانهوقبل لعانها فهو كالموت قبل اللعان فى الميراث ولومات حينئذ ورثته . ولوقذف ولم يلاعن فحدّ ثم قذفها به (قيل) لاحدّ والاقرب ثبوته وكذا الخلاف لوتلاعنا والاقرب سقوطه اما لوقذفها به الاجنبى فانه يحدّ ولوقذفها فاقرّت ثم قذفها به الزوج اوالاجنبى

فيها حيوة المشهود عليه واما باقى احكام اللعان فلا تثبت ، و قال الشيخ فى النهاية اذا قام رجل من اهلها فلاعنه سقط الحد عنه ويسقط ارثه وهو مذهب ابن البراج و ابن حمزة (واحتج) الشيخ - بما رواه ابوبصير، عن الصادق عليه السلام : قال ان قام رجل من اهلها فلاعنه فلا ميراث له وان ابى احد من اوليائها ان يقوم مقامها اخذالميراث زوجها (١) وعن عمرو بن خالد عن زيد بن على عن آبائه عن على عليه السلام فى رجل قذف امرأته ثم خرج وجاء وقد توفيت قال يتخيرواحدة من اثنتين يقال له ان شئت الزمت نفسك الذنب فيقام فيك الحد وتعطى الميراث وان شئت اقررت فلاعنت ادنى قرابتها ولاميراث لك (٢) واجاب والدى المصنف بان الرواية الاولى مقطوعة السند والثانية ضعيفة الرجال لانهم زيدية ولا يلتفت الى ما يروونه ، و قال ابن ادريس هذه الرواية اوردها شيخنا فى نهايته ايراداً لااعتقاداً كما اورد امثالها ولم يوردها غيره من اصحابنا مع ان الشيخ قدلوح بل صرح بالرجوع هنا (لان) علة الميراث بقاء الزوجية الى الوفاة وعلة عدمه بعد ثبوته بها زوالها باللعان قبل الموت ولم يحصل ، والحق عندى انه لالعان بعد موتها لوروده بين الزوجين فيثبت عليه الحدوله الميراث .

قال قدس الله سره : ولوقذف ولم يلاعن (الى قوله) سقوطه .

اقول: هنا مسألتان (الف) لوقذف ولم يلاعن فحدّ ثم قذفها به(ب) اذا تلاعنا ثم قذفها به ذكر الشيخ فى المسألتين قولين (احدهما) فى المبسوط وهو سقوط الحد فى المسألتين (وثانيهما) فى الخلاف يثبت الحق فى الاولى ويسقط فى الثانية اما ثبوته فى الاولى فلوجود القذف وهو مقتض للحد على القاذف ولم يثبت المسقط له وهو الزنا ولااقرارها به وحكمه والحدّ به لايصلح للمانعية لتغاير السببين وترتب المسبب على احد السببين لايمنع

(١) ئلب ١٥ خبر ١ من كتاب اللعان والحديث مقطع صدراً فلاحظ .
(٢) ئلب ١٥ خبر ٢ من كتاب اللعان .

فلاحدّ ولولاعن ونكلت ثمّ قذفها الاجنبى (قيل) لاحدكالبيّنة والاقرب ثبوته ولوشهد اربعة احدهم الزوج حدالجميع على رأى ، ويسقط حد الزوج باللعان (وقيل) بذلك ان اختلت

من ترتب اثر السبب الآخر عليه لتماثل المسببين (ولانه) وجب لهتك الستر والشناع ، (والشياع - خل) وقدحصلا (واما) سقوطه فى الثانية فلان اللعان مساو للبينة والاقرار و النكول فى اسقاط الحد واذا وجدت البينة اوالاقراراوالنكول لم يثبت حدباعادته فكذا فى اللعان (ويحتمل) فى الاولى عدم الحد لظهور كذبه وعدم هتكها به لان غاية الحد الستر للآية (ويحتمل) فى الثانية ثبوته لان اللعان انما اسقط الحدالذى وجب عليها بلعانه ولم يثبت زناها ولااقرّت به ولانكلت فمع هذا القذف الثانى وجد موجب الحد لعموم الآية و اللعان المتقدم لايصلح لاسقاطه لان اللعان انما يسقط حدّ قذف اقتضى ثبوت اللعان وهذا القذف لم يقتض ثبوت اللعان المتقدم لاستحالة تقدم المسبب على السبب والاقوى عندى اختيار المصنف فى المسألتين .

قال قدس الله سره : ولولاعن ونكلت (الى قوله) والاقرب ثبوته .

اقول: وجه القرب انه لم يوجد منها اقرار بالزنا ولاقامت بينة به فلم يزل احصانها فيدخل فى عموم قوله تعالى : **والذين يرمون المحصنات الآية(١)** و كون النكول يلزم ما نكل عن الحلف عليه ظاهراً لايقتضى مساواته للاقرار من كل وجه لانه حكم شرعى اذ المخلص لها عن الدعوى اليمين ولم توجد والالزام بعدم علة الخلاص لالاقرار (ولان) اليمين محذورة والنكول قديكون لحقية المدعى وقديكون للحذر من اليمين والمزيل للاحصان الاول لاالثانى ولادلالة للعام على الخاص فلايلزم من كونه ملزما ظاهراً حقية المدعى وقال الشيخ الطوسى رحمه الله فى الخلاف لاحدّ عليه واختاره فى المبسوط لان النكول كالبينة والبينة مسقطة للحدّ فكذا النكول والصغرى مبيّنة فى كتاب الدعاوى و الكبرى مجمع عليها اذهى مزيلة للاحصان (والجواب) بمنع المساوات من كل وجه فقد ظهر ان مأخذ القولين خروجها عن الاحصان بالنكول وعدمه . والاقوى عندى اختيار المصنف .

قال قدس الله سره : ولوشهد اربعة (الى قوله) والاحدث .

---

(١) النور ٤ .

بعض الشرائط اوسبق الزوج بالقذف والاحدث واذاكان المرئة غير برزة انفذ الحاكم اليها من يستوفي الشهادات عليها فى منزلها ولم يكلفها الخروج وكذا لوكانت حايضا و اللعان فى المسجد ولايشترط حضورهما معافلولاعن فى المسجد وهى على بابه جازواللعان ايمان وليست شهادات فيصح من الاعمى واذا قذف الزوجة وجب الحد الا ان يسقطه باللعان ولايجب اللعان عينا ولايطالبه احد باحدهما الاالزوجة نعم لوارثها المطالبة بالحد بعد موتها .

و لواراد اللعان من غيرمطالبة لم يكن له ذلك ان لم يكن نسب فان طلب نفى النسب (احتمل) ان يلاعن بينهما الحاكم بان يطلب المرأة للعان وعدمه .

اقول: الاول قول الصدوق وابى الصلاح والثانى قول ابن ادريس وابن حمزة وهنا قول ثالث لابن الجنيد انها تقبل شهادة الزوج مع عدم الدخول ولاتقبل معه (احتج) الاولون بان للزوج حقا فى اثبات الزنا لمافيه من التصرف فى حقه وهتك ستره وعرضه فهوالمدعى فلاتقبل شهادته لنفسه (واحتج) الآخرون بانه حق لله تعالى فتقبل شهادته على زوجته والاقوى عندى الاول .

قال قدس الله سره : ولواراد اللعان (الى قوله) وعدمه

اقول: وجه احتمال اللعان انه لابد من طريق الى نفى نسب يلحقه ظاهراً و هو منتف عنه فى نفس الامر ولاطريق الا اللعان فهو غرض مهم يقطع به النسب(ووجه) احتمال عدمه انه حق للمقذوفة فيتوقف على طلبها (ولان) اللعان خلاف الاصل فيقتصر به على محل النص (لايقال) عريم العجلانى جاء الى النبى صلى الله عليه وآله وسلم فقال يارسول الله ارأيت الرجل يجد مع امرأته رجلا ايقتله فيقتلونه امكيف يصنع فقال قد انزل الله فيك مع صاحبتك فأت بها فجاء بها فتلاعنا (١) فطلبها بلاطلبها(لانا نقول) محل النزاع مطالبتها بنفس اللعان والرواية تدل على طلبها الى مجلس الحاكم وهولايدل عليه (لان) الطلب لجواب دعواه عليها فانها لطخت فراشه وعرضت عرضه للهتك فجعل الشارع له الانتقام ، وفى الخبر ايماء اليه وجواب الدعوى اعم من اللعان فانه قد يكون بالاقرار بالزنا واخذ

---

(١) سنن ابى داود (ج٢)ب فى اللعان .

المقصد الرابع فى اللواحق

لوشهدا بقذفه الزوجة وقذفهما لم تقبل للتهمة فان ابرياه ثم اعاداها لم تقبل لانها ردت للتهمة فلاتقبل بعد ولوادعيا قذفهما ثم ابرياه وزالت العداوة ثم شهدا بقذف زوجته قبلت لانهما لم يردا فى هذه الشهادة اولا ولو شهدا ثم ادعيا قذفهما فان اضافا الدعوى الى ماقبل الشهادة بطلت لاعترافهما بانه كان عدواً لهما حين الشهادة وان لم يضيفاها فان كان ذلك قبل الحكم لم يحكم لانه لايحكم شهادة عدوين وان كان بعده لم يبطل ، ولوشهدا انه قذف زوجته وامهما بطلت لانها ردت فى البعض للتهمة ، ولو شهد احدهما انه اقر بالقذف بالعربية والآخر انه اقر بالعجمية اوفى وقتين قبلت ولو شهدا بالقذف بطلت .

ولوولدت توأمين بينهما اقل من ستة اشهر فاستلحق احدهما لحقه الاخر ولا يقبل نفيه ولو نفى احدهما وسكت عن الآخر لحقاه ولوولدت الاول فنفاه باللعان ثم ولدت آخر لاقل من ستة اشهر افتقر الى لعان آخر على اشكال وان اقر بالثانى لحقه وورثه

الانتقام له منها وقد يكون باظهار برائتها بحجة تنظف عرضها عن ذلك واللعان كاليمين على المنكر ولايلزم المنكر بنفس اليمين بل بجواب الدعوى ، والرواية لاتتضمن طلبها لنفى نسب كان يلحق العجلانى ظاهراً فانه لم يذكر ذلك وهو البحث هنا بل ظاهر الرواية يدل على ان طلبها كان بمجرد القذف من غير طلبها وانتم لاتقولون به (والتحقيق) ان طلبها انما كان لتشريع الحكم المبتدأ طلبا او بيانه وجواب الدعوى والرواية ايضاً معارضة باستلزام طلبها مع عدم طلبها الحد فى القذف واللازم باطل (لايقال) يستحق الطلب وهو متوقع منهما فيحتاج الى دفعه (لانا) نقول هذا لايثبت الضرورة وانما يثبت اللعان اذا ادعت الضرورة .

المقصد الرابع فى اللواحق

قال قدس الله سره : ولوولدت توأمين (الى قوله) اشكال .

اقول: قوله (ولو نفى احدهما) المراد به نفى احدهما باللفظ لا باللعان وهذه المسائل مبنية على اصل وهو ان الله تعالى اجرى العادة واستمرت من اول خلق العالم انه

الاوّل وهو لايرث الاول (وهل) يرث من الثانى اشكال ولوكان بينهما ستة اشهر فصاعداً فلكل حكم نفسه فان لاعن عن الاول واستلحق الثانى اوترك نفيه لحقه وان كانت قد بانت باللعان لامكان وطيه بعد وضع الاول ولولا عنه ما قبل وضع الاول فاتت بآخر بعد ستة اشهر لم يلحقه الثانى لانها بانت باللعان وانقضت عدتها بوضع الاول ، ولومات احد التوأمين فله ان يلاعن لنفيهما ، والقذف قد يجب بان يرى امرأته قد زنت فى طهر لم يطأها فيه فانه يلزمه اعتزالها حتى تنقضى العدة فان أتت بولد لستة اشهر من حين

لايتبعّض التوأمان لحوقا وانتفاءاً فانه لن يجتمع ابداً فى الرحم ولد من ماء رجل وولد آخر من ماء آخر وحكم الشارع بانّ الثبوت الى النسب اسرع من الانتفاء للحكم بثبوت النسب بالامكان ولايحكم بانتفائه به ولا بالايمان ولثبوت النسب بالاقرار وبالسكوت المشعر بالاقرار والانتفاء لايحصل الّا بصريح النفى فى الدائم باللعان فيلزم من هاتين القاعدتين تغليب جانب اللّحوق ويتفرّع على هذا الاصل وعلى القاعدة الكلية وهى انّ اقلّ مدة الحمل ستة اشهر ـ انّه اذا استلحق احدهما اونفاه (فاما) ان يستلحق الآخر (او) ينفيه (او) يسكت عنه وعلى كل تقدير (فاما) ان يكون بينهما ستة اشهر اودون ستة اشهر اوازيد من ستة اشهر فالاقسام ثمانية عشر وحكم المذكور فى هذا الكلام الذى اورده والدى المصنف قدس الله سره منها خمس مسائل .

(الاولى) ان يكون بينهما اقل من ستة اشهر ويستلحق احدهما ويسكت عن الاخر فيلحقه الآخر (الثانية) المسألة بحالها وينفى الاخر لايقبل نفيه (الثالثة) نفى احدهما ويسكت عن الآخر يلحق المسكوت عنه بسكوته ولحقه الاخر لامتناع التبعيض وتغليب اللحوق على النفى وقد تقررا فيما تقدم (الرابعة) اذا نفى الاول بعد الولادة باللعان ثم اتت بالثانى لدون ستة اشهر هل يفتقر الى لعان آخر اولا ذكر المصنف فيه اشكالا يحتمل احتياجه لاحتياج نفى الولد الى التصريح بالنفى ولايحكم فيه بالالتزام وهو اختيار الشيخ فى المبسوط (ويحتمل) عدمه لتعذر التبعيض وقد انتفى الاول شرعا وحكم الحاكم به فينتفى الثانى والاقوى عندى الاول لانّ اللعان لايقطع لحوقه وارث الولد منه باقراره بعده فاذا كان كذلك فى الصريح ففى اللازم غالبا اولى فيمكن ان ينكل فيلحقه الثانى ويرث الولد

الزنا ولااكثرمن اقصى من مدة الحمل من وطيه لزمه نفيه ليتخلص من الالحاق المستلزم للتوارث والنظر الى بناته واخواته ولواقرت بالزنا وظن صدقها فالاقرب انه لايجب القذف ولايحل له القذف بدون الرؤية وان شاع ان فلانا يزنى بها واذا عرف انتفاء الحمل لاختلال بعض شرايط الالحاق وجب الانكار ولايحل الانكار للشبهة ولا للظن ولا لمخالفة صفات الولد صفات الواطى ولو شاهد زناها فى حباله جاز له اللعان وان لم يكن له ولد للتشفى ولو غاب عن زوجته سنين فبلغها وفاته فاعتدت وتزوجت واولدها الثانى ثم قدم الاول فسخ النكاح وردّت اليه والاولاد للثانى لا للاول .

منه (الخامسة) اذا اقرّ بالثانى بعد لعانه عن الاول فاقراره به يستلزم اقراره بالاول لعدم التبعيض فيرثه الاول ولايرث هو الاول كما تقدم حكمه ويرثه الثانى قطعا (وهل) يرث هو من الثانى فيه اشكال ينشأ (من) استلزام نفى الاول نفيه وقد انتفى الاول باللعان فينتفى الثانى به فيكون حكمه حكم من لاعن عنه (ومن) ان نفى السبب لابد فيه من التصريح ولااعتبار بالالتزام وهذا هو الاولى عندى وباقى المسائل وفروعها تركناها هنا للاختصار وتجنبا من الاكثار .

قال قدس الله سره: ولو اقرت بالزنا (الى قوله) يزنى بها.

اقول : الاصح عندى انه لا يجب للاصل (و لان) سببه المشاهدة و لم تحصل (ولانه) اما شهادات اوايمان وكل واحد منهما لايجوز الامع العلم بالمشهود عليه او الملحوق به (ومن) حيث ان اقرار العقلاء على انفسهم جائز فهو يفيد الحكم الجازم وكلما كان كذلك وجب قذفها لقطع امتزاج المائين بسبب حمل ربما يتجددوالروايات.

كتاب العتق وتوابعه

(مقدمتان) (الاولى) العتق ازالة الملك عن آدمى حى والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع (اما الكتاب) فقوله تعالى **واذ تقول للذى انعم الله عليه وانعمت عليه (١)** قال المفسرون الذى انعم الله عليه بالاسلام وانعمت عليه بالعتق وقوله تعالى

---

(١) الاحزاب ٣٧

كتاب العتق وتوابعه

وفيه مقاصد (الاول) العتق وفيه فصول

(الاول) فى اركانه ، العتق فيه فضل كثيروثواب جزيل فقد روى انمن اعتق مؤمنا اعتقالله له بكلعضو عضواله من النار واركانه ثلاثة (الاول) المحل و هوكل مملوك مسلم لميتعلق به حق لازم فلاينفذ عتقغيرالمملوك وان اجازه المالك ولوقال ان ملكتك فانتحر لم يكن شيئا ولاينعتق مع ملكه نعم لوجعله نذراً وجب عليه عتقه عند ملكه ويختص الملك باهل الحرب خاصة وباهل الذمة وهم اليهود والنصارى والمجوس

فتحرير رقبة مؤمنة (١) واما السنة فتأتى (واما الاجماع) فلاخلاف فيه (الثانية) يحصل باسباب ثلاثة العتق ـ والملك ـ والاستيلاد وغيرذلك وقدذكر المصنف كلاًفى موضعه .

وفيه مقاصد الاول العتق وفيه فصول

الاول فى اركانه

قال قدس الله سره : العتق فيه فضل (الى قوله) من النار.

اقول: الرواية المشار اليها رواها ابراهيم بن ابى البلاد عن ابيه رفعه قال قال رسول الله ﷺ من اعتق مؤمناً اعتق الله العزيز الجبار بكل عضو عضواً له من النار فان كانت انثى اعتق الله العزيز الجبار بكل عضوين منها عضوا من النار لان المرأة نصف الرجل (٢) والروايات فى ذلك كثيرة وهو من افضل القرب لانه تعالى جعله كفارة القتل و الوطى فى رمضان وجعله النبى ﷺ فكاكا للمعتق من النار ـ وقال النبى ﷺ ايمارجل اعتق رجلا مسلماكان فكاكه من النار الحديث (٣) ولانه تخليص الادمى المعصوم من ضرر الرق ويملكه منافعه ويكمل احكامه .

---

(١) النساء ٩٢　(٢) ئل ب٣ خبر١ من كتاب العتق .

(٣) سنن ابى داود (ج٣) ب اى الرقاب افضل

اذا اخلوا بشرائط الذمة ثم يسرى الرق فى اعقابهم وان أسلموا ولافرق بين سبى المؤمنين والكفار ويجوز شراء ولدالحربى و بنته وزوجته وامه وغيرهم منه اذهم فىء فى الحقيقة وكل من جهلت حريته اذا اقر بالرق حكم عليه مع بلوغه ورشده وكذا الملتقط فى دار الحرب اذالم يكن فيها مسلم.

ولايصح عتق الكافر مطلقا (وقيل) يجوز (ان كان ـ خ) مع النذر (وقيل) مطلقا ،

وار كانه ثلاثة الاول المحل

قال قدس الله سره : ولايصح عتق الكافر (الى قوله) مطلقا .

اقول: للاصحاب فى عتق العبد الكافر اقوال اربعة (الاول) انه لايقع وهو مذهب المرتضى وسلار وابن ادريس، واختاره الشيخ فى كتابى الاخبار واختاره المصنف هنا وقال ابو الصلاح لايجوز عتق الكافر وقال ابن الجنيد لايجوز للمسلم ان يعتق مشركا (الثانى) انه يقع مطلقا وهو اختيار الشيخ فى المبسوط والخلاف (الثالث) انه يقع مع النذر لابدونه وهو اختياره فى النهاية (الرابع) التوقف وهو قول والدى فى المختلف والاقوى عندى اختيار المرتضى لقوله تعالى **ولاتيمموا الخبيث منه تنفقون (١)** وجه الاستدلال ان المملوك مال وعتقه انفاق فى سبيل الله فاذا كان كافراً كان خبيثا فيدخل فى عموم الآية وقولهم عليهم السلام لاعتق الا من اريد به وجه الله تعالى (٢) (احتج) المجوزون بما رواه الحسن بن صالح ، عن الصادق عليه السلام ان عليا عليه السلام اعتق عبدا له نصرانيا واسلم حين اعتقه (٣) (اجيب) ان سلّم السند لانسلم الدلالة لجواز انه عليه السلام علم انه ان اعتقه اسلم (وفيه نظر) اذالشرط متقدم (واحتج) القائلون بصحته مع النذر بما رواه سيف بن عميرة عن الصادق عليه السلام قال سألته أيجوز للمسلم ان يعتق مملوكا مشركا قال لا (٤) ووجه الجمع بين هذه الرواية والاولى حمل الاولى على النذر وهذه على عدمه .

---

(١) البقرة ٢٦٩ (٢) ١لب ٣ خبر ١ من كتاب العتق .
(٣) ١لب ١٧ خبر ٢ من كتاب العتق .
(٤) ١لب ١٧ خبر ٥ من كتاب العتق

ويصح عتق ولد الزنا اذا كان مسلما على رأى والمخالف دون الناصب ، وهل يصح عتق الجانى الاقرب ذلك ان كانت خطأ و ادى المال او ضمنه مع رضاه و الا فلا ولا يشترط

قال قدس الله سره: ويصح عتق ولد الزنا اذا كان مسلما على رأى.

اقول : سوغ الشيخ عتق ولد الزنا واختاره ابن حمزة ، وقال ابن الجنيد لا يجوز للرجل المسلم ان يعتق ولد الزنا وقال ابن ادريس لا يصح و الحق الاول لعموم الامر بالاعتاق ، ومارواه سعيد بن يسار ، عن الصادق عليه السلام قال لا باس بان يعتق ولد الزنا (١) (احتج) ابن ادريس بان ولد الزنا كافر وكل كافر لا يصح عتقه اما الصغرى فلانه لا ينجب لقوله عليه السلام ولد الزنا لا ينجب (٢) وكل مؤمن ينجب لقوله تعالى **قد افلح المؤمنون** واما الكبرى فلقولهم عليهم السلام لا عتق الا من اريد به وجه الله تعالى (والجواب) منع الصغرى وكلية الكبرى فى الاول وانحاد الوسط (فى الثانى - خ) .

قال قدس الله سره : وهل يصح عتق الجانى (الى قوله) والا فلا.

اقول: فى عتق الجانى اقوال ثلاثة (الاول) ان كان عمداً نفذ العتق لان القود لا يبطل بالتحرير وان كان خطأ لا ينفذ لتعلقه برقبته كالرهن وهو قول الشيخ فى المبسوط وقال ابن ادريس يمكن القول به والاعتماد عليه (الثانى) قول الشيخ فى النهاية و هو انه اذا قتل عبد حراً خطأ جاز عتقه ولزمه دية المقتول لانه عاقلته و اختاره المصنف فى المختلف و استدل عليه بان العبد اذا جنى خطاء كان الخيار الى مولاه ان شاء فداه و ان شاء سلمه الى اولياء المقتول ليسترقوه فاذا باشر عتقه فقد باشر اتلافه فكان عليه ضمان ما تعلق به ويؤيد ذلك ما رواه جابر عن الباقر عليه السلام قال قضى امير المؤمنين عليه السلام فى عبد قتل حراً خطأ فاما قتله اعتقه مولاه قال فاجاز عتقه وضمنه الدية (٣) والشيخ عنى بالعاقلة هنا الضامن لا المعنى المتعارف (الثالث) قول المصنف هنا وكلامه يحتمل وجهين (الف) انه اذا كانت الجناية خطأ وعد المولى المال وهو دية الجناية او الاقل منها ومن قيمة العبد

(١) ثلب ١٤ خبر ١ من كتاب العتق

(٢) لم نعثر عليه بهذا اللفظ نعم قد ورد انه لا يفلح الى سبعة آباء

(٣) ثلب ١٠ خبر ١ من ابواب ديات النفس

التعيين على رأى ، فلوقال احد عبيدى حر صح وعين من شاء ولا يجوز العدول والاقرب

على اختلاف القولين ورضى ولي الدم ثم اعتق العبد صح وان كانت عمداً ولم يرض المال اولا ولم يضمن في الخطاء لم يصح لكن في هذا الوجه نظر لانه مع سبق اداء المال او الضمان على العتق ورضى الولى يصح العتق اتفاقا فلا معنى لقوله الاقرب ذلك (ب) انه اذا كانت الجناية خطاء وقع العتق مراعى فان ادى المالك المال اوضمنه ورضى به مستحق الجناية ظهر صحة العتق لوجود المقتضى وعدم المانع وان تعذر الاداء لموته معسراً او كانت الجناية عمداً بطل لتعلق حق الغير به وهو استرقاقه في العمد مطلقا وفي الخطاء مع عدم الفداء وهو ينافي العتق كالرهن وثبوت احد المتنافيين يمنع الاخر والى هذين الحكمين اشار بقوله (والافلا) وانما قال المصنف (الاقرب ذلك) نظراً الى فائدتين (احديهما) النظر الى قول من صحح العتق في العمد بمجرد العتق مستدلا بان العتق لا يمنع القود لان حق ولى الدم ليس القود خاصة بل هو مخير بين القود والاسترقاق و العتق يمنع الثاني و ابطله في الخطأ مطلقا من غير تفصيل وقول من صححه في الخطاء والزمه الضمان للارش بمجرد العتق من غير توقف على ضمانه (الثانية) في وقوع العتق مراعى واختيار وقوعه لما تقدم ويحتمل بطلان العتق لانه لا يقع موقوفا (ولان) الصيغة حال وجودها لم تؤثر فبعد عدمها اولى والاقوى عندى ان الجناية ان كانت عمداً لا يصح العتق الا باذن ولى الدم وان كانت خطأ فكذلك الا اذا ادى المالك المال اولا اوضمن كذلك .

قال قدس الله سره : ولا يشترط التعيين على رأى .

اقول : هذه المسئلة ذكرها الاصوليون ، و اختلفوا فيها و اختلف الفقهاء تبعا لهم فقال الشيخ في المبسوط وابن حمزه وجماعة لا يشترط التعيين ويصح العتق من غير تعيين لان الابهام واقع في الشرع والا لبطل عتق المريض لعدة عبيد وزاد الكل على الثلث و لم يجز الورثة فاذن لا ينافي العتق فلو شرط عدمه فيه نافاه و لعموم قوله **فتحرير رقبة مؤمنة (١)** وعموم ادلة العتق (احتج) المانعون بان العتق امر معين فلا بد له من محل معين وعندى في هذه المسألة توقف .

قال قدس الله سره : فلوقال احد عبيدى حر (الى قوله) او بيعه .

(١) النساء -٩٢ .

وجوب الانفاق على الجميع والمنع من استخدام احدهم او بيعه قبله ، ولو مات ولم يعين عيّن الوارث (وقيل) يقرع ولو عين ثم اشتبه اخر حتى يذكره ويعمل بقوله فان ادعى بعض المماليك انه المقصود دون من عيّنه فالقول قول المالك مع اليمين ولو عدل عن المعين لم يقبل في المنسي وحكم بعتقهما وان لم يذكر لم يقرع الا بعد موته لرجاء تذكره الا ان يدّعي الوارث العلم فيعمل بقوله مع اليمين لو نازعه غيره فان نكل قضى عليه ولو صدّق احد الوارثين احد المدعيين للتعيين والاخر الآخر حكم بعتق حصة كل منهما فيمن صدقه .

الركن الثاني المعتق

وشرطه البلوغ والعقل والاختيار والقصد ونية التقرب الى الله سبحانه وتعالى

اقول: هنا مسائل ثلاث (الف) وجوب الانفاق على الجميع لثبوته قبل العتق فكذا بعده لاصالة البقاء ولان المزيل العتق ولم يتحقق بالنسبة الى كل واحد واحد ويحتمل العدم (لانه) مستلزم لوجوب الانفاق على الحر بسبب الملك واللازم منتف فينتفي الملزوم (واقول) مبنى هذه المسألة على ان الواقع هل هو العتق في الحال والتعيين كاشف او سبب يصلح للتأثير عند التعيين (فعلى الثاني) الكل رق قبل التعيين فتجب النفقة على الكل (وعلى الاول) الاقوى انه لا يجب لما تقدم (ويحتمل) الوجوب لانه منعه عن منافعه لعدم التعيين فكانت النفقة عليه (ب) المنع من استخدام احدهم لانه يحرم استخدام الحر وهو مشتبه واذا اشتبه المحرم بالمحلل اجتنبا وهو مبنى ايضا على القاعدة المذكورة (فعلى القول) بعدم وقوع العتق قبل التعيين يجوز استخدام الكل و على وقوع العتق بالايقاع يحرم الاستخدام (ج) هل يجوز بيع احدهم يحتمل العدم لجواز أن يكون هو المعتق و يحتمل الجواز لان التعيين للحرية والرقية باختياره فاذا عيّن واحداً للبيع كانه عينه للرقية وحصر الحرية في غيره فيجوز والمبنى القاعدة المذكورة .

قال قدس الله سره : ولو مات ولم يعين عين الوارث وقيل يقرع.

اقول: الثاني قول الشيخ ومبنى القولين القاعدة المذكورة .

وجواز التصرف فلا ينفذ عتق الصبى و ان بلغ عشراً على رأى ولاعتق المجنون المطبق ولاغيره الاوقت افاقته ولاعتق المكره ولاالغافل والساهى والنائم والسكران والمغمى عليه ، ولاعتق الكافرعلى رأى لتعذّر نية التقرب منه وان كان مرتداً ولاعتق المحجور-

الركن الثانى المعتق

قال قدس الله سره : ولاينفذ عتق الصبى وان بلغ عشرا على رأى .

اقول: هذا اختيار اكثر الاصحاب وخالف فى ذلك الشيخ فى النهاية فانه قال اذا اتى على الغلام عشرسنين جاز عتقه وصدقته اذاكان على جهة المعروف وقد حقق فى موضعه (واعلم) ان بعض اصحاب الحديث ذهب الى ان بلوغ الصبى بعشرسنين فعلى هذا القول يظهر تقريب المسألة .

قال قدس الله سره : ولاعتق الكافر على رأى لتعذر نية القربة فى حقه

اقول: اختلف الاصحاب فى صحة صدور العتق من الكافر سواء كان لمسلم اولكافر فقال بعضهم لايصح واختاره ابن ادريس لانه عبادة شرعية وشرط صحة العبادات الشرعية اسلام فاعلها و لانه قربة وكل قربة مشروطة بالنية وكلما هو مشروط بالنية لايصح من الكافر والمقدمات باسرها بينة (ولان) العتق تبرعا ملزوم للولاء ولايثبت ولاء الكافر على المسلم (اما الصغرى) فلقوله عليه الصلوة والسلام الولاء لمن اعتق(١) (واما الكبرى) فلانه سبيل وقال تعالى **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (٢)** وقال تعالى **والمؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض (٣)** دل بمفهومه على انه لاولاية للكافر على المسلم و انتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فلا يصح عتقه (والجواب) ان الكفر هنا مانع من الارث لامن مطلق الولاء كالعقل وذلك كالنسب ودليل الخطاب ليس بحجة (بصحيح - خ ل) عند الاكثر، وقال بعضهم يصح وهواختيار الشيخ فى المبسوط لانه ازالة ملك وفكه وملك الكافر اضعف من ملك المسلم فهواولى بقبول الزوال ونمنع

(١) **ئل** ب ٣٧ خبر ١ من كتاب العتق (٢) النساء ١٤٠ .
(٣) **التوبة** ٧١

-عليه لسفه اوفلس ولاغير المالك ملكا تاما كالموقوف عليه والراهن ، والمريض المستلزم نفوذ عتقه في جزء مما التصرف في اكثر من الثلث على اشكال (ينشأ) من انه كالاتلاف ونقص السوق وثبوت (وتفويت - خل) مال له فلا يبطل تصرفه في ثلثه (ومن) وجود المقتضى

كونه قربة مطلقا بل هو فك تارة وتارة قربة (واعلم) ان المصنف قال في المختلف ان كان الكفر باعتبار جهله بالله تعالى وشرطنا في المشروط بنية القربة معرفة الله تعالى من غير اكتفاء بالتقليد فالوجه اختيار ابن ادريس وان كان الكفر لا بهذا الاعتبار بل باعتبار جحد النبوة او بعض اصول الاسلام كالصلوة اوقلنا بالاكتفاء في القصد بالتقليد صح (واقول) ان المدعي يقر على دينه فاذا صح عنده العتق حكمنا به .

قال قدس الله سره : والمريض (الى قوله) على الثلث فيه .

اقول: استخرج المصنف قدس الله سره مسائل لم يسبقه اليها احد من العلماء و فرع على احدها هذا الفرع وعلى غيرها فروعا متقدمة وهي ثلاث مسائل (الاولى) انه اذا استلزم تصرف المريض في جزء مما من ماله نقصان قيمة المال ما تصرف فيه وما بقي بحيث يزيد على الثلث وان بطل تصرفه بالكلية عادت قيمته كما كانت ولم تنقص شيئا هل يعد ذلك تصرفا لحصوله به ولاسبب له غيره فيتعلق به الحجر ويبطل ما يستلزمه او يستدرك بضمانه وباحتساب نقص ما نفذ التصرف فيه من الثلث من كسب يحصله العبد فيما بعد او تجدد مال او اتلاف يهدر كما لو اوصى بعتق عبد من ثلثه كل الثلث ثم قتل آخر فانه يهدر المقتول ويعتبر الوصية من ثلث العبدين الباقيين لان نفعه لا يعود على الموصى له (الثانية) اذا لم يصح افراد جزء منه لا عيناً ولا قيمة كما لو وقف دكانا ضيقا لكله قيمة ولا قيمة لجزئه اصلا المشاع والمعين ولا بقائه وصحة الوقف في ثلثه وتملك الورثة ثلثيه لانه لا قيمة للاجزاء فرضا فهنا يبطل التصرف قطعا (الثالثة) اذا نذر انه اذا اعتق جزء من عبد عتق الكل في حال عدم الحجر ثم مرض واعتق هذا العبد فهيهنا عتق كله وجزئه متلازمان واشباه هذا كثيرة كما لو نذر في حال الصحة انه ان تصدق على الفقير بجزء من هذا العبد او المال تصدق عليه او على غيره بكله .

ويتفرع على المسألة الاولى ماذكر هيهنا - وهو مريض له عبد قيمته ثلاثون لا يملك

لبطلان العتق فيمازاد على الثلث فيه ، فلوكانت قيمته ثلاثين ورجع بالتشقيص كل جزء الى ثلث قيمته ثم كسب ثلاثين قبل الموت فعلى الثانى يصح العتق فى شيء و له من كسبه ثلاثة اشياء وللورثة ستةاشياء لان المعتق منه فى تقدير ثلاثة اشياء من قيمته الاولى لان العبد يحسب عليه نقصان الجزء لانه لمنفعته فكان كالواصل اليه ولايحسب على الورثة نقصان جزئهم لعدم وصوله اليهم فالعبد وكسبه فى تقدير عشرة اشياء فالشيء اربعة

سواء اعتقه واستلزم نفوذ العتق فى جزء منه نقصان شيء قيمته الكل وكل جزء بحيث تبقى قيمة عشره عندالتقويم وقيمة كل ثلث ثلثة وثلث وان بطل العتق بالكلية عادت قيمة كل ثلث الى عشرة والكل الى ثلاثين ذكر المصنف فيه احتمالين (الاول) صحة العتق فى ثلثة لوجود مال المريض وعموم قوله عليه السلام المريض محجور عليه الا فى ثلث ماله (١) والاستثناء من الاثبات نفى ، ونفى الحجر يستلزم جواز التصرف فى الثلث وكل مريض له مال تصرف فيه يمضى فى ثلثه والناقص من القيمة معدوم حقيقة وحكما فصارت كالاتلاف ونقص قيمة السوق (الثانى) بطلان العتق لبطلان لازمه لانه كلما استلزم وجه الصحة وجه البطلان بطل وجه الصحة ايضا لاستحالة بطلان اللازم وصحة الملزوم .

قال قدس الله سره : فلو كانت قيمته ثلاثين (الى قوله) و تتمته .

اقول: هذا فرع على المسألة الاولى التى فرض فيها استلزام تصرف المريض فى جزء منه لنقص اكثر من ثلث التركة كمالو فرض فى عبد قيمته ثلاثون فنقص بالتشقيص بالعتق ورجع قيمته الى عشرة . فذكر اولا ان فيه احتمالين (الاول) الصحة وفرض الفائت تالفا اوكنقص السوق يهدر كما تقرر (والثانى) فى البطلان لما تقدم لكنه تصرف فى المرض ولايحكم بالصحة والبطلان الا بعد وفاة الموصى ولم يتجدد له مال فلو تجدد له مال فى حال حيوته بعد الوصية بحيث يخرج عن الفرض المذكور وتزيد تركته ولايستلزم التصرف فى جزء ماتفويت اكثر من الثلث على الورثة فانتفى سبب البطلان وحكم بالصحة وفرض المصنف حصول الزيادة بسبب كسب العبد المعتق فى حال حيوة مولاه وفرض انه كسب ثلاثين هى قدر قيمته الاولى فعلى كلا الاحتمالين هنا يصح العتق فى شيء قطعا.

(فالبحث) هنا يقع فى مقامين (الاول) حكم المسألة على الاحتمال الاول فى

(١) تقدم مراداً انه مضمون الاخبار ولم نعثر عليه بلفظه .

(ويحتمل) أن يقال عتق منه شيء وله من كسبه شيء وللورثة ستة اشياء فالعبد وكسبه في تقدير ثمانية اشياء فالشيء خمسة لانه يؤخذ من حصته من الكسب مافوّت على الورثة من نصيبهم بالتشقيص وهو شيئان فينبغي ان يكون للورثة من نفسه (رقبته - خ ل) و ضمان التفويت وكسبه مثلاما انعتق خاصة وهو كذلك هنا لانه قد انعتق منه خمسة وهي في تقدير خمسة عشر وفوّت عليهم عشرة من نصيبهم من رقبته فحصل لهم خمسة من نفسه وخمسة

المسألة الاولى على ماذكره المصنف على الاصل من صحة العتق وفرض الفائت كالتالف باتلاف المريض و نقص السوق فيهدر و هذا الثاني جعلته انافي اول المسائل الثلاث التي استهل اولا وعلى هذا الاحتمال يكون بمنزلة مريض اعتق عبداً يساوي عشرة وكسب ثلاثة امثاله فتدور المسألة اذا الكسب تابع وكلما عتق منه ملك من كسبه بقدره وليس للورثة في مقابلة ماملك بالكسب شيء لانه ملك بما فيه من الحرية ابتداءً لاعطية من الميت وكلما رق منه شيء فللورثة بقدره من كسبه يحسب عليهم من التركة فلا يعلم كمية قدر المعتق الا مع علم كمية التركه الا مع معرفة قدر مايحصل للورثة من الكسب فلا يعلم ذلك الا مع معرفة قدر كمية المعتق وكمية قدر المسترق منه وهذا هو الدور المذكور في المسائل الدورية في الجبر والمقابلة (وايضا) بحصول الكسب تزيد التركة وهو يستلزم حصول عتق جزء و استحقاقه مقابله من الكسب و هو مستلزم لنقص التركة المستلزم لنقصهما ونقصهما يستلزم زيادة التركة المستلزم لزيادتهما المستلزم لنقصانهما وهكذا وهذا تسميه الفقهاء دوراً لاستلزامه الدور بالمعنى الاول.

(وطريق) التخلّص من الدور ومعرفة قدر ما يعتق وما يحصل له من الكسب (ان تقول) عتق من شيء وله ثلاثة اشياء من كسبه (لانّ) كسبه ثلاثة امثال قيمته ، وللورثة شيآن فالعبد وكسبه في تقدير ستّة اشياء ، فالشيء ستّة وثلثان فيعتق منه ستّة وثلثان وهي ثلثاه وله من كسبه ثلاثة اشياء عشرون وهي ثلثا كسبه ، وللورثة شيآن ثلاثة عشر وثلث وذلك ضعف ماانعتق منه (الثاني) حكم المسألة على الاحتمال الثاني الذي ذكره المصنف ثانيا وهو احتمال البطلان على تقدير عدم الكسب وهو الذي ذكرته في المسألة الاولى من المسائل الثلاث التي استّتها اوّلا احتمالا (فنقول) على هذا الاحتمال يصحّ العتق في جزء هنا لوجود

عشر من كسبه وعشرة مما فوت (ويحتمل) ضعيفا ان يجبر جميع النقص من كسبه لانه بتفويته وبعضه عبدو الناقص عشرون فيجبرها من كسبه فيصير الكسب في تقدير عشرة هي ثلث القيمة (فنقول) عتق منه شيء وله من كسبه ثلث شيء وللورثة شيئان فالعبد والكسب في تقدير ثلاثة اشياء وثلث فالشيء اثناعشر فيعتق كله ويأخذ دينارين تتمة الشيء الذي له من نفسه وله من كسبه ثلث شيء (هو- خ) اربعة فيبقى للورثة اربعة وعشرون هي ضعف ما انعتق وتتمته .

المقتضى وهو العتق وارتفاع المانع اذ ليس الا استلزام وجه الصحة لوجه البطلان وقد انتفى هذا اللزوم لوجود مال للمريض غير العبد فيجب ان يحسب على العبد ما نقص عن قيمة ما نفذ من العتق واصلا اليه (لان) النقص لمنفعته بخلاف الورثة اذ نقص جزئهم نقص عليهم (فنقول) عتق منه شيء وله من كسبه ثلاثة اشياء وللورثة ستة اشياء في مقابلة ما انعتق منه الآن وما نقص من قيمته الجزء الذي تحرر ، فالعبد والكسب في تقدير عشرة اشياء فالشيء اربعة وهي بالنسبة الى قيمته خمسان وله من كسبه اثناعشر وللورثة اربعة وعشرون من نفسه ستة ومن كسبه ثمانية عشر ، وهذا الاحتمال مبني على ان ما نقص من قيمة الجزء يفرض كالموجود في احتسابه عليه وفي تبعيته مقابله من الكسب .

(ويحتمل) ان يحسب عليه ولا يتبعه شيء من الكسب لانه معدوم (فنقول) على هذا الاحتمال يعتق منه شيء وله من كسبه شيء ، وللورثة ستة اشياء في مقابلة ما انعتق منه فالعبد وكسبه في تقدير ثمانية اشياء فالشيء خمسة فيعتق منه خمسة وله من كسبه شيء خمسة وللورثة ثلاثون لان الشيء الذي انعتق منه في تقدير خمسة عشر (بقي احتمال آخر) وهو ان يضمن العبد في كسبه جميع نقص قيمته ويضم الى قيمته النقص من الكسب فالمجموع هو العبد (لانه) لنفعه فيضم اليه عشرون دينارا وبقي من الكسب عشرة فنفرض هي الكسب فيقال عتق منه شيء وله من كسبه ثلث شيء وللورثة شيآن (بازاء ما عتق - خ) فيكون العبد و كسبه في تقدير ثلاثة اشياء وثلث شيء فيبسط من جنس الكسر فيكون العبد وكسبه في تقدير عشرة والشيء اربعة فهو اثنى عشر فيعتق كله وله من كسبه تمام قيمته ديناران وله من كسبه اربعة بالتبعية يبقى اربعة وعشرون من الكسب للورثة وهذا الاحتمال ضعيف

وعلى الاول يحتمل ان يجبر من كسبه مافوته بالعتق فيجيىء ماسبق من الاحتمالات وعدمه فيكون بمنزلة عبد كسب ثلاثة امثال قيمته ،ولو اجاز بعض الورثة مضى العتق فى حقه

(لان) عتق كل جزء يستلزم ملكه لمقابله من الكسب فلو عتق كله ملك كسبه كله (لان) هذا عتق سابق ظهر لا متجدد (ولان) نفوذ العتق فى الرقبة و شيء من المال يكون له حكم لم يوجد فى الشرع فهذا الاحتمال عندى لا اعتبار به والاقوى عندى هو الوجه الثانى وهوان يجعل هو وكسبه فى تقدير ثمانية اشياء .

قال قدس الله سره : وعلى الاول يحتمل (الى قوله) ثلاثة امثال قيمته.

اقول : قوله وعلى الاول ، اى على الاحتمال الاول الذى جعله المصنف اولا وهو صحة العتق على تقدير عدم الكسب وفرض الفائت بالعتق كالتالف والناقص بالسوق (واعلم) انه لما بين حكم المسألة مع حصول الكسب على الاحتمال الثانى الذى ذكره وهو بطلان العتق على تقدير عدم حصول الكسب اراد هنا ان يبين حكم هذه المسئلة على الاحتمال الاول و هو صحة العتق على تقدير عدم الكسب و قد ذكرنا حكمه فيما مضى وهو الحق وذكر المصنف هنا احتمالين فيه (احدهما) انه يجبر النقصان من الكسب (لانا) انما لم نجبره حال عدم الكسب للضرورة وهنا قد زالت بوجود مال وهذا ضعيف جدا (لانا) فرضنا النصف على النقص كالتالف فلا يجبر (وثانيهما) عدمه اى عدم الجبر وهذا هو الصحيح وعلى الجبر يتأتى ماذكر من الاحتمالات الثلاثة (الاول) ان نفرض نقص الجزء الذى نفذ فيه العتق موجوداً بالنسبة الى احتسابه على العبد لانه لنفعه وبالنسبة الى استحقاقه به مقابله من الربح وهو ما فرض فيه العبد والكسب عشرة اشياء (الثانى) نفرض موجوداً بالنسبة الى احتسابه عليه لااستحقاقه به شيئاً من الكسب وهو مافرض فيه العبد وكسبه فى تقدير ثمانية اشياء (الثالث) ان يجبر جميع النقص من الكسب ويضم الى العبد ويفرض الكسب الباقى منه بعدم ضم مانقص منه الى قيمته الآن وهو مافرض فيه العبد وكسبه فى تقدير ثلاثة اشياء وثلث (ووجه)كل واحد ظاهر لكن الاقوى ما ذكرناه نحن وهو عدم الجبر على احتمال صحة العتق مع عدم الكسب بالكلية.

قال قدس الله سره : ولو اجاز بعض الورثة (الى قوله) لم يجب النقص

من الاصل وفي حق باقي الورثة من الثلث والنقصان كالتالف قطعا فيصح العتق وان لم يكن سواه من الثلث في حق غيره ولو كان كسب اوله مال غيره لم يجبر النقص ، ويصح عتق مكاتبه ومدبّره وام ولده ، وليس لولي الطفل العتق عنه الا مع المصلحة كما في الكبير العاجز مع عدم رغبة المشتري تفصّيا من النفقة ، ولو اعتق مملوك ولده الصغير بعد التقويم صح ولا يصح قبله ولا مملوك الكبير بعده .

ولو اعتق مملوكه عن غيره باذنه وقع عن الآمر (وهل) ينتقل اليه عند الامر المقارن

اقول: كلما كان النقصان يحصل بتصرف غير المريض ولو فرض تصرف المريض مقصوداً حصل النقص بتمامه من تصرف ذلك الغير فان النقص كالتالف قطعا ولا يحسب من الثلث لانه يحصل مع عدم تصرف المريض ، ولا شيء من معلول تصرف المريض كذلك قطعا (لان) من حكم العلة انها اذا فرضت معدومة عدم المعلول كما لو كان له شريك و اعتق حصته فحصل نقص بسبب عتق الشريك فانه يكون كالتالف وهذا حكم سيار في كل شيء فاذا اجاز بعض الورثة العتق كان بمنزلة عتق الشريك فيصح العتق من الثلث وان لم يكن سواه ومامن صورة يحصل صحة تصرف المريض المعتبر من الثلث بنقصان التركة كما يحصل صحة التصرف بزيادتها الافي هذه الصورة لاغير ، ولو جنى المريض على العبد المستوعب الذي اعتقه في مرضه وهو يساوي ثلاثين فصار بالجناية يساوي عشرة ويعتق اي جزء كان ينقص قيمته الى عشرة ايضا و مع اجتماعهما يساوي العشرة ايضاً صح العتق من الثلث ولم يضمنه المريض (لان) تضمينه ينفي العتق وهو يستلزم نفي الضمان فيلزم من ثبوت الضمان نفيه ويصح عتقه بهذه الجناية وما معناه مثلها من الصور آت بجناية المريض جناية تنقص التركة تصح تصرفه ويتفرع على صحة تصرفه بعتق الشريك واجازة بعض الورثة وفرض النقص كالتالف انه لو كان كسب اوكان له مال غير ذلك لم يجبر النقص منه .

قال قدس الله سره : ولو اعتق مملوكه عن غيره (الى قوله) كالمضغ .

اقول : هنا مسائل (الاولى) اذا اعتق عبده عن غيره باذنه (هل) يصح عن الآمر ام لا قال ابن ادريس لا ـ لانتفاء شرط وقوع المعتق عنه وهو الملك لقوله ﷺ لا عتق

للفعل ليتحقق العتق في الملك الاقرب ذلك (لانه) باول جزء من الايقاع ملكه اياه كالمضغ

قبل ملك ولا طلاق قبل نكاح (١) وذلك الغير لم يملك لانه لم يحصل سبب ناقل اذ ليس الا العتق وهو فك لا نقل قال ويصح عن المباشر والاصح الصحة عن الآمر وهو اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف (الثانية) ان الآمر ينتقل اليه الملك قبل ان ينعتق (ودليلنا) في المسألتين ما رواه الشيخ في الصحيح عن بريد بن معاوية العجلي عن الباقر عليه السلام قال سألته عن رجل كان عليه عتق رقبة فمات من قبل ان يعتق فانطلق ابنه فابتاع رجلا من كسبه فاعتقه عن أبيه وان المعتق اصاب بعد ذلك مالا ثم مات وتركه لمن تكون تركته قال فقال ان كانت الرقبة التي كانت على ابيه في ظهار اوشكر واوجب عليه فان المعتق سائبة لا سبيل لاحد عليه (الى قوله) وان كانت الرقبة التي على ابيه تطوعا و قد كان ابوه امره ان يعتق عنه نسمة فان ولاء المعتق هو ميراث لجميع ولد الميت من الرجال . قال ويكون الذي اشتراه فاعتقه بامر ابيه كواحد من الورثة اذا لم يكن للمعتق قرابة من المسلمين احرار يرثونه : قال فان كان ابنه الذي اشترى الرقبة فاعتقها عن ابيه من ماله بعد موت ابيه تطوعا منه من غير ان يكون قد أمره ابوه بذلك فان ولائه وميراثه للذي اشتراه من ماله واعتقه عن ابيه اذا لم يكن للمعتق وارث من قرابته (٢) اذا عرفت ذلك (فنقول) كلما كان ولائه للآمر كان قد انتقل اليه ملكه و صح عتقه عنه لكن المقدم حق بهذه الرواية فالتالي مثله والملازمة ظاهرة (الثالثة) متى يملك الآمر ؟ اختلف العلماء فيه فقيل بالامر ويكشف عن ذلك عتقه فالسبب الامر ولعتق كاشف عن ملكه بالامر وسبب في عتقه عنه بالاذن فانه بالامر موكل في العتق وقيل بالعتق فانه سبب لملك الآمر اولا ثم للتحرير ثانيا (ورد الاول) بانه لا يعقل تملك الانسان ملك غيره بمجرد لفظ صدر منه (والثاني) بانه لا يصدر المتنافيان عن واحد ولان العتق وضع لازالة الملك لا لنقله و الاصح عندي اختيار المصنف انه باول جزء من اللفظ الموجب للعتق ينتقل الملك الى الآمر ثم بكل اللفظ يتحرر العبد فكان الجزء علة لشرط العتق وهو ملك الآمر

(١) ف ل ب ٥ خبر ١ من كتاب العتق .
(٢) ف ل ب ٤٠ خبر ٢ من كتاب العتق .

واتلفه بالعتق نيابة عنه ، فلوكان المعتق اباً للامرصح عتقه في الكفارة على اشكال .

والكل سبب لزوال ملكه عنه بالاعتاق وقوله كالمضغ اشارة الى مسألة هي ان نثار العرس والطعام الذى يحضره الانسان لآخر ويأمره باكله فانه يملك ذلك بالمضغ فاول جزء من العتق كالمضغ هنا .

قال قدس الله سره : واتلفه بالعتق نيابة عنه .

اقول: هذا جواب عن سؤال يوردهنا (وتقريره) ان نقول ثبوت ملكه يستلزم عدمه وكلما يستلزم ثبوته عدمه فثبوته محال (اما الاولى) فلان ملكه يستلزم عدم انعتاقه لان عتقه اما بوكالة منه اولا (والاول) محال لانه قد يكون وكله في عتق عبد غيره فلا يصح ملكه لان الوكالة معلقة حينئذ (والثانى) محال لان العتق لا يقف على الاجازة ويبطل اذا وقع في ملك الغير قبل اذنه وبطلان عتقه يستلزم عدم ملكه قطعا (والجواب) ان عتقه باذنه والاذن هنا يصح لان الملك مستلزم للعتق والاذن يصح ايقافه على شرط .

قال قدس الله سره: فلو كان المعتق ابا للآمر صح عتقه في الكفارة على اشكال

اقول: يحتمل عدم الاجزاء لانه اما ان يكون قد ملكه قبل انعتاقه اولا وايا ما كان يلزم عدم الاجزاء (اما على الاول) فلان ملكه يستلزم عتقه قهراً بالنسب لا اختياراً فلا يصح عتقه عن الكفارة (واما على الثانى) فلا يصح العتق فضلا عن العتق في الكفارة لانه لا عتق الا في ملك (ولان) شرط العتق النية ولا يمكن تحققها لانها بعد تحقق الملك اذ قبل الملك لا تصح نية العتق ويكون قبل تحقق العتق فيكون بينهما وهذا محال لانه لا فصل بينهما يتحقق فيه النية (ويحتمل) الاجزاء لان الموجب للعتق هنا الصيغة التى وضعها الشارع للعتق الصادرة اختياراً منه بالنية لا غيرها لان ذلك الغير اما الملك او النسب او هما او حكم الشارع بشرط وجود الملك والنسب والظاهر انتفاء الاولين اذ الملك علة معدة لوجود خاصيتها فيه ، وكذا النسب لاجتماعه مع الملك ابتداءاً وعلة العدم لا تجامع الوجود ابتداءاً وليس هذا موضع تحقيقه ، ولو سلمناه فانه انما يقتضى مع عدم المانع والمانع هنا من تأثير ذلك السبب موجود وهو الصيغة فان اقتضائها للملك مشروط بكونها صالحة لكونها مؤثراً موجبا للعتق لانها ان لم توجب هي ولا جزئها الملك لم توجب

الركن الثالث اللفظ

ويعتبر فيه لفظان التحرير والاعتاق دون ماعداهما من صريح مثل فك الرقبة وازالة قيد الملك او كناية مثل انت سايبة او لاسبيل لي عليك او لاسلطان او اذهب حيث شئت او خليتك او لارق لي عليك او لاملك او انت لله او لاولاية لاحد عليك او لي عليك او لست عبدي ولا مملوكي او ياسيدي او يامولاي او قال لامته انت طالق او حرام سواء نوى بذلك كله العتق او لا ولا بد من الاتيان بصيغة الانشاء مثل انت حر او عتيق او معتق ولو قال : ياحر أو يامعتق ففي التحرير اشكال ينشأ (من) عدم القطع بكونه انشاء ، ولو كان اسمها حرة فقال انت حرة فان قصد الاخبار بالاسم لم تعتق وان قصد الانشاء للعتق صح ، ولو جهل رجع الى نيته فان تعذر الاستعلام لم يحكم بالحرية ، ولا تكفي الاشارة مع القدرة (ولا) الكتابة (ولا) النطق بغير العربية معها ولا يقع الا منجزا فلو علقه بشرط اووقت لم يقع وان وجد الشرط ولو علقه بالنقيضين فالاقرب الوقوع ان اتحد الكلام ، ولو قال انت حر متى شئت

العتق وكونها صالحة للتأثير في ايجاب العتق يمنع من ايجاب الملك او النسب او حكم الشرع للعتق لا بسببها فينعتق بها لا بغيرها وهذا الملك لا يصلح للاعتاق بالنسب ولا لكونه شرط له وكذا النسب هنا لانه اعتاق بالنيابة ولا شيء من العتق النسبي كذلك وكل عتق بالصيغة الموضوعة للعتق شرعا تجزي عن الكفارة .

الركن الثالث اللفظ

قال قدس الله سره : ولو قال يا حرة (الى قوله) بكونه انشاءاً .

اقول: انشاء العتق وضع له الشارع صيغة الاخبار حقيقة وغيره كناية والكناية لا تصح العتق بها (ومن) حيث ان حرف الاشارة الى المملوكة لم يعتبره الشارع وانما الاعتبار بالتحرير والاعتاق واستعمال (يا) بمعنى (انت) او فلانة مع القصد جائز، ورجح شيخنا ابو القاسم بن سعيد عدم الوقوع وهو الاقوى عندي لان هذه الصورة التركيبية لم يضعها الشارع لانشاء التحرير فلا يصح العتق بها .

قال قدس الله سره : ولا يقع الا منجزاً (الى قوله) ان اتحد الكلام

اقول : وجه القرب ان التعليق بالنقيضين كلا تعليق لانه واقع على تقدير كل

لم يقع ، ولابد من اسناد العتق الى الذات او ابعاضها المشاعة بان يقول انت حر او عبدى اوهذا اوفلان ويذكر مايتميز به عن غيره او نصفك اوثلثك اوربعك ، اما لوقال يدك حرة اورجلك اووجهك اورأسك لم يقع ولوقال بدنك اوجسدك فالاقرب الوقوع ، ولوجعل العتق يمينا لم يصح مثل ان فعلت فانت حر.

الفصل الثانى فى احكامه

العتق مع الصحة لازم لايصح الرجوع فيه سواء اختار العبد ذلك اولا وعتق الحامل ليس عتقا للحمل وبالعكس ، ولوشرط على العبد شرطا فى نفس العتق مثل انت حر وعليك

واحد منهما واحدهما واقع قطعا (ومن) حيث الاجماع منا على ان التعليق بالشرط مبطل (ولان) للشرط مدخلا فى العتق لانه جزء من العلة التامة فهو جعل سبب لما لاسبب له (ولان) المعتبر الصيغة الموجبة لوقوع العتق فى الواقع اعنى فى نفس الامر مطلقا لاعلى تقدير وفرق (بين) الواقع فى نفس الامر (وبين) الواقع فى التقدير (ولانه) ادخال فى الشرع ماليس منه وهو منهى عنه قطعا (ولبطلان) تعليقه بكل واحد منهما اجماعا فاذا علقه عليهما معا فكل واحد واحد لايوجب العتق بل يكون مشروطا بالتعليق على الاخر فيكون معلقا بشرط ليس لازما للاول بل هو برأسه فصحة ايهما كان مشروطا بالاخر فلا يقع وهو الاقوى عندى وانما قيد بقوله (ان اتحد الكلام) لانه لوافرد كل واحد منهما بطل عيناً .

قال قدس الله سره : ولوقال بدنك اوجسدك فالاقرب الوقوع .

اقول: وجه القرب ان الانسان اما ان يكون هو الجوهر المجرد كما زعم طائفة من المحققين اواجزاء اصلية فى البدن اوهذا الهيكل المحسوس وعلى كل تقدير فالملك انما يتعلق بهذا البدن المحسوس لا الجوهر المجرد او الاجزاء الاصلية و العتق ازالة الملك بعد ثبوته عما ثبت عليه الملك (ويحتمل) ضعيفا عدمه لانه ليس هو الصيغة المنصوص عليها شرعا .

قال قدس الله سره :ولوشرط على العبد (الى قوله) فى الخدمة .

اقول: اذا شرط على العبد شرطا فى نفس العتق وانما يتحقق (بكونه جزء منه)

الف اوخدمة سنة لزمه الوفاء به (وهل) يشترط رضى المملوك اشكال اقربه العدم في الخدمة ، ولوشرط اعادته في الرق ان خالف اعيد مع المخالفة (وقيل) لا .

(كونه شرطا في نفس الايقاع -خ ل) بارادة اللافظ فانه اذا قصد بقوله (انت حر) فك الرقبة وغير المشترط من المنافع من الرق وابقاء المشترط فيه فقد جعل المجموع من التحرير والشرط صيغة واحدة وان الصيغة لاتستقل بنفسها في الدلالة على الفك بل هي والشرط معا دال على مجموع معين هو فك الرقبة وابقاء المشترط في ملكية المالك.

اذاعرفت ذلك (فنقول) لوشرط على العبد شرطا في نفس ايقاع العتق (هل) يصح و يلزم سواء رضى به العبد اولا اولابد من رضى العبد فيه للفقهاء اقوال ثلاثة (الاول) القول بالاول لانه مالك للعبد مستحق لمنافعه كلها وكسبه وله الضريبة عليه وهي ايجاب مال من كسبه و يستحق في ذمته الخدمة والسعي في الكسب والعتق فك ملك الرقبة و استحقاق هذه الاشياء فاذا شرط عليه خدمة اوشيئا كانه قداستثنى من منافعه بعضها فله ذلك لقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم (١) واصالة الصحة ولاطلاق الاصحاب صحة الاشتراط (الثاني) القول بالثاني لانه كالكتابة ولاقتضاء الاعتاق التحرير و الكل تابع للرقبة فلايصح شرط شيء الا بقبول العبد (الثالث) انه اذاشرط الخدمة صح بلاتوقف على رضى العبد لاستحقاقه العبد والخدمة فاذا زال الملك عن الرقبة فاستثنى الخدمة صح واماغير الخدمة كشيء من المال فلابد من رضى العبد لان المولى لايملك اثبات شيء في ذمة العبد (ولما) رواه حريز في الصحيح قال سالت ابا الحسن عليه السلام عن رجل قال لمملوكه انت حر ولي مالك قال لايبدء بالحرية قبل المال فيقول له لي مالك وانت حر برضى المملوك والمال للسيد (٢) وهذا اختيار والدي قدس الله سره وهو الاقوى عندي.

قال قدس الله سره : ولوشرط اعادته (الى قوله) وقيل لا.

اقول: اذاشرط عليه شرطا في نفس العتق وشرط فيه انه ان خالف رد في الرق فيه اقوال ثلاثة (الاول) قول الشيخ في النهاية انه يصح العتق والشرط وهو اختيار ابن البراج (الثاني)

(١) ثلب ٦ خبر ١ من ابواب الخيار وسنن ابي داود (ج٣) باب في الصلح .
(٢) ثلب ٢٤ خبر ٥ من كتاب العتق وفيه عن ابي جرير قال سألت ابا جعفر (ع) الخ رواه المشايخ الثلاثة كذلك .

ولو ابق مدة الخدمة المشترطة لم يعد في الرق وله المطالبة باجرة الخدمة وكذا اورثته على رأى، ولا يجزى التدبير عن العتق الواجب ويستحب عتق من مضى عليه سبع سنين والمؤمن مطلقا الا ان يعجز عن الاكتساب فيعينه لو اعتقه ويكره عتق المخالف ويجوز عتق المستضعف ويصدق لو ادعى بقوله انت حرة العفيفة وانت حر الكريم الاخلاق فان ادعى العبد قصد العتق حلف له فان نكل حلف العبد وعتق .

قول والدى المصنف فى المختلف انه يبطل العتق والشرط واختاره ابو القاسم بن سعيد (الثالث) قول ابن ادريس انه يبطل الشرط ويلوح من كلامه انه يصح العتق (احتج) الشيخ بما رواه اسحاق بن عمار وغيره عن الصادق عليه السلام قال سألته عن الرجل يعتق مملوكه ويزوجه ابنته ويشترط عليه ان هو اغارها ان يردّه فى الرق قال له شرطه (١) (اجاب) عنه والدى المصنف بالطعن فى السند فانّ فى اسحاق قولا سلّمنا لكنه جاز حصول شرطه ببطلان العتق والحق (والاقوى - خل) عندى صحة العتق وبطلان الشرط المذكور لان العتق مبنىّ على التغليب .

قال قدس الله سره : ولو ابق مدة الخدمة (الى قوله) على رأى .

اقول: قال الشيخ فى النهاية ليس للورثة عليه سبيل وتبعه ابن البراج وهو اختيار ابن الجنيد ، وقال ابن ادريس ووالدى المصنف فى هذا الكتاب ، وفى المختلف لهم اجرة المثل عن تلك المدّة لانها مستحقة عليه لهم وقد فاتت اوقاتها فيرجع عليه باجرة مثلها قال ابن ادريس فاما نفس الخدمة فليس لهم سبيل عليه ولاجل هذا قال شيخنا فى نهايته لم يكن للورثة عليه سبيل يعنى فى نفس الخدمة قال والدى وهذا تأويل حسن ويؤيده قول الصدوق (فليس لهم ان يستخدموها) ويدل عليه ما رواه الشيخ فى الصحيح عن يعقوب ابن شعيب قال سألت اباعبدالله عليه السلام عن رجل اعتق جاريته وشرط عليها ان تخدمه خمس سنين فابقت ثم مات الرجل فوجدها ورثته ألهم ان يستخدموها قال لا(٢) ونفى الاستخدام لا يستلزم نفى الاجرة الثابتة عليها عوضا عن الخدمة المستحقة لهم وهذا هو الاقوى عندى

---

(١) ئل ب ١٢ خبر٣ من كتاب العتق .

(٢) ئل ب ١١ خبر١ من كتاب العتق

ولو نذر عتق اول مملوك يملكه اواول داخل فملك جماعة دفعة اودخلوا كذلك (قيل) بطل (وقيل) يتخير (وقيل) يقرع (ويحتمل) حرية الجميع لان الاولية وجدت

قال قدس الله سره : ولو نذر عتق اول مملوك (الى قوله) هناك .

اقول :(الاول) قول ابن ادريس لان (اول) افعل التفضيل فان اضيف الى العام افاد العموم و ان اضيف الى الخاص افاد الخصوص و (مملوك) نكرة لاتعم فكانه قال اذا ملكت واحداً هو اول فاذا ملك جماعة لم يوجد الشرط فلا ينعتق احد منهم و امتنع بالنسبة الى المستقبل فبطل هذا النذر لامتناعه لاباختياره (والثانى) قول ابن الجنيد فانه قال يتخير فى عتق من شاء فان مات اومنع عن بيان ارادته اقرع واعتق من اخرجته القرعة و قال الشيخ فى النهاية اذا نذر الانسان ان يعتق اول مملوك يملكه فملك جماعة من العبيد فى حالة واحدة اقرع بينهم فمن خرج اسمه اعتقه ، وقد روى انه يتخير فى عتق ايهم شاء و الاول احوط (و الثالث) قول الصدوق لان الاول يعتبر فيه قيد سلبى و قيد ايجابى فالسلبى انه لم يسبقه غيره والايجابى انه يسبق على غيره و الاول يعتبر بالفعل و الثانى بالامكان اى سبق على آخر يمكن بان يملكه (ومملوك) نكرة فكل واحد اول ولاينعتق الكل لعدم العموم فيتحرر واحد وليس احدهم اولى فوجبت القرعة والمختار عندى هو اختيار الشيخ فى النهاية (لما) رواه الشيخ والصدوق معافى الصحيح، عن الحلبى عن الصادق عليه السلام ، قال سالته عن رجل قال اول مملوك املكه فهو حر فورث سبعة جميعا قال يقرع بينهم ويعتق الذى خرج اسمه (١) (احتج) ابن الجنيد (بما) رواه الشيخ عن الحسن الصيقل ، عن الصادق عليه السلام . قال سالته عن رجل قال اول مملوك املكه فهو حر فاصاب ستة : قال ان كان نيته على واحد فليختر ايهم شاء فليعتقه (٢) (و الجواب) ان طريق الاولى صحيح وطريق الثانية مجهول و هو الحسن الصيقل ـ قال والدى لااعرفه وضعيف فان فى طريقها اسماعيل بن يسار الهاشمى وقال لى والدى قدس الله سره ذكره اصحابنا بالضعف (و وجه) ضعف الاحتمال الآخر ظاهر و ان (من) للعموم و (مملوك)

(١) ئلب ٥٧ خبر ١ من كتاب العتق .
(٢) ئلب ٥٧ خبر ٢ من كتاب العتق .

في الجميع كما لو قال من سبق فله عشرة وفيه ضعف لعدم العموم هناك اما لو نذر عتق اول ماتلده فولدت توأمين دفعة (معا ـ خل) عتقا ولو ترتبا عتق الاول ولو اشتبه اقرع ولو ولدت الاول ميتا احتمل بطلان العتق لان شرط النذر وجد في الميت وليس محلا للعتق والصحة في الحي لاستحالة تعلق العتق بالميت وكذا لو نذر عتق اول من يدخل فدخل جماعة دفعة عتقوا او اول من يملك فملك جماعة دفعة ولو اعتق بعض مماليكه فقيل اعتقت

للخصوص ولا يصلح للعموم .

قال قدس الله سره : اما لو نذر عتق اول ما تلده (الى قوله) بالميت .

اقول: نذر العتق انما هو نذر بازالة قيد الملك عن من هو ثابت عليه بصيغة شرعية اختيارية فهو يدل على الحياة بالالتزام وكانه قال اول ما تلد من الاحياء اوحياً وهو ظاهر فمن ثم احتمل عتق الحي والاظهر عندى الاول.

قال قدس الله سره : ولو اعتق بعض مماليكه (الى قوله) والاقرب ذلك.

اقول : الاقرار ليس من الاسباب بل هو اخبار عما سبق فلا يصح اذا لم يكن مطابقا لخارج سبق عليه ولابد لذلك السابق من سبب فان علم له سبب يمكن حمله على حقيقته صرف اليه واقتصر عليه ولا يتعدى لو لم يعلم وجود ذلك السبب حمل على الاكثر كهذه الصورة لان الجمع المضاف الحق انه للعموم ولا يحمل هنا على العموم لانه اذا اعتق ثلاثة من مماليكه يصدق قوله هؤلاء مماليكي حقيقة فاذا قيل له اعتقت مماليكك فقال نعم و هي تقتضي اعادة السؤال وتقريره فيكون اقراراً بعتق المماليك الذين انعتقوا فلا يلزم بغيرهم لاصالة البرائة (ولان) الاقرار انما يحمل على التحقيق و المتيقن لا على مافيه احتمال (وهل) يشترط في الاقتصار عليه كثرة بحيث يصدق عليه الجمع حقيقة (ام لا) قولان ومنشأ القولين ان اللفظ انما يحمل على الاقرار على اصل الحقيقة (ومن) حيث اصل البرائة (ومن) جواز التجوز به ويتفرع (على هذا ـ خ) الاكتفاء بالواحد وعدمه (فعلى الاشتراط) يكتفي بالواحد (وعلى عدم الاشتراط) لا يكتفي بالواحد ويلزم بعتق ما يصدق عليه الجمع حقيقة ويكون في الباقي كالمشتبه .

(واعلم) ان البحث هنا في مقامين (الاول) في الحكم على مجرد اقراره ظاهراً وقد

عبيدك ؟ فقال نعم عتق ذلك البعض خاصة (وهل) يشترط الكثرة الاقرب ذلك ، ولو قيل اعتقت غانما فقال نعم وقصد الانشاء ففي الوقوع نظر ، ولو نذر عتق امته ان وطئها صح فان اخرجها من ملكه انحلّ النذر ولوعاد الملك لم يعد الّا ان يعمّمه ولو نذرعتق كلّ عبد له قديم اواعتقه انصرف الى من مضى عليه فى ملكه ستة اشهر فصاعداً (فهل) ينسحب فى الامة اوالصدقة بكل ملك له قديم اوالاقرار اشكال ، ولو

قررناه (الثانى) البحث عمافى نفس الامر (فنقول) لاينعتق بهذا اللفظ شيء اصلا لانه اخباروانّما ينعتق فى نفس الامرما وقع عليه العتق بصيغة انشائية سابقةعلى هذا اللفظ وان حكم عليه باكثر فى الظاهر لظاهر اقراره والاقوى عندى ماهوالاقرب عندالمصنف .

قال قدس الله سره : ولوقيل له اعتقت (الى قوله) نظر.

اقول: ينشأ (من) ان نعم حقيقة فى الصيغة التى هى حقيقة شرعية فكانت حقيقة (ومن) حيث المنع من كون ما هو حقيقة فى الحقيقة فى الشيء حقيقة فى ذلك الشيء وهوظاهر لتغاير اللفظوالمعنى (ولانه) لوكان حقيقة لكان مرادفا للصيغة فيلزم كونه مشتركا بين الشيء الموضوع له الصيغة والصيغة وهوخلاف الاجماع .

قال قدس الله سره: ولو نذر عتق كل عبد (الى قوله) اشكال .

اقول: حمل الا صحاب لفظ القديم على ما مضى عليه ستة اشهر فصاعداً شرعا فيمن حرّ راونذر تحرير كل عبد له قديم فى صورة وأحدة ويؤيده ان اباسعيد الحضرمى المكارى دخل على الرضا عليه السلام فقال رجل قال عند موته كل مملوك لى قديم فهوحر لوجه الله تعالى فقال نعم ان الله تعالى يقول فى كتابه العزيز **حتى عاد كالعرجون القديم** فماكان من مماليكه اتى له ستة اشهر فهوقديم حر(١) فهل استعماله فى هذا المعنى حقيقة اومجاز (يحتمل) الاول لتناوله باطلاقه من غير قيد و لهذا حمله الاصحاب عليه عند اطلاقه وهذا من خواص الحقيقة ثم الاستدلال بالاستعمال فى الآية من غير قرينة فى صورة تباين المدعى يدل على ان الاستعمال حقيقة شرعا (ويحتمل) الثانى لانه حقيقة لغوية فيما قدم زمانه مطلقا وعرفية فيمالم يسبقه العدم والثاني غير مراد اجماعا

---

(١) ثلب ٣٠ خبر١ من كتاب العتق .

قصرت مدة الجميع عن ستة اشهر فان ترتبوا فالاقرب عتق الاول والا الجميع (ويحتمل)

والاصل عدم النقل فمنشأ الاحتمالين فى هذه المسألة من تعارض المجاز والنقل (ويتفرع) على ذلك اطراده ان جعل حقيقة لانه من خواص الحقيقة وعدم اطراده ان جعل مجازاً فيحتاج على التقدير الثانى فى تعدية الحكم الى نص ثم يتفرع على هذا التفريع مسائل ثلاث (الاولى) هل يتعدى الى الامة (الثانية) لو نذر الصدقة بكل ماله قديم (الثالثة) لواقر لغيره بكل ما فى يده قديم فان قلنا باطراده ينسحب الحكم فى هذه الثلاثة والا فلا (لايقال) فى خبر ابى سعيد المكارى كل مملوك وهو يتناول الامة فتكون منصوصا عليها (لانا) نقول هذه الرواية ضعيفة لم يستند المصنف فى قوله اليها بل الى اجماع الصحابة (الاصحاب-خل) وهو بلفظ العبد فان صح سندها وتناولها لفظ المملوك كانت منصوصا عليها لكن فى المقدمتين شك فالاشكال وارد .

قال قدس الله سره : ولو قصرت مدة الجميع (الى قوله) فيهما.

اقول : اذا نذر عتق كل عبد له قديم او تحرير كل عبد له اعبد قصرت مدة ملك كل واحد عن ستة اشهر فهنا مسئلتان (الاولى) ان يترتبوا فى ملكيته لهم بان يتقدم ملك بعضهم على بعض قال المصنف الاقرب انه يعتق الاول لان القديم يطلق على ما تقدم على غيره فان كان حقيقة عرفية حمل عليه وان لم يكن حقيقة عرفية (هل) يحمل على المجاز (قيل) نعم لاصالة صحة تصرف العاقل الرشيد واعتبار اقراره (وقيل) لايحمل على المجاز لاجل صحة التصرف مع تعذر الحقيقة بل تبنى هذه المسألة على مسألتين (الاولى) كونه حقيقة عرفية فيما ذكرنا هيهنا اومجازا وليس من علم الفقه بل يتبع الفقيه علماء الوضع العرفى (الثانية) انه هل يحمل على المجاز لصحة التصرف بلا قرينة غيرها املا وهى من علم الفقه واختلف الفقهاء فيها ولما قوى المصنف كونه حقيقة عرفية فيها قال الاقرب عتق الاول (ويحتمل) البطلان لاصالة بقاء الملك (المسالة الثانية) لو ملكهم دفعة واحدة (يحتمل) عتقهم كلهم لوجود المعنى وهو عدم سبق غيرهم عليهم وسبقهم على من يتجدد ملكه لان فى الثانى القوة كافية فى الكل اى فى كل واحد (ويحتمل) العدم لانتفاء القديم بالمعنى المتقدم والمعنى الاخر وهو الترتب والاصح

قويا العدم فيهما ، ولوعلق نذر العتق بعدم الدخول مثلا ولم ينو وقتا معينا اوبآخرهم دخولا عتق فى آخرجزء من حياته وهل له بيعه قبل ذلك اشكال ، ولوعلقه على الدخول

عندى البطلان فى الصورتين لاصالة بقاء الملك .

قال قدس الله سره: ولوعلق نذر العتق (الى قوله) اشكال .

اقول: هنا مسئلتان (الاولى) اذا قال لله على عتق هذا العبد ان لم يدخل الدار المعينة ولم يعين وقتا فالشرط عدم الدخول من حين النذر الى آخرجزء من حياة المولى (اما) عموم العدم فلدلالة العرف عليه لحملهم عليه عند الاطلاق ولمناقضته بدخل الدار فى لسانهم والايجاب جزئى والسلب كلى واللفظ عند اطلاقه انما يحمل على الحقيقة العرفية وانما جعل آخرجزء من حيوته غاية ليتحقق عتقه فى ملكه وكذا لو نذر عتق آخرمن يدخل من عبيده وهو منوط بظنه لتعذر العلم (الثانية) اذا علق نذر العتق على شرط ممكن عادة هل يمنع من اخراجه عن ملكه قبل حصول الشرط اولا (يحتمل) منعه لان الحكم بمنعه مقرب له الى الطاعة فانه يقربه من فعل المنذور الواجب ومبعده من فعل المعصية وهو مخالفة النذر فيكون لطفا فى الوفاء بالنذر الواجب وكلما هو لطف فى واجب فهو واجب .

(ويحتمل) عدم المنع لان المانع هو الوجوب وهو مشروط بوقوع الشرط فيستحيل تقدم المشروط على الشرط فالمقتضى موجود والمانع منتف فصح التصرف والاقوى عندى انه لايصح اخراجه عن ملكه لان النذر الواقع الصحيح عند الشرط يؤثر بالفعل وقبله له صلاحية التأثير والمحل عند الشرط يحصل فيه الاثر وهو وجوب الفعل بالفعل وقبله هو قابل لحصول ذلك فيه فاخراجه عن ملكه يزيل صلاحية التأثير ويبعده عنه بل يصير الى الامتناع اقرب ويزيل قبول المحل لانه سبب لامتناعه فقد ازال حكمين شرعيين وليس له ذلك لان هذين الحكمين لازمان لصحة النذر .

قال قدس الله سره :ولوعلقه على الدخول (الى قوله) نظر.

اقول : ينشأ (من) انه بالبيع ينحل النذر لعدم شرط العتق وهو الملك وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط بل الملك شرط صحة النذر فانه لو نذر ان يعتق مملوك

ثم باعه ثم عاد اليه ففي عتقه مع الدخول نظر ويقوى الاشكال لو دخل قبل عوده اليه ثم عاد

زيد لم يصح (ومن) حيث انه قد وجد فيه شرط النذر ويمنع بطلانه بالبيع مطلقا (واعلم) ان هيهنا فائدتين (الاولى) ان هذه المسألة فرع على عدم منعه من بيع من علق نذر عتق بشرط ممكن متوقع قبل حصوله (والثانية) انه فرق بين المسألة السابقة وهي قوله ان لم يدخل وبين قوله ان دخلت لان الاولى شرطها وهو عدم الدخول حاصل الآن والاصل البقاء فالدخول مانع والاصل عدمه كقوله لله علي ان اعتق هذا العبد الا ان يدخل فهذه المسألة اقوى في المنع من التصرف ثم في قوله (ان لم يدخل) ثم في قوله (ان دخل).

قال قدس الله سره : ويقوى الاشكال (الى قوله) انحلت اليمين.

اقول : وهذه المسألة مبنية على مسألتين (الاولى) انه لا يمنع من بيعه (والثانية) ان بيعه لا يبطل النذر وقد ذكر المصنف احد احتمالي الاشكال (ووجه احتمال الاخر) ان الشرط انما هو الدخول حال كونه في ملكه (لان الشرط) هو آخر العلل المعدة لوجوب العتق لانه يحصل عقيبه بلا فصل ولا يمكن ذلك مع كونه في ملك الغير فالحاصل ليس هو الشرط والنذر باق على حاله للمقدمة الثانية وملك الغير مانع للحكم لا للسبب لان البحث على هذا التقدير فاذا زال المانع والمقتضى موجود ووجد الشرط وجب حصول الحكم ومبنى هذا الاشكال على قاعدتين (الاولى) ان الشرط المعلق عليه هو الدخول مطلقا او الدخول في الملك (يحتمل) الاول (لانه) المفهوم في اللفظ لقبوله التقييد بكل منهما وصحة تقسيمه اليهما (الثانية) ان الشرط لا يتكرر في المرات بل اذا وجد مرة وحصل مانع من التاثير بطل النذر (ووجه الاحتمال الثاني) تقدم (ووجه البطلان) الذي ذكره المصنف ينشأ من الاحتمال الاول من القاعدة الاولى (والثانية - خ ل) والثاني من الثاني منهما وانما كانت هذه المسألة اقوى اشكالا لاستلزام البطلان في الاولى البطلان في الثانية قطعاً لوجود المقتضي للبطلان وهو البيع ان قلنا به واما على تقدير صحة الاولى يحتمل في المسألة الثانية البطلان والصحة كما ذكرناه ولا بتناء الاولى على المسألتين المقدمتين لا غير واما هذه المسألة فمبناها على المسئلتين اللتين ابتنى عليهما المسألة الاولى وعلى القاعدتين وفي الاولى منهما اشكال والاقوى عندي البطلان في هذه المسألة.

ودخل من حيث انه علق على شرط لا يقتضى التكرار فاذا وجد مرة انحلت اليمين فان شهد اثنان بالدخول الزمه الحاكم بالاعتاق فاذا اعتقه وظهر كذبهما بطل.

(ويحتمل) الصحة والتضمين ولو رجعا ضمنا وتم العتق (كذا -خ) ولو نذر عتق المقيد ان حل قيده وعتقه ان نقص وزن القيد عن عشرة ارطال فشهدا عند الحاكم بالنقص فحكم

قال قدس الله سره : فان شهدا اثنان (الى قوله) وتم العتق .

اقول: اذا نذر عتق عبدان دخل الدار مثلا ثم ادعى العبد الدخول فانكر المولى فاقام بينة بالدخول الذى هو شرط فى العتق فالزمه الحاكم بالعتق وقهره عليه فاعتق ثم ظهر كذب الشاهدين كأن ظهر ان العبد فى الوقت الذى ذكرا انه دخل فيه كان فى موضع بعيد يمتنع الجمع بينهما وحصل رجحان ضد الدخول رجحانا أوجب بطلان شهادتهما والى هذا الرجحان اشار بقوله (فظهر كذبهما) فهل يبطل العتق او ينفذ ويغرم شاهدا الدخول (نقول) هذا مبنى على مسألة هى ان القهر الشرعى على الافعال لا يقتضى بطلانها والا لانتفت فائدة القهر الشرعى وهو نقض الغرض من شرع الاحكام ونصب الحكام والقهر غير الشرعى مبطل للفعل ورافع لحكمه لاستحالة التكليف بما لا يطاق .

اذا تقرر ذلك (فنقول) يحتمل هنا بطلان العتق لانه قد ظهر ان القهر غير شرعى لانه مبنى على شهادة كاذبة والمبنى على الفاسد فاسد (ويحتمل) الصحة وتغريم الشهود لان قهر حاكم الشرع المأمور به شرعا شرعى وهذا هكذا لانا مأمورون بالظاهر وقال صلى الله عليه وآله وسلم نحن نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر(١) والاقوى عندى الاول لانه لو كان حكم الحاكم بناء على شهادة الشاهدين صحيحا شرعيا فى نفس الامر لما حرم على من حكم له وعلم بطلان المحكوم به لكن اللازم باطل باتفاق علمائنا فالملزوم مثله (واورد) لو حرم لما غرم الشهود وملك المشهود له فى مواضع (واجيب) باختصاصه بما لم يعلم بطلانه وهنا علم واشار اليه بقوله ظهرا ما لو رجع الشاهدان غرما للسيد لاقرارهما على انفسهما ونفذ العتق والا لزم نفوذ اقرار غير الولى فى حق غيره وهو باطل .

قال قدس الله سره : ولو نذر عتق المقيد (الى قوله) على الشهادة الكاذبة

---

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

بعتقه وامر بحل قيده فظهر كذبهما عتق بحل القيد وظهر انه لم يعتق بالشرط الذى حكم الحاكم بعتقه به وفى تضمينهما اشكال ينشأ (من) ان الحاكم لم يحصل بشهادتهما بل بحل قيده ولم يشهدا به ولانه لو باشر الحل لم يضمن فعدم الضمان بشهادته اولى (ومن) ان شهادتهما الكاذبة سبب سبب عتقه واتلافه (ولان) عتقه يحصل بحكم الحاكم المبنى

اقول: تقرير هذه المسالة انه اذا علق نذر العتق بكل واحد من شيئين وجعل كل واحد منهما سببا تاما فايهما حصل حصل وجوب العتق به كما فى المثال الذى ذكره المصنف وهو يحتاج الى تقرير مسائل (الاولى) ان الزام الحاكم بالعتق بالقهر ان كان مطابقا لما فى نفس الامر فهو ليس باكراه والعتق الصادر من المالك بالقهر المذكور صحيح لانه قهر شرعى وانما يبطل التصرف بالاكراه اذا كان الاكراه غير شرعى فان كان شرعيا فى الظاهر وغير شرعى فى نفس الامر لم يكن العتق صحيحا فى نفس الامر وان حكم به الحاكم فاذا ظهر كون القهر غير شرعى فى نفس الامر ظهر بطلان العتق (والثانية) انه نذر عتقه ان كان قيده ناقصا عن عشرة وعتقه ان حل بضم الحاء المهملة وهو فعل ما لم يسم فاعله من اى فاعل صدر ولو من غاصب وهكذا هو الاصل (الثالثة) ان الحاكم لا يأمر بحل القيد بمجرد الحكم بوجوب العتق بل اذا اوقع صيغة العتق الشرعية اما هو او وكيله او الحاكم لو امتنع او غاب او مات من غير وارث بالغ قوله (فحكم بعتقه) اى بعد ان الزم بالعتق فلما اعتق احد المذكورين حكم الحاكم بعتقه ثم امر بحل قيده ، قوله ينشأ (من) ان الحكم يريد به هنا العتق فسمى المحكوم به حكما مجازا تسمية للشىء باسم متعلقه.

اذا تقرر ذلك (فنقول) شهادتهما الكاذبة سبب لحل القيد وحل القيد سبب موجب لعتقه فانه بمجرد النذر لا يحصل الا سببية حل القيد للعتق لا العتق نفسه فشهادتهما الكاذبة سبب اتلافه وكلما اتلف شيئاً بسبب الشهادة الكاذبة ضمنا وعليه النص والاجماع ولان سبب السبب موجب للضمان فان واضع الحجر فى الطريق ظلماً اذا تعثر به غيره فوقع فى بئر حفرت ظلما ضامن دون الحافر (وايضا) فانه السبب الاول و قوله قدس الله سره لو باشرا حله لم يضمنا فهو اولى انما لم يضمنا قيمة العبد لانهما سبب لوجوب العتق عليه بجعله سببا والاصل فيه حصول الثواب له على الله تعالى لانه فعل ما كلف به (لا يقال)

على الشهادة الكاذبة ، ولوحله اجنبى لم يضمن عالما كان بالنذر اوجاهلا نهاه المالك اولا على اشكال ، ومال العبد لمولاه وان علم به حالة العتق ولم يستثنه على رأى امّا

كيف يجامع عدم الضمان بالحل والضمان بالشهادة (لانا) نقول ان شهادة الزور يعاقب عليها ولم يعاقب على الحل لتشديد الشارع فيها وفى عدم ضمانهما بالحل منع يأتى فى حكم الاجنبى والاصح عندى انه لاضمان عليهما.

قال قدس الله سره : ولوحله اجنبى (الى قوله) على اشكال .

اقول : اذا حله اجنبى (فاما) ان يكون عالما بالنذر (اولا) وعلى كل تقدير (فاما) ان يكون حله بامر المالك (او) مع نهى المالك (او) لامع امره ولامع نهيه فالمسائل ست (الاولى) ان يكون عالما وامره المالك (الثانية) ان يكون جاهلا وامره المالك ولاشك فى انه لايضمن فى هاتين المسألتين قطعا (الثالثة) ان يكون عالما و نهاه المالك فيحتمل هنا الضمان لان المتلف من اوجد السبب الموجب للتلف لامن جعله سببا والّا لوصف بالقبح بل انما يوصف عند وصف التلف به فان من القى الغير الى النار لم يوصف سببية النار بالقبح هنا بل انما يوصف الالقاء وهو فعل الملقى (ولانه) تصرف فى ملك الغير بغير اذنه وحصل التلف بسببه فيضمن (ويحتمل) عدمه لان سبب العتق النذر والحل ليس بسبب عقلا ولاشرعا بنفسه (ولان) المالك يحصل له بالعتق الثواب الدائم ولو ضمنه الغير لحصل للمالك العوض وزال باداء المال وليس كذلك (الرابعة) ان يكون جاهلا ونهاه المالك والاشكال كما تقدم وجاهلا الحكم لايعذر فى حقوق الادميين (الخامسة) ان يكون عالما ولايوجد امر المالك ولانهيه والاشكال كما تقدم والضمان فى الاولتين اقوى (السادسة) ان يكون جاهلا ولايامره المالك به ولاينهاه (ووجه الاشكال ماتقدم)

قال قدس الله سره : ومال العبد لمولاه (الى قوله) على رأى.

اقول: البحث هنا فى مقامات ثلاثة (المقام الاول) ملك العبد (فنقول) هنا احكام ثلاثة (الاول) ملك رقبة المال لامستقراً (الثانى) ملك التصرف فى الجملة والثانى لازم للاول دون العكس (الثالث) اباحة التصرف ، ولاشك فى حصول الثالث للعبد وعليه اجماع المسلمين سواء كان من المولى اومن غيره فينصرف تمليك المولى اياه الى هذا

مال المكاتب فله وان لم يعلم به المولى عند عتقه ، وعتق المريض يمضى من الثلث ان

الثالث عند القائلين بمنع الاولين والخلاف فى الاول والثانى فالشيخ ابوجعفر الطوسى رحمه الله تعالى فى النهاية منع الحكم الاول واثبت الثانى فانه قال والعبد المملوك لا يملك شيئا من الاموال مادام رقا فان ملّكه مولاه شيئا ملك التصرف فيه بجميع ما يريد وكذلك اذا فرض عليه ضريبة يؤديها اليه ومايفضل بعد ذلك يكون له جاز له ذلك فاذا ادى الى مولاه ضريبته كان له التصرف فيما بقى من المال وكذلك اذا اصيب العبد فى نفسه بما يستحق به الارش كان له ذلك وحل له التصرف فيه وليس له رقبة المال على وجه من الوجوه فان تزوج من هذا المال اوتسرّى كان ذلك جائزاً وكذلك ان اشترى مملوكا فاعتقه كان العتق ماضيا الا انه يكون سايبة لا يكون لهولائه ولايجوز له ان يتوالى اليه لانه عبد لايملك جريرة غيره وتبعه ابن البراج ومنعه شيخنا والدى رحمه الله تعالى هنا وفى اكثر كتبه وكذا ابن ادريس فانه قال (العبد لايملك شيئا) وهو الاقوى عندى لانه لاشىء من العبد بقادر على شىء من انواع الملك وكل من ملك شيئا فهو قادر على شىء من انواع الملك فينتج لاشىء من العبد يملك شيئا من انواع الملك وهو المطلوب (اما الاولى) فلقوله تعالى **ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لايقدر على شىء (١)** لانه تعالى جدّه ذكرها للمبالغة فى نفى القدرة وانما يتم بعموم النفى لكل شىء و اما قوله (عبداً) ان كان نكرة لكن المراد به العموم لان العلة صفة العبودية وكلما ثبت العلة ثبت المعلول (و لان) الامة بين قائلين قال (بعضهم) بان كل عبد يمكن ان يملك احد الثلاثة التى ذكرها الشيخ (وبعضهم) قال لايمكن ان يملك عبد شيئا اصلا والبتة فالقول بان عبداً يمكن ان يملك وعبدا لايمكن ان يملك قول ثالث باطل (لامتناع) احداث ثالث كما ثبت فى الاصول (واما الثانية) فضرورية .

احتج الشيخ بعموم الاحاديث الدالة على اضافة الملك الى العبد (والجواب) الاضافة تصدق بادنى ملابسة (وقال بعضهم) بثبوت الحكم الاول اعنى انه يملك الرقبة ويظهر من كلام الصدوق و ابن الجنيد فانهما اطلقا القول بـان العبد يملك لما روى فى الصحيح

(١) النحل ٧٥ .

من قول الصادق عليه السلام اذا ادّى الى سيده ماكان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك الحديث (١) ولفظة له حقيقة فى الملك (و لانه) يصح صدقته من فاضل الضريبة بعين المال وكل من صحت صدقته بعين المال فهو مالك (ولانه) يصح عتقه من فاضل الضريبة وكل من صح عتقه فهو مالك ينتج ان العبد مالك (اما الصغرى) فى الدليلين فلما روى فى الصحيح من قول الصادق عليه السلام فى جواب من سأله فما ترى المملوك ان يتصدق مما اكتسب ويعتق بعد الفريضة التى كان يؤديها الى سيده نعم واجيز ذلك له قال السائل وهو عمر بن يزيد قلت فان اعتق مملوكا مما اكتسب سوى الفريضة لمن يكون ولاء العتق فقال يذهب ويتولى من احب فاذا ضمن جريرته وعقله كان مولاه و ورثه قلت اليس قال رسول صلى الله عليه وآله الولاء لمن اعتق فقال هذا سائبة لايكون ولائه لعبد مثله قلت فان ضمن العبد الذى اعتقه جريرته وحدثه أيلزم ذلك ويكون مولاه ويرثه فقال لايجوز ذلك ولايرث عبد حراً (٢) واعلم ان القائل بملكية الرقبة يصح منه القول بصحة عتقه واما الشيخ رحمه الله ففى قوله بصحة عتقه وانه لايصح العتق الامن مالك الرقبة وان هذا لايملك الرقبة تناقض منّا لكنه رحمه الله اكبر قدراً من ذلك وهو اعلم بما قال منا وشيخنا والدى رحمه الله توقف فى المختلف فى هذه المسالة وهى ملك العبد نظراً الى هذه الرواية الصحيحة .

المقام الثانى فى تبعية المال للعبد عند عتقه (فنقول) كل من منع ملك العبد للعين او التصرف قال لايتبعه ماله ولايحتاج الى استثنائه بل يكون للمولى ولاينتقل الى العبد الا بعقد ناقل شرعا وهو اختيار والدى فى هذا الكتاب وكثير من كتبه وابن ادريس وكل من قال بملك الرقبة والتصرف مطلقا فانه قال ان علم به حال العتق ولم يستثنه فهو للملوك والافهو للمولى ونص عليه الصدوق وابن الجنيد وابو الصلاح (واحتجوا) بما رواه زرارة فى الصحيح عن الباقر عليه السلام قال سالته عن رجل اعتق عبداً له وللعبد مال

(١) ئل ب ٩ خبر ١ من ابواب بيع الحيوان .
(٢) ئل ب ٩ خبر ١ من ابواب بيع الحيوان .

مات في المرض وكان متبرعا ولو اشترى امة نسية فاعتقها وتزوجها ومات قبل الايفاء ولاتركة (قيل) بطل عتقه ونكاحه وترد على البايع رقا فان حملت كان الولد رقا لرواية هشام بن سالم والاقرب عدم بطلان العتق وعدم رق الولد وتحمل الرواية على المريض

تتمة

اذا عمى العبد اوجذم اواقعد اونكل به مولاه عتق ولاولاء لاحد عليه واذا اسلم المملوك في دارالحرب سابقا على مولاه وخرج الينا عتق واذا مات انسان وله وارث رقولاوارث له سواه دفعت قيمته من التركة واعتق .

لمن المال فقال ان كان يعلم ان له مالا تبعه ماله والافهوله (١) وقواه والدى في المختلف قال قول الشيخ قوى باعتبار الاحاديث الصحيحة الدالة عليه لكنه مشكل من حيث النظر ونحن في هذه المسألة من المتوقفين .

المقام الثالث في كيفية الاستثناء (نقول) على تقدير ان ماله له مع العلم وانه لايكون للمولى الا بالاستثناء هل يشترط تقديم الاستثناء على الحرية قال الشيخ نعم وقال والدى ـ لا ـ واطلق الصدوق وابن الجنيد وابو الصلاح (احتج) الشيخ بما رواه حريز في الصحيح : قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل قال لمملوكه انت حر ولى مالك قال لايبدء بالحرية قبل المال يقول له لى مالك وانت حر برضا المملوك (٢) واحتج والدى المصنف بان الكلام لايتم الا بآخره فلافرق بين التقديم والتاخير (قلت) في الاستدلال بهذه الرواية نظر فانه شرط مع التقديم رضى المملوك والشيخ لم يقل به، والاقوى عندى قول الشيخ فان قوله انت حر موجب للتحرير فيقع الزائد بعد السبب الموجب ولهذه الدقيقة شرط المصنف في الشروط المشترطة في العقود ان يكون بين الايجاب والقبول .

قال قدس الله سره : ولو اشترى امة نسية فاعتقها وتزوجها الى آخره(٣)

اقول : قدتقدم ذكر هذه المسألة في كتاب النكاح وقررنا الخلاف فيها وتأويل الرواية .

---

(١) ئلب ٢٤ خبر٢ من كتاب العتق .
(٢) ئلب ٢٤ خبر٥ من كتاب العتق وفيه عن ابى جرير لاحريز .
(٣) كذا في نسخ الايضاح .

الفصل الثالث فى خواصه وفيه مطالب

(الاول) السراية ، من اعتق شقصا مشاعا من عبد اوامة له عتق عليه اجمع وان اعتق ، شقصا له من عبد مشترك قوم عليه باقيه وسرى العتق فيه اجمع بشروط اربعة (الف) ان يكون المعتق موسراً بان يكون مالكا قيمة نصيب الشريك فاضلا عن قوت

الفصل الثالث فى خواصه

وفيه مطالب: الاول السراية

قاعدتان (الاولى) الخاصة وهى (اما مطلقة) وهى عرضى يثبت للشىء وينتفى عن كل ماسواه دائما (اواضافية) تثبت لشيئين وتنتفى عن ثالث فهى خاصه لكل منهما بالنسبة الى الثالث والى الاخر عرض عام فقوله قدس الله سره (فى خواصه) يريد مطلق الخاصة ليعم المطلقة والاضافية وانما قدم السراية لانها عندنا خاصة مطلقة للعتق لايشاركه فيها غيره (لان) معنى السراية عندى وعند المصنف كون الصيغة سببا موجبا لعتق الجزء الواقعة عليه ثم عتق الجزء سبب لعتق الباقى بعد اقتضائها ملكه ومن ثم قوم عليه وثبت له ولآئه فى موضع ثبوته فالصيغة سبب السبب (وقيل) بالصيغة يقع عتق الكل معا اذ باول جزء منها يملك ملك الشريك وبكلها ينعتق الكل وفيه قوة (فعلى هذا) يشاركه فيها الظهار على قول و سراية الاستيلاد مجازاً (القاعدة الثانية) السراية ثابتة بالسنة بالنص على حصة الشريك وبالاولوية فى نصيبه قال النبى صلى الله عليه وآله وسلم من اعتق مشتركا له من عبد وله مال قوم عليه الباقى (١) فاذا كمل فالباقى لغيره فلان يكمل والباقى له أولى وفى رواية غياث بن ابراهيم الرازى عن الصادق عن الباقر عليهما السلام ان رجلا اعتق بعض غلامه فقال على عليه السلام هو حر ليس لله شريك (٢) قال والدى نفى الشركة مشترك بين ان يكون

---

(١) سنن ابى داود (ج٤) باب فيمن اعتق نصيبا الخ لكن لفظه هكذا من اعتق مملوكا بينه وبين آخر فعليه خلاصه (وفى باب فيمن روى انه لايستسعى) هكذا من اعتق شركا من مملوك له فعليه عتقه كله ان كان له ما يبلغ ثمنه وان لم يكن له مال عتق نصيبه وفيه روايات بالفاظ أخر فلاحظ

(٢) ئل ب ٦٤ خبر ١ من كتاب العتق .

يومه وليله لمولعياله ودست ثوب وفى بيع مسكنه اشكال ولوكان معسراً عتق نصيبه خاصة وسعى العبد فى فك باقيه بجميع السعى فليس لمولاه بنصيب الرقية شىء على اشكال ، ولو عجز العبد اوامتنع من السعى كان له من نفسه بقدر ماعتق وللشريك ما بقى وكان

العبدله اومشتركاً(اورد)وردان رجلااعتق شقصاله فى مملوك فلم يضمّنه النبى صلى الله عليه وآله وسلم(١) (والجواب) انه محمول على المعسر جمعاً بين الاخبار .

قال قدس الله سره : وان اعتق شقصاله (الى قوله) وفى بيع مسكنه اشكال

اقول: ليس المقصود من الموسر ان يعد من الاغنياء عرفا بل المراد ان يملك من المال بقدر قيمة نصيب شريكه او بعضها فيقوم عليه مايملك قيمته وان لم يملك غيره لعموم الخبر ويباع فيه مايباع فى الديون فيصرف فيه مافضل عن قوت يوم وليلة له ولمن يلزمه نفقته ودست ثوب (وهل) يباع مسكنه قال المصنف فيه اشكال منشأه (عموم) الخبر الشامل لدار السكنى و غيرها فيعطى حينئذ اجرة مسكن يوم وليلة (ومن) حيث انها لاتباع فى الدين وهوالاقوى عندى.

قال قدس الله سره : ولو كان معسراً (الى قوله) على اشكال.

اقول : هنا مقدمات (الاولى) الاستسعاء قهرى (لان) نظر الشارع الى تكميل الحرية ولهذا عداه الى ملك الغير قهراً (ولما) رواه الحلبى فى الحسن عن الصادق عليه السلام انه سئل عن رجلين كان بينهما عبد فاعتق احدها نصيبه الى قوله والّا استسعى العبد فى النصف الاخر(٢) وصيغة استسعى دالة على قهره (الثانية) الكتابة والاستسعاء يتغايران فان الكتابة عقد بايجاب وقبول وعوض مقدر واجل واحد اواكثر معلومين بالتراضى والاستسعاء ضمان ملك اتلف اووجد سبب تلفه على فاعله اوقابله لانه له ومن ثم قدر العوض بالتراضى وفيه بالقيمة السوقية ووجب واستحبت واجّل الوفاء بامكان الاداء ويقضى هولاهى التعجيل(٣) (الثالثة) الاستسعاء يشبه الكتابة المشروطة من وجه وهو

(١) سنن ابى داود (ج٣) آخر باب (فيمن روى انه لايستسعى) وفيه بدل قوله شقصا نصيبا

(٢) ثل ب ١٨ خبر٢ من كتاب العتق .

(٣) اى الاستسعاء يقتضى التعجيل والكتابة لاتقتضيه .

الكسب بينهما والنفقة والفطرة عليهما فان هاياه مولاه صح وتناولت المهاياة المعتاد والنادر كالصيد والالتقاط ، ولو كان موسراً ببعض الحصة قوّم عليه بقدر ما يملكه وكان حكم الباقي حكم ما لو كان معسراً والمديون بقدر ماله معسراً ، والمريض معسر فيما زاد على الثلث والميت معسر مطلقا ولو ايسر بعد العتق لم يتغير الحكم .

استقرار الملك وعجز العبد والمطلقة من وجه وهو عتق ما قابل المدفوع منه (الرابعة) المعنى المشترك بين الكتابة والاستسعاء فك العبد رقبته من الرقبة بمال من كسبه ، ويفترقان فيما ذكرناه وفي ان الاستسعاء مسبوق بعتق شقص لا يتحقق ذلك في الكتابة.

وانما لم يذكر المصنف هذه الاحكام لظهورها وذكر حكما آخر - اختلف الفقهاء في انه هل هو مشترك بينهما او هو من خصائص الكتابة وذلك الحكم انه هل يفك بكل الكسب ان احتيج او بما قابل ما اعتق منه لانه ملكه يصرف في فك رقبته فهو له في الحقيقة (يحتمل) الاول (لما) رواه القاسم بن محمد عن علي عن الصادق عليه السلام قال سألته عن مملوك بين اناس فاعتق احدهم نصيبه قال يقوم قيمته ثم يستسعى فيما بقي وليس للاخر ان يستخدمه ولا يأخذ منه الضريبة (١) وهذا لاحد الامرين (اما) لانه عتق باعتاقه اي بالصيغة (او) لزوال تصرفه عنه وعن كسبه كالمكاتب ، وايا ما كان صرف جميع السعي فيه (ويدل) على التحرير بنفس الاعتاق رواية غياث بن ابراهيم الرازي عن الصادق عليه السلام عن ابيه ان رجلا اعتق بعض غلامه فقال علي عليه السلام هو حر لليس لله شريك (٢) وترك الاستفصال مع قيام الاحتمال يدل على العموم في المقال (وفي السند) ضعف .

ويدل على انقطاع تصرفه عنه بالكلية ما رواه سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام قال سالته عن المملوك يكون بين شركاء فيعتق احدهم نصيبه قال ان ذلك فساد على اصحابه لا يستطيعون بيعه ولا مواجرته قال فيقوم قيمته فيجعل على الذي اعتقه عقوبة وانما جعل ذلك لما افسده (٣) فهذا يدل على انقطاع تصرف الشريك عن حصته (ويدل) على انه

---

(١) ئل ب ١٨ خبر ١١ من كتاب العتق .
(٢) ئل ب ٦٤ خبر ١ من كتاب العتق .
(٣) ئل ب ١٨ خبر ١٠ من كتاب العتق .

(وقيل) انقصد الاضرار فكه انكان موسراً وبطل عتقه انكان معسراً وان قصد القربة لم يقوم عليه وانكان موسراً بل يستسعى العبد فى قيمة الباقى (وقيل) مع اعساره

بكل السعى . ولرواية الحلبى الحسنة عن الصادق عليه السلام المتقدمة من (قوله عليه السلام والا استسعى العبد فى النصف الاخر) فلولم يكن بكل السعى لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة لانه سئل عما وقع (ويحتمل) قويا (الثانى) لان المامور بالفك بالسعى العبد فيكون فى ماله الحاصل بقدر الحرية (ولانه) لوكان بكل السعى لزم عتق بعض حصة الشريك عليه مجانا بغير عوض (لان) كسب العبد لمولاه اجماعا فاذا ادى عوضا عن ماله من ماله يكون فى الحقيقة كلا عوض ولهذا عدوا الكتابة فى التبرعات وجعلها من الثلث بعض من جعل التبرعات من الثلث .

فائدة

السراية انما تتحقق فى الاشقاص لا فى الاشخاص فاذا اعتق الحامل تبعها الحمل عند الشيخ كالبيع لكن - فى البيع يصح استثنائه - وفى العتق لا يصح الا بطريق السراية فانه لو افترقا فى الملك لم يسر، ولو اشترك بين مالك الام وغيره تبعت حصة مالك الام الام فى العتق و سرى الى نصف الاخر.

قال قدس الله سره : وقيل ان قصد الاضرار (الى قوله) فى الباقى.

اقول: الكلام هنا فى مسألتين (الاولى) فى عتق الشريك الموسر (فنقول) شرط الشيخ فى التقويم على الموسر ان يقصد المعتق بالعتق الاضرار بشريكه قال وان قصد القربة لم يقوم عليه بل يستحب له فان لم يفعل يستسعى العبد فى قيمة الباقى ولم يكن لصاحبه الذى يملك ما بقى منه استخدامه ولا له عليه ضريبة بل له ان يستسعيه فيما بقى من ثمنه فان امتنع العبد من السعى فى فك رقبته كان له من كسبه قدر ما اعتق ولمولاه قدر ما بقى (احتج) الشيخ على التقويم اذا قصد الاضرار وعدمه عند عدعه بل يسعى العبد فيه (بما) رواه الحلبى فى الحسن عن الصادق عليه السلام انه سئل عن رجلين كان بينهما عبد فاعتق احدهما نصيبه فقال ان كان مضارا كلف أن يعتقه كله والا استسعى العبد فى النصف الآخر (١).

(١) ثلب ١٨ خبر ٢ من كتاب العتق .

يستقر الرق في الباقي (ب) ان يعتق باختياره سواء كان ببيع او اتهاب أو غيرهما ولو ورث

(واعترض) ابن ادريس على الشيخ بالتزام التناقض في اشتراط قصد القربة بالعتق في صحته وصحته اذا قصد به المضارة قال وعدم لزوم الشراء في قصد القربة وثبوته في قصد المضارة غير واضح ولا مستقيم (اجاب) والذي المراد بالاضرار هنا تقويمه على الشريك قهراً ومنع المالك عن ملكه والرواية دالة عليه وهو حكم شرعي لازم على تقدير ى قصد الاضرار وقصد القربة ، ومراد الشيخ قصده مع قصد القربة لا بمحض العتق له خاصة فقصد الحكم الشرعي بالسبب الشرعي اللازم من السبب مع قصد القربة لا يبطل .

(الثانية) الكلام في عتق المعسر نصيبه و فيه اقوال ثلاثة (احدها) انه يستسعى العبد فيه وهو اختيار المرتضى ، والصدوق ، وهو المشهور بين الاصحاب (لما) رواه محمد بن قيس في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال من كان شريكا في عبد اوأمة قليل او كثير فاعتق حصته وله سعة فليشتره من صاحبه فيعتقه كله وان لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم اعتق منه ما اعتق ثم يسعى العبد في حساب ما بقي حتى يعتق (١) (وثانيها) انه يستقر الرق على الباقي وهو اختيار الشيخ في المبسوط (لما) رواه الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام في جارية كانت بين اثنين فاعتق احدهما نصيبه قال ان كان موسراً كلف ان يضمن و ان كان معسراً خدمت بالحصص (٢) (وثالثها) انه ان كان قصد الاضرار بطل العتق وان قصد القربة استسعى العبد في فك رقبته و ان امتنع العبد من السعى كان له من نفسه قدر ما اعتق ولمولاه الباقي وهو اختيار الشيخ في النهاية لرواية محمد عن ابي عبدالله عليه السلام قال و ان اعتق الشريك مضاراً و هو معسر فلا عتق له (لانه) اراد ان يفسد على القوم فيرجع القوم على حصتهم (٣) (والجواب) الحمل على قصد الاضرار خاصة دون التقرب جمعا بين الاخبار .

قال قدس الله سره : (ب) ان يعتق باختياره (الى قوله) على رأى.

(١) ئل ب ١٨ خبر ٣ من كتاب العتق.
(٢) ئل ب ١٨ خبر ٧ من كتاب العتق .
(٣) ئل ب ١٨ خبر ١٣ من كتاب العتق

شقصا من ابيه لم يقوّم عليه على رأى ولو اتّهب او اشترى سرى ، ولو قبل الولى هبة اب الطفل عنه انعتق ولو قبل هبة البعض انعتق البعض وفى التقويم اشكال ينشأ (من) ان قبول الولى كقبوله كالوكيل (ومن) دخوله فى ملكه بغير اختياره (فان قلنا) بوجوب التقويم لم يكن للولى قبوله للضرر ، وكذا لا تقبل الوصية ولا الهبة مع الضرر كما لو اوصى له بابيه الفقير العاجز ، ولو كان الطفل او المجنون معسراً جاز ان يقبل الولى هبة الشقص (ج) ان لا يتعلق بمحل السراية حق لازم كالوقف .

والاقرب السراية فى الرهن والكتابة والاستيلاد والتدبير ولو اعتقا دفعة لم تقوم

اقول: عتق الشقص (اما) ان يكون مباشرة بالصيغة وهذا قد مضى حكمه و(اما) بالسبب وهو ملك القريب (فاما) ان يكون اختيارا او اضطراراً فالاول كشراء الشقص او اتهابه او الصلح او الاصداق او غير ذلك ، الحق انه ينعتق عليه وهو اختيار الشيخ فى المبسوط وابن البراج وان كان قد خالف فيه شواذّ ، والاصل فيه ان القدرة على السبب (هل) هى قدرة على المسبب وفاعل السبب (هل) هو فاعل المسبب ام لا ـ اختلف المتكلمون فيه واختار المصنف ان فاعل السبب هو فاعل المسبب والقادر عليه قادر عليه فلذلك حكم بالتقويم (والثانى) كأن يرث شقصا من ابيه او اخته وقد اختلف الاصحاب فيه على قولين (احدهما) يسرى على الموسر اختاره الشيخ فى الخلاف قال لاجماع الفرقة واخبارهم وقال فى المبسوط لا يسرى على الموسر وهو اختيار ابن البراج (لان) العتق ليس هو من فعله واتفق الكل على انه لا يسرى على المعسر .

قال قدس الله سره : ولو قبل الولى (الى قوله) اختياره.

اقول: الاصح عندى الثانى .

قال قدس الله سره : والاقرب السراية (الى قوله) والتدبير .

اقول: وجه القرب ان حق المرتهن ليس اقوى من ملكه لو كان مالكا وهو لا يمنع السراية فالاولى ان يمنع الاضعف والكتابة تؤل الى العتق فلا تصلح ان تكون مانعة لهو كذا الاستيلاد واما التدبير فضعيف كالوصية لا تمنع والحق عندى السراية لعموم الاخبار المتقدمة وماروى عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم ان رجلا اعتق شقصا من مملوك له فاجاز النبى صلى الله عليه وآله وسلم

حصة احدهما على الآخر، ولو ترتب فكذلك ان شرطنا الاداء اوكان الاول معسراً (د) تمكن العتق من نصيبه اولا فلواعتق نصيب شريكه كان باطلا ولواعتق نصف العبد انصرف الى نصيبه ولزم التقويم . ولواعتق الجميع صح ولزمه القيمة ، ومع الشرايط هل يعتق اجمع باللفظ اوبالاداء اويكون مراعى فان ادى بان العتق من وقت ايقاعه وان لم يؤد بان استقرار الملك فى نصيب شريكه لمالكه اشكال ويتفرع على ذلك مسائل (الف) للشريك عتق حصته قبل الاداء ان شرطناه والا فلا وليس له التصرف فيه بغير العتق على القولين (ب) تثبت الحرية فى الجميع قبل الاداء ان لم نشرطه فترثه ورثته فان فقدت فالمعتق ولاشىء للشريك سوى القيمة وتثبت احكام الحرية من وجوب كمال الحد وغيره (ج) لولم يؤد القيمة حتى افلس عتق العبد اجمع وكانت القيمة فى ذمته يضرب بها الشريك مع الغرماء ان لم نشرط الاداء والا عتق النصيب خاصة .

عتقه وقال ليس لله شريك (١) (ويحتمل) فى الرهن عدم السراية لتعلق حق الغير به حقا لازما وفى الكتابة للرومها وعدم صحة النقل فيها وفى الاستيلاد الى الغير و فى التدبير من حيث انه كالعتق المعلق والاصح عندى الاول فى الكل ولااعتبار بهذا الاحتمال خصوصا فى التدبير .

قال قدس الله سره : ومع الشرائط هل يعتق (الى قوله) اشكال .

اقول : لما اثبت تكميل العتق بالسراية بحث هنا عن كيفية التكميل (وتقريره) ان نقول اذا اضاف العتق الى الجزء الشايع هل ينعتق الجميع بالاعتاق اعنى بالصيغة بلا توقف فى الحكم به اوباداء القيمة الى الشريك جزما اويكون عندايقاع العتق مراعى والاداء كاشف فاذا ادى المعتق قيمة نصيب شريكه ظهر لنا انه انعتق بالاعتاق وان لم يؤد حتى مات احدهما اواعسر المعتق ظهر لنا ان نصيب الشريك لم ينعتق بل هو باق على ملك مالكه ، فيه للاصحاب اقوال ثلاثة (الاول) وهو الاول من هذه قول ابن ادريس (الثانى) وهو الثانى من هذه الاحتمالات وهو قول المفيد (الثالث) وهو الثالث من هذه وهو قول الشيخ فى المبسوط واستشكل المصنف قدس الله سره هذه المسألة .

---

(١) سنن ابى داود ج٣ باب فيمن اعتق نصيبا الخ .

(د)لوا عتق حاملافلم یؤدالقیمة حتی وضعت فلیس علی المعتق الاقیمتها حین العتق وان شرطنا الاداء قوم الولد ایضاً ان قلنا بالسرایة فی الحمل (ه) لومات العبد قبل الاداء مات حراً وعلیه القیمة ان لم نشترط الاداء والا لم یلزمه شیء (و) لوادعی ان شریکه اعتق نصیبه موسراً فانکر حلف وکان نصیب المنکر رقاً ونصیب المدعی حراً مجاناً ولوشرطنا الاداء بقی رقاً ایضاً ولونکل استحق المدعی بالیمین المردودة قیمة نصیبه ولم یعتق نصیب المدعی علیه .

(احتج) الاولون بوجوه (الاول) روایة غیاث بن ابراهیم المتقدمة حیث قال علیه السلام فی جواب ان رجلا اعتق بعض غلامه هوحر(۱) الثانی ماروی عن النبی صلی الله علیه وآله انه قال اذا کان العبد بین اثنین فاعتق احدهما نصیبه وکان له مال فقد عتق کله(۲) عقب عتق النصیب بعتق الکل بلافصل و(قد) للتحقیق فلایتوقف علی غیره ویروی (فهوحر کله) (ویروی من اعتق شرکاً له فی عبد وکان له مال یبلغ قیمة العبد فهو عتیق) (۳) (الثالث) الخبر دال علی ان یساره بالقیمة قائم مقام ملکه للباقی فی السرایة فینعتق باللفظ (الرابع) ماروا سلیمان بن خالد عن الصادق علیه السلام انه قال افسد علی صاحبه رقه (۴) وهو دال علی الافساد بالاعتاق و معنی الافساد العدم (احتج) القائلون بالثانی بروایة محمد بن قیس الصحیحة عن الباقر علیه السلام قال من کان شریکا فی عبد اوأمة قلیل اوکثیر فاعتق حصته وله سعة فلیشتره من صاحبه فیعتقه کله (۵) (واحتج) القائلون بالثالث بانه جمع بین الاخبار وعندی فی هذه المسألة توقف.

قال قدس الله سره: لواعتق حاملا (الی قوله) فی الحمل.

اقول: قوله ان قلنا بالسرایة فی الحمل مجاز والمراد به ان قلنا بتبعیة الحمل

---

(۱) باب ۶۴ خبر ۱ من کتاب العتق .

(۲) سنن ابی داود ج۴(باب فیمن روی انه لایستسعی) ولفظ الحدیث هکذا من اعتق شرکا من مملوکه فعلیه عتقه کله وان کان له مایبلغ ثمنه وان لم یکن له مال عتق نصیبه .

(۳) سنن ابی داود ج۴ فی هذا الباب ایضا وکذا خبر ۲ .

(۴) باب ۱۸ خبر ۱۰ من کتاب العتق والخبر منقول الی المعنی .

(۵) باب ۱۸ خبر ۳ من کتاب العتق .

خاتمة

تعتبر القيمة يوم العتق ولومات اخذت من تركته ان لم نشترط الاداء ولوهرب اوافلس اخّرحتى يرجع اويوسر وتؤخذالقيمة ، ولواختلفا فى القيمة قدّم قول المعتق مع يمينه (وقيل)الشريك لانه ينتزع منه ولوادّعى صناعة تزيدقيمته قدّم قول المعتق قطعا الاان يكون العبد محسنا لها ولم يمض زمان يمكن تعلمه فيه فيقدم قول الشريك وان مضى زمان احتمل قويا تقديم قول المعتق لاصالة البرائة وقول الشريك لاصالة عدم التجدد ،

للحامل فى العتق كماقاله الشيخ رحمه الله (واحتج) على التبعية بما رواه السكونى عن الصادق عن الباقر عليهما السلام فى رجل اعتق امة وهى حبلى فاستثنى مافى بطنها قال الامّ حرة ومافى بطنها حرلان مافى بطنها منها(١) والجواب فى السند ضعف ـ قال المصنف قدس الله سره فعلى قول الشيخ لمّا اعتق نصف الحامل مثلا تبعه نصف الحمل ثم يسرى الى النصف الآخر فيقوّم عليه والبحث فى عتقه كالاصل هذا لفظ المصنف فى درسه.

قال قدس الله سره : ولواختلفا فى القيمة (الى قوله) ينتزع منه.

اقول : تقديم قول المعتق اختيار المصنف وابن الجنيد لاصالة البرائة كما لواختلف الغاصب بعد تلف المغصوب والمغصوب منه فى القيمة فالمصدق الغارم مع يمينه وكذا الجانى وتقديم قول الشريك اختيار بعض الاصحاب ويظهر من كلام الشيخ فى المبسوط لان المعتق تملك عليه قهراً فيصدق المتملك عليه كما لواختلف الشفيع مع المشترى فى الثمن الماخوذ (والتحقيق) ان مبنى هذه المسألة على ان السراية هل تتعجّل بنفس الاعتاق اوتتأخر الى الاداء (فان قلنا) بالاول فالمعتق متلف لحصة شريكه فيصدق لانه غارم كالمتلف وعليه الرواية (وان قلنا) بالثانى فالمصدق الشريك لان ملكه باق ومال المسلم معصوم فلاينتزع عنه الا بما يقوله فان الاصل ان لايستحق ملك الانسان الا بعوض يختاره .

قال قدس الله سره : ولوادعى صناعة (الى قوله) عدم التجدد.

---

(١) ثلب ٧٠ خبر١ من كتاب العتق .

ولواختلفا فى عيب قدم قول الشريك مع يمينه ولوكان موجوداً واختلفا فى تجدده (احتمل) تقديم قول المعتق لاصالة البرائة وعدم التجدد و(قول الشريك) لاصالة برائته من العيب حين الاعتاق ولواعتق اثنان دفعة قوّمت حصة الثالث عليهما بالسوية اختلفت حصتهما او اتفقت ولوكان احدهما معسراً قوّم على الموسر، ولوكان معسراً بالبعض قوّم عليه بقدر مايملكه وعلى الاخر بالباقى والولاء على قدر العتق ولافرق بين ان يكون الشريكان مسلمين او كافرين او كان المعتق كافراً ان سوّغنا عتق الكافر او بالتفريق ولواوصى بعتق بعض عبده او بعتقه وليس له سواه لم يقوّم على الورثة باقيه وكذا لواعتقه عند موته اعتق من الثلث ولم يقوم عليه والاعتبار بقيمة الموصى به (بعتقه- خ ل) بعد الوفاة وبالمنجز عند الاعتاق والاعتبار فى قيمة التركة باقل الامرين من حين الوفاة الى حين قبض الوارث لان التالف بعد الوفاة غير معتبر والزيادة نمت على ملك الوارث .

اقول: قوله لاصالة عدم التجدد (فيه نظر) (١) لان اصل عدم التجدد يستدل به على استمرار العدم لاعلى تقدم الوجود لان اصل العدم ينافيه ولايصح الاستدلال به على استمرار العدم هنا لان الاصل اذا ثبت خلافه لم يبق حجة ويمكن ان يقال ان هذا اختلاف فى قدر القيمة كما فى الصورة السابقة (فان قلنا) بتقديم قول الشريك قدّم هنا ولا اعتبار بذكر السبب (وان قلنا) بتقديم قول المعتق قدم هنا وهو الاقوى (لان) الاصل عدم سبق الصنعة التى يدعيها الشريك وبرائة ذمته عن الزيادة .

قال قدس الله سره : ولواختلفا فى عيب (الى قوله) حين الاعتاق.

اقول: قوله وعدم التجدد (فيه نظر) لما تقدم (ولان) الحكم بوجود الحادث فى زمان سابق بمجرد وجوده فى الزمان المتأخر غير صحيح فان الوجود فى الزمان السابق يصلح دليلا على الوجود فى الزمان المتأخر اما العكس فلا ولهذا قال المصنف (قيل وعدم التجدد) فانه استضعفه والاقوى عندى تقديم قول الشريك .

---

(١) فيه دلالة على عدم حجية الاصل المثبت ولوعلى القول بحجية الاستصحاب من باب العقل كما هو مختار القدماء ومنهم العلامة وولده قدسهما فما هو المعروف بين متاخرى المتاخرين من ابتناء الحجية وعدمها على كونه حجة من باب العقل او من باب الاخبار فيه ما لايخفى .

ولوادعى كل من الشريكين الموسرين على صاحبه عتق نصيبه حلفا واستقر الرق بينهما (ان قلنا) انه ينعتق بالاداء (وان قلنا) بالاعتاق عتق ولو كانا معسرين عدلين فللعبد ان يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً او يحلف مع احدهما ويصير نصفه حراً ولو كان أحدهما عدلا كان له ان يحلف معه و على ما اخترناه من الاستسعاء خرج نصيب كل منهما عن يده فيخرج العبد كله ويستسعى فى قيمته لاعتراف كل منهما بذلك فى نصيبه .

قال قدس الله سره :ولو ادعى كل من الشريكين (الى قوله) نصفه حرا.

اقول: هذا قول بعض الفقهاء نقله المصنف(ويرد) عليه ان العتق لا يثبت بالشاهد واليمين نص عليه الفقهاء والمصنف قدس الله سره ذكر ذلك فى كتاب القضاء فى الفصل الخامس فى اليمين والشاهد فانه قال ولا يثبت الخلع والطلاق والرجعة والعتق بالشاهد واليمين (واحتج) القائل بالشاهد واليمين هنا بانه يدعى الحيلولة بينه وبين المولى واستحقاقه لكسبه بقدر نصيبه ومنفعته والاقوى عندى انه لا يمين هنا و على هذا القول لو كان الشريك المدعى عليه موسراً (هل) يحلف الشريك المدعى مع نكول المدعى عليه الاقوى ذلك لان على القول بالسراية بنفس العتق هو اتلاف لحصة الشريك وعليه دلت رواية سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام (١) وغيرها من الاخبار الصحيحة (او نقول) ينتقل الملك الى المعتق ويستحق الشريك قيمته وعلى الاداء هو معاوضة مالية لانه بيع ضمنى يتبعه العتق والاصح انه لا يحلف على كل تقدير ، والفرق بينه وبين الكتابة ان الكتابة توجب المال اولا ثم يتبعه عتق الكل والبعض والادآء هنا تابع للعتق وفرق بينه وبين دعوى اشتراط العتق فى البيع لان العتق هنا تابع للبيع والاقوى عندى ان لا يحلف فى الكل .

فائدة

انما قيد بقوله معسرين عدلين(لان)اعتاق المعسر لا يوجب التقديم على شريكه ولا يثبت فى ذمته مالا ولا يوجبه عند يسار ، فعلى هذا بنى المصنف هذا الكلام وانما اوجب سعى العبد عليه والعبد مقرّبه فحينئذ لا تكون هذه دعوى على الشريك بل لا

(١) وقد تقدم ذكر محلها .

وان اشترى احدهما نصيب صاحبه عتق عليه ولم يسر الى النصف الذى كان له ولا يثبت له عليه ولاء ولو اكذب نفسه فى شهادته على شريكه ليسترقهما اشتراه منه لم يقبل (اما) الولاء فله لان على العبد ولاء لايدعيه سواه (وفيه اشكال) اقربه انتفاء الولاء عنه اذ ليس هو المعتق نعم يثبت له المال لاعتراف البايع له بالاستحقاق فلومات قبل العبد ورث العبد و ارث المال لا الولاء فان اكذب البايع نفسه بعد اكذاب المشترى

دعوى حقيقة اصلا .

قال قدس الله سره : وان اشترى احدهما (الى قوله) لاالولاء .

اقول: هذه فروع على ان الشريكين المعسرين اذا ادعى كل منهما على الاخر عتق نصيبه ثم اشترى احدهما نصيب صاحبه اعتق عليه ومراده بقوله اشترى الافتداء من جهة المشترى ظاهراً وهو بيع من جهة البايع فقوله اشترى مجاز ، ومعنى قوله (اعتق عليه) انه يحكم عليه باقراره ظاهراً بعتقه والضمير فى قوله عتق راجع الى النصيب الذى ابتاعه قوله (ولم يسر الى آخره) وذلك لان المباشر معسر والمقر ليس بمباشر للعتق بل هو مخبر عنه وعلل بانه عتق قهرى (لان) سببه عتق الشريك المعسر كما لو ورث بعض قريبه والمسألة فرع على ان العتق من المعسر لايجوز نصيب الشريك بل هو قبل السعاية مملوك.

قوله (ولايثبت له عليه ولاء) لانه ليس بمباشر لكن الحق عندى انه لومات ولا وارث له بالنسب فللمقر أن يأخذ منه قدر الثمن الذى دفعه لان البايع يزعم انه للمقر بالملك وهو يزعم انه للبايع بالولاء فقد ظفر لمن ظلمه بمال وتعذر الاستيفاء بحكم الحاكم فله ان يأخذ منه بقدره قوله (ولواكذب نفسه فى شهادته على شريكه ليسترق مااشتراه منه لم يقبل منه) لمنافاة هذه الدعوى اقراره (قيل) والولاء له لان عليه ولاء لايدعيه سواه و(لان) البايع يزعم ان ماله له وانكر هو ذلك ثم رجع فى انكاره وادعى المال فيقبل كما لوقال ذواليدهذا المال لزيد فكذبه زيد ثم رجع وادعاه والغاية القصوى من الولاء المال وهذا (فيه نظر) لان المال تابع للولاء وهو فى حالتى اقراره وانكاره منكر للولاء فكيف يحكم انه له ولانه ليس بمعتق ولاوارث للمعتق ولايرث بالولاء الااحدهما ولايقبل النقل بغير الارث (فقوله الولاء له) مدخول لكن يثبت له المال لانه مدع له

قدم قول البايع ولواشترى كل منهما نصيب صاحبه عتق اجمع ، ولاولاء لاحدهما عليه فان اعتق كل منهما ما اشتراه ثم اكذب نفسه فى شهادته ثبت الولاء ، ولواقر كل منهما بانه كان قد اعتق وصدق الاخر فى شهادته بطل البيعان ولكل منهما الولاء على نصفه .

ولو كان احدهما معسراً والآخر موسراً عتق نصيب المعسر وحده ان لم نشترط الاداء ولا نقبل شهادة المعسر عليه ويحلف الموسر ويبرء من القيمة والعتق معا ولا ولاء لاحدهما فى نصيب المعسر ، ولواقام العبد شاهداً حلف معه وعتق نصيب الموسر ولواعتق المعسر من الثلاثة نصيبه تحرر واستقر رق الاخرين ان لم نقل بالاستسعاء فان اعتق الثانى نصيبه وكان موسراً سرى فى حصة الثالث وكان ثلثا الولاء للثانى واذا دفع المعتق قيمة نصيب شريكه عتق بعد الدفع ليقع العتق عن ملك ان قلنا ينعتق بالاداء وكذا اذا دفع قيمة باقى قريبه ، ولواستسعى العبد ثم ايسر المعتق فلا رجوع للعبد عليه اما لو ايسر قبل الدفع فانه يضمن القيمة .

وعلى ما اخترناه من السعاية الاقرب انه قبلها مملوك فى حصة الشريك (ويحتمل) ان يكون حرا والمال فى ذمته فاذا مات اخذ مولاه بقية السعاية (و على الاول) يرث

والبايع يصدقه والمال لا يخرج عنهما و(يتفرع على ذلك) انه لو مات المولى قبل العبد ورث مال العبد وارث المولى اعنى وارث المال لا وارث الولاء فيدخل الزوج والزوجة والبنات ومن لا يرث الولاء ككلالة الام فعلى ما اخترناه يرث وارث المال بقدر ما دفعه مورثه من الثمن والباقى لا يدعيه احد ويسلم الى الحاكم ليتصدق به وعلى عبارة المصنف يرث وارث المال جميع تركة العبد لاعتراف البايع باستحقاقه له .

قال قدس الله سره : ولو كان احدهما معسراً الى آخره.

اقول: هذا قسم من قسيم (اقسام ـ خل) قوله (ولوادعى كل واحد من الشريكين الموسرين على صاحبه عتق نصيبه) اذ قسيمه ان لا يكونا موسرين وله قسمان (احدهما) ان يكونا معسرين وقد مضى وهذا الآخر فقوله (ولو كان احدهما معسراً) اخت لقوله ولو كانا معسرين .

قال قدس الله سره : وعلى ما اخترناه من السراية (الى قوله) بقدر الرقية

بقدر الرقية والساعي كالمكاتبة المطلقة وينعتق بقدر مايؤدى فاذا اثبتنا السعاية فانه يستسعى حين اعتقه الاول فاذا اعتق الثاني لم يصح ان قلنا بتحريره بالاول والا صح ولا سعاية عليه ولواعتق المعسر حصة فهاياه الثاني او قاسمه كسبه ثم مات العبد وفي يده مال لم يكن للمالك فيه شيء لانه حصل بجزئه الحر ، ولوكان له نصف عبدين متساويين ولا يملك غيرهما فاعتق احدهما سرى الى نصيب شريكه (لانه) موسر بالنصف من الاخر فان اعتق الاخر عتق (لان) وجوب القيمة لايمنع عتقه ولم يسر لانه معسر ولواعتق الثاني في مرضه لم يصح لان عليه دينا .

اقول: وجه القرب رواية محمد بن قيس الصحيحة عن الصادق عليه السلام قال من كان شريكا في عبد اوامة قليل اوكثير فاعتق حصته وله سعة فليشتره من صاحبه فيعتقه كله وان لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم اعتق منه ما اعتق ثم يسعى العبد في حساب مابقي حتى يعتق (١) جعل العتق بعد السعي فيما بقي والمراد بعد الاداء وهو ظاهر ولما رواه الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام في جارية كانت بين اثنين فاعتق احدهما نصيبه قال ان كان موسراً كلف ان يضمن وان كان معسراً خدمت بالحصص (٢) ووجه احتمال الحرية الرواية المتقدمة عن غياث بن ابراهيم في قوله ليس لله شريك .

المطلب الثاني في عتق القرابة

مقدمة الابوة وان علت كالجدودة والبنوة وان نزلت كولد الولد موجبان للعتق على احد المتضايفين منهما اذا استرق مضايفه (قال الله تعالى) **و ما ينبغي للرحمن ان يتخذ ولدا** الاية (٣) وقال تعالى **وقالوا اتخذ الرحمن ولدا سبحانه بل عباد مكرمون (٤)** دل على منافاة الولادة والعبودية وتحريم الانثى نسبا اورضاعا يوجب انعتاقهما اذا ملكها من حرمت عليه بذلك اجماعا .

---

(١) ئلب ١٨ خبر ٣ من كتاب العتق .
(٢) ئلب ١٨ خبر ٧ من كتاب العتق (٣) مريم ٩٢
(٤) البقرة ١١٦ .

المطلب الثانى عتق القرابة

فمن ملك احد ابعاضه (١) اعنى اصوله وفروعه عتق عليه سواء دخل فى ملكه باختياره اوبغيراختياره وسواء كان المالك رجلا اوامرأة وكذا لو ملك الرجل احدى المحرمات عليه نسبا اورضاعا ولاينعتق على المرأة سوى العمودين ، ولوملك احد هما من الرضاع من ينعتق عليه لوكان نسبا عتق عليه ويثبت العتق حين يتحقق الملك ومن ينعتق عليه بالملك كله ينعتق بعضه لوملك ذلك البعض ولايقوم عليه لوكان معسراً ولا مع يساره لوملكه بغيراختياره ولوملكه مختاراً موسراً فالاقرب التقويم وهل يقوم اختيار الوكيل اواختياره جاهلين مقام اختياره عالما (فيه نظر) .

قال قدس الله سره : ولوملك احدهما (الى قوله) فالاقرب التقويم .

اقول: قوله (احدهما) الضمير راجع الى الرجل والمرئة اذا عرفت ذلك (فنقول) قال الشيخ فى المبسوط يقوم عليه واختاره المصنف لان تملكه اختياراً سبب موجب للعتق فكان كتلفظه بالصيغة لتساويهما بالسببية وليس بقياس بل هو تمثيل (لان) العلة دخوله تحت قوله من اعتق لانه يصدق حقيقة على من فعل اختياراً السبب الموجب للعتق (ويحتمل) العدم لانه انما اختار الملك لاالعتق لان ارادة الشىء تستلزم كراهة ضده وليس الملك علة موجبة للعتق لتضادهما بل الشارع حكم بالعتق بعد الملك فالملك علامة والحق الاول (والتحقيق) انه ان كانت القدرة على السبب قدرة على المسبب قوم وكذا ان قلنا ان الفعل ينسب الى من صدر منه لابقدرة بانه فعل فعلا وهو فاعل فان فاعل السبب هو فاعل المسبب قوم ايضاً فهذه المسألة واشباهها ترجع الى هاتين القاعدتين .

قال قدس الله سره : وهل يقوم اختياراً (الى قوله) فيه نظر .

اقول : هنا مسئلتان (الاولى) لواشترى الوكيل بعض من ينعتق على موكله جاهلا بالنسب فالكلام هنا فى موضعين (احدهما) هل يصح هذا الشراء ام يتوقف على اجازة المالك (فيه نظر) ينشأ (من) اطلاق الموكل الاذن فى شراء مملوك وهذا مملوك فيصح الشراء (ومن) حيث ان الظاهر ان الموكل انما اذن له فى شراء مملوك يستقر ملكه عليه

---

(١) اطلق الابعاض على الابوين مجازا واستعمل الابعاض فى الاولاد واولاد الاولاد وان نزلوا حقيقتاً .

ولواوصى له ببعض ولده فمات قبل القبول فقبله اخوه له سرى على الميت ان خرج من الثلث فكأنه قبل في الحياة، ولواوصى له ببعض ابن اخيه فمات فقبل اخوه له لم يقوم على الاخ لان

وهذا ليس كذلك ففيه اتلاف المال لانه في مقابل ملك لايستقر وايجاب نفقة ان كان ممن تجب نفقته فيقف على الاجازة ويتفرع على ذلك العتق فمتى صح الشراء انعتق فصحة الشراء و العتق هنا متلازمان . والاقوى عندى انه لايصح الشراء الّا اذا تضمنت وكالته شراء النسيب الذى ينعتق على الموكل (وثانيهما) على القول بعتقه (هل) يقوم عليه الباقى امّا (فيه نظر) وجه النظر من انه ملك بعض قريبه بسبب اختيارى لانه من وكيله وافعاله منسوبة الى اختيار موكله والّا لم يصح (ومن) حيث انّه لوفعله الوكيل عالما لم تنفذ الّا باجازة الموكل فمع الجهل اولى (ولانه) غير مقصود للوكيل لان القصد مشروط بالعلم (ولان) الشراء في العالم اختيار للعتق لانه اختيار للسبب بخلاف الجاهل وعلى مااخترناه وهوانه ان تضمنت الوكالة شراء القريب صح الشراء وانعتق وقوم عليه ايضا والّافلا .

(الثانية) لواشتراه وهوجاهل بالنسب انعتق وهل يقوم عليه (فيه نظر) منشأه مبنى على مقدمتين (احديهما) ان اختيار السبب هل هواختيار المسبب امّا (وثانيتهما) ان فاعل السبب هل هو فاعل المسبب امّا وهذه مسألة كلامية اختلف المتكلمون فيها (فعلى الاولى) من كل واحدة من المقدمتين يقوم عليه والّافلا و (لما) رواه الشيخ في الحسن عن محمد بن قيس عن الصادق عليه السلام قال قلت له رجل دفع اليه رجل آخر الف درهم مضاربة فاشترى اباه وهولايعلم فقال يقوم عليه فان كان درهما واحداً اعتق ويستسعى في مال الرجل (١) والضمير في اباه الظاهر انه راجع الى اب العامل وفي دلالة هذه الرواية على المطلوب (نظر) لجواز كون العامل معسراً فلا يقوم عليه ، و الاقوى عندى انه ينعتق ويقوم عليه الباقى .

قال قدس الله سره: ولو أوصى له ببعض ابن اخيه (الى قوله) ويحتمل التقويم

اقول :الضمير في قوله اخوه راجع الى الوالد (ووجه الاحتمال) انه ملكه باختياره فقد اوجد سبب العتق باختياره فكان مباشراً للعتق (واعلم) ان هذا البحث اذا قبل للميت

(١) ئل ب٨ خبر ١ من كتاب المضاربة .

الملك يحصل للميت ثم له فكانه حصل له بغير اختياره (ويحتمل) التقويم وكذا الاحتمال لو رجع اليه بعض قريبه برد عوضه بالعيب ، ولو اشترى هو واجنبى صفقة قريبه عتق كل مع يساره و ضمن قيمة حصة شريكه ، ولواشترى الزوج والولد امّه صفقة وهى حامل ببنت قومت حصة الزوج على الابن وعتقت البنت عليهما معالانها بنت الزوج واخت الابن وليس لاحدهما على الآخر شيء وكذا لووهبت لهما فقبلاها دفعة ، ولوقبلها الابن اوّلا عتقت هى وحملها وغرم القيمة (وهل) هى للزوج اوللواهب اشكال اقربه الثانى فله

اماذا قبل لنفسه فقد احتمل الصحة فيعتق عليه ويقوّم ان قلنا بالتقويم فى مثله ولا يقضى ديون الميت لوكان ممن لاينعتق عليه (ويحتمل) البطلان لانه لم يوص له .

قال قدس الله سره :وكذا الاحتمال (الى قوله) بالعيب.

اقول : تقرير المسألة ان الانسان اذا ملك بعض قريبه ممن لاينعتق عليه فباعه بعوض شخصى ثم مات البايع وورثه من ينعتق هذا المبيع عليه كما لوباع بعض اخيه ثم مات البايع ولم يترك وارثا سوى ابن اخيه الحرالذى ابوه مملوك ثم بعدموته ظهر فى الثمن المدفوع الى البايع عيب قديم سابق على البيع ولم يتصرف البايع فيه فرده وارثه بعيب انفسخ البيع ورجع اليه بعض ابيه باختياره فينعتق عليه الحصة المبيعة المردودة قطعا وهل يسرى الى باقيه ويقوم عليه احتمالان كما تقدم فى المسألة الاولى

قال قدس الله سره : ولواشترى الزوج (الى قوله) نصف قيمة الام.

اقول: المراد فى هذه المسألة انه يتأخر قبول الزوج تأخراً لاينافى التواصل المشروط بين الايجاب والقبول كالتنفس اوتم قبول الابن قبل تمام قبول الاب مع اتصاله وعدم انقطاعه والاشكال ينشأ (من) ان سبب ملك الزوج العقد المركب من الايجاب والقبول والمركب متأخر عن كل واحد من اجزائه والمسبب لايتقدم على السبب فقبل القبول لايملك الزوج واذا هلكت عين الموهوب قبل القبول بطلت الهبة فتكون القيمة للواهب وهذا هوالصحيح عندى (ويحتمل) ان يكون للموهوب (لان) القيمة قائمة مقام الغير و قد تعلق حق الزوج بالعين باستحقاق تملكها فيتعلق بالقيمة كذلك و هذا الاحتمال ليس له وجه عندى (لان) مستحق القيمة انما هوالمالك حقيقة لامن يملك ان

نصف القيمتين والّافللزوج نصف قيمة الام ، ولوقبل الزوج اولا عتق عليه الولد كله ثم اذا قبل الابن عتقت عليه الام كلها ويتقاصّان على الاول ويردّ كل منهما الفضل على

يملك ولامن ملكه مع السراية ووجوب القيمة بعدها ومبنى هذه المسألة على انّ السراية بلفظ هو سبب العتق ، فعلى كونها للواهب يكون على الابن نصف القيمتين للواهب وعلى كونها للموهوب يغرم للزوج نصف قيمة الام وقد فهم منه انه لايضمن من قيمة البنت شيئاً لان ضمان شيء من قيمة البنت له مسبوق بملكه لمقابله منها و هو مستلزم لعتقه عليه فلايجتمع ضمان القيمة على غيرموكونها له (واجيب) بان الضمان له لانه يملك ان يملك والعتق انما هو بالملك بالفعل لابملك ان يملك ولذلك لم يصرح المصنف بذكر البنت وهذا البحث كله عندى ليس بمتوجه .

قال قدس الله سره : ولوقبل الزوج اولا (الى قوله) على صاحبه.

اقول : اذا قبل الزوج اولا عتق الولد عليه كله ـ نصفه بالملك والنصف بالسراية ويضمن قيمة النصف للولد على الاحتمال فاذا قبل الابن ملك نصف الامّ و انعتقت عليه بالملك والسراية فيضمن للزوج نصف قيمة الام فيتقاصّان ويردّ من فضل عليه على صاحبه الفضل وهذا لايخلو من نظر اذ التقاص مبنى على ان قيمة السراية للموهوب له ، و انه اذا كان الموهوب له ممن ينعتق عليه المملوك الموهوب يغرم له من عتق عليه (ففى التقاص نظر) لان المصنف على تقدير ان تكون القيمة للموهوب له لم يوجب للزوج نصف قيمة البنت لانها تنعتق عليه وهو يقتضى ان لايكون للولد مطالبة لقيمة نصف اخته لانها تنعتق عليه فلاتقاص فالحكم (باستحقاق الابن) الرجوع على الزوج بنصف قيمة البنت على الابن لوتقدم قبول الابن (والتقاص) مما لايجتمعان ـ لكن المصنف لم يصرح بعدم تقويم نصف البنت على الزوج اولا ، ولماكان الحق عندنا ان القيمة للواهب كما تقدم فاذا تقدم قبول الزوج كان نصف الام له وبطل نكاحه ولاتنعتق عليه ونصف البنت له ايضا وتنعتق عليه ويسرى ويغرم نصف قيمة البنت للواهب ومع قبول الابن يملك نصف الام و ينعتق عليه و يسرى الى النصف الذى يملكه الزوج و عليه قيمته للزوج وان تقدم قبول الابن انعتقا عليه وضمن نصف القيمتين للواهب .

صاحبه ، وكذا الوصية .

قال قدس الله سره : وكذا الوصية .

اقول: معناه الكلام فى الوصية كالكلام فى الهبة فى المسائل وكون المضمون للموصى له يمكن توجهه (توجيهه -خل) بخلاف الموهوب لان القبول فى الهبة جزء من السبب اجماعا واما فى الوصية فخلاف قال بعضهم قبول الموصى له كاشف عن ملكه بالموت ورده يكشف عن عدم ملكه وبطلانها لان استحقاقه يتعلق بالموت فاشبه الميراث ولقوله تعالى **من بعد وصية يوصى بها او دين(١)** اعتبر الوصية بمجرد الايصاء من غير الاعتبار القبول ولانه جعل الميراث بعد الايصاء فقبل القبول (اما) ان لا يكون ملكا لاحد وهو محال او يكون (فاما) للميت وهو محال لانه بالموت خرج عن صلاحية المالكية اذا الموت سبب تام لنقل الملك عنه ولا الوارث لان البعد لا يكون قبلا والا دار ولا غيرهم اجماعا فتعين الموصى لهم فيكون القبول كاشفا (وقيل) القبول سبب وهو الاقوى عندى لانه تمليك بعقد فيتوقف على القبول كسائر العقود لان العقد مركب وجزء السبب التام سبب ناقص لا تام ويتفرع على القولين النماء المتجدد بين الايجاب والقبول .

المطلب الثالث القرعة

قاعدة من خواص العتق الاضافية القرعة ، والفقيه يبحث فيها فى مقامين (احدهما) فى محلها وقد تكلم المصنف فيه فى هذا الفصل (وثانيها) فى كيفيتها ويبحث المصنف عنه فيما يأتى ثم المحل (اما) محل الايقاع (او) محل التنفيذ او محل اشتباه ما هو فى نفس الامر بغيره لبيانه.

(اما محل الايقاع) (فضابطه) ان يوقع الصيغة على واحد او اكثر معلوم القدر غير معين من جملة معلومة نسبتها الى افراد الجملة على السوية ولا يتناول الكلى المجموعى كقوله احد عبيدى حر .

(واما محل) التنفيذ فمختص بالمريض فى المنجز على الاصح والمؤخر باجماع الكل (وضابطه) ان يعتق عبيداً فى مرض موته دفعة واحدة نقص عنهم الثلث ولم تجزه

(١) النساء ١٢

المطلب الثالث القرعة

ومحلها الكثرة اذا حصل العتق لبعضهم ، فمن اعتق احد عبيده ولم يعين ثم مات قبله (قيل) يعين الوارث (وقيل) القرعة ، ومن اعتق فى مرض الموت ثلاثة اعبد لامال سواهم دفعة اخرج واحدا بالقرعة ولو رتب بدىء بعتق الاول فان زاد على الثلث نفذ بقدره ولو نقص اكمل من الثانى بقدره وكذا لو اوصى على ترتيب ، ولو اشتبه اوجمع اقرع و التدبير كالوصية ، ولو قال الثلث من كل واحـد منكم حر ففى اجزاء القرعة اشكال ،

الورثة روى عمران بن الحصين ان رجلا من الانصار اعتق ستة مملوكين فى مرضه ولامال له غيرهم فجزأهم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ستة اجزاء فاعتق اثنين ورق اربعة (١) وهذا نص فى شيئين (احدهما) استعمال القرعة وجمع الحرية وهذا حديث مشهور و فى المؤخر ان يوصى بعتق الكل دفعة واحدة وغايتها اجتماع الحرية فى بعضهم لينعتق بكماله او يقرب منه ويتحقق الدفعة بتناول الصيغة المقتضية لعتقهم اما مطابقة اوالتزاما بواسطة السراية فالمطابقة ان يحمل الكل بلفظ دفعة ويحكم عليهم بالعتق بلفظ واحد كقوله هؤلاء كلهم احرار اوسمى كل واحد ويحكم عليهم بالعتق بلفظ واحد كقوله غانم وسالم وسعيد ومبارك احرار ،وكل من سالم وغانم ومبارك حر فهذه محل القرعة اجماعا ، و اما الالتزام بالسراية فذكره المصنف فى قوله ، ولو قال الثلث من كل واحد منكم حر (واما محل الاشتباه) كأن يعتق بعضا معينا من عبيده كأحد عبيده بعينه ثم يشتبه بغيره اويعتق بالترتيب ثم يشتبه السابق فهيهنا القرعة كاشفة لما هو معين فى نفس الامر (لان) الذى وقع عليه العتق هنا معين فى نفس الامر وغير معين عندنا بعد ان كان معينا لاشتباه عرض لانه امر مشكل وكل امر مشكل فيه القرعة .

قال قدس الله سره : فمن اعتق (الى قوله) وقيل القرعة .

اقول: وقد تقدم الخلاف فى هذه المسألة وان الشيخ وابن الجنيد اختارا القرعة وهو الاقوى عندى .

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

---

(١) المستدرك باب ١٦ خبر ٣ من كتاب الوصية .

ولومات احدهم اقرع بين الميت والاحياء فان خرجت على الميت حكم بموته حراً والا رقا ولا يحتسب من التركة ويقرع بين الحيين فيتحرر من تقع عليه القرعة ان وفى بالثلث من التركة الباقية ، ولوعجز اكمل الثلث من الآخرفان فضل منه شيء كان الفاضل رقاً ولو كان موته بعدقبض الورثة له احتسبه من التركة ، ولودبّرهم ومات احدهم قبل المولى بطل تدبيره واقرع بين الحيين فاعتق من احدهما ثلثهما .

ولو اعتق ثلاث اماء في مرض الموت ولا يملك سواهن اخرجت واحدة بالقرعة فان كان بها حمل تجدد بعد الاعتاق فهو حرّ اجماعا وان كان سابقا فالاقرب الرقية ، ولو

اقول: ينشأ (من) ان استعمال القرعة انما كان لانتفاء ضرر التشقيص وهو قد نص عليه ولانه قد حرّ ثلث كل واحد بخصوصية فالجزء الحر لا يجوز استرقاقه (ومن) حيث ان العبيد له على الخصوص واعتاق بعض العبد الخالص كاعتاق كله فصار كما لو قال اعتقت هؤلاء اواعتقتكم وقد سبق مثل هذا في الوصايا، وفرق بين المنجز هنا والمعلق على الموت كما لو قال ثلث كل واحد منكم حر بعد موتي اوثلث هؤلاء احرار بعد موتي عتق من كل واحد ثلثه ولا يقرع لانه لا سراية بعد الموت وانما يتنزل اعتاق الثلث منزلة اعتاق الكل مع السراية والاصح انه لا قرعة هنا لمنع السراية هنا لعدم اتساع الثلث لها ومع انتفاء المتبوع وهي السراية ينتفي التابع ،وانّما قال ثلث كلّ واحد منكم حرّ حتّى يكون الاعتاق دفعة فانّه لو رتّب لبدء بالاوّل وتحققت السراية لايساره باتّساع الثلث المتقدّم .

قال قدس الله سره : ولو اعتق ثلاثة اماء (الى قوله) فالاقرب الرقية

اقول : تقرير هذه المسئلة ان الثلاث اماء كل واحدة هي الثلث ولا يملك سواهن ومات وهن باقيات فتخرج التي تخرج قرعتها من الثلث ثمّ فرض حمل من اخرجتها القرعة فان كان تلفظه بالعتق قبل علوقها بالحمل فالحمل حرّ اجماعا وان كان قبل تلفظه بالعتق بعد الحمل فعندي وعند والدي الحمل رق لسبق رقه والاصل البقاء ، وقال الشيخ في المبسوط وابن الجنيد يعتق تبعا لها لانه كالجزء منها وقد سبق الكلام في تبعية الحمل للام في العتق وغيره ومراد الشيخ انها اذا خرجت هي وحملها من الثلث ومبني القولين ان الحمل كالكسب عندنا وكالجزء عند الشيخ .

اوصى بعتق عبد فخرج من الثلث لزم الوارث اعتاقه فان امتنع اعتقد الحاكم ويحكم بحريته من حين الاعتاق لا من حين الوفاة فما اكتسبه بينهما(١) للوارث على رأى ، ولو اعتق المريض شقصا من عبد ثم مات معسراً فلا تقويم فان لم يكن غيره عتق ثلثه ولو خلف ضعف قيمة الشقص الباقى قوّم عليه وعتق على اشكال ينشأ (من) انتقال التركة الى الورثة فلا يبقى شيء

تذنيب

لابد من تقويم الحمل (فعلى دخوله) لاعتباره من الثلث (وعلى عدم دخوله) فلاحتسابه على الورثة (فعلى الاول) يقوّم حملا يوم الاعتاق نص عليه فى المبسوط وابن الجنيد وكذا على الورثة ان لم يولد فى حال حيوة المعتق لان زيادة القيمة بانفصاله حيا حصلت فى ملك الورثة فلا يحسب عليهم ولو ولد فى حال حيوة المعتق قوم على الورثة منفصلا باقل قيمة حين الوفاة وحين قبضهم اياه وما بينهما .

قال قدس الله سره : ولو اوصى بعتق عبد (الى قوله) على رأى .

اقول: قوله اعتقه الحاكم لانه حق لله تعالى وحق العبد متعلق بماله وكل من وجب عليه حق لله او للادمى قام الحاكم مقامه فى ذلك مع امتناعه كالزكوة والديون وقوله على رأى اشارة الى خلاف الشيخ فى المبسوط فانه قال بحكمين (احدهما) انه ينعتق حين الاعتاق لا حين الوفاة (وثانيهما) ان كلما اكتسبه بعد وفاة الموصى وقبل الاعتاق فهو للعبد لانه مال اكتسبه بعد استقرار سبب العتق بالوفاة فكان احق به قال فاذا ثبت انه يرجع اليه فانما يملكه بعد العتق لانه قبله رقيق لا يملك وانما كان احقّ به (اعترضه) والدى فى المختلف بان سبب العتق ان كان تاما جامعا للشرائط ثبت العتق والملك لاستحالة انفكاك المعلول عن علته التامة ولم يقل به (لانه) حكم برقه وانما يتحرّر بالاعتاق، وان لم يكن تاماً لم يثبت شيء من معلولاته ولا معلول معلوله فيكون الكسب لمالك الرقبة لوجود السبب التام فيه .

قال قدس الله سره : ولو اعتق المريض (الى قوله) للشريك .

اقول: (ومن) حيث ان المقتضى موجود والمانع منتف (اما الاول) فلعموم قوله

(١) اى بين الاعتاق والوفاة .

يقضى منه للشريك (ومن) ان التقويم كالدين ، امـا لواوصى فالاقرب عدم التقويم

عليه الصلوة والسلام من اعتق شقصا من عبد عتق عليه كله (١) و(اما الثانى) فلان المانع الاعسار والشرط الايسار والمانع منتف و المقتضى موجود لوجود الايسار لانه يملك ضعف قيمة الشقص الذى يتحقق فيه السراية وانما يكون ذلك اذا خرج الجزء الذى عتق بالمباشرة من الثلث فيكون قد اخرج المباشر عتقه من الثلث وملك الورثة ضعفه وملكوا ايضاً ضعف الباقى بعد اخراج قيمة حصة الشريك من التركة لتحقق السراية .

قال قدس الله سره : اما لواوصى فالاقرب عدم التقويم وكذا التدبير.

اقول: وجه القرب ان الوارث انما يعتق عن الميّت والميت لايملك شيئاً الا ما اوصى به فهو بمنزلة المعسر فانتفى شرط التقويم وهو الايسار وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط (ويحتمل) ضعيفا السراية لعموم الرواية ، والحق عندى انه لا يقوّم على الميت الا اذا أوصى بالتقويم وخرج من الثلث (وهل) يعتبر رضى الشريك الاقوى لا لانه بوصيته واحتمال الثلث له وكانت قيمة النصيب باقية على حكم ملكه فصار بمنزلة الموسر اذا اعتق (اورد) تقويم غير واجب فكان تبرعا بوصية بشراء ملك غيره و عتقه فاعتبر رضا الشريك (قلنا) علّة السراية الايسار بثمنه وبوصيته وخروجه من الثلث ملك وبقاء المال الى بعد وفاته ليخرج من الثلث كاشف عن سبق ملكه لا سبب فيبطل قول من قال ان الايسار متاخر عن العتق واذا كان حال العتق معسراً ثم ايسر فيما بعد فلا تقويم وكذا هنا ـ قوله (وكذا التدبير) انما ذكره متاخراً (لان) الوصية انوجب فيها التقويم فالتدبير اولى (لان) فى الوصية يفتقر الى ايقاع الصيغة بعد الموت و التدبير يكفى فى العتق به الموت فهو يعتق بعتق المريض ولهذا قيل انه عتق معلق (وان قلنا) ان الوصية لاتوجب التقويم (احتمل) مساواته للوصية لانه عتق بعد الموت (ويحتمل) التقويم لانه انعتق بمجرد الصيغة الموصى والوفاة خصوصا على قول من قال ان الموت كاشف عن عتقه فى آخر جزء من حيوته وهذا القول ليس لنا و الاقوى عندى فى هذه كلها عدم التقويم ولا اعتبار بهذه الاحتمالات .

---

(١) سنن ابى داود ج٤ باب فيمن اعتق شقصاً الخ من كتاب العتق .

وكذا التدبير ، ولوظهر دين مستغرق بعد الحكم بالحرية لحزوجهم من الثلث ظاهراً حكم ببطلان العتق فان قال الوارث نحن نقضي الدين ونمضي العتق فالاقرب نفوذه لان المانع الدين وقدسقط (ويحتمل) عدمه لان الدين مانع فوقع باطلا ولايصح بزوال المانع بعده ، ولووقعت القرعة على واحد من الثلاثة فاعتق ثم ظهر دين يستغرق نصف التركة (احتمل) بطلان القرعة لان صاحب الدين شريك والصحة ويرجع نصف العبد رقا ، ولو ظهر له مال بقدر ضعفهم بعد رقية اثنين اعتقوا اجمع ويكون كسبهم من حين الاعتاق لهم وان بيعوا بطل البيع وكذا لوزوّجوهم بغير اذنهم ولوتزوج احدهم بغير اذن سيده كان نكاحه صحيحا ، ولوظهر له مال بقدر قيمتهم عتق ثلثاهم فيقرع بين الاثنين الباقيين ولو علق نذر العتق بشرط وجد في مرضه اعتق من صلب المال ، ولوشهد بعض الورثة بعتق مملوك

قال قدس الله سره : ولو ظهر دين مستغرق (الى قوله) بزوال المانع بعده

اقول : العتق لايمكن ان يكون موقوفا بل على الاحتمال الاول يكون مراعى والاصح عندى الاول .

قال قدس الله سره : ولووقعت القرعة (الى قوله) شريك .

اقول : المراد بقوله (صاحب الدين شريك) اى مشارك للورثة في الاقراع فاذا حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة كالمرتهن فانه لوقسم الراهن وشريكه دون المرتهن لم يصح بدون اجازته وشركته للمرتهن انما هو في استحقاق التنفيذ وله حق المنع كما ان للورثة حقا بل على القول بان الورثة لايملكون الا بعد قضاء جميع الدين يكون قد تعلق لهم حق الاستحقاق بدفع الدين وابقاء التركة لهم فاطلق عليه الشريك مجازاً و ليس مراده الحقيقة وهو ملك جزء من التركة (ووجه هذا الاحتمال) انه يمكن الجمع بين الحقوق اعنى حق العتق وحق الدين (لانه) يمكن امضاء القسمة وافراز حصة الدين من كل واحد من النصيبين (لان) القرعة لاجل العتق دون الدين لان متعلق الدين من التركة ما يقابله (لانه) قدتقدم ان تعلق الدين بالتركة هل هو بتعلق كل جزء منه بكل التركة او تعلق كله بكل التركة على التقسيط او يتعلق منها بقدر مقابله وقدتقدم البحث في ذلك في الوصايا وهذه المسألة المذكورة هنا مبنية على مسألة تعلق الدين بالتركة .

لهم مضى العتق فى نصيبه فان شهد آخر وكانا مرضيين نفذ العتق فيه اجمع والا مضى فى نصيبهما ولا يكلف احدهما شراء الباقى ولو شهد اثنان على رجل بعتق شقص قوم عليه الباقى فان رجعا غرما قيمة العبد اجمع لانهما فوتا عليه نصيبه وقيمة نصيب شريكه .

ولو شهدا على المريض بعتق عبد هو ثلث تركته فحكم الحاكم بعتقه ثم شهد آخران

قال قدس الله سره : ولو شهدا على المريض بعتق عبد (الى قوله) لم يرجعوا بشيء .

اقول: هنا مسائل (الاولى) ان تشهد البينتان العادلتان المتساويتان فى شرائط القبول كل واحدة بعتق عبد هو الثلث ويسبق تاريخ احديهما ويحكم الحاكم بالبينة السابقة التاريخ ثم بعد الحكم بها رجع الشاهدان اللذان سبق تاريخهما ولم يكذب الورثة رجوعهما ولا صدقوهما فيه ولم يتعرضوا التصديق شيء من الشاهدين فالبحث هنا فى مقامات :

(احدها) عتق الاول وهو اجماعى لعدم تأثير رجوعهما بعد الحكم بشهادتهما (وثانيها) فى تغريم الراجعين قيمة المرجوع عنه للورثة وقد نفاه بعض الفقهاء(لان) شهادتى البينتين انفسهما ليستا بمتنافيتين فلا يستلزم صدق احديهما كذب الاخرى وعدم الحكم بهما لعدم تنفيذ فعل المشهود عليه لعدم اجازة الورثة فيحكم بصدقهما والمردود فعل المريض هنا فيما تغايرا فيه لا فيما اتفقا عليه والذى اتفقا عليه اخراج المريض ثلث ماله واستقلال كل واحدة منهما باثباته ولو لم تكن الاخرى فلا تضمن الراجعة قدر الثلث كما لو شهد اربعة على زيد بشيء ثم رجع اثنان بعد الحكم فانهما لا يضمنان على احد القولين وهو مذكور فى كتاب القضاء (لامتناع الخلو عنهما لفرض وقوعهما واخراج الميت الثلث لازم لكل واحدة منهما وكلما لزم كل واحد من امرين لا يخلوا الواقع عنهما فهو ثابت فى نفس الامر والبينة كاشفة فلا يضمن الراجعة لثبوته مع فرض عدمها وانما تغايرا بخصوصية الشخص وهى الرجوع عنه لا اصل العتق وهى لا تضمن مع عدم ضمان اصل القيمة كما لو شهدا على زيد ببيع عين بثمنها اوازيد واخذها المشترى ودفع القيمة ثم رجعا والمشترى باق على دعواه وقد ذكر ذلك فى كتاب القضاء .

بعتق آخر هو ثلث ثم رجع الاولان (فان سبق) تاريخ شهادتهما ولم يكذب الورثة رجوعهما عتق الاول ولم يقبل رجوعهما ولم يغرما شيئا (ويحتمل) الزامهما بشراء الثانى وعتقه لانهما منعا عتقه بشهادتهما المرجوع عنها وان صدقوهما فى الرجوع وكذبوهما فى شهادتهما

(لايقال) قوله (ولم يكذب الورثة الشاهدين فى رجوعهما) عام يشمل تصديقهما وعدم تصديقهما وتكذيبهما واثبات حكم للعام يستلزم ثبوته لكل واحد من قسميه فيلزم من صورة تصديقهما فى الرجوع عتق الاول وعدم الغرم لكنه مناقض لقوله فيما بعد وان صدقوهما فى الرجوع عتق الثانى ورجعوا عليهما بقيمة الاول (لانه) يلزم ان يكون قوله وان صدقوهما فى الرجوع تكراراً (لان) عدم التكذيب فى الرجوع يشمل التصديق (ولانه) يلزم ان يكون قد اهمل حكم تكذيبهما (لانا نقول) المراد بقوله ولم تكذب الورثة ماذكرناه وهو عدم تكذيبهما وتصديقهما فى شىء البتة ويدل عليه قوله فيما بعد (وان صدقوهما) وهى مهملة فلا تناقض بينهما وقوله (اهمل حكم تكذيبهما) ليس بصحيح (لان) على القول بعدم تغريمهما كون حكم عدم تكذيبهما وعدم تصديقهما واحداً وفى بعض النسخ وجد عوض (ولم يكذب الورثة) وكذب الورثة رجوعهما (فلم) فى هذه النسخة من سهو الناسخ، وقال فى التحرير وكذبهما الورثة فى رجوعهما وجزم فى صورة عدم التكذيب وعدم التصديق بتغريمهما وهو الاصح (لان) البينة المرجوع عنها هى السبب فى اخراج ما رجعوا عنه عن ملك الورثة وكلما اخرج بالشهادة المرجوعة عنها غرم الشاهدان اللذان رجعا و(لان) الحاكم رد الثانية ولم يحكم بها فالثلث المتلف انما تلف بالشهادة المرجوع عنها لان شهادتهما بالتاريخ السابق سبب لرد الشهادة الثانية (وثالثها) تغريمهما للعبد الثانى وهو الاصح لانهما العلة فى الحكم بعبوديته بشهادتهما المرجوع عنها فيغرمان له كغرم من باع عبداً ثم اقر بحريته فلزمهما تخليصه وعتقه بمهما كان من الاثمان وضمان منافعه لما يرجع عليه بعد العتق كما يأتى .

(اعترض) بان بطلانه لم يلزم من شهادة الراجعين بل من قصور الثلث وعدم اجازة الوارث لصحة عتق الثانى مع انتفاء احدهما (والجواب) ان شهادتهما باستيفاء المريض ماله التصرف فيه وهو مبطل كالشهادة بملك غير المتصرف ..

عتق الثانى ورجعوا عليهما بقيمة الاول لانهما فوتا رقه عليهم بشهادتهم المرجوع عنها وان تأخر بطل عتق المحكوم بعتقه ولم يغرما شيئا (ولو كانتا) مطلقتين اواحديهما اواتفق التاريخان اقرع (فان) خرجت على الثانى عتق وبطل الاول ولاغرم (وان) خرجت على الاول عتق ثم الورثة ان كذبوا الاولين فى شهادتهما عتق الثانى ورجعوا على الشاهدين بقيمة الاول لتفويت رقه بغير حق وان كذبوهما فى رجوعهما لم يرجعوا بشىء .

خاتمة فى كيفية القرعة

اذا اعتق ثلث عبيده او اعتقهم اجمع مريضا ولامال غيرهم (فالفروض) ستة

(واقول) انهما يغرمان فان غرما للورثة لزم عتق الثانى وكان كالغرم للعبد وان غرما للعبد الثانى ببذل قيمته لزم الورثة عتقه ، وبالجملة فقه هذه المسألة مشكل .

(الثانية) المسألة بحالها لكن صدقوهما فى الرجوع وكذبوهما فى الشهادة فيغرم الراجعان (لان) الورثة ادعوا عليهما باتلاف ثلث المال بشهادتهما الكاذبة وصدقهما الشاهدان على ذلك فيغرمان القيمة للورثة فاذا حصلت قيمة الاول حكم الشارع عليهم بعتق الثانى لحصول قيمة الثانى فى يدهم من التركة والفرق بين هذه المسألة والاولى - ان فى الاولى لم يعلم الورثة الصدق والكذب وحكم الشارع لهم بملكية الثانى وتحليل بيعه وعتقه واثبت لهم الولاء ان باشروه وبالجملة جميع توابع الملك ثابتة لهم فى المسألة الاولى ولم يكلفهم تركها والا لزم تكليف مالا يطاق بخلاف ما اذا علموا صدق الرجوع وكذب الشهادة فان الله تعالى تعبدهم بضد هذه الاحكام كلها وان لم يحصل للورثة قيمة الاول لعسر الشاهدين مثلا واعترفوا بان الميت اعتق الثانى كان الاول تالفاً من التركة ويعتق من الثانى بقدر ثلث الباقى من التركة بعد الاول (الثالثة) ان يكذبوهما فى رجوعها ويصدقوهما فى شهادتهما فهنا لا يغرمان للورثة شيئا اجماعا وهل يغرمان للعبد الثانى الاقوى عندى الغرم كما تقدم وهو اختيار والدى قدس الله سره .

قال قدس الله سره : خاتمة فى كيفية القرعة (الى قوله) فى جميع الفروض

اقول: لما فرغ من البحث عن محل القرعة شرع فى البحث عن كيفية القرعة و التجزية التى يترتب عليها القرعة وقد ذكرهنا طريقين (احدهما) ان يكتب اسماء العبيد فى

(الف) ان يكون لهم ثلث صحيح كثلاثة أوستة اوتسعة وقيمتهم واحدة ولامال سواهم، فيقسمون ثلاثة اقسام قسما للحرية وآخرين للرقية ويكتب ثلاث رقاع في واحدة حرية و في آخرتين رقية وتستر ، ثم يقال لرجل لم يحضر اخرج على اسم هذا القسم فان خرجت رقعة الحرية عتق وان خرجت رقعة الرق رق ، واخرجت اخرى على آخر فان خرجت رقعة الحرية عتق ورق الثالث وان خرجت رقعة الرق عتق الثالث (او يكتب) اسم كل قسم في رقعة ثم يخرج رقعة على الحرية فيعتق المسمون فيها ويرق الباقيان وان اخرج على الرقية يرق المسمون فيها ثم يخرج اخرى على الرق فيرق المسمون فيها ويعتق الثالث وان اخرج الثانية على الحرية عتق المسمون فيها ورق الثالث .

(ب) يمكن قسمتهم اثلاثا وقيمتهم مختلفة يمكن التعديل فيها ـ كستة قيمة كل واحد من اثنين ثلاثة آلاف وكل واحد من الآخرين الفان و قيمة كل من الباقين الف فنجعل الاوسطين جزءاً وواحداً من الاولين وآخر من الآخرين جزءاً وكذا الثالث ويعتمد القرعة كما تقدم (ج) ان يكون عددهم متساويا وقيمتهم مختلفة ولا يمكن الجمع بين تعديلهم في العدد والقيمة معابل بكل منهما منفرداً ـ كأن يكون قيمة احد الفا ـ وقيمة

رقاع ثم يخرج على الرق او الحرية (والثاني) ان يكتب في الرقاع الرق والحرية ويخرج على اسماء العبيد والاول اخصر (لان) الثاني يحتاج فيه الى اعادة القرعة ثم ذكر للقسم الاول طريقين (الاول) ان يجمع بين اكثر من واحد في رقعة واحدة (والثاني) ان لا يجمع (اما الاول) فهو المذكور في هذا الكلام الى قوله (ويحتمل عدم التجزية) وذكر هيهنا القرعة بالرقاع (لاطباق) الفقهاء عليها (ولانها) ابعد عن التهمة واقرب الى اظهار ما يخرج ـ مثال الفرض المذكور ان يكون قيمة واحد الفاً وثمانمأة والاخر الفا ومأتين واليه اشار بقوله (واثنين ثلاثة آلاف) وآخر قيمته ثلاثمأة وآخر قيمته سبعمأة واليه اشار بقوله (وقيمة الاثنين الف) (والآخر قيمته الف ـ خ) فيجعل الذى قيمته الف وثمانمأة جزء والاخر وهو الذى قيمته الف ومأتان مع الذى قيمته ثلاثمأة جزء فمجموعهما الف وخمسمأة والذى قيمته سبعمأة مع الذى قيمته الف جزء فيحصل ثلاثة اقسام ـ قسم قيمته الف وثمانمأة ـ وقسم قيمته الف وسبعمأة ـ وقسم قيمة الف وخمسمأة (ووجه هذا الاحتمال) ان الشرع راعى فيما لا يمكن

آخرين الفا - وقيمة ثلاثة الفا - فالتعديل بالقيمة لا بالعدد ، فنجعل الذى قيمته الف - جزءاً والذين قيمتهما الف - جزءاً والثلاثة الاخر - جزءاً ثم نقرع كما تقدم (د) ان يمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد كسبعة قيمة احدهم - الف وقيمة اثنين - الف وقيمة اربعة - الف ، فيعدلون بالقيمة ايضا .

(ه) ان يمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة كستة قيمه اثنين الف و قيمة اثنين سبعمائة و قيمة اثنين خمسمائة فنقسمهم اثلاثا بالعدد فنجعل كل اثنين قسما فنجعل المتوسطين جزءاً و واحداً من الاقل مع واحد من الارفع جزءاً و نقرع (فان خرجت) الحرية على جزء قيمته اكثر من الثلث اعيدت القرعة بينهما فيعتق من نخرجه ؤ من الآخر تتمة الثلث (وان خرجت) على اقل عتقا واكمل الثلث من الباقيين بالقرعة (و) ان لا يمكن تعديلهم بالعدد ولا بالقيمة كخمسة قيمة واحد الف - واثنين الف - واثنين ثلاثة آلاف (فيحتمل) تجزيتهم ثلاثة الاكثر قيمة جزءاً ويضم الى الثانى اقل الباقيين

قسمته اثلاثا بالعتق القيمة (١) و راعى تكميل العتق فى واحدا واكثرمهما امكن فان جزئى العتق فلعدم امكان نقيضه واحتيج الى تعيين محل الثلث الواقع عليه العتق ولا يحصل بواحد وهذا الاحتمال اخصر الطرق الى المساواة هنا ، والاحتمال الثانى هو عدم التجزية بل يخرج القرعة على واحد واحد حتى يستوفى الثلث لانه فى تقدير الجمع فى القرعة يجوز ان ينضم مالا نصيب له فى الحرية الى ماله نصيب فيها فالافراد احوط (وهذا الاحتمال) هو الصحيح عندى ، وهو الاقرب عند المصنف (لان) فيه اقتسام النقيضين بالنسبة الى كل واحد واحد من العبيد وهو اقرب الى الحق لانه لا يمكن ضم مافيه العتق الى ماليس فيه العتق فيوجب عتق من لا يجب او يمنع من يجب .

(لا يقال) روى عمران بن حصين ان رجلا من الانصار اعتق ستة اعبدلا مال له غيرهم فجزأهم النبى ﷺ ثلاثة اجزاء فاعتق اثنين ورق اربعة(٢) فقد جمع بين اثنين فى رقعة

---

(١) مفعول لقوله راعى .

(٢) سنن ابى داود ج٢ باب فيمن اعتق عبيداً الخ من كتاب العتق وفيه - ولم يكن لهمال غيرهم فبلغ ذلك النبى (ص) فقال له قولا شديداً ثم دعاهم فجزأهم الخ

قيمة ونجعلهما جزءاً والباقيين جزءاً ثم نقرع بسهم حرية و سهمي رق ونعدل الثلث بالقيمة كما تقدم (ويحتمل) عدم التجزية بل تخرج القرعة على واحد واحد حتى يستوفي الثلث فيكتب خمس رقاع باسمائهم ثم يخرج على الحرية فان كان الخارج بقدر الثلث عتق وان زاد يستسعى في الباقي وان نقص اكمل من البواقي بقدر الثلث بالقرعة والاقرب عندى استعمال الاخير في جميع الفروض . ولو كان له مال ضعف قيمة العبيد عتقوا وان كان اقل عتق قدر ثلث المال من العبيد فاذا كان العبيد نصف المال عتق ثلثاهم وان كانوا ثلثيه عتق نصفهم وان كانوا ثلاثة ارباعه عتق اربعة اتساعهم .

(**وطريقه**) ان تضرب قيمة العبيد في ثلاثة ثم ينسب اليه مبلغ التركة فما خرج من النسبة عتق من العبيد مثلها ، فلو كانت قيمتهم الفا والباقي الف ـ ضربت قيمة العبيد في ثلاثة تكون ثلاثة آلاف . ثم تنسب اليها الالفين فيكون ثلثيها فيعتق الثلثان ولو كان قيمتهم ثلاثة آلاف والباقي الف ضربنا قيمتهم في ثلاثة تصير تسعة آلاف وننسب اليها التركة اجمع يكون اربعة اتساعها فيعتق اربعة اتساعهم ، ولو كانت قيمتهم اربعة آلاف (والباقي الف. خ) عتق ربعهم وسدسهم ولو كان عليه دين بقدر نصفهم قسموا نصفين وكتب رقعتان رقعة للدين ورقعة للتركة فيباع من يخرج للدين ويبقى الباقي جمع التركة يعتق ثلثهم بالقرعة ولا يجوز القرعة بما فيه خطر(١) مثل ان طار غراب فقلان يتعين للحرية

وفعله حجة يجب اتباعه (لانا نقول) هذه الرواية مخالفة للاصول الثابتة بالبراهين القطعية من ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم لا يمكن ان يعقد في احكامه على العلامات والطرق الظنية ، والقرعة ظنية وعلى هذا اجماع الامامية فالاستدلال بها لا يتم عندنا مع ضعف السند وعدم الدلالة الا الزاما للخصم وذكر الشيخ في المبسوط الاحتمالين قولين وقال القولان معا قريبان واذا تقرر ذلك فلنرجع الى المتن فنقول قوله (ويضم الى الثاني) المراد به الاكثر من الباقين بعد الاول وهو الذى قيمته الف ومأتان والمراد باقل الباقين هو الذى قيمته ثلاثمأة وقوله وان زاد استسعى بناء على مذهبه وهو الاصح من تغليب الحرية .

قال قدس الله سره : ولو كانت قيمتهم (الى قوله) وسدسهم .

---

(١) الخطر بفتحتين ـ عند الفقهاء ما يمكن ان يقع ويمكن ان لا يقع .

المطلب الرابع فى الولاء

ومباحثه ثلاثة : (الاول) فى سببه ، وسببه التبرع بالعتق اذا لم يتبرأ من ضمان الجريرة وان كان بعد الموت كالتدبير، فلو لم يتبرع بل اعتق فى واجب كالنذر والكفارة

اقول : اذا اعتق عبيده فى مرض موته اوأوصى بعتقهم وقيمتهم اربعة آلاف وله الف غيرهم عتق ربعهم وسدسهم و(طريقه) ان تضرب ثلاثة فى قيمتهم وهى اربعة آلاف تكون اثنى عشر الفائم ينسب اليه التركة وهى خمسة آلاف فهى ربع ذلك المقدار البالغ بالضرب وسدسه -فينعتق من العبد تلك النسبة بمعنى انه يقرع بينهم ويعتق ممن يخرجه القرعة بقدر ربعهم وسدسهم ، وليس المراد ان يعتق ربع المجموع وسدسهم على سبيل الاشاعة لان مذهبنا جمع العتق فى واحد اواكثر بحيث يبلغ الثلث وعليه اجمع علمائنا.

المطلب الرابع فى الولاء

وفيه مباحث الاول فى سببه

مقدمة : الاصل فى الولاء قوله تعالى **ادعوهم لابائهم هو اقسط عند الله فان لم تعلموا آبائهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم (١)** وقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم انما الولاء لمن اعتق (٢) وقال صلى الله عليه وآله وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب (٣) اى قرابة وانتساج كانتساج النسب فى الميراث (والعقوبة -خ) خاصة عندنا وروى بفتح لام (لحمة) وضمها قال صاحب الصحاح يقال بينهما (ولاء) بالفتح ووجه المشابهة بينه وبين النسب ان الرقيق كالمفقود لنفسه الموجود لسيده لانه لايستقل ولايملك ولايتصرف لنفسه وانما يتصرف لسيده وان ملك على القول به فلسيده ايضا فاذا اعتقه صار لنفسه وملك كل ذلك لنفسه فصار موجوداً لنفسه فالمعتق صار سببا لوجوده الحكمى كما كان الاب سببا لوجوده الحقيقى وكلما يصدر منه من عتق وغيره فالمولى سبب السبب فيه فلايكون العتق سببا تاماً فيها .

قال قدس الله سره : وسببه التبرع (الى قوله) والاستيلاد على رأى

اقول: اختلف الفقهاء فى الولاء على المستولدة اذا عتقت بغير سعيها ، فذهب الشيخ

(١) الاحزاب ٥　(٢) ئل باب ٣٥ خبر ١- ٢ من كتاب العتق .
(٣) ئل ب ٤٢ خبر ٦ من كتاب العتق .

والكتابة وشراء العبد نفسه والاستيلاد على رأى والعتق بعوض وعتق القرابة على رأى سقط ، وكذا لو تبرع بالعتق وشرط سقوط ضمان الجريرة ، والاقرب انه لا يشترط فى سقوطه الاشهاد بالبرائة ، ولو نكل به فانعتق فلاولاء وحقيقة الولاء لحمة كلحمة النسب

فى المبسوط وابن حمزة الى ثبوت الولاء، ومنع ابن ادريس من ذلك وهو اختيار المصنف هنا وهو الاصح عندى وبه افتى (لنا) ان الميت لم يعتق لانها تنعتق من نصيب ولدها ولان الشارع حكم بعتقها من غير اختيار المولى فلا يدخل تحت قوله (من اعتق) وادعى الشيخ على قوله فى المبسوط الاجماع .

قال قدس الله سره : وعتق القرابة على رأى سقط .

اقول :قال الشيخ رحمه الله فى المبسوط اذا ملك من ينعتق عليه بعوض او بغير عوض عتق عليه وكان ولائه له وتبعه ابن حمزة وقال ابن الجنيد لا ولاء عليه لقريبه واختاره المصنف وابن ادريس (واحتج) الشيخ بعموم الخبر وبما رواه الصدوق عن سماعة عن الصادق عليه السلام فى رجل تملك ذا رحمه هل يصلح له - ان يبيعه او يستعبده قال لا يصلح له ان يبيعه و لا ان يتخذه عبداً وهو مولاه واخوه فى الدين وايهما مات ورثه صاحبه الا ان يكون له وارث اقرب اليه منه(١) وفى المستند ضعف ولا يدل على مطلوبهم فان ثبوت الميراث بينهما مع وجود الرحم لا يستند الى العتق (واحتج) ابن ادريس بقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق(٢) وهذا لم يعتق وهذا هو الاصح عندى فعلى قول الشيخ هنا وفى المستولدة اذا عتقت بغير السعى كل من زال ملكه بالحرية عن رقيق لا فى عتق وجب عليه شرعا قبله فانه مولاه وعندنا كل من اعتق تبرعا او اعتق عليه بسراية التبرع فهو مولاه .

قال قدس الله سره : والاقرب (الى قوله) بالبرائة .

اقول : اذا شرط المعتق المتبرع بالعتق سقوط ضمان الجريرة كان ذلك سببا فى سقوط الولاء اجماعا منا ثم اختلف الاصحاب فى اشتراط الاشهاد بالتبرى فى تأثير شرط التبرى فى سقوط الولاء فشرطه الشيخ والصدوق وجماعة من الاصحاب ومنعه ابن الجنيد والمصنف

---

(١) ئل ب ١٣ خبر ١ من كتاب العتق .

(٢) ئل ب ٣٥ خبر ١ من كتاب العتق .

فان المعتق سبب لوجود الرقيق لنفسه كالاب والمولى اما المعتق اومعتق الاب وان علا أومعتق الام اومعتق المعتق وهكذا ثم يسرى الولاء الى اولاد المعتق الاان يكون فيهم من مسه الرق فلاولاء عليه اصلا الالمعتقه اوعصبات معتقه او كان فيهم من ابوه حراصلى مامس الرق اباه . وكذا لوكانت امه حرة اصلية و لو تزوج المملوك بمعتقة فاولدها فالولاء لمولا الام مادام الاب رقا ولوكان حرا فى الاصل فلا ولاء ويثبت الولاء مع اختلاف دين السيّد وعتيقه وللذكر على الانثى وبالعكس .

و لو سوغنا عتق الكافر فاعتق حربى مثله ثبت الولاء فان جاء المعتق مسلما فالولاء بحاله ، فان سبى السيد واعتق فعليه الولاء لمعتقه وله الولاء على معتقه (وهل) يثبت لمولى السيد ولاء على معتقه الاقرب ذلك (لانه) مولى مولاه (ويحتمل) عدمه (لانه) لم يحصل منه انعام عليه ولاسبب لذلك فان كان الذى اعتقه مولاه فكل مولى

وهوالمعتمد عندى وبه افتى للاصل (ولان) المراد من الاشهاد الاثبات عندالحاكم لاالثبوت (احتج) الشيخ بمارواه ابن سنان فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال من اعتق رجلا سائبة فليس عليه من جريرته شيء وليس له من الميراث شيء و ليشهد على ذلك (١) و عن ابى الربيع قال سئل ابوعبدالله عليه السلام عن السائبة فقال الرجل يعتق غلامه ويقول له اذهب حيث شئت ليس لى فى ميراثك شيء ولا على من جريرتك شيء و يشهد على ذلك شاهدين (٢) اقول سئل الامام عليه السلام عن مفهوم اسم السائبة فلا يحسن فى الجواب ما لم يدخل فى مفهومه ولااخراج شيء منه فيكون الاشهاد داخلا فى مفهومه (و الجواب) عن الاولى منع الدلالة اذالامر لايدل على الاشتراط وعن الثانية بمنع صحة السند .

قال قدس الله سره : ولوسوغنا عتق الكافر (الى قوله) لذلك .

اقول: وجه الاول عموم النص على ان مولى المولى له ولاء ومن حيث انه ليس سبب فى عتقه بخلاف معتق الرق بالاصالة فانه معتق المعتق لولاء لم يصح عتق المعتق والاقوى عندى الثانى .

---

(١) ثلب ٤١ خبر٢ من كتاب العتق .

(٢) ثلب ٤٣ خبر٢ من كتاب العتق .

صاحبه وان اسره مولاه واجنبى واعتقاه فولائه بينهما نصفان فان مات بعده المعتق الاول فلشريكه نصف ماله لانه مولى نصف مولاه على اشكال ولوسبى المعتق فاشتراه رجل فاعتقه بطل ولاء الاول وصار الولاء للثانى وكذا لواعتق ذمى كافراً فهرب الى دار الحرب فاسترق . امّا لواعتق مسلم كافراً وسوغناه فهرب الى دار الحرب وسبى فالاقرب جواز استرقاقه فان اعتق احتمل ثبوت الولاء للثانى لتاخره وللاول لثبوته اولا وهو معصوم

قال قدس الله سره : وان اسره مولاه (الى قوله) على اشكال .

اقول: هذا فرع على ان عتق الكافر يصح (وتقريره) ان كافرا - اسمه زيد اعتق عبداً - اسمه غانم ، ثم اسر غانم واجنبى زيداً معتق غانم واعتقاه تبرعا فولائه للاجنبى ولغانم بالسوية - لكل نصف ولزيد كل ولاء غانم فان مات زيد بغير قرابة ورث غانم نصف تركة زيد وورث الاجنبى النصف (فان قلنا) ان الولاء يورث فولاء غانم تركة زيد كماواله نصفه للاجنبى و نصفه لغانم فيكون نصف غانم سائبة (وان قلنا) ان الولاء يورث به ولا يورث (فهل) يرث الاجنبى نصف تركة غانم (يحتمل) ذلك لانه مولى نصف المولى فيدخل تحت عموم النص الدال على ان مولى المولى وارث (ويحتمل) عدمه لان كونه مولى متأخر عن عتق غانم فليس بسبب تام و ناقص فى غانم ولاله انعام عليه بوجه فلا يكون لمولاء عليه وهذا الاشكال قدتقدم مثله فى المسئلة السابقة بلافصل .

قال قدس الله سره: اما لواعتق مسلم (الى قوله) لعدم الاولوية .

اقول: وجه القرب وجود سبب تملكه وهو انه حربى فى دار الحرب اسره المسلمون فيملكونه مطلقا او مع النية (ويحتمل) العدم لان عليه حقا للمسلم وهو حق الولاء والولاء وملكية الغير لايجتمعان لان الولاء مشروط بالحرية الحاصلة بالاعتاق وملكية الغير تستلزم عدم الحرية وملزوم عدم الشرط منافٍ للمشروط ضرورة وثبوت احد المتنافيين يستلزم نفى الاخر فيستحيل الرق والاقوى عندى الاول لانه كالنسب وهو لايمنع استرقاق الكافر بسبب المسلم فهذا اولى (وفيه نظر) لان الولاء حق للمعتق على المعتق والنسب ليس كذلك والمشابهة فى ارث المعتق لاتقتضى المساوات لاقتضاء النسب تعاكس الارث ويتفرع على جواز استرقاقه انه لواعتقه الثانى تبرعا (احتمل) ان يكون الولاء للاخير

فلا يزول بالاستيلاء وبينهما لعدم الاولوية ، و لو اشترى عبداً بشرط العتق فلا ولاء لمعتقه لوجوبه على اشكال ، ولاولاء لواعتق فيزكاةاوكفارة ، ولوملك ولده من الزنا فالاقرب عدم استقرار الرق وعلى الرق (١) (فان) اعتقه تبرعا فله ولاؤه ، ولو اعتق

لان سبب حق الاول عتقه وقدبطل وصار مملوكاوزالت امواله عنه وبطلان السبب يستلزم بطلان المسبب والسبب فيحريته الآن التي ملك بها الاموال هوالثاني (ويحتمل) الاول لثبوته واستحالة قهرالمسلم على حقه(ويحتمل) بينهما لعدم الاولوية .

قال قدس‌الله سره : ولو اشترى عبداً (الى‌قوله) على‌اشكال.

اقول : اذا اشترى عبدابشرط العتق(هل) يجب عليه‌عتقه (ام‌لا)يجب - حكى الشيخ فى المبسوط الوجهين ثم قوى رحمه الله الوجوب - قال فيه يجبر على ذلك (لانه) اتباعه بهذا الشرط واستشكله المصنف لدلالة الاية و الخبرعلى الوجوب (اما الاية) فلقوله تعالى **اوفوا بالعقود (٢)** (واما الخبر) فلقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم (٣) (ومن) حيث ان‌الاصل عدم الوجوب بل فائدة الشرط توقف لزوم البيع عليه فان وفى المشترى بالشرط لزم والّا فلا (واعلم) انه‌على القولين ان اخل بالشرط كان للبايع الفسخ ويظهر فائدة الخلاف فى مسألتين (الاولى) الاثم و عدمه فعلى القول بالوجوب يأثم بالترك وعلى القول بعدمه لايأثم (الثانية) الزام الحاكم المشترى‌بالوفاء بالشرط ان امتنع على‌الوجوب كماقواه الشيخ فى المبسوط وعدمه على عدمه و الاصح عندى عدم الوجوب وثبوت الولاء للمعتق

قال‌قدس‌الله‌سره : ولوملك ولده (الى‌قوله)فله ولائه.

اقول : ذكر المصنف هذه المسألة فى‌هذا الكتاب فى‌مواضع اربعة (الاول)فى الباب الثالث فى‌المحرمات قال بهذه العبارة وفى تحريم النظر اشكال وكذا فى العتق (الثانى) فى‌الفصل الثانى فى‌المصاهرة حيث قال - ولو حملت مملوكة الاب بوطى الابن

---

(١) اى‌على القول بالرق :

(٢) المائدة ١

(٣) ئل فى‌اخبار باب٦ من‌ابواب الخيار وفيها المسلمون الخ .

عبده فی كفارة غيره من غير اذنه فلا ولاء ، ولواعتقه تبرعا عنه باذنه فالولاء للآذن ان تبرع سواء كان بعوض اولا ، ولوقال للسيد اعتقه عنك والثمن علىّ فالولاء للسيد على اشكال وعليه الثمن ولو اوصى بالعتق تبرعا فالولاء له ، ولايثبت الولاء بالالتقاط ولا بالاسلام على يده .

لشبهة عتق ولاقيمة على الابن ولاعتق مع الزنا (الثالث) فی هذا الفصل فی هذه المسألة حيث قال ولوحملت بانثى عتقت على الابن ولاقيمة ومع الزنا لاعتق (الرابع) هيهنا قال الاقرب عدم استقرار الرق (ووجه القرب) صدق البنوة اوالاخوة وماشابههما من القرابة حقيقة لغة والاصل عدم النقل والشروط الشرعية فی الميراث والنفقة لافی الحقيقة (ومن) حيث ان الخطاب الشرعی انما يحمل على الحقيقة الشرعية ولفظ الابن حقيقة شرعية فی المتولد لغير الزنا فلايكون ولداً شرعا وكذا باقی الانساب وآيات الارث دالة على انه حقيقة فی المعنى الشرعی لقوله تعالى **يوصيكم الله فی اولادكم (١)** وقوله تعالى **فان لم يكن له ولد وورثه ابواه (٢)** فنفی اسم الولد عن غير الشرعی و صحة النفی تدل على انتفاء الحقيقة والاقرب عندی ماستقر به المصنف ولاتناقض لان العتق مبنی على التغليب والنكاح مبنی على الاحتياط التام فلايتبع اللغة الّا فی هاتين الصورتين لماذكرناه ـ قوله (والشروط الشرعية فی الميراث والنفقة لافی الحقيقة) ممنوع بل هی شرط فی الحقيقة الشرعية ومع اطلاق الشارع انما يحمل على الحقيقة الشرعية ثم فرع المصنف على استقرار الرق انه لواعتقه تبرّعاً صح عتقه وكان ولائه له فيرثه بالولاء لا بالنسب وهوظاهر .

قال قدس الله سره : ولوقال للسيد (الی قوله) وعليه الثمن .

اقول: اذا قال شخص لغيره اعتق عبدك عنك والثمن علىّ فاعتقه عن نفسه استحق الجعل لانه فعل ما جعل عليه فمن هيهنا حصل الاشكال (من) حيث انه اعتق بعوض فلايكون تبرعا و الولاء تابع للتبرع بالعتق فمن حيث انتفی انتفی (ومن) حيث ان الجعل لايوجب العتق ومعنى التبرع انه اعتق من غيروجوب العتق .

(١ـ٢) النساء ١٢ .

البحث الثانى فى حكم الولاء

و حكم الولاء (حكم -خ) العصوبة فيفيد الميراث وتحمل العقل ، ولايثبت الولاء لامرأة على رأى الا اذا باشرت العتق فلها الولاءعليه وعلى احفاده وعتيقه وعتيق

البحث الثانى فى حكم الولاء

قال قدس الله سره : ولايثبت الولاء (الى قوله) كالرجل .

اقول: الولاء يفيد العصوبة فهواحداسبابها ويتعلق به حكمان الميراث وتحمل العقل للمعتق لاالعكس اما الميراث فكل من باشرالعتق تبرعا ولا وارث له من جهة النسب وله معتق فكل ميراثه ماعدا نصيب الزوجة لمعتقه سواءكان رجلا اوامرأةواما ارث المرأة بولاء لم تباشرهى العتق ، للاصحاب فيه اقوال وضوابط - وقد ذكر المصنف هيهناضابطا وهوانه لاترث امرأة بولاء غير (عتيق -خل) لم تباشر عتقه ولاانتهى ولائهاو نسبه الى من باشرت عتقه وهذا الضابط على اختيار الشيخ فى النهاية وابن البراج واطلق ابن الجنيد رحمه الله القول بان المرأة لاترث بولاء الغير ،وقال ابن ادريس اذاكان المعتق رجلا فولاء مولاه له فان مات المنعم فولاء مولاه يجرى مجرى النسب وكل من يرث بالنسب يرث بالولاء الا الاخوة والاخوات من الأم ومن يتقرب بهامن الجد والجدة والخال والخالة واولادهما ثم قال فيما بعد وان كان المعتق امرأة فانها ترث ولاءمواليها مادامت حية فاذاماتت ورث ولاء مواليها عصبتها من الرجال دون اولادها سواءكان الاولاد ذكرانا اواناثا (لان) اجماع اصحابنا منعقد على ذلك .

واختار المصنف هنا مذهب الشيخ فى النهاية وهوالاقوى عندى (لما) روى الشيخ فى الصحيح عن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال قضى فى رجل حرّ رجلا فاشترط ولائه وتوفى الذى اعتق وليس له ولد الا النساء ثم توفى المولى فترك مالاوله عصبة فاحتقّ فى ميراثه بنات مولاه والعصبة فقضى بميراثه للعصبة الذين يعقلون عنه اذا احدث حدثا يكون فيه عقل (١) (قالوا) روى عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام

(١) ثلب ٤٠ خبر١ من كتاب العتق .

عتيقه كالرجل ولايصح بيع الولاء ولاهبته ولااشتراطه في البيع وغيره (وهل) ينتقل عن المعتق بموته ويورث اشكال ينشأ (من) قوله عليه السلام (الولاء لحمة كلحمة النسب) والاقرب العدم نعم يورث به اجماعا ، ولوكان المعتق جماعة فالولاء بينهم بالحصص رجالا كانوا اونساءاً وبالتفريق ولايرث المنعم الأمع فقد كل نسيب للمعتق فلوخلّف المعتق وارثا بعيداً اذا فرض اوغيره لم يكن للمنعم شيء ويأخذ الزوج والزوجة نصيبهما الاعلى

قال مات مولى لحمزة بن عبدالمطّلب فدفع النبيّ صلى الله عليه وآله ميراثه الى بنت حمزة (١) .

(قلت) قال والدى قدس الله سره حيث اعترضت عليه بهذه الرواية ان في طريقها الحسن بن محمد بن سماعة وهوواقفي ، والاقوى عندى والذى افتى به مذهب الشيخ فى النهاية (واما) اذا باشرت المرئة العتق فانه يكون لها الولاء لعموم قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق (٢) ثم يسرى في عتيقه ومن انتهى ولائه اليه كسراية ولاء الرجل .

قال قدس الله سره : وهل ينتقل عن المعتق (الى قوله) اجماعا .

اقول: وجد فى عبارة بعض اصحابنا ان الولاء موروث كالمال ونص ابن الجنيد والشيخ فى الايجاز على خلافه وهو اختيار المصنف لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب (٣) وكما لايورث النسب فكذا لايورث الولاء وهو مبنى على عموم المساواة والا لم يصدق نقيضها على شيئين البتة ولانه يفيد العصوبة كالنسب (حجة الاولين) انه حق تركه الميت فيدخل فى عموم آية الارث (لايقال) لوكان حقا يورث لجاز نقله من المستحق الى غيره واسقاطه كما يجوز اسقاط سائر الحقوق ونقلها وليس كذلك اجماعا (لانا نقول) هذا الكلام فى غاية السقوط لانانمنع ان كل حق يورث جاز نقله اوبيعه وما الدليل على ذلك والقياس باطل والحق عندى انه لايورث والارث به اى بسببه اجماعى من الكل.

---

(١) ئل ب ١ خبر ٩ من ابواب ميراث ولاء العتق من كتاب الميراث .

(٢) ئل ب ٤١ خبر ١ من كتاب العتق .

(٣) بدايه المجتهد للقرطبي (ج٢) باب الولاء ـ وئل ب ٤٢ خبر ٦ من كتاب العتق

والباقى للمنعم معفقدكل نسب(نسيب - خ) ولوعدم المنعم قيل يكون الولاء للاولاد ذكورا كانوا اواناثا (وقيل) انكان رجلا(وقيل) للاولاد الذكورخاصة رجلاكان المنعم اوامرأة (وقيل) انكان رجلافللاولاد الذكورخاصةوانكان امرأة فلعصبته ادون أولادها وانكانوا ذكوراً .

قال قدس الله سره : ولوعدم المنعم (الى قوله) وان كانوا ذكوراً.

اقول: اذاعدم المنعم فالبحث هنافى مقامين (المقام الاول) فى ميراث اولاده و فيه اقوال (الاول)ان الولاء لاولاد المعتق سواءكانوا ذكوراً اواناثاً و سواء كان المعتق امرأة اورجلاوهواختيار الصدوق(واحتج) بعموم قوله عليه السلام الولاءلحمة كلحمة النسب(١) (الثانى) قول ابن ابى عقيل وهوان من اعتق غلامالله فولائه له مادام حيا فاذامات فولائه لعاقلته الذين يكون عليهم الدية اذاجنى جناية خطأ فان مات المعتق وترك وارثا من اولى ارحامه فلا ميراث للمولى معه لقوله تعالى **واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض**(٢) (الثالث)انه ان كان رجلافميراثه لاولاده ذكوراً كانوا أواناثاوان كانت امرأةفميراثه لعصبتها دون اولادها وهو اختيارالشيخ فى الخلاف وبعض اصحابنا (الرابع) انه للاولادالذكور خاصة سواءكان المعتق رجلا اوامرأة وهواختيارالشيخ المفيد رحمه‌الله (الخامس) ان كان المعتق رجلا فالولاء لاولاده الذكور وانكانت امرأة فلعصبتها وهو اختيار الشيخ فى النهاية ومن تابعه كابن حمزة (واحتج) بماتقدم وبمارواه بريدبن معاوية العجلى قال سالت الصادق عليه السلام عن رجل الى قوله عليه السلام ولاء المعتق هوميراث لجميع ولدالميت من الرجال الحديث (٣) والميت هو الرجل المسؤل عنه فهذا يدل على انه لايرث الولاء اذاكان المعتق رجلا الّااولاده الذكور قال والدى رحمه‌الله ويدل على ان المنعم اذاكان امرأةكان ولائها لعصبتهادون ولدها رواية يعقوب بن شعيب فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال سألته عن امرأة اعتقت مملوكا ثم ماتت يرجع الولاء الى بنى ابيها(٤)

---

(١) بداية المجتهد للقرطبى (ج٢) باب الولاء - وسائل ب٤٢ خبر٦ من كتاب العتق
(٢) الانفال　(٣) سائل ب ٤٠ خبر٢ من كتاب العتق .
(٤) سائل ب ٣٩ خبر٢ من كتاب العتق .

ويرث الولاء الابوان والاولاد فان انفردوا لم يشركهم احد من الاقارب ويقوم اولاد الاولاد مقام آبائهم عند عدمهم ويأخذ كل منهم نصيب من يتقرب به كغيره فان عدم الابوان والاولاد واولادهم ورثه الاخوة وهل ترث الاخوات (قيل) نعم لانه لحمة كلحمة النسب ويشترك الاخوة والاجداد والجدات فان فقدوا اجمع فالاعمام والعمات واولادهم الاقرب يمنع الابعد ولا يرث الولاء من يتقرب بالام خاصة من الاخوة والاخوات والاجداد والجدات والاخوال والخالات فان لم يكن للمنعم قرابة ورث الولاء مولى المولى فان عدم فقرابة مولى المولى لابيه دون امه واب المنعم اولى من معتق الاب وكذلك معتق المعتق اولى من معتق اب المعتق .

البحث الثالث في جر الولاء

وشروطه اربعة (الف) ان يكون الاب عبدا حين الولادة فان كان حر الاصل وزوجته مولاة فلا ولاء على ولده وان كان مولى ثبت الولاء على ولده لمواليه ابتداء ولا جر (ب) ان تكون الام مولاة فلو كانت حرة في الاصل فلا ولاء (ج) ان يعتق الاب فلو مات على الرق لم ينجر الولاء بحال فلو اختلف السيدان فقال سيد العبد مات حراً قدم قول مولى الام لاصالة بقاء الرق (د) ان لا يباشر بالعتق فلو ولدت المعتقة عبداً فاعتقه مولاه او اعتقوا حملا مع امهم فلا جر ولو حملت بهم احرارا بعد العتق من مملوك فولاؤهم لمولى امهم ولو كان ابوهم حرا في الاصل فلا ولاء ولو كان ابوهم معتقا فولاؤهم لمولى ابيهم ، ولو اعتق ابوهم بعد ولادتهم او بعد الحمل بهم انجر الولاء من مولى امهم الى مولى ابيهم .

(وهل) يشترط في الجر التحاق النسب اشكال واذا انجر الولاء الى موالى الاب

قال قدس الله سره : ويرث الولاء (الى قوله) كلحمة النسب .

اقول: هذا هو المقام الثانى وهو البحث فى ميراث غير الاولاد وقوله (قيل نعم) اشارة الى قول ابن ادريس وهو احد قولى الشيخ .

البحث الثالث في جر الولاء

قال قدس الله سره : وهل يشترط فى الجر التحاق النسب اشكال.

اقول: منشأ الاشكال ان النص من الشارع هكذا ينجر من مولى الام الى مولى

ثم انقرضوا عاد الولاء الى عصباتهم فان فقدوا فالى موالى عصباتهم وهكذا فان فقدوا فالى ضامن الجريرة فان لم يكن رجع الى بيت المال ولم يرجع الى موالى الام بحال ، ولو لم يعتق الاب لكن اعتق الجد انجر الولاء الى معتقه فان اعتق الاب بعد ذلك انجر الولاء الى معتق الاب من معتق الجد وهذا جر جر الولاء ، ولو كان الجد بعيداً فاعتق انجر الولاء اليه فان اعتق القريب انجر من معتق البعيد الى معتق القريب فان اعتق الاب انجر الى معتقه وعلى هذا ، ولو كان الجد حراً فى الاصل والاب مملوك فتزوج بمولاة قوم فاولدها احتمل ان يكون الولاء لمولى الام وسقوطه بجرية الجد .

الاب واذا اطلق الشارع اللفظ فانما يحمل على الحقيقة الشرعية ولا تصدق الحقيقة الشرعية الا مع الشرائط الشرعية الموجبة لالتحاق النسب (ومن) ان الاصل عدم النقل وبقاء الوضع الاصلى والشرائط الشرعية فى الميراث والمحرمية لا غير خصوصا عند من ينكر الحقائق الشرعية (ولان) حقوق الملاك فى اولاد المماليك تتبع اللغة لانهم نماء المماليك .

قال قدس الله سره : ولو كان الجد حراً فى الاصل (الى قوله) لحرية الجد.

اقول: مثال صورة المسألة اب وابنه البالغ كافران ثم اسر الابن واسترق ثم اسلم الاب وتزوج ابنه المملوك بمعتقة عليها ولاء لغير مولاه فاولدها ولداً (وجه الاول) انه متولد بين مملوك ومعتقة عليها ولاء وكل من كان كذلك فعليه ولاء (لعموم) نص الفقهاء (ولان) سبب حريته ليس حرية الجد بل سببها مباشرة عتق الام اذ لولاه لم يكن حراً قطعا ولا اثر لحرية الجد اصلا فيها فمولى الام هو سبب عتقه فكان هو المنعم عليه (ولان) قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق(١) لا يراد به المباشرة للعتق اجماعاً بل يعم السبب بعيداً كان او قريبا ولهذا دخل فيه معتق الابوين ومعتق المعتق وان بعد واتفق الكل على الاستدلال بهذا الحديث على ثبوت الولاء لمعتق الابوين ومعتق المعتق وهكذا (ووجه الثانى) انه لو اعتق الجد انجر الولاء من معتق الام الى معتق الجد فاذا كان حراً فى الاصل كان اولى بالمنع، وهذا الكلام نقلته من خط المصنف .

(وانا اقول) انما يجر الولاء الولاء (٢) لا الحرية (لانه) لو حرر الاب فى كفارة

---

(١) ثلب ٣٥ خبر ١ من كتاب العتق . (٢) بنصب الاول ورفع الثانى

ولوكان الابوان رقا فاعتقت الام ثم وضعت لدون ستة اشهر (فان) قلنا بالسراية الى الحمل لم ينجر الولاء لانهم عتقوا بالمباشرة ولواتت به لاكثرمن ستة اشهرمع بقاء الزوجية لم يحكم برقه وانجرولاؤه (لاحتمال) حدوثه بعد العتق فلايمسه الرق ولا يحكم برقه بالشك ، ولوانكرالمعتق ولد زوجته المعتقة وتلاعنا فولاء الولد لمولى

اونذرلم ينجرولاء الابن من معتق الام الى معتق الاب ، والاصح عندى ثبوت الولاء لمولى الام فان اعتق الاب تبرعا انجرالولاء الى مولى الاب :

قال قدس الله سره : ولوكان الابوان (الى قوله) عتقوا بالمباشرة .

اقول: القائل بان عتق الام موجب لعتق الحمل اذاكان موجوداً حال العتق هو الشيخ الطوسى واتباعه كماتقدم و انماشرط وضعها لدون ستة اشهر لانه الدليل الدال على وجوده حالة العتق لعدم وضعه لدونها عادةغالبا .

قال قدس الله سره : ولوانكر المعتق (الى قوله) على اشكال .

اقول: منشأ الاشكال انه (هل) يشترط فى استحقاق مولى الام الولاء ان يكون الاب مملوكا اوانتفاء الجزم بان له ابا معتقا (فان قلنا) بالاول فلاولاء لاحد عليه لان له اباقطعا لانا لانحكم بان ولد الملاعنة ولدزنا ولاحكمه حكم ولدالزنا اجماعا والاصل عدم رقيته (وان قلنا) بالثانى كان الولاء لمولى الام (واعلم) انه فرق بين ولد الملاعنة و ولد الزنا فانه قال فى المسألة المذكورة فى اول فصل انجرار الولاء هل يشترط فى الانجرار التحاق النسب شرعا اشكال (ووجه الفرق) انولد الزنا علم انه خلق من مائه لكن الشارع لم يلحقه به فهوولد لغة واما ولد الملاعنة فانه لايعلم بانه خلق من مائه بل اللعان اقتضى الحكم بنفى خلقه من مائه وبهذا السبب انتفى النسب و اللعان نفى البنوة اللغوية وبتبعيتها انتفى النسب الشرعى ففى ولد الزنا البنوة اللغوية ثابتة (فعلى القول) بان الشارع لم ينقل اللفظ من معناه اللغوى دخل تحت النص الدال على انجرار الولاء الى مولى الاب وان ثبت النقل فالبنوة اللغوية ثابتة والشرعى منتف و الاشكال فى ولدالزنا من حيث انه تابع للحقيقة اللغوية اوالشرعية واما ولدالملاعنة فكلاالمعنيين منتف عنه فانه ليس ابنا لغة ولاشرعا فليس الكلام فى ولد الملاعنة مبنيا على اشتراط

الام على اشكال ، وكذالوزنا بهاالاب جاهلة اوعالمة معقوة الاشكال فيه فان اعترف بهابوه بعد اللعان لم يرثه الاب ولاالمنعم على الاب لان النسب وان عاد فان الاب لايرثه ولا من يتقرب به، ولواولد مملوك من معتقة ابنافولاؤه ولاء اخوته منها لمولى امه فان

التحاق النسب فيجر الولاء وهذا نقلته من خط المصنف (واعلم) انظاهر كلام المصنف ليس فى انجرار الولاء لانه لم يقدر العلوق بالولد حال رقية الاب وحرية الام بل قدرهما معتقين ونفى الزوج الولد باللعان فالولاء هنا يجوز ان يكون لمولى الام وهو الاقوى (ويحتمل) ان يكون لمولى الاب لان حق مولى الاب ثابت قبل اللعان فلا يسقط بفعل الغير اما لوكان علوقه فى حال رقية الاب وحرية الام وعليه الولاء لمولى الام ثم اعتق الاب و نفى الولد باللعان يحتمل الانجرار ان قلنا بانه لا يشترط فى الانجرار التحاق النسب الشرعى وفيه ضعف .

قال قدس الله سره : وكذالوزنا بها الاب (الى قوله) الاشكال فيه .

اقول: هنامسألتان (الاولى) انه لوزنى الاب وهى جاهلة فالولدملتحق بها قطعا و منتف عنه شرعا فهل ينجر الى مولاه الولاء اولاهذه فرع على اشتراط الجر بالتحاق النسب وعدمه وقدتقدمت هذه المسألة و انماكررها المصنف هنا و القاعدة التى ذكرها مأخذاً لمسألة ولد الملاعنة تصلح ان تكون مأخذاً لهذه المسألة فيتم بنائها على هذه القاعدة المبنية على هذه القاعدة الدقيقة التى ذكرناها هنا (الثانية) لوزنا بها عالمة (ووجه) قوة الاشكال فيه ان هذه المسألة مبنية على مسألتين (احديهما) ان الولاء هل يتبع اللغة او النسب الشرعى (فان قلنا) بتبعيته للنسب الشرعى فلاولاء عليه هنا لمولى الام ولا انجرار (وثانيتهما) ان الانجرار (هل) يتبع النسب الشرعى او اللغوى فلماكانت هذه المسألة مبنية على المسألتين (وفيهما اشكال) كان اقوى اشكالا مما يبنى على اشكال واحد وايضا فان حقوق الموالى على اولاد العبيد (هل) هو باعتبار كون الاولاد نماء لملكهم (او) من حيث البنوة والنسب .

قال قدس الله سره : ولواولد مملوك (الى قوله) على اشكال.

اقول: ينشأ (من) ان ثبوت الولاء لمولى الام بشرط عدم حرية الاب فاذاحصلت

اشترى الولد اباه انعتق عليه وانجر ولاء اولاده كلهم اليه على اشكال (وهل) ينجر ولاء نفسه اليه فيبقى حرا لاولاء عليه اويبقى ولاؤه لمولى امه اشكال ينشأ (من) كون الولاء

حرية الاب زال ولاء مولى الام (ويحتمل) العدم لان الجار للولاء الولاء لامجرد العتق فجره موقوف على ثبوت الولاء ولاولاء عليه هنا والحق ان هذه المسألة موقوفة على مسألة

هي ان من ملك من ينعتق عليه فانعتق بملكه خصوصا باختياره (هل) له عليه ولاء قال الشيخ في المبسوط نعم وتبعه ابن حمزة لعموم الخبر و (لما) رواه الصدوق ، عن سماعة ، عن الصادق عليه السلام : في رجل يملك ذا رحمه هل يصلح ان يبيعه اويستعبده. قال لا يصلح له ان يبيعه ولا يتخذه عبداً وهو مولاه واخوه في الدين وايهما مات ورثه صاحبه الآان يكون له وارث اقرب اليه منه (١) قال ابن ادريس وابن الجنيد ووالدي في المختلف لاولاء عليه وهو الاقوى عندي (لان) الميراث بالولاء والنسب لايجتمعان فان النسب يمنعه وعدمه شرط فيه (واجيب) بان الخبر جاء (من اعتق) وهذا لم يعتق بل انعتق عليه قهرا والرواية تدل على الارث لاالولاء لوجود الرحم اوالميراث بالرحم لابالولاء .

(اذا عرفت ذلك فنقول) على قول الشيخ بثبوت الولاء له على ابيه ينجر ولاء الاولاد اليه (فان قلنا) لايثبت له عليه ولاء لم ينجر اليه ويمكن ان يقال ان الجر هنا بمعنى انتقال الولاء من مولى الام الى معتق الاب بل بمعنى زواله عن مولى الام لان شرط ثبوت الولاء لمولى الام عدم حرية الاب اذ لو كان حراً قبل العلوق به لتبعه دونها .

قال قدس الله سره : وهل ينجر ولاء نفسه (الى قوله) او عليهما ولاء.

اقول: هذا فرع على انجرار ولاء ابيه اليه وقد فسر الانجرار هنا بمعنيين (الاول) انتقال الولاء اليه بحيث يثبت له وهو لايتصور في الانسان نفسه (الثاني) زوال الولاء عن مولى الام وهذا يتصور في الاب وفي نفسه والمراد في هذه المسألة هذا المعنى واما في الاب فقد تقدم انه يتأتى في معناه وهذا إشارة الى ضابط كلي اتفق عليه الفقهاء ، وهو (ان كل مولود ولد وابواه رقان في الاصل اوحران وعليهما ولاء فعليه ولاء) فلو قلنا بانتقاله عن مولى الام لزال الولاء عنه فيكون الولاء ثابتا على ابويه دونه وهو خرم للضابط

(١) ثلب ١٣ خبر ١ من كتاب العتق .

ثابتا على ابويه دونه مع انه ولدوهما رقّان فى الاصل اوعليهما ولاء ولوكان المشترى لابيه ولد زنا واعتقه ان قلنا بعدم العتق فى الزنا ثبت له الولاء قطعا وانجر ولاء الاولاد وولاؤه اليه ، امالواشترى هذا الولد عبدا فاعتقه فاشترى العبد الاب فاعتقه دار الولاء(١) وصار الولد مولى المشترى لمباشرته العتق والمشترى مولى له لانه اعتق أباه فانجر ولاء الولد من مولى الام اليه وصار كل منهما مولى الاخر من فوق واسفل ويرث كل منهما الآخر بالولاء (فان) ماتا ولا مناسب لهما (قيل) يرجع الولاء الى مولى الام وفيه نظر

المذكور وقوله (على ابويه) اما على الام فظاهر واما على الاب فعلى القول بانجرار ولاء الاب اليه فظاهر ايضاً واما على القول بعدم الانجرار بمعنى انتفاء الولاء فلايتأتى قوله على ابويه ولاء .

قال قدس الله سره : ولوكان المشترى (الى قوله) وولائه اليه .

اقول: هذا مبنى على اشتراط العتق عليه بالتحاق النسب شرعا وقد مضى .

قال قدس الله سره : امالواشترى هذا الولد (الى قوله) للامام .

اقول :اذا اشترى ابن المعتقة وعليه ولاء لمولى امه عبداً فاعتقه تبرعا كان ولائه لمعتقه وهوولد المعتقة ثم اشترى هذا العتيق ابن معتقه وهواب ولد المعتقة واعتقه تبرعا كان ولاء هذا الاب للمعتق وانجر ولاء ولده الى هذا العتيق فدار الولاء بينهما و صار لكل منهما الولاء على الآخر وكل منهما مولى لصاحبه من اعلى ومن اسفل فكل من مات منهما ولاوارث له ورثه الآخر فان ماتا ولا وارث لهما قال الشيخ فى المبسوط يكون الميراث لمولى الام ويعود اليه الولاء لان الولاء لحمة كلحمة النسب فمعنى انجراره صيرورته اولى لان النسب لايزول بوجود اولى منه.قال شيخنا والدى المصنف قدس الله سره هذا فيه نظر لانهم فسروا الانجرار بانقطاع الولاء عن مولى الام من حين عتق الاب لانهم حكموا بزوال ولاء مولى الام فلاوجه لعوده اليه فالاقرب مااختار المصنف وهو ثبوت الولاء للامام .

(١)من الدور .

اقربه العدم وميراثه للامام ، وهل يرث الامام الولاء فيه اشكال ، فان قلنا به لم يرد على الزوجين لو قلنا به ، ولو تزوج ولد المعتقة معتقة فاشترى ولد ه منها جد ه عتق عليه وله ولاؤه

قال قدس الله سره : وهل يرث الولاء الامام فيه اشكال .

اقول: هذا تفريع على القول بان الولاء يورث وقد تقدم البحث فيه وتقرير الفرع ان غير الامام من الوراث يرث الولاء فاذا لم يكن ممن يرث الولاء احد هل يرث الولاء الامام عليه السلام استشكله والدى المصنف (من) حيث انهم جعلوا ولاء الامامة قسيما لولاء العتق فلا يكون قسماً منه (ومن) حيث ان الولاء من جملة الموروثات كالاموال ويرثه الوارث فيرثه الامام كسائر الاموال وكسائر الوراث والاقوى عندى ان قلنا انه يورث يرثه الامام.

قال قدس الله سره : فان قلنا به لم يرد (الى قوله) لو قلنا به .

اقول: هذا تفريع على ان الولاء يرثه الامام واليه اشار بقوله (فان قلنا به) و تقريره انا (اذا قلنا) ان الولاء يرثه الامام اذا مات المعتق ولا وارث له والمعتق موجود فينزل الامام منزلة وارث المعتق من النسب يصير الولاء للامام فاذا مات المعتق بعد ذلك وخلف زوجا اوزوجة والامام كان للزوج اوالزوجة النصيب الاعلى ويكون الباقى للامام (وان قلنا) ان الزوج اوالزوجة فى غير المولى عليه اذا لم يخلف الميت غيرهما يرد على الزوج اوالزوجة الباقى ولا يرثه الامام والى هذا اشار المصنف بقوله (ان قلنا به) الاخير والضمير فى به يرجع الى الرد على الزوج اوالزوجة وانما كان هنا للامام لانه هنا يرثه بولاء العتق لا بولاء الامامة وولاء الامامة متأخر عن ولاء العتق مشارك لهما فلا يرد عليهما معه (واما على القول) بان الزوج والزوجة فى غير المولى عليه لا يرد عليهما الباقى للامام قطعا لكنه لا يكون بولاء الامامة بل بولاء العتق.

(واما على القول) بان الولاء لا يورث بل يورث به فلا يرث به الا النسب مطلقا او مخصوصاً فاذا مات المعتق بغير وارث من النسب يرث بالولاء انقطع الولاء وورث الامام بولاء الامامة وجاء الخلاف فى الزوج والزوجة .

قال قدس الله سره : ولو تزوج ولد المعتقة (الى قوله) من الاحتمال .

اقول: البحث فى هذه المسألة قد تقدم مثله فلا وجه لاعادته .

على اشكال وينجر اليه ولاء أبيه وسائر اولاد جده وهم عمومته وعماته و ولاء جميع معتقيهم ويبقى ولاء المشترى لمولى الام اويبقى حراً لاولاء عليه على ما تقدم من الاحتمال ، ولوتزوج عبد بمعتقة فاولدها ولداً فولاء ولده لمعتق امه فان تزوج الولد بمعتقة آخر فاولدها ولداً فالاقرب ان ولاء الولد الثانى لمولى امه (لان) الولاء الثابت على ابيه من جهة امه ومثله ثابت فى حق نفسه وما ثبت فى حقه اولى مما يثبت فى حق ابيه (ويحتمل) ان يكون لمولى ام الاب (لان) الولاء الثابت على الاب يمنع ثبوت الولاء لمولى الام (ولان) علة الانجرار الانعام على الاب بالعتق والمنعم على الاب ، هنا هو مولى ام الأب ولوتزوج معتق بمعتقة فاولدها بنتاً وتزوج عبد بمعتقة فأولدها ابنا فتزوج الابن ببنت المعتقين فأولدها ولداً فولاء هذا الولد لمولى ام أبيه (لان) له الولاء على أبيه ، فان تزوجت بنت المعتقين بمملوك فولاء ولدها لمولى ابيها (لان) ولاء ها له فان كان أبوها ابن مملوك ومعتقة فالولاء لمولى ام اب الام على الوجه الثانى (لان) مو لى ام اب الام ثبت له الولاء على اب الام فكان مقدما على امها وثبت له الولاء عليها.

قال قدس الله سره: ولو تزوج عبد (الى قوله) مولى ام الاب .

اقول: الاقوى عندى الثانى لان المقتضى لانجرار الولاء انما هو عتق الاب و ثبوت ولاء عليه والمعتق للاب هو معتق امه فهو مساو للمباشر لعتقه قوله (فى حق نفسه) اى الولاء من جهة الام وقوله (وما ثبت فى حقه اولى) لكونه بغير واسطة .

قال قدس الله سره : فان تزوجت بنت المعتقين (الى قوله) الولاء عليها

اقول: هنا مسألتان (الاولى) اذا تزوجت بنت المعتقين اى كل من ابويها عتق بالمباشرة بمملوك فولاء ولدها لمولى ابيها (لان) كلما تبع الولد فى الحرية امه وعليها ولاء فعليه ولاء لمولى امه ومولى الام هنا مولى ابيها (الثانية) امرأة ابوها متولد من اب مملوك وام معتقة عليها ولاء فولاء ابيها (ابنها ـ خل) لمولى امه قطعا وانما البحث فى مسألتين (الاولى) ولاء هذه المرأة هل هو لمولى ابيها او لمولى امها فيه احتمالان تقدما (احدهما) ان يكون لمولى الاب لان جهة الابوة اقوى من جهة الام ولهذا ينجر من معتق الام الى معتق الاب .

ولو تزوج عبد بمعتقة فاولدها بنتين فاشترتا أباهما عتق عليهما ولهما عليه الولاء على اشكال والفايدة فى العقل ،فلومات الاب كان الميراث لهما بالتسمية والرد لا بالولاء لانه لا يجتمع الميراث بـالولاء مع النسب عندنا ولو ماتتا أو أحديهما والاب موجود فالميراث له ولو لم يكن موجوداً كان ميراث السابقة لاختها بالتسمية والرد ولا ميراث

(وتحقيقه) ان الولاء من جهة الابوة والامومة لا يجتمعان والولاء من جهة الامومة لا يزيل ولاء الابوة فى صورة اصلا بل ولاء الابوة يزيله وولاء الامومة لا يجر الولاء من جهة الابوة اصلا والولاء من جهة الابوة يجر الولاء لمولى الاب مـن موالى الام فكان ولاء الابوة اقوى (وثانيهما) ان يكون لمولى الام لان جهة الاب انما كانت اقوى اذا لم يكن اصله الامومة واما اذا كان اصله الامومة فممنوع بل هو اضعف من الامومة الثابتة بغير واسطة فـان ولاء الاب بواسطة امه فيكون ولاء ام الاب قد اثر فى ولاء هذه البنت بواسطة تاثيرها فى الاب وهذه الام بغير واسطة فولاء الابوة هنا والامومة كلاهما من جهة الامومة لكن ذلك بوسط وهذا بغير وسط والذى بغير وسط اقوى ، والاصح عندى الاول (لان) علة الولاء هو حرية الاب وثبوت ولاء عليه وهو يتحقق هنا وهو الذى يمنع الولاء من جهة الام (الثانية) البحث فى ولاء اولادها التابعين لها فى الحرية كما اذا تزوجت بمملوك واتت منه باولاد فنقول ولاء اولادها تابع لها (فعلى القول) بان ولائها لمولى ام ابيها كان ولاء اولادها له ايضا (وعلى القول) بان ولائها لمولى امها فولاء اولادها له.

قال قدس الله سره : ولو تزوج عبد (الى قوله) فى العقل .

اقول: هذا الاشكال ينشأ (من) اختلاف الاصحاب فى ان من اشترى من ينعتق عليه (هل) يثبت له عليه ولاء ام لا وقد تقدم البحث فى هذه المسألة وحكينا قول الشيخ ومن تابعه وقول من خالفه ، قوله والفائدة فى العقل اشارة الى تفسير الولاء الذى اثبته الشيخ واتباعه بعتق القرابة (وتقريره) ان الولاء له حكمان - الميراث - وتحمل العقل ، فلا نعنى بثبوت الولاء ثبوت الميراث (لان) الاجماع من اصحابنا على انه لا يمكن اجتماع الميراث بالنسب والولاء بل معناه ثبوت العقل فان المرأة لا تعقل بالنسب ولا بانتقال الولاء اليها من غيرها بل تعقل بمباشرة العتق فلما لم تعقله للاب بالنسب فهل تعقله بمباشرة

بالولاء لوجود المناسب ، ولوماتت الاخرى ولا وارث لها (هل) يرثها مولى امهافيه اشكال (ينشأ) من انجرار الولاء اليهما بعتق الاب اوّلاوالاقرب عدمه (اذ)لايجتمع استحقاق الولاء بالنسب والعتق (فان قلنا)بالجرفكل واحدة منهما قد جرت نصف ولاء اختها اليها (لانها) اعتقت نصف الاب ولاينجرالولاء الذى عليها فيبقى نصف ولاء كل واحدة منهما لمولى امها ، ولواعتقت المرأة مملوكا فاعتق آخرفميراث الاول لمولاته والثانى للاول فان لم يكن الاول ولامناسبوه فميراث الثانى لمولاة المولى ، ولواشترت أباها عتق عليها فان اشترى مملوكافاعتقه ومات الاب ثم مات المعتق ولاوارث له سواها ورثت النصف بالتسمية والباقى بالرد لابالتعصيب (ان قلنا) يرث الولاء ولدالمعتق وان كن اناثا والّاكان الميراث لهابالولاء (ان قلنا) بثبوت الولاء بالشراء . ولواشترى احد الولدين مع أبيه مملوكافاعتقاه ثم مات الاب ثم المعتق فللمشترى ثلاثة ارباع تركته ولاخيه الربع والمولود من حرّين اذاكان اجداده عبيداً ثبت الولاء عليه **المعتق** امّ الامّ اذااعتقها

العتق قال الشيخ نعم ومنعه المصنف وابن ادريس وقدتقدّم .

قال قدس الله سره : ولوماتت الاخرى (الى قوله) بالنسب والعتق.

اقول: قدتقدّم البحث فى انجرار الولاء فى مثل هذه الصورة (والتحقيق) انّ معنى الانجرار ان يزول ولاء مولى الام لابمعنى انّه ينتقل الى المعتق .

قال قدس الله سره : والمولود من حرين (الى قوله) فينجر الى معتقه.

اقول: هنا مسألتان (الاولى) الذى خلق حراً من ابوين حرّين اذاكان اجداده ارقّاء وقد صوّرها المصنف لبعض فضلاء تلامذته وهو مولانا رشيد الدين على الآوجى فى صورة هى عبدلبكر اسمه يحيى ـ تزوج بامر مولاه بمعتقة خالد واسمها صفية ـ فاولدها بنتا اسمها فاطمة ، فولائها لمولى امها و هوخالد ، فاذا تزوجت فاطمة لعبد عمرو اسمه يوسف فاولدها ابنا اسمه حسن ـ فتزوج حسن بمعتقة عبدالله واسمها سكينة فولدمنها ابنا اسمه زكريا ـ فهذا زكريا مولود من حرين فامه معتقة مباشرة ، وابوه اصوله (من جهة) الابوة ارقّاء و(من جهة) الامومة احرار.

اذاعرفت ذلك (فنقول) ولاء زكريا لمولى ام ام ابيه وهوخالد فاذا اعتق بعد

اولا ، ثم ينجر منه الى معتق اب الام ثم منه الى معتق ام الاب ثم منه الى معتق اب الاب ويستقر عليه الآن يكون الاب رقيقاً فينجر الى معتقه ، ولو اشترى ابن وبنت اباهما فانعتق فاشترى عبداً فاعتقه ثم مات الاب ثم العتيق ورثه الابن خاصة لانه العصبة بل لو خلف العتيق ابن عم المعتق والبنت كان الميراث لابن العم .

ذلك بكراب ام اب زكريا وهو يحيى انجر الولاء من خالد وهو مولى صفية ام ام زكريا الى بكر - وهو مولى يحيى اب ام اب زكريا (ثم نقول) يوسف اب اب زكريا له اب وام بالنسبة الى حسن جد وجدة اسمهما جعفر و زهرة ، و زهرة جارية لسليمان و جعفر مملوك لاحمد - ثم اعتق بعد ذلك سليمان جاريته وهى زهرة التى هى جدة حسن انتقل الولاء من معتق يحيى وهو بكر الى سليمان ، وهذا مراد المصنف بقوله (١) ينجر الولاء منه) اى من معتق اب ام الاب (الى معتق ام اب الاب) لانه اقرب فاذا اعتق احمد بعد ذلك جعفراً انتقل الولاء من سليمان اليه (لانه) مولى اب اب الاب وهو اشارة الى قول رحمه الله (ثم منه الى معتق اب الاب) ويستقر الولاء لاحمد عليه الآن يكون الاب رقيقا فينجر الولاء الى معتقه (لان) يوسف عبد عمرو فاذا اعتق عمرو عبده - وهو يوسف - ينجر الولاء اليه وهو معتق اب الاب .

وهذا نقلته من خط الذى زعم انه كتبه من لفظ المصنف حرفا حرفاً وهذا فرع على مسألتين (احديهما) ان جهة الابوة اقوى من جهة الامومة (و ثانيتهما) انه اذا كان الاب حراً عليه ولاء لمولى ام امه و الابن امه معتقة عليها ولاء فان ولاء الابن يكون تابعا لابيه وان كان مثله ثابتا فى حق الابن وقد تقدم الكلام فى مثل هذه المسألة و (يمكن) توجيهه بوجه آخر وهو ان حسن الذى هو اب المولود من حرين تزوج ببنت بنت معتقة عبدالله واسمها سكينة فحينئذ تكون هذه الصورة فرعاً على المسألة الاولى خاصة وهى ان جهة الابوة اقوى من جهة الامومة .

(المسألة الثانية) ان يكون مولوداً من حرين وهو تابع لاصوله فى الحرية وابواه كذلك واجداده ايضاً معتقون عليهم ولاء والكل كفار ثم سبى الكل الا هذا المولود من

---

(١) يعنى فى قول المصنف - ثم منه الى معتق ام الاب الخ فلا تغفل .

المقصد الثانى فى التدبير

وفيه فصول : (الاول) فى حقيقته وصيغته

التدبير عتق المملوك بعد وفاة مولاه ، وفى صحة تدبيره بعد وفاة غيره كزوج الامة

حرين وقلنا لا يزول الولاء عنه وانه اذا اعتق السابى احد اصوله فانه يكون له الولاء ثم كلما اعتق من هو اولى ، ينجر اليه كالابتداء ثم يفرض هذا الترتيب الذى ذكره المصنف بل نفرض ايضاً بعد اصول الام عتق الام فينجر اليها ثم ينتقل الى اصول الاب الى ان يصل الى الاب (واعلم) ان هذه المسألة ذكرها المصنف لانها فرع يمكن رده الى المسئلتين اللتين ذكرنا ابتناء الصورة الاولى عليهما وقد ذكرهما المصنف ويمكن رده الى ان عتق الكافر يصح وانه اذا سبى المعتق ثم اعتق يكون لمعتقه الولاء وان تجدد ليتمهر ذهن الفقيه فى رد الفروع الى الاصول المتعارضة لانها مذهب له .

المقصد الثانى فى التدبير

وفيه فصول: الاول فى حقيقته وصفته

(مقدمة) التدبير تعليق عتق المملوك بوفاة سيده فان الوفاة دبر الحيوة لانه اعتاق فى دبر الحيوة قال لى والدى المصنف اجمع كل من نقل عنه العلم على ان كل كامل جائز التصرف دبر عبده اوامته ولم يرجع عن ذلك حتى مات المدبر يخرج من ثلث ماله بعد قضاء دينه ان كان فيتحرر بموت السيد .

قال قدس الله سره : وفى صحة تدبيره (الى قوله) اقربه الجواز .

اقول: وجه النظر اختلاف الاصحاب فان الشيخ رحمه الله جوزه فى النهاية و تبعه ابن البراج وابن حمزة وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد وصرح ابن ادريس بالمنع فى الثانى قال . لان التدبير فى عرف الشريعة عتق العبد بعد موت مولاه والمجعول له الخدمة غير مولاه واختار والدى اختيار الشيخ فى النهاية وهو المختار عندى لما رواه الشيخ فى الصحيح عن يعقوب بن شعيب قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم فقال هى لفلان تخدمه ماعاش فاذا مات فهى حرة فتأبق الامة قبل ان يموت

ومن يجعل له الخدمة نظر اقربه الجواز وصيغته انت حر بعد وفاتي او اذا مت فانت حر اوعتيق اومعتق ، ولوقال انت مدبر فالاقرب الوقوع اما لوقال عقيبه فاذا مت فانت حر صح اجماعا ولاعبرة باختلاف ادوات الشرط او الفاظ المدبر مثل اذا مت اوان مت او متى مت اواى وقت اوأى حين وسواء قال انت حر اوهذا اوفلان ولواتى باللفظ الدال على العتق بالكناية لم يقع .

الرجل بخمس سنين اوست سنين ثم يجدها ورثته الهم ان يستخدموها بعد ما ابقت فقال لا اذا مات الرجل عتقت (١) واذا صح فى المجعول له الخدمة صح فى الزوج اذلا فارق بينهما من الامة (قالوا) التدبير وصية وكل وصية لايصح تعليقها بغير موت الموصى (اجيب) بمنع الاولى بل هو تعليق للعتق (قالوا) فيبطل (قلنا) الاهنا بالنص .

قال قدس الله سره : وصيغته انت حر (الى قوله) الوقوع .

اقول: اجمع المسلمون على انه اذا علق صريح العتق بالموت صار مدبراً ، اما لوقال انت مدبر او دبرتك ففيه اقوال ثلاثة (الاول) انه يصح وهو صريح فيه وهو اختيار المصنف وجماعة من الاصحاب وهو الاصح عندى (لانهما) لفظان وضعا لهذا المعنى و استعملا واشتهرا فيه عند الخاص والعام من زمن الجاهلية واقره الاسلام ولايستعملان فى غير هذا المعنى فيحملان عليه عند الاطلاق ولانا لانعنى بالصريح الا ذلك كالبيع و الهبة (الثانى) انه يصح مع النية اى مع ارادة اللافظ بهما استعمالهما فى العتق بعد الوفاة وهو اختيار ابن الجنيد وابن البراج لاصالة بقاء الرقية وعدم زوالها الا بسبب معلوم (الثالث) انه لايصح بهما منفردين عن صريح العتق وهو التحرير والاعتاق وهو اختيار الشيخ فى الخلاف فانه قال اذا قال انت مدبر اومكاتب لم ينعقد به كتابة ولا تدبير وان نوى به ذلك بل لابد ان يقول فى التدبير فاذا مت فانت حر اوانت حر اذا مت لانه عتق بعد الوفاة وكل عتق لابد فيه من صريح العتق كما ذكرنا (اما الاولى) فاجماعية ولرواية جابر ان رجلا يعتق مملوكا له عن دبر الحديث (٢) (واما الثانية) فلما تقرر والفرق بين الصريح

---

(١) ئل ب ١١ خبر ١ من ابواب التدبير .

(٢) سنن ابى داود (ج ٤) باب فى بيع المدبر .

وهواما مطلق كماتقدم اومقيد مثل اذامت فی سفری فانت حر اوفی سنتی اوفی مرضی هذا اوفی بلدی اوشهری اوسنة كذا اوشهر كذا علی رأی ، ولايقع الا منجزا فلو علقه بشرط اوصفة بطل مثل ان قدم المسافر فانت حر بعد وفاتی (او) ان اهل شوال مثلا فانت حر بعد وفاتی (او) انت حر بعد وفاتی ان شئت (او) ان دخلت الدار فانت حر بعد وفاتی سواء دخل اولا (او) ان دخلت الدار بعد وفاتی فانت حر (او) انت حر بعد وفاتی بسنة اوشهر (او) ان اديت الی كذا اوالی ابنی فانت حر ، و لو قال الشريكان اذامتنا فانت حر انصرف قول كل منهما الی نصيبه وصح التدبير ولم يكن معلقا علی شرط وينعتق بموتهما ان خرج نصيب كل واحد من ثلثه ولو خرج نصيب احدهما خاصة عتق و بقی نصيب الآخر ، ولومات احدهما اولا تحرر نصيبه من الثلث و بقی الباقی مدبراً ينعتق بموت مالكه اما لوقصدا عتقه بعدموتهما بطل التدبير ، وانما يصح لوقصدا توزيع الاجزاء علی الاجزاء .

الفصل الثانی فی المباشر

وهو كل مالك بالغ عاقل قاصد مختار جايز التصرف ناو (فلا) يصح تدبير الصبی

والكتابة ان الكتابة مجاز (ويحتمل) غير هذا المعنی فيحتاج فی الحمل عليه الی العلم بارادة المتكلم استعمال اللفظ فی هذا المعنی وذلك بقرينة الصريح بكون اللفظ حقيقة فی المعنی منفرداً ای ليس بمشترك بينه وبين غيره وشرط كثير من الناس فيه الاشتهار بين اهل اللسان

قال قدس الله سره : وهواما مطلق (الی قوله) علی رأی .

اقول: جزم ابن البراج بالصحة واختاره الشيخ فی موضع من المبسوط ثم قال فيه مايظهر منه البطلان لنا انه شرط لاينافی الكتاب والسنة فجاز لعموم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم (١) .

الفصل الثانی فی المباشر

قال قدس الله سره : وهو كل مالك (الی قوله) مميزا علی رأی .

اقول: خالف فی ذلك الشيخ حيث جوز وصية الصبی اذا بلغ عشراً وعتقه و تدبيره

---

(١) ئل فی اخبار باب ٦ من ابواب الخيار وفيها المسلمون الخ.

وان بلغ عشراً مميزاً على رأى (ولا) المجنون (ولا) السكران (ولا) الساهى (ولا) المكره(ولا)المحجورعليه لسفه اوفلس (ولا)غير الناوى للتقرب على اشكال،فان شرطنا نية التقرب لم يقع من الكافر وان كان ذميًا اومرتداً وان كان عن غير فطرة على اشكال ، ولولم نشترط صح تدبير المرتد لاعن فطرة فان تاب نفذ والافلا والكافران اسلم العبد بيع عليه من مسلم سواء رجع فى تدبيره اولا فان مات المولى قبل بيعه تحرر من ثلثه ان لم يكن قدرجع فان قصر الثلث تحرر بقدره وكان الباقى للوارث فان كان مسلما استقر ملكه عليه والاقهر على بيعه من مسلم، ولوارتد السيد بعد التدبير لم يبطل تدبيره فان مات مرتداً عتق المدبر من الثلث ان لم يكن عن فطرة وان كان عنها لم ينعتق بموته لخروج ملكه عنه بالردة ، ولا يصح تدبير المرتد عن فطرة ويصح تدبير الاخرس ورجوعه بالاشارة ولوخرس بعد التدبير فرجع صح مع العلم باشارته .

قال قدس الله سره ولاغير الناوى للتقرب على اشكال .

اقول: هذه المسألة مبنية على مسألتين (احديهما) ان التدبير هل هو وصية بعتق اوعتق معلق بالموت (فعلى الاول) لايحتاج الى نية (وعلى الثانى) ان قلنا ان العتق يشترط فيه نية التقرب شرط هنا والافلا وقد قال كثير من الاصحاب انه وصية وقال بعضهم انه عتق معلق ويظهر ذلك من كلام ابن البراج وابن ادريس (قيل) لوكان عتقا معلقا لماصح الرجوع فيه (والتالى) باطل اجماعا فالمقدم مثله (قالوا) لوكان وصية لاحتاج بعد الموت الى ايقاع صيغة وليس بالاجماع .

قال قدس الله سره : فان شرطنا نية التقرب (الى قوله) على اشكال.

اقول: هنا مسائل (الاولى) هل يصح تدبير الكافر فيه اقوال ثلاثة (احدها) يصح مطلقا وهو قول الشيخ (وثانيها) لايصح مطلقا وهو قول ابن ادريس لانه شرط القربة فيه ولاتصح من الكافر (وثالثها) يصح تدبير الذمى دون الحربى (الثانية) تدبير المرتد عن غير فطرة قال الشيخ فى الخلاف يصح و قال فى المبسوط وهو باطل لانه محجور عليه بالردة (الثالثة) المرتد عن فطرة لاملك له فلايصح تدبيره .

الفصل الثالث المحل

وهو كل مملوك غير وقف فلاينفذ تدبير غير المملوك وان علقه بالملك ولا الوقف ويصح تدبير الجانى وام الولد والمكاتب فان ادى مال الكتابة عتق بها والا عتق بموت المولى بالتدبير ان خرج من الثلث والا عتق بقدره وسقط من مال الكتابة بنسبته وكان الباقى مكاتبا ولو دبره ثم كاتبه بطل التدبير اما لو قاطعه على مال ليعجل عتقه لم يبطل تدبيره قطعا ، وهل يشترط اسلامه الاقرب ذلك (ان) شرطنا نية التقرب ومنعنا من عتق الكافر (والا) فلا ، ولافرق بين ان يكون المدبر ذكراً او انثى صغيراً او كبيراً او حملا فلايشرى الى امه ويصح الرجوع فيه فان اتت به لاقل من ستة اشهر من حين التدبير صح والا فلا لاحتمال تجدده بعده وتوهم الحمل ، ولو ادعت تجددهم بعد التدبير والورثة سبقهم قدم قولهم (لان) الاصل بقاء الرقية ، ويصح تدبير بعض الجملة مشاعا كالنصف والثلث ولاينعتق عليه الباقى ولايسرى التدبير اليه وكذا لو دبره اجمع صح ان يرجع فى بعضه ولاتقوم عليه حصة شريكه ، ولو دبر الشريك ان ثم اعتق احدهما لم تقوم عليه حصة الاخر والوجه التقويم ولو دبر احدهما ثم اعتق وجب عليه فك حصة شريكه .

قال قدس الله سره : وهل يشترط اسلامه (الى قوله) والافلا .

اقول: جوز الشيخ رحمه الله تدبير العبد الكافر ومنعه المرتضى (واعلم) ان مبنى هذه المسألة على مقدمات ثلاث (الاولى) عتق العبد الكافر هل يصح اولا وقد سبق القول فيه (الثانية) هل يشترط فى التدبير نية القربة اولا (الثالثة) الكافر هل يصح التقرب به اولا (فان قلنا) انه يصح عتق العبد الكافر ولايشترط فى التدبير نية القربة وان الكافر يتقرب به صح تدبير العبد الكافر (وان قلنا) لايصح عتق الكافر وقلنا باشتراط نية القربة فى التدبير وقلنا ان الكافر لايتقرب به لم يصح تدبير الكافر .

قال قدس الله سره : ولو دبر الشريكان (الى قوله) فك حصة شريكه.

اقول :قال الشيخ فى المبسوط لايقوم لان له جهة يعتق بها والحق اختيار والدى المصنف هنا وهو اختيار جدي انه يقوم عليه لانه لم يخرج عن ملكه بالتدبير.

ولو عتق الشريك لم تفك حصة التدبير على اشكال ولو دبّر بعضا معينا كيده او رجله او رأسه لم يصح ولو دبر احد عبيده غير معين فالاقرب الصحة ويعين من شاء فان مات قبله فالاقرب القرعة ويصح تدبير الآبق ولو ابق بعد التدبير بطل تدبيره وكان هو ومن يولد له بعد الاباق رقا ان ولده من أمة واولاده قبل الاباق على التدبير ، ولو ارتد المملوك لم يبطل تدبيره الا ان يلتحق بدار الحرب ولو مات مولاه قبل التحاقه عتق ، ولو جعل خدمته لغيره مدة حيوة الغير ثم هو حرّ بعد موت الغير لم يبطل تدبيره باباقه ويكون جعل الخدمة لازما

قال قدس الله سره : ولو اعتق الشريك (الى قوله) على اشكال .

اقول: ينشأ (من) قول الشيخ رحمه الله ان حصة التدبير لها جهة عتق والحق ما ذكرناه اولا من انه مالك ملكاً قابلا للعتق فيسرى لعموم الاخبار.

قال قدس الله سره : ولو دبر احد عبيده غير معين فالاقرب الصحة.

اقول: قال الشيخ فى المبسوط يصحّ لانّه اما عتق معلق او وصية والعتق قد تقدم انه يصح مع عدم التعيين وكذا الوصية (وقيل) لا يصح وقد تقدم فى العتق والاقرب عندى الصحة .

قال قدس الله سره: ويعين من شاء فان مات قبله فالاقرب القرعة .

اقول: هذا فرع على صحة عتق غير المعين وهذا اختيار الشيخ فى المبسوط لانها اعدل (وقيل) يعين الوارث لان التعيين حق للميت فيكون للوارث (ولان) هذا من قبيل الواجب المخير ولا قرعة فيه (ولان) تعيين مثل هذا اختيارى وتعيين القرعة قهرى (ولان) القرعة تميّزما وقع عليه العتق عن غيره والاختيار هنا تعيين لمحل التدبير والاقوى عندى ماهو اختيار المصنف .

قال قدس الله سره : ولو جعل خدمته لغيره (الى قوله) فاشكال.

اقول: يحتمل كونه من الثلث لعموم قولهم التدبير من الثلث (ولانه) عتق حصل بعد الموت فكان كالوصية (ويحتمل) كونه من الاصل لان التدبير اما وصية او عتق معلق والاول هنا منتف فان تعليق الوصية بموت الغير باطل فتعين الثانى فيكون قد لزم فى حال صحته فلا يخرج من الثلث .

له (لانه) رقبى وينعتق من الاصل ان بقى المالك حيا وان مات قبله فاشكال ولودبرامته لم تخرج عن الرقية وله وطئها ووطؤ بنتها فان حملت منه عتقت بعدموت مولاها من الثلث فان عجز عتق الباقى من نصيب الولد ولوحملت بمملوك من زنا اوعقد اوشبهة كان الولد مدبرا كامه فان رجع المولى فى تدبير الام (قيل) لم يكن له الرجوع فى تدبير الولد وليس بمعتمد ولواتى المدبر بولد بعد تدبيره فهو كابيه مدبر ولورجع فى تدبيرها فاتت بولد لستة اشهر فصاعداً من حين الرجوع لم يكن مدبراً لاحتمال تجدده ولوكان لاقل من ستة اشهر فهو مدبر، ولودبر الحامل لم يكن تدبيراً للحمل وان علم به على رأى .

قال قدس الله سره : ولودبر امته (الى قوله) وليس بمعتمد .

اقول: (مقدمة) يحل للمولى وطى المدبرة بعد تدبيرها اجماعا لكمال الملك ونفوذ التصرف فيها ولجواز وطى المستولدة وحق الغير فيها آكد والفرق بينها وبين المكاتبة ان المكاتبة انقطع تصرف المولى عنها و صارت احق بنفسها واذا وطئت للشبهة اوجنى عليها كان المهر و ارش الجناية لها بخلاف المدبرة والمستولدة فان المهر وارش الجناية يكون للمولى (قوله) من زنا فيه نظر تقدم ولان المملوك اذا زنا كان الولد لمالكه فان كانت زانية ايضا كان الولد للمالكين (قوله) قيل لم يكن له الرجوع فى تدبير الولد هذا اشارة الى قول الشيخ فى النهاية والخلاف وتبعه ابن البراج وابن حمزة وقال ابن ادريس له الرجوع فى تدبير الولد وهو اختيار والدى المصنف رحمه الله (احتج) الشيخ باجماع الفرقة (واحتج) والدى بان التدبير وصية وكل وصية يجوز له الرجوع فيها والمقدمتان اجماعيتان والاقوى عندى اختيار المصنف لان الولد مدبر وكل مدبر فللمدبر الرجوع فى تدبيره والاولى اجماعية والثانية ياتى بيانها .

قال قدس الله سره : ولودبر الحامل (الى قوله) على رأى .

اقول: اختلف الفقهاء فى انه اذا دبر الامة الحامل و اطلق هل يكون تدبيراً للحمل اولا على اقوال ثلاثة (الاول) انه لايكون تدبيراً للحمل مطلقا سواء كان عالما بالحمل اولا وهو اختيار الشيخ فى المبسوط والخلاف وابن ادريس ووالدى المصنف وهو الاصح عندى (الثانى) انه يتبعها مطلقا اى سواء كان عالماً اوجاهلا وهو قول بعض الاصحاب وقول

الفصل الرابع في الاحكام

التدبير كالوصية يمضي من الثلث بعد موت المولى وايفاء الديون فان قصر الثلث عتق منه بقدره ، ولو لم يكن غيره عتق ثلثه ولو كان المال غايبا عتق ثلثه ثم كلما حصل من المال شيء عتق منه بنسبة ثلثه ، ولو كان هناك دين مستوعب بطل التدبير وبيع المدبر فيه ، ولو زادت قيمته بيع مساويه وتحرر ثلث الباقي وكان ثلثاه ميراثا سواء سبق التدبير الدين او تأخر ولو دبّر جماعة فان خرجوا من الثلث والا عتق من يحتمله ويبدأ بالاول فالاول (فان) جهل او لم يرتب فالقرعة ولو حملت بعد التدبير فان خرجت هي والاولاد من الثلث عتقوا والا قسط عليهما فيعتق من كل واحد بقدر ما يحتمله الثلث من جميعهم وسعى في قسطه من الزيادة لانهم جميعاً بمنزلة عبد واحد لم يحتمله الثلث .

ويجوز الرجوع في التدبير قولا اوفعلا فلو وهب وان لم يقبض او اعتق او وقف او

لابن البراج (الثالث) انه ان كان عالماً بالحمل تبعها الحمل والا فلا وهو اختيار الشيخ في النهاية وابن حمزة ويظهر من كلام ابن الجنيد وهو قول آخر لابن البراج هكذا نقل عنه (لنا) رواية الشيخ في الموثق عن عثمان بن عيسى الكلابي عن الكاظم عليه السلام انه قال ان كانت المرأة دبّرت وبها حمل ولم تذكر ما في بطنها فالجارية مدبرة والولد رق وان كان انما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر في تدبير امه (١) (احتج) الشيخ بما رواه الحسن بن علي عن الرضا عليه السلام قال سالته عن رجل دبر جارية وهي حبلى فقال ان كان علم بحبل الجارية فما في بطنها بمنزلتها وان كان لم يعلم فما في بطنها رق (٢) و رواه الصدوق في الصحيح عن الحسن بن علي الوشا عن الرضا عليه السلام ، واجاب والدي المصنف قدس الله سره بالحمل على ما اذا دبر الحمل مع الام .

الفصل الرابع في الاحكام

قال قدس الله سره : ويجوز الرجوع (الى قوله) او مقيداً .

اقول: التدبير يقبل الرفع اجماعا (لما) روى جابر ان رجلا اعتق مملوكا له عن

---

(١) ئل ب٥ خبر ٢ من ابواب التدبير.

(٢) ئل ب٥ خبر ٣ من ابواب التدبير .

أوصى به اوباعه على رأي اورهنه بطل التدبير مطلقا كان او مقيداً ، ويصح العقد وان

دبر فاحتاج فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من يشتريه مني فباعه من نعيم بن عبدالله بثمانمأة درهم فدفعها اليه وقال عليه السلام انت احوج منه (١) قوله عليه السلام (انت احوج منه) يدل على انه يبطل والا لما كان يحتاج الى وجه الترجيح فانه لايقع في حيوة المولى و ينحصر رافعه في امرين (احدهما) لقول والآخر لفعل (الاول) القول كقوله رجعت في التدبير اوابطلته اورفعته وماشبهه وهو اجماع (الثاني) الفعل وهو امور (الاول) هبته فاذا وهب المدبر لغيره فانه يبطل وان لم يقبض المتهب الهبة لان اللفظ الدال على الهبة دال على الرجوع لان ارادة الشيء تستلزم كراهية ضده و سبب وجود الضد سبب لبطلان الضد الآخر والا لزم اجتماع الضدين او بطلان احد السببين وهذا هو اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف خلافا لابن حمزة فانه صرح بانه لاتصح الهبة الابعد رجوعه في التدبير لفظا و سيأتي افلاج حجته (الثاني) انه اذا اعتقه كان رجوعا في التدبير وصح العتق لانه لم يخرج عن ملكه (ولانه) وصية بالعتق اوتعليق لوكل وصية بالعتق وتعليق له يبطلان تنجيزه (الثالث) اذا وقفه وان لم يقبض بطل التدبير وهو قول الشيخ في المبسوط والخلاف وابطل ابن حمزة الوقف قبل الرجوع في التدبير (لنا) ماتقدم (الرابع) الوصية به تصح و يبطل التدبير والخلاف كماتقدم (الخامس) بيع رقبته لازم مزيل للتدبير عندنا .

والخلاف هنا في موضعين (احدهما) في صحة بيعه (قيل) لايصح الا بعد رجوعه وقال ابن ابي عقيل ليس للمدبر ان يبيع المدبر الآن يشترط على المشتري عتقه فاذا اعتقه المشتري فالولاء لمن اعتق وقال الصدوق ليس له بيعه الا ان يشترط على الذي يبيعه اياه انه يعتقه عند موته (لنا) مامر وما يجيء وقال الشيخ في النهاية ومتى اراد المدبر بيعه من غير ان ينقض تدبيره لم يجز له الاان يعلم المبتاع انه يبيعه خدمته وانه متى مات هو كان حراً لاسبيل له عليه و (ثانيهما) على القول بالصحة هل يرفع التدبير- قال المفيد لا بل متى مات البايع صار حراً لاسبيل عليه وبه قال الشيخ (لنا) التدبير

(١) سنن ابي داود ج٢ باب في بيع المدبر وفيه بعد قوله درهم - فدفعها اليه ثم قال اذا كان احدكم فقيراً فليبدأ بنفسه فان كان فيها فضل فعلى عياله فان كان فيها فضل فعلى ذي قرابته اوقال على ذي رحمه فان فضلا فهيهنا وهيهنا .

لم يرجع في التدبير وسواء قصد ببيعه الرجوع في التدبير اولا ، وهل يبطل التدبير بالعقود

وصية وكل وصية تبطل باخراج الموصى به عن ملك الموصى في حياته وكل بيع مخرج للمبيع عن ملك البايع والاولتان اجماعيتان والثالثة ظاهرة من مفهوم البيع (ولما) روى محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام وقد سئل عن رجل دبّر مملوكا ثم احتاج الى ثمنه قال فقال هو مملوكه ان شاء باعه وان شاء اعتقه وان شاء امسكه حتى يموت و اذا مات السيد فهو حر من ثلثه (١) شرط التحرير بالتدبير بامساكه حتى يموت وبموته فانه اتى بلفظة (ان) في قوله ان شاء وبلفظة (اذا) في قوله اذا مات وايضا فقوله (فهو حر من ثلثه) يدل على انه على تقدير عدم البيع لانه على مازعم الشيخ رحمه الله اذا اخذ الثمن لم يعتبر قيمة المدبر من الثلث لانه اخذ عوضه ولم يتفاوت عليه عتقه وعدمه وسيأتي تمام البحث فيه (احتج) الصدوق برواية محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلام في الرجل يعتق غلامه او جاريته عن دبر منه ثم يحتاج الى ثمنه ايبيعه قال لا الا ان يشترط على الذي يبيعه اياه ان يعتقه عند موته (٢) احتج الشيخ بما رواه القاسم بن محمد عن علي قال سألت اباعبدالله عليه السلام عن رجل اعتق جارية له عن دبر في حيوته قال ان اراد بيعها باع خدمتها في حياته فاذا مات اعتقت الجارية و ان ولدت اولادافهم بمنزلتها (٣) ولما رواه السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام قال باع رسول الله صلى الله عليه وآله خدمة المدبر ولم يبع رقبته (٤) .

قال قدس الله سره : وهل يبطل التدبير (الى قوله) بالرجوع .

اقول: هذا فرع على ان التدبير يبطل بالتبع بالعقود المذكورة اذا كانت صحيحة (فنقول) هل يبطل بهذه العقود مع فسادها ام لا (فنقول) امّا ان يعلم فسادها اولا وعلى كلا التقديرين اما ان يقصد بها الرجوع اولا فالاقسام اربعة (الاول) ان يعلم فسادها و

(١) ئل ب١ خبر١ من ابواب التدبير .
(٢) ئل ب١ خبر٦ من ابواب التدبير
(٣) ئل ب٣ خبر٣ من ابواب التدبير.
(٤) ئل ب٣ خبر٤ من ابواب التدبير .

الفاسدة الاقرب ذلك ان لم يعلم فسادها اوقصد الرجوع (وقيل) لايبطل التدبير بالبيع اذا لم يرجع فيه بل يمضى البيع فى خدمته دون رقبته بمعنى ملكية المشترى متزلزلة

يقصد الرجوع فالاقرب انه يكون رجوعاكما اختاره المصنف لان له الرجوع ويحصل بكل لفظ اوفعل يقصد به الرجوع (الثانى) ان لايعلم بفسادها ويقصد الرجوع فيكون رجوعا لما تقدم (الثالث) ان يعلم بفسادها ولا يقصد به الرجوع فلا يكون رجوعا (الرابع)ان لايعلم بفسادها ولايقصدبه الرجوع فيكون رجوعالانه اوقع عقداً وارادصحته وارادة احدالضدين ينفى الاخر(ويحتمل)ان لايقتضى البطلان لانها عقود باطلة فلايترتب شيء من آثارها عليهاو بطلان التدبير من جملة آثارالصحة فلايحصل ولانه موقوف على ان ارادة ايجاد احدالضدين تستلزم ارادة نفى الاخروفيه منع لجوازالغفلة عنه .

قال قدس الله سره : وقيل لايبطل التدبير (الى قوله) على اشكال .

اقول: قوله (على اشكال) الاشكال (فى هذا الحمل) (وتقريره)انه لماقال الشيخ رحمه الله وكثير من الاصحاب ان المدبّر يمضى البيع فى خدمته وينصرف اطلاقه الى خدمته دون رقبته اورد المصنف عليهم اشكالا ـ وهو ان الاتفاق واقع على ان تغاير جنس المبيع يبطل البيع كما اذااشترى ثوبامن كتان فخرج من صوف فانه يبطل فلوكان بيع المدبر ينصرف الى خدمته والمذكورفى العقد رقبته لكان بيعا باطلامن رأس لاصحيحا فى الخدمة بل البطلان هنااولى من الكتان والصوف لاختلاف الكتان والصوف فى النوع واتفاقهما فى الجنس القريب واختلاف رقبة العبد وخدمته اختلاف بالجوهر والعرض وهو اختلاف بالمقولة (ثم اجاب عنه) بان المراد ان البيع يتناول الرقبة ويملك المشترى الرقبة ملكا متزلزلا كمالو باعه عبداً بشرط العتق ومعنى التزلزل انه يؤل الى الزوال بالعتق وجوباً مع حيوة العبد وموت المولى وقوله(كمشروط العتق)اشارة الى دقيقة هى ان انتقال الرقبة اليه مشابه لانتقال العبدالمشروط عتقه الى المشترى فى منع سائر التصرفات سوى العتق ومباين له من وجه وهوعدم وجوب العتق على المشترى فى المدبر بموت المولى(لانه) عتق على المولى وللمولى بخلاف مشروط العتق فانه على المشترى ويباح له الاستخدام وكلما لايمنع من عتقه بالوفاة كالاجارة والرهن اذاقلنا بانه عندالوفاة يبطل الرهن وينعتق عليه

كمشروط العتق بخلاف تغاير جنس المبيع على اشكال ، ويتحرر بموت مولاه فحينئذ يثبت للمشترى الجاهل بالتدبير او بالحكم على اشكال الخيار ان لم يتصرف ومعه الارش ولو(١) اعتق بموت المولى .

وقوله (على اشكال) اى في هذا التأويل اشكال لانه يلزم من صرف المبيع الى رقبته وتملك المشترى الرقبة محاذير اربعة (الاول) مخالفة اصحاب هذا المذهب (لانهم) نصوا على عدم تناوله للرقبة بل يتناول الخدمة فلا يكون هذا التفسير قولا لهم بل قولا برأسه (الثانى) ما تقدم من زوال الملك وبقاء التدبير (الثالث) ان يكون البيع معلقا بمدة الحيوة (الرابع) انه انما ينعتق على البايع وبدون انتقاله اليه يستحيل انعتاقه عليه وانتقاله اليه لا يمكن ان يكون بعد الموت (لانه) لا يعقل تجدد ملك الميت على المذهب الحق بل ان كان فهو فى آخر جزء من حيوته وهذا محال من وجهين (احدهما) انه اذا باعه بشرط ان ينقله اليه كان باطلا فكيف بشرط ان ينتقل اليه ابتداء بلا سبب ناقل مغاير لهذا البيع وهذا البيع محال فان البيع مقتضاه انتقاله عن البايع بالكلية ولا يقتضى نقله عنه واليه باجماع المسلمين (وثانيهما) ان يكون الشرط مجهولا وهو باطل فقد ظهر انه لا يمكن القول بانعتاقه بموت البايع مع انتقال الملك عنه بعوض وانما قالوا بصرف البيع الى خدمته حذراً من هذا المحذور وهذا تصريح بعدم تناول الرقبة وفى انصرافه الى الخدمة محاذير (احدها) ماذكرنا من اختلاف الجنس (وثانيها) وقوع البيع على المنافع ولا يصح وقوع البيع على المنافع (وثالثها) جهل المبيع المقصود بالذات فان المنافع مجهولة وامتناع تقويم المبيع بانفراده .

قال قدس الله سره: ويتحرر بموت مولاه (الى قوله) ولو اعتق بموت المولى

اقول : هنا مسألتان (الاولى) اذا كان المشترى جاهلا بتدبيره فاما ان يكون قد تصرف اولا فان كان قد تصرف فللارش سواء كان علمه قبل تحرره بموت المولى او بعده واليه اشار بقوله (ولو اعتق بموت المولى) فان لم يكن قد تصرف فان لم يكن قد انعتق بموت المولى فله الرد ايضاً وان كان قد انعتق بموت المولى كان له الارش خاصة وقوله

(١) الواو وصلية اى ومعه الارش ولو اعتق الخ

(وهل) لهالرجوع اشكال (فانقلنا) به فلوباعه اوامهره ثم رجع ففى العود الى المشترى اوالزوجة علىهذا القول اشكال اقربه ذلك ان قلنابالانتقال المتزلزل ، ولو

(ولواعتق بموتالمولى)لايرجع الى هذاالقسم بلالى الارش (الثانية) ان جاهلالحكم هل يعذرهناام لا فيه اشكال ومنشأه ان جاهل الحكملوعذرلارتفعت الاحكام الشرعية رعموم النص على ان جاهل الحكم لايعذر(ولان) قوله تعالى **فلولانفرمن كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فىالدين ولينذروا قومهم اذا رجعوا اليهم لعلهم يحذرون (١)** يقتضى وجوب علم الاحكام بالادلة علىالكفاية وقوله تعالى **فاسألوا اهل الذكرانكنتم لاتعلمون (٢)** اوجب التعلم بالتقليد فلايعذرو من انه حكم خفى لايكلف بالعلم به قبل وقوعه .

قالقدس اللهسره : وهل له الرجوع اشكال.

اقول: هذا الفرع ومابعده من الفروع الىآخرفصول التدبيراستخرجهاالمصنف قدس الله سره فى سنةاثنىعشروسبعمأة حين نزولنا ببلدة بسطام من ولاية خراسان فى **(صحبة السلطان العالم غياث الدين خدابندهمحمد رحمه الله)** وتقريرهذا الفرع ان نقول قول الشيخبصحة البيع والتدبيرهل يلزوم البيع يلزم التدبيرفلارجوع حينئذ للبايع فيه اولايلزم بل للبايع الرجوع فيه اشكال ينشأ (من) ان البايع باعه بيعا لازما بالنسبة الى البايع ولايزول الابعتقه بموت المولى وهذا معنى تزلزله واخذ عوضه فلارجوع له فيه ولان انتقاله الى المشترى انتقالاآيلا الىالعتق بموت المولى فكانكالمشروط عتقه فى بيعلازم ليس للبايعالرجوع فيه (ومن) انه قدكانلهالرجوع والاصل البقاء (ولانه) بالبيع لايخرج عنكونه مدبراً وكلتدبيرفللمدبّرالرجوع فيه وفى الكليةمنع (واعلم)ان الضميرفى قوله (وهل له)راجعالى البايع الذى صدرمنه التدبيروالمراد بالرجوع الرجوع فىالتدبير .

قال قدس اللهسره : فان قلنابه (الى قوله) بالانتقال المتزلزل .

اقول: الضمير فىقوله (فان قلنابه) راجع الى الرجوع اىانقلنا للبايعالذى

(١) التوبة ١٢٣　(٢) النحل٤٥

اعتقه المشترى قبل الرجوع نفذ وبطل حق البايع منه ؛ ولودبره عتق بموت السابق منهما فان كان هوالبايع عتق من الاصل لوصول العوض اليه والمشترى من الثلث.

صدر منه التدبير الرجوع فى التدبير بعد نقله الى غيره بعقد لازم كالبيع والاصداق يتفرع عليه فرع وهو انه اذارجع البايع اوالزوج مثلا فى التدبير بعدبيعه اوجعله صداقا فهل ينتقل ملك الرقبة الى المشترى او الزوجة او يعود الى ملك البايع فيه اشكال ينشأ (من) انتقاله عنه الى من نقله اليه وانماهومتزلزل بقبوله للعتق بموت المولى لابغيره بسبب التدبير لابغيره (فى حقه ـ خل) والتدبير قدبطل فزال التزلزل بزوال سببه (ومن) انه باعه مدبراً وقدبقى حكم التدبير على حاله مع البيع والبيع منصرف الى خدمته وحكم التدبير ان للمدبر الرجوع فيه وابطاله فيرجع اليه .

(والتحقيق) ان نقول اماان نقول البيع يتناول خدمته خاصة لارقبته او(نقول) يتناول الرقبة وينتقل الى المشترى متزلزلا (فعلى الاول) يرجع بالرجوع الى البايع بمعنى استقرار ملك الرقبة فان بالتدبير يتزلزل ملك المدبر و ببطلانه يستقر كماكان اولا (وعلى الثانى) الاقرب انه يعود الى المنتقل اليه كالمشترى اوالزوجة لان البايع اخذ العوض عن العين بعقد لازم وابطل التدبير برجوعه فزال التزلزل واستقر ملك المشترى والعتق كان حقا للمدبر بسبب التدبير وقد زال فزال حقه (ويحتمل) عوده الى البايع ايضا لانه انما باعه على انه مدبر واحكام التدبير ثابتة فيه ـ ومن جملتها جواز رجوع المدبر فيه وعود ملكه اليه مستقراً كمافى بيع الخيار فهنا فروع (الاول) انه على القول بصحة التدبير مع البيع او الاصداق وعدم رجوع المولى او بعدم نفوذ الرجوع ينعتق المدبر بمجرد موت المولى وليس العتق فسخا للبيع سواء قلنا بالانتقال المتزلزل اوبصرف البيع الى خدمته بل الثمن كله للبايع وينعتق المدبر ويزول حق المشترى عنه (الثانى) انقلنا ببطلان التدبير برجوع المولى فيه وبقاء البيع (فان قلنا) بصرف البيع الى خدمته و رجوع الرقبة الى المولى كانت الخدمة مدة حيوته المولى للمشترى وبعده لورثة البايع (الثالث) على القول بانتقال الرقبة متزلزلا احتمل استقرار ملك المشترى على الرقبة و يستقر ملكه على الخدمة ايضا وليس للمولى فى مقابلة

ولود بره البايع مريضا ثم باعه بقيمته مدبراً وقصر الثلث عن التفاوت كما لو كانت قيمته ثلاثين وباعه مدبراً بعشرة هي قيمته مدبراً وعاد قيمة الجزء بفسخ التدبير فيه دخلها

ازالة التزلزل شيء و امـا على احتمال رجوع الرقبة الى المولى فتكون الخدمة مدة حيوته للمشترى لان الرقبة تابعة هناكما فى ضم الآبق الى غيره فى البيع واما بعد حيوة المولى فلوارثه (الرابع) انّه على تقدير رجوعه الى المولى هل له ان يدبّره مرة اخرى او يعتقه ام لا الاصح جوازهما لعدم المانع (وهل) يجزى عن الكفارة ام لا الاقوى انه لا يجزى والاصح عندى انه بمجرد البيع او الاصداق او ماشابههما يبطل التدبير وهذه الفروع ساقطة عندى .

قال قدس الله سره : ولو دبره البايع (الى قوله) وطريقه مامر .

اقول : تقرير هذه المسألة ان نقول اذا دبر المريض عبداً يجتمع فيه قيود اربعة (الاول) قيمته قبل التدبير ثلاثون (الثانى) نقصت قيمته بسبب التدبير الى ان صارت الى عشرة فهذا النقص ليس للسوق لاغير بل بسبب نقص صفة هى استقرار الملك فان التدبير يزيل الاستقرار (الثالث) كل جزء يبطل التدبير فيه يعود قيمة ذلك الجزء الى ماكانت قيمته اولا وهى نسبة من الثلثين وكل جزء يصح تدبيره فقيمته نسبة من العشرة اى ينقص قيمته الاصلية الى نسبته من العشرة (الرابع) ان التشقيص بالبيع لاينقص القيمة

(نقول) بيان هذه المسألة يتوقف على مقدمات (الاولى) كلمـا يصح فيه البيع يصح فيه التدبير وكلّما يصح فيه التدبير يصح فيه البيع وهذان حكمان متلازمان لان كلما صح فيه البيع فقد وصل اليه العوض ويبطل التدبير فيه يرجع الرقبة الى المشترى فلا فائدة للبايع فى ابطال تدبير ما صحّ فيه البيع (ولان) التدبير بالنسبة الى المشترى لازم كشرط العتق كما تقدم ليس للمشترى ابطاله وكلما صح فيه التدبير فقد بيـع بقيمته بلامحاباة وتزلزل البيع هو بالمحاباة ان لـم يخرج من الثلث ومعنى التزلزل ان اجازها الوارث صح والّا فلا .

(الثانية) كلما نقص بالتدبير من القيمة يحسب على العبد المدبر لانه متبرع عليه به لانه لنفعه ونفرض كالموجود بالنسبة الى العبد (الثالثة) ماصح فيه التدبير لايحسب على

الدور عندنا وعند الشيخ لوقوع الشراء بالقيمة فلايمكن فسخ البيع فى جزئه مع بقاء

المشترى الا بقيمته الناقصة لان التدبير لازم بالنسبة اليه وهو من لوازم صحة البيع فيمضى بيعه من الاصل (الرابعة) الجزء الذى بطل فيه التدبير وعادت قيمته يحسب على الورثة بالقيمة الزائدة حيث رجعت اليهم (الخامسة) كلما حصل للورثة من ثمن الجزء الذى صح البيع فيه ومابطل فيه التدبير بقيمة الزائدة يكون مثلى مانقص من قيمة الجزء الذى صح فيه التدبير لانه المحسوب فى الثلث واما ماقابل العوض الذى جعل ثمنا للجزء الذى صح البيع فيه وصح التدبير فان تدبيره يمضى من الاصل لوصول عوضه .

اذا تقررت هذه المقدمات (فنقول) هذه المسالة دورية لانه لايمضى البيع والتدبير فى الكل لانهما متلازمان وصحتهما تستلزم المحال (لاستلزامه) تصرف المريض فى اكثر من الثلث وكلما استلزم المحال فهو محال وهو بديهى فهنا ثلاثة أشياء ـ ماصح فيه التدبير ـ وما بطل فيه التدبير ـ والتركة يتوقف العلم بكل منها على العلم بالاخرين وبالعكس فالدور لازم من وجوه ثلاثة (الاول) توقف معرفة كمية التركة على معرفة ما بطل فيه التدبير ومعرفة كمية مابطل فيه التدبير موقوف على معرفة التركة (بيانه) اذا بطل من التدبير شىء عـادت قيمة الاولى فيحسب على الورثة فيكون جزء من التركة فيتوقف العلم بالتركة على العلم بما يبطل فيه التدبير لتوقف العلم بالكل على العلم بـالجزء .

ولكن معرفة مابطل فيه التدبير موقوف على معرفة كمية التركة بحيث يعلم ان ثلثها ينقص عنه ولايحتمله فيتوقف معرفة كل منهما على معرفة الاخر (الثانى) توقف معرفة كمية ماصح فيه التدبير على معرفة كمية التركة وهو ظاهر وتوقف معرفة التركة على معرفة ماصح فيه التدبير لانه لايعلم كمية التركة حتى يعلم ماصح البيع فيه من الثمن للبايع واستقر ملكه عليه ولايعلم ماصح البيع فيه من الثمن الامعرفة قدر ماصح فيه البيع من المبيع وذلك هو ماصح فيه التدبير فقد توقف كل منهما على الاخر (الثالث) لايعلم قدر ما استقر فيه التدبير حتى يعلم استقرار ملك الورثة على ضعفه ولايعلم هذا الوصف الا بعد معرفة قدر ما صح فيه فيدور .

(والجواب) ان هذا دور معية لادور توقف (وطريق استخراجه) ان نقول صح

ثمنه (لاشتماله) على غبن المشترى وطريقه مامر .

البيع فى شىء من العبد بشىمن الثمن فيكون الذى صح فيه البيع من العبدفى تقدير ثلاثة اشياء لان الثمن ثلث (قيمة-خ)العبد ، وكلما صح فيه البيعصحفيه التدبيروقيمته الاصلية يحسب على العبد ويملك الورثة ضعفه واما الجزء الذى حصل لهم من الثمن ما ويه فلايحسب تدبيره من الثلث كما تقدم فيكون للورثة من العبد وماصح لهم من الثمن اعنى مقابلة ماصح البيع فيه من المثمن اربعة اشياء ـ منها من الثمن شىءيبقى ثلاثة اشياء من العبدلانه لايملك المريض غيرذلك فيكون العبد باعتبار القيمة الاولى فى تقدير ستة اشياء فالشىء خمسة (لان) الثلثين اذا بسطت على ستة خرج خمسة (فنقول) صح البيعفى خمسة من العبد وهى بسبب النقص باستقرار التدبير نصفه بخمسة من الثمن وهى فى تقدير خمسة عشر لان العشرة الناقصة بالتدبير حسبت على العبد ويملك الورثة ضعفها وبطل البيع فى نصف العبد وهو يساوى خمسة لوصح فيه التدبير لكنه بطل فصار يساوى خمسة عشر فيحسب على الورثة العشرة الزائدة فيصح البيع فى نصف العبد ويبطل من الثمن نصفه فى مقابلة نصف العبد وهى خمسة هى قدر قيمته مدبراً (اونقول) بطل البيع فى شىء من العبد وبطل من الثمن شىء فى مقابله فصار لتركة البايع المدبر شىء من العبد وعشرة الا شيئاً من الثمن والشىء الذى من العبد فى تقدير ثلاثة اشياء كما تقدم فتجبر العشرة بشىء من الثلاثة اشياء فيصير معه عشرة وشيئآن هى مثلا مافات من التدبير ولم يحصل فى مقابلته الورثة عوض وهو شيئآن فيكون عشرة كاملة وشيئآن يساوى اربعة اشياء يسقط شيآن بمثلهما يبقى شيئآن يساوى عشرة فالشىء خمسة وهو المطلوب.

قوله (دخلها الدور عندنا وعندالشيخ) اشارة الى مذهب المصنف (من) انه اذا بطل البيع فى جزء من المبيع وجب ان يبطل فى جزء من الثمن مايقابل الجزء الذى بطل فيه البيع من المبيع سواء كان ربويا بجنسه اوغيره ، و اما الشيخ فان قوله ههنا كقول المصنف انه كلما بطل جزء من المبيع يبطل من الثمن مقابله (لان) البيع لم يشتمل على محاباة هنا بل بيع بثمن المثل فلوفسخ البيع فى جزء من الثمن مع بقاء جميع الثمن لزم الغبن على المشترى وهو لايجوز فصار هذا المبيع كالربويات بخلاف غيرها

ولا يشكل بتقسيط الثمن بالسوية هنا مع تفاوت قيمة الجزئين (لانه) اذا بطل البيع فى جزء يبطل من الثمن ما لو صح البيع فى ذلك الجزء لكان الباطل من الثمن ثمناله

فى غير الربويات وغير هذا الموضع كما اذا باعه عبداً يساوى ثلاثين بعشرة دنانير فان عنده يصح البيع فى ثلثه بعشرة دنانير وهى مجموع الثمن والمحاباة تمضى من الثلث عشرة اخرى وهى ثلث آخر فيصح البيع فى ثلثيه بجميع الثمن وهيهنا لايمكن ذلك ، ومن توهم ان قوله (عند الشيخ) اشارة الى مذهب الشيخ (من) ان البيع يمضى فى خدمته دون رقبته فقد اخطأ فى وهمه (فانه) لاتعلق له بهذا الموضع قوله (وطريقه مامر) اشارة الى مامر فى استخراج هذه المسائل الدورية وامثالها وقد مضى فى تصرفات المريض فى باب الوصايا وقد ذكرنا نحن الطريق هيهنا .

قال قدس الله سره : ولايشكل بتقسيط الثمن (الى قوله) بطلان البيع

اقول: اما قسم الثمن على ماصح التدبير فيه وعلى مابطل فيه بالسوية وردعليه اشكال وهو ان هذا بيع قد صح فى بعض اجزائه وبطل فى بعضها والاجزاء مختلفة القيمة فى الكمية وكل مبيع صح البيع فى بعض اجزائه وبطل فى بعضها والاجزاء مختلفة القيمة فى الكمية وجب ان يقسط الثمن على قيمة الاجزاء لاعلى عددها اونسبتها اليه (اما الاولى) فلانها التقدير المفروض (واما الثانية) فاجمع المسلمون عليها واللازم منهما انه يجب تقسيط الثمن على ما صح وبطل على نسبة القيمتين لاعلى نسبتهما ولم يفعل ذلك (اجاب المصنف) عن هذا بوجهين (الاول) ان الثمن يتقسط على اجزاء المبيع على تقدير صحته بمعنى انه اذا بطل البيع فى جزء من المبيع بطل من الثمن فى جزء لوصح البيع فى ذلك الجزء الذى يقابله من المبيع لكان ذلك الجزء من الثمن ثمناً له وهنا قد قسط كذلك فانه لوصح البيع فى نصف العبد الذى حكمنا ببطلان البيع فيه لكانت الخمسة دنانير ثمناله والذى بطل فيه من الاجزاء لوصح فيه لكان ماحكمنا ببطلانه من الثمن فى مقابلته ثمنا له وهذه القاعدة الكلية اجمع عليها المسلمون وقوله (يقسط الثمن على قيمة الاجزاء) قلنا هذا صحيح وهو هنا كذلك فعل لانه انما يعتبر القيمة حال البيع على تقدير صحته والجزء ان اعنى الذى صح فيه التدبير وبطل على تقدير

وهوهنا كذلك فان الزيادة حصلت هنا باعتبار بطلان البيع ، ولولم تعد قيمة الجزء فان قلنا بصحة التدبير واجرائه مجرى الاتلاف صح التدبير والبيع فى الجميع لعدم عود ازيد من العشرة وقدحصلت بالبيع وان قلنا ببطلانه فان لم تعد القيمة مع التشقيص بالبيع

صحة البيع فيهما قيمتهما متساويتان (الثانى) انهانما يقسّط على اجزاء المبيع بالصفة التى كانت متصفة بهاحال البيع التى لها تأثير فى نقص القيمة ولايقسط على تقدير زوال تلك الصفة وحصول صفة اخرى توجب زيادة قيمته وهذه قاعدة كلية اجمع المسلمون عليها وهوقد قسّط هناكذلك وذلك (لانه) انما باعه مدبراً وهو كالعيب المنقّص لقيمته فاذا بطل التدبير فى بعض بعد البيع وبطل البيع حصل فى ذلك الجزء الذى بطل البيع فيه زيادة صفة وهى استقرار الملك وزالت الصفة التى كانت موجبة للنقص عنه فهى زيادة حصلت بعد البيع فالتقسيط يكون باعتبار تلك الصفة التى باعه عليها لاباعتبار الصفة المتجددة (اذا عرفت ذلك) فقد ظهر انه راعى ظاهر هذه القاعدة المجمع عليها ولم تنخرم القاعدة الاولى لانه انّما يقسّط باعتباره قيمة الاجزاء بالصفة التى وقع عليها البيع وهى والبيع متلازمان وكلما صح البيع حصلت تلك الصفة وبالعكس ولوقسط على القيم هنا لزم خلاف الاجماع وظهر من هذا دقيقة وهى ان نصفى العين الواحدة المشاعين غير المعيّنين مختلفا القيمة بسبب حصول عيب اوصفة تنقص القيمة لاحدالنصفين ولم يحصل للنصف الاخر الصفة الموجبة للنقص بل حصل صفة موجبة لزيادة قيمته .

قال قدس الله سره : ولولم تعد قيمة الجزء (الى قوله) بطلامعاً .

اقول: اذا لم تعد قيمة الجزء ببطلان التدبير فيه بل اىّ جزء صح فيه التدبير نقصت قيمة الكل باعتبار تشقيصه بالتدبير ففيه احتمالان (احدهما) انه منزل منزلة الاتلاف كما قلنا فى العتق لانه نفى محض للناقص من القيمة لم يحصل لاحد ملكه اواستحقاقه لانهما نسبتان تستدعيان وجود المنتسبين لايمكن تحققهما للمعدوم فكان كاتلاف العبد (وثانيهما) انه انما نقص لنفع العبد فيحسب نقصه عليه كارش عيب حدث بسببه وقد تقدمت هذه المسألة فى العتق المنجز ويتفرع على ذلك البيع (فان قلنا) بصحة التدبير صح البيع فى كلما صح فيه التدبير كما تقدم (وان قلنا) ببطلان التدبير

بطلامعا ، وان عادت بتشقيص البيع دون التدبير فالاقوى اجراؤه مجرى تدبير الشريك (ويحتمل) بطلانهما معا ان قلنا بر ّد الملك الى المشترى مع رجوع المالك في التدبير لانتقاله الى المشترى مدبّراً فيلزم من صحة البيع صحة التدبير وان قلنا بعود الملك الى البايع احتمل

(فاما) ان تعود القيمة بتشقيص البيع (اولا) فان لم تعد القيمة بتشقيص البيع كما لم تعد بتشقيص التدبير بطل البيع والتدبير معاً .

قال قدس الله سره: وان عادت بتشقيص البيع (الى قوله) حال حيوة المولى

اقول: اذا كان وقوع التدبير في جزء ما يوجب النقص الذى يوجبه وقوع التدبير في الكل يتساوى الجزء والكل في اقتضاء النقص المذكور، واما البيع فانه سواء وقع في الكل اوفي البعض لاينقص من القيمة بسببه شيء اصلا (فنقول) هنا احتمالات ثلاثة .

(الاول) صحة التدبير والبيع (اما صحة البيع) فلان البيع (لمّا) لم يكن له تأثير في نقص القيمة سواء وقع في الجميع اوفي البعض (ولم يستلزم بنفسه التصرف في جزء مّا التصرف في اكثر من الثلث) (١) ووجد مال للمريض (كان) المقتضى لصحة البيع موجوداً والمانع منتف فوجب القول بصحته (واما التدبير) فلانه اذا صح البيع في جزء ما نفذ التدبير فيه (لانه) انما باعه مدبّراً فالتدبير في الجزء المبيع لازم للمشترى كمشروط العتق ويلزم بالنسبة الى البايع لانه اخذ عوضه ، ولايمكن ان يجمع بين العوض والمعوض فاذا بطل التدبير فيه لايرجع اليه الرقبة واذا صح التدبير في جزء مّا نقصت القيمة واذا نقصت القيمة انتفت المحاباة فكان البيع في الجزء الآخر بالقيمة فصح البيع فيه فصح فيه التدبير (والى هذا التقرير) اشار المصنف بقوله (فالاقوى اجرائه مجرى تدبير الشريك)

(الثانى) بطلانهما معا اى بطلان التدبير وبطلان البيع (اما التدبير) فلاستلزامه المبطل له (لان) التقدير انه يستلزم صحته في جزء مّا التصرف في اكثر من الثلث (واما بطلان البيع) فلان التدبير لازم للبيع والمبطل لازم للتدبير ولازم اللازم لازم فيكون المبطل لازماً للبيع وكلما لزمه المبطل فهو باطل (اما المقدمة الاولى) فمبناها على انه مع بطلان

(١) وفى بعض النسخ بعد قوله فى الجميع : اوفى البعض فى جزء ماولم يستلزم بنفسه التصرف فى اكثر من الثلث الخ.

بطلان التدبير وصحة البيع فى خدمته من الثلث مع المحاباة (١) فيها فيرجع الى الورثة بعد الموت لانصراف البيع الى خدمته حال حيوة المولى .

التدبير برجوع المالك يستقر ملك المشترى على الرقبة وهو بناء على القول بالانتقال المتزلزل وقد تقدم ان سبب تزلزله التدبير لاغير واذا بطل زال التزلزل لزوال سببه فاستقر ملك المشترى ـ اذا تقرر ذلك (فنقول) لايمكن بطلان التدبير مع صحة البيع (لانه) انما انتقل الى المشترى مدبّراً ورضى به فكان ـ كمشروط العتق (ولانه) لافائدة للورثة فى البطلان التدبير فى المبيع فاذا صح التدبير فى البيع صح فى الباقى لانه يكون بمنزلة تدبير الشريك (لايقال) نمنع استلزام صحة البيع لصحة التدبير (لانا نقول) انما وقع التراضى بالبيع على هذه الصفة وهى كونه مدبّراً وامّا المقدمة الثانية فظاهرة

(الثالث) يبطل التدبير ويصح البيع فى رقبته فتثبت المحاباة فيصح البيع بطريق الجبر فى نصفه بنصف الثمن على قاعدة المصنف وفى ثلثى العبد بجميع الثمن على قاعدة الشيخ وعلى قول الشيخ يصح البيع فى خدمته مع بطلان التدبير فيعتبر من الثلث مع المحاباة فيها و هذا الاحتمال مبنى على ان بيع المدبر انما هو بيع لخدمته مدة حيوة المولى لا لرقبته بمعنى الانتقال المتزلزل فاذا مات المولى زال حق المشترى بالكلية فعلى هذا التقدير لاتلازم بين صحة البيع والتدبير بل المصاحبة اتفاقية (فنقول) التدبير باطل لانه لوصح فى جزء منّا لزم تصرف المريض فى اكثر من الثلث كما تقدم وهو باطل وقد تقدم البحث فيه (واما البيع) فاذا نسب الثمن المسمى الى الخدمة فان كان فيه محاباة صح من الثلث ويستخرج بالجبر كما فى غيره ويرجع ما بطل البيع فيه الى الورثة وفرض البيع بقيمته مدبّراً لاينافى زيادة قيمة الخدمة مدة حيوته المعلومة الكمية بموته على ذلك لانه فرق فى التقويم بين مايحتمل النقصان والزيادة وماهو معلوم القدر قطعا فالبيع بقيمته مدبّراً بحسب الظاهر ثم ظهر كمية المدة بموته فعلمت القيمة تحقيقا فزادت لذلك ولايشترط فى المحاباة علم الفاعل بها (واعلم) ان قوله (فيرجع الى الورثة) لانه بحث على احتمال بطلان التدبير من اصله فيرجع العبد كله الى الورثة .

---

(١) اى ان تحقق محاباة والافمن الاصل .

تنبیه

الولاء علی قول الشیخ للبایع ، فان اعتقه المشتری فالولاء له ولو دبّره فالولاء لمن انعتق بموته ، ولو انکر التدبیر لم یکن رجوعا وان حلّفه العبد المدعی وکذا انکار الوصیة والوکالة والبیع الجائز بخلاف انکار الطلاق ولو ضمه المریض مع العتق قدّم العتق ، وان ضمه مع الوصیة بالعتق ، (احتمل) تقدیمه لتوقف العتق علی الاعتاق بعد الموت وحصول العتق فیه بالموت (وتقدیم) السابق ، ولو قال له المولی اذا ادّیت الی

قال قدس الله سره: تنبیه الولاء علی قول الشیخ للبایع .

اقول: البیع اما ان نقول هو مبطل للتدبیر کقول المصنف رحمه الله (اولا) کقول الشیخ (فعلی الاول) یتحقق الرق فیه فان اعتقه المشتری اومن ینتقل الیه عنه فالولاء له وان لم ینعتق فلاولاء (وعلی الثانی) اما (ان نقول) ینصرف البیع الی خدمته ورقبته للبایع (او نقول) ینتقل رقبته الی المشتری متزلزلا (وعلی کلا القولین) فالولاء للبایع (اما علی الاول)فظاهر (واما علی الثانی) فلانّا بموت البایع عرفنا انتقاله الیه قبل موته بآن وهو آخر جزء من حیوته ثم ینعتق عنه بعد موته لیکون العتق عن ملك فالولاء له ولا وجه لکونه للمشتری لانه لا یمکن ان ینعتق علی شخص عبده بتدبیر غیره (لا یقال) هو کمشروط العتق (لانا نقول) مشروط العتق بعتق بمباشرة المشتری لا بفعل غیره .

قال قدس الله سره: فان اعتقه المشتری (الی قوله) بموته

اقول: هنا مسألتان (الاولی) اذا اعتقه المشتری (فان قلنا) ببطلان التدبیر فلا کلام فی ان الولاء له (وان قلنا) ببقاء التدبیر (فان قلنا) بانصراف البیع الی خدمته وبقاء الرقبة علی ملك البایع فلا یصح عتق المشتری ایاه (وان قلنا) بالانتقال المتزلزل صح عتق المشتری وکان الولاء له (الثانیة) اذا دبّره المشتری فان قلنا بانصراف البیع الی خدمته لم یصح التدبیر (وان قلنا) بالانتقال المتزلزل صح التدبیران فمن مات منهما اولا انعتق بموته والولاء لوارثه (وان قلنا) ببطلان التدبیر بالبیع انعتق بموته لا غیر .

قال قدس الله سره : وان ضمه مع الوصیة (الی قوله) و تقدیم السابق .

اقول: کل واحد من الوصیة بالعتق والتدبیر المتبرع بهما یعتبر من الثلث فمع

ورثتي كذافانت حركان رجوعا وليس الرجوع فى تدبير الحمل رجوعا فى تدبير الحامل وبالعكس واذا استفاد المدبر مالا فى حيوة مولاه فهو لسيده وان كان بعده فان خرج المدبر من ثلث التركة سوى الكسب فالكسب له والا كان له منه بقدر ما تحرر منه والباقى للورثة .

ولو ادعى الوارث سبق الكسب على الموت والعبد تاخره قدم قوله فان اقاما بينة قدمت بينة الوارث هذا ان خرج من الثلث ، ولو لم يخلف سواه وكان الكسب ستين

قصور الثلث فيه قولان (الاول) تقديم التدبير (واختلفوا) فى العلة على قولين (احدهما) انه عتق معلق (وثانيهما) انه يحصل بنفس الموت من غير توقف على فعل الوارث فكان كالمنجز بخلاف الوصية فانها موقوفة على فعل الوارث (ولان) اثره متقدم على اثر الوصية فكان حكم سببه متقدما على حكم سبب اثر الوصية (الثانى) تقديم السابق منهما لان الاصحاب قالوا التدبير وصية ونمنع كونه كالمنجز والعتق فى الوصية فعل الوارث او الحاكم والفعل واجب ووجوب السبب كوجوب المسبب والاصح عند الاول لانه اذا علق الموصى وصيتين (احديهما) بسبب سابق على سبب الاخرى بالزمان وبالذات (والاخرى) بسبب متاخر بهما فما سببها متقدم متقدم وهو ظاهر والعتق بالتدبير سببه الموت لا غير والعتق بالوصية سببه الموت وفعل الوارث والموت متقدم على المجموع المذكور بالزمان وبالذات (لان) الجزء متقدم على الكل بالذات .

قال قدس الله سره : ولو ادعى الوارث (الى قوله) مجرى الاجازة اولا .

اقول: وجه اجراء الاقرار مجرى الاجازة ان الاقرار اخبار عن ثبوت ملك للميت وهو سبب موجب لعتق ما يقتضيه ذلك الملك و الاجازة توجب ذلك العتق بعينه فكل منهما سبب مؤثر فى لعتق محكوم به على الورثة لكن الثانى منهم تفضل والاول واجب عليهم فكونه منزلا منزلة الاجازة اى فى اقتضاء الحكم عليهم بالعتق متحقق بل الاقرار اولى (ووجه العدم) ان الاجازة لفظ يدل على رضا مصدرها بفعل المورث والاقرار لايدل على ذلك بشيء من الدلالات والاقوى الثانى لان الحكم بان للعبد بالجزء الذى انعتق باقرارهم شيئا من الكسب مبني على اجتماع المتنافيين وهو محال والمبني على

ضعف قيمته قدّم قول العبد ايضا ويحسب على الورثة مايصل اليهم بالكسب باقرارهم (وهل) للعبد بالجزء الذى انعتق باقرارهم مقابله من كسبه اشكال ينشأ (من) اجراء

المحال محال (اما المقدمة الاولى) فلان انعتاق جزء باعتباراقرارهم موقوف على تقدم الكسب على الموت وتبعية شيء من الكسب لذلك الجزء موقوف على تاخر الكسب عن الموت (لان) الكسب انما يملكه المعتق اذا تاخر عن عتقه وعتقه متأخر عن الموت و المتاخر عن المتاخر عن الشيء متأخر عن ذلك الشيء فتبعية الكسب للجزء موقوف على تأخر الكسب عن الموت (واما الثانية) فظاهرة ولنهى النبى صلى الله عليه وآله عنه (ولان) الوارث يدعى جميع الكسب لتقدمه على الموت والعبد يدعى ثلثه لاغير لانه يزعم ان نفسه مجموع التركة وان الكسب ليس منها بل هو متأخر عن الموت فما تبع ما انعتق منه فهو له وما تبع مالم ينعتق منه للورثة لانه كسبه فى ملكهم فالوجه الاول ضعيف .

(واعلم) ان المصنف بحث هذه المسألة على تقديرين (الاول) ان يخلف غير العبد بحيث يخرج العبد من الثلث وانما قدم قول العبد هنا لانه صاحب يد والوارث خارج واختيار المصنف ان صاحب اليد مقدم على الخارج وهو قول المرتضى رحمه الله فيكون البينة بينة الخارج فاذا حلف العبد لعدم بينة الوارث كان الكسب كله له وان اقام الوارث البيّنة كان الكسب كله له .

(التقدير الثانى) ان لا يملك الميت سوى العبد ويقع هذا الاختلاف ، فالوارث يزعم ان الكسب كله تركة والعبد ينكر كونه تركة فعلى زعم الوارث ان كل ما وصل اليهم جزء من الكسب حسب عليهم وانعتق من العبد بحسابه والعبد يزعم ان كل ماوصل اليهم فهو غصب لا يحسب عليهم ولا ينعتق منه بحسابه فيحكم على الورثة بانعتاق جزء ولا يلتفت الى العبد فى نفى العتق لان العتق حق لله تعالى فلا يقبل من العبد نفيه ويقبل من الوارث ويظهر فائدة اختلاف العبد والورثة فيما لو نقصت قيمة المدبر بعد الموت كما لو نقصت حتى صارت خمسة عشر فانه يفك ثلثيه بعشرة ويبقى معه عشرة بعد تحرره باجمعه وجواز زيادة الكسب ونمائه فتحصل الفائدة للعبد فى تقدم الكسب على الموت وفائدة الوارث فى التأخر وللتنبيه على هذه الفوائد خصص المصنف هذا القدر بالبحث دون غيره .

اقرار الورثة مجرى الاجازة املا (فعلى الاول) يدخلها الدور(فنقول) عتق منه شيء وله من كسبه شيئان وللورثة شيئآن من نفسه وكسبه فالعبد وكسبه فى تقدير خمسة اشياء فالشيء ثمانيه عشر فله من نفسه ثمانية عشر ومن كسبه ضعف ذلك وللورثة من نفسه وكسبه ستة وثلاثون (وعلى الثانى) يعتق سبعة اتساعه وله من كسبه عشرون .

قال قدس الله سره : فعلى الاول يدخلها الدور (الى قوله) عشرون .

اقول : على الاحتمال الاول وهواستحقاق العبد بجزئه المعتق باقرار الوارث مايقابله فى الكسب تصير المسألة دورية (لان) العلم بقدرمايستحقه العبد من الكسب بجزئه المعتق بالاقراريتوقف على العلم بقدر ذلك الجزء المتحرر والعلم بقدرالجزء يتوقف على العلم بقدر مايستقرعليه ملك الورثة من الكسب بعد اخذ العبد قدر ما يستحقه بالجزء المعتق منه بالاقرارلانا انمانحكم بتحررمثل نصف مايفضل مع الوارث لكن العلم بقدرما استقرعليه ملك الورثة من الكسب يتوقف على العلم بما استحقه العبد بجزئه المتحرر باقرارهم فقد توقف العلم بهذا القدرعلى نفسه بمراتب (وطريقه) ما ذكره المصنف هنا وهو ان يقال عتق منه شيء وله من كسبه شيئآن لان الكسب ضعف القيمة وللورثة شيئآن ضعف ماانعتق فصار المجموع من العبد وكسبه وهو تسعون فى تقدير خمسة اشياء فالشيء ثمانية عشر فيعتق منه هذا القدر وهو ثلاثة اخماسه وله ثلاثة اخماس كسبه ستة وثلاثون وللورثة من نفسه اثنا عشر وهى خمساه ومن كسبه اربعة وعشرون وهى خمسا الكسب ومجموع ذلك ستة وثلاثون وهى ضعف ما انعتق منه(واما على الاحتمال الثانى) وهوان لايكون للعبد بالجزء المتحرر بالاقرارشيء من الكسب (فنقول) لما قدمنا قول العبد فى تأخر الكسب عن العتق مع اليمين وحلف عليه لم يملك العبد سوى ثلث الكسب بقى ثلثاه اربعون للورثة وهم يزعمون انها تركة بل يزعمون ان العشرين التى اخذها العبد من كسبه تركة ايضا لكن لما لم تصل اليهم لم يحسب عليهم فتكون التركة سبعين لان التركة ثلثا الكسب وهواربعون والعبد بتمامه وهو ثلاثون فينعتق منه بقدر ثلث التركة وهى ثلاثة وعشرون وثلث وهى سبعة اتساع العبدوله ثلث كسبه عشرون بقى للورثة ستة واربعون وثلثان وهى ضعف ماانعتق منه .

ومنه يستخرج حكم ما لوقصر الكسب فيه عن ضعفه اوخلّف شيئا معه واذاجنى

قال قدس الله سره : ومنه يستخرج (الى قوله) شيئاًمعه .

اقول: اى من معرفة الاصل الذى ذكره المصنف وذكر فيه احتمالين - يستخرج حكم مالوكان كسب العبد اقل من ضعف قيمته اوترك السيد مالامع العبد اقل من ضعفه- كمالوكان كسب العبد مثل قيمته كأن تكون قيمته ثلاثين وكسب ثلاثين (فعلى الاحتمال الاول) عتق منه شيء وله من كسبه شيء وللورثة شيئآن فالتركة فى تقدير اربعة اشياء فالشيء خمسة عشر فانعتق من العبد خمسة عشر نصفه وله من كسبه خمسة عشر وللورثة من نفسه وكسبه ثلاثون وهى ضعف ماانعتق (وعلى الاحتمال الثانى) للعبد ثلث كسبه عشرة ويبقى عشرون ياخذها الورثة وهى مع قيمته خمسون فيعتق من العبد ثلث الخمسين وهى ستة عشر وثلثان وهى خمسة اتساع العبد وله ثلث كسبه عشرة فللورثة من نفس العبد ثلاثة عشر وثلث ومن كسبه عشرون ومجموعهما ثلاثة وثلاثون وثلث وهى ضعف ماانعتق منه ولوكان الكسب ثلاثة امثال العبد (فعلى الاحتمال الاول) وهواستحقاق العبد بالجزء الذى انعتق باقرار الورثة مقابله من الكسب (نقول) عتق منه شيء وله من كسبه ثلاثة اشياء وللورثة شيئآن فى مقابل ماانعتق فيكون العبد وكسبه وهومأة وعشرون فى تقدير ستة اشياء فالشيء عشرون فيعتق ثلثا العبد وله ثلثا كسبه وذلك ستّون يبقى للورثة من العبد عشرة ومن الكسب ثلاثون والمجموع اربعون وهو ضعف ماانعتق منه (وعلى الاحتمال الثانى) له ثلث كسبه ولايحسب على الورثة لانه لم يصل اليهم فهو كالتالف قبل قبضهم اياه يبقى ثلثا الكسب وهى ستون والعبد ثلاثون فالتركة تسعون فيعتق العبد كله .

ولوكسب العبد مثل قيمته وخلّف السيّد مثل القيمة ايضا (فنقول) (على الاحتمال الاول) عتق منه شيء وله من كسبه شيء وللورثة من العبد وكسبه وماتركه المولى شيئآن ضعف ماانعتق فالكل يعدل اربعة اشياء فاذا كانت قيمة العبد عشرين وكسب مثلها وترك السيّد مثلها يكون شيئين يعدل اربعة اشياء فالشيء خمسة عشر فيعتق منه خمسة عشر وله من كسبه خمسة عشر يبقى من نفسه وكسبه عشرة وعشرون تركها المولى غير ذلك يكون المجموع ثلاثين للورثة وهى ضعف ماانعتق (وعلى الثانى) يأخذ العبد ثلثى الكسب ثلاثة عشر وثلث يبقى

على المدبر بمادون النفس فالارش للمولى والتدبير باق ولوقتل، بطل ويأخذ المولى قيمته مدبراً ، ولوقتله عبدعمداً قتل به ان ساواه اوقصرعنه ولا يقتل الحرولامن تحرر بعضه به، ولوجنى المدبر وتعلّق ارش جنايته برقبته وللمولى فكه بارش الجناية والاقرب باقل الامرين فيبقى على التدبير، ولو باعه فيها اوسلّمه الى المجنيّ عليه اوواليه انتقض تدبيره ان استغرقت قيمته والّا بطل ما خرج عن ملكه منه (قيل) ولمولاه ان يبيع خدمته ان ساوت الجناية فيبقى على تدبيره وله ان يرجع فى تدبيره وبيعه فيبطل التدبيروكذا لو باعها ابتداءاً ولومات المولى قبل افتكاكه وقبل تملك المجنيّ عليه له انعتق ويثبت ارش الجناية فى رقبته لافى تركة مولاه وان كانت خطأ ولودبرعبدين وله دين بقدرضعفهما عتق ممن تخرجه القرعة قدرثلثهما وكان الباقى والاخرموقوفا فاذا استوفى من الدين شيء كمل من عتق من اخرجته القرعة قدرثلثه وما فضل عتق من الاخروهكذا حتى يعتقا معاومقدارالثلث منهما : ولوتعذراستيفاؤه لم يزد العتق على قدرثلثهما ، ولوخرج من وقعت القرعة لهمستحقا بطل العتق فيه وعتق من الاخرثلثه ، ولودبرعبداً وله دين بقدره عتق ثلثه ورقّ ثلثه ووقف ثلثه ولوكان له ابنان على احدهما ضعف قيمته عتق من المدبر

من الكسب ستة وثلثان نضمها الى الاربعين قيمة العبد والمتروك فيعتق ثلثها وهوخمسة عشروخمسة اتساع يبقى مع الورثة احدوثلاثون وتسع وهى ضعف ماانعتق .

قال قدس الله سره : ولوجنى المدبر (الى قوله) باقل الامرين .

اقول: الخلاف هنا يرجع الى ان العبد الجانى خطأً (هل) يفكه مولاه بارش الجناية (او) باقل الامرين من الارش والقيمة واختيارالمصنف الثانى وقد حقق فى موضعه و قال ابن الجنيد للمولى دفعه الى اولياء المقتول يخدمهم حتى يموت الذى دبره ثم يستسعى فى قيمته .

قال قدس الله سره : ولو باعه فيها (الى قوله) على تدبيره

اقول : قوله (قيل) اشارة الى قول الشيخ رحمه الله فى المبسوط (وفيه نظر) لان البيع لايقع على المنافع وانما يقع على الاعيان فيملك المشترى العين ويتبعه المنافع وقد تقدم البحث فى ذلك .

ثلثاه (لان) حصة المديون من الدين كـ المستوفى وسقط عنه من الدين نصفه (لانه) قدر حصته من الميراث ويبقى للاخر النصف وكل ما استوفى منها شيئاً عتق قدر ثلثه ، ولو كان الضعف دينا عليهما بالسوية عتق ولو تفاوتا فيه (منه ـ خ) فبالنسبة الى كل منهما ولو قتل مولاه احتمل بطلان تدبيره مقابلة له بنقيض مقصوده كالوارث ولانه ابلغ من الاباق و امّا ام الولد فلا لانّها تعتق من نصيب ولدها .

تنبيه

قيمة المدبر تعتبر من الثلث حين الوفاة سليما من التدبير فيحسب نقصان الجزء الذى يبطل التدبير فيه بالتشقيص لو فرض عليه على اشكال ، ولو لم يملك سواه وكانت قيمته سليما ثلاثين ومدبراً عشرة ولم يرجع قيمة الجزء (احتمل) بطلان التدبير (لاستلزامه) التصرف بالوصية فى اكثر من الثلث بل البطلان فيه اظهر من العتق و(الصحة) فيفرض النقص

قال قدس الله سره : ولو قتل مولاه (الى قوله) من الاباق .

اقول: ويحتمل عدمه لعدم النص عليه ومنع القياس عندنا .

قال قدس الله سره : تنبيه (الى قوله) على اشكال .

اقول: الضمير فى قوله (عليه) راجع الى المدبر اى لو نقص قيمة الجزء الذى بطل التدبير فيه بسبب تشقيصه بالعتق (هل) يحسب النقص على المدبر فيضمنه (اولا) قال المصنف فيه اشكال منشأه (ان) النقص لمنفعته وهو العتق فصار كالواصل اليه (ومن) انه كالاتلاف ونقص القيمة السوقية لان الجزء الذى بطل فيه التدبير عينه باقية لم ينقص شيء منه (وفيه نظر) لان التشقيص عيب ولهذا يرد به المبيع (لايقال) لم يجعل الشارع فى مقابلته ارشاً فليس بمتقوم (لانا) نمنع ذلك لانه عيب نقص القيمة .

قال قدس الله سره : فلو لم يملك سواه (الى قوله) الان .

اقول: هذا تفريع على احتساب نقص قيمة الجزء الذى بطل فيه التدبير بسبب التشقيص على العبد (وتقريره) انه على هذا التقدير لو لم يملك سواه وكانت قيمته سليما من التدبير ثلاثين ديناراً واذا صح التدبير فى جزء منّا منه ولو اقل جزء صارت قيمته عشرة احتمل بطلان التدبير لاستلزامه التصرف بـ الوصية اى بمجرد الوصية من غير استحقاق

كالاتلاف فيعتق ثلثه الآن ومع ، البطلان لواجاز بعض الورثة نفذفي حقه من الاصل و في حق باقي الورثة من الثلث والنقص كالتالف كما لودبر احدالشريكين وهواقوي من ابتداء التدبير لنفوذه من الاصل بالنسبة اليه ان كان صحيحااولتأثيره في العتق معجلا ويعتبر خروج قيمته مدبراً من الثلث في حق غير المجيز لاسليما فلوكان للميت عشرون انعتق كله باجازة بعض الورثة ولوكان مريضافاجازته كابتداء تصرفه فلو لم يكن سواه

الموصى به قبلها شرعا وبغيراجازة الوارث في اكثرمن الثلث و انما قيد بالوصية لان تنفيذ الوصية في الشرع في اكثرمن الثلث بغيراجازة الوارث محال اجماعا بخلاف ما فيه الخلاف كالمنجزات والاقراروم ن ثم كان البطلان فيه اظهرمن العتق (لان العتق) منجزوالتدبيرمعلق على الموت كالوصية والعتق لازم ليس للمعتق الرجوع فيه بخلاف التدبير(ولانه) مبني على التغليب والقهر(فان قلنا) بالبطلان في العتق المنجزفبطلان التدبيراولى (ويحتمل) الصحة في ثلثه الآن لانه كالاتلاف اى كاتلاف المريض فانه اذا اتلف بعض ماله لم يحسب عليه من الثلث المطلق الذى له التصرف فيه شرعاولايمنع شيئا من تصرفات يتصرفهـا بعده وكنقص السوق فانه كذلك .

قال قدس الله سره : ومع البطلان(الى قوله) معجلا .

اقول: هذاالفرع ظاهروفيه اشارة الى فائدتين (الاولى) ان التصرف المتبرع به في الزائد على الثلث من المريض مطلقا ومن الصحيح في الوصية لايحكم ببطلانه قبل الموت مطلقا اى سواء رده الورثة قبل الموت اولاولا بعد الموت قبل رد جميع الورثة اياه بل اذا رده جميع الورثة بطل فقبله يكون موقوفا (الثانية) ان في قوله لتأثيره في العتق معجلا اشارة الى فائدة وهى ان العتق اقوى من التدبير لدليلين (الاول) ان المعجل اقوى من المعلق على الموت ولهذا يقدم المنجزات على الوصاياوقد دل لفظه عليها مطابقة (الثانى) انكلما اثرفي العتق معجلا فهولازم اى ليس لفاعله الرجوع فيه بخلاف التدبير لانه لايلزم فاعله .

قال قدس الله سره : ولوكان مريضا (الى قوله) على تقدير البطلان.

اقول: اذا كان الوارث المجيز مريضا فاجازته كابتداء تصرفه اى انما يصح من

بطلت على تقدير البطلان ولو كان له ما يزيد على قدر التالف بسبب الاجازة بجزء مّا صحت اجازته من الثلث ويعتبر قيمته الاولى لكونها سبب البطلان على اشكال ينشأ (من) من الدور اذ باجازته ينفذ في حصة الاخر من الثلث فيعتق جزء ما من حصة الاخر فيسقط اعتبار القيمة الاولى بالنسبة الى غير المجيز واليه ايضاً (ومن) ان اعتبار الاولى اصل ترتب

الثلث فاذا لم يكن له سوى حصته من المدبر واقتضت صحة اجازته تلف اكثر من الثلث فان قلنا ببطلان ابتداء تصرفه المستلزم لذلك بطلت الاجازة وان قلنا انه بمنزلة الاتلاف كانت الاجازة كذلك فلو كان للمدبر ابنان فاجاز واحد منهما وقلنا ان الناقص كالاتلاف وكان المجيز مريضا ايضا عتق من العبد بالتدبير ثلثة وباجازة الوارث تسعه فيكمل المتحرر منه اربعة اتساعه ولغير المجيز ثلثه ولورثة المجيز تسعاه وانما اهمل ذكر الاخير هنا لانه يفهم مما تقدم في ابتداء التصرف فلم يحتج الى تكريره .

قال قدس الله سره : ولو كان له (الى قوله) من الثلث .

اقول : هذا فرع على بطلان الاجازة مع تفويتها اكثر من ثلث التركة (وتقريره) انه لو خلف المجيز مع حصته من المدبر بقدر ما تلف باجازته وزيادة عليه جزء ما وان قلّ صحت اجازته فلنفرضه في العبد المذكور وهو الذى قيمته ثلاثون ويصير بنفوذ العتق في جزء ما عشرة دنانير فالقدر التالف عليه بالاجازة خمسة عشر فاذا ملك غير نصف العبد خمسة عشر وجزء ما كدينار مثلا صارت تركته احداً وثلاثين فينبغي ان يتحفظ على الورثة ثلثاها وهو عشرون وثلثان وينفذ تصرفه في عشرة وثلث فالعشرة هي التالفة وثلث دينار يعتق من العبد فيبقى من العبد اربعة وثلثان ينضم الى ستة عشر فيكمل الجميع عشرين وثلثين فهي للورثة فقد انحفظ عليهم ضعف ما فاتهم وهو عشرة وثلث ولو لم يزد ما خلّفه على خمسة عشر لم ينفذ اجازته لان تركته على ذلك التقدير ثلاثون وهي نصف العبد وما خلفه فيجب ان يتحفظ على الورثة ثلثا ذلك وهو لا يحصل هنا لان باجازته تفوت عشره وينفذ في جزء فينقص ما مع الورثة عن عشرين وثلثين فلا تصح الاجازة .

قال قدس الله سره: ويعتبر قيمة الاولى (الى قوله) هذه الاحكام .

اقول: هل يعتبر في الجزء الذى نفذت فيه الاجازة قيمة العبد الاولى الزائدة

هذه الاحكام (ويحتمل) اذا لم يكن له مال على تقدير البطلان الصحة اذ نفوذ اجازته في ثلث حصته يستلزم نفوذ العتق في جزء ما من حصة الاخر المستلزم لعدم اعتبار القيمة الاولى في حق المجيز على اشكال ينشأ (من) استلزامه توقف الشيء على نفسه اذ الصحة متوقفة على عدم اعتبار القيمة الاولى المتوقف على نفوذه في جزء من حصة الاخر المتوقف على الصحة اما لو اجاز الاخر صحت اجازة المريض من الثلث بقيمته الآن قطعا

كالثلثين في الفرض المذكور او الثانية اى التي بعد النقص وهي في هذا الفرض عشرة (يحتمل) كل منهما (اما الاولى) لانا نبحث على تقدير بطلان التدبير لو لم يخلف المولى شيئا غيره وبطلان الاجازة اذا لم يكن للمجيز سوى الشقص الموروث وسبب البطلان في الصورتين انما هو اعتبار القيمة الاولى اذ لولا اعتبارها لمضى العتق في ثلث العبد بموت مولاه وفي ثلث حصته المجيز المريض المنتقلة اليه بالارث فهذه الاحكام كلها مترتبة على اعتبار القيمة الاولى (واما الثانية) فلاستحالة اعتبار القيمة الاولى لاستلزام ثبوته نفيه وكلما استلزم ثبوته نفيه فهو منتف فاعتبار القيمة الاولى منتف وكلما استحال اعتبار القيمة الاولى وجب اعتبار الثانية لامتناع خلو اعتبار القيمة عنهما (اما المقدمة الاولى) فلان الاجازة تصح على كلا التقديرين في شيء ما من حصة المجيز فان هذه المسألة فرع على ذلك (لان) التقديران المجيز ملك ممافات باجازته بحيث يحصل للورثة ضعف مافات من القيمة وما انعتق منه باجازته واذا انعتق شيء باجازته من حصته نفذ العتق في حصة الشريك وان النقص بالنسبة الى الشريك كالاتلاف لا يحسب من التركة فيسقط اعتبار القيمة الاولى بالنسبة الى المجيز وكلما سقط اعتبارها بالنسبة الى احد الشريكين سقط بالنسبة الى الاخر واستلزام ثبوت الشيء لنفسه يسميه المصنف وغيره من الفقهاء دوراً (واما المقدمة الثانية) فبديهية (والثالثة) بينة اجماعية لا نزاع فيها

قال قدس الله سره : ويحتمل اذا لم يكن له مال (الى قوله) قطعا .

اقول: تقرير هذه المسألة انه اذا كان المجيز مريضا ولم يخلف سوى ما يحصل بالارث من هذا العبد (نقول) اما ان نحكم بصحة تدبير المريض المورث الاول من ثلث تركته بقيمته الثانية اى الناقصة ويكون النقص كنقص السوق او الاتلاف (او نقول) ببطلانه

المقصد الثالث فى الكتابة

وفيه فصول الاول فى ماهية الكتابة

وهى معاملة مستقلة بنفسها ليست بيعا للعبد من نفسه ولا عتقا بصفة فلو باعه نفسه

وقد تقدم البحث فى هذه المسألة وان فيها احتمالين فعلى صحة التدبير تصح اجازة هذا الوارث فى ثلث نصيبه بلا كلام وعلى القول ببطلان التدبير ذكر المصنف فيه احتمالين الاول البطلان وقد تقدم (الثانى) الصحة وهو المذكور فى هذا الكلام لان اجازته تقتضى شيئين (احدهما) النقص عليه (وثانيهما) صحة التدبير فى حصة شريكه ونقصها وهذا الثانى لا يمكن ان يقال انه من الثلث لان النقص على الشريك فى ماله ليس نقصا على وارثه فيصح الاجازة بالنسبة الى نفوذ تدبير الشريك لان معنى الصحة هنا ترتب اثر الاجازة عليها لانها من باب الاسباب وينعتق بنسبة نصيب الشريك من ثلث تركة الميت الموروث الاول فينقص قيمة العبد بسبب يمكن العتق فى حصة الشريك وذلك يستلزم عدم اعتبار القيمة الاولى فى حصته لانها كلما سقط اعتبارها فى حصة بعض الشركاء سقط اعتبارها فى حصة الباقين فيصح اجازته ، ثم استشكل المصنف هذا الاحتمال ، ومنشأ الاشكال هذا الوجه المذكور واستلزام الصحة الدور وهو محال واستحالة اللازم تستلزم استحالة الملزوم فيكون صحة الاجازة محالا (بيان) استلزام الصحة الدور ان صحة اجازته فى جزء من حصته موقوف على على عدم اعتبار القيمة الاولى ـ اذ لو اعتبرت لبطلت اجازته لاستلزامها التصرف فى اكثر من الثلث ، وعدم اعتبارها موقوف على صحة العتق فى جزء ما من حصته الاخر الموقوف على الصحة اى على نفوذ العتق فى شىء من حصة المجيز (لان) علة صحة العتق فى نصيب غير المجيز صحته فى المجيز فيكون ثبوت الصحة موقوفا على ثبوتها وهو دور .

المقصد الثالث فى الكتابة

وفيه فصول الاول فى ماهية الكتابة

قال قدس الله سره : وهى معاملة مستقلة (الى قوله) ففى الصحة نظر .

بثمن مؤجل ففى الصحة نظر، و هى عقد لازم من الطرفين الا اذا كانت مشروطة و عجز العبد (وقيل) ان كانت مشروطة كانت جايزة من جهة العبد (لان) له تعجيز نفسه وليس بمعتمد اذ يجب عليه السعى ويجبر عليه ولو اتفقا على التقايل صح ولو ابرأه من مال

اقول: هنا مسائل (الاولى) الكتابة عقد مستقل بنفسه لنص الكتاب عليها قال الله تعالى **والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً(١)** (الثانية) الكتابة ليست عتقا بعوض ولا بيعا للعبد من نفسه للاصل ولرجحان التأسيس على التاكيد وقال بعض الفقهاء الكتابة اعتاق السيد عبده على مال فى ذمته يؤديه مؤجلا وقال ابو الصلاح هى بيع للعبد من نفسه وتبعه ابن ادريس فى ذلك والاول اختيار الشيخ وهو الاقوى (والثالثة) الكتابة تشارك العتق بعوض وبيع العبد من نفسه من وجه وهو ان كل واحد منهما تضمن العتق بعوض ويفارقهما فى الشروط والاحكام والتوابع (الرابعة) لو باع السيد عبد نفسه بثمن مؤجل قال الشيخ فى المبسوط صح وانعتق وكان الولاء للامام واستشكله المصنف هنا وفى التحرير من حيث ان الاصل الجواز و من حيث ان البيع عين مملوكة من شخص الى آخر فلابد وان يتحقق اضافة الملك بين المشترى و المبيع لتوقف الاضافة على تغاير المضافين و هنا ليس كذلك (ولان) العبد يتوقف تملكه على حريته وحريته موقوفة على تملكه فيدور (تنبيه) لو لم يؤجل الثمن قال الشيخ بطل الثمن ويعتق العبد (وفيه نظر) من حيث ان بطلان الثمن يستلزم بطلان البيع

قال قدس الله سره : وهى عقد لازم (الى قوله) ويجبر عليه

اقول: اختلف الفقهاء هنا فى مقامين **(الاول)** فى لزوم الكتابة وجوازها (الثانى) فى تفسير جوازها اما (المقام الاول) فالاقوال فيه اربعة (الاول) انها لازمة من الطرفين مطلقا فى المطلقة ومع قدرة الاداء فى المشروطة بمعنى انه ليس لاحدهما فسخها مطلقا فى المطلقة ومع قدرة الاداء فى المشروطة وهو اختيار شيخنا وشيخه ابى القاسم بن سعيد قدس الله روحهما (الثانى) قال الشيخ فى الخلاف الكتابة لازمة من جهة السيد جائزة من جهة العبد واطلق والظاهر انه يريد الكتابة المشروطة و اطلق قوم القول بانها لازمة

(١) النور ٣٣

الكتابة برىء وانعتق بالابراء ، ولايثبت فيها خيار المجلس وليست واجبة بل مستحبة مع الامانة والاكتساب ويتأكد مع سؤال المملوك ولو فقد الاولان اواحدهما صارت مباحة، ولاتصح من دون الاجل على رأى ، ولابد من ايجاب و قبول وعوض وهى اما مطلقة او

من جهة السيد وجائزة من جهة العبد .

(الثالث) قول ابن حمزة ان المشروطه عقد جائز من الطرفين والمطلقة عقد لازم من جهة السيد جائزة من جهة المكاتب (الرابع) قال الشيخ فى المبسوط المطلقة لازمة من الطرفين والمشروطة لازمة من جهة السيد جائزة من جهة العبد وهو قول ابن ادريس والحق عندى الاول لقوله تعالى **اوفوا بالعقود** (١) والجمع المحلى بلام الجنس للعموم وهذه عقد (ولايرد) العارية والوديعة وامثالها لتخصيصها بالنص فبقى الباقى على الاصل (**المقام الثانى**) فيه قولان (الاول) اطلق ابن حمزة القول بالجواز ولم يفسر (الثانى) قال الاكثر ليس معنى جوازها من جهة العبد انه يملك الفسخ كما فى عامل القراض ثم اختلف هؤلاء فى معنى جوازها من جهته على قولين (الاول) ان للعبد الامتناع من اداء ماعليه وتعجيزه فاذا امتنع منه كان سيده بالخيار بين البقاء على العقد والفسخ وهو قول الشيخ فى الخلاف وقال فى المبسوط له الامتناع من اداء ماعليه مع القدرة عليه فاذا امتنع تخيّر سيده (الثانى) قوله فى المبسوط ايضاً - الذى يقتضيه مذهبنا ان العبد ان عجز لم يجبر على الاكتساب وان لم يعجز وكان معه وامتنع اجبر على الاداء كمن عليه دين وهو موسر والحق اختيار والدى ووالده ان العبد ان قدر على الاكتساب وجب عليه المسارعة اليه فان امتنع اجبر عليه لانه قضاء دين وجب عليه فان عجز عن الاكتساب كان للمولى الفسخ ولاينفسخ بمجرد العجز.

تنبيه

قال المصنف معنى لزومها من الطرفين انه ليس لواحد منهما بانفراده فسخها ولو تقايلاها معا انفسخت وذلك هو معنى قوله (ولو اتفقا على التقايل فسخت) .

قال قدس الله سره: ولاتصح من دون الاجل على رأى .

اقول: قال الشيخ فى المبسوط الكتابة لاتنعقد الا باجل ومتى كانت بغير اجل كانت

(١) المائدة ١

مشروطة فالمطلقة ان يقتصر على العقد مثل كاتبتك على ان تؤدى الى كذا فى شهر كذا فيقول قبلت فيقتصر على العقد والاجل والعوض والنية و المشروطة ان يضيف الى ذلك قوله فان عجزت فانت رد فى الرق وكلما يشترطه المولى على المكاتب فى العقد لازم اذا لم يخالف المشروع

الفصل الثانى فى الاركان

وهى اربعة (الاول) العقد

وهو ان يقول كاتبتك على الف مثلا فى نجم فصاعداً فيقول قبلت (وهل) يفتقر مع ذلك الى قوله فان اديت فانت حر فيه نظر، ولابد فيه من نية ذلك ان لم يضمه لفظاً واذا

باطلة وقال ابن ادريس الكتابة تصح حالة ومؤجلة وليس الاجل شرطا فى صحتها والمختار الاول لانه لم ينقل من زمن النبى ﷺ ولا من زمن الصحابة مع انهم كاتبوا ان احداً عقدها حالة واتفاق الصحابة على تركها اجماع (واحتج) بعضهم بما روى عنه عليه السلام انه قال الكتابة على نجمين والايتاء من الثانى (١) وفيه نظر للمنع من صحة السند (احتج) ابن ادريس بان الاصل هو الجواز .

الفصل الثانى فى الاركان وهى اربعة

قال قدس الله سره :وهى ان يقول كاتبتك (الى قوله) نظر .

اقول: قال الشيخ يشترط ان يقول فاذا ادیت فانت حر وقال ابن الجنيد لا يشترط وهو ظاهر كلام ابن ابى عقيل (احتج) الشيخ بان الكتابة لا يعرفها الا العلماء فلا يحكم عليه بالعتق بمجرد لفظها من دون تعليق العتق بالاداء (واحتج) ابن الجنيد بان لفظ الكتابة صريح فى معناها و هو العتق عند الاداء فتعليق العتق به نطق بما يدل عليه العقد صريحا فيكون تكراراً غير محتاج اليه واستحسنه والدى فى المختلف وقول الشيخ عندى اقوى .

قال قدس الله سره:ولابد من نية ذلك (الى قوله) على رأى

اقول: الخلاف تقدم .

---

(١) لم نعثر عليه بعد .

ادى انعتق وان لم يتلفظ بالضميمة على رأى ، واذا عجز المشروط كان للمولى رده فى الرق وحد العجز ان يؤخر نجما الى نجم أو يعلم من حاله العجز عن فك نفسه (وقيل) إن يؤخر نجما عن محله واذا اعاده كان له ما اخذه منه ويستحب للمولى الصبر عليه .

الركن الثانى العوض

وشروطه اربعة (الف) ان يكون دينا فلا تصح على عين لانها ليست ملكا له اذا

قال قدس الله سره :واذا عجز المشروط (الى قوله) عن محله .

اقول: قال الشيخ فى النهاية حد العجز ان يؤخر نجما الى نجم او يعلم من حاله انه لا يقدر على فك رقبته وتبعه ابن البراج (والثانى) قول المفيد وابن ادريس والمصنف فى المختلف لانه اخلال بالشرط فكان للمولى الفسخ قضية للاشتراط وهو المختار عندى لما رواه معاوية بن وهب فى الصحيح عن الصادق عليه السلام فى حديث (الى ان قال) ليس له ان يؤخر نجما عن اجله اذا كان ذلك من شرطه (١) (احتج) الشيخ بما رواه اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام ان عليا عليه السلام كان يقول اذا عجز المكاتب لم يرد مكاتبته فى الرق ولكن ينتظر عاما اوعامين فان اقام بمكاتبته والارد مملوكا (٢) وقال الصدوق ينتظر ثلاثة انجم فان هو عجز رد رقا (واحتج) بما رواه جابر عن الباقر عليه السلام قال سألته عن المكاتب يشترط عليه ان عجز فهو رد فى الرق فعجز قبل ان يؤدى شيئا فقال ابو جعفر عليه السلام لا يرده فى الرق حتى يمضى له ثلاث سنين ويعتق منه بمقدار ما ادى فاما اذا صبروا فليس لهم ان يردوه فى الرق (٣) وقال ابو عبدالله عليه السلام لهم شرطهم (٤) وقال عليه السلام ينتظر بالمكاتب ثلاثة انجم فان هو عجز رد رقيقا (٥) والجواب الحمل على الاستحباب وضعف السند .

---

(١) ئل ب ٥ خبر ١ من ابواب المكاتبة

(٢) ئل ب ٤ خبر ١٥ من ابواب المكاتبة

(٣) ئل ب ٤ خبر ١٦ من ابواب المكاتبة وفيه بدل قوله (فاما اذا صبروا) فاذا ادى ضربا

(٤) ئل ب ٤ خبر ١٠ من ابواب المكاتبة

(٥) ئل ب ٤ خبر ١١ من ابواب المكاتبة

العبد لايملك شيئا وان ملكه مولاه(ب) ان يكون منجما على رأى والاقرب عندى جواز الحلول ، ولوشرطناه لم نوجب ازيد من نجم واحد ولاحد فى الكثرة واذا شرطناه وجب ان يكون معلوما فلو ابهما الاجل كقدوم الحاج وادراك الغلات لم يصح ، ولو قال كاتبتك على ان تؤدى كذا فى شهر كذا على ان يكون الشهر ظرفا للاداء لم يصح على اشكال الاان يعين وقته واذا تعددت النجوم جاز تساويها واختلافها وكذا يجوز اختلاف المقادير فيها مختلفة ومتساوية ، وفى اشتراط اتصال الاجل بالعقد اشكال والاقرب المنع فلو كاتبه على اداء دينار بعد خدمة شهر صح ولايلزم تأخير الدينار الى اجل آخر فان مرض

الركن الثانى العوض وشروطه اربعة

قال قدس الله سره : (ب) ان يكون منجما (الى قوله) جواز الحلول .

اقول: قد اختار هيهنا جواز كون مال الكتابة حالا وهو اختيار ابن ادريس لعموم قوله تعالى **فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً (١)** وزيادة شرط خلاف الاصل (قيل) نسخ ولايصح نسخ القرآن بخبر الواحد (وقيل) ولا بالسنة مطلقا وقال الشيخ فى المبسوط الكتابة لاتنعقد الا بأجل ومتى كانت بغير أجل كانت باطلة وتبعه ابن حمزة (احتج) الشيخ بان مافى يد العبد لمولاه ولايصح المعاملة عليه وانما يقع على مايتوقع حصوله بالكسب فلابد من ضرب الاجل تحفظا من تطرق الجهالة .

قال قدس الله سره : ولو قال كاتبتك (الى قوله) الا ان يعين وقته .

اقول: منشأ الاشكال اختلاف الاصحاب فان الشيخ قال فى المبسوط لايصح وقال ابن الجنيد يصح والاقوى الاول لان وقت الاداء مجهول وكلما كان وقت الاداء مجهولا بطل وابن الجنيد منع الصغرى وسند منعه الواجب المخير فانه يصح والاداء واجب فصح ان يكون مخيراً ولو عين وقته كأن يقول يؤدى فى يوم كذا صح .

قال قدس الله سره: وفى اشتراط اتصال الاجل (الى قوله) المنع.

اقول: ينشأ (من) اختلاف الاصحاب فان الشيخ فى المبسوط ذهب الى الاشتراط (وقيل) لايشترط وهو الاقرب عند المصنف والاصح عندى لوجود شرائط الصحة وضبط

(١) النور ٣٣

العبد شهر الخدمة بطلت الكتابة لتعذر العوض ، ولو قال على خدمة شهر بعد هذا الشهر صح على الاقوى ، ولوكاتبه ثم حبسه فعليه أجرة مدة حبسه (وقيل) يجب تعجيل مثلها ولو اعتقه على ان يخدمه شهراً عتق فى الحال وعليه الوفاء ، فان تعذر فالاقرب قيمة المنفعة لاقيمة الرقبة ولو دفعه قبل النجم لم يجب على السيد قبضه واذا دفعه بعد الحلول وجب عليه القبول اوالابراء فان امتنع من احدهما قبضه الحاكم فان تلف فمن السيد (ج) ان يكون معلوم الوصف والقدر فلوكان احدهما مجهولا لم يصح ويجب ان يذكر فى الوصف كلما تثبت الجهالة بتركة فان كان من الاثمان وصفه كما يصفه فى النسيئة وان كان من العروض وصفه بوصف السلم ولا يتعين قدره قلة وكثرة نعم يكره تجاوز قيمته ويجوز ان يكون عينا ومنفعة وهما معا بعد وصف المنفعة بما يرفع الجهالة ويتقدر (اما)

الاجل والمال وايقاع الصيغة المشترطة (احتج) الشيخ باصالة بقاء الملك وعدم النقل بغير المنقول شرعا ولم يرد النص على هذا .

قال قدس الله سره :ولو قال على خدمة (الى قوله) على الاقوى .

اقول: هذا فرع على اشتراط اتصال الاجل بالعقد فمن اثبت الاشتراط نفى الصحة واثبتها من نفاه .

قال قدس الله سره :ولو كاتبه (الى قوله) مثلها .

اقول : رجح فى المبسوط (الاول) وقوى فيه ايضاً الثانى والاول اصح لانه اذا حبس المكاتب ضمن منافعه والمنافع انما تضمن بالقيمة ووجه الثانى بانه يجب امهاله تلك المدة ولاقيمة له فيضمنه بمثله وهو حسن .

قال قدس الله سره : ولو اعتقه (الى قوله) لاقيمة الرقبة .

اقول: وجه القرب ان الذى ثبت فى ذمة المعتق الخدمة شهراً فاذا تعذرت فعليه قيمتها وقيل يلزمه قيمة رقبته لان العتق بعوض عقد ، اوفى حكمه لا يلحقه الفسخ لو تعذر فيه العوض وكل عقد اوفى حكمه تعذر فيه العوض فلصاحب العوض الاخر اخذ قيمة عوضه (اما الاولى) فظاهرة (واما الثانية) فلان كل التصرفات الاختيارية مقصورة على ما وقع عليه الرضا وانما وقع على العوض المعين ولم يحصل .

بالعمل كخياطة هذا الثوب (او) بالمدة كالخدمة (او) السكنى سنة ولو جمع بين الكتابة وغيرها من المعاوضات كالبيع اوالاجارة اوالنكاح صح وان اتحد العوض ويقسط العوض عليهما ، ولو كاتبه المولیان بعوض واحد صح وقسط على حصصهما ولو اختلف عوضاهما صح اختلفت حصصهما اواتفقت وليس له الدفع الى احدهما دون الآخر فان فعل شاركه الآخر الا ان يأذن احدهما لصاحبه ، ولو كاتب عبدين له فى عقد صح وقسط العوض على القيمتين يوم العقد وايهما ادى عتق من غير ارتقاب صاحبه وايهما عجز رق خاصة ،ولو شرط كفالة كل منهما لصاحبه جاز ولو شرط الضمان (١) تحول ما على كل منهما على صاحبه وانعتقا (د) ان يكون مما يصح تملكه للمولى فلا يصح على ما لا يصح تملكه كالخمر و الخنزير ولو كاتب الذمى مثله عليه صح فان تقابضا قبل الاسلام عتق وبرىء ولو تقابضا البعض برىء منه خاصة فان اسلما او احدهما قبل التقابض او بعد التقابض البعض لم تبطل الكتابة وكان على العبد القيمة عند مستحليه .

فروع

(الف) لو ادعى المالك تحريم العوض او غصبه وامتنع من قبضه فان اقام بينة لم يلزمه قبوله وان لم يكن بينة حلف العبد والزم المولى القبض اوالابراء فان قبض امر بالتسليم الى من عزاه اليه ان كان قد عينه او لا والا ترك فى يده (وفى انتزاعه نظر) فان امتنع من القبض قبضه الحاكم وحكم بعتق العبد (ب) لو شرط عوضا معينا لم يلزمه قبول

قال قدس الله سره :فروع (الف)لو ادعى المالك (الى قوله) بعتق العبد

اقول: ينشأ (من) انه مال لغيره ولم يثبت تسليط المالك اياه عليه وولى مثله الحاكم فيسلم اليه (ومن) انه لم يثبت ان يده عادية والاصل فى فعل المسلم الصحة و اختار الشيخ فى المبسوط تقريره فى يده (واعلم) ان قول المصنف فان اقام بينة لم يلزمه قبوله (اورد) عليه ان اقامة السيد البينة على انه غصب اقامة البينة لاثبات مال الغير بغير ولاية شرعية (واجاب) المصنف عنه بان له مصلحة فيه ولا يمكن تحصيلها الا باقامة البينة .

---

(١) اى شرط المولى على كل منهما ضمان صاحبه .

غيره الاالاجود (ج) لوقبض احد السيدين كمال حقه باذن الاخرعتق نصيب القابض ولايقوم عليه نصيب الآذن ولا يسرى العتق وله نصف الولاء ويأخذ الآذن مما فى يده بقدرما دفع الى الاخر والباقى بين العبد وسيده الثانى ان بطلت كتابة الثانى بموت اوعجز (وقيل بين العبد وسيده القابض لان نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية فحصة ماعتق بالكتابة للعبد وحصة ماعتق بالسراية للمولى (ويحتمل) ان يكون الجميع للعبد لانقطاع تصرف المولى عنه فكان له كما لوعتق بالاداء - خ)(د) لوظهر استحقاق المدفوع بطل العتق (وقيل) له ان دفعت الآن والآفسخت الكتابة ولومات بعد الاداء مات عبداً .

قال قدس الله سره : لوقبض احد السيدين (الى قوله) بموت او عجز .

اقول : اذا كان لمالكين جائزى التصرف عبد بالسوية فكاتباه معا باتحاد النجوم والمال لم يجز ان يفضّل احدهما على الاخر فى قدر المدفوع (ولا) ان يقدم احدهما على الاخر بغير اذن لانهما سواء فيه وهما مستويان فى كسبه وحقهما متعلق بما فى يده تعلقا واحداً (ولانه) ربما عجز فيعود الى الرقّ ويجوز باذنه لوجود المقتضى له وانتفاء المانع لان المنع لحقّه فجاز بأذنه ولان الحق منحصر فيهما فاذا تراضيا جاز فاذا دفع الى احدهما حصته من مال الكتابة باذن الاخر عتق نصيب القابض لاداء جميع مـال الكتابة اليه (وهل) يسرى الى نصيب الآخر الذى لم يعتق بعد فيه اقوال ثلاثة (الاول) قيل لامطلقا وهو اختيار شيخنا (الثانى) قيل نعم مطلقا وهو اختيار الشيخ فى المبسوط لان العتق مبنى على التغليب (ولان) الكتابة مقربة الى العتق لامانعة منه ولعموم قوله (من اعتق) وفاعل السبب فاعل المسبب .

(الثالث) انه ان عجز عن اداء مال الشريك سرى العتق الى حصة الشريك والآفلا اذا تقرر ذلك (فنقول) هنا مسألتان (الاولى) لمادفع الى الاول مال كتابته بأذن الشريك وعتق نصيبه بقى نصيب الآخر فامّا ان يبطل الكتابة بعجزه وتعجيزه وفسخ الكتابة (اولا) فان كان (الاول) اخذ مما فى يده بقدرما دفع الى شريكه فى الكتابة والفاضل بين العبد وسيده اعنى الذى بطلت كتابته والى هذا اشار بقوله والفاضل بين العبد وسيده الثانى وقوله (ان بطلت الكتابة) شرط فى قوله والباقى بين العبد وسيده الثانى لان الكتابة لوكانت صحيحة ولم

ولوظهر معيبا تخير بين الارش والرد فيبطل العتق على اشكال ، ولو تجدد في العوض عيب عند السيد لم يمنع من الرد بالعيب الاول مع ارش الحادث وقال الشيخ يمنع ولو تلف

يعرض لها الفسخ كان الباقي للعبد (ويحتمل) ان يكون الشرط راجعا الى المسألتين اعني قوله (ويأخذ الآذن الى آخره) وقوله (والباقي الى آخره) (اما الثانية) فظاهرة (واما الاولى) فلانه اطلق القول بانه يأخذ بقدر مادفع ولم يشترط تساوي المالين في الكتابة مع تساوي النصيبين (ولانه) الظاهر لانه لو لم تنفسخ كتابته لاخذ ذلك باعتبار كونه مال كتابته ولم يعتبر القدر اصلا وعرضناه على المصنف فاستحسنه (ويحتمل) ان يكون مراده بقدر مادفع فيه اضمار ـ تقديره بقدر نسبة ماأخذ ليتناول ما اذا تساويا فيه او اختلفا فان كان (الثاني) اخذ الآذن ممافي يد المكاتب بقدر مادفع الى القابض ان تساوى المالان والآفبالنسبة (الثانية) على القول بالسراية يأخذ ايضاً الشريك الآذن ممافي يده بقدر مادفع الى الشريك مع تساوي النصيبين ويكون الباقي بين العبد وسيده الآذن (لان) المتحرر بالسراية يكون مافي يده لسيده والمتحرر بالكتابة مافي يده له وهاتان قاعدتان اجماعيتان قد اجتمعتا هنا فيكون مافي يده له ولسيده اعني الذي اعتق نصيبه بالسراية .

قال قدس الله سره : ولو ظهر معيبا (الى قوله) على اشكال .

اقول: منشأ الاشكال ان يقال العتق اتلاف واستهلاك فاذا حكم بوقوعه لم يبطل كالخلع وان يقال العتق انما يستقر باستقرار الاداء وقد ارتفع الاداء فيرتفع العتق و هذان الوجهان كتبهما المصنف (حاشية بخطه على الاصل) واختار الشيخ في المبسوط البطلان مع الرد وان له الرد لان هذا ليس بسليم من العيب ومال الكتابة سليم من العيوب (والتحقيق) ان الرد بالعيب هل هو فسخ متجدد بالقبض اورفع للقبض من اصله (فعلى الاول) لا يبطل العتق (وعلى الثاني) يبطل لان الرد يكون كاشفا عن بطلان الاداء .

قال قدس الله سره :ولو تجدد في العوض (الى قوله) يمنع .

اقول: وجه قول الشيخ انها معاوضة كالبيع والاقوى عندي الاول لاستحقاقه الرد اولا والاصل البقاء والعيب الحادث ينجبر بالارش ولانها ليست بمعاوضة حقيقة لانها معاوضة على مال المالك بماله فليس لها حكم المعاوضات اللازمة ولهذا اذا مات المكاتب

العين عند السيد استقر الارش ولو قال له السيد عقيب دفع المستحق انت حر لم يعتق بذلك فان ادعى المكاتب قصد انشاء العتق قدم قول السيد (ه) لو اقام العبد شاهداً واحداً على الدفع حلف معه وان منعنا من الشاهد واليمين في العتق ولو حلف السيد فسخت الكتابة مع التأخير وان ادعى العبد غيبة الشهود انظر الى ان يحضرها فان لم يحضر حلف السيد فان حضر بعده الشاهد ان ثبتت الحرية (و) لو ابرأه السيد من مال الكتابة برىء وعتق ولو ابرئه من البعض برىء منه وكان على الكتابة في الباقي ولو اقر بالقبض عتق وان كان مريضا فان كان غير متهم فكذلك والا نفذ من الثلث .

(ز) يجوز بيع مال الكتابة والوصية به فان كان البيع فاسداً فادى العبد المال الى المشتري احتمل العتق لانه تضمن الاذن في القبض فاشبه قبض الوكيل فيرجع السيد على المشتري ان كان من غير جنس الثمن والا تقاصا بقدر الاقل ويرجع ذو الفضل وعدمه لانه لم

اوعجز المشروط كان للمالك اخذ الكسب بلاعوض .

قال قدس الله سره (ز) يجوز بيع مال الكتابة (الى قوله) على اشكال .

اقول: هنا مسائل (الاولى) اختلف الفقهاء في بيع مال الكتابة حال كونه في ذمة المكاتب فقال المصنف يصح مطلقا وقال الشيخ في المبسوط لا يصح واطلق وعلل بانه لم يقبض ونهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع مالم يقبض (١) وتبعه ابن البراج وقال ابن الجنيد لا يصح بيع مال الكتابة في المطلق والمشروط نص عليهما وعلل بانه نظير بيع حبل الحبلة ولقاح الفحل والاصح عندى صحة بيعه مطلقا لان السيد يملكه في ذمة المكاتب فصح بيعه كسائر الديون ويلزم من لم يلزم المشروط بالاداء اوالسعي قهراً عند امتناعه بطلان البيع (قالوا) غير مستقر لانه معرض للسقوط بعجز المكاتب اوموته وكلما هو غير مستقر بيعه باطل وهو ظاهر (قلنا) المقدمتان ممنوعتان .

---

(١) سنن ابى داود (ج٣) باب في بيع الطعام قبل ان يستوفى ولفظ الحديث هكذا اذا اشترى احدكم طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه ورواه في ئل ب ١٦ خبر ٢١ من ابواب احكام العقود ولفظه هكذا قال ابتعت طعاماً من طعام الصدقة فاربحت فيه قبل ان اقبضه فاردت بيعه فسألت النبي (ص) فقال لا تبعه حى تقبضه .

يقبض بالنيابة ولم يستنبه وانماقبض لنفسه فكان القبض فاسداً كالبيع بخلاف الوكيل فانه استنابه ولوصرح بالاذن فليس بمستنيب له في القبض وانما اذنه بحكم المعاوضة فلافرق بين التصريح وعدمه فيبقى مال الكتابة بحاله في ذمة العبد ويرجع على المشترى بمااداه اليه ويرجع المشترى على البايع فان سلمه المشترى الى البايع لم يصح لانه قبضه بغيراذن المكاتب فاشبه ما لواخذه من ماله بغيراذنه على اشكال ينشأ(من) تعيين العبد اياه لمال الكتابة بالدفع ولايحكم بعجزه مع الدفع الفاسد فان افلس المشترى لم يحكم بعجزه على اشكال .

(الثانيه) تصح الوصية بمال الكتابة اتفاقا (الثالثة) يتفرع على فساد البيع انه هل يبرء المكاتب بدفعه الى المشترى قال الشيخ في المبسوط (لا) لماذكره المصنف (وقيل) نعم لما ذكره ايضا (و قيل) يصح ان صرح بالاذن في الاقباض ويبرء المكاتب به ورده المصنف بماذكره ، والاقوى عندى انه مع التصريح بالاذن في الاقباض يبرء لانه فعل ما امره السيد به بخلاف البيع فان الاذن الحاصل من البيع اثر البيع يدل عليه دلالة الاقتضاء لانه من لوازم ثبوته و صحته فاذا لم يصح لم يحصل الاذن صريحا و لااقتضاء لعدم المقتضى له .

(الرابعة) اذا سلم المشترى بالبيع الفاسد الى البايع ماقبضه من العبد هل يصح ويبرء المكاتب استشكله المصنف من حيث انه قبض من ماله بغير اذنه وكلما كان كذلك لم ينعتق والمقدمة الاولى ممنوعة فانه دفعه على انه مال الكتابة قطعا فمن جهته قد دفع المال وعيّن جهة الدفع وهو الاداء وكونه للمولى اوللمشترى اوبين السيد و المشترى ولا تعلق للعبد بذلك فانه ادى الذى عليه بامر المولى .

(الخامسة) لوافلس المشترى لم يحكم بعجزه لانه ادى المال والسيد اتلفه و يحتمل الحكم بعجزه لانه دفع فاسد والاقوى عندى انه مع جهل العبد بفساد البيع او بعدم الاجزاء مع القول به يبرء منه لان المولى غره (السادسة) قوله (فيرجع السيد على المشترى ان كان من غير جنس الثمن والا تقاصا بقدر الاقل و يرجع ذو الفضل)مراده بذلك مع تلف العينين وانما لم يقيده هنا لانه من احكام التقاص وهو محقق في موضعه

(ح) لوادعى دفع مال الكتابة الى سيديه فصدقه احدهما عتق نصيبه ويقبل شهادته (١) على صاحبه ان اعترف المنكر بالاذن فى الاقباض (٢) بالنسبة الى برائة ذمة العبد (بالنصف ـ خ) وشبهه والافلا(٣)فيحلف المنكرويطالب الشريك بنصف ما اعترف بقبضه وهوربع مال الكتابة (فان) رجع على العبد بكمال نصيبه استقر به قبض المصدق لنفسه و(ان) رجع على الشريك بنصف حقه رجع على العبد بالنصف الاخر ولايرجع العبد على المصدق ولا بالعكس فان عجزالعبد عن اداء الربع كان لهاسترقاق نصيبه فى المشروطة ويرجع على الشريك بنصف ماقبضه ؛ ولاسراية هنا على قول العامة بسراية المكاتب (لان)المصدق والعبد يعتقدان حرّية الجميع وغصبية المنكر ،والمنكر يدعى رقية الجميع اما نصفه فظاهر لعدم قبضه (واما) نصف شريكه (فلانه) ان قبض شيئا فنصفه لى فقد قبضه بغيراذنى فلايعتق نصيبه بهذا القبض ، فالسراية ممتنعة على القولين (لانها) انما تثبت فى من عتق بعضه وبقى بعضه رقا والجميع متفقون على خلاف ذلك (ط) لوادعى العبد دفع الجميع الى احدهما ليقبض حقه ويدفع الباقى الى شريكه فانكر حلف وبرىء ولوقال دفعت الى حقى والى شريكى حقه حلف الشريك ولانزاع

قال قدس الله سره : لوادعى العبد دفع الجميع (الى قوله) برقية الجميع

اقول : قوله ولوقال دفعت الى حقى والى شريكى حقه حلف الشريك انما يحلف الشريك لواوجبنا التقويم اومشاركة الشريك فيما قبضه الاخر من المال المشترك قوله (وقيل يقوّم على القابض نصيب الشريك)هذا القول للشيخ الطوسى فى المبسوط ومراده فى المكاتب المشروط وبنى قوله على مقدمتين (احديهما) انه يقوّم بالعتق بالكتابة حصة الشريك المكاتب مكاتبة مشروطة (وثانيهما) ان رقية الحصة ثابتة وثبت ايضا عتق نصيب المقرولم يثبت حرية نصيب المنكر ولما حلف على عدم القبض استقر رقيته و مكاتبته فيسرى مطلقا عند الشيخ اوبشرط عجزه وتعجيزه عند آخرين قوله (لاعتراف

(١) اى شهادة الشريك على اخذ حصة الشريك الاخر.

(٢) يعنى كان معترفاً باذن اخذ حصة الشريك الذى هومصدق العبد فقط لاغير

(٣) لان المنكر اذالم يأذن لشريكه بالقبض يصير مشاركاله فى كل مايقبضه فلايقبل ح شهادة المقرعليه لحصول التهمة وهى الدفع عن نفسه فح يحلف (الى آخر مافى المتن)

بين العبد والشريك وللشريك مطالبة العبد بجميع حقه بغير يمين وبنصفه ومطالبة المدعى بالباقي بعد اليمين انه لم يقبض من المكاتب شيئا ولا يرجع على العبد فان عجز العبد فللشريك استرقاق نصفه (قيل) ويقوم على القابض نصيب الشريك لاعتراف العبد بالرقية بخلاف الاولى (ويحتمل) عدمه لاعتراف القابض بحرية الجميع والشريك برقية الجميع فان صدقه القابض وادعى انه دفع الى شريكه النصف حلف الشريك ورجع على

العبد بالرقية بخلاف الاولى) اشارة الى الفرق بين هذه المسألة وبين المسألة الاولى المذكورة فى المتن وهى قوله (لوادعى دفع مال الكتابة الى سيديه فصدقه احد هما وانكره الاخر) فانه اذا حلف الآخر على عدم القبض ثم عجز العبد عن اداء حصة الحالف واسترقه فان نصيبه هنا لا يقوم على المعترف بقبض حقه من مال الكتابة مع وجود المقتضى وهو عتق بعضه بالكتابة ورق بعضه وقبوله العتق .

(و وجه الفرق) ان فى المسألة الاولى وهى التى ادعى دفع مال الكتابة الى سيديه ـ الكل متفقون على عدم التقويم فان العبد يدعى حرية جميعه بدفع كل المال اليهما والمصدق له يصدقه على ذلك فعلى قولهما لا تقويم والشريك الآخر انكر القبض ولم يأذن للقابض فى القبض فعدم الاذن متفق عليه فلا ينعتق نصيب القابض بقبضه لمشاركة المنكر فيه فلم يحصل قبض كمال نصيبه (واما فى هذه المسألة) فاتفق الكل على حرية نصيب القابض والعبد معترف برقية نصيب شريكه الى قبضه ولم يثبت فالكل متفقون على سبب التقويم بخلاف المسألة الاولى فانهم متفقون على انتفاء سبب التقويم قال المصنف فى هذه المسألة وهى ما اذا ادعى دفع الجميع الى احدهما الى آخره (ويحتمل) عدم التقويم على تقدير التقويم بالعتق بالكتابة لان القابض يدعى حرية الجميع والمنكر يدعى رقية الجميع لانه يزعم ان ما قبضه الشريك له نصفه فلا يتحقق قبض جميع حقه (و فيه نظر) لان التقويم حق لله تعالى وللعبد فلا يندفع باقرار الشريكين ولوجود المقتضى وهو عتق البعض عتقاً يوجب التقويم ورقية البعض وانتفاء المانع اذ قول الشريك اقرار على الغير لا ينفذ .

قال قدس الله سره : فان صدقه القابض (الى قوله) بالاسترقاق .

من شاء فان رجع على المصدق بجميع حقه عتق المكاتب ولا يرجع عليه بشيء وان رجع على العبد رجع العبد على القابض سواء صدقه في دفعها الى المنكر أو كذبه فان عجز العبد كان له اخذها من القابض ثم يسلمها فان تعذر كان له تعجيزه واسترقاق نصيبه ومشاركة القابض في النصف الذي قبضه عوضاً عن نصيبه (قيل) ويقوم على الشريك القابض مع يساره الآن يصدقه العبد في الدفع فلا يقوم لاعترافه بانه حر وان هذا ظالم بالاسترقاق .

(ى) لو اختلفا في القدر فالقول قول السيد مع يمينه (ويحتمل) تقديم قول العبد ولو اختلفا في الاداء قدم قول السيد مع اليمين ولو اختلفا في المدة او في النجوم فكذلك (يا) لو قبض من احد مكاتبيه واشتبه صبر لرجاء التذكر فان مات استعملت القرعة .

اقول: قوله (وقيل) اشارة الى قول الشيخ في المبسوط فانه ذكر قاعدة كلية هي ان نصيب الشريك في المكاتب المشروط ينعتق بالسراية بانعتاق نصيب شريكه بالاداء وقد تقدم البحث فيه فلا حاجة الى التكرار هنا .

قال قدس الله سره : (ى) لو اختلفا في القدر (الى قوله) قول العبد .

اقول: اذا اختلفا في قدر مال الكتابة ذكر فيه احتمالين (وجه الاول) منهما ان الاصل في المكاتب وكسبه انه لسيده فالقول قوله فيه مع اليمين لانا انما قدمنا قول المنكر في سائر المواضع لان الاصل معه وهيهنا مع السيد ولان العبد هو المدعي للعتق والمولى ينكره والاصل بقاء الرق (ووجه الثاني) اعتراف السيد بالكتابة وباستحقاق العبد العتق وادعى زيادة في ذمته والعبد ينكرها والفرق بين الكتابة والبيع ان الكتابة ليست معاوضة حقيقية لانها معاملة على مال السيد بماله ولان رقبة العبد وكسبه ملك للسيد فكانت اشبه بالتبرع لان شبهها للعقد بالصورة واما بالحقيقة فهي تبرع واما البيع فانه عقد معاوضة حقيقية مالية .

قال قدس الله سره : ولو قبض من احد مكاتبيه (الى قوله) القرعة

اقول : هنا مسألتان (الاولى) هل يقرع في حيوته ام يتصبر ليتذكر اختار المصنف الثاني لان الانسان قد يذكر ما قد نسي ويتبين له ما اشتبه عليه وهو اقرب من القرعة (ويحتمل) القرعة لانه امر مشكل وكل امر مشكل ففيه القرعة (الثانية) اذا مات استعملت القرعة قطعا لامتناع العلم هنا .

فان ادعى كل منهما علمه حلف على نفى العلم ، ولو مات حلف الورثة على نفى العلم ايضا ولو أقام احد العبدين بيّنة بالاداء قبلت سواء كان قبل القرعة او بعدها ويظهر فساد القرعة (لان) البينة اقوى (ويحتمل) عتقهما معا (يب) يجوز أن يعجل المكاتب بعض العوض قبل اجله ليسقط المولى الباقى ولا يجوز الزيادة عليه للتأخير ويجوز ان يصالحه على مافى ذمته باقل أواكثر لا بمؤجل لانه يصير بيع دين بمثله على رأى .

الركن الثالث السيد

وشرطه البلوغ والعقل والاختيار والقصد وجواز التصرف فلو كاتب الطفل اوالمجنون اوالمكره اوالسكران او الغافل اوالساهى اوالمحجور عليه لسفه اوفلس لم يقع وكذا المميّز وان اذن له الولى والاقرب عدم اشتراط الاسلام فلو كاتب الذمى عبده صح ، ولو كان العبد مسلما ففى صحة كتابته نظر اقربه المنع بل يقهر على بيعه من مسلم

قال قدس الله سره : فان ادعى كل منهما علمه (الى قوله) معا

اقول: (وجه الاول) ان القرعة ليست عتقا وانما هى هنا كاشفة عن المعيّن والبينة اقوى من القرعة لانها لا تصح الامع فقدها (و وجه الاحتمال الثانى) ان احدهما حكم الشارع بانه عتق بالقرعة فلا يعود عبداً لان العتق مبنى على التغليب والثانى حكم بعتقه بالبينة والاصح عندى الاول لان بالبينة عرفنا خطأ القرعة فظهر رقية من ظننا حريته و حرية من ظننا رقيته (ولان) من لم يؤد لا يصير مؤديا بوقوع القرعة فلا يوجد معلوله الذى هو العتق لامتناع وجود المعلول بدون علته .

قال قدس الله سره : يجوز ان يعجل المكاتب (الى قوله) على رأى

اقول: قوله (على رأى) اشارة الى مذهب من جعل الصلح بعوض مالى عن عوض مالى بيعا وقد نقل هذا عن الشيخ فى بعض اقواله .

الركن الثالث السيد

قال قدس الله سره : والاقرب عدم اشتراط الاسلام (الى قوله) من مسلم

اقول: هنا مسألتان (الاولى) لا يشترط فى السيد المكاتب الاسلام فلو كاتب الذمى عبده الذمى ففيه خلاف يبنى على الخلاف فى عتقه فكل من قال بصحة عتقه قال بصحة كتابته

اما لواسلم بعدالكتابة فالاقرب اللزوم ، لكن لوعجز فعجّزه واسترقه بيع عليه (ويحتمل) عدم التعجيز ولواشترى مسلما فكاتبه لم يصح الشراء ولاالكتابة ولواسلم فكاتبه بعداسلامه

بل هواولى والقائلون ببطلان العتق اختلفوا فيه فقال بعضهم ببطلان كتابته لانها عتق بعوض والاكثر على الصحة وهواختيار المصنف لانها معاملة بين السيد وعبده على عوض معلوم فهى نوع معاوضة فتصح من الكافر (الثانية) يتفرع على القول بصحة عتق الذمى هل يصح منه كتابة عبده المسلم اويجبر على بيعه ولاتصح كتابته قال المصنف الاقرب المنع و هواختيار ابن الجنيد لوجوب اخراج المسلم عن ملك الكافر على الفور والكتابة ليس فيها اخراج الملك على الفور فهى تستلزم النهى عنه والنهى هنا للفساد (اما المقدمة الاولى) فلقوله تعالى **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (١)** ولن لنفى الابد فيقتضى عموم النفى فى الزمان وهوالمطلوب (واماالثانية) فظاهرة (والثالثة) اجماعية و لعموم النص بوجوب بيعه والكتابة ليست بيعا (قالوا) الغاية قطع السلطنة وبالكتابة يحصل (قلنا) نمنع الثانية وسنده ان المكاتب مملوك ولا سبيل اعظم من ملك الرقبة (ولانه) لولم يكن منفيا بالآية لم يجب بيعه .

قال قدس الله سره : امالو اسلم بعدالكتابة فالاقرب اللزوم

اقول: اذا كاتب الذمى عبده فاسلم العبد هل ترتفع الكتابة فيه (احتمالان) مرتبان على الخلاف فى انه اذااسلم عبده فكاتبه (هل) تصح ويكتفى بها (فان قلنا) نعم فاذاطرء الاسلام على الكتابة لم يؤثر فيها واقرّ على الكتابة ولم يؤمر بالبيع وان قلنا (لا) ففى ارتفاعها احتمالان (من) حيث ان الكتابة لازمة وبيع المكاتب لايجوز (ومن) حيث ان ابقاء الكتابة مستلزم لابقاء الملك وهومنفى بقوله تعالى **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (٢)** والفرق بين هذه المسألة وبين مااذا ابتدء الكتابة فى المسلم قوة الدوام وضعف الابتداء اوبالعكس على اختلاف القولين وقدظهر فى الكلام .

قال قدس الله سره : لكن لوعجز (الى قوله) عدم التعجيز

(١-٢) النساء ١٤٠ .

لم يصح ولو كاتب الحربى مثله صح ولو جاء الينا وقد قهر احدهما صاحبه بطلت الكتابة فان العبد ان كان هو القاهر ملك سيده وان كان السيد فقد قهره على ابطال الكتابة ورده رقيقا وكذا لو قهره السيد بعد عتقه وان دخلا من غير قهر فقهر احدهما الآخر فى دار الاسلام لم تبطل الكتابة لانها دار خطر (١) لا يؤثر فيها القهر الا بالحق ، ولو دخلا دار تأمنين لم يمنعا من الرجوع ولو ابى العبد لم يجبر على الرجوع مع مولاه فان أقام السيد للاستيفاء عقد امانا لنفسه وله ان يوكل فيه وينعتق مع الاداء ثم يعقد امانا ان اقام والا رجع فلو عجز استرقه ويرد الى السيد .

ولو ارتد المولى لم يصح كتابته ان كان عن فطرة لزوال ملكه عنه وان كان عن غيرها فكذلك ان كان العبد مسلما لوجوب بيعه عليه (ويحتمل) وقوعها موقوفة فان اسلم تبينا الصحة وان قتل او مات بطلت فان ادى حال الردة لم يحكم بعتقه بل يكون موقوفا فان اسلم ظهر صحة الدفع وانعتق ولو ارتد بعد الكتابة ادى العبد الى الحاكم لا اليه ويعتق

اقول: (وجه الاول) وجوه نفى الملك ولا يتم الا بذلك وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب فيجب التعجيز والبيع (ووجه الثانى) ان تعجيزه يستلزم زيادة الملك او قوته وهو سبيل فلا يجوز للاية .

قال قدس الله سره : ولو ارتد المولى (الى قوله) على التردد .

اقول : هنا مقدمة ومسائل (اما المقدمة) فهى ان الكتابة متفرعة على الملك اجماعا منا وعلى عدم الحجر عليه شرعا فكل من لا يملك لا تصح كتابته وكذا المحجور عليه شرعا (واما المسائل) فاربعة (الاولى) المرتد عن فطرة بالردة يزول ملكه عن جميع ما كان ملكا له اجماعا منا وكل من يصح كتابته ما لك بالفعل فلا تصح كتابة المرتد عن فطرة (الثانية) المرتد عن غير فطرة هل يزول ملكه عن املاكه بالارتداد ام بالقتل او الموت ام يكون موقوفا او مراعى وعلى الاخيرين هل يكون محجورا عليه بنفس الردة او بحجر الحاكم فيه اقوال يأتى كل فى

---

(١) بالخاء المعجمة ـ اى دار حرمة التغليب ومنع من التسلط الا عن حق ـ واحتمل كونه بالحاء المهملة وسكون الظاء بمعنى المنع ومنه الحظيرة

بالاداء فان دفع اليه كان موقوفا أو باطلا على التردد ،وفى اشتراط الحاكم فى الحجر و فى تعجيزه بالدفع الى المرتد مع التلف اشكال ، ولواسلم حسب عليه ماأخذه فى الردة

موضعه(فعلى الاول) لايصح كتابته مطلقا (وعلى الثانى)تصح كتابته كغير المسلم قبل حجر الحاكم ان قلنا انه لايحجر عليه بالردة بل بحجر الحاكم وان قلنا بالحجر بالردة بطلت وعلى الثالث تكون موقوفة اومراعاة كسايرتصرفاته فان مات مرتداً تبينا بطلانها وان اسلم تبينا صحتها واما اذا كان العبد مسلما (فان قلنا) بعدم الاكتفاء بها فى الذمى فهنا اولى فلا يصح لوجوب بيعه عليه (وان قلنا) بالاكتفاء بها فى الذمى (يحتمل) هنا الاكتفاء ايضاً لانه متحرم بالاسلام وكفره غير اصلى وينتظر اسلامه فكفره اضعف (ويحتمل) عدمه لانه لايقر على دينه والذمى يقر(والمرتد قيل يخرج املاكه والذمى لايخرج املاكه-خ) (الثالثة) اذا لم يحكم ببطلان كتابته حال وقوعها بعد الردة بل اما بصحتها او بكونها موقوفة اومراعاة فاذا دفع المال الى وليه وبالجملة الى من يقبض امواله واليه اشار المصنف بقوله (فان ادى حال الردة) فان قلنا بصحة الكتابة صح الدفع (وان قلنا) ببطلانها بطل الدفع لا بمعنى ان لايكون ملكا للسيد اوورثته بل بمعنى عدم تاثيره فى العتق واليه اشار المصنف بقوله (لم يحكم بعتقه) وان قلنا يقع الكتابة موقوفة اومراعاة كان الدفع موقوفاً اومراعى فان مات كافراً تبينا بطلان الكتابة وبطلان الدفع بمعنى عدم توقف العتق عليه وان مات مسلما تبيّنا صحة الدفع بمعنى ترتب العتق عليه(الرابعة) لوارتد المولى بعد الكتابة لم تبطل ودفع الى الحاكم لااليه ويعتق بالاداء وان دفع الى المرتد كان موقوفا اوباطلا على التردد وهو مبنى على ان تصرفات المرتد هل هى باطلة اوموقوفة (يحتمل) الاول لان المرتد محجور عليه وسبب الحجر الردة (ومن) حيث ان الحجر مسألة اجتهادية يتوقف على حكم الحاكم .

قال قدس الله سره : وفى اشتراط الحاكم (الى قوله) اشكال .

اقول: هنا مسألتان(الاولى)المرتد هل يتوقف الحجر عليه على الحاكم اشكال ينشأ (من) ان الاصل عدمه خرج ما بعد حكم الحاكم اجماعا فبقى الباقى على الاصل (ومن)

ويجوز لولي الطفل والمجنون الكتابة مع الغبطة على رأى وتصح كتابة المريض من الثلث لانه معاملة على ماله بماله فان خرج من الثلث عتق اجمع عند الاداء وان لم يكن غيره صحت في ثلثة وكان الباقي رقا على رأى .

ان سبب المنع الردة وقد حصلت ولاختلاف الفقهاء في خروج املاكه بالردة او الموت فيمنع من التصرف بنفس الردة للاحتياط (الثانية) اذا ارتد بعد الكتابة ودفع المال الى المرتد ثم تلف المال قبل اسلامه وافلس المكاتب هل يحكم بتعجيزه اشكال ينشأ (من) ان قبض المرتد هل يكون باطلا او موقوفا وعلى تقدير بطلانه هل يكون مضمونا عليه اولا حيث ان المكاتب دفعه اليه وسلطه عليه فهو المتلف لماله (ويحتمل) ضمان المرتد لانه قد انقطع تصرفه عن المكاتب بالكتابة فيضمنه ومثله له عليه فيصح التقاص وعلى تقدير الوقف ان اسلم تبينا صحة الدفع وانعتق وان مات على كفره بطل الدفع و كان للورثة تعجيزه واسترقاقه .

قال قدس الله سره :ويجوز لولي الطفل (الى قوله) على رأى

اقول: للشيخ في هذه المسألة قولان (احدهما) الجواز مع الغبطة (لان) الولي موضوع لعمل المصالح وهو اختياره في الخلاف واختاره المصنف (والاخر) المنع (لان) الكتابة شبيهة بالتبرع لانها معاملة على ماله بماله وهذا قوله في المبسوط ،والاصح عندى الاول (لما) رواه معاوية بن وهب قال قلت لابى عبدالله عليه السلام اني كاتبت جارية لايتام لنا واشترطت عليها ان عجزت فهي رد في الرق وانا في حل مما اخذت منك قال فقال لك شرطك (١) .

قال قدس الله سره : وتصح كتابة المريض (الى قوله) على رأى .

اقول: هذه المسألة مبنية على ان منجزات المريض هل هي من الاصل او من الثلث فان قلنا انها من الثلث فالكتابة من الثلث وان قلنا انها من الاصل فكذا الكتابة لانها منجزة .

---

(١) ئل ب٤ خبر١ من ابواب المكاتبة .

الركن الرابع العبد

وله شرطان التكليف والاسلام فلوكاتب الصبى اوالمجنون لم ينعقد اذليس لهما اهليّة القبول ، ولوكاتب المسلم كافراً فالاقرب البطلان ، ولوكاتبه مثله لم يصح على

الركن الرابع العبد وله شرطان

قال قدس الله سره : ولوكاتب المسلم كافراً فالاقرب البطلان .

اقول: هذه المسألة مبنية على ان الخير المذكور فى قوله تعالى **فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً(١)** هل المراد به الديانة خاصة وهو اختيار المرتضى اوالمال خاصة اوهما وهو اختيار الشيخ فى الخلاف والمبسوط فانه فسر الخير بالامانة والتكسب فان كان الاول فلا تصح كتابة العبد الكافر وان كان الثانى صح (وعلى الثالث) لا تصح ايضاً وهو اختيار من جوّز استعمال اللفظ المشترك فى كلا معنييه و(لقوله تعالى) **وآتوهم من مال الله الذى آتاكم (٢)** وهذا مواداة وهى حرام للكافر لقوله تعالى **لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الاخر يوادون من حاد الله ورسوله (٣)** و هذا اختيار المرتضى وقواه الشيخ فى المبسوط (والتحقيق) ان عتق الكافر تبرعا ان كان جائزاً فالكتابة اولى والا فان قلنا انها معاوضة حقيقية صحت كالبيع والافلا .

قال قدس الله سره : ولوكاتبه مثله لم يصح على اشكال

اقول: اذا كاتب الذمى عبده الذمى استشكل المصنف الصحة وهو مرتب على مسألتين (الاولى) تفسير الخير فى قوله تعالى فكاتبوهم وقد تقدم (الثانية) انه هل يصح ان يكاتب الذمى عبده وقد تقدمت هذه المسالة (واعلم) ان قوله (ولوكاتب) قد ذكره فى الركن الثالث فى السيد وحكم بالصحة فى قوله (والاقرب عدم اشتراط الاسلام فلوكاتب الذمى عبده صح) والمراد ان يكون العبد ذميا لانه قال بعد ذلك بلافصل (ولوكان العبد مسلما ففى صحة كتابته نظر) ومن عادة المجتهدين انه ان تغير اجتهادهم

(١و٢) النور٣٣ (٣) المجادلة - ٢٢

اشكال ويجوز ان يكاتب بعض عبده على رأى وحصته من المشترك ومن المعتق بعضه ولو كاتب حصته بغير اذن شريكه صح وان كره الشريك ولا تسرى الكتابة الى باقى حصته ولا الى حصة شريكه نعم (قيل) اذا ادى جميع مال الكتابة عتق كله وقوم حصة شريكه عليه ان كان موسراً ولو كان له سرى العتق الى باقيه واذا ادى المشترك شيئا

فى المسألة لا يغيرون فى تصنيفهم ما تقدم ليعلم من يقف عليه ان لذلك الحكم وجها وانه قال به قائل .

قال قدس الله سره : ويجوز ان يكاتب (الى قوله) بعضه.

اقول: هل يجوز ان يكاتب بعض عبيده و يبقى باقيه قنا له ام لا قال الشيخ فى المبسوط لا يصح لان الكتابة يلزمها رفع الحجر عن المكاتب فى جهات الاكتساب وما يتوقف عليه كالسفر وينفرد بما يدفع اليه من سهم المكاتبين من الزكوة ولا يمكن هنا لتوقف السفر والتكسب على اذن السيد ويشاركه فيما يدفع اليه من سهم المكاتبين من الزكوة لانه كسبه وقال الشيخ فى الخلاف يصح واختاره المصنف رحمه الله وجزم به (احتج) المصنف بعموم قوله عليه السلام الناس مسلطون على اموالهم وبانه يصح بيع نصيبه وعتقه والكتابة لا تنفك عنهما وينتدفع ما ذكره فى المبسوط بالمهاياة كالشريكين فلا يمنعه من السفر وجهات التكسب فى نوبة العبد و نمنع مشاركته فى سهم المكاتب من الزكوة لانه انما دفع الى جهة المكاتب (ولانه) لا يملك النصيب بل يصرف فى كتابته .

(مسألة) لو كاتب الرق ممن بعضه رق قد استقر و بعضه حر صح باتفاق الفرق لاستغراق الكتابة للرق فافادته الاستقلال .

قال قدس الله سره : ولو كاتب حصته (الى قوله) الى باقيه .

اقول: هنا مسائل (الاولى) ذهب الشيخ فى المبسوط الى بطلان كتابة احد الشريكين نصيبه بغير اذن الآخر وقال فى الخلاف بالصحة وهو اختيار المصنف لما تقدم (والمانعون) علل بعضهم بما تقدم فى حجة المانع له وبعضهم استند الى استلزامها تنقيص ملك الشريك فيتضرر به ويتفرع على التعليلين ما اذا اذن الشريك (فعلى الاول)

الى مكاتبه وجب ان يؤدى مثله الى شريكه سواء اذن الشريك فى كتابته اولا ولو ادى الكتابة من جميع كسبه لم يعتق ولو ادى بجزئه المكاتب مثل ان هاياه فكسب فى نوبته او اعطى من سهم الرقاب لم يكن للاخر فيه شيء ولو ورث بجزئه الحر ميراثاً او بجزئه المكاتب اخذ من سهم الرقاب كان له الدفع الى مكاتبه ولا شيء للاخر لانه لم يأخذ بسبب الرقية شيئا ولو كاتبه السيدان جاز سواء تساويا فى العوض او اختلفا وسواء تساويا فى الملك او اختلفا وسواء اتحد العقد او تعدد وليس له أن يؤدى الى احدهما اكثر مما للاخر ولا قبله .

الفصل الثالث فى الاحكام

وفيه مطالب (الاول) ما يحصل به العتق

وهو يحصل فى الصحيحة باداء جميع المال ان كان المكاتب مشروطا وبالابراء وبالاعتياض وبالزمان عنه ولا يحصل بجزء من النجوم جزء من الحرية حتى يؤدى الجميع امّا المطلق فكل ما ادى شيئا انعتق بازائه ، ولو بقى على المشروط اقل ما يمكن لم ينعتق فان عجز كان لمولاه استرقاقه والمقبوض له والمشروط قبل الاداء رق

لا يصح (وعلى الثانى) يصح لانه اسقط حقه ورضى بالتضرر (الثانية) اذا صحت كتابة الشريك على القول به مطلقا او بشرط اذن الشريك فاذن لم تسر الكتابة الى نصيب الآخر لان السراية من خواص العتق ولم يحصل قبل الاداء واما اذا ادى الى المكاتب وانعتق نصيب المكاتب هل يسرى العتق قال الشيخ نعم لعموم الحديث الدال على السراية لصورة النزاع فان المكاتب ينعتق (وقيل) لانها عقد معاوضة اوجبت بملك (تملك ـ خ ل) كل من السيد والعبد ملك ما جعل من العوض فالمعتق ليس السيد ولان الكتابة بيع للعبد من نفسه فيعتق على العبد ففى الحقيقة العتق صدر منه فلم يسر على السيد وهذا الدليل انما يتمشى على مذهب ابى الصلاح وابن ادريس ـ حيث قالا بالصغرى وعلى قول من يقول انه عتق معلق يسرى على السيد (الثالثة) لو كان باقى العبد للسيد المكاتب على القول بصحة ان يكاتب بعض عبده قال الشيخ يسرى الى باقيه لانه المعتق لان فاعل السبب اختياراً فاعل المسبب اختياراً فقوله (ولو كان له سرى العتق الى باقيه) هو تمام لقوله قيل اذا ادى جميع مال الكتابة الى آخره .

فطرته على مولاه ولو كاتبا عبداً لم تنعتق حصة احدهما الا باداء الجميع اليهما او بأذن الاخر في الاداء ، ولو خلف ابنين فادى نصيب احدهما عتق ولا ينعتق المكاتب بملك مال الكتابة بل بادائه وان كان قبل الاجل ان رضي المالك بقبضه حينئذ ولو جن السيد وقبض النجوم لم يعتق حتى يسلّم الى الولي ولو تلف في يد السيد فلا ضمان اما لو اتلف السيد عليه مالا فانه يقاص ولو جن العبد فقبض منه السيد عتق ولو ادعى الكتابة فصدّقه احد الوارثين وكذبه الاخر قبلت شهادة المصدق عليه ان كان عدلا والا حلف وصار نصفه مكاتبا والاخر رقا (فان) اعتقه المصدق سرى الى الباقي و(ان) ابرأه لم يسر وكذا ان ادى النجوم: واذا عجز كان له رده في الرق ثم المنكر ان كان قد اخذ نصف كسبه فما في يده للمصدق فان ادعى المنكر انّ ما في يده متقدم على ادعاء الكتابة او في حياة المورث قدم قول الاخر مع يمينه ولو ظهر عيب في العوض فله رده وابطال العتق واخذ الارش فيبقى على العتق ولو تعيّب عنده كان له دفعه بالارش (وقيل) لا ولو رضي المالك بالمعيب انعتق (وهل) ينعتق من حين الرضى او القبض اشكال ولو اطلع على العيب بعد التلف كان له رد العتق الى ان يسلّم الارش فان عجز كان له الاسترقاق كالعجز عن بعض النجوم .

الفصل الثالث في الاحكام

وفيه مطالب الاول ما يحصل به العتق

قال قدس الله سره : ولو ظهر عيب في العوض (الى قوله) وقيل لا.

اقول: قوله (وقيل) اشارة الى قول الشيخ في المبسوط فانه قال ليس له رده بالارش والمصنف ذكر هذه المسألة فيما سبق واستشكل بطلان العتق (وهنا) قال بابطال العتق وليس مراده ابطاله بعد وقوعه بل برده ظهران المكاتب لم يؤد مال الكتابة لان هذا ليس هو مال الكتابة فظهران العتق لم يحصل لان العتق ليس من التصرفات التي يتطرق النقص اليها فلو حصل لما ارتفع وكيف يتصور ارتفاع العتق وهو زوال الملك واعدامه.

قال قدس الله سره : ولو رضي المالك (الى قوله) اشكال.

اقول: ينشأ (من) ان الرضا بالعيب هل هو كاشف عن صحة قبض العوض او سبب (فعلى الاول) يحصل العتق من حين القبض (وعلى الثاني) يحصل من حين الرضا

المطلب الثانی فی احکام الاداء

ویجب القبول مع دفع النجم عند حلوله ولوکان غایبا قبضه الحاکم ولوقال هو حرام لم یقبل (ویحتمل) ان ینتزعه الحاکم فیحفظه فی بیت المال الی ان یعین مالکه وان یبقیه فحینئذ الاقرب قبول تکذیب نفسه اما لوعین لم یقبل تکذیبه الاان یکذبه المقرله ، ولوقبضه من مال الصدقة وجب قبوله فان عجز فاسترق فالاقرب عدم زوال ملکه عنه ، ولایجب الانظار مع الحلول الا بقدر ما یخرج المال من حرزه ولوکان غایبا

(ووجه الاول) انه اذا قبض المعیب جاهلا بالعیب فی الصرف وتفرقا قبل العلم ورضی صح العقد فلولم یکن کاشفا عن صحة القبض لم یصح البیع (ووجه الثانی) ان هذا المعیب لیس مال الکتابة وانما یکون عوضا عنه اذا رضی به فالرضا سبب فمن الآن یحصل العتق.

المطلب الثانی فی احکام الاداء

قال قدس الله سره : ویجب القبول (الی قوله) الاان یکذبه المقرله .

اقول: قد تقدم ذکر اقرار المالك بتحریم المال الذی جاء المکاتب الی سیده ولم یعین المقرله قال الشیخ فی المبسوط تقرّ فی یده وتردد المصنف فیه ولم یذکر الاحتمالین بل قال فیه نظر واما ههنا فذکر الاحتمالین (الاول) ان الحاکم ینتزعه ویترکه فی بیت المال الی ان یعین المقر صاحبه والاقوی الی ان یظهر مالکه (الثانی) یقرّ فی یده لما تقدم فعلی هذا الاحتمال الاخیر لو اکذب نفسه فی کونه حراماً هل یقبل منه قال الاقرب نعم لانه ذو ید لم ینازعه احد فی ملکه (ویحتمل) عدمه لانه انکار بعد اقرار والاقوی عندی الاخیر اما لو عین المقرله لم یقبل تکذیبه اجماعا الآن یکذّ به المقرله .

قال قدس الله سره : ولوقبضه من مال الصدقة (الی قوله) عنه .

اقول: ای زوال ملك السید لانه من مصارف الصدقات واستقر ملك السید علیه وقال ابن الجنید یردّ الی مالکه الذی دفعه من الزکوة ان عرفه والاّ ردّه الی اهل الصدقات لانه ظهر انه لم یصرفه فی فك الرقبة وهی لبیان المصرف لایملك بل یصرف فی الفك فاذا لم یحصل یکون قد صرف فی غیر محله .

قال قدس الله سره : ولایجب الانظار مع الحلول (الی قوله) الفسخ .

فالاقرب ان له الفسخ ، وكذا لوكان له عروض لاتباع الابعد مهلة ولوغاب بعد الحلول بغيراذن السيد فله الفسخ من غير حاجة الى القاضى وان كان باذنه فليس له الا ان يخبره بالندم على الانظار فيقصّرفى الاياب ولومنع مع القدرة (فهل) للمولى الاجبار اوللحاكم اولا (فيه نظر) الاقرب ذلك وان منعناه كان له الفسخ وكذا فى الزامه بالسعى ، ولو جنّ العبد لم تنفسخ الكتابة وكذا المولى وكذا لوجنّا معا (نعم) للمولى

اقول: اذا حل النجم والمكاتب غائب اوغاب بعد الحلول بغيراذن السيد فللسيد فسخ الكتابة ان شاء بنفسه وان شاء بالحاكم لان العجز هنا متحقق وكلما تحقق العجز فللسيد الفسخ (اما الاولى) فلان العبد قد اخّر الاداء وتعذر بفوت النجم الايفاء فيه وهذا معنى العجز لما تقدم (واما الثانية) فظاهرة مسلمة وقال الشيخ فى المبسوط ليس له فسخها بنفسه بل يرفعه الى الحاكم ويثبت عنده ان له على المكاتب مالا وانه قد تعذر عليه الاداء فاذا فعل ذلك استحلفه الحاكم مع البينة وقضى له بالفسخ ويكون هذا قضاء على الغائب (وقيل) له الفسخ مع الضرورة لامع عدمها والاقوى عندى ما هو الاقرب عند المصنف .

قال قدس الله سره: ولو منع مع القدرة (الى قوله) بالسعى .

اقول: هنا مسائل (الاولى) اذا امتنع المكاتب من اداء مال الكتابة فى وقت مع قدرته عليه هل يجبر على الاداء ام لا فيه قولان (احدهما) لا اجبار فيتخير السيد فى فسخ الكتابة والصبر وهو قول من قال ان الكتابة جائزة من طرف العبد وجعل له الامتناع من الاداء وقد تقدم (وثانيهما) اثبات الاجبار فلا خيار وهو عند القائل بلزومها من الطرفين ثمّ اختلفوا على قولين (احدهما) المجبر السيد لانه صاحب الحق والمكاتب عبده وكسبه لهوانقطاع تصرفه عن غير الاستيفاء واما الاستيفاء فله (ثانيهما) قبل الحاكم لانقطاع تصرف المولى عنه كالحر وعليه دين للمولى وقد امتنع والمجبر للمديون على الاداء الحاكم لاصاحب الدين فقوله (اولا) اى لايكون لاحدهما اى لا للحاكم ولا للسيد الاجبار وهو اشارة الى القول الاول واختار المصنف الاجبار والمجبر السيد .

(المسألة الثانية) اختار المصنف على تقدير منع الاجبار ثبوت الخيار للمولى

الفسخ اذا لم يكن للمجنون مال فان كان له مال فللحاكم الاداء عنه ليعتق مع المصلحة وللسيد الاستقلال باخذ النجوم ، ولو مات المشروط بطلت الكتابة وان خلف وفاء لتعذر العتق ، ولو استعمله شهراً وغرم الاجرة لم يلزمه الانظار بعد الاجل شهراً وتركة المشروط لمولاه وان بقي عليه درهم واولاده رق للمولى ، اما المطلق فيتحرر منه بقدر ما ادى ويكون الباقي رقاً لو مات فيأخذ المولى من تركته بقدره ولورثته بقدر الحرية ويؤدى الوارث التابع له في الكتابة من نصيب الحرية ما بقي من مال الكتابة وان لم يكن له مال سعى الاولاد فيما بقي على ابيهم بالسوية وان اختلفوا في الاستحقاق اوالقيمة ، ولو تعذر

في الفسخ (المسئلة الثالثة) البحث في امتناع المكاتب من السعي في تحصيل مال الكتابة مع القدرة عليه كالبحث في الامتناع عن الاداء مع وجود المال في يده بعد حلول الحق عليه فان الاقوال الثلاثة آتية هنا (واعلم) ان الشيخ رحمه الله قال الكتابة جائزة من طرف العبد وليس للحاكم ولا للسيد اجباره والحق عندي ان الكتابة لازمة وللسيد اجباره ولو جن فلوليه اجباره على الاداء مع وجود المال في يده وقدرته عليه والسعي مع عدم وجوده وثبوت القدرة عليه لان نفي الاجبار يستلزم ثبوت الخيار ومع الفسخ يصير قناً وماله له فله اخذه قهراً فترك الاجبار يؤدي اليه والى فسخ الكتابة .

قال قدس الله سره : واما المطلق (الى قوله) من الاصل .

اقول: موضوع عقد الكتابة الرقبة وغايته العتق فاذا مات قبله فات الموضوع وامكان الغاية التي شرع لها العقد فيبطل فان كان مشروطا ومات وقد بقي عليه شيء من مال الكتابة استقر الرق على اولاده وماله لمولاه وعليه تجهيزه واما المطلق فان مات ولم يؤد شيئا البتة فكذلك واذا ادى البعض تحرر منه بقدره وبطلت الكتابة في الباقي منه و يترتب حكم المعلق على كل منهما فهنا مسائل .

(الاولى) اولاده التابعون له في حكم الكتابة يتحرر منهم بقدر حريته وسيأتي باقي حكم اولاده (الثانية) ميراثه اوراثه ومولاه بنسبة الرقية والحرية ويستقر ملك وارث لم يتبعه على نصيبه من نصيب الحرية ونصيب من تبعه (كالاولاد المتجددين بعد الكتابة ـ خ) يتعلق به وبكل جزء منه كل ما بقي من مال الكتابة ولو لم يخلف مالا يتعلق بكل واحد

الاستيفاء من بعضهم لغيبة اوغيرها اخذ من نصيب الباقي ما تخلّف على الاب وعتق الجميع ولو لم يكن تركة سعى في الجميع وليس للمؤدى مطالبة الغايب بنصيبه ومع الاداء ينعتقون والاقرب ان للمولى اجبارهم على الاداء وفي رواية يؤدى الاولاد المتخلف من الاصل ولهم الباقي ، ولو لم يؤدّ شيئا كان اولاده ارقّاء والمال للمولى ولو كان الوارث حراً وقد عتق نصف المكاتب ورث بقدره والباقي للمولى ولا اداء ، ولو خلفهما فللمولى النصف

تبعه وبالكل كلما بقي كتعلق الواجب على الكفاية لانهم كلهم كواحد وهو المورث ومتى ادّى البعض البعض انعتق من الكل بقدره .

(الثالثة) اذا لم يخلّف شيئا وامتنع الكل اوالبعض ممن تبعه من الاداء اوالسعى (هل) للحاكم اجبارهم عليه قال المصنف الاقرب ذلك (لان) الشارع جعله عوضا عن رقبة الاولاد التى هى مملوكة للمولى ولو قطع الشارع تصرفه عن تملكه بهذا العوض فلا يجوز منعه منه والامنع عن ملكه بلاعوض (ولانه) عوض اقتضته المعاوضة الشرعية اللازمة وقد حل وكان له الزامهم به .

(الرابعة) قيل يخرج المتخلف من مال الكتابة من الاصل (لان) اولاده قاموا مقامه فكانه موجود وهذا اختيار ابن الجنيد (واحتج) بروايتين (الاولى) روى ابن سنان فى الصحيح عن الصادق عليه السلام فى مكاتب يموت وقد ادى بعض مكاتبته وله ابن من جاريته قال ان اشترط عليه ان عجز فهو مملوك رجع ابنه مملوكا والجارية وان لم يكن اشترط عليه ادى ابنه ما بقى من كتابته وورث ما بقى (١) (الثانية) فى الصحيح عن جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام قال سألته عن مكاتب يؤدى بعض مكاتبته ثم يموت ويترك ابنا له من جارية له فقال ان كان اشترط عليه انه ان عجز فهو رقد رجع ابنه مملوكا والجارية وان لم يشترط عليه صار ابنه حراً ورد على المولى بقية المكاتبة وورث ابنه ما بقى(٢) واجاب والدى المصنف بانه معارض بما روى محمد بن قيس فى الصحيح عن الباقر عليه السلام قال قضى امير المؤمنين عليه السلام فى مكاتب توفى وله مال قال يقسّم

---

(١) ٢ ب ١٩ خبر ٣ من ابواب المكاتبة .

(٢) ٢ ب ١٩ نحو خبر ٣ من ابواب المكاتبة

والباقى بينهما على مايأتى فيؤدى المكاتب من نصيبه مابقى على أبيه وينعتق ويرث هذا المطلق ويورث وتصح الوصية له كل ذلك بقدر ما فيه من الحرية دون الرقية ، ويحد حد الحر بقدر مافيه من الحرية وحد العبيد بالباقى ويحد المولى لو زنا بها بقدر الحرية دون الرقية ويجب على السيد اعانة المكاتب من الزكوة ان وجبت عليه والا استحبت (على رأى خ)

ماله على قدر ما اعتق منه لورثته ومالم يعتق يحسب منه لاربابه الذين كاتبوه (١) ولانه بموته يستقر الرق على نصفه مثلا فيتبعه من ماله بقدره كمن انعتق بعضه .

قال قدس الله سره : ويجب على السيد (الى قوله) مايسمى مالا.

اقول: اختلف الناس فى وجوب اعانة المكاتب على السيد على اقوال (الاول) الوجوب مطلقا وهو اختيار الشيخ فى المبسوط (الثانى) انه يجب من الزكوة الواجبة عليه وان لم يجب استحبت الاعانة وهو قول الشيخ فى الخلاف والمصنف هنا (الثالث) يستحب لسيده اعانته من سهم الرقاب وهو قول ابن البراج وابن حمزة (الرابع) قال ابن ادريس يجب على السيد ان وجبت عليه الزكوة اعانة المكاتب المطلق منها بشرط عجزه لا المشروط ويتخير فى القدر قلة وكثرة فان لم يجب الزكوة فكه الامام من سهم الرقاب (الخامس) يستحب الاعانة مطلقا للمطلق والمشروط من الزكوة وغيرها وهو اختيار والدى المصنف فى المختلف ومأخذ الاقوال قوله تعالى **وآتوهم من مال الله الذى آتاكم** (٢) فهنا قواعد (الاولى) اختلف الفقهاء فى قوله تعالى **وآتوهم** هل صيغة الامر هنا للوجوب او الاستحباب (الثانية) قوله (من مال الله) هل هو اشارة الى الزكوة لانها مال الله او هو اشارة الى المال مطلقا سواء كان من الزكوة اوغيرها لان الكل مال الله تعالى (الثالثة) اطلاق الايتاء يقتضى التخيير فى التقدير .

اذا عرفت ذلك (فنقول) المصنف فى المختلف ذهب الى ان الامر هنا للاستحباب وان مال الله تعالى اشارة الى المال مطلقا سواء كان من الزكوة اوغيرها واضافه الينا بانه كان لنا فى الاصل (ولان) غايته وفائدته الاخروية التى هى الغاية القصوى من المال لنا وهو ظاهر- قال فاستحب الايتاء مطلقا من الزكوة وغيرها وهذا هو الصحيح عندى والقائل (بان الامر هنا

---

(١) ثل ب ١٩ خبر ١ من ابواب المكاتبة

(٢) النور ٣٣ .

ولايتقدر قلة ولاكثرة ويتضيق اذابقي عليه اقل مايسمى مالا ، ولواخل حتى انعتق بالاداء (قيل) وجب القضاء ويجوز المقاصة .

للوجوب) ومال الله الزكوة (قال) بوجوب الاعانة ان وجبت الزكوة وان لم يجب الزكوة استحبت الاعانة لانه من باب التعاون على البر ولانها فك رقبة فيدخل تحت قوله تعالى **فك رقبة او اطعام في يوم ذى مسغبة(١)** ومن قال بان الامر هنا للاستحباب (ومال الله) الزكوة شرط استحباب الاعانة بوجوب الزكوة والا لم يكن للتقييد بقوله (من مال الله) فائدة واستخراج وجه باقي الاقوال ظاهر يحصل بادنى تأمل .

تنبيه

يلزم على قول من قال بالوجوب انه اذا بقي على المكاتب المشروط القدر الذى تجب الاعانة به على السيد كاقل مايتملك عندنا ثم عجز عن الاداء لم يسترق ولم يجز تعجيزه (واعلم) ان قوله (ولايتقدر قلة ولاكثرة) اشارة الى انه من الواجب المخير وتظهر الفائدة فى انه لو اعان الزائد كان له ثواب الواجب لا المندوب .

قال قدس الله سره : ولو اخل (الى قوله) المقاصة .

اقول: اختلف القائلون فى وجوب الايتاء مطلقا اى غير مشروط بوجوب الزكوة فقال بعضهم انه وجوب مستقر فى الذمة لايزول الا باداءه او بطلان الكتابة كعجز المشروط ورده فى الرقوه واختيار الشيخ فى المبسوط لما تقدم من ان الامر للوجوب وان مال الله ليس بمقصور على الزكوة والاصل البقاء قال ولو مات السيد اخرج من تركته ويقدم على الوصية ويساوى الديون ويقسط التركة عليهما بالنسبة ولو انعتق المكاتب باداء ماعليه وجب على السيد قضاء الايتاء .

تنبيه

(اعلم) ان فى قوله (ولو اخل حتى انعتق بالاداء قيل وجب القضاء) فوائد (الاولى) فى قوله (انعتق بالاداء) انه لو انعتق بغير الكتابة كما لو اعتقه مولاه او بالسراية او بالوصية بعتقه او بانعتاقه على وارث المولى بعد موته فانه لايجب ولايستحب ولو انعتق بالكتابة

(١) البلد ـ ١٤ .

(قيل) ويجب على المكـاتب قبول الايتاء ان دفع المالك من عين (غير- خ) مال الكتابة اومن جنسه.

بان وهبه مولاه مال الكتابة كان ذلك ايتاء ولو انعتق باداء بعض النجوم واسقاط المولى البعض كان ذلك ايتاء ايضاً ولوقاصه المولى من الزكوة الواجبة جاز وكان ايتاء و اشار اليه فى قوله (ويجوز المقاصة) وكذا لو نذر اعانة المكاتبين بكذا قبل ذلك جاز اعانته منه ولو فكه الامام وجب على السيد واستحب الايتاء وكذا لو دفع غيره من الزكوة من سهم الرقاب (الثانية) فى تسميته قضاء اشارة الى ان وقت الايتاء من حين الكتابة واشار بقوله (واعانة المكاتب فاذا انعتق خرج الوقت) ودل عليه قوله (ويتضيق اذا بقى عليه اقل ما يسمى مالا) (الثالثة) انه عبادة من العبادات الموقتة بوقت محدود التى لها قضاء (الرابعة) انه اشارة الى ابطال قول بعض المخالفين ان وقت الوجوب بعد العتق بلافصل (الخامسة) انه اشارة الى ابطال قول من قال بحصر الوجوب فى النجم الاخير (السادسة) اشارة الى ان الاعانة ليست منحصرة فى الاعانة على الاداء بل قد يكون فيه وقد يكون اعانة على بلغته ولتحصيل التمليك الكامل (السابعة) القدر الذى تجب الاعانة به يخرج من الاصل والزائد عليه من الثلث فيزاحم الاول الديون والثانى الوصايا ولو تقابل فى اقل ما يتملك قولان تعارض اصلان (احدهما) برائة ذمة السيد من الزائد (وثانيهما) بقاء الامر بالايتاء وعندى يرجح الاول وهو قول والدى فى درسه .

قال قدس الله سره : قيل ويجب (الى قوله) اومن جنسه .

اقول: لما فرغ من البحث فى وجوب الايتاء على السيد شرع فى البحث عن وجوب القبول على المكاتب (وتقريره) ان نقول يكفى فى الايتاء كل من المناولة والابراء (اما الاول) فلدلالة الآية على ظاهره قال الشيخ الدفع حقيقة فى المناولة و المدفوع اما من نفس مال الكتابة الذى دفعه العبد اليه اولا (والثانى) اما ان يكون من جنسه اى مثله اولا فالاقسام ثلاثة الاول ان يكون من عين مال الكتابة قال الشيخ يجب عليه القبول لانه آتاه من المال الذى امر الله تعالى ان يؤتيه (الثانى) ان يكون من غير جنسه قال الشيخ لا يجب عليه القبول لان الله تعالى اوجب حقه من مال الكتابة فلا يلزمه ان يقبل من غير جنسه

ولوكان لمولاه دين معاملة مع النجوم فله ان يأخذ مافي يده بالدين ويعجزه اذا لم يملك الامايفي باحدهما ولواراد تعجيزه قبل اخلاء يده عن المال باخذه بالدين فيه اشكال اما المطلق فليس له ان ياخذ منه الامايختاره المكاتب من الجهتين .

ولوكان عليه دين معاملة لاجنبي وارش جناية احتمل التوزيع و الباقي للمولى وتقديم الدين لان للارش متعلقا هوالرقبة ثم الارش يقدم على النجوم هذا مع الحجر

(الثالث) ان يكون من جنسه اى مثله قال الشيخ قال قوم لايجب عليه القبول ومنهم من قال يجب عليه القبول قال (وهوالاقوى)(واما الثاني) وهوالابراء قال الشيخ دل عليه مارواه على عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم في قول الله تعالى **وآتوهم من مال الله** ان يحط ربع مال الكتابة (واقول) في المستند ضعف قال الشيخ ايضا والحط اشبه بالتبرع واجود (اقول) وهنا لايعتبر القبول اذ الابراء لااثر للقبول فيه فلا معنى لايجابه والبحث انما هوفي الاول و الذى عندى فيه ان الايتاء امابعد العتق اوقبله و الاول لايجب فيه القبول و الثاني يجب فيه القبول سواء كان من الجنس اومن غير الجنس.

قال قدس الله سره : ولوكان لمولاه (الى قوله) اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه مالك بقدر النجوم باذل له فلا يتحقق العجز لانه امتنع العبد من الاداء اوعدم شرطه وهوالملك لقدر المال (ومن) ان المولى يتمكن من مطالبته بالدينين معاً واخذ مابيده عنهما فحينئذ يعجز عن قسط من النجوم والاقوى عندى الثاني لانه قادر على اداء واحد منهما لابعينه لاعلى المجموع وليس المكاتب بقادر على التعيين فلايقدر على اداء النجوم (ولانه) قدحصل في هذا المال تعارض للنجم مقدم عليه ولا يقدر العبد على دفعه .

قال قدس الله سره : ولوكان عليه دين (الى قوله) تقديم من شاء

اقول : اذا اجتمع على المكاتب المشروط النجوم ودين المعاملة كالاثمان و العروض لاجنبي و ارش الجناية لاجنبي آخر فهو كالحر في الحجر عليه وقسمة ماله بين ارباب الديون (فنقول) اما ان يكون مافي يدالمكاتب وافيا بما عليه من الديون والاروش والنجوم (اولا) فان كان الاول فلابحث وحكمه ظاهروان كان الثاني فاما

عليه وقبله، له تقديم من شاء ، ولو عجز نفسه وعليه ارش ودين معاملة سقطت النجوم ووزع مافى يده على الحقين (ويحتمل) تقديم الدين لتعلق الارش بالرقبة والعكس لان صاحب الدين رضى بذمته ولمستحق الارش تعجيزه حتى يتبع رقبته ، ولو اراد السيد فداه لتبقى الكتابة جاز و ليس لصاحب دين المعاملة تعجيزه اذلا يتعلق حقه بالرقبة ولو كان للسيد دين معاملة ضارب الغرماء به لا بالنجم ، ولو كان مطلقا ضارب بالنجم ايضا

ان لا يكون قد حجر عليه لعدم التماس الغرماء او غيره او يكون قد حجر عليه فان كان الاول فله تقديم من شاء مع التساوى فى الحلول وان كان الثانى وهو ان يكون قد حجر عليه تولى الحاكم قسمة مافى يده وفى كيفية القسمة احتمالان وقيل قولان (احدهما) التوزيع بين الديون و ارش الجنـاية خاصة لتعلق الكل بما فى يده لوجود اسباب الاستحقاق وعدم التمانع واما عدم مشاركة المولى لان له عوضا هو الرقبة وله تعجيزه اذا عجز فان فضل شىء بان غلب قيمة الكل او البعض بعد القصور و الحجر فوفّى بالدين وارش الجناية كان الباقى للمولى اى يتعلق به حقه لما حل من النجوم والى هذه الفائدة اشار بقوله (والباقى للمولى) وثانيهما انه يقدم دين المعاملة لانه يتعلق بما فى يده لاغير ولارش الجناية متعلق آخر وهو الرقبة وكذلك حق السيد بتقدير العجز يعود الى الرقبة ثم يقدم ارش الجناية على النجوم(لان) الارش مستقر والنجوم عرضة للسقوط وعلى قول الشيخ اظهر فاذا قدم على المستقر فعلى غير المستقر اولى (ولان) حق المجنى عليه يقدم على حق المالك فى القن فكذلك فى المكاتب لان جنايته لما قدمت على ملك السيد فى عبده فتقديمها على عوضه وهو مال الكتابة اولى .

قال قدس الله سره : ولو عجز نفسه (الى قوله) بذمته .

اقول :وجه التوزيع تساوى الحقين فى وجوب الاداء (ولان) كل واحد منهما دين وكل دين يتعلق بعين مال المحجور عليه بعد الحجر والاقوى عندى تقديم دين المعاملة لان الارش متعلق بالرقبة تعلق الاستيفاء فيكون كالرهن وفى الحجر لا يزاحم المرتهن فيما عدا الرهن غيره الا بالفاضل من الدين عن قيمة الرهن وفى الارش لا فاضل لان الفاضل من دية الجناية عن قيمة الجاني فيما اذا بيع فيها هدر لا يلزم احداً فكانها معدومة

ولو مات المشروط كان ما في يده للديان خاصة فان فضل شيء فللمولى ولوكان عليه ارش جناية وديون ولم يف ما تركه بالجميع قال الشيخ بدىء بالدين لتعلق الارش بالرقبة ، ولوكان للمكاتب على سيده مال من جنس النجم وكانا حالّين تقاصا ولو فضل لاحدهما شيء رجع صاحب الفضل به على الاخر، ولو اختلفا جنسا او وصفا لم يجز التقاص الّا برضاهما ومعه يجوز سواء تقابضا او قبض احدهما ثم دفعه الى الاخر عوضا عما في ذمته اولم يتقابضا ولااحدهما وسواء كان المالان اثمانا أوعروضا اوبالتفريق وهذا حكم عام في كل غريمين ولوعجز المكاتب المطلق وجب على الامام فكه من سهم الرقاب

المطلب الثالث في التصرفات

وهي اما من السيد او العبد اما السيد فينقطع تصرفه في المكاتب بعقد الكتابة سواء كان مشروطا اومطلقا الّامع عجز المشروط واسترقاقه، وليس له بيع رقبة المكاتب وان كان مشروطا قبل التعجيز وله بيع النجوم (ان قلنا) بوجوب المال و(الا) فلالانه دين غيرلازم ، فان قبض المشترى عتق المكاتب اماعندنا فظاهر واما على الفساد فلانه كالوكيل ، وليس له التصرف في ماله الابما يتعلق بالاستيفاء وله معاملة العبد بالبيع

قال قدس الله سره : ولومات المشروط (الى قوله) بالرقبة .

اقول: اذا مات المكاتب المشروط وعليه ديون اوارش جناية والنجوم قبل ان يقسّم مافي يده انفسخت الكتابة وسقطت النجوم قيل وسقط ايضاً ارش الجناية لان ارش الجناية تعلق برقبته وقد تلفت وانما تعلقت بمافي يده بسبب الكتابة لان العبد لايتعلق ارش جنايته بما في يده وقد بطلت الكتابة فزال سبب تعلقها بماله فاذا زال السبب زال المسبب وهوالاقوى عندى .

المطلب الثالث في التصرفات

قال قدس الله سره : وليس له بيع (الى قوله) بالاستيفاء

اقول: هنا مسائل (الاولى) في بيع رقبة المكاتب ولايصح باجماع علمائنا لتنافي لوازمها المستلزم لتنافيهما اذ الكتابة تستلزم قطع السلطنة عنه وعن كسبه وارش الجناية عليه الافي استيفاء مال الكتابة والبيع يستلزم ثبوت السلطنة على ذلك كله كيف شاء ولايقتصر على

والشراء واخذه الشفعة منه وكذا يأخذ العبد منه وليس له منع العبد من السفر ولا من كل تصرف يستفيد به مالا ، ولو شرط فى العقد ترك السفر احتمل البطلان لانه كشرط ترك التكسب والصحة للفايدة فان سافر حينئذ ولم يمكنه الرد كان له الفسخ .

الاستيفاء (قالوا) بيعت بريرة وهى مكاتبة وعلم النبى صلى الله عليه وآله وسلم ولم ينكر وتقريره عليه السلام حجة (قلنا) بل عجزت فاسترقت ثم بيعت ولان الكتابة قاطعة للسلطنة مانعة من التصرف الا الاستيفاء ووجود المانع فى الموضوع مبطل للتصرف (الثانية) هل يصح بيع مال الكتابة لغير المكاتب قال الشيخ لا (لان) مال الكتابة غير لازم لانه لا يملك السيد اجبار العبد على ادائه ولا الزامه بتحصيله فلا يكون ملكا حقيقة ولجواز تعجيزه نفسه فيسقط ونحن حيث قلنا بلزومها قلنا بصحة بيعه كسائر الديون اللازمة ويصح بيعه على المكاتب (الثالثة) اذا سلم العبد مال الكتابة بعد البيع الى البايع (فعلى القول) ببطلان البيع ينعتق بذلك القبض (وعلى القول) بصحة البيع لا ينعتق قطعا واذا سلم الى المشترى قال المصنف ينعتق على القولين اما على القول بصحة البيع فظاهر واما على القول ببطلانه فلانه بالبيع اذن له فى تسليمه فكان كالوكيل فى القبض وبقبض الوكيل ينعتق (وفيه نظر) لانه ان اقتصر على نفس البيع والبيع فاسد لم يقتض الاذن فى القبض لان القبض من لوازم وجود صحة البيع ولا يتحقق الملزوم بالبيع الفاسد فلا يمكن الاستدلال به على وجود لازم وجود الصحة اما لو لم يقتصر على البيع بل قال بعد البيع ادفع مال الكتابة اليه حصل العتق بقبضه قطعا (واعلم) ان المصنف ذهب فيما تقدم الى انه لا ينعتق بقبض المشترى واستشكل جواز تعجيزه مع افلاس المشترى بما قبضه وهيهنا جزم بعتقه بقبض المشترى.

قال قدس الله سره: ولو شرط فى العقد (الى قوله) للفائدة . .

اقول: وجه الصحة قول النبى صلى الله عليه وآله وسلم المسلمون عند شروطهم (١) ولتضمنه حفظ عبده من الاباق والمال الذى عليه لانه يمكن ان لا يرجع الى سيده بل يهرب فيفوت العبد والمال .

---

(١) تل فى كثير من اخبار باب ٢ من ابواب المكاتبة .

وليس له وطى المكاتبة بالملك ولا بالعقد ولوشرط الوطى فى العقد فالاقوى بطلانه ولاوطى ابنتها ولاوطى امة المكاتب فان وطىء المكاتبة اوامة المكاتبة للشبهة فعليه المهر ولايتكرر بتكرره الامع الاداء ولاحد ولاتعزير والولد حر وتصير ام ولد ولا تبطل كتابتها ولووطىء مع علمهما بالتحريم عزرا وهل يثبت المهر مع المطاوعة اشكال، ويثبت

قال قدس الله سره : وليس له (الى قوله) بطلانه .

اقول: هنا مسألتان (الاولى) انه اذا وطىء المكاتب المكاتبة لم يجب عليه حد وان كان عالما بالتحريم لان ملكه ثابت عليها لنفوذ عتقه و ان كان ضعيفا فانه اقوى من الشبهة (قالوا) فلا تعزير لسقوطه : بالشبهة فما هو اقوى اولى (قلنا) قال عليه السلام ادرأوا الحدود بالشبهات (١) ولم يدرء التعزير وكل مقدم على محرم يعزر (الثانية) لوشرط الوطى فى العقد فالاقوى بطلانه اى بطلان الشرط (ووجه القوة) انه مخالف لمقتضى العقد لان مقتضاه تحريم الوطى ونقصان الملك وقصوره عن اباحة الوطى (ويحتمل) الصحة لانه لو وطئها للشبهة صارت ام ولد فهى اذن مملوكة ملكاً يبيح الوطى لكن منع منه لحقها و هذا الاحتمال ضعيف ويحتمل عود الضمير فى قوله (بطلانه) الى العقد وهو بناء على بطلان الشرط لان العقد اذا اشتمل على شرط فاسد فسد و قد تقدم الخلاف فى ذلك فى غير هذا من العقود (وخلاصته) ان العقد تابع للتراضى ومقصور على وجهه فانتفى على تقدير عدمه فيبطل العقد .

قال قدس الله سره : ولووطىء مع علمها (الى قوله) اشكال .

اقول: قال الشيخ فى المبسوط لها عليه المهر لان المهر كالكسب وكسبها لها فكذا المهر واستشكله المصنف لما ذكره الشيخ (ومن) انه وطى محرم لفقد السبب المقتضى للتحليل والمرأة عالمة بالتحريم فتكون بغيا ومهر البغى محرم وانما قلنا لفقد السبب لان مع وجود مقتضى الاباحة ويكون التحريم لمانع كالحيض لايكون بغيا وبيان فقد السبب ان الملك بالكتابة يصير كالا ملك ولهذا تصح المعاملة بينه وبين السيد و يثبت له على السيد مال ويحرم ماله على السيد و الشيخ رحمه الله جعل التحريم لمانع وهو

(١) ئل ب ٢٤ خبر ٤ من ابواب مقدمات الحدود .

مع الاكراه واذا صارت ام ولد عتقت بموته من نصيب ولدها وتقوم مكاتبة ويسقط عنها مابقى من كتابتها ومافى يدها لها، ولو اعتقها مولاها عتقت وسقطت كتابتها ومافى يدها لها.

ولو كاتبا ها ثم وطىء احدهما حد بنصيب الآخر وعليه المهر فان عجزت فلآخر الرجوع على الواطى بنصف المهر ان لم يكن دفعه فان حملت قومت بعد عجزها (وقيل) فى الحال وعليه نصف قيمتها موسراً كان اومعسراً على اشكال ونصف مهرها فتبطل الكتابة فى حصة الشريك وتصير جميعها ام ولد ونصفها مكاتبا للواطى فان ادت نصيبه اليه عتقت

الكتابة مع وجود الملك .

قال قدس الله سره :ولو كاتباها (الى قوله) على قول الشيخ .

اقول: الامة المشتركة بين اثنين اذا كاتباها مالكاها معا ثم وطئها احدهما فالكلام فى الحد والتعزير ولزوم المهر معلوم مما تقدم وانما يبحث هنا فيما اذا حملت بوطيه وفيها بحث اربعة ـ سراية الاستيلاد ، وشرطه ،ووجوب التقويم،ووقته (الاول) مسيس الملك موجب لالتحاق الولد به وثبوت حكم الاستيلاد فى نصيبه وسبب فى سرايته فى الجملة اجماعا والخلاف انما هو فى شرطه (الثانى) اختلف الناس فى اشتراط سراية الاستيلاد بالايسار فاثبته قوم وهو اختيار الشيخ فى المبسوط ونفاه آخرون واستشكل المصنف لتعارض الدليلين وتكافؤ القولين (احتج) الاولون بان العتق اقوى من الاستيلاد فاذا كان الاعسار مانعا من الاقوى فمنعه من الاضعف اولى (والجواب) المنع من المقدمتين (احتج) الآخرون بعموم الاخبار الدالة على وجوب تقويم الجارية المشتركة اذا وطئها احد الشريكين على الواطى لعدم تصور استيلاد البعض خاصة (لان) الولد حاصل من جميعها ونسبه لاحق بهما وبه فلا يتبعض الاستيلاد وثبوته متحقق فيجب الحكم بلحوق الاستيلاد لكلها فافترق هو والعتق لتحقق التبعيض فيه دون كونها ام ولد (الثالث) لما ثبت وجوب التقويم فيغرم الواطى للشريك قيمة نصيبه و ينتقل الى الواطى فتبطل الكتابة فيه و بقى نصيب الواطى مكاتبا فينعتق بالاسبق من اداء المال ومن موت المولى (الرابع) فى وقت التقويم واختلف الفقهاء فيه فقال بعضهم يقوم حال الاحبال كما لو اعتق احد الشريكين نصيبه من المكاتب فانه كما ان الاعتاق المتأخر اقوى من الكتابة فكذا

وسرى الى الباقي لانه ملكه على قول الشيخ وان عجزت ففسخ الكتابة كانت امّ ولده فاذا مات عتقت من نصيبه والولد حرّ وعليه نصف قيمته يوم الولادة فان وطيا معا للشبهة فعليهما مهران فان تساوت الحال تساويا وان وطيء احدهما بكراً فعليه مهر بكر وعلى الآخر مهر ثيّب.

الاستيلاد اقوى واثبت منها فيرفعها (ولان) الاحبال سبب التقويم والمسبب انما يوجد حال السبب (وفيه نظر) لانا نمنع كونه سببا تاما وقال بعضهم يقوّم عند العجز لان السراية في الحال تستلزم فسخ الكتابة بالعجز وموت وعتق ونقل الملك من الكاتب الى الغير بالعجز وتعجيز وهو خلاف الاصل والنص وحكى الشيخ القولين في المبسوط.

والفرق بين الاحبال والعتق ان غاية الكتابة هو العتق فاذا حصل في الحال كان اولى واما الاحبال فالعتق فيه ينتظر وربما لا يحصل ويتفرع على ذلك انه ان قلنا بالسراية في الحال تنفسخ الكتابة في نصيب الشريك ويبقى في نصيب الواطي ويثبت الاستيلاد في جميع الجارية فعلى الواطي للشريك نصف مهرها ونصف قيمتها وانتقل اليه نصفها قنّا فان ادّت اليه مال الكتابة انعتق نصيبه الاصلي الذي هو مكاتب ويسري الى النصف الذي انتقل اليه واستقر الرق عليه على قول الشيخ الطوسي رحمه الله لقوله ﷺ من اعتق شقصا من عبد عتق كله (١) وهو عامّ.

وقوله (لانه ملكه) اشارة الى جواب سؤال وهو انه لو كان العتق بالكتابة يسري لما توقف تمام العتق بالكتابة المطلق على الاداء لانه بالنجم الاول ينعتق قدره فيسري الى الباقي وينعتق بالسراية فيسقط باقي مال الكتابة (وتقرير الجواب) انّا نقول السراية في الكتابة انما هو في الرق القنّ لا فيما هو مكاتب ونصيب الشريك المنتقل اليه بالتقويم وانفساخ الكتابة فيها فيعلم من هذا التقرير ان العتق بالكتابة انما يسري فيما ليس بمكاتب لا فيما هو مكاتب سواء كان له او لغيره فان قلنا بالتقويم بالعجز فان ادت النجوم عتقت بالكتابة وبطل حكم الاستيلاد ولها المهر على الواطي تاخذه ان لم يكن قد اخذته وان لم تؤد النجوم وعجزت وفسخت الكتابة من له فعلى الواطي للشريك نصف

---

(١) سنن ابي داود ج ٣ باب فيمن اعتق شقصا الخ.

واما العبد فليس له ان يتصرف فى ماله بما ينافى الاكتساب كالمحاباة والهبة وما فيه خطر كالقرض والرهن والقراض ، ولو اذن المولى فى ذلك كله جاز وله التصرف فى وجوه الاكتساب كالبيع من المولى وغيره وكذا الشراء ويبيع بالحال لا بالمؤجل فان زاد الثمن عن ثمن المثل وقبض ثمن المثل واخر الزيادة جاز وله ان يشترى بالدين وان يستسلف ، ولو اعتق باذن المولى صح ولو بادر احتمل الوقف على الاجازة والبطلان

مهرها ونصف قيمتها .

قال قدس الله سره : واما العبد (الى قوله) والبطلان .

اقول: لما فرغ من بيان احكام تصرفات السيد فى المكاتب وفى ماله شرع هنا فى البحث عن تصرف العبد المكاتب فى ماله (فنقول) كل تصرف لا يشتمل على تبرع ولا خطر بل هو اكتساب او حفظ يصح بغير اذن السيد لانه قصد بكتابته عتقه بكسبه فلا يمنع منه والا لتناقض وكل تصرف هو تبرع اى بغير عوض او فيه خطر كالادانة بغير رهن والبيع بالنسيئة والمحاباة فيقف على اذن السيد عندنا لان الحق لا يعدوهما (قالوا) ملك المكاتب ناقص بالحجر والسيد غير مالك لما فى يده فلا اثر لاجازته كالوارث حال حيوة المريض ولتفويته غرض العتق (قلنا) انما نقص ملكه لحق السيد الثابت الآن بخلاف الوارث و العتق تابع فى حكم تبرع المولى به ولهذا له الولاء اذا عرفت ذلك (فنقول) يلزم على ذلك ان كل تصرف صدر منه لا يحكم بصحته عند وقوعه ولا يمكن توقفه على اجازة الغير ولا يمكن كونه مراعى وان يكون باطلا.

قاعدة اخرى

العتق قيل لا يقع موقوفا ولا مراعى بل اما يقع لازما ظاهراً او باطلا (وقيل) يقع موقوفا بمعنى ان اجازة المولى سبب او شرط فى لزوم العتق (وقيل) يقع مراعى بمعنى ان الاجازة كاشفة عن لزومه عند وقوعه وعدمها كاشف عن بطلانه عند وقوعه ويتفرع على ذلك انه لو اعتق المكاتب عبده بغير اذن سيده (فعلى الاول) يكون باطلا لانا لا نحكم بصحته عند وقوعه ولا يمكن ان يقف على الاجازة ولا كونه مراعى فيبطل وعلى احد الاخيرين (يحتمل) ان يكون موقوفا على القول بوقفه او مراعى على القول به و يكون الحكم به

وفي الكتابة اشكال (من) حيث انها معاوضة اوعتق فان سوغناها فعجزا معا استرقهما المولى و(ان) عجز الثاني استرقه الاول و(ان) عجز الاول واسترق عتق الثاني ، ولو استرق الاول قبل اداء الثاني كان الاداء الى السيد وله ان ينفق مما في يده على نفسه وما يملكه بالمعروف ولو باع محاباة باذن سيده صح وللمولى اخذه بالشفعة اذا كان شريكا ويصح اقرار المكاتب بالبيع والشراء والعين والدين لانه يملكه فيملك الاقرار به وليس له ان يتزوج الا باذن مولاه فان فعل وقف على الاجازة أو الاداء وليس له التسري من دون اذنه ولا يطأ مملوكته الا باذن مولاه فان حملت فالولد رق له ولا يعتق عليه فان ادى عتق وعتق الولد وان عجز رقا معا وليس له ان يزوج عبيده من اماءه الا باذن مولاه ولا يعير دابته ولا يهدي هدية ولا يحج وفي ثبوت الربا بينه وبين مولاه اشكال ولا يرفع يده عن المبيع قبل قبض الثمن

موقوفا وهو الاقوى عندي وقول المصنف (احتمل الوقف) يشمل القسمين وقف العتق ووقف الحكم به (ويحتمل) بطلانه لانتفاء لازمه وهو الولاء لان الولاء لازم للعتق المتبرع به الصادر من مسلم لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق (١) ولا ولاء لمكاتب لعدم صلاحيته للارث ولا للعصوبة ولا للسيد لانه ليس بمعتق وسيأتي البحث فيه ومنع الشيخ المقدمة الاولى و قال هو سائبة والمصنف الثالثة وسيأتي .

(واعلم) ان قول المصنف هنا (احتمل الوقف على الاجازة) لا يريد به وقوع العتق بل الحكم به هو الموقوف لان العتق اذا قلنا بوقوعه مراعى كان الحكم به موقوفا على الكاشف وهو المتوقف عليه وهو هنا اجازة المولى هذا تحقيق هذه المسئلة وقد اشتبه على كثير من حشوية المتفقهة.

قال قدس الله سره : وفي الكتابة اشكال (الى قوله) اوعتق .

اقول: الاقوى عندي انه لا يصح الا باذن المولى لانها تبرع اذ هي معاملة على ماله بماله ولهذا كانت من الثلث اذا صدرت من المريض .

قال قدس الله سره : وفي ثبوت الربا بينه وبين مولاه اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه عبد لقول النبي صلى الله عليه وآله المكاتب عبد ما بقي عليه درهم (٢)

---

(١) ئل ب٣٥ خبر ١ من كتاب العتق　(٢) سنن ابي داود (ج٣) باب في المكاتب

ولیس للمکاتبة ان تتزوج الّا باذنه فان بادرت وقف علی الاجازة (وهل) له ان یشتری من ینعتق علیه الاقرب ذلك مع الاذن لابدونه وله قبول الوصیة له به والهبة اذا لم یکن فی القبول ضرر بان یکون مکتسبا ، واذا اشتراه اوقبله فی الوصیة ملکه ولیس له بیعه ولاهبته ولا اخراجه عن ملکه ولاینعتق علیه فان عجز ورد فی الرق استرقهما المولی وان ادّی عتقا معا وکسبه للمکاتب لانه ملکه ونفقته علیه لانه ملکه لامن حیث القرابة ولو اعتقه بغیر اذن مولاه لم یصح ولو اعتقه سیده عتق وکان القریب معتقا ایضا کما لو ابرئه ولو مات مکاتبا صار قریبه رقا لمولاه وللمکاتب ان یشتری امرأته والمکاتبة زوجها وینفسخ النکاح ، ولو زوّج ابنته من مکاتبه ثم مات وورثته او بعضه انفسخ النکاح.

واذا اعتق باذن مولاه کان الولاء موقوفا فان مات رقیقا استقرّ للسید وان اعتق

وکل عبد لایثبت بینه وبین سیده ربا لعموم النص بانه لاربا بین السید وعبده (ومن) انقطاع سلطنته مولاه عنه وتملکه لصحة البیع بینه وبین سیده فی امتعته والاقوی الاول وقطع السلطنة عنه لاینافی کونه مملوکا للحدیث المذکور هذا فی المکاتب المشروط والمطلق الذی لم یؤدّ شیئا ولو ادی وانعتق بعضه ثبت الربا .

قال قدس الله سره : وهل له ان یشتری (الی قوله) لابدونه .

اقول: شراء المکاتب لقریب ینعتق علیه باذن سیده جائز قولا واحداً والکلام هنا فی شرائه بغیر اذن سیده فقیل لایجوز وهو اختیار الشیخ فی المبسوط لانه تصرف مستلزم لنقص ماله یقینا وقد تقدم انه لایجوز له التصرف الا بالاکتساب وما هو مستلزم لنقص ماله یقیناً ینافی الاکتساب فلایصح (اما المقدمة الاولی) فلانه یخرج من ماله مایجوز له التصرف فیه دائما فی مقابلة مـالایجوز له التصرف فیه دائما ولا نعنی بالنقص الاذلك (واما الثانیة) فقد تقدمت (واما الثالثة) فبینة (وقیل) یجوز لانه اشتری مملوکا لاضرر علی السید فی شرائه فصح کالاجنبی (اما الاولی) فلانّه یاخذ کسبهم ولو عجز صاروا رقا للمولی واذا عاین العجز جاز له بیعه والثانیة ظاهرة والاول هو الاصح عندی .

قال قدس الله سره : واذا اعتق باذن مولاه (الی قوله) موقوفا .

يومافله فان مات العتيق فى مدة التوقف احتمل ان يكون للسيد وللمكاتب موقوفاولو اشترى من يعتق على مولاه صح فان عجزواسترقهما المولى عتق عليه والافلا .

المطلب الرابع فى احكام الجناية

اما جنايتهفان كانت على مولاه عمداً فانكانت نفسا فللوارث القصاص ويصير كالميت وانكان طرفا فللمولى القصاص ولاتبطل الكتابة ، وانكانتخطأ تعلقت برقبته وله انيفدى نفسه بالارش اوبالاقل على الاقوى فان ما فى يده يفى بالحقين انعتق بالاداء وان قصردفع الارش اولا فانعجز كان للمولى واسترقاقه وانلم يكنمال فان فسخ المولى

اقول: اذا اعتق المكاتب باذن سيده تبرعا صح وهل يثبت ولاء على العتيق قال الشيخ لابل هو سائبة (وقيل) نعم بل هو مراعى فلايخلو امّا ان يموت المكاتب رقااو ينعتق يوما ويكون على التقديرين العتيق حيا فانكان الاول استقر الولاء للمولى وهوظاهر وانكان الثانى كان الولاء للمكاتب حيث انعتق فان مات العتيق فى مدة التوقف ففيه احتمالان (الاول) ان يكون الولاء للسيد لانه المعتق فى الحقيقة اذالمكاتب ملك له وماله له ايضا واذنه للمكاتب استنابة له فى عتق العبد الذى هو مملوكه (ولانه) عتق تبرع بهففيه ولاء والمكاتب لايرث ولايعصب فليس لهولاء ولايعدوهماالولاء فهو للسيد (الثانى) ان يكون موقوفا فان انعتق يوما فالولاءله والا فللسيد اووارثه لومات قبله لقوله ﷺ الولاء لمن اعتق (١) وتعلق حق السيد كالمرتهن وهذا هوالاقوى عندى (واعلم) ان الوقف هناك يكون للميراث لاللعصوبة .

المطلب الرابع فى احكام الجناية

قال قدس الله سره: وان كانت (الى قوله) على الاقوى .

اقول: هذا شروع فى بيان احكام جناية المكاتب وهو قسمان اما على السيد اوالاجنبى فبدء هنا بالقسم الاول فذكر جنايته على المولى خطأ (فنقول) اما ان يزيد الارش على القيمة اولا فان كان الثانى فلابحث وانكان الاول ففيه قولان (احدهما) يطالب بتمام الارش (والثانى) انه يطالب بقدر قيمته الناقصة عن الارش لاغير حكاهما

---

(١) ئل ب ٣٥ خبر ١ من كتاب العتق.

سقط الارش لانه عبده حينئذ ولايثبت له مال عليه ويسقط مال الكتابة بالفسخ ، ولو اعتقه مولاه سقط مال الكتابة دون الارش على اشكال ، ولو كان مافى يده يفى باحدهما فاختار السيد قبض مال الكتابة صح وعتق ولزمه الارش اوالاقل على الخلاف قطعا وان كانت على اجنبى عمداً (فان) عفا فالكتابة باقية وان كانت نفسا واقتص الوارث فهو

الشيخ فى المبسوط ولم يرجح احدهما هنا (احتج) القائلون بالارش بانه كالحر فى المطالبة مادامت الكتابة باقية ومشابهته للحر هنا بالنسبة الى المولى واجبة لان رقه يمنع استحقاق المولى مطالبته بوجه غير الرقية وتوابعها فلو لم نعتبر فيه مناسبته للحر هنا لم يمكن الحكم باستحقاق المولى الارش (واحتج) الآخرون بقوله عليه السلام لايجنى الجانى على اكثر من نفسه (١) فلو طولب باكثر من قيمته للزم مطالبته بازيد من نفسه وهذا هو الاصح عندى وعند والدى واما اذا كان الارش اقل من القيمة فليس للمجنى عليه بسبب الجناية ازيد من الارش ويعبر عن العوض على هذا القول بان يطالب باقل الامرين من قيمته وارش الجناية ويعبر عن القولين ايضاً بان يقال ان للمكاتب ان يفتدى نفسه فى الجناية وبكم يفديها ؟ فيه قولان (احدهما) باقل الامرين من ارش الجنايه والقيمة (والثانى) بارش الجناية بالغا ما بلغ لانه لو عجز نفسه ربما اشترى بذلك القدر.

قال قدس الله سره : ولو اعتقه (الى قوله) على اشكال .

اقول: اذا جنى المكاتب على مولاه جناية توجب الارش وجب عليه الارش فاذا اعتقه مولاه سقط مال الكتابة جزما وفى سقوط ارش الجناية اشكال (من) حيث ان المولى اتلف متعلق الارش بالعتق لان تعلق ارش الجناية برقبته تعلق الاستيفاء منها وبالعتق امتنع ذلك (ومن) حيث انه دين ثبت للمولى فلا يسقط الدين بالعتق لاصالة البقاء ولان العتق يؤكد امكان تعلق دين المولى به فان الرقية المحضة تنافى ثبوت دين للمولى فى ذمة عبده والكتابة المؤدية الى العتق المشابهة للحرية فى قطع التصرف عنه تصحح ثبوت دين للمولى فالحرية اولى .

قال قدس الله سره : وان كانت على اجنبى (الى قوله) على الخلاف .

---

(١) لم نعثر عليه بعد

كما لو مات وان كانت خطأ فله فك نفسه قبل الكتابة سواء حل النجم اولا بالاقل او الارش على الخلاف فان قصر ما في يده عن الفك باع الحاكم منه ما بقي (بما يفي - خل) من الفك ويبقى المتخلف منه مكاتبا فان فسخ المولى صار عبداً مشتركا بينه وبين المشترى فان صبر (السيد - خ) وادى عتق بالكتابة فان كان العبد موسراً قوّم حصة الشريك عليه بمعنى الاستسعاء واخذ مما في يده بقدر قيمة المشترى وعتق وان لم يكن في يده مال يبقى حصة المشترى على الرقية ولو لم يكن في يده شيء اصلا ولم يف بالجناية الا قيمته اجمع بيع كله وبطلت الكتابة الا ان يفديه السيد فتبقى الكتابة بحالها ولو ادّى الى السيد اولا فان كان الحاكم قد حجر عليه بسؤال ولي الجناية لم يصح الدفع والا صح. وعتق ويكون الارش في ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق وهو اقل الامرين او الارش على الخلاف وان اعتقه السيد كان عليه فداؤه بذلك لانه اتلف محل الاستحقاق كما لو قتله فان عجز فسخ السيد فداه بذلك او دفعه، ولو جنى على جماعة فلهم القصاص في العمد والارش في الخطاء (فان) كان ما في يده يفي بالجميع فله الفك و(ان لم يكن) معه مال تساووا في قيمته بالحصص ويستوى الاول والاخير في الاستيفاء وكذا لو حصل بعضها بعد التعجيز ولو كان بعضها يوجب القصاص استوفى وبطل حق الآخرين، ولو عفا على مال شارك ولو ابرأه البعض استوفى الباقون.

اقول: هنا احكام ثلاثة (الاول) تقديم ارش الجناية على النجوم وقد تقدم (الثاني) هل يفدى بالارش كائنا ما كان او باقل الامرين من الارش او القيمة وقد تقدم ايضا (الثالث) في الفرق بين المكاتب والعبد وهو من وجهين (الاول) ان المكاتب كالحر في غرامة الاموال والمعاملات والحر يتعين عليه الارش في الجنايات (الثاني) ان ارش الجناية لا يتعلق بما في يد العبد اجماعا والمكاتب يتعلق ارش الجناية بما في يده وهنا وجوه اخر ليس هذا موضع ذكرها.

قال قدس الله سره: ويكون الارش (الى قوله) على الخلاف.

اقول: الخلاف قد تقدم.

ولو جنى عبد المكاتب خطأ فللمكاتب فكّه بالاقل ولو اوجبنا الفك بالارش و زاد هنالم يكن له ذلك الا باذن مولاه (فان) ملك المكاتب اباه فقتل عبداً للمكاتب لم يكن له الاقتصاص منه كما لا يقتص منه في قتل الولد ولو جنى على غيره (فهل) له فكّه بالاقل؟ يبنى على جواز شرائه ابتداء ولو جنى على بعض عبيده على بعض فله القصاص ان اوجبته حسماً للجرأة وليس له العفو على مال وكذا ان كانت خطأ لم يثبت لها حكم اذ لا يجب للسيد على عبده مال ولو كانت الجناية عليه فان كانت خطأ فهدر وان كانت عمداً فله القصاص الا ان يكون اباه .

قال قدس الله سره: ولو جنى عبد المكاتب (الى قوله) الا بأذن مولاه .

اقول: لما فرغ من ذكر حكم جناية المكاتب شرع في ذكر حكم جناية عبد المكاتب (وتقريره) ان نقول اذا جنى عبد المكاتب على اجنبي فان كان عمداً فله القصاص وان عفى المستحق على المال او كانت الجناية توجب مالا تعلق برقبته يباع فيه الا ان يفديه المكاتب وبما يفديه هل يفديه بالارش بكماله او بالاقل منه ومن قيمته فيه قولان فان قلنا بالاول فان كان الارش بقدر قيمته او اقل فللمكاتب الاستقلال به وان كان اكثر لم يستقل به لان الفك بالاكثر من القيمة تبرع من المولى وليس للمكاتب شيء من التبرعات بغير اذن مولاه وفكّه بالارش مبني على الخلاف .

فائدة

اختلف الفقهاء في وقت تقويم العبد فقيل قيمته يوم الجناية لانه وقت تعلق الارش (وقيل) يعتبر قيمته يوم الانمال بناء على انه وقت المطالبة بالمال (وقيل) قيمته يوم الفداء لان المكاتب انما يمنع من بيعه ويستديم الملك فيه يومئذ .

قال قدس الله سره : فان ملك المكاتب (الى قوله) ابتداء .

اقول: اذا كان اب المكاتب مملوكا له فقتل عبد المكاتب لم يكن له الاقتصاص منه كما لا يقتص منه لو قتل ولده فاولى ان لا يثبت للولد قصاص في قتل عبده ولا يجوز له بيعه في الارش بل ان عاين العجز بدون بيعه باعه في تتمة كتابته ولو جنى على اجنبي واراد افتداءه فليس له الافتداء بالاكثر بدون اذن المولى قطعا وهل له الافتداء بالاقل

ولوجنى المكاتب عليه لم يقتص منه لان السيد لايقتص منه لعبده وان كان اباً مع احتمال القصاص لان حكم الاب معه حكم الاحرار و لاقصاص لمملوك على مالكه فى غيره اجماعا ، ولوجنى ابن المكاتب لايفديه ان منعنا شراه ولوجنى ابنه على عبده لم يكن له بيعه ولوجنى على عبدمولاه فللمولى القصاص اوالارش واما الجناية عليه فان كانت من حرّ فلاقصاص وان كانت عمداً وثبت الارش وان كان الجانى المولى للمكاتب لاللسيد ولوكانت نفسا بطلت الكتابة وعلى الجانى قيمته لسيده ولو كان جرحا فادى وعتق ثم سرى وجبت الدية (لان) اعتبار الضمان بحالة الاستقرار وتكون للورثة ولو كان الجانى عبداً او مكاتبا فله القصاص فى العمد وليس للمولى منعه منه وان عفا على مال ثبت له وان عفا مطلقا فالاقرب الجواز (لان) موجب العمد القصاص وليس للسيّد مطالبته باشتراط مال لانه تكسّب وليس للسيد اجباره عليه .

يبنى على جواز شرائه فان جوزناه جاز لانه لايمنع من الاستعانة بثمنه عند معاينة العجز الا به والا لم يجز .

قال قدس الله سره : ولوجنى المكاتب (الى قوله) اجماعا.

اقول: الاصح عندى الثانى .

قال قدس الله سره : واما الجناية عليه (الى قوله) اجباره عليه.

اقول: اذا جنى على المكاتب فاما ان يكون الجانى حراً اوعبداً اومكاتبا فالاقسام ثلاثة (الاول) ان يكون الجانى حراً ولاقصاص عليه لافى النفس ولافى الطرف وسواء سرت الجناية بعد عتقه اوقبله لان المكاتب مملوك لمامر ولاشىء من المملوك يقتص له من الحرّ فلايقتص للمكاتب من الحر واما اذا وقعت السراية بعد عتقه فلان الاعتبار بالضمان بحال الجناية و فى كميته بحال السراية وحال الجناية ليس هو بحرّ (١) فلايضمن الجناية عليه بالقصاص بل يجب فيه الارش فان كانت الجناية نفسا ولم ينعتق منه شىء بطلت الكتابة به وضمن قيمته لمولاه ولوانعتق بعضه فلمولاه بقدر العبودية من القيمة ولورثته

---

(١) وفى بعض النسخ هكذا : وفى كميته بحال السراية وحال الجناية وليس هو حال الجناية بحر الخ

اما لو جنی علیه عبد المولی فاراد الاقتصاص کان للمولی منعه علی اشکال ولو کان خطأ لم یکن له منعه من الارش ولو ابرء الجانی من الارش فی الخطأ توقف علی اذن المولی واذا قتل المکاتب فهو کما لو مات هذا حکم المشروط (اما المطلق) فاذا ادّی من مکاتبته شیئا تحرّر منه بحسابه فان جنی حینئذ علی حر او مکاتب مثله او من انعتق منه اکثر اقتصّ منه فی العمد وان جنی علی مملوك او من انعتق اقل منه فلا قصاص بل علیه من ارش الجنایة بقدر ما فیه من الحریة ویتعلق برقبته بقدر الرقیة ولو کانت خطأ تعلق بالعاقلة نصیب الحریة وبالرقبة نصیب الرقیة وللمولی ان یفدی نصیب الرقیة بحصتها من الارش سواء کانت الجنایة علی عبد او حر ولو جنی علیه حر فلا قصاص وعلیه الارش ولو کان رقا او اقل حریة او مساویا اقتصّ منه فی العمد .

المطلب الخامس فی الوصایا

لا تصح الوصیة لمکاتب الغیر الا ان یکون مطلقا انعتق بعضه فتصح بنسبة ما عتق منه وتبطل

بقدر الحریة من الدیة فان تبعوه فی الکتابة فما یحصل لنصیب الحریة من دیته کترکته وقد تقدم البحث فیه (القسم الثانی) ان یکون الجانی عبداً فله القصاص والمال صلحا و ان کان خطأ فله المال (القسم الثالث) ان یکون الجانی مکاتبا مساویا له فی العتق وقدره وعدمه وکالعبد وعلی کل تقدیر فهل له العفو مجانا قال شیخنا الاقرب الجواز لان العمد موجب للقصاص والعدول عنه الی المال اکتساب فلیس للمولی الزامه بالمال بالاکتساب (ویحتمل) ان یقال لیس له ذلك (لانه) قد یعجز فیعود الی السید مقطوع طرف بلا عوض یجبره وهذا هو الاقوی عندی لان المکاتب عبد لیس له التصرف الا باکتساب والعفو مجانا لیس باکتساب .

قال قدس الله سره : اما لو جنی علیه (الی قوله) علی اشکال .

اقول: ینشأ (من) انه تصرف لیس باکتساب ولا یعین علی الاکتساب فللمولی منعه منه (ومن) انه حق له لعموم الایة ولیس للمولی منعه من حقه والاول قواه الشیخ فی المبسوط.

المطلب الخامس فی الوصایا

قال قدس الله سره :لا تصح الوصیة (الی قوله) اقربه ذلك .

فى الباقى ولو قصر الثلث عن المعين ففى توزيع الثلث اشكال اقربه ذلك ، والفرق بين الوصية والبيع انه قد يعجز او يموت رقا فيتمحض الوصية لمملوك الغير وفى الشراء يكون للمولى لانه بالكتابة اذن له، ولو اوصى المكاتبة صح وان كان مشروطا ويقاص الورثة بمال الكتابة،

اقول: اذا أوصى لمكاتب الغير فان لم يكن قد تحرر منه شىء بطلت الوصية وان كان قد تحرر منه شىء صح بنسبة ما عتق ويبطل فى قدر الرقيه (اذا ثبت ذلك) فالموصى به واليه اشار بقوله المعين اما ان يكون بقدر الثلث او اقل منه او ازيد منه فان كان الاول او الثانى وزع الموصى به وان كان الثالث فهل الموزع على الحرية والرقية الموصى به او الثلث (يحتمل) الاول لاطلاق الاصحاب صحة الوصية بقدر ما فيه من الحرية ويبطل بقدر ما فيه من الرقية (ويحتمل) الثانى لان الموصى ليس له ان يتصرف فى ما زاد عن الثلث فكان كما لو اوصى بماله ومال غيره فانما يوزع ماله خاصة (وايضا) انما يوزع ما لو كان الموصى له حراً لصحت الوصية له به اجمع وليس هنا كذلك .

(والتحقيق) ان الوصية لابد فيها من مجموع امور اربعة الصيغة الشرعية والموصى وهو الفاعل ـ والموصى به وهو المحل ـ والموصى له وهو المتملك ـ فلابد فى صحتها من صحة فاعلية الفاعل وقبول المحل وصحة اضافة الموصى به الى الموصى له بالتملك والاستحقاق وشرائط صحة الفاعلية قسمان شرائط صحة مطلق التصرف كالرشد وغيره من شرائط الصحة وشرائط كمية موضوع التصرف كالصحة او خروج المتبرع به من الثلث او كونه منجزاً على قول والاخير هو المقصود (هنا) ومسيس الحرية للموصى له شرط فى مطلق الصحة ويتقدر ما يصح فيه الوصية بقدر موضوع الحرية فان كان كل الاجزاء صحت فى الكل وان كان البعض صحت على نسبته وانما يوزع ما تصح الوصية فيه بالنسبة الى الفاعل والموصى له وبه وهذا هو الاقوى عندى (ولان) خروجه من الثلث آخر الاسباب بالذات (اذا تقرر ذلك) فلو كان الموصى به مائة وما يحتمله الثلث خمسون فالموزع على الاول مأة وعلى الثانى خمسون فاذا كان نصفه حراً صح له خمسون على الاول وعلى الثانى خمسة وعشرون .

قال قدس الله سره : والفرق بين الوصية (الى قوله) اذن له

ولواعتقه في مرضه اوأبرأه من مال الكتابة وبرىء لزم والآخرج من الثلث فان كان الثلث بقدر الاكثر من قيمته ومال الكتابة عتق وان زاد احدهما اعتبر الاقل فان خرج من الثلث عتق والغى الاكثر وان قصر الثلث عن الاقل عتق منه ما يحتمله الثلث وبطلت في الزايد ويسعى في الباقي الكتابة لافي باقي القيمة فان عجز عن باقي الكتابة لاعن قيمة الباقي احتمل السعي

اقول: هذا جواب عن سؤال يبنى على قاعدتين قررهما الفقهاء (احديهما) ماذكره هنا وهوانه لايصح الوصية لمكاتب الغير الآمع مسيس الحرية فيقدر بقدرها (وثانيتهما) تقدمت وهوانه يصح البيع عليه وان لم تمسه الحرية فلايتقدر بقدرها (وتقرير السؤال) ان يقال هاتان القاعدتان لاتجتمعان على الصدق لانه اما ان يصح تملكه لهذه العين مثلا اولا فان كان الاول صح بالشراء والوصية اذلا فارق في الاسباب مع قبول المحل لوجود المسبب وان لم يصح تملكه لم يصح بالشراء فصحة الشراء وعدم صحة الوصية تحكم لاتحاد سبب الصحة فيهما من غير فارق (والجواب) ان التساوي في قبول المحل لمطلق التملك لايكفي في صحة كل الاسباب لان الفارق راجع الى الفاعلية اعنى الوصية والشراء وهومبنى على مقدمتين (الاولى) ان الوصية تقتضى تملك الموصى له في الذكر ولايمكن ان يكون الموصى له في الذكر غير الموصى له في نفس الامر (الثانية) ان الوصية اذاصحت وتمت اقتضت ملك الموصى له ملكا تاما مستقرا لازما لاينتقل عنه الا بميراث او بنقله او بنقل وليه ولا يمكن ان يكون ذلك الافي الحر لان العبد لايملك والمكاتب ربما عجز فاسترق فان عاد الملك الى الموصى بطلت المقدمة الثانية وهو باطل اجماعا وان بقى على ملك العبد فهو محال والالزم تملك العبد ملكاً تاماً مستقراً ليس للمولى مداخلته فيه والاجماع على خلافه واليه اشار بقوله فيتمحض الوصية لمملوك الغير و ان عادت المولى بطلت كلية المقدمتين المذكورتين والاجماع عليهما .

قال قدس الله سره : ولو اعتقه في مرضه (الى قوله) في المطلق .

اقول : هنا مسائل (الاولى) اذاكاتب عبداً في صحته كتابة مشروطة ثم اعتقه (او ابرئه من مال الكتابة -خ) في مرض موته مضى من الثلث فيحتاج الى معرفة مايخرج من الثلث (فنقول) اختار المصنف مااختاره الشيخ في المبسوط والفاضل ابوالقاسم بن سعيد

فيهااذلاينحطعن مرتبةالرقيق ويقوّم قيمةعبدعتق نصفه مثلاو نصفه مكاتبا (مكاتب -خ)ان لم يفسخ فيسعى سعى المكاتب وان انفسخ يقوّم نصفه رق (رقاً - خ)فيسعى سعى العبدفان عجز استرق الورثة بقدرالباقى عليه هذا لواعتقه ولوابرئه احتمل ذلك ايضا (لمساواة)الابراء

فى الشرايع وهوانه يعتبر خروج الاقل من مال الكتابة اومابقى منه ومن قيمتهلان كل واحدمنهما بعينه وخصوصيته غير مستقر اما القيمة فلان الكتابة لازمة من جهة السيد وقد ضعف ملكه فى المكاتب وليس لهالاالنجوم واما مال الكتابة اما عند الشيخ فلان للعبد اسقاط النجوم بان يعجز نفسه والامتناع من الاداء واما عندنا فلانه قديعجز فيفسخ مولاه الكتابة فالمستقر الاقل منهماو(لان) الثابت اماالاكثراوالاقل وعلى كل تقدير فالاقل ثابت فهو المستقرو (لان) القيمة ان كانت اقل فهى التى تخرج عن ملكه اذ الزائد للعبد اسقاطه وهو المطالب بهوكل ماكان المطالب به ان شاء ادى وان شاء لم يود فلايكون مستحقا استحقاقا لازما .

اذا تقرر ذلك (فنقول) اما ان يتساوى مال الكتابة والقيمة او يتفاوتان فان تساويا وخرج احدهمامن الثلث نفذعتقه والّا نفذ فيما يحتمله الثلث وسيجىء تمام البحث فيه وان تفاوتا اعتبر الاقل فان خرج من الثلث نفذعتقه فان كان الاقل القيمة عتق بالاعتاق وسقط مال الكتابة وثبت الولاء للمعتق ان كان تبرعاً اجماعا منا وان كان الاقل مال الكتابة عتق بالكتابة ولاولاء للسيد وان لم يخرج من الثلث نفذفيما يحتمله الثلث وكلما بطل العتق المنجز فيه يبقى كتابة ذلك الجزء بقسطه من مال الكتابة فيسعى فيه ولوعجز عن باقى مال الكتابة لاعن قيمة الباقى فهل يسعى فى قيمة الباقى حال كتابته قبل فسخها اولا يسعى فى قيمة الباقى الّا بعد ان يعجز فيفسخ مولاه كتابه يحتمل الاول لماذكره المصنف ولانه رق حصل له صفة فى صحة مولاه انقصت قيمته فيقرب الى العتق ويحتمل الثانى لان المكاتب مع بقاء كتابته لايعتق الا باداء جميع مال الكتابة لاباداء بعضها امّا اذا فسخ كتابة الباقى قوّمه رقا .

والفرق بين فسخ الكتابة وعدمه يظهر فى التقويم والسعى (اماالاول) فلانه مع بقاء الكتابة يقوّم الباقى مكاتبا فتقلّ قيمته ومع فسخه يقوّم الباقى مملوكا فتكثر قيمته (واما الثانى) فان سعى المكاتب يصرف كله الى الفك واما مع فسخ الكتابة فان الاصح ان

العتق والبطلان مع القصور والعجز (لبقاء) شىء من مال الكتابة لانه كالابراء من البعض، ولافرق بين الابراء والعتق فى المطلق ، ولوأوصى بعتقه ثم مات ولاشىء غيره عتق ثلثه معجلا ولاينتظر الحلول ويبقى ثلثاه مكاتبا يتحرر عند الاداء ، ولاتصح الوصية برقبته وان كان مشروطا كمالايصح بيعه .

مولاه يساهمه فمايخص الرقبة فللمولى ومايختص بالحرية يفك به اومنه نفسه ولوعجز عن اداء باقى الكتابة وعن قيمة الباقى مكاتبا اورقاً استقرر ق الورثة عليه ولنذكر هنا امثلة ثلاثة (الاول) مثال كون القيمة اقل ويخرج من الثلث كأن يكون له سوى المكاتب مأتان و النجوم مأة وخمسون والقيمة مأة فيخرج القيمة من الثلث (الثانى) عكسه والمسألة بحالها والقيمة مأة وخمسون والنجوم مأة (الثالث) مثال قصور الثلث عن الاقل كأن يملك سوى المكاتب خمسين والقيمة مأة وخمسون والنجوم مأة فيضم النجوم الى الخمسين ويمضى العتق فى ثلثهما وهو نصف النجوم فينعتق نصف العبد وتبقى الكتابة فى النصف الاخر بنصف النجوم فاذا ادّاها الى الورثة عتق ولوكان يملك سوى المكاتب مأة والقيمة والنجوم كما صورنا فينعتق ثلثاه وتبقى الكتابة فى ثلثه بثلث مال الكتابة ولو كانت القيمة مأة والنجوم مأة وخمسون فكذلك يعتق ثلثاه ويبقى الكتابة فى ثلثه بثلث مال الكتابة وهو خمسون

(وانا اقول) اذا ادى الخمسين فقد زادت التركة (لان) هذا المال ثبت بعقد السيد وورث عنه فيحسب من تركته ويزيد عتقه بسببه فتدور المسألة وطريقها الجبر المذكور فى الوصايا (بقى هنا مسألة) وهى انه على قول موجب الايتاء يسقط منه شىء وهو اقل مايتملك ثم يحسب الباقى (الثانية) لوابرئه من مال الكتابة (احتمل) ذلك اى خروج اقل الامرين من مال الكتابة والقيمة من الثلث لمساواة الابراء العتق فى اقتضاء التحرير (ويحتمل) ان يبطل الابراء مع قصور الثلث عن مال الكتابة وعجز العبد عن السعى فيبقى شىء من مال الكتابة فيكون كالابراء من البعض والابراء من البعض لايفيد مع عجزه عن شىء من مال الكتابة ولاينعتق منه شىء قبل اداء الباقى لانه عبد مابقى عليه درهم للحديث المتقدم وهذا هو الصحيح عندى فانه لايتصور فان الابراء من مال الكتابة

ولواوصى به لمن ينعتق عليه ارباعه عليه ففى الجوازاشكال ، ولواضاف الوصية به الىعوده فىالرق جازكما لوقال اوصيتلكبه متعجزه وفسخكتابته و يجوز الوصية بمالالكتابة وجمعهما لواحد اواثنين ولاحكم للمكاتبة الفاسدة بلتقع لاغية فلواوصى برقبته صح ، ولواوصى بمافى ذمته لميصحويصح بالمقبوض منه ولواوصى بمالالكتابة الصحيحة خرج منالثلثوللوارث تعجيزهوانانظره الموصىلهولواوصى برقبته فللموصى له تعجيزه عند العجز وانانظره الوارث ، ولوقال ضعوا عن المكاتب ماشاء فشاء الكل فالاقرب الجواز لتناول اللفظ امـا لوقال ضعوا عنه ماشاء منمالالكتابة فشاء الجميع

مبنى عليها بخلاف العتق فلايصح اعتبار القيمة (الثالثة) لافرق بين الابراء والعتق فى المطلق لانالابراء من بعضمال الكتابة يؤثر عتق مقابله منالرقبة بخلاف المشروطة

قال قدساللهسره: ولواوصىبه لمنينعتق (الىقوله) اشكال .

اقول: هنا مسألتان(الاولى) الوصيةلمن ينعتق عليهكابنه اوابيه وفيه اشكال ينشأ (من)انملكه علة فى عتقه فكانبمنزلة الصيغة المقتضية للعتق فى اقتضاء العتق(ومن) انهمشروط بصحة نقله عن ملكهوابطال الكتابة لابابتداء العتق ولابفسخ الكتابةللعجز ولايجوزلانها لازمة (الثانية) فى البيع وتقريرالوجهين كما فى الوصية والبيع ابعد جوازاً من الوصية والاقوى عندى انه لايجوزالوصية ولاالبيع .

قالقدس الله سره : ولوقالضعوا(الىقوله)لتناول اللفظ.

اقول : قال الشيخ فى المبسوط اذا قال ضعوامن مكاتبى ماشاء قالقوملايجوز ان يشاء جميع ماعليه بل يبقى منه جزءاً وانقلّ وقال بعضهم لوشاء الكل لوضع عنه قال والاول اقوى عندى لانه لواراد وضع جميع مال الكتابة لكان يقول ضعوا عنه مال الكتابة فلماقالضعواعنه ماشاءكان معناه ماشاء منكتابته فحمل ذلكعليه والاقرب عندى ما هوالاقرب عند المصنف لان (ما) للعموم فكما يطلق على البعض يطلق على الكل فيكون قدخيّرالمكاتب بين وضع الكل أو اىّ بعض (وضع ـ خل)شاء وانما اضمرالشيخ هنا (من) لان الكلام لايتم الابه (ويحتمل) التبعيض(ويحتمل)التبيين فالبعض متيقن فيحمل عليه(والجواب)انهخيّرالمكاتب بلفظ يتناولالكل وغيره وفوض

لم يصح لان (من) للتبعيض ولو ابقى شيئا صح وان قل ولو أوصى له باكثر ما بقى عليه فهو وصية بالنصف وادنى زيادة وتعيينها الى الورثة ولو قال ضعوا الاكثر ومثله فهو وصية بما عليه ويبطل فى الزايد لعدم محله ولو قال اكثر مما عليه ومثل نصفه فذلك ثلاثة ارباع وادنى زيادة ولو قال ضعوا اى نجم شاء وضعوا ما يختاره ولو قال ضعوا نجما تخير الوارث ولو قال ضعوا عنه اكبر نجومه وضعوا عنه اكثرها ، ولو قال ضعوا عنه اكثر نجومه احتمل الزايد على النصف منها وواحد اكثرها قدراً ، ولو تساوت قدراً صرف الى الاول .

ولو قال ضعوا اوسط نجومه وكان فيها اوسط واحد تعين مثل ان تتساوى قدرا واجلا وعددها مفرد كالثلاثة والخمسة والسبعة فالثانى والثالث والرابع اوساط ، ولو كانت ازواجاً واختلف المقدار كالمائة والمأتين والثلثمأة فالمأتان وسط ، ولو تساوى القدر واختلف الاجل مثل ان يكون اثنان كل واحد الى شهر وواحد الى شهرين وواحد الى

ذلك الى ارادته فيقبل قوله فيما اراد لدلالة اللفظ عليه والاصل عدم الاضمار .

قال قدس الله سره : ولو قال ضعوا (الى قوله) قدراً.

اقول: النجم هنا زمان يحل بانتهائه او ابتدائه قدر معين من مال الكتابة او مال الكتابة كله اذا عرفت ذلك (فنقول) هنا مسائل ثلاث (الاولى) اذا قالوا ضعوا عنه اكبر نجومه بالباء المنقطة تحتها نقطة واحدة فان اتفق فى نجم واحد انه اطول اجلا واكثر مالا تعين وان تساوت فى قدر المال واختلف الآجال او بالعكس تعين الاكثر وان اختلفت فيهما بان يكون الاكثر قدراً فى الاقل اجلا او بالعكس فالاقوى صرفه الى الاكثر قدراً فى المال لانه المقصود بالذات (ويحتمل) ضعيفا صرفه الى الاكثر اجلا الاقل مالا لان الموضوع فى الموضعين هو المال والاقل هو المتيقن والزائد مشكوك فيه فيحمل على الاول وهو ضعيف لتوقفه على اضمار وهو خلاف الاصل (الثانية) لو قال اطولها او اقصرها روعيت المدة (الثالثة) لو قال ضعوا اكثر نجومه فيه الاحتمالان اللذان ذكرهما المصنف (ووجه الاحتمالين) صحة اطلاق هذه الاضافة وهى اضافة اكثر الى كل واحد من المعنيين ولا ترجيح من حيث الدلالة اللفظية فان كانت نجومه متساوية حمل على المعنى الاول قطعا (واعلم) ان الوضع بمعنى الاسقاط ولا تصح اضافته الى الزمان بل الى المال الواجب فيه.

ثلاثة اشهر تعين ماهوالى شهرين ولواتفقت الثلاثة فى واحد تعين ولوكان لها وسط قدراً واجلا وعدداً مختلفة فيه فالاختيار الى الورثة فى التعيين ولوادعى المكاتب ارادة شيء منها حلف الورثة على نفى العلم وعينوا ماارادوا ومتى كان العدد وتراً فاوسطه واحد وان كان شفعاً كاربعة اوستة فاوسطه اثنان ويصح تدبير المكاتب فان عجز وفسخت الكتابة بقى التدبير وان ادّى عتق ويبطل التدبير وان مات السيد قبل ادائه وعجزه عتق بالتدبير ان حمله الثلث وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ماعتق منه ومافى يده له ولواوصى بعتقه عند العجز فادعاه قبل حلول النجم لم يعتق لانه يجب عليه شيء يعجز عنه فان حل حلف اذا لم يعلم فى يده مال ان ادعوه واذا عتق كان مافى يده له ان لم تكن كتابته فسخت لان العجز لا يفسخ الكتابة بل يستحق (الفسخ - خ) به وللورثة عتق المكاتب من غير وصية كمورثهم وولاؤه لهم ولواعتقه الموصى له بمال الكتابة لم ينعتق ولوابرأه من المال عتق ولوعجز واسترقه الوارث كان ماقبضه الموصى له من المال له والتعجيز الى الورثة لان الحق يثبت لهم بتعجيزهم و يصير عبداً لهم (ويحتمل) الموصى له لتسلطه على العتق بالابراء ولانه حق له فله الصبر به ولو اوصّى بالمال للمساكين ونصب قيّما لقبضه فسلّمه اليه عتق وان سلمه الى المساكين اوالى الورثة لم يعتق ولم يبرء لان التعيين الى الوصى وان اوصى بدفع المال الى عزمائه تعين القضاء منه امالوكان قداوصى بقضاء ديونه مطلقا كان على المكاتب ان يجمع بين الورثة والقيّم بالقضاء ويدفعه اليهم بحضرته لان المال للورثة ولهم التخيير فى جهات القضاء وللقيم بالقضاء حق فيه لان له منعهم من التصرف فى التركة قبل القضاء .

المطلب السادس فى حكم الولد

لايدخل الحمل فى كتابة امه ، ولوحملت بمملوك بعدا لكتابة فحكمه حكمها يعتق بعتقها مشروطة كانت اومطلقة ، ولوانعتق من المطلقة بعضها انعتق من الولد بقدره

المطلب السادس فى حكم الولد

قال قدس الله سره : ولوحملت بمملوك (الى قوله) على العجز .

اقول : كتابة الامة صحيحة باجماع الامة للآية و اتفق الكل على عمومها و

ولايكون مكاتبا وان اعتق بعتقها لان الكتابة عقدمعاوضة ولوتزوجت بحر كان اولادها احراراً ، ولوحملت من مولاها تحررت من نصيب ولدها لوبقى عليها شىء من مال الكتابة بعدموت المولى فان عجزسعت فى الباقى ، ولولم يكن ولدفالكتابة بحالها وللمولى عتق ولد المكاتبةوفيه اشكال ينشأ (من) منعها من الاستعانة بكسبه عندالاشراف على العجز، واذا اتت بولدمن زنا اومملوك فهوموقوف على مابيناه فان قتل فعلى قاتله قيمته لامه تستعين به (واما)كسبه وارش جنايته (فانه) موقوف فان عتق فله وان رق فلسيده ، ولواشرفت امه على العجزوهم المولى بالفسخ كان لها الاستعانة به ، ولومات الولد قبل عتق امه واسترقاقها فماله لامه ، ونفقته من كسبه فان قصرفالكمال على المولى لانه لورق كان له وفيه نظر، ولوكان الولد انثى فليس للمولى وطؤها فان وطىء للشبهة فعليه المهر لامها فان حملت صارت ام ولدفان اعتقت الام عتقت والاجعلت من نصيب ولدها عند موت مولاها ، ولواتت بولد وادعت تاخره عن الكتابة قدم قول السيد مع

لحديث بريرة وجويرية اذاعرفت ذلك (فنقول) هنامسألتان (الاولى) اذاكاتب امة فحملت بعدكتابتها بمملوك لوكان قنا لكان الولدلمولاها تبعهااى ان اعتقت اعتق سواء كان عتقها بالاداء اوبالابراء اوبالاعتاق حال كتابتها لانه كسبها فيتبع حريتها ورقيتها كسائراكتسابها وهو المراد بقوله فحكمه حكمها الاما اختاره بعض الفقهاء من سراية الكتابة الى اولادها لان سبب الحرية كحقيقتها فى اتباع الاولادقلنافى الاستعداد للاثراى ان تحررت تحرر والا فلا لافى السبب لان الكتابة عقد موضوعه المذكورفيه مطابقة (الثانية) اذا اعتق الولد السيد هل ينعتق بعتقه قال المصنف فيه اشكال وذكراحد وجهيه والوجه الآخر انه ملكه والعتق مبنى على التغليب وهذه المسألة مرتبة على ان ولد المكاتبة هل هو ملك للسيد اوملك للمكاتبة لانه كسب لها وكسب المكاتبة لايملكه المولى بل هولها.

قال قدس الله سره : ونفقته من كسبه (الى قوله) وفيه نظر.

اقول: الشيخ فى المبسوط نقل فيه قولين (الاول) وهوانه على المولى والآخر انه فى بيت المال وهوقول بعض الفقهاء (والثالث) قول ثالث وهو انها على امه لان كسبه لها فنفقته عليها لان النفقة تابعة للكسب .

اليمين ، ولواختلف السيد والمكاتب فى ولده فقال كل منهما انه ملكه بان تزوج المكاتب امة سيده ثم اشتراها فيزول النكاح فمايأتى به حين الزوجية للسيد وبعدها له فيقدم هنا قول المكاتب لثبوت يده عليه والمكاتبة وان كانت يدها على الولد الاانها لاتدعى الملك بل الايقاف واليد تقضى بالملك لابالايقاف ولواستولد المكاتب جاريته فولده كهيئته يعتق بعتقه ويرق برقه وللمولى عتقه على اشكال والجارية ام ولد للمكاتب ليس له بيعها .

مسائل

(الاولى) المشروط رق وفطرته على مولاه بخلاف المطلق ويكفر بالصوم ولوكفر

قال قدس الله سره : ولواستولد المكاتب (الى قوله) على اشكال.

اقول: ينشأ (من) منع الاب من الانتفاع بكسبه عند الاشراف على العجز (ومن) انه ملك للمولى (وايضا) ان المكاتب عبده لانه عبد مابقى عليه درهم ان موضوع المسألة المكاتب المشروط ومايملكه لمولاه ايضا فهوولدعبده من جاريته فيكون الولد له فينعتق بعتقه (واعلم) انه يفارق حكمه حكم ولد المكاتبة لان هذا الولد ولدته امته و هى رق له وهذا الولد لان ابويه رقان فيكون رقا للمكاتب لانه يملك قريبه ولاينعتق عليه هذا الولد واذا ولدت امة المكاتب من زنا اونكاح وكان الزوج مملوكا فالولد عبده ولاينفذ اعتاق المولى فيه (واعلم) انه لايصح للمكاتب ان ينقله عن ملكه الى ملك غيره مستقراً و يتبعه فقيل بسبب القرابة فينعتق بعتقه ويرق برقه وعبر بعض الاصحاب عن هذه التبعية بقوله ويكاتب عليه والى هذه العبارة اشار المصنف بقوله (كهيئته) و يتفرع على تبعيته اياه بالقرابة او بحكم الكتابة انه لو انعتق المكاتب و لهذا الولد كسب كسبه قبل عتق المكاتب (فعلى الاول) يكون للمكاتب لانه عبده و اكتسب حال الرقية (و على الثانى) يكون الكسب للولد .

قال قدس الله سره : المشروط رق (الى قوله) فالوجه الاجزاء .

اقول: المكاتب اذا لزمته كفارة ظهار اوجماع فى رمضان او قتل او غيرذلك لم يكن له التكفير بالمال لوجهين (الاول) انه عبد (الثانى) انه فى حكم المعسر لانه لايلزمه زكوة ولانفقة قريب وله اخذ الزكوة عند حاجته وكفارة العبد والمعسر الصيام

بالعتق اوالاطعام لم يجزئه ولواذن المولى فالوجه الاجزاء (الثانية) لوملك المكاتب نصف نفسه فكسبه بينه وبين المولى ، ولوطلب احدهما المهاياة لم يجب الاجبار على اشكال (الثالثة) لوابرأه بعض الورثة من نصيبه من مال الكتابة عتق نصيبه ولم يقوم عليه وكذا لواعتق نصيبه على اشكال (الرابعة) اذامات المولى فلورثته مال الكتابة بالحصص فان ادى الى كل ذى حق حقه عتق ولو أدى الى البعض كل حقه دون الباقين لم يعتق منه شيء ولو كان بعضهم غايبا دفع الى وكيله فان فقد فالحاكم وينعتق بالاداء وكذا المولى عليه.

ولواذن له السيد في التكفير بالمال كالعتق والاطعام فقيل لايصح ايضا واختاره ابن ادريس ومال اليه الشيخ لانه كفر بما لم يجب عليه (وتقرير وجه المصنف) انه بمنزلة التبرع ويصح التبرع باذن المولى ولان المنع لحقه وقد اذن فيه. (واعلم) انه بامر السيد لا يلزمه التكفير بالمال لان عليه ضرراً فيه لانه يفضي الى تفويت حريته لعجزه بسببه (ولان) التبرع لا يلزم باذن السيد فحينئذ اذا اذن السيد فيه صارت الكفارة المرتبة مخيرة بالنسبة اليه وهذا هوالصحيح عندى وسبب الاشتباه على المانع الاشتراك اللفظي فان قوله كفر بمالم يجب عليه (ان كان) المراد الوجوب المعين سلمنا و(ان كان) المراد الوجوب المخير منعناه ولما لم يميز بين الوجوبين منع .

قال قدس الله سره : لوملك المكاتب (الى قوله) على اشكال .

اقول : منشأه انها قسمة الزمان فلاتلزم (ومن) انها قسمة اموال فان كل واحد يتصرف في حقه فيجبر وايضا فانها ترفع النزاع ولاضرر على احد ولارد والاقوى عندى عدم الاجبار لانها على شيء معدوم لايعلم فيه التساوى ولانها غير لازمة من الطرفين و كلما ليس بلازم لايجبر عليه .

قال قدس الله سره : لوابرأه بعض الورثة (الى قوله) على اشكال .

اقول : ينشأ الاشكال (من) عموم قوله عليه السلام من اعتق شقصا من عبد عتق عليه كله (ومن) ان التقويم معاوضة وانتقال الى ملك المقوم عليه ، والتحقيق ان البحث في المكاتب المشروط وهنا مسائل اربع (الاولى) لومات السيد عن ولدين وارثين وابرأ احدهما المكاتب عن حصته برء (وهل) ينعتق حصته من المكاتب قال المصنف نعم

المقصد الرابع فى الاستيلاد

وفيه مطلبان (الاول) فى تحققه

وهو يثبت بوطى امته وحبلها منه فى ملكه فلو وطىء امة غيره وولدت مملوكا ثم ملكها لم تصرام ولد سواء كان زنا او بعقد صحيح شرط فيه الولد للمولى وسواء ملكها

لانهما شريكان فى العبد نصيب كل واحد مكاتب على قدر قسطه من مال الكتابة وكل منهما ينفرد بحقه لايتعلق عتق نصيبه باداء مال الى غيره ، والحاصل ان الكتابة بموت السيد تنزل بمنزلة كتابتين والشيخ فى المبسوط نقل قولا وهو انه لا ينعتق لانهما معا ينزلان منزلة المورث ولو ابرأه المورث من البعض لم يعتق وكذا الوارث و(لان) المكاتب المشروط اذا كاتبه واحد كان عتق كل واحد من اجزائه معلقاً باداء الكل من حيث انه كل وبموته لم يتجدد عقد آخر فلاينعتق بعض منه باداء بعض مال الكتابة وهو الاصح عندى (الثانية) اذا انعتق نصيبه بالابراء هل يسرى العتق الى باقيه ويقوم عليه قال المصنف لا (لان) المعتق فى الحقيقة الميت فان الابراء سبب معد لتأثير عقد الكتابة فيه العتق وهو اختيار الشيخ ابى جعفر رحمه الله فى المبسوط (الثالثة) لو اعتق نصيبه انعتق لانه ملكه و الكتابة لاتمنع عتق المالك للرقبة قبل الاداء وله المال (الرابعة) هل يقوم عليه قال المصنف فيه اشكال ينشأ (من) انه هل هو مباشر عتق مبتدأ او ينعتق بعتق الاب قوى الشيخ الثانى وجعل الولاء للاب وليس بجيد لان فعل الاب المعاوضة ولم تحصل هنا وفرق بين العتق والابراء لان الابراء تنفيذ لما فعل الاب و ابراء مما اقتضى عقد الاب استحقاق الابن اياه وكان الابراء بالتنفيذ اشبه والعتق ابعد فيدخل تحت عموم قوله عليه السلام من اعتق شقصا من عبد عتق عليه كله . (١)

المقصد الرابع فى الاستيلاد

وفيه مطلبان الاول فى تحققه

مقدمات (الاول) اجمعت الامة على اباحة وطى الاماء بملك اليمين لقوله تعالى **و الذينهم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم اوما ملكت ايمانهم فانهم**

(١) سنن ابى داود ج ٣ باب فيمن اعتق شقصاً

حاملا فولدت في ملكه اوملكها بعدولادتها ، ولوأولدها حراً بان يطأ امة غيره بشبهة

غير ملومين (١) و لفعل النبي ﷺ فان مارية القبطية كانت جارية النبي ﷺ وهي ام ولد له و هو ابراهيم عليه السلام وكان في الملل السابقة كملة ابراهيم عليه السلام فان هاجرام اسماعيل عليه السلام كانت جارية سريّة لابراهيم عليه السلام (الثانية) كل مملوكة علقت من مالك حرّ حين ملكها بحرّ يلحق به شرعا فهي ام ولد له حقيقة شرعية (الثالثة) للاستيلاد احكام (احدها) ابطال كل تصرف ناقل للملك عنه الى غيره غير مستلزم للعتق بذاته بلا شرط يرتقب اجماعا وفيه وفي اداء ثمن رقبتها خلاف حقق في موضعه (وثانيها) ابطال مايستلزم النقل كالرهن (وثالثها) العتق بشرط موت المولى (وقيل) وخلوذمته عن شيء من ثمن رقبتها اووفاء التركة وحيوة الولد فان كان وارثا عتق عليه نصيبه وقوم عليه الباقي (الرابعة) يظهر ثبوت الاستيلاد واحكامه بالوطي بوضعها علقة و ما بعدها اجماعا وفي ما قبله قولان اقواهما المنع وسيأتي و(على القولين) يكون كل من لفظي الولد و الام هنا قد استعمل في الحقيقه و المجاز (وقيل) بل الحق الشارع المجاز بالحقيقة هنا في الاحكام (وقيل) بل حقيقة شرعية في القدر المشترك فقد تعارض المجاز والنقل هنا (الخامسة) يستمر حكم الاستيلاد مادام الولد حيا لافي حكم الميت قطعا الى موت الاب اوحكمه فينعتق بشرائطه كما حقق في موضعه (السادسة) الاستيلاد ينزل منزلة الاستهلاك فاستيلاد المريض في مرض الموت كاستيلاد الصحيح ولتقدمه على سائر الديون فكيف الوصايا .

قال قدس الله سره : ولواولدها حراً (الى قوله) ام ولده .

اقول: هذا القول قواه في المبسوط وجزم به في الخلاف (واحتج) بان طريقة الاشتقاق تقتضيه (فالضابط) عنده ان يجتمع نسب الولد منه وحريته وملك امه فاذا اجتمع هذه الثلاثة حكم بانها ام ولده (والضابط) عند والدي ما ذكره عملا بالاصل وعلل بعضهم بان الولد الحاصل من وطي امة الغير للشبهة ينعقد رقا ثم ينعتق عليه ويقوم عليه والاستيلاد انما يثبت بانعقاد الولد حرا لقوله عليه السلام في مارية اعتقها ولدها (٢)

(١) المؤمنون - ٧ (٢) وفي نسخة - اعتقتها وولدها

ثم ملكها قيل تصيرام ولده ، ولو تزوج أمة غيره فاحبلها ثم ملكها لم تصرام ولد وان شرط الحرية ولو اشتراها فاتت بولد يمكن تجدده بعد الشراء وقبله قدمت اصالة عدم الحمل على عدم الاستيلاد اما لو نفاه فانه ينتفي الاستيلاد قطعا وفي افتقار نفي الولد الى اللعان اشكال ، ولو وطىء جارية ولده الكبير او الصغير قبل التقويم فحملت لم تصرام ولد وان قوم ولهذه الدقيقة فرض وطي امة الغير بالشبهة .

قال قدس الله سره : ولو تزوج امة غيره (الى قوله) اشكال .

اقول: هنا مسائل (الاولى) اذا تزوج امة غيره فاحبلها ثم ملكها لم تصرام ولد وان شرط حرية الولد وقال الشيخ في الخلاف تصيرام ولد بناء على قاعدته (الثانية) اذا اشترى زوجته ووضعت بعد الشراء ولداً يمكن تجدده بعد الشراء وقبله كما اذا وطئها بعد الملك فأتت بولد لستة اشهر من وقت الوطي بالملك ولاقل من اقصى مدة الحمل من وطيه بالزوجية في ملك الاول تعارض اصلان (احدهما) اصل عدم تقدم الحمل على الشراء وتأخره عنه يحقق شرط الاستيلاد (وثانيهما)اصل عدم الاستيلاد فيرجح الاصل الاول على الثاني لان اصل عدم الاستيلاد موقوف على تقدم العلوق على الشراء وتقدم العلوق على خلاف الاصل فيكون عدم الاستيلاد هنا موقوفا على خلاف الاصل وكل موقوف على خلاف الاصل لايصح الاستدلال به و لايصير اصلا الا بدليل يوجب ذلك ولادليل هنا ولان الولادة ملزومة لتقدم العلوق عليها والعلوق حادث (يحتمل) تقدمه على الملك وتأخره والحادث اذا احتمل ان يكون في احد زمانين احدهما متقدم على الاخر الاصل عدم حدوثه في الزمان المتقدم لان عدم الحادث ازلي والاصل بقاء الازلي ولاينتفي الا بدليل ولم يوجد هيهنا دليل على تقدم العلوق على الملك فيرجح اصل عدم التقدم .

(لايقال) ان في الاستيلاد منعا للمالك عن التصرف في ملكه بعد ان كان له والاصل بقاء ماكان على ماكان واصل البقاء مقدم على باقي الاصول لاحتياجها في دلالتها اليه (لانا) نقول اصل عدم العلوق كان متحققا والاصل بقائه الى بعد الملك واصل بقاء عدم العلوق معارض لاصل بقاء تصرف المالك هنا (الثالثة) اذا نفى هذا الولد عنه انتفى الاستيلاد

على الصغير صارت ام ولده وعليه قيمة الجارية دون المهر وفي الكبير عليه المهر دون القيمة ولو زوج أمته ثم وطئها فعل محرما فان علقت منه فالولد حر ويثبت للامة حكم الاستيلاد.

ولو ملك امه او اخته او بنته من الرضاع انعتقن على الاصح (وقيل) لاينعتقن فلو وطىء احديهن فعل حراما ويثبت لهن حكم الاستيلاد وكذا لو ملك وثنية فاستولدها او ملك الكافر امة مسلمة فاستولدها اووطىء امته المرهونة اورب المال امة المضاربة فان حكم الاستيلاد ثابت في ذلك كله (وهل) يثبت حكم الاستيلاد في المرهونة بالنسبة الى المرتهن حتى يجب على الراهن الواطى ان يجعل مكانها رهنا اوتوفية الدين اولا الاقرب المنع ان لم يكن سواها والالزم (اما) امة القراض فانه يبطل القراض فيها وان كان فيها ربح جعل الربح في مال المضاربة .

(لان) هذا الولد اما ان يكون قد تقدم على الشراء فلا يحصل الاستيلاد على المذهب الصحيح واما ان يكون قد تأخر عن الشراء فينتفي الولد بمجرد النفي والنسب جزء علة الاستيلاد فاذا انتفى انتفى الاستيلاد قطعا فانتفاء الولد لازم لكل واحد من التقديرين لايخلو الامر عنهما والى هذه الدقيقة اشار المصنف بقوله (فانه ينتفي الاستيلاد قطعا) اى بمجرد نفيه الولد ينتفي الاستيلاد (الرابعة) انه هل يحتاج في نفي الولد عنه الى لعان ام لا فيه اشكال ينشأ (من) انه ولد مملوكته فينتفي بمجرد النفي اما (الاولى) فلانا قدمنا اصل عدم تقدم الحمل على الشراء (واما الثانية) فللاتفاق على ان ولد الجارية ينتفي بمجرد النفي (ومن) انه ولد من كانت زوجته (ويحتمل) تولده منها والاصل بقاء الفراش ولقوة فراش العقد الدائم (ولانا) لانحكم بنفي النسب بمجرد الاصل الذي يفيد الظن وهذه المسألة ايضاً تبنى على ان الزوجة بعد ارتفاع النكاح الدائم اذا اتت بولد يحتمل ان يكون منه فنفاه (هل) يتحقق اللعان بينهما قد ذكر ذلك في باب اللعان.

قال قدس الله سره : ولو ملك امه (الى قوله) حكم الاستيلاد .

اقول: قد تقدمت هذه المسألة وانما ذكرها هنا لهذا الفرع وهو ثبوت الاستيلاد على قول من لم يقل بعتقهن وهذا عندى ضعيف فانهن ينعتقن عليه .

قال قدس الله سره : وهل يثبت حكم الاستيلاد (الى قوله) والالزم

واذا وطىء الكافر امته الكافرة وحملت فاسلمت (قيل) تباع عليه (وقيل) يحال بينه وبينها ويجعل على يدامرأة ثقة وانما يثبت حكم الا ستيلاد بامور ثلاثة (الاول) ان تعلق منه بحر وانما تعلق بمملوك من مولاها فى موضعين-ان يكون الواطى عبداً قد ملكه مولاه الموطوئة وقلنا انه يملك بالتمليك-وان يكون الواطى مكاتبا اشترى جارية

اقول: اذا وطىء المالك جاريته المرهونة فحملت منه ثبت حكم الاستيلاد بالنسبة الى المولى قطعا و امّا بالنسبة الى المرتهن ففيه اقوال (الاوّل) انّه يبطل الرهن (الثانى) قال المصنف والشيخ فى الخلاف ان كان موسراً بطل الرهن والزم الراهن قيمتها يكون رهنا وان كان معسرا بالدين فالرهن بحاله ويجوز بيعها قال (ووجه التفصيل) انّه مع اليسار منهى عن بيع امّهات الاولاد وحقّ المرتهن سابق على كونها امّ ولد فلا يجوز ابطاله (ووجه الجمع) بين الحقّين انّه يلزم مع اليساران يجعل غيرها رهنا او يقضى الدين ومع الاعسار لا يمنع صاحب الحقّ عن حقّه وقد ذكر المصنف هذه المسألة فى ثلاث مواضع من هذا الكتاب (احدها) فى كتاب الرّهن فانه قال لوا حبلها الراهن لم يبطل الرهن وان كان باذن المرتهن وفى جواز بيعها اشكال (وثانيها) فى هذا الموضع (وثالثها) فى المطلب الثانى فى الاحكام من مطلبى الاستيلاد فقال وكذا يجوز بيعها لو كانت رهنا ولم يفصّل ولم يستشكل (الثالث) قال الشيخ فى المبسوط لا يبطل الرهن سواء كان موسراً اومعسراً وتبعه ابن ادريس .

قال قدس الله سره : واذا وطىء الكافر (الى قوله) ثقة

اقول : الاول قول الشيخ فى المبسوط و اختاره ابن ادريس لقوله تعالى **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (١)** والثانى ايضاً قول الشيخ فى الخلاف وقال والدى فى المختلف تستسعى فى قيمتها فاذا ادت القيمة عتقت للنهى عن بيع امّ الولد مادام ولدها موجوداً وعليه انعقد اجماع اهل العصر الثانى وابقائها فى يد المولى لا يجوز وعتقها مجانا اضرار بالمولى وكذا الحيلولة بينه وبينها فتعين ما اخترناه وهو الصحيح عندى .

---

(١) النساء - ١٤١ .

للتجارة فان الجارية مملوكته ولا يثبت حكم الاستيلاد في الاول واما الثاني فان عجز استرق المولى الجميع وان عتق صارت ام ولد وليس للمكاتب بيعها قبل عجزه وعتقه (الثاني) ان تعلق منه في ملكه اما بوطي مباح اومحرم كالوطي في الحيض والنفاس والصوم والاحرام والظهار والايلاء ولو علقت في غير ملكه لم تكن امّ ولد سواء علقت بمملوك كالزنا والعقد مع اشتراط الولد او بحرّ كالمغرور والمشترى اذا ظهر الاستحقاق (الثالث) ان تضع ما يظهر انه حمل ولو علقة ، اما النطفة فالاقرب عدم الاعتداد بها .

المطلب الثاني في الاحكام

ام الولد مملوكة لا تنعتق بموت المولى بل من نصيب ولدها فاذا مات مولاها جعلت في نصيب ولدها وعتقت عليه ولو لم يكن سواها عتق نصيب ولدها وسعت في الباقي ولا يقوّم على الولد وقال الشيخ ان كان لولدها مال ادى بقية ثمنها منه وهي قبل موت مولاها مملوكة له يجوز له التصرف فيها مهما شاء سوى الخروج عن ملكه بغير العتق فليس له بيعها ولا هبتها وله وطؤها واستخدامها وعتقها في كفارة وغيرها وملك كسبها و

قال قدس الله سره : اما النطفة فالاقرب عدم الاعتداد بها

اقول: وجه القرب انه ليس بولد حقيقة وحكم ام الولد على خلاف الاصل فان الاصل بقاء تصرفات المولى في ملكه (ويحتمل) ذلك لان مع صيرورتها ولداً او علقة يحكم بكونها ام ولد من حين الوطي لبطلان التصرفات من حين وطيه فظهور الصورة او التخطيط اما كاشف او شرط او سبب والثاني والثالث محالان والا لتأخر الشرط او السبب عن المشروط او المسبب وهو باطل بالضرورة فتعين الاول فالسبب هو النطفة وهو ضعيف لان النطفة قد تفسد (ولان) بمجرد النطفة لا يحصل معه يقين الاستيلاد وكلما يثبت به الاستيلاد يحصل به يقين الاستيلاد والمقدمتان ظاهرتان .

المطلب الثاني في الاحكام

قال قدس الله سره : ام الولد مملوكة (الى قوله) ثمنها منه

اقول: هذا مبني على ان من ملك بعض قريبه قهراً بميراث وشبهه هل يقوّم عليه اولا وقد تقدم .

تزويجها قهراً وكتابتها وتدبيرها فان مات ولدها قبل مولاها رجعت طلقا يجوز بيعها وهبتها والتصرف فيها كيف شاء ولو كان ولد ولدها حياً احتمل الحاقه بالولد ان كان وارثا ومطلقا والعدم وكذا يجوز بيعها مع وجود ولدها فى ثمن رقبتها اذا كان ديناً على مولاها ولا شيء له سواها والاقرب عدم اشتراط موت المولى .

قال قدس الله سره: فان مات ولد ها (الى قوله) والعدم .

اقول: هنا احتمالات ثلاثة (الاول) ان حكمه حكم الولد مطلقا وهذا هو الاقوى عندى (لانه) ولد (الثانى) ان كان وارثا بان لا يكون للمولى ولد للصلب بل هو الوارث لانها تنعتق عليه (الثالث) عدم الالحاق مطلقا لان الاصل عدم ثبوت احكام الاستيلاد فيقتصر فيه على موضع النص وعموم النص انه اذا مات ولدها رجعت الى محض الرقية وهو يعم صورة النزاع.

قال قدس الله سره : وكذا يجوز بيعها (الى قوله) موت المولى

اقول: نص ابن الجنيد وابن ادريس على عدم اشتراط موت المولى فى جواز بيعها فى ثمن رقبتها اذا لم يكن لمولاها سواها والشيخان وابن البراج اطلقوا القول بجواز بيعها فى ثمن رقبتها مع اعسار المولى وشرط ابن حمزة فى بيعها فى ثمن رقبتها موت مولاها وان لا يخلف سواها (احتج) الاولون بما رواه عمر بن يزيد عن الكاظم عليه السلام قال قلت له اسألك قال سل قلت لم باع امير المؤمنين عليه السلام امهات الاولاد قال فى فكاك رقابهن قلت وكيف ذلك قال ايما رجل اشترى جارية فاولدها ثم لم يؤد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدى عنه اخذ ولدها منها وبيعت فادى ثمنها قلت فيبعن فيما سوى ذلك من دين قال لا(١) احتج ابن حمزة بما رواه ابو بصير عن الصادق عليه السلام قال سالته عن رجل اشترى جارية فولدت منه ولداً فمات قال ان شاء ان يبيعها باعها وان مات مولاها وعليه دين قومت على ابنها فان كان ابنها صغيراً انتظر به حتى يكبر ثم يجب عليه قيمتها فان مات ابنها قبل امه بيعت عنه فى ميراث الورثة ان شاء الورثة (٢) ولانها مملوكة فيجب صرف ثمنها فى الدين كما لو كان الدين ثمنها قال والدى فى المختلف ونحن فى هذه المسألة من المتوقفين والاقوى عندى انه لا تباع ام الولد .

---

(١) ئل ب ٢ خبر ١ من ابواب الاستيلاد　(٢) ئل ب ٦ ذيل خبر ٤ من ابواب الاستيلاد

(وهل) یجوز رهنها فیه نظر ولافرق بین المسلمة والکافرة وکذا المولی ، ولو ارتدت لم تبطل حکم الاستیلاد وفی روایة محمدبن قیس عن الباقر عليه السلام ان ولیدة نصرانیة اسلمت عند رجل وولدت منه غلاما ومات فاعتقت فتنصرت وتزوجت نصرانیا وولدت فقال ولدها لابنها من سیدها وتحبس حتی تضع فاذاولدت فاقتلها (١) (وقیل) یفعل بها مایفعل بالمرتدة ولایسری حکم الاستیلاد الی الاولاد فلوتزوجت بعبده او بمن شرطت رقیة اولاده کان اولادها منه عبیداً یجوز بیعهم فی حیوة المولی وبعده وفاتهوما فی یدام الولدلورثة سیدها.

وتصح الوصیة لام الولد من مولاها خاصة فتعتق من الوصیة فان قصرت عن قیمتها عتق الفاضل من نصیب الولد (وقیل) تعتق من النصیب ویعطی الوصیة .

ولوجنت ام الولد خطاء تعلّقت الجنایة برقبتها ویتخیر المولی بین دفعها الی

قال قدس الله سره : وهل یجوز رهنها فیه نظر.

اقول: قدتقدم البحث فی ذلك فی باب الرهن .

قال قدس الله سره: ولوارتدت (الی قوله) بالمرتدة.

اقول: قوله وقیل اشارة الی قول الشیخ فی باب السراری وملك الایمان من کتاب النهایة .

قال قدس الله سره: وتصح الوصیة (الی قوله) وتعطی الوصیة .

اقول: قدتقدم ذکر الخلاف فی هذه المسألة فی الوصایا .

قال قدس الله سره: ولوجنت ام الولد خطأ (الی قوله) علی رأی.

اقول: الخلاف فیما اذا فداها المولی هل یفدیها باقل الامرین او بارش الجنایة

---

(١) ئل ب ٨ خبر ١ من ابواب الاستیلاد والخبر منقول (الی المعنی بحیث یخل ولفظ الحدیث هکذا عن ابی جعفر علیه السلام قال قضی علی علیه السلام فی ولیدة کانت نصرانیة فاسلمت عند رجل فولدت سیدها غلاما ثم ان سیدها مات فاصابها اعتاق السریة فنکحت رجلا نصرانیا دارییاً وهو العطار فتنصرت ثم ولدت ولدین وحملت آخر فقضی فیها ان یعرض علیها الاسلام فابت قال اما ماولدت من ولد فانه لابنها من سیدها الاول واحبسها حتی تضع مافی بطنها فاذاولدت فاقتلها .

المجنى عليه اوما قابل جنايتها منها وبين فدائها باقل الامرين من ارش الجناية وقيمتها على رأى ولايجب على المولى الفداء عينا ومع الدفع يملكها المجنى عليه اوورثته ملكا مطلقا له بيعها والتصرف كيف شاء ولوجنت على جماعة تخير المولى ايضاً بين الفداء والدفع اليهم على قدر الجنايات هذا ان جنت ثانيا قبل الفداء ولوجنت بعده تخير المولى بين الفداء ثانيا وبين التسليم الى الثانى ، ولوكانت الجناية على مولاها اوعلى من يرثه مولاها لم يخرج عن حكم الاستيلاد ،ولوماتت قبل ان يفديها السيد لم يجب على المولى شيء ولو نقصت قيمتها واراد الفداء فداها بقيمتها يوم الفداء ، ولو زادت زاد الفداء و تجب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاد ولوكسبت بعد جنايتها شيئا فهو لمولاها دون المجنى عليه ،ولوكسبت بعد الدفع فهو للمجنى عليه فلواختلفا قدم قول المجنى عليه ولو اتلفها سيدها فعليه قيمتها وكذا لوعينها فعليه الارش : ولو باعها مولاها لم يقع موقوفا بل باطلا فلو مات الولد لم تنتقل الى المشترى وان كان بعد البيع بلافصل ولايبطل الاستيلاد بقتلها مولاها عمداً اذا عفى الورثة اولاً وللمولى ارش الجناية عليها وعلى اولادها وضمان قيمتها على من غصبها ولو شهد اثنان على اقراره بالاستيلاد وحكم به ثم رجعا غرما له قيمة الولد ان كذبهما فى نسبه ولايغرمان فى الحال قيمة الجارية لانهما انما ازالا سلطنة البيع ولاقيمة له (ويحتمل) الارش ،بل ولا بعد الموت لانها محسوبة على الولد

والخلاف هنا كما فى سائر المماليك والقولان للشيخ وليس قوله على رأى راجعا الى الخلاف فى فكها مطلقا .

قال قدس الله سره : ولوشهد اثنان (الى قوله) ويحتمل الارش.

اقول: هذا الاحتمال هو الصحيح عندى لنقصان القيمة بسبب شهادتهما المرجوع عنها والشهادة المرجوع عنها كالجناية المضمونة فاذا انقصت الجناية شيئا يوجب الارش كان الارش مضمونا.

قال قدس الله سره : بل ولا بعد الموت لانها محسوبة على الولد .

اقول: اى لايضمنا قيمة الجناية بعد الموت وانما عتقت من نصيب ولدها فلا يضمنانها لغيره من الورثة ولا له لانهما اثبتا ميراثه .

(وهل) يرث هذا الولد اشكال.

(فان قلنا به) فالاقرب ان للورثة تغريمهما حصته ، ولو لم يحصل من المولى اعتراف بالولد ولا تكذيب غرما قيمته وقيمة امه وحصته من الميرات لباقى الورثة ان اثبتنا الميراث.

قال قدس الله سره :وهل يرث هذا الولد اشكال .

اقول : ينشأ (من) انه ثبت نسبه ولا يؤثر رجوعهما فيه لان الرجوع بعد الحكم (ومن) انهما لم يشهدا بالميراث بل شهدا باقرار المولى بما يستلزم نسبه وهو اعم من الميراث بشهادتهما لجواز موته قبل موت الاب او عدم ارثه فارثه حكم حكم به الشارع لا بنص شهادتهما عليه .

قال قدس الله سره: فان قلنا به فالاقرب ان للورثة تغريمهما حصته .

اقول: وجه القرب ان شهادتهما سبب لاتلاف نصيبه على باقى الورثة وقد رجعا عنها والشهادة المرجوع عنها بمنزلة الجناية مباشرة للاتلاف ولان شهادتهما اوجبت ملكه ثم رجعا عنها فكانت كما لو شهدا بملك له ثم رجعا عنها (ويحتمل) العدم لانهما انما شهدا بالنسب لا بالميراث ان كان ذلك مستلزما والتقرير كما تقدم .

قال قدس الله سره : ولو لم يحصل (الى قوله) ان اثبتنا الميراث .

اقول: اذا شهدا على اقراره باستيلاد ولو من مملوكته ولم يصدر من المشهود عليه تصديق لهما ولا تكذيب فانهما يغرمان لو رجعا عن شهادتهما للورثة وماذا يغرمان؟ نقول يغرمان قيمة الجارية وقيمة الولد وحصته من الميراث ان قلنا بتوريثه على ما تقدم من الاحتمال لان شهادتهما سبب لذلك كله اذ لولا الشهادة لكانت هى مملوكة وولدها مملوك ولم يرث شيئا وبالله التوفيق

الحمد لله رب العالمين

تم الجزء الثالث بتوفيق الله

وانتظروا للجزء الرابع من كتاب الايمان

بسمه تعالى

فهرس الجزء الثالث من الايضاح

العنوان	رقم الصفحة
كتاب النكاح	
استحبابه مطلقا	٢
مستحبات الدخول	٣
أكل نثار العرس	٤
الاوقات المكروهة للجماع	»
النظر الى من يريد نكاحها	٥
النظر الى الاجنبية حرام	٦
حكم نظر الطفل والخصى	٧
نظر المملوك الى مالكته	»
النظر الى الاجنبى حرام	٨
النظر الى المماثل حرام مع الريبة	»
نظر الذمية الى المسلمة	»
النظر الى ماعدا عورة المحارم حلال	٩
النظر الى العضو المبان	»
التعريض للاجنبية حرام	١٠
مختصات النبى صلى الله عليه وآله وسلم	١١
صيغة النكاح	»
مسقطات الولاية	١٨
المولى عليه	»
الكفائة فى الزوجين	٢١
احكام الولاية	٢٥
تولى طرفى العقد	٢٦
التزويج بدون مهر المثل	٢٧
تزويج الفضولى	»
تزويج العبد	٣١
اذا زوجها الاخوان الخ	٣٢
لو زوجته الام فضولا	٣٣
فروع الولاية	٣٤
محرمات النسب	**٤١**
(محرمات الرضاع)	٤٣
شرائط المرضعة والارضاع	٤٤
احكام الرضاع وفروعه	٤٩
ما يثبت به الرضاع	٥٨
محرمات المصاحرة	**٦٣**
حكم الوطى بالشبهة	»

العنوان	رقم الصفحة
حرمة مزنيّة الاب والابن	٦٤
حكم منظور تهما	»
حرمة ام الزوجة مطلقا	٦٦
حرمة الملاعنة والمعتدة	٦٩
حرمة ام الموطوء واخته وبنته	٧٢
العقد حال الاحرام حرام	٧٣
المطلقة تسعاً حرام	٧٤
بنت العمة والخالة المزنى بهما حرام	٧٥
الافضاء موجب للتحريم	٧٦
حرمة بنت الزوجة	٨٠
حرمة بنت اخت الزوجة وبنت اخيها بدون اذنها	٨١
ذات البعل حرام	٨٢
الجمع بين الاختين حرام	»
العقد على الامة بدون اذن الحرة	٩٠
المطلقة ثلاثاً حرام قبل المحلّل	٩٢
ما زاد على اربع نساء حرام	»
حرمة الكافرات وفروعها	٩٦
حكم تحاكم اهل الكتاب	٩٩
اسلام الزوجين او احدهما	١٠٢
الزيادة على العدد الشرعى	١٠٧
نفقة الكتابيّة اذا اسلمت	١٢١
(فى النكاح المنقطع)	
صيغة المتعة	١٢٦
شروط المتعاقدين	١٢٧
شروط المتعة	»
احكام المتعة	١٢٩
(نكاح الاماء)	
ثبوت الحل بالملك	١٣٥
ازدواج الامة مع القدرة على الحرة	»
نكاح الامة بدون اذن مولاها	١٤١
تزويج عبده امته	١٤٤
لو اعتقا فاجازت	١٤٦
اشتراء الحر حصة احد الشريكين	١٤٨
مبطلية العتق لنكاح الامة	١٥٠
مبطلية بيعها له	١٦٠
مبطلية الطلاق له	١٦١
فى مسائل متفرقة	١٦٨
فى توابع النكاح	
فى العيب والتدليس	١٧٥
احكام العيوب	١٧٩
التدليس	١٨٢
(فى المهر)	
المهر الصحيح	١٨٢
فى جواز امتناعها قبل اخذ المهر	١٩٦
فى عدم جوازه مع تأجيل المهر	١٩٧
فى استقرار المهر بالدخول	١٩٨
فى الصداق الفاسد	٢٠١

العنوان	رقم الصفحة
فى تفويض البضع	٢١٣
فى تفويض المهر	٢٠٩
فى التنصيف والعفو	٢١٨
منافع المهر لا تنصّف بالطلاق	٢٢٦
اذا اصدق الذميان خمراً الخ	٢٣٠
فيما لو وهبته نصف المهر فطلق قبل الدخول	٢٣٣
فى تنازع الزوجين	٢٣٥
(فى القسم والشقاق)	
فى مستحق القسم	٢٤٨
فى مكان القسم وزمانه	٢٤٩
اسباب التفاوت ثلاثة	٢٥١
فى الظلم والقضاء	٢٥٣
فى السفر بهن	٢٥٤
فى الشقاق	٢٥٦
فى الولادة	٢٥٧
الحاق الاولاد	٢٥٩
ولد المملوكة	٢٦٠
الرضاع	٢٦٢
الحضانة	٢٦٣
(فى النفقات)	
قدرة النفقة	٢٦٩
كيفية الانفاق	٢٧٠

العنوان	رقم الصفحة
مسقطات النفقة	٢٧٤
الاختلاف فى الانفاق	٢٧٩
فى الاعسار	٢٨٠
(نفقة الاقارب)	٢٨٢
فى ترتيب المنفق عليهم	٢٨٧
نفقة المماليك	٢٨٩
نفقة الدواب	٢٩٠
(كتاب الفراق)	
المطلقة وشرائطه	٢٩١
فى الشرائط العامة	٢٩٣
فى فروع عدم تعيين المطلقة	٢٩٨
فى الشرائط الخاصة	٣٠٣
فى اعتبار مراجعة الصيغة	٣٠٥
فى اعتبار التخيير	٣١٠
فى عدم التعقيب بالمبطل	«
فى اعتبار الاشهاد	٣١٣
اقسام الطلاق	٣١٤
طلاق المريض	٣٢٢
الرجعة ومعناها	٣٢٤
فروع الرجعة	٣٢٨
فى المحلل	٣٣١
احكام المحلل	٣٣٤
فى العدد	**٣٣٥**
فى انه لا عدة على غير المدخولة	«

العنوان	رقم الصفحة
فى عدة ذوات الاقراء	٣٣٨
فى عدة ذوات الشهور	٣٤٢
فى عدة الحامل	٣٤٤
فى عدة الوفاة	٣٥٠
فى عدة المفقود عنها زوجها	٣٥٣
فى عدة الامة والاستبراء	٣٥٧
فى اجتماع العدتين	٣٦١
فى سكنى المطلقة الرجعية	٣٦٦
لا نفقة للمتوفى عنها زوجها	٣٦٨
فى صفة السكنى للمعتدة	٣٦٩
اذن الزوج لانتقالها من مسكنها	٣٧٢
كتاب الخلع	
فى حقيقة الخلع	٣٧٤
فى الخالع وشرائطه	٣٧٩
فى شرائط المختلعة	٣٨٢
فى صيغة الخلع	٣٨٤
فى الفدية	٣٨٦
فى سؤالها الطلاق وفروعه	٣٨٨
فى المبارات	٣٩٩
كتاب الظهار	
صيغة الظهار	٤٠٠
فى المظاهر	٤٠٤
فى المظاهرة	٤٠٦

العنوان	رقم الصفحة
فى المشبه بها	٤٠٨
احكام الظهار	٤١١
كتاب الايلاء	
فى الحلف	٤٢٢
فى الصيغة	٤٢٥
فى المدة	٤٣١
فى احكامه	٤٣٢
كتاب اللعان	
سبب اللعان	٤٣٤
فى الملاعن	٤٤٢
فى الملاعنة	٤٤٤
فى كيفية اللعان	٤٤٧
فى احكام اللعان	٤٥١
فى اللواحق	٤٥٩
كتاب العتق وتوابعه	
فى فضله	٤٦٢
فى محل العتق	٤٦٣
فى المعتق	٤٦٧
فى صيغة العتق	٤٧٦
فى ان العبد هل يملك	٤٨٨
فى حكم مال العبد المعتق	٤٩٠
فى سراية العتق	٤٩٢

العنوان	رقم الصفحة
فى عتق القرابة	٥٠٥
فى القرعة	٥١١
فى كيفية القرعة	٥١٨
فى سبب الولاء	٥٢٢
فى حكم الولاء	٥٢٨
فى جر الولاء	٥٣١
فى التدبير	
فى حقيقته وصيغته	٥٤٣
فى المباشر للتدبير	٥٤٤
فى محل التدبير	٥٤٥
فى احكام التدبير	٥٤٩
فى الكتابة	
فى ماهيتها	٥٧٣
فى عقد الكتابة	٥٧٦
فى شروط عوض الكتابة	٥٧٧
فى شروط المكاتب (بالكسر)	٥٨٨
فى شروط المكاتب (بالفتح)	٥٩٣
فى احكام المكاتبة	
فيما يحصل به العتق	٥٩٥
فى احكام اداء مال الكتابة	٥٩٧
فى تصرفات المولى فى المكاتب	٦٠٦
فى تصرفات المكاتب فى ماله	٦١١
فى حكم جناية المكاتب على مولاه	٦١٤
فى حكم جناية عبد المكاتب	٦١٧
فى حكم جناية السيد على المكاتب	٦١٨
فى حكم الوصية للمكاتب	٦١٩
فى حكم ولد المكاتب	٦٢٦
فى ان نفقة المكاتب فى كسبه	٦٢٧
فى جملة من احكام المكاتب المشروط	٦٢٨
(فى الاستيلاد)	
فى اسباب الاستيلاد	٦٣٠
فى احكام ام الولد	٦٣٦
فهرس الكتاب	٦٤٠
تم الفهرس بحمد الله تعالى	