

الشرح الصغير

في شرح المختصر النافع

للعامة الفقيه والأصولي الخبير
أبي سعيد علي محمد علي الطباطبائي الحلي

١١٦١ - ١٢٣١ هـ

المجلد الثاني

إشراف
السيد محمود الرضوي

محقق
السيد مهدي الزباني

منشورات مكتبة آية الله العظمى الرضوي النجفي



مخطوطات
مكتبة ابن القيم العثمانية

(٣٥)

الشرح الصغیر

في شرح المختصر النافع

للعلامة الفقيه والأصولي الخبیر

الإمام سید علی محمد علی الطباطبائي الحلي

١١٦١ - ١٢٣١ هـ

المجلد الثاني

إشراف
السید محمود الرعني

تحقیق
السید مهدی الرجائي



مجلس شورای اسلامی
حضرت آية الله العظمى في الله
مقام

الكتاب : الشرح الصغير ج ٢

تأليف : السيد علي الطباطبائي الحائري

تحقيق : السيد مهدي الرجائي

نشر : مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي العامة - قم المقدسة

طبع : مطبعة سيد الشهداء عليه السلام - قم

تاريخ الطبع : ١٤٠٩ هـ ق

العدد : ١٠٠٠

الطبعة : الأولى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على خير خلقه محمد وآله
الطاهرين ، واللعنة الدائمة على أعدائهم ومخائفيهم أجمعين الى
يوم الدين .

(كتاب التجارة)^(١)

وهي لغة : الكسب. وشرعاً: عقد المعاوضة بقصد الاكتساب عند التملك.
على ما ذكره جماعة، والمراد بها هنا الأعم منه ومن الخالي من القصد، كالمعاوضة
للقوت والادخار .
﴿ وفيه فصول : - ﴾

(الفصل الاول : فيما يكتسب به)

بيع أو غيره، وينقسم الى: محرم، ومكروه، ومباح . وربما قسم الى خمسة :
بزيادة الواجب، والمستحب. ولعل تركهما أجود، لأنهما من عوارض التجارة.

المكاسب المحرمة :

﴿ والمحرّم منه أنواع : ﴾
﴿ الاول : الاعيان النجسة، كالخمر ﴾ المتخذ من العنب ﴾ والانبذة ﴾

(١) قال في هامش نسخة «ن» : أسقط الشارح - دام ظله - هنا من الترتيب كتاب

جمع نبيذ، وهو الشراب المتخذ من التمر. ويلحق بهما غيرهما، كالبتع^(١) والمزر^(٢) والجمعة^(٣)، والفضيح^(٤).

وضابطها: المسكر وان لم يكن مائعاً، كالحشيشة وفرض لها نفع آخر محلل وقصد بيعها على الاحوط الاولى * والفقاع * وان لم يكن مسكراً * والميتة، والدم * ولومما يؤكل لحمه، وكان لهما نفع محلل.

* والارواث، والابوال مما لا يؤكل لحمه * شرعاً ولو أكل عادة، أما هما مما يؤكل لحمه فيجوز مطلقاً، وفاقاً لظاهر العبارة وجماعة.

* وقيل: بالمتع من الابوال الابل * للاستشفاء مع الضرورة اليه، والقاتل الشيخ في النهاية^(٥) كما نسب اليه والمفيد والديلمي، الا أنهما ألحقا بالابوال الارواث أيضاً، وهو أحوط.

* والخنزير، والكلب عدا كلب الصيد * المعلم، فيجوز التكبس به اجمالاً، سواء في ذلك السلوقي^(٦) وغيره على الافوى، وربما خص بالاول، وهو أحوط. * وفي كلب الماشية والحائط * أي البستان والدار * والزرع - ولان * والاحوط المنع.

* والمائعات النجسة * بالذات، كاليات الميتة، والمبانة من حي. أو بالعرض، كما لو وقع فيه نجاسة وقلنا بعدم قبوله للطهارة، كما هو أصح القولين في غير الماء النجس * عدا الدهن * بجميع أصنافه، فيجوز بيعه مع الاعلام

(١) البتع: بكسر الباء وسكون التاء المثناة أفتحها، نبيذ العسل.

(٢) المزر: بكسر الميم والزاء المعجمة فالمهمل، نبيذ من الذرة.

(٣) الجمعة: كعلة، نبيذ الشعير.

(٤) الفضيح: ما يعمل من الشعير.

(٥) النهاية ص ٣٦٤.

(٦) السلوقي من الكلاب: نوع منها وهي من كلاب الصيد ومن أحسن الكلاب وأنفعها.

﴿لفائدة الاستصباح﴾ به تحت السماء، وفاقاً للاكثر، وفي السرائر^(١) الاجماع. وقيل: تحت الظلال أيضاً. ولا يخلو عن قوة، اولامامر من الاجماع المعترض بالشهرة، ورواية مرسله في المبسوط^(٢) مروية.

وهل يجوز بيعه ليعمل صابوناً، أو ليدهن به الاجرب؟ الاحوط المنع، والجواز مختص بالدهن المنتجس.

﴿و﴾ الا ف﴿لا﴾ يجوز أن ﴿يباع﴾ ولا يستصبح بما يذاب من شحوم الميتة والبانها^(٣) قطعاً.

﴿الثاني: الآلات المحرمة، كالعود، والطلل، والزمر، وهياكل العبادة المبتدعة، كالصنم، والصليب، وآلات القمار، كالنرد والشطرنج﴾ اجماعاً، الا اذا فرض لها نفع محلل مقصود ببيعها وشرائها، بحيث لا يعد في العرف سفاهة، أو كان لمكسورها قيمة وبيعت ممن يوثق به، فيجوز حينئذ بيعها، وان كان المنع مطلقاً أحوط وأولى. ونحوه أواني الذهب والفضة.

﴿الثالث: ما يقصد به المساعدة على المحرم، كبيع السلاح﴾ بكسر السين، من السيف والرمح والقوس والسهام ونحوها ﴿لأعداء الدين﴾ مسلمين كانوا أم كفاراً، ومنهم قطاع الطريق ﴿في حال الحرب﴾ مع أهله اجماعاً، وكذا التهيأ له، لامطلقاً على الأقوى.

﴿وقيل:﴾ يحرم ﴿مطلقاً﴾ واو في غير حال الحرب أو التهيأ له، وهو أحوط، والقائل الشيخان والحلي والديلمي. وفي الحاق ما بعد جنة القتال، كالدرع والبيضة بالسلاح قولان، أحوطهما بل وأظهرهما: نعم.

(١) السرائر ج ٢٠٨.

(٢) المبسوط ١٦٧/٢.

(٣) في المطبوع من المتن: وألبانها.

وظاهر العبارة اختصاص المنع بقصد المساعدة والاعانة، والظاهر التحريم مطلقاً، الا مع الجهل بالجدال فينتفي المنع بلا اشكال .

﴿واجارة المساكن والحمولات﴾ بفتح الحاء، وهي الحيوان الذي يصلح للحمل، كالابل والبغال والحمير. والسفن داخله فيها تبعاً ﴿للمحرمات﴾ كالخمر وركوب الظلمة واسكانهم لاجله .

وفي معنى الاجارة بيعها ﴿وبيع العنب﴾ والنمر وغيرهما مما يعمل منه المسكر ﴿ليعمل خمرأ﴾ أو مسكراً ﴿والخشب ليعمل صنماً﴾ سواء شرطه في العقد أم حصل الاتفاق عليه اجماعاً .

﴿ويكره بيعه ممن يعمل﴾ مع عدم الشرط والاتفاق مطلقاً ولو مع العلم، على الاشهر . والاحوط المنع مطلقاً الا مع الجهل بالحال .

﴿الرابع: لا ينتفع به﴾ أصلاً، أو ينتفع نادراً ويعد بذل الثمن لاجله سفاهة عرفاً اجماعاً ﴿كالسوخ، برية كانت كالدب والقرد، أو بحرية كالجري^(١) والسلاحف^(٢) وكذا الضفادع والطاقي^(٣)﴾ .

وقد أطلق المنع عن جميع ذلك أكثر المتقدمين ، ووجهه غير واضح فيما ينتفع به نفعاً معتداً به عند العقلاء ، كالفيل ونجوه للارتفاع بعظمه ، فالجواز فيه أظهر ، وفاقاً لأكثر من تأخر .

﴿ولا بأس بسباع الطير﴾ كالصقر ﴿و﴾ لا بـ ﴿الهرة والفهد﴾ لطهارتها والارتفاع بها نفعاً معتداً به عند العقلاء ، ومضافاً الى الصحاح^(٤) والاجماع الظاهر

(١) الجرى : نوع من السمك النهري الطويل ، وليس له عظم الا عظم الرأس والسلسلة .

(٢) دابة برية وبحرية ونهرية ، لها أربع قوائم تخفى بين طبقتين عظيمتين .

(٣) السمك الطافي ، وهو الذي يموت في الماء فيعلو ويظهر .

(٤) وسائل الشيعة ١٢/ ١٢٣ ، ب ٣٧ .

من العبارة في الثلاثة ، والمنقول عن ظاهر التذكرة في الهرة .

﴿وفي بقية السباع﴾ كالاسد والذئب والنمر ونحوها ﴿قولان ، أشبههما﴾ وأشهرهما بين المتأخرين ، وفاقاً للحلي والقاضي ﴿الجواز﴾ لما مر ، ولكن المنع أحوط .

﴿الخامس : الاعمال المحرمة﴾ في نفسها ﴿كعمل الصور المجسمة﴾ ذوات الارواح بلاخلاف ، ولا بأس بغيرها من صورة النخلة والشجرة ونحوهما مطلقاً ، على الاشهر الاقوى .

واحترز بـ « المجسمة » عن الصور المنقوشة على نحو الورق والوسادة فلاتحرم عند الاكثر . ويحتمل التحريم مطلقاً ، كما عليه جمع . ويمكن حمل العبارة ومضاهيها^(١) عليه ، بحمل الصفة على الممثل دون المثال ، ولا ريب أنه أحوط وان كان في تعيينه نظر .

﴿والغناء﴾ بالمد ، وهو الصوت المشتمل على الترجيع المطرب ، أو ما يسمى في العرف غناءً وان لم يطرب ، سواء كان في شعر أو قرآن أو نحوهما .

﴿عدا﴾ ما استثنى كغناء ﴿المغنية لرف العرائس اذا لم تتغن بالباطل ولم تدخل عليها الرجال﴾ ولم تلعب بالملاهي ، فلا يحرم وفاقاً للنهاية^(٢) وجماعة خلافاً لآخرين فيحرم أيضاً ، وهو أحوط وأولى . ولا يستثنى غير ذلك قطعاً وان اشتهر في الحداء .

﴿والنوح بالباطل﴾ بأن يصف الميت بما ليس فيه اجماعاً ، و ﴿أما بالحق فجائز﴾ اذا لم يسمعها الاجانب ، على الاشهر الاقوى . وقيل : بالمنع منه مطلقاً وهو أحوط وأولى .

(١) في « ن » : ومضاهياتها .

(٢) النهاية ص ٣٦٥ .

﴿وهجاء المؤمنين﴾ بكسر الهاء والمدة، وهو ذكر معايهم بالشعر. ولا فرق في المؤمن بين الفاسق وغيره، ويجوز هجاء غيرهم كما يجوز لعنهم.
 ﴿وحفظ كتب الضلال﴾ عن التلف، أو عن ظهر القاب ﴿ونسخها﴾ وتعليمها وتعلمها ﴿لغير النقض﴾ لها، والحجة على أربابها بما اشتملت عليه مما يصلح دليلاً لاثبات الحق، أو نقض الباطل لمن كان من أهلها.

ويلحق به الحفاظ للثقة، أو لغرض الاطلاع على المذاهب والآراء ليكون على بصيرة، وتمييز الصحيح من الفاسد، أو لغرض الاعانة على التحقيق، أو تحصيل ملكة البحث والاطلاع على الطرق الفاسدة ليحترز عنها، أو غير ذلك من الأغراض الصحيحة، كما ذكره جماعة.

وينبغي تقييده بشرط الأمن على نفسه من الميل إلى الباطن بسببها، وأما بدونه فمشكل جداً.

﴿وتعلم السحر﴾ بلاخلاف، وإنما اختلفت العبارات في تعريفه على أنحاء ذكرناها في الشرح المبسوط^(١).

وقد استثنى للتوقي ودفع المتنبئ، ولا بأس به بل ربما وجب كفاية، ويجوز الحل به نصوص^(٢)، وربما خصت بغير السحر من الذكر والتعويد والقرآن ونحوها، وهو أحوط.

﴿والكهانة﴾ بكسر الكاف ﴿والقيافة، والشعبذة﴾ وعرف الأولى: بأنها عمل يوجب طاعة بعض الجان له فيما يأمره به، وهو قريب من السحر أو أخص منه.

والثانية: بأنها الاستناد إلى علامات وإمارات يترتب عليها الحاق نسب

(١) رياض المسائل ١/٥٠٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٢/١٠٥، ب ٢٥.

ونحوه .

والثالثة: بأنها الافعال العجيبة المترتبة على سرعة اليد بالحركة فتلبس على

الحس .

ولا خلاف في تحريم الثلاثة، بل عليه في الاوليين الاجتماع في كلام جماعة وربما خص في الثانية بما اذا ترتب عليه محرم أو جزم بها، ولا بأس به ، وان كان الاحوط تركها مطلقا .

﴿والتمار﴾ بالالات المعدة له كالنرد والشطرنج والاربعة عشر واللعب بالخاتم والبيض والجوز بلاخلاف، ولا يملك ما يترتب عليه من الكسب، بل هو سحت .

فان وقع من غير المكلف ، وجب رده الى مالكة . ولو قبضه غير مكلف ، فال مخاطب برده وليه . فان جهل مالكة، وجب انفحص عنه، ومع اليأس تصدق به عنه . ولو انحصر في محصورين، وجب التخلص منهم ولو بالصلح .

ويستفاد من بعض الاخبار^(١) الاجتناب عنه بعد الاكل بالتقياء ، ومن آخر منها حرمة الحضور في المجالس التي يلعب بها فيها والنظر اليها، وهو مستفيض .

﴿والغش﴾ بكسر الغين ﴿بما يخفى﴾ كشوب اللين بالماء لا بغيره ، كمزج الحنطة بالتبن والتراب، وجيدها برديها، فيجوز على كراهية في ظاهر الاصحاب . ولو غش لا بقصده، بل بقصد اصلاح المال، جاز مطلقا .

﴿وتدليس الماشطة﴾ باظهارها في المرأة محاسن ليست فيها، من تحمير وجه ووصل شعر ونحوهما ، ارادة منها اترويح كسادها ، ومثله فعل المرأة ذلك بنفسها .

﴿ولا بأس بكسبها مع عدمه﴾ أي التدليس، كما لو كانت مزوجة بل يستحب

(١) وسائل الشيعة ١٢/١١٩، ج ٢ .

كما يستفاد من كثير من المعتمدة (١) .

﴿وتزيين﴾ كل من ﴿الرجل﴾ والمرأة ﴿بما يحرم عليه﴾ كلبس الرجل السوار والخلخال والثياب المختص بها عادة ، ومنه تزيينه بالذهب وان قل ، والحريز الا ما استثنى . و كلبس المرأة ما يختص بالرجل كالعمامة والمنطقة ونحوهما مما يوجب الشهرة والخزي بين الناس ، وهو الضابط ، ويخالف باختلاف الازمان والاصقاع .

﴿وزخرفة المساجد﴾ أي نقشها بالذهب ﴿و﴾ تعشير ﴿المصاحف﴾ به ، والظاهر الجواز فيهما مع الكراهة وفقاً لجماعة .

﴿ومعونة الظالم﴾ كالمكتابة للظلمة واحضار المظالم لديهم ، ونحو ذلك مما يكون اعانة لهم على ظلمهم ، بل يستفاد من كثير من النصوص (٢) حرمة اعانتهم ولو في المباحات والطاعات ، والعمل بها أحوط ، الا في التقية والضرورة ، وان كان ظاهر الاصحاب بغير خلاف يعرف ، اختصاص المنع بالاعانة في المحرم . ويدخل في اعانتهم المحرمة اختيار التولية عنهم بلاخلاف الا لضرورة ، فلا بأس بها بشرط أن يحسن الى اخوانه ليكون واحدة بواحدة ، بلاخلاف فيه أيضاً فتوى ونصاً ، وهو مستفيض وان اختلف في الاباحة والرجحان والاثابة . وربما يجمع بينهما بحمل الاولى (٣) على الداخل معهم لحب الدنيا والرئاسة مازجاً ذلك بفعل الطاعات وقضاء حوائج المؤمنين وفعل الخيرات . والثانية على الداخل معهم لذلك بل لمجرد ما ذكر من الطاعة .

﴿وأجرة الزانية﴾ فانها سحت ، كما في المعتمدة (٤) .

(١) وسائل الشريعة ٩٣/١٢ ، ب ١٩ .

(٢) وسائل الشريعة ١٢٧/١٢ ، ب ٤٢ .

(٣) في «ن» : الاولى .

(٤) وسائل الشريعة ٦١/١٢ ، ح ١٥ .

﴿السادس : ﴾ أخذ ﴿الاجرة على القدر الواجب من تغسيل الاموات وتكفينهم وحملهم ودفنهم﴾ ونحوها الواجبات الاخر التي تجب على الاجير عيناً أو كفاية وجوباً أصلياً اجماعاً، أما التوصلي كأكثر الصناعات الواجبة كفاية، فلا يحرم أخذ الاجرة عليها قطعاً .

ويستفاد من العبارة جوازه على الامور المندوبة، كالغتسيل ثلاثاً ، والتكفين بالقطع المستحبة، ولاريب فيه وفاقاً للاكثر .

﴿و﴾ أخذ ﴿الرشا﴾ بضم أوله وكسره مقصوراً، جمع رشوة بهما ﴿و﴾ في الحكم ﴿و﴾ ولا فرق بين أن يكون الحكم للراشي أو عليه، وبأثم الدافع لها أيضاً ، الا اذا لم يمكن الوصول الى الحق بدونها ، فيجوز حينئذ الدفع ، ويحرم على المدفوع اليه مطلقاً .

قيل : وكذا يحرم على المحاكم قبول الهدية اذا كان للمهدي خصوصية في المال، وكذا اذا كان لم يعهد منه الهدية له قبل توالي القضاء. وهو أحوط، وان كان في تعيينه نظر .

والاظهر في الفرق بينهما أن الرشوة ما كان دفعه لغرض التوصل الى القضاء والهدية ما كان دفعه لغرض التودد والتوصل لحاجة من العلم ونحوه .

﴿والاجرة على الصلاة بالناس﴾ جماعة ، وفاقاً لجماعة ﴿و﴾ على ﴿القضاء﴾ والحكم بينهم، سواء تعين عليه أم لا، مع الحاجة اليها وعدمها على الاقوى .

﴿ولا بأس﴾ في صورة المنع ﴿بالزرق من بيت المال﴾ ومأعد للمصالح من خراج الارض ومقاسمتها قولاً واحداً .

والصحيح^(١) المانع عنه محمول على ما أخذ على جهة الاجر، والفرق بينهما ما قيل: من توقف العمل عليه دون الرزق، أو أن الاجر يتوقف على تقدير العمل والعوض وضبط المدة والصيغة المخصوصة، بخلاف الرزق، لاناظنه بنظر الحاكم وعدم تقدره بقدر .

﴿وكذا﴾ يحرم أخذ الاجرة ﴿على الاذان﴾ على الاظهر الا شهر، بل في كلام جماعة الاجماع .

﴿ولابأس﴾ بالرزق من بيت المال كما مر، ولا ﴿ب﴾ أخذ الاجرة على عقد المكاح وغيره من العقود، بأن يكون العاقد وكيلًا من أحد المتعاقدين .
أما تعليم الصيغة والقاؤها على الوجه اللازم فلا يجوز عليه للوجوب . نعم يجوز على الخطبة والخطبة في الاملاك .

المكاسب المكروهة :

﴿والمكروه : اما لافضائه الى المحرم﴾ أو المكروه ﴿غالباً﴾ كـ ﴿اتخاذ الصرف﴾ حرفة ، فان فاعله لا يسلم من الربا .
﴿وبيع الاكفان﴾ فانه يتمني الربا .

﴿و﴾ بيع ﴿الطعام﴾ فانه يتمني الغلاء ، ولا يسلم من الاحتكار غالباً .
﴿و﴾ بيع ﴿الريقق﴾ والمماليك ، فانه يكون أقل الناس خبراً ، فان شر الناس من باع الناس .

﴿والصباغة^(٢)﴾ لانه يذكر الدنيا وينسي الآخرة ﴿والذباحة﴾ فانه يسلب

(١) وهو صحيح عبد الله بن سنان قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق، فقال: ذلك السحت. وسائل الشيعة ١٨/ ١٦٢، ح ١.
(٢) كذا في النسخ، وفي المطبوع من المتن: الصباغة .

من قلبه الرحمة .

﴿وبيع ما يكتن من السلاح لاهل الحرب ، كالحفین والدرع﴾ فان فيه نوع ركون اليهم ومودة .

﴿واما لضعته﴾ وردائه ﴿كالحياكة﴾ والنساجة ، ففي الخبر : ولد الحائك لا ينجب الى سبعة بطون^(١) .

﴿والحجامة اذا شرط الاجرة﴾ لا بدونه ، ويحتمل الكراهة مطلقاً ، الا أن التقييد أشهر وأقوى .

﴿وضراب الفحل﴾ بأن يؤجره لذلك .

واعلم أن النصوص^(٢) والفتاوى وان أطلقت الدنع عن الامور المزبورة ونحوها تحريماً وكراهة ، الا أنه ينبغي تقييده بعدم احتياج الناس اليها ، والا فتجب عيناً أو كفاية .

﴿ولا بأس بالختانة وخفض الجواني﴾ .

﴿واما لتطرق الشبهة﴾ المرغب الى تركها في النصوص^(٣) المستفيضة ﴿ككسب الصبيان﴾ المجهول أصله أو مطلقاً من حلال أو حرام ، ومع العلم بالاول فلا كراهة ، وبالثاني فحرام بلا شبهة ، ومحل الكراهة تكسب الولي به ، أو أخذه منه ، أو الصبي بعد رفع الحجر عنه .

﴿و﴾ نحوه كسب ﴿من لا يجتنب المحارم﴾ المتعلقة بالمال لا مطلقاً .

﴿ومن المكروه﴾ أخذ ﴿الاجرة على تعليم القرآن ونحوه﴾ ، وكسب القابلية مع الشرط ، ولا بأس به لو تجرد ﴿عنه وفقاً للاكثر .

(١) لم أعثر عليه في كتب الحديث راجع جواهر الكلام ١٣٢/٢٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/١٦٩ و ٧٥ و ٧٧ .

(٣) وسائل الشيعة ١٢/١١٨ ، ب ٣٣ .

وقيل : بتحريم الاولين ، اما مطلقا أو مع الشرط خاصة . وهما أحوط
وان كان في تعينهما ضعف . نعم لا بأس باطلاق الكراهة فيهما ولو من غير شرط
كما عليه جماعة ، مع احتمال انتفائها كذلك ، لظهور بعض المعبرة^(١) بورود
المنع المتقية .

﴿ولا بأس بأجرة تعليم الحكم والاداب﴾ كالكتابة والحساب بلاخلاف فيه
وفيه وسيلة الى الفرار عما يترتب على تعليم القرآن من الكراهة، فليتخذ المعلوم
وسيلة للخروج عن الشبهة الناشئة عن القول بالحرمة، ان كان الاطفال من اهل القلبية
لمعرفة ما في العبارة ، والا فعلى الحفظ والتأديب ونحوهما .
﴿وقد يكره الاكتساب بأشياء أخر تأتي﴾ ذكرها ﴿انشاء الله تعالى﴾ في
تضاعيف الابحاث الاتية .

(مسائل ست : -)

﴿الاولى : لا﴾ يجوز أن ﴿يؤخذ ما ينثر في﴾ الاملاك و﴿الاعراس الا
ما يعرف منه الاباحة﴾ فلا حرمة ولا كراهة، الا اذا كان في أخذه مهانة للنفس ومخالفة
المروة فيكره، وعليه يحمل الصحيح: يكره أكل كل ما انتهب^(٢). أو على الحرمة
ويخص بما اذا لم يعرف منه الاباحة .

﴿الثانية : لا بأس ببيع عظام الفيل، واتخاذ الامشاط﴾ ونحوها ﴿منها﴾ .
﴿الثالثة: يجوز أن يشتري من السلطان﴾ الجائر المخالف لمطلقا على الاقوى
﴿ما يأخذه باسم المقاسمة﴾ والخراج ﴿واسم الزكاة من ثمرة وحبوب ونعم
وان لم يكن مستحقاً له﴾ بشرط أن لا يزيد في الاخذ على ما لو كان الامام العادل

(١) وسائل الشيعة ١٢/١٢، ب ٢٩ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/١٢، ح ٢٣ .

لاخذه ، وهو في الزكاة .مقدر مضبوط ، وقدّر في غيرها بما يتراضى عليه السلطان وملاك الارضين في ذلك الزمان ، فلاؤخذ زيادة على ذلك حرم الزائد بعينه ان تميز ، والا الكل من باب المقدمة .

ولافرق في الجواز بين الشراء وغيره من سائر المعاوضات ، ولا بين قبض الجائر أو وكيله لها وعدمه ، حتى لو أحاله بها وقبل الثلاثة^(١) ، أو وكله في قبضها أو باعها وهي في يد المالك أو في ذمته جاز .

﴿الرابعة : لو دفع اليه﴾ أحد ﴿مالا ليصرفه في المحاويج وكان منهم﴾ وبصفتهم ﴿فلا يأخذ منه الا باذنه﴾ الصريح أو الفحوى مطاقا ، وجدت القرائن على المنع أم لا ، اجماعاً في الاول كما على الجواز في مقابله ، و ﴿على الاصح﴾ في الثاني عند المصنف وجماعة ، وهو أحوط وان كان الجواز أظهر ، وفاقاً للاكثر .

﴿ولو أعطى عياله﴾ وأقاربه ﴿جاز﴾ بخلاف ﴿اذا كانوا بالصفة﴾ وللصحيح^(٢) ، وليس فيه التقييد بعدم التفاضل ، ولا ريب فيه في نحو الزكاة الجائر فيه ذلك بخلاف . ويحتمل فسي غيره عملاً بالاطلاق ، الا أن يكون هناك قرينة فتتبع .

ونحوه الكلام في الاخذ لنفسه حيث جوزناه ، اولاً النص والاجماع المحكي في كلام جماعة على عدم التفاضل ، مع امكان التأمل فيهما ، ولكن كان مراعاة التسوية بل عدم الاخذ بالكلية أحوط وأولى .

﴿ولو عين له﴾ المصارف دونه ، أو عين له شيئاً مخصوصاً ﴿أم﴾ يجوز له أن ﴿يتجاوز﴾ عما عين له اجماعاً كما مضى .

(١) الجائر المحيل ، والمحال عليه ، والمحتال .

(٢) وسائل الشريعة ١٢/٢٠٦ ، ج ٢ .

﴿الخامسة : جوائز السلطان﴾^(١) وعطاياه وكذا مطلق الظلمة ﴿محرمه ان علمت بعينها﴾ أنها للغير ، فان قبضها حينئذ أعادها على المالك ان عرفه وأمكنه ، ولا يجوز الى غيره مهما أمكنه .

ولو أخذه الظالم منه قهراً ، ففي الضمان وعدمه قولان ، أحوطهما : نعم سيما مع القبض بعد العلم بكونها مضمونة .

﴿والا﴾ يعلم بعينها ﴿فهي حلال﴾ مطلقاً ، وان علم أن في ماله ظالم ، بلاخلاف فيه ولا في جواز المعاملة معه حينئذ ، للصالح^(٢) المستفيضة وغيرها ، ولكن الافضل التورع عنها بلاخلاف ، الا اذا علم خلوصها عن المحرام فلا بأس بها . وكذا لو أخبر به أو أخرج منه الخمس .

واطلاق النص^(٣) والفتوى يقتضي الحلية في صورتها مطلقاً ، علم بأن المجيز مالا حلالاً أم لا بل اشبه الحال ، الا أن المستفاد من بعض الاخبار^(٤) الاشتراط بالاول ، وهو أحوط ، وان كان في تعينه نظر .

﴿السادسة : الولاية﴾ للقضاء والحكم بين الناس وغيره ﴿عز﴾ السلطان العادل جائزة ، وربما وجبت ﴿في بعض الصور﴾ .

﴿وعن الجائر محرمه الا مع الخوف﴾ والتقية على النفس ، أو المال ، أو العرض له ، أو للثؤمنين كلا أو بعضاً ، على وجه لا ينبغي تحميله عادة بحسب حال المكروه في الرفعة والضعفة بالنسبة الى الاهانة ، فيجوز حينئذ بل وجبت .

﴿نعم لو تيقن التخلص﴾ به ﴿من المآثم والتمكن من الامر بالمعروف﴾

(١) في المطبوع من المتن: الظالم .

(٢) وسائل الشريعة ١٢/١٥٦ ، ب ٥١ .

(٣) وسائل الشريعة ١٢/١٥٦ ، ح ٢ .

(٤) وسائل الشريعة ١٢/١٦٠ ، ح ١٥ .

والنهي عن المنكر ﴿جازت ولو اختياراً اجماعاً، بل قال جماعة: ﴿أستحب﴾ بل قيل : وجبت ، وهو أحوط بل لعله أظهر .

﴿ولو أكره﴾ على الولاية وتنفيذ الاحكام ﴿لامع ذلك﴾ التيقن والتخلص والتمكن ﴿أجاب﴾ الى الاطاعة وجوباً ﴿دفعاً للضرر ، وينفذ أمره﴾ ونهيه وجميع ما يحكم به ﴿ولو كان محرماً﴾ اجماعاً ، متحرياً^(١) به الاسهل فالاسهل، ومتدرجاً من الأدنى الى الأعلى ، كمراتب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر. ولو انحصر في الأعلى جاز بل وجبت ﴿الافسي قتل المسلم﴾ المحقون الدم فلا يجوز اجماعاً .

وفي الحاق الجرح بالقتل قولان ، والاحوط اللاحق الامع الخوف بتركه على النفس ، فينبغي القطع بالعدم .

وهل يشمل المسلم المخالف أم يختص المؤمن ؟ اشكال ، والاحتياط يقتضي المصير الى الاول ، اذا كان الخوف بترك القتل على نحو المال ، ولا سيما القليل منه خاصة . وأما اذا كان على النفس المؤمنة فاشكال ، ولا يبعد المصير الى الثاني.

(الفصل الثاني)

(في البيع وآدابه)

﴿أما البيع - فهو الايجاب والقبول اللذان تنتقل بهما العين المملوكة من مالك الى غيره بعوض مقدر﴾ وربما عرف بنفس الانتقال ، والاول أشهر . وكل منهما كسائر ما قيل في تعريفه لا يخلو عن نقض ، واكن بعد وضوح المطلب الامر سهل .

(١) في «ن» متخيراً .

ولا يكفي المعاظة على الاظهر الاشهر، حتى أن في صريح الغنية^(١) وظاهر المسالك والروضة^(٢) الاجماع عليه . نعم يباح بها التصرف بلاخلاف ، الامن بعضهم وقد رجع عنه .

ويجوز الرجوع فيها مع بقاء العين ولامع ذهابها ، ويصدق بتلف العينين واحدهما وبعض كل واحدة منهما، ونقلها عن ملكه قطعاً، وتغيرها كحطن الحنطة وصبغها وقصرها وتفصيلها وخباطتها، ونحو ذلك من التصرفات المغيرة المصفة مع بقاء الحقيقة على اشكال . أما لبس الثوب مع عدم تغييره ، فلا أثر له جداً .

ما يشترط في البيع :

﴿وله﴾ أي للبيع ﴿شروط﴾ بعضها يتعلق بالعقد ، وبعضها بالمتعاقدين ، وآخر بالعوضين .

﴿الاول : يشترط﴾ في الايجاب والقبول وقوعهما بلفظ الماضي، والترتيب بينهما بتقديم الاول على الثاني، على الاشهر الاقوى، ولا يعتبر العربية على الاظهر وان كان أحوط .

ويشترط ﴿في المتعاقدين كمال العقل﴾ بالبلوغ والرشد ﴿والاختيار﴾ والقصد فلا يجوز بيع المجنون ولو أدارياً اذا كان حال جنونه، ولا المغمى عليه، ولا السكران ولا الصبي، ولا السفهه ، ولا المكره بغير حق، ولا الغافل، ولا النائم، ولا المذاهل ، ولا الهاذل، بلاخلاف أجده الافى الصبي، فقل فيه: بالجواز اذا بلغ عشرأ ، والاول أشهر وأظهر، الا فيما جرت العادة ببيعهم له ، فلا بأس به .

ولافرق في المنع عن بيع هؤلاء ، بين كونه لهم أولغيرهم، أذن لهم الولي

(١) الغنية ص ٥٢٤ .

(٢) الروضة ٢٢٢/٣ .

أم لا، أجازته بعد الكمال أم لا عدا السفية، فانما يمنع عن البيع لنفسه دون غيره ، والمكره فيصح بيعه ولو لنفسه بعد الاجازة .

﴿وأن يكون^(١)﴾ كل منهما ﴿مالكاً﴾ للعوضين ﴿أولياً﴾ شرعياً لهما مع صغرهما أو جنونهما الاصلي أو الطاري، وهو ﴿كالب والجد له﴾ وان على، دون الام وأبيها على الاشهر الاقوى .

﴿والحاكم﴾ الشرعي ﴿وأمينه﴾ المنسوب من قبله لذلك أو مطلقاً، ولكن ولايتهما بعد فقد الابوين .

﴿والوصي﴾ لهما ، كما أن ولاية الوصي لاحدهما بعد فقد الآخر .
﴿أو وكيل﴾ عن المالك، أو عن من له الولاية عنه حيث يجوز له التوكيل .
ولاخلاف في ثبوت الولاية لهؤلاء، وفي ثبوتها للعدول من المؤمنين - مع تقديم خلاف ، والاشهر الاظهر ثبوتها .

واعلم أن الشرائط المتقدمة عدا الملكية وعدم الكراهة شرط الصحة ، بلا خلاف فيه ولا في كون الملكية وما في معناها - من الولاية والوكالة - شرطاً للمزوم وانما اختلفوا في كونهما شرط الصحة أيضاً أم لا، واليه أشار بقوله :

﴿ولو باع الفضولي﴾ أي من لا يملك ملك غيره بغير اذن شرعي ﴿ف﴾ في صحته ﴿قولان﴾، أشبههما ﴿وأشهرهما بين المتأخرين﴾ بل مطلقاً كما في كلام جماعة بل قيل : كاد أن يكون اجماعاً الصحة و﴿وقوفه على الاجازة﴾ من المالك ومن في حكمه، فان حصلت والانفسخت .

وهل الاجازة كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه أم ناقله من حين وقوعها؟ قولان ، أشهرهما وأظهرهما : الاول .

وتظهر الفائدة في النماء المتخلل بينهما وبين العقد الحاصل من المبيع ، فهو

(١) في المطبوع من المتن : وأن يكون البائع.

للمشتري على الاول، كما أن نماء الثمن المعين للبائع، وهما للمالك المجيز على الثاني .

ولولم يجز المالك، رجع في عين ماله ونمائه مطلقا، وعوض منافعتها المستوفات وغيرها، وقيمة التالف من ذلك أو مثله على المشتري، ويرجع هو بذلك كله على البائع، اذا لم يحصل له نفع في مقابلته، ومع حصوله اشكال .

كل ذا اذا لم يكن عالماً أنه لغير البائع ، أو ادعى البائع الاذن، والالم يرجع بما اغترم .

وهل يرجع بالثمن ؟ المشهور لامطابقا، وقيد شيخنا الشهيد الثاني بما اذا تلف، قال: أما مع بقاءه فله الرجوع ، لانه ماله وهو مسلط عليه بمقتضى النص^(١) ولولم يحصل منه ما يوجب النقل عن ملكه، لانه انما دفعه عوضاً عن شيء لم يسلم له لامجانباً، بل يحتمل الرجوع مطلقا، وفاقاً للمحقق في بعض فتاويه، لتحريم تصرف البائع فيه ، لانه أكل مال بالباطل فيكون مضموناً عليه . ولولا ادعاء العلامة في التذكرة الاجماع على عدم جواز الرجوع مع تلف العين لكان في غاية القوة ، وهو حسن .

﴿ ولوباع ما لا يملكه مالك ﴾ في العرف والعادة ﴿ كالحروف فضلات الانسان ﴾ من شعره ووسخه ﴿ والخنافس ﴾ والبق والبرغوث والقمل ﴿ والديدان ﴾ المتعارفة ﴿ لم ينعقد ﴾ البيع ، وان لوحظ بعض المنافع الموصوفة له في مواضعها . ﴿ ولو جمع بين ما يملك ﴾ بصيغة المبني للفاعل ﴿ وما لا يملك ﴾ بها ﴿ في عقد واحد ، كعبده وعبد غيره ، صح ﴾ البيع ولزم ﴿ في عبده ﴾ خاصة بخلاف ﴿ ووقف ﴾ في ﴿ الاخر على الاجازة ﴾ على المختار في الفصولي ، ويفسد على غيره .

(١) وهو قوله عليه السلام : الناس مسيطون على أموالهم .

ثم انه ان أجاز صح البيع ولاخبار ، وان رد تخير المشتري مع جهله بالحال بين الفسخ والامضاء .

فان فسخ رجوع كل مال الى مالكه ، وان أمضى صح فسي المملوك للبائع بحصة من الثمن . ويعلم مقدارها بتقويمها جميعاً ، ثم تقويم أحدهما منفرداً ، ثم نسبة قيمته الى قيمة المجموع ، فيخصه من الثمن بمثل تلك النسبة .

وانما يعتبر قيمتها مجتمعين اذا لم يكن لاجتماعهما مدخل في زيادة قيمة كل واحدة . أما لو استلزم ذلك - كمصراعي باب - لم يقوما مجتمعين بل منفردين بلا اشكال مع علم المشتري بالحال ، ويشكل مع جهله بها ، والاحتياط لا يترك على حال .

﴿أما لو باع العبد والحر ، أو الشاة والخنزير﴾ والخمر ﴿صح﴾ البيع ﴿فيما يملك وبطل في الآخر﴾ ويثبت الخيار للمشتري مع الجهل .

﴿ويقومان﴾ جميعاً ﴿ثم يقوم أحدهما﴾ منفرداً عن الآخر ، ثم ينسب قيمته الى قيمة المجموع ﴿ويسقط من الثمن﴾ بقدر ﴿ما قابل الفاسد﴾ بتلك النسبة .

وطريق التقويم في المملوك ظاهر ، وفي غيره فالحر يقوم لو كان عبداً على ما عليه من الصفات والكيفيات ، والخمر والخنزير يقومان بقيمتها عند مستحليهما اما باخبار جماعة منهم كثيرة يؤمن من اجتماعهم على الكذب ويحصل من قولهم العلم أو الظن المتآخم له ، أو باخبار عدلين من المسلمين يطلعان على حاله عندهم لامنهم مطلقاً .

اشتراط تعيين العوضين :

﴿الثاني﴾ : تعيين العوضين بما قرر لتعيينهما عادة ، بحيث ترتفع الجهالة

منهما من ﴿الكيل أو الوزن أو العدد﴾ أو الذرع أو المشاهدة .
 ﴿فلوباع ما يكال﴾ عادة ﴿أو يوزن أو يعد﴾ أو يذرع أو يشاهد ﴿لا كذلك
 بطل﴾ للغرر . والمعتبر صاع البلد ومكياله المشهور ، فلا يجوز بالنادر . ويجوز
 الاعتماد في الكيل والوزن على اخبار البائع .

﴿ولو تعذر^(١) الوزن﴾ فيما يوزن ﴿والعد﴾ فيما يعد ﴿اعتبر مكيال واحد﴾
 أو لا وأخذ الباقي بعد ذلك ﴿بحسابه﴾ بلا خلاف في الجواز .
 وإنما اختلفوا في اشتراطه بالتعذر ، كما في المتن وكثير ، تبعاً لمورد النص^(٢)
 أو التعسر كما قيل ، جمعاً بينه وبين عموم ما دل على نفيه ، أو عدم الاشتراط بشيء منهما
 كما عليه شيخنا الشهيد الثاني وغيره ، لزوال الغرر وحصول العلم واغتفار التفاوت
 والمخبرين^(٣) ، والاحوط الاول ، والثاني لا يخلو عن وجه .

ثم ان المحكي عن الاصحاب اعتبار الكيل والوزن فيما يبيع بهما في زمان الشرع
 مطلقاً ، وان لم يبيع الان كذلك ، واثباته من النص مشكل ، الا أن الامر فيه هين
 بناءً على عدم معلومية مثله في زمانه لنا الان ، الا في نحو الطعام والزيت والجص
 وأمثالها مما تباع الان كذلك ، وان غير الكيل بالوزن في بعض وعكس في آخر
 ولا بأس في المشهور لاضبطية الوزن ويحتاط في العكس ، وان ألحقه جماعة
 بالاول ، للمخبر^(٤) وفيه ضعف سنداً ودلالة ، مع أن في السرائر^(٥) نفي الخلاف
 عن عدم جوازه .

﴿و﴾ يتفرع على الشرط أنه ﴿لا يكفي مشاهدة الصبرة﴾ المجهولة ﴿ولا

(١) في المطبوع من المتن : تعسر .

(٢) وسائل الشريعة ٢٥٨/١٢ ، ب ٧ .

(٣) وسائل الشريعة ٢٥٥/١٢ ، ح ١٣ و ٢ .

(٤) وسائل الشريعة ٦٣/١٣ ، ح ١ .

(٥) السرائر ص ٢١٤ .

المكيال المجهول * كقصعة حاضرة وان تراضيا عليه ، ولا الوزن المجهول كالاتماد على صخرة معينة وان عرفا قدره تخميناً أو كالا أو وزناه بعد ذلك . ولا العد المجهول ، بأن عولا على ملء اليد ، أو آلة يجهل ما تشتمل عليه ، ثم اعتبر العدد به .

* ويجوز ابتاع جزء مشاع * معلوم * بالنسبة * كالنصف والثالث * من معلوم * بالكيل أو الوزن مطلقا * وان اختلفت أجزاؤه * كالجواهر والحيوان بلاخلاف ، فيجوز بيع نصف الصبرة المعلومة المقدار والوصف ، والشاة المعلومة بالمشاهدة أو الوصف .

واعلم أن أقسام بيع الصبرة عشرة ، ذكر الماتن منها بعضاً منظوفاً وبعضها مفهوماً .

وجملتها : أنها اما أن تكون معلومة المقدار ، أو مجهولته ، فان كانت معلومة صح بيعها أجمع ، وبيع جزء منها معلوم مشاع ، وبيع مقدار معين علم اشتغالها عليه كقفيز وبيعها كل قفيز بكذا ، لا يبيع كل قفيز منها بكذا .

والمجهولة يبطل بيعها في الاقسام الخمسة ، الا في الثالث بشرط العلم باشتغالها على المقدار كما عن الأكثر ، أو مطلقاً على قول من يجبر نقص المبيع فيه ، اذا تحقق بالخيار بين أخذ الموجود منها بحصة من الثمن وبين الفسخ .

ولا خلاف فيما عداه ، الا ما يحكى عن الشيخ من الحكم بالصحة في القسم الرابع ، ولو كان الصبرة مجهولة ، وهو ضعيف كاحتمال الفاضل فيها الصحة في القفيز الواحد لا الجميع .

وهل ينزل القدر المعلوم على الاشاعة ، أو يكون المبيع ذلك المقدار في الجملة ؟ وجهان ، أجودهما : الثاني عند جماعة ، ويعضده رواية ^(١) صحيحة .

وتظهر الفائدة فيما لوتلف بعضها، فعلى الاول يتألف من المبيع بالنسبة، وعلى الثاني يبقى المبيع ما بقي قدره .

ما يشترط في بيع العين الحاضرة :

﴿الثالث : لاتباع العين الحاضرة الا مع المشاهدة﴾ لها ﴿أو الوصف﴾ الرافع للجهالة ، ويكون في كل شيء بحسب ما يراد في المعاملة به في العادة ، بحيث تكون المعاملة بدونه غرراً ومجازنة .

ففي نحو الفرس بنحو الصغر والكبر دون مقدار اللحم ، وفي نحو الغنم المطلوب من شرائه مقداره به ، وفي نحو الفيل المطلوب طوله وعرضه كما قيل بهما وفي الثوب المطلوب به أوصافه التي تتفاوت القيمة بتفاوتها بها وهكذا .

﴿ولو كان المراد﴾ بيعها ﴿طعمها﴾ كالديس مثلاً ﴿أو ربحها﴾ كالمشك والعنبر ونحوهما ﴿فلا بد من اختبارها﴾ بهما أو الوصف ، هذا ﴿إذا لم يفسد﴾ المبيع ﴿به﴾ بالاختبار ، والا فيجوز بيعه من دونه ، كما يأتي .

﴿ولو يبيع﴾ مثلهما ﴿ولما يختبر﴾ بالامرين ولم يوصف بهما ، أو وصف وصفاً لم تزل معه الجهالة ، بناءً على أصالة الصحة من الافة فيما هي الاصل فيه ﴿ف﴾ في الجواز وعدمه ﴿قولان﴾ ولكن ﴿أشبههما﴾ وأشهرهما ﴿الجواز﴾ مع العلم به من غير هذه الجهة ، كاللون والقوام ونحوهما مما يختلف باختلافه القيمة ﴿وله الخيار لو خرج معيباً﴾ بين الرد والارش ان لم يحدث فيه حدثاً زائداً على اختياره .

﴿ويتعين الارش بعد الاحداث فيه﴾ الزائد، كما في غيره من أنواع المبيع ، وان كان المشتري المحدث أعمى على الاقوى ، والقول الثاني بالعدم ، الا بالاختبار أو الوصف لجماعة من القدماء ، وهو أحوط وأولى .

﴿ولو أدى اختياره الى افساده كالجوز والبطيخ﴾ وشبههما ﴿جاز شراؤ﴾ بدونه، بعد تعيينه بوجه آخر كما مضى، بل الجواز هنا أولى، وإذا لم يختلفوا فيه هنا، وإن اختلفوا في اطلاقه أو تقييده، بشرط الصحة أو مع البراءة من الافة أو أحدهما على أقوال، أشهرها وأظهرها أولها، بل قيل: مراد المشترطين جواز البيع بالشرطين لا اشتراطهما، فلا خلاف في المعنى.

﴿ويثبت﴾ مع الصحة ﴿الأرش لسو خرج معيماً لا الرد﴾ لمكان التصرف ﴿ويرجع بالثمن﴾ كله ﴿للم يكتن له كسوره قيده﴾ تبذل له عادة، كالجوز الفارغ والبيض الفاسد مطلقاً، ولو اشترط البائع البراءة من العيب على الأقوى، والظاهر الأشهر انفساخ العقد من أصاه.

﴿وكذا يجوز بيع المسك في فأره﴾ وناقضته^(١)، وهي الجلدة المشتملة عليه ﴿وان لم تفتق﴾ فتختبر، بشرط العلم بمقداره ونحوه مما يعتبر في شرائه وبتفاوت قيمته باختلافه، وإكن فتقه بأن يدخل فيه خيط بآبرة ثم يخرج ويشم أحوط.

﴿ولا يجوز بيع سمك الاجام﴾ من دون ضميمة، إذا لم يكن محصوراً مشاهداً ﴿لجهالته﴾ ولو بعضاً، بلا خلاف فيه ولا في الجواز، كما قيل مع الحصر والمشاهدة، لانقضاء الجهالة. والحكم بالمنع مطلق ﴿وان ضم اليه القصب﴾ ونحوه ﴿على الاصح﴾ الأشهر.

﴿وكذلك اللبن في الضرع﴾ بفتح الضاد أي الثدي، لم يجز بيعه ﴿ولو ضم اليه ما يحتلب منه﴾ على الأشهر، خلافاً للنهاية^(٢) وجماعة فالجواز فيهما،

(١) النافعة: وعاء المسك، الجلدة التي يجتمع فيها المسك، وهي سرّة غزال المسك.

(٢) النهاية ص ٤٠٠.

وعليه الاجماع في الغنية^(١)، وله شواهد من المعبرة^(٢)، فلا يخلو عن قوة ، ولكن المنع أحوط، هذا اذا لم تكن الضميمة مقصودة بالذات في المعاملة ، والا فيجوز قطعاً ، كما صرح به جماعة .

﴿وكذا﴾ القول في كل مجهول ضم الى معلوم ، كـ ﴿أصواف الغنم﴾ على ظهورها اذا بيعت ﴿مع مافي بطونها﴾ خاصة، دونها ان قلنا بمعلومية الاصواف والا فلا يجوز مطالقا ولو كانت الضميمة مقصودة ، لمجهولتيهما على هذا التقدير قطعاً، خلافاً للشيخ وجماعة فجوزوا بيعها لرواية^(٣) ضعيفة .

﴿وكذا﴾ لا يجوز بيع ﴿كل واحد منهما﴾ أي من الاصواف ومافي البطون ﴿منفرداً﴾ عن الآخر عند جماعة، والظاهر الاشهر الجواز في الاصواف مع المشاهدة، لاندفاع الفرر بها والجهالة، وان هي الاكاشمة على الشجرة ليست بمكيلة ولا موزونة .

والمشهور اشتراط الجز أو كونها مستحزة بالغة أو انه، وهو أحوط وان كان في تعيينه نظر .

واو شرط تأخيرها عن وقت البيع مدة معاومة وتبعية المتجدد لها في البيع ، بنى على القاعدة ، فان كان المقصود بالذات هو الوجود صح والا فلا .
﴿وكذا﴾ لا يجوز بيع ﴿ما يلقح الفحل﴾ وهو ماتحملة الناقة منفرداً اجماعاً .

﴿وكذا﴾ بيع ﴿ما يضرب الصيد بشبكته﴾ منفرداً للجهالة . وكذا منضمماً فيهما، الآن تكون الضميمة مقصودة بالاصالة .

(١) الغنية ص ٥٢٤ .

(٢) وسائل الشريعة ٢٥٩/١٢ ، ح ٢ .

(٣) وسائل الشريعة ٢٦١/١٢ ، ح ١٣ .

اشتراط تعيين الثمن :

﴿الرابع : تقدير الثمن﴾ وتعيينه ﴿و﴾ تعيين ﴿جنسه﴾ ووصفه .
 ﴿فلو اشتراه بحكم أحدهما﴾ أو أجنبي ﴿فالباع باطل﴾ بلاخلاف .
 وكذا لو اشتراه بثمن مجهول القدر وان شوهد ، أو الصفة كمائة درهم وان كانت مشاهدة لا يعلم وصفها مع تعدد النقد الموجود ، أو الجنس وان علم قدره ، لنحقق الجهالة في الجميع ، فيكون الشراء فاسداً وان اتصل به القبض . وایس كالمعاطاة ، لان شرطها اجتماع شرائط البيع ، سوى العقد الخاص بلاخلاف .
 ﴿و﴾ حيث بطل البيع ﴿يضمن المشتري تلف المبيع مع قبضه ونقصانه﴾ بفتح النون الثانية عطف على تلفه ، أي يضمن نقصانه . عيناً أو منفعة ، بالمثل ان كان مثلياً ، والا فبالقيمة يوم التلف على الأشهر ، وقيل : يوم القبض . وقيل : الاعلى منه اليه ، وهو أحوط ، سيما اذا كانت التفاوت بسبب نقص في العين أو زيادة ، بل هو فيه متعين .

﴿وكذا﴾ الكلام ﴿في كل بيع فاسد﴾ فيضمن القابض التلف والنقصان وألحق به في المشهور المأخوذ بالسوم ، وفيه اشكال والاحتياط واضح .
 ﴿و﴾ يجب على البائع أن ﴿يرد عليه﴾ أي على المشتري ﴿ما زاد﴾ في المبيع ﴿بفعله﴾ مطلقاً منفعة كانت الزيادة ﴿كتعليم الصنعة﴾ أو عيناً ﴿و﴾ هي المشار إليها بـ ﴿الصبغ على الاشبه﴾ الأشهر .

وفيه قولان آخران بعدم وجوب الرد مطلقاً ، أو في المنفعة خاصة . أما العين فيجب ردها مع امكان الفصل ، والا كان شريكاً بالنسبة من القيمة .
 ولا يخلو عن وجه وان كان الاول أحوط ، بل وأظهر ان جهل القابض بالفساد والا فهو حينئذ كالغاصب الذي ليس له الرجوع الى المنفعة بالاجماع ، كما في

المذهب .

﴿ واذا أطلق النقد انصرف الى نقد البلد ﴾ فلا يجب التعيين في اللفظ ، وذلك واضح مع الوحدة . وأما مع التعدد فلا بد من التعيين ، الا أن يكون هناك فرد غالب ينصرف اليه الاطلاق فكالواحد .

هذا اذا اختلفت الافراد بحسب القيمة ، وان اختلف بحسب الرغبة خاصة ، فالمتعين أيضاً أحوط وان كان في تعينه نظر .

﴿ وان عين نقداً ﴾ في متن العقد ﴿ لزم ﴾ كائناً ما كان .

﴿ ولو اختلفا في قدر الثمن ﴾ فادعى البائع الاكثر والمشتري الاقل ﴿ فالقول قول البائع مع يمينه ، ان كان المبيع قائماً ﴾ بعيته ﴿ وقول المشتري مع يمينه ان كان تالفاً ﴾ على الاظهر الاشهر ، وفي الخلاف ^(١) وظاهر الغنية ^(٢) وغيره الاجماع ، وفي المسألة أقوال أخر .

وعلى المختار لو كانت العين قائمة بعيته ، لكنها قد انتقلت عن المشتري انتقالا لازماً ، ففي تنزيله منزلة التلف وعدمه قولان ، أجودهما : الاول . واوتاف بعضه ، فالظاهر تنزيله منزلة الجميع ، فالقول فيه وفي سابقه قول المشتري . وكذا لو امتزج بغيره امتزجاً لا يمكن تخليصه .

﴿ و ﴾ يجوز أن ﴿ يوضع ﴾ ويسقط ﴿ لظروف السمن والزيوت ﴾ ونحوهما بعد بيعهما وهما فيها ووزنهما معها ﴿ ما كان ﴾ وضعه لها ﴿ معتاداً ﴾ سواء كان ماجوت به العادة زائداً عن وزن الظروف أم ناقصاً ﴿ لازائداً ﴾ عن المعتاد ، فانه لا يجوز الا مع التراضي ، كما لو لم تطرد العادة .

اشتراط القدرة على العوضين :

﴿ الخامس : القدرة على تسليمه ﴾ أي العوض من الثمن أو المثل .

(١) الخلاف ٥٧٠/١ ، مسألة ٢٣٦ .

(٢) الغنية ص ٥٢٧ .

﴿فلو باع الابق﴾ المتعذر تسليمه ﴿منفرداً لم يصح﴾ اجماعاً، الا اذا قدر المشتري على تحصيله دون البائع فيصح، وفاقاً لجماعة، خلافاً للشيخ ومن تبعه فأطلقوا المنع، ومراعاته أحوط. وعلى المختار اوباع مع الضميمة، لم يباحثها أحكامها الاتية .

﴿ويصح﴾ بيعه ﴿او ضم اليه شيء﴾ يصح بيعه منفرداً، سواء كان مقصوداً بالذات أم لا .

فان وجده المشتري وقد رضى اثبات يده عليه، والا كان الثمن بازاء الضميمة سواء كان عدم القدرة المتألف أو غيره ، ولا خيار له بذلك مع عامه باباقه ، أما او جهل جاز الفسخ .

ويشترط في بيعه ما يشترط في غيره من الشروط، سوى القدرة على تسليمه. ولا يلحق به غيره مما في معناه، كالبعير الشارد والفرس الغابر^(١) ، على الأشهر الأقوى، بل المملوك المتعذر تسليمه بغير الباقي أيضاً، فلا يجوز بيعه منفرداً ولا منضمماً، الا أن تكون الضميمة مقصودة بالذات، وكذلك المجعود والضال على الأقوى .

ما يستحب في التجارة :

﴿وأما الاداب: فالمستحب التفقه﴾ ولو بالتقليد للعارف الفقيه فيما يتولاه بنفسه، ليعرف صحيح العقد من فاسده، ويسلم من الربا وغايلته .
﴿والتسوية بين المتباعين﴾ بتقديم الباء الموحدة من تحت على التاء المثناة من فوق، جمع مبتاع، في الانصاف وحسن المعاملة، فلا يفرق بين المماكس وغيره، ولا بين الوضيع والشريف . نعم لو قاوت بينهم بسبب فضيلة وديانة فلا

(١) غير غيوراً الغابر : الماضي .

بأس، كما ذكره جماعة .

﴿ولا فالة﴾ وفسخ المعاملة ﴿لمن استقال﴾ وطلبها اذا كان مؤمناً، مشترطاً كان أو بائعاً .

﴿والشهادتان﴾ بالتوحيد والرسالة .

﴿والتكبير عند الاتباع﴾ قائلا بعدهما : « اللهم اني اشتريته التمس فيه من فضلك فاجعل لي فيه فضلا ، اللهم اني اشتريته التمس فيه من رزقك فاجعل لي فيه رزقاً » كما في الصحيحين، وفيهما: ثم أعد كل واحد ثلاث مرات (١) .
وظاهر الدعاء اختصاص استحبابه للشراء للتجارة لا لمطلعا ، ومع ذلك استحباب التكبير بهذه الكيفية لا مطلقا، والحق الشهادتين به والحكم باستحبابهما من دونها، كما في العبارة وغيرها، لم أقف لهما من الاثر على خبر، ولا لهما في البركة ولا بأس به .

﴿وأن يأخذ ناقصاً ويعطي راجحاً﴾ نقصاناً ورجحاناً لا يؤدي الى الجهالة بأن يزيد كثيراً بحيث يجهل مقداره تقريباً. ولو تنازعا في تحصيل الفضيلة، قيل: قدم من بيده الميزان والمكيال .

ما يكره في التجارة :

﴿والمكروه : مدح البائع﴾ سلعته ﴿وذم المشتري﴾ له .

﴿والحلف﴾ على البيع والشراء اذا كان صادقاً، والا فعليه لعنة الله تعالى .

﴿والبيع في موضع يستر فيه العيب﴾ من غير قصد اليه ، والا فيحرم .

﴿والتماس﴾ الربح على المؤمن الا مع الضرورة ﴿فأخذ نفقة يوم له

وليلة موزعة على المعاملين معه في ذلك اليوم مع انضباطهم، والا ترك الربح على

المعامل بعد تحصيل قوت يومه . كل ذلك مع شرائهم للتوت ، أما التجارة فلا كراهة مع الرفق، كما في رواية (١) .

﴿وعلى من يعده بالاحسان﴾ كأن يقول : هلم أحسن اليك، فيجعل احسانه الموعود به ترك الربح عليه .

﴿والسوم﴾ وهو الاشتغال بالتجارة ﴿ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس، ودخول السوق أولاً﴾ والخروج آخرأً، بل يبادر الى قضاء حاجته منه ويخرج سريعاً، ولا فرق في ذلك بين التاجر وغيره ، ولا بين أهل السوق عادة وغيرهم .

﴿ومبايعة الدين﴾ والسفلة، قيل: وهم الذين يحاسبون على الشيء الدون، أو من لا يسره الاحسان ولا يسوءه الاساءة، أو من لا يبالي بما قال ولا ما قيل له . وفي الفقيه (٢) نسب التفاسير الثلاثة الى الاخبار ، لكن في تفسير السفلة .

﴿وذوي العاهات﴾ والنقص في الأبدان، كالجنون والبرص والعمى والعرج والجذام ﴿والاكراد﴾ وهم معروفون .

﴿والتعرض لـ﴾ مباشرة ﴿الكيل أو الوزن اذا لم يحسن﴾ شيئاً منهما . .
﴿والاستحطاط﴾ أي طلب الوضعية من الثمن ﴿بعد الصفقة﴾ ولزوم المعاملة .

﴿والزيادة﴾ في الساعة ﴿وقت النداء﴾ عليها من الدلال ، بل يصبر حتى يسكت ثم يزيد .

﴿ودخوله في سوم أخيه﴾ المؤمن بيعاً أو شراءً، بأن يطلب ابتياع الذي يريد أن يشتريه ويبدل زيادة عنه، ليقدمه البائع أو يبذل للمشتري متاعاً غير ما اتفق عليه هو والبائع . وقيل: بالمنع عنه . وهو أحوط .

(١) وسائل الشيعة ١٢/٢٩٣، ب ١٠٠ .

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣/١٠٠ .

وانما يكره أو يحرم بعد التراضي أو ما يقرب منه، فلو ظهر منه ما يدل على عدمه فلا منع أصلاً. ولو كان السوم بين اثنين، سواء دخل أحدهما على النهي أم لا، بأن ابتدأ فيه معاً قبل محل النهي، لم يجعل نفسه بدلاً عن أحدهما. ولا كراهة فيما يكون في الدلالة، لانها عرفاً موضوعة لطلب الزيادة مادام الدلال يطلبها، فإذا حصل الاتفاق بينه وبين الثغريم، تعلقت الكراهة وإن كان بيد الدلال. ولا كراهة في طلب المشتري من بعض الطالبيين الترك، الآن يستلزم لجبر الوجه فيكره، مع احتمال العدم. ولا كراهة في ترك المأتمس منه قطعاً، بل ربما يستحب، لأن فيه قضاء حاجة لآخيه.

﴿وأن يتوكل﴾ في بيع المال ﴿الحاضر للبادي﴾ وهو الغريب الجانب للبلد وإن كان قروياً، ولا يحرم وفاقاً للاكثر. ﴿وقيل: يحرم﴾ والفاصل الشيخ في المبسوط^(١) والخلاف^(٢) والحلي وابن حمزة، وهو أحوط.

ويشترط في المنع مطلقاً علم الحضري بالنهي كما في كل تكليف، وجهل الغريب بسعر البلد، فلو علم بسعر البلد لم يكره، كما يشعر به بعض النصوص^(٣)، ولادليل على اشتراط غير ذلك.

قيل: ولا بأس بشراء البادي له. ولا بأس به، وإن كانت الكراهة فيه أيضاً محتملة.

﴿وتلقي الركبان﴾ الفاصدين إلى بلد البيع، والخروج اليهم للبيع عليهم

(١) المبسوط ١٦٠/٢.

(٢) الخلاف ٥٨١/١، مسألة ٢٨١.

(٣) وسائل الشيعة ٣٢٧/١٢، ب ٣٧.

والشراء منهم .

وقيل : بتحريمه ، وفي الخلاف ^(١) الاجماع عليه ، وهو أظهر خلافاً للاكثر .

﴿ وحده أربعة فراسخ فمادون ﴾ أما ما زاد فانه تجارة .

ويشترط في المنع مطلقاً : القصد الى الخروج ، وجهل الركب القادم بالمتاع بسعر البلد . فلو صادف الركب في خروجه لغرض آخر ، لم يكن به بأس . وكذا لو خرج قاصداً مع الندامة والرجوع عما قصده . وكذا لو علم الركب بالسعر لم يكره .

ويستفاد من بعض الاخبار ^(٢) انتفاء الكراهة بعد وصوله الى حدود البلد ، ولا بأس به وان كانت الكراهة هنا محتملة أيضاً .

ولوباع في محل المنع ، صح على الاصح . وقيل : لا ، وهو أحوط .
﴿ و ﴾ على الصحة ﴿ يثبت الخيار ﴾ للركب ﴿ ان ثبت الغبن ﴾ الفاحش ، على الاظهر الأشهر .

وهل هو على التراخي أم الفور ؟ مقتضى الاصل الاول ، خلافاً للاكثر فالثاني وهو أحوط .

﴿ والزيادة على السلعة مواطأة للبائع ﴾ يعني : لا يقدم على شيء لا يريده بما فوق ثمنه ترغيباً للمشتري ، والاصح تحريمه ، وفاقاً للاكثر ، وعن جماعة الاجماع عليه .

﴿ وهو ﴾ المسمى بـ ﴿ النجش ﴾ بالنون والجيم والشين المعجمة ^(٣) ، ولا يبطل به البيع ، وان تخير المشتري مع الغبن الفاحش ، وفاقاً للاكثر في الاول

(١) الخلاف ٥٨١/١ ، مسألة ٢٨٢ .

(٢) وسائل الشريعة ٣٢٦/١٢ .

(٣) في « ن » : المعجمات .

وفي الخلاف نفى الخلاف عنه ، ولجماعة في الثاني .

﴿والاحتكار ، وهو حبس الطعام كما عن الجوهري ، أو مطلق﴾ (الاقوات) يتبرص به الغلاء ، للنهي عنه في الصحيح^(١) وغيره .

﴿وقيل : يحرم﴾ والقاتل الصدوق والقاضي والحلي والحلي في أحد قوايه وجماعة من المتأخرين ، ولا يخلو عن قوة ، خلافاً للشيخين والفاضل فاخترأوا الكراهة .

﴿وانما يكون﴾ لاحتكار ﴿في﴾ خمسة : الحنطة والشعير ، والتمر والزبيب والسمن ﴿على الأشهر . وقبل : بزيادة الزيت ، ولا يخلو عن قوة .﴾
﴿وقيل :﴾ بشوته ﴿في الملح﴾ أيضاً ، والقاتل الشيخ وابن حمزة ، ولا بأس به على القول بالكراهة .

﴿و﴾ انما ﴿تتحقق الكراهية اذا﴾ اشتراه و﴿استبقاه لزيادة الثمن﴾ مع فقدته في البلد واحتياج الناس اليه ﴿ولم يوجد بائع﴾ ولا باذل مطلقاً ﴿غيره﴾ فالولم يشتريه ، بل كان من غلته أو استبقاه لقوته ، أو وجد في البلد غيره ، أو لم يحتاج اليه الناس فلا كراهة . ويحتمل ثبوتها مع انتفاء الشرط الاول أيضاً ، ولا حد له غير احتياج الناس مع عدم باذل وفقاً للاكثر .

﴿وقيل :﴾ له حد وهو ﴿أن يستبقه في﴾ زمان ﴿الرخص أربعين يوماً ، وفي الغلاء ثلاثة﴾ أيام ، فلا حكرة قبل الزمانين ، والقاتل الشيخ والقاضي .
﴿ويجبر المحتكر على البيع﴾ مع الحاجة اجماعاً ﴿وهل يدبر﴾ الحاكم ﴿عليه ؟ الاصح﴾ الأشهر ﴿لا﴾ مطلقاً . نعم لو أجحف أمره بالنزول الى ما دونه .

(الفصل الثالث)

(في الخيار)

﴿والنظر﴾ تارة ﴿في أقسامه ، و﴾ أخرى في ﴿أحكامه :﴾
 ﴿وأقسامه﴾ على ما في الكتاب ﴿سبعة :﴾

أقسام الخيارات :

﴿الاول : خيار المجلس﴾ أضافه الى المجلس مع كونه غير معتبر في ثبوته بالاجماع ، وانما المعتبر عدم التفرق بالابدان، اما تجوزاً في اطلاق بعض أفراد الحقيقة ، أولانه حقيقة عرفية .

﴿وهو ثابت﴾ بعد العقد ﴿المتبايعين﴾ أي طرفيه مطلقاً، كان العقد لهما أو لغيرهما، وأعلى التفرق على بعض الوجوه في الاخيرين ﴿في كل بيع﴾ ما ﴿لم يشترط فيه﴾ أي في العقد ﴿سقوطه﴾ .

فيسقطه، وباسقاطه بعد العقد وقبله اذا وقع عليه العقد، لامطابقاً على الأقوى، وبالتصرف مطلقاً في ظاهر الاصحاب، فان تم اجماعاً، والافيه اشكال حيث يكون تصرف كل في ماله ، الآن يدل على الفسخ .

وجملة ما ذكر من المسقطان ثلاثة ، ومع عدم شيء منها يثبت الخيار ﴿مالم يفترقا﴾ بأبدانهما، فلو افترقا أو أحدهما عن صاحبه - ولو بخطوة - لزم البيع .
 وظاهر النص^(١) والفتوى اعتبار المباشرة والاختيار في الافتراق ، فلو فرق بينهما أو افترقا كرهاً ، لم يسقط مع منعهما من التخائر. فاذا زال الاكراه ، فلهما الخيار في مجلس الزوال ، فلو لم يمنعا من التخائر لزم العقد .

(١) وسائل الشريعة ١٢ / ٣٤٨ ، ح ٣ وغيره .

ولو التزما بالعقد قبل التفرق ، أو أحدهما بموجب الالتزام ، كائناً ما كان من الثلاثة ، سقط خيار الملتزم ، ولو كان أحدهما وبقي خيار الآخر .
ولو فسخ أحدهما وأجاز الآخر ، قدم الفاسخ وان تأخر فسخه عن الاجازة .
وهذا الحكم عام في كل خيار مشترك .
ولو خيره فسكت ، بقي خيار الساكت اجماعاً ، وكذا المخير على الاشهر الاقوى .

﴿الثاني : خيار الحيوان﴾ حتى المملوك مطلقاً .
﴿وهو ثلاثة أيام﴾ من حين العقد ﴿للمشتري خاصة﴾ دون البائع ﴿على الاصح﴾ الاشهر ، بل في الغنية ^(١) الاجماع عليه ، وعليه عامة من تأخر ، ولا فرق بين أن يكون الثمن حيواناً أو غيره .

﴿ويسقط﴾ هذا الخيار ﴿لو شرط﴾ البائع ﴿سقوطه﴾ في العقد ﴿أو أسقطه المشتري بعد العقد، أو تصرف فيه المشتري﴾ بعده ﴿سواء كان تصرفاً﴾ ناقلاً ﴿لازماً كالبيع، أو غير لازم كالوصية والهبة قبل القبض﴾ أو غير ناقل مما يسمى تصرفاً وحدثاً عرفاً ، كأن لامس الامة ، أو نظر منها الى ما كان محرماً عليه قبل الشراء ، فيسقط به الخيار ، الا اذا قصد به الاختبار دون الالتزام ، فيبقى الخيار وفقاً لبعض المحققين .

﴿الثالث : خيار الشرط﴾ الثابت به .
﴿وهو بحسب ما يشترط﴾ لاحدهما ، أو لكل منهما ، أو لاجنبي عنهما ، أو عن أحدهما ، أو له مع أحدهما عنه وعن الآخر ، أو له معهما .
واشترط الاجنبي تحكيم لاتوكيل عن جعله عنه ، فلا خيار له معه .
وكما يجوز اشتراط الخيار له ، يجوز اشتراط مؤامره والرجوع الى أمره

ويلزم العقد من جهة المبتاعين في المقامين، ويتوقف على خياره في الاول وأمره في الثاني . فان أمر بالفسخ، جاز للمشروط له استثماره الفسخ ولا يتعين عليه، وليس كذلك لو أمر بالالتزام فانه ليس له الفسخ وان كان أصرح .

ولا بد أن تكون مدته أي الخيار وكذا الاستثمار مضبوطة غير محتملة للزيادة والنقص، متصلة بالعقد كانت أو منفصلة. وبصير العقد على الثاني جائزاً بعد لزومه مع تأخره عن المجلس .

فلو شرط خياراً وأطلقاً من دون بيان مدة، بطل الشرط على الأشهر بين من تأخر، خلافاً لكثير من القدماء فيصح، ولكن الخيار الى ثلاثة أيام، وفي الانتصار^(١) والخلاف^(٢) والغنية^(٣) الاجماع عليه فهو أقوى، هذا اذا شرطه ولم يذكر له مدة .

وأما لو ذكرها مبهمه بحيث كانت محتملة للزيادة والنقص لم تجز، ولا واحداً، وذلك كقدوم الغزاة وإدراك الثمرات ونحو ذلك. ويجوز اشتراط مدة معينة يرد فيها البائع الثمن أو مثله ويرجع المبيع وانما أفرد بالذكر مع دخوله في السابق لامتياز عنه، باشتراط الفسخ فيه برد الثمن دونه .

فلو انقضت المدة المشترطة ولما يرد الثمن أزم البيع . ولو تلف المبيع في المدة كان من المشتري دون البائع وكذا لو حصل له نماء وفائدة كان له دونه .

(١) الانتصار ص ٢١١ .

(٢) الخلاف ٥١٢/١، مسألة ٢٥ .

(٣) الغنية ص ٥٢٥ .

وظاهر النص^(١) والعبارة انفساخ البيع برد الثمن خاصة ، واو تجرد عن الفسخ قبله ، خلافاً لظاهر الاصحاب كما قيل فاشتراطه ، وهو أحوط .

ويسقط هذا الخيار بالاسقاط في المدة وبالتصرف كما يأتي .

﴿الرابع: خيار الغبن﴾ بسكون الباء ، وأصله الخديعة ، والمراد به هنا البيع والشراء بغير القيمة .

﴿و﴾ اعلم أن ﴿مع ثبوته وقت العقد﴾ باعتراف الغابن أو البينة ﴿بما لا يتغابن﴾ به ولا يتسامح ﴿فيه غالباً﴾ والمرجع فيه الى العادة ﴿و﴾ ثبوت ﴿جهالة المغبون﴾ بالغبن بأحد الامرين قطعاً ، وبقوله مع يمينه بشرط امكانها في حقه على احتمال قوي ﴿يثبت له﴾ أي للمغبون كائناً من كان ﴿الخيار بين الفسخ والامضاء﴾ .

وظاهر العبارة كصريح الجماعة أنه لأرشد مع الامضاء ، وعليه الاجماع في التذكرة .

وفي سقوط الخيار ببذل الغابن التفاوت قولان ، أجودهما وأشهرهما :
العدم .

والمشهور أنه لا يسقط هذا الخيار بالتصرف مطلقاً ، سواء كان المتصرف الغابن أم المغبون ، وسواء أخرج به عن الملك كالبيع أم لا ، منع مانع من الرد كالاستيلاء أم لا .

الآن يكون المغبون المشتري وقد أخرجه عن ملكه ، أو عرض له مانع من رده وإن لم يخرج عن ملكه ، فيسقط خياره ، اذ لا يمكنه حينئذ رد العين المنتقلة اليه ليأخذ الثمن ، خلافاً لجماعة فتنازوا في اطلاق الاستثناء .

قيل : المضرر على المشتري مع تصرفه فيه على وجه يمنع من رده ، لوقلنا

(١) وسائل الشيعة ٣٥٤/١٢ ، ب ٧ .

بسقوط خياره به مع الجهل بالغبن أو بالخيار، والضرر منفي بالخبر، بل هو مستند هذا الخيار، إذ لانصر فيه بخصوصه، وحينئذ فيمكن الفسخ مع تصرفه كذلك، والزامه بالقيمة إن كان قيمياً والمثل إن كان مثلياً، جمعاً بين الحقيين، وكذا لو تلفت العين أو استولدت الامة كما يثبت ذلك لو كان المتصرف المشتري والمغبون البائع، فانه إذا فسخ فلم يجد العين، يرجع الى المثل أو القيمة .

واستوجه هذا الاحتمال شيخنا في الروضة، لأنه قال: لكن لم أقف على قائل به . نعم لو عاد الى ملكه بفسخ أو اقالة أو غيرهما أو موت الولد، جاز له الفسخ إن لم ينافي الفورية^(١).

﴿الخامس : خيار التأخير﴾ أي تأخير اقباض الثمن والمثمن .
فـ ﴿من باع ولم يقبض الثمن ولا قبض﴾ بتشديد الباء ﴿المبيع ولا اشترط التأخير﴾ فيهما، احتراز به عن النسبة والسلف ﴿فالمبيع لازم﴾ للمتبايعين ليس لهما الخيار الى ﴿ثلاثة أيام﴾ .

﴿ومع انقضاءها﴾ والحال هذه ﴿يثبت الخيار﴾ بين الفسخ والامضاء للبايع خاصة .

ولافرق في المبيع بالاضافة الى مدة الخيار بين الامة وغيرها فسي اطلاق النصوص^(٢) والفتاوى .

وقيل : الخيار فيها الى شهر للصحيح^(٣). وهو في الجدة أحوط، وإن كان الاول مطلقاً أجود .

والمعتبر قبض الكل، فلا عبرة بالقبض وكونه باذن المالك، فلا أثر لما يقع

(١) الروضة ٤٦٦/٣ .

(٢) وسائل الشريعة ٣٥٦/١٢ ، ب ٩ .

(٣) وسائل الشريعة ٣٥٧/١٢ ، ج ٠٦ .

بدونه ، كما لو ظهر الثمن مستحقاً كلاً أو بعضاً .

ولا يسقط هذا الخيار بمطالبة البائع الثمن بعد الثلاثة ، وان كان قرينة للرضا بالعقد ، على اشكال مع القرينة . ولا يسقط ببذل المشتري الثمن بعدها على الاقوى . ﴿ فان تلف ﴾ المبيع بعد ثبوت الخيار بانه قضاء الثلاثة مع شروطه ، كان من البائع اجماعاً .

وقد اختلف فيما لو تلف في الثلاثة ، ف ﴿ قال المفيد ﴾ : ﴿ وكثير ممن تبعه ﴾ يتلف في الثلاثة من المشتري وبعدها من البائع ﴿ ودعوى الاجماع في الانتصار ^(١) والغنية ^(٢) .

﴿ والوجه تلفه من البائع في الحالين ، لان التقدير أنه لم يقبض ﴾ وقد قاله ^(٣) : كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه ^(٤) . وعليه استقر رأي المتأخرين كافة ، بحيث كاد أن يكون اجماعاً ، كما صرح به في الخلاف . وفي المسألة قول آخر بالتفصيل ، ولا وجه له .

﴿ ولو اشترى ما يفسد من يومه ﴾ ولو بنقص الوصف وفوات الرغبة ، كما في الخضراوات واللحم والعنب وكثير من الفواكه ﴿ ففي رواية ^(٤) ﴾ مرسلة عمل بها الاصحاب كافة ، كما في المذهب مؤذناً بدعوى الاجماع كما في صريح الغنية أنه ﴿ يلزم البيع الى الليل ، فان لم يأت ﴾ المشتري ﴿ بالثمن فلا بيع له ﴾ وبثبت الخيار للبائع .

وفي نسبة الحكم الى الرواية اشعار بالتردد في المسألة ، ولعله ليس لضعف السند أو الدلالة ، بل لان الظاهر أن هذا الخيار انما شرع لدفع الضرر .

(١) الانتصار ص ٢١٠ .

(٢) الغنية ص ٥٢٥ .

(٣) مستدرک الوسائل ٤٧٣/٢ .

(٤) وسائل الشريعة ٣٥٨/١٢ ، ح ١١ ب ١١ .

واذا توقف ثبوته على دخول الليل مع كون الفساد يحصل من يومه - كما فرض في الخبر - لا يندفع به الضرر ، وإنما يندفع به قبل الفساد .
ولذا فرضه شيخنا في الدروس^(١) خيار ما يفسده المبيت ، وهو حسن وإن كان فيه خروج عن ظاهر النص ، لتلافيه بخبر نفي الضرر^(٢) ، مع أن حمله عليه بارادة الديلة أيضاً من اليوم ، محتدل .

والاقرب تعديه الى كل ما يتسارع اليه الفساد عند خوفه ، ولا يتقيد بالليل . فلو كان ما يفسد في يومين ، تأخر الخيار عن الليل الى حين خوفه .
وفي الحاق خوف فوات السوق بخوف الفساد وجهان ، والاحوط بل الاظهر العدم .

وظاهر العبارة وصريح جماعة - كالغنية مدعياً الاجماع عليه - كونه هذا الخيار من جملة أفراد خيار التأخير ، فيشترط فيه ما يشترط فيه من الامور الثلاثة .

(السادس : خيار الرؤية)

﴿ وهو ﴾ إنما ﴿ يثبت في بيع الاعيان الحاضرة ﴾ أي المشخصة الموجودة في الخارج اذا كان بالوصف ﴿ من غير مشاهدة ﴾ مع عدم المطابقة . وكذا لو بيعت برؤية قديمة ، لو ظهرت بخلاف ما رآه ، الا أنه ليس من أفراد هذا القسم ، بقرينة قوله :

﴿ ولا يصح ﴾ البيع في مثلها ﴿ حتى يذكر الجنس والوصف ﴾ الراجعين للجهاالة ويشير الى معين ، وذلك لان ما ذكر من الشرط مقصور على الملم برأصلاً اذ لا يشترط وصف ما سبقت رؤيته .

ويتفرع على الشرط أنه لو انتفى بطل ، ولو انتفت الاشارة كان البيع كلياً لا

(١) الدروس ص ٣٦٢ .

(٢) وهو الخبر المتفق عليه بين الفريقين قوله عليه السلام : لا ضرر ولا ضرار .

يوجب الخيار لولم يطابق المدفوع بل عليه الابدال .

وحيث وقع البيع على المشار اليه الموصوف **﴿فان كان موافقاً﴾** للوصف من دون زيادة ونقص **﴿ازم﴾** المبيع **﴿والا﴾** يوافق بأن نقص عنه **﴿كان للمشتري الرد﴾** اذا كان هو الموصوف له دون البائع .

﴿وكذا لولم يره﴾ أي المبيع **﴿البائع﴾** وباعه **﴿واشترى﴾** المشتري منه **﴿بالوصف﴾** من غير رؤية ، سواء كان الموصوف له المشتري أو الاجنبي **﴿كان الخيار للبائع لو كان﴾** المبيع **﴿بخلاف الصفة﴾** وليس للمشتري خيار مع الرؤية. وان اشترى هو بالوصف أيضاً ، فله الخيار كالبائع اذا زاد ونقص باعتبارين ويقدم الفاسخ منهما كما مضى .

وهل هذا الخيار على الفور أو التراخي ؟ قولان ، أشهرهما وأحوطهما الاول وان كان أجودهما الثاني ، الا اذا استلزم الضرر فيلزم بالاختيار .
﴿وسياتي خيار العيب انشاء الله تعالى﴾ وهو السابع ، وانما أخره لكثرته مباحته ، فحسن جعله أصلاً برأسه .

احكام الخيارات :

﴿وأما الاحكام﴾ المتعلقة بالخيار **﴿فمسائل﴾** :

﴿الاولى﴾ : خيار المجلس يختص بالمبيع **﴿ويجري في جميع أنواعه﴾** دون غيره **﴿من سائر العقود﴾** .

﴿الثانية﴾ : التصرف **﴿ممن له الخيار﴾** يسقط خيار الشرط **﴿سواء كان التصرف في ماله أو المقتل اليه﴾** ، فان في الاول فسخ للعقد ، وفي الثاني التزام به بلاخلاف ولا اشكال ، الا اذا اقترن بما يدل على عدم الفسخ والالتزام فلا يسقط ، كبيع الشرط المشروط فيه الفسخ برد مثل الثمن .

﴿الثالثة : الخيار﴾ بأنواعه ﴿بورث ، مشروطاً كان أو لازماً بالأصل﴾ أي بأصل الشرع ، بلا خلاف ولا اشكال ، الا في خيار المجلس فوجهان وقولان ، الآن ظاهر السرائر الاجماع على أنه بورث ، فان كان الخيار خيار الشرط مثلاً ، يثبت للموارث بقية المدة المضروبة كما للمورث . فلو كان غائباً أو حاضراً ولم يبلغه الخبر حتى انقضت المدة ، سقط خياره .

ولو تعددت الورثة واختافوا في الفسخ والاجازة ، قيل : قدم الفاسخ . وفيه نظر . وعلى تقديره ففي انفساخ الجميع أوفي حصته ، ثم يتخير الآخر انقبض الصفة وجهان . ولو جن ، قام وليه مقامه .

﴿الرابعة : المبيع يملك بالعقد﴾ على الاظهر الاشهر ، وفي السرائر الاجماع . ﴿وقيل : به وبانقضاء الخيار﴾ مع عدم الفسخ ، اما مطلقاً كما عن الاسكافي أو بشرط كون الخيار للبائع ، أو لهما . والافكالول كما عن الشيخ في نقل ، وفي آخر أنه يخرج عن ملك البائع خاصة ، وان لم يدخل في ملك المشتري .

وعلى هذا القول فهل الانقضاء مع عدم الفسخ ناقل كما عن الاول ، أو كاشف كما عن الثاني ؟ أجودهما الثاني .

وتظهر الثمرة في صور منها : في النماء المتخال المتفصل كاللبس والحمل ، والثمرة المتجددة في زمن الخيار ، فللمشتري على المختار مطلقاً ، وكذا على المكشف ان لم يفسخ ، وللبائع مطلقاً على القول الآخر .

ومنها : في الاخذ بالشفعة زمن الخيار ، وفي جريانه في حول الزكاة لو كان زكواً .

ومنها : ما أشار اليه بقوله : ﴿واذا كان الخيار للمشتري ، جاز له التصرف﴾ في المبيع ﴿وان لم يوجب البيع على نفسه﴾ قبله على المختار ، وتوقف على الإيجاب ، أو انقضاء مدة الخيار علي غيره . ولا فرق في التصرف بين

أنواعه .

وكذا اذا كان الخيار للبائع، فله التصرف في الثمن مطلقا ، وليس للمشتري التصرف في المبيع حينئذ ، اذا كان ناقلا كالبيع والوقف والهبة ، الا باذن الآخر . نعم له الاستخدام والمنافع والوطي على اشكال فيه . فان حبلى ، فالاقرب الانتقال الى قيمة الامة مع فسخ البائع ، لقيمة الولد والعقر ، خلافاً للشيخ فاليهما بناءً على عدم الانتقال الموجب لعدم الاستيلاد .

﴿الخامسة: اذا تلف المبيع﴾ المشخص ﴿قبل قبضه، فهو من مال بائعه﴾ بالنص ^(١) والاجماع .

وظاهرهما اختصاص الحكم بالتلف بأفة منه سبحانه لاجنانية جان، فيرجع في التلف بها الى مقتضى القاعدة، والنماء بعد العقد قبل التلف بالافة للمشتري لوقوع الفسخ بالتلف من حينه على الاصح .

﴿وكذا﴾ لو تلف بالافة ﴿بعد قبضه وقبل انقضاء خيار المشتري﴾ فانه من البائع اذا لم يكن له خيار ، فان التلف زمن الخيار ممن لاخيار له بخلاف ، واذا كان له خيار أيضاً فمن المشتري بخلاف يعرف .

﴿ولو تلف بعد ذلك﴾ أي بعد انقضاء الخيار ﴿كان من المشتري﴾ .

وكل ما ذكر في هذه المسألة من الاحكام في تلف المبيع، فهي بعينها جارية في تلف الثمن ، فانه قبل قبضه من مال المشتري مطلقا ، وكذا بعده قبل انقضاء خيار البائع . ومنه اذا كان الخيار لهما ، أو كان التلف بعد انقضاء خيار المشتري .

﴿السادسة: لو اشترى ضيعة رأى بعضها ووصف له سائرها ، كان له الخيار فيها أجمع ، اذا لم تكن على الوصف﴾ الذي وقّع عليه العقد ، ولا يجوز له الفسخ في البعض .

(١) وسائل الشريعة ٣٥٨/١٢ ، ب ١٠ من أبواب الخيار ، والنبوي المروى في

(الفصل الرابع)

(في لواحق البيع)

﴿وهي خمسة : ﴾

أحكام النقد والنسيئة :

﴿الاول : في ﴾ بيان ﴿النقد والنسيئة﴾ وأحكامهما .

اعلم أن البيع بالنسيئة الى تعجيل الثمن والمثمن وتأخيرهما ، والتفريق بتعجيل الاول وتأخير الثاني وبالعكس أربعة أقسام : فالاول النقد ، والثاني بيع الكالبي بالكالبي ، والثالث السلف ، والرابع النسيئة .
وكلها صحيحة عدا الثاني ، هذا اذا شرط أحد الامور الاربعة في ضمن العقد .

وأما لو تجرد عنها كـ ﴿من باع﴾ شيئاً ﴿مطلقاً﴾ من دون اشتراط تأجيل في أحد العوضين ولا تعجيل ﴿فالثمن﴾ وكذا المثمن ﴿حال﴾ كما لو شرط تعجيله ﴿فيجب التسليم في الحال .

واشترط التعجيل ان كان من دون تعيين زه ان أفاد التأكيد خاصة في المشهور وان كان معه بأن شرط تعجيله في هذا اليوم مثلاً ، تخير المشروط له - لو لم يحصل الشرط في الوقت المعين - بين الفسخ والامضاء ، وفاقاً للشهيدين ، بل استحسن ثانيهما ثبوت الخيار مع الاطلاق أيضاً ، لو أدخل به عن أول وقته للاخلال بالشرط ولا بأس به .

﴿ولو شرط التأجيل﴾ في الثمن ﴿مع تعيين المدة صح﴾ ولا فرق فيها

بين القصيرة والطويلة، حتى نحو ألف سنة مما يعلم المتعاقدان عدم بقائهما اليه عادة .

﴿ولولم يعين﴾ المدة ﴿بطل﴾ البيع ﴿وكذا﴾ يبطل ﴿أو عين أجلا محتملا﴾ للزيادة والنقصان ﴿كقدوم الغزاة﴾ وإدراك الثمرات، أو مشتركاً بينهما وإن كان في الجملة معيناً، كنفرهم من منى وشهر ربيع أو يوم جمعة أو خميس مثلاً .

وقيل : في الآخر يصح، ويحمل على الاول، لكن يعتبر علمهما بذلك قبل العقد، ليتوجه قصدهما الى أجل مضبوط، فلا يكفي ذلك شرعاً مع جهلهما أو أحدهما به . ومع القصد لا اشكال في الصحة، وإن لم يكن الاطلاق منصرفاً اليه عادة .

﴿وكذا﴾ يبطل البيع ﴿لوقال﴾ : بعثك هذا ﴿بكذا﴾ وكذا ﴿نقداً وبكذا﴾ وكذا ﴿نسيئة﴾ على الاظهر الاشهر .

﴿و﴾ لكن ﴿في رواية^(١)﴾ أن ﴿له أقل الثمنين نسيئة﴾ الى أبعد الاجلين وعمل بها الشيخ في النهاية^(٢)، ولكنه قد رجع عنها في المبسوط^(٣)، فتكون شاذة ومع ذلك قاصرة السند، بل ضعيفة مخالفة الماصول الشرعية .

ثم على المختار هل لهذا البيع حكم البيع الفاسد؟ فيرجع مع تلف المبيع الى المثل أو القيمة، أم لا؟ بل يرجع معه الى ما في هذه الرواية، أشهرهما بين المتأخرين الاول، وبين المتقدمين الثاني المصحح^(٤)، وعليه الاجماع في الغنية، ولا بأس به .

(١) وهي خبر السكوني وسائل الشريعة ١٢/٣٦٧، ح ٢ .

(٢) النهاية ص ٣٨٨ .

(٣) المبسوط ٢/١٤١ .

(٤) وسائل الشريعة ١٢/٣٦٧، ح ١٤ .

وظاهر الأصحاب عدم الفرق في الحكم صحة وبطلاناً بين ما تقدم ﴿و﴾ بين ما ﴿لو كان﴾ المبيع المتردد في ثمنه ﴿إلى أجلين﴾ كشهر بدينار وشهرين بدينارين، فإن كان اجماعاً، والا كما يقتضيه قوله: ﴿بطل﴾ من دون إشارة إلى خلاف من فتوى أرواية، كان المختار هنا أقوى منه فيما مضى، لفقده المعارض فيه أصلاً.

﴿وبصح أن يبتاع﴾ البائع ﴿ماباعه﴾ من المشتري ﴿نسيئة قبل الاجل بزيادة﴾ من الثمن الذي باعه به ﴿ونقصان بجنس الثمن وغيره، حالاً ومؤجلاً﴾ بلاخلاف ﴿إذا لم يشترط﴾ البائع في البيع الأول ﴿ذلك﴾ أي يبيعه منه ثانياً، ولا يصح إذا اشترط بلاخلاف.

﴿واو حل﴾ الاجل ﴿فابتناعه من المشتري بغير جنس الثمن أو بجنسه من غير زيادة ولا نقصان صح﴾ بلاخلاف يظهر.

﴿ولوزاد عن الثمن﴾ الذي باع أولاً ﴿أو نقص﴾ عنه ﴿ففيه روايتان﴾^(١) وقولان ﴿أشبههما﴾ وأشهرهما ﴿الجواز﴾ نعم يكره خروجاً من شبهة الخلاف.

﴿ولا يجب﴾ على المشتري ﴿دفع الثمن قبل حلوائه وإن طاب﴾ البائع اجماعاً.

﴿ولو تبرع بالدفع﴾ حينئذ ﴿لم يجب﴾ على البائع ﴿القبض﴾ منه.

﴿ولو حل﴾ الاجل وكان الثمن غير مؤجل مطلقاً، في الذمة كان أو معيناً ﴿فدفعه﴾ المشتري ﴿وجب﴾ على البائع ﴿القبض﴾ منه اجماعاً.

﴿ولو امتنع البائع﴾ منه في المقامين ﴿فهلك من غير تفریط من الباذل﴾ فيه ﴿تلف من البائع﴾ مطلقاً وفقاً لجماعة، خلافاً لآخرين فخصوه بما إذا لم

يتمكن من الدفع الى الحاكم ، ولا يخلو عن قوة ، بل ادعي عليه الشهرة ، لكنه غير ملازم لوجوب الدفع بعد امتناع البائع من القبض أول مرة ، فله التصرف فيه ، والتأخير بدفعه ولو الى الحاكم حيث يكون كلياً الى أن يطالبه المالك ، أو من يقوم مقامه ، الا أن الاتصال اليه مهما أمكن أحوط ، مسارعة الى ابراء الذمة وتفصيلاً عن فتوى الجماعة .

﴿وكذا﴾ الكلام فيما مر من الاحكام ﴿في طرف البائع لو باع مسلماً﴾ وسلفاً ، فلا يجب عليه الدفع قبل الاجل ويجب بعده ، وعلى المشتري قبوله هنا لا في سابقة ، ومع عدم قبوله حيث يجب عليه فالتلف منه مطلقاً ، أو على التفصيل المتقدم .

وكذا المحكم في كل حق واجب امتنع مستحقه عن قبضه .

واعلم أن البيع بالنسبة الى الاخبار بالثمن وعدمه أربعة أقسام : لانه إما أن يخبر به أولاً ، والثاني المساومة ، والاول : ان يبيع معه برأس المال فتولية ، او زيادة عليه فمراجعة ، أو بنقصان عنه فمواضعة ، والجميع جائز ، واكن الاول أفضل ، ويجب فيما عداه ذكر رأس المال من غير زيادة ولانقصان ، وكذا الاجل ان كان .

﴿و﴾ عليه فـ ﴿بوابتاع بأجل وباع مراجعة﴾ أو تولية أو مواضعة ﴿فليخبر المشتري بالاجل﴾ .

﴿ولو لم يخبره﴾ صح البيع بلا خلاف ، واكن ﴿كان للمشتري﴾ الخيار بين ﴿الرد والامساك بالثمن حالاً﴾ ولو لم يكن له من الاجل المذكور شيء اصلاً ، وفاقاً للمشهور .

وكذا المحكم فيما لو ظهر كذبه في الاخبار بقدر الثمن أو بجنسه أو وصفه ، او غلطه فيه بينة أو اقرار .

﴿و﴾ لكن ﴿في رواية﴾ بل روايات ^(١) معتبرة لاسانيد، عمل بها الشيخ وجماعة
 أن ﴿للمشتري من الاجل مثله﴾ ولا يخلو عن قوة، ولكن المسألة بعد محل الشبهة
 وفيها قول آخر بالتفصيل لوجه له .

وهنا (مسألتان :)

﴿الاولى : اذا باع مرا بحة فلينسب الربح الى السلعة﴾ كأن يقول : بعتهها
 بكذا وربح كذا .

﴿ولو نسبته الى المال﴾ كأن يقول : بعتهها بمائة وربح المائة عشر مثلاً
 ﴿فيه﴾ قولان، أحدهما ﴿وأشهرهما بين المتأخرين الجواز مع﴾ الكراهية ﴿والقول الثاني الحرمة، ذهب اليه الشيخ في النهاية﴾ ^(٢)، ولكنه قد رجح عنه في المبسوط ^(٣)
 والخلاف ^(٤) الى الجواز مدعياً عليه الاجماع .

﴿الثانية: من اشترى أمتعة صفقة﴾ أي في عقد واحد، وسمي بذلك اعتباراً
 بما كانوا يصنعونه من وضع أحدهما يده في يد صاحبه حال البيع ، أو أنه يصفق
 أحدهما على يد الآخر عند انتهاء العقد ﴿لم يجوز بيع بعضها مرا بحة﴾ وتولية
 ومواضعة ﴿سواء قومها أو بسط الثمن عليها و باع خيارها﴾ بلا خلاف فيما اذا كانت
 متفاضلة ، وكذا اذا كانت متساوية على الاقوى .

﴿واو أخبر بذلك﴾ أي بيعه الاول وتقويمه المبيع بما يقابله من الثمن
 ﴿جاز﴾ مطلقاً بلا خلاف ، و﴿لكن يخرج بذلك عن وضع الدرا بحة﴾ لانه

(١) وسائل الشريعة ١٢ / ٤٠٠ ، ب ٢٥ .

(٢) النهاية ص ٣٨٩ .

(٣) المبسوط ١٤١ / ٢ .

(٤) الخلاف ١ / ٥٦٤ ، مسألة ٢٢٣ .

لا بد فيها من الاخبار برأس المال، وهو هنا غير حاصل، لانه لم يشتر تلك السلعة وحدها بشيء حتى يخبر به .

﴿ولو قوم﴾ التاجر ﴿على الدلال متاعاً﴾ بقيمة معينة ﴿ولم يواجبه البيع﴾ باجراء الصيغة ﴿وجعل له الزائد﴾ عنها ﴿أو شاركه فيه، أو جعل لنفسه قسطاً﴾ وشيئاً معيناً ﴿وللدلال الزائد﴾ عليه ﴿لم يجز﴾ للدلال ﴿بيع ذلك﴾ المتاع ﴿مرا بحة﴾ ، بخلاف ، لانه كاذب في اخباره ، اذ مجرد التقويم لا يوجب .
﴿ويجوز لو أخبر بالصورة﴾ الا أنه خارج عن وضع المراجعة ﴿كما قلناه في الاول﴾ .

﴿و﴾ لو باع زائداً ﴿يكون الدلال الاجرة﴾ أجرة المثل ﴿و﴾ تكون الفائدة ﴿الزائدة المسترطة له﴾ للتاجر ﴿مطلقاً﴾ سواء كان التاجر دعاه ﴿أولا كأن قال له : بيع هذا بكذا ولك مازاد﴾ أو ابتدأه الدلال ﴿فقال : أخبرني بثمان هذا المتاع وأربح علي فيه شيئاً لا يبيعه ففعل ذلك التاجر، هذا هو المشهور .
﴿ومن الاصحاب﴾ كالشيخين والقاضي ﴿من فرق﴾ بين الصورتين، فوافق الاكثر في الثانية، وخالفهم في الاول فأباحوا له الزيادة، للمعتبرة^(١) المستفيضة، وحملها على صورة الجعالة جماعة، والاولى حملها على المراضات، ونفي البأس معها لا ينافي جواز رجوع رب المال عما قال أولاً .

ما يدخل في المبيع :

﴿الثاني : في﴾ بيان ﴿ما يدخل في المبيع﴾ عند اطلاق لفظه .
﴿من باع أرضاً﴾ مقصداً على أقطابها ﴿لم يدخل﴾ فيها ﴿نخلها وشجرها﴾

بلا خلاف ﴿الا أن يشترط﴾ الدخول فيدخل اجماعاً ، أو يقول بحقوقها عند جماعة .

ولا يدخل على الاقوى الا أن يكون هناك عادة تحكم بالدخول بمجرد ذلك فيدخل قطعاً ، كما في كل موضع تكون فيه عادة فانها قرينة . وانما الكلام في هذه المباحث فيما تجرد عنها .

﴿وفي رواية^(١)﴾ صحيحة أنه ﴿إذا ابتاع﴾ المشتري ﴿الارض﴾ قائلاً ﴿بحدودها وما أغاق عليه بابها فله جميع ما فيها﴾ من نخل أو أشجار وغيرها . وظاهر العبارة التردد فيها ، ولا وجه له بعد صحة السند ، وموافقة المضمون منطوقاً لمقتضى اللفظ اغة وعرفاً ، مع أن في التنقيح^(٢) لا خلاف فيها . وكما لا يدخل في الارض النخل والشجر الامع الشرط فكذا الزرع . سواء كان مجزوراً^(٣) أم لا على الاقوى .

﴿ولو ابتاع داراً دخل﴾ في مفهومها العرصة . والحيطان ، والابواب ، والاغلاق المنصوبة ، والاحشاب المستدخلة ، والسلم المثبت ، والمفتاح على قول ، وبيت الاعلى والاسفل ﴿لاقتضاء العرف ذلك كله﴾ الا أن يتغير و ﴿تشهد العادة للاعلى بالانفراد﴾ كما في بعض البلاد فتخرج حينئذ .

﴿ولو باع نخلاً مؤبراً﴾ بتشقيق طلع الاناث وذو طلع الذكور فيه ليحيى الثمرة اصلح ﴿فالثمره للبائع﴾ على الاصح الا أن يشترط ﴿أو يكون هناك عادة فتبيع .

﴿وكذا لو باع شجرة مشمرة﴾ وفيها ثمرتها مطلقاً ، سواء كان قطعاً قد خرج جوزته ولم يتشقق ، أو ورداً لم يفتح أو غيرهما على الاقوى ﴿أو دابة حاملاً﴾ لم

(١) وسائل الشيعه ٤٠٥/١٢ ، ب ٢٩٠ .

(٢) التنقيح الرائع ٦٢/٢ .

(٣) أى مقطوعاً .

يدخل الثمرة ولا الحمل فيهما ﴿على الاظهر﴾ الاقوى .

وقيل : بالدخول ، وهو ضعيف ، الامسح العادة أو الشرط فيصح ، سواء قال: بعتك هذه المجارية وحملها ، أو شرطت لك وحملها ، أو بعتكها بكذا وحملها بلاخلاف فيما عدا الصورة الاولى ، على قول جماعة فيها أيضاً ، لقاعدة الضميمة خلافاً للتذكرة فيبطل للجهاالة .

﴿ولو لم تؤبر النخلة﴾ وبيعت ﴿فالطلع للمشتري﴾ بسلا خلاف فتوى ونصاً^(١) . وهل يختص ذلك بالبيع أم يعم سائر وجوه الانتقالات كالهبة والصلح ونحوهما ؟ قولان ، أجودهما : الاول ، الامسح العرف أو الشرط ، وهو الاشهر ، وفي كلام بعض الاجماع عليه .

أحكام القبض :

﴿الثالث : في﴾ بيان ﴿القبض﴾ وأحكامه :

﴿اطلاق العقد﴾ وتجريده من شرط تأخير أحد العوضين ، أو تأخيرهما اذا كانا عينين أو أحدهما ﴿بقتضي﴾ وجوب ﴿تسليم المبيع والتمن﴾ على المتبايعين فوراً ، فيتقاضان معاً لو تمانعا من التقديم ، سواء كان الثمن عيناً أو ديناً ، على الاشهر الاقوى . فان امتنعا أجبرهما الحاكم معاً مع امكانه ، كما يجبر المشتري من قبض ماله .

ويجوز اشتراط تأخير اقباض أحد العوضين مدة معينة والانتفاع به منفعة معينة .

ولا يجب على المشتري له فورية الاقباض ، بل له التأخير الى الاجل ، ولا كذلك

غيره ، فيجب عليه الاقباض فوراً .

﴿والقبض﴾ هنا وفي كل موضع يعتبر ﴿هو التخلية﴾ بين العين ومستحقها بعد رفع اليد عنها ﴿فيما لا يتقل كالعقار﴾ اتفاقاً ﴿وكذا فيما ينقل﴾ عند المصنف هنا وفي الشرائع^(١).

﴿وقيل: في القماش﴾ ونحوه مما يتناول باليد كالدرهم والدنانير والجواهر ﴿هو الامساك باليد ، وفي الحيوان﴾ كالعبد والبهيمة ﴿هو نقله﴾ وفي المكيل والموزون الكيل والوزن مع رفع اليد عنه ، والقائل الاكثر .

وهنا أقوال أخر، أجودها ما في المختلف من أنه في المنقول هو النقل او الاخذ باليد ، وفي المكيل والموزون هو ذلك أو الكيل والوزن .

والفرق بينه وبين المشهور من وجهين : الاكتفاء عليه في المنقول بأخذ اليد من غير احتياج الى النقل ، وفي المكيل والموزون بهما من غير احتياج الى الكيل والوزن . وعدم الاكتفاء بشيء من ذلك على المشهور في المقامين ، بل لابد من النقل في الاول ، ومن الكيل والوزن في الثاني .

فلو قبض باليد فيهما ، لم يحصل القبض مطلقاً ، والعرف يأباه ويوجب المصير الى هذا القول ، لموافقته له ظاهراً ، فالقول به أقوى ، ويمكن تنزيل قول الاكثر وأدلتة عليه ، وان كان المصير الى قولهم في بعض الاحيان أحوط .

وحيث اعتبرنا الكيل والوزن ، ففي الافتقار الى اعتباره للقبض ثانياً أو الاكتفاء بالاعتبار السابق وجهان ، أجودهما : الاول ، وفاقاً لجمع .

﴿ويجب﴾ عند الاقباض ﴿تسليم المبيع﴾ حال كونه ﴿مفرغاً﴾ من أمتعة البائع وغيرهما مما لا يدخل في المبيع ﴿فلو كان فيه متاع فعلى البائع ازالته﴾ واخرجه فوراً .

ولو كان مشغولاً بزرع لم يبلغ، وجب الصبر إلى أن يبلوغه ان اختاره البائع، ثم ان كان المشتري عالماً بالحال، والاتخير بين الفسخ والصبر، وان احتاج إلى مضي زمان يفوت فيه شيء من النفع المعتقد به .

ولو كان فيه ما لا يخرج الإبهام، وجب أرشه على البائع .
ثم ان التفريغ وان كان واجباً، إلا أن الظاهر عدم توقف القبض عليه، بل لو رضي المشتري بتسليمه مشغولاً تم ووجب التفريغ بعده .
﴿ولا بأس ببيع﴾ المشتري ﴿مالم يقبض﴾ اذا لم يكن مكيلاً ولا موزوناً بلاخلاف .

﴿ويكره فيما يكال أو يوزن﴾ مطلقاً ﴿وتتأكد الكراهية في الطعام﴾ وفقاً لجماعة، بل المشهور كما قيل .

﴿وقيل: يحرم﴾ اما مطلقاً، طعاماً كان أو غيره، بتولية أو غيرها كما عن العماني أو اذا كان طعاماً خاصة، كما عن الصدوق والقاضي والمبسوط^(١) والغنية، مدعين عليه الاجماع، ولا يخلو عن قوة .

﴿وفي رواية﴾ صحيحة بل روايات^(٢) ﴿لانيبعه حتى تقبضه، إلا أن توليه﴾ وسياق العبارة يشعر بعدم قائل بها، وهو كذلك قبل زمانه، وأما بعده فقد اختاره الفاضل وشيخنا الشهيد الثاني في جملة من كتبهما، وبها جمعاً بين الاخبار المختلفة. والجمع بينها بما ذكرناه من الكراهة، طلقه فيما عدا الطعام ومؤكدة فيه، الامع التولية فتخف الكراهة أولى .

﴿ولو قبض﴾ المشتري ﴿المكيل فادعى نقصانه، فان حضر الاعتبار﴾ أي الكيل وشهده ﴿فالقول قول البائع مع يمينه﴾ بلاخلاف أجده، هذا ان ادعى الغلط .

(١) المبسوط ١١٩/٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٣٨٧/١٢، ب ١٦٠ .

﴿وان﴾ ادعى عدم وصول الحق، أو ﴿لم يحضره﴾ أي الاعتبار ﴿فالتقول قوله﴾ أي المشتري ﴿مع يمينه﴾ قطعاً .
 ﴿وكذا القول﴾ بالتفصيل بين صورتَي الحضور ودعوى الغلط فالاول وغيرها ، فالثاني ﴿في الموزون والمذروع والمعدود﴾ .

ما يصح اشتراطه في العقد :

﴿الرابع : في﴾ بيان أحكام ﴿الشروط﴾ المسوقة في متن العقد التي لم يعلق عليها .

﴿ويصح منها ما كان سائغاً﴾ لم يمنع عنه كتاب ولا سنة، ويدخل فيه اشتراط أن لا يؤدي الى الجهالفة ﴿داخلت تحت القدرة﴾ للمشروط عليه ﴿كقسارة الثوب﴾ ونحوها وغير مناف لمقتضى العقد ، ويجب الوفاء بها مطلقاً على الاشهر الاقوى وفي الغنية والسرائر الاجماع .

﴿ولا يجوز اشتراط﴾ غير السائغ ، وضابطه : ما أحل حراماً أو حرم حلالاً بأصل الشرع لا بتوسط العقد، ولا ﴿غير المقدور﴾ كبيع الزرع على أن يصير ه سنبلاً والدابة على أن تصير حاملاً ونحو ذلك، سواء شرط أن يبلغ ذلك بفعله أم بفعل الله تعالى .

﴿ولابأس باشتراط تبقيته﴾ أي الزرع في الارض ، اذا بيع أحدهما دون الآخر، الى أو ان السنبل . ولا يعتبر تعيين مدة البقاء ، بل يحمل على المتعارف لانه منضبط .

﴿و﴾ يلزم البائع حينئذ التبقية الى الغاية، كما أن ﴿مع اطلاق الاتباع﴾ من دون اشتراط التبقية ﴿يلزم البائع﴾ أيضاً ﴿ابقاؤه الى ادراكه﴾ .
 ﴿وكذا﴾ لو اشترى ﴿الثمرة﴾ منفردة عن الاصول مطلقاً، أو بشرط التبقية

يلزم البائع التبقية ﴿مالم يشترط﴾ على المشتري ﴿الازالة﴾ وعلى المشتري ازالتها مع اشتراطها .

﴿ويصح﴾ بيع الرقيق مع ﴿اشتراط العتق﴾ مطلقاً، أو عن المشتري بلا خلاف، وعن البائع فيه قولان، أجودهما: الصحة كما عن التذكرة مؤذناً بدعوى الاجماع ﴿و﴾ كذا ﴿التدبير والكتابة﴾ يصح اشتراطهما ، فان وفا بالشروط ، والاتخير البائع بين فسخ البيع وامضائه، فان فسخ استرده وان انتقل قبله عن ملك المشتري .

وكذا يتخير لومات قبل العتق، فان فسخ رجع بقيمة يوم التلف على قول. وكذا لو انعتق قهراً .

ولو اختار الامضاء فهل يرجع على المشتري بما يقتضيه شرط العتق من القيمة فانه يقتضي نقصاناً من الثمن أم يلزم ما عين له منه خاصة ؟ قولان، ولعل أجودهما: الثاني .

وعلى الاول طريقة معرفة الشرط أن يقوم العبد بدونه ويقوم معه، وينظر التفاوت بين القيمتين، وينسب الى القيمة التي هي مع الشرط، ويؤخذ من المشتري مضافاً الى الثمن بمقدار تلك النسبة. وكذا كل شرط لم يسلم لمشرطه ، فانه يفيد تخيره بين فسخ العقد المشروط فيه وامضائه .

﴿ولو اشترط أن لا يعتق أو لا يباع الامة﴾ بطل الشرط في المشهور ، فان كان اجماعاً ، والا فلا يظهر الصحة .

وعلى المشهور ﴿فيل : يبطل الشرط﴾ خاصة ﴿دون البيع﴾ والقاتل الاسكافي والقاضي والحلي وابن زهرة، مدعيّاً عليه الاجماع، وهو الاصح . خلافاً لاكثر المتأخرين فيبطل البيع أيضاً ، وهو ضعيف جداً . وكذا الكلام في كل عقد شرط فيه شرط فاسد .

﴿ولو اشترط في الامة أن لا تباع ولا توهب، فالمروي﴾ في الصحيحين ^(١) وغيرهما ﴿الجواز﴾ ولا بأس به، خلافاً لجماعة فمنعوا عن الشرط وأفسدوه ، وزاد بعضهم: فأفسد البيع أيضاً .

﴿ولو باع أرضاً﴾ مشاهدة أو موصوفة على كونها ﴿جرباً﴾ «عينة فنقصت ، فللمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء بـ» تمام ﴿الثلث﴾ وفقاً لجماعة .

﴿و﴾ لكن ﴿في رواية^(٢)﴾ معتبرة الاسانيد أن ﴿انه أن يفسخ أو يعضي البيع بحصتها من الثمن﴾ وعمل بها آخرون ، بل المشهور كما قيل .

﴿وفي﴾ هذه ﴿الرواية^(٣)﴾ أنه ﴿ان كان المباع أرض بجنب تلك الارض لزم البائع أن يوفيه منها﴾ وبه أفتى الشيخ في النهاية^(٤) ، خلافاً للأكثر وأطلقوا الخيار، ولاريب أن العمل بها أحوط للمشتري مطلقاً .

﴿ويجوز أن يبيع مختلفين﴾ كثوب وحيوان في ﴿صفقة﴾ واحدة وعقد واحد .

﴿وأن يجمع بين سلف وبيع﴾ ونكاح واجارة ، فيقول: بعثك هذا الثوب وطاراً من حنطة الى سنة، وزوجتك ابنتي فلانة وأجرتك داري هذه الى سنة ، فقال: قبلت ، صح عندنا بلاخلاف . ثم ان احتيج الى التقسيط ، قسط الثمن على قيمة المبيع وأجرة المثل ومهر المثل .

العيوب المجوزة للرّد :

﴿الخامس : في﴾ بيان ﴿العيوب﴾ المجوزة للرّد .
﴿وضابطها : ما كان زائداً عن الخلقة الاصلية﴾ وهي خلقة أكثر النوع الذي

(١) وسائل الشيعة ٤٣/١٣ ، ب ١٥ .

(٢ - ٣) وسائل الشيعة ٣٦١/١٢ ، ب ١٤ .

(٤) النهاية ص ٤٢٠ .

يعتبر فيه ذلك ذاتاً وصفة ﴿أو ناقصاً﴾ عنها، عينا كان الزائد أو الناقص ، كالأصبع زائدة على الخمس ، أو ناقصة عنها ، أو وصفة كالحمى ولو يوماً بأن يشترطه فيجده محموداً ، أو يحكم قبل القبض وان برأ ليومه كما قيل .

وهل يعتبر مع ذلك كون الزيادة والنقصان موجبين لنقص المالية أم لا؟ قولان إطلاق النص والاتفاق على أن الخصم عيب مع إيجابه زيادة المالية، وكذا عدم الشعر على الركب والعانة ، كما يدل عليه بعض المعتمدة^(١) المنجبرة قصور سنده بعمل الطائفة يقتضي الثاني .

﴿وإطلاق العقد يقتضي السلامة﴾ من العيب في مطلق العوض .

﴿ولو ظهر عيب﴾ في المبيع ﴿سابق على العقد تخير المشتري بين الرد﴾ واسترداد الثمن ﴿و﴾ الامضاء مع أخذ ﴿الارش﴾ وهذا هو السابع من أقسام الخيار المطوي ذكره مفصلاً سابقاً .

﴿ولا خيرة للبائع﴾ في هذه الصورة ، وان ثبت له دون المشتري فيما لو انعكست ، كما لو خرج الثمن معيباً .

﴿ويسقط الرد: بالبراءة من العيب﴾ مطلقاً ﴿ولو اجمالاً﴾ كأن يقول: بعثت هذا بكل عيب . على الأشهر الأقوى ، وفي الغنية الإجماع .

ولافرق بين علم المتبايعين بالعيب وجهلهمسا والتفريق ، ولا بين الحيوان وغيره ، ولا بين العيوب الباطنة والحادثة ، وعليه الإجماع في كلام جماعة . ولا بين الموجودة حاله العقد والمتجددة بعده حيث تكون على البائع مضمونة ، وعليه الإجماع في التذكرة .

﴿وبالعلم به﴾ ممن لولاه ثبت له الخيار ﴿قبل العقد﴾ .

﴿وبالرضا﴾ منه ﴿بعده﴾ وأولى منه التصريح بإسقاطه ، بخلاف فيهما

ولافي السقوط بتأخير الرد مع العلم بالعيب كما في الغنية .

الا أن ظاهر أصحابنا المتأخرين كافة الخلاف في الثالث، فنقوا القورية عن هذا الخيار ، من غير خلاف يعرف كما صرح به جماعة ، بل ربما احتمله بعضهم اجماعاً فهو أقوى .

﴿وبحدوث عيب عنده﴾ مضمون عليه ، سواء كان حدوثه من جهته أم لا بلاخلاف، بل عليه الاجماع في الخلاف^(١) .

واحترزنا بالقيد عمالو كان حيواناً وحدث العيب فيه في الثلاثة من غير جهة المشتري، فانه حينئذ لا يمنع الرد ولا الارش، لانه مضمون على البائع . ولورضي البائع برده مجبوراً بالارش أو غير مجبور جاز .

وفي حكمه ما لو اشترى صفقة متعدداً فظهر فيه عيب فتلف أحدهما، أو اشترى اثنان صفقة فامتنع أحدهما من الرد، فان الآخر يمنع منه وله الارش وان أسقطه الآخر، سواء اتحدت العين أو تعددت، اقتسماها أم لا .

﴿وباحداثه في المبيع حدثاً﴾ يعد في العرف تصرفاً ﴿كركوب الدابة﴾ ولو في طريق الرد ، ونعلها، وحلب ما يحلب، وابس الثوب وقصارتها، وسكنى الدار ونحو ذلك، وينبغي تقييده بما لم يظهر دلالة على عدم الرضاء، والا فلا يسقط به كما مضى .

﴿وإطلاق النص يشمل﴾ التصرف الناقل ﴿كالبيع وغيره والمغير المعين وغيره﴾ ﴿وما﴾ لو كان قبل العلم بالعيب ﴿وبعده وعاد اليه بعد خروجه عن ملكه أم لا، خلافاً للمحكي عن الشيخ في التصرف قبل العلم، فلم يستطع به الخيار وهو ضعيف. ثم كل ذافي سقوط الرد .

و﴿أما الارش : فيسقط بالثلاثة الاول﴾ من المسقطات للرد بلاخلاف

﴿دون الاخيرين﴾ على الاظهر الاشهر، وفي الغنية الاجماع .

﴿وبجوز بيع المعيب وان لم يذكر عيبه﴾ مع عدم الغش، بلاخلاف في الظاهر، للاصل وفقد المانع، لاندفاع الضرر بالخيار والارش ﴿و﴾ لكن ﴿ذكره مفصلاً أفضل﴾ بتقييد احتمال الغش المنهي عنه، واحتمال الضرر بغفلة المشتري من العيب حال البيع أو بعده .

﴿ولو ابتاع شيء من فصاعداً صفقة﴾ واحدة ﴿فظهر العيب في البعض ، فليس له رد المعيب منفرداً ، و﴾ لكن ﴿له رد الجميع أو﴾ أخذ ﴿الارش﴾ خاصة بلاخلاف .

﴿و﴾ كذا ﴿لو اشترى اثنان﴾ فصاعداً ﴿شيئاً﴾ مطلقاً من بائع كذلك في عقد واحد و﴿صفقة﴾ واحدة ﴿فلهما الرد بالعيب أو﴾ أخذ ﴿الارش﴾، وليس لاحدهما الانفرد بالرد ﴿دون الارش﴾ على الاظهر ﴿الاشهر﴾ .

﴿والوطىء يمنع رد الامة﴾ المعيبة بالنص^(١) والاجماع ﴿الا من عيب الحبل﴾ فترد به اما مطلقاً كما عليه الاكثر ، أو بشرط كونه من المولى، والا فلا ترد كما عليه جمع .

﴿و﴾ عليه فلا اشكال في الحكم بأنه يرد معها ﴿نصف عشر قيمتها﴾ اذا كانت ثيباً ، وعشرها اذا كانت بكرأ ، كما يستفاد من النصوص^(٢) المعتمدة الوارد أكثرها بالتقدير الاول مطلقاً ، وبعضها بالثاني كذلك، بعد تنزيلها على التفاضل المتقدم، جمعاً بينها وبين القاعدة .

وبشكل على قول الاكثر ، بناءً على أن المنافع قبل الفسخ للمشتري، فلا وجه لغرامته شيئاً مطلقاً .

(١) وسائل الشريعة ١٢/٤١٣، ب ٤ .

(٢) وسائل الشريعة ١٢/٤١٥، ب ٥ .

ويمكن جعل ذلك دليلاً على القول الثاني، مضافاً إلى الأصول مع سلامتهما عما يدل على قول الأكثر، إلا أن يكون اجماعاً كما عن الانتصار^(١) والغنية فلا محيص عنه، وينزل الحكم بالغرامة حينئذ على كونه تعبداً أو استحباباً، ولا ريب أن عدم الرد حينئذ أحوط وأولى.

مسائل تتعاق بالعيب :

﴿وهنا مسائل﴾:

﴿الاولى: التصرية﴾ وهي جمع لبن الشاة وما في حكمها من البقرة والناقة دون الامة، على الاشهر الاقوى فيهما، في ضرعها بتركها بغير حلب ولا رضاع، فيظن الجاهل بحالها كثرة ما يحلبه، فيرغب في شرائها بزيادة ﴿تدليس﴾ محرم. و﴿يثبت بها خيار﴾ للمشتري بين ﴿الرد﴾ والامضاء بدون أرش. وتثبت - ان لم يعترف بها البائع ولم يقم بها بينة - باختبارها ثلاثة أيام، فان اتفقت فيها الحلبات عادة أوزادت اللاحقة فلا تصرية. وان اختلفت في الثلاثة وكان بعضها ناقصاً عن الحلبة الاولى نقصاناً خارجاً عن العادة، وان زاد بعدها في الثلاثة، ثبت الخيار بعد الثلاثة بلا فصل من غير تأخير، على اختلاف الوجهين بل القولين.

ولو ثبت بالاعتراف أو البيينة، جاز الفسخ من حين الثبوت مدة الثلاثة ما لم يتصرف بغير الاختبار بشرط النقصان، فلمو تساوت أوزادت هبة من الله سبحانه، فالاقوى زواله.

والفرق بين مدة التصرية وخيار الحيوان على الاول ظاهر، فان الخيار في

ثلاثة الحيوان فيها وفي التصريفة بعدها ، وكذا على الثاني ان قلنا بفورية هذا الخيار، فيسقط بالاخلال بها دون خيار الحيوان، وكذا ان لم نقل بها لجواز تعدد الاسباب . وتظهر الفائدة فيما لو أسقط أحدهما .

﴿و﴾ حيث اختار ردها ﴿يرد معها﴾ عين لبنها الموجودة حين العقد دون المتجدد على الاقوى، وان كان رده أيضاً أحوط وأولى .

ولو تعذر رد العين انتقل الضمان الى ﴿مثل لبنها﴾ مع الامكان ﴿أو قيمته مع التعذر﴾ على الاظهر الاشهر .

﴿وقيل﴾: ﴿يرد معها﴾ صاع من بر ﴿مطلقاً﴾، والقائل الشيخ في أحدقوايه، وفي قوله الآخر بدل البر بالتمر، وأفتى بهما على التخيير ابن زهرة مدعياً عليه الاجماع جمعاً بين النبيين^(١). واضعفهما نزلهما الاصحاب على ما اذا تعذر وكان ذلك هو القيمة السوقية، ولا بأس به جمعاً بين الادلة .

﴿الثمانية : الثبوت﴾ في الاماء ﴿ليست عيباً﴾ مطلقاً على الاشهر الاقوى وفي التحرير لانعلم فيه خلافاً .

﴿نعم لو شرط البكارة﴾ في متن العقد ﴿ثبت سبق الثبوت﴾ بالبينه، أو اقرار البائع، أو قرب زمان الاختبار ازمان البيع، بحيث لا يمكن فيه تجدد عاده ﴿كان له الرد﴾ على الاظهر الاشهر، لالكونه عيباً بل امكان الشرط، فليس له مع الامضاء الارش، وان كان بذله أحوط بل قبل أشهر .

﴿ولو لم يثبت التقدم فلا رد﴾ بلا خلاف ﴿لانه قد تذهب به﴾ العلة و﴿النزوة﴾ .

﴿الثالثة : لا يرد العبد﴾ بل المملوك مطلقاً ﴿بالا باق الحادث عند المشتري﴾ .
﴿ويرد به﴾ الا باق ﴿السابق﴾ عند البائع ولومرة ، على الاشهر الاقوى .

﴿الرابعة﴾ : لو اشترى امة لا تحيض فسي ستة أشهر فصاعداً ومثلها تحيض .
 فله الرد ﴿بذلك على الاشهر الاقوى للصحيح^(١)﴾ ، و ﴿لان ذلك لا يكون الا
 لعارض﴾ غير طبعي فيكون عيباً .

ومقتضى الدليلين أنه لا يعتبر في ثبوت عيب الحيض مضي ستة أشهر ، بل
 يثبت بمضي مدة تحيض فيها ذوات أسنانها في تلك البلاد .

وأن عدم تحيض الحديثة البلوغ في المدة المزبورة ليس عيباً يوجب الرد
 فان أمثالها لم يحضن غالباً عادة ، ويمكن أن ينزل على ذلك نحو العبارة .

﴿الخامسة﴾ : لا يرد البزر ﴿بفتح الباء وكسرهما﴾ ، حب يؤخذ منه دهن يقال له
 دهن الكتان . كأنه بتقدير المضاف ، أي دهن البزر . ويطلق على الدهن كما عن
 الجوهري ﴿والزيت بما يوجد فيه من الثفل^(٢) المعتاد﴾ بضم المثثلة هو الثافل
 ما استقر من كدرة تحت المائع .

﴿نعم لو خرج﴾ بالكثرة ﴿عن﴾ القدر الذي جرت به العادة جاز رده
 به ﴿اذا لم يعلم﴾ به قبل العقد ، وأما مع العلم به فلا .

﴿السادسة﴾ : لو تنازعافي شيء من مسقطات الخيار كـ ﴿التبري من العيب﴾
 ونحوه ﴿ولا بينة﴾ فقال : بعثك به مثلاً ، فقال : لا ﴿فالقول قول منكروه مع
 يمينه﴾ بخلاف ، والخبر^(٣) الوارد بخلاف ذلك شاذ مع ضعفه سنداً ودلالة .

﴿السابعة﴾ : لو ادعى المشتري تقدم العيب ﴿المتحقق وأنكره البائع﴾ ولا بينة ﴿للمشتري﴾
 ﴿فالقول قول البائع مع يمينه﴾ على القطع بعدم العيب عنده ، مع اختباره
 المبيع قبل البيع وإطلاعه على خفايا أمره قولاً واحداً ، وعلى نفى العلم به مع

(١) وسائل الشريعة ٤١٣/١٢ ، ب ٣ .

(٢) في المطبوع من المتن : الثفل .

(٣) وسائل الشريعة ٤١٩/١٢ ، ب ٨ .

العدم على قول ، وعلى القطع كالاول على آخر . وفيهما نظر ، الا أن يقيد نفي العلم بما اذا ادعى عليه العلم بالسبق ، فيتوجه الحلف حينئذ على نفيه ، كما عليه القول الاول .

﴿الم يكن هناك قرينة حال﴾ قطعية ﴿تشهد لاحدهما﴾ كزيادة الاصبع واندمال الجرح ، مع قصر زمان البيع بحيث لا يحتل التأخر عادة ، فيحكم للمشتري أوطراوة الجرح مع تطاول زمان البيع ، فيحكم للبائع من دون يمينه .
﴿الثامنة :﴾ في كيفية أخذ الارش .

وهو أن ﴿يقوم المبيع﴾ في حال فرضها ﴿صحيحاً﴾ تارة ﴿ومعيباً﴾ أخرى ﴿ويرجع المشتري على البائع بنسبة ذلك﴾ التفاوت ﴿من الثمن﴾ لا نفس تفاوت المعيب ، لانه قديحيط بالثمن أو يزيد عليه ، فيلزم أخذ العوض والمعوض معاً .

﴿ولو﴾ تعدد القيم بأن ﴿اختلف أهل الخبرة﴾ بقيمة ذلك المبيع فيها ، أو اختلف قيمة أفراد ذلك النوع المساوية للمبيع ﴿رجع الى القيمة الوسطى﴾ المتساوية النسبة الى الجميع ، المنتزعة منها نسبتها اليه بالسوية . فمن القيمتين يؤخذ نصفها ، ومن الثلاث ثلثها ، ومن الاربع ربعها ، وهكذا .
وضابطه : أخذ قيمة منتزعة من المجموع نسبتها اليه كنسبة الواحد الى تلك القيم .

وطريقه : أن تجمع القيم الصحيحة على حدة والمعيبة كذلك ، وينسب احدهما الى الاخرى ، وتؤخذ بتلك النسبة .

ولافرق بين اختلاف المقومين في قيمته صحيحاً ومعيباً وفي احدهما .

وقيل : ينسب معيب كل قيمة الى صحيحها ، ويجمع قدر النسبة ، ويؤخذ من المجتمع بنسبتها . وفي الاكثر يتحد الطريقتان ، وقد يختلفان في يسير .

﴿التاسعة : لو حدث العيب بعد العقد وقبل القبض ، كان للمشتري الرد﴾
بلاخلاف .

﴿وفي﴾ جواز أخذ ﴿الارش﴾ مع الامضاء ، كما في العيب السابق ﴿قولان﴾
أشبههما ﴿وأشهرهما بين المتأخرين وفقاً لجماعة من القدماء﴾ الثبوت ﴿خلالاً﴾
للمبسوط^(١) والخلاف^(٢) والسرائر حاكياً له عن المفيد فنقوا الثبوت ، وفي الكتابين
الاخيرين عليه الاجماع ، فهو أقرب وبالأصل أوفق ، مع أنه للمشتري أحوط .
﴿وكذا لو قبض المشتري بعضاً﴾ من المبيع ﴿وحدث﴾ عيب ﴿في الباقي﴾
كان الحكم ﴿المتقدم﴾ ثابتاً فيما لم يقبض منه ، فله الخيار بين الرد والامضاء
مع الارش أو بدونه على الاختلاف ، والاقوى عدم جواز رد المبيع خاصة ، بل
اما الجميع ، أو امساكه بتمام الثمن ، أو مع الارش .

(الفصل الخامس)

(في الربا (٣))

وقد يقلب واوه ألفاً ، وهو لغة : الزيادة مطلقاً . وشرعاً : معاوضة أحد المتماثلين
المقدرين بالكيل والوزن في عهد صاحب الشرع أو في العادة بالآخر ، مع زيادة
في أحدهما حقيقة أو حكماً ، أو اقتراض أحدهما معها مطلقاً وان لم يكونا مقدرين
بالامرين ، اذا لم يكن باذل الزيادة حربياً ، ولا المتعاقدين والدأ مع ولده ، ولا
زوجاً مع زوجه .

(١) المبسوط ١٣٠/٢ .

(٢) الخلاف ٥٥٥/١ .

(٣) في « خ » الربو .

﴿وتحريمه معلوم من الشرع﴾ المبين، وهو من أعظم الكبائر ﴿حتى أن الدرهم منه أعظم من سبعين زنية﴾ بذات المحرم، كما ورد في النص الصحيح^(١) وفيه: آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهده فيه سواء^(٢).

﴿ويثبت في كل مكيل أو موزون﴾ في عهد صاحب الشرع ان عرفا فيه مطلقا وان لم يقدر بهما عندنا بلا خلاف، وان لم يعرفا فيه فالمتجه دوران الحكم معهما حيث دارا نفيًا وإثباتًا مطلقا، كما سيأتي انشاء الله تعالى .
وانما يثبت الربا في ذلك ﴿مع﴾ اتحاد العوضين في ﴿الجنسية﴾ فلا ربا مع المخالفة .

والمراد بالجنسية هنا الحقيقة النوعية باصطلاح أهل المنطق ، فانه يسمى «جنساً» لغة .

﴿وضابط الجنس: ما يتناول اسم خاص، كالحنطة بالحنطة والارز بالارز﴾ ويستثنى منه الشعير مع الحنطة كما يأتي .

﴿ويشترط في﴾ جواز ﴿بيع المثلين﴾ المتجانسين المقدرين بأحد التقديرين ﴿التساوي في القدر﴾ والحلول ﴿فلو بيع بزيادة حرم﴾ سواء كان البيع ﴿نقدًا﴾ أو نسيئة .

﴿ويصح متساوياً﴾ اذا كان ﴿يبدأ بيد﴾ أي نقدًا ﴿ويحرم﴾ اذا كان ﴿نسيئة﴾ ومع التساوي لا بأس بنحو عقد التبن^(٣) والزوان اليسير الذي جرت به العادة في أحد العوضين دون الآخر ، أو زيادة عنه . ولو خرج عن المعتاد حرم .

(١) وسائل الشيعة ١٢ / ٤٢٢ ، ح ١٦ ب ١ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٤٢٩ ، ح ١٦ ب ٤ .

(٣) التبن : ما قطع من سنابل الزرع كالبر ونحوه .

﴿وتجب إعادة الربا﴾ لو أخذ على المالك ﴿مع العلم بالتحريم﴾ حين المعاوضة بلاخلاف .

﴿وان جهل صاحبه﴾ ومالكة بحيث حصل اليأس عنه ﴿وعرف﴾ مقدار ﴿الربا﴾ مفصلاً كالربع والثالث ، كان له حكم المال المجهول المالك المشار إليه بقوله : ﴿تصدق به﴾ عنه .

ولو علم قدره جملة لامفصلة ، قيل : فان علم أنه يزيد عن الخمس خمسة وتصدق بالزائد ولو ظناً ، ويحتمل قوياً كون الجميع صدقة .

ولو علم نقصانه عنه ، اقتصر على ما يتقن به البراءة صدقة على الظاهر وخمساً في وجه ، وهو أحوط .

﴿وان﴾ انمكس الفرض فـ ﴿عرفه﴾ ولو في جملة قوم محصورين ﴿وجهل﴾ مقدار ﴿الربا﴾ أصلاً ﴿صالحه﴾ عليه ﴿ولاخمس هنا﴾ فان أبي عن الصلح ، فالأحوط دفع ما يحصل به يقين البراءة .

﴿وان مزجه بالحلال وجهل المالك والقدر تصدق بخمسه﴾ على أهله .
﴿واوجهل التحريم﴾ حين المعاوضة ﴿كفاه الانتهاء﴾ عنه والتوبة بعد المعرفة ، فلا يجب عليه شيء من الأمور المذكورة في الصورة السابقة ، وفاقاً لجماعة ، خلافاً للحلي وكثير من المتأخرين فأوجبوا الرد هنا أيضاً ، وهو أحوط وأولى .

﴿واذا اختلف أجناس العروض﴾ الربوية أي المكيلة والموزنة ، فبيعت احداها بمخالفتها منها في الجنسية ﴿جواز التفاضل﴾ اذا بيعت ﴿نقدأ﴾ اجماعاً .

﴿وفي النسبة قولان﴾ أشبههما ﴿وأشهرهما﴾ الجواز مع ﴿الكرامية﴾ وفي الغنية الإجماع ، خلافاً للإسكافي وجماعة فالمنع ، وهو أحوط .

كل ذا اذا كانت الاجناس المختلفة عروضا ، فلو كانت أثماناً أو ملفقاً منهما
اختلف الحكم فيهما بالمنع عن النسبة في الاول مطلقا كما يأتي ، والجواز في
الثاني كذلك اجماعاً .

﴿والحنطة والشعير جنس واحد في الربا﴾ وان اختلفا في غيره ، فلا يباع
أحدهما بالآخر متفاضلا ، نسبة كان أو عيناً على الأشهر الأقوى ، وفي كلام الشيخ
وابن زهرة اجماع .

﴿وكذا ما يكون منهما ، كالسويق والدقيق والخبز﴾ والهريسة ونحوها .
﴿وثمره النخل﴾ بأنواعها ﴿وما يعمل منها﴾ كالدبس ونحوه ﴿جنس واحد﴾
في الربا ، فلا يباع أحدهما بالآخر متفاضلا مطلقا .

﴿وكذا ثمرة الكرم وما يكون منه﴾ كالدبس والعصير والبختج^(١) ونحوها
جنس واحد ، لا يجوز فيه ما ذكر .

وبالجملة كل فرع له حكم أصله ، فلا يجوز المفاضلة بينهما ، لكن بشرط اتفاقهما
في الكيل والوزن كما يأتي .

﴿واللحوم﴾ والالبان ﴿تابعة للحيوان في الاختلاف﴾ فلحم الضأن والمعز
ولبنهما جنس واحد ، لشمول الغنم لهما . والبقر والجاموس ولبنهما جنس واحد
وكذا العراب والبخاتي ولبنهما جنس واحد ، وهكذا باختلاف .

﴿وما يستخرج من اللبن﴾ من الكشك والكامخ والزبد والسمن والجبن ﴿جنس
واحد﴾ فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر بالتفاضل مع اتحاد جنس الحيوان .

﴿وكذا الأدهان تتبع ما يستخرج منه﴾ فدهن الغنم مخالف لدهن البقر
يجوز بيع أحدهما بالآخر بالتفاضل ، وكذا الخل تتبع أصولها ، فخل التمر
مخالف لخل العنب .

(١) البختج : العصير المطبوخ معرب « مي بخته » .

والطيور عندهم أجناس ، فالحمام كله جنس على قول ، وقيل : ما يختص من أنواعه باسم فهو جنس مغائر .

﴿وما لا كيل ولا وزن﴾ ولاعد ﴿فيه فليس بربوي، كالثوب بالثوبين والعبد بالعبدين﴾ فلايمنع من التفاضل فيه نقداً اجمعاً .

﴿وفي النسبة خلاف، والاشبه﴾ فيها بالاصول عند المتأخرين كافة الجواز مع ﴿الكرامية﴾ وفاقاً لجماعة من القدماء، وعن التذكرة الاجماع، خلافاً لآخرين منهم فالمنع ، وهو أحوط ، ولكن الاول لعله أرجح .

﴿وفي ثبوت الربا في المعدود﴾ مع التجانس مطلقاً نقداً ونسيئة ﴿تردد﴾ وقولان، ينشأ : من تعارض الادلة من الطرفين، ولكن ﴿أشبهه﴾ بالاصول ﴿الانتفاء﴾ وعليه الاكثر ، وعن الخلاف^(١) والسرائر الاجماع .

﴿ولو بيع شيء في بلد كيلاً أو وزناً ، وفي بلد آخر جزافاً ، فلكل بلد دون أهله﴾ حكم نفسه ﴿من ثبوت الربا ان بيع بأحدهما، وهدمه ان بيع جزافاً مطلقاً ، على الاشهر الاقوى .

﴿وقيل : يغلب تحريم التفاضل﴾ اما مطلقاً كما عن النهاية^(٢) وغيره ، أو اذا كان البيع بهما غالباً أو مساوياً، دون ما اذا كان نادراً، كما عن الحلبي وغيره .

﴿وفي﴾ جسواز ﴿بيع الرطب بالتمر﴾ مسع التساوي ﴿روايتان﴾^(٣) أشهرهما ﴿وأظهرهما﴾ المنع ﴿وعليه في المختلف والغنية الاجماع، وعلل فيها بأن التمر يابس والرطب رطب فاذا جف نقص .

﴿وهل تسري﴾ هذه ﴿العلة﴾ المنصوصة ﴿في غيره﴾ أي غير التمر ﴿كازبيب

(١) الخلاف ١/ ٥٢٦ ، مسألة ٧٢ .

(٢) النهاية ص ٣٧٨ .

(٣) وسائل الشريعة ١٢/ ٤٤٥ ، ح ١٢ و ٢٠ .

بالغيب، والبسر بالرطب؟ الاشبه ﴿عند الماتن﴾ (١) وفاقاً لجماعة من أصحابنا، ومنهم الحلبي نافياً الخلاف عنه ، خلافاً لآخرين فنعم ، وهو أحوط .

﴿ولا يثبت الربا بين الوالد والولد ، ولا بين الزوج والزوجة ، ولا بين المالك والمملوك ، ولا بين المسلم والحربي﴾ فلكل منهما أخذه من صاحبه بالنص (١) والاجماع ، الا الحربي فلا يجوز له أخذ الربا من المسلم، وفاقاً للاكثر ، وعن صريح الخلاف (٢) وظاهر السرائر الاجماع .

وفي شمول الوالد لمن على والولد لمن سفل، والزوجة للمنقطعة والمملوك للمكاتب نظر ، والاحوط المنع .

﴿وهل يثبت بينه﴾ أي المسلم ﴿وبين الذمي﴾ إذا كان بشرائط الذمة ؟ ﴿فيه روايتان (٣) ، أشهرهما﴾ بل وأظهرهما ﴿أنه يثبت﴾ وعمل بالآخرى المرتضى وجماعة مدعياً عليه الاجماع، وحملها الاكثر على ما اذا خرج الذمي عن شرائط الذمة، ولا بأس به جمعاً بين الأدلة .

﴿و﴾ يجوز أن ﴿يباع﴾ الثوب ﴿بالغزل﴾ مطلقاً ﴿ولوتفاضلاً﴾ وكذا كل فرع لا يوافق أصله في البيع كيلاً ووزناً .

﴿ويكره بيع الحيوان باللحم﴾ مطلقاً ﴿ولوتماثلاً﴾ واتحداً جنساً نقداً ونسيئة حياً كان المبيع أو مذبوحاً ، على ما يقتضيه اطلاق العبارة .

وفاقاً للحلي وعليه الفاضل فسي بعض كتبه ، وتبعهما المحقق الثاني وشيخنا الشهيد الثاني، لكنهما خصا المسألة بالمجانس والجواز بالحي . واختار الحرمة في غيره .

(١) وسائل الشيعة ٤٣٦/١٢ ، ج ٧ .

(٢) الخلاف ٥٣٩/١ ، مسألة ١٢٨ .

(٣) وسائل الشيعة ٤٣٦/١٢ ، ج ٣ و ٥ .

خلافاً للاكثر فأطلقوا المنع، وإن اختلفت عبارتهم في الاختصاص بالمجانس والعموم له ولغيره، ولا يبعد ارادتهم الاول، فقد ادعي الاجماع على الجواز في الثاني في كلام جماعة، ولا بأس به ولكن مع الكراهة، كما في ظاهر العبارة لاطلاق بعض الادلة بالمنع. وأما في المجانس فالافوى فيه التحريم ولو كان المبيع حياً.

ومقتضى النص^(١) المنع عن مطلق المعاوضة، ولا كذلك عبارة الجماعة، فانها في المبيع خاصة. وحمل كل منهما على الآخر ممكن، إلا أن الوجه الاختصاص بالمبيع في الحي والعموم في المذبوح، لوجود شرط الربا فيه.

﴿وقد يتخلص من الربا﴾ حيث يراد بيع أحد الربويين بالآخر متفاضلاً بالضميمة ﴿بأن يجعل مع الناقص﴾ منهما أو معهما أن اشبه ناقصهما ﴿متاع من غير جنسه﴾ أي الناقص، فتكون الضميمة في مقابلة الزيادة.

وذلك ﴿مثل﴾ بيع ﴿درهم ومد من تمر﴾ مثلاً ﴿بمدين﴾ منه أو درهمين وأمداد ودرهم، ولا يشترط كون الضميمة ذات وقع في مقابل الزيادة، ولا قصد صرف كل الى ما يخالفه.

﴿أو يبيع أحدهما سلعته لصاحبه﴾ بجنس غيرها ﴿ويشتري الأخرى بذلك الثمن﴾ فيسقط اعتبار المساوات. وكذا لو وهبه سلعته ثم وهبه الآخر أو أقرضه ويبتارياً أو يتبائعاً ووهبه الزيادة، ولكن من غير شرط في الكل، لأن الشرط حينئذ زيادة في العرض المصاحب له.

ولا يقدح في ذلك كون هذه الأمور غير مقصودة بالذات، والمعقود تابعة للمقصود لأن القصد الى عقد صحيح وغاية صحيحة كف في الصحة، ولا يشترط قصد جميع

(١) وسائل الشريعة ٤٤١/١٢، ب ١١٠.

الغايات المترتبة عليه ، ولا خلاف في شيء من ذلك فتوى ونصاً^(١).

أحكام بيع الصرف :

﴿ومن هذا الباب الكلام في الصرف، وهو﴾ لغة: الصوت، وشرعاً ﴿بيع الاثمان﴾ وهي الذهب والفضة مسكوكين كانا أملاً ﴿بالاثمان﴾.

﴿ويشترط فيه﴾ صحة زيادة على ما يشترط في مطلق البيع والربا ﴿التقايض في المجلس﴾ والمراد به الاعم من مجلس العقد كما يأتي، وإن اعتبر بالتقايض قبل التفرق .

﴿وبطل لو افترقا قبله على الأشهر﴾ الاظهر ، وقد استفاض نقل الاجماع عليه . ومقتضى الاصل واختصاص المثبت لهذا الشرط من الفتوى والنص^(٢) بالبيع عدمه فيما عداه من مطلق المعاوضة ، وليس كالربا في ظاهر الجماعة.

﴿ولو قبض البعض﴾ خاصة قبل التفرق ﴿صح فيما قبض﴾ وبطل في الباقي وتخيراً معاً في اجازة ما يصح فيه وفسخه ، اذالم يكن من أحدهما تفريط في تأخير القبض . ولو كان تأخيره بتفريطهما، فلا خيار لهما . ولو اختص به أحدهما سقط خياره خاصة .

﴿ولو فارق المجلس﴾ الذي وقع فيه العقد حال كونهما ﴿مصطحين لم يبطل﴾ الصرف .

﴿ولو وكل أحدهما﴾ صاحبه أو أجنبياً ﴿في القبض وافترقا قبله بطل﴾ وإن حصل القبض بعد الافتراق، لعدم الشرط وهو التقايض قبل تفارق المتعاقدين . هذا اذا وكله في القبض دون الصرف، ولو وكله فيه خاصة أو مع القبض، فالمعتبر مفارقة الوكيل لمن وقع معه العقد دون المالك .

(١) وسائل الشريعة ٤٥٥/١٢ ، ب ٢٠ .

(٢) وسائل الشريعة ٤٥٧/١٢ ، ب ٢٠ .

والضابط: ان المعتبر في التقابض قبل تفرق المتعاقدين، سواء كانا مالكين أو وكيلين .

﴿ولو اشترى منه دراهم﴾ بدنانير أو بالعكس ﴿ثم اشترى بها﴾ أي بذلك النقود المبتاعة ﴿قبل القبض﴾ لها من المباع ﴿دنانير﴾ أو دراهم ﴿لم يصح﴾ البيع ﴿الثاني﴾ مطلقاً، وكذا الاول ان تفرقا قبل التقابض أيضاً على الاشهر .
خلافاً لثاني المحققين والشهيد في الاول ، فصحيحه مع التقابض قبل التفرق كالثاني، الحاقاً له بالفضولي، ولا بأس به، وان كان استيناف العقد من الرأس أحوط ، وللحلي في المسألة قول آخر بالتفصيل ضعيف .

﴿ولو كان له﴾ أي لزيد مثلاً ﴿عليه﴾ أي على عمرو ﴿دنانير﴾ أو دراهم ﴿فأمره أن يحوله الى الدراهم﴾ أو الدنانير في ذمته ﴿وساعره﴾ على ذلك ، بأن عين كلا من العوضين بازاء الآخر ﴿فقبض﴾ عمرو ﴿صح وان لم يقبض﴾ النقود المبتاعة، للموثقين^(١) المعلل أحدهما بالحكم بما يرجع حاصله الى ما أشار اليه بقوله: ﴿لان النقد من﴾ شخص ﴿واحد﴾ .

وعمل بهما الاكثر ، وان اختلفوا في التعبير بظاهرها كالمتن وغيره ، أو جعل الامر بالتحويل فيهما كناية عن التوكيل في طرفي العقد، وبناؤه على صحته وصحة القبض اذا توقف البيع عليه بمجرد التوكيل في البيع، ولاريب فيه على هذا التعبير بشرط قبض عين العوضين بعد العقد .

ويحتمل مطلقاً ، ولا بعد فيه على التعبير الاول بعد ورود النص المعتبر ، بخلاف الحلي ومصيره الى البطلان مطلقاً مع زدرته كما قيل ضعيف ، وان كان مراعاته أحوط .

﴿ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد منهما﴾ بشيء منهما أو غيرهما

لكونه رباً .

﴿ ويجوز ﴾ التفاضل ﴿ في المختلف ﴾ منهما جنساً ، كذهب بفضة وبالعكس بشرط التقابض قبل التفرق .

﴿ ويستوى في اعتبار التماثل ﴾ المشترط في صحة بيع الربويات مطلقاً ﴿ الصحيح ﴾ منها ﴿ والمكسور ، والمصوغ ﴾ وغيره ، فإن جيد كل جنس ورديه واحد ، فلا ربا مع التماثل في المقدار .

﴿ وإذا كان في أحدهما غش لم يبيع بجنسه ﴾ الخالص ﴿ إلا أن يعلم ﴾ زيادة الصافي ، ولو على فرض الندرة ، أو ﴿ مقدار مافيه ﴾ أي في المغشوش من الجواهر الخالص ﴿ فيزاد الثمن عن قدر ﴾ ذلك ﴿ الجواهر بما يقابل الغش ﴾ ولو يسيراً لم يكن بقيمته ^(١) بعد أن يكون متهولاً عادة .

وتقييد منع البيع بالجنس يقتضي الجواز بغيره على الإطلاق ، ولو حالة الجهل بمقدار المغشوش ، وهو كذلك .

ويجوز بيع أحد المغشوشين المتجانسين بالآخر مطلقاً ، ولو كان مقدار الخالص منهما مجهولاً ، بل ولو علم بزيادة الخالص في أحدهما على الخالص في الآخر .

﴿ ولا يباع تراب ﴾ معدن ﴿ بالذهب بالذهب . ولا تراب ﴾ معدن ﴿ الفضة بالفضة ﴾ أي ترابهما الخليط بخالصهما مع جهاتهما .

ولو علم زيادة الثمن عما في التراب من جنسه ، لم يصح وإن صح في المغشوش ، بناءً على أن التراب لا قيمة له لتصلح في مقابل الزائد .

ومنه يعلم جواز بيع التراب بالخالص مع مساوات مقدار جواهريهما ، لعدم الزيادة أصلاً والتراب لعدم قيمة له وجوده كعدمه .

(١) في « خ » : له القيمة .

﴿وباع﴾ أحد الترابين ﴿بغيره﴾ أي بغير جنسه، نقداً كان أم لا مطلقاً .
 ﴿ولو جمعا﴾ أي الترابان، بأن خلطاً وهزجاً أو أريد بيعهما في صفقة واحدة
 معاً ﴿جاز بيعه﴾ أي المجموع ﴿بهما﴾ أي بخالصهما معاً، وإن جهل مساوات
 مقدار الثمن والمثمن منهما للآخر .

ويجوز بيعهما معاً أيضاً بأحدهما ، مع العلم بزيادة الثمن على مجانسه ،
 بما يصح عوضاً عن الآخر، وأولى منهما بيعهما بغيرهما .

﴿وباع جوهر الرصاص﴾ بفتح الراء ﴿والنحاس﴾ بضم النوز ﴿بالذهب
 أو الفضة﴾ ، وإن كان فيه يسير من ذلك ﴿مطلقاً﴾ ، وإن لم يعلم زيادة الثمن عن ذلك
 اليسير ، ولم يقبض قبل الفرق ما يساويه، لأنه لقاته مضمحل وتابع غير مقصود
 بالبيع . ومثله المنقوش منهما على الجدران والسقوف ، بحيث لا يحصل منهما
 شيء يعتد به على تقدير نزعه منهما .

﴿ويجوز اخراج الدراهم﴾ والدنانير ﴿المغشوشة﴾ بنحو من الصرف
 والرصاص ﴿إذا كانت معلومة الصرف﴾ والرواج بين الناس .
 ﴿ولو لم تكن كذلك﴾ بل كانت مهجورة لا يتعاملون بها ﴿لم يجز﴾ انفاؤها
 ﴿إلا بعد بيانها﴾ وإظهار غشها ، إذا كان مما لا يتساهل به عادة ، بإخلاف في
 المقامين .

مسائل تتعلق بالصرف :

وهنا ﴿مسائل﴾ :

﴿الاولى﴾ : إذا ﴿ابتاع ديناراً بدينار مثلاً و﴾ دفع زيادة عما ﴿يجب عليه
 للبائع﴾ أو بالعكس ﴿صح﴾ المعاملة، إذا وقعت على العوضين في الذمة ،
 ولا كذلك لو وقعت على معينين ، من حيث اشتغال أحد العوضين على زيادة

عينية ، وكذلك لو كان الزائد معيناً والمطابق مخصوصاً بقدر ينقص عن المعين بحسب نوعه .

﴿و﴾ حيث صحت المعاملة ﴿تكون الزيادة أمانة﴾ في يد من وقعت في يده ، ولا يضمنها الا بتعد أو تفریط ، اذا علم أن الدفع بطريق الاستئمان بلاخلاف .
﴿وكذا لو﴾ جهل الحال بأن ﴿بان فيه زيادة﴾ خارجة عن العادة ﴿لا يكون الا غلطاً أو تعمداً﴾ لا مسامحة عند الاكثر ، خلافاً لبعضهم فيضمنها ، وهو أحوط وأولى ان لم يكن أقوى .

﴿ولو كانت الزيادة مما يتفاوت به الموازين﴾ ويتسامح به عادة ﴿لم تجب اعادته﴾ اجماعاً ، ولكن يستحب ، بل وربما يتعين لو علم من عادته عدم الزيادة بمثلها الاسهواً ، وان كانت معتادة من غيره ، فيرجع الى حكم المسألة السابقة .
﴿الثانية : يجوز أن يبدل له درهماً بدرهم ، ويشترط﴾ عليه ﴿صياغة خاتم﴾ عند الشيخ وجماعة ، خلافاً لآخرين فتبطل المعاملة ، ولا يخاو عن قوة .
﴿و﴾ على قول الشيخ ﴿لا يتعدي الحكم﴾ الى غير مافي العبارة قطعاً لمخالفته القاعدة ، واختصاص النص^(١) المثبت له - على تقدير تسليمه - بما فيها خاصة .

﴿وجوز أن يقرضه الدراهم﴾ والدنانير ﴿ويشترط﴾ عليه ﴿أن ينقدها بأرض أخرى﴾ وليس ذلك رباً .

﴿الثالثة :﴾ الضابط في جواز بيع ﴿الاواني المصوغة من الذهب والفضة﴾ معاً بأحدهما ، أن يكون في الثمن زيادة على مافي المصوغ من جنسه يقابل الجنس الآخر وان قلت ، بعد أن يكون متمولة .

سواء علم مقدار كل منهما أم لا ، أمكن تخليصهما أم لا ، كان الثمن من جنس

النقد الاقل في المصوغ أم الاكثر، وفاقاً لاكثر من تأخر، عملاً بالقواعد المتقدمة المقتضية له ولجواز بيعهما معاً بهما كذلك مطلقاً^(١)، وبغيرهما كذلك .

خلافاً للنهاية^(٢) وجماعة فقالوا : ان كان كل واحد منهما معلوماً، جاز بيعه بجنسه من غير زيادة، وبغير الجنس مطلقاً^(٣) .

و ﴿ان﴾ لم يعلم و ﴿أمكن تخليصهما﴾ لم تبع بأحدهما و بيعت بهما أو بغيرهما .

﴿وان تعذر﴾ التخليص و كان الاغاب أحدهما بيعت بالاقل و منها ما خاصة و ﴿ان تساوي﴾ قدرأ و بيعت بهما و معاً أو بغيرهما ، وهذا التفصيل لم نجد له مستنداً .

وهل تكفي غلبة الظن في زيادة الثمن على مجانسته أم لا يعتبر العلم بها ؟ قولان، أجودهما: الثاني، الا اذا احتيج الى البيع وتعرس العلم والبيع بغير الجنس فلا بأس بالظن دفعاً لضرر الحاجة والتخليص .

﴿الرابعة﴾ المراكب والسيوف و نحوهما و المحلاة و بأحد النقيضين و ﴿ان علم﴾ ما فيهما من مقدار الحلية و أوظن على الخلاف و بيعت بالجنس و المحلاة به، لكن و مع زيادة تقابل المراكب أو النصل و هو حديدة السيف .

وينبغي أن يكون بيعهما بالجنس و نقداً ، ولو بيعت نسيئة تقدم الثمن ما قابل الحلية و لا بأس بتأخير ما يقابل النصل والمركب .

والظاهر انسحاب الحكم فيما شابه المسألة من الاواني المصوغة من الذهب أو الفضة وضابطه المنع عن بيع أحد النقيضين بالآخر نسيئة مطلقاً ، ضم اليهما من غير

(١) علم مقدارهما أو أحدهما أم لا، أمكن تخليصهما أم لا « منه » .

(٢) النهاية ص ٣٨٣ .

(٣) وان زاد « منه » .

جنسهما أم لا .

﴿وان جهل﴾ مقدار الحلية ﴿بيعت بغير الجنس﴾ مطلقا اجماعاً ، وبه أيضاً حالاً اذا علم زيادته عن الحلية ، وان جهل قدرها مفصلاً ، فقد يتفق ذلك أحياناً .
﴿وقيل :﴾ انه ﴿ان أراد بيعها﴾ أي المراكب المحلاة ﴿بالجنس﴾ المحلاة به ﴿ضم اليها شيئاً﴾ آخر ، والقائل الشيخ في النهاية^(١) .

وحيث ان ظاهره ضمه الى ما فيه الحلية أو اليها ، نسبة المصنف كالاصحاب الى القيل مشعرين بتمريضه ، وذلك من حيث زيادة المحذور فيه ، فان المحتاج الى الضميمة انما هو الثمن خاصة ، لتقابل ما زاد عن الحلية ، ومع ذلك فلم تقف له على رواية .

﴿الخامسة : لا يجوز بيع شيء﴾ مطلقاً نقداً كان أو ثياباً ﴿بدينار﴾ مثلاً ﴿غير درهم﴾ اذا لم يعرف نسبة الدرهم الى الدينار ، نقداً كان أو نسيئةً بخلاف ﴿لانه﴾ أي الثمن حينئذ ﴿مجهول﴾ .

﴿السادسة : ما يجتمع من تراب الصياغة﴾ من الذهب والفضة كتراب المعدن ﴿يباع﴾ مع اجتماعهما ﴿بالذهب والفضة أو بجنس غيرهما﴾ معاً ، وبأحدهما بشرط العلم بزيادة الثمن عن مجانسته ، ومع الانفراد بغير جنسه .

﴿و﴾ على الصائغ أن ﴿يتصدق به﴾ عن مالكة مع الضمان ، بخلاف في الاول ﴿لان أربابه لا يميزون﴾ في الغالب ، ولو بنحو من العلم بهم في محصورين فلا يمكن التخلص من حقهم الا بذلك فيجب ، وعلى الاحوط في الثاني لسو ظهر المالك ولم يرض به .

ومصرف هذه الصدقة الفقراء ، ويجوز الدفع الى القرابة والعيال اذا كانوا بالصفة ، بل يستفاد من بعض الاخبار^(٢) جواز أخذها لنفسه مع فقره أيضاً .

(١) النهاية ص ٣٨٤ .

(٢) وسائل الشريعة ٤٨٤/١٢ ، ب ١٦ .

ويلحق بالصياغة ماشابهها من الصنائع الموجبة لتخلف أثر المال، كالحداثة والطحن والخياطة والخبازة .
كل ذا اذا لم يعلم اعراض المالك عنه، والاجاز التملك له والتصرف فيه من غير تصدق .

(الفصل السادس)

(فى بيع الثمار)

﴿ لايجوز ^(١) بيع ثمرة النخل قبل ظهورها ﴾ وبروزها الى الوجود عامـاً واحداً اجمالاً، وكذا عامين فصاعداً على الاشهر الاقوى ، وفي السرائر الاجماع .
﴿ ولا بعد ظهورها ﴾ بشرط التبقية أو مطلقاً ﴿ ما لم يبدصلاحها ، وهو أن يحمر أو يصفر ﴾ خاصة ﴿ على الاشهر ﴾ الاظهر في كل من الحكم والتفسير، وفي الغنية والمبسوط ^(٢) والخلاف ^(٣) الاجماع على الحكم .
ويقابل الاشهر في قول جماعة من القدماء والمتأخرين بالجواز مع الكراهة . وفي التفسير قول بعضهم زيادة على ما في العبارة : يبلوغه غاية يومن عليها الفساد . واختاره المصنف في الشرائع ^(٤) والفاضل في المختلف ، وهما ضعيفان .
﴿ نعم لو ضم اليها شىء ﴾ يجوز بيعه منفرداً ﴿ أو بيعت أزبد من ستة أو بشرط القطع جاز ﴾ اجمالاً .

هذا اذا بيعت كذلك بعد الظهور، وأما قبله فلا يجوز على الاقوى مطلقاً، الا اذا

(١) فى المطبوع من المتن : لا يصح .

(٢) المبسوط ١١٣/٢ .

(٣) الخلاف ٥٤٢/١ ، مسألة ١٣٩ .

(٤) الشرائع ٥٢/٢ .

كانت الضميمة مقصودة بالذات فيجوز قطعاً، ويحتمل مطلقاً ولو كانت غير مقصودة الآن التقييد أحوط وأولى .

﴿ويجوز بيعهما مع أصولهما﴾ مطلقاً ﴿وان لم يبدو صلاحها﴾ وكان عارياً من الشرائط الثلاثة المتقدمة اجمالاً .

﴿وكذا لا يجوز بيع ثمرة الشجرة﴾ قبل ظهورها مطلقاً ﴿حتى تظهر﴾ ولا بعد ظهورها سنة حتى ﴿يبدو صلاحها﴾ ويجوز سنتين فصاعداً مطلقاً .
﴿وهو﴾ أي بدو الصلاح هنا ﴿أن ينقصد الحب﴾ وان كان في كمام . والظاهر بل الاشهر أنه تناثر الزهر بعد الانعقاد، وبه يحصل الفرق بين الظهور والبدو دون الاول .

وفيه قول آخر: انه تلون الثمرة، أو صفاء لونها، أو الحلاوة، وطيب الابل في مثل التفاح ، أو النضج في مثل البطيخ ، أو تناهي عظم بعضه في مثل القثاء ، وهو أحوط .

﴿واذا أدرك بعض ثمرة البستان، جاز بيع ثمرة أجمع﴾ بلا خلاف .
واطلاق النص والفتوى يقتضي عدم الفرق في [الضميمة^(١)] المدرك بين أن يكون متبوعة أو تابعة، ولاريب في الاول للقاعدة، وكذا الثانية هنا بناءً على أن المقصود من الضميمة هنا انما هو الخروج عن المنع تعبدًا، لا لدفع الغرر لاندفاعه بعد الظهور بالمشاهدة .

﴿ولو أدرك ثمرة بستان ، ففي جواز بيع بستان آخر لم يدرك منضمًا اليه تردد﴾ ينشأ من تعارض أدلة الجواز، والمنع عن البيع قبل البدو عمومًا وخصوصاً ﴿ولكن﴾ الجواز أشبهه ﴿بالاصول، ومع ذلك بين المتأخرين مشهور ، وان كان الاحوط المنع .

﴿ويصح بيع ثمرة الشجرة﴾ بعد انعقاد الحب مطلقاً ﴿ولو كان في الاكمام﴾

(١) الزيادة من « خ » .

جمع كمام بكسر الكاف، وهي غطاء الثمرة من النور كالرمان ﴿منصفاً الى أصوله﴾ كانت ﴿أو منفرداً﴾ بلا خلاف .

﴿وكذا يجوز بيع الزرع﴾ حال كونه ﴿قائماً﴾ على أصوله مطلقاً قصد فصله^(١) أم لا ﴿و﴾ كذا ﴿حصيداً﴾ أي محصوداً وإن لم يعلم ما فيه بلا خلاف ظاهر في شيء من ذلك، الأمن الصدوق في المقنع^(٢) في الاول، حيث اشترط الفصل أو كونه سهلاً ، ومراعاته أحوط وأولى .

وظاهر أكثر النصوص^(٣) والفتاوى أن للمشتري الإبقاء الى أوان البلوغ، وعلى البائع الصبر اليه مطلقاً وإن لم يشترطه، خلافاً لبعض الاخبار فقيده بصورة الشرط ولعله أحوط .

﴿وجوز بيع الخضر﴾ كالقثاء والباذنجان والبطيخ والخيار ﴿بعد انعقادها﴾ وظهورها وإن لم يتناه عظمها ﴿لقطة ولقطات﴾ معينة معلومة العدد، كما يجوز شراء الثمرة الظاهرة وما يتجدد تلك السنة وفي غيرها مع ضبط السنين .
والمرجع في اللقطة العرف، فما دل على صلاحيته للقطع يقطع وما دل على عدمه لصغره أو شك فيه لا يدخل .

﴿وكذا يجوز﴾ بيع ما يجرز ﴿كالرطبة﴾ بفتح الراء وسكون الطاء نبت خاص قيل: له أوراق صغار ذوبسط في الجملة ، يقال له بالفارسية اسبست كما عن الصحاح والمغرب ﴿جزءة وجزات﴾ .

﴿وكذا ما يخرط﴾ وأصل الخرط أن يقبض باليد على أعلى القضيبي ، ثم يمرها عليه الى أسفله يأخذ منه الورق والدراد هنا ما يصد من ثمرته ورقه ﴿كالحناء

(١) فصل فصلا الشيء : قطعه .

(٢) المقنع ص ١٣٢ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٠/١٣ ، ب ١١ .

والنوت ﴿ بالتائين من فوق ﴾ خرطة وخرطات .

﴿ ولوباع الاصول من النخل بعد التأبير ، فالثمرة للبائع ﴾ .

﴿ وكذا ﴾ لوباع ﴿ الشجرة بعد انعقاد الثمرة ﴾ كانت للبائع ، مستورة كانت أم بارزة ﴿ مالم يشترطها ﴾ أي الثمرة ﴿ المشتري ﴾ فتدخل في المقامين ، وقد مر الكلام فيهما فلا وجه لاعادته هنا .

﴿ و ﴾ حيث ما كانت الثمرة للبائع وجب ﴿ عليه ﴾ أي على المشتري ﴿ تبقيتها الى أوان بلوغها ﴾ وأخذها عرفاً بحسب تلك النخلة والشجرة ، من بسر أورطب ، أو تمر ، أو عنب ، أو زبيب .

وان اضطرب العرف فالأغلب ، ومع التساوي ففي الحمل على الأقل أو الأكثر أو اعتبار التعيين والافيطل أوجه ، والاحتياط واضح .

﴿ ويجوز أن يستثنى البائع ثمرة ﴾ شجرة معينة ، أو ﴿ شجرات بعينها ، أو حصة مشاعة ﴾ كالنصف والثلث ﴿ أو أوطالاً معلومة ﴾ بحيث يزيد عنها بقدر ما يقابل الثمن بلاخلاف ، الا من الحلبي في الأخير فمنع عنه ، وهو ضعيف ، وان كان مراعاته أحوط .

﴿ ولو خاست الثمرة ﴾ بأمر منه سبحانه ﴿ سقط من الثياب ﴾ أي المستثنى ﴿ بحسابه ﴾ ونسبته الى الأصل فسي الصورتين الأخيرتين ، بخلاف الأولى فان استثنائها كبيع الباقي منفرداً ، لامتياز حق كل عن صاحبه ، بخلاف الأخيرتين فانه فيهما شائع في الجميع ، فيوزع الناقص عليهما اذا كان التلف بغير تفريط .

وطريق توزيع النقص على الحصة المشاعة جعل الذهاب عليهما والباقي لهما وأما في الأوطال المعلومة فيعتبر الجملة بالتخمين وينسب اليها المستثنى ، ثم ينظر الذهاب فيسقط منه بتلك النسبة .

﴿ ولا يجوز بيع ثمرة النخل بتمر منها ﴾ اجماعاً ﴿ وهي المزبنة ﴾ .

﴿وهل يجوز﴾ بيعها ﴿بتمر من غيرها؟ فيه قولان، أظهرهما﴾ وأشهرهما سيما بين المتأخرين ﴿المنع﴾ .

﴿وكذا لا يجوز بيع السنبل بحب منه﴾ اجماعاً ﴿وهي المحاقلة﴾ .
 ﴿وفي﴾ جواز ﴿بيعه بحب من غيره قولان، أظهرهما﴾ وفاقاً للمرتضى
 ﴿التحريم﴾ والقول الثاني في السقامين للنهاية^(١) وجماعة .

وهل يختص المنع بالمزبنة والمحاقلة أم يعم ما يشابهها؟ فلا يحل بيع باقي
 الثمار على أصولها مطلقاً منها أو من غيرها قولان، أحوطهما: الثاني، وإن كان الاظهر
 الاول وفاقاً لجمع .

﴿وبجوز بيع العرية بخرصها﴾ اجماعاً نصاً^(٢) وفتوى، وبهما يخص عموم
 أدلة المنع عن المزبنة . ﴿وهي النخلة﴾ الواحدة التي ﴿تكون﴾ للرجل
 ﴿في دار﴾ رجل ﴿آخر﴾ فيجوز له أن يبيعها بخرصها، واكتفى عنه المصنف بقواه
 ﴿فيشتريها صاحب المنزل بخرصها تمرأ﴾ من غيرها .

وظاهر النص والمتن أن العرية ما تكون في الدار خاصة، والاظهر تعميمها
 لما تكون في البستان، كما عليه الأكثر وفي كلام جمع الاجماع، وحكي عن
 جماعة من أهل اللغة، بل ويمكن التعدية الى الخان ونحوه، والى مستعير الدار
 ومستأجرها . نعم لابد من البيع من صاحب الدار دون غيره، كما هو ظاهر
 الاصحاب .

ولا عرية فيما عدا النخلة، ولا في المتعددة منها، الامع تعدد الموضع أو المالك
 لا العقد ولا بتمر منها مطلقاً وفاقاً للأكثر .

والمراد بخرصها البيع بمقدارها، فلو اشتراها بزائد أو ناقص لم يجز

(١) النهاية ص ٤١٦ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٥/١٣، ب ١٤٠ .

اتفاقاً .

والمعتبر فيه المماثلة بين ثمرة النخلة عند صيرورتها تدرأ وبين التمر الذي هو الثمن، وقيل : بين ما عليها رطباً وبين التمر . والاول أشهر . ولا يعتبر مطابقة ثمرتها جافة لثمنها في الواقع ، بل في ظن الخارص عند العقد فلو زادت عند الجفاف عنه أو نقصت لم يقدح في الصحة ، وقيل : يقدح . والاول أظهر .

ولا يشترط التقابض في المجلس على الاظهر الاشهر ، وقيل : نعم ، ولعله أحوط .

﴿ ويجوز بيع الزرع قصيلاً ﴾ أي مقطوعاً بالقوة ، بأن شرط قطعه قبل حصاده ﴿ وعلى المشتري قطعه ﴾ عملاً بالشرط .

﴿ ولو امتنع فللبائع ازالته ﴾ وتفريغ أرضه منه ، اما مطلقاً كما عند جماعة ، أو بشرط الاذن من الحاكم ، أو تعذره كما هو الاقوى ، وفاقاً لشيخنا الشهيد الثاني .

وله المطالبة بأجرة أرضه عن المدة التي بقي فيها ، بعد امكن فصله مع الاطلاق وبعد المدة التي شرطاً فصله فيها مع التعيين .

ولو كان شراؤه قبل أو ان فصله ، وجب على البائع الصبر الى أو ان بلوغه مع الاطلاق ، كما لو باع الثمرة والزرع للحصاد .

﴿ ولو تركه ﴾ أي البائع الفصل ﴿ كان له ﴾ ذلك و ﴿ أن يطالبه ﴾ أي المشتري ﴿ بأجرة أرضه ﴾ عن زمان العدوان وأرش النقص في الارض ان حصل بسببه ، اذا كان التأخير بغير رضاه .

﴿ ويجوز أن يبيع ما ابتاعه من الثمرة ﴾ على أصولها ﴿ بزيادة ﴾ أو نقص ﴿ عن الثمن قبل قبضها ﴾ بلا خلاف هنا ، وان قيل بالمنع فيما عداه ﴿ على كراهية ﴾

ولعله لاطلاق بعض الاخبار^(١) والفتاوى بالمنع .

﴿ولو كان بين اثنين﴾ أوجماعه ﴿نخل﴾ أوزرع أو شجر ﴿فتقبل أحدهما بحصة صاحبه﴾ أي الثمرة المدلول عليها بالنخل، مع أن في بعض النسخ صاحبه^(٢) ﴿من﴾ نفس ﴿الثمره﴾ خاصة، كما يستفاد من جماعة، أو من ثمرة مطلقاً ولو من غيرها كما من آخرين ﴿بوزن معلوم صح﴾ للصحيح^(٣).

وبها مضافاً إلى عدم الخلاف الأمن الحلي يقيد أخبار المنع عن المزابقة والمحاولة إن جعلنا هذا التقييل بيعاً، والا فهي معاملة خاصة .

وظاهرها تأديتها بمادل على ما اتفقا عليه بأي عبارة، خلافاً للمحكي عن الجماعة فاشتراطوا في صيغتها الوقوع بلفظ القباله، وهو غير ظاهر المستند، وإن كان أحوط . وظاهر بعضها أن المتقبل يملك الزائد وعليه الناقص .

وأما الحكم بأن قرارها مشروطة بسلامة الثمرة من الآفة الإلهية ، بحيث لو حصلت فسدت ورجع الأمر إلى ما كان عليه من الشركة ، فلم أفد له على حجة وإن ذكره جماعة .

فالمتجه - وفقاً لجماعة - عدم اشتراط السلامة في الصحة، إن لم يشترط كون الثمن من نفس الثمرة ، أو اشتراط ولم ينزل على الإشاعة .

ولو كان النقص لآفة بل يخلل في الخرص ، لم ينقص شيء وكذا لو كان بتفريط المتقبل .

والأظهر أن هذه المعاملة لازمة لا يجوز الرجوع فيها بعد جريان الصيغة، كسائر العقود اللازمة .

﴿وإذا مر الإنسان بثمره النخل﴾ والفواكه ﴿جاز له أن يأكل ما لم يضر﴾

(١) وسائل الشيعة ١٣/١٣ ، ب ٧ .

(٢) كما في المطبوع من المتن .

(٣) وسائل الشيعة ١٣/١٨ ، ب ١٠ .

به ويفسده، بأن يأكل منه كثيراً بحيث يؤثر فيها أثراً بيناً، ويصدق معه مسماه عرفاً. ويختلف ذلك بكثرة المادة وقتلتها، وليس من هذا الشرط الافساد بكسر الغصن . ﴿أو يقصد﴾ المرور اليه، بل يكون مروره اليه اتفاقاً، بأن يكون الطريق قريبة منها ، بحيث يصدق المرور عرفاً ، لا أن يكون طريقه على نفس الشجرة . ﴿ولا يجوز أن يأخذ معه شيئاً﴾ اجماعاً، وقد جعل هذا أيضاً جماعة شرطاً ولادليل عليه بل ولاعلى الثاني ان لم يكن اجماعاً، ولكن اشتراطهما بل واشتراط عدم العلم بكراهة المالك وعدم ظنها وكون الثمرة على الشجرة أيضاً أحوط وأولى . ﴿وفي جواز ذلك﴾ أي الاكل مع الشروط ﴿في غير النخل من الزرع والخضر تردد﴾ ينشأ : من اختلاف النصوص^(١) ، واعتضاد المانع منها بنص الكتاب والاعتبار ، والمجوز منها بالشهرة بين الاصحاب ، والاول أحوط وان كان الثاني أظهر .

والمنشأ جار في النخل أيضاً، الا أن الجواز فيه أقوى منه هنا، لقوة الشهرة فيه حتى ادعى فيه جماعة الاجماع ، ولا كذلك المقام . ولاريب أن التورع عنهما أحوط وأولى، وان كان وجهه هنا أكد وأقوى .

(الفصل السابع)

(فى بيع الحيوان)

﴿اذا تلف الحيوان﴾ المبيع ﴿في﴾ الثلاثة أيام التي هي ﴿مدة الخيار﴾ فيه ﴿فهو من مال البائع﴾ مطلقاً ﴿ولو كان بعد القبض﴾ له من المشتري ﴿اذا لم يكن﴾ التلف ﴿بسببه﴾ أي المشتري ﴿ولا عن تفريط منه﴾ فان التلف

(١) وسائل الشريعة ١٣/١٤ ، ب ٨٠ .

في زمن الخيار ممن لاخيار له كما مر .

﴿ولا يمنع العيب الحادث﴾ فيه من غير جهة المشتري في زمن الخيار
﴿من الرد بـ﴾ أصل ﴿الخيار﴾ مطلقاً بلا خلاف ، لانه مضمون على البائع
بالاجماع . وفي جواز الرد بالعيب السابق أيضاً قولان، الاظهر وفاقاً للاكثر نعم
وان كان الاحوط لا .

وتظهر الثمرة فيما لو اسقط الخيار الاصلي والمشتراط أو مضي الثلاثة، فله
الرد على المختار ، ولا على غيره .

ولو كان حدوثه بعد الثلاثة ، منع الرد بالعيب السابق ، لكونه غير مضمون
على البائع مع تغيير المبيع ، فان رده مشروط بعدمه ، فله الارش حيثنذ خاصة
بالعيب السابق .

﴿واذا بيعت الحامل فالولد للبائع على الاظهر﴾ الاشهر ﴿مالم يشترط
المشتري﴾ دخوله فيدخل كما مر .

﴿ويجوز ابتياع بعض الحيوان مشاعاً﴾ مع التعيين كالنصف والرابع ،
ولايجوز مفروضاً ، ولو كان رأساً أو جلدأ ، ولا غيره كشيء أو جزء اجماعاً في
الجميع .

﴿و﴾ أما ﴿لوباع﴾ الشاة مثلاً ﴿واستثنى الرأس أو الجلد﴾ منها ﴿ففي
رواية (١) السكوني﴾ وغيرها أن البائع ﴿يكون شريكاً بنسبة قيمة ثنياء﴾ أي
مستثناه . فلو قوم الشاة جميعها بعشرة وبدون المستثنى بتسعة ، يكون البائع
شريكاً بالعشر .

وأفتى بها الشيخ في النهاية^(١) والمبسوط^(٢) والخلاف وفيه الاجماع ، وتبعه القاضي .

ولضعفها سنداً ومخالفتها الاصول طرحها الاصحاب رأساً ، وان اختلفوا في المسألة بعد ذلك على أقوال ، ثالثها التفصيل بين مذبوح الحيوان فيصح البيع والشرط معاً وحيه فيفسدان ، وهو الافوى .

﴿ولو اشترك جماعة في شراء الحيوان واشترط أحدهم الرأس والجلد بماله﴾
من الثمن ﴿كان له منه﴾ أي من المبيع ﴿بنسبة ما نقد لا ما شرط﴾ للحسن^(٣) ، بل ربما عد من الصحيح .

ولا خلاف فيه الا من شيخنا الشهيد الثاني وبعض متابعيه ، فجعلوا الحكم فيه وفيما سبق واحداً ، وهو حسن ان لم يكن انعقد الاجماع على خلافه ، وربما احتمله المحقق الثاني ، ولعله وجه الفرق بينهما في العبارة ونحوها من التردد في الاول والجزم بالحكم هنا ، وهو حسن ان تم ، والا فمجرد صحة السند غير كاف في الخروج عن مقتضى الاصول ، ومع ذلك فالاحوط مراعاتها .

﴿ولو قال : اشتر حيواناً بشركتي﴾ أو بيننا ﴿صح﴾ البيع لهما ﴿وعلى كل واحد﴾ منهما ﴿نصف الثمن﴾ لا غير ، وان أدى أحدهما الجميع باذن الآخر صريحاً أو فحوى ، ولو بمقتضى العادة لهما في الانقاد عنه ازمه العقد له والا فلا .
ولوتلف المبيع بعد قبضه باذن الآخر ولو فحوى ، فهو منهما ويرجع على الآخر بما نقد عنه ، اذا كان باذنه لامطلقاً .

﴿واو﴾ زاد على ذلك و ﴿قال﴾ : اشتر على أن يكون ﴿الربح لنا﴾ أي

(١) النهاية ص ١٣٤ .

(٢) المبسوط ص ١٦٥ .

(٣) وسائل الشريعة ٤٩/١٣ ، ح ١٣ .

بيننا ﴿ولا نخسران عليك﴾ ان حصل ﴿لم يلزم الشرط﴾ عند جماعة ، خلافاً لآخرين فأجازوه .

﴿و﴾ بعضهم زيادة على العمومات ما ﴿في رواية^(١)﴾ صحيحة من أنه ﴿اذا شارك﴾ رجل ﴿في جارية﴾ له ﴿وشرط للشريك الربح دون الخسارة جاز﴾ اذا طابت نفس صاحب الجارية، ونحوها أخرى . لكن الدلالة ضعيفة ، وسيأتي الكلام في نظير المسألة في كتاب الشركة .

﴿ويجوز النظر الى وجه المملوكة ومحاسنها اذا أراد شرائها﴾ اذا لم يكن بتلذذ وريبة اجماعاً ، بل جوز في التذكرة النظر الى ماعدا العورة ، ولكن الاحوط خلافه .
﴿ويستحب لمن اشترى رأساً﴾ أي رقيقاً ، ذكراً كان أو أنثى ﴿أن يغير اسمه﴾ عند شرائه ، بل قيل : مطلقاً ولو بالانتقال بنحو من الهبة والصلح .
﴿و﴾ أن ﴿يطعمه شيئاً حلواً ، ويتصدق عنه بأربعة دراهم﴾ شرعية .
﴿ويكره أن يريه ثمنه في الميزان﴾ بل قيل : بالكره حيث كان .

مسائل تتعلق ببيع الحيوان :

﴿ويلحق بهذا الباب مسائل :﴾

﴿الاولى : المملوك يملك فاضل الضريبة﴾ فعيلة بمعنى المفعول ، والمراد بها ما يؤدى العبد الى سيده من الخراج المقدر عليه ، كما عن الصدوق والاسكافي وغيرهما .

﴿وقيل :﴾ انه ﴿لا يملك شيئاً﴾ مطلقاً ، الا أن يأذن له العولى في التصرف فيحصل له اباحته خاصة ، والقائل الاكثر ، وفي كلام جمع الاجماع ، وهو الاظهر .
﴿الثانية : من اشترى عبداً﴾ مثلاً وكان ﴿له مال ، كان ماله للبائع﴾ مطلقاً
﴿الا مع الشرط﴾ للمشتري فيكون له ، على الاظهر الاشهر .

وقيل: بأنه للبائع مع جهله، وللمشتري مع علمه، وهو ضعيف .
وعلى تقدير الدخول ينبغي أن يراعى فيه شروط البيع ، من كونه معلوماً
لهما أو ما في حكمه، وسلامته من الربا ، بأن يكون الثمن مخالفاً لجنسه الربوي
أوزائداً عليه وقبض مقابل الربوي في المجلس ان كان صرفاً، وغيرها من الشروط .
﴿الثالثة: يجب على البائع﴾ ومن في حكمه ان قلنا بالحاقه به ﴿استبراء
الامة﴾ الموطوعة له حال بلوغها ، في قبل أو دبر عزل أم لا ﴿قبل بيعها﴾ بل
مطلق الانتمال ، على الاشهر الاقوى ، بترك وطبها مطلقا ولو دبراً ، دون سائر
الاستمتاعات في زمان يأتي عليها ﴿بحيضة﴾ واحدة ان لم تبع في أثنائها، والا
فيكفي تمامها على الاشهر الاقوى ﴿ان كانت ممن تحيض﴾ وحدها شرعاً البالغة
تسع سنين .

﴿وبخمس وأربعين يوماً﴾ من حين الوطي ﴿ان لم تحض﴾ بعد أو انقطع
عنها حيضها ﴿وكانت في سن من تحيض﴾ .

﴿وكذا يجب الاستبراء﴾ كمأ وكيفاً ﴿على المشتري اذا لم يستبرأها
البائع﴾ مطلقا علم بوطيه لها أوجهل، ولا يجب اذا علم العدم .

هذا ، والاحوط ترك سائر الاستمتاعات وعدم الاكتفاء بتمام الحيضة حيث
تباع في الاثناء، بل حتى تستأنف أخرى، بل وحيضتين مطلقا كما في الصحيحين^(١)
ولا بخمس وأربعين يوماً حيث تكون هي المقدر ، بل حتى تمضي عليها ثلاثة
أشهر .

وإذكرناه من تعميم الوطي للدبر مطلقاً أشهر وأحوط ، وان كان في تعيينه
على إطلاقه نظر .

﴿ويسقط الاستبراء عن الصغيرة﴾ الغير البالغة ﴿والبالغة﴾ عن المحيض

بالبلوغ الى سن اليأس ﴿والمستبرأة﴾ بخلاف في الثلاثة ﴿و﴾ عن ﴿الامة المرأة﴾ الام مع العلم بالدخول عندها المحرم أو المطلق، فيحب الاستبراء على الاقوى .

﴿ويقبل قول﴾ البائع ﴿العدل اذا أخبر بالاستبراء﴾ أو عدم الوطي .
وقيل : لا يقبل، بل لابد من الاستبراء . وهو أحوط، وان كان القبول أظهر وفاقاً للاكثر .

وهل المعتبر العدالة كما في ظاهر العبارة أم يكفي الوثوق والامانة؟ الاحوط الاول، وان كان الثاني لا يخلو عن قوة .

﴿ولا﴾ يجوز أن ﴿توطأ﴾ الامة ﴿الحامل قبلا حتى تمضي لحملها أربعة أشهر﴾ كما عليه جماعة، وزاد آخرون عشرأ .

ولاريب في الحرمة قبل انقضاء هذه المدة، وان قيل بالجواز مع الكراهة لضعفه في الغاية . وفيها بعدها أقوال مختلفة، أظهرها ثبوتها الى الوضع وفاقاً لجماعة .

ويختص المنع بالوطي قبلاً وفاقاً للاكثر، وان كان مطلقاً - ولودرأ كما قيل به - أحوط وأولى .

﴿ولو وطئها عزل﴾ عنها استحباباً ﴿ولو لم يعزل كره له بيع وادها﴾ بل حرم وفاقاً لجمع وفي الغنية الاجماع .

﴿واستحب أن﴾ يعتقه و﴿يعزل له من ميراثه قسطاً﴾ يعيش به، والاحوط وجوبهما .

﴿الرابعة: يكره التفرقة بين الاطفال وأمهاتهم حتى يستغوا﴾ عنهن .

﴿و﴾ اختلف في ﴿حده﴾ أي الاستغناء ، قيل : ﴿سبع سنين﴾ مطلقاً

﴿وقيل : أن يستغني عن الرضاع﴾ كذلك ، وقيل : بالتفصيل بين الانثى فالاول

والذكر فالثاني . وقيل فيه أقوال أخر مبنية عند جماعة على الاختلاف في الحضانة .

وسأتي انشاء الله سبحانه ترجيح الثالث ثمة ، الا أنه لا اشعار في شيء من نصوص^(١) المسألة بشيء من الاقوال المزبورة ، بل هي بخلاف بعضها ظاهرة . ولا يترك الاحتياط في المسألة سيما على القول بالحرمة المشار اليه :

﴿ومنهم﴾ كلاسكاني والمفيد والقاضي وغيرهم بل المشهور كما قيل ﴿من حرم﴾ التفرقة ، ولا يخلو عن قوة .

والاصح تعميم المنع الى غير الام من الارحام المشاركة لها في الشفقة والاستيناس ، كالأب والاخ والابن والعممة والخالة ، وتخصيصه بصورة عدم المراضات . ولا يتعدى المنع الى البهيمة ، بل يجوز التفرقة بينهما بعد الاستغناء عن اللبن مطلقاً ، وقبله ان كان مما يقع عليه الزكاة ، أو كان له ما يموه من غير لبن أمه . قيل : وموضع الخلاف بعد سقي الام اللبأ^(٢) ، أما قبله فلا يجوز مطلقاً .

﴿الخامسة : اذا وطئ المشتري الامة﴾ المتباعدة جهلاً منه بالغصبية ﴿ثم بان﴾ وظهر ﴿استحقاقها﴾ لغير البائع بالبيئة ونحوها ﴿انتزعها﴾ المالك ﴿المستحق﴾ لها .

﴿وله﴾ أي للمالك ﴿عقرها﴾ أي ﴿نصف العشر﴾ من ثمنها ﴿ان كانت ثيباً ، والعشر﴾ منه ﴿ان كانت بكرأ﴾ على الأشهر ، وفي الخلاف الاجماع . ﴿وقيل : يلزمه مهر أمثالها﴾ والقاتل الشيخ والمحاي ، والاول أقوى . ولا فرق في ثبوت العقر أو المهر بالوطي ، بين علم الامة بالاحالة وجهلها بها على الاقوى .

(١) وسائل الشريعة ٤١/١٣ ، ب ١٣ .

(٢) اللبأ : أول اللبن في النتاج .

﴿وعليه﴾ اجرة المنافع المستوفات له منها و﴿قيمة الولد يوم سقط حياً﴾ ان كان قد أولدها وفاقاً للاكثر ، وفي الخلاف الاجماع . وقيل : برقية الولد . وفيه ضعف .

﴿ويرجع بالثمن وقيمة الولد على البائع﴾ مع جهله بالاستحقاق ، ولا يرجع مع العلم به ، ولو علم مع ذلك بتحريم الوطي ، كان زانياً والولد رق ، وعليه الحد بموجب الزنا والمهر اتفاقاً .
ولو اختلف حاله ، بأن كان جاهلاً عند البيع ثم تجدد له العلم ، رجع بما غرمه حال الجهل وسقط الباقي .

﴿وفي رجوعه بالعقر﴾ مع الجهل ﴿قولان ، أشبههما﴾ عند المصنف ﴿الرجوع﴾ ولكن الاحوط العدم .

﴿السادسة: يجوز ابتياع ما يسيبه الظالم﴾ مطلقاً مسلماً كان أو كافراً ﴿وان كان للامام عليه السلام بعضه﴾ فيما لو أخذ غيلة ونحوها مما لا قتال فيه ، فانه لاخذة وعليه الخمس ﴿أو كله﴾ فيما لو أخذ بالقتال بغير اذنه عليه السلام ، فانه حينئذ له عليه السلام على الاظهر الاشهر ، كما مر في بحث الخمس ، وهو مباح اما الان كما مضى ، واما غيرنا ، فعن الاصحاب أنه تقر يده عليه ويحكم له بظاهر المالك ، فلا يؤخذ من دون رضاه مطلقاً ، فان كان اجماع والا فما ذكروه محل شبهة ، الا أن الاحوط ما ذكروه .

﴿ولو اشترى أمة سرقته من أرض الصالح ردها على البائع واستعاد ثمنها﴾ منه ان كان حياً .

﴿فان مات﴾ البائع ﴿ولا عقب﴾ ولا وارث ﴿له سعت الامة في﴾ ثمن

﴿ رقبته^(١) على رواية^(٢) مسكين السمان ﴾ الصحيحة اليه القاصرة بجهالته ، ولكن عمل بها النهاية^(٣) والقاضي والشهيد الاول ، وفيها مضافاً الى ضعف السند مخالفته للاصول الشرعية .

﴿ وقيل : يحفظها ﴾ وجوباً ﴿ كاللقطة ﴾ والقائل الحلبي .

﴿ ولو قيل : تدفع الى المحاكم ﴾ الشرعي بعد تعذر الدفع الى المالك ونائبه ﴿ ولا تكلف ﴾ الامة ﴿ السعي ﴾ لاداء الثمن ﴿ كان حسناً ﴾ وعليه أكثر المتأخرين ، أخذاً بالاصول وطرحاً للخبر بما فيه من القصور ، ويجب على المحاكم حفظها ليوصلها الى مالكيها .

﴿ السابعة : اذا دفع ﴾ رجل ﴿ الى ﴾ عبد لغيره ﴿ مأذون ﴾ منه للتجارة ﴿ مالا ليشترى ﴾ ببعضه ﴿ نسمة ويعتقها ﴾ عنه ﴿ ويحج ﴾ عنه ﴿ ببقية المال ، فاشترى ﴾ المأذون ﴿ أباه وتحاق ﴾ أي تخالف في الحق كل من ﴿ مولاه ومولى الاب ﴾ المعتق ﴿ وورثة الامر بعد العتق والحج ، وكل يقول : اشترى ﴾ العبد ﴿ بمالي ، ففي رواية^(٤) ابن أشيم ﴾ بفتح الهمزة وسكون الشين المعجمة وفتح الباء المنقطة تحتها عن أبي جعفر عليه السلام الواردة في القضية أنه ﴿ مضت الحجة وبرد المعتق على مولاه رقاً ، ثم أي الفريقين أقام البينة ، كان له رقاً ﴾ .

﴿ وفي المستند ضعف ﴾ بجهالة الراوي أو غلوه ، ومخافة المتن لاصول المذهب ﴿ وذلك حصل ﴾ في صورة ﴿ الفتوى ﴾ في المسألة ﴿ اضطراب ﴾ واختلاف فبين من عكف على ظاهر الرواية كالقاضي والنهاية^(٥) ، وبين من حكم لمولى

(١) في المطبوع من المتن : قيمتها .

(٢) وسائل الشريعة ٥٠/١٣ ، ح ١ .

(٣) النهاية ص ٤١٤ .

(٤) وسائل الشريعة ٥٢/١٣ ، ب ٢٥ .

(٥) النهاية ص ٤١٤ .

المأذون بعد حلفه باسترقاق العبد المعتق كالمصنف في الشرائع^(١) وجماعة .
 ﴿وقال هنا: انه﴾ يناسب الاصل ﴿في المسألة﴾ الحكم بامضاء ما فعله
 المأذون ما لم تقم بيعة تنافيه ﴿وتبعه ابن فهد في الشرح، وقواه في الدروس اذا أقر
 بذلك ، قال: الآن فيه طرحاً للرواية المشهورة . وفيه مناقشة .

هذا كله مع عدم البيعة، ومعها تقدم ان كانت لواحد، وان كانت لاثنتين أو للجميع
 بني على تقديم بيعة الداخل أو الخارج عند التعارض ، فعلى الاول الحكم لمولى
 المأذون من غير يمين، وعلى الثاني يتعارض الخارجان، والاقوى تقديم بيعة الدافع
 مع احتمال تقديم بيعة مولى الاب .

﴿الثامنة: اذا اشترى﴾ رجل من غيره ﴿عبداً﴾ في الذمة ﴿فدفع البائع
 اليه عبيدين ليختار أحدهما، فأبق واحد﴾ منهما من يده من دون تفریط ﴿قيل:﴾ كما
 عن الطوسي والقاضي ﴿يرتجع﴾ المشتري ﴿نصف الثمن﴾ من البائع، ويأخذ
 في الفحص عن الابق .

﴿ثم ان وجده﴾ رد الثمن المرتجع و﴿تخير﴾ بينهما واختار أيهما شاء
 ﴿والا﴾ يجده ﴿كان﴾ العبد ﴿الاخر﴾ الموجود ﴿بينهما نصفين﴾ ارواية
 السكوني^(٢) ﴿وفي الرواية ضعف﴾ من حيث السند بالراوي، والمتن بمخالفته
 لاصول المذهب .

﴿و﴾ حيثئذ المعتمد الرجوع الى ما ﴿يناسب الاصل﴾ وهو ﴿ان يضمن﴾
 المشتري ﴿له﴾ أي للبائع ﴿الابق﴾ ان فرط فيه قطعاً، أو مطلقاً ان قلنا بضمان
 نحو المقبوض بالسوم ﴿ويطالبه بما ابتاعه﴾ منه في الذمة .
 ﴿ولو ابتاع عبداً من عبيد﴾ أي أحدهما كلياً ﴿لم يصح﴾ علسى الاشهر

(١) شرائع الاسلام ٦٠/٢ .

(٢) وسائل الشريعة ٤٤/١٣ ، ب ١٦٦ .

الاقوى. ولا فرق بين أن يكونا متساويين في القيمة والصفات أم مختلفين فيهما ،
للاشتراك في العلة المقترضة للبطلان .

﴿وحكى الشيخ في الخلاف^(١)﴾ في باب البيوع عن رواية الاصحاب
﴿الجواز﴾ على الاطلاق ، مدعياً عليه الاجماع ، لكنه رجس عنه في باب
السلم .

﴿التاسعة: اذا وطى أحد الشريكين﴾ مثلاً ﴿الامة﴾ المشتركة بينهما فعل
حراماً و ﴿سقط من الحد ما قابل نصيبه﴾ ونصيب شريكه اذا كان بحكمه ،
كالولد فانه لاحد على الاب في نصيب ابنه ، كما لا حد عليه لو كانت باجمعهما
لابنه .

﴿وحد للباقي مع انتفاء الشبهة﴾ بما قبله ، وهو النصف في المثال ، وقس
عليه الغير .

وطريقه مع عدم الاحتياج الى تبويض الجلدة الواحدة واضح ، وأمامه فالأظهر
الاخذ بنصف السوط أوربعه وهكذا ، ومع الشبهة بنحو من توهم حل الوطي من
حيث الشركة يدرأ الحد عنه بالكلمة .

﴿ثم ان حملت﴾ منه ﴿قومت عليه حصص الشركاء﴾ وأخذت منه خاصة
دون ما قابل نصيبه .

ومقتضى النص^(٢) الاخذ مع اختلاف القيم بأعلاها ، من قيمة الشراء وقيمتها
يوم الوطي . وفيه أقوال أخر ، ودوران الازام بالقيمة مدارافساد الامة ، وليس الا
الاجبال لا الوطي خاصة ، وعلمى هذا الاكثر .

(١) الخلاف ١/٦٠٠ ، مسألة ٣٨ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣/٤٥ ، ب ١٧ .

﴿وقيل:﴾ كما عن النهاية^(١) انها ﴿تقوم بمجرد الوطي﴾ والاول أظهر، ولكن الثاني مع رضا الطرفين أحوط .

﴿وينعقد الولد حراً﴾ مطلقاً ولو كان الوطي عن زنا في ظاهر إطلاق العبارة وصريح جماعة، وهو ظاهر النصوص. وأعله وجه الحكمة أنه ليس زناً محضاً، بسبب ملكه لبعضها الموجب للفراش، كما صرح في بعضها، ومن هنا حكم جماعة بأن الواجب هنا من الحد الجلد خاصة وإن كان محصناً، لأنه الذي يقبل التبويض، وهو حسن .

﴿و﴾ يجب ﴿على الواطي قيمة حصص الشركاء منه﴾ أي من الولد، والمعتبر قيمته ﴿عند الولادة﴾ والسقوط حياً، وأرش العقر بسبب الوطي، سواء كانت بكر أم ثيباً، وهو العشر أونصفه مستثنى منهما قدر نصيبه، وفاقاً لجماعة وإن خلت عنه العبارة، أخذت بظاهر النصوص^(٢)، وليس فيها إضافة أرش البكارة، بل ظاهرها التدخل، وأنه هو الزائد على عقر الثيبة .

ولا تدخل الامة في ملك الواطي بمجرد الحمل، بل بالتقويم ودفع القيمة أو الضمان مع رضا الشريك فكسبها قبل ذلك للجميع، وكذا حق الاستخدام. ولو سقط الولد قبل التقويم، استقر ملك الشركاء .

﴿العاشرة: المملوك المأذونان لهما في التجارة إذا ابتاع كل منهما﴾ لمولاه ﴿صاحبه﴾ من مولاه ﴿حكم للسابق﴾ منهما عقداً، ولو بتقديم قبوله على قبول الآخر من غير توقف على اجازة، وللآخر أيضاً إذا كان معها، والابطال، لبطلان الاذن بزوال الملك، الآن يكون بطريق الوكالة، فيصح مطلقاً .

والفرق بين الاذن والوكالة أن الاذن ما جعلت الاستتابة فيه تابعة للملك، يزول عرفاً بزواله بالبيع ونحوه . والوكالة ما أباحت التصرف المأذون فيه مطلقاً .

(١) النهاية ص ٤١٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٣٨٩/١٨ ، ب ٢٢٢ .

والفارق بينهما مع اشتراكهما في الاذن المطلق اما تصريح المولى بالخصوصيين
أودلالة القرائن عليه، ومع عدمها فالظاهر حمله على الاذن .

وعلى ما ذكرنا يحمل اطلاق العبارة ببطلان اللاحق، بحمله على عدم اللازم
المطلق المتردد بين البطلان بالمعنى الاخص والاعم .

﴿ولو اشتبه﴾ السابق أو السابق ﴿مسحت الطريق﴾ التي سلكها كل واحد
منهما الى مولى الآخر ﴿وحكم﴾ بالسبق ﴿الاقرب﴾ منهما طريقاً، مع تساويهما
في المشي قوة وضعفاً، وفاقاً للشيخ للمخبر^(١).

وضعف سنده يمنع عن العمل به، ولذا أعرض عنه الحلبي وأكثر المتأخرين
فأوجبوا الرجوع الى مقتضى الاصل، وان اختلفوا فيه قولين :

أحدهما - القرعة من غير فرق بين صورتين الاشتباه في السابق أو السابق، وقيل
بها في الثانية وبالبطلان في الاولى كصورة الاقتران، والاولى أقوى، وعليه تستخرج
في الصورة الثانية برقتين يكتب في احدهما السابق وفي الاخرى المسبوق، وفي
الاولى بثلاث رقع يكتب في الثالثة الاقتران .

﴿فان اتفقا﴾ طريقاً ﴿بطل العقدان﴾ معاً، كصورة الاقتران، وفاقاً للحلي
وكثير من المتأخرين، وان اختلفوا في اطلاق البطلان كما عن الاول وتقييده بصورة
عدم الاجازة أو الوكالة، كما عليه الباكون وهو الاقوى .

﴿وفي رواية^(٢)﴾ مرسلة عمل بها النهاية^(٣) وبعض من تبعه أنه ﴿يقرع
بينهما﴾ وضعف سندها ومخالفتها الاصل يمنع عن العمل بها، وهنا قول آخر.
ثم ان هذا كله اذا كان شراؤها لمولاهما كما فرضنا، أما لو كان لانفسهما، فان

(١) وسائل الشيعة ٤٦/١٣ ، ب ١٨ .

(٢) وسائل الشيعة ٤٦/١٣ ، ج ٢ .

(٣) النهاية ص ٤١٢ .

أحلنا ملكه بطلا، وإن أجزناه صح السابق وبطل المقارن واللاحق قطعاً .

(الفصل الثامن)

(فى السلف)

هو والسلم عبارتان عن معنى واحد .

﴿وهو ابتاع﴾ مال موصوف ﴿مضمون﴾ فى الذمة ﴿أجل﴾ معلوم ﴿بمال﴾ كذلك ﴿حاضر﴾ مقبوض ﴿أوفى حكمه﴾ مما لم يكن حاضراً فى المجلس ثم أحضر وقبض فيه قبل التفرق ، وكذا ما كان حاضراً فيه موصوفاً غير معين إذا عين فيه، وما كان ديناً على البائع على قوله، فانه فى حكم الحاضر بل المقبوض .

وينعقد بقول المسلم وهو المشتري : أسلمت اليك ، أو أسلفتك ، أو سلفتك بالتضعيف، وفى سلمتك وجه متروك، كذا فى كذا . ويقبل المسلم اليه بقوله: قبلت وشبهه .

ولو جعل الإيجاب منه بلفظ : أسلمت، نك، واستلفت، وتسلفت ونحوها جاز والقبول من المسلم هنا قبلت وشبهه .

﴿والنظر﴾ فيه ﴿فى﴾ أمور ثلاثة : ﴿شروطه، وأحكامه، ولو أحقه﴾ .

شرائط بيع السلف :

﴿الاولى﴾ : فى ﴿الشروط﴾ للصحة ﴿وهى خمسة﴾ :

﴿الاول﴾ : ذكر الجنس ، والمراد به هنا الحقيقة النوعية، كالشعير والحنطة

﴿والوصف﴾ الرفع للجهالة، الفارق بين أصناف ذلك النوع بعبارات معلومة

عند المتعاقدين ظاهرة الدلالة .

وليس المراد مطلق الوصف، بل الذي يختلف لاجله الثمن اختلافاً ظاهراً لا يتسامح بمثله في السلم عادة .
والمرجع في الاوصاف الى العرف، وربما كان العامي أعرف بها من الفقيه وحظه منها الاجمال .

والمعتبر من الوصف ما يتناوله الاسم المزيل لاختلاف أثمان الافراد الداخلة في المعين ولا يبلغ فيه الغاية، فان بلغها وأفضى الى عزة الوجود بطل بالاخلاف يظهر .

﴿فلا يصح﴾ السلم ﴿فيما لا يضبطه الوصف كالمحم﴾ نية ومشوية ﴿والخبز﴾ بأنواعه ﴿والجلود﴾ بالاخلاف في الاولين ، وفي كلام جماعة الاجماع ، وعلى المشهور في الاخير . خلافاً للشيخ والقاضي فيصح، لامكان الضبط بالمشاهدة . وفيه خروج عن وضع السلف، فان المبيع فيه أمر كلي في الذمة مؤجل الى مدة ، فلا يمكن ضبطه بالمشاهدة .

وقيل: يمكن الجمع بمشاهدة جملة يدخل المسلم فيه فسي ضمنها من غير تعيين، وهو غير مخرج عن وضعه، كاشتراطه من غلة قرية معينة لاتخس عادة، وحينئذ فتكفي مشاهدة الحيوان عن الامعان في الوصف وهو حسن ، الا أن المشهور أحوط .

ونحو المذكورات الجواهر مطلقا واللاللي الكبار دون الصغار التي لا تشمل على أوصاف كثيرة يختلف باختلافها القيمة، فيجوز السلف فيها مع ضبط ما يعتبر فيها من الوزن والعدد وبعض الصفات .

وضابطها : كل ما يباع بالوزن ولا يلاحظ فيه الاوصاف الكثيرة عرفاً .
﴿ويجوز في الامتعة والحيوان﴾ كله صامتا كان أو ناطقا ﴿والحبوب﴾ والفواكه

والطيب ونحو ذلك ﴿و﴾ بالجملة ﴿كل ما يمكن ضبطه﴾ بالوصف المعتبر .
 ﴿الثاني : قبض رأس المال﴾ أي الثمن ﴿قبل التفرق﴾ بالبدن ، فلو لم يقبض قبله بطل .

﴿ولو قبض بعض الثمن ثم افترق اصح في المقبوض﴾ وبطل في غيره ، ويتخير البائع في الفسخ ، الا اذا كان التأخير بتفريطه فلا خيار له .

﴿ولو كان الثمن ديناً على البائع﴾ فيبيع المسلم فيه به ﴿صح على الاشبه﴾ وفاقاً للنهاية^(١) ، خلافاً للاكثر . وأولى بالجواز ما لو حوسب به عن الثمن الكلي وعليه الاكثر ، خلافاً لبعض فأبطل ، وهو في المتأمن أحوط ، وهو الوجه في قوله : ﴿لكنه يكره﴾ .

﴿الثالث : تقدير المبيع﴾ المسلم فيه وتعيينه ﴿بالكيل أو الوزن﴾ المعلومين فيما يعتبر بهما ومالا يضبط الا بأحدهما في بيعه سلفاً ، وان جاز بيعه نقداً جزافاً .
 ﴿ولا يكفي﴾ التقدير بـ ﴿العدد﴾ في المقدّر بأحدهما اجماعاً ﴿و﴾ كذا ﴿لو كان مما يعد﴾ ويبيع بالعد نقداً مطلقاً ، وفاقاً للشيخ ، خلافاً للاسكافي فيجوز مطلقاً ، وللشهيدين وغيرهما فالتفصيل بين ما يقل فيه التفاوت فالجواز وما يكثر فالمنع ، ولعله أقوى .

والضابط في الصحة : الضبط الراجع لاختلاف الثمن ، فحيث حصل بالعد صح والابطال . وعليه يتعين الضبط بالوزن أو الكيل في المقدّر بهما ، وبالاول في غيره مطلقاً وبالثاني فيما لا يتجافى في المكيال كالجوز واللوز ، دون ما يتجافى كالبطيخ والبادنجان والرمان ، فيتعين فيه الاول .

ويعتبر في مثل الثوب ضبطه بالذرع ، وان جاز بيعه بدونه نقداً مع المشاهدة .

﴿ولا يصح﴾ السلم ﴿في﴾ نحو ﴿القصب أطناناً^(١)﴾ ، ولا في الحجاب حزماً ، ولا في الماء قرباً ﴿لعدم انضباطها سلفاً الا بالوزن أو الكيل ، وان جاز بيعها جزافاً نقداً .

﴿وكذا يشترط التقدير﴾ والتعيين ﴿في الثمن﴾ بما يقدر به في مطلق البيع حتى لو كان مما يباع جزافاً جاز الاختصار على مشاهدته ، كما لو بيع .
﴿وقيل : يكفي﴾ هنا التقدير بـ ﴿المشاهدة﴾ مطلقاً ، والقائل المرتضى والاول أشهر وأقوى .

﴿الرابع : تعيين الاجل﴾ المشترط ﴿بما يرفع احتمال الزيادة﴾ فيه ﴿والنقصان﴾ عند المتعاقدين اجماعاً .

﴿الخامس : أن يكون وجوده﴾ أي المسلم فيه ﴿غالباً حين حلوله﴾ أي الاجل المشترط فيه في البلد الذي يشترط تسليمه فيه ، أو بلد العقد حيث يطلق العقد أو فيما قاربهما بحيث ينتقل منه اليهما عادة .

ولا تكفي غلبة وجوده فيما لا يعتاد نقله اليه الا نادراً . ولا يشترط الوجود في زمن العقد ، بل يصح مع غلبته بعد الاجل مطلقاً ﴿واو كان معدوماً وقت العقد﴾ اجماعاً .

احكام بيع السلف :

﴿الثاني : في أحكامه ، وهي خمسة مسائل﴾ :
﴿الاولى : لا يجوز بيع السلم﴾ أي المسلم فيه ﴿قبل حلوله﴾ على من هو عليه كان أو غيره ، حالاً أو مؤجلاً .
﴿ويجوز﴾ بيعه ﴿بعده﴾ وبعد القبض بلا خلاف ﴿و﴾ كذا ﴿ان لم

(١) الاطنان : وزن مقداره ألف كيلو ، وفي « ن » : أطناباً .

يقبضه ﴿مطلقاً ولو بمجانس الثمن﴾ ، ربوئين كانا أم غيره ، مساويين كانا أم لا على الأشهر بين المتأخرين ، خلافاً لأكثر القدماء فيما لو يبع بالدرهم واشترى به متفاضلاً فمنعوا عنه ، ولاريب فيه مع الفسخ، وأما مع البيع كما هو الفرض فالمسألة محل اشكال ، والاحوط المنع .

وحيث قلنا بالجواز فهو ﴿على كراهية في الطعام﴾ مطلقاً ﴿على من هو عليه﴾ وهو المسلم اليه ﴿وعلى غيره﴾ بل ظاهر الغنية المحرمة مدعياً عليه الاجماع ، لكنه معارض بالصحيح^(١) الدالة هنا على جواز بيعه على من هو عليه قبل القبض من غير كراهية ، لكن لأبأس بها خروجاً عن الشبهة .

﴿و﴾ كما يجوز بيعه كملاً مطلقاً ﴿كذا يجوز بيع بعضه﴾ كذلك ، ويجوز توليته ﴿وتولية بعضه﴾ أي بيعهما برأس المال ، وكذا بزيادة عنه أو نقصان ، بلا خلاف الا في الاخيرين على بعض الوجوه كما مر .

وربما يعزى الى الشيخ المنع عن التولية أيضاً اذا كان الثمن دراهم وبيع المسلم فيه بها ، لبعض الاخبار . وهو ضعيف .

﴿وكذا﴾ حكم ﴿بيع الدين﴾ فلا يجوز قبل الاجل مطلقاً ، ويجوز بعده كذلك بلاخلاف في الاخير الا من الحاي فيما لو يبع على غير من هو عليه ، فمنع عنه مدعياً عليه الاجماع ، وهو أحوط ، وان كان الجواز مطلقاً أظهر وأشهر ، وفي الاول خلاف ولعل الجواز أقرب ، وان كان المنع عنه كالسلف أحوط .

وحيث جاز ﴿فان باعه بما هو حاضر﴾ مشخص بنحو الإشارة ﴿صح﴾ بلاخلاف ﴿وكذا ان باعه بمضمون حال﴾ صح من غير فرق بين ما لو كان المضمون مؤجلاً ثم حل أجله ، أو كان غير مؤجل في الاصل ، كما اذا بيع بدينار كلي غير مستقر في الذمة قبل البيع ، على ما يقتضيه اطلاق العبارة ، فان كان عليه اجماع ، والا فالاقرب ،

في الاول المنع ، مع أنه أيضاً أحوط .

﴿ولو شرط تأجيل الثمن قيل : يحرم﴾ والقائل الحلي وتبعه كثير ﴿لأنه يبيع دين بدين﴾ منهي عنه بالنص والاجماع ، وفيه نظر .

﴿وقيل : يكره﴾ والقائل الشيخ في النهاية^(١) ﴿وهو الاشبه﴾ بالاصل السليم عما يصلح للمعارضة. هذا اذا كان الثمن ديناً بالعقد، كما هو فرض الاصحاب والمتن .

﴿وأما لو باع ديناً في ذمة زيد بدين للمشتري في ذمة عمرو فلم يجز﴾ قولاً واحداً ﴿لأنه يبيع دين بدين﴾ منهي عنه بلا اشكال .

﴿الثانية: اذا دفع﴾ المسلم اليه المسلم فيه ﴿دون الصفة﴾ أو المقدار المشترطين لا يجب على المسلم قبوله ، وان كان أجود من وجه آخر .

﴿وأورضي المسلم﴾ بذلك ﴿صح﴾ ولو كان ذلك لأجل التعجيل بلاخلاف .
﴿ولو دفع بالصفة وجب القبول﴾ أو ابراء المسلم اليه بعد حلول الاجل . ولو انتع قبضه الحاكم ، والا فيخلى بينه وبينه ويرأ بمجرده على الظاهر .

﴿وكذا﴾ يجب القبول أو الابراء بعد الحلول ﴿لسو دفع﴾ اليه ﴿فوق الصفة﴾ في المشهور . قيل : لأنه احسان محض فالامتناع عنه عناد، ولان الجودة صفة لا يمكن فصلها ، فهي تابعة .

﴿ولا كذلك لو دفع أكثر﴾ قدرأ يمكن فصله ولو في ثوب . وفيهما نظر بل عدم وجوب القبول كما عن الاسكافي لعله أظهر ، وان كان الاحوط للمسلم ماعليه الاكثر .

﴿الثالثة: اذا تعذر﴾ المسلم فيه ﴿عند الحلول أو انقطع﴾ حيث يكون، ووجلا

يمكن^(١) الحصول بعد الاجل عادة، فاتفق عدمه ابتداءً أو بعد وجوده ﴿فطأب﴾
المسلم البائع إياه ﴿كان مخيراً بين الفسخ﴾ واسترداد الثمن أو مثله ﴿والصبر﴾
الى وجوده ولم ينفسخ العقد، بخلاف في الاخير، وعلى الاشهر الاظهر في الاول
وله أيضاً أن لا يفسخ بل يأخذ قيمته .

وليس هذا الخيار فورياً، فله الرجوع بعد الصبر الى أحد الأمرين المخير بينهما
ما لم يصرح باسقاط الخيار فيسقط .

ولو كان أحد موجبي الخيار من التعتذر والانقطاع بعد بذله لمورضاه بانتأخير
سقط خياره ، ولا كذلك لو كان بعدم المطالبة أو بمنع البائع مع امكانه .
وفي حكم انقطاعه عند الحلول ، موت المسلم اليه قبل الاجل وقبل وجوده
ولا كذلك العلم قبل الاجل بعدم المسلم فيه بعده، بل يتوقف الخيار على الحلول .
واو قبض البعض وتأخر الباقي ، تخير بين الصبر والفسخ فسي الجميع
وفي البعض . وفي تخير المسلم اليه حينئذ وجه قوى ، الا أن يكون التأخير
بتقصيره فلا خيار له .

﴿الرابعة : اذا دفع﴾ المديون الى المدين ﴿من غير الجنس﴾ الذي
استدانه على أنه قضاء منه ﴿ورضي الغريم﴾ به عن الدين ﴿ولم يساعره﴾ وقت
الدفع ﴿احتسب بقيمة يوم الاقباض﴾ سلفاً كان الدين أم لا، كان المدفوع عروضاً
أم غيرها ، بالنص^(٢) والاجماع .

﴿الخامسة: عقد السلف قابل لاشتراط ما هو معلوم﴾ غير موجب للجهالة.
﴿فلا يبطل باشتراط بيع﴾ فيه ﴿أو هبة﴾ شيء ﴿أو عمل محلل أو
صنعة﴾ كأن يقول : أسلمت اليك هذه العشرة دراهم في خمسين مناً من تمر الى

(١) في « ن » ممكن .

(٢) وسائل الشريعة ١٢ / ٤٠٢ ، ح ٥٥ .

مدة كذا ، بشرط أن تبيع مني ، أو توهب لي كذا ، أو تعامني الصنعة الفلانية ، أو نحو ذلك مما يصح اشتراطه .

﴿ولو أسلف في غنم وشرط أصواف نعجات بعينها﴾ كأن يقول : أساءت اليك هذه المائة في عشرين شاة مؤجلا الى كذا ، بشرط أن تعطيني أصواف هذه النعجات بعينها ﴿قيل :﴾ والقائل الشيخ ﴿يصح﴾ هذا الشرط وتبعه الفاضل . ﴿والاشبه﴾ عند المصنف تبعاً للحلي ﴿المنع﴾ عنه ﴿للبهالة﴾ أي جهالة الاصواف . وفيها منع ، لارتفاعها بالمشاهدة ، فاذن الاقرب الصحة .

قيل : وموضع النزاع أن يكون شرط الاصواف أن تجز حالا ، فلو عينها وشرط تأخير الجز الى أمد السلف ، أو شرط أصواف نعجات في الذمة غير مشاهدة ، لم يصح قولاً واحداً .

﴿ولو شرط ثوباً من غزل امرأة معينة ، أو غلة من قراح﴾ أي مزرعة معينة لم يضمن ﴿ولا يصح﴾ ، لان تشخيص المسلم فيه بأحد الامرين خروج عن حقيقة السلف كما سلف ، نعم لو استند الى معين قابل للاشاعة ، ولايفضي التعسر فيه الى عسر التسليم عادة جاز ، كما لو أسلف على مائة رطل من تمر البصرة ، فان ذلك يجري مجرى الصفات المشترطة في السلف في الحدارة والصرابة .

﴿النظر الثالث : في لواحقه ، وهي قسمان :﴾

احكام دين المملوك :

﴿الاول : في دين المملوك﴾

اعلم أنه ﴿ليس له ذلك﴾ أي أخذ الدين مطالقاً ولو لمولاه ﴿الامع الاذن﴾ منه له فيه .

﴿فلو بادر﴾ الى الاستدانة من دون إذن من المولى بالمكيلة ﴿ازم﴾ في

﴿ذمته ويتبع به اذا أعتق ولا يلزم المولى﴾ شيء لافي ذمته ولا في كسب العبد ،
الا اذا علم باستدانته ولم يمنعه ، فيسمى حينئذ كما في المعتبرة^(١) .

﴿ولو اذن له المولى﴾ في الاستدانة ﴿لزمه دون المماول﴾ بخلاف
﴿ان استبقاه أو باعه﴾ سواء كان الدين للمولى أو للعبد فيما يتعاق بنفقة اللازمة
على مولاه أو غيره .

﴿و﴾ أما ﴿أو أعتقه﴾ وكانت الاستدانة للعبد فيما لا يتعاق بنفقة اللازمة له ،
بل كانت لغيرها من مصالحه ﴿ف﴾ فيه ﴿روايتان^(٢) : أحدهما﴾ أنه ﴿يسعى
في الدين﴾ ويؤخذ به ، وقد عمل بها النهاية ، وتبعه القاضي وجماعة ، وفيها
قصور سنداً بالضعف والجهالة ، مضافاً الى القصور في الدلالة .

﴿و﴾ في الرواية^(٣) ﴿الأخرى﴾ أنه ﴿لا يسقط عن ذمة المولى وهي﴾ أي
هذه الرواية ﴿أشهر﴾ في الفتوى ، وأصح سنداً ، وأوفق بالاصول جداً ، فالعمل
بها أقوى ، وإن كان العمل بالاولى للعبد أحوط وأولى .

﴿ولو مات المولى كان الدين﴾ أي دين العبد الذي ازمه - ولاه ﴿في
تركته﴾ .

﴿واو كان له غرماء كان غريم المملوك كأحدهم﴾ لا يقدم أحدهم على
الآخر .

﴿ولو كان مأذوناً في التجارة﴾ خاصة دون الاستدانة ﴿فاستدان لم يلزم﴾
دينه ﴿المولى﴾ مطلقاً .

﴿وهل يسعى العبد فيه؟﴾ أي في الدين ﴿قبل : نعم﴾ مطابقاً كداعن

(١) وسائل الشريعة ١١٨/١٣ ، ج ١ .

(٢) نفس المصدر .

(٣) وسائل الشريعة ١١٨/١٣ ، ج ٢ .

النهاية (١) .

﴿وقيل﴾: كماعن الحلبي وجماعة ﴿يتبع به اذا أعتق وهو أشبه﴾ وأشهر، وفي الخلاف عليه الاجماع، ومع ذلك أوفق بالاصل، وهنا قولان آخران مفصلان.

أحكام القرض :

﴿القسم الثاني - في القرض، وفيه أجر عظيم﴾ وثواب جسيم .
﴿ينشأ من معونة المحتاج تطوعاً﴾ وتقرباً الى الله تعالى ، وهو أفضل من الصدقة، فهو بعشرين وهي بعشرة . ولا بد لافادته انتقال الملك من عقد يتضمن اليجاب والقبول ، فلا يكفي المواطاة وان أباحت التصرف .

والصيغة : أقرضتك، وانتفع به، أوتصرف فيه، أو ملكتك، أو خذ هذا ، أو اصرفه عليك عوضه، أو ما أدى هذا المعنى، لانه عندهم من العقود الجائزة .
ولانحصار في افظ، بل تتأدى بما أفاد معناها، وانما يحتاج الى ضمنية «وعليك عوضه» ماعدا الصيغة الاولى ، فانها صريحة في معناه لاتفتقر اليها .

فيقول المقرض: قبلت وشبهه مما دل على الرضا باليجاب، ولا يكفي القبض في افادة الملك ، وان كفى لاباحة التصرف .

﴿ويجب الاقتصار على﴾ أخذ ﴿العوض﴾ مثلاً أو قيمة من دون زيادة ، عينا كانت أو صفة، ربوية كانت العين المستقرضة أم غيرها اجماعاً، الا اذا لم يشترطها المقرض ، فلا بأس بها مطلقاً .

﴿ولو شرط النفع﴾ يعني الزيادة ﴿ولو بزيادة الوصف﴾ كالصالح عوض المكسرة ﴿حرم﴾ حتى في المثال، على الأشهر الأقوى .

﴿نعم لو تبرع المقرض بزيادة في العين أو الصفة لم يحرم﴾ اجماعاً، فان

خير القرض ما جرت المنفعة .

هذا بالنسبة الى المقرض ، وأما المقرض فيكره له أخذ الزيادة . ولا فرق في جواز الاخذ مع عدم الشرط بين أن يكون من نيتها ذلك أم لا .
ويفسد القرض مع شرط النفع ، فلا يجوز التصرف فيه ولو بالقبض ، ومع عدم العلم يكون مضموناً عليه كالبيع الفاسد .

وحيث حلت الزيادة بالتبرع بها ، فلا يخلو : اما أن تكون حكمية ، كما لو دفع الجيد بدل الردي أو الكبير بدل الصغير ، فالظاهر أنه يملكه المقرض ملكاً مستقراً بقبضه كما قيل ، وان كانت عينية ، ففي كون المجموع وفاء ، أو يكون الزائد بمنزلة الهبة فيلزمها أحكامها نظر ، ولعل الثاني أظهر .

﴿ و ﴾ اعلم أن ما يصح اقراضه ، وهو كل ما صح احصاء قدره ووصفه ، فيجوز أن ﴿ يقترض الذهب والفضة وزناً ، والحبوب كالحنطة والشعير ﴾ والتمر والزبيب ﴿ كيلا ووزناً ، والخبز وزناً ﴾ بلاخلاف ﴿ وعدداً ﴾ على الاظهر الاشهر .

والنص ^(١) صريح في جواز اقراضه عدداً والرد متفاوتاً ، خلافاً للدروس ^(٢) فاشتراط فيه عدم العلم به ، ولعل المراد التفاوت الذي لا يتسامح به عادة .
وكل ما يتساوى أجزاؤه قيمة ومنفعة ويتفاوت صفاته ، ويعبر عنه بـ « المتالي » يثبت في الذمة مثله كالحبوب . ويلحق به العين المستقرضة للاولوية .
واذا تعذر ينتقل الى قيمته يوم المطالبة على قول ، ووقت القرض على آخر ووقت التعذر على ثالث ، ولا ريب أن العمل بأعلى القيم منها للمقرض أحوط ، كما أن العكس للمقرض أحوط .

(١) وسائل الشريعة ١٣ / ١٠٩ ، ب ٢١ .

(٢) الدروس ص ٣٧٦ .

وماليس كذلك، ويعبر عنه به «القيمي» يثبت في الذمة قيمته، وفاقاً للمشهور وقيل: بل مثله. وقيل: بضمان المثل الصوري فيما يضبطه الوصف، وهو ما يصح السلم فيه، وضمان ماليس كذلك كالجواهر بالقيمة .

وعلى اعتبار القيمة مطلقاً أو على بعض الوجوه ، فهل المعتبر قيمة وقت التسليم، أو وقت القرض، أو وقت التصرف فيه؟ أقوال، والاحتياط هنا كما سبق. قيل : ولا اعتبار لقيمة يوم المطالبة هنا قولاً واحداً ، الا على القول بضمانه بالمثل فتعذر، فيعتبر يوم المطالبة كالمثل على أصح الأقوال .

﴿ويملك الشيء﴾ المستقرض ﴿المقترض به﴾ مجرد ﴿القبض﴾ على الاظهر الأشهر ، حتى أن في ظاهر السرائر والتذكرة الاجماع ، وقيل : به وبالتصرف .

وتظهر الثمرة : في جواز رجوع المقرض في العين مادامت باقية ، وفي وجوب قبولها لودفعها المقترض، وفي النماء قبل التصرف، ان قلنا بكون التصرف ناقلاً للملك حقيقة أو ضمناً، يعني: قبل التصرف باحظة يسيرة، كما في العبد المأور بعته عن الامر غير المالك، فانه للمقترض على المختار والمقرض على غيره، واو قيل فيه بالكشف ففيه احتمالان .

وليس للمقرض الرجوع في العين على المختار وفاقاً للاكثر ، ولا ينافيه الاجماع على جواز العقد، لما بينته في الشرح الكبير ^(١).

﴿ولا يلزم اشتراط الاجل فيه﴾ وان صح، وانما فائدته جواز الدفع اليه ووجوبه بعده .

﴿و﴾ كذا ﴿لا يتأجل الدين الحال﴾ بتأجيله ، بأن يعبر عنه صاحب الدين بعبارة تدل عليه، من غير ذكره في عقد لازم ، بأن يقول : أجلتك في هذا الدين

مدة كذا. اذ ليس ذلك عقداً يجب الوفاء به، بل وعد يستحب فيه الايفاء، والحكم فيه مطلق ﴿مهرأ كان﴾ الدين ﴿أوغيره﴾ .

﴿ولو غاب صاحب الدين غيبة منقطعة نوى المستدين قضاءه﴾ وجوباً ، والا كان بمنزلة السارق، كما في النص^(١). وكذا الحكم في كل حق ، سواء كان ذوالحق غائباً أو حاضراً .

وانما ذكر الوجوب مع الغيبة المنقطعة تأكيداً، وفي رواية : من كان عليه دين ينوي قضاءه كان معه من الله عز وجل حافظان يعينانه على الاداء من أمانته ، فان قصرت نيته عن الاداء قصر عنه عن المعونة بقدر ما قصر عن نيته^(٢) .

﴿و﴾ يجب عليه ﴿عزله عند وفاته﴾ وفقاً للنهائية^(٣) وجماعة ، خلافاً للحلي فلا يجب، والاول أحوط ، وأحوط منه العزل مطلقاً فقد حكى قولاً، لكن لا يلزم منه انتقال الضمان، بل عليه الضمان مع التلف على الاطلاق . وأن يكون ﴿موصياً به﴾ عند الوفاة الى ثقة .

﴿ولولم يعرفه اجتهد في طلبه﴾ ببذل الوسع في الفحص عنه في الامكنة التي يتوقع كونه أو خبره بها، ويستمر كذلك على وجه لو كان لظاهر .

﴿ومع اليأس﴾ عنه عادة، بحيث لا يحتمل الوقوف عليه ﴿قيل﴾ : يجب أن ﴿يتصدق به عنه﴾ والقاتل الشيخ والقاضي وجماعة بل الاكثر والمشهور كما ذكره جماعة، وبه روايات^(٤) بعضها صحيحة لا بأس بالعمل بها، وان أنكره الحلي رأساً وأوجب الدفع الى الحاكم، وهو أحوط .

(١) وسائل الشريعة ٨٥/١٣، ح ١٣ .

(٢) وسائل الشريعة ٨٦/١٣ ، ح ٣ .

(٣) النهاية ص ٣٠٧ .

(٤) وسائل الشريعة ١١٠/١٣ .

﴿ولا يصح المضاربة بالدين حتى يقبض﴾ مطلقاً ولو كان من هو عليه عاملاً
اجماعاً فتوى ونصاً (١) .

﴿ولو باع الذمي مالا يملكه المسلم﴾ كالخمر والخنزير ﴿وقبض ثمنه
جاز أن يقبضه المسلم عن حقه﴾ الذي عليه .

وظاهر العبارة وصريح جماعة اختصاص الحكم بالذمي دون الحربي، وهو
كذلك .

ويشترط في الذمي أن يكون في بيعه مستتراً ، فانه مع عدم الاستتار يلحق
بالحربي .

﴿ولو أسلم الذمي قبل بيعه﴾ مالا يملكه حال اسلامه ﴿قيل﴾: والقائل الشيخ
﴿يتولاه غيره﴾ ممن يجوز له بيعه، للخبر (٢) ﴿وهو ضعيف﴾ مخالف للأصول.
﴿ولو كان لثنين﴾ فصاعداً ﴿ديون﴾ شتركة بينهما ﴿فاقتسماها﴾، فما حصل
كان ﴿لهما﴾ ، وماتوى ﴿بالمثناة من فوق بمعنى هالك كان﴾ منهما ﴿على الأشهر
الاقرى﴾، وادعى الشيخ وابن زهرة عليه الاجماع .

وقد يحتال للقسمة بأن يحيل كل منهما صاحبه بحصة التي يريد اعطاؤها اياه
وبقبل الآخر، بناءً على صحة الحوالة من البري، أو فرض سبق دين عليه، أو بصطلحا
على ما في الذمم بعضاً ببعض .

﴿ولو باع﴾ (٣) الدين بأقل منه ﴿عينا أو قيمة﴾، على وجه لا يحصل فيه الربا، ولا
الاخلال بشروط الصرف لو كان العوضان من الاثمان ﴿لم يلزم الغريم أن يدفع
اليه﴾ أي الى المشتري ﴿أكثر مما دفع﴾ الى البائع ﴿على تردد﴾ من النص (٤)

(١) وسائل الشيعة ١٣/١٨٧، ب ٥ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/١٦٧، ج ٢ .

(٣) في المطبوع من المتن : يبيع .

(٤) وسائل الشيعة ١٣/٩٩، ب ١٥ .

الوارد بذلك المعمول به عند الشيخ والقاضي، ومن ضعف سند ومخالفته الاصول الشرعية ، وهذا أولى وأشهر أيضاً .

(خاتمة :)

﴿أجرة الكيال ووزان المتاع على البائع﴾ الامر له بهما ، لانها لمصاحته فتعلق الاجرة به .

﴿ وكذا أجرة بائع الامتعة ﴾ تتعلق به ، اذا كان بائعها دلالة ناصباً نفسه لذلك .

﴿ وأجرة الناقد ووزان الثمن ﴾ أي الصراف ﴿على المشتري﴾ الامر له بذلك .

﴿ وكذا أجرة من يشتري الامتعة ﴾ عليه بالشرط المتقدم .

﴿ ولو تبرع الواسطة ﴾ بكل من الامور المزبورة من دون أمر من البائع ، أو المشتري له بذلك ولا ما يقوم مقامه من الدلالة ﴿لم يستحق أجرة﴾ على من تلززه الاجرة مع أمره، أو ما في حكمه ولو أجاز البيع والشراء وغيرهما .

﴿ واذا جمع ﴾ أي الواسطة ﴿بين الابتاع والبيع﴾ ونصب نفسه لذلك ويعبر عنه بـ «السمسار» فباع أمتعة لشخص واشترى غيرها لآخر ﴿فأجرة كل عمل على الامر به﴾ لعدم المنافاة .

﴿ ولا يجمع بينهما ﴾ أي بين العاملين ﴿لواحد﴾ أي لشيء واحد، بأن يبيعه لاحد ويشتريه لآخر، الا اذا كان السعر مضبوطاً بحيث لا يحتاج الى المماكسة عادة أو كانا اتفقا على قدر معلوم وأرادا تولية طرفي العقد ، فيجوز له الجمع بينهما .
وحينئذ يكون عليهما أجرة واحدة بالسوية ، سواء اقترنا في الامر أم تلاحقا، مع احتمال كون الاجرة على السابق، ولا يجب أجرتان، وفاقاً لجماعة، خلافاً لآخرين

فتجبان، ولعله غير بعيد، سيما مع كون متعلق الامرين طرفي الايجاب والقبول وجهل
أحدهما بأمر الآخر .

هذا اذا جوزنا للواحد تولي طرفي العقد، والافعدم استحقاق الواحد لهما
واضح .

ويحتمل على بعد أن يكون الضمير المجرور عائدا الى الايجاب والقبول المداول
عليهما بالمقام تضمناً أو بالبيع والابتاع، فيكون ذهاباً الى المنع، أو يعود الضمير
الى الاجرتين ، بناءً على المنع عن تولي طرفي العقد أو غيره .

﴿ولا يضمن الدلال﴾ ولا السمسار ﴿ما يتلف في يده ما لم يفرض﴾ أو يتعد، لانه
أمين .

﴿ولو اختلفا في التفريط﴾ أو التعدي ﴿ولا بينة، فالقول قول الدلال مع يمينه﴾
لانه منكر .

﴿وكذا لو اختلفا في القيمة﴾ أي قيمة التالف .

(كتاب الرهن)

﴿وأركانها أربعة :﴾

أحكام الرهن :

﴿الاول : في﴾ بيان حقيقة ﴿الرهن﴾ وشرائطه :

﴿وهو﴾ لغة: الثبات والدوام، ويطلق على الحبس بأي سبب كان، وشرعاً ﴿وثيقة لدين المرتهن﴾ اذا تعذر استيفاءه ممن هو عليه استوفى منه أو من ثمنه، ولا يشترط في صحته السفر باجماعنا .

﴿ولا بد فيه من الايجاب والقبول﴾ الدالين على الرهن .

فالايجاب: رهنتك، أو وثقتك بالتضعيف ، أو أرهنتك بالهزمة ، أو هذا رهن عندك، أو على مالك، أو وثيقة عندك، أو أخذه بمالك، أو على مالك، أو أمسكه حتى أعطيك مالك بقصد الرهن، وشبهه بما أدى المعنى .

وتكفي الإشارة المفهمة في الآخرس وان كان عارضاً، أو الكتابة معها بما يدل على قصد الرهن لا بمجرد الكتابة .

والقبول: قبلت، وشبهه من الالفاظ الدالة على الرضا بالايجاب .

﴿وهل يشترط الاقباض﴾ فيه ؟ ﴿الاطهر﴾ الأشهر ﴿نعم﴾ وادعى الشيخ

وابن زهرة عليه الاجماع .

وهل هو شروط اللزوم أو الصحة ؟ قولان ، أجودهما : الثاني .

وانما يشترط في صحته ابتداءً لاستدامة ، فلو أقبضها الراهن ثم ارتجعها صاحبه
الرهن ولزم اجماعاً .

﴿ومن شرطه أن يكون﴾ المرهون ﴿عينا﴾ فلا يصح رهن المنافع اتفاقاً
كما قيل ، ولا الدين مطلقاً على الأقوى .

وأن يكون ﴿مملوكاً﴾ فلا يصح رهن الحراجة ، من مسلم أو كافر عند
مسلم أو كافر ، ولا الخمر والخنزير بخلاف ، اذا كان الراهن مسلماً ، وكذا اذا كان
المرتبه كذلك ولم يضعهما عند ذمي ، ومع الوضع عنده فكذلك مطلقاً وفقاً للاكثر
خلافاً للشيخ فصححه حينئذ اذا كان الراهن ذمياً ، ولارهن المصحف والعبد المسلم
عند كافر ، ولو وضع عند مسلم على الاحوط ^(١) بل الاظهر .

وأن يكون مما ﴿يمكن قبضه وبيعه﴾ فلا يصح رهن الطير في الهواء ، ولا
السماك في الماء ، الا اذا اعتيد عود الاول وشوهد الثاني وانحصر في محل ، بحيث
لا يتعذر قبضهما عادة ، فيصح رهنهما حينئذ مع الاقباض .

وحيث اجتمعت الشرائط المزبورة ، جاز الرهن مطلقاً ﴿منفرداً كان﴾ بملك
الراهن ﴿أو مشاعاً﴾ بينه وبين غيره ، ويتوقف الاقباض في الثاني على اذن الشريك
اذا كان مما لا يكتفى في قبضه بتخليته ، لا مطلقاً على الأقوى .

ولو قبضه بدون اذن الشريك ، تم القبض وصح على الاصح وان فعل المحرم .
﴿ولو رهن ما لا يملكه﴾ فان كان باذن المالك صح اجماعاً ، والا ﴿وقف على

الاجازة﴾ على الأقوى .

﴿ولو كان يملك بعضه مضي﴾ الرهن ويصح ﴿في ما يملكه﴾ وتوقف في

الباقى .

وحيث أجاز المالك قيل: يضمّنه الراهن وان تلف بغير تفريط، وفيه اشكال الآن ظاهر بعضهم الاجماع عليه .
وللمالك اجباره على افتكاكه مع قدرته منه والحلول، أمّا قبل الحلول فليس له ذلك اذا أذن فيه كما قالوه .

وللمرتهن مع الحلول واعسار الراهن أن يبيعه ويستوفى دينه منه ان كان وكيلًا في البيع ، والاباعه الحاكم اذا ثبت عنده الرهن ، سواء رضى بذلك المالك أولا .

﴿وهو﴾ أي الرهن ﴿لازم من جهة الراهن﴾ وجائز من طرف المرتهن فله فسخه . ويستعقب للزوم عدم جواز الانتزاع الا باسقاط المرتهن الحق من الارتهان بفسخ العقد أو حصول براءة ذمة الراهن من جميع ما عليه من حق المرتهن بأحد موجباتها .

وفي الحاق حصول البراءة من بعض الحق بهامن الجميع في جواز انتزاع مجموع الرهن قولان، أجمعهما: الثاني عملاً بالأصل، وفي المبسوط^(١) الاجماع الا اذا شرط كونه رهناً على المجموع لاعلى كل جزء ، فلاريب في الاول .

وفي المسألة احتمال بل قول ثالث بالتقسيت ، وفيه ضعف .
﴿ولو شرطه﴾ أي الرهن أن يكون ﴿مبيعاً﴾ للمرتهن بذلك الدين أو بقدر مخصوص ان لم يؤده ﴿عند﴾ حلول ﴿الاجل لم يصح﴾ كل من البيع والرهن ولو قبضه كذلك ضمنه بعد الاجل لاقبله .

﴿ولا يدخل حمل الدابة ولا ثمرة النخل والشجر﴾ ونحوهما الموجودة خالة العقد ﴿في الرهن﴾ الا بالاشتراط، أو الاتصال الغير القابل للانفصال عند الاكثر ،

وهو الاظهر الا اذا حكم العرف بالدخول فيدخل .

﴿نعم لو تجدد﴾ النماء ﴿بعد الارتهان دخل﴾ ان كان متصلاً لا يقبل الانفصال كالطول والسمن اتفاقاً . وكذا ان كان منفصلاً كأمثلة العبارة ، أو ما يقبله كالشعر والصوف على الأقوى وفقاً للمشهور .

ولو اشترط المرتهن الدخول أو الرهن الخروج ، تبع الشرط ولزم .

﴿وفائدة الرهن﴾ مطلقاً ﴿للا رهن﴾ عندنا ، كما أن تلفه عليه اجماعاً .

﴿ولورهن رهنين بدينين ، ثم أدى عن أحدهما﴾ وفك ما بازائه من الرهن

﴿لم يجز امساكه به﴾ الدين ﴿الآخر﴾ .

﴿و﴾ كذا ﴿لو كان﴾ له ﴿دينان و﴾ أخذ ﴿بأحدهما رهن﴾ دون الآخر ﴿لم

يجز امساكه بهما﴾ ولا بدين ثالث .

﴿ولا يدخل زرع الارض﴾ المرهونة ﴿في الرهن﴾ مطلقاً ﴿سابقاً كان﴾

على العقد ﴿أو متجدداً﴾ بعده .

أحكام الحق المرهون :

﴿الثاني : في﴾ بيان ﴿الحق﴾ المرهون به .

﴿ويشترط ثبوته في الذمة﴾ بمعنى استحقاقه فيها مطلقاً وان لم يكن مستقراً

كالقرض وثمن المبيع في زمن الخيار ﴿مالاً كان﴾ كأمثلة ﴿أو منفعة﴾ كالمثل ونحوه من المنافع المستأجرة .

فلا يصح الرهن على ما لا يثبت ، كمال يستدنيه بعد أو يستأجره . ولا على ما حصل

سببه ولم يثبت كالدية قبل استقرار الجناية وان حصل الجرح . ولا على مال الجمالة

وان حصل البذل قبل الرد .

وأما العين فلا يصح الرهن عليها ان كانت أمانة اتفاقاً ، وكذا ان كانت العين

مضمونة وفاقاً للاكثر، وقيل: فيها بالجواز، وليس بذلك البعيد .

وفي اشتراط ثبوت الدين واستمراره في الذمة قبل الرهن أم الاكتفاء بالمقارنة كأن يقول: بعثك هذا العبد بألف وارتهنت هذا الثوب به، فقال: المشتري: اشتريت ورهنت قولان، وحكي الاول عن الاكثر، ومراعاته أحوط .

﴿ولو رهن على مال ثم استدان﴾ مالا ﴿آخر﴾ فجعله ﴿رهنًا﴾ عليهما صح ﴿ولا يشترط الفسخ ثم التجديد، بل يضم بعقد جديد، وكذا لو رهن على المال الواحد رهنًا آخر فصاعداً جاز، وان كان قيمة الاول يفي بالدين .

احكام الراهن :

﴿الثالث : في﴾ بيان ﴿الراهن :﴾

﴿ويشترط فيه كمال العقل﴾ بالبلوغ والرشد ﴿وجواز التصرف﴾ برفع الحجر عنه في التصرفات المالية، كما في سائر العقود .

﴿والوالي﴾ الشرع ﴿أن يرهن لمصلحة المولى عليه﴾ ماله، كما اذا افتقر الى الاستدانة لنفقته أو اصلاح ماله، ولم يكن بيع شيء من ماله أعود، أو لم يمكن وتوقف على الرهن . ويجب كونه على يد ثقة يجوز ايداعه منه .

وكذا يجوز بل قيل: يجب أخذ الرهن له ، كما اذا أسلف ماله مع ظهور الغبطة، أو خيف على ماله من غرق أو حرق أو نهب .

ويعتبر كون الرهن مساوياً للحق أو أزيد، وكونه بيد الوالي أو يد عدل ، والشهاد على الحق لمن يثبت به عند الحاجة اليه عادة. فلو أدخل ببعض هذه مع الامكان ضمن كما قالوه، ولاريب أن فيه احتياطاً لمال اليتيم المبني جواز التصرف فيه عندهم على المصلحة والغبطة، فضلاً عن عدم دخول نقص عليه .

﴿وليس للراهن التصرف في الرهن﴾ ببيع أو وقف أو نحوه مما يوجب

ازالة الملك، ولا ﴿باجارة ولاسكنى﴾ ولاغيرهما ممايوجب نقصه اتفاقاً ، وأما غيرهما مما لا يوجب الامرين، فكذلك على الاشهر الاقوى .
 ﴿ولا بوطيء﴾ اجماعاً ﴿لانه تعريض للابطال﴾ في الرهن بالاستيلاء المانع عن البيع، بل ربما حصل معه الموت بسبب الوضع في بعض الاحيان.
 ﴿وفيه رواية^(١)﴾ صحيحة متعددة ﴿بالجواز﴾ لكنها ﴿مehجورة﴾ مخافة للاجماع، كما يستفاد من العبارة وغيرها، وصرح به في المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) فتكون مطرحة أو محمولة على التقية .

﴿ولو باعه الراهن﴾ بدون اذن المرتهن صح وان أثم، ولكن ﴿وقف على اجازة المرتهن﴾ فان حصلت والا بطل .

﴿وفي وقوف العتق﴾ أي عتق الراهن العبد المرهون بغير الاذن ﴿على اجازة المرتهن﴾ أم بطلانه من رأس ﴿تردد﴾ من كون العتق ايقاعاً فلا يتوقف لاعتبار التنجز فيه ، ومن عموم أدلة العتق السليمة عن المعارض ، بناءً على أن المانع حق المرتهن وقد زال بالاجازة ﴿أشبهه: الجواز﴾ والمصلحة مع الاجازة وفاقاً للنهاية^(٤) وجماعة .

أحكام المرتهن :

﴿الرابع : في﴾ بيان ﴿المرتهن :﴾

﴿ويشترط فيه﴾ ما اشترط في الراهن من ﴿كمال العقل وجواز التصرف﴾

(١) وسائل الشيعة ١٣/١٣٣، ب ١١ .

(٢) المبسوط ٢/٢٠٦ .

(٣) الخلاف ١/٦٠٥، مسألة ٢٠ .

(٤) النهاية ص ٤٣٣ .

واعلم أن اطلاق الرهن لا يقتضي كون المرتهن وكيلا في البيع ﴿و﴾ لكن يجوز اشتراط الوكالة ﴿﴾ في بيعه عند حلول الدين له واوارثه وغيره ﴿في﴾ عقد الرهن ﴿و﴾ وغيره من العقود اللازمة .

﴿ولو عزل﴾ الرهن المشروطة ﴿له﴾ الوكالة، مرتهاً كان أو غيره ﴿لم﴾ ينزل عنها على الأقوى، وفاقاً لجماعة، خلافاً لنادر فينزل .

﴿وتبطل الوكالة﴾ المشروطة ﴿فيه﴾ أي في عقد الرهن ﴿بموت الموكل﴾ وكذا بموت الوكيل ﴿دون الرهانة﴾ فلا تبطل مطلقاً بخلاف . وإذا مات الرهن أو المرتهن ، كان للآخر الامتناع من تسليمه الى وارثه ، وكذا للوارث الامتناع من تسليمه اليه . وان تشاحا فللحاكم تسليمه أو تسليمه الى عدل ليقبضه لهما .

﴿ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن﴾ لنفسه برضى المالك مطلقاً ، كان وكيلا في بيعه أم لا اجماعاً .

وفي جوازه بمجرد وكالته في بيعه مع عدم معلومية رضى المالك به وبعده قولان ، ولاريب أن الترك والاستيذان أحوط . والاشهر الاظهر جواز ابتياعه لو ادع وشريكه ومن يجري مجراهما .

﴿والمرتهن أحق من غيره باستيفاء دينه من الرهن﴾ مطلقاً ﴿سواء كان﴾ الرهن حياً أو ميتاً ﴿بلاخلاف في الاول﴾ ، وعلى الاشهر الأقوى في الثاني .

﴿وفي الميت رواية﴾^(١) أخرى ﴿بقسمته بين الغرماء بنسبة ديونهم اذا لم تف التركة بها﴾ ، وهي مع قصور سندها شاذة مخالفة الاصول ، لا يعرف قائل صريح بها .

﴿ولو قصر الرهن عن الدين﴾ المرهون به ﴿ضرب﴾ المرتهن ﴿مع﴾ باقي الغرماء في الفاضل ﴿من دينه﴾ ، ولو زاد عنه صرفه الى الورثة أو الغرماء .

﴿والرهن أمانة في يد المرتهن ، ولا يسقط بتلفه شيء من ماله ما لم يتلف بتعد أو تزييط﴾ بالنص والاجماع، والنصوص^(١) المعارضة بسقوط الحق بتلفه محمولة على صورة التعدي أو التقية، كما يشعر بكل منهما رواية .

ومع ذلك الحكم بسقوط الحق بالتلف مشكل فيما إذا لم يكن من جنس ما يضمن به التالف، وإن فهم من العبارة ونحوها لاختلاف الحقيين، إلا أن يحمل على صورتني التراضي أو التقاص القهري .

﴿وليس له﴾ أي المرتهن ﴿التصرف فيه﴾ أي الرهن بغير إذن الراهن بالنص^(٢) والاجماع .

﴿ولو تصرف﴾ فيه ﴿من غير إذن﴾ مطابقاً ﴿ضمن العين﴾ مع التالف بالمثل في المثلي والقيمة في القيمي، ﴿و﴾ ضمن ﴿الاجرة﴾ أيضاً إن تصرف في المنفعة بدونه، أو معه على وجه العوض .

﴿ولو كان الرهن دابة قام﴾ المرتهن ﴿بمؤنتها﴾ حيث لا يقوم الراهن بها وجوباً .

﴿و﴾ إذا أنفق ﴿تقاصاً﴾ ورجع كل ذي فضل بفضله مع الاتفاق بنيسة الرجوع لامتلاك اجماعاً .

وهل يشترط مع النية إذن المالك أو الحاكم أو الاشهاد بعد تعذرهما أم لا؟ قولان، والاحوط الاول .

هذا ويأتي في التقاص على اطلاقه مامر، ولذا أن الحلبي ذكر الرجوع الى ما أنفق من دون ذكره، وهو الاوفق بالاصل حيث يمكن الرجوع اليه .

(١) وسائل الشريعة ١٣/١٢٥، ب ٥٥ .

(٢) وسائل الشريعة ١٣/١٣٠، ب ٨ .

﴿وفي رواية^(١): الظاهر يركب والدر يشرب، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة﴾ رواها السكوني في الموثق اليه .

وقريب منها أخرى صحيحة^(٢) ، وعمل بها الشيخ والحلي، إلا أن الأشهر الأظهر ما قدمنا من عدم جواز التصرف في الرهن بغير الأذن ، ورجوع المنفق بما أنفق على الراهن وتسليم منافع الرهن اليه ، عملاً بالأصول وهدماً للرواية على صورة الأذن ومساواة الحقين جمعاً .

﴿وللمرتهن استيفاء دينه من الرهن﴾ وإن لم يكن وكيلاً في البيع، أو انفسخت الوكالة بموت الراهن ﴿ان خاف جحود﴾ الراهن أو ﴿الورثة﴾ للحق ولم يتمكن من اثباته عند المحاكم بعدم البيينة أو غيره من العوارض .

والمرجع في الخوف الى القرائن الموجبة للظن الغالب بالجحود، وربما احتمل كفاية مطلق الاحتمال .

﴿ولو اعترف﴾ المرتهن ﴿بالرهن وادعى الدين﴾ على الراهن ﴿ولا بيينة﴾ له ﴿فأقول قول الوارث﴾ ﴿وله﴾ أي للمرتهن ﴿أحلافه﴾ أي الوارث ﴿ان ادعى عليه العلم﴾ بثبوت الحق .

﴿ولوباع﴾ المرتهن ﴿الرهن﴾ بدون اذن الراهن ﴿وقف على الاجازة﴾ وصح البيع وأزم بعدها على الأشهر الأقوى وبطل الرهن، كما لو أذن ابتداءً أو باع هو باذن المرتهن مطلقاً .

ولا يجب جعل الثمن رهناً ، إلا مع اشتراطه قبل ، أما إذا أتلّفه متلف اتلافاً يقتضي العوض كان العوض رهناً ، لكنه يبطل وكالة المرتهن في المحفظ والبيع ان كانت، وفي الفرق نظر .

(١) وسائل الشريعة ١٣/١٣٤، ح ٢ ب ١٢ .

(٢) وسائل الشريعة ١٣/١٣٤، ح ١ ب ١٢ .

﴿ولو كان﴾ المرتهن ﴿وكيلاً﴾ في بيع الرهن ﴿فباع بعد الحول صح﴾ البيع وجاز له استيفاء الدين مطلقاً، كما عليه جماعة، وقيده آخرون بصورة توافق الدين مع الثمن في الجنس والوصف، وهو أحوط، وأحوط منه عدم الاستيفاء منه إلا بالأذن.

﴿ولو أذن الراهن في البيع قبل الحول﴾ فباع جاز البيع، ولكن ﴿لم يستوف دينه﴾ من الثمن ﴿حتى يحل﴾ الاجل .

واعلم أنه إذا حل الدين، فإن كان المرتهن وكيلاً في البيع والاستيفاء معاً جازاً له، والأطلبهما منه أو الأذن فيهما، فإن فعل والارفع أمره إلى الحاكم ليازمه بهما، فإن أبى كان له حبسه، فإن أبى باعه وأدى عنه دينه .

ولو لم يمكن الوصول إلى الحاكم لعدمه أو بعده، احتمال جواز استقلاله بالبيع بنفسه واستيفاء دينه، كما لو ظفر بغير جنس حقه من مال المديون الجاحد مع عدم البيئنة، وفقاً لجماعة .

احكام المتخالفين في الرهن :

﴿ويلحق به مسائل النزاع، وهي أربع : -﴾

﴿الاولى : يضمن المرتهن قيمة الرهن﴾ إذا تلف بتعد أو تفرط منه، وثبت باقراره أو البيئنة .

والمعتبر قيمة ﴿يوم تلفه﴾ عند الاكثر . وقيل : يوم قبضه ﴿وقيل : أعلى القيم من حين القبض الى حين التلف﴾ والقائل به الشيخ في المبسوط^(١) كما في عبارات جمع ، وربما قيل : انه مشهور، ولعله أحوط بل وأجود . وفي المسألة أقوال أخر .

ثم ان هذا اذا كان قيمياً، وان كان مثلياً ضمنه بمثله ان وجد ، والافقية المثل عند الاداء ، وفاقاً لجماعة .

﴿ولو اختلفا﴾ في القيمة ﴿فالقول قول الراهن﴾ عند جماعة من القدماء وربما ادعى بعضهم كونه اجماعاً .

﴿وقيل : القول قول المرتهن﴾ مع يمينه ، والقائل الحلبي وتبعه كثير من المتأخرين ﴿وهو أشبه﴾ بالاصول .

﴿الثانية : لو اختلفا فيما عليه الرهن﴾ من الدين ، فادعى المرتهن زيادته والراهن نقصه ﴿فالقول قول الراهن﴾ وفاقاً للاكثر فتوى ورواية^(١) .

﴿وفي رواية^(٢)﴾ أخرى عمل بها الاسكافي فيما حكى ان ﴿القول قول المرتهن﴾ ما لم يدع زيادة عن قيمة الرهن ﴿وهي قاصرة السند، ضعيفة التكافؤ عن المقاومة لمعارضها من وجوه شتى محمولة على التقية .

﴿الثالثة : لو﴾ اختلفا في الرهن فـ ﴿قال﴾ المرتهن ﴿القابض﴾ له : ﴿هو﴾ رهن ، وقال الراهن ﴿المالك﴾ له : ﴿هو وديعة ، فالقول قول المالك مع يمينه﴾ مطلقاً وفاقاً للاكثر .

﴿وفيه رواية^(٣)﴾ أخرى ﴿بل روايات^(٤) بالعكس ، وعمل بها الصدوق ، الا أنها الان﴾ متروكة ﴿مهجورة .

وفي المسألة قولان آخران بالتفصيل ، لامستند لهما ظاهر أسوى الجمع بين الاخبار المختلفة من غير شاهد وحجة ، فلا عبرة به .

﴿الرابعة : لو اختلفا في التفريط ، فالقول قول المرتهن مع يمينه﴾ بلا خلاف .

(١) وسائل الشريعة ١٣/١٣٧ ، ب ١٧ .

(٢) وسائل الشريعة ١٣/١٣٨ ، ح ٤ .

(٣ - ٤) وسائل الشريعة ١٣/١٣٥ ، ب ١٦ .

﴿كتاب الحجر﴾

وهو لغة: المنع، وشرعاً ما أشار اليه في تعريف ﴿المحجور﴾ من أنه ﴿هو الممنوع من التصرف في ماله﴾ شرعاً .

﴿وأسباب الحجر﴾ بحسب ما جرت عادة الاصحاب بذكره في الكتاب ﴿سنة﴾ والافهي أزيد ﴿الصغر ، والجنون ، والرق ، والمريض ، والفلس والسفه﴾ .

﴿ولا يزول حجر الصغير الابوصفين : -﴾

﴿الاول: البلوغ، وهو يعلم بانبات الشعر الخشن على العانة﴾ بلاخلاف، بل نحو الوجه أيضاً من المواضع المعهودة في أصبح القولين. وفي كونه اماراة البلوغ أو سبقه قولان ، ظاهر الاصول الاول ، ولكن الثاني محكي عن الاكثر .

﴿أوخرج المنى﴾ وهو الماء ﴿الذي﴾ يتكون ﴿منه الولد من الموضع المعتاد﴾ ولا فرق بين أن يكون الخروج في نوم أو يقظة ﴿ويشترك في هذين﴾ الدليلين ﴿الذكور والاناث﴾ .

﴿أو السن ، وهو﴾ في الذكر ﴿بلوغ خمس عشرة﴾ سنة على الاظهر الاشهر .

﴿وفي رواية^(١)﴾ ضعيفة السند غير معروفة القائل، أنه ﴿من ثلاث عشر الى أربع عشر﴾ سنة، وفي جملة من المعتبرة^(٢)، أنه ثلاث عشر سنة، الا أنها كالسابقة شاذة محتملة للحمل على التقية .

﴿و﴾ أولى منها بالضعف ما ﴿في رواية^(٣) أخرى﴾ من حصول الادراك بـ ﴿بلوغ عشرة﴾ وهي كثيرة واردة في الطلاق والوصية، فانها غير صريحة في تحقق البلوغ به، بل ولا ظاهرة، لاحتمال ارادة رفع الحجر عنه في الامور المذكورة خاصة كما ذهب اليه جماعة، ومع ذلك معارضة بأقوى منها في الطلاق .

﴿وفي الاثنى﴾ بـ ﴿بلوغ تسع﴾ سنين، بلاخلاف رواية^(٤) على الاصح الاشهر فتوى .

ويعتبر في التسع وفي الخمسة عشر كما لها ، ولا يكفي الطعن فيهما .

﴿الثاني : الرشd ، وهو أن يكون مصلحاً لماله﴾ بحيث تكون له ملكة نفسانية تقتضي اصلاحه . وتمنع عن افساده وصرفه في غير الوجوه الثلاثة بأفعال العقلاء ، لامطلق الاصلاح .

﴿وفي اعتبار العدالة﴾ في الرشd ﴿تردد﴾ واختلاف بين الاصحاب، الا أن عدم اعتبارها أظهر ، وفاقاً للاكثر .

وعلى القول باعتبارها فانما تعتبر ابتداءً لا دائماً ، فلو كان عادلاً فلأعطي المال ثم فسق لم يحجر عليه قولاً واحداً .

﴿ومع عدم الوصفين﴾ البلوغ والرشd ﴿أو أحدهما استمر الحجر﴾ عليه ﴿ولو طمن في السن﴾ وبلغ خمسة وعشرين سنة فصاعداً باجماعنا .

(١) تهذيب الاحكام ٣١٠/٦ .

(٢) وسائل الشيعة ٤٣١/١٣ ، ج ١٢ .

(٣) وسائل الشيعة ٤٢٨/١٣ ، ج ٤٤ .

(٤) وسائل الشيعة ٤٣١/١٣ ، ج ١٢ .

﴿ويعلم رشد المصبي باختباره بما يلائمه من التصرفات﴾ والاعمال ليظهر اتصافه بالملكة وعدمه، فمن تكرر منه الاصلاح والحفظ عن التلف والفساد والانخداع على وجه الملكة ثبت رشده والا فلا .

ولا يقدح فيها وقوع ما ينافيها نادراً من السهو والانخداع في بعض الاحيان لوقوعه من الكاملين كثيراً .

ووقت الاختبار قبل البلوغ، عملاً بظاهر الاية، وحذراً من منع رب المال من التصرفات فيه مع بلوغه ورشده .

﴿ويثبت﴾ الرشد بشهادة رجلين في الرجال، بلا اشكال فيه، ولا في ثبوت غيره من أنواع امارات البلوغ بهما أيضاً، وان كان الغرض مع عدالة الشهود نادر، أو ﴿بشهادة الرجال﴾ منفردين ﴿أو النساء﴾ كذلك ، أو ملفقاً منهن ومنهم كرجل وامرأتين ﴿في النساء﴾ .

ويعتبر في الثبوت بالشهادة ما يذكر من الشرائط في بحثها، من العدالة وقيامها عند الحاكم وحكمه به .

﴿والسفيه هو الذي يصرف أمواله في غير الاغراض الصحيحة﴾ ويفسدها ولا يصلحها ، فيمنع عن التصرف فيها مطلقاً وان حدث سفيه بعد رشده .

ولا يتوقف الحجر عليه ولا زواله على حكم الحاكم على أصح الاقوال .
﴿فلو باع والحال هذه﴾ أي بعد ثبوت حجره بسفيهه ﴿لم يمض بيعه﴾ وان ناسب أفعال العقلاء، الامع اجازة الولي، فيضمن على القول بالفضولي، وجواز بيع السفیه باذن الولي، كما هما الاقوى .

﴿وكذا لو وهب أو أقر﴾ على نفسه ﴿بمال﴾ لغيره لم يمضياً مطلقاً .
﴿وبصح﴾ تصرفاته في غير المال من نحو ﴿طلاقه وظهاره واقراره بما لا يوجب

مالا ﴿كالاقرار بالجناية الموجبة للقصاص وان كان نفساً، وكالنسب وان أوجب النفقة على الاصح، فيقبل في أحدهما دون الآخر، كالاقرار بالسرقة على وجه يؤخذ بالمال دون القطع . وعليه فسي الانفاق على المقر له من المال المقر أو بيت المال قولان .

﴿والمملوك﴾ ولوائى ﴿ممنوع من﴾ جميع ﴿التصرفات﴾ المالية وغيرها ولا يصح شيء منها ﴿الاباذن المولى﴾ ويستثنى منها الطلاق اذا كان زوجته غير أمة المولى، فان ذلك اليه دون ولاءه، على الاشهر الاقوى كما يأتي. وعن التذكرة استثناء الظهار أيضاً ، ولا أعرف له مستنداً واضحاً .

﴿والمريض ممنوع من الوصية بما زاد عن الثلث﴾ أي ثلث تركته اتفاقاً كما يأتي في كتاب الوصية .

﴿وكذا الكلام في التبرعات المنجزة﴾ الغير المعلقة على الوفاة ، كالهبة والوقف والصدقة والمحابة في البيع والاجارة أونحو ذلك، فيمنع عن الزايد منها عن الثلث كالوصية ﴿على المخلاف﴾ الا اني ثمة .

وحيث منع فتصرف وقس على اجازة الورثة ، ولا يقع فاسداً من أصله بلا خلاف .

﴿والاب والجد للاب﴾ وان على ﴿بليان على الصغير والمجنون﴾ بلاخلاف فيه، ولا في نفوذ تصرفات أحدهما مع فقد الآخر، أو الموافقة وعدم المخالفة، أو سبق تصرف المتصرف منهما. وأما مع التقارن، ففي تقديم الاب أو الجد أو البطلان أوجه بل وأقوال ، أوسطها : الوسط .

﴿فان فقدا فالوصي﴾ لاحدهما ﴿فان فقد﴾ الوصي ﴿فالحاكم﴾ الشرعي بلاخلاف فيهما ، ولا في الترتيب بين الاولياء . فان فقد، فالمؤمنون حسبة .

ثم الولاية في مال السفيه الذي لم يسبق له رشد كذلك للاب والجد له الي آخر

ما مر ، وفاقاً لجمع ، خلافاً للأكثر فللحاكم مطلقاً ، وفي الدليل نظر .
نعم له الولاية عليه دونهم ان سبق رشده وارتفع عنه الحجر ثم لحقه السفه ، لشبهة
الاجماع ان تم ، والا فهو أيضاً محل نظر .

كتاب الضمان

﴿وهو﴾ يطلق على معنيين : أحدهما أنخص من الآخر ، والاعم عبارة عن
﴿عقد شرع للتعهد بنفس أو مال﴾ والاول الكفالة، والثاني الحوالة ان كان من
في ذمته مال ، والا فالضمان بالمعنى الاخص ﴿و﴾ اذا صار الاعم ﴿أقسامه
ثلاثة :﴾

احكام ضمان المال :

﴿الاول : ضمان المال﴾ وهو المراد منه حيث يطلق بلا قيد، بخلاف
الاخرين فلا يطلق عليهما الا بأحد القيدين .
﴿ويشترط في الضامن التكليف﴾ بالبلوغ وكمال العقل ، فلا يصح من
الصبي مطلقاً ، ومن المجنون كذلك الا اذا كان أدوارياً وقد ضمن حال افاقته .
﴿وجواز التصرف﴾ برفع الحجر عنه، ولقد كان فيه غنى عن ذكر الشرط
السابق ، لاندراجه تحت هذا الشرط ، فلا يصح من السفه ، ولا المملوك بدون
اذن السيد على الاقرب ، ويصح مع الاذن بلا خلاف . وفي لزوم المال حيث لزمته
فيتبع به بعد عتقه ، أو بكسبه ، أو بمال المولى مطلقاً أقوال واشكال، الا أن يكون

هناك معهود فيتبع ، بلاشكال فيه ولافي لزوم كل من الاحتمالات مع اشتراطه .
 ﴿ولابد﴾ في اللزوم ﴿من رضا المضمون له﴾ وفاقاً لاكثر ، خلافاً للشيخ .
 وعلى المختار فهل يكفي الرضا كيف اتفق أم لابد فيه من وقوعه بصيغة القبول؟
 أحوطهما : الثاني .

﴿ولاعبرة بالمضمون عنه﴾ أي برضاه ، فلا يشترط .
 ﴿ولو علم﴾ المضمون عنه بالضمان ﴿فانكر﴾ ولم يرض به ﴿لم يعامل﴾
 الضمان على الاصح ﴿الاشهر﴾ .
 ولا يعتبر العلم بالمضمون عنه والمضمون له مطلقاً على أصح الاقوال ، فيصح
 الضمان مع جهالتهم مطلقاً .

﴿وهو﴾ أي الضمان ﴿ينقل المال﴾ المضمون ﴿من ذمة المضمون عنه﴾
 الى ذمة ﴿الضامن وتبرأ ذمة المضمون عنه﴾ باجماعنا ، خلافاً للعامة ، فجعلوا
 فائدته ضم ذمته الى اخرى ، وخيروا لذلك المضمون له بين مطالبة أيهما شاء .
 فيجوز عندنا فيه الدور ، كأن يضمن اثنان كل ماعلى صاحبه ، أو يضمن الاصيل
 ضامنه بما يضمنه عنه بعينه ، أو ضامن ضامنه وهكذا .

أو التسلسل ، كأن يضمن أجنبي عن الضامن وهكذا ، فيرجع كل ضامن مع
 الاذن بما أذاه على مضمونه لاعلى الاصيل في الثاني .

وفي الاول يسقط الضمان ويعود الحق كما كان . نعم يترتب عليه أحكامه ،
 كظهور اعسار الاصيل الذي صار ضامناً الموجب لاختيار المضمون له في فسخ
 ضمانه ، والرجوع الى المضمون عنه الذي صار ضامناً عنه .

وكذلك تصح وحدة الضمان وتعدد المضمون عنه وبالعكس مع الاقتران ،
 أما بدونه في مال واحد فيصح الاول خاصة .

﴿ويشترط فيه﴾ أي الضامن ﴿الملاءة﴾ بأن يكون مالكاً لما يوفي به الحق

المضمون فاضلاع المستثنيات في وفاء الدين ﴿أو علم المضمون له بأعساره﴾ حين الضمان ، وهذا الشرط معتبر في الملزوم دون الصحة .

﴿و﴾ عليه ذـ ﴿لو﴾ لم يعلم بأعساره حتى ضمن ، ثم ﴿بأن أعساره كان المضمون له مخيراً﴾ بين الفسخ والرجوع إلى المضمون عنه ، وبين الالتزام بالعقد ومطالبة الضامن . وهذا الخيار على التراخي على الأقرب .

وانما تعتبر الملاءة في الابتداء دون الاستدامة ، فلو تجدد أعساره بعد الضمان لم يكن له الفسخ .

وكما لا يقدر تجدد أعساره فكذا تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر .
﴿والضمان المؤجل﴾ للدين الحال ﴿جائز﴾ مطلقاً تبرعاً كان أو بالسؤال .
﴿وفي﴾ جواز العكس ، وهو الضمان ﴿المعجل﴾ للدين المؤجل ﴿قولان﴾ أصحهما : الجواز ﴿مطلقاً﴾ ، وعليه أكثر المتأخرين ، وفاقاً لجماعة من القدماء خلافاً لآخرين .

وكذا يجوز في باقي الصور الغير المفروضة في المتن ، وهو ثمان الضمان المؤجل للدين المؤجل مع تساوي الاجلين ، أو اختلافيهما بالزيادة والنقصان ، بسؤال المضمون عنه كان أو تبرعاً ، فهذه ست ، والضمان المعجل للدين المعجل بالسؤال أو التبرع ، فهذه ثمان .

ويمكن ادراجها في المتن بحذف ما ذكرناه في صورتيه من الصلة ، إلا أن الظاهر من ذكر القولين فيه في الصورة الثانية يقتضي ما ذكرناه من الصلة .

﴿ويرجع الضامن على المضمون عنه﴾ بما أداه عنه ﴿إن ضمن بسؤاله﴾ وإن لم يؤده بإذنه بلا خلاف .

﴿ولا﴾ يجب على المضمون عنه أن ﴿يؤدي﴾ إلى الضامن ﴿أكثر مما دفعه﴾ إلى المضمون له .

﴿ولو وهبه﴾ أي الضامن ﴿المضمون له﴾ ، أو أبرأه ﴿عن المضمون﴾ لم يرجع ﴿الضامن﴾ على المضمون عنه بشيء ولو كان ﴿الضامن﴾ باذنه ﴿وكذا لم يرجع المضمون له عليه به عندنا .

﴿واذا تبرخ الضامن بالضمان فلارجوع﴾ له على المضمون عنه بما أداه مطلقاً وإن كان الاداء باذنه .

﴿ولو ضمن ماعليه صح وإن لم يعلم كميته﴾ ومقداره حال الضمان ﴿على الاظهر﴾ الاشهر : وفي الغنية الاجماع ، خلافاً للشيخ وغيره فاختاروا المنع . هذا اذا أمكن العلم به بعد ذلك كمثال المتن ، وأما لو لم يمكن كضمنت لك شيئاً بما في ذمته لم يصح قولاً واحداً .

﴿و﴾ على المختار ﴿يثبت عليه﴾ أي على الضامن ﴿ما تقوم به البينة﴾ أنه كان لازماً للمضمون عنه وقت الضمان ﴿لا ما يتجدد^(١)﴾ أو يوجد ﴿في دفتر أو حساب ، ولا ما يقر به المضمون عنه﴾ أو يحلف عليه المضمون له برد اليمين من المضمون عنه .

احكام الحوالة :

﴿القسم الثاني - الحوالة :﴾

﴿وهي مشروعة﴾ بالنص^(٢) والاجماع ﴿لتحويل المال من ذمة الى ذمة﴾ أخرى ﴿مشغولة بمثله﴾ جنساً ووصفاً .

هذا هو القدر المتفق عليه منها ، والا فالأظهر الاشهر جوازها على البريء وفي السرائر الاجماع ، لكنه حيثئذ يكون بالضمان أشبه ، فكان المحال عليه بقوله

(١) لا ما يثبت ، كذا في المطبوع من المتن .

(٢) وسائل الشريعة ١٣/١٥٨ ، ب ١١ وغيره .

لها ضامن لدين المحتال على المحيل، ولكنها لا تخرج بهذا الشبه عن أصل الحوالة فيلحق أحكامها .

وفي اشتراط تماثل المالين في الامرين قولان ، أجودهما : العدم .

❖ ويشترط ❖ في صحتها كون المال معلوماً عند المحيل ، ان كانت الحوالة اعتيائاً وان كانت استيفاءً احتمل الصحة ولو مع الجهالة .

وثابتاً في ذمته ، فان لم يستقر فلا تجوز الحوالة من البريء ، بل هي وكالة اما في اقتراض ان كانت على بريء ، أو في استيفاء ان كانت على غيره ، ولا فرق بين أن يكون مثلياً أو قيمياً .

و ❖ رضا الثلاثة ❖ أي المحيل والمحتال والمحال عليه على الاشهر .

❖ وربما اقتصر بعض ❖ وهو الحلبي بل الشيخان أيضاً كما حكى ❖ على رضا المحيل والمحتال ❖ دون المحال عليه ، وهو الحق الا في الحوالة على البريء ان جوزناها ، فيعتبر رضاه قطعاً . وكذا لو كان المالان مختلفان وكان الفرض استيفاءً مثل حق المحتال ، توجه اعتبار رضاه أيضاً ، لان ذلك بمنزلة المعاوضة الجديدة فلا بد من رضا المتعاقدين .

ولو رضي المحتال بأخذ جنس ما على المحال عليه ، زال المحذور .

قيل : وعلى تقدير اعتبار رضاه ليس هو على حد رضاها ، فيكفي كيف اتفق متقدماً على العقد ومتأخراً عنه ومقارناً .

❖ ولا يجب قبول الحوالة ولو كان على ملي ❖ بلا خلاف بيننا ❖ نعم لو قبل ❖ الحوالة ❖ لزمت ، ولا يرجع ❖ حينئذ ❖ المحتال على المحيل ❖ بالمال المحال به مطلقاً ❖ ولو افتقر المحال عليه ❖ بعد يساره ، لانها توجب البراءة اجماعاً . ولا فرق

فيه بين أخذ المحتال شيئاً من المال أم لا على الاشهر الاقوى .

❖ ويشترط ملاءته ❖ أي المحال عليه ❖ وقت الحوالة ، أو علم المحتال

باعتباره ﴿﴾ بلا خلاف بيننا .

﴿ولو﴾ احتيل ورضي لظنه ملاءته، ثم ﴿بان فقره﴾ عند الحوالة ﴿رجع﴾ على المحيل وفسخ العقد ان شاء .

والعبرة بيساره وبعساره عند الحوالة ، فلو كان ملياً فيه ثم تجدد الاعسار فلا رجوع .

واوانعكس فتجدد له اليسار بعد الاعسار قبل أن يرجع المحتال، ففي جواز الرجوع حينئذ وجهان ، أجودهما : نعم عملاً بالاستصحاب .
﴿و﴾ او استجمعت الحوالة شرائطها المتقدمة ﴿يرأ المحيل﴾ من المال الذي أحال به مطلقاً ﴿وان لم يرأه المحتال﴾ على الأشهر الاظهر .

﴿لكن﴾ ﴿في رواية^(١)﴾ بل روايتين احدهما صحيحة أنه ﴿ان لم يرأه﴾ المحتال ﴿فله الرجوع﴾ عليه بالمال، وقد عمل بها جماعة من الاصحاب ، الا أنها قاصرة دلالة ومقاومة لما قابلها من الادلة ، فلتطرح ، أو تحمل على التقية ان صحت الدلالة .

احكام الكفالة :

﴿القسم الثالث في الكفالة :﴾

﴿وهي التعهد بالنفس﴾ والالتزام باحضار المكفول متى طلبه المكفول له .
﴿ويعتبر﴾ فيها ﴿رضا الكافل﴾ أي الكفيل ﴿والمكفول له﴾ وبهما يتم العقد ﴿دون﴾ من عليه الحق المعبر عنه بـ ﴿المكفول عنه﴾ فلا يعتبر رضاه على الاظهر الأشهر ، وفي التذكرة الاجماع .

﴿وفي اشتراط التأجيل﴾ فيها، فلا يصح حالاً أم لا يصح ﴿قولان﴾ أجودهما :

الثاني ، وفاقاً للاكثر .

﴿فان اشترط أجلاً فلا بد من كونه معلوماً﴾ بلاخلاف بيننا .
 ﴿واذا دفع الكافل الغريم﴾ وهو المكفول الى المكفول له ، وسلمه اليه تسليمياً تاماً ، بأن لا يكون هناك مانع من تسلمه ، كتغلب وحبس ظالم . وكونه في مكان لا يتمكن من وضع يده عليه ، لقوة المكفول وضعف المكفول له . وفي المكان المعين ان بيناه في العقد ، وفي بلد العقد ان أطلقاه . وبعد الاجل ان كانت مؤجلة في الحال متى شاء ان كانت حالة ﴿فقد برىء﴾ من عهده اتفاقاً .

ولو امتنع من تسلمه قيل : سلمه حينئذ الى الحاكم وبرىء أيضاً . وهو أحوط وكذا الاشهاد عليه وعلى الامتناع في قبضه ، فانهما أحوط ، وان كان في وجوبهما - كالسابق لحصول البراءة - نظر .

﴿وان امتنع﴾ الكفيل من تسليمه ألزمه الحاكم به ، فان أبى ﴿كان للمكفول له﴾ طلب ﴿حبسه﴾ منه ﴿حتى يحضر الغريم ، أو﴾ يؤدي ﴿ما عليه﴾ ان أمكن أدائه عنه كالدين .

ولولم يمكن كالتقصاص والزوجية والدعوى لعقوبة توجب حداً أو تعزيراً ألزم باحضاره حداً مع الامكان ، ولحاكم عقوبته عليه ، كما في كل ممتنع من أداء الحق مع قدرته .

وان لم يمكنه الاحضار وكان له بدل كالدية في القتل وان كان عمداً ومهر الزوجة وجب عليه البدل .

ولا خلاف في شيء من ذلك حتى في جواز الاكتفاء عن الاحضار بأداء ما عليه اذا رضي به المكفول له ، وأما مع عدم رضاه به ومطالبة الاحضار ، ففي الاكتفاء به حينئذ قولان ، أجودهما : العدم وفاقاً لجمع .

ثم على تقدير كون الحق مالا وأداه الكفيل برضا المكفول له أو مطلقاً ، فان

كان قد أدى باذن المكفول عنه رجوع عليه بما أدى. وكذا ان أدى بغير اذنه، ومقدار احضاره والمراجعة اليه .

﴿ولو﴾ تكفل رجل برجل ف ﴿قال : ان لم أحضره الى﴾ مدة ﴿كذا كان علي كذا﴾ كان كفيلاً أبداً ولم يلزمه المال ﴿بل عليه الاحضار .﴾
﴿ولو قال : علي كذا الى كذا ان لم أحضره كان ضامناً للمال ان لم يحضره في الاجل﴾ .

والفارق بين المسألتين النص^(١) المعتبر المعتضد بالعمل .

﴿ومن خلى غريباً﴾ وأخلصه ﴿من يدغريمه قهراً لزمه اعادته أو أداء ما عليه﴾
ان أمكن، كما في الدين دون القصاص ونحوه مطلقاً، أو بعد تعذر الاحضار على المختار في الكفيل، والمخلص بحكمه ، لكن هنا حيث يؤخذ منه المال لارجوع له على الغريم اذا لم يأمره بدفعه عنه .

﴿ولو كان﴾ الغريم ﴿قاتلاً﴾ عمداً كان أوشبهه ﴿أعاده أو دفع الدية﴾ ولا يقتص عنه في العمد .

ثم ان استمر القاتل هارباً ذهب المال على المخلص . وان تمكن ولي المقتول منه في العمد وجب عليه رد الدية على الغارم وان لم يقتص من القاتل .

ولو كان تخليصه الغريم من يد كفيله وتعذر استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذ الحق من الكفيل ، كان له الرجوع على الذي خلصه من يد المستحق .

﴿وتبطل الكفالة بموت المكفول﴾ قبل احضاره بلاخلاف، الا اذا كان الغرض من الكفالة احضاره للشهادة على عينه، ليحكم عليه باتلافه أو المعاملة له اذا كان قد شهد عليه من لا يعرف نسبه بل شهد على صورته، فيجب احضاره ميتاً حيث يمكن الشهادة عليه، بأن لا يكون قد تغير بحيث لا يعرف . ولا فرق حينئذ بين كونه قد دفن أم لا كذا قيل ، وفيه على اطلاقه اشكال، ولكنه أحوط .

(كتاب الصلح)

﴿وهو مشروع﴾ في الاصل ﴿لقطع المنازعة﴾ المتحققة أو المتوقعة .
ولا يشترط فيه عندنا سبق خصومة، فلو وقع ابتداءً على عين بعوض معلوم ،
صح وأفاد نقل كل من العوضين ، كما في البيع .

﴿ويجوز مع الاقرار﴾ من المدعى عليه بالدين ﴿والانكار﴾ له .
ثم ان كان المدعي محققاً، استباح مادفع اليه المنكر صلحاً، والافه وحرام باطلاً
عيناً كان أم ديناً، حتى لو صالح عن العين بمال فهي بأجمعها حرام ، ولا يستثنى له
منها مقدار مادفع اليه من العوض .

نعم لو استندت الدعوى الى قرينة، كما او وجد بخط مورثه أن له حقاً على
أحد، فأنكر وصالحه على اسقاطها بمال، فالمنتهج صحة الصلح. ومثله ما لو توجهت
الدعوى بالتهمة ، لان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطه .

﴿الاماحرم حلالاً أو حلال حراماً﴾ فلا يصح اتفاقاً .

﴿ويصح﴾ الصلح ﴿مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه ، ومع
جهالتهما﴾ به مطلقاً ﴿دينياً﴾ كان ما ﴿تنازعا﴾ فيه ﴿أو عيناً﴾ ارنأ كان أو غيره .

واطلاق النص^(١) والستن يشمل صور كون المتنازع فيه مما يتعذر معرفتهما له مطلقاً، أو لا يمكن معرفته في الحال، أم لا لعدم مكيال أو ميزان ونحوهما من أسباب المعرفة، ولا خلاف في الأولى ولا اشكال، وكذا في الثالثة عند جماعة، لتعذر العلم به في الحال، مع اقتضاء الضرورة ومساس الحاجة لوقوعه والضرر بتأخيرها، وانحصار الطريق في نقله فيه .

ومن هذا القبيل أيضاً الصلح على نصيب، من ميراث، أو عين يتعذر العلم بقدره في الحال، مع امكان الرجوع في وقت آخر الى عالم به، مع مسيس الحاجة الى نقله في الحال، ويشكل في الثانية، والاحوط فيها المنع، وفقاً لجماعة. ولو اختص الجهل بأحدهما، فان كان المستحق لم يصح الصلح في نفس الامر، الا أن يعلمه الآخر بالقدر، أو كان المصطلح به بقدر الحق مع كونه غير متعين ويصح في الظاهر الا أن ينكشف الامر بعد الصلح، بحيث يعلم مقدار الحق وزيادته على ماصالح عليه بالبيينة، أو اعتراف من عليه الحق بذلك، فيتجه بطلانه ظاهراً وباطناً .

هذا اذا لم يكن من له الحق قدرضي بالصلح بالاكل باطناً، أما لورضي به كذلك كان صحيحاً مطلقاً، وفقاً لجماعة فلا يجوز للمستحق حينئذ أخذ ما زاد عن مال الصلح وان علم الزيادة . وان كان الغريم وأراد التخلص عن الحق، فان كان ما دفعه عنه بقدره أو دونه جاز اجماعاً، وكذا اذا كان زائداً عليه مع رضا الغريم به باطناً، وأما مع عدمه فلا يصح باطناً .

﴿وهو﴾ عقد ﴿لازم من طرفيه﴾ مستقل بنفسه مطلقاً على الاقوى، ﴿و﴾ لا ﴿يطل﴾ الا ﴿بالتقابل﴾ .

﴿ولو اوصلح الشريكان على أن﴾ يكون ﴿الخسران على أحدهما والربح له ، وللآخر رأس ماله﴾ خاصة ﴿صح﴾ بلاخلاف ولااشكال، اذا كان ذلك بعد انقضاء الشركة واردة فسخها، فتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة والخسران على من هو عليه بمنزلة الابرء. وأما اذا كان ذلك في عقد الشركة أو بعده ولم يرد القسمة ففيه خلاف واشكال، والاقوى عدم الصحة وفقاً لجماعة .

﴿ولو كان بيد اثنين درهمان، فقال أحدهما: هما لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك﴾ ولاينة لهما ﴿فلمدعي الكل درهم ونصف وللآخر ما بقي﴾ .
 واطلاق النص^(١) والمتن يشمل صورتني دعوى الثاني للدرهم معيناً ومشاعاً وكذا وقوع القسمة بعد حلف كل منهما على استحقاقه النصف الذي يأخذه أو قبله وهو الاقوى .

واذا كانا بيد أحدهما أو ثالث، حكم بهما الذي اليد مع الحلف على عدم استحقاق الآخر، فان كان مدعي الدرهمين كاناه، مع حلفه للآخر على عدم استحقاقه شيئاً، وكذا ان كان مدعي الدرهم، لكن يردّ درهماً ويحلف على عدم استحقاق الآخر الدرهم الثاني. وان كان ثالثاً فكهما ان كذبهما، فيحلف لهما ويقرفي يده الدرهمان وكأحدهما ان أقر له وصدقه.

﴿وكذا لو أودعه انسان درهمين وآخر درهماً، فامتزجت﴾ الدراهم ﴿لأعن تفريط﴾ من الودعي ﴿وتلف واحد﴾ منها ، ولم يعلم من أيهما بينة ولا باقرار ﴿فأصاحب الاثنين درهم ونصف، وللآخر ما بقي﴾ على المشهور بين الاصحاب للخبر^(٢) المنجبر بعلهم، ولولاه لكان المتجه الرجوع الى القرعة .
 واحترز بالزوج لأعن تفريط عما لو كان بتفريط، فان الودعي يضمن الناف،

(١) وسائل الشيعه ١٣/١٦٩ ، ب ٩ .

(٢) وسائل الشيعه ١٣/١٧١ ، ب ١٢ .

فيضم اليهما ويقتسمانها من غير نقص، وقد يقع مع ذلك التعاسر على العين فيتجه القرعة .

ولو كان بدل الدرهم مالا يمتزج أجزاؤه، بحيث لا يتميز وهما متساويان كالحنطة والشعير، وكان لأحدهما قفيزان مثلاً وللآخر قفيز، وتلف قفيز بعد امتزاجها بغير تفريط، فالتلف على نسبة المالين وكذا الباقي، فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلاث وللآخر ثلثا قفيز. والفرق أن الذاهب هنا عليهما معاً، بخلاف الدرهم فإنه مختص بأحدهما قطعاً .

﴿ولو كان لواحد ثوب﴾ اشتراه ﴿بعشرين درهماً، وللآخر ثوب﴾ اشتراه ﴿بثلاثين درهماً، فاشتبهما، فإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه، والآخر يتخير بل تعاسرا﴾ بيعا وقسم الثمن بينهما أخماساً ﴿ويعطى﴾ صاحب الثلاثين ثلثه والآخر اثنين ﴿على الأشهر لاظهر، للخبر^(١) المنجبر بالعمل، ولولاه لاتجه القول بالقرعة، كما هو المعمول في غير مورد المتن والنص من الثياب المتعددة والاثمان والامتنعة. ﴿واذا ظهر استحقاق أحد العوضين﴾ للغير، أو عدم صحة تملكه ونحوه ﴿بطل الصلح﴾ ان كان معيناً في العقد وصح واستحقq البذل اذا كان مطلقاً كالبيع . ولو ظهر فيه عيب فله الفسخ دفعاً للضرر، وفي تخيره بينه وبين الارش اشكال والاصل يقتضي العدم .

ولو ظهر غبن لا يتسامح بمثله، ففي ثبوت الخيار وجهان، أجودهما : نعم .

(كتاب الشركة)

بكسر الشين وسكون الراء وفتحها وكسرها .

﴿وهي﴾ تطلق على معنيين : أحدهما : ﴿اجتماع حق الكين فاعداً في الشيء﴾ الواحد ﴿على سبيل الشيع﴾ .

وثانيهما : عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشيع .

وهذا هو الذي يندرج به الشركة في جملة العقود، ويحققه الحكم بالهبة والبطلان دون الاول .

﴿ولا﴾ لا ﴿تصح﴾ الشركة في الاموال الا ﴿مع امتزاج المالين المتجانسين على وجه لا يمتاز أحدهما عن الآخر﴾ بأن يتفقا في الوصف زيادة على الاتفاق في الجنسية ، فلولم يمتزجا أو امتزجا بحيث يمكن التمييز وان عسر كالحنطة والشعير، أو الحمراء من الحنطة بغيرها، أو الكبيرة الحب بالصغيرة ونحو ذلك، فلا اشتراك .

ولافرق في الامتزاج بين وقوعه اختياراً أو اتفاقاً، ولا في المالين بين كونها من الاثمان أو العروض اجماعاً من الالة في الاثمان، ومن الاصحاب في العروض

ولافي العروض بين ذوات القيم منها والامثال على الاقوى، وعن ظاهر التذكرة
الاجماع .

ومتى تحققت الشركة في ذوات القيم منها، فان علم قيمة ما لكل واحد منهما،
كان الاشتراك على نسبة القيمة، والا فالاقوى الرجوع الى الصالح، الامع التعاسر
فيمكن الحكم بالتساوي .

ولو قلنا بمنع الشركة في القيمي بالمزج، فطريق التخليص من المنع
والحيلة لتحصيل الشركة فيه وفي المثلي حيث لا يقبل الشركة بالمزج بتغاير
الجنس أو الوصف: أن يبيع كل منهما حصته ممافي يده بحصته ممافي يدا الآخر
أو يتواها بالحصص، أو يبيع حصته بثلث من معين من الآخر، ويشترى حصة الآخر
بذلك الثمن، أو غير ذلك من الحيل .

وهذه الشركة حيث كانت على جهة الاختيار وقصد التجارة هي الشركة العنانية
وصحتها مجمع عليها بين المسلمين كافة .

﴿ولا ينقد﴾ عندنا ما عداها من الشركة ﴿بالابدان والاعمال﴾ بأن يتعاقدا
على أن يعمل كل منهما بنفسه ويشارك في الحاصل، سواء اتفق عملهما قدراً أو
نوعاً، أم اختلف فيهما أو في أحدهما، وسواء عملا في مال مملوك أو في تحصيل
مباح .

﴿ولو اشتركا كذلك﴾ فحصولا ﴿كان لكل واحد﴾ ما حصل وهو ﴿أجرة
عمله﴾ ان تميز أحد المحصولين عن الآخر، والا فالحاصل لهما ويصطلحان .
﴿وكذلك﴾ للأصل لشركة الوجوه ﴿وهي﴾ : أن يشتركا وجيهان لآمال
لهما بعقد لفظي لبيتاعا في الذمة، على أن ما يبتاعه كل منهما يكون بينهما، فيبيعان
ويؤديان الاثمان وما فضل فهو بينهما .

أو أن يتناع وجيه في الذمة ويفوض بيعه الى خامل^(١)، على أن يكون الربح بينهما .

أو أن يشترك وجيه لآمال له وخامل ذومال، ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل، ويكون المال في يده لا يسلمه الى الوجيه والربح بينهما .
أو أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون بعضه له .

﴿و﴾ لا ﴿المفاوضة﴾ وهي : أن يشترك شخصان فصاعداً بعقد لفظي على أن يكون بينهما ما يكتسبان ويربحان وباتزمان من غرم ويحصل لهما من غنم ، فيلتزم كل منهما للآخر مثل ما يلتزمه من أرض جنائبة وضمان غصب وقيمة متلف وغرامة ضمان وكفالة؛ ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث أو يجده من لقطة وركاز^(٢) ويكتسبه في تجارة ونحو ذلك؟ ولا يستثنيان من ذلك الا قوت يوم وثياب بدن وجارية يتسري بها .

وهذه الثلاثة بمعانيها باطلة باجماعنا، فلكل منهما ما اكتسبه ليس الآخر منه شيء الا برضاه باطناً لا ظاهراً ، بتوهم صحة الشركة ، فإنه لا يفيد شيئاً حتى الاباحة .

نعم لو علما بالفساد وتشاركا جاز التناول، لأن لهما الرجوع مادامت العين باقية، ومع ذلك ليست الاباحة من جهة الشركة .

﴿واذا﴾ تشاركا شركة العنان و﴿تساوى المالان في القدر فالربح بينهما سواء، ولو تفاوتتا﴾ فيه ﴿فالربح كذلك﴾ أي متفاوت بحسب تفاوت المالين، فالزائد منه ارب الزائد منهما .

﴿وكذلك الخسران﴾ يوزع على المتشاركين ﴿بالنسبة﴾ الى ما ليهما ،

(١) الخامل من الرجال : الساقط لآباهة له .

(٢) الركاز : ما ركزه الله، أي أحدثه ودقته في المعادن من ذهب أوفضة وغيرهما .

فيتساويا مع التساوي، وبالنسبة مع التفاوت .

ولافرق في المقامين بين تساويهما في العمل وتفاوتهما فيه قالة وكثرة ،
فيتساويان في الربح والخسران في الاول، ويختلفان فيهما بنسبة اختلاف المالين
في الثاني مطلقا، وفي ظاهر المسالك عليه اتفاقنا .

﴿واو شرط أحدهما في الربح زيادة﴾ عما يستحقه بنسبة ماله ﴿فلا شبه﴾
الاشهر ﴿أن الشرط لا يلزم﴾ وفي الغنية الاجماع . ويقابل الاشهر القول بأنه
يلزم، وعليه المرتضى مدعياً عليه الاجماع، وهو عارض بأجود منه، وبه يخصص
عموم الامر بالوفاء .

وعلى المختار فهل يختص البطلان بالشرط أم يعم الشركة بمعنى الاذن
في التصرف؟ الاجود الثاني، وفقاً لجماعة ، خلافاً لظاهر العبارة وجماعة ، فان
عملاً كذلك فالربح تابع للمال وان خالف الشرط، ويكون اكل منهما أجرة عمله
بعد وضع ما قبله في ماله .

هذا ان اشترك في العمل وتساويا فيه ، وأما لو كان العامل أحدهما وشرط له
الزيادة، صح بلا خلاف فيه ولا في الصحة ، لو كان لصاحب الزيادة زيادة عمل ،
كما حكاها جماعة ، واكن الاول بالقراض أشبه ، لاعتبار العمل من الجانبين في
الشركة .

﴿ومع الامتزاج ليس لاحد الشركاء التصرف﴾ في المال المشترك ﴿الا
مع الاذن من الباقيين﴾ .

وهذا الحكم جار في مطلق الشركة حتى بالمعنى الاول ، وسواء كان سببها
المزج أو غيره، باختيارهما كانت أم بدونها، فان الاذن في التصرف أمر زائد على مفهوم
الشركة بهذا المعنى .

﴿و﴾ يجب أن ﴿يقتصر﴾ المأذون ﴿في التصرف على ما يتناوله الاذن﴾

فلا يجوز له التعدي ويضمن معه .

﴿ولو كان الاذن﴾ له في التصرف في التجارة ﴿مطلقاً﴾ غير مقيد بنوع خاص منه ﴿صح﴾ تصرفه كذلك، بأي نوع شاء من أنواع التجارة وما فيه مصلحة الشركة من البيع والشراء، مباحة ومساومة وتولية ومواضعة حيث تقتضيها المصلحة ، وقبض الثمن واقباض الثمن والحوالة والاحتيايل والرد بالعيب ونحو ذلك، كما في الوكيل المطلق .

ولا يجوز له اقراض شيء من المال الامع المصلحة ، ولا المحاببات في البيع ولا المضاربة عليه ، لان ذلك ليس من توابع التجارة فلا يتناول الاطلاق .

﴿ولو شرط﴾ في التصرف ﴿الاجتماع﴾ أي اجتماع الاذن أو غيره مع المأذون في التصرف ﴿لزم﴾ الشرط ، اقتصاراً على مورد الاذن .

﴿وهي﴾ أي الشركة بالمعنى الاول ﴿جائزة من الطرفين . وكذا﴾ الشركة بالمعنى الثاني الممتاز عن الاول، مع اشتراكه له في الاصل بتضمنه ﴿الاذن في التصرف﴾ فلكل منهما فسخها بغيره ومطالبة القسمة والامتناع عن التصرف المأذون فيه بالكلية أوفي الجملة .

﴿وليس لاحد الشركاء الامتناع من القسمة عند المطالبة﴾ أي مطالبة غيره اياها، بل تجب عليه، ومع امتناعه فللحاكم اجبارة عليها ﴿الآن يتضمن﴾ القسمة ﴿ضرراً﴾ على الممتنع أو عليهما، فلا يجبر عليها في المقامين مطلقاً، الا اذا حصل المطالب ضرر من غير جهة القسمة ، أو كان ضرره أقوى ، ويقرر مع التساوي .

ويلحق بالضرر المانع عن الجبر ، اشتغال القسمة على الرد ، لانه معاوضة محضة تستدعي التراضي من الطرفين، وتسمى «قسمة تراض» وما فيه الجبر «قسمة اجبار» ويتحقق الضرر الدافع للجبر بنقصان القيمة مطلقاً على الاقوى .

﴿ولا يلزم أحد الشريكين اقامة رأس المال﴾ وانضاضه ، بل لسه المطالبة

بالقسمة قبله مطلقا طلبه الآخر منه أم لا .

﴿ولا ضمان على أحد الشركاء﴾ حيث يتألف المال المشترك ﴿مالم يكن﴾ التلف ﴿بتعد﴾ وهو فعل مالا يجوز فعله في المال ﴿أو تفریط﴾ وهو التقصير في حفظه وما يتم به صلاحه . والقول في التلف قوله مع يمينه ، ولو ادعى شراء شيء لنفسه أولهما حلف وقبل يمينه .

﴿ولا تصح مؤجلة﴾ قيل : أي لا يلزم الاجل فيها ، بل لكل منهما فسخها قبل الاجل .

وانما فائدة التأجيل فيها عدم جواز تصرفهما بعد الاجل ، وظاهره بقاء الشركة بمعنى جواز التصرف بالاذن الى المدة المضروبة ، لأنها فاسدة كما هو ظاهر نحو العبارة .

وهو حسن حيث يظهر أن مرادهما من التأجيل تحديد الاذن الى المدة خاصة والا فلو كان مرادهما منه ازوم الشركة الى المدة ، فالمتوجه ظاهر العبارة من فساد الشركة من أصلها وبطلان الاذن في التصرف المستفاد منها ، لمنافاة التأجيل بهذا المعنى لمقتضاها فتفسدهي أيضاً ، لان الاذن بينهما في التصرف مبني على اشتراطهما للزوم وتوهمهما صحة الشرط ، وحيث فسد فسد المبني عليه .

﴿وتبطل﴾ الشركة بالمعنى الثاني ﴿بالموت﴾ مطلقا ، وكذا بالجنون والحجر لفلاس أوسفه .

﴿وتكره مشاركة الذمي﴾ بل الكافر مطلقا ﴿وابضاع﴾ وهو : أن يدفع اليه مالا لمتجر به لصاحب المال خاصة ﴿وابداع﴾ أي دفع المال اليه ودبعة .

(كتاب المضاربة)

﴿وهي أن يدفع الانسان الى غيره مالا﴾ مخصوصاً ﴿ليعمل فيه بحصة﴾ معينة ﴿من ربحه﴾ من نصف أو ثلث أو نحوهما بحسب ما يشترطانه .
ولو اشترط جميعه للمالك، فهو بضاعة . ولو انعكس ، فقرض ومداينة .
وان لم يشترط شيئاً وكان العمل مماله أجرة في العرف والعادة، فالربح كله للمالك وللعامل أجرة المثل، وكذا لو فسد العقد بفساد بعض شروطه ، كما ذكره جماعة .

﴿و﴾ يجوز ﴿لكل منهما الرجوع﴾ وفسخ العقد ﴿سواء كان المال ناضجاً﴾ منقوداً دراھم ودنانير ﴿أو مشغلاً﴾ بالعروض .
ثم ان كان الفاسخ العامل ولم يظهر ربح، فلا شيء له . وان كان المالك، ضمن للعامل أجرة المثل الى ذلك الوقت ، ويحتمل ضعيفاً العدم . واو ظهر ربح في المقامين فهو على الشرط .

قيل : ومن لوازم جوازها وقوعها بكل لفظ يدل عليه .
وفي اشتراط وقوع قبوله لفظياً أو جوازه بالفعل أيضاً قولان، قوى ثانيهما في

الروضة ^(١) تبعاً للتذكرة ، ويظهر فيها عدم خلاف بيننا فيه ولا في جواز الاكتفاء في طرفي الإيجاب والقبول بكل لفظ .

فان تم اجماعاً والافالاولى خلافهما ، اقتصاراً فيما خالف الاصل الدال على أن الربح تابع للمال وللعامل أجرة المثل المنطبقة مع ربح تلك المضاربة تارة والمتخلفة عنها اخرى على المتيقن ، ولعله لذا اعتبر فيها التواصل بين الايجابين والتنجز وعدم التعليق على شرط أوصفة .

﴿ولا يلزم فيها اشتراط الاجل﴾ اما بمعنى أنه لا يجب أن يشترط فيها الاجل ، بل يجوز مطلقة عنه . أو بمعنى أن الاجل اذا شرط فيها فهو غير لازم ، بل يجوز لكل منهما الرجوع فيه كما في أصله . وكلا المعنيين صحيحان .

وفي التعبير بعدم اللزوم حيث يراد من العبارة ثانيهما ، اشارة الى ثبوت الصحة .

والوجه فيه أنه يثمر المنع من التصرف بعد الاجل الا باذن جديد ، وكذلك لو أجل بعض التصرفات ، كالبيع والشراء خاصة ، أو نوعاً خاصاً من التجارة ، ولا كذلك اشتراط لزومها الى أجل أو مطلقاً ، فانه باطل ومبطل لها على الاشهر الاقوى .

﴿و﴾ يجب على العامل أن ﴿يقتصر﴾ في التجارة ﴿على ما عين له﴾ المالك ﴿من التصرف﴾ بحسب نوعها ومكانها ، ومن يشتري منه أو يبيع عليه أو غير ذلك .

﴿ولو أطلق﴾ له الاذن ﴿تصرف في الاستمراء﴾ والاسترباح ﴿كيف شاء﴾ من وجوه التصرفات ، ولو بغير نقد البلد وضمن المثل بشرط المصلحة ، وفاقاً لجماعة أو التصريح بهما ان لم يتضمن الاذن بذلك سفاة ، والا فيفسد أصل المضاربة .

ويتولي ما اعتيد تولي المالك له بنفسه، من عرض القماش، ونشره، وطيه ، واحرازه، وبيعه وشرائه، وقبض ثمنه وايداعه الصندوق ، ونحو ذلك، ولاأجرة له على مثل هذه الاعمال .

ولو استأجر عليها وما جرت العادة باستيجاره عليه، كالدلالة عليه ، والحمل والكيل والوزن ، ونقل الامتعة الثقيلة التي لم تجر عادة التجار بمباشرتهم لها بأنفسهم بحسب حال تلك التجارة من ذلك التاجر ، جاز له الاستيجار عليه .

ولو عمل بنفسه، لم يستحق أجرة بحسب ما يقتضيه اطلاق كلامهم ، لكن لو قعد بالعمل الاجرة كما يأخذ غيره أو أقل، وقلنا بجواز أن يستأجر الوكيل في الاستيجار نفسه، لم يبعد القول باستحقاقه الاجرة سيما في الاول للاووية .

﴿ويشترط﴾ في صحتها ﴿كون الربح مشتركاً﴾ بينهما والوضعية على المال اجماعاً فنوى ونصاً^(١)، ولانه لو اختص الربح بأحدهما كان بضاعة أو قرصاً كما مضى لكن ذلك اذا لم يكن الدفع بصيغة المضاربة، والا فيحتملها وعدمهما، وعلى الثاني يكون الربح كله للمالك وللعامل أجرة المثل حيث تعادله عرفاً، وكذا على الاول في صورة البضاعة، لكن لأجرة للعامل مطلقاً، وعليه في الصورة الثانية يكون الربح كله للعامل وللمالك رأس المال اتفاقاً .

﴿ويثبت للعامل ما شرط له﴾ المالك ﴿من الربح﴾ من النصف أو الثلث أو نحوهما ﴿ما لم يستغفره﴾ على الاشهر الاقوى .

﴿وقيل : للعامل أجرة المثل﴾ والربح كله للمالك ، والقائل الشيخ في النهاية^(٢) وجماعة ، وحجتهم ضعيفة اجتهدات في مقابلة النص غير مسموعة .

﴿و﴾ يجوز أن ﴿ينفق العامل في السفر﴾ الذي يعمل فيه للتجارة ﴿من أصل

(١) وسائل الشريعة ١٣/ ١٨١ ، ٢٢٠ .

(٢) النهاية ص ٢٨٤ .

المال كمال النفقة المحتاج اليها فيه ، من مأكول وملبوس ومشروب ومركوب وآلات ذلك ، كالقربة والجوابيق ونحوها ، وأجرة المسكن ونحو ذلك ، على الاظهر الاشهر ، وعن الخلاف الاجماع .

وقيل : بل الزائد عن نفقة الحضر خاصة ، وهو أحوط ، وأحوط منه عدم الانفاق منه مطلقا ، كما في قول آخر .

وحيث قلنا بجواز الانفاق ، وجب عليه أن يراعى فيها ما يليق به عادة مقتصداً فان أسرف حسب عليه ، وإن اقتصر لم يحسب له .

وإذا عاين السفر فما بقي من أعيانها - ولو من الزاد - وجب رده الى التجارة أو تركه ، الى أن يسافر إن كان ممن يعود اليه قبل فساده .

ثم إن القول بجواز الانفاق مخصوص بـ ﴿ ما ﴾ إذا ﴿ لم يشترط ﴾ عدمه ولو شرطه لزم ، ولو اذن بعده فهو تبرع ، ولو شرطه فهو تأكيد ، الآن يزيد المشترط على ماله انفاقه ، ويشترط حينئذ تعيينه اثلاً تجهل الشرط ، بخلاف ما ثبت بأصل الشرع .

ولا يعتبر في ثبوته حصول الربح ، بل ينفق ولو من الاصل ، لاطلاق الفتوى والنص ومقتضاها الانفاق من الاصل ولو مع حصول الربح ، ولكن ذكر جماعة انفاقها منه دون الاصل ، وعليه فلتقدم على حصته ومؤنة المرض في السفر ، وكذا المدة التي لم يشتغل فيها بالتجارة على العامل ، وكذا سفر لم يؤذن فيه وإن استحق الحصة .

والمراد بالسفر العرفي لا الشرعي ، فينفق من الاصل وإن فقد شرائط القصر ، الآن يخرج عن اسم المسافر في العرف ، أو يزيد عما يحتاج التجارة اليه ، فينفق من ماله الى أن يصدق الوصف .

ولو كان لنفسه أو لغيره غير هذا المال ، فالوجه التيسيط . وقيل : انه لانفقة على

مال المضاربة حينئذ ، وهو أحوط .

وعلى الاول فهل هو على نسبة المالكين أو العاملين؟ فيه وجهان .

﴿و﴾ لما كان المقصود من عقد المضاربة أن يكون ربح المال بينهما، وجب أن ﴿لا يشتري العامل الابعين المال﴾ .

﴿و﴾ عليه ف﴿لو اشترى في الذمة وقع الشراء له والربح له﴾ ظاهر أو باطناً ان عين ذمته أو أطلق ولم يعين ذمة، وللمالك ان عين ذمته لفضاً مع اذنه سابقاً أو لاحقاً والابطال بالاضافة اليه .

وفي حكم بعض هذه الصور اشكال أشرنا الى وجهه في الشرح الكبير^(١) .
ولو أذن له المالك في الشراء في ذمته تعلق به ما يستعقبه من تعلق عهدة الثمن بذمته ، ووجوب أدائه عليه دون العامل ، بقي مال المضاربة أم لا . وعليه يكون المبيع مالا للمضاربة ان أدى الثمن من مالها ، وفافاً لجماعة . قيل : وفيه أقوال آخر .

﴿و لو أمره بالسفر الى جهة﴾ معينة ﴿فقصد غيرها ضمن﴾ مع التالف اجماعاً .

﴿و لو ربح كان الربح بينهما على حسب ما شرطاً﴾ من نصف أو ثلث أو غيرهما .

﴿وكذا لو أمره بابتاع شيء﴾ معين ﴿فعدل الى غيره﴾ ضمن مع التالف .
ولو ربح كان بينهما، ولا اشكال في الحكم الاول، ويشكل في الثاني ، لمخالفته الاصول لكنها مخصصة بالاجماع الظاهر والنصوص^(٢) .

وقيل : وموردها ما في العبارة ، ويتعدى منه الى غيره من أنواع التصرفات

(١) رياض المسائل ٦٠٧/١ .

(٢) وسائل الشريعة ١٨٢/١٣ ، ح ٨٠ .

التي نهى عنها المالك بالاضافة الى الحكم الاول قطعاً، ولابالاضافة الى الثاني ، بل تقف على الاجازة فتبطل مع عدمها، والربح كله للمالك وليس للعامل شيء ، اقتصاراً فيما خالف الاصل على مورد النص، والاقوى التعدية الى الحكم الثاني أيضاً ، أخذاً بعموم جملة من الصحاح^(١).

﴿وبموت كل واحد منهما تبطل المضاربة﴾ وكذا بكل ما يوجب الخروج عن أهلية التصرف ، كالبجنون والاغماء والحجر عليه لفسه .

ثم ان كان الميت المالك وكان المال ناضباً لاربح فيه، أخذه الوارث ، وان حصل فيه ربح اقتسماه بالشرط ، ويقدم حصة العامل على جميع الغرماء . وان كان المال عرضاً فللعامل بيعه مع رجاء الربح، لكن مع اذن الوارث أو وليه لامطلقاً وان قيل به . وأما مع عدم الرجاء فلا بدون الاذن اتفاقاً ، وللوارث الزامه بالانضاض ان شاء مطلقاً .

وان كان العامل، فان كان المال ناضباً ولاربح أخذه المالك، وان كان فيه ربح دفع الى الورثة حصتهم منه .

ولو كان هناك متاع واحتيج الى بيعه ، فان أذن المالك للوارث جاز ، والا نصب الحاكم له أميناً يبيعه، فان ظهر فيه ربح دفع حصة الوارث اليه، والا سلم الثمن الى المالك .

وحيث حكم ببطلان المضاربة بالموت وأريد تجديدها مع وارث أحدهما ، اشترط في الثانية ما اشترط في الاولى .

﴿ويشترط في مال المضاربة أن يكون عيناً﴾ فلا يجوز ديناً كما يأتي ﴿دنانير أو دراهم﴾ اجمالاً، ﴿و﴾ عليه فـ ﴿لا تصح بالعروض﴾ ولا الفلوس ولا غيرها حتى النقرة على الاقوى .

﴿ولو قوم عروضاً وشرط للعامل حصة من الربح﴾ فسد المضاربة لفقد شرطها
و﴿كان الربح للمالك وللعامل الاجرة﴾ كما في كل مضاربة فاسدة .

﴿و﴾ يشترط فيه أيضاً كونه معلوم القدر على الاشهر الاقوى فـ ﴿لانكفي
مشاهدة رأس مال المضاربة مالم يكن معلوم القدر، وفيه قول بالجواز﴾ معها
منقول عن المرتضى، وهو ضعيف، وأضعف منه الاكتفاء بالجزاف وان حكاه في
المختايف عن الشيخ وقواه .

﴿ولو اختلفا في قدر رأس المال﴾ فادعى العامل النقصان والمالك الزيادة ولا
بينه اهـ ﴿فالقول قول العامل مع يمينه﴾ ان لم يرجع الاختلاف في مقدار الربح
الحاصل، والا فالقول قول المالك، لتبعية النماء للمالك، فجميعه اهـ الا ما أقر به
للعامل .

﴿وبمالك العامل نصيبه من الربح بـ﴾ مجرد ﴿ظهوره وان لم ينض﴾ على
المشهور بين الاصحاب، بل لا يكاد يتحقق فيه بيننا خلاف . وللعمامة فيه أقوال .
وعلى مذهبننا ليس المالك على قرار، لان الربح وقاية لرأس المال، فلا بد
للاستقرار من انضاض المال أجمع، أو بقدر رأس المال مع الفسخ أو القسمة أو
لامعهما على قول، وبدونه يجبر ما يقع في التجارة من تلف أو خسران .
ولافرق في ذلك بين كون الربح والخسران في مرة واحدة أو مرتين، وفي
صفقة أو اثنتين، وفي سفرة أو سفرات .

﴿ولا خسران على العامل﴾ حيث يقع ﴿الا﴾ أن يكون ﴿عن تعد﴾ منه
﴿أو تفريط﴾ .

﴿وقوله﴾ أي العامل ﴿مقبول في﴾ دعوى ﴿التلف﴾ مطلقاً بأمر ظاهر كان
كالحرق أو خفي كالسرقة، أمكنه اقامة البينة عليه أم لا، لانه أمين بلاخلاف فيه ولا في
قبول قوله في دعوى عدم التفريط والخسارة ورأس المال، كما مر .

﴿ولا يقبل﴾ قوله ﴿في الرد﴾ أي رد المال ﴿الابينة على الاشبه﴾ الاشهر،
وبقائه قول الشيخ في المبسوط يقبل قوله دون المالك . وفيه ضعف .

﴿ولو اشترى العامل أباه فظهر فيه ربح عتق نصيب العامل من الربح وسعى
العبد في﴾ أداء ﴿باقي ثمنه﴾ للمالك، بالنص^(١) والاجماع، واطلاقهما يشمل صور
يسار العامل واعساره، وظهور الربح حال الشراء وعقبه .

وربما فصل بين الصور بوجوه تخريجه لانعراض النص ، ومورده صورة
جهل العامل بأن العبد أبوه، وعليه فلو علم بأبوته حين الشراء، وجب القطع بفساد
البيع وبطلانه، لمنافاته لمقصود القراض، لأن يأذن المالك فيه ، فلا بأس به . لكن
هذا التفصيل غير ظاهر من الفتاوى والاجماع المحكي .

﴿ومتى فسخ المالك المضاربة﴾ قبل العمل أو بعده مطلقاً، كان المال ناضباً أم لا
حاصل فيه ربح أم لا ﴿صح وكان للعامل أجرته الى ذلك الوقت﴾ الذي وقع فيه الفسخ
ان لم يكن ظهر ربح ، والا فله حصته منه .

هذا اذا وقع الفسخ بعد العمل ، وأما اذا وقع قبله فليس للعامل فيه شيء .
وربما يستشكل في الحكم بالاجرة على تقدير عدم ظهور الربح، ولعله في محله
ان لم ينعقد الاجماع على خلافه .

ومتى فسخ العامل أوهما معاً ، فان ظهر ربح أخذ الحصة ، والا فلا أجره
له ولو عمل ، خلافاً للتذكرة فأثبتها له معه، ولا وجه له سيما ان قلنا بنفي الاجرة له
في المسألة السابقة .

﴿ولو ضمن صاحب المال العامل﴾ أي جعله ضامناً لمال المضاربة متى تلف
انفسخت و ﴿صار الربح له﴾ أي للعامل، للمعتبرة^(٢)، واطلاقها يشمل صورتين
قصد هما القرض أو المضاربة .

(١) وسائل الشريعة ١٣/١٨٨ ، ب ٨ .

(٢) وسائل الشريعة ١٣/١٨٦ ، ب ٤ .

﴿ولا يبطأ المضارب﴾ بكسر الراء وهو العامل ﴿جارية﴾ اشترت بمال ﴿القراض﴾ اجماعاً اذا لم يكن اذن له في وطئها ﴿و﴾ كذا ﴿لو كان المالك اذن له﴾ فيه مطلقاً، سابقاً على الشراء أولاًحفاً، مع ظهور الربح على الاشهر الاحوط، وان كان القول بالجواز في الصورة الثانية لعله أقوى .

﴿وفيه﴾ أي في وطئها بالاذن السابق ﴿رواية^(١) بالجواز﴾ هي مع قصورها سنداً ودلالة ﴿متروكة﴾ مهجورة، لتضمنها جواز الوطي بمجرد اذن المالك في شرائها وكونها معه، وهو أعم من تحليله الوطي ولادلالة للعام على الخاص بالبدية مع عدم فتوى أحد بها عدا الشيخ في النهاية ، ولم يوافقه أحد ممن بعده بل ومن قبله .

وهنا صورة ثالثة هي: الاذن في الوطي بعد الشراء مع عدم ظهور ربح أصلاً وحكمها الجواز عند جماعة مطلقاً، وينبغي القطع به مع القطع بالعدم، وبشكل مع عدم القطع به واحتمال ظهوره ان قلنا بالمنع في صورته ، وان كان الجواز كما قالوه لعله أولى .

﴿ولاتصح المضاربة بالدين حتى يقبض﴾ بلاخلاف، وفي التذكرة الاجماع ومثله مالو اذن للمعامل في قبضه من الغريم، فانه لا يخرج بذلك عن وقوع المضاربة بالدين ، الا أن يجده عقدها بعد القبض .

﴿ولو كان في يده﴾ أموال ﴿مضاربة﴾ لمتعديين ﴿فمات ، فان﴾ كان ﴿عينها لواحد﴾ منهم ﴿بعينه أو عرفت﴾ له ﴿منفردة﴾ بالقرائن المفيدة للعلم فلا بحث ﴿والاتخاص فيه﴾ في المجتمع من أموال المضاربة ﴿الغرماء﴾ وأرباب الاموال على نسبة أموالهم .

هذا اذا كانت مجتمعة في يده على حدة ، أما اذا كانت متمزجة مع جملة

ماله مع العلم بكونه موجوداً قيل: فالغرماء بالنسبة الى جميع التركة كالشريك
ان وسعت التركة أموالهم أخذوها، وان قصرت تحاصوا . ويشكل بتوقف ذلك
على معرفة مال الميت ومعلومية نسبته بالاضافة الى أموالهم. ولو جهل أشكال الحكم
في ضربهم معهم في التحاص .

ثم كل ذا مسح العلم ببقاء أموال المضاربة ، وأما مع الجهل به واحتمال
تلفها، يحكم بكون التركة ميراثاً، عملاً بظاهر اليد . والوجه الحكم بعدم ضمانه
لاموال المضاربة ، عملاً بالاصل وكون يده امانة ، فلعلها تلفت بغير تفريط منه
فلا ضمان.

(كتاب المزارعة والمساقاة)

احكام المزارعة :

﴿أما المزارعة، فهي﴾ لغة مفاعلة من الزرع، وهي تقتضي وقوعه منهما، لكنها في الشرع صارت ﴿معاملة على الارض بحصة﴾ معينة ﴿من حاصلها﴾ سواء كان كل من البذر والعوامل للمالك، أو العامل، أو مشتركاً. وسواء كان كل من العمل والارض مختصاً بأحدهما ، أو مشتركاً بينهما .

ويعتبر فيها الصيغة، وهي من العقود اللازمة، فالاحوط بل الاجود اعتبار الماضوية والقبول اللفظي ، وسائر ما يعتبر في العقود اللازمة هنا .

﴿وتلزم المتعاقدين ، لكن لو تقايلا﴾ وتفاسخا ﴿صح﴾ الفسخ^(١) وجاز ﴿ولا تبطل بالموت﴾ ولا بالبيع ، فان مات المالك أتم العمل العامل ، وان مات العامل قام وارثه مقامه، والا استأجر الحاكم من ماله أو من حصته من يقوم به، الا اذا شرط على العامل أن يعمل بنفسه ومات قبل ظهور الثمرة، فتبطل حينئذ بموته ، ولا كذلك اذا كان بعده .

﴿وشروطها ثلاثة :﴾

(١) كذا في « خ » وفي « ن » : العقد .

أحدهما : ﴿أن يكون النماء مشاعاً﴾ بينهما ﴿تساوياً فيه أم تفاضلاً﴾ فلو شرط لاحدهما شيء معين وان كان البذر وللآخر الباقي أو لهما بطل ، سواء كان الغالب أن يخرج منها ما يزيد على المشروط أم لا على الأقوى ، وفي الغنية الإجماع . ولو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه ، مضافاً إلى الحصة من ذهب أو فضة ، صح على الأشهر الأقوى ، بل ظاهر جماعة أنه لا خلاف فيه .

وحيث صح يَكُون قراره مشروطاً بالسلامة ، كاستثناء أرتال معلومة من الثمرة في المبايع .

ولو تلف البعض سقط من الشرط بحسابه ، ويحتمل قوياً أن لا يسقط شيء بذلك ، عملاً باطلاق الشرط ، إلا أن يكون هناك عرف يوجب الصرف فيتبع .
﴿و﴾ ثانيها : ﴿أن تقدر لهامدة معلومة﴾ يدرك فيها الزرع علماً أو ظناً ، فلو لم يعين مدة أو عين أقل من ذلك بطل على الأظهر .

وحيث عينت ومضت والزرع باق لم يدرك لفساد الظن ، كان للمالك إزالته وفيه قول بالعدم مطلقاً ، وآخر به مع عدم الارش ، وأما معه فالاول وهو أحوط وأحوط منه العدم مطلقاً . وعليه ففي استحقاق المالك الأجرة أم العدم قولان أجودهما : الاول .

وأما لو اتفقا على التبقية جاز بعوض وغيره ، إلا أنها مع العوض يفتقر إلى تعيين مدة زائدة كالاجارة .

ولو ترك الزراعة حتى انقضت المدة ، لزمه أجرة المثل مع تمكين المالك له منها كالاجارة ، ولا فرق في ذلك عند الأكثر بين الترك اختياراً وعدمه ، وقيل بالاختصاص بالاول ولا يبعد .

﴿و﴾ ثالثها : ﴿أن تكون الارض مما يمكن الانتفاع بها﴾ في الزراعة المقصودة منها ، أو في نوع منها مع الاطلاق ، بأن يكون لها ماء من بئر أو نهر أو مصنع ، أو يسقيها الفيوث غالباً ، أو الزيادة كالنيل .

والضابط: إمكان الانتفاع بزروعها المقصود منها، فإن لم يمكن بطلت المزارعة وإن رضي العامل .

ولو جمع العقد الشرط ثم فقد في الإثناء ، فهل الصحة باقية وللعامل الخيار بين الفسخ والامضاء أم تبطل ؟ اختيار الفاضلان والشهيدان الاول ، وفيه نظر قالوا : فإن فسخ فعليه من الاجرة بنسبة ما سلف من المدة . وفيه أيضاً نظر . وينبغي أن تكون الارض مملوكة ولو منفعة، كما استفيد من حقيقة المزارعة وصرح جماعة بكفاية الاولوية الحاصلة في الارض الخراجية وبالاحياء ، ان لم نقل بكونه مفيداً للملكية . وفي النصوص ما يدل على جواز تقبيل الاراضي الخراجية للزراعة .

﴿وله﴾ أي للعامل ﴿أن يزرع الارض بنفسه وبغيره ومع غيره﴾ وإن لم يأذن المالك له ، سواء كان ذلك بعنوان التوكيل ، أو الاستئابة ، أو نقل بعض الحصة بعنوان الشركة والمزارعة الثانية .

وقيل : لا يجوز له تسليم الارض الا باذن المالك .

وقيل : انما تجوز مزارعة غيره أو مشاركته له اذا كان البذر منه ، وأما المساقاة فليس للعامل أن يساقه .

وهما أحوط في الجملة ، وإن كان القول بعدم اشتراط كون البذر منه في الجواز لا يخلو عن قوة مع كونه أشهر ، وعليه الاجماع في الغنية .

﴿الا أن يشترط عليه زرعها بنفسه﴾ فلا يجوز له التعدي .

﴿و﴾ كذا له مع اطلاق الزراعة ﴿أن يزرع ماشاء﴾ على الاشهر الاقوى

وفي الغنية الاجماع ﴿الا أن يعين له﴾ المالك شيئاً من الزراعة ، فلا يجوز التعدي عنه ، سواء كان المعين شخصياً كهذا الحب ، أو صنفياً كالحنطة القلانية أم نوعياً .

ولو خالف وزرع الاخر، فالاجود بطلان المزارعة مع انتضاء المدة، وازوم
أجرة المثل عما زرعه . وقيل : بل يتخير المالك بين الفسخ فله الاجرة ، والابقاء
فله المسمى والارش .

وكذا لو خالف وزرع الاقل ضرراً، الاجود فيه البطلان، وقيل : بالصحة فله
المسمى من الحصّة، ولا أُرش ولا خيار لعدم الضرر، وفيه نظر .
﴿وخراج الارض﴾ وأجرتها ﴿على صاحبها﴾ بلاخلاف ﴿الأن يشترطه
على الزارع﴾ كلا أو بعضاً، فيجب عليه مع تعيينه عملاً بالشرط ﴿وكذا لو زاد
السلطان﴾ فيه ﴿زيادة﴾ وطلبها من الزرع وجب على صاحب الزرع دفعها
اليه، للمخبر^(١) .

ويستفاد منه عموم الحكم لكل موضع يشابه الغرض ، كما يتفق كثيراً في
عصرنا من الظلم على سكّنة الدور بمال يكتب عليها لاعليهم، فيؤخذ منهم لامن
أربابها . ولكن فيه قصور سنداً ومتناً، لمخالفته الاصول جداً .
ولو شرط على العامل الخراج كملاً فزاد السلطان فيه زيادة، فهي على صاحب
الارض على الاقوى .

ونحو الخراج المؤنة التي يتوقف عليها العمل ولا يتعلق بنفس العمل ،
والتنمية كاصلاح النهر والحائط واقامة الدولا ب . وبالجمله مالا يتكرر كل سنة ،
فهي كلها على صاحب الارض . وما يتكرر كل سنة ، كالحريث والسقي وآلاتهما
وتنقية النهر وحفظ الزرع وحصاده كله على العامل .

ولو شرط من عليه المؤنة ايها على الاخر كلا أو بعضاً ازم، عملاً بالشرط .
﴿و﴾ يجوز ﴿لصاحب الارض﴾ وكذا الاصول ﴿أن يخرص على
الزارع﴾ بعد انعقاد الحب وظهور الثمرة، بأن يقدر ما يخصه من الحصّة تخميناً

ويقبله به بحب ولو منه بما خرصه منه .

﴿وَالزَّارِعُ بِالْخِيَارِ فِي الْقَبُولِ﴾ ولا يلزمه ﴿فَإِنْ قَبِلَ﴾ لزم ﴿كَانَ﴾ في المشهور بل قيل : لا يكاد يتحقق فيه خلاف ﴿استقراره مشروطاً بسلامة الزرع﴾ والثمرة من الألفه الإلهية .

فلو تلف أجمع فلا شيء على الزارع .

ولو تلف البعض سقط منه بحسابه . ولا نص فيه ولا قاعدة ، فإن كان اجماع ، والافقه كلام مضى الإشارة اليه .

وأما لو أتلفه متلف ضامن ، لم يتغير المعاملة قولاً واحداً وطالب المتقبل المتلف ، ولو زاد فالزائد للمتقبل .

ولو نقص بسبب الخرص ، لم يسقط بسببه شيء ، ويشترط في الخرص بلوغ الزرع .

﴿وَتُبِتْ أَجْرَةُ الْمُثَلِّ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ تَبْطُلُ فِيهِ الْمَزَارَعَةُ﴾ لصاحب الأرض إن كان البذر من الزارع ، والحاصل له إن كان البذر منه وعليه أجره مثل العامل والعوامل والآلات .

ولو كان البذر منهما فالحاصل بينهما ، ولكل منهما على الآخر أجره مثل ما يخصه على نسبة مال الآخر من الحصص .

ولو كان البذر من ثالث ، فالحاصل له وعليه أجره مثل الأرض وباقي الأعمال وآلاتها لصاحبها .

ولافرق في ثبوت الأجرة لمن ليس له البذر على الآخر في مقابلة أرضه أو عمله أن يكون هناك حاصل أم لا .

﴿وَتَكْرَهُ إِجَارَةَ الْأَرْضِ لِلزَّرْعَةِ بِالْحَنْطَةِ أَوْ الشَّعِيرِ﴾ مطلقاً منها كانا أو من غيرها ، زرعت بجنسهما أم لا ، على ما يقتضيه إطلاق العبارة .

ولكن تحقيق المسألة أنه لاختلاف في جواز اجارتها بالطعام من غيرها مع
تغايره لجنس ما تزرع به على كراهية، وكذا مع اتحادهما على الأشهر الأقوى،
خلاقاً للقاضي فحرمها، ولا في حرمتها به منها مع اتحاده لجنس ما تزرع به إلا
من العبارة، وهو مع ندرته حجته غير واضحة .

﴿وأن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به، إلا أن يحدث فيها حدثاً﴾ ولولم
يقابل الزيادة .

﴿أو يؤجرها بغير الجنس الذي استأجرها به﴾ بـالاختلاف في الجواز في
صورتَي الاستثناء، وعلى الأشهر الأقوى في غيرهما، خلاقاً لجماعة من أعيان القدماء
فتحرم، وهو أحوط وأولى .

ثم إن ظاهر الفريقين عدم الفرق في الحكم مطلقاً، بين الأرض وغيرها من
الاعيان المستأجرة، فإن كان اجماعاً كان القول بالكراهة مطلقاً متعيناً، والا .. كما
هو الظاهر .. كان القول بالحرمة في الدار والاجير والحانوت متجهاً كمافي
الشرائع ^(١) .

احكام المساقاة :

﴿وأما المساقاة، فهي﴾ لغة : مفاعلة من السقي واشتق منه دون باقي أعمالها
لأنه أنفعها في أصل الشرعية، وهو نخل الحجاز الذي يسقى من الآبار مع كثرة
مؤنته .

وشرعاً ﴿معاملة على الأصول﴾ الثابتة كالنخل والرمان ﴿بحصة من ثمرها﴾
والمراد بالثمر معناه المتعارف ، وإن قلنا بالمنع عن المساقاة فيما يقصد ورقه
وورده، والا فالمراد به نماء الشجرة مطلقاً .

﴿وتلزم المتعاقدين كالأجارة﴾ فلانفسخ الا بالتقائل .

﴿وتصح قبل ظهور الثمرة﴾ اجماعاً ﴿و﴾ كذا ﴿بعدها اذا بقي للعامل عمل فيه المستزاد﴾ في الثمرة على الاشهر الاقوى ، ولو كان العمل بحيث لولاه لاختل حال الثمرة ، لكن لا تحصل به زيادة ، كحفظها من فساد الوحش والافه ، فمقتضى الاصل عدم الصحة .

والمراد بمافيه مستزاد الثمرة ، نحو الحرث والسقي ورفع أغصان الكرم على الخشب ، وتأبير ثمرة النخل . دون نحو الجذاذ والحفظ والنقل وقطع الحطب الذي يعمل به الدبس ، من الاعمال التي لا تستزاد بها الثمرة ، فان المساقاة لا تصح بها اجماعاً . وحيث لا تصح صحت الاجارة بجزء معين من الثمرة وبغيره والصالح والجمالة .

﴿ولا تبطل بموت أحدهما﴾ ولا بموتهما ﴿على الاشبه﴾ الاشهر ، ويقابل الاشبه قول المبسوط بالبطلان ، وهو نادر ﴿الا أن يشترط﴾ المالك ﴿تعيين العامل﴾ بالاختلاف ، وأما الاحكام المترتبة على موت كل منهما ، ففي المزارعة قد مضى .

﴿و﴾ انما ﴿تصح﴾ المساقاة ﴿على كل أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه﴾ فتصح على النخل والكرم وشجر الفواكه ، باختلاف فيها ولا في عدم الصحة في الشجر الغير الثابت ، ولا في نحو الودي والبطيخ والبادنجان وقصب السكر والبقول . وفيما لا ثمرة له اذا كان له ورق ينتفع به ، كالتوت الذكر الذي يقصد به الورق والحناء ، وجه للصحة عند جماعة ، وفيه اشكال .

قالوا : ولو ساقاه على ودي مغروس السى مدة يحمل مثله فيها غالباً ، صح ولولم يحمل فيها . وان قصرت المدة المشترطة عن ذلك غالباً ، أو كان الاحتمال على السواء ، لم يصح ، وفي الاولى لأجرة له على جميع العمل ، وفي الثانية

له اجرة المثل مع جهله بالفساد ، كما قالوه في هذه المعاملة ونحوها حيث ماخرجت فاسدة .

﴿ويشترط فيها﴾ ذكر ﴿المدة المعلومة التي يمكن حصول الثمرة فيها غالباً﴾ ولو بالمظنة .

وفي اشتراط تعيين المدة بما لايحتمل النقصان والزيادة أم الاكتفاء بتقديرها بالثمره المساقى عليها قولان ، الا أن الاول أشهر وأقوى .

﴿ويلزم العامل من العمل﴾ مع اطلاق العقد مادل عليه العرف والعادة من ﴿مافيه مستزاد الثمرة﴾ خاصة كما قيل ، ويشعر به العبارة ، واصلاحها أيضاً كما عليه الاكثر .

وضابطه عندهم : مايتكرر كل سنة كاصلاح الاجاجين^(١) ، وازالة الحشيش المضر بالاصول ، وقطع ما يحتاج الى القطع من أغصان الشجرة والنخل ، واصلاح الارض بالحرث والحفر حسب ما يحتاج اليه ، والسقي والتلقيح والعمل بالناضح ، وتعديل الثمرة بازالة مايضر بها من الاغصان والاوراق ، لايصال الهواء اليها وما يحتاج اليه من الشمس ، ولقاط الثمرة بمجري العادة وحفظها ، الى غير ذلك .
﴿وعلى المالك﴾ القيام بما يقتضي العرف والعادة قيامه به .

وضابطه كما ذكروه : ما لايتكرر كل سنة وان عرض له في بعض الاحوال التكرر بما يتعلق نفعه بالاصول بالذات ، وان حصل منه النفع للثمره بالعرض ، فانه على المالك ، كـ ﴿بناء الجدران وعمل النواضح﴾ وحفر الابار والانهار ، ومايسقى بها من دالية أو دولا ب ونحو ذلك .

والاكثر كما قيل : ان على المالك الكش^(٢) للتلقيح . وقيل : انه على العامل .

(١) أج أجوجاً الماء : صار اجاجاً ، أى ملحاً مرأ .

(٢) الكش : بالضم الذي يلقح به النخل .

وقيل : ان شراء الزبل^(١) وأجرة نقله على رب المال . والاقوى في ذلك كله الرجوع الى عرف المتعاقدين ، فانه الاصل في أمثال هذه المسائل .

﴿وكذا خراج الارض﴾ على المالك ﴿الا أن يشترط﴾ شيء من ذلك ﴿على العامل﴾ فيلزمه بعد أن يكون معلوماً .

ولافرق فيه بين أن يكون المشترط عليه جميعه أو بعضه على الاظهر الاشهر ، وكذا لو اشترط على المالك بعض ما على العامل ، فيلزم لأكله لمنافاته امقتضى العقد .

ولافرق فيه بين ما اذا ساقاه بالنصف على أن يعمل معه رب المال ، أو ساقاه على أن اجرة الاجراء الذين يعملون معه ويستعان بهم من الثمرة ، اذا بقي للعامل من العمل ما فيه مستزادها ، لامطلقاً أو غيرهما على الاقوى .

﴿ولا بد أن تكون الفائدة مشاعة﴾ كما في المزارعة ﴿فلو اخنص بها أحدهما لم تصح﴾ لفقد شرطها ، لكن يختلف الحكم في ذلك بين ما لو كان المشروط له جميعها العامل أو المالك ، فان كان الاول كان الثمرة كلها للمالك ، وللعامل أجرة المثل مع جهله بالفساد ، كما في كل مساقاة باطلة . وان كان الثاني ، فالاقوى أنه لأجرة له .

ونحو اختصاص أحدهما بالفائدة ما لو شرط لنفسه منها شيئاً معيناً ومازاد بينهما ، أو قدر لنفسه أرتالاً أو ثمرة نخلة معينة ، كما مر في المزارعة .

ويجوز اختلاف الحصة في الانواع ، كالنصف من العنب والثالث من الرطب مثلاً ، اذا علما الانواع .

ولو ساقاه بالنصف ان سقي بالناضح وبالثالث ان سقي بالسبح مردداً بينهما حين العقد ، بطل على الاشهر الاظهر .

(١) زبل الارض : سمدها وأصلحها بوضع الزبل فيها .

﴿وتملك﴾ الفائدة ﴿بالظهور﴾ من غير توقف على بدو الصلاح .
 ولا تجب الزكاة على أحدهما الا اذا بلغ نصيبه الزكاة ، فتجب ولو في نصيب
 العامل ، اذا كان تملكه لمقبل تعلق الوجوب ، كما هو المفروض ، واذا كان بعده
 فلا زكاة . وأطلق ابن زهرة نفيها عنه ولم يفصل بين الصورتين ، وهو نادر .
 ﴿واذا احتل أحد شروط المساقاة﴾ المعشبة في صحتها ﴿كانت الفائدة
 للمالك﴾ لانها تابعة للاصل ﴿وللعامل الاجرة﴾ أجرة المثل اذا لم يكن عالماً
 بالفساد ، ولم يكن الفساد بشرط عدم الحصة له ، وأما مع أحدهما فلا أجرة له .
 ﴿ويكره أن يشترط المالك﴾ على العامل ﴿مع الحصة شيئاً من ذهب أو
 فضة﴾ .

﴿و﴾ لكن ﴿يجب الوفاء به لو شرط ما لم تطف الشجرة﴾ وانما تأقت
 لم يجب الوفاء ، وكذا لو عدت .
 ولو كان الشرط للعامل على المالك ، فالوجه لزومه ووجوب الوفاء مطلقاً . ولو
 كان التالف في الصورة الاولى البعض خاصة ، فهل يسقط من المشروط بالنسبة
 أو لا ؟ قولان ، أجودهما : الثاني .

وهل يلحق باشتراط الذهب والفضة في الجواز مع الكراهة اشتراط حصة
 من الاصول الثابتة ؟ قولان ، أشهرهما : المنع ، وهو أحوط ان لم يكن أظهر .

(كتاب الودیعة والعاریة)

أحكام الودیعة :

﴿أما الودیعة ، فهي استئابة فی الاحتفاظ﴾ خاصة دون التصرف .
﴿وتفتقر الى الإیجاب والقبول قولاً كان﴾ كل منهما ﴿أو فعلاً﴾ ولا یشرط
فی القبول الصراحة ، بل یكتفى فیہ بنحو من التلویح والإشارة اذا كان لعماتها
مفهمة ، ولامقارنته للإیجاب بلاخلاف مطلقاً .
ولو طرحه عنده من غیر ما یبدل على الإبداع من قرينة أو حالة ولم یحصل
القبول فعلاً ، لم یلزم الحفظ مطلقاً ، سواء حصل القبول لفظياً أم لا .
ولو ذهب المستودع حیثذ وتركه فلامضمان علیه ، لكن قیل : یأثم ان كان
ذهابه بعد غیبة المالك ، لوجب الحفظ علیه من باب الاعانة على البر ومعاونة
المحتاج على الكفاية .
وفي كونه فسخاً للودیعة حیث تثبت قول جزم به فی التذكرة ، ولا بأس به
ان قرنه ما یبدل علیه ، والافقیه اشكال ، سیما اذا كان القبول فعلاً . ولو حصل ذلك
بعد غیبة المالك ، ضمن قولاً واحداً .
﴿ویشرط فیها الاختیار﴾ فلو أكره المودع فی الإبداع لم یؤثر ، وكذا

لو أكره المستودع على القبض لم يضمن مطلقاً ، الا مع الانلاف أو وضع يده عليه بعد ذلك مختاراً فيضمن حينئذ .

وهل تصير بذلك حينئذ ودية لا يجب ردها الا مع طلب المالك أو من يقوم مقامه ، أو أمانة شرعية يجب إصالتها الى المالك فوراً وبدونه يضمن مطلقاً ؟ وجهان . وربما يفرق بين وضع اليد عليه اختياراً بنية الاستيداع وعدمه ، فيضمن على الثاني مع الاخلال بما يجب عليه دون الاول ، ولا يخلو عن وجه ، وان كان الثاني أوجه مع أنه أحوط .

﴿و﴾ يجب على المستودع أن ﴿يحفظ كل ودية﴾ قبلها لفظاً أو فعلاً ، سواء فسخ عقدها وخرج عن الاستيداع أم لا ، فيجب الحفظ الى أن يردها الى مالكيها ﴿بما جرت به العادة﴾ من مكان الودية وزمانها ، فيحرز نحو الثوب والنقد في الصندوق المقفل ، أو الموضوع في بيت محرز ممن يخاف منه عليه عادة ، لاعتن الغير مطلقاً على الأقوى . وقيل : عن الغير مطلقاً ، وهو أحوط وأولى . والدابة في الاصطبل المضبوط بالغلق ، والشاة في المراح كذلك ، أو المحفوظ بنظر المستودع .

والضابط : ما يمد به في العرف حافظاً غير مقصر في الحفظ ، وهو يختلف باختلاف الاحوال والعادات .

ولافرق في وجوب الحفظ بين من يملكه وغيره ، ولابين من يعلم المودع أنه لا حرز له وغيره ، فلو أودعه دابة مع علمه أنه لا اصطبل له ، أو مالا مع علمه أنه لا صندوق له ، لم يكن عذراً فيضمن مع ترك الحفظ .

ثم ان كل ذا اذا لم يعين المالك حرزاً ﴿ولو عين المالك حرزاً اقتصر﴾ المستودع ﴿عليه﴾ وجوباً ﴿ولو نقلها الى أدون أو أحرز ضمن﴾ اجماعاً في الاول ، وعلى الاظهر الاشهر في الثاني ، خلافاً للشيخ ، وهو قياس الامع العلم

بالقرائن أن المراد من التعيين نفس الحفظ دون الخصوصية فيتوجه، وضمن عند جماعة في الثالث ، خلافاً للاكثر فنقوا الضمان فيه ، وهو أظهر حيث يكون المقصود من التعيين نفس الحفظ دون الخصوصية، أو لم يعلم المقصود منه أصلاً. وأول علم قصد الخصوصية ضمن بلاخلاف ﴿الامع الخوف﴾ ببقائها فيه من التلف ونحوه، سواء علم أو ظن ظناً متأخماً له أو مطلقاً، لامع الشك. وأولى منه دونه فيجوز النقل في الأولين ولا ضمان بلاخلاف ولو قال : ولو تلفت ، بل يجب النقل اليه على الظاهر حينئذ ، ويضمن أولم ينقله اليه الا في صورة قول المالك : ولو تلفت ، فلا يضمن عندهم وان أثم ، وهو حسن مع عدم سفاهة المودع ، والا فالضمان مطلقاً متعين .

ولو احتاج النقل حيث جاز الى الاجرة، ففي جواز الرجوع بها للمستودع الى المالك مع نيته أولاً مطلقاً وجهان ، بل قولان أجودهما : الاول ، وهو أحوط للمالك ، وان كان العدم أحوط للمستودع .

وفي اشتراط كون المنقول اليه أحرز أو مساوياً مع إمكانهما بالترتيب ثم الادون أم لا بل يجوز الى الآخرين مطلقاً وجهان ، الاحوط الاول ، بل قيل : بتعيينه ، وهو جيد لو كان المقصود من التعيين الاحرزية .

﴿وهي جائزة من الطرفين﴾ فلمودع مطالبتها متى شاء ، والمستودع ردها كذلك ، لكن مع وجود المالك أو وكيله لا يبرأ الا بردها عليه دون المحاكم .

ومع فقدها يجوز دفعها اليه مع العذر ، كالعجز عن حفظها ، أو الخوف عليها من التلف لابدونه ، لالتزامه الحفظ بنفسه ، فلا يبرأ الا بدفعها الى المالك أو وكيله. وحيث جاز له الدفع إلى المحاكم، جاز الدفع الى ثقة مع تعذره، أما مع القدرة عليه فلا .

وفي وجوب قبول المحاكم ايها حيث جاز ردها اليه أم العدم وجهان ،

أحوطهما : الاول ، وبأتيان مع الاحتياط فيما لو حمل الدائن اليه الدين مع غيبة المدين ، والغاصب المغصوب أو بدله عند تلفه ، وغير ذلك من الامانات التي يليها الحاكم .

ويجوز السفر بها بعد ذلك كله لامطلقاً ، الا أن يخاف عليه مع الابداع ، فيقدم السفر بها عليه هنا ، وفي التذكرة الاجماع .

وحيث جاز السفر بها أو وجب ، يشترط فيه عدم ظهور اماراة الخوف ، وأما معه فلا يجوز مطلقاً وان خيف عليها في الحضر . ولا يجوز السفر بها من دون ضرورة ، وبه مع الاجماع عليه صرح في التذكرة معاللاً باتزامه الحفظ في الحضر ، فليؤخر السفر أو يلتزم خطر الضمان .

ومن التعليل يظهر انسحاب الحكم بالمنع عنه في صورة التمكن من دفعهما الى الحاكم أو الثقة أيضاً ، لالتزامه الحفظ بنفسه ، فلا يجوز من دون ضرورة ، الا أن ظاهره الجواز في هذه الصورة ، لان النبي ﷺ كانت عنده ودائع ، فاما أراد الهجرة سلمها الى ام أيمن وأمر علياً عليه السلام أن يردّها . وفي السند والدلالة نظر ، فان كان اجماع ، والا فالاول أظهر وأحوط .

﴿ و ﴾ كما تبطل بالفسخ ﴿ تبطل بموت كل واحد منهما ﴾ وبما يوجب الخروج عن أهلية التصرف ، كالجنون والاعماء .

وحيث بطلت تصير أمانة شرعية تجب المبادرة بردها فوراً الى مالكها . ولا يقبل قول من هي في يده في ردها الى المالك ولو مع يمينه هنا ، بخلاف الوديعة .

ومثلها في البطلان وديعة الطفل والمجنون ، اعدم أهليتهما ، فيضمن القابض ولا يبرأ بردها اليهما بل الى وليهما أو الحاكم .

ولو علم تلفها في أيديهما ان لم يقبض ، فقبض بنية الحسبة في الحفظ لم

یضمن ، لكن يجب مراجعة الولي في ذلك مع الامكان .

ولو استودعنا لم یضمننا بالاهمال ، نعم لو تعديا فيه فتلف ، فهل یضمنان مطلقاً أم المميز خاصة أم لاملطفاً وجوه. وكذا القول في كل ما يتلفانه من مال الغير ، والاحوط الضمان مطلقاً .

﴿ولو كانت﴾ الودیعة ﴿دابة﴾ أو مملوكاً أو شجراً أو نحو ذلك مما یحتاج بقاؤه الى انفاق ﴿وجب﴾ علی المستودع ﴿علفها وسقيها﴾ وجميع ما یحتاج اليه حفظها ان لم یتكفلها المودع .

والمعتبر فيه ما یعتاد لامثالها ، فالتقصان عنه تفريط ، فیضمنها حیثئذ وان تلفت بغيره ، ولا یعود حکم الودیعة او عاد الى الانفاق المعتبر الا باذن جديدة ، كما قالوه في كل تعد وتفريط .

ولافرق في ذلك بین أن يأمره المالك بالانفاق أو یطاق أو ینفاه ، لوجوب حفظ المال عن التلف ، فیضمن او خالف في الصور علی قول ، ولا في الاخرة علی آخر . وهو حسن حيث یثبت حکم الودیعة في هذه الصورة بعدم تضمنها علی المالك سفاهة ، والا فهو محل مناقشة .

واعلم أن مستودع الحيوان ان أمره المالك بالانفاق أنفق ورجع علیه ما غرم . واذا أطلق توسل الى استیذانه ، فان تعذر رفع أمره الى الحاكم لئلا سره ، أو یستدين علیه ، أو یبيع بعضه للنفقة ، أو ینصب أميناً .

فان تعذر أنفق هو وأشهد علیه ﴿وبرجع به علی المالك﴾ ولو تعذر الاشهاد ، اقتصر علی نية الرجوع ، وكذا المحکم مع نهي المالك له عنه .

﴿والودیعة أمانة لا یضمنها المستودع الا مع التفريط أو العدوان﴾ بالنص^(١) والاجماع .

والنفريط هو : ترك ما يجب فعله ، كما لو أخر الاحراز زيادة على المعتاد ، أو طرحها فيما ليس بحرر وذهب عنها ، أو كان المحل غير صالح للحرر ، أو ترك نشر الثوب المحتاج اليه ، أو لبسه حيث يحتاج اليه ، أو ترك سقي الدابة أو علفها ، أو غيرهما مما يحتاج اليه بحسب المعتاد ، أو يودعها من غير ضرورة ولا إذن ، أو يسافر بها كذلك ولو كان الطريق آمناً ، أو نحو ذلك . وضابطه : ما يعد تفریطاً في الحفظ

والتعدي عكسه ، مثل أن يلبس الثوب ، أو يركب الدابة ، أو يجحد مع مطالبة المالك ، أو مطلقاً على قول ، أو يخالطها بمال آخر مطلقاً ولو من المالك بحيث لا يتميز ، أو يفتح الختم الذي ختمه المالك ، أو هو بأمره لامطلقاً ، أو ينسخ من الكتاب ، أو نحو ذلك بدون الاذن . وضابطه : ما يعد به خائناً .

﴿ولو تصرف﴾ المستودع ﴿فيها باكتساب﴾ بأن دفعها من عين مبتاعة للاسترباح ﴿ضمن وكان الربح للمالك﴾ بلاخلاف .

ولافرق في استحقاق المالك الربح ، بين أن يأذن للودعي في التجارة بشرط الضمان أم لا ، على الأشهر الأقوى . وقيل : انه للودعي في الاول ، ولا يخالو عن نظر .

هذا اذا اشترى بعين الوديعة أو في ذمة مالكها ، أما لو اشترى في ذمته وعوضها عما يتعلق بها ، ففي صحة المعاملة اشكال ، واكن مقتضى القواعد الصحة سيما وأن يكون البائع ممن لا يباي بالخذ العوض كيف كان من حلال أو حرام ، والربح حينئذ للودعي لا للمالك ، لانه نداء ملكه ، واكنه آثم بدفع مال الغير عوضاً عما في الذمة .

وربما يقال : انه للمالك ، لاطلاق النصوص ، ولا يخلو عن وجه ، واكن المختار للمالك أحوط .

﴿و﴾ حيث صارت الودیعة مضمونة على المستودع بأحد أسباب الضمان
 ﴿لا یرأ﴾ الودعی عنه ﴿بردها الى الحرز﴾ حيث كان الاخراج منه هو السبب
 وفي حکمه ترك الخيانة والسبب الموجب كائناً ما كان .

﴿و کذا لو تلفت﴾ الودیعة ﴿في يده بتعد أو تفریط فرد مثلها الى الحرز
 لا یرأ الا بالتسليم الى المالك أو من يقوم مقامه﴾ أو یجدد له المالك الاستئمان
 أو یسقط عنه الضمان، على الأشهر الاظهر .

﴿ولا یضمنها لوقهره علیها ظالم﴾ اذا لم یکن سبباً للاخذ القهري ، بأن
 یسعى بها اليه ، أو أظهرها فوصل اليه خبرها . ومثله ما لو أخر بمكانها اللص فسرقتها
 ولا فرق بین أخذ القاهر لها بيده ، أو أمره له بدفعها اليه كرهاً ، على الأشهر
 الاقوى .

﴿لکن ان أمکنه الدفع﴾ عنها بما یوجب سلامتها ﴿وجب﴾ ما لم یؤد الى
 الضرر الكثير ، كالجرح وأخذ المال ، فیجزز تسليمها حينئذ وان قدر على تحمله .
 والمرجع في الكثرة والقلة الى حال الودعی ، فمنهم من تعد الكلمة
 الیسيرة من الاذى كثيرة في حقه ، لکونه جليلاً لا یلیق بحاله ، ومنهم من لا یعد
 بمثله وأمثاله .

وأما أخذ المال ، فان كان من المستودع قيل : لم یجب بذله مطلقاً . وفيه نظر
 فالاحوط دفعه ثم الرجوع به الى المالك ، لانه لمصلحته . وان كان من الودیعة ،
 فان لم یستوعبها وجب دفعه اليه ولو من باب المقدمة مع المكنة ، ولو تركها معها
 فأخذ الجميع ، ضمن ما یمکن فيه السلامة قطعاً لا الجميع ، ویحتمله وان لم یکن
 الدفع عنها الا بأخذها أجمع ، فلا تقصیر .

﴿ولو أخلفه﴾ الظالم على ﴿أنها لیست عنده حلف﴾ وجوباً لكن ﴿مورياً﴾
 بما یخرجه عن الکذب ، بأن یحلف ما استودع من فلان ، ویخصه بوقت أو جنس

أو مكان أو نحو ذلك مغايراً لما استودعه .

وانما تجب التورية عليه مع علمه بها وتمكنه منها، والا سقطت، لانه كذب مستثنى للضرورة اتفاقاً .

﴿وتجب﴾ على المستودع ﴿اعادتها على المالك﴾ بمعنى رفع يده عنها والتخلى بينه وبينها ﴿مع المطالبة﴾ سواء كان مسلماً أم كافراً ذمياً أم حريباً ، على الاشهر الاقوى .

ويجب الرد فوراً مع الامكان، الا أن ينضم الى المطالبة من عرف أو إعادة مايدل على التوسعة وبقاء الاذن الى حين الرد متى ما اتفق .

وفي جواز التأخير الى الاشهاد مطلقاً ، أو العدم كذلك ، أو التفصيل بين الابداع بالاشهاد فالاول والا فالثاني أقوال، أجودها الاول، لكن تجب المبادرة الى الشهاد .

﴿ولو كانت﴾ الوديعة ﴿غصباً منعه﴾ أي الغاصب أو وارثه من أخذها ﴿وتوصل في وصولها الى المستحق﴾ لها ان عرفه .

﴿ولو جهله عرفها كالمقطة حولا ، فان وجده والا تصدق بها عن المالك ان شاء ، ويضمن ان لم يرض﴾ والاجر له على الاظهر الاشهر .

وفي المسألة أقوال أخر، منها وجوب ردها الى الحاكم، ومع التعذر تبقى أمانة في يده ثم يوصي بها الى عدل الى حين التمكن من المستحق ، وهو أحوط.

وانما يجب منع الغاصب مع الامكان ، والا سلمها اليه ولا ضمان على الاقرب .

﴿ولو كانت﴾ الوديعة ﴿مختلطة بمال﴾ الغاصب ﴿المودع ردها﴾ الوديعة ﴿عليه﴾ أي على الغاصب ﴿ان لم يتميز﴾ عن ماله فيما قطع به الاصحاب ،

وفي الغنية والسرائر وغيرهما عليه الاجماع، ولولاه لكان الحكم محل اشكال .
 ﴿واذا﴾ اختلفا فادعى الودعي التاف وأنكره المالك، أو اتفقا عليه ولكن
 ﴿ادعى المالك التفريط﴾ والودعي عدمه ﴿فالقول قول المستودع مع يمينه﴾
 بلاخلاف في الاخير الا من حيث اليمين ، ولكن الاظهر الاشهر لزومه ، وعلى
 الاشهر الاظهر في الاول .

﴿ولو اختلفا في مال﴾ هو في يد المستودع ولو باقراره أنه ﴿هل هو
 ودعية﴾ عنده ﴿أو دين﴾ عليه ﴿فالقول قول المالك مع يمينه﴾ على ﴿أنه لم
 يودع﴾ بلاخلاف للنص^(١) .

وفيه من قوايه : ﴿اذا تعذر الرد أو تلف العين﴾ أن مع عدم تعذر الرد
 القول قول الودعي ، ولا ريب فيه ، فله رد نفس العين ، ومورد النص صورة
 التلف .

﴿ولو اختلفا في القيمة﴾ بعد الاتفاق على التلف بالتفريط ﴿فالقول قول
 المالك مع يمينه﴾ عند الشيخين وجماعة .
 ﴿وقيل﴾ : ان ﴿القول قول المستودع﴾ والقائل جماعة من القدماء ﴿وهو
 أشبه﴾ وأشهر ، بل عليه عامة من تأخر .

﴿ولو اختلفا في الرد﴾ فادعاه الودعي وأنكره المالك ﴿فالقول قول
 المستودع﴾ وان كان مدعياً بكل وجه على المشهور ، وفي كلام جماعة الاجماع
 عليه .

هذا اذا ادعى ردها على من ائتمنه، أما لو ادعى الرد على الوارث ، فكفبره
 من الامناء يكلف البينة، بلاخلاف فيه ولا في أن دعوى ردها على الوكيل كدعوى
 ردها على الموكل ، لان يده كيد وكيله .

﴿ولو مات المودع﴾ سلمها المستودع الى الوارث، أو من يقوم مقامه من وكيل أو ولي إن اتحد، وإذا ﴿كان الوارث جماعة دفعها اليهم﴾ جميعاً إن اتفقوا في الاملية، والا فالى الأهل وولي الناقص ﴿أو الى من يرتضونه﴾ .
 ﴿ولو دفعها الى البعض﴾ بغير اذن ﴿ضمن حصص الباقي﴾ لاعتدیه فيها بدفعها الى غير المالك . وتجب المبادرة الى ردها عليهم، علموا بها أم لا .

أحكام العارية :

﴿وأما العارية﴾ بتشديد الباء وقد تخفف ﴿فهي﴾ شرعاً ﴿الاذن في الانتفاع بالعين تبرعاً﴾ .

وهي جائزة ﴿وليست بلزمة لاحد المتعاقدين﴾ فلكل منهما فسخها متى شاء ، سواء أطلق أو جعل لها مدة ، الا اذا أعارها للرهن فلهن فيلزم كما مر ، أو لدفن مسلم ومن في حكمه فدفن فيه ، فيلزم ما لم يصير رميماً .
 ولورجع قبل الدفن، جاز وان كان الميت قد وضع على الأقوى، ومؤنة الحفر لازمة لولي الميت الى أن يتعذر عليه غيره . مما لا يزيد عنه عوضه، فيقوى كونه من مال الميت، ولا يلزم وليه طمه، أو حصل بالرجوع ضرر على المستعير لا يستدرك، كما اذا أعار لوحاً ليرقع به السفينة، فرقع ثم لجج في البحر ولم يمكن الخروج بها الى الشاطئ ولا الاصلاح مع النزاع من غير ضرر .

خلافاً للشهيد الثاني فجوزه وقال: بثبوت المثل أو القيمة مع تعذره، لما في ذلك من الجمع بين المصلحتين، وهو قوي ان لم يكن اجبار رب السفينة على بذل البدل يوجب الضرر عليه، والا فعدم الرجوع لعله أقرب، الآن يقال : بجوازه وعدم وجوب تعجيل التسليم حينئذ الى أن يزول الضرر ، ولا بأس به .

وتظهر الفائدة في وجوب المبادرة حينئذ بالرد بعد زوال الضرر من غير

مطالبة جديدة، ولا كذلك اولم يرجع ، فانه لانتجب المبادرة الابدع المطالبة .
أو أعمار حائطاً لبضع أطراف خشبة عليه وكان طرفه الآخر في ملكه ، عند
الشيخ . أو أرضاً للزرع ولم يدرك بعد، عنده وعند الحاي . أو النرس والبناء مدة
معلومة ، عند الاسكافي .

وأكثر المتأخرين على جواز مطالبة المعير بالالاقفة في هذه الثلاثة مع الارش
وهو تفاوت ما بين كونه منزوعاً وثابتاً، وهو قوي . وليس له الازالة حيث جازت
له بنفسه ولا قبل دفع الارش .

﴿ويشترط﴾ فيها ما يدل على الإيجاب والقبول وان لم يكن لفظاً ، كما لو
فرش لضيفه فراشاً فجلس عليه، وكأكل الطعام من القصعة المبعوث فيها على الأقوى
ومنهم من اشترط لفظاً، وهو أوفق بالأصل وأحوط، الا اذا أفاد ما عدا اللفظ القطع
بالاذن فلا يشترط قطعاً ، ولو أفاد الظن فاشكال .

﴿وفي المعير﴾ المالكية ولو للمنفعة خاصة، فلا يجوز للغاصب الاعارة، وفي
معناه المستأجر الذي اشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه، و﴿كمال العقل﴾ بالبلوغ
وعدم الجنون ﴿وجواز التصرف﴾ في المال برفع الحجر عنه فيه .

فلا يجوز اعارة فاقد الشروط، كالصبي والسفيه والمجنون الا باذن الوالي بالادارة
لما لهم أو ماله، فيجوز اذا علم المستعير باذنه ، والا فلا يقبل قول الصبي في حقه
الآن تنضم اليه قرينة مفيدة للعلم أو الظن المتأخم له ، كما اذا طالبها من الوالي ،
فجاء بها الصبي وأخبر أنه أرسلها ونحو ذلك ، كما يقبل قوله في الهدية والاذن
في دخول الدار بالقرينة .

ولا بد مع اذن الوالي لهم في اعارة ما لهم من وجود المصلحة بها، بأن يكون
يد المستعير أضبط من يد الوالي في ذلك الوقت، أو لا تنفاد الصبي بالمستعير بما
يزيد عن منفعة ماله، أو تكون العين ينفعها الاستعمال ويضرها الإهمال ونحو ذلك.

﴿والمستعير الانتفاع﴾ بالعين المعاراة حيث يطلق له ﴿بما جرت به العادة﴾ نوعاً وقدرأ ومكاناً وزماناً ، ولا يجوز التعدي عن شيء من ذلك بعد ثبوته فيها .
 ﴿ولا يضمن﴾ المستعير ﴿التلف والنقصان لو اتفق﴾ كل منهما ﴿بالانتفاع﴾ المأذون فيه ، الا اذا كان الاذن فيه مطلقا غير منصرف الى ذلك الشخص من التصرف المتلف فيشكل ، الا مع القرينة المصرحة من عرف أو عادة فلا يضمن كما لو أذن له باستعماله باللفظ الصريح .

﴿بل لا يضمن﴾ واو تلف من غير استعمال ﴿الامع تفريط أو عدوان أو اشتراط﴾ للضمان مع التلف ولو به ؛ ونهما ﴿الأن تكون العين﴾ المعاراة ، هذا استثناء من قوله « لا يضمن » أي لو كانت ﴿ذهباً أو فضة فالضمان يلزم﴾ على أي حال ﴿وان لم يشترط﴾ بل أطلق ولم يتعد فيهما ولم يفرط .

واطلاق بعض الاخبار^(١) - كالعبارة ونحوها - يقتضي انسحاب الحكم بالضمان في مطلقهما ، ولو كانا مصوغين لانتقدين ، وبه أفتى جماعة صريحاً ، خلافاً لآخرين فخصوه بالانتقدين ولعله الاقوى .

ثم ان ضمانهما يسقط باشتراط سقوطه بلاخلاف .

﴿ولو استعار من الغاصب مع العلم﴾ بالغصب ﴿ضمن﴾ كلا من العين والمنفعة مع التلف مطلقا ولو لم يكن عارية مضمونة .

﴿وكذا لو كان جاهلا، لكن﴾ استقرار الضمان هنا على الغاصب ، الا اذا كانت عارية مضمونة ، فيضمن العين خاصة ، وللمالك في المقامين الزام أيهما شاء بالعين الثالثة وما استوفاه من المنفعة .

فان ألزم المستعير كان له أن ﴿يرجع﴾ هو ﴿على المعير بما غرم﴾ مع جهله بالغصب لامع علمه ، لاستقرار الضمان عليه حيثئذ ، فليس له الرجوع بما

غرمه .

وان أُلزم الغاصب ، لم يرجع على المستعير ، الا مع علمه أو كون العين مضمونة ، فيرجع عليه فيهما في العين والمنفعة في الاول ، وفي العين خاصة في الثاني .

﴿وكل ما يصح الانتفاع به مع بقاءه﴾ كالعقارات والثياب والدواب والاقمشة والامتعة والصفير والحلي ونحو ذلك ﴿تصح اعارته﴾ دون غيره مما لا يتم الانتفاع به الا بالتلاف عينه ، كالأطعمة والاشربة ، فانه لا تجوز اعارتها . وكذا ما لا يجوز الانتفاع به شرعاً لاتصح اعارته ، كأواني الذهب والفضة للاكل والشرب فيها ، وكذا كلب الصيد اذا استعير للهو والطرب ، والجواري للاستمتاع .

ويستثنى من مورد المنع حيث ثبت المنحة بالكسر ، وهي الشاة المعارة للانتفاع بلبنها ، وقد أجمعوا عليه ، ثم منهم من جمد على المجمع عليه ، ومنهم من عدى الحكم الى غيره من الانعام والى غير الملبن من الصوف والشعر ، والاول أظهر .

﴿و﴾ يجب أن ﴿يقتصر المستعير﴾ في الانتفاع ﴿على ما يؤذن له﴾ منه ، فلو عين له جهة لم يتجاوزها ولو الى المساوي والادنى على الاحوط مطلقاً ، بل الاقوى في المساوي دون الادنى ، الا اذا علم ارادة الخصوصية من تعيين الاعلى ، فيتوجه المنع عن التجاوز الى الادنى أيضاً ، كما لو نهاه عن غير المعين مطلقاً . وحيث يتعين المعين فتعدى الى غيره ، ضمن العين ولزمه الاجرة لمجدوع مافعل من غير أن يسقط منه ما قابل المأذون على الاصح ، الا أن يكون المأذون فيه داخلاً في ضمن المنهي عنه ، كما لو أذن له في تحصيل الدابة قدراً معيناً فتجاوزه ، أو في ركوبه بنفسه فأردف غيره ، فيتوجه اسقاط قدر المأذون منه .

﴿ولو اختلفا في﴾ التلف أو ﴿التفريط﴾ ، فالقول قول المستعير مع يمينه ﴿على الاقرب﴾ .

﴿ولو اختلفا في الرد﴾ فادعاه المستعير ﴿فالقول قول المعير﴾ بلا خلاف فيما أعلم .

ومعنى عدم قبول قول المستعير فيه ، الحكم بضممان المثل أو القيمة حيث يتعذر العين ، لا الحكم بها مطلقا ، للزوم ايداعه الحبس دائما .

﴿ولو اختلفا في القيمة﴾ بعد اتفاهما على التلف بالتفريط ﴿ف﴾ في تقديم قول المستعير أو المعير ﴿قولان﴾ ولكن ﴿أشبههما﴾ تقديم ﴿قول﴾ المستعير ﴿الغارم مع يمينه﴾ .

﴿ولو استعار﴾ للانتفاع ﴿ورهن﴾ المستعار ﴿من غير اذن المالك﴾ بالرهن ﴿انتزع المالك العين ورجع المرتهن بماله على الراهن﴾ حيث أخذت منه العين بل مطلقا ، لعدم الاستيثاق بما للمالك الرجوع فيه متى شاء .

كتاب الاجارة

﴿وهي﴾ لغة : الاجرة، وشرعاً ﴿تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم﴾ وقيل : عقد ثمرته ذلك .

ويشترط فيها بعد أهلية المتعاقدين مايدل على الايجاب والقبول، كآجرتك أو أكريتك أو ماكنتك منفعتها سنة مثلاً فيقول: قبلت أو استأجرت أو نحوهما .
وأما اشتراط العربية والماضوية ونحوهما من الامور المختلف في اعتبارها في العقود اللازمة فكما تقرر في البيع ، فانهما كسائر العقود اللازمة من باب واحد .

﴿و﴾ حيث انعقدت بشرائطها المعتبرة ﴿تأزم من الطرفين﴾ الموجر والمستأجر .

﴿وتنفسخ بالتقابل﴾ وبكل من الاسباب المقتضية له مما يأتي ، ولا تبطل بالبيع ولا بالسكنى . نعم للمشتري مع جهله بالحال الخيار بين الفسخ والاضاء والاحوط اعلام المشتري بالحال، ولا فرق في الحكم بعدم البطلان به بين كونه من المستأجر أو غيره .

﴿و﴾ كما لا تبطل بالبيع كذا ﴿لا تبطل بالعنق، وهل تبطل بالموت﴾ مطلقاً أم لا مطلقاً أم بموت المستأجر دون الموجر أقوال ، و ﴿قال الشيخان : نعم﴾

تبطل مطلقاً وتبعهما جماعة من القدماء ﴿وقال المرتضى﴾ وجماعة منهم أيضاً :
 ﴿لا تبطل﴾ كذلك ﴿وهو أشبه﴾ بالاصول وأشهر بين المتأخرين ، بحيث كاد أن
 يكون ذلك منهم اجماعاً ، وهو الأقوى .
 هذا اذا لم يشترط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه ، والا بطلت بموته
 قولاً واحداً .

وتبطل أيضاً عند جماعة بموت الموَجِر ، حيث تكون العين المستأجرة
 موقوفة عليه وعلى من بعده من البطون ، فيوجرها مدة وينفق موته قبائها ، قالوا :
 نعم لو كان ناظراً وأجرها لمصلحة البطون لم تبطل بموته ، ولا بأس به .
 ﴿وكل ما تصح اعارته﴾ شرعاً من الاعيان المنتفع بها مع بقائها ﴿تصح
 اجارته﴾ دون ما ليس كذلك ، ولو في نحو المنحة اجماعاً .
 ﴿واجارة المشاع جائزة﴾ مطلقاً ، استأجره من شريكه أو غيره عندنا ،
 لا مكان استيفاء المنفعة بموافقة الشريك ، لكن لا تسلم العين المشتركة الا باذنه .
 ولو أبى رفع الامر الى الحاكم ، كما اذا تنازع الشريكان . ثم انه اذا كان المستأجر
 عالماً بالحال ، والا فله الفسخ دفعاً للضرر .

﴿والعين﴾ المستأجرة ﴿أمانة لا يضمنها المستأجر ولا ما ينتص منها ، الا
 مع تعد أو تفريط﴾ وكذلك الاجير اذا هلك ، صغيراً كان أو كبيراً ، حراً كان أو
 مملوكاً . ولا فرق في الحكمين بين التلف في المدة أو بعدها على الأقوى .
 وفي جواز اشتراط الضمان حيث لم يثبت بأصل العقد أم عدم قولان ،
 والثاني أشهر ، والاول أظهر .

ما يشترط في صحة الاجارة :

﴿وشروطها﴾ أي الاجارة ﴿خمس﴾ بل ستة :

أحدها : ﴿ أن يكون المتعاقدان كاملين جائزي التصرف ﴾ برفع الحجر عنهما ، فلا تصح اجارة الصبي مطلقا ، وان كان مميزاً أو أذن له الولي على الأقوى ، ولا المجنون مطلقا ، ولا المحجور عليه بدون اذن الولي ومن في حكمه لا مطلقا .
 ﴿و﴾ ثانيها : ﴿ أن تكون الاجرة معلومة ، كيلا أو وزناً ﴾ أو عدداً ان كانت مما يعتبر بها في البيع ، أو مشاهدة ان لم تكن كذلك .
 ﴿وقيل : تكفي المشاهدة ﴾ مطلقا ﴿ ولو كان ﴾ الاجرة ﴿ مما يكال أو يوزن ﴾ والاول أشهر وأقوى .

﴿ وتملك الاجرة بنفس العقد ﴾ لكن لا يجب تسليمها الا بتسليم العين المستعارة أو العمل ان وقعت عايه الاجارة ، الا أن يكون هناك عادة تقضي التعجيل فيجب ، كما لو اشترطه .

وفائدة التملك مع عدم وجوب التسليم تبعية النماء لها ، متصلا لها أو منفصلا ان وقع العقد على عينها .

وحيث سلمت العين المستأجرة أو العمل ، وجبت الاجرة ﴿ معجاة مع الاطلاق ﴾ في العقد وعدم تقييد فيه بتأجيلها ﴿ أو اشتراط التعجيل ﴾ .

وفائدة الشرط مع استفادته من نفس العقد ، هو التأكيذ لا تسلط الموجد على الفسخ مع الاخلال به وان قيل به .

﴿ ويصح تأجيلها ﴾ بالشرط ﴿ نجوماً ﴾ وأشهرأ معينة ، بأن يجعل لكل منها شيء منها لا يستحق الموجد مطالبتة قبل مجيئه .

﴿و﴾ كذا يصح ﴿ الى أجل واحد ﴾ ولا فرق بين الاجارة الواردة على عين معينة والواردة على ما في الذمة .

وفي توقف استحقاق المطالبة بالاجرة بعد العمل على تسليم العين المعمول فيها مطلقا ، أم العدم كذلك ، أم الفرق بين ما اذا كان العمل في ملك الاجير فالاول

أولمك المستأجر فالثاني أقوال، خيرها أوسطها .

﴿وإلا استأجر من يحمل له متاعاً﴾ مثلاً ﴿إلى موضع﴾ معين ﴿في وقت معين﴾ بأجرة معينة، فإن لم يفعل ﴿ذلك﴾ ولم يبلغه في ذلك الوقت، أي: شرط عليه أنه إن لم يفعل ذلك ﴿نقص من أجره شيئاً معيناً﴾ فتراضيا عليه ﴿صح﴾ كل من العقد والشرط على الاظهر الاشهر ﴿مالم يحط﴾ المشترط نقضه عن أصل ﴿الاجرة﴾ على تقدير المخالفة بتمام الاجرة ، ويفسد مع الاحاطة ، ويتبعه فساد العقد ، فيثبت له أجرة المثل ، بخلاف الا من نادر، فأوجب المصالحة ومن آخر فنفي الاجرة بالكلية .

﴿و﴾ ثالثها : ﴿أن تكون المنفعة مملوكة للدو جـر أول من يوجـر عنه﴾ وكالة أو وصاية، أو ولاية خاصة أو عامة .

فلو أجرة غير المالك ومن في حكمه، وقفت الاجارة على الاذن منه، فإن أذن صح على الاقوى ، والا فسد اتفاقاً .

وعلى المختار يكون هذا الشرط معتبراً في اللزوم دون الصحة ، بخلاف باقي الشروط . ولا فرق بين أن تكون مملوكة تبعاً للمعين أو منفردة .

﴿و﴾ يجوز ﴿للمستأجر أن يوجـر﴾ العين المستأجرة ﴿إلا أن يشترط﴾ الموجر ﴿عليه استيفاء المنفعة بنفسه﴾ فلا يجوز له أن يوجـر حينئذ ، الا أن يشترط المستأجر الاول على الثاني استيفاء المنفعة له بنفسه ، فيجوز الا أن ينهـاه الموجر الاول عن نفس الاجارة من الغير بالشرط، فلا يجوز كالاول وان استوفى هو المنفعة .

وحيث جاز له الاجارة من غيره ، فهل يتوقف تسليم العين على اذن المالك أم لا؟ قولان ، أصحهما الثاني .

﴿و﴾ رابعها : ﴿أن تكون المنفعة مقدرة﴾ اما ﴿بنفسها كخياطة الثوب﴾

المعين ﴿وركوب الدابة الى موضع معين﴾ أو بالمدة المعينة كسكنى الدار سنة وخياطة الثوب شهراً مثلاً .

وبالجملة لابد من تقدير المنفعة بما يتقدر به عادة ، فان اتحد كما لا يمكن الا بالزمان ، كسكنى الدار والارضاع الغير المقدرين الا بالزمان لزم التقدير به ، وان تعدد تخير بين التقدير بأيهما شاء ، كالخياطة وركوب الدابة ونحوهما مما يتقدر تارة بالزمان كفعلهما في شهر مثلاً ، وأخرى باضافتهما الى معين كما مر في المتن .

والضابط : هو العلم بالمنفعة على أحد الوجهين .

ولو قدرت بالعمل والمدة معاً ، كأن يخيظ هذا الثوب في هذا اليوم مثلاً ، فالأشهر الاظهر البطلان ان قصد التطبيق ، وان قصد الظرفية المطلقة وأمكن وقوع الفعل فيها جاز .

﴿ويملك﴾ المستأجر ﴿المنفعة﴾ المعقود عليها ﴿بالعقد﴾ كما يملك به الموجر الاجرة . ولا فرق بينهما الا من حيث أن تسليم الاجرة يتوقف على تمام العمل ، أو دفع العين المستأجرة . ولا كذلك المنفعة ، فانه يجب تسليمها مع المطالبة بتسليم العمل أو العين التي وقع عليها الاجارة .

ووقت تسليمها في المقدرة بالمدة عند الفراغ من العقد مع اطلاقه وابتداء الزمان المشروط مع تقييده به ، متصلًا كان أم متفصلاً ، وتصح الاجارة فيه بقسميه ، وكذا في الاول على الاظهر الاشهر . نعم ينبغي تقييد الصحة في صورة الاطلاق بصورة دلالة العرف على الاتصال ، والا كانت باطله .

وفي المقدرة بغير المدة عند المطالبة ، وقيل : عند الفراغ من العقد ، طاعة كالسابق ، لانصراف الاطلاق الى التعجيل ، ولم يثبت في مثله ، الا اذا كان ثمة قرينة من عرف أو عادة ولا كلام معها .

﴿ولو مضت مدة يمكن استيفاء المنفعة﴾ المعقود عليها بنفسه ﴿و﴾ كانت العين في يد المستأجر ، استقرت الاجرة ﴿على المستأجر﴾ ولولم يتنفع ﴿بها بلاخلاف ، ولا فرق في ثبوتها عليه بالتسليم بين كون الاجارة صحيحة أو فاسدة. وفي حكم التسليم مالو بذل الموجر العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة ، أو مضت مدة يمكنه الاستيفاء ، فتستقر الاجرة هنا أيضاً ، لكن لا بد فيه من تقييده بالصحيحة .

﴿واذا عين﴾ حين العقد ﴿جهة الانتفاع﴾ فيما يتعدد فيه ﴿اسم يعبدها المستأجر ويضمن مع التعدي﴾ .

﴿ولو تلفت العين﴾ المعين في العقد استيفاء المنفعة منها ﴿قبل القبض﴾ أو بعده بلا فصل ﴿أو امتنع الموجر من التسليم مدة الاجارة ، بعثت الاجارة﴾ بلاخلاف في الاول ، على الظاهر المصرح به في التنقيح^(١) ، ولولاه لامكن المناقشة فيه على اطلاقه بل مطلقاً .

وفي حكم تلف الجميع تلف البعض ، الا أن البطلان هنا يختص بالتلف^(٢) ، ويتخير في الباقي بين الفسخ وامساك الحصة بقسطها من الاجرة .

وطريق التقسيط في العين المتساوية الاجزاء ظاهر ، وفي غيرها بأن تقوم أجرة مثل جميع المدة ، ثم تقوم الاجزاء السابقة على التلف ، وينسب الى المجموع ، فيؤخذ من المسمى بتلك النسبة .

وعلى اشكال في الاخير ، من أن التسليم شرط للاستحقاق بالاتفاق ، فليس لاحدهما على الاخر شيء ، وينسخ العقد بنفسه ، لانه بمنزلة تلف المبيع والعين قبل التسليم . ومن أن المنفعة مملوكة وقد منعه عنها ، وهي مضمونة كلاءيان ،

(١) التنقيح الرائع ٢/٢٧١ .

(٢) في «ن» : التالف .

وكما اذا غصب العين غاصب ، فللمستأجر الخيار بين الفسخ والالزام بالتسليم ، وله اجرة المثل مع عدم الفسخ ، والمسمى معه ، وهذا هو الوجه وفقاً لجماعة . ولا فرق فيه كالسابق بين الامتناع من تسليم الجميع أو البعض ، فله الفسخ .

﴿و﴾ ذكر جماعة من غير خلاف بينهم أجده أنه ﴿أو منعه﴾ أي المستأجر ﴿الظالم﴾ عن الانتفاع بالعين المستأجرة ﴿بعد القبض﴾ لها ﴿لم تبطل﴾ الاجارة ﴿وكان الدرك﴾ أي درك المنفعة وضمانها ﴿على الظالم﴾ فيرجع المستأجر عليه بأجرة مثل المنفعة التالفة في يده . ولا فرق في وقوع الغصب في ابتداء المدة أو خلالها .

ولو كان المنع قبل القبض ، لم تبطل أيضاً ، الا أن للمستأجر الخيار بين الفسخ ومطالبة الموجد بالمسمى ، والرضا بالاجارة وانتظار زوال المانع ، أو مطالبة المانع بأجرة المثل . قيل : بل يحتمل مطالبة الموجد بها ، لكون العين مضمونة عليه حتى يقبض . ولا يسقط التخيير بزوال المانع في أثناء المدة .

وكثير من هذه الاحكام منطوق فيه ان اسم يتعقد الاجماع عليه ، ولكن عدم ظهور الخلاف لعله كاف في اثباته ، الا أن ظاهر العبارة البطلان مع المنع قبل القبض ، ووجهه غير واضح مع أن الاكثر على خلافه .

﴿ولو انهدم المسكن﴾ المستأجر ﴿تخير المستأجر في الفسخ﴾ وان كان بعد استيفاء شيء من المنفعة .

واطلاق العبارة يقتضي ثبوت الخيار مطلقاً ، ولو خرج المسكن بالانهدام عن امكان الانتفاع به أصلاً ، أو أمكن اعادته بحيث لا يفوت عليه شيء معتد به ، والاول لا ينطبق على ما ذكره من أن تلف العين يبطل الاجارة ، والثاني وجه من حيث ثبوت الخيار بالانهدام فيستصحب ، والاحوط بل الاوجه عدم الخيار ولزوم العقد .

﴿و﴾ حيث لم يفسخ كان ﴿له الزام المالك باصلاحه﴾ ويحتمل قوياً العدم ، وفاقاً لبعضهم .

﴿ولا يسقط﴾ من ﴿مال الاجارة﴾ شيء ﴿ولو كان الهدم بفعل المستأجر﴾ مطلقاً كان على جهة الانتفاع أو غيرها ، ما لم يكن فيه من جهة الموجد تعدد أو تفريط ، ومع أحدهما يتقاصن اذا كان هناك شرائط التقاص ، والا فعلى المالك الاجرة للمستأجر وعليه بدل التالف للمالك .

﴿و﴾ خامسها : ﴿أن تكون المنفعة مباحة﴾ في الشريعة .
﴿فلو أجره﴾ دابة أو مسكناً مثلاً ﴿ليحمل﴾ أو يحرز فيه ﴿الخمر﴾
المتخذة للشرب ، أو دكاناً لبيع فيه آلة محرمة ، أو أجيراً ليحمل مسكراً ﴿أو﴾ ليعلمه الغناء ﴿أو نحو ذلك﴾ لم تنعقد الاجارة ، على الاظهر الاشهر .

وما في بعض الصحاح من الجواز مطروح ، أو مأول بالحمل على التقية ، أو على صورة الجهل بأن المستأجر يفعل ذلك ، أو على أن الحمل للتخليل ونحوه . وكما لا تنعقد تحرم أيضاً اجماعاً فيما اذا أوجر ليعمل الحرام ، وأما لو أوجر ممن يعمل ذلك فجائز اجماعاً مع الجهل بالحال ، وأما مع العلم فاشكال ، والاحوط المنع .

وسادسها : القدرة على التسليم ، المستفاد من قوله : ﴿ولا تصح اجارة﴾ العبد ﴿الابق﴾ والجمل الشارد ، والذي لا يتمكن من تسليمه وتسامه ، أو المغصوب الذي لا يملك الموجد التصرف فيه .

وهو شرط اجماعاً ، فلا تصح الاجارة بدونه ، الا أن ينضم اليه ضمنية مقصودة بالذات فتصح كالبيع . بل قيل : بالصحة معها مطلقاً في العبد الابق ، ولو لم تكن بالذات مقصودة بالبيع . والوجه المنع وفاقاً لجمع .

ثم ان كل ذا اذا لم يقدر كل منهما على تسليم العين وتسليمها ، ولو أجره

ممن يقدر على تحصيلها صح ولو من غير ضميمه .

﴿ولا يضمن صاحب الحمام الثياب﴾ وان شاهدها عند النزاع ، وقيل له
احفظها وسكت ﴿الا أن يودع﴾ ويقبل ﴿فيفرط﴾ في الحفظ فيضمن .
﴿ولو تنازعا﴾ في أصل الاستئجار ، فادعاه أحدهما وأنكره الآخر ﴿فالقول
قول المنكر مع يمينه﴾ ولا فرق بين كون المنكر المالك أم الآخر .

ثم ان كان النزاع قبل استيفاء شيء من المنافع ، رجع كل مال الى صاحبه .
وان كان بعد استيفاء شيء منها ، أو الجميع الذي يزعم من يدعي وقوع الاجارة
أنها تعلقت به وكان المنكر المالك ، فان أنكر مع ذلك الاذن في التصرف وحلف ،
استحق اجرة المثل وان زادت عن المسمى بزعم الآخر .

ولو كان المتصرف يزعم تعيينها فسي مال مخصوص وكان من جنس النقود
الغالب ، ألزم المالك قبضه عن اجرة المثل ، ولا تسلط له على الزامه بأخذ النادر ،
فان ساواها أخذه ، وان نقص وجب على المتصرف الاكمال ، وان زاد صار الباقي
مجهول المالك .

وان كان مغايراً له ولم يرض المالك به ، وجب عليه الدفع من الغالب ،
ولا يجوز له الزام المالك بأخذ النادر ، ويبقى ذاك بأجمعه مجهولاً . ويضمن العين
بانكار الاذن ، ولو اعترف به فلا ضمان .

وان كان المنكر المتصرف وحلف ، وجب عليه أجرة المثل ، فان كانت أزيد
من المسمى بزعم المالك ، لم يكن له المطالبة به ان كان دفعه ، ووجب عليه دفعه
ان لم يكن دفعه وليس للمالك قبضة . وان زاد المسمى عن أجرة المثل ، كان
للمنكر المطالبة بالزائد ان كان دفعه والاسقط ، والعين ليست مضمونة عليه هنا .

﴿ولو اختلفا في رد العين﴾ المستأجرة ، فادعاه المستأجر ولا يئنه ﴿فالقول
قول المالك مع يمينه﴾ بلا خلاف .

﴿وكذا﴾ القول قول المالك مع يمينه ﴿لو كان﴾ الاختلاف ﴿فسي قدر الشيء المستأجر﴾ بفتح الجيم يعني العين المستأجرة، بأن قال: آجرتك البيت بمائة، فقال: بل الدار أجمع بها، ولا بينة، على الأشهر الاظهر. وقيل: بالتحالف. وفيه ضعف.

﴿ولو اختلفا في قدر الاجرة﴾ بعد اتفاقهما على العين والمدة، فادعى المستأجر النقصان والاخر الزيادة ﴿فالقول قول المستأجر مع يمينه﴾ على أشهر الاقوال وأظهرها في المسألة.

هذا اذا لم يكن بينة لاحدهما، والا فيحكم لمن له البينة مطلقا. ولو أقامها كل منهما، فالاقرب تقديم بينة المدعي.

﴿وكذا﴾ يقدم قول المستأجر مع يمينه ﴿لو ادعى﴾ الموجر ﴿عليه التفريط﴾ ولا بينة له.

﴿وتثبت أجرة المثل في كل موضع تبطل فيه الاجارة﴾ مع استيفاء المنفعة أو بعضها مطلقا، زادت عن المسمى أم نقصت عنه، قيل: الآن يكون البطلان باسقاط عدم الاجرة أو السكوت عنها في العقد، فتسقط بالكلية. ولا بأس به في الشق الاول، ويشكل في الثاني، بل الوجه فيه ثبوت الاجرة، الآن ينضم الى السكوت ما يدل على أن المقصود به اسقاط الاجرة، وأنه ليس عن نسيان أو غفلة.

ثم ان كل ذا مع جهلها بالفساد، وأمام علمهما به فلا يستحق الموجر شيئا ولا يجب على المستأجر دفع الاجرة، فلودفعها والحال هذه كان بمنزلة التبرع والهبة وله الرجوع فيها مادامت العين باقية ولم يكن هناك ما يلزم الهبة.

ولو اختص بالجهل، كان له الرجوع مطلقا، ولو كانت تالفة ووجدت شرائط لزوم الهبة.

ولو اختص الموجر بالجهل، كان له أجرة المثل، كما اذا شاركه الاخر في

الجهل. والعين مضمونة في يد المستأجر مطلقاً، كما نسب الى الاصحاب. ويشكل في صورة دفع الموجد لها من المستأجر مع علمه بالفساد دون المستأجر ، بل ويحتمل مع علمه أيضاً ، لرجوع الاجارة في هذه الصورة الى العارية ، وليست العين فيها بمضمونة ، ولعل مراد الاصحاب غير هذه الصورة .

﴿ولو تعدى﴾ المستأجر ﴿بالدابة﴾ المستأجرة ، فسار بها زيادة على المسافة المشتركة ﴿له في العقد﴾ ضمن ﴿قيمتها مع التلف والارش مع النقص﴾ ولزمه في الزائد أجرة المثل ﴿له مضافاً الى المسمى، ولومع الامرين على الاظهر ، وفاقاً لجمع .

وهل المعبر بقيمة يوم التفريط أو يوم التلف أو أعلى القيمتين ؟ أقوال، أحوطها الاخير ان لم يكن أظهرها .

وموضع الاختلاف ما اذا كان الاختلاف بتفاوت القيمة، أما لو كان بسبب نقص في العين ، فلا ريب في ضمان الناقص .

﴿فان اختلفا في قيمة الدابة أو أرش نقصها فلقول قول الغارم﴾ وفاقاً للاكثر ﴿وفي رواية^(١)﴾ صحيحة عمل بها الشيخ في النهاية^(٢) : ان ﴿القول قول المالك﴾ .

ولولا طباق متأخري الاصحاب على طرحها، لكان المصير اليها لصحتها في غاية القوة وان خالفت القاعدة ، ولهذا اقتصر في النهاية على موردها وهي الدابة ووافق القاعدة فيما عداها من الاعيان المستأجرة .

﴿ويستحب أن يقاطع﴾ المستأجر ﴿من يستعمله على الاجرة﴾ قبل العمل للامر به في المعتبرة^(٣) .

(١) وسائل الشريعة ٢٥٥/١٣ ، ج ١٧ ب .

(٢) النهاية ص ٤٤٦ .

(٣) وسائل الشريعة ٢٤٥/١٣ ، ج ٢٣ .

﴿ويجب إيفاؤه﴾ أجرته ﴿عند فراغه﴾ من العمل اللازم عليه. وقيل : يستحب والوجوب أحوط بل وأظهر .

﴿ولا يعمل الاجبر الخاص﴾ وهو الذي يستأجر للعمل بنفسه مدة معينة حقيقة أو حكماً، كما اذا استوَجِرَ لعمل معين أول زمانه اليوم المعين، بحيث لا يتوانى فيه بعده ﴿لغير المستأجر﴾ الاباذنه ، لانهصار المنفعة المستحقة للمستأجر فيه بالنسبة الى الوقت الذي جرت عاداته فيه كالنهار مثلاً، فلا يجوز له التصرف فيه بغير اذنه أما غيره كالليل في المثال ، فيجوز له العمل فيه اذا لم يؤد الى ضعف في العمل المستأجر عليه بلاخلاف .

وكذا يجوز له العمل في المعين عملاً لا ينافي حق المستأجر ، كإيقاع عقد في حال اشتغاله بحقه في أصح القولين .

واحترز بالخاص عن المطلق، وهو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدة كتحصيل الخياطة يوماً أو عن المدة مع تعيين المباشرة، كأن يخيط له ثوباً بنفسه من غير تعرض للوقت. أو مجرداً عنهما كخياطة ثوب مجردة عن التعيين مطلقاً، فانه بأقسامه يجوز أن يعمل لغير المستأجر ويوَجِر نفسه منه استيجاراً لا ينافي الاول .

أما الاستيجار المنافي، كأن يوَجِر نفسه مدة حياته مع تعيين المباشرة فلا، وهو في معنى الخاص بالاضافة الى قدر المدة للعمل الاول .

ثم الخاص مطلقاً ان عمل لغير المستأجر في الوقت المختص به ، فله صور استوفينا أحكامها في الشرح^(١).

(كتاب الوكالة)

﴿وهي تستدعي﴾ أن نذكر ﴿فصولاً﴾:

﴿الاول : الوكالة﴾ بفتح الواو وكسرها ﴿عبارة عن الايجاب والقبول الدالين على الاستنابة في التصرف﴾ في شيء، للموجب أن يتولاه بنفسه وبغيره .
ويكفي فيهما ما يدل عليهما، ولو بالإشارة المفهمة في الاول، والعمل الدال على الرضا في الثاني .

ولا يشترط فيه الفورية ، فلو تراخى عن الايجاب مدة طويلة كانت الوكالة صحيحة .

وفي اشتراط عدم الرد أملاً وجهان ، أجودهما : الثاني الامع علم الموجب بالرد وحصول الشك به في بقاء الاذن المستفاد من الايجاب ، فللا اشتراط هنا وجه .

﴿ولاحكم لو كالة المتبرع﴾ بقبولها بعدم اشتراطه جعلاً أو أجرة على عمله الذي ليس له أجرة في العادة كبرئته القلم ، فلا يستحق شيئاً مطلقاً ولونواه .
ويحتمل العبارة معنى آخر مبنياً على ارادة التوكيل من الوكالة، أي: لاحكم لتوكيل المتبرع بتوكيله ، بأن وكل أحداً في التصرف في مال غيره مثلاً فصولياً

وهو خلاف الظاهر، وإن كان أنسب بالمقام من الاول .

﴿ومن شرطها أن تقع منجزة ، فلا تصح﴾ لو كانت ﴿معاقة على شرط﴾ متوقع كقدوم الحاج ﴿ولاصفة﴾ متروقة كطلوع الشمس .

﴿و﴾ لكن ﴿يجوز تنجزها﴾ واشترط ﴿تأخير التصرف الى مدة﴾ بأن يقول : وكلتك الان في كذا ولكن لا تتصرف الا بعد شهر مثلا ، بخلاف في المقامين .

وفي صحة التصرف حيث فسدت بالتعليق بعد حصول المعاق عليه من أحد الامرين بالاذن الضمني قولان ، أجودهما : نعم ، ولكن الاحتياط مهما أمكن لا يترك .

﴿وليست﴾ الوكالة ﴿لازمة لاحدهما﴾ فلكل منهما ابطالها في حضور الآخر وغيبته، لكن ان عزل الوكيل نفسه بطالت مطلقا، وفي صحة التصرف بالاذن الضمني مامضى من احتمالها مطلقا وعدمها كذلك . وربما فرق هنا بين اعلام الموكل بالعزل فالثاني والا، الاول ، والثاني أشهر ، وفي ظاهر الغنية الاجماع عليه . ﴿ولا يعزل﴾ الوكيل بعزل الموكل ﴿مالم يعلم ان عزل﴾ مطلقا ﴿وان أشهد بالعزل على الاصح﴾ الاشهر ﴿و﴾ عليه فـ ﴿تصرفه قبل العلم﴾ بالعزل ﴿ماض على الموكل﴾ ليس له رده وان أشهد عليه .

والمستفاد من هذه العبارة وغيرها عدم اعتبار الظن ، وهو كذلك الا الظن المستفاد من أخبار الثقة فيعتبر ، لرواية ^(١) صحيحة ، وبه صرح جماعة . ويمكن أن ينزل عليه العبارة بحمل العلم فيها على ما يعم الظن القائم مقامه شرعاً .

﴿وتبطل﴾ الوكالة حيث أنها من العقود الجائزة ﴿بالموت والجنون﴾ مطلقا ولو أدوارياً ﴿والاغماء﴾ قليلا كان أو كثيراً من كل منهما كان هذه الثلاثة

بلاخلاف. ولو تصرف والحال هذه لم يصح .

قيل : ويجيء على جواز تصرفه مع رده ومع بطلان الوكالة بتعلقها على شرط، جواز تصرفه هنا بعد زوال المانع بالأذن العام، وفيه نظر ، بل القول بالعنع هنا أظهر .

﴿و﴾ كذا تبطل بـ ﴿تأف ما يتعلق به﴾ يعني مادل عليه لفظها مطابقة، كموت العبد الموكل في بيعه، والزوجة الموكلة في طلاقها . أو تضمناً كتلف الدينار الموكل في الشراء به . ولا فرق بين أن ينص على الشراء بعينه، أو يطلق بأن يقول: اشتر به .

وفي حكم التلف انتقاله عن ملكه، كما لو أعتق العبد الموكل في بيعه، أو باع العبد الموكل في عتقه .

وكذا تبطل بالحجر على الموكل فيما وكل فيه بالسفه أو الفلاس، وفي حكم الحجر بها طرو الرق على الموكل ، بأن كان حراً فاسترق، ولو كان وكيلاً صار بمنزلة توكيل عبد الغير .

ولا تبطل بالنوم وإن تناول مالم يؤد إلى الأغماء ، فتبطل من جهته لامن جهة النوم .

وحيث بطلت الوكالة لم تبطل الأمانة ، فلو تلف العين الموكل فيها في يده بغير تفريط لم يضمن .

وكذا لو كان وكيلاً في قبض حق، فقبضه بعد الموت مثلاً وقبل العلم به وتلف في يده بغير تفريط، لكن يجب عليه المبادرة إلى إيصال العين إلى الوارث، فإن أخر ضمن كسائر الأمانات الشرعية .

﴿ولو باع الوكيل﴾ العين الموكل فسي بيعها ﴿بشمن﴾ ، فأنكر الموكل الأذن ﴿في البيع﴾ بذلك القدر ، فالقول قول الموكل مع يمينه ﴿بلاخلاف﴾ .

﴿ثم﴾ لو حلف المالك بطل البيع و﴿تستعاد العين﴾ المبيعة ممن هي في يده ﴿ان كانت موجودة ، ومثلها أوقيمتها ان كانت مفقودة﴾ .
 ﴿وكذا﴾ تستعاد بمثلها أو قيمتها ﴿لو تعذر استعادتها﴾ بغير تلف كتغلب أو غيبة ، كل ذا على الأشهر الأظهر ، وفقاً للمبسوط ، خلافاً للنهاية فقال : ان على الوكيل اتمام ما حلف عليه المالك ، ووجهه غير واضح .

ما تصح الوكالة فيه :

﴿الثاني﴾ في بيان ﴿ما تصح فيه الوكالة﴾ شرعاً .
 ﴿وهو كل فعل﴾ يتكامل فيه شروط ثلاثة :
 أحدها - أن يكون مملوكاً له ، بمعنى كون مباشرته له ممكنة بحسب العقل والشرع ، فلا تجوز الوكالة في الأمور المستحيلة بالذات عقلاً والممنوعة شرعاً ، فلا تجوز في المعاصي كالغصب والسرقه والقتل مثلاً ، وأحكامها تلزم المباشر .
 ويعتبر الامكان المزبور من حين الوكالة الى وقت التصرف ، فلا تجوز في طلاق زوجة سينكحها ، ولا عتق عبد سيشتريه . نعم تجوز في الطلاق في طهر الواقعة والحيض ، وفي تزويج امرأة ثم طلاقها وشراء عبد ثم عتقه ، ونحو ذلك مما يقع التوكيل فيه تبعاً لما يجوز التوكيل مستقلاً فيه .

و ثانيها : أن ﴿لا يتعلق غرض الشارع فيه به﴾ وقوعه من ﴿مباشر معين﴾ كالعتق ، فان الغرض فيه فك الرقبة ، سواء أحدثه المالك أم غيره ، والطلاق فان الغرض فيه رفع الزوجية كذلك ﴿والبيع والنكاح﴾ وغيرهما من العقود والابقاعات . ولا تجوز فيما يتعلق غرضه بإيقاعه من مباشر معين .

ولاحلاف في شيء من ذلك ولا خفاء ، وانما الخفاء في مرجع معرفة الغرض في ذلك ، والظاهر أنه النقل ، اذ لا قاعدة له لم تنخرم ، وقد علم تعلق غرضه بجملة

من العبادات ، كاطهارة والصلاة الواجبة في حال الحياة ، فلا يستتاب فيها مطلقاً إلا ما استثنى من نحو الطواف الواجب بشرط ذكر في محله ، وركعتي الطواف حيث تجوز استنابة الحي في الحج الواجب والندب ، وأداء الزكاة ، وكالايمان والندور والقسم بين الزوجات والشهادات الا على سبيل الشهادة ، والظهار واللعان والجنابة .

وفي صحة التوكيل باثبات اليد على المباحات ، كالاصطياد والاحتطاب والاحتشاش قولان .

وثالثها: أن يكون معلوماً ، فلا يصح في المبهم والمجهول .

﴿وتصح الوكالة في الطلاق للغائب﴾ اجماعاً ﴿و﴾ في ﴿الحاضر على الاصح﴾ الاشهر ، خلافاً للشيخ والتقي فعنما عنها في الحاضر ، قيل : وعلى قول الشيخ يتحقق الغيبة بمفارقة مجلس الطلاق . وفيه نظر ، لان كلامه صريح في اشتراط عدم الحضور في البلد .

﴿و﴾ يجب أن ﴿يقتصر التوكيل﴾ في تصرفاته ﴿على ما عينه الموكل﴾ أو ما يشهد العادة بالاذن مع اطرادها أو دلالة القرائن ، كما لو أذن بالبيع نسيئة بقدر ، فباع نقداً به أو بأزيد ، الا أن يكون له غرض في التعيين ولو احتمالاً ، فلا يجوز التعدد حينئذ عنه ، الا أن يكون احتمالاً بعيداً ، بلاخلاف في شيء من ذلك ولا اشكال ، الا فيما حكموا به من صحة المعاملة مع المخالفة حيث جازت له ، بدلالة القرائن أو اطراد العادة مع ضمان العين ، لو عين لها محلاً تباع فيه فعُدل الى آخر فباعها فيه ، فربما يستشكل فيه ، ولكن ليس في محله .

﴿ولو عمم الوكالة صح﴾ اذا خصها من وجه ماله أو غيره بلاخلاف ، وكذا لو لم يخصصها بوجه ، كما اذا وكله في كل قليل وكثير مما له فعله ، على الاشهر الاقوى .

نعم يشترط في تصرفاته المصلحة ، فيمضي تصرفاته معها ﴿الامانة﴾
 الاقرار ﴿بمال﴾ ، أو ما يوجب حداً أو تعزيراً ، فلا يمضي فيه على الاشهر الاقوى ،
 فلا يلزم الموكل بما وكل في الاقرار به . ولا فرق في ذلك بين أن يطاق الوكالة
 بحيث تعم الاقرار بذلك ، أو يصرح بالتوكيل فيه على الاقوى ، كما مضى .

ما يشترط في الموكل :

﴿الثالث :﴾ في بيان ﴿الموكل :﴾

﴿ويشترط كونه مكلفاً﴾ كاملاً بالبلوغ والعقل ، فلا تصح وكالة الصبي
 والمجنون مطلقاً ، باذن الولي كان أم لا بخلاف ، الا في المميز البالغ عشرين ،
 فيجوز جماعة توكيله وتوكيله في نحو الصدقة والوصية والطلاق مما دلت
 الروايات^(١) على جوازها منه ، وهو حسن ان جاز الاعتماد عليها والا فلا .
 ﴿جائز التصرف﴾ فيما يوكل فيه برفع الحجر عنه فيه ، فلا تجوز وكالة
 السفه ولا المفلس فيما حجر عليهما فيه : وتصح في غيره . ولقد كان في ذكر هذا
 الشرط غنى عن الاول .

﴿ولا يوكل العبد﴾ القن أحداً فيما ليس له التصرف فيه ﴿الاباذن ولاه﴾
 ويصح له التوكيل في طلاق زوجته ان لم تكن أمة مولاه ، على الاشهر الاقوى .
 ثم المراد بالاذن ما يعم المصريح وما في حكمه . فلو كان مأذوناً في التجارة ،
 جاز أن يوكل فيما جرت العادة فيه بالوكالة .

﴿ولا كذا﴾ لا يجوز أن يوكل ﴿الوكيل﴾ فيما وكل فيه ﴿الا أن يؤذن﴾
 له بالتوكيل فيه أو بالتعميم كاصنع ماشئت ، أو بالفحوى كاتساع متعلقها
 بحيث تدل القرائن على الاذن له فيه ، كالزراعة في أماكن متباعدة لا تقوم لها الا

بمساعد. ومثله عجزه عن مباشرته وان لم يكن متسعاً مع علم الموكل به، وكترفع الوكيل عما وكل فيه عادة، فان توكله حينئذ دال بفحواه على الاذن له فيه مع علم الموكل بترفعه عن مثله والا لم يجز.

وحيث أذن له بالتوكيل، فان صرح بكون وكيله وكيلاً عنه أو عن الموكل لزمه حكم من يوكله، فينعزل في الاول بانعزاله، لانه فرع، ويعزل كل منهما له. وفي الثاني لا ينعزل الا بعزل الموكل، أو بما أبطل توكيله من جنون أو اغماء ونحوهما.

وان أطلق ففي كونه وكيلاً عنه، أو عن الموكل، أو تخير الوكيل في توكيله عن أيهما شاء أوجه. وكذا مع استفادته من العموم أو الفحوى، الا أن كونه وكيلاً عن الوكيل أقوى.

واعلم أن افظة « يوكل » في العبارة في المقامين ربما قرأ بفتح الكف، فمعناها حينئذ : لا يجوز للانسان أن يوكل عبد غيره ولا وكيل غيره الا باذنه. وهذا مع عدم مناسبته لسياق الكلام غير تام الحكم فيه في المقام الثاني على اطلاقه.

يجوز للاب والجد له ووصيهما أن يوكلوا عن له الولاية عليهم. ﴿وللحاكم﴾ الشرعي أيضاً ﴿أن يوكل عن السفهاء والبله﴾ والمجانين والصبيان الذين لا ولي لهم غيره.

ويشترط في الوصي أن لا يمنعه الموصى عن التوكيل، ومعه لا يجوز له. ﴿ويكره لذوي المروات﴾ وهم أهل الشرف والرفعة ﴿أن يتولوا المنازعة بنفسهم﴾ بل ينبغي لهم التوكيل فيها.

ما يشترط في الوكيل :

﴿الرابع:﴾ في بيان ﴿الوكيل:﴾

﴿ويشترط فيه كمال العقل﴾ بالبلوغ ورفع الحجر عنه بالجنون، فلا تصح وكالة الصبي والمجنون .

وفي اقتصاره على هذا الشرط دون الآخر الذي في الموكل ، قد مر دلالة على جواز كون المحجور عليه لغير نقص العقل في الجملة وكيلا لغيره فيما حجر عليه فيه من التصرف ، كالمفلس والسفيه مطلقا ولولم يأذن لهما الولي والعبد لكن مع اذن السيد .

﴿ويجوز أن تلي المرأة عقد النكاح لنفسها وبغيرها﴾ وكذا طلاق غيرها باجماعنا، أما طلاق نفسها فقولان، والمنع في الجملة أحوط، وإن كان الجواز أجود .

﴿والمسلم﴾ يجوز أن ﴿يتوكل للمسلم على المسلم﴾ وعلى ﴿الذمي، وللذمي على الذمي﴾ باختلاف .

﴿وفي﴾ جواز ﴿وكالته له﴾ أي وكالة المسلم للذمي ﴿على المسلم تردد﴾ واختلاف، فأكثر القدماء على المنع، حتى ادعى ابن زهرة عليه الاجماع، وعامة المتأخرين على الجواز لكن مع الكراهة، حتى ادعى الفاضل عليه الاجماع في التذكرة، ولا يخلو عن قرة، وإن كان الاولى أحوط بلاشبهة .

﴿والذمي يتوكل على الذمي للمسلم والذمي، ولا﴾ يجوز أن ﴿يتوكل﴾ الذمي ﴿على مسلم﴾ مطلقا لمسلم أو ذمي اجماعاً .

وكذا المحربي لا يتوكل على مسلم مطلقا، بل بطريق أولى . وإنما اقتصر الأصحاب على الذمي للتنبيه بالادنى على الأعلى .

ثم إن ظاهرهم اختصاص المنع بما إذا تضمن الوكالة نوعاً من القهر

والسلطنة ، فلو وكل لان يوقع عقداً لمسلم أو يعطيه ديناراً مثلاً صح ، وبه صرح جماعة الأئمة ابن زهرة صار الى المنع عن توكله على تزويج المسلمة من المسلم وعن توكل المسلم على تزويج المشركة من الكافر ، مدعياً عليه الاجماع .

﴿والوكيل أمين لا يضمن الا مع تعد أو تفريط﴾ ولا فرق في الوكيل بين كونه بجعل أو غيره .

مسائل تتعلق بالوكيل والموكل :

﴿الخامس: في﴾ بيان ﴿الاحكام، وهي مسائل :﴾

﴿الاولى : لو أمره﴾ الموكل ﴿بالبيع حالاً فباع مؤجلاً ولو بزيادة﴾

التمن عن المثل أو ماعين ﴿لم تصح﴾ أي لم تلزم ﴿ووقف على الاجازة﴾ فان أجاز صح ولزم والا فلا .

﴿وكذا﴾ لم تصح ووقف على الاجازة ﴿لو أمره ببيع مؤجلاً بضمن فباع بأقل منه عاجلاً﴾ .

هذا مع عدم اطراد العادة وفقد الفرائض الدالة على الاذن فيما خالف اليه، كما هو الغالب في المقامين ؛ وأما مع أحدهما فالوجه صحة البيع كما مضى .

﴿و﴾ لذا قالوا : ﴿لو باع﴾ في الصورة الثانية ﴿بمثله﴾ أي بمثل الثمن الذي عين له ﴿أو أكثر﴾ منه ﴿صح﴾ ولزم ، لانه زاده خيراً وبه يحصل اذن الفحوى قطعاً ﴿الآن يتعلق بالاجل غرض﴾ ولو احتمالاً لم يكن تادراً، كأن يخاف على الثمن ذهابه في النفقة مع احتياجه اليه بعده .

﴿ولو أمره بالبيع في موضع﴾ معين ﴿فباع في غيره بذلك الثمن﴾ المعين له أو بالمثل مع الاطلاق أو زائداً عليهما ﴿صح﴾ الا أن يعلم أو يظن غرض في تعيينه ، من جودة النقد ، أو كثرته ، أو حله ، أو صلاح أهله ، أو مودة بينهم وبين

مو كله ، فلا يصح ويقف على الاجازة .

﴿ولا كذا لو أمره ببيعه من انسان﴾ معين ﴿فباع من غيره ، فانه﴾ لم يازم بل ﴿يقف على الاجازة﴾ مطلقاً ﴿ولوباع بأزيد﴾ من الثمن المعين أو المثل ، الا اذا علم عدم تعلق غرض له بتعيينه وأن المقصود منه حصول الثمن كيف اتفق فيمكن الصحة، هذا كسابقه الآن اطلاق العبارة وغيرها يقتضي انسحاب الحكم هنا أيضاً ، فان كان اجماع ، والا فالاجود الصحة كما ذكرنا .

﴿الثانية﴾ : في بيان مسائل النزاع . ﴿اذا اختلفا في الوكالة﴾ ولاينة ﴿فالقول قول المنكر مع يمينه﴾ ولا فرق في المنكرين كونه الوكيل والموكل . ﴿ولو﴾ اتفقا عليه ولكن ﴿اختلفا في العزل أو في الاعلام أو في التفريط﴾ أو قيمة التالف بعد الاتفاق عليه ولاينة ﴿فالقول﴾ في جميع ذلك ﴿قول الوكيل﴾ بلاخلاف ﴿وكذا لو اختلفا في التالف﴾ فالقول فيه أيضاً قول الوكيل ، سواء ادعاه بأمر ظاهر أو خفي .

﴿ولو اختلفا في الرد فقولان ، أحدهما﴾ : ان ﴿القول قول الموكل مع يمينه﴾ ذهب اليه الحلبي والفاضلان والشهيدان وغيرهم . ﴿والثاني﴾ : ان ﴿القول قول الوكيل﴾ مع يمينه ﴿مالم يكن﴾ وكالته ﴿بجعل﴾ وهو أشبه ﴿وفقاً للمشهور واعتبار اليمين كما ذكرنا مما لاخلاف فيه ، وفي المسالك الاجماع .

﴿الثالثة﴾ : اذا زوجه امرأة ﴿مدعياً وكالته﴾ على تزويجها خصوصاً أو عموماً ﴿فأنكر﴾ ها ﴿الموكل﴾ ، فالقول قول المنكر مع يمينه ﴿وعدم بينة للمدعي بلاخلاف﴾ وعلى الوكيل مهرها ﴿كملاً وفقاً للنهاية﴾^(١) وجماعة .

﴿وروي﴾^(٢) أن لها عليه ﴿نصف مهرها﴾ ونحوها رواية أخرى ، وزيد

(١) النهاية ص ٣١٩ .

(٢) وسائل الشريعة ٢٨٨/١٣ ، ب ٤٠ .

فيها التعليل بما أشار اليه بقوله: ﴿لانه ضيع﴾ بترك الاشهاد ﴿بضعها﴾^(١) وهو أقوى ، بل قيل أشهر .

وهنا قول آخر بفساد أصل العقد الموجب لنفي أصل المهر ، وهو موافق للاصل ، الا أنه يجب تخصيصه بما مر من النص المعتبر .

﴿و﴾ كيف كان يجب ﴿على الزوج﴾ المنكر للوكالة ﴿أن يطلقها سرأ﴾ ان أبى عن الجهار ﴿ان كان وكل﴾ حقيقة ، فان لم يفعل كان مأثوماً وكان الحكم الظاهر حكم الاسلام ، وقد أباح لها أن تتزوج كما فيما مر من النص ، وعليه كافة الاصحاب ، لكن صرح جماعة باشتراطه بعدم تصديقها الوكيل على الوكالة ، والا فليس لها التزويج باعترافها وهو كذلك .

ولو امتنع من الطلاق لسم يجبر عليه ، وحينئذ ففي تسلطها على الفسخ دعماً للضرر ، أو تسلط الحاكم عليه أو على الطلاق ، أو بقائها كذلك حتى يموت أوجه . ولو أوقع الطلاق معلقاً على شرط ، كقوله : «ان كانت فلانة زوجتي فهي طالق» صحح ولم يكن اقراراً ولا تعليقاً مانعاً .

(١) كذا في النسخ ، ولكن في الرواية والمطبوع من المتن : حقها .

كتاب الوقوف والصدقات والهبات

﴿أما الوقف: فهو تحبیس الاصل واطلاق المنفعة﴾ واباحتها للجهة الموقوف عليها ، بحيث يتصرف فيه كيف شاء كغيرها من الاملاك .

والمراد به « تحبیس الاصل » المنع عن التصرف فيه تصرفاً نافلاً لملكه .
﴿ولفظه الصريح﴾ الذي لا يفتقر في دلالته عليه الى ضم قرينة ﴿وقفت، و﴾
أما ﴿ماعداه﴾ ف ﴿يفتقر الى القرينة الدالة على التأیید﴾ كاللفظ الدال عليه ، أو على نفي البيع والهبة والارث ، فيصير بذلك صريحاً ، سواء كان تصدقت ، أو حرمت أو أبدت ، أو حبست ، أو سبلت .

ولا يحكم بالوقف بشيء منها مجرداً عن القرينة وفاقاً للاكثر ، خلافاً للجماعة في الاخيرين فجعلوهما صريحاً كلفظ الوقف ، وفيه قول آخر غير ظاهر الوجه .
أما الثلاثة الاول ، فلا خلاف في عدم صراحتها . هذا كله في الحكم عليه بالظاهر ، والا فلو نوى الوقف فيما يفتقر الى القرينة وقع باطلاً ودين بنيته لو ادعاه .
وظاهر العبارة عدم اعتبار شيء آخر حتى القبول والقربة ، والاصح اعتبارهما والقابل هو الموقوف عليه اذا كان خاصاً والا فالحاكم ، ولا يعتبر قبول البطن الثاني .

﴿ويعتبر فيه﴾ أي في صحته ﴿القبض﴾ من الموقوف عليه أو من في حكمه ، بمعنى أن الانتقال مشروط به ، وقبله يكون العقد صحيحاً في نفسه لكنه ليس بنافذ فيجوز للواقف الفسخ قبله بلا خلاف .

وينفسخ بموت الواقف قبله أيضاً على الأشهر الأقوى . وكذا بموت الموقوف عليه على الأقرب ، سواء قبض البطن الثاني أم لا . والنماء المتخلل بينه وبين الوقف للواقف .

ولا يشترط في الورثة القبض ^(١) ، ولا خلاف في سقوط اعتباره في بقية الطبقات .

ثم لو وقف على الفقراء أو الفقهاء ، فلا بد من نصب قيم لقبض الوقف ، والنصب إلى الحاكم ، قيل : والأقرب جوازه للواقف مطلقاً ، سيما مع فقد الحاكم ومنصوبه ، ولا بأس به .

﴿ولو كان﴾ الوقف ﴿على مصلحة﴾ عامة ﴿كالتقاطر أو موضع عبادة كالمساجد﴾ قالوا : ﴿قبضه الناظر فيها﴾ أي : في تلك المصلحة ، فإن كان لها ناظر شرعي من قبله تولى القبض ، والا فالحاكم .

وأطلق بعضهم حصول القبض في نحو المساجد والمقابر بصلاة واحدة ودفن واحد فيها ، وقيد آخر بوقوع ذلك باذن الواقف ، وقيد ثالث بوقوعها بنية الإقباض أيضاً ، فلو أوقفها لابنته ، كما لو أوقفها قبل العلم ، أو بعده قبل الأذن فيهما ، أو بعدهما لابنية القبض : أما للذهول منه أو لغير ذلك ، لم يلزم . قالوا : هذا إذا لم يقبضه الحاكم الشرعي أو منصوبه ، والا فالأقوى الاكتفاء به إذا وقع باذن الواقف ، لأنه نائب المسلمين . وهو حسن .

﴿ولو كان﴾ الوقف ﴿على طفل﴾ أو مجنون ﴿قبضه الولي﴾ لهما ﴿كلاب

(١) في « ن » : ولا يشترط فورية القبض .

والجد للاب ❀ بلاخلاف ❀ أو الوصي ❀ لاحدهما مع عدهما على الاقوى .
❀ ولو وقف عليه ❀ أي على الطفل ومن في معناه ❀ الاب أو الجد له صح ❀
ولزم . ولم يحتج الى اقباض من أحد بلاخلاف ❀ لانه مقبوض بيده ❀ كما في
الصحيح^(١) . وإطلاقه كعبارة المتن وكثير يقتضي الاكتفاء بقبضهما وان تجرد عن
نية القبض عنهما ، واحتمل بعضهم اعتبار ذلك .

وفي معناه ما اذا كان الموقوف تحت يده الموقوف عليه بوديعة أو عارية أو
نحوهما ، ولا بأس به .

ولو كان القبض واقعاً بغير اذن الواقف ، كالمقبوض بالغصب والشراء الفاسد
ففي الاكتفاء به نظر وعلل العدم هنا أظهر .

❀ والنظر ❀ في هذا الكتاب ❀ اما في الشروط أو ❀ في ❀ اللواحق ❀ .
❀ والشروط ❀ زيادة على الامر ❀ أربعة أقسام ❀ من حيث أن أركانه أربعة ،
كل قسم منها يتعلق بأحدها .

ما يشترط في أصل الوقف :

❀ الاول : في ❀ ما يتعلق به ❀ الوقف ❀ .
❀ ويشترط فيه التنجيز ❀ فلو علقه على شرط متوقع ، أو صفة مترتبة ، أو جعل له
الخيار في فسخه متى شاء من دون حاجة ، بطل ، بلاخلاف فيه ولا في الصحة ، لو
كان المعاق عليه واقعاً والواقف عالم بوقوعه ، كقوله : وقفت ان كان اليوم الجمعة
مثلاً .

❀ والدوام والاقباض ❀ من الموقوف عليه ومن في حكمه ، والاقوى أن
الاقباض في كل شيء بحسبه كما مر .

❀ وإخراجه عن نفسه . فلو كان ❀ وقفه ❀ الى أمده ❀ كشهري أو سنة مثلاً بطل

لاشترط التأييد في صحته، وفاقاً للاكثر، وفي الغنية الاجماع . وحيث بطل وفقاً
 ﴿كان حبساً﴾ على الاشهر الاقوى .

هذا اذا قصده بالفظ الوقف . ولو قصد الوقف الحقيقي، وجب القطع بالبطلان
 مطلقاً .

﴿ولو جعله لمن ينقرض غالباً﴾ ولم يذكر المصنف بعده واقتصر على بطن
 أو بطون ﴿صح﴾ حبساً أيضاً وفاقاً لجماعة .

﴿ويرجع﴾ الوقف ﴿بعد موت الموقوف عليه الى ورثة الواقف طلقاً﴾
 أي ملكاً ان مات قبل الموقوف عليه ، والا فاليه ثم اليهم .

﴿وقيل:﴾ انه ﴿ينتقل الى ورثة الموقوف عليه﴾ والقائل المفيد والحلي
 وهو ضعيف ، سيما على المختار من صحته حبساً ، فقد نفى الخلاف والاشكال
 عن المختار في المسالك على تنديده . ﴿و﴾ مع ذلك ﴿الاول﴾ وهو المختار
 هنا ﴿مروي﴾^(١) .

ثم على المختار من العود الى الواقف أو ورثته، هل المراد بهم ورثته حين
 انقراض الموقوف عليه ، أو الورثة عند موته ويسترسل فيه الى أن يصادف
 الانقراض؟ قولان، والثاني أقوى .

وتظهر الثمرة فيما لو مات الواقف عن ولدين، ثم مات أحدهما عن ولد قبل
 الانقراض ، فعلى الاول يرجع الى الولد الباقي خاصة ، وعلى الثاني يشترك هو
 وابن أخيه بتلقيه من أبيه كما لو كان حياً .

واعلم أن هذا الوقف يسمى «منقطع الآخر» ويتفرع على الشرط الثاني ، أمر
 فلا وجه لاعادة ذكره .

وأما ما يتفرع على الثالث أنه لو وقفه على نفسه، بطل بالاضافة اليه مطلقاً،

وان عقبه بما يصح الوقف عليه بلاخلاف . وفي صحته بالاضافة الى عقبه حيث يذكره قولان ، أظهرهما : العدم ، وفقاً للاكثر ، ويسمى هذا الوقف بـ « منقطع الاول » .

ولو وقفه على من يصح الوقف عليه ، ثم على نفسه ، ثم على غيره ممن يصح الوقف عليه ، سمي بـ « منقطع الوسط » .

وفي حكم الوقف على نفسه الوقف من لا يصح الوقف عليه ، كالدعوم والميت والمملوك والمختار في الجميع بطلان ما بعد الانقطاع .

ولو وقف على نفسه وغيره جمعاً بالواو ، ففي صحة الوقف على الغير في النصف ، أو الجميع ، أو البطلان من أصله أوجه .

وكذا فيما لو وقف على نفسه والفقراء ، ففي صحة النصف ، أو الثلاثة الارباع ، أو الجميع ، أو البطلان من الاصل أوجه ، وأوجهها في المقامين البطلان . ويتفرع على هذا الشرط عدم صحة الوقف اذا شرط قضاء ديونه أو ادراء مؤنته منه ونحو ذلك . ولو شرط أكل أهله منه ، صح الشرط .

﴿ ولو ﴾ وقف و﴿ شرط عوده ﴾ اليه ﴿ عند الحاجة ﴾ ، فـ ﴿ في صحة الوقف والشرط ﴾ ، أو فسادهما ﴿ قولان ﴾ ، أشبههما : البطلان رأساً ، وفقاً لجماعة ، خلافاً لآخرين ، ولا يخلو عن قوة ، مع أنه أحوط في الجملة ، وعليه فلا ريب في الرجوع مع الحاجة .

ولو مات ولم يحتج ، فهل يرجع الى ورثة الواقف فيكون حبساً ، أم لا يرجع ويكون وفقاً ؟ قولان ، أظهرهما : الاول .

وهل يعود بالاحتياج أو يقف على اختياره ؟ وجهان ، والظاهر الاول . والمرجع في الحاجة اليه الى العرف ، وذكر جماعة أن مستحق الزكاة محتاج ، وفي اطلاقه نظر . ونحوه تفسيرها بقصور المال عن قوت يومه وليلته وبسؤاله لغيره ، ولكنه أحوط .

ما يشترط في الموقوف :

﴿الثاني: في﴾ ما يتعلق به ﴿الموقوف﴾

﴿ويشترط أن يكون عيناً﴾ معلومة ﴿مملوكة ينتفع بها مع بقاء عينها انتفاعاً محلاً﴾ فلا يصح وقف المنفعة، ولا الدين، ولا الميهم، ولا الخمر والخنزير ونحوهما من المسلم، ولا ملك الغير وإن أجاز على الأقوى، ولا ما لا ينتفع بها، أو ينتفع مع ذهاب العين، كالخبز والطعام والفلكهة ونحوها، ولا ما لا ينتفع به انتفاعاً محرماً مطلقاً، كآلات اللهو وهياكل العبادة المبتدعة .

ولا يعتبر في الانتفاع فعليته، بل يكفي المتوقع، كالعبد والجحش الصغيرين، والزمن الذي يرجى زوال زمانته . ولا طول زمانه، فيصح وقف ريحان يسرع فساده، وفاقاً للاكثر .

﴿ويصح اقباضها﴾ فلا يصح وقف الطير في الهواء، ولا السمك في الماء، ولا الأبق، ولا المغصوب ونحوهما .

ولو وقفها على من يتمكن من قبضها، صح على الأقوى .

وحيث اجتمعت في العين الشرائط المعتبرة، صح وقفها ﴿مشاعة كانت أو مقسومة﴾ اجماعاً منا .

ما يشترط في الواقف :

﴿الثالث: في﴾ ما يتعلق به ﴿الواقف﴾

﴿ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل وجواز التصرف﴾ برفع الحجر في التصرفات المالية، فلا يصح من الصغير والمجنون والسفيه والعماس .

﴿وفي﴾ صحة ﴿وقف من بلغ عشرين عاماً﴾ واختلاف بين الاصحاب،

و ﴿المروي﴾ في النصوص ^(١) المستفيضة ﴿جواز صدقته﴾ وإطلاق الصدقة فيها أعمومها يشمل الوقف أيضاً، مضافاً الى عدم قائل بالفرق ظاهراً .
 ﴿والاولى المنع﴾ وفاقاً للاكثر ، بل عليه عامة من تأخر، لقوة الادالة المانعة ، ورجحانها على هذه المستفيضة من وجوه عديدة منها شدوذها، كما صرح به جماعة .

﴿ويجوز أن يجعل الواقف النظر﴾ في الموقوف ﴿لنفسه﴾ ويشترطه في متن العقد ﴿على الاشبه﴾ الاشهر ، ونفى عنه الخلاف جمع ، وفي المختلف الاجماع ، خلافاً للحلي فمنع، وهو شاذ. ويجوز أن يجعله لغيره قولاً واحداً .
 ﴿وان أطلق﴾ العقد ولم يشترط النظارة لنفسه ولا لغيره ﴿فالنظر لارباب الوقف﴾ الموقوف عليهم .

ولافرق بين كون الموقوف عليه خاصاً أو عاماً. وبني الحكم هنا جماعة على انتقال الملك، فقالوا: ان جعلناه للمواقف أو الموقوف عليه مطلقاً، فالنظر له، وان جعلناه للموقوف عليه ان كان معيناً، ولله سبحانه ان كان عاماً، فالنظر في الاول الى الموقوف عليه ، وللحاكم الشرعي في الثاني ، لانه الناظر العام، وهو حسن .
 ويكون الواقف حيث لا يكون النظر اليه بعد العقد كلاجنبي .

وحيث اشترط النظر لنفسه، فقد اختلف الاصحاب في اعتبار عدائته على قولين، بعد اتفاقهم على اعتبارها في الغير اذا اشترط النظر له ، والاصل يقتضي العدم .

قالوا : ويشترط في الناظر - مضافاً الى العدالة - الاهتداء الى التصرف، وأنه لو عرض له الفسق انعزل، فان عاد عادت ان كان مشروطاً من الواقف . ولا يجب على المشروط له القبول ، ولو قبل لم يجب عليه الاستمرار . وحيث يبطل النظر

يصير كما لو لم يشترط .

وظيفة الناظر مع الاطلاق العمارة والاجارة وتحصيل الغلة وقسمتها على مستحقتها .

ولو فوض اليه بعضها، لم يتعده. ولو جعله لاثنين وأطلق، لم يستقل أحدهما بالتصرف .

وليس للواقف عزل الشروط له النفاذة في العقد، وله عزل المنصوب من قبله لو شرط النظر لنفسه فولاه . ولو آجر الناظر مدة ، فزادت الاجرة فيها ، أو ظهر طالب بالزيادة ، لم يفسخ العقد ، الا أن يكون في زمن خياره فيتعين عليه الفسخ .

ثم ان شرط له شيئاً عوضاً عن عمله ، ازم وليس له غيره ، والا فله أجره المثل عن عمله ، مع قصده الاجرة به وقضاء العادة بعدم تبرعه به . ولا يجوز لغير الناظر التصرف فيه الا باذنه، ولو كان مستحقاً والناظر غير مستحق .

ما يشترط في الموقوف عليه وأحكامه :

﴿الرابع: في﴾ ما يتعلق بـ ﴿الموقوف عليه﴾ .

﴿ويشترط وجوده﴾ أو إمكانه مع تبعيته لموجود حين العقد ﴿وتعينه﴾ بالشخص أو الوصف المميز، كالمسلم، أو المؤمن، أو العالم، أو نحو ذلك .

﴿وأن يكون ممن يملك، وأن لا يكون الوقف عليه محرماً﴾ .

﴿ولو وقف على من سيوجد﴾ من المعدوم المحض، أو غير ممكن الوجود في العادة كالمليت وان جعله تابلاً، أو غير المعين كأحد هذين ، أو رجل من بني آدم أو نحو ذلك، أو من لم يكن قابلاً للملك كالجمل والعبد بناءً على الاظهر الاشهر ﴿لم يصح﴾ .

نعم العبد على القول بتملكه يصح الوقف عليه اذا قبل مولاه ، وان كان محجوراً عليه . وحيث لا يصح الوقف عليه لا يكون وقفاً على سيده عندنا . ويستثنى منه العبد المعد لخدمة الكعبة والمشهد والمسجد ونحوها من المصالح العامة ، ونحوه الدابة المعدة لذلك .

ويصح الوقف على المساجد والقناطر بحسب اللفظ ، ولا يصح على الزناة والعصاة من حيث هم كذلك . أما لو وقف على شخص متصف بذلك ، لامن حيث كون الوصف مناط الموقوف ، صح ، سواء أطلق أو قصد جهة محللة .

﴿ولو وقف على موجود﴾ ممن يصح الوقف عليه ﴿وبعده على من يوجد﴾ مثله ﴿صح﴾ .

﴿والوقف على البر﴾ مع الاطلاق وعدم تعيين وجه منها في متن العقد ﴿يصرف الى الفقراء ووجوه القرب﴾ كمنع طلبية العلم ، وعماردة المساجد والقناطر والمدارس والمشاهد ، واعانة الحاج والزائرين ونحو ذلك . وفي جواز صرفه في مطلق نفع المسلمين وجه قوي .

﴿ولا يصح وقف المسلم على البيع والكنائس﴾ أي معابد اليهود والنصارى وان قلنا بجواز الوقف عليهم .

﴿ولو وقف على ذلك﴾ أي البيع والكنائس ﴿الكافر﴾ الذي يعتد صحة الوقف عليهما ويحصل منه ببعثه التقرب الى الله تعالى ﴿صح﴾ على الاصح الاشهر ، بل لم أقف على مخالف سوى الماتن هنا . فقال : ﴿وفيه وجه آخر﴾ بالعدم ، وفيه ضعف . وفي جواز وقف الكافر على بيوت النيران قولان .

﴿ولا يقف المسلم على الحربي﴾ مطلقاً ﴿ولو كان﴾ له ﴿رحماً﴾ قريباً على الاقوى .

﴿ويقف﴾ المسلم ﴿على الذمي ولو كان أجنبياً﴾ على قول اختاره المصنف

هنا وفي الشرائع^(١) خاصة ، ولم أجد قائلاً به غيره، وهو ضعيف غايته، كالقول بالمنع مطلقاً ولو كان ذا قرابة .

والاجود التفصيل بينه فالصحة وبين الاجنبي فالفساد كما عليه جماعة ، وظاهر الغنية عدم الخلاف في الاول ، وفي صريح الخلاف الاجماع . ومن الادلة على هذا التفصيل يتعدى الحكم الى سائر معاندي الحق منعاً وجوازاً .

﴿ولو وقف المسلم على الفقراء﴾ أو العلماء أو نحوهما مما يدل على وصف مع العموم لغة ﴿انصرف الى﴾ ذي الوصف من ﴿فقراء المسلمين﴾ وعامائهم . ﴿واو كان﴾ الواقف المتلفظ بتلك اللفظة ﴿كافراً﴾ انصرف الى ﴿ذي الوصف من﴾ فقراء نحلته ﴿وملته﴾ بالخلاف ، عدلاً بالعرف وشهادة الحال المخصصين للعدم ، ومع فقدتهما يتجه الاخذ بالعموم .

ومقتضى القاعدة انصراف الوصف الى ذي الوصف من أهل مذهب الواقف لامتطافاً . فلو وقف امامي على الفقراء ، انصرف الى فقراء الامامية ، دون سائر فرق الاسلام الباطلة ، وكذا في صورة العكس ، ولعله مراد الاصحاب ، وان كان عبائهم مطلقة ، لكن سيأتي من الخلاف ما ربما يعارضه .

﴿والمسلمون﴾ حيث يوقف عليهم يراد بهم ﴿من صلى الى القبلة﴾ وفسر في المشهور بمن اعتقد الصلاة اليها وان لم يصل لامستحلاً ، خلافاً للمفيد فاعتبر فعلية الصلاة اليها . ولا فرق عندهم بين كون الواقف محقاً أو مبطلاً ، خلافاً للمحاي في الاول فخصهم فيه بالمؤمنين ، وهو أقوى . ويستثنى منهم الفرق المحكوم بكفرهم اتفاقاً شرعاً .

﴿والمؤمنون﴾ حيث يوقف عليهم ﴿الاثناعشرية﴾ أي القائلون بالائمة الاثناعشر سلام الله تعالى عليهم ﴿وهم الامامية﴾ الان الذين لا يعتبر في صدق

الامامية عليهم اجتنابهم الكبائر اتفاقاً. كما حكاها جماعة على الاظهر .
 ﴿وقيل:﴾ هم ﴿مجتنبوا الكبائر﴾ منهم ﴿خاصة﴾ فلا يشمل الواف عليهم
 الفسقة ، والقائل جماعة من القدماء .

ومنشأ الاختلاف ، هو اختلاف النصوص ، والجمع بينها يقتضي المصير
 الى الاول، والاولى الرجوع الى عرف الواقف وشهادة حاله ، حتى لو كان ممن
 يذهب الى الثاني ، وظهر من قرائن أحواله ارادته مطلق الامامي حتى الفسقة منهم
 عم وقفه لهم ، واذا جهل عرفه وانتفت القرائن فالمذهب هو الاول ، وان كان
 الثاني لعله أحوط .

ثم كل ذا اذا كان الواقف منهم ، ويشكل لو كان من غيرهم، وان كان اطلاق
 العبارة وغيرها يقتضي عدم الفرق ، ولكن المصير اليه أحوط ، اذا لم يكن ثمة
 حال ، والاتبع بلا اشكال .

﴿و﴾ لو وقف على ﴿الشيعية﴾ انصرف الى من شايح علياً عليه السلام وقدمه
 على غيره في الامامة ، وان لم يوافق على اقامة باقي الائمة عليه السلام ، فيدخل فيهم
 ﴿الامامية والجارودية﴾ من الزيدية والاسماعيلية غير الملاحدة منهم وغيرهم
 من الفرق الانية .

وخص الجارودية من الفرق الزيدية ، لانه لا يقول منهم بامامته عليه السلام دون
 غيره من المشايخ سواهم ، فان الصالحية منهم والسليمانية والبترية يقولون بامامة
 الشيخين ، وان اختلفوا في غيرهما .

وانصرف الشيعية الى هاتين الطائفتين هو المشهور ، خلافاً للحلي وغيره
 فيتبع مذهب الواقف ، فلو كان من الامامية انصرف وقفه اليهم خاصة ، وكذا لو
 كان من الجارودية انصرف اليهم، وهكذا لو كان من سائر الفرق الباقية فينصرف
 الى أهل مذهبه ، عملاً بشاهد الحال ، ولا ريب فيه مع حصوله ، والا فالالزام

دوران الامر مدار اللفظ وعمومه .

﴿و﴾ لو وقف على ﴿الزيدية﴾ انصرف الى كل ﴿من يقول بامامة زيد﴾ ابن علي عليه السلام ومن خرج من ولد فاطمة عليها الصلاة والسلام عالماً زاهداً شجاعاً داعياً الى نفسه بالسيف .

﴿و﴾ لو وقف على ﴿الفتحية﴾ انصرف الى ﴿من قال بـ﴾ امامة ﴿الافتح﴾ عبدالله بن جعفر بن محمد عليه السلام .

﴿و﴾ لو وقف على ﴿الاسماعيلية﴾ انصرف الى كل ﴿من قال بـ﴾ امامة ﴿اسماعيل بن جعفر﴾ بن محمد عليه السلام ، قيل : وهم فرق .

﴿و﴾ لو وقف على ﴿الناوسية﴾ انصرف الى ﴿من وقف﴾ في عداد الائمة عليه السلام ﴿على جعفر بن محمد﴾ الصادق عليه السلام ، وقالوا : انه حي لن يموت حتى ينلهر ويظهر أمره ، وهو القائم المهدي .

﴿و﴾ لو وقف على ﴿الواقفية﴾ انصرف الى كل ﴿من وقف﴾ بالامامة ﴿على موسى بن جعفر﴾ وينكر موته ويدعي أنه قائم الائمة عليه السلام .

﴿و﴾ لو وقف على ﴿الكيسانية﴾ انصرف الى كل ﴿من قال بامامة محمد ابن الحنفية﴾ بعد الحسين عليه السلام وأنه حي غائب في جبل رضوى .

﴿ولولو وصفهم﴾ الواقف ﴿بنسبة الى عالم﴾ ، كان لمن دان ﴿وقال﴾ بمقلته ﴿ومذهبه﴾ كالحنفية ﴿والشافعية والمالكية والحنبلية﴾ .

﴿ولونسبهم الى أب﴾ كالامثلة الاتية ﴿كان﴾ الوقف منصرفاً ﴿لمن انتسب اليه﴾ أي الى ذلك الاب ﴿بالابناء دون البنات﴾ على الاشهر الاحوط بل الاظهر ، وذلك ﴿ك﴾ ما لو وقف على الطائفة ﴿العلوية والهاشمية﴾ فينصرف الى من ولده علي وهاشم بأبيه ، أي من اتصل اليهما بالاب وان على دون الام .

﴿ويتساوى فيه﴾ أي في ذلك الوقف استحقاقاً وقدراً ﴿الذكور والانات﴾
وان وقع بلفظ الذكور كالأشبهين والعلوين .

﴿و﴾ اذا وقف على ﴿قومه﴾ انصرف الى ﴿أهل لغته﴾ على الأشهر ،
وان اختلفوا في الاطلاق والتقييد بالذكور منهم خاصة ، وهو أحوط بل وأظهر .
وقيل : بالرجوع الى المعلوم من قصده مع امكانه ، والا فالى المعروف
من ذلك الاطلاق عند قومهم ، ولاريب فيه مع امكانه ، وانما الاشكال مع عدمه .

وقيل : بالرجوع الى الرجال من قبيلته ممن يطلق العرف بأنهم أهله وعشيرته
ولاريب أنه أحوط اذا كان عشيرته من أهل لغته ، ولم يكن ثمة شاهد حال ينصرف
الوقف الى غيرهم . ويشكل اذا كانوا من غير أهل لغته أو وجد شاهد حال ينصرف
الى غيرهم مع عدم تعيينهم ، والاولى فيه الرجوع الى الأشهر .

﴿و﴾ اذا وقف على ﴿عشيرته﴾ انصرف الى المخاص من قومهم الذين هم
﴿الادنون﴾ والقرييون منه ﴿في نسبه﴾ على الأشهر الاظهر .

﴿ويرجع في الجيران﴾ اذا وقف عليهم ﴿الى العرف﴾ لانه المحكم فيما
لم يرد به من الشرع بيان ، ولكن لم أقف على قائل به عدا الفاضلين ، ولاريب
فيه مع معلوميته وشهادة الحال بانصراف الوقف اليه ، ولعله لانزاع فيه ، بل هو
مختص بصورة فقد الشاهد .

﴿و﴾ الأقوى فيه ما ﴿قيل﴾ : من أنه هو ﴿من يلي داره﴾ أي دار الوقف
﴿الى أربعين ذراعاً﴾ بالذراع الشرعي من كل جانب ، وفي الغنية الاجماع عليه .
﴿وقيل﴾ : هو من يلي داره ﴿الى أربعين داراً﴾ وهو ﴿مع جهالة
قائله شاذ﴾ ﴿مطروح﴾ ولكن دل عليه روايات^(١) معتبرة ، لكنها شاذة موافقة لمذهب
عائشة .

﴿ولو وقف على مصلحة﴾ خاصة من مصالح المسلمين، كالمساجد والقناطر وشبهها ﴿فبطلت﴾ واندرس رسمها ﴿قيل: يصرف في﴾ وجوه ﴿البر﴾ والفاضل الشيخ وباقي الجماعة، من غير خلاف بينهم أجده، وفي جملة من العبارات إيماء الى الاجماع .

وفي وجوب صرفه في الاقرب الى تلك المصلحة، فيصرف وقف المسجد الى مسجد آخر، والمدرسة الى مثلها، وجوازه في مطلق القرب وجهان، أحوطهما: الاول .

ثم ان أصل الحكم لارباب فيه لو كان المذكور بخصوصه من المصلحة الخاصة مما لا يعلم بانقطاعه غالباً، كما ذكرنا من الامثلة. ولو علم انقطاعها كذلك، ففي انسحاب الحكم فيه أول حقوقه بالوقف المنقطع الاخر وجهان، والاحتياط لا ينبغي تركه في نحو المقام .

﴿واذا﴾ وقف على جماعة و﴿شرط ادخال من يوجد من الموجود﴾ منهم ﴿صح﴾ ولا كذلك لو شرط اخراج من يريد منهم، أو نقله عنهم الى من سيوجد فلا يصح الوقف بلاخلاف في الاول، وعلى الاشهر الاظهر في الثاني، وان كان الصحة في الجملة أحوط .

﴿ولو أطلق الوقف﴾ وجرده عن هذا الشرط ﴿وأقبض﴾ الموقوف من الموقوف عليه أو من في حكمه ﴿لم يصح ادخال غيرهم معهم﴾ مطلقاً ﴿أولاداً﴾ كانوا أو أجنباً ﴿على الاشهر الاظهر﴾ .

﴿وهل له﴾ مع الاطلاق وعدم الشرط ﴿ذلك﴾ أي الادخال ﴿مع أصاغر ولده﴾ لو وقف عليهم ؟ ﴿فيه خلاف﴾ بين الاصحاب ﴿والجواز مروي﴾^(١) في أخبار لا يخلو عن قصور في سندہ أضعف في دلالته، ويمكن حملها على صورة

عدم الافباض ، والاشهر الاظهر عدم الجواز مطلقاً .
 ﴿أما النقل عنهم﴾ أي عن الموقوف عليهم أولاداً كانوا أو أجنب ﴿فغير جائز﴾ قولاً واحداً .

مسائل في أحكام الوقف :

﴿وأما اللواحق فمسائل :﴾

﴿الاولى : اذا وقف في سبيل الله، انصرف الى﴾ مطلق ﴿القرب، كالحج والجهاد والعمرة وبناء المساجد﴾ والقناطر ونفع المحاويع وغير ذلك ، على الاظهر الاشهر ، وفيه قولان آخران شاذان ولا فرق فيه عند الاكثر بين أن يقتصر على سبيل الله ، أو يضم الثواب وسبيل الخير .

ولاتجب قسمة الفائدة اثلاثاً ، خلافاً للشيخ في أحد قوليهِ ، وهو أيضاً شاذ .
 ﴿الثانية : اذا وقف على مواليه دخل﴾ فيهم ﴿الاعلون﴾ المعنوقون له ﴿والادنون﴾ الذين أعتقهم، ولاريب فيه مع القرينة الدالة على دخولهم أجمع كما لاريب في دخول بعضهم بها خاصة دون الآخر ، وفي حكمها تفسيره حيث انتفت، فيرجع الى مايفسرهُ . وانما الاشكال مع عدمهما، كأن وقف على مدلول هذه اللفظة ، والاصح القول بالبطلان ، وفاقاً لجماعة .

﴿الثالثة : اذا وقف على أولاده﴾ اختص في المشهور - كما قيل - بأولاد صلبه دون أولاد أولاده ، ولا بأس به حيث يتبادرونهم دونهم ، والا فالعموم لهم مقتضى الاصل اللغوي .

وحيثما دخل أولاد الاولاد بذلك، أو بالتصريح بالوقف عليهم ﴿اشترك أولاد البنين والبنات ، الذكور﴾ منهم ﴿والاناث بالسوية﴾ .
 وكما يدخل الاناث في أولاد الواقف ، كذا يدخل الخنثي مطلقاً ، حصرناهم

في البنين والبنات أم جعلناهم طبقة ثالثة . ولا كذلك لو وقف على أولاد البنين خاصة أو البنات كذلك، فلا يدخل أولاد الخنثائي .
ولو جمع بينهما كأن وقف على أولاد البنين والبنات، ففي دخول أولادهم قولان .

﴿الرابعة : اذا وقف على الفقراء ، انصرف﴾ نماء الوقف ﴿على فقراء البلد﴾ أي بلد الواقف ﴿ومن يحضره﴾ منهم خاصة .
﴿وكذا﴾ لو وقف على ﴿كل قبيلة متبددة﴾ غير منحصرة ممن يكون الوقف عليهم وفقاً على الجهة المخصوصة لأعلى أشخاصها ﴿كالعلوية والهاشمية والتميمية﴾ ونحوهم من الطوائف الغير المنحصرة، فمن حضر منهم بلد الوقف صرف النماء اليهم .

﴿ولا يجب تتبع من لم يحضره﴾ منهم بغير خلاف للنص^(١)، وظاهره النهي عن التتبع، وبه أفتى بعضهم، لكن قيده بصورة وجود المستحق في البلد ، وهو أحوط ، خلافاً للمشهورين فجوزاه مطلقاً ، كما هو ظاهر المتن وأمله أقوى .
ثم ان ظاهره كالمتمن وكثير وجوب الصرف الى جميع من في البلد ، وهو أحوط ، وان كان في تعينه نظر . ولانجب التسوية في القسمة على تقديره ، بلا خلاف يظهر .

وعلى المختار فهل يجب استيعاب الثلاثة، أويجوز الاقتصار على اثنين، أو الواحد أقوال، أجودها الاخير، وان كان أحوطها الاول حيث لا يحتاط باستيعاب جميع من في البلد .

﴿الخامسة: لايجوز اخراج الوقف عن شرطه﴾ الذي شرط فيه مع شرعيته، فتجب مراعاته من ترتيب ، أو تشريك ، أو تفضيل في المنافع ، أو تسوية فيها.

﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ يجوز ﴿بيعه﴾ ولا هبته ، ولا غير ذلك من الأسباب النافذة للعين ، بلا خلاف فيه في الجملة ، وبالإجماع عليه كذلك صرح جماعة ، فلا شبهة في ذلك ﴿الأن يقع خلف﴾ ونزاع بين أربابه ﴿يؤدي الى فساد﴾ وخرابه ، فيجوز بيعه حينئذ ﴿على تردد﴾ واختلاف بين الأصحاب ، ولكن الأشهر بل الأظهر الجواز ، وينبغي صرف ثمنه الى وقف آخر يضاهي وقف المالك ، توصلا الى غرضه أو ما يقرب منه مهما أمكن .

وربما يستثنى من المنع عن البيع صورتان أخريان :

أحدهما : إذا أحدث بالموقف عليهم ما يمنع الشرع به عن معونتهم والقربة الى الله تعالى بصلتهم .

والثانية : ما لو خرج الموقوف عن الانتفاع به فيما وقف عليه ، كجذع منكسر وحمير خلق ونحوهما ، فيتولي المتولي الخاص بيعه ، أو الحاكم مع عدمه ، أو سائر عدول المؤمنين وشراء ما ينتفع به .

ولابأس باستثناء هذه الصورة حيث لا ينتفع به بوجه من الوجوه ، وأما الأولى فالأظهر عدم استثنائها ، ويلحقها حينئذ حكم الوقف على مصلحة بطل رسمها ، فيصرف في وجوه البر .

﴿السادسة : اطلاق الوقف﴾ على نحو الأولاد أو الأخوة أو الأعمام أو الأخوال أو مطلق ذي القرابة ﴿يقتضي التسوية﴾ بين ذكورهم وأنثاهم في الحصص لا يفضل بعضهم على بعض بالكلية ، على الأشهر الأظهر .

﴿فان فضل﴾ الذكور على الاناث ، أو بالعكس ، أو بعضاً منهما على بعض ﴿لزم﴾ بلا خلاف . وكذا لو قال : على كتاب الله تعالى وسنة نبيه ﷺ في الميراث كما لو صرح بالعكس .

﴿السابعة : اذا وقف على الفقراء﴾ أو الفقهاء أو العلماء أو نحوهما من ذوي

الاصناف الذين جعل الوقف لهم من حيث الوصف دون الشخص ﴿وكان﴾
الواقف ﴿منهم﴾ أي بصفتهم حال الوقف ، أو اتصف بها بعده ﴿جاز أن﴾
يشركونهم ﴿فيه مطلقاً على الاظهر الاشهر، حتى أن في الغنية وغيره الاجماع.

أحكام السكنى والعمرى :

﴿ومن اللواحق: مسائل﴾ تتعلق بـ ﴿السكنى والعمرى﴾ والرقبى، والثلاثة
ثابتة بالنص^(١) والاجماع .

﴿وهي تفتقر الى الايجاب والقبول والقبض﴾ بلاخلاف، الا في اشتراط
القبول فسي السكنى المطلقة الغير المقيدة بعمر ولا مدة ، فقييل : يمكن القول
بعدم اشتراطه فيها ، وفي دليله مناقشة ، ولا يشترط فيه القرينة على الاقوى . نعم
يشترط في حصول الثواب دون الصحة .

﴿وفائدتهما التسليط على استيفاء المنفعة تبرعاً مع بقاء المالك للمالك﴾
بغير خلاف فيه عندنا كما قيل . ونحوهما في الافادة لهذه الفائدة الرقبى، ولا فرق
بينها في هذه الفائدة، وان اختلف بحسب اختلاف الاضافة .

فاذا قرنت بالاسكان قيل : سكنى، كأن يقول: أسكنتك هذه الدار ولك سكنها
وبالعمر قيل : عمرى، كأن يقول: أعمرتك هذه الارض عمرك مثلاً . وبالمدة قيل :
رقبى، كأن يقول: أرقبتك هذا المتاع مدة كذا، من الارتقاب وهو الانتظار للامد
أو من رقة الملك بمعنى اعطاء الرقة للانتفاع بها .

كل ذا على المشهور كما في كلام جماعة، فيكون بين العمرى والرقبى تباين .
وقيل : بترادفهما والاولى من العمر والثانية من الرقوب ، كأن كل واحد
منهما يرتقب موت صاحبه ، وربما أشعر به العبارة حيث اقتصر بذكر الاولى

خاصة .

وقيل : في الرقبي أن يقول : جعلت خدمة هذا العبد لك . والامر في ذلك سهل ، لكونها أمور اصطلاحية ليس فيها مشاحة .

﴿وتأزم﴾ السكنى بعد القبض ﴿لوعين المدة﴾ فلارجوع فيما دونها ﴿وان مات المالك﴾ على الاشهر الاظهر .

﴿وكذا﴾ تأزم ﴿لوقال له : أسكنتك﴾ عمرك ﴿و﴾ لم تبطل بموت المالك ، ﴿انما﴾ تبطل بموت الساكن خاصة على الاشهر الاظهر .

﴿ولوقال :﴾ أسكنتك عمري ، واليه الاشارة بقوله : ﴿حياة المالك ، لم تبطل بموت الساكن ، وانتقل ماكان له﴾ من الحق ﴿الى ورثته﴾ بغير خلاف .

وهذه الاحكام في العبارة وان اختصت بالسكنى المختصة بنحو الدار ، الا أن مقتضى الاصول عمومها لكل رقبي وعمرى ولو كانت بغير متعلق السكنى متعلقة ، كالمتاع وما أشبهه .

ومورد المتن والنص^(١) مختص بجعل الغاية عمر المالك أو المعمر ، ويضاف الى ذلك عقب المعمر كما في الثاني .

وهل يجوز التعليق بعمر غيرهما ؟ قال الشهيد : نعم . ويحتمل قوياً العدم ، ولكن الاول أجد .

﴿وان أطلق﴾ السكنى ﴿ولم يعين﴾ لها ﴿مدة﴾ معلومة ﴿ولا عمراً﴾ أصلاً ، صح السكنى بلاخلاف و﴿تخير المالك في اخراجه مطلقاً﴾ أي متى شاء بلاخلاف ، للمعتبرين^(٢) ، وليس فيهما كالمتمن لزوم الاسكان في الجملة ، كيوم ونحوه مما يسمى اسكاناً عرفاً وعادة ولاعده ، وعن الاكثر الثاني .

(١) وسائل الشريعة ٣٣١/١٣ ، ب ٨ .

(٢) وسائل الشريعة ٣٢٧/ ١٣ ، ب ٤ .

وأنه من العقود الجائزة ، فله الرجوع متى شاء ولو قبل الاسكان بالكتابة .
ويمكن أن ينزل عليه المتن والرواية ، ويجعل متعلق الاخراج فيهما هو الاسكان
المتعلق به العقد دون الدار ، خلافاً لجماعة فحكموا بالاول ، وهو أحوط وان كان
الثاني لعله أظهر .

ومقتضى القاعدة فساد العمرى والرقبى لو خلتا عن ذكر العمر والمدة ، كما
لوقرنا بعمر مجهول أو مدة مجهولة .

﴿ ولو مات المالك والحال هذه ﴾ يعني تكون السكنى غير لازمة ﴿ كان
المسكن ميراثاً لورثته ﴾ أي المالك ﴿ وبطلت السكنى ﴾ بالمرة ، بغير خلاف
ولا اشكال . وأولى بالاحكامين ما لو كانت السكنى أو العمرى أو الرقبى من أصلها
فاسدة .

﴿ و ﴾ اطلاق السكنى بأقسامها الثلاثة حيث تتعلق بالمسكن يقتضي أن
﴿ بسكن الساكن معه من جرت العادة ﴾ أي عادة الساكن ﴿ به ﴾ ، كالولد والزوجة
والخادم ﴿ والضيف والدابة ، ان كان في المسكن موضع معد لملئها . وكذا وضع
ما جرت العادة بوضعه فيها من الامتعة والغلة بحسب حالها .

﴿ وليس له أن يسكن معه غيره ﴾ ممن لم يحكم العرف باسكانه معه ، ولا
الاجارة وغيرها من التصرفات الناقلة ولو للمنفعة خاصة ﴿ الا باذن المالك ﴾
على الاظهر الأشهر .

﴿ ولو باع مالك الاصل المسكن لم تبطل السكنى ، ان وقتت بأمد أو عمر ﴾
بغير خلاف ، للصحيح ^(١) ، وصريحه كجماعة وظاهر المتن وغيره صحة البيع ،
ولعلها مختار الاكثر ، وهو أظهر مطلقاً حتى في الموقته بالعمر ، سواء بيع على
المعمر أو غيره ، أفتت بعمر المعمر خاصة أو عقبه مطلقاً أو بعضه .

وحيث صح البيع، فإن كان المشتري عالماً بالحال، فلا خيار له ووجب عليه الصبر، والا تخير بين الفسخ والصبر .
واحترز بالشرطية في العبارة عن السكنى المطلقة، فإنها تبطل بالبيع مطلقاً إلا إذا قلنا بلزومها في الجملة، فتبطل به إذا كان بعد مضي زمان استيفاء مسمى الاسكان خاصة. ونحوها العمرى والرقبى حيث لم توقنا بعمر ولا ندة وقلنا بالصحة والاكاتنا باطلتين من أصلها .

﴿ويجوز حبس﴾ نحو ﴿البعير والفرس في سبيل الله تعالى﴾ لنقل الماء إلى المسجد والستاية ومؤنة الحاج والزائرين وطلاب العلم والمتعبدين ﴿والغلام والجارية في خدمة بيوت العبادة﴾ .

﴿ولزم﴾ كل ﴿ذلك مادامت العين باقية﴾ بغير خلاف .

ثم إن المصنف وكثيراً من الأصحاب قد أهملوا ذكر كثير من أحكام الحبس وذكر بعضهم أن الظاهر أن مورده مورد الوقف، فيصح في كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها بالشرائط السابقة على الإنسان مطلقاً، وعلى القرب حيث يمكن الانتفاع بها فيها، كحبس الدابة لمامضى، والكتب على المتفقهين، والبيت على الساكنين، وغير ذلك .

وأنه لابد فيه بعد أهلية التصرف من إيجاب وقبول وقصد القرية كما عن جماعة، والقبض كما عن التذكرة .

وأنه إن كان على إنسان، فإن أطلق بطل بموت المحبس اتفاقاً، وإله الرجوع حينئذ متى شاء كما في القواعد، وإن عين مدة أزمه فيها أجمع، ثم يرد إلى المالك . والظاهر أنه لا خلاف فيه أيضاً وإن كانت المدة عمر أحدهما فكالمدّة المعينة كما في التحرير .

أحكام الصدقة :

﴿وَأما الصدقة : فهي التطوع﴾ أي التبرع ﴿بتمايك العين﴾ من الغير ﴿بغير عوض﴾ ذنوي، والنصوص^(١) في فضلها متواترة ، مضافاً الى الايات^(٢) المتكاثرة .

ويشترط فيها بعد أهلية التصرف من المصدق مايدل على الإيجاب والقبول ولو فعلاً على الأقوى ، خلافاً لجماعة فاشترطوا فيها مايشترط في العقود اللازمة وقصد القرابة والقبض كالوقف بغير خلاف .

﴿ولاحكم لها﴾ من لزوم أوصحة ﴿مالم تقبض باذن المالك﴾ بغير خلاف .
﴿وتلزم بعد القبض وان لم يعوض عنها﴾ على الأشهر الأقوى ، وعن الحلبي الإجماع .

﴿ومفروضها محرم على بني هاشم الا صدقة أمثالهم﴾ فتحل على بعضهم ﴿أو مع الضرورة ، ولا بأس بالمندوبة﴾ كما تقدم كل ذلك في كتاب الزكاة، مع بسط الكلام فيما يتفرع على هذه الأحكام .

﴿والصدقة سراً أفضل منها جهراً﴾ كتاباً^(٣) وسنة^(٤) ﴿الا أن يتهم﴾ بتسرك المواساة فالاجهار أولى ، أو يقصد اقتداء الناس به تحريصاً على نفع الفقراء .
هذا كله في المندوب ، وأما المفروضة فليظهرها ، لعدم طرق الرياء اليها، وتصريح المعبرين^(٥) بذلك أيضاً .

(١) وسائل الشريعة ٢٥٥/٦، ب ١ .

(٢) منها قوله تعالى «وأن تصدقوا خير لكم ان كنتم تعلمون» سورة البقرة: ٢٨٠ .

(٣) سورة آل عمران: ١٣٤ .

(٤) وسائل الشريعة ٢٧٥/٦، ب ١٣ .

(٥) وسائل الشريعة ٢١٥/٦، ب ٥٤ .

أحكام الهبة :

﴿وأما الهبة : فهي تملك العين تبرعاً مجرداً عن﴾ قصد ﴿القربة﴾ أي من دون اشتراط بهما ، والا لانتقض بالهبة المعوض عنها والمتقرب بها الى الله تعالى ، فانها هبة أيضاً اجماعاً ، ولذا صارت أعم من الصدقة ، لاشتراطها بالقربة دونها ، كما أنها أعم من الهدية ، لافتقارها الى قيد دون الهبة .

وهي : أن يحمل من مكان الى مكان الموهوب له اعضاماً له ، ولهذا يطلق لفظها على العقارات الممتنع نقلها ، ويعبر عنها تارة بها وأخرى بالنحلة والعطية . ويطلق كل منهما على مطلق الاعطاء المتبرع به ، فيشملان الوقف والصدقة والهبة والسكنى ، فهما أعم منها .

﴿ولابد فيها﴾ بعد أهلية التصرف في الواهب وقابلية الملك في الموهوب له ﴿من الايجاب﴾ الدال على تملك العين ولو من غير عوض ، كوهبتك ، وملكنتك ، وأعطيتك ، ونحلتك ، وأهديتك ، وهذا لك مع نيتها ، ونحو ذلك . ﴿والقبول﴾ الدال على الرضا ، كقبلت ورضيت ، بغير خلاف ولا اشكال ، ان أريد مطلق ما يدل عليهما ولو فعلاً ، وبشكل اذا اريد لفظاً ، الا أن ظاهر الاصحاب الاتفاق على اعتبار العقد القوي ، كما في ظاهر الكفاية وصريح المسالك ، وفيه : فعلى هذا ما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدل على ايجابها وقبولها لا يفيد الملك ، بل مجرد الاباحة ، حتى أو كان جارية لم يحل له الاستمتاع بها ، لان الاباحة لا تدخل في الاستمتاع انتهى .

وحينئذ لا اشكال في اعتبار اللفظ وسائر ما وقع عليه ، الاتفاق أو يحكى عليه ، من العربية والفورية دون الماضوية ، فانه لا يشترط فيه هنا قولاً واحداً ، كما حكاه

بعض أصحابنا ، ودون الهبة لعدم الاتفاق على ذلك ، فقد احتمل في الدروس^(١) وفقاً لظاهر التذكرة وصريح التحرير عدم اعتبار اللفظ فيها ، وهو حسن .
 ﴿و﴾ لابد فيها من ﴿القبض﴾ وهو شرط في صحتها لا ازومها ، على الأشهر الأقوى ، ونقل الاجماع عليه مستفيضاً ، خلافاً للمحكي عن ظاهر جماعة من القدماء .

وتظهر الثمرة في النماء المتخلل بين العقد والقبض ، فانه الواجب على المختار ، وللموهوب له على غيره . وفيما اومات قبل الاقباض ، فانها تبطل على الاول ، ويتميز الوارث بين الاقباض وعدمه على الثاني . وفطرة المملوك الدوهوب قبل الهلال الغير المقبوض لابعده ، فانها على الواجب على الاول ، وعلى الموهوب له على الثاني . ونفقة الحيوان في المدة المتخللة .

﴿ويشترط اذن الواهب في القبض﴾ فلا يصح اوقض بدونه . هذا اذا لم يكن مقبوضاً بيده من قبل ، فلو وهبه ما بيده لم يفتقر الى قبض جديد ولا اذن منه ولا مضي زمان يمكنه قبضه ، على الأشهر الاظهر ، بل كاد أن يكون اجماعاً ممن تأخر . ولا يشترط كونه بنيسة الهبة ، نعم ينبغي عدم التصريح بكون القبض لغير الهبة ، كما قيده به بعضهم .

﴿ولو وهب الاب أو الجد﴾ له ﴿للولد الصغير﴾ الذي توليا عليه ما هو ملكهما ومقبوضهما قبل الهبة ﴿ازم﴾ بخلاف ﴿لانه مقبوض بيد الوالي﴾ فيغني عن القبض الجديد ، كما مر في الوقف ، ويكني مطلق القبض السابق ولو خلمي حين العقد وبعده عن نيته عن المتهب ، على الأشهر الاظهر . نعم ينبغي عدم القصد لغيره .

ولو وهب ما ليس بيدهما ، كآمال الذي ورثاه ولم يقبضه ، أو اشترياه كذلك ،

أو آجراه للغير، أفترق إلى القبض عنه بغير خلاف. أما الوديعة فلا تخرج بها عن قبض المالك. وفي العارية وجهان.

واحترز به «الصغير» عن الولد الكبير، فإنه يشترط فيه الاقباض ذكراً أو أنثى، بخلاف الأما من شاذ في الأنثى.

وإذا وهب غير الولي للطفل، فلا بد من القبض، ويتولاه الولي أو الحاكم على الترتيب. وفي الوصي تردد، وأهل الأظهر أن له الولاية أيضاً.

وهبة المشاع مطلقاً جائزة كالمقسوم عندنا، وقبضه كقبض البيع، فيخلو بينه وبين الموهوب إذا كان غير منقول، وينقله إلى الموهوب له إذا كان منقولاً، وفي الأول لا يحتاج إلى إذن الشريك حيث يكون، بخلاف الثاني فيتوقف تسليم الكل حيث لا يكون باقي الحصص للموهاب على إذنه، فإن رضي والا لم يجز للمتهب إثبات اليد عليه، بل يوكل الشريك في القبض إذا أمكن.

وان تعاسر رفع أمره إلى الحاكم لينصب أميناً لقبض الجميع، نصيب الهبة لها والباقي أمانة للشريك حتى يتم عقد الهبة على الأقوى. خلافاً للمختلف فاكتفى هنا في القبض بالتخلية أو في المنقول، وله مع فقد الحاكم المجر وجه، دفعاً للعسر والضرر.

ثم لو قبض في محل النهي باذن الموهاب، صح على الأصح.

ولا يرجع في الهبة لأحد الوالدين وإن علق بعد القبض وكذا غيرهما من ذوي الرحم على الخلاف فيهم بين الأصحاب، إلا أن الأظهر إلحاقهم بالأبوين، وفي الغنية الإجماع على هذا الإغلاق، وفي كلام جماعة على الأولاد مطلقاً، كما في كلام بعض بل جمع. ومقيداً بالصغير كما في كلام آخر.

والمراد بالرحم في هذا الباب وغيره، كالأرحام الذي يجب صلته ويحرم قطعه، مطلق القريب المعروف بالنسب وإن بعدت لحمته وجاز نكاحه.

﴿ولو وهب أحد الزوجين﴾ الاجنبيين ﴿الآخر﴾ شيئاً وأقبضه منه ﴿ففي﴾ جواز ﴿الرجوع﴾ له فيه ﴿تردد﴾ واختلاف بين الاصحاب، الآن ﴿أشبهه﴾ الجواز ﴿مع الكراهية الشديدة، وفقاً لجماعة، وعليه الاجماع في الغنية .

﴿و﴾ يجوز أن ﴿يرجع في هبة الاجنبي مادامت العين﴾ الموهوبة ﴿باقية﴾ ولم يتصرف فيها بشيء بالكلية ﴿مالم يعوض عنها﴾ أو يصد بها التقرب الى الله تعالى اجماعاً فيه ، وفي ازوم الهبة التافئة والمعوّض عنها ، والمتقرب بها الى الله تعالى بعد القبض وان لم يتصرف فيها .

ولافرق في اللزوم في التافئة بين كون التاف من المتهب أو من الله سبحانه ولايين كون التلف تمام الهبة أو بعضها، اذا صدق على الهبة مع تلفه أنها غير قائمة بعينها لا مالا يصدق معه ذلك عليها ، كسقوط ظفر أو نحوه من العبد الموهوب مثلاً .

ولافي المعوضة بين كون العوض مشروطاً في العقد أو واقعاً بعده اتفاقاً لا شرطاً، لكنهم كما قيل: صرحوا بعدم حصول التعويض بمجرد البذل، بل لا بد من قبول الواهب له وكون البذل عوضاً عن الموهوب. ولايين كونه قليلاً وكثيراً، وفي المسالك من بعض الموهوب أو غيره . وفيه نظر، فان كان مذكوره اجساعاً، والا فان للمناقشة فيه مجالا .

﴿وفي﴾ جواز ﴿الرجوع﴾ للواهب في هبته للاجنبي بعد القبض ﴿مع﴾ التصرف ﴿فيها في غير الصور الثلاث المستثناة﴾ قولان، أشبههما : الجواز مطلقاً، وفي الغنية الاجماع ، ولكن الاحوط العدم مطلقاً .

كتاب السبق والرماية

السبق: وهو يسكون الباء المصدر، والمسابقة هي: اجراء الخيل وشبهها في حلبه^(١) السباق، ليعلم الاجود منها والافرس من الرجال والمتسابقين. ويتحريك الباء العوض المجعول رهناً، ويسمى الخطر والندب . والرماية وهي : المناضلة بالسهم ليعرف حذق الراعي ومعرفته بدواعي الرمي .

﴿ومستند﴾ شرعية ﴿هـ﴾ بعد ﴿قوله ﷺ﴾ المروي^(٢) من طرق العامة والخاصة بأسانيد معتبرة تضمنت الصحيح وغيره ﴿للسبق الا في نصل أو خف أو حافر﴾ الكتاب^(٣) واجماع الامة، والسنة بهما - زيادة على مامر - مستفيضة. وفايدتهما: بعث النفس على الاستعداد للقتال والهداية لممارسة النضال. ﴿ويدخل تحت النصل، السهام والحراش﴾ جمع حربـة، وهي الالة ﴿والسيف﴾ ولا يدخل فيه الدبوس والعصا والمرافق اذا جعل في رأسها حديدة

(١) الحلبة : الدفعة من الخيل في الرهان خاصة، الخيل تجمع للسباق .

(٢) وسائل الشيعة ١٣/٣٤٨، ب٣، سنن ابن ماجه ٢/٩٦٠ الرقم ٢٨٧٨ .

(٣) قوله تعالى « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل » سورة الانفال:

على اشكال .

﴿و﴾ يدخل ﴿تحت الخف الابل﴾ قطعاً ، والفيلة على اشكال فيها ، والاحوط ترك المسابقة عليها .

﴿و﴾ يدخل ﴿تحت الحافر الخيل﴾ قطعاً ﴿والبغال والحمير﴾ على اشكال فيهما ، والترك أولى .

﴿ولانصح﴾ المسابقة ﴿في غيرها﴾ أي غير الثلاثة المزبورة ، بل يحرم مع العوض باجماعنا ، وكذا بدونه على الاشهر الاقوى . وظاهر جماعة بل صريح بعضهم كونه اجماعاً .

﴿ويفتقر انعقادها الى﴾ صدورها من كاملين بالبلوغ والعقل الخالين من الحجر حيث تتضمن العوض و﴿ايجاب وقبول﴾ قطعاً في الاول ، وعلى الاقوى في الثاني .

﴿وفي لزومها تردد﴾ واختلاف بين الاصحاب ، الآن ﴿أشبهه: للزوم﴾ ان أريد به لزوم بذل العوض بعد حصول السبق خاصة . وان أريد به لزومها من أول الامر بمعنسى وجوب العمل ثم بذل العوض ان حصل السبق وعدم جواز الفسخ قبل التلبس بالعمل ولا بعده ، فالجواز أشبه .

﴿ويصح أن يكون السبق﴾ بفتح العين ﴿عيناً أو ديناً﴾ حالا ومؤجلاً .

﴿ولو بذل السبق غير المتسابقين جاز﴾ مطلقاً اماماً كان أو غيره .

﴿وكذا لو بذله أحدهما﴾ بأن قال لصاحبه : ان سبقت فلك عشرة ، وان سبقت

أنا فلا شيء لي عليك ﴿أو بذل من بيت المال﴾ جاز .

﴿ولا يشترط المحلل عندنا﴾ وهو الذي يدخل بين المتراهنين بالشرط في

عقده ، فيساق معهما من غير عوض يبذله ليعتبر السابق منهما . ثم ان سبق أخذ العوض

وان سبق لم يغرم ، وهو بينهما كالأمين ، وحيث شرط لزوم ، فيجري دابته بينهما أو

الى أحد الجانبين مع الاطلاق ، والى ماشرط مع التعيين .

﴿ ويجوز جعل السبق للسابق منهما ، أو للمحلل ان سبق ﴾ لا لاجنبي ، ولا للمسبوق منهما ومن المحلل ، ولا جعل القسط الاوفر للمتأخر أو المصلي والاقبل للسابق .

﴿ وتفقر المسابقة ﴾ عند الاصحاب ﴿ الى ﴾ شروط ذكر المصنف منها جملة وأنها الفاضل الى اثنا عشر في التذكرة .

منها ﴿ تقدير المسافة ﴾ التي يستبان فيها ، وتعيينها ابتداءً وانتهاءً .

﴿ و ﴾ تعيين ﴿ الخطر ﴾ بالخاء المعجمة والطاء المهملة المفتوحتين ، ان شرطاه أو مطلقا على القول باشرطاه في صحة العقد ، كما هو ظاهر بعضهم ، وعن التذكرة انه ليس بشرط ، ولا يخلو عن قوة .

﴿ وتعيين ما يسبق عليه ﴾ من فرس وبعبير بالمشاهدة ، فلا يكفي الاطلاق ولا التعيين بالوصف .

﴿ وتساوي ما به السباق في احتمال السبق ﴾ بمعنى احتمال كون كل واحد يسبق صاحبه ، فلو علم قصور أحدهما بطل .

ومنها : مامر من جعل السبق لاحدهما أو للمحلل لاغير ، فلو جعل له بطل .

ومنها : تساوي الدابتين في الجنس ، فلا تجوز المسابقة بين الخيل والابل .

ومنها : ارسالها دفعة ، فلو أرسل أحدهما دابته قبل الآخر ليعلم هل يدركه

أم لا لم يصح .

ومنها : أن يستبقا عليه بالركوب ، فلو شرط ارسالهما ليجرياً بنفسهما لم

يجز .

ومنها : أن يجعلوا المسافة بحيث يحتمل الفرسان قطعها ولا ينقطعان دونها .

ومنها : أن يكون ما ورد عليه عدة للقتال ^(١) ، فلا يجوز السبق والرمي في النساء .

ومنها : العقد المشتمل على أركانه .

ومنها : عدم تضمينه شرطاً فاسداً .

هذه جملة ما عن التذكرة ، واعتبارها جمع أحسوط ، وإن كان الحجة في بعضها غير واضحة .

﴿ وفي اشتراط التساوي في الموقف تردد ﴾ ولكن العدم أشهر وأظهر .

﴿ ويتحقق السبق ﴾ بالسكون ﴿ بتقديم الهادي ﴾ أي العنق ، على الاظهر

الاشهر . وظاهر المتن اعتبار السبق بجميع العنق ، وقيل : بكفاية بعضه . وهو حسن حيث يساعده العرف .

ثم إن اتفاقاً في طول العنق وقصره أو سبق الاقصر عنقاً ببعضه ، والا اعتبر سبق الطويل بأكثر من قدر الزائد . ولو سبق باقل من قدره ، فالقصير هو السابق .

﴿ وتفتقر المراماة الى شروط ﴾ ستة :

منها ﴿ تقدير الرشق ﴾ وهو بكسر الراء عدد الرمي الذي ينفقان عليه كعشرين ،

وبالفتح مصدر بمعنى الرمي .

﴿ ومنها تعيين ﴾ عدد الاصابة ﴿ كخمس من عشرة .

﴿ ومنها تعيين ﴾ صفتها ﴿ من المارق والجاسق والمخارق والخاصر والمخارم

والحايي والقارع ، الى غير ذلك من الاوصاف الكثيرة ، حتى أنها ذكر لها بحسب

أوصافها تسعة عشر اسماً في كتاب فقه اللغة ^(٢) . واشتراط الشرطين الاولين مشهور

وتأمل فيهما وفي هذا وبعض ما يأتي بعض ، وله وجه .

(١) في « خ » النضال .

(٢) فقه اللغة ص ٢٠٢ و ٢١٠ .

وعن التذكرة أنه لا يشترط الاعلام بصفة الإصابة ، وأنه اذا أطلق حمل على مجردها ، لانه المتعارف ، والمطلق معنى فيحمل عليه المطلق لفظاً. نعم ان شرطاً نوعاً معيناً تعين ، وهو حسن .

﴿و﴾ منها تشخيص ﴿قدر المسافة﴾ التي يرميان فيها ، وهي ما بين موقف الرامي والهدف ، أو ما في معناه ، أو بالمشاهدة ، أو المساحة كمائة أذرع .
 ﴿و﴾ منها تعيين ﴿الغرض﴾ وهو ما يقصد اصابته من قرطاس أو جلد أو غيرهما . ويشترط العلم بموضعه من الهدف ، وهو ما يجعل فيه الغرض من تراب أو غيره .

﴿و﴾ منها تعيين قدر ﴿السبق﴾ أي العوض المبذول للسابق .
 ﴿وفي﴾ اشتراط المبادرة ﴿وهي﴾ اشتراط استحقاق العوض لمن بدر الى اصابة عدد معين من مقدار رشق معين مع تساويهما في الرشق ، كخمسة من عشرين ﴿والمحاطة﴾ وهي اشتراط استحقاقه لمن خلص له من الاصابة عدد معلوم ، بعد مقابلة اصابات أحدهما باصابات الآخر ، فطرح ما اشتركا فيه ﴿تردد﴾ واختلاف ولا ريب في الاشتراط مع انتفاء القرينة من العرف والعادة على تعيين أحدهما ولعله فرض المسألة . وأما معها فالاجود العدم عملاً بالقرينة ، فانها في حكم التعيين .

وعلى القول بعدم الاشتراط ، ففي حمل المطلق على المحاطة أو المبادرة قولان ، والاول أشهر ، والاقوى الرجوع الى عادة المتناضلين ، فان كانت تبعت والا بطل العقد من أصله .

﴿ولا يشترط تعيين السهم ولا القوس﴾ أي شخصهما على المشهور ، دون النوع كالقوس العربي ، فيشترط تعيينه .

وعن جماعة أنه لا يشترط تعيين السهم ، بخلاف القوس وأنه لو لم يعين نوعهما انصرف الى الاغلب في العادة ، ولا يخلو عن قوة ، لجريانها مجرى التقييد اللفظي

فان اضطربت وجب التعيين ، فان لم يتعين فسد العقد .

﴿وتجوز المناضلة على الاصابة﴾ للغرض مع الشرائط المتقدمة ﴿و﴾ كذا يجوز معها ﴿على التباعد﴾ بأن يرميا من موضع معين الى آخر كذلك، وبشرط أن من بعد سهمه عن الآخر فله السبق .

﴿ولو فضل أحدهما﴾ على ﴿الآخر﴾ في عدد الاصابة ﴿فقال : اطرح الفضل بكذا﴾ وكذا درهماً مثلاً ﴿لم تصح ، لانه مناف للغرض من النضال﴾ ولاخلاف فيه كما قيل، وفيه وجه بالصحة لا يخلو عن قوة، ان لم يتعقد الاجماع على خلافه .

(كتاب الوصايا)

وهي جمع وصية . والنصوص في فضلها مستفيضة، في جملة منها : انها حق على كل مسلم^(١). ومنها : لا ينبغي لامريء مسلم أن يبيت ليلة الاو وصيته تحت رأسه^(٢) . ومنها : من مات بغير وصية مات ميتة جاهلية^(٣). وحمل ما ظاهره الوجوب منها على تأكيد الفضيلة أو الوصية بالامور الواجبة كالحج والخمس والزكاة المفروضة .
﴿وهو﴾ أي الكتاب ﴿يستدعي فصولاً : ﴾

ما يعتبر في الوصية :

﴿الاول : الوصية﴾ لغة : الوصلة، سميت بها لما فيها من وصالة التصرف في حال الحياة به بعد الوفاة .
وشرعاً : ﴿تمليك عين أو منفعة﴾ فالتمليك بمنزلة الجنس يشمل سائر

(١) وسائل الشريعة ٣٥٢/١٣ ح ٢ و ٤ و ٦ .

(٢) وسائل الشريعة ٣٥٢/١٣ ح ٧ .

(٣) وسائل الشريعة ٣٥٢/١٣ ح ٨ .

التصرفات المملكة من البيع والوقف والهبة .

وفي ذكر العين والمنفعة تنبيه على متعلق الوصية، ويندرج في العين الموجود منها بالفعل كالشجرة ، وبالقوة كالثمرة المتجددة . وفي المنفعة المؤبدة منها والموقته والمطلقة .

واقصر على ما في العبارة جماعة ، ولما كان منتقياً في عكسه بالوصية الى الغير بانفاذ الوصية وبالولاية على الاطفال والمجانين الذين يجوز له الوصية عليهم زاد الماتن هنا والشهيد في اللعة^(١) :

﴿أو تسليط على تصرف بعد الوفاة﴾ وبالقيّد تخرج الهبة وغيرها من التصرفات المنجزة في حال الحياة المتعلقة بالعين أو المنفعة والوكالة، لانها تسليط على التصرف في الحياة .

وربما يزيد فيه غير ذلك مما لا يحتاج اليه ، بل ولا الى ما ذكر ، والامر سهل .

﴿وتفتقر﴾ الوصية ﴿الى الايجاب﴾ اجماعاً ﴿والقبول﴾ مطلقاً، ولو في الوصية في جهة عامة أو لغير معين، خلافاً لجماعة فيهما، والاول أقوى ان لم يكن الاجماع على خلافه منعقداً كما في الروضة .

ويتولاها ان شرطناه الناظر في تلك المصلحة أو حاكم الشريعة .

وليست المقارنة بينهما بشرط هنا اجماعاً. بل في صحة القبول قبل الموت مطلقاً قولان ، أشهرهما وأظهرهما : عدم . ولا يشترط فيها شيء آخر غيرهما حتى القبض على الأقوى .

وايجابها كل لفظ دل على المعنى المطلوب منها ، كأوصيت لفلان بكذا ، أو افعلوا بعد وفاتي كذا ونحوهما. والقبول الرضا بما دل عليه الايجاب ولو فعلاً

كالأخذ والتصرف .

﴿وتكفي﴾ في الإيجاب ﴿الإشارة﴾ وكذا الكتابة ﴿الدالة على المقصود﴾ مع تعذر اللفظ بخرس أو اعتقال لسان أجمعاً .

﴿ولا تكفي الكتابة﴾ وكذا الإشارة ﴿مسالم تنضم﴾ اليهما ﴿القرينة﴾ الحالية ﴿الدالة على الإرادة﴾ أجمعاً . وظاهر العبارة كفايتها مع القرينة مطلقاً ولو لم يكن حال ضرورة، واحتمله في التذكرة ، ولا يخلو عن قوة حيث تكون القرينة قطعية .

﴿ولا يجب العمل بما يوجد بخط الميت﴾ وإن علم أنه خطه مع التجرد عن القرينة الدالة على وصيته بما فيه مطلقاً وإن عمل ببعضه الورثة على الأشهر الأظهر .

﴿وقيل :﴾ كما عن النهاية^(١) أنه ﴿إن عمل الورثة ببعضها لزمهم العمل بجمعها ، وهو ضعيف﴾ لما في النص^(٢) الدال عليه من القصور متناً ودلالة وإن صح سنداً .

﴿ولا تنصح الوصية في معصية كمساعدة الظالم﴾ في ظلمه ﴿وكذا وصية المسلم للبيع والكنايس﴾ بلا خلاف .

وفي صحة وصية الكافر لهما وجهان، ظاهر المصنف هنا نعم، وفي الشرائع^(٣) العدم وهو الأظهر، لكن قيل: يقرون عليهما لو توافعا إلينا اجراءهم على أحكامهم وهو معنى الصحة ظاهراً ، وإن كان في نفسه باطلاً .

(١) النهاية ص ٦٢٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١٣ / ٤٣٧ ، ح ٢ ، ب ٤٨ .

(٣) شرائع الإسلام ٢ / ٢٤٤ .

ما يعتبر في الموصى :

﴿الثاني : في الموصي ، ويعتبر فيه كمال العقل﴾ فلاتصح من المجنون ولو كان أدوارياً اذا كانت حال جنونه اجماعاً ، وتصح من السفیه مطلقاً ولو في غير وجوه البر على الاقوى .

﴿والحرية﴾ فلا تصح وصية المملوك مطلقاً ، الا المكاتب اذا أدى من مكاتبته شيئاً ، فتصح فيها بقدر ما أدى . ثم ان المنع اذا مات على العبودية ، وأما لو عتق وملك ففي صحة وصيته حال الرقية وجهان، أجودهما: العدم استصحاباً له .
﴿وفي﴾ صحة ﴿وصية من بلغ﴾ بحسب السن ﴿عشراً﴾ وكان مميزاً صارفاً لها ﴿في البر﴾ والمعروف ، كبناء المساجد والقناطر وصدقة ذوي الارحام ﴿تردد﴾ واختلاف ﴿و﴾ لكن ﴿المروي﴾^(١) في المعتبرة المستفيضة ﴿الجواز﴾ وهي مع ذلك مشهورة، حتى أن عليه الاجماع في الغنية ، والمحلي المخالف شاذ فلا مسرح عنه ولا مندوحة .

وبشروط فيه زيادة على التمييز وضع الوصية في محلها ، كما يفعله العقلاء .
﴿ولو جرح﴾ الموصي ﴿نفسه بما فيه هلاكها﴾ عمداً ﴿ثم أوصى لم تقبل﴾ وصيته على الاظهر الاشهر .

﴿ولو أوصى ثم جرح﴾ نفسه ﴿قبلت﴾ وصيته مطلقاً ولو عمداً بلاخلاف . وفي حكمه ما لو أوصى ثم جن أو صار سفياً ان منعنا وصيته فتقبل .
﴿وللموصي الرجوع في الوصية متى شاء﴾ في مرض أو صحة بغير خلاف . ويتحقق تارة بالقول ، كرجعت ، أو نقضت ، أو أبطلت ، أو فسخت ، أو هذا لوارثي ، أو ميراثي ، أو حرام على الموصى له ، أو لاتفعلوا كذا ، أو نحو ذلك

وأخرى بالفعل، كبيع العين الموصى بها وان لم يقبضها ، أو رهنها مع الاقتباس قطعاً وبدونه على قول ، أو هبتها كذلك ، أو الوصية بها لغير من أوصى له أولاً أو فعل مايبطل الاسم .

ويدل على الرجوع مثل طحن الطعام، وعجن الدقيق، وغزل القطن، ونسج مغزوله ، أو خلطه بالاجود ، أو مطلقاً على الخلاف بحيث لا يتميز .

قيل : والا قوى أن مجرد العرض على البيع والتوكيل فيه وإيجابه وإيجاب العقود المجازة ، كاف في الفسخ لدلالته عليه، لانزويج العبد والامة ، وإجارتها وختانتها ، وتعليمها ، ووطيء الامة بدون إحبالها . وهو حسن .

ولو حصل منه مايشك في الرجوع ، فالاصل عدمه .
والحكم بالرجوع فيما مر مشروط بكون العين متعلق الوصية دون الكلي ، فلو أوصى به ثم تصرف في أفرادها ، لم يكن ذلك رجوعاً الام مع القرينة .

مايعتبر في الموصى له :

﴿الثالث : في الموصى له ، ويشترط وجوده﴾ عند الوصية ﴿فلا تصح للمعدوم ، ولا لمن ظن بقاءه﴾ أو وجوده ﴿رقت الوصية فبان ميتاً﴾ في تلك الحالة أو غير موجود .

﴿وتصح الوصية للوارث﴾ عندنا ﴿كما تصح للاجنبي﴾ اجماعاً .
﴿وتصح﴾ للحمل بشرط وقوعه حياً ﴿والعلم بوجوده حال الوصية .
ويتحقق بوضعه لدون ستة أشهر منذ حين الوصية ، أو لافصى مدة الحمل فما دون اذا لم يكن هناك زوج ولا مولى . ويتفرع على الشرط الاول بطلانها او وضع ميتاً ، ولو مات بعد انفصاله حياً كانت لوارثه .

وفي اعتبار قبوله هنا وجه قوي ، وان لم نعتبره من ولي الحمل ، مع أن

الاقوى اعتبار قبوله وفقاً للحالي .

ثم ان اتحد فهي له ، وان تعدد قسم الموصى به على العدد ، وان اختلفوا بالذكورة والانوثة ، ولا فرق بين أن تلدهما معاً في المدة المشترطة ، للعلم بوجودهما حال الوصية ، أو على التعاقب بأن تلد الاول في أقل من ستة أشهر من حين الوصية والثاني في أقل منهما من حين الولادة ، كما صرح به في التذكرة ، قال : وان زاد ما بين الثاني والوصية على ستة أشهر وكانت المرأة فراشاً ، لانهما حمل واحد اجمالاً .

﴿ و ﴾ تصح ﴿ للذمي ﴾ الملتزم بالشرائط مطلقاً ﴿ ولو كان ﴾ من الموصي ﴿ أجنبياً ﴾ على الاقوى .

﴿ وفيه أقوال ﴾ أخر أنهاها بعضهم الى سبعة ، ولا دليل على شيء منها سوى القول بالمنع مطلقاً .

﴿ ولا تصح للحربي ﴾ على الاظهر الاشهر ﴿ ولا للمملوك غير الموصى ﴾ مطلقاً ﴿ ولو كان مدبراً أو أم ولد ﴾ أو مكاتباً مشروطاً أو مطلقاً ولم يؤد شيئاً على الاقوى .

﴿ نعم لو أوصى لمكاتب ﴾ الغير و ﴿ قد تحرر بعضه هضت الوصية ﴾ وصحت ﴿ في قدر نصيبه من الحرية ﴾ وكذا لو كان بعضه محرراً من غير جهة الكتابة .
 ﴿ وتصح لعبد الموصي ومديره ومكاتبه ﴾ مطلقاً ﴿ وأم ولده ﴾ بلا خلاف .
 ﴿ وبعتبر ما يوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثالث ، فان كان بقدر قيمته أعتق وكان الموصى به للورثة ﴾ حيث يكون معيناً ﴿ وان زاد أعطي العبد الزائد ﴾ كائناً ما كان ﴿ وان نقص عن قيمته ﴾ ولم تبلغ ضعفه عتق منه بحسابه و ﴿ سعي في الباقي ﴾ بغير خلاف ، وكذا اذا بلغت ضعفه على الاشهر الاظهر ، وفي

الخلاف ^(١) الاجماع .

﴿وقيل : ان كانت قيمته ضعف الوصية بطالت﴾ للنص ^(٢) ﴿وفي المستند ضعف﴾ دلالة بل وسنداً أيضاً . ولا فرق في ذلك بين صورتى الوصية له بالثلث المشاع أو المعين .

﴿ولو أعتقه عند موته وليس له غيره وعليه دين ، فان كان قيدته بقدر الدين مرتين صح العتق﴾ فيما يخصه من الثلث بعد الدين ، واستسعى في الخمسة الاسداس الباقية ، ثلاثة منها للديان والباقي للورثة ، بلاخلاف ﴿والا بطال﴾ وفقاً لجماعة . وقيل : تصح هنا كالاول .

﴿وفيه﴾ أي في المقام ﴿وجه آخر﴾ بنفوذ العتق من الاصل وسقوط الدين من رأس للحلي ، وهو ﴿ضعيف﴾ .

وهل الحكم بذلك مختص بالمنجز ، كما في ظاهر العبارة وصريح الشرائع ^(٣) أو يعمه والوصية ، كما هو ظاهر الجداعة القائلين بمافي العبارة؟ قولان ، والثاني لا يخلو عن قوة .

﴿ولو أوصى لام ولده صح﴾ بلاخلاف ﴿وهل تعتق من الوصية؟﴾ كما عليه جماعة ﴿أو من نصيب الولد؟﴾ كما عليه آخرون ﴿قولان﴾ مشهوران ، أقواهما الاول . وفيه قول آخر بالتخير بين الامرين ضعيف . ﴿فان أعتقت من نصيب الولد كان لها الوصية﴾ .

﴿وفي رواية ^(٤)﴾ صحيحة أنها ﴿تعتق من الثلث ولها الوصية﴾ وهي مخالفة للاصول والاجماع ، فحمل تارة على صورة عتقها في المرض قبل الموت

(١) الخلاف ٣١٢/٢ .

(٢) وسائل الشريعة ٤٦٧/١٣ ، ح ٢٠ .

(٣) شرائع الاسلام ٢٥٣/٢ .

(٤) وسائل الشريعة ٤٦٩/١٣ ، ب ٨٢ .

ثم الوصية لها بعده ، وهو بعيد . وأخرى على أن المراد من الثالث العتق من الوصية وتعطى مافضل منها ، وهو قريب .

﴿واطلاق الوصية﴾ لجماعة ﴿يقتضي التسوية﴾ بينهم في الحصة ، وإن اختلفوا ذكورة وأنوثة وكانوا أجناب أو ورثة ، بغير خلاف ﴿و﴾ لا اشكال الا ﴿في الوصية لاحواله وأعمامه﴾ فان فيها ﴿رواية^(١) بالفضل﴾ للأعمام الثلثان وللأحوال الثلث ﴿كالميراث﴾ ذهب اليها الشيخ والقاضي .
 ﴿والاشبه التسوية﴾ فيهم أيضاً ، وفقاً للحلي وعامة المتأخرين ، والرواية شاذة مهجورة ، كما صرح به المصنف في الشرائع^(٢) .

كل ذا ﴿مالم ينص﴾ الموصي ﴿على الفضل﴾ وأما معه فيتبع كيف كان بلا خلاف ، وإن كان المفضل أنثى أو خالا وقلنا بمفضولته مع العم .
 ﴿وإذا أوصى لقرباته﴾ وأطلق ﴿فهم المعروفون بنسبه﴾ مطلقاً على الأشهر الأقوى .

﴿وقيل﴾: ﴿كمافي الغنية وعن المفيد والنهاية^(٣)﴾ انه ﴿لمن يتقرب اليه بآخر أب﴾ وأم له ﴿في الاسلام﴾ بمعنى الارتقاء بالقرابة من الأدنى الى ما قبله ، وهكذا الى أبعد جد وجدة له في الاسلام وفروعهما ، ويحكم للجميع بالقرابة . ولا يرتقى بآباء الشرك وإن عرفوا بقربته ، وفيه أقوال أخر كلها ضعيفة .

ثم على أي معنى حمل ، يعم الذكر والانثى والفقر والغني والقريب والبعيد . ولا فرق بين قوله: أوصيت لاقاربتي وقرباني وذوي رحمتي ، لاشتراك الجميع في المعنى ، وينصرف الوصية الى الموجود منهم مطلقاً اتحد أو تعدد ، ذكروا في الوصية بصيغة الجمع أو المفرد .

(١) وسائل الشيعة ١٣/٤٥٤ ، ب ٦٢ .

(٢) شرائع الاسلام ٢/٢٥٤ .

(٣) النهاية ص ٦١٤ .

﴿ولو أوصى لاهل بيته دخل﴾ فيهم ﴿الاباء﴾ وان علو ﴿والاولاد﴾ وان
نزلوا، وفسرهم في التذكرة بالقرابة، فيدخل فيهم الاعمام والاقوال وفروعهما
أيضاً، ولايخلو عن قوة حيث لايمكن الرجوع الى عرف بلد الموصي، ومع
الامكان فيتبع ولو كان أخص ممافي المتن.

﴿و﴾ أما ﴿القول في﴾ الوصية لـ ﴿العشيرة والجيران والمسبيل والبر
والفقراء﴾ فـ ﴿كما مر في الوقف﴾ عليهم.

﴿واذا مات الموصى له قبل الموصي انتقل ماكان﴾ للموصى له من الوصية
الى ورثته ﴿دون ورثة الموصي﴾ مالم يرجع الموصي عنها ﴿على الاشهر﴾
الاقوى، وكذا اذا مات بعده وقبل القبول على الاشهر الاقوى. وظاهر التذكرة
كون الحكم هنا اجماعاً، وأن الخلاف مختص بالصورة الاولى.

كل ذا اذا خلف الموصى له وارثاً خاصاً ﴿ولو لم يخلف وارثاً﴾ كذلك
﴿رجعت الوصية الى ورثة الموصي﴾ وفاقاً للمعظم، خلافاً للمحلي فألحق به
الامام عليه السلام، وهو نادر.

﴿واذا قال: أعطوا فلاناً﴾ كذا ولم يعين عليه مصرفاً ﴿دفع اليه يصنع به
ماشاء﴾ ولا كذلك لو عين عليه المصرف فانه يتعين عليه.
﴿وتستحب الوصية لذوي القرابة﴾ مطلقاً ﴿وارثاً كان أو غيره﴾ وتنبأ كد
في الثاني، فقد ورد: ان من لم يوص لذوي القرابة ممن لا يرثه، فقد ختم عمله
بمعصيته (١).

مايعتبر في الاوصياء :

﴿الرابع: في الاوصياء، ويعتبر﴾ في الوصي ﴿التكليف﴾ بالبلوغ والعقل

فلاتصح الى صبي بحيث يتصرف حال صباه مطلقا ولو كان الى البالغ منضماً ،
ولالى مجنون كذلك .

﴿والاسلام﴾ فلاتصح الى كافر وان كان رحماً ، الا أن يوصي اليه مثله كما
يأتي .

﴿وفي اعتبار العدالة﴾ فيه ﴿تردد﴾ واختلاف ، الا أن ﴿أشبهه﴾ عند
المصنف هنا وفي غيره وفاقاً للحلي ﴿أنها لا تعتبر﴾ خلافاً للاكثر ، حتى أن
عليه الاجماع في الغنية ، ولا يخلو عن قوة .

وهذا الشرط انما يعتبر ليحصل الوثوق بفعل الموصي به ويقبل خبره به ،
لا في صحة الفعل ^(١) في نفسه ، فلو أوصى الى من ظاهره العدالة وهو فاسق في نفسه
ففعل مقتضى الوصية ، فالظاهر نفوذ فعله وخروجه عن العهدة ، ويمكن أن يكون
ظاهر الفسق كذلك لو أوصى اليه فيما بينه وبينه وفعل مقتضاها ، بل لو أوصى اليه
ظاهراً أو فعله كذلك ، لم يعد الصحة وان حكم ظاهراً بعدم وقوعه وضمانه
ما ادعى فعله .

وتظهر الفائدة لو فعل مقتضى الوصية باطلاع عدلين أو حاكم الشريعة ، نبيه
بذلك في التذكرة والروضة ^(٢) .

﴿أما لو أوصى الى عدل ففسق ، بطلت وصيته﴾ اجماعاً ، الا من الحلي كما
قيل ، ولاريب فيه على المختار من اشتراط العدالة ، وكذا على غيره ان ظهر كون
الباعث على نصبه عدالته ، والا فاشكال .

ولافرق في البطلان على القول به بين فسقه بعد وفاة الموصي أو في حياته ،
علم أو جهل به ، كما يقتضيه اطلاق العبارة ، وربما يستشكل فيه في الثاني مع العلم

(١) في « خ » : القول .

(٢) الروضة البهية في شرح اللمعة ٧١/٥ .

بفسقه وعدم عزله، وهو على القول بعدم اشتراط العدالة ابتداءً في محله .
 وهل تبطل الوصية بطرو الفسق ومن حينه أم يتوقف علم حكم الحاكم
 وعزله ؟ وجهان .

وتظهر الفائدة في تصرفه قبل أن يعزله، فينفذ على الثاني دون الاول، وهو
 الوجه حيث يظهر أن الباعث للوصية اليه هو العدالة .

وهل تعود الوصية بعوده عدلاً ؟ الاشهر كما قيل والاقوى لا .

﴿و﴾ يعتبر فيه الحرية أيضاً ف﴿لا يوصي الى المملوك الا باذن المولى﴾
 فيصح عندنا وليس للمولى الرجوع في الاذن بعد موت الموصي، ويصح قبله،
 كما اذا قبل الحر نفسه .

ولافرق في محل المنع بين كون العبد قناً أو مدبراً أو مكتاباً أو مبعضاً للموصي
 أو غيره عند جماعة، خلافاً لآخرين فجوزوا الوصية الى من عدا القن مطلقاً، كما
 يظهر من جمع، أو اذا كان عبد نفسه، كما صرح به بعضهم، ولا يخلو عن قوة .

﴿وتصح﴾ الوصية ﴿الى الصبي﴾ حال كونه ﴿منضماً الى كامل
 لامنفراد﴾ بغير خلاف ﴿ويتصرف الكامل حتى يبلغ الصبي﴾ مطلقاً ولولم يكن
 التصرف في الامر الضروري ﴿ثم﴾ بعد بلوغه كاملاً جائز التصرف ﴿بشتركان﴾
 في التصرف مجتمعين .

﴿وليس له نقض ما أنفذه الكامل قبل﴾^(١) بلوغه ﴿الا ما تضمن من تغيير وتبدل
 نعم لو شرط عدم تصرف الكامل الى أن يبلغ الصبي تبع شرطه .

وقوله « لامنفراد » يدل على المنع عن الوصية اليه مستقلاً، وان شرط في
 تصرفه البلوغ وكان ذلك في معنى الضم .

ثم لو مات أو بلغ فاسد العقل، فهل للمكامل الانفراد بالتصرف أم لا بل يداخله

(١) كذا في النسخ، وفي المطبوع من المتن : بعد .

الحاكم ؟ وجهان ، ولعل الاظهر الثاني . وينبغي القطع به فيما اذا بلغ الهبي رشيداً ثم مات بعده ولو بلحظة .

﴿ولانصح وصية المسام الى الكافر﴾ مطلقاً ﴿وتصح﴾ اليه ﴿من مثله﴾ كذلك ان لم نشترط العدالة ، وأمامع اشتراطها فهل تكفي عدالته في دينه أم تبطل مطلقاً ؟ وجهان ، أجودهما : الاول .

﴿وتصح الوصية الى المرأة﴾ اذا اجتمع فيها الشرائط المتقدمة باجماعنا .

﴿ولو أوصى الى اثنين﴾ فصاعداً جاز ﴿فان أطلق أو شرط الاجتماع﴾ في التصرف ﴿فليس لاحدهما الانفراد﴾ به ، بل عليهما الاجتماع فيه بمعنى صدوره عن رأيهما ونظرهما وان باشره أحدهما اجماعاً في الاخير ، وعالى الاظهر الاشهر في الاول .

﴿ولو تشاحا﴾ وتعاسرا ، فأراد أحدهما نوعاً من التصرف ومنعه الاخر ﴿لم يعض﴾ تصرفه ﴿الا مالا بد منه﴾ وتدعو الحاجة اليه ، ولا يمكن تأخيره الى وقت الاتفاق ﴿كمؤنة اليتيم﴾ والرفيق والدواب واصلاح العقار وشراء كفن الميت . وزاد بعضهم قضاء ديونه ، وانفاذ الوصية المعينة ، وقبول الهبة عن الصغير مع خوف فوات النفع ، والخصومة عن الميت وله وعن الطفل ، وله مع الحاجة ، ورد الوديعة المعينة ، والعين المغصوبة . وقيل : لم يعض تصرفه مطلقاً ، وهو أوفق بالاصل .

﴿وللحاكم﴾ الشرعي ﴿جبرهما على الاجتماع﴾ من غير أن يستبدل بهما مع الامكان .

﴿فان تعذر﴾ عليه جمعهما ﴿جاز﴾ له ﴿الاستبدال﴾ بهما ﴿ولو التمسا القسمة﴾ حيث وجب عليهما الاجتماع ﴿لم يجز﴾ .

﴿ولو عجز أحدهما﴾ عن القيام بتمام ما يجب عليه من العمل بالوصية بمرض ونحوه ﴿ضم إليه﴾ أي الى العاجز أمين من طرف الحاكم .
ولو عجز عن القيام به أصلاً بموت أو فسق أو جنون أو نحوهما ، ضم الاوين الى الآخر ، وفاقاً للاكثر في الاول ، وخلافاً لهم في الثاني ، فاختاروا استقلال الآخر من دون ضم .

وعلى المختار فهل للحاكم أن يفوض جميع الولاية الى الثاني منهما بدلاً عن الضميمة أم لا ؟ وجهان ، أجودهما : الثاني .

ولو عجزا معاً أصلاً ، فللحاكم أن ينصب ولو واحداً .

وكل ذا اذا أوصى اليهما مطلقاً أو مشروطاً عليهما اجتماعهما معاً ﴿أما لو شرط لهما الانفراد ، تصرف كل واحد منهما وان انفرد﴾ عن الآخر بغير خلاف .
وفي جواز الاجتماع حينئذ نظر ، والجواز أظهر حيث تقوم قرينة على كون اشتراط الانفراد رخصة لا عزيمة ، والا فالمنع أظهر عملاً بمقتضى الشرط ، خصوصاً اذا حصل لهما في حال الاجتماع نظر مخالف للنظر حال الانفراد ، فينبغي القطع بالمنع هنا ، وكذا لونهما عن الاجتماع .

﴿ويجوز﴾ لهما في هذه الحالة ﴿أن يقتسما﴾ بالتنصيف والتفاوت حيث لا يحصل بالقسمة ضرر ولا يكون الموصي منع عنها ، والا فلا . ثم بعدها لكل منهما التصرف في نصيب الآخر وان كان في يد صاحبه .

﴿وللموصي تغيير الاوصياء ، وللموصى اليه رد الوصية﴾ وعدم قبولها مطلقاً وان كان الموصي أباً ، أو كان الموصى اليه فيه منحصراً ، على ما يقتضيه اطلاق العبارة ونحوها ، خلافاً للصدوق فأوجب القبول في المقامين ، وهو أقوى ان لم يكن خلافه اجماعاً .

﴿ويصح﴾ رد الوصية مطلقاً واوقبلها ، مادام الموصي حياً ﴿ان بلغ الرد﴾

اليه ، وتمكن من اقامة وصي غيره اجماعاً . وان لم يتمكن فوجهان ، أجودهما :
أنه لم يجز له الرد .

﴿ولو مات الموصي قبل بلوغه﴾ أي الرد اليه ﴿لزم الوصية﴾ فابس
للموصي اليه ردها اجماعاً اذا قبلها ، وعلى الأشهر الأقوى مطلقاً ، وفي صريح
الغنية وظاهر غيره الاجماع .

﴿ولو ظهر من الوصي المتحد أو المتعدد﴾ خيانة ﴿أوفسق آخر ان عزل
بمجرده ، أو بعزل الحاكم ، على اختلاف القولين المتقدمين ، و ﴿استبدل به﴾
الحاكم أميناً مستقلاً ان كان المعزول واحداً ، أو منضمماً الى الباقي ان كان أكثر .
وانما أعاد المسألة مع سبقها ، لبيان جواز الاستبدال ، اذ لم يتقدم له ذكر
سابقاً .

﴿والوصي أمين لا يضمن الا بتعد أو تفريط﴾ .
﴿وبيجوز﴾ للوصي ﴿أن يستوفي دينه مما في يده﴾ من مال الموصي مطلقاً
ولو من دون بينة ، عجز عنها أم لا على الأقوى ، لكن في الوصي المتحد أو
المتعدد على الانفراد مطلقاً ، أو الاجتماع مع علم الآخر بثبوت الحق ، بناءً
على جواز أداء الوصي من دين الموصي ما يعلم ثبوته الى حين الاداء اتفاقاً .
﴿وأن يقوم مال اليتيم على نفسه﴾ بثمن المثل فصاعداً ، اذا لم يكن هناك
غيره باذلاً على الأقوى .

﴿وأن يقترضه اذا كان﴾ أي الوصي ﴿ملياً﴾ على الأشهر الأقوى ، ولا يجوز
مع فقد الشرط قولاً واحداً . وشرط بعضهم الرهن عليه ، وليس في النصوص مع
ورودها في مقام الحاجة دلالة عليه ، ولكن التحفظ في مال اليتيم بقدر الامكان
طريق الاحتياط .

والاظهر الاحوط في تفسير الملاءة ما قيل : من أن يكون المتصرف قادراً

على أداء المال المأخوذ من ماله اذا تالف بحسب حاله . والمظاهر اعتبار الاشهاد كما قيل .

ويشترط في كل من التقويم على نفسه والاقتراض من ماله عدم لحوق ضرر بالطفل بهما ، بل قيل : في الاول يشترط أيضاً أن يكون بيع ماله مصلحة له مطلقاً وهو أحوط وأولى .

﴿وتختص ولاية الوصي بماعين له الموصي﴾ من التصرفات والولايات ﴿عموماً كان﴾ ماعين له ، كأنت وصي في كل قليل أو كثير ، أو في كل مالي فيه ، ونحو ذلك ﴿أو خصوصاً﴾ بشيء معين ، كأنت وصي فيما أوصيت به يوم الدفن مثلاً ، أو بوقت كأنت وصي الى سنة أو الى أن يبلغ ابني فلان وشبه ذلك ، أو بالاحوال كأن يوصي الى زوجته الى أن تتزوج ، وغير ذلك .

واو قال : أنت وصي وأطاق ، كان لغواً كما عزي الى الاصحاب . قيل : ولا يبعد كونه وصياً على الاطفال ، لانه المفهوم المتعارف . وهو حسن حيث يثبت ، والا فالاول أثبت .

ولو قال : أنت وصي على أطفالي ، ففي انصراف الوصية الى التصرف في مالهم بما فيه الغبطة ، أو الى حفظه خاصة ، أو عدم الصحة ما لم يبين ما فوض اليه أوجه ثلاثة ، أوجهها : الاول وفقاً للكفاية .

﴿و﴾ يجوز أن ﴿يأخذ الوصي أجره المثل﴾ لعمله ، ان عينها له الموصي مطلقاً ، وكذا الزيادة لو وافقت الثالث ، والا فيتوقف على اجازة الورثة ، وكذا ان لم يعينها ، بشرط أن يكون بعمله متبرعاً ، وفقاً لجماعة .

﴿وقيل﴾ : كما عن النهاية والحلي يأخذ ﴿قدر الكفاية﴾ له خاصة أو ولعياله أيضاً على اختلاف الوجهين . ولا ريب أن الاول أحوط ، وان كان الثاني لا يخلو عن وجه . والاحوط والاولي أن له أقل الامر من أجره المثل وقدر الكفاية ،

وفاقاً للمبسوط والنيان^(١) .

﴿هذا مع الحاجة﴾ في الوصي وفقره، وأما مع غناه فلا يظهر أن لا يأخذ شيئاً .

وحيث جاز الأخذ ، فهل يشترط فيه كثرة المال وصرف العمل كله في مال اليتيم، كما في جملة من الاخبار^(٢) أم لا ، كما يقتضيه نحو إطلاق الآية^(٣) وكثير من الروايات ؟ وجهان ، أحوطهما : الاول .

﴿وإذا﴾ كان الوصي قد ﴿أذن له﴾ الموصي ﴿في الوصية﴾ الى الغير فيما أوصى به اليه ﴿جاز﴾ له الإيصاء فيه اليه ، بغير خلاف فيه ولا في المنع مع المنع .

﴿ولو﴾ أطاق الوصية فـ ﴿لم يأذن﴾ له ولم يمنع ﴿فقولان ، أشبههما﴾ وأشهرهما بين المتأخرين ﴿أنه لا يصح﴾ له أن يوصي بها الى الغير .

﴿ومن لا وصي له﴾ ، فالحاكم ولي تركته ﴿بلا خلاف فيه ، ولا في أن المراد بالحاكم الامام عليه السلام﴾ ان كان ، والا فالفقيه الجامع لشرائط الفتوى ، ومع عدمه فالتمولية لعدول المؤمنين ، وفاقاً للشيخ وأكثر المتأخرين . ويستثنى من محل المنع على تقديره ما يضطر اليه الاطفال والدواب من المؤنة ، وصيانة المال المشرف على التلف .

ولو كان الحاكم بعيداً وأمكن المراجعة اليه ولو بعد مدة ، اقتصر في التصرف على ما لا بد منه وأخروا ما يسع تأخير .

(١) النيان ١١٩/٣ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢/١٨٤ ، ب ٧٢ .

(٣) وهي قوله تعالى « من كان غنياً فليستغفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف »

ما تصح الوصية به :

﴿الخامس : في الموصى به ، وفيه أطراف :﴾
 ﴿الاول : في متعلق الوصية ، ويعتبر فيه﴾ أن يكون له قابلية ﴿الملك﴾ لكل من الموصي والموصى له .

﴿فلا تصح﴾ الوصية ﴿بالخمر﴾ الغير المحترمة ، كالمتمخذه لغير التخليص
 ﴿ولا بالآلات اللّهو﴾ ولا الخزير ولا كلب الهراش ونحو ذلك بغير خلاف ، وفي
 التذكرة الاجماع عليه ، وعلى جواز الوصية بالكلاب الاربعة .

﴿و﴾ يجوز أن ﴿يوصي بالثلث﴾ من تركته ﴿فما نقص﴾ ولو بغير رضا
 الورثة اجماعاً ، لا زائداً بغير رضاهم على الاشهر الاقوى ، وفي كلام جماعة عليه
 اجماع العلماء . ولا فرق بين أن يكون له وارث خاص أم لا على الاشهر الاقوى ،
 فيصرف على الثاني في مصارف أموال الامام عليه السلام .

﴿و﴾ على المختار فـ ﴿لو أوصى بزيادة من الثلث﴾ تبرعاً ﴿صح﴾ الوصية
 ﴿في الثلث وبطل﴾ في ﴿الزائد﴾ بمعنى أنه لا يابزم فيه بل يكون مراعى .
 ﴿فان أجاز الورثة بعد الوفاة صح﴾ الوصية بتمامه ﴿وان أجاز بعض﴾
 الورثة ﴿صح في حصته﴾ دون الباقيين بلا خلاف .

﴿ولو أجازوا قبل الوفاة ففي ازومه قولان﴾ و﴿المروي﴾ في المعتبرة^(١)
 ﴿اللزوم﴾ وعليها فتوى المشهور وهو المنصور . ولا فرق بين وصية المريض
 والصحيح في ذلك .

ويعتبر في المجيز جواز التصرف ، فلا عبرة باجازة الصبي والمجنون والسفيه
 أما المفاس فان كانت اجازته حال الحياة نفذت ، واذا كانت بعد الموت فـ في

صحتها وجهان .

وهل الاجازة تنفيذ أو ابداء عطية؟ ظاهر أصحابنا الاول فلانحتاج الى ايجاب وقبول، ولا توجب رلاء للمجيز اذا كان الوصية في عتق، ولا يعتبر في اجازة المريض خروجهما من الثلث .

﴿ويملك الموصى به بعد الموت﴾ لا قبله ، وهل يحصل به الملك قهراً كالأثر وان كان متزلاً حتى يقبل، أم به وبالقبول معاً، أم القبول ككشف بالموت؟ أقوال، والآخر لعله أظهر وأشهر كما قيل ، ويتفرع على الخلاف فروع جلية هي في المطولات مذكورة .

﴿وتصح الوصية بالمضاربة بمال ولده الا صغر﴾ على أن يكون الربح بينهم وبين الوصي العامل مطلقاً، وفاقلاً لاكثر . ولا يلزم مراعاة المدة التي شرطها الموصي، بل تصح مادام الوارث صغيراً، فاذا كمل كان له الفسخ . وانما فائدة التحديد بالمدة المنع من التصرف فيما زاد عليها ، لا الالتزام بالمضاربة فيها .

واحترز بـ «الا صغر» عن الكبار ، اذ لا تصح الا باجازتهم على الاظهر، خلافاً للاكثر .

وفائدة الصحة حيث تثبت أن الوارث اذالم يفسخ وعمل الموصى له في المال، استحق الحصة المعنية له .

﴿ولو أوصى بواجب وغيره﴾ وأطلق ﴿أخرج الواجب من الاصل﴾ اذا كان مالياً كالدين ﴿والباقي من الثلث﴾ بغير خلاف ، وفي الغنية الاجماع . ويلحق بالدين ما يشبهه من جميع الماليات المحضة ، كالزكاة والكفارات ونذر المال . والمشربة بالبدن ، كالبحج . واذا كان بدنياً محضاً كالصوم والصلاة ونحوهما أخرج من الثلث بغير خلاف ، الامن ظاهر اطلاق المتن ، وهو شاذ .

﴿ولو حصر الجميع﴾ أي جميع ما وصى به من الواجب وغيره ﴿ففي الثالث﴾ بأن صرح بالانحراج منه ﴿بديء بالواجب﴾ وقدم على غيره وان تأخرت الوصية به، سواء كان الواجب مالياً أو غيره، وبدأ بعده بالاول فالاول، وفاقاً لاطلاق العبارة وجماعة .

﴿ولو أوصى بأشياء تطوعاً، فان رتب بينها بدأ بالاول فالاول حتى يستوفي الثالث وبطل فيما زاد﴾ عليه ان لم يجز الورثة بلاخلاف في الاخير ، ولا في الاول أيضاً اذا كان الوصية بها في وقت واحد ولم يكن فيها عتق ، وأمامع فقد الشرطين فكذلك على الاشهر الاقوى .

والمراد بالاول الذي تجب البدأة به ما يقدمه الموصي في الذكر ولم يعقبه بما ينافيه، سواء عطف عليه الثاني بـ «ثم» أو الفاء أو الواو أو قطعه عنه، بأن قال : أعطوا فلاناً مائة، أعطوا فلاناً خمسين .

﴿وان جمع﴾ بينها ولم يرتب بأن ذكرها دفعة، فقال: أعطوا فلاناً وفلاناً مائة. أو رتب باللفظ ثم نص على عدم التقديم ﴿أخرجت من الثالث ووزع النقص﴾ على الجميع ، فيبطل من كل وصية بحسابها .

﴿ولو أوصى بعق مماليكه دخل في ذلك المنفرد والمشارك﴾ ويستفاد من النص^(١) أنه يقوم عليه حصّة شريكه ان احتمله ثلثه كما عليه جماعة ، خلافاً للمتأخرين فاختروا عدم السراية ، ولا يخلو عن قوة .

حكم الوصايا المبهمة :

﴿الثاني : في﴾ الوصايا ﴿المبهمة :﴾

﴿من أوصى بجزء من ماله﴾ ولم يكن ثمة قرينة من عرف أو عادة على تعيينه

﴿كان﴾ الموصى به هو ﴿العشر﴾ من أصل التركة لامن الثلث، الآن يضيفه اليه كما عليه جماعة .

﴿وفي رواية^(١)﴾ أنه ﴿السبع﴾ منه وعمل بها الاكثر ، حتى أن في الغنية الاجماع ، ولعله الاظهر .

﴿وفي﴾ رواية^(٢) ﴿أخرى﴾ أنه ﴿سبع الثلث﴾ وهي مہجورة .
 ﴿ولو أوصى بسهم﴾ من ماله ولم يكن ثمة قرينة على تعيينه ﴿كان ثمناً﴾ على الاشهر الاظهر ، خلافاً لجماعة فالسدس . وفي رواية^(٣) شاذة العشر .
 ﴿واو كان﴾ أوصى ﴿بشيء﴾ من ماله ﴿كان سدساً﴾ بغير خلاف .
 ﴿ولو أوصى بوجره﴾ معينة ﴿فنسي الوصي وجهاً﴾ منها أو أكثر ﴿صرف﴾ المنسي ﴿في﴾ وجوه ﴿البر﴾ بلاخلاف الامن نادر أشار الى قوله : ﴿وقيل : يرجع ميراثاً﴾ ولاريب في ضعفه ، والقائل الحلبي والشيخ في بعض فتاويه .
 ﴿ولو أوصى بسيف وهو في جفن﴾ بفتح الاول وهو الغمد بالكسر ﴿وعليه حلية، دخل الجميع في الوصية على رواية^(٤)﴾ يجبر ضعفها الشهرة ﴿العظيمة التي كادت تكون اجماعاً ، بل قيل : ان الاصحاب مطبقون على العمل بها .
 ﴿وكذا لو أوصى بصندوق وفيه مال، دخل المال﴾ أيضاً ﴿في الوصية﴾ فان فيه أيضاً تلك الرواية^(٥) المہجورة، اللهم الا أن يوجد قرينة على عدم الدخول فتتبع ، وكذلك في المسألة السابقة وفاقاً للمعة .

(١) وسائل الشريعة ١٣/٤٤٤ ، ح ٥٥ .

(٢) وسائل الشريعة ١٣/٤٤٧ ، ح ١٤٤ .

(٣) وسائل الشريعة ١٣/٤٤٩ ، ح ٤٤ .

(٤) وسائل الشريعة ١٣/٤٥١ ، ب ٥٧ .

(٥) وسائل الشريعة ١٣/٤٥٢ ، ب ٥٨ .

﴿وكذا قيل:﴾ والقائل المشهور ﴿لو أوصى بسفينة وفيها طعام﴾ دخل الطعام فيها ﴿استناداً الى فحوى رواية^(١)﴾ ضعيفة السند والدلالة، وإن انجبرت في الاول بالشهرة، فالاصح عدم الدخول الامع قربنة عليه من عرف أو عادة . ولا فرق في الحكم بالدخول حيث يثبت بين كون الموصي عدلاً أم لا ، ولا بين كون الصندوق مقفلاً أم لا على الاقوى .

﴿ولا يجوز﴾ لاحد الوصية ﴿باخراج الولد من الارث﴾ مطلقاً ﴿ولو﴾ كان من ﴿أوصى﴾ بذلك ﴿الاب﴾ على الاظهر الاشهر، والاشهر الاظهر بطلان الوصية من الاصل .

وقيل : يجري مجرى الوصية بجميع المال لمن عداه ، فإن أجاز مضى في الكل ، والا في الثالث .

﴿وفيه﴾ أي في المقام ﴿رواية^(٢)﴾ بصحة الوصية بذلك من رجل وقع ابنه على أم ولد له وعمل بها الصدوق ، ولكنها لضعف سندها ومخالفتها الاصول مطرحة ﴿عند المتأخرين .

ولا فرق في البطلان بين كون الموصي باخراجه الولد أم غيره من الورثة دون الصحة ، فيختص عند القائل بها بالولد خاصة ، تبعاً لمورد الرواية .

مسائل في الوصية :

﴿الطرف الثالث : في أحكام الوصية ، وفيه مسائل :﴾

﴿الاولى : اذا أوصى بوصية ، ثم عقبها بمضادة لها﴾ بأن أوصى بعين مخصوصة لزيد ثم بها لعمرو ، أو بمائة درهم مطلقاً لزيد ، ثم قال : المائة التي

(١) وسائل الشريعة ٤٥٢/١٣ ، ب ٥٩ .

(٢) وسائل الشريعة ٤٧٦/١٣ ، ب ٩٠ .

أوصيت بها لزيد قد أوصيت بها لعمرو ﴿عمل بالاخيرة ولو لم تضادها﴾ الثانية بأن أوصى لزيد بمائة، ثم أوصى لعمرو بمائة، أو أوصى لزيد بدار و لعمرو بدار ونحو ذلك ﴿عمل بالجميع﴾ ان وفى به الثلث .

﴿فان قصر الثلث﴾ عنه ﴿بدأ بالاول فالاول حتى يستوفي الثلث﴾ كما مر .
 ﴿الثانية : تثبت الوصية بالمال بشهادة رجلين﴾ مسلمين ، ومع الضرورة تقبل شهادة رجلين من عدول أهل الذمة ، ولا يشترط في قبولها منهم السفر وفقاً للاكثر ، والاحوط وجوب تحليفها بعد صلاة العصر بصورة الآية كما عليه العلامة .

﴿وبشهادة أربع نساء ، وبشهادة الواحدة في الربع﴾ والاثنين في النصف وهكذا بلاخلاف . ولا يتوقف قبول شهادتهن على اليمين مطلقاً ، على الاشهر الاقوى ولو فرض انضمام اليمين الى الاثنين أو الثلاث ثبت الجميع على الاقوى ، أما الواحدة فلا يثبت بها سوى الربع مطلقاً . ولا على فتمد الرجال وفقاً للاكثر عملاً باطلاق النص^(١) .

﴿وفي ثبوتها﴾ أي الوصية بالمال ﴿بـ﴾ شهادة ﴿شاهد ويمين ترداد﴾ عند المصنف ، ولا وجه له يعتد به ، والاصح الثبوت وفقاً للمشهور ، وفي كلام جمع الاجماع .

﴿وأما﴾ الوصية بـ ﴿الولاية فلا تثبت الا بشهادة رجلين﴾ مسلمين ، بلاخلاف الا من المصنف في الشرائع^(٢) ، فأثبتها بشهادة شاهد ويمين ، لكن على تردد ولا وجه له كترده السابق .

﴿الثالثة : لو أشهد﴾ الموصي ﴿عبدین له على أن حمل الماوكة﴾ اهـ

(١) وسائل الشيعة ٣٩٥/١٣ ، ب ٢٢ .

(٢) شرائع الاسلام ٢٥١/٢ .

﴿منه ، ثم ورثهما غير الحمل فأعتقا فشهدا للحمل بالبنوة﴾ للموصي ﴿صح﴾
 شهادتهما ﴿وحكم له﴾ أي للحمل برقيتهما مطلقاً ولو لم يوص بأن يشهدا ، بلا
 خلاف مع الإيصاء ، وكذلك مع عدم الإيصاء على الأشهر الأقوى .
 ﴿ويكره له تملكهما﴾ ويستحب له أن يعتقهما .

﴿الرابعة : لا تقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه﴾ ولا ما يجزبه نفعاً ، أو
 يستفيد منه ولاية على المشهور ، بل قيل : لا خلاف فيه إلا من الإسكافي ، فجوز
 شهادته لليتيم في حجره ، وإن كان هو المخاصم لليتيم ولم يكن بينه وبين المشهود
 عليه ما يرشد شهادته عليه . ومال إليه جمع ، ولعله أجود حيث يسلم شهادته من
 التهمة ، للمكانبة^(١) الصحيحة الصريحة .

﴿وتقبل﴾ شهادته ﴿للموصي في غير ذلك﴾ بغير خلاف ، كما في كلام
 جمع وعليه كما في المكانبة الصحيحة .

﴿الخامسة : إذا أوصى بعق عبده ، أو أعتقه عند الوفاة وليس له سواه انعتق
 ثلثه﴾ وسعى في باقي قيمته للورثة ، بلا خلاف فيه في الوصية ، وأما في المنجز
 فيبنى على الخلاف الاتي في احتسابه من الثلث أو الأصل .

﴿ولو أعتق ثلثه عند الوفاة وله مال﴾ غيره ﴿أعتق الباقي من ثلثه﴾ أي ثلث
 المال سراية عليه إن وفى به ، وإن لم يف أو لم يكن له مال سعى فيه للورثة ، بلا
 خلاف فيه ظاهراً إلا في اعتاق الباقي من الثلث خاصة ، فإنه يبنى على إخراج المنجز
 منه لامن أصل التركة ، ويأتي على غيره انعتاق الباقي منه دون الثلث خاصة .

﴿ولو أعتق ماله عند الوفاة ، أو أوصى بعقهم ولا مال﴾ له ﴿سواهم﴾
 ولم يجز الورثة ﴿أعتقهم ثلثهم بالقرعة﴾ بتعديلهم أثلاثاً بالقيمة وعق ما أخرجه
 القرعة ، بغير خلاف في الوصية ، وأما المنجز فكما عرفته . ولو استأزم ذلك

(١) من لا يحضره الفقيه ٤٣/٣ الرقم ١٤٧ .

عتق جزء من أحدهم ، سعى في باقيه للورثة .

﴿ولورثتهم﴾ في الاعناق أو الوصية ﴿أعتق الاول فالاول حتى يستوفي الثلث وبطل الزائد﴾ بغير خلاف الا فيما عرفت .

﴿السادسة: اذا أوصى بعتق رقبة﴾ وأطلق ولم يكن ثمة قرينة معينة ﴿أجزأ الذكر والأنثى والصغير والكبير﴾ للاطلاق والنص^(١) .

﴿ولو قال: مؤمنة لزم ، فان لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب﴾ وعداوة لاهل العصمة - سلام الله تعالى عليهم - على الاشهر الاظهر ، خلافاً لجماعة فيتوقع المكنة ، وهو أحوط ان لم يوجب التأخر الاخلال بالوصية .

﴿ولو ظنها﴾ أي الرقبة المؤمنة الموصى بعتقها ﴿مؤمنة فأعتقها ، ثم بانته بخلافه أجزأت﴾ بغير خلاف أجده .

﴿السابعة : اذا أوصى بعتق رقبة بثمن معين﴾ وجب شراؤها به ﴿فان لم توجد﴾ أو وجدت لكن بأزيد ﴿توقع﴾ المكنة أي التمكّن من الشراء به ، ولم يجب بذل الزيادة ، بل لم يجز .

﴿وان وجدها بأقل﴾ من ذلك الثمن ﴿أعتقها ودفع اليها الفاضل﴾ منه ، مع اليأس من الرقبة الموصى بها بغير خلاف .

﴿الثامنة: تصرفات المريض ، ان كانت مشروطة بالوفاة﴾ وبعبّر عنها بالوصية ﴿فهي﴾ محسوبة ﴿من الثلث﴾ مع عدم اجازة الورثة .

﴿وان كانت منجزة﴾ غير معلقة بها ﴿وكان فيها محاباة﴾ في المعاوضة من البيع بأقل من ثمن المثل والشراء بأزيد منه ﴿أو عطية محضة﴾ أو الوقف والعتق والصدقة ﴿ف﴾ في احتسابها من الاصل أو الثلث ﴿قولان ، أشبههما﴾ وأشهرهما بين المتأخرين ﴿أنها من الثلث﴾ وبين القدماء أنها من الاصل ، حتى ادعى السيدان عليه الاجماع . والمسألة محل اشكال ، وان كان القول الثاني أقرب

الى الصواب، ولكن الاحتياط فيهماهما أمكن لا يترك على حال. وعلى الاول يختص الحكم بالمرض المخوف على الاصح .

ومحل الخلاف ما اذا مات في المرض ، أما لو برىء منه حسب من الاصل مطلقاً ولو مات في مرض آخر قولاً ، هذا حكم الوصية والمنجز .

﴿أما الاقرار للاجنبي﴾ بدين ﴿فان كان﴾ في اقراره ذلك ﴿منهما﴾ على الورثة ﴿مريداً الاضرار بهم باقراره ذلك﴾، وظهر ذلك من القرائن الحالية ﴿فهو من الثلث ، والا فمن الاصل﴾ .

﴿و﴾ الاقرار ﴿للوarith﴾ بذلك ﴿من الثلث على التقديرين﴾ أي مع التهمة وعدمها عند المصنف خاصة، استناداً في كل من القسم الاول والثاني الى الصحيح^(١). ﴿ومنهم من سوى بين القسمين﴾ وهم الاكثرون ، وان اختلفوا من وجه آخر، فبين من حكم بنفوذه من الاصل فيهما مطلقاً، كالديلمي والحلي مدعياً عليه الاجماع . ومن فصل بين صورتى التهمة فمن الثلث ، وعدمها فمن الاصل، وعليه الاكثر كما في كلام جمع ، وهو الاظهر .

﴿التاسعة : أرش الجراح ودبة النفس ، يتعلق بهما الديون والوصايا﴾ فتخرج منهما ﴿كسائر أموال الميت﴾ على الاشهر الاقوى ، وفي كلام جمع الاجماع عليه ، لكن في دية الخطأ خاصة .

ويلحق بها دية العمد ، على الاظهر الاشهر ، خلافاً للحلي فخص الحكم بدية الخطأ ، ولنادر فنفاه فيهما أيضاً . وهما ولاسيما الثاني ضعيفان جداً^(٢).

(١) وسائل الشريعة ١٣ / ٣٧٧ .

(٢) قال في آخر احدى نسخ « خ » : والحمد لله تعالى قد وقع الفراغ من تسويد هذا الكتاب في يوم احدى الاربعاء من عشر الثاني من شهر شعبان ، أعني أربعة وعشرون من سنة احدى وثلاثون بعد الالف والمائتان من الهجرة النبوية المصطفوية ، بيد أقل عباد الله وأضعف خلق الله، وأقل الطاعة وكثير المعصية، وتواب أقدام الطلاب ابن زين العابدين عوض محمد الرازي في مشهد الرضا عليه آلاف التحية والثناء في مدرسة ميرزا جعفر .

(كتاب النكاح)

وهو لغة: الوطي على الاشهر. وشرعاً: العقد اجماعاً ، كما في كلام جمع.

﴿وأقسامه﴾ أي الكتاب ﴿ثلاثة﴾ :

﴿الاول : في﴾ النكاح ﴿الدائم﴾ :

﴿وهو يستدعي فصولاً﴾ :

(الفصل الاول)

(في صيغة العقد وأحكامه وآدابه)

﴿أما الصيغة : ف﴾ هي ﴿الايجاب والقبول﴾ .

﴿ويشترط﴾ في الاول ﴿النطق بأحد الالفاظ الثلاثة﴾ التي هي : ﴿زوجتك

وأنكحتك ، ومتعتك﴾ والاكتفاء بأحد الاولين مجمع عليه ، وبالثالث مختلف

فيه، والاكثر على المنع، وهو أحوط ان لم يكن أظهر .

﴿والقبول هو﴾ اللفظ الدال على ﴿الرضا بالايجاب﴾ مطلقاً وافقه في

اللفظ أملاً، بشرط الموافقة له معنى، اقتصر على لفظه أم اتبع بالايجاب عندنا.

﴿وهل يشترط وقوع تلك الالفاظ﴾ الدعبرة في الامرين ﴿بأنظ الماضي؟
 الاحوط﴾ على بعض الوجوه بل الاظهر الاشهر ﴿نعم﴾ مطلقاً، للاجماع على
 وقوعه به، و﴿لانه صريح في الانشاء﴾ عرفاً، عاماً أو خاصاً، ولا كذلك غيره.
 ﴿و﴾ عليه فـ ﴿لو أتى بأنظ الامر﴾ قاصداً به الانشاء المعبر هنا، المعبر
 عنه بالرضا الباطني بالنكاح بالفعل ﴿كقوله﴾ أي الزوج ومن في حكمه لها
 أو ﴿للولي﴾ زوجني نفسك، أو ﴿زوجنيها فقال: زوجتك﴾ نفسي أوزوجتكها
 لم يصح .

و ﴿قيل : يصح، كما في قضية سهل الساعدي﴾ المروية^(١) بطريق العامة
 والمخاصة، وفيها قصور دلالة .

﴿و﴾ كذا ﴿لو أتى بلفظ المستقبل﴾ قاصداً به الانشاء ﴿كقوله: أتزوجك﴾
 فقالت: زوجتك نفسي. لم يجز .

و ﴿قيل: يجوز، كما في خبر^(٢) أبان﴾ ابن تغلب ﴿عن﴾ مولانا ﴿الصادق﴾
 عليه السلام ﴿الوارد﴾ في المتعة: أتزوجك، فإذا قالت: نعم، فهي امرأتك
 ونحوه أخبار أخر كلها مشتركة في ضعف السند بالقطع في بعض وغيره في
 آخر، والاختصاص بالمتعة مع عدم دليل على التعدية .

والقائل في الاول الشيخ، وفي الثاني العماني، وتبعهما جماعة ومنهم المصنف
 في غير الكتاب .

﴿ولو قال﴾ مستفهم للولي: ﴿زوجت بنتك من فلان، فقال: نعم﴾ بقصد
 اعادة اللفظ تقديراً أو اقامة له «نعم» مقامه للانشاء لا بقصد جواب الاستفهام

(١) السنن للبيهقي ٢٤٢/٧، كنز العمال ٥٣٩/١٦، والمستدرک الباب ٢ - ٢ من

أبواب المهور ح ٢ .

(٢) وسائل الشیعة ٤٦٦/١٤، ح ١٢ .

﴿فقال الزوج﴾ بعد ذلك بغير فصل : ﴿قبلت ، صح﴾ عند المصنف وفاقاً لجمع ﴿لانه﴾ أي لفظ نعم ﴿يتضمن السؤال﴾ وجار مجراه اتفاقاً ، فكأنه قال: زوجتها منه . وفي الاكتفاء به نظر، فاذا الاقوى المنع وفناً للاكثر .
﴿ولا يشترط تقديم الایجاب﴾ على القبول في المشهور، بل عليه الاجماع من السرائر^(١) والمبسوط^(٢) .

وحيث ما قدم القبول يعتبر كونه بغير قبالت ورضيت، كنكحت وتزوجت ، وهو حينئذ بمعنى الایجاب، وذلك لعدم صدق المعنى بذلك .
ويجب إيقاع الركنين بالعربية ﴿ولا تجزىء الترجمة﴾ عنهما، أو عن أحدهما بالفارسية ونحوها ﴿مع القدرة على النطق﴾ بالعربية، على الاظهر الاشهر، وعن المبسوط^(٣) والتذكرة الاجماع .

﴿وتجزىء مع العذر كالا عجم﴾ الذي لا يتمكن من العربية ويشق عايه التعلم، أو يفوته بعض الاغراض المقصودة له .
ولافرق في ذلك بين العجز في الركنين أو أحدهما، ولكن يختص الرخصة في الاخير بالعاجز، وبازم بالعربية غيره، ويصح حينئذ كما في اختلاف الترجمتين بشرط فهم كل منهما كلام الاخر ، ولو بترجمين عدلين أو عدل واحد ان حصل العلم باخباره . ولا يجب التوكيل ولو مع التمكن منه .
﴿وكذا﴾ تجزىء ﴿الاشارة﴾ المفهومة للمراد ﴿الاخرس﴾ موجباً كان أو قابلاً، أصلياً كان أو طارياً، ولا يجب التوكيل هنا أيضاً .

(١) السرائر ص ٢٩٩ .

(٢) المبسوط ٤ / ١٩٤ .

(٣) المبسوط ٤ / ١٩٤ .

(وأما الاحكام (١) فمسائل :)

﴿الاولى : لاحكم لعبارة الصبي﴾ والصبية مطلقا واو كانا مميزين ورخصهما الولي .

﴿ولا المجنون﴾ والمجنونة كذلك وان كان أدوارياً ، بشرط عدم الافاقة حين العقد ، بلاخلاف فيهما .

﴿ولا السكران﴾ حينه موجبا كان أو قابلا ، أجاز بعده أم لا ، على الاشهر الاقوى .

﴿و﴾ لكن ﴿في رواية﴾^(٢) صحيحة عمل بها الشيخ في النهاية^(٣) وابن حمزة أنه ﴿إذا زوجت السكرى نفسها ثم أفادت فرضيت به أودخل بها فأفادت وأفرته كان ماضياً﴾ وفي مقاومتها للاصول المعتضدة بالشهرة اشكال ، وان كان الاحوط مراعاتها ، لكن مع عقد آخر ثانياً .

﴿الثانية : لا يشترط﴾ في صحة العقد عندنا ﴿حضور شاهدين﴾ عدلين وان استحب ، دائماً كان أو منقطعاً ، تحليلاً أو تمليكاً .

﴿ولا﴾ حضور ﴿ولي﴾ مطلقا ﴿إذا كانت الزوجة بالغة﴾ عاقلة ﴿رشيدة على الاصح﴾ الاشهر كما سيذكر .

﴿الثالثة : لو ادعى رجل زوجية امرأة وادعت أختها زوجيته ، فالحكم لبينة الرجل﴾ مطلقا^(٤) ﴿الا أن يكون مع﴾ بينة ﴿المرأة﴾ المدعية ﴿ترجح﴾

(١) في المطبوع من المتن : المحكم .

(٢) وسائل الشيعة ٢٢١/١٤ ، ح ١٠ .

(٣) النهاية ص ٢٦٨ .

(٤) سواء كانت البينتان مطلقتين أو مورختين بتاريخين متساويين « منه » .

على بينة الرجل ﴿من دخول أو سبق تاريخ﴾ فيقدم بيئتها ، كل ذلك للنص^(١) المنجبر بالعمل ، لكنه مختص بما إذا أنكرت المرأة أخت المدعية دعواه ، فاعتبار بينته حينئذ حيث لا مرجح لبينة المدعية انداهاو لدفع انكار المرأة ، وان أشكل الحكم بترجيح بينته على بيئتها حينئذ ، لكنه يدفع في هذه الصورة بالنص .

ويزداد الاشكال في غيرها مما عمه اطلاق العبارة ، وهو ما اذا وافقته على دعواه ، فانه لا اعتبار لبينته هنا أصلا ، لانه منكر خاصة ، فكيف يقبل ؟ فضلا من أن ترجح ولذا يستشكل في تعدي الحكم الى مثل البنت والام من التساوي والخروج عن مورد النص ، لكنه معال بما يوجب التعدية الى جميع ما خرج عن مورد .

وظاهر اطلاقه كاطلاق الاكثر الاكتفاء في التقديم مطاقا بالبينة من غير احتياج الى حلف ، وقيل : لا بد منه في الرجل حيث تقدم بينته ، فيحلف على البت . وفي المدعية حيث تقدم بيئتها ، فتحلف على نفي العلم بما يدعيه او قدم بيئتها بالدخول وأما سبق التاريخ فيكفي بيئتها ، وهذا القول أحوط وأولى .

هذا اذا أقاما معاً البينة ، واذا اختص بها أحدهما حكم له مع الحلف على البت على نفي ما تدعيه المدعية ان كان الرجل ، وعلى نفي العلم بما يدعيه ان كان المدعية . ولا فرق بين دخوله بها وعدمه في الصورتين .

وان لم يكن لهما بينة حكم للرجل في قطع دعوى الاخت مع اليمين ، سواء دخل بها أم لا على الاقوى . ولها مع الرد فتحلف على الدعوى وعلى نفي العلم بما ادعى .

﴿ولو عقد﴾ رجل ﴿على امرأة وادعى آخر زوجيتها لم يلتفت الى دعواه الامع البينة﴾ فلو اتى بها حكم له بها والافلا ، سواء أقرت له بها أم لا ، ولا يمين عليها مطلقا ، ولو لدفع ما يترتب على الزوجية ، بلا خلاف الا في الاخير ، فقيل : عليها

اليمين لدفع ما يترتب عليها دون نفسها، فانه لا يمين عليها لقطعها قولاً واحداً ،
والاقوى ما قدمناه .

﴿الرابعة :﴾ يشترط تعيين الزوج والزوجة بالاسم، أو الإشارة، أو الوصف
القاطع للشركة اجمعاً، وعليه فـ ﴿لو كان لرجل عدة بنات فزوج واحدة﴾ منهن
﴿ولم يسمها﴾ باسمها ولا يميزها بغيره، فان لم يقصد معينة بطل النكاح مطلقاً، قصد
الزوج احداهن أم لا بخلاف، وكذلك لو قصداً معاً ولكن قصد الاب واحدة والزوج
أخرى .

وان قصداً معينة ﴿ثم اختلفا في المعقود عليها﴾ بعد الاتفاق على صحة العقد
المستلزم لتواردهما على واحدة بالنية المتفق عليها بينهما ﴿فالقول قول الاب ،
وعليه أن يسلم اليه التي قصدها في العقد ان كان الزوج رآهن﴾ هذا شرط للتقديم
لاوجوب التسليم . ﴿وان لم يكن رآهن فالعقد باطل﴾ كما في الصحيح^(١)، ولا
خلاف في الاخير، وفي الاول خلاف، والاقرب ذلك وفاقاً للاكثر عملاً بالصحيح
خلافاً للحلي فيبطل كالاخير بناءً على أصله في الاحاد ، وهو ضعيف .

(واما الاداب فقسمان :)

﴿الاول : آداب العقد :﴾

﴿ويستحب أن يتخير من النساء البكر﴾ فانهن أطيب شيء أفواهاً، وأدرشيء
أخلاقاً، وأحسن شيء أخلاقاً، وأفتح شيء أرحاماً. ﴿العفيفة﴾ فرجاً ﴿الكريمة
الاصل﴾ الغير الناشئة هي وآبائها وأمهااتها عن حيض أو شبهة أو زنا البعيدة عن
اللسن .

﴿وأن يقصد﴾ بتزويجه متابعة ﴿السنة لالجمال والمال﴾ والثروة ﴿فربما

حرمهما ﴿فقد ورد : أنه اذا قصدهما وكل الى ذلك ، وأنه اذا تزوجها لدينها رزقه الله تعالى اياهما^(١) .

﴿و﴾ أن ﴿يصلني﴾ قبل تعيين المرأة ﴿ركعتين﴾ يحمد الله تعالى بعدهما ﴿وبدأ﴾ الله تعالى أن يرزقه من النساء أعفهن ﴿فرجاً﴾ وأحفظهن ﴿له ماعليها نفساً ومالا﴾ وأوسعهن رزقاً وأعظمهن بركة ﴿في نفسها وولدها، وأن يقدر له منها ولداً طيباً يجعله خافاً صالحاً حياة وموتاً .

﴿ويستحب الاشهاد والاعلان﴾ ولا يجب كما مر قريباً ﴿والخطبة﴾ بضم الخاء ﴿أمام العقد﴾ وأقلها الحمد لله ، وأكملها الخطاب المروية ^(٢) عنهم عليهم السلام ﴿وايقاعه ليلاً﴾ .

﴿ويكره﴾ ايقاعه ﴿والقمر في العقر﴾ فقد ورد: أن من تزوج فيه لم ير الحسنى^(٣) .

﴿وأن يتزوج العقيم﴾ التي لم تلد، بل يتزوج ولو دأ، فقد قال عليه السلام : اني أباهي بكم الامم يوم القيامة ولو بالسقط يجيء محبباً على باب الجنة ، فيقول الله عز وجل: أدخل الجنة فيقول : لا، حتى يدخل أبواي قبلي ، فيقول الله تبارك وتعالى لملك من الملائكة اعطني بأبويي، فيأمر بهما الى الجنة، فيقول: هذا بفضل رحمتي لك^(٤) .

﴿الثاني : في آداب الخلوة والدخول بالمرأة :

﴿يستحب صلاة ركعتين اذا أراد الدخول﴾ بها ﴿والدعاء﴾ بعدهما ، بعد

(١) وسائل الشيعة ٣٠ / ١٤ ، ج ١ .

(٢) المستدرک الباب ٣٣ - من أبواب مقدمات النكاح .

(٣) وسائل الشيعة ٨٠ / ١٤ ، ج ١ .

(٤) وسائل الشيعة ٣٤ / ١٤ ، ب ١٧ .

أَنْ يَحْمَدَ اللَّهَ تَعَالَى رَبِّي عَلَى النَّبِيِّ ﷺ بقوله: اللَّهُمَّ ارْزُقْنِي أَفْهًا وَوَدَّهَا وَارْضَاهَا
وَارْضَنِي بِهَا ، وَاجْمَعْ بَيْنَنَا بِأَحْسَنِ اجْتِمَاعٍ وَأَنْسَ ابْتِلَافَ ، فَإِنَّكَ تَحِبُّ الْحَلَالَ
وَتَكْرَهُ الْحَرَامَ . أَوْغِيهِ مِنَ الدَّعَاءِ .

﴿وَأَنْ يَأْمُرَهَا بِذَلِكَ﴾ أيضاً ﴿عِنْدَ الْإِنْتِقَالِ﴾ فتصلي ركعتين وتدعو الله سبحانه
بِمَادَعَى مَذْكُورَةٍ لَضَمِيرِهَا .

﴿وَأَنْ يَجْعَلَ يَدَهُ عَلَى نَاصِيَتَيْهَا﴾ عند دخولها عليه مستقبل القبلة ﴿وَيَكُونَا
عَلَى طَهْرٍ ، وَيَقُولُ: اللَّهُمَّ عَلَى كِتَابِكَ تَزَوَّجْتُمَا﴾ وفي أمانتك أخذتها ، وبكلماتك
استحللت فرجها ، فإن قضيت لي في رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سوياً ، ولا تجعله
شرك الشيطان .

﴿وَأَنْ يَكُونَ﴾ الزفاف ﴿وَالدَّخُولُ بِهَا لَيْلًا﴾ .

﴿و﴾ أَنْ ﴿يُسَمَّى عِنْدَ الْجَمَاعِ﴾ ويتعوذ بالله من الشيطان الرجيم .

﴿وَيَسْأَلُ اللَّهَ تَعَالَى أَنْ يَرْزُقَهُ وَلِذَا ذَكَرَ﴾ تقياً زكياً ، ليس في خلقتك زيادة
ولانقصان ، ويجعل عاقبته إلى خير .

﴿وَيَكْرَهُ الْجَمَاعَ لَيْلَةَ الْخُسُوفِ وَيَوْمَ الْكُسُوفِ﴾ فقد ورد : أَنْ مِنْ جَامِعٍ
فِيهِمَا فَرْزُقٌ وَلِذَا لَمْ يَرْفِهِ مَا يَحِبُّ^(١) .

﴿وَعِنْدَ الزَّوَالِ﴾ فقد ورد: ان قضى بينكما ولد في ذلك الوقت يكون أحول
والشيطان يفرح بالحوال في الانسان^(٢) . ويستثنى منه زوال الخميس ، فقد ورد :
ان قضى بينكما لم يقربه الشيطان حتى يشيب ويكون قديماً ، ويرزقه الله عز وجل
السلامة في الدين والدنيا^(٣) .

(١) وسائل الشيعة ١٤ / ٨٩ ، ج ١ .

(٢) وسائل الشيعة ١٤ / ١٨٧ ، ج ١ .

(٣) وسائل الشيعة ١٤ / ١٩٠ ، ج ١ .

﴿وعند الغروب حتى يذهب الشفق﴾ فقد ورد فيه ما في الكسوف^(١).
 ﴿وفي المحاق﴾ ودو الثلاثة أيام من آخر الشهر ، فقد ورد : أن من رزق فيه ولدأ فليسلم للسقط^(٢). ويتأكد الكراهة في الليلة الاخيرة منه .
 ﴿وبعد الفجر حتى تطلع الشمس﴾ وفيه ما في الكسوف .
 ﴿وفي أول ليلة من كل شهر الا شهر رمضان﴾ فانه يستحب فيه .
 ﴿وفي ليلة النصف﴾ من كل شهر وآخره ، فقد ورد : ان الجنون والجذام والخبل يسرع الى المرأة والى ولددا^(٣).
 ﴿وفي السفر اذا لم يكن معه ماء للغسل﴾ الا اذا خاف على نفسه الضرر .
 ﴿وعند الزلزلة والريح الصفراء والسوداء﴾ فقد ورد فيها ما في الكسوف .
 ﴿ومستقبل القبلة ومستدبرها ، وفي السفينة ، وعارياً ، وعقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء﴾ فان قبل ذلك وخرج الولد مجنوناً فلا يلوم من الانفسه ، كما في النبوي^(٤) وليس فيه الاجتزاء بالوضوء ، ولذا اقتصر الحلبي على الغسل ، وهو أحوط . ولا يكره معاودة الجماع بغير غسل في وجهه ، ويكره على آخر ، وهو أحوط .
 ﴿والجماع و﴾ الحال أن ﴿عنده من ينظر اليه﴾ بحيث لا ينظر الى عورته والا فيحرم ، مميزاً كان الناظر أم لا على الاقوى ، فقد ورد : ان رزقت ولدأ كان شهرة وعاماً في الفسق والفجور^(٥) وفي آخر : في الناظر ما أفاح أبداً ، ان كان غلاماً كان زانياً ، وان كانت جارية كانت زانية^(٦).

(١) وسائل الشيعة ٨٩/١٤ ، ج ٢٣ .

(٢) وسائل الشيعة ٩٠/١٤ ، ج ١٣ ب ٦٣ .

(٣) وسائل الشيعة ٩١/١٤ ، ج ٥٣ .

(٤) وسائل الشيعة ٩٩/١٤ ، ج ١٣ .

(٥) وسائل الشيعة ٩٥/١٤ ، ج ٨٣ .

(٦) وسائل الشيعة ٩٤/١٤ ، ج ٢٣ .

﴿والنظر الى فرج المرأة﴾ مطلقاً وحال الجماع أشد كراهة والى المباطن أقوى .

﴿والكلام بغير ذكر الله تعالى عند الجماع﴾ فقد ورد: أنه يورث الخرس^(١) ومن الرجل مع كثرته أكد . وتعليل الكراهة بالعلل السابقة في النصوص ربما يفيد اختصاصها بصورة احتمال تكون الولد ، إلا أن عبارات الاصحاب مطلقة .

وهذا (مسائل :)

﴿الاولى : يجوز النظر الى وجه امرأة يريد نكاحها و﴿كفيها﴾ ظاهرهما وباطنهما من رؤوس الاصابع الى المعصم ، بشرط العلم بصلاحيتهما بخلوها من البعل والعدة والتحريم وتجوز اجابتهما ، ومباشرة المرید بنفسه ، فلا يجوز استنابة الاجنبي وان كان المرید أعمى .

وربما اشترط أن يستفاد بالنظر ما لم يعرف قبله ، ولا بأس به الا اذا نسي ما استفاده أو احتمل تغييرها قبله .

وفي اشتراط عدم الريبة والتلذذ نظر ، أقرب به العدم ، الا مع خوف الوقوع في الفتنة قبل العقد فيشترط . وظاهر العبارة الجواز المطلق ، وربما قيل بالاستحباب ولا بأس به .

ولا تباحث المرأة بالرجل ، فلا يجوز لها النظر مطلقاً على الاقرب ، والمشهور اختصاص الجواز بالموضعين .

﴿ولكن﴾ ﴿في رواية﴾ مرسلة^(٢) جواز النظر ﴿الى شعرها ومحاسنها﴾ ومثلها الموثق^(٣) في الثاني والصحيح^(٤) وغيره في الاول ، وبها عمل جماعة من

(١) وسائل الشريعة ٨٦/١٤ ، ب ٦٠ .

(٢ - ٤) وسائل الشريعة ٥٩/١٤ ، ب ٣٦ ح ٥٧ و ٨٠ .

الاصحاب ، ولا بأس به ، وان كان الترك أحوط .

﴿وكذا﴾ يجوز النظر ﴿الى﴾ وجه ﴿أمة يريد شراؤها﴾ وكفيها اتفاقاً والى شعرها ومحاسنها على الاقوى ، ويحتمل ماعدا العورة وفاقاً للتذكرة .

﴿و﴾ كذا يجوز النظر ﴿الى أهل الذمة﴾ وشعورهن على الاشهر ﴿لانهن بمنزلة الاماء﴾ لانهن مما يليك الامام ، وقيل : بالمنع ، ولعله أحوط وان كان الجواز أظهر ﴿مالم يكن لتلذذ﴾ أوربية فيحرم .

﴿و﴾ يجوز أن ﴿ينظر﴾ الرجل والسيد ﴿الى جسد زوجته﴾ وأمتة الغير المزوجة مطلقاً ﴿باطأ وظاهراً﴾ والى محارمه ﴿وهن اللاتي يحرم نكاحهن مؤبداً بنسب أو رضاع أو مصاهرة فيما قطع به الاصحاب﴾ ما خلا العورة ﴿وهي هنا القبل والدبر على الاظهر الاشهر .

وقيل : بالمنع فيما عدا الوجه والكفين والقدمين . وربما خصت الاباحة بالمحاسن خاصة ، وهي مواضع الزينة ، وهو أحوط ، وأحوط منه ماسبق . كل ذا مع عدم التلذذ والريبة ، والا فيحرم مطلقاً .

وفي جواز النظر الى الوجه والكفين والقدمين من الاجنبية من غير تلذذ وريبة مطلقاً ، أم العدم كذلك ، أم الجواز مرة والمنع مرتين فصاعداً أقوال ، أجودها الاول : وان كان الثاني ثم الثالث أحوطها .

وتتحد المرأة مع الرجل فتمنع من النظر في محل المنع ولا في غيره بالنص والاجماع ، ويستثنى من المنع^(١) مطلقاً محل الضرورة اتفاقاً ، والقواعد من النساء ، والصغير الغير المميز والصغيرة ، فيجوز النظر منهن واليهن مطلقاً على الاقوى .

وفي جواز نظر المميز الى المرأة ان لم يكن محل ثوران تشوق وشهوة

(١) خ ل : من الحكم .

قولان ، أحوطهما : المنع ، فيمنعه الولي عنه .

وفي جواز نظر المرأة الى الخصى الممارك لها والعكس خلاف ، والاشهر المنع ، وفي الخلاف الاجماع ، فهو أحوط ، وأدلى بالمنع نظر الخصى الى غير ما لكته .

وليس للرجل مطلقاً حتى الاعى سماع صوت الاجنبية بتلذذ أو خوف فتنة اجماعاً ، وبدونهما أيضاً عند جماعة ، وهو أحوط ، وان كان الجواز أظهر وفقاً لجمع .

هذا في حال الاختيار ، وأما مع الضرورة فيجوز قولاً واحداً ولو أزيد من خمس كلمات ، والنهي عنه في بعض الاخبار محمول على تأكد الكراهة في حال الاختيار .

﴿الثانية :﴾ في جواز ﴿الوطء في الدبر﴾ مطلقاً لزوجة كانت أو أمة خلاف بين الاصحاب ، و ﴿فيه﴾ أيضاً ﴿روايتان﴾^(١) مختلفتان ، الا أن ﴿أشهرهما الجواز على الكراهية﴾ الشديدة ، وهو أيضاً أظهرهما ، وان كان المنع أحوط وأولى .

﴿الثالثة :﴾ اختلف الاصحاب في جواز ﴿العزل﴾ وافراغ العني خارج الفرج بعد المجامعة ﴿عن الحرية﴾ مطلقاً اختياراً ﴿بغير اذنها﴾ ولو بالشرط حال العقد على قولين ، فـ ﴿قيل :﴾ انه ﴿محرم وتجب به دية النطفة عشرة دنانير﴾ والقائل الشيخ .

﴿وقيل :﴾ والقائل الاكثر انه ﴿مكروه﴾ غير محرم ﴿وهو الاشبه﴾ الاظهر ، ولا تجب به الدية ، وان قلنا بالمنع على الاصح وان كان أحوط ، وكذا التورع عنه .

وكما يكره له العزل يكره لها أيضاً بدون اذنه ، وهل يحرم عليها لو قلنا به منه ؟ مقتضى بعض الاداة ذلك . وكذا القول في دية النطفة له كذا قيل ، والاخبار خالية عنه .

﴿ واحترز بالقيود عن غير الحرة ، فقد ﴾ رخص ﴿ في العزل ﴾ في الاماء ﴿ فتوى ونصاً ^(١) وعن حالتي الاضطرار والاذن بجوازه فيهما اتفاقاً .

﴿ الرابعة : لا ﴾ يجوز أن ﴿ يدخل ﴾ الرجل ﴿ بالمرأة ﴾ مطلقاً ﴿ حتى يرضي لها تسع سنين ﴾ هلالية .

﴿ ولو دخل ﴾ بها ﴿ قبل ذلك ﴾ أثم ولكن ﴿ لم تحرم ﴾ عليه مطلقاً الا اذا أفضاها فيحرم وطئها كما يأتي ﴿ على الاصح ﴾ الاشهر . ويقال له القول بأنها تحرم عليه بذلك مطلقاً ، كما يعزى الى ظاهر اطلاق النهاية ^(٢) ، وفي مستنده ضعف مع أنه قد رجع عنه .

﴿ الخامسة : لا يجوز للرجل ﴾ الحاضر المتمكن من الوطى ﴿ ترك وطئ المرأة ﴾ المعتودة له بالدوام على الاصح ﴿ أكثر من أربعة أشهر ﴾ مطلقاً شابة كانت المرأة أم غيرها .

﴿ السادسة : يكره للمسافر أن يطرق أهله ﴾ أي يدخل عليهم من سفره ﴿ ليلاً ﴾ مطلقاً ، وقيل : بشرط عدم الاعلام .

وفي تعلق الحكم بمجموع الليل أو اختصاصه بما بعد المبيت وغلق الابواب نظر ، والاحوط الاول .

وظاهر اطلاق النص ^(٣) والفتوى عدم الفرق بين الزوجة وغيرها ، وان كان

(١) وسائل الشريعة ١٠٦/١٤ ، ج ١ ح .

(٢) النهاية ص ٤٨١ .

(٣) وسائل الشريعة ٩٣/١٤ ، ب ٦٥ :

الحكم فيها أكد وبياب النكاح أنسب .

﴿المابعة : اذا دخل﴾ الزوج ﴿بصبية لم تبلغ تسعاً فأفضاها﴾ بالوطي ، بأن صير مسلك الحيض والبول أو الغائط واحداً ﴿حرم عليه وطئها﴾ بل مطلق الاستمتاع على الاحوط ﴿مؤبداً﴾ بالنص^(١) ، والاجماع ، والمخالف شاذ ﴿و﴾ لكن ﴿لم تخرج من حبالته﴾ .

﴿ولو لم يفضاها لم يحرم على الاصح﴾ بل هي زوجته الى أن يطلقها على الافوى ، فتحرم عليه قبله أختها والخامسة ، وعليه الانفاق عليها في الجملة اجماعاً والوجه وجوبه حتى مع الطلاق ولو بائناً ، بل ولو تزوجت بغيره في وجه ، ولا في آخر ، الا أن الاول أحوط ، وأولى منه بالوجوب مالم يطلقها الثاني بائناً أو رجعيّاً وتم عدتها . وكذا لو تعذر انفاقه عليها ، لغيبه أو فقر أو نحوهما .

قيل : ولا فرق في الحكم بين الدائم والمتمتع بها ، وهو أحوط وان كان في العموم للثانية نظر ، ونحوها الاجنبية والامة .

ولو أفضى الزوجة بعد التسع ففسي تحريمها وجهان ، أجودهما : العدم ، وأولى به افضاء الاجنبي كذلك .

والاقرب عدم تعدي الحكم في الافضاء بغير الوطىء وان أوجبت الدية في الجميع .

(الفصل الثاني)

(فى بيان اولياء العقد)

أي الذين يتولونه عن الزوجين بغير اذنها لولايتهم عليهما .

(١) وسائل الشريعة ١٤ / ٣٨٠ ، ب ٣٤ .

﴿لا ولاية في النكاح لغير الأب والجدة لسلب وانعلا والوصفي والمولى والمحاكم﴾ الشرعي باجماعنا فيما عدا الام وأبيها حتى الاخ والعمة ، وان كان الاولى استيذانهما ، وكذا الام وأبوها فلا ولاية لهما مطلقاً على الاشهر الاقوى ، وان كان استيذانهما أولى .

﴿ولاية الأب والجدة ثابتة على الصغير و﴿الصغيرة ولو ذهبت بكارتها بزنا أو غيره﴾ عندنا .

﴿ولا يشترط في ولاية الجدة﴾ عليها ﴿بقاء الأب﴾ وحياته على الاقوى ﴿وقيل : يشترط﴾ عكس ما عليه العامة العمياء ، والقائل جماعة من القدماء ومراعاته أحوط ﴿و﴾ ان كان ﴿في المستند﴾ أي الخبر^(١) الذي تمسك لهم به ﴿ضعف﴾ دلالة وقصور سنداً وتكافؤ لما دل على الاقوى .

﴿والاخبار للعصية﴾ في فسخ عقد الولي ﴿مع البلوغ﴾ أي بعده لزوجها قبله اجماعاً ﴿وفي الصبي قولان ، أظهرهما﴾ وأشهرهما فتوى ورواية^(٢) ﴿أنه كذلك﴾ ليس له الخيار في فسخه .

﴿ولو﴾ كان الأب والجدة ﴿زوجاها﴾ من رجلين واختلفا زماناً ﴿فالعقد للسابق﴾ منهما وان كان أبياً ﴿وان اقترنما ثبت عقد الجدة﴾ وكذا لو تشاحا قدم الجدة على الأب . وفي تعدي الحكم الى الجدة مع جد الأب وهكذا وجهه ، ولكن الاقرب العدم .

﴿ويثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله﴾ بسفه أو جنون مطابقاً ﴿ذكرأ﴾ كان أو أنثى ﴿اجماعاً﴾ فيما اذا اتصل الفساد بالصغير ، وكذا اذا تجدد دأى الاقرب وقيل : للحاكم ، ومراعاته بالجمع أحوط .

(١) وسائل الشيعة ١٤/٢١٨ ، ج ٤ .

(٢) وسائل الشيعة ١٤/٢٢٠ ، ب ١٢ .

﴿و﴾ حيث ثبت ولايتهما وزوجاه ف﴿لا خيار له بعد الافاقة﴾ اجماعاً .
 ﴿والثيب﴾ المنكوحه بالتزويج ﴿تزوج نفسها﴾ باختيارها من شاءت
 بشرط باوعها ورشدها ﴿ولا ولاية عليها الاب ولا اغبرد﴾ مطابقاً عندنا ، وان
 استحجب لها استيذان الابوين .

﴿و﴾ على هذا ﴿اوزوجها﴾ أبوها أوجدها ﴿من غير اذنها﴾ كان فضواياً
 ﴿وقف على اجازتها﴾ فان أذنت ازم والافسد .
 و ﴿أما البكر البالغة الرشيدة فأمرها﴾ فيماعد التزويج من التصرفات
 المالية ﴿بيدها﴾ مطابقاً ﴿واوكان أبوها حياً﴾ كارهاً لما فعلته ، وكذا فيه لو كان
 ميتاً أوفاقداً لشرائط الولاية قولاً واحداً .

وانما اختلفوا فيما لو كان أبوها حياً مستجمعاً لشرائط الولاية، فـ ﴿قيل﴾ :
 ان ﴿لها الانفراد بالعقد﴾ مطلقاً ﴿دائماً كان أو منقطعاً﴾ والقائل الاكثر، وفي
 الغنية^(١) الاجماع، وفي الانتصار^(٢) عليه الاجماع مطلقاً، وكذا في السرائر^(٣)
 لكن في المنقطع .

﴿وقيل﴾ : ﴿أمر﴾ العقد مشترك بينها وبين الاب، فلا ينفرد أحدهما به ﴿بل
 يستأمر كل منهما الآخر، والقائل الحلبيان .

﴿وقيل﴾ : ان ﴿أمرها الى الاب﴾ بالانفراد ﴿وليس لها معه أمر﴾ حتى
 لوزوجها ممن كرهته صح ولزم ، والقائل الصدوق والشيخ وجماعة .

﴿ومن الاصحاب من أذن لها في﴾ تزويج ﴿المتعة دون الدائم﴾ وهو

(١) الغنية ص ٥٤٩ .

(٢) الانتصار ص ١٢٠ .

(٣) السرائر ص ٢٩٥ .

المفيد في ظاهر المقنعة ^(١) وتبعه الشيخ في التهذيبين ^(٢) .

﴿ومنهم من عكس﴾ فجاز لها الانفراد بالدوام دون الدفعة ، وانما تل غير معروف .

﴿و﴾ القول ﴿الاول﴾ من هذه الاقوال ﴿أولى﴾ وأظهر، وإن كان القول بالتشريك أحوط .

كل ذا إذا أراد الولي تزويجها من كفو ﴿و﴾ أما ﴿أوعضها الولي﴾ ومنعها عن ذلك أو مطلقاً مع رغبتها ﴿سقط اعتبار رضاه اجماعاً﴾ منا، وفي حكمه الغيبة المنقطعة التي تحصل معها المشقة الشديدة .

﴿ولو زوج الصغيرة غير الاب والجد﴾ له ممن لولاية له عليها كان فوضواياً و﴿توقف على رضاها عند البلوغ، وكذا﴾ او زوج ﴿الصغير﴾ .
﴿وللمولى أن يزوج المماوكة﴾ له ﴿صغيرة كانت أو كبيرة، بكرأ أو ثيباً عاقلة أو مجنونة، ولا خيرة لها﴾ أصلاً ﴿وكذا﴾ او زوج ﴿العبد﴾ له لا خيرة له مطلقاً .

وليس له الولاية على المبعوض منهما بمعنى اجباره عليه، وإن كان له الولاية عليه بمعنى عدم استقلاله به بدون اذنه .

وللولي تزويج أمة المولى عليه وعنده مطلقاً مع المصاحبة عندنا، ولا يكون له الفسخ بعد الكمال كما في تزويج نفسه .

﴿ولا يزوج الوصي﴾ للاب أو الجد من صغيريهما ولو نصا له بالولاية في التزويج على الاشهر الاقوى ﴿الا من بلغ﴾ منهما ﴿فاسد العقل﴾ فله تزويجه ﴿مع اعتبار المصلحة﴾ فيه على الاشهر، وفي المستند نظر ، بل ثبوت الولاية

(١) المقنعة ص ٧٨ .

(٢) تهذيب الاحكام ٣٨٠/٧ والاستبصار ٢٣٦/٣ .

للحاكم حينئذ لعله أظهر، الامع ميسر الحاجة الى النكاح وعدم امكان الوصول اليه فيتعين الاظهر .

﴿وكذا الحاكم﴾ الشرعي، وهو الامام العادل أو منه وبه وصلاً أو عموماً، ومنه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى، لا يزوج الصغيرين الا من بلغ منهما فاسد العقل وليس له أب ولا جد، بلاخلاف في حكم المستثنى ولا اشكال، وأما حكم المستثنى منه فهو مشهور، فان تم اجماً والافقيه نظر .

(ويلحق بهذا الباب مسائل :)

﴿الاولى: الوكيل﴾ عن الزوجة أو وليها ﴿في النكاح﴾ للغير ﴿لا يزوجه من نفسه﴾ قطعاً، وكذا لو وكلاه في التزويج على الاطلاق على الاظهر الاقوى وكذا مع العموم كزوجني ممن شئت، ولا يكون هناك قرينة حال على ارادة الغير على الاحوط ان لم يكن أظهر .

﴿ولو أذنت﴾ له ﴿في ذلك﴾ أي التزويج لنفسه ﴿فالا شبه﴾ الاظهر ﴿الجواز﴾ أي جواز توليه بنفسه الايجاب من جهتها والقبول من جهته .

﴿وقيل: لا﴾ والقائل الشيخ والقاضي، لرواية^(١) قاصرة عن الصحة ﴿وهي رواية عمار﴾ بن موسى الساباطي الموثقة، ولكن مراعاتها أحوط . وينبغي تخصيص المنع بموردها، وهو تزويج الموكلة لنفسه، فيجوز أن يتوأي طرفي العقد بنفسه لغيره .

﴿الثانية: النكاح﴾ الفضولي صحيح و﴿يقف على الاجازة﴾ من ولي العقل، فان أجاز لزم والا بطل على الاظهر الاقوى، ولا فرق ﴿في﴾ ذلك بين ﴿الحر والعبد﴾ .

﴿ويكفي في الاجازة سكوت البكر﴾ عند عرضه عليها حيث تكون هي المعقود عليها، كما في الاذن ابتداءً على الاشهر الاقوى .

﴿ويعتبر في﴾ اجازة ﴿الثيب﴾ واذنها ﴿التعاق﴾ به، فلا يكفي السكوت هنا اجماعاً ، ولاربيب في ذلك مع حصول الشيوة بالوطي مطلقاً ، وأما مع حصولها بغيره من أسباب زوال البكارة فاشكال ، والاحوط أنه كالاول في اعتبار النطق بالاذن، وكذا الموطوءة دبراً وان لم تصدق عليها الثيب .

ثم ان الاكتفاء بالسكوت مشروط بالتجرد عن القرينة المعريسة عن عدم الرضا، فان محله انما هو صورة الشك في رضاها وعدمه لا مطلقاً .

﴿الثالثة: لا تنكح الامة الا باذن الدوالي، رجلاً كان المولى أو امرأه﴾ دائماً كان النكاح أو متعة، على الاشهر الاقوى .

﴿و﴾ لكن ﴿في رواية﴾^(١) سيف بن عميرة الصحيحة أنه ﴿يجوز نكاح أمة المرأة من غير اذنها متعة﴾ وعمل بها الشيخ في النهاية ^(٢) ، لكنه قد رجع عنها فهي شاذة ﴿وهي﴾ مع ذلك ﴿منافية للاصل﴾ من تحريم التصرف في ملك الغير بغير الاذن المستفاد من الاعتبار والكتاب والسنة بالعموم والخصوص .

﴿الرابعة: اذا زوج الابوان﴾ أي الاب والجد ﴿الصغيرين صح﴾ كما مر ﴿وتوارثا﴾ بلا خلاف حتى ممن خير الصبي عند الادراك ﴿ولا خيرة لهما﴾ في فسخ النكاح ﴿عند البلوغ﴾ كما مضى .

﴿ولو زوجها غير الابوان﴾ ممن لا ولاية له عليهما كان فداً وياً و﴿وقف على الاجازة﴾ كما عرفته .

﴿فلوماتا أومات أحدهما بطل العقد﴾ مطابقاً أجاز الباقي أم لا .

(١) وسائل الشيعة ١٤/٤٦٣، ب ١٤٠ .

(٢) النهاية ص ٤٩٠ .

﴿ولو بلغ أحدهما فأجاز ثم مات عزل من تركته نصيب الباقي﴾ الى أن يبلغ ﴿فاذا بلغ﴾ فلم يجز بطل العقد، وان أجاز ﴿أحلف أنه لم يجز الرغبة﴾ في الميراث ﴿رأعطي نصيبه﴾ من التركة .

واعتبر الحلف دفعاً للتهمة في أكثر موارد المسألة، وأما الباقي المنتفية فيه ككون الباقي الزوج والمهر بقدر الميراث أو أزيد، فالاجود عدم الحلف ان لم يتعلق غرض باثبات أعيان التركة، بحيث يترجح على ما ثبت عليه من الدين ، أو يخاف امتناعه من أدائه، أو هربه، أو نحو ذلك مما يوجب التهمة، ولكن فتوى الاصحاب مطلقة في اثبات الحلف لاخذ التركة، فان كان اجماع والا فالمتجه ما عرفت .

وفي المسألة فروعاً جلية بسطنا الكلام فيها في الشرح^(١).

﴿الخامسة : اذا زوجها الاخوان﴾ أو الاجنيان ﴿برجلين ، فان تبرعا﴾ بالعقد ولم يو كلا فيه فالعقدان فضوليان ﴿اختارت أيهما شاءت﴾ وفسخت الاخر أو فسختهما ، اقترنا زماناً أو اختافاً ، ولكن ينبغي لهما اختيار من عقد عليه أكبر الاخوين مع تساوي المعقود عليهما في الرجحان ، والافمن ترجح منهما واو كان من عقد عليه الاصغر .

وان اختص التبرع بأحدهما ، كان العقد الموكيل مطلقاً تارناً أو اختافاً ، كن المتبرع أو الوكيل الاخ الكبير أم الصغير أم غيرهما .

﴿وان كانا﴾ معاً ﴿وكيلين وسبق أحدهما﴾ بالنكاح ﴿فالعقد له﴾ مطلقاً على الاشهر الاقوى وبطل المتأخر ، سواء دخل بها أم لا ، لوقوع الاول صحيحاً والثاني باطلا ، لوقوعه عليها وهي في عصمة الاول ، وتسلم الزوجة اليه مع عدم الدخول .

﴿ولو دخلت بالآخر﴾ فهو زنا منهما ان علما بالحال فلامهر لها ، ولا يباحق الوالد باحدهما ومنها خاصة ان علمت هي به دونه فلامهر لها و ﴿لحق به الوالد﴾ ومنه ان علم هو دونها فلها المهر والولد دونه ، ووطئ شبهة ان جهلا فيباحقهما الولد ﴿وأعيدت الى الاول بعد انقضاء العدة﴾ من الثاني ﴿ولها المهر﴾ هنا كما في الصورة الثالثة ﴿للسبهة﴾ وهل المراد به المثل أم المسمى؟ قولان ، أجودهما : الاول .

﴿وان اقترنا﴾ زماناً باقترانهما في القبول ﴿بلا﴾ معاً اجداً فيما عدا الاخوين ، وكذا فيهما على الاشهر الاقوى .

﴿وقيل : العقد عقد الاكبر﴾ منهما مطلقاً ، اقترن العقدان أم اختلفا ، الا مع دخول من عقد عليه الاصغر فيكون انه حينئذ ، الامع سبق عقد الاكبر كما عن الشبخ والقاضي ، أومع الاتفاق زماناً خاصة بشرط أن لا يدخل من عقد عايه الاصغر كما عن التهذيبين^(١) وجماعة ، لرواية^(٢) هي مع قصور سندها لادلالة لها على شيء من القولين .

ثم ان جميع ما ذكر مع معلومية السبق والاقتران . وأما مع جهلهما مطلقاً ولو كان طارياً ، ففي وقوف النكاح الى الاستبانة أم العدم قولان ، أجودهما : الثاني ، وعليه فالاجود أنه يصار حينئذ الى القرعة مع أمر من وقعت له بتجديد النكاح ، ومن لم تقع له بالطلاق احتياطاً في الفروج .

﴿السادسة :﴾ مر في أول الفصل أنه ﴿لا ولاية للام﴾ ولا لايها على الولد مطلقاً .

﴿ولو زوجت الولد فأجاز صح﴾ مطلقاً ذكر أكان أو أنثى ، وقع التزويج

(١) تهذيب الاحكام ٣٨٧/٧ ، الاستبصار ٢٤٠/٣ .

(٢) وسائل الشيعة ٢١١/١٤ ، ح ٤٤ .

في الصغر أو الأكبر ﴿ولو أنكر بطل﴾ العقد والمهر اجماعاً ، فيما لو كان المعقود عليه فضولاً أنثى ، وكذا لو كان ذكراً على الأشهر الأقوى .

﴿وقيل : يلزمها﴾ أي الام ﴿المهر﴾ للمعقود عليها تماماً ، لرواية^(١) هي مع ضعفها لا دلالة عليه صريحاً .

﴿ويمكن حمله﴾ أي لزوم المهر في كل من القول والرواية ﴿على﴾ صورة ﴿دعوى﴾ الام ﴿الوكالة عنه﴾ فيتوجه حينئذ أزواجه ، انضمامه التفرير الموجب للضمان ، وفيه نظر .

﴿ويستحب للمرأة أن تستأذن أبدا﴾ وجدها مطاقاً ﴿بكراً﴾ كانت ﴿أو ثيباً ، وأن توكل﴾ أو تستأذن ﴿أخاها اذالم يكن لها أب ولا جد﴾ أو كانا وتعرس استيذانهما بعضل أو غيبة منقطعة أو طويلة .

﴿وأن تعول﴾ مع التعدد ﴿على الأكبر﴾ من الاخوة .
﴿وأن تختار خيرته من الأزواج﴾ بشرط التساوي في الرجحان أو رجحان رأي الأكبر ، والا فرأي من ترجح كما مر .

(الفصل الثالث)

(في بيان أسباب التحريم وموجباته)

وهي ستة :

﴿الاول : النسب ، ويحرم به﴾ على الذكر ﴿سبع﴾ نسوة مذكورات في

الاية^(٢) الشريفة ، وهن :

(١) وسائل الشيعة ١٤ / ٢١١ ، ج ٣ .

(٢) سورة النساء : ٢٣ .

﴿الام وان علت﴾ وهي كل امرأة ولدت له أو انتهى نسبه اليها من العلو بالولادة،
لاب كانت أم لام .

﴿والبنت وان سفلت﴾ وتشتمل السافلات بنت البنت وبنت الابن . وضابطهما :
من ينتهي اليه نسبه بالتولد ولو بوسائط .

﴿والاخت وبناتها وان سفلن﴾ وهي كل امرأة ولدها أبواه أو أحدهما ، أو
انتهى نسبها اليهما أو الى أحدهما بالتولد .

﴿والعمة وان ارتفعت﴾ وهي كل أنثى هي أخت ذكر ولده بواسطة أو غيرها
من جهة الاب أو الام أو منهما .

﴿وكذا الخالة﴾ تحرم وان ارتفعت ، وهي كل أنثى هي أخت أنثى ولدت له
بواسطة أو غيرها ، وقد تكون من جهة الاب كأخت أم الاب .

والمراد بالمرتفع فيهما عمة الاب والام وخالتهما ، وعمة الجد والجدة
وخالتيهما وهكذا ، لاعممة العمة وخالة الخالة، فانهما قد لا تكونان محرمتين، كما
لو كانت العمة القريبة عمة للام خاصة أي أخت أبيه من أمه، لان عمتها حينئذ تكون
أخت زوج جدته أم أبيه ، وأخت زوج الام لا تحرم فأخت زوج الجدة أولى .
وكما لو كانت الخالة القريبة خالة الاب خاصة ، أي أخت أمه من أبيها ، فان خالتها
تكون أخت امرأة الجد ، وأخت امرأة الاب لا تحرم فأخت امرأة الجد أولى .
﴿وبنات الاخ﴾ لاب أو لام أو لهما ﴿وان هبطن﴾ وضابطها : كل امرأة
ولدها أخوه مطلقا بواسطة أو غيرها .

وحرمة المذكورات على قريبهن الذكري استازم العكس، ولذا اكتفى بتحريمهن
في الآية .

وانما يثبت النسب بالموطي الصحيح بنكاح أو تحليل ، ولو عرضه التحريم
بوقوعه في حيض ونفاس وشبههما ، وبالموطي لشبهة بأن يكون غير مستحق في

الواقع مع عدم العلم بالتحريم أو بمتعلقه .

ويختص النسب هنا بمن اختصت به ، وأما الزنا فلا يثبت به اجماعاً الا في تحريم النكاح المتعلق به ، فان ظاهر أصحابنا ثبوته به ، وعليه الاجماع في التذكرة وغيرها .

ولا يباحق الزنا بالنسب في حل النظار ، والانهتاق بذاك الفرع أو الاصل ، والشهادة على الأب ان قبلت منه على غيره ، والقود به من الأب ، وتحريم الحليلة وغير ذلك من توابع النسب على الاقرب ، وان كان الاحتياط فيما يتعاق بالدماء والنكاح أجود ، ولو احتيط في الجميع كان أحسن .

ولو اجتمع الوطى الصحيح والشبهة مع انقطاع الفراش بنحو من الطلاق يثبت النسب لمن أمكن في حقه دون غيره ومع الامكان فيهما ، كما لو كان الولادة لستة أشهر من وطىء الثاني للشبهة وللأقل من أقصى الحمل من وطىء الاول للنكاح فالأظهر الأشهر الحاقه بالثاني .

﴿الثاني : الرضاع ، ويحرم منه ما يحرم من النسب﴾ بالنص^(١) والاجماع فكل موضع يثبت فيه من جهة النسب المعرمة يثبت من جهة الرضاع بمثل تلك القرابة ، فالمحرمات من الرضاع أيضاً سبعة :

الأم ، وهي كل امرأة أرضعتك ، أو رجع نسب من أرضعتك أو صاحب اللبن اليها ، أو أرضعت من يرجع نسبك اليه من ذكر أو أنثى وان على ، كمرضة أحد أبويك أو أجدادك أو جداتك ، وأختها خاتمتك من الرضاعة ، وأخوها خالك ، وأبوها جدك ، وابنها أخوك ، وبنتها أختك .

والبنت كل أنثى رضعت من لبنك أو لبن من ولادته ، أو أرضعتها امرأة ولدتها . وكذا بناتها من النسب والرضاع والعماة والخاللات أخوات الفحل والمرضة

وأخوات من ولد همام النسب والرضاع وبنات الاخ وبنات الاخت وبنات أولاد المرضعة والفحل من النسب والرضاع .

وكذا كل أنثى أرضعتها أختك و بنت أخيك وبنات كل ذكر أرضعته أمك أو ارتضع بلبن أبيك .

﴿ وشروطه ﴾ أي الرضاع المحرم ﴿ أربعة ﴾ :

﴿ الاول ﴾ : أن يكون اللبن عن نكاح ﴿ أي وطىء صحيح وان كان شبهة على الأشهر وعليه العمل . ويختص النشر بمن اختصت به ، فلا ينشر في الآخر للاحاقه بازنا الغير الناشر اجماعاً .

ويعتبر مع صحة النكاح صدور اللبن عن ذات حمل أو ولد بالكاح المذكور ﴿ فلو در ﴾ اللبن من الخالية منهما وان كانت منكوحة نكاحاً صحيحاً شرعياً ، فغير المنكوحة أصلاً أرلى ﴿ أو كان من زنا لم ينشر ﴾ المحرمة وفي اشتراط الولادة أم الاكتفاء بالحمل قولان ، أحدهما : الاول .

ولا يشترط البقاء على الحباله ، فلو طلقها أومات عنها وهي حامل أو مرضع فأرضعت ولداً رضعته ناشرة المحرمة لنشر الحرمة ، كما لو كانت في حبالته وان تزوجت بغيره مطلقاً ، حبلى منه أم لا ، بقي اللبن بحاله أم زاد بعد الانقطاع ، الا أن تلد منه وترضع بلبنها المستمر الى الولادة ، فلا تنشر الحرمة في حق من خرجت من حبالته .

ويعتبر في النشر حياة المرضعة ، فلومات في أثناء الرضاع فأكمل النصاب منها وهي ميتة فلا تنشر الحرمة .

﴿ الثاني ﴾ : الكمية ﴿ باجماعنا ، فالرضعة الحاصلة بأقل المسمى غير كافية .

﴿ وهو ﴾ أي المقدار المدلول عليه بالكمية يعتبر بأحد أمور ثلاثة :

اما ﴿ ما أنبت اللحم وشد العظم ﴾ وهو تقدير بالاثر المترتب عليه ، وظاهر

النص^(١) والتمتن اعتبار الامرين معاً كما عليه الاكثر. وقيل : بالاكتفاء بأحدهما .
ولعله الاظهر ان لم يتلزاما ، والا فلا ثمرة للخلاف أصلاً .

والمرجع فيهما الى أهل الخبرة ، ولاريب في اشتراط عدالة المخبر .
وفي اشتراط التعدد اشكال ، وأهل الوجه الاشتراط ، والاظهر كونهما أصلاً
في ثبوت النشر وكون الامرين الاتيين علامتين لهما .

﴿أورضاع يوم وإيلة﴾ بحيث يشرب كل ما أراد حتى يروي ويصدر ما لنا
على الاشهر الاقوى ، أو بشرط عدم انضباط العدد . واطلاق النص^(٢) مع الاول ،
وتظهر الثمرة في نقصان العدد في اليوم والليالة ، كما اذا رضع فيهما سبعة أو
ثمانية ، فلا ينشر على الثاني ونعم على الاول . ولا فرق بين اليوم الطويل وغيره .
وفي الاكتفاء بالملق منهما أو ابتداء في أثناء أحدهما أم العدم اشكال ، ولعل
الثاني أظهر . أو خمسة عشر رضعة متوالية كما يأتي .

﴿ولا حكم لمادون العشر﴾ رضعات اجماعاً في الرضعة القاصرة ، وعلى
الاشهر الاقوى مطلقاً .

﴿وفي﴾ ثبوت النشر بـ ﴿العشر روايتان﴾^(٣) ، أشهرهما ﴿بين المتأخرين
وأظهرهما﴾ أنها لا تنشر ﴿ولورضع خمس عشر رضعة نشر الحرمة﴾ اجماعاً
كما حكاه جماعة .

﴿ويعتبر في الرضعات﴾ العددية والزمانية ﴿قيود ثلاثة﴾ :
﴿كمال الرضعة﴾ المفسر عند بعضهم بأن يرضع حتى يتضاعف ويتماي
وينهي نفسه ، واعتمد الباقيون على العرف ، ولعاهما متقاربان . فلا عبرة بالناقصة ،

(١) وسائل الشيعة ٢٨٩/١٤ ، ب ٣ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٨٢/١٤ ، ب ٢ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٨٣/١٤ .

واحدة كانت أم متعددة ، الامسح حصول الانبات بها فتعتبر من هذه الجهة ،
وتحسب الرضعات المتخلل بينها لفظ الثديين للتففس أو الملاعبة ، أو المنع من
المرضعة مع المعاودة وحصول الكمالية بها رضعة واحدة ان لم يطل الفصل ،
والا احتسب الجميع كالاحاد رضعة نافضة غير ناشرة للحرمة .

﴿ وامتصاصه ﴾ أي الرضيع اللبن ﴿ من الثدي ﴾ فلا عبرة بالموجود في
حلقه على الأشهر الاظهر .

﴿ وأن لا يفصل بين الرضعات برضاع غير المرضعة ﴾ ولا بالأكول ولا
المشروب ، لكن في الزمانية خاصة دون العدية ، فيمنع فيها الفصل برضاع غير
المرضعة خاصة .

واطلاق النص ^(١) يقتضي حصول الفصل بمسماه أو وقل ، الا أن حملة على
الفرد الاكمل يقتضي العدم .

ويشترط في التوالي اتحاد المرضعة ، فلوارتضع من امرأة خمساً كاملة مثلاً
ثم ارتضع من الآخر كذلك ثم أكمل من الاولى أو منهما أو من ثالثة لم ينشروندنا
خلافاً العامة .

﴿ الثالث : أن يكون ﴾ الرضاع الناصر بكماله وتمامه ﴿ في الحولين ﴾
اللذين ابتدءاهما من انفصال تدام الولد الى الجزء الاخير من الشهر الرابع
والعشرين ان ابتدأ في أول الهال ، وألا يحسب الثلاثة والعشرون هلاية ويتم
المنكسر من الشهر الخامس والعشرين كدافي سائر الاجال .
وبكفي في حصول الشرط تمام الجزء الاخير من الرضاع بتمام مثله من
الحولين ، فالمراد عدم وقوع شيء من الرضاع بعد تمامهما .

وبستفاد من النص^(١) حصول التحريم بالرضاع في الحولين مطلقا ووافطم قبلهما ، وعدمه به بعدهما كذلك ، والامران مقطوع بهما في كلام الاصحاب عدا النادر منهم .

﴿وهو﴾ أي كون الرضاع قبل الحولين مطلقا ﴿يراعى﴾ ويشترط ﴿في المرتضع﴾ خاصة ﴿دون ولد المرضعة على الاصح﴾ الاشهر الاظهر ، فلو ارتضع المرتضع قبل تمام حواليه الرضاع المعتبر واتفق تمامه أو بعضه بعد حولي ولد المرضعة نشر الحرمة ، ولو انعكس لم ينشر .

﴿الرابع: أن يكون اللبن﴾ الناصر ﴿لفحل واحد﴾ ولاعتبار هذا الشرط وجهان :

أحدهما : وهو المناسب للمقام اعتباره اثبت أصل التحريم بين الرضبع والمرضعة وصاحب اللبن ، ولاخلاف فيه بيننا ، فلو ارتضع من امرأة بعض العدد من لبن فحل ومنها بعينها تمامه من لبن آخر بعد تزويجها منه ومفارقتها الاول لم ينشر حرمة أصلا ، فتحل له المرضعة وصاحب اللبن ان كان أنثى ، ويفرض المثال فيما لو استقل الولد بالما كول أو اللبن الموجود في فيه ولو منها في المدة المتخللة بين الرضاعين ، بحيث لا يفصل بينهما برضاع أجنبية .

والثانية : وهو المقصود من العبارة والتداول في كلام جماعة الذي صار محل النزاع والمشاجرة بين الخاصة والعامة اعتباره لحرمة أحد الرضيعين على الآخر بعد حصولها لكل منهما مع المرضعة وصاحب لبنه .

﴿فيحرم الصبيان﴾ أحدهما على الآخر كما يحرمان على المرضعة والفحل إذا كانا ﴿يرتضعان بلبن﴾ فحل ﴿واحد﴾ بلا كلام فيه مطلقا ﴿ولو اختلفت المرضعتان﴾ .

﴿ولا يحرم﴾ أحدهما على الآخر ﴿أورضع كل واحد﴾ منهما ﴿من لبن فحل﴾ غير فحل ﴿آخر وان اتحدت المرضعة﴾ فيكفي في النشر الاخوة من جهة الابوة ، ولا يكفي من جهة الامومة على الاظهر الاشهر ، وفي كلام جماعة عليه الاجماع .

﴿ويستحب﴾ للمسترضع المختار ﴿أن يتخير للرضاع المسلمة﴾ دون الكافرة بأقسامها حتى اليهودية والنصرانية والمجوسية ﴿الوضيئة العفيفة﴾ الكريمة الاصل ﴿العاقلة﴾ كل ذلك للنصوص^(١) وشهادة التجربة ، وفي جملة منها: ان اللبن يعدي والرضاع يؤثر في الطبايع^(٢) .

﴿ولو اضطر الى الكافرة استرضع الذمية﴾ أو غيرها انتفت الكراهة .
﴿و﴾ حيث استرضع الكافرة ﴿بمنعها من شرب الخمر و﴾ أكل ﴿لحم الخنزير﴾ .

﴿ويكره تمكينها﴾ أي الكافرة ﴿من حمل الولد الى منزلها﴾ .
﴿ويكره استرضاع المجوسية﴾ أشد كراهة الا عند الضرورة ﴿و﴾ نحوه استرضاع ﴿من لبنها عن زنا﴾ سواء كانت حرة أو مملوكة ، أحلها مولاها بعد الزنا أم لا بـالاخلاف .

﴿و﴾ لكن ﴿في رواية^(٣)﴾ مروية بعدة طرق معتبرة ، أن المملوكة إذا أحلها مولاها ﴿من الزنا﴾ طاب لبنها ﴿وزال بذلك كراهة استرضاعها﴾ ، وهي شاذة قد أعرض عنها الاصحاب كافة فيجب طرحها أو حملها على ما اذا كانت الامة تزوجت بدون اذن مولاها ، فان الاولى له اجازة عقدها ليطيب لبنها .

(١) وسائل الشيعة ١٥/١٨٢ ، ب ٧٨ وغيره .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/١٨٨ ، ج ٢ .

(٣) وسائل الشيعة ١٥/١٨٥ ، ج ٥ .

(وهنا مسائل) ثلاث :

﴿الاولى : اذا أكملت الشرائط﴾ المعتبرة في تحريم الرضاع﴾ صارت
المرضعة أمًا﴾ للرضيع﴾ وصاحب اللبن أبًا﴾ له، وآباءهما مطلقا أجداد وجدات
﴿وأختها﴾ وأخت الوالدات للفحل﴾ خالة﴾ وأخوتها وأخوة الوالدات لها
أخوالا ، وأخوة صاحب اللبن وأخواته وأخوة آباءه وآباءها وأخواتهم أعماماً
وعماتاً﴾ وبناتها﴾ وابنها وابن الفحل وابنته﴾ أختاً﴾ وأخاً، فيحرم الرضيع
وفروعه خاصة على الجميع مطلقا ولو انتسبوا الى المرضعة وبعلمها بالرضاع ،
بشرط اتحاد فحلهم وفحلها، فالاعمام والعلمات والأخوال والمخالات مثلا اللابوين
الرضاعيين يحرمون على الرضيع ولو انتسبوا اليهما من غير نسب، بشرط اتحاد
فحلهم .

﴿و﴾ كما﴾ يحرم﴾ الرضيع عليهم ، كذا يحرم الجميع ومنهم﴾ أولاد
صاحب اللبن﴾ مطلقا﴾ ولادة ورضاعاً على المرتضع﴾ وفروعه﴾ و﴿كذا
﴿أولاد المرضعة ولادة لارضاعاً﴾ على الأشهر الاقوى .

﴿الثانية : لا﴾ يجوز أن﴾ ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن
ولادة ورضاعاً﴾ وأولاد المرضعة ولادة لارضاعاً على الأشهر الاحوط بل الاظهر
﴿لانهم﴾ صاروا﴾ في حكم ولده﴾ كما في الصحيح^(١) .

﴿وهل ينكح أولاده﴾ أي أولاد أب المرتضع﴾ الذين لم يرتضعوا﴾ من
لبن الفحل﴾ في أولاد هذا الفحل؟﴾ مطلقا نسباً ورضاعاً ، وفي أولاد المرضعة
نسباً اذا لم يرتضعوا من لبنها أصلا﴾ قال﴾ الشيخ﴾ في﴾ النهاية^(٢) و

(١) وسائل الشريعة ٣٠٦/١٤ ، ب ١٦ .

(٢) النهاية ص ٤٦٢ .

﴿الخلاف^(١)﴾: لا يجوز ﴿والوجه﴾ الاظهر ﴿الجواز﴾ في هذه المسألة ومسألتيْن آخرين احدهما تزويج أب المرتضع بأم المرضعة نسباً ورضاعاً ، والثانية تزويج الفحل في أخوات المرتضع وفاقاً للاكثر . وقيل : بالتحريم فيها أجمع ، وهو في الجملة أحوط .

وأما ما عدا هذه المسائل الأربع ، فلا خلاف يعتد به بين الاصحاب في ازوم الاقتصار فيها على أصالة الاباحة وعدم الحكم بالحرمة ، الا حيث يصدق بالرضاع العنوانات المذكورة في آية تحريم النسوة ، من نحو الامومة والبننية والاختية ، بناءً على أن الرضاع انما يحرم به ما يحرم من النسب .

وليس المحرم من جهته الامن صدق عليه عنوانات النسوة السبع المذكورات في الآية الشريفة دون غيرهن ، فالاصل فيهن الاباحة .

﴿الثالثة﴾: لا خلاف في أنه كما يمنع الرضاع من النكاح سابقاً ، كذا يبطله لاحقاً . وأن المصاهرة تتعلق بالرضاع كتعلقها بالنسب ، بمعنى أن كل من يحرم من جهة النسب بالمصاهرة كذا يحرم من جهة الرضاع بها أيضاً ، فكما يحرم أم الزوجة النسبية وابن الزوج النسبي ، كذا يحرم بها نظيرهما من جهة الرضاع .

ف ﴿لو تزوج رضية فأرضعتها امرأته﴾ بلبنه ﴿حرمنا﴾ أي الرضیعة والمرضعة عليه مؤبداً مطلقاً ، وكذا لو أرضعتها بلبن غيره كانت في حبالته ، كما اذا استرأب ابن الاولى الى أن تزوجت به ، أم لا ﴿ان كان دخل بالمرضعة﴾ على الاظهر الاشهر فيهما ، من تحريم الام بمجرد العقد على بنتها كما يأتي انشاء الله تعالى . وعلى القول الآخر يختص التحريم بالرضیعة ، لكونها اما بنتاً كما في الاول ، أو بنت الزوجة المدخول بها كما في الثاني .

﴿والا﴾ يكن دخل بها ﴿حرمت المرضعة حسب﴾ فلا تحرم الرضیعة ،

لأنها ربيته لم يدخل بأمرها ، ولا الام أيضاً على القول الآخر من اعتبار الدخول بالبنات في حرمة الام ، ولكنه ضعيف .

وينسخ نكاح الجميع مطلقاً وفي صورتين السابقتين ، أما فيهما فواضح لحرمة كليهما جمعاً وانفراداً ، وأما هنا فلامتناع الجمع بينهما كالعقدين المتقاربين زماناً ، فيبطلان معاً لعدم إمكان الترجيح من غير مرجح ، فيجدد نكاح الرضعة لو أرادها .

﴿ولو كان له زوجتان﴾ كبيرتان ﴿فأرضعتها﴾ أي الزوجة الصغيرة ﴿واحدة﴾ من الكبيرتين ﴿حرمتا مع الدخول﴾ أي الرضعة والمرضعة بالتفصيل المتقدم ، ولا إشكال في هذا .

﴿و﴾ إنما الإشكال فيما ﴿لو أرضعته﴾ الكبيرة ﴿الآخرى﴾ بعد حصول التحريم بارضاع الأولى ﴿ف﴾ فيه ﴿قولان﴾ أشبههما عند المصنف وأكثر المتأخرين ﴿أنها تحرم أيضاً﴾ ولكن الأقوى أنها لا تحرم ، وفاناً إجماعاً من أعيان القدماء .

﴿ولو تزوج رضيعتين فأرضعتهما امرأته﴾ بلبنه ﴿حرمة من كلهن﴾ مطلقاً اجتماعاً في الارتضاع^(١) أم تعاقباً ، دخل بالمرضعة أم لا ، وكذا لو أرضعتهما بلبن الغير ﴿ان كان دخل بالمرضعة ، والا﴾ يكن دخل بها ﴿حرمت المرضعة﴾ خاصة دونهما .

﴿السبب الثالث: المصاهرة﴾ وهي علاقة تحدث بين الزوجين وأقرباء كل منهما بسبب النكاح توجب الحرمة .

﴿و﴾ يلحق بالنظر في النكاح ﴿النظر في الوطء ، والنظر ، والممس﴾ على وجه مخصوص .

(١) في «ن» : الرضعتان .

﴿أما الاول: فمن وطئ امرأة بالعقد﴾ مطلقاً ﴿أو الملك ، حرمت عليه أم الموطوءة وان علت﴾ من العارفين ﴿وبناتها وان سفلن﴾ مطلقاً ﴿سواء كن قبل الوطئ أو﴾ وجدن ﴿بعده﴾ وكن في حجره وحضانتها أم لا اجماعاً .
 ﴿وحرمت الموطوءة﴾ والمعقود عليها ﴿على أب الواطئ وان على أولاده وان نزلوا﴾ .

﴿ولو تجرد العقد﴾ على البنت ﴿عن الوطئ ، حرمت أمها عليه عينا﴾ فلا يجدي فراقها لاستحلال أمها ﴿على الاصح﴾ الا شهر ، بل كاد أن يكون اجماعاً ، وبه صرح جماعة ، خلافاً للعماني فسوى بينها وبين الام فسي اشتراط الدخول للتحريم عينا .

﴿و﴾ تحرم عليه ﴿بنتها﴾ أي بنت المعقود عليها من غير وطئ ﴿جمعا﴾ بينهما ﴿لاعينا﴾ اجماعاً ﴿فلو فارق الام حلت البنت﴾ .
 ﴿ولا تحرم مملوكة الابن على الاب ب﴾ مجرد ﴿الملك ، وتحرم بالوطئ ، وكذلك مملوكة الاب﴾ لا تحرم على الابن بالملك بل بالوطئ .

﴿ولا يجوز لاحدهما أن يطأ مملوكة الاخر ما لم يكن عقد أو تحليل . نعم يجوز أن يقوم الاب بمملوكة ابنه الصغير﴾ وابنته الصغيرة ﴿على نفسه﴾ بقيمة عادلة ﴿ثم يطأها﴾ واطلاق النص^(١) يقتضي عدم الفرق بين وجود مصاحبة أم لا كما ذهب اليه جماعة ، خلافاً لآخرين فاشتراطوها ، والاول أقوى . نعم يشترط عدم الفساد اجماعاً . وفي تعدية الحكم الى الجد اشكال ، والاقوى نعم .

﴿ومن توابع هذا الفصل تحريم أخت الزوجة﴾ لاب أو لام أولهما ﴿جمعا﴾ لا عينا ﴿ولا فرق بين الدائم والمنقطع وملك اليمين﴾ .
 ﴿وكذا﴾ تحرم جمعا لا عينا ﴿بنت أخت الزوجة وبنت أخيها﴾ وان نزلت ،

هذا مع عدم الاذن ، والا ﴿فان أذنت احدهما﴾ أي العمة والخالة ﴿صح﴾ على الاصح الاشهر .

وفي اختصاص الحكم بالزوجية فلا يحرم الجمع بالوطىء بمالك اليمين ، أو العموم له أيضاً وجهان ، والاشهر الاظهر الاول . وأولى منه بما يجوز ادخال البنتين المملوكتين عليهما بالملك ، فلا يعتبر استيذانهما فيه . وأولى منه عدم اعتبار استيذانهما في صورة العكس .

﴿ولا كذا لو أدخلت العمة أو الخالة على بنت الاخ أو الاخت﴾ فيحل الجمع بينهما هنا مطلقاً وان كرهت البنتان على الاشهر . ولا فرق في الجواز بين عام الداخلة بكون المدخول عايتها بنت أخ أو أخت أم لا وفقاً للاكثر .

﴿ولو كان عنده العمة أو الخالة فبادر بالعقد على بنت الاخ أو الاخت﴾ بدون اذنها ﴿كان العقد باطلا﴾ اذا لم تأذنا اجماعاً ، وكذا لو أذنتا عند المصنف وغيره .

﴿وقيل : تنخير العمة أو الخالة بين الفسخ﴾ لعقد أنفسهما ﴿والامضاء﴾ له ولعقد البنتين ﴿أو﴾ امضاء عقد أنفسهما خاصة و﴿فسخ عقدها﴾ أي البنت خاصة .

وفي المسألة أقوال أجودها لزوم عقد العمة والخالة وتزاول عقد البنت والحاق بالفضولى ، ولكن مراعات الاحتياط أولى بالنكاح مرة أخرى بعد الرضا من الطرفين والطلاق ان لم ترض به البنتان أيضاً .

﴿وفي تحريم المصاهرة بوطيء الشبهة تردد، أشبهه﴾ عند المصنف وفقاً للحلي ﴿أنه لا تحرم﴾ خلافاً للاكثر فنعم ، وهو الاظهر .

﴿أما الزنا فلا تحرم الزانية﴾ على الزاني بها وغيره بعد التوبة اجماعاً ، وكذا قبلها وان كرهه على الاشهر الاقوى ، وتؤكد الكراهة في المشهورة بالزنا .

﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ تحرم ﴿الزوجة﴾ الزانية ﴿وان أصرت على﴾ الاشبه
 ﴿الاشهر﴾ خلافاً للمفيد وغيره فتحرم مع الاصرار، وفي الدليل نفاً .
 ﴿وهل تنشر﴾ الزنا ﴿حرمة المصاهرة؟﴾ فتحرم الذنبي بها على أب الزاني
 وأولاده وأمهأ وبنتها عيناً وأختها جمعاً ﴿قيل: نعم ان كان﴾ الزنا ﴿سابقاً﴾ على
 العقد ﴿ولا تنشر اذا كان لاحقاً﴾ له، والقائل جماعة من القدماء وأكثر المتأخرين
 ﴿والوجه أنه لا ينشر﴾ مطلقاً حتى اذا كان سابقاً، وفقاً لجماعة من أعيان القدماء
 ولكن الاول أحوط ومراعاته أولى .

﴿و﴾ على المختار يستثنى منه ما ﴿لوزنا بالعمة أو الخالة﴾ له، فانه لو فعل
 ذلك ﴿حرمت عليه بناتهما﴾ بلا خلاف يعتد به .
 ﴿وأما اللمس والنظر﴾ بشهوة ﴿بما لا يجوز لغير المالك﴾ لمسه والنظر اليه
 فقد اختلف الاصحاب فيه ﴿فمنهم من ينشر به الحرمة على أب اللامس والناسر
 وولده﴾ وهم الاكثرون .
 ﴿ومنهم من خص التحريم بمنظورة الاب﴾ دون الابن ، وهو المفيد
 وغيره .

﴿والوجه﴾ عند المصنف وغيره ﴿الكراهة في ذلك كاه﴾ وأظهر هذه
 الاقوال هو الاول مع أنه أحوط .
 ﴿ولا يتعدى التحريم الى أم الملموسة والمنظورة ولا بنتيهما﴾ على الاشهر
 الاقوى ، ولا فرق بين المملوكة وأم الزوجة .

(ويلحق بهذا الفصل مسائل :)

﴿الاولى : لوملك أختين فوطيء واحدة﴾ منهما ﴿حرمت﴾ عليه ووطيء
 ﴿الآخرى﴾ الي أن يخرج الاولى عن ملكه ببيع أو هبة أو نحوه ما من نواقل الملك

فاذا خرجت حلت اجماعاً .

وهل يكفي مطلق العقد الناقل أم يشترط ازومه فلا يكفي البيع بخياره ولا الهبة التي يجوز الرجوع فيها ؟ وجهان ، أحوطهما : الثاني .

وفي الاكتفاء بفعل ما يقتضي تحريرها عليه كالتزويج والرهن والكتابة وجهان أجودهما : العدم مع أنه أحوط . ولا فرق في تحرير الثانية بين وطئ الأولى قبلاً أو دبراً .

وفي الحاق مقدماته من اللمس والقبلة والنظر بشهوة به نظر ، والأحوط الأول وإن كان العدم أظهر .

﴿ واور وطئ الثانية ﴾ والحوال هذه ﴿ أئتم ﴾ اجماعاً ﴿ ولسم تحرّم ﴾ عليه ﴿ الأولى ﴾ وفاقاً للشيخ والحلي وأكثر المتأخرين ، وعليه فدمي أخرج أحدهما عن ملكه حلت له الأخرى ، سواء أخرجها للعود إليها أم لا . وإن لم يخرج أحدهما حرمت عليه الثانية دون الأولى ، عملاً في ذلك كله بالاصول .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ اضطربت الرواية ^(١) ﴾ في المسألة بعد اتفاقها على تحرير الأولى مع العلم بتحرير الثانية وتحليلها بإخراج الثانية عن ملكه لابنية العود إلى الأولى .

﴿ فففي بعضها ﴾ كالصحيحين وغيرهما أنه ، ﴿ تحرّم ﴾ عليه ﴿ الأولى ﴾ حتى تخرج الثانية عن ملكه للعود ﴿ إلى الأولى ﴾ .

﴿ وفي ﴾ رواية ﴿ أخرى ﴾ صحيحة أنه ﴿ إن كان جاهلاً لم تحرّم ﴾ الأولى ﴿ وإن كان عالماً حرّمنا عليه ﴾ معاً ، ونحوها رواية أخرى موثقة .

ووجه الاضطراب فيها أن ظاهر الاخبار الأولية تحرير الأولى خاصة إلى موت الثانية أو إخراجها عن الملك للعود إلى الأولى ، فإن حملت على صورة وقوع

الوطىء بجهالة، حصلت المنافاة بينها وبين الاخيرتين صريحاً ، المتصريح فيهما بعدم حرمة الاولى في هذه الصورة . وان حملت على صورة وقوع الوطىء مع العلم بالحرمة، حصلت المنافاة بينهما، من حيث أن المستفاد من الاخبار الاولة تحريم الاولى خاصة ومنهما تحريمهما معاً .

ويمكن الجمع بحمل الاولة على الصورة الثانية، ويدفع المنافاة بأن حكمه عليه السلام بحرمة الاولى لا يقتضي حل الثانية ، والمسألة مشكلة ، لكن تحريم الاولى مع العلم بحرمة الثانية الى خروجها عن الملك لابتية العود الى الاولى ليس محل ريب، وانما هو في حل الاولى في صورة الجهل بحرمة الثانية وتحريم الثانية في صورة العلم مع بقاءهما على الملكية، ولا يبعد المصير اليه وفقاً لجماعة . ومحصله: انه متى وطىء الثانية عالماً بالحرمة حرمتا معاً الى موت الاخيرة وأخروجها عن الملك للعود الى الاولى ، فان اتفق اخراجها لذلك حلت له الاولى، وان أخرجها للرجوع اليها فالتحريم باق. وان وطىء الثانية جاهلاً بالتحريم لم يحرم عليه الاولى وبقيت الثانية في ملكه أم لا .

﴿الثانية: يكره أن يعتمد الحر على الامة﴾ دواماً أو متعة مطلقاً على الاشهر الاقوى ، وفي الغنية^(١) الاجماع .

﴿وقيل : يحرم ، الآن بعدم الطول﴾ وهو القدرة على المهر ، كما يفيد المرسل^(٢) وزيد على النفقة ولو بالقوة ، لظاهر اطلاق الطول ﴿ويخشى العنت﴾ وهو مشقة الترك ، وفسر بالزنا وخوف الوقوع فيه ، والقائل جماعة من القدماء ولا ريب أنه أحوط وأزلى .

﴿الثالثة : لا يجوز للعبد أن يتزوج﴾ دائماً ﴿أكثر من حرتين أو حرة وأمتين

(١) الغنية ص ٥٤٨ .

(٢) وسائل الشيعة ٣٩١/١٤ ، ج ٥٥ .

أو أربع اماء ﴿﴾ باجماعنا وأخبارنا^(١).

﴿الرابعة : لايجوز﴾ عقدنا ﴿نكاح الامة على الحرية الا باذنها﴾ ولا فرق فيه بين الدائم والمنقطع ، ولو أذنت جاز مطلقا .

﴿ولو بادر﴾ فعقد عليها من غير اذن الحرية ﴿كان العقد باطلا﴾ أذنت بعد ذلك أم لا ، على الاشهر الاقوى ، وفي عبارة جمع عليه الاجماع .

﴿وقيل : كان للحرية الخبرة بين اجازته﴾ أي عقد الامة ﴿وفسخه﴾ ونسب الى الشيخين وجماعة من القدماء .

﴿وفي رواية^(٢)﴾ موثقة أن الحرية ﴿لها أن تفسخ عقد نفسها﴾ دون عقد الامة ﴿وفي الرواية ضعف﴾ عن المقاومة لما قدمناه من المختار من الادلة .

كل ذا اذا تزوج الامة على الحرية ﴿ولو﴾ انعكس الفرض فـ ﴿ادخل الحرية على الامة جاز﴾ ولزم مع علم الحرية بأن تحته أمة اجماعاً ﴿وللحرية الخيار﴾ في فسخ عقد نفسها وامضائه ﴿ان لم تعلم﴾ بذلك ، ولاخيرة لها في فسخ عقد الامة على الاشهر الاقوى ، وفي السرائر^(٣) والخلاف^(٤) الاجماع .

﴿ولو جمع بينهما﴾ في العقد بأن تزوج بنت رجل وأمه ﴿في عقد﴾ واحد ﴿صح عقد الحرية﴾ والامة اذا علمت بها ورضيت ، والاصح عقد الحرية خاصة ﴿دون﴾ عقد الامة ﴿﴾ .

وظاهر العبارة البطлан كما عليه جماعة ، وفي المستند نظر ، بسل الاحاق بالفضولي لعله أظهر ، وان كان العقد عليها ثانياً ان رضيت الحرية أحوط .

(١) وسائل الشيعة ١٤ / ٥٢٠ ، ٢٢٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١٤ / ٣٩٤ ، ٣٣٠ .

(٣) السرائر ص ٢٩٢ .

(٤) الخلاف ٢ / ٣٨٣ .

﴿الخامسة: لا يحل العقد على ذات البعل﴾ ضرورة ﴿و﴾ لكن ﴿لا تحرم به﴾ مؤبداً مع الجهالة وعدم الدخول اجماعاً، وأما مع العلم أو الدخول فلاكثر على أنها لا تحرم كالسابق ، وفيه اشكال . والاحوط بل الاظهر التحريم، وأمامعهما معاً فهو زنا ، واليه أشار بقوله :

﴿ولو زنا بها حرمت﴾ مؤبداً ﴿وكذا﴾ لو زنا بها ﴿في﴾ العدة ﴿الرجعية﴾ بخلاف يعرف كما صرح به جمع ، وبالإجماع صرح آخرون ، وبه نص الرضوي^(١) وغيره ، فلا وجه للتردد فيه وإن اتفق لبعض المتأخرين تبعاً للمصنف في الشرائع^(٢).

ولا يلحق به الزنا بذات العدة البائنة ، وعدة الوفاة ، ولا بذات البعل الموطوعة بالشبهة ، ولا الموطوعة بالملك ، للأصل في غير موضع الوفاق، مع فقد الصارف فيهن . وقيل: باللاحاق في ذات العدد المزبورة . ولا يخلو عن قوة .

﴿السادسة: من تزوج امرأة﴾ دائماً أو منقطعاً ﴿في عدها﴾ بائنة كانت أو رجعية ، أو عدة وفاة أو شبهة فيما قطع به الاصحاب حال كونه ﴿جاهلاً﴾ بالعدة أو التحريم أو بهما معاً ﴿فالعقد فاسد﴾ بالضرورة .

﴿ولو دخل﴾ بها قبلاً أو دبراً في العدة أو خارجها على الأقوى ﴿حرمت﴾ عليه ﴿مؤبداً﴾ اجماعاً فيهما ﴿ولحق به الولد﴾ مع الامكان، بأن يأتي به لاقلاً الحمل فما زاد الى أقصاه من حين الوطىء ﴿ولها المهر بوطىء الشبهة﴾ الموجب له ، وهل المراد به المسمى ام المثل؟ قولان ، أقربهما الثاني .

﴿و﴾ يجب عليها أن ﴿تتم العدة للاول وتستأنف﴾ عدة ﴿أخرى للثاني﴾ على الأشهر .

(١) المستدرك الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٨٠ .

(٢) شرائع الاسلام ٢/ ٢٩٢ .

﴿وقيل: تجزئ عدة واحدة﴾ عنهما، والقائل الاسكافي للمعتبرة^(١)، وفيها الصحيح وغيره، ولا يخلو عن قوة اولا الشهرة .

﴿واوكان﴾ في تزويجها ﴿عالمأ﴾ بالامر بن ١٠٠ ﴿حرمت﴾ عليه مؤبداً ﴿بـ﴾ مجرد ﴿العقد﴾ ولو خلا عن الدخول اجماعاً ، ولا يباحق به الوالد ، وليس لها مهر مع علمها مطلقاً او دخل بها ، والا فلها مهر المثل مع الدخول بما استحل من فرجها .

وفي الحاق مدة الاستبراء بالعدة فتحرم بوطنها فيها وجهان، أجودهما: عدم وكذا الوجهان في العقد عليها مع الوفاة المجهولة ظاهراً للمرأة خاصة قبل العدة مع وقوعه بعد الوفاة في نفس الامر أو الدخول مع الجهل، والحرمة هنا لا يخلو عن قوة مع أنها أحوط .

﴿ولو تزوج﴾ حال كونه ﴿محرمأ﴾ بفرض أو نفل ، بحج أو عمرة ، بعد افساده أو قبله ﴿عالمأ﴾ بالحرمة ﴿حرمت﴾ عليه المعتقد عليها أبداً مطلقاً ﴿وان لم يدخل﴾ بها اجماعاً .

﴿ولو كان جاهلاً﴾ بها ﴿فسد﴾ العقد اجماعاً ﴿واسم تحرم﴾ عليه مطلقاً ﴿ولو دخل﴾ بها على الأشهر الأقوى .

ثم المعتبر في العقد المحرم صحته اولا الاحرام ، فلا عبرة بالافساد .
واو انعكس فرض المسألة فتزوج المحل المحرمة ، فالاصل الاباحة كما عليه الأكثر . وقيل : بالحرمة . وهو أحوط . ولا تحرم الزوجة بوطنها في الاحرام مطلقاً اجماعاً .

﴿السابعة : من لاط بغلام﴾ أو رجل ﴿فأوقبه﴾ ولو بادخال بعض الحشفة ﴿حرمت عليه أم الغلام﴾ والرجل وان علت ﴿وبنته﴾ وان سفلت من ذكر أو

أنثى من النسب اتفاقاً ومن الرضاع على الأقوى ﴿وأخته﴾ دون بناتها اتفاقاً .
ومورد النص^(١) الرجل والموطوءة الحي ، فلا يحق بهما الواطيء الصغير
والالموطوءة الميت ، نعم الاحوط ذلك .

وهل تحرم الذكورات بذلك مطلقاً أم بشرط سبق الوطء على العقد عليهن
والا لم تحرمن ؟ وجهان بل قولان ، أحوطهما : الاول ان لم يكن أظهر .
وعلى عدم التحريم قيل : الظاهر عدم الفرق بين مفارقة من سبق عقدها بعد
العمل وعدمه ، فيجوز له نكاحها بعده مع احتمال عدمه انتهى . والاحتمال لعله أقوى
مع أنه أحوط وأولى . ولا يحرم على المفعول بسببه شيء عندنا .
﴿السبب الرابع﴾ من أسباب التحريم ﴿استيفاء العدد﴾ عدد الزوجات
وعدد الطلاق .

أما الاول : فـ ﴿إذا استكمل الحر أربعاً﴾ من النسوة ﴿بالبطنة﴾ أي
الدوام ﴿حرم عليه مازاد﴾ عليهن ، هذا في الحرائر .
﴿و﴾ أما غيرهن فـ ﴿بحرم عليه﴾ أن يتزوج ﴿من الاماء مازاد على أمتين﴾
مطلقاً كانت معهما حرائر أم لا باجماعنا .

﴿وإذا استكمل العبد حرتين أو أربعاً من الاماء﴾ خاصة أوحرة وأمتين ﴿حرم
عليه مازاد﴾ على ذلك من الاماء والحرائر باجماعنا أيضاً .

قيل : والمعتق بعضه كالحر في حق الاماء فلا يتجاوز اثنتين ، وكالعبد في حق
الحرائر فلا يتجاوز حرتين . كما أن المعتق بعضها كالحر في حق العبد فلا ينكح
أكثر من اثنتين ، وكالامة في حق الحر فلا يتجاوزهما .

﴿ولكل منهما﴾ أي من الحر والعبد ﴿أن يضيف الى ذلك﴾ تزويج النسوة
ووطئهن ﴿بالعقد المنقطع وملك اليمين مآشاء﴾ ولو ألقا حتى في العقد ، على

الاشهر الاقوى .

﴿وإذا طلق واحدة من الاربع حرم عليه ما زاد غبطة﴾ ودواماً ﴿حتى يخرج﴾ المطلقه ﴿من العدة﴾ الرجعية بلاخلاف ﴿أو تكون المطلقة بائنة﴾ فيتزوج وان لم تنقض عدتها ان كانت ذات عدة ، كالمختلعة مثلاً على الاشهر ، خلافاً للمفيد فأطلق المنع عن التزويج في العدة ، ولم يفصل بين الرجعية والبائنة ، كما هو ظاهر أخبار^(١) المسأنة ، وهو أحوط بل لا يخلو عن قوة ، لولا الشهرة العظيمة على التفصيل كما عرفت ، ولعله لذا أفتى بالكرهية الشديدة جماعة ، والاجتناب مهما أمكن أولى وفي بعض الروايات تصريح بالجواز في البائن مع عدم العدة كغير المدخول بها وليس محل خلاف .

﴿وكذا لو طلق امرأة وأراد نكاح أختها﴾ فليس له ذلك حتى تخرج المطلقة من العدة الرجعية ، أو تكون طلقها بائنة كانت ذات عدة أم لا اجماعاً ، والاشهر الاظهر الحاق عدة المتعة بالعدة البائنة ، خلافاً للمقنع^(٢) فألحقها بالرجعية ، وهو أحوط في الجملة .

﴿ولو تزوجهما﴾ أي الاختين ﴿في عقد﴾ واحد أو متعاً دمع التقارن ﴿بطل﴾ من أصله ﴿وقيل : بتخير﴾ احدهما ويخلي سبيل الاخرى : والقائل جماعة من القدماء ﴿والرواية﴾ به ﴿دقوة﴾ أي مرسلة ، وفيه نظر لانها في التهذيب^(٣) والكافي^(٤) كذلك ، والا ففي الفقيه^(٥) مستندة صحيحة ، لأنها غير واضحة الدلالة فلا يخصص بها الاصول المعتمدة بالشهرة .

(١) وسائل الشيعة ١٤ / ٤٠٠ ، ب ٣ .

(٢) المقنع ص ١١٥ .

(٣) تهذيب الاحكام ٧ / ٢٨٥ ، ح ٣٩٦ .

(٤) فروع الكافي ٥ / ٤٣١ ، ح ٣ .

(٥) من لا يحضره الفقيه ٣ / ٢٦٥ ، ح ٤٥٥ .

﴿ولو كان معه ثلاث﴾ نسوة دائمت ﴿فتزوج اثنتين في عقد، فإن سبق باحداهما صح﴾ عقدها ﴿دون اللاحقة﴾ اتفاقاً ﴿وان قرن بينهما بطلا معاً﴾ على الأشهر الأقوى .

﴿وقيل: يتخير أيتهما شاء﴾ والقائل جماعة من القدماء ﴿و﴾ لاشاهد لهم سوى اقياس بما ﴿في رواية^(١) جميل﴾ الحسنة المتضمنة لانه ﴿لو تزوج خمساً في عقد واحد يتخير أربعاً ويخلي باقيهن﴾ لكن الظاهر عدم قائل بالفرق بين المسألتين كما صرح به بعض ، لكن يرد بضعف الدلالة باحتمال عدم وقوع التزويج حال الاسلام، والتخير هنا ليس محل كلام، ولا يترك الاحتياط هنا وسابقاً بالعقد على المختارة مجدداً أو الاختيار، ثم الطلاق واعطاء مهر المختار ان بداله في نكاحها. ثم المتبادر من اطلاق النصوص^(٢) والفتاوى في المقامين اختصاص الحكم نفيًا وإثباتًا بالجاهل بحرمة الجمع دون العالم بها .

﴿واذا استكملت الحرة طلقات ثلاثاً﴾ يتخللها رجعتان بأي أنواع الطلاق كان ﴿حرمت﴾ على زوجها ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ نكاحاً محللاً مطلقاً ﴿ولو كانت تحت عبد﴾ .

﴿واذا استكملت الامة طلقتين حرمت﴾ عليه ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ كذلك ﴿ولو كانت تحت حر﴾ لان الاعتبار في عدد الطلقات بالزوجة باجماعنا . ﴿والمطلقة تسعاً للعدة﴾ ينكحها بينهارجلان، بأن طلقت بالشرائط ثم ارتفعت في العدة فوطئت ، ثم طلقت كذلك ثم ارتفعت فوطئت، ثم طلقت فنكحت زوجاً غيره بعد انقضاء العدة فوطئت، ثم طلقت فتزوجها الاول بعد انقضاء العدة ، ثم طلقت كذلك حتى استكملت تسعاً ﴿تحرم على المطلق أبداً﴾ باجماعنا .

(١) وسائل الشريعة ٤٠٣/١٤ ، ب ٤ .

(٢) وسائل الشريعة ٤٠٣/١٤ ، ب ٥ .

ثم ان اطلاق العدة على التسع المترتبة مجاز، لان الثالثة من كل ثلاث ليست للعدة ، فاطلاقه عليها اما اطلاق لاسم الاكثر على الاقل أو باعتبار المجاورة .
وحيث أن ظاهر النصوص^(١) هو اعتبار التسع للعدة مترتبة ، فالحكم باعتبار التسع المتفرقة محل اشكال ان لم يكن اجماع ، وعلى تقديره فيقتصر على مورده وقوفاً عليه في الخروج عن مقتضى الاصل . والظاهر عدمه في الامة مطلقاً حتى لو طلقت للعدة تسعاً مرتبة، كما يستفاد من المتعرضين احكامها هنا حيث احتملوا العدم فيها مطلقاً ، ولو ثبت الاجماع لم يحتمل فيها كما لم يحتمل في الحرية ، فالرجوع الى الاصل أولى .

﴿السبب الخامس﴾ من أسباب التحريم ﴿اللعان :﴾
﴿ويثبت به التحريم المؤبد﴾ بالنص^(٢) والاجماع ، وسيأتي الكلام في تحقيق حكمه وشرائطه في بحثه انشاء الله تعالى .
﴿وكذا﴾ يحرم بالابد لو ﴿قذف الزوج امرأته الصماء والخرساء بما يوجب اللعان﴾ لولا الافة برميها بالزنا مع دعوى المشاهدة وعدم البينة، فلا حرة مع عدمهما ومع انتفاء الاول دون الثاني .
وفي الحاق نفى الولد هنا على وجه يثبت به اللعان لولا الافة بالقذف وجهان أجودهما : العدم .

ومقتضى اطلاق النص وفتوى الاصحاب وصريح بعضهم عدم الفرق في ثبوت الحكم بين المدخول بها وغيرها ، وعليه فمتى حرمت قبل الدخول فالاجود ثبوت جميع المهر، ولا يلحق بذلك قذف المرأة زوجها الاصل على الاشهر الاقوى خلافاً للصدوق فألحقه بقذف الزوج امرأته ، وهو أحوط وأولى .

(١) وسائل الشيعة ٤٠٨/١٤ ، ب ١١ .

(٢) وسائل الشيعة ٥٨٦/١٥ ، ب ١ .

﴿السبب السادس : الكفر ، ولا يجوز للمسلم أن ينكح غير الكتابية﴾ ابتداءً واستدامة .

﴿وفي﴾ جواز نكاح ﴿الكتابية قولان﴾ بل أقوال منتشرة ، إلا أن ﴿أظهرهما﴾ وأشهرهما ﴿أنه لا يجوز غبطة﴾ ودواماً مطلقاً حتى في المجوسية ﴿ويجوز متعة وبالمملك في اليهودية والنصرانية﴾ وأحوطهما المنع مطلقاً .
﴿وفي﴾ جوازه بالتمتع وملك اليمين بـ ﴿المجوسية قولان﴾، أشبههما عند المصنف تبعاً للنهاية^(١) ﴿الجواز﴾ على كراهية شديدة ، ولكن الأقوى المنع عن العقد مطلقاً .

﴿ولو ارتد أحد الزوجين﴾ أو هما معاً دفعة عن الاسلام ﴿قبل الدخول﴾ بالزوجة ﴿وقع الفسخ في الحال﴾ مطلقاً فطرياً كان الارتداد أم ملبياً . ويجب على الزوج نصف المهر ان كان الارتداد منه لمجيء الفسخ من قبله فأشبهه الطلاق . ثم ان كانت التسمية صحيحة فنصف المسمى والافنصف المثل ، ومع عدم التسمية فالمتعة . وقيل : يجب جميع المهر . وهو أظهر .
ولو كان الارتداد منها ، فلالمهر لها لما مضى .

﴿ولو كان﴾ الارتداد ﴿بعد الدخول وقف﴾ انفساخ النكاح ﴿على انقضاء العدة﴾ عدة الطلاق . وان كان الارتداد من الزوجة مطلقاً أو من الزوج من غير فطرة ، فان رجع المرتد قبل انقضائها والا انفسخ ﴿الآن يكون﴾ المرتد هو ﴿الزوج﴾ وكان ﴿مولوداً على الفطرة ، فانه لا يقبل عوده﴾ ولوفي العدة ﴿وتعتد زوجته عدة الوفاة﴾ اجماعاً ، ولا يسقط من المهر هنا وفيما سبق شيء .

﴿واذا أسلم زوج الكتابية﴾ دونها ﴿فهو على نكاحه﴾ ، سواء كان قبل الدخول أو بعده ﴿دائماً كان النكاح أو منقطعاً﴾ ، كتابياً كان الزوج أو وثنيّاً ، جوزنا

نكاحها للمسلم أم لا .

﴿ولو أسلمت زوجته﴾ أي الكافر ﴿دونه انفسخ﴾ النكاح ﴿في الحال ، ان كان﴾ الاسلام ﴿قبل الدخول﴾ ولامهر لها لمجيء الفرقة من قبلها ﴿ووقف﴾ الفسخ ﴿على انقضاء العدة﴾ عدة الطلاق ، كما ذكره من حين الاسلام ﴿ان كان بعده﴾ فاذا انقضت ولم يسلم تبين بينوتها منه حين الاسلام كما ذكره ، وان أسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح ، وجميع ذلك موضح وفاق في الوثني ومشهور في الكتابي .

﴿وقيل : لا ينفسخ النكاح بانقضاء العدة مطلقا ، بل﴾ ان كان ﴿الزوج ذمياً قائماً﴾ بشرائط الذمة كان نكاحه باقياً ﴿بحاله﴾ ولكن ﴿لا يمكن الدخول عليها ليلاً ولا من الخلوة بها نهائياً﴾ ولان اخراجها الى دار الحرب ، والقائل الشيخ في النهاية ^(١) ، وقد رجع عنه في الخلاف ^(٢) مدعياً على خلافه الوفاق ، فاذن المذهب هو الاول .

ولو أسلم معاً ثبت النكاح ﴿و﴾ او أسلم أحد الزوجين الوثنيين معاً أو من بحكمهما من الكفار ﴿غير الكتابيين﴾ وكان الاسلام قبل الدخول بطل النكاح مطلقاً ، ويجب نصف المهر أو الجميع باسلام الزوج دون اسلامها فيسقط لمامر وبعد الدخول ﴿يقف﴾ الفسخ ﴿على انقضاء العدة باسلام أيهما اتفق﴾ فان انقضت ولم يسلم الاخر ، تبين انفساخه من حين الاسلام ، وان أسلم فيها استمر النكاح ، كل ذلك بغير خلاف .

﴿ولو أسلم﴾ الوثني ومن في حكمها أو ﴿الذمي وعنده أربع فدادون﴾ كتابيات مطلقاً أو وثنيات أسلمن معه ﴿لم يتخير﴾ .

(١) النهاية ص ٤٥٧ .

(٢) الخلاف ٢/٣٨٧ .

﴿ولو كان عنده أكثر من أربع﴾ منهن ﴿تخير أربعاً﴾ منهن من دون تجديد عقد بشرط جواز نكاحهن، وفارق سائرهن من دون طلاق ان كان حراً وهن حرائر والا اختار ماعين له سابقاً من حرتين وأمتين، أو أمة وثلاث حرائر، والعبد يختار حرتين أو أربع اماء أو حرة وأمتين، ثم يتخير الحرة في فسخ عقد الامة واجازته ان قلنا به، والا بطل عقد الامة خاصة .

ولو شرطنا في نكاح الامة الشرطين توجه انفساخ نكاحها هنا اذا جامعته حرة، إلا أن المحكي عن جماعة الاجماع على اختصاص المنع بصورة الابتداء دون الاستدامة، وهو الاوفق بظاهر الادلة .

وعلى المنع مطاقاً لو تعددت الحرائر اعتبر رضاهن جمع مالم يزدن على أربع، فيعتبر رضا من يختارهن من النصاب، ولا فرق في التخيير بين من ترتب عقدهن أو اقترن، ولا بين اختيار الاوائل والاواخر، ولا بين من دخل بهن وغيرهن .

ولو أسلم معه أربع وبقي أربع، فالاقوى بقاء التخيير لاطلاق النص، وفيه نظر . وقيل: يتعين المسلمات. وهو أحوط .

﴿وروى عمار﴾ في الموقق ﴿عن﴾ مولانا ﴿أبي عبد الله عليه السلام﴾: أن ابا القعبد بمنزلة الارتداد، فان رجع والزوجة في العدة فهو أحق بها، فان خرجت من العدة فلا سبيل له عليها^(١). و﴿ليس﴾ في هذ﴿الرواية ضعف﴾ بالمعنى المصطلح لوثاقه عمار وان كان فطحيًا، وعمل بها جماعة، خلافاً للاكثر بل كاد أن يكون الان اجماعاً ولعله الاظهر . فتبقى الزوجية الى وقوع البينونة بطلاق ونحوه .

وهنا (مسائل سبع :

﴿الاولى: التساوي﴾ بين الزوجين المعبر عنه بالكفاءة ﴿في الاسلام﴾ بالمعنى العام ، وهو الاقرار بالشهادتين مع عدم انكار ما يباحق منكروه بالكفار ﴿شرط في صحة العقد﴾ فلا يجوز للمسامة التزويج بالكافر مطلقاً ، ولا للمسام بالوثنية كذلك ، وبالكتابية دائماً ابتداءً على الاصح كما مر . ويجوز له تزويجها متعة وبملك اليمين واستدامة اجمعاً في الاخير وعلى الاقرب في الاولين .

﴿وهل يشترط التساوي في الايمان ؟﴾ بالمعنى الخاص ، والمراد منه الاقرار بالائمة الاثنا عشر بالشرط المتقدم^(١) ، فيه أقوال ثلثها: اختصاصه بالزوج دون الزوجة ، وهو الاظهر الاشهر ، وعليه الاجماع في كلام جمع .

و ﴿الاطهر﴾ عند المصنف تبعاً للمفيد وغيره أنه ﴿لا﴾ يشترط مطلقاً ﴿لكنه يستحب﴾ مطلقاً ﴿وبتأكده﴾ الاستحباب ﴿في الدؤمنة﴾ يعني يستحب لها مؤكداً أن لا تتزوج من المخالف ، والاقوى ما قدمناه من المنع الالقية فيجوز قولاً واحداً .

وحيث أن المصنف اكتفى بالاسلام ولم يشترط الايمان ، وربما يتوهم شعوله لمطلق من حصل له الاسلام أراد اخراج من أجمع على كفره منهم ، فقال : ﴿نعم لا يصح نكاح الناصب ولا الناصبة لعداوة أهل البيت ﷺ﴾ اجمعاً .

﴿ولا يشترط﴾ في صحة النكاح ﴿تمكن الزوج﴾ من المهر بالفعل عندنا ولا ﴿من النفقة﴾ فعلاً أو قوة على الاشهر الاقوى ، خصوصاً مع علم المرأة بالحال ورضاها ، ففي كلام جماعة الاجماع على الصحة هنا ، خلافاً للشيخين وغيرهما

(١) وهو أن لا ينكر شيئاً من ضروريات الدين « منه » .

فاشترطوه ، وهو ضعيف .

وعلى المختار فهل للمجاهلة بالفقر المدقود عليها الخيار بعد العالم؟ وجهان
الاجود لا .

﴿ولانتخير الزوجة لو تجدد العجز﴾ ﴿المزوج﴾ ﴿عن الاتفاق﴾ ﴿عليها في فسخ
العقد، على الاشهر الاقوى .

﴿ويجوز نكاح الحرة بالعبد والهاشمية بغير الهاشمية والعريسة بالجمعي
وبالعكس﴾ اتفاقاً، الا من الاسكافي فاعتبر فيمن يحرم عليهم الصدقة أن لايتزوج
فيهم الا منهم، وهو نادر .

﴿واذا خطب المؤمن القادر على النفقة وجب﴾ ﴿على من بيده عقدة النكاح
اجابته وان كان أخفض نسباً، وان منعه الولي كان عاصياً﴾ ﴿في ظاهر الاصحاب
عملاً بظاهر الامر وصريح الخبر^(١) .

وانما يكون عاصياً بالامتناع اذا لم يكن هناك طالب آخر مكاناً له وان كان
أدون منه ، والاجاز العدول اليه وكان وجوب الاجابة حينئذ تخييرياً .

ويدخل فيمن بيده عقدة النكاح - كما قدمنا - المخطوبة الثيبة ، أو البكر
البالغة الرشيدة ، فتجب عليها الاجابة على الاصح .

وهل يعتبر في وجوب الاجابة بلوغ المرأة أم تجب الاجابة على الولي وان
كانت صغيرة؟ وجهان، أجودهما : الاول وان كان الثاني أحوط .

﴿ويكره أن يتزوج﴾ ﴿المؤمنة﴾ ﴿الفاسق﴾ مطلقاً ، بل ربما قيل بالمنع
﴿وتتأكد﴾ ﴿الكراهة﴾ ﴿في شارب الخمر﴾ .

﴿وأن تتزوج المؤمنة بالمخالف﴾ عند المصنف ، والظاهر التحريم
كما مر .

﴿ولا بأس بالمستضعف والمستضعفة ومن لا يعرف بعناد﴾ ﴿على كراهية غير
مؤكدة ، ولا بالغة حد تلك الكراهية .

﴿الثانية : اذا انتسب الى قبيلة فبان من غيرها ، ففي رواية ^(١) الحلبي﴾
الصحيحة أنه ﴿بنفس النكاح﴾ كما في نسخة ، وفي أخرى أنها تتخير . وفيها
زيادة على اختلاف النسخ وجوه من الضعف ، ولذا اختار الاكثر عدم الانساق
ولزومه على الاطلاق ، ولعله أظهر .

﴿الثالثة : اذا تزوج امرأة ثم علم أنها كانت زنت﴾ قبل العقد ﴿فليس له
الفسخ ولا الرجوع على الوالي بالمهر﴾ على الاشهر ، خلافاً للمنعق فأوجب الفسخ
ونفي الصداق ، ووافقه المفيد وجماعة في المحدود خاصة .

﴿وفي رواية﴾ صحيحة في الخلاف ^(٢) وغيره أن ﴿لها الصداق بما استحل
من فرجها ويرجع﴾ الزوج ﴿به﴾ أي بالمهر ﴿على الوالي﴾ ، وإن شاء تركها ^(٣)
وباطلاقها في الرجوع بالمهر على الوالي أفى الشيخ ، وقيد الحلبي بصورة تدليس
الوالي ، أي علمه بالزنا وستره عن الزوج ، وهو قوي .

﴿الرابعة : لا يجوز التعريض بالخطبة﴾ بالكسر ، وهو الاثنان بلفظ يحتمل
الرغبة في النكاح وغيرها مع ظهور ارادتها ، كرب راغب فيك وحريص عليك ،
أو أني راغب فيك ، أو أنت علي كريمة أو عزيزة ، أو نحو ذلك لذات البعل ، وكذا
لذات العدة الرجعية﴾ الامن الزوج خاصة ، فيجوز لها التعريض لها فيها .
﴿ويجوز﴾ له ولغيره التعريض ﴿في﴾ عدة ﴿غيرها﴾ كالعدة الباتنة ، على
الاشهر الاقوى في الاخير مطلقاً ، سواء حرمت على زوجها مؤبداً أم لا ، واجماعاً
في الاول اذا لم تحرم عليه مؤبداً ، أو حلت له بعد العدة من دون احتياج الى محلل ،
وكذا لو احتاج اليه على الاشهر الاقوى .

(١) وسائل الشريعة ٦١٤/١٤ ، ح ١ .

(٢) الاستبصار ٢٤٥/٣ ، ح ٢ .

(٣) وسائل الشريعة ٦٠١/١٤ ، ح ٤ .

﴿ويحرم التصريح﴾ بها أي بالخطبة ، وهو الاتيان بلفظ لا يحتمل الا النكاح ، كأريد أن أزوجك بعد عدتك ﴿في الحالين﴾ أي في كل من العدة الرجعية والباطنة بأنواعه مطلقا في غير الزوج ، ومقيداً فيه بصورة تحريمها عليه ، وبداً . ويجوز له فيما عداها كالرجعية والباطنة التي هي عنده على تطليقتين أو تطليقة ، والاجابة تابعة للخطبة حلا وحرمة كما قالوه .

ولو عرض أو صرح بها في محل المنع لم يحرم نكاحها قطعاً .

﴿الخامسة : اذا خطب فأجابته﴾ هي أو وكيلها أو وليها ﴿كره اغبره﴾ خطبتها ولا تحرم ﴿على أصح القولين﴾ ، الا اذا استلزم اثاره الشحناء وأذية المؤمن فتحرم ، وقيل : بالتحريم مطلقا . وهو أحوط وأولى . ولوردت لم تحرم اجداءً . ولو انتفى الامران فالكرهه أيضاً .

هذا كله في الخاطب المسلم ، أما الذمي اذا خطب الذمية لم تحرم خطبة المسلم لها قطعاً . وحيث تحرم لو خالف وخطب وعقد ، صح وان فعل محرماً .

﴿السادسة : نكاح الشغار باطل﴾ وحرام ﴿وهو أن تزوج امرأتان برجلين﴾ ، على أن يكون ﴿مهر كل واحدة نكاح الاخرى﴾ قيل : ولو خلى المهر من أحد الجانبين بطل خاصة .

ولو شرط كل منهما تزوج الاخرى بمهر معلوم ، صح العقدان وبطل المسمى . وكذا لو تزوجه بمهر وشرط أن يزوجه ولم يذكر مهرأ . وفي اطلاق الحكم بفساد الشرط نظر ، للزوم الوفاء به مع الامكان لكونه سائغاً ، فافساد المسمى والرجوع الى المهر مطلقا لاوجه له .

﴿السابعة : يكره العقد على القابلة المربية وبناتها﴾ للنهي المحمول عليها جمعاً ، على الاشهر الأقوى ، وقيل : بالتحريم . وهو أحوط . وفي ظاهر النص ^(١)

الكراهة مطلقا وان لم تكن مربية ، ولكن التقييد بها ورد في الموثق^(١) ، وهو أظهر وفاقاً للمتن وجماعة .

﴿وأن يزوج ابنه بنت زوجته اذا ولدتها بعد مفارقتها لها﴾ ومقتضى النص^(٢) تعدية الحكم الى ابنة مطلق المنكوحه ، وعكس فرض العبارة من تزويج ابنته من ابن المنكوحه ، أما لو ولدتها قبل تزويجه فلا كراهة واليه أشار بقوله : ﴿ولا بأس بمن ولدتها قبل ذلك﴾ .

﴿وأن يتزوج بمن كانت ضرة لأمه مع غير أبيه﴾ والنص^(٣) شامل لما اذا كان تزويج ذلك الغير قبل أبيه وبعده .

﴿وتكره الزانية قبل أن تتوب﴾ مطلقا على الأقوى كما مضى .

(القسم الثاني)

(فى نكاح المنقطع)

وهو نكاح المتعة .

﴿والنظر﴾ فيه ﴿فى أركانه وأحكامه ، وأركانه أربعة :﴾

﴿الاول : الصيغة ، وهو﴾ أي النكاح المنقطع ﴿ينعقد بأحد الالفاظ الثلاثة﴾

يعني : أنكحتك وزوجتك ومتعتك بلا خلاف ، وينبغي الاقتصار عليها ﴿خاصة﴾ في المشهور ، فلا ينعقد بالتمليك والهبة والبيع والاجارة والاباحة .

﴿وقال علم الهدى :﴾ انه ﴿ينعقد فى﴾ التمتع بـ ﴿الاماء بانظ الاباحة

والتحليل﴾ وهو ضعيف .

(١) وسائل الشيعة ٣٨٦/١٤ ، ج ٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٣٦٣/١٤ ، ج ٢٣ .

(٣) وسائل الشيعة ٣٨٩/١٤ ، ج ٤٢ .

ويعتبر فيها جميع ما اعتبر في صيغة الدوام عدا كون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي ، فيجوز الاستقبال مع قصد الانشاء هنا ، وفاقاً لجماعة ، وإن كان الاحوط اعتبار الماضي في كل من طرفي الصيغة .

﴿ الثاني : ﴾ في ﴿ الزوجة ﴾ المتمتع بها ﴿ ويشترط كونها مسلمة أو كتابية ﴾ فلا يجوز بالوثنية والمجوسية ، ويجوز بالكتابية على أصح الأقوال المقدمة .

﴿ ولا يصح ﴾ التمتع ﴿ بالمشرقة والناصبية ﴾ والخارجية لكفرهن ، أما المخالفة غير الناصبة فيجوز كما في الدوام .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ يستحب اختيار المؤمنة ﴾ العارفة ﴿ العفيفة ، وأن يسألها ﴾ بل غيرها ﴿ عن حالها ﴾ أمي ذات بعل أو في عدة أم لا ؟ ﴿ مع التهمة ﴾ بالبل والعدة لا مطلقاً ﴿ وليس ﴾ السؤال ﴿ شرطاً ﴾ في الجواز اجماعاً ، بل ولا واجباً ، بل ربما يستفاد من بعض النصوص ^(١) كراهيته ، ولكن مورده السؤال بعد التزويج .

﴿ ويكره ﴾ التمتع ﴿ بالزانية ﴾ كما سبق ﴿ وليس شرطاً ﴾ .

﴿ وأن يستمتع ب بكر ليس لها أب ﴾ بل مطلقاً ، فإنها عار على أهلها ﴿ فإن فعل فلا يقتصها ، وليس ﴾ ذلك ﴿ محرماً ﴾ على الأشهر الأقوى ، وقيل : يحرم إذا كان بغير إذن أبيها ، وهو جيد لو استلزم الفساد ، والا فهو أحوط .

﴿ ولا حصر في عددهن ﴾ فله التمتع بما شاء منهن .

﴿ ويحرم أن يتمتع أمة على حرة ﴾ مطلقاً ولو كانت متمتعاً بها ﴿ إلا باذنها ﴾ فيصح على الأقوى .

﴿ وأن يدخل على المرأة بنت أخيها أو بنت أختها ما لم تأذن ﴾ المرأة .

﴿ الثالث : المهر ، وذكره ﴾ في ضمن العقد ﴿ شرط ﴾ هنا في الصحة اجماعاً ،

فيبطل بالاحلال به همدأ أو سهواً ، بخلاف الدائم فليس فيه ركناً اجماعاً ، ويشترط فيه الملكية والعلم فيه بالمقدار والكمية .

﴿ويكفي فيه المشاهدة﴾ صحة فيما لا يكتفى فيه بها من المعاوضات الصرفة بشرط الحضور ، ومع الغيبة فلا بد من الوصف بما يرفع الجهالة .
﴿ويتقدر بالتراضي﴾ بكل ما يقع عليه مما يتمول ﴿وإليكف من بر﴾ على الأشهر الأظهر .

﴿ولولم يدخل﴾ بها ﴿ووهبها﴾ ما بقي من ﴿المدة﴾ المضروبة كملاً ﴿فلها النصف﴾ من المسمى ، فنأخذ منه مع عدم الاداء ﴿ويرجع﴾ الزوج بالنصف عليها لو كان دفع المهر إليها ، ولارجوع في هبة البعض وإبقاء الباقي مطلقاً وإوقسطاً . والمراد بهبة المرأة إبراء الذمة عنها .

ثم كل ذا اذا لم يدخل بها ووهبها ﴿واذا دخل﴾ بها ﴿استقر المهر﴾ في ذمته ﴿كملاً﴾ بشرط الوفاء بكمال المدة أو هبته لها .
﴿و﴾ مع فقد الشرطين كما ﴿لوأخلت بشيء من المدة﴾ من دون هبة اختياراً ﴿فأصها﴾ من المهر بنسبة ماأخلت به من المدة ، بأن يبسط المهر على جميعها ويسقط منه بحسابه ، حتى لوأخلت بها أجمع سقط عنه المهر ، ويتصور ذلك بالاحلال بها قبل الدخول .

ولافرق في الحكم المذكور بينه وبين بعده ، ويستثنى منه أيام الطمث . وفي الحاق ما عداه من الاعذار من المرض والخوف من ظالم وجهان ، أوجههما العدم .

ويجوز تأخير المهر ، ولاتجب المبادرة الى دفعه اليها بعد العقد على الأقوى ، خلافاً لجماعة فأوجبوها ، وهو أحوط وأولى .

﴿ولوبان فساد العقد﴾ اما بظهور زوج أو عدة ، أو كونها محرمة عليه جمعاً

أو عيناً ، أو غير ذلك من المفسدات ﴿فلامهر﴾ لها ﴿ان لم يدخل﴾ بها مطلقاً
اجماعاً .

﴿واودخل﴾ بها ﴿فإنها ما أخذت﴾ منه ﴿وتمنع ما بقي﴾ مطلقاً فيهما ،
قليلاً كان أو كثيراً ، كانا بقدر ما مضى من المدة وما بقي منها أملاً ، لكن بشرط جهاتها
بالفساد لا مطلقاً على الأقوى .

﴿وهنا أقوال أخرى﴾ منها : ان ﴿الوجه أنها تستوفى﴾ أي المسمى جميعاً
﴿مع جهاتها﴾ مطلقاً ، انقضت المدة بكمالها أملاً ، أخذت منه شيئاً أملاً . وهو
ضعيف جداً ﴿وعلى القوانين بل الأقوال﴾ يستعاد منها ﴿مع الاخذ﴾ ، أولاً
تعطي شيئاً مع العدم ﴿مع علمها﴾ .

ومنها : ما اختاره المصنف بقوله : ﴿واوقبل﴾ : بمهر المثل مع الدخول
وجعلها ﴿وعدم المهر مع عدم الدخول أو علمها مطلقاً﴾ كان حسناً ﴿أما الثاني﴾
فلاجماع ، وأما الأول فلأنه الأصل في كل عقد فاسد ووطئ شبهة قطعاً ، وهو
جيد لولا النص^(١) المعتبر على القول الأول .

ثم ان قلنا بالمثل ، فهل المراد به مهر المثل لتلك المدة أو مهر المثل للمكاح
الدائم ؟ قولان ، أجودهما : الثاني ، فاقبل بأقل الأمرين لم يكن بعيداً .

﴿الرابع : الاجل﴾ ، وهو ﴿أي ذكره﴾ شرط في صحة العقد اجماعاً .
﴿ولا تقدير له شرعاً بل﴾ يتقدر بتراضيهما ﴿عليه كائناً ما كان﴾ كالبوم
والسنة والشهر ﴿والشهريين﴾ ، ولا فرق في الزمان الطويل بين صورتي العلم
بامكان البقاء الى الغاية وعدمه ، وفي الزمان القصير بين امكان الجماع فيه
وعدمه .

﴿ولا بد من تعيينه﴾ بأن يكون محروساً من الزيادة والنقصان ، وفي اعتبار

اتصال المدة المضروبة بالعقد أم جواز انفصالها قولان، أجودهما: الثاني .
وعايه ففي جواز العقد عليها في المدة المتخللة بين العقد ومبدأ المدة
المشترطة أم العدم قولان ، أجودهما : الاول اذا وقت المدة المتخللة بالاجل
المعقود عليه ثانياً والعدة بالنسبة اليه، والاحتياط هنا وفيما سبق سبيله واضح .
ثم كل ذا مع تعيين المبدأ، ومع الاطلاق ينصرف الى الاتصال على الاشهر
الاطهر .

❖ ولا يصح ذكر المرة والمرات مجردة عن زمان مقدر ❖ لهما على الاشهر
الاقوى .

❖ وفيه رواية ❖ بل روايات ^(١) ❖ بالجواز ❖ ولكن ❖ فيها ضعف ❖ وشذوذ
فان القائل بها غير معروف، ويمكن حملها على صورة ذكرهما مع تقدير الزمان
الذي دو ظرف لهما والاجل للعقد، فانه لا يجوز له الزيادة على العدد المشروط
بغير اذنهما ، ولا يتعين عليه فعله قطعاً .

ويجوز له الاستمتاع منها بعد استيفاء العدد المشروط بغير الوطىء ، حيث
يزيد الاجل على العدد في جواز الوطىء بها حيثئذ مع الاذن قولان ، أشهرهما
وأظهرهما : الاول .

(وأما الاحكام فمسائل :)

❖ الاولى : الاخلال بذكر المهر مع ذكر الاجل يبطل العقد ❖ ولا ينقلب
دائماً هنا اجماعاً .

❖ ولو عكس فـ ❖ ذكر المهر من دون الاجل ❖ ففيه أقوال ، أشهرها
أنه ❖ ينقلب دائماً ❖ وقيل : يبطل كالسابق وهو الاقوى وفقاً لجماعة .

هذا مع توافقهما على قصدهما التمتع أو كان من المخرج معلوماً، وإلا فما عليه الاكثر متعين في ظاهر الشرع دون نفس الامر .

﴿الثانية: للاحكم للشروط﴾ اذا كانت ﴿قبل العقد﴾ مطابقاً سائفة كانت أم لا اجماعاً، وكذا اذا كانت بعده .

﴿وتأزم لو ذكرت فيه﴾ اذا كانت سائفة ولم يجب ذكرها بعد العقد ثانية .
﴿الثالثة: يجوز﴾ لكل منهما ﴿اشتراط اتيانها ايلاً أو نهاراً﴾ أو وقتاً دون وقت آخر، أو تمتعاً مخصوصاً لمطابقاً اجماعاً ﴿وأن لا يأتاها في الفرج﴾ .

ويجوز اتيانها في الوقت المستثنى مع الرضا على الاقوى، وفقاً لاجماعه ومنهم المصنف بقوله : ﴿ولو رضيت به﴾ أي بالوطى ﴿بعد العقد جاز﴾ ولعله الأشهر بين الاصحاب .

﴿و﴾ يجوز ﴿العزل﴾ عنها ولو ﴿من دون اذنها﴾ اجماعاً .

﴿وبلحق﴾ به ﴿الواد﴾ مع الامكان ﴿وان عزل﴾ وكذا في كل وطى صحيح، فان المني سباق والولد للفراش، وظاهرهم الوفاق عليه، و ﴿لكن لو نفاه﴾ انتهى و ﴿لم يحتج الى اللعان﴾ هنا مطابقاً واوام يزل، وليس له انفي الامع العلم بالانتفاء مطابقاً وان عزل أو اتهمها أو ظن الانتفاء .

﴿الرابعة: لا يقع بالتمتع طلاق اجماعاً﴾ بل تبين بهبة المدة أو بانقضائها

﴿ولا لعان على الاظهر﴾ الاشهر في القذف ونفي الوالد، وفي الغنية الاجماع .
﴿ويقع الظهار على﴾ الاشهر الاقوى، و ﴿تردد﴾ فيه المصنف دون بحثه فحكم بالوقوع ثمة بدونه .

﴿الخامسة: لا يثبت بالتمتع ميراث بينهما﴾ مطابقاً اشترط اثبوت أو الهدم

أم لا كما عن الاكثر .

﴿وقال المرتضى:﴾ انه ﴿يثبت﴾ التوارث بينهما مطلقاً ﴿مالم يشترط

السقوط ❀ وهو ضعيف جداً .

❀ نعم لو شرط الميراث ❀ بينهما ❀ ازم ❀ الشرط وتوارثا على الاقوى ،
وفاقاً لكثير من الاصحاب، حتى كاد أن يكون بينهم مشهوراً، وعليه فان اشترطاه
لهما فعلى ما اشترطاه أولاً حدهما، احتمال كونه كذلك والبطالان، والاول اقوى .

❀ السادسة : اذا انقضى أجلها ❀ أو ودب وكانت مدخولا بها غير يائسة ،
وجب عليها العدة منه لغيره دونه ، حرة كانت أو أمسة اجماعاً ، وقد اختلف في
قدرها على أقوال أربعة :

منها ما أشار اليه بقوله : ❀ فالعدة ❀ من انقضاء الاجل أو هبته دون الوفاة
❀ حيضتان ❀ كاتمان ❀ على الاشهر ❀ الاقوى ، وهو مع ذلك أحوط وأولى ،
هذا اذا كانت ممن تحيض .

❀ وان كانت ممن تحيض و❀ لكن ❀ لم تحض ❀ لافة ❀ ف❀ عدتها ❀ خمسة
وأربعون يوماً ❀ اجماعاً .

❀ ولو مات عنها ❀ وهي حرة حائض ❀ ففي ❀ مقدار ❀ العدة ❀ فيها
❀ روايتان ^(١) ، أشبههما ❀ وأشهرهما أنها ❀ أربعة أشور وخشرة أيام ❀ مطلقاً
مدخولا بها كانت أم لا ، والرواية الثانية أنها شهران وخمسة أيام ، وعابها جماعة
من القدماء . واذا كانت حاملاً فأبعد الاجلين اجماعاً .

❀ السابعة : لا يصح تجديد العقد ❀ عليها مطلقاً دائماً كان أو منقطعاً ❀ قبل
انقضاء الاجل ❀ على الاشهر الاقوى .

❀ ولو أراد العقد ❀ عليها دائماً أو منقطعاً ❀ وهبها ما بقي من المدة واستأنف ❀
العقد وليس عليها منه عدة .

(القسم الثالث)

(في نكاح الاماء والعبيد)

﴿ والنظر ﴾ فيه ﴿ اما في العقد واما في الملك : ﴾
﴿ اما العقد : فليس للعبد ولا للامة أن يعقدا لانفسهما نكاحاً ﴾ مطلقاً ﴿ مالم يأذن المولى ﴾ .

﴿ ولو بادر أحدهما ﴾ فعقد لنفسه بغير اذنه ﴿ ففي وقوفه على الاجازة ﴾ وصحته معها أو العدم والبطلان رأساً ﴿ قولان ، ﴾ لكن ﴿ وقوفه على الاجازة ﴾ أشبه ﴿ رأسه ﴾ ، وهي كاشفة عن الصحة من حين الصيغة ، كغيره من العقود الفضولية خلافاً للنهاية ^(١) فكصيغة مستأنفة .

وظاهر النص ^(٢) الاكتفاء في الاجازة بالسكوت ، كما عن الاسكافي وصرح به جماعة ، ولا بأس به ، الآن مراعاة الالفاظ الصريحة فيها أحوط وأولى .

﴿ ولو أذن المولى ﴾ ابتداءً أو أخيراً ﴿ ثبت في ذمة مولى العبد المهر ﴾ والنفقة ﴿ على الاشهر الاقوى ، خلافاً لاحد قولي الشيخ تعلقه بكسب العبد ، وعن العلامة احتمال تعلقه برقة العبد ، وهما ضعيفان .

﴿ ويثبت لمولى الامة المهر ﴾ بخلاف .

﴿ ولو ﴾ تزوج عبد بأمة غير مولاة ﴿ لم يأذنا ﴾ أو أذنا مماً ﴿ فالولد ﴾ ان حصل ﴿ لهما ﴾ بينهما نصفين .

﴿ ولو أذن أحدهما كان ﴾ الولد ﴿ للآخر ﴾ الذي لم يأذن ﴿ في ظاهر ﴾ الاصحاب ، فان تم اجماعاً كما في ظاهر المسالك ، أو وجد نص كما يظهر عن

(١) النهاية ص ٤٧٦ .

(٢) وسائل الشيعة ٥٢٥/١٤ ، ب ٢٦٦ .

بعض ، والافيه اشكال . وأولى به مالو اشترك أحد الزوجين بين اثنين ، فاذن مولى المختص أو أحد الشريكين أو تعدد مولى كل منهما ، فانه خارج عن موضع النص المدعى والفتوى ، واشترك الجميع دون الاختصاص بن لم يأذن لعله هنا أقوى .

﴿ وولد المملوكين رق لمولاهما ﴾ .

﴿ ولو كانا لاثنتين ف ﴾ قد عرفت أن ﴿ الولد بينهما بالسوية ﴾ ولكن لا طائناً بل ﴿ ما ﴾ دام ﴿ لم يشترط أحدهما ﴾ الانفراد بالولد أو بأكثره ، والا فعلى ما اشترط .

﴿ واذا كان أحد الابوين ﴾ أي الزوج والزوجة ﴿ حرّاً فالولد حر ﴾ مطلقاً على الأشهر الأقوى ، بل كاد أن يكون اجماعاً . ولا فرق بين الولد المعقود والمحللة ﴿ الا أن يشترط المولى ﴾ على الحر ﴿ رقيقته ﴾ أي الولد ، فيجوز ويصير رقاً ﴿ على ﴾ قول مشهور بين الاصحاب ضعيف المأخذ ، ولعله اذا ﴿ تردد ﴾ المصنف في الشرائع^(١) ظاهراً وهنا صريحاً .

ثم على تقدير اشتراط رقيقته في العقد أو التحليل ، قلنا بعدم صحة الشرط هل يحكم بفساد العقد أم يصح ويبطل الشرط خاصة؟ وجهان ، وأولى بعدم الصحة لو قلنا به لو كان تحليلاً . وعلى هذا لو دخل مع فساد الشرط وحكمنا بفساد العقد كان زانياً مع علمه بالفساد وانعقد الولد رقاً كنفائره . نعم لو جهل الفساد كان حرّاً للشبهة ، وان قلنا بصحة الشرط لزم العقد به ولم يسقط بالاسقاط بعد العقد مع احتماله تغليباً للحرية ، ولا يخالو عن قوة .

﴿ ولو تزوج الحر أمة من غير اذن مالكيها ، فان وطئها قبل الاجازة عالماً ﴾ بالحرمة ولا شبهة ﴿ فهو زان والولد رق للمولى وعليه الحد ﴾ بموجب الزنا ،

كما أن عليها ذلك لو علمت بالحرمة ولاشبهة .

﴿و﴾ كذا عليه ﴿المهر﴾ اتفاقاً ان كانت جاهلة بالحكم أو موضوعه، وكذا ان كانت عالمة على ما يقتضيه اطلاق العبارة وظاهر جماعة، خلافاً لآخرين فلا شيء لها لكونها بغياً، والاجود أن عليه العشر مع البكارة ونصفه مع الثيبوبة وفاقاً لابن حمزة .

﴿ويسقط﴾ عنه ﴿الحد لو كان جاهلاً﴾ بالحكم أو الموضوع بالمشبهة الدارعة ولانحد الامة لو كانت كذلك ﴿دون المهر﴾ فيثبت مع جهلها اتفاقاً، وهل هو المسمى أو المثل أو العشر أو نصفه؟ أقوال، أجودها الاخير، وكذا مع عامها على الاختلاف المتقدم قريباً ﴿ويلحقه الولد﴾ اجماعاً ﴿وعليه قيمته يوم سقط حياً﴾ للمولى .

هذا ناله مع عدم اجازة المولى العقد، أو معها وقلنا بأنها مصححة للعقد من حينها، أما قلنا بأنها كاشفة - كما هو الاشهر الافوى - فيلحق به الولد مطلقاً، ويسقط عنه الحد وان كان قد وطئ محرماً في صورة العلم فيلزم التعزير ويلزم المهر المسمى .

﴿وكذا﴾ يسقط عنه الحد ويلزمه المهر ويلحق به الولد مع قيمته يوم ولد حياً ﴿لو ادعت الحرية فتزوجها على ذلك﴾ مع جهله بالحال، ولاريب في سقوط الحد عنه. وكذا عنها ان كانت جاهلة .

وأما لزوم المهر فهو ظاهر اطلاق الاصحاب، بل ادعى بعضهم اجماع المسلمين ولم يفرقوا هنا بين كونها جاهلة أو عالمة، واختافوا في تقديره بالمسمى أو المثل أو العشر ونصفه على أقوال، أجودها الاخير كما مضى، لرواية صحيحة أشار إليها بقوله :

﴿ وفي رواية ^(١) : يلزمه بالوطى عشر القيمة ان كانت بكراً ، ونصف العشر ان كانت ثيباً ﴾ وحملها على ما اذا طابق أحد الامرين المثل أو المسمى بعيد جداً .

وظاهر التشبيه في العبارة حرية الولد تبعاً لآبيه ، كما في المسألة السابقة وعليه جماعة ، خلافاً لآخرين فاختاروا فيه الرقية ، والجمع بين الروايات المختلفة بهذا تارة وبالحرية أخرى يقتضي المصير الى الحرية مع قيام البينة حين التوزيع بما ادعته من الحرية والرقية مع عدمه ، واليه ذهب الشيخ في النهاية ^(٢) والقاضي وابن حمزة .

﴿ ولو أولدها ﴾ أولاداً ﴿ فكهم بالقيمة ﴾ يوم السقوط حياً وجوباً ، ووجب على مولى الجارية قبولها ودفع الولد بها قولاً واحداً ، ولا تظهر ثمرة الخلاف المتقدم هنا ، بل فيما لو لم يدفع القيمة لفقر وغيره ، فعلى القول بالحرية يبقى ديناً في ذمته والولد حر ، وعلى القول الآخر يتوقف الحرية على دفع القيمة .

﴿ ولو عجز ﴾ عن القيمة ﴿ سعى في قيمتهم ﴾ وجوباً ، بخلاف بين القائلين بالرقية كما قيل ، وكذا عند بعض القائلين بالحرية ، للموثقة ^(٣) الصريحة في ذلك والعمل بها متجه على القول الاول بل مطلقاً ، ولكن الاحتياط لا يخفى .

﴿ ولو أبى ﴾ الاب ﴿ عن السعي قيل : ﴾ انه ﴿ يفديهم الامام عليه السلام ﴾ كما في الموثقة ^(٤) ، والقائل الشيخ وابن حمزة .

﴿ و ﴾ أجاب عنها المصنف بأنه ﴿ في المستند ضعف ﴾ وليس كذلك بل

(١) وسائل الشيعة ٥٣٧/١٤ ، ح ١٠ .

(٢) النهاية ص ٤٧٧ .

(٣ - ٤) وسائل الشيعة ٥٧٩/١٤ ، ح ٥٠ .

هو موثق كما عرفت، فالعمل بها موجه، وليس فيها بيان لما يفك به الامام عليه السلام
أهي من سهام الرقاب كما عليه القائلان، أم من بيت المال كما عليه العلامة، وهو
أوفق بالأصول المقررة على تقدير القول بالحرية، لكونه معداً لمصالح المسلمين
والمقام منها.

﴿ولولم يدخل بها فلا مهر﴾.

﴿ولوتزوجت الحرة عبداً مع العلم﴾ منها بالرقبة والحرية ﴿فلامهر﴾ لها
ولومع الدخول ﴿ولولدها رق﴾ لمولى العبد، وفي ثبوت الحد وجهان ﴿ومع
الجهل﴾ منها ولوبأحد الامرين ﴿يكون الولد حراً﴾ تبعاً لاشرف الابوين ﴿ولا
يلزمها قيمة الولد﴾.

﴿ويلزم العبد﴾ مع الدخول ﴿مهرها﴾ المثل دون المسمى ﴿ان لم يكن﴾
في تزويجه بها ﴿مأذوناً﴾ من المولى ﴿فيتبع به اذا عتق﴾ ومع الاجازة فالمسمى
قطعاً وفي السابق أيضاً، وفي سقوط الحد ان أوجيناه فيه ولحق الولد معها وجهان
مبنيان على أنها كاشفة أم ناقله، والحكم بالحرية للولد هو الاشهر الاظهر، خلافاً
للمفيد فحكم بالرقبة مطلقاً ولو هنا، ارواية (١) ضعيفة السند بالجهالة، وضعيفة الدلالة
بعدم الصراحة.

﴿ولوتسامح المملوكان﴾ وزنيا ﴿فلامهر والولد رق لمولى الامة﴾ اتفاقاً
هنا كما حكى.

﴿وكذا﴾ الحكم ﴿لو زنا بها﴾ أي بالامة المملوكة للغير ﴿الحر﴾ بغير
اشكال، الا في نفي المهر فقد قيل: بثبوت العقر هنا، وهو أحوط وأولى.
﴿ولو اشترى الحر﴾ المتزوج بأمة بين شريكين بإذنهما ﴿نصيب أحد

الشريكين من زوجته بطل العقد ﴿﴾ رأساً، فيحرم عليه الوطىء مطلقاً .
﴿﴾ ولو أمضى الشريك ﴿﴾ الآخر المالك ﴿﴾ العقد ﴿﴾ فانه ﴿﴾ لا يحل وطؤها ﴿﴾
على الأشهر الأقوى وقيل : بالحل مع الأمضاء، وهو ضعيف جداً اذا وقع الرضا
بالوطىء بامضاء العقد السابق .

﴿﴾ وأنامع وقوعه ﴿﴾ بالتحليل ﴿﴾ المتجدد ففيه ﴿﴾ رواية^(١) ﴿﴾ بالحل، ليس
﴿﴾ فيها ضعف ﴿﴾ بل هي صحيحة مروية في الكتب الثلاثة ، فالقول بمضمونها متجه
وفاقاً للحلي وجماعة ، خلافاً للاكثر كما قيل ، فالمنع كما سبق وهو أحوط .
﴿﴾ وكذا لو كان بعضها ﴿﴾ أي الامة المملوكة نصفها أزواجها أو غيره ﴿﴾ حراً ﴿﴾
فيحرم عليه وطؤها مطلقاً، لان الحر لا يستباح بملك البعض، ولا بالعقد الدائم اتفاقاً
لتبعض السبب، ولا بالمنقطع لذلك، ولا بالتحليل للاجماع ، والصحيح^(٢) صريح .
﴿﴾ ولو هاباها مولاها على الزمان ، ففي جواز العقد ﴿﴾ منه ﴿﴾ عليها متعة فيـي
زمانها تردد ﴿﴾ من لزوم تبعض السبب ، فانها لم تخرج بالمهاياة عن كون المولى
مالكاً للبعض، على أن منافع البضع لا تتعلق بها المهاياة، والايحل لها المتعة بغيره
في أيامها ، وهو باطل اتفاقاً كما في المسالك وغيره ومن الصحيح الصريح
﴿﴾ أشبهه ﴿﴾ عند الماتن ﴿﴾ المنع ﴿﴾ وهو أشهر وأحوط، وان كان الجواز لعله أظهر
وفاقاً لجمع .

﴿﴾ ويستحب ﴿﴾ على الأشهر ﴿﴾ لمن زوج عبده أمته أن يعطيها شيئاً ﴿﴾ من ماله
أو من مال العبد، خلافاً لجماعة فأوجبوا الاعطاء ، وهو أحوط ان لم يكن أظهر .
ثم المستفاد من جملة من النصوص^(٣) المعتبرة أنه يكفي في تزويج عبده
لامته مجرد اللفظ الدال على الاذن فيه ، ولا يشترط قبول العبد ولا المولى لفظاً .

(١) وسائل الشريعة ٥٤٥/١٤ ، ح ١٠ .

(٢) نفس المصدر .

(٣) وسائل الشريعة ٥٢٥/١٤ ، ب ٢٦ .

وقيل : يعتبر القبول من العبد . وقيل : من المولى . واعتبارهما أحوط وأولى .
وعلى المختار ينبغي الاقتصار في لفظ الإيجاب على قوله « أنكحتك » وفافاً
للعلامة ، خلافاً للحلي فاكتمى بكل ما يدل على الإباحة .

﴿ ولومات المولى ﴾ الزوج أحدهما من الآخر ﴿ كان للورثة الخيار في
الاجازة والفسخ ، ولأخيار ﴾ في ذلك ﴿ للامة ﴾ ولالعبد قطعاً .
﴿ ثم الكلام في الطواري ﴾ ومفسدات نكاح المماليك والجواري ﴿ ثلاثة :
العتق ، والبيع ، والطلاق ﴾ .

﴿ أما العتق : فإذا أعتقت الامة ﴾ التي زوجها مولاها قبل العتق ﴿ تخيرت
في فسخ نكاحها ﴾ مطلقاً كان العتق قبل الدخول أو بعده إذا كانت تحت عبد
اجماعاً .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ ان كان زوجها حراً على ﴾ الأشهر ﴿ الاظهر ﴾ سيما إذا كانت
مكرهة واستمر .

والخيار هنا على الفور اتفاقاً ، كما في كلام جدمع . واؤخرت النسخ لجهاتها
بالعتق أو الخيار ، فالظاهر عدم سقوطه ، كما قطع به الأصحاب . وفي الجهل بالضرورة
وجهان ، ولعل الأقوى عدم السقوط ، وكذا لو نسيت أحدهما .

والظاهر أنه تقبل دعاها الجهل أو النسيان مع اليمين بشرط الامكان في حقها
ولو أعتق بعضها فلا خيار لها .

واو كانت صغيرة أو مجنونة ، ثبت لها الخيار عند الكمال . وايس للولي هنا
تواي الاختيار ، وللزوج الوطى قبله ، وكذا القول قبل اختيارها وهي كاملة ، حيث
لا ينافي القرية ، كما لو لم يعلم بالعتق .

﴿ ولا خيرة للعبد اذا عتق ﴾ في فسخ نكاحه مطلقاً واو كان نكاحه مكرهاً -
على الأشهر الأقوى ﴿ ولا لزوجه ﴾ مطلقاً ﴿ وان كانت حرة ﴾ .

﴿و﴾ كما تنخير الامة بعنقها فيما مضى ﴿كذا تنخير الامة لو كانا﴾ أي هي مع زوجها ﴿لمالك﴾ واحد أو مالكين مطلقاً بالتشريك كانا أم لا ﴿فاعتقاً﴾ معاً مقارناً كان عتقهما أم لا، بشرط عدم ما ينافي الفورية قطعاً ﴿أو أعتقت﴾ هي خاصة بالاختلاف فيهما .

﴿و﴾ لا ﴿يجوز﴾ للدواي أن يتزوج بأتمته بمهر مطلقاً اتفاقاً، لافي صورة واحدة إجماعية، وهي ﴿أن يتزوجها ويجعل العتق صداقها﴾ فيقول: قد تزوجتك وأعتقتك وجعلت مهرك عتقك .

﴿ويشترط﴾ في صحة هذا التزويج ﴿تقديم لفظ التزويج﴾ على العتق ﴿في العقد﴾ كما عبرنا في المثال .

﴿وقيل : يشترط تقديم العتق﴾ على التزويج ، فيقول: أعتقتك وتزوجتك وجعلت صداقك عتقك والقائل الشيخان، ومستند القولين شاذ وضعيف، والإظهار جواز الأمرين وفاقاً لأكثرا المتأخرين ولو احتيط بالاشهر كان أجود، لقوة الشبهة فيه دون القول الآخر .

وفي وجوب قبول الامة بعد تمام الصيغة أم العدم قولان، أجودهما: الثاني وفاقاً للاكثر، ولكن الاحوط الاول .

ثم ان ظاهر اطلاق النصوص^(١) والفتاوى الاكتفاء في عتق الممهورة به، بذكره في الصيغة بغير لفظ الاعناق، كقوله: جعلت عتقك صداقك .

وقيل : باعتبار لفظ الاعناق ونحوه من الالفاظ الصريحة في العتق . وهو أحوط .

وحيث كان الحكم في هذه الصورة مخالفاً للاصول المقررة، وجب الاختصار فيها على القدر المتيقن من النص والفتوى، وهو عتقها أجمع لابعضها .

﴿وأم الولد﴾ للمولى ﴿رق﴾ له اجماعاً ﴿و﴾ لكن ﴿ان كان ولدها باقياً﴾ تشبثت بذيل الحرية في الجملة .

﴿ولو مات﴾ الولد في حياة أبيه ﴿جاز بيعها﴾ اعودها الى الرقية المحضة .
﴿وتعتق بموت المولى من نصيب ولدها﴾ من نفسها ان وفى بها، أو منها ومن غيرها من التركة ان كان مع عدم الوفاء .

﴿ولو عجز النصيب﴾ له منها ومن أصل التركة عن فكها كلا ﴿سعت﴾ هي خاصة ﴿في﴾ فك ﴿المتخاف﴾ منها .

﴿ولا يلزم الولد﴾ شرائه وفكه من ماله من غير التركة، خلافاً للمبسوط^(١) فأوجب، ولا ﴿السعي﴾ في فكه مع عدم المال ﴿على الاشبه﴾ الاشهر هنا وفي السابق، خلافاً لابن حمزة فأوجب السعي عليه .

﴿وتباع مع وجود الولد في ثمن رقبته﴾ اذا لم يكن ﴿للمولى مال﴾ غيرها ﴿بلاخلاف عندنا مع وفاة المولى، وكذا مع حياته على الاشهر الاقوى .

﴿ولو اشترى الامه نسيئة فأعتقها وتزوجها وجعل عتقها يومها فحمت ثم مات ولم يترك ما يقوم بثمنها فالاشبه﴾ الاشهر ﴿أن العتق لا يبطل﴾ وكذا التزويج ﴿ولا يرق الولد﴾ .

﴿وقيل: تباع في ثمنها ويكون حملها كهيئتها﴾ في الرقية، والقائل الشيخ والاسكافي والقاضي ﴿ارواية﴾^(٢) هشام بن سالم ﴿الصحيحة، وهي مخالفة الاصول القطعية المعتضدة بالشهرة، فلتكن مطروحة أو مأولة .

﴿وأما البيع : فاذا بيعت﴾ الامه ﴿ذات البعل﴾ حراً كان أو عبداً، كان لمالك أو مالكين بينهما أو بالانفراد ﴿تخير المشتري﴾ مطلقاً ﴿في الاجازة﴾

(١) راجع النهاية ص ٥٤٧ .

(٢) وسائل الشيعة ٣٠/١٦، ب ٢٥ .

للنكاح السابق **﴿والفسخ﴾** مطلقاً، كان البيع قبل الدخول أم بعده اجماعاً **﴿تخييراً﴾** على الفور **﴿بلاخلاف﴾**، الامع الجهل بالخيار فله ذلك بعد العلم به على الفور بغير خلاف. وفي الحاق الجهل بالفورية به قولان، والاصل يقتضي الاول، والثاني مقتضى اطلاق النص^(١)، وهذا أحوط.

﴿وكذا لو بيع العبد وتحتة أمة﴾ فالمشتري الخيار في فسخ النكاح وابقائه.

﴿وكذا قيل:﴾ يتخير المشتري **﴿لو كان تحتة حرة، لرواية﴾**^(٢) فيها ضعف لكنها مجبورة بالشهرة، وباطلاق بعض الاخبار، وبالتعليل في جملة من المعتبرة خلافاً لجماعة فقالوا: انه لاخيرة له.

ثم ان ظاهر الحكم بالخيار للمشتري في العبد والامة اذا كان الاخر حقاً اختصاص الخيار بالمشتري، فليس للآخر اعتراض، وهو أحد القولين في المسألة وأشهرهما وأظهرهما خلافاً لجماعة.

﴿ولو كانا﴾ أي المملوكان المزوج أحدهما من الآخر **﴿لما لك﴾** واحد **﴿فباعهما لاثنيين﴾** بالتشريك أو الانفرد **﴿فلكل﴾** واحد **﴿منهما الخيار﴾** فان اتفقا على الابقاء ازم، ولو فسخا أو أحدهما انفسخ.

﴿وكذا لو باع﴾ المالك الواحد لهما **﴿أحدهما﴾** لم يثبت العقد **﴿بل متزائل﴾** **﴿مالم يرض كل واحد منهما﴾** بالنكاح، أي كل من المشتري والبائع.

﴿ويملك المولى﴾ الامة **﴿المهر﴾** لها **﴿بالعقد، فان دخل الزوج استقر﴾** به **﴿ولا يسقط لو باع﴾** بعده مطلقاً، أجازة المشتري أم لا، هذا في الدائم، ويشكل في المنقطع لتوزيع المهر على البضع، وتوقف استحقاقها أو المولى منه على

(١) وسائل الشريعة ٥٥٥/١٤، ب ٤٨.

(٢) وسائل الشريعة ٥٧٤/١٤، ح ٤٤.

استيفاء القدر المقابل له ، ومقتضاه كونه بازاء البضع شيئاً فشيئاً ، فاستحقاق المولى تمام المهر لوجه له مطلقاً ، مع عدم استيفاء البضع بفسخ المشتري ، أو مع الاستيفاء وعدم فسخ المشتري وامضائه ، بل ينبغي أن لا يكون له الا ما قابل البضع المستوفى في ملكه ، وأما الباقي فينبغي أن لا يستحقه أحد أصلاً على الاول ، أو يأخذه المشتري خاصة على الثاني ، وأهل مرادهم الدائم خاصة .

﴿أما لو باع قبل الدخول سقط﴾ المهر ان لم يجز المشتري ، لانه بمنزلة الفسخ وقد جاء من قبل المستحق له وهو المولى ، فلا شيء له منه قطعاً ، قبض منه شيئاً أم لا ، ويسترد منه الزوج مع القبض في المشهور ، خلافاً للمبسوط فأطلق أنه ان قبض المهر كان له النصف ورد النصف ، لان المبيع طلاق كما في النصوص^(١) ، والاول أظهر .

﴿وان أجاز المشتري كان المهر له ، لان الاجازة كالعقد﴾ على الاشهر بين من تأخر ، وقيل : يحتمل قوياً القول بكون المهر للاول ، ويؤيده اتفاق الاصحاب على أن الامة المزوجة لو اعتقت قبل الدخول فأجازت العقد يكون للسيد المهر ، والحكم في اجازة الامة بعد العتق واجازة المشتري واحد .

وفي المسألة أفعال أخر مشتركة في الضعف ، والاحتياط فيها لا يترك .

﴿وأما الطلاق : فاذا كانت زوجة العبد﴾ التي تزوجها بإذن السيد ابتداءً أو أخيراً ﴿حرة أو أمة لغير مولاه فالطلاق بيده ، وليس امولاه اجباره﴾ عليه على الاشهر الأقوى ، نعم الاحوط وجوب استئذان العبد من مولاه .

﴿ولو كانت زوجة العبد﴾ أمة لمولاه ﴿الزوج لها منه﴾ كان التفريق الى المولى ﴿اجماعاً﴾ .

﴿ولا يشترط﴾ في الفراق ﴿لفظ الطلاق﴾ بل يكفي فيه كل ما دل عليه من

(١) وسائل الشيعة ٥٥٣/١٤ ، ب ٤٧٠ .

الامر بالاعتزال والافتراق . ولو أنى بلفظ الطلاق انفسخ النكاح ، لكنه لا يعد طلاقاً شرعياً ولا يلحقه أحكامه ظاهراً مطلقاً .

﴿النظر الثاني: في﴾ بيان جواز استباحة الرجل بضع المرأة بـ﴿الملك، وهو نوعان :﴾

﴿الاول : ملك الرقبة﴾ وهو موضع وفاق ﴿ولا حصر في﴾ عدد من به -
﴿النكاح به﴾ مادامت في العقد والعدة اجماعاً ، وفي تخصيص الاستباحة بالرجل اشارة الى عدمها للمرأة ، وهو اجماع .

﴿واذا زوج أمته﴾ من عبده أو غيره ﴿حرمت عليه﴾ به وجوه الاستمتاع منها ﴿وطئاً ولمساً ونظراً﴾ اليها بشهوة ﴿مادامت في العقد﴾ مطلقاً ، وبدونها فيما عدا الوجه والكفين كما أطلقه جماعة ، بل قيل : اجماعاً ، وهو أحوط وأولى . قيل : وفي معنى الامة المزوجة المحلل وطئها للغير .

واوحلل منها مادون الوطئ ، ففي تحريمها بذلك على المالك نظر ، ومقتضى الاصول العدم . ثم غاية التحريم في المقامين خروجها من النكاح والعدة ، سواء كانت بائنة أو رجعية .

﴿وليس للمولى انتزاعها منه﴾ أي من الزوج اذا لم يكن عبده مطلقاً^(١) بغير خلاف ﴿ولو باعها تخير المشتري دونه﴾ .

﴿ولا يحل لاحد الشريكين وطئ﴾ الامة ﴿المشتركة﴾ بينهما ، لا بتحليل أحدهما للآخر فيحل على الاظهر كمامر .

﴿ويجوز ابتياع ذوات الازواج﴾ اللواتي هن ﴿من أهل الحرب﴾ ويدخل فيهم أهل الذمة اذا لم يقوموا بشرائط الذمة ﴿وأبناءهم وبناتهم﴾ من أزواجهن أو آبائهن ، وغيرهم من أهل الضلال السابقين لهم بغير خلاف .

(١) حرأكان أو عبداً «منه» .

﴿ولو ملك الامة﴾ بأحد الوجوه المملكة لها ، وجب عليه الاستبراء مع عدم العلم بعدم الوطء المحرم مطلقا كان عالماً به أم لا ، الا في صور مضى أكثرها في بحث البيع ، وبقي منها ما لو تملكها ﴿فاعتقها﴾ فظاهر الاصحاب أنه لو فعل ذلك ﴿حل له وطؤها بالعقد﴾ والتزويج بعده ﴿وان لم يستبرأ﴾ وعليه الوفاق في المسالك ، للنصوص^(١) ، وإطلاقها كالمتن وكلام الاكثر يقتضي عدم الفرق بين العلم بالوطء المحرم وعدمه مطلقا ، وقيد جماعة بما عدا الاول وأوجبوا فيه الاستبراء ، وهو أحوط وأولى . ثم مقتضي إطلاقها أيضاً عموم الحكم لصورتها دخوله بها وعدمه ، مضافاً الى الصحيحين في الاول ، ويستفاد من الصحيح وغيره أفضلية الاستبراء مطلقا ، وعليه فتوى الاصحاب .

﴿ولكن﴾ لا تحل لغيره ﴿اذا أراد أن يزوجه﴾ منه ﴿حتى تعتد كالحر﴾ ولا فرق بين العلم بوطء المولى لها أو الجهل بها ، ويشكل في صورة العلم بعدم وطئه لها ، وقد حكم جماعة بأن لا عدة لها هنا ، وهو حسن مع العلم بعدم وطئه لها ولا من انتقلت منه اليه أصلا ، ويشكل كل فيما عداه وهو العلم بوطء الثاني لها وعدم الاستبراء ، بل يتعين عليه الاستبراء ولكنه غير العدة كما في النص^(٢) والعبارة ، ولكن مراعاتها مطلقا كما يقتضيه إطلاقهما لعله أحوط وأولى .

﴿وبه ملك الاب﴾ مطلقا ﴿موطوءة ابنه﴾ كذلك ﴿وان حرم عليه وطؤها ، وكذا﴾ الكلام في ﴿الابن﴾ اجماعاً وقد مضى .

﴿النوع الثاني﴾ : ﴿من نوعي جواز النكاح بـ﴾ ﴿مالك المنفعة﴾ خاصة بتحليل الامة دون الربة والعارية ، بشرط كون التحليل من المالك ولمن يجوز له التزويج بها ، وكرهه مؤمناً في المؤمنة ومسلماً في المسلمة ، وكونه كتابياً لو كانت

(١) وسائل الشيعة ٥١٤/١٤ ، ب ١٦ .

(٢) وسائل الشيعة ٥١١/١٤ ، ب ١٣ .

كافرة ، وغير ذلك من أحكام النسب والمصاهرة وغيرها .

﴿و﴾ خلاف في اعتبار ﴿صبغته﴾ وهي قسمان وفاقية وخلافية ، فالاول
﴿أن يقول: أحللت لك وطأها، أو جعلت لك في حل من وطئها، ولم يتعدهما الشبغ﴾
واتباعه والمرضى وأكثر الاصحاب .

﴿و﴾ لكن ﴿اتسع آخرون﴾ فجوزه ﴿بالفظ الاباحة﴾ أيضاً ، وهو القسم
الثاني ، والاول أحوط وأولى ان لم يكن أقوى ، وعلى الثاني قيل : كفى أذنت
وتسوغ وملكت ووهبت ونحوها .

﴿ومنع الجميع لفظ العارية﴾ فلا يجوز التحليل به اتفاقاً .

﴿وهل هو﴾ أي التحليل ﴿اباحة﴾ مختصة وتمايك منفعة كما هو المشهور
﴿أو عقد﴾ متعة كما ﴿قال﴾ به ﴿علم الهدى﴾ قولان ، أصحهما : الاول ، فـ
﴿هو﴾ ليس بـ ﴿عقد متعة﴾ ولادوام ، اتوقف الاول على المهر والاجل المتنفين
هنا وفاقاً للخصم ، وتوقف رفع الثاني على الطلاق في غير الفسخ بأمور محصورة
ليس هذا منها ، ولزوم المهر فيه بالدخول وغير ذلك من لوازمه المتنفية هنا وفاقاً
للخصم .

وعلى القولين كما قيل لا بد من القبول ، والنصوص^(١) اخالية من اعتباره ،
ومع ذلك عن الاكثر عدم اعتباره ، وعن الحلبي ما يدل على تفرع ذلك على مذهب
المرتضى ، فالوجه العدم وان كان الاعتبار أحوط .

﴿وفي﴾ جواز ﴿تحليل أمته﴾ أمموا كه ﴿أو مملوك غيره﴾ أيضاً ﴿تردد﴾
واختلاف ﴿ر﴾ لكن ﴿مساواته﴾ أي العبد ﴿الاجنبي﴾ في جواز تحليل المولى
أمته له ﴿أشبه﴾ وان كان الاقتصار في تزويج المولى عبده أمته على نحو قوله
«أنكحتك فلانة» واعطاها شيئاً من قبله أحوط وأولى .

﴿ولو لملك بعض الامة﴾ التي هي في البعض الآخر حرة ﴿فأحلت نفسها﴾ اه
﴿لم يصح﴾ كما مر .

﴿وفي﴾ جواز ﴿تحليل الشريك﴾ حصته منها لشريكه ﴿تردد﴾ واختلاف
﴿و﴾ قد مر أن ﴿الوجه﴾ الجواز وأن ﴿المنع﴾ كما عليه الاكثر أحوط .
﴿و﴾ لا ﴿يستبيح﴾ الا ﴿ما يتناوله اللفظ﴾ عرفاً .

﴿فلو أحل﴾ له ﴿التقيل﴾ أو النظر أو غير ذلك من مقدمات الوطء ﴿اقتصر﴾
عليه ولم يحل له الوطء ولا الاخر مما لا يتناوله اللفظ أو غير ذلك من المقدمات
﴿وكذا﴾ لو أحل له ﴿اللمس﴾ خاصة اقتصر عايه .
﴿ولكن لو أحل﴾ له ﴿الوطء﴾ حل له مادونه ﴿من المقدمات لشهادة الحال﴾
وعدم انفكاكه عنها غالباً ، ولا موقع له بدونها .

ولو أحل القبله فهل يدخل فيه اللمس بشهوة ؟ نظر والعدم أحوط ان لم يكن
أظهر .

﴿ولو أحل الخدمة﴾ منها ﴿لم يتعرض الوطء﴾ ولا يستبيح بذلك ﴿وكذا﴾
لا تستبيح الخدمة ﴿بتحليل الوطء﴾ له خاصة .

﴿وولد المحللة﴾ من العبد ان جوزنا التحليل له رق اجماعاً ، ومن الحر
مع اشتراطه الحرية ﴿حر﴾ كذلك ، ومع العدم رق مع اشتراط الرقية ان قلنا
بصحته ، والا فكالاطلاق ، وفيه الخلاف ، والاصح الاشهر أنه كالاول .

﴿فان شرط﴾ الاب ﴿في العقد الحرية ، فلا سبيل﴾ لمولى الجارية ﴿على﴾
الاب ﴿من جهة القيمة اجماعاً﴾ . ﴿وان لم يشترط﴾ ذلك ﴿ففي الزامه قيمة الولد﴾
زوايتان^(١) ، أشبههما وأشهرهما ﴿أنها لاتلزم﴾ والاخرى أنها تلزم ، وهو أحوط .
﴿ولابأس﴾ بأن يطاء الامة وفي البيت غيره ﴿وربما قيل﴾ بالكرهه هنا في

الجملة أو مطلقاً، ولا بأس به مسامحة في أدلتها والمخبر^(١) ﴿وأن ينام بين أمتين﴾ .
 ﴿ويكره﴾ كل من الأمرين ﴿في الحرائر ، وكذا يكره وطئ الفاجرة﴾
 الزانية ﴿ومن ولدت من الزنا﴾ ولا يحرم على الاظهر .
 ﴿ويلحق بالنكاح النظر في أمور خمسة :﴾

(النظر الاول)

(في العيوب)

المجوزة للفسخ لاحد الزوجين ، اذا حصل منها في الاخر .
 ﴿والبحث﴾ فيه ﴿في أقسامها وأحكامها :﴾
 ﴿عيوب الرجل﴾ المسلمة زوجته على فسخ نكاحها ﴿أربعة :﴾
 ﴿الجنون﴾ المطبق والادواري الذي لا يعقل معه أوقات الصلاة اجماعاً ، كما
 يظهر من جمع . وكذا الذي يعقل معه أوقات الصلاة مطلقاً ، كان قبل العقد أو تجدد
 بعده مطلقاً ، على الاشهر الاقوى في الاول ، بل كاد أن يكون اجماعاً وصرح به
 بعض أصحابنا ، خلافاً لابن حمزة فأطلق اشتراط عدم التعلل ، وهو أحوط . وعلى
 قول في الاخير ، خلافاً لأكثر القدماء ، وهو الاقوى .
 ﴿والخصاء﴾ بكسر الخاء والمد ، وهو سل الانثيين واخرجهما ، والخيار به
 ثابت مطلقاً وان أمكن الوطئ ، على الاشهر الاقوى ، خلافاً للشيخ في صورة الامكان
 فنفاه ، وهو أحوط وأولى . وعلى المختار ينبغي تقييده بالخصاء السابق على العقد
 دون المتجدد بعده ، فلا يثبت به الخيار مطلقاً ولو تجدد قبل الدخول على أصح
 الاقوال .

وفي حكم الخضاء الوجاء بالكسر والحد ، وهو رض الانثيين ، بل قيل : انه من أفرادهِ وحكي عن بعض أهل اللغة، وهو حسن ان تم القول، والافالاتصار على الاصل حسن .

﴿والعنن﴾ وهو على ما حكي عن الاصحاب: من يعجز عن الايلاج ، لضعف الذكر عن الانتشار ، من دون تقييد بعدم ارادة النساء. وربما يوجد في كلام بعض أهل اللغة اعتباره ، وظاهر النصوص^(١) الاول .

واطلاقها بالخيار يشمل صورة تقدم العيب على العقد وتجده بعده ، قبل الدخول أو بعده ، وعلى الاول الاجماع ، وفي البواقي خلاف وسيأتي .

﴿والجب﴾ وهو قطع الذكر كلا أو بعضاً ، بحيث لا يبقى معه قدر الحشفة ولو بقي فلا خيار اجماعاً. وثبوت الخيار بغيره هو الاظهر الاشهر، بل كاد أن يكون اجماعاً، وعن المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) نفي الخلاف عنه. والاشهر ثبوت الخيار به مطلقاً ولو تجدد بعد العقد بل الدخول، وقيل: باختصاصه قبل العقد. وهو أحوط ان لم نقل بكونه أظهر .

ثم ان حصر عيوبه في الاربعة هو الاشهر الاظهر، خلافاً للقاضي فرد بالجذام والبرص والعمى . وللاسكافي فرد بها وبالرج والزنا، ووافقهما الشهيد الثاني في الاولين ، وفي مستنده ضعف .

﴿وعيوب المرأة سبعة : الجنون﴾ وهو فساد العقل المستقر الغير المستند الى السهو السريع الزوال والاغماء العارض مع غلبة المرة .

﴿والجذام﴾ بضم الجيم، وهو مرض يظهر معه ييس الاعضاء وتناثر اللحم

(١) وسائل الشريعة ١٤ / ٦١٠ ، ب ١٤ .

(٢) المبسوط ٤ / ٢٥٢ .

(٣) الخلاف ٢ / ٣٩٧ .

بشرط التحقق بظهوره على البدن، أو شهادة عدلين، أو تصا - قهما عليه. لامجرد ظهور اماراته من تعجر الوجه واحمراره أو اسوداده واستدارة العين وكمودتها الى حدة وضيق النفس وبحة الصوت وتنن العرق وتساقط الشعر ، فانها قد تعرض من غيره .

﴿والبرص﴾ وهو البياض أو السواد الظاهران على صفحة البدن ، لغلبة البلغم أو السوداء ، ويعتبر منه المتمحقق دون المشتبه بالبهق وغيره .

﴿والقرن﴾ بسكون الراء وفتحها ، قيل : وهو عظم كالسن في الفرج يمنع الوطيء. ولو كان لحمًا فهو العفل بتحريك الراء. وفي اتحادهما أو تغاثرهما خلاف والاشهر الاظهر الاول، بل يستفاد من التعليل الوارد في النص^(١) دوران الحكم مدار عدم امكان الوطيء أو عسره، حيثما تحقق في قرن أو عفل أو رتق ، فلا ثمرة للخلاف هنا ، والا حوط مراعاة عدم الامكان دون العسر، كما عليه الاكثر وان كان في تعيينه نظر .

﴿والافضاء﴾ وقدمر تفسيره والاختلاف فيه : ولاخلاف في ثبوت الخيار بهذه الخمسة ، والنصوص^(٢) به مع ذلك مستفيضة، ويستفاد من جملة منها ثبوته مطلقا ولو علم بها بعد الدخول ، مع أنه لاخلاف فيه يعتد به ، إلا أن المستفاد من جملة أخرى اختصاصه بقبل الدخول ، لكنها محمولة على صورة حصول العلم بالعيب قبله ولا كلام فيه .

وهل يثبت الخيار بهذه العيوب وما سياتي مطلقا ، أو بشرط سبقها العقد ، أو الدخول حتى لو حدث بعده لم يثبت بها الخيار ؟ اشكال .

وينبغي القطع بانتفاء الخيار بحدوثها بعد الدخول وعليه الاكثر، بل قيل : لا

(١) وسائل الشريعة ٥٩٢/١٤ ، ب ١ .

(٢) وسائل الشريعة ٥٩٦/١٤ ، ح ١ .

خلاف فيه، ويبقى الكلام في ثبوته بحدوثها بعد العقد قبل الدخول ، والاحوط المنع ان لم نقل بكونه أظهر .

﴿والعمى والاقعاد ، وفي﴾ ثبوت الخيار بـ ﴿الرتق﴾ بالتحريك ، وهو النحام الفرج بحيث لم يكن للذكر فيه مدخل ﴿تردد﴾ ولكن ﴿أشبهه ثبوته عيباً﴾ يوجب الرد ﴿لانه يمنع الوطء﴾ فيعمه التعليل المثبت للمحكم في القرن والعقل كما مر ، وعليه الاكثر حتى ادعى جماعة الاجماع .

﴿ولانرد﴾ المرأة ولا الرجل ﴿بالعور﴾ مطلقاً بلاخلاف ﴿ولا بالزنا﴾ مطلقاً ﴿واو﴾ في المرأة و﴿حُنت فيه﴾ وفاقاً لاكثر المتأخرين كما مر ﴿ولا بالعرج﴾ على الاشبه وفاقاً لجماعة ، خلافاً للاكثر ، وفي الغنية الاجماع ، وهو الاظهر ولكن الاول أحوط .

﴿وأما الاحكام﴾ المتعلقة بالعيوب ﴿فمسائل﴾ سبع :

﴿الاول : لايفسخ النكاح بالعيب المتجدد بعد الدخول﴾ مطلقاً في اداة كان أو رجل .

﴿وفي﴾ العيب المتجدد بعد العقد تردد عدا العنن ﴿فلا ترد له فيه كما يأتي﴾ .

﴿وقيل : تفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لاوقات الصلاة وان تجدد﴾ بعد العقد مطلقاً ، وقد مضى تفصيل الكلام في ذلك وفي ذيل كل عيب ، ويظهر منه أن اطلاق العبارة ليس في محله بل الاجود ماقدمناه .

﴿الثانية : الخيار فيه﴾ مطلقاً ﴿على الفور ، وكذا في التدليس﴾ بلاخلاف وفي كلام جمع الاجماع ، فلو أخر من اليه الفسخ مختاراً مع علمه بها بطل خياره سواء الرجل أو المرأة .

ولو جهل الخيار أو الفورية ، فالاقوى أنه عذر فيختار بعد العلم على الفور .

وكذا لو نسيهما ، أو منع منه بالقبض على فيه ، أو التهديد على وجه يعد اكرهاً ، فالخيار بحاله الى زوال المانع ، ثم يعتبر الفورية حينئذ .

﴿ الثالثة : الفسخ فيه ﴾ أي في العيب بأنواعه ﴿ ايس طلاقاً ﴾ شرعياً اجمعاً ، فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الطلاق ولا يعد من الثلاث ﴿ فلا يطارده تنصيف المهر ﴾ قبل الدخول ، وان ثبت في بعض موارد كما يأتي .

﴿ الرابعة : لا يفترق الفسخ بالعيوب ﴾ الثابتة عندهما في أيهما كانت ﴿ الى الحاكم ﴾ على الاشهر الاقوى ، بل كاد أن يكون اجمعاً ﴿ و ﴾ لكن ﴿ يفترق ﴾ اليه ﴿ في العنن لضرب الاجل ﴾ وتعيينه لافي فسخها بعده بل يستقل به حينئذ .

﴿ الخامسة : اذا فسخ الزوج قبل الدخول فلامهر ﴾ عليه للزوجة اجمعاً . ﴿ ولو فسخ بعده فلها المسمى ﴾ على الاشهر الاقوى ﴿ ويرجع به ﴾ أي بالمهر ﴿ الزوج على المدلس ﴾ مطلقاً ولأى كان أو غيره ، حتى لو كان المدلس هو المرأة رجع به عليها .

ويستفاد من الصحيح ^(١) وغيره الرجوع بالمهر عليها من دون استثناء شيء مطلقاً ، وبه صرح جماعة ، خلافاً للمحكي عن الاكثر فاستثنوا منه شيئاً ، اما مهر أمثالها كما عن الاسكافي ، وأقل ما يتمول كما عن الاكثر ، لثلا يخالو البضع عن العوض ، وهو أحوط وان كان في تعيينه نظر .

ثم ان اطلاق اثبات المهر لها والحكم بالرجوع به الى المدلس يقتضي ثبوته به حيث لامدلس ، وهو كذلك ، ومقتضى النصوص ثبوت المسمى لها لا المثل ظاهر .

﴿ واذا فسخت الزوجة قبل الدخول فلامهر ﴾ لها ﴿ الا في العنن ﴾ فلها نصف المسمى على الاشهر الاقوى كما يأتي ﴿ ولو كان ﴾ الفسخ ﴿ بعده ﴾ أي

بعد الدخول ﴿فلها المسمى﴾ اجماعاً .

﴿ولو فسخت﴾ الزوجة ﴿بالخصاء﴾ فالاشهر الاقوى أنه ﴿يثبت لها﴾ المهر ﴿كملاً﴾ مع الخلوة والدخول بها ، وأما مع العدم ففي ثبوت المهر كملاً بمجرد الخلوة أو نصفه قولان ، والاكثر على الاول ، وهو أحوط ، وان كان الثاني قد ورد به النص^(١) المعتبر . ﴿ويعزر﴾ المدلس ، اثلاً يعود الى مثله .

﴿السادسة : لو ادعت عننه﴾ أو غيره ﴿فأنكر﴾ ، فالقول قوله مع يمينه ﴿فان حلف استقر النكاح﴾ ، وان نكل عنه وعن رده اليها ثبت العيب لو حكم بالنكول ، والاردت اليمين على المرأة ، فان حلفت ثبت العيب ، وليس لها ذلك الا مع العلم به بممارستها له على وجه يحصل لها ذلك بتعاقد القرائن الموجبة له . ﴿ومع ثبوته يثبت لها الخيار﴾ اذا سبق العقد اجماعاً ﴿و﴾ كذا ﴿لو كان متجدداً﴾ بعده مطلقاً على قول ومقيداً بقبل الدخول على الاظهر وعايه الاكثر ، وفي الغنية الاجماع .

ويتوقف الخيار على ما ﴿اذا عجز عن وطئها قبلاً أو دبراً وعن وطئ غيرها﴾ أيضاً على الاشهر الاقوى ، خلافاً لما قيد فاكتمى بالعجز عنها خاصة ، حتى لو قدر على وطئ غيرها أثبت لها الخيار أيضاً .

﴿ولو ادعى الوطئ﴾ قبلاً ودبراً منها أو من غيرها ﴿فأنكرت﴾ ذلك ﴿فالقول قوله مع يمينه﴾ مطالماً ، كان الدعوى قبل ثبوت العنن أو بعده على الاشهر ، وهو أظهر في الاول ، وفي الثاني محل نظر .

ولافرق في الحكم بين البكر والثيب عند الاكثر ، ومقتضى النص^(٢) الصحيح اختصاصه بالثيب ، ولزوم العمل بشهادة النسوة في الباكرة ، وينبغي

(١) وسائل الشيعة ١٤/٦٠٩، ح ٥٠

(٢) وسائل الشيعة ١٤/٦١٣، ب ١٥ .

تقييده بما اذا ادعى وطئها قبلا لادبراً ولاوطئ غيرها مطلقاً ، فان العمل في هاتين الصورتين بما عليه الاكثر متعين جداً ، بل لايبعد المصير اليه مطلقاً .

﴿السابعة: ان صبرت﴾ الزوجة ﴿مع العنن﴾ من دون مرافعة الى الحاكم ﴿فلا بحث﴾ في لزوم العقد لفورية المرافعة ﴿وان﴾ لم تصبر بل ﴿رفعت أمرها الى الحاكم أجلها سنة﴾ ابتداؤها ﴿من حين الترافع﴾ بخلاف .

﴿فان عجز عن وطئها﴾ مطابقاً ﴿وعن غيرها﴾ كذلك ﴿فلها الفسخ ونصف المهر﴾ مطلقاً ، على الاشهر الاقوى ، خلافاً للاسكافي فنفي التأجيل وأجاز الفسخ من دونه اذا سبق العنن بالعقد ، فأوجب المهر كملا اذا خلى بها وان لم يدخل بها .
(تتمة :)

﴿لو تزوج﴾ امرأة ﴿على أنها حرة﴾ وشرط ذلك في ضمن العقد ﴿فبانت أمة﴾ كلا أو بعضاً صح العقد ، على الاشهر الاقوى ، وعن السرائر الاجماع وعليه ﴿فله الفسخ﴾ والامضاء وان دخل بها ، اذا كان الزوج ممن يجوز له نكاح الامة ووقع باذن مواليها أو مباشرتهم ، والا بطل في الاول ان قلنا فيه بالبطلان ووقع موقوفاً على الاجازة في الثاني على الاقوى .

واولم يشترط الحرية في متن العقد ، بل تزوجها على أنها حرة ، وأخبرته بها قبله أو أخبره مخبر ، ففي الحاقه بما لو شرط نظر ، والعدم لعله أظهر ، خلافاً لظاهر عبارة المتن والاكثر .

﴿ولامهر﴾ لها مطلقاً مع الفسخ ﴿لو لم يدخل﴾ بها .

﴿ولو﴾ فسخ بعدما ﴿دخل﴾ بها ﴿فلها المهر﴾ المسمى ﴿على الاشبه﴾ الاشهر ﴿ويرجع به﴾ أي بالمهر حيث غرمه ﴿على المدلس﴾ وان كان هو المرأة ، لأنه انما يرجع عليها على تقدير عتقها ويسارها . وفي لزوم استثناء أقل

ما يتمول أو المهر المثل أو العدم مطلقاً أقوال ، أجودها الأخير كما مر .
 ﴿وقيل﴾ : ﴿كعائن الصدوق والنهاية^(١)﴾ وغيرهما ان ﴿لمولها العشر أو نصف
 العشر ان لم يكن مدلساً﴾ ولا يخلو عن قوة هنا وفيما اذا تزوجها بغير اذن مولاه
 كما مضى .

هذا اذا لم تكن عالمة بالتحريم ، والاجاء فيه الخلاف أيضاً في مهر البني اذا
 كانت مملوكة ، والظاهر عدم الفرق كما مر .

﴿وكذا تفسخ﴾ الحرة ﴿لو بان زوجها﴾ الذي تزوجته على أنه حر بالشرط
 في متن العقد أو قبله ﴿مملوكاً﴾ تزوج باذن مولاه .

﴿ولامهر﴾ لها لو فسخت ﴿قبل الدخول﴾ بها قطعاً ﴿ولها المهر﴾ المسمى
 بعده ﴿على المولى لو تزوجت باذنه والافعل المملوك يتبع به بعد عتقه .
 ﴿ولو﴾ تزوج امرأة ﴿اشتراط﴾ عليها أو على وليها ﴿ككونها بنت
 مهيّرة﴾ بفتح الميم وكسر الهاء ، فعيلة بمعنى مفعولة ، أي بنت حرة تنكح بمهر
 وان كانت معتقة في أظهر الوجهين ، خلاف الامة فانها قد توطيء بالملك ﴿فبان
 بنت أمة فله الفسخ﴾ اجماعاً ، وتقييد الحكم بالشرط ليخرج المدعى هو الأشهر
 الاظهر ﴿ولامهر﴾ لها لو فسخت قبل الدخول بها على الزوج اجماعاً ، وكذا على الواي
 ان زوجها على الأشهر الأقوى .

﴿ويثبت﴾ المسمى ﴿لو﴾ فسخت بعد ما ﴿دخل﴾ ويرجع الزوج به على
 من دلسها ، أباً كان أو غيره ، حتى لو كانت هي المدلسة فلا شيء لها على الأقوى ،
 ويأتي فيه ما مر من القولين .

﴿ولو تزوج بنت المهيّرة فادخات عليه بنت الامة﴾ حرم عليه وطؤها بعد
 معرفتها ولزمه ﴿ردها ولها﴾ مع جهلها ﴿المهر مع الوطء﴾ بها اجماعاً

﴿للشبهة﴾ وهل المراد بالمهر المثل أو المسمى للاولى؟ قولان، والظاهر الاول وفاقاً للاكثر .

﴿ويرجع﴾ الزوج ﴿به﴾ أي بالذي دفعه ﴿على من ساقها﴾ اليه لانه غره وأضره ﴿وله زوجته﴾ وعليه مهرها المسمى، ثم لاختصاص لما مضى هنا، بل جار في كل مريضع أدخل على الزوج غير زوجته .

﴿ولو تزوج اثنان﴾ امرأتين ﴿فسادخل كل منهما على الآخر﴾، كان لكل موطوءة ﴿مع جهلها بالحكم أو الجال﴾ مهر المثل على الواطيء ، للشبهة الموجبة لذلك حيثما حصلت، ويرجع به على الغار لو كان هناك، وحتى لو كانت هي الغار يرجع به اليها ، ولامهر لها مطلقاً هنا قطعاً وفاقاً .

﴿وعاينها﴾ أي الموطوءة ﴿العدة، وتعاد﴾ كل من المرأتين ﴿إلى زوجها﴾ وعليه مهرها الاصلي المسمى في متن العقد. وإومات أحد الزوجين ورثه الآخر سواء كانت المرأة في عدة الشبهة أم لا بخلاف .

﴿ولو تزوجها﴾ ظاناً كونها ﴿بكرًا﴾ أو خبراً به أو مشترطاً إياها ﴿فوجدها ثيباً فلارد﴾ مع عدم العلم بسبقها العقد واحتمال التجدد .

ولو تزوجها مشترطاً بكارتها فوجدها ثيباً قبل العقد باقرارها، أو البينة، أو القرائن المفيدة للقطع به، فالاصح أن له الفسخ وفاقاً لجمع ، خلافاً للاكثر وهو أحوط. ثم إن فسخ قبل الدخول فلامهر، وبعد يجب المسمى ويرجع به على المدلس وهو العاقد، وكذلك العالم بحالها، والأفعليها إن تداسست من دون استثناء شيء على الأقوى كما مضى، وحيث لم يفسخ أوالعده أو لاختياره البقاء، ففي ثبوتها نقض المهر أم العدم قولان .

﴿وفي رواية^(١)﴾ صحيحة أنها ﴿ينقص مهرها﴾ وبها أفنى الأكثر وهو الأقوى

(١) وسائل الشريعة ١٤/٦٠٥، ب. ١٠.

وعليه نفي تقدير النقص بشيء مطلقاً أو السدس أو بنسبة ما بين الثيب والبكر لا مجموع تفاوت ما بينهما ، لئلا يسقط جميع الدسمى في بعض الفروض ، أو بما يعينه الحاكم أقوال ، ولعل الثالث أقرب .

(النظر الثاني)

(في المهور)

وفيه أطراف :

﴿الاول﴾ في ما يصح الامهار به، فنقول : ﴿كل ما﴾ صح أن يملكه المسلم ﴿وان قل بعد أن يكون متمولاً جاز أن يكون مهرأ، عينا﴾ مشخصاً كان ﴿أوديناً﴾ في الذمة ﴿أو منفعة﴾ للعقار أو الحيوان أو العبد أو الاجير، أجنبياً كان أو زوجاً ﴿كتعليم الصنعة أو السورة﴾ أو علم غير واجب، أو شيء من الحكم والاداب أو شعر ، أو غيرها من الاعمال المحللة المقصودة .

﴿ويستوي فيه﴾ أي في التعليم ﴿الزوج والاجنبي﴾ بلاخلاف في الاخير مطلقاً وفي الاول ، الا في اجارته نفسه مدة معينة ، ففيه خلاف أشار اليه بقوله : ﴿أما لو جعلت﴾ الزوجة ﴿المهر استنجاراً﴾ أي الزوج ﴿مدة﴾ معينة ، كشهر أو شهرين أو سنة ﴿ف﴾ في الصحة ﴿قولان﴾ أشبههما ﴿وأشهرهما الصحة والجواز﴾ خلافاً للنهاية ^(١) فأبطله، وقد رجع عنه في المبسوط ^(٢) والخلاف ^(٣)

(١) النهاية ص ٤٦٩ .

(٢) المبسوط ٢٧٣/٤ .

(٣) الخلاف ٤٠٤/٢ .

مدعيًا في الاخير على جواز جعل الاجارة مهرًا على الاطلاق الوفاق .

﴿ولانتقدير للمهر في القلة﴾ مالم يقصر عن التقويم كحبة حنطة ﴿ولاني الكثرة على الاشبه﴾ الاشهر ﴿ل يتقدر بالتراضي﴾ بينهما، خلافاً للمرتضى فمنع عن الزيادة على مهر السنة وهو خمسمائة درهم، وهو ضعيف. نعم يستحب ذلك ولو احتيط مع ارادة الزيادة بجعل الصداق السنة وما زاد نحلة تأسياباً ولانا الجواد عليه السلام كان حسناً .

﴿ولابد من تعيينه﴾ اذا ذكر في متن العقد ﴿بالوصف﴾ المعين له ولو في الجملة ، ولا يعتبر فيه ما يعتبر في السلم من استقصاء الاوصاف المعتبرة ﴿أو بالاشارة﴾ كهذا الثوب وهذه الدابة .

﴿وتكفي المشاهدة عن﴾ اعتبار ﴿كيله أو وزنه﴾ أو عده ، كقطعة من ذهب مشاهدة لا يعلم وزنها، وصبرة من طعام لا يعلم كيلها. ويشكل الحال او تألفت قبل التسليم، أو بعده، وطلتها قبل الدخول ليرجع بنصفه، ففي الرجوع الى الصالح مطلقاً أو تضمنينه مهر المثل في الاول قولان ، والاشهر الاظهر الاول .

﴿و﴾ يتفرع على اشتراط صحة المهر بالتعيين - ولو في الجملة - تعيين الفساد مع عدمه بالكلية والرجوع الى مهر المثل بلا خلاف ، ومقتضاه اطلاق - راد الحكم فيما ﴿لو تزوجها على خادم و﴾ الحال أنه ﴿لم يتعين﴾ أصلاً ، وعليه فتوى جماعة ، والاصح وفاقاً للاكثر ما اختاره المصنف بقوله : ﴿فلها الوسط . وكذا لو قال: دار أو بيت﴾ وعليه عن الخلاف الوفاق ، ولكن الاحوط المصير الى ما ذكره ان لم يعقد بمثل ذلك ، والرجوع الى الصالح معه ان لم يحصل التراضي الا به .

﴿ولو قال :﴾ أنزوجك ﴿على السنة ، كان﴾ المهر ﴿خمسماية درهم﴾ قطعاً لو قصداهما عالمين بها ، ومطلقاً على الاشهر الاقوى ، بل قيل : اجماعاً .

ثم مقتضى الحكم والمستند ثبوت المهر بالعقد كالدعين بالذكر فيه لا بالدخول فيه، كمهر السنة الثابت به للمفوضة على بعض الوجوه .

﴿ولو﴾ تزوجها و ﴿سمى لها مهرأ﴾ معيناً ﴿ولا بيها﴾ أو غيره واسطة أو أجنبي ﴿شيئاً﴾ خارجاً عنه ، بحيث يكون المجموع بازاء البضع لاعطية في البعض أو جمالة فيه لجوازهما مع ازوم الثاني قطعاً ازم مهرها و ﴿سقط ما سمي له﴾ اجماعاً ، كما عن الخلاف في اللزوم والغنية في السقوط . ولا فرق بين أن يتسبب تسمية الشيء للاب لتقليل المهر بزعمها ازومه بذكره في العقد أم لا . ولو جعل المسمى للاب جزءاً من المهر كأن أمهرها شيئاً و شرط أن يعطي أباه منه شيئاً ، ازم الشرط لو كان على اختيار من دون شائبة اكراه واجبار وفاقاً لجمع ، خلافاً للاكثر فيفسد الشرط خاصة كالسابق ، وعلى المختار يرجع بنصف المجموع بالطلاق .

﴿ولو عقد الذميان﴾ أو غيرهما من الكفار ﴿على خمر أو خنزير﴾ ونحوهما مما لا يملك في شرعنا ﴿صح﴾ العقد والمهر بخلاف ، لانهما يملكانه في شرعهما . ﴿ولو أسلم أو أحدهما قبل القبض فلها القيمة﴾ عند مستحليه على الاشهر الاقوى ﴿عيناً﴾ كان ﴿أو مضموناً﴾ وقيل : يجب مهر المثل . ولو كان قبضها اياه قبل الاسلام برىء ، ولو كان الاسلام بعد قبض بعضه سقط بقدر المقبوض ووجب قيمة الباقي على المختار ، وعلى القول الثاني يجب بنسبته من مهر المثل . ﴿ولا يجوز عقد المسلم على الخمر﴾ ونحوها مما لا يملكه اجماعاً ﴿ولو عقد﴾ عليهما فسد المهر اجماعاً و ﴿صح﴾ العقد على الاشهر .

﴿و﴾ عليه فهل ﴿لها مع الدخول﴾ بها ﴿مهر المثل﴾ مطابقا كان المسمى قيمة أم لا ، أو القيمة كذلك ولكن يقدر مالاقيمة له ذات قيمة كالحرة عبداً ، أو في ماله قيمة ، وأما مالاقيمة له فمهر المثل ؟ أقوال ، أشهرها وأظهرها الاول ، وإن كان

اعتبار أكثر الامر بن من قيمة المسمى والمثل أحوط .

﴿وقيل﴾: كماعن الشيخين والقاضي والفقي ﴿يبطل العقد﴾ رأساً ومأمراً مع كونه أشهر وأظهر .

﴿الطرف الثاني﴾ : ﴿في﴾ التفويض وهو لغة: رد الامر الى الغير ثم الاهمال . وشرعاً رد أمر المهر أو البضع الى أحد الزوجين أو ثالث ، أو اهمال ذكره في العقد ، فهو قسمان ، الاول ما أشار اليه بقوله :

﴿لا يشترط في الصحة﴾ أي في صحة عقد النكاح ﴿ذكر المهر﴾ في متنه .
﴿فلو﴾ عقد و ﴿أخفله أو شرط أن لا مهر لها﴾ في الحال أو مطلقاً ﴿فالعقد صحيح﴾ اجمالاً ، ويسمى بـ « تفويض البضع » و « المرأة مفوضة البضع » بكسر الواو وفتحها .

أما لو صرح بنفيه في الحال والمآل على وجه يشمل ما بعد الدخول ، ففي فساد العقد ، أم الصحة قياساً له بالنفي المطابق ، أم فساد التفويض دون العقد ، فيجب مهر المثل كما لو شرط في المهر ما يفسده أقوال ، أشهرها الاول ، ثم من أحكامه عندنا عدم وجوب شيء لها متعة كان أو مهر مثل بمجرد العقد ، فلو مات أحدهما قبل الدخول والطلاق فلا شيء لها .

﴿ولو طلق﴾ المفوضة ﴿فلها المتعة﴾ خاصة ان طلقها ﴿قبل الدخول﴾ والفرض ، وان طلقها بعد الفرض وقبل الدخول فلها نصف المفروض . ولو طلقها بعدهما أو ما يطلق وقد فرض ، فجميع ما فرض لها ، زاد عن مهر المثل أم قصر عنه أم ساواه .

هذا ان اتفقا على الفرض ، وان اختلفا فيه قيل : للحاكم فرضه به مهر المثل . ويحتمل قوياً ابقاء الحال الى حصول أحد الامور الموجبة للمقدار أو المستطاعة للحق .

ثم ان في ثبوت المتعة بغير الطلاق من أقسام البيئونة أقوال ، أشهرها وأظهرها عدم مطلقا ، وان كان مراعاتها أحوط وأولى ، وألحق بالمفوضة من سمي لها مهر فاسد، فيثبت لها المتعة، ولا بأس به استحباباً .

﴿و﴾ يجب ﴿بعده﴾ أي بعد الدخول وقبل الفرض ﴿لها مهر المثل﴾
اجماعاً. واطلاق جملة [من النصوص ^(١)] كالعبارة وصريح بعضهم يقتضي ثبوت المثل مطلقا ولوزاد على السنة، خلافاً للكثر في الزائد عليها فيرد اليها، وعن جماعة الاجماع ولعله الاقوى .

﴿ويعتبر في مهر المثل حالها في الشرف، والجمال﴾ والعقل، والادب ، واللباقة ، وصراحة النسب ، واليسار، وحسن التدبير ، وكثرة العشائر، وعادة نساءها وأمثال ذلك .

والمعتبر من أقرارها من الطرفين على الأشهر الاقوى، وعن ظاهر المبسوط ^(٢) الاجماع .

ويعتبر في الاقارب أن يكونوا من أهل بلدها أو بلاد لا يخالف عاداتها عادة بلدها على الاقوى .

﴿و﴾ يعتبر ﴿حاله﴾ خاصة ﴿في المتعة﴾ على الأشهر الاتوى ، وفي الغنية الاجماع .

ثم المتعة بالنظر الى المتمتع على ثلاثة أقسام: متعة يسار، وتوسط، واعمار وعين الاصحاب لكل مرتبة ما يليق بها في العرف والعادة .

﴿فالغني يتمتع﴾ بالدابة ، وهي الفرس ، والمعتبر ما يقع عليه اسمها صغيرة أم كبيرة ، برذونا كانت أم عتيقاً ، قاربت قيمتها الشرب والعشرة الدنانير أم لا ، أو

(١) وسائل الشريعة ٢٤/١٥ ، ب ١٢ .

(٢) المبسوط ٢٩٩/٤ .

﴿بالثوب المرتفع﴾ عادة ، ناسبت قيمته قسيمه أم لا ﴿أوعشرة دنانير﴾ وهي الماثاقيل الشرعية .

﴿و﴾ يتمتع ﴿الفقير بالخاتم﴾ ذهباً كان أوفضة معتداً به عادة ﴿أو الدرهم﴾ وفي الصحيح ^(١) بالخمار وشبههه ، وفي الموثق ^(٢) بالحنطة والزبيب والثوب . ﴿و﴾ يتمتع ﴿المتوسط بينهما﴾ بما بينهما ، كخمسة دنانير والثوب المتوسط ونحو ذلك .

وبالجملة المرجع في الاحوال الثلاثة الى العرف بحسب زمانه ومكانه وشأنه . ﴿و﴾ لكن ﴿لوجعل الحكم﴾ والتعيين ﴿لاحدهما في تقدير المهر﴾ المذكور ﴿صح﴾ العقد والتفويض اجمالاً . وهذا هو القسم الثاني من قسمي التفويض ، ويسمى بـ«مفوضة المهر» يرمود النص ^(٣) والفتوى هو خصوص الحكم بالتفويض الى أحدهما ، ففي غيره من التفويض الى غيرهما أو اليهما معاً وجهان والوقوف مع النص طريق اليقين .

﴿ويحكم الزوج﴾ المفروض اليه المهر ﴿بما شاء وإن قل﴾ . ﴿وإن﴾ عكس الامر ﴿حكمت المرأة﴾ وفوض اليها ﴿لم﴾ يجزئها أن ﴿تتجاوز مهر السنة﴾ اجمالاً في المقامين .

ثم لو طلق قبل الدخول ألزم الحاكم بالحكم ولها نصف ما يحكم به ، سواء وقع الحكم قبل الطلاق أو بعده . وكذا لو طلقها بعد الدخول لزم الحاكم الفرض واستقر في ذمة الزوج .

(١) وسائل الشريعة ٥٧/١٥ ، ج ٢ .

(٢) وسائل الشريعة ٥٦/١٥ ، ج ١ .

(٣) وسائل الشريعة ٣١/١٥ ، ب ٢١ .

﴿ولومات الحاكم﴾ منهما ﴿قبل الدخول وقبل الحكم﴾ ، فالمروي ﴿في الصحيح^(١)﴾ أن ﴿لها المتعة﴾ دون المهر، وهو الاشهر الاظهر . ولا فرق مع موت الحاكم بين موت المحكوم عليه معه وعدمه .

ولومات المحكوم عليه وحده ، فللحاكم الحكم .

ولومات الحاكم قبل الحكم وبعد الدخول ثبت مهر المثل ، وبه صرح بعضهم من غير نقل خلاف ، ولم يتعرض له الباقر .

ولومات المحكوم عليه حينئذ أُلزم الحاكم بها الحكم ، فان كانت المرأة لا يتجاوز السنة ، والا فللزواج الحكم بما يشاء كما مضى .

﴿الطرف الثالث : في الاحكام﴾ المتعلقة بالمهر ﴿وهي عشرة :﴾

﴿الاول : تملك المرأة المهر﴾ جميعه ﴿بالعقد﴾ وان لم يستقر التملك الا بعد الدخول ، على الاشهر الاقوى ، وعن الحلبي نفى الخلاف عنه . وقيل : تملك نفسه به والنصف الاخر بالدخول . وعلى المختار لها التصرف قبل القبض على الاقرب .

﴿ويتنصف بالطلاق﴾ بالكتاب^(٢) والنص^(٣) والاجماع .

﴿ويستقر﴾ الجميع بأحد أمور أربعة : ﴿بالدخول﴾ ، وهو الوطى قبلاً أو دبراً ﴿اجماعاً في كلام جماعة﴾ . وبردة الزوج على الاشهر الاقوى . وبموت الزوج على الاشهر ، وعن المرتضى الاجماع ، خلافاً لجماعة فالنصف كالطلاق ، ولا يخلو عن قوة ، لاخبار^(٤) قريبة من التواتر بل متواترة ، وقيل : انه الاشهر بين القدماء

(١) وسائل الشيعة ٣٢/١٥ ، ح ٢ .

(٢) سورة البقرة : ٢٣٧ .

(٣) وسائل الشيعة ٦١/١٥ ، ب ٥١ .

(٤) وسائل الشيعة ٧١/١٥ ، ب ٥٨ .

والطائفة . وكذا الكلام في موت الزوجة .

﴿ولا يسقط﴾ شيء من المهر عاجلاً كان أم آجلاً ﴿معه﴾ أي مع الدخول
﴿لولم يقبض﴾ على الأشهر الأظهر ، وعن ظاهر الانتصار الإجماع . وقيل :
بالسقوط به مطلقاً ، سواء قبضت منه شيئاً أم لا ، طالت مدتها أم قصرت ، طالبت به
أم لا ، للصحيح^(١) المستفيضة ، وأولت لشذوذها بتأويلات غير بعيدة في مزام
الجمع بين الأدلة .

﴿ولا يستقر﴾ المهر بجميعه ﴿بمجرد الخلوة﴾ بالمرأة وإرخاء المترعى
وجه ينتفي معه المانع مطلقاً ﴿على الأشهر﴾ الأقوى ، وفيه قول آخر .
﴿الثاني : قيل : إذا﴾ تزوجها و﴿لم يسم لها مهرأ وقدم إليها شيئاً قبل
الدخول كان ذلك مهرها ما لم يشترط﴾ قبل الدخول أن المهر ﴿غيره﴾ بكونه
بعض المهر أو مائناً له ، والقائل المشهور ، حتى ادعى جماعة عليه الإجماع ، ولا
بأس به ، وتوقف فيه جماعة كما هو ظاهر المصنف .

واختلفوا بعد ذلك فبين من جمد على الأصول وأثبت مهر المثل كما فسي
المعتبرة^(٢) ، وبين من فصل بالعادة وحكم بالسقوط بدفع الشيء قبل الدخول أن
استقرت على تقديم المهر عليه وعدمه إن لم تستقر .

﴿الثالث : إذا طلق﴾ الزوجة ﴿قبل الدخول﴾ وكان قد سمى لها مهر أبرء
ذمته من نصف المسمى إن كان ديناً و﴿رجع بالنصف إن كان أقبضها﴾ واستقر
ملكه عليه إن كان عيناً دفعه إليها إجماعاً ﴿أو طالبت﴾ مطلقاً ﴿بالنصف إن لم يكن
أقبضها﴾ المهر .

﴿ولا يستعيد﴾ منها ﴿الزوج ما تجدد من النماء بين العقد والطلاق، متصلاً

(١) وسائل الشريعة ٦٥/١٥ .

(٢) وسائل الشريعة ٢٤/١٥ ، ب ١٢ .

كان **﴿النماء﴾** كالمسمن ، أو منفصلاً كالولد **﴿على الاشهر الاقوى﴾** .
ثم ان اذا وجدته باقياً ، وان وجدته تالفاً أو منتقلاً عن ملكها فله نصف مثله
ان كان مثلياً ، أو قيمته على الاظهر ، أو نصف قيمة المهر على الاشهر ان كان قيمياً .
ثم ان اتفقت القيمة والافله الاقل من حين العقد الى حين التسليم ^(١) .
وان وجدته معيباً رجع في نصف العين مع الارش على الاظهر ، خلافاً للاكثر
فيتخير الزوج بين الرجوع بنصف القيمة وبين أخذ نصف العين من غير أرش ،
وفيه قول آخر .
ولو نقصت القيمة للسوق ، فله نصف العين خاصة ، كصورة الزيادة وهي
باقية .

ولو زادت زيادة متصلة عيناً كانت أوصفة ، تخيرت بين دفع نصف العين
الزائدة ونصف قيمتها مجردة عن الزيادة على اظهر الاقوال وأشهرها في المسألة .
ولو اختارت الاول ، وجب على الزوج القبول في اظهر الوجهين . وكذالو
تغيرت في يدها بما أوجب زيادة القيمة ، كصياغة الفضة وخياطة الثوب ، ويجبر
على العين لو بذلتها في الفضة ، لقبولها ما يريده منها دون الثوب ، إلا أن يكون
مفصلاً على ذلك الوجه قبل دفعه اليها من دون تصرفها فيه بما لا يتأتى معه حصول
مقصوده .

﴿ولو كان النماء موجوداً حال العقد رجع بنصفه﴾ أيضاً **﴿كالحمل﴾** مع
دخوله في المهر بالشرط أو التبع مطلقاً حصل الوضغ قبل الطلاق أو بعده على
الاقوى .

﴿ولو كان﴾ المهر **﴿تعليم صنعة أو علم﴾** مثلاً **﴿و﴾** طلقها قبل الدخول
بعد أن **﴿علمها﴾** إياهما كاملاً **﴿رجع﴾** عليها **﴿بنصف أجرته﴾** المثلية . ولو

(١) أى تسليم المهر من الزوجة «منه» .

كان قبل التعليم رجعت هي عليه في نصف الاجرة في تعليم !الصنعة قطعاً مطلقاً ، وكذا في تعليم السورة اذا استلزم المحرم شرعاً ، والافعليه تعليم نصفها .
 ﴿ولو أُرِيت أنه من﴾ جميع ﴿الصدق﴾ المسمى لها ، ثم طلقها قبل الدخول ﴿رجع﴾ عليها ﴿بنصفه﴾ وكذا لو وهبته اياه مطلقاً قبضته أم لا اجماعاً في الاخير كما قيل ، وعلى الاظهر الاشهر فيهما بل كاد أن يكون اجماعاً .
 ولو وهبته النصف مشاعاً ، ثم طلقها قبل الدخول ، فله الباقي على الاقوى ، صرفاً للهبة الى حقها منه ، كما لو وهبته لغيره فانهما فيه سواء ، وفيه قولان آخران .

﴿الرابع : لو أمهرها﴾ أمة ﴿مدبرة﴾ أو عبداً كذلك ﴿نسم طلق﴾ قبل الدخول ﴿عارت بينهما نصفين﴾ فيتناوبان في خدمتها ، فيوم له ويوم لها بلا خلاف ، ولكن في بطلان التدبير فتملك الزوجة رقبته أو العدم فحرة بعد السبب وانما ينصرف الامهار الى الخدمة قولان ، والى الاول أشار بقوله :
 ﴿وقيل :﴾ والقائل الحلبي انه ﴿يبطل التدبير بجعلها مهرأ ، وهو أشبه﴾ وأشهر ، والقول الثاني للنهاية^(١) والقاضي ، وفي مستنده ضعف .

﴿الخامس : لو أعطاها عوض المهر﴾ المسمى ﴿متاعاً أو عبداً آبقاً وشيئاً ثم طلق﴾ قبل الدخول ﴿رجع بنصف﴾ مثل ﴿المسمى﴾ أو قيمته ﴿دون﴾ نصف المسمى نفسه و﴿العوض﴾ .

﴿السادس : اذا شرط في العقد ما يخالف المشروع﴾ ولا يخل بمقصود النكاح وان كان عرضاً مقصوداً في الجملة ﴿فسد الشرط﴾ اتفاقاً ﴿دون العقد والمهر﴾ فيصحان بلاخلاف يوجد هنا . وذلك ﴿كما لو شرطت أن لا يتزوج أو لا يتسري﴾ ، وكذا لو شرطت تسليم المهر في أجل ﴿وأنه﴾ ان تأخر عنه فلا عقد .

﴿أما لو شرطت أن لا يقتضها﴾ أو لا يبطأها ﴿صح﴾ كل من العقد والشرط مطلقاً وفاقاً لجماعة .

﴿ولو أذنت﴾ له ﴿بعده﴾ في الوطى ﴿جاز﴾ على الأشهر الاظهر كما مر .

﴿ومنهم من خص الجواز﴾ في كل من العقد ﴿والشرط بما امتعة﴾ ومنعه في الدوام والمخصص الاكثر ، ولعله الاظهر ، وفي المسألة قولان آخران .

﴿السابع : لو شرط أن لا يخرجها من بلدها لزم﴾ على الأشهر الاقوى ، خلافاً للحلي وجماعة فأبطلوا الشرط وصححو العقد . والمورد النص ^(١) البلد ويلحق به المنزل على الأصح ، ومتى حكمنا بصحته صح إسقاطه اجماعاً كما قيل .

﴿ولو﴾ تزوجها بمائة ولكن ﴿شرط لها﴾ بقاء استحقاقها ﴿المائة ان خرجت معه﴾ الى بلاده ﴿و﴾ انتقاص ﴿خمسین﴾ منها ﴿ان لم تخرج﴾ معه اليها ﴿فان أخرجها الى﴾ بلده وكان ﴿بلد الشرك فلا شرط له﴾ عليها ولم تجب اطاعته عليها في الخروج اليه ﴿وازمته المائة﴾ التي عقدها عليها ولا ينقص شيء منها ﴿وان أرادها الى بلد الاسلام فله الشرط﴾ الذي اشترطه فان طوعته ازمته المائة والا فالخمسون على الأشهر الاظهر .

﴿الثامن : لو اختلفا﴾ الزوجان ﴿في أصل المهر﴾ بأن ادعته المرأة وأنكره الزوج ﴿فالقول قول الزوج مع يمينه﴾ ان كان الاختلاف قبل الدخول بلا خلاف ﴿و﴾ كذا ﴿لو كان بعد الدخول﴾ على الأشهر الاظهر قطعاً مسع ثبوت انتفاء التفويض باتفاقهما عليه أو بالبيئة أو مافي معناها ، وكذا مع احتماله على الاظهر . ولو اتفقا على التفويض ترتب عليه حكمه من ثبوت مؤثر المثل مع الدخول والمتمتع مع الطلاق قبله .

ولو ادعى أحد الزوجين التفويض والاخر التسمية ، فالأظهر أن القول قول من

يدعي التفويض، لكن ليس للمرأة المطالبة بزيادة ماتدعيه من مهر المثل أو التسمية .
ولو ثبت تسمية قدر معين اما باقراره أو البينة أو الشياح أو ما في معناه مما يفيد العلم ، ثم ادعى تسليمه ولا بينة ، كان القول قول الزوجة مع يمينها على الأشهر الاقوى .

ولو اختلفا في المقدار ، فالقول قول المنكر للزيادة مطلقا على الأشهر الاقوى .
﴿وكذا لو خلا﴾ بها ﴿فادعت المواقعة﴾ وأنكرها الزوج ، فالقول قوله مع يمينه على الأشهر الاظهر .

﴿التاسع : يضمن الاب مهر﴾ زوجة ﴿ولده الصغير﴾ الذي زوجها منه
﴿ان لم يكن له﴾ أي للولد ﴿مال وقت العقد﴾ أو كان ولكن ضمنه الاب ﴿ولو﴾
كان له مال ﴿ولم يكن ضمن﴾ كان على الولد اتفاقاً .

واطلاق النص^(١) والفتوى يقتضي ضمان الاب مع اعسار الولد مطلقا ولو
تبرأ عن ضمانه ، خلافاً للفاضل فاستثنى منه صورة التبري ، ولا يخلو عن وجه .
ثم مع ضمانه صريحاً لو أدى فهل يرجع به على الطفل ؟ الاصح لا . وكذا لو
أدى تبرعاً عن الموسر كالأجنبي .

ولودفعه عنه ، ثم بلغ الصبي وطلق قبل الدخول ، استعاد الولد النصف دون
الوالد بلا خلاف ، وكذا لو أدى عن الكبير تبرعاً بلا خلاف كما قيل ، فان تم اجماعاً
والا فللتوقف فيه مجال ، كما صرح به في الشرائع^(٢) وتبعه قوم .

ولو لم يكن دفعه قبل الطلاق قيل : تبرأ ذمة الاب عن النصف وازمه النصف
للزوجة . وقيل : يلزمه الكل مع اعسار الزوج ، فيدفع النصف الاخر اليه .
﴿العاشر : للمرأة أن تمنع﴾ من تسليم نفسها الى الزوج قبل الدخول بها

(١) وسائل الشريعة ٣٩/١٥ ، ج ٢ .

(٢) شرائع الاسلام ٣٣٢/٢ .

﴿حتى تقبض مهرها﴾ ان كان حالا ، عيناً كان أو منفعة ، معيناً كان أم في الذمة ، موسراً كان الزوج أو معسراً ، اجماعاً فيما عدا الاخير ، وأما الاخير فالاشهر الاظهر أنه كذاك خلافاً للحلي وهو نادر . وان كان مؤجلاً فليس لها الامتناع اجماعاً . ولو أقدمت على فعل المحرم وامتنعت به عن التسليم الى أن حل الاجل ، فهل لها الامتناع حينئذ تنزيلاً له منزلة الحال ابتداءً أو عدمه ؟ وجهان ، أجودهما : الثاني .

ولو كان بعضه حالا وبعضه مؤجلاً ، كان لكل منهما حكم مماثله .

ثم انه انما يجب على الزوج تسليم المهر اذا كانت مهية للاستمتاع ، فلو كانت ممنوعة بعذر - وان كان شرعياً - لم يلزم ، نعم لو كانت صغيرة يحرم وطئها ، فالاقوى وجوب دفع مهرها اذا طلبه الولي .

﴿وهل لها ذلك﴾ أي الامتناع ﴿بعد الدخول﴾ بها؟ ﴿قولان﴾ أشبههما : أنه ليس لها ذلك ﴿وهو الاشهر﴾ وفي السرائر^(١) والغنية الاجماع .

(النظر الثالث)

(في القسم والنشوز والشقاق)

﴿أما القسم﴾ بفتح القاف ، والمراد به قسمة الليالي بين الأزواج . أما بالكسر فهو الحظ والنصيب ، ولا خلاف في وجوبه .

﴿ف﴾ يجب ﴿للزوجة الواحدة ليلة﴾ من أربع ﴿وللاثنتين ليلتان﴾ ، وللثلاث ثلاث ، والفاضل من تمام ﴿الأربع﴾ ليالي ﴿له أن يضعه حيث شاء﴾ فسي الزوجات أو غيرهن .

﴿ولو كن أربعاً فلكل واحدة ليلة﴾ وهل يجب بنفس العقد والتمكين أم يتوقف على الشروع في القسمة فلا يجب إلا للمتعدد خاصة الآن ينقضي الدور فيحل تركه ؟ قولان ، أشهرهما : الاول ، وهو أحوط وان كان في تعينه نظر . كل ذاتي المتعددة ، وأما الزوجة الواحدة فينبغي القطع بعدم استحقاقها القسمة بالمرة . ثم ان تعددنا ابتداء بالقرعة ، فان كانتا اثنتين والافتقار الى قرعة الثانية وهكذا وقيل : يتخير .

ولانجوز الزيادة في القسمة على ليلة بدون رضاهن مطلقاً على الاشهر الاحوط وقيل : بالجواز مطلقاً ، وربما قيل به مقيداً بالضرورة ، كما لو كن في أماكن متعددة ويتوقف ما زاد على رضاهن . وهو حسن ان لم يمكن دفع الضرر بنحو آخر ، كرفع التباعد وتقريب الاماكن ، وبشكل مع الامكان .

﴿ولايجوز الاخلال﴾ بالبيت الواجب ﴿الامع العذر﴾ كنشوزها الى أن ترجع الى الطاعة أو السفر مطلقاً ﴿أو الاذن﴾ منهن أو من بعضهن فيما يختص الاذن به .

﴿والواجب﴾ في البيوتة هو ﴿المضاجعة﴾ خاصة ، وهي أن ينام معها قريباً منها عادة معطياً لها وجهه دائماً أو أكثرياً بحيث لا يبعد هاجراً وان لم يتلاحق الجسمان . ولا يعتبر فيها حصولها في جميع الليل ، بل يكفي فيه ما يتحقق معه المعاشرة بالمعروف .

﴿ولا﴾ تجب فيها ﴿المواقعة﴾ لها ، وانما تجب في كل أربعة أشهر مرة . ﴿ويختص الوجوب بالليل﴾ على الاشهر الاظهر ، فلا تجب بالنهار أيضاً وان كان أحوط .

﴿وفي رواية^(١)﴾ ابراهيم ﴿الكرخي﴾ الصحيحة اليه أنه ﴿انما﴾ يجب

﴿عليه أن يكون عندهما في ليلتها وبطل عندهما في صبيحتها﴾ وإيس عليه أن يجامعها اذا لم يرد ذلك ، وعليها الاسكافي، وفي سندها ضعف بجهالة الراوي، فلا يمكن الخروج عن الاصل بها ، وان كان الاجود العمل بها احتياطاً .

ثم انه ليس المراد ببيتوته معها في الليلة قيامه معها في جميعها ، بل ما يعتاد منها، وهو بعد قضاء الوطر من الصلاة في المسجد ومجالسة الضيف ونحوهما . نعم ليس له الدخول في تلك الليلة على الضرة الللضرورة ، ومنها عيادتها اذا كانت مريضة، وقيده في المبطوط بثقل المرض والالم يجز، فان مكث وجب قضاء زمانه مالم يقصر بحيث لا يعد اقامة عرفاً فيأثم خاصة .

ثم تخصيص البيت بالليل جار مجرى الغالب، وهو من يكون معاشه نهاراً. ولو انعكس كالوقاد والحارس والزار فعماد قسمته النهار خاصة بلاخلاف . ولو كان مسافراً معه زوجاته فعماد قسمته وقت النزول، قليلا كان أو كثيراً ، ليلا كان أم نهاراً .

﴿واذا اجتمع مع﴾ الزوجة ﴿الحررة أمة بالعقد﴾ الدائم حيث جوزناه ﴿فللحررة ليلتان وللأمة ليلة﴾ على الاظهر الاشهر، حتى عن الخلاف وغيره الاجماع خلافاً للمفيد فلاقسمة للأمة ، وهو نادر .

ثم ان التثليث وان كان يتحقق بتنصيف الليل للأمة وتتميمها للحررة، فلهما ليلة ونصف من أربعة ليالي وليلتان ونصف له يضعهما حيث يشاء ، إلا اذا اظهر الاشور تخصيصه بتثليث الليالي، فللأمة ليلة وضعفها للحررة ويكون ذلك من ثمان، فيكون الذي للزوج منها خمس يضعها حيث شاء ولهما ثلث ، وعن الخلاف وغيره الاجماع . ﴿والكتابية﴾ الحررة ﴿كأمة﴾ المسلمة ، فللحررة المسلمة ليلتان ولها ليلة، بلاخلاف يعبى به .

والكتابية المملوكة لها ربع القسمته، لثلاث تساوي الأمة المسلمة .

﴿ولا قسمة للموطوءة بالملك﴾ اجماعاً .

﴿ويختص البكر عند﴾ حدثان عرسها و ﴿الدخول﴾ عليها استحباباً
 ﴿بثلاث﴾ ليالٍ ﴿الى سبع﴾ وفقاً للشيخ في كتابي الاخبار، وصريحه فيهما
 أفضلية الاول خلافاً للاكثر فالثاني وهو أظهر ، ولا خلاف في جواز التخصيص
 بالسبع .

وهل هو على سبيل الاستحقاق خاصة فلا يقضى منها شيئاً لغيرها ام لا يستحق
 منها سوى الثلاث وأما البواقي فلا بل غاية الامر جواز تقديمها معه في قضيتها
 للبقيات ؟ قولان، ظاهر اطلاق النص^(١) والفتوى الاول، كل ذا في البكر .

﴿و﴾ أما ﴿الثيب﴾ فنختص عند حدثان عرسها ﴿بثلاث﴾ وفقاً للاكثر
 والمتبادر من اطلاق النص^(٢) والفتوى توالي اللبائي وحرية المرأتين ، الا أن
 ظاهر الاصحاب الاتفاق على العموم للامة، ولكن اختلفوا في المساواة في التقدير
 أو التخصيص لها على القولين، والاشهر الاول، ولاظهر الثاني، ولا فرق في الثيب
 بين الزائل بكرتها بالجماع أو غيره .

﴿وتستحب التسوية بين الزوجات في الاتفاق واطلاق الوجه والجماع﴾
 استحباباً مؤكداً وليس بواجب اتفاقاً ﴿وأن يكون في صبيحة كل ليلة عند
 صاحبته﴾ كما مر .

﴿وأما النشوز﴾ : وأصله الارتفاع ﴿فهو﴾ هنا بل وربما يطاق عليه في
 اللغة أيضاً ﴿ارتفاع أحد الزوجين﴾ وخروجه ﴿عن طاعة صاحبه فيما يجب له﴾
 عليه .

﴿فتمنى ظهر من المرأة أمانة العصيان﴾ بتقطبها في وجهه والضجر والسأم

(١) وسائل الشريعة ٨١/١٥، ج ١٣ .

(٢) نفس المصدر .

بحوائجه التي يجب عليها فعلها من مقدمات الاستمتاع ، بأن تمنع أو تتناقل اذا دعاها اليه ، لامطلق حوائجه ، اذ لايجب عايتها قضاء حاجته التي لاتتعلق بالاستمتاع أو تغير عاداتها في أدبها معه ، قولا كأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلبن ، أو غير مقبلة بوجهها . بعد أن كانت تقبل ، أو فعلا كأن يجد اعراضاً أو عيوساً بعد لطف وطلاقة ونحو ذلك ﴿وعظوا﴾ أولاً بلاهجر ولاضرب ، فلعلها تبدي عذراً أو تتوب عما جرى منها من غير عذر .

والوعظ كأن تقول : اتقي الله في الحق الواجب لي عليك واحذري العقوبة ويبين لها ما يترتب على ذلك من عذاب الله سبحانه في الآخرة وسقوط النفقة والقسم في الدنيا .

﴿فان لم ينجع﴾ فيها ذلك ﴿هجرها في المضع﴾ بكسر الجيم ، ويتحقق ﴿بأن يولها ظهره في الفراش﴾ أو يعتزل فراشها مخبراً بينهما على أصح الأقوال وأظهرها ، وان كان اختيار الاول أحوط وأولى .

﴿فان لم ينجع﴾ فيها ذلك أيضاً ﴿ضربها مقتصراً﴾ في الضرب ﴿على ما يؤمل معه طاعتها﴾ فلا تجوز الزيادة عليه مع حصول الغرض به ، والا تدرج الى الأقوى فالأقوى ﴿مالم يكن﴾ مدعياً ولا ﴿مبرحاً﴾ أي شديداً كثيراً .
وتفسير الضرب بذلك هو الأشهر الاظهر ، وروي : أنه الضرب بالسواك^(١) وهو أحوط .

وهل الامور الثلاثة على التخيير أو الجمع أو الترتيب بالتدرج من الانف الى الاثقل كمراتب النهي عن المنكر؟ وعلى التقادير فهل هي مع تحقق النشوز أو ظهور امارته قبل وقوعه أو معهما بمعنى أن الوعظ والهجر مع الثاني والضرب مع الاول؟ أقوال ، أقواها الثالث في المقامين ، وهو الترتيب بين الامور

(١) مجمع البيان ذيل الآية (٣٤) من سورة النساء .

الثلاثة، واختصاص الاولين منها مرتباً بينهما بظهور امارة النشوز وثالثها بتحقيق النشوز .

وهنا قول آخر وهو: ما قول بعض العلماء في تفسير الآية « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن »^(١) فان نشزن فاهجروهن في المضاجع، فان أصررن فاضربوهن وهو أحوط .

﴿ولو كان النشوز منه﴾ أي من الزوج، بأن يتعدي عليها بمنع بعض حقوقها الواجبة عليه من نفقة أو إساءة خلق معها، أو أذية وضرب لها من غير سبب ﴿فلها المطالبة بحقوقها﴾ التي أحل بها، ولها وعظه لاهجره وضربه، فان أصر على الامتناع رفعت أمرها الى المحاكم .

ولو امتنع عن الانفاق جاز للمحكمة الانفاق عليها من ماله ولو يبيع شيء من عقاره اذا توقف الامر عليه .

ولو لم يمنعه شيئاً من حقوقها الواجبة ولا يؤذيها بضرب ولا سب وانكره صحبتها امراض أو كبر فلا يدعوها الى فراشه أو يهمل بطلاقها فلا شيء عليه .

﴿ولو تركت﴾ حينئذ ﴿بعض ما يجب﴾ لها عليه ﴿أو كله استمالة﴾ له ﴿جاز﴾ لها ﴿له القبول﴾ وكذا لو أدخل الزوج ببعض حقوقها الواجبة أو كلها، فلها ترك ذلك استمالة له، وله القبول أيضاً لو تركته بطيب نفسها لا مطلقاً .

﴿وأما الشقاق﴾ فهو أن يكره كل منهما صاحبه ﴿سمي به لكون كل منهما في شق غير شق الآخر .

﴿فاذا خشي الاستمرار﴾ على الشقاق ﴿بعث﴾ وجوباً على الأقوى ﴿كل منهما﴾ وفقاً للصدوقين خلافاً للاكثر فالأحكام ولنادر فأهلها ﴿حكماً﴾ من

أهلها ❖ وحكماً من أهلها وفقاً للسرائر (١) .

❖ ولو امتنع الزوجان بعثهما الحاكم ❖ ولادليل عليه سوى الجمع بين الروايات (٢)، والاولى اجباره لهما عليه .

❖ ويجوز أن يكونا ❖ أي الحكمان ❖ أجنبيين ❖ اما مطلقاً كما هو ظاهر المتن ، أو مقيداً بعدم الاهل كما هو الاقوى، ومع ذلك ليس لهما حكم المبعوث من أهلها من امضاء ما حكم عليهما ، ويكون حكمهما حينئذ الاقتصار على ما أذن به الزوجان وفيه وكلا ، وليس لهما من التحكيم الذي هو من حكم الحكيمين شيء ، وفي حكم فقد الاهل توقف الاصلاح على الاجنبيين .

❖ وبعثهما تحكيم لانوكيل ❖ على الاظهر الاشهر ، حتى أنه عن ظاهر المبسوط (٣) والسرائر (٤) وغيرهما الاجماع ❖ فيصالحان ❖ أي الحكمان ❖ ان اتفقا ❖ من غير معاودة الى من بعثهما مطلقاً ويضحي عليهما ما حكموا به بخلاف ظاهراً .

❖ ولا يفرقان الامع اذن الزوج في الطلاق والمرأة في البذل ❖ في المشهور بل قبل : بخلاف .

❖ ولو اختلف الحكمان لم يرض لهما حكم ❖ عليهما بلاشكل .

(١) السرائر ص ٣٣٨ .

(٢) وسائل الشيعة ٨٩/١٥ ، ب ١٣١٠ .

(٣) المبسوط ٣٣٩/٤ .

(٤) السرائر ص ٣٣٨ .

(النظر الرابع)

(فى احكام الاولاد)

﴿ولد الزوجة الدائمة﴾ التام خالقته ﴿باحق به﴾ أي بالزوج الذي يمكن التولد منه عادة ولو احتمالاً بعيداً ﴿مع﴾ شروط ثلاثة :
أحدها : ﴿الدخول﴾ بها دخولا يمكن فيه ذلك ولو بعيداً ، قبلاً كان أو دبراً اجماعاً ، وفي غيره اشكال وان حكى عن الاصحاب الاطلاق واحتمل الاجماع ، مع أن المحكى عن جماعة عدم العبرة بالوطىء دبراً واستوجهه من المتأخرين جماعة ، وهو حسن الا مع الامتناء واحتمال السبق وعدم الشعور لامطلقاً .

﴿و﴾ ثانيها : ﴿مضي ستة أشهر﴾ هلالية أو عددية ﴿من حين الوطىء﴾ فلا عبرة بالاقل في الولد الكامل اجماعاً ، وفي غيره مما تسقطه الدرأة يرجع في الحاقه بالزوج حيث يحتاج اليه ليجب عليه التكفين ومؤونة التجهيز ، ونحو ذلك من الاحكام الغير المترتبة على حياته الى المعتاد لمثله من الايام والاشهر - وان نقصت عن الستة أشهر ، فان أمكن عادة كونه منه لحقه حكمه ، وان علم عادة انتفاؤه عنه لغيبته عنه مدة تزيد عن تخلفه عادة انتفي عنه .

﴿و﴾ ثالثها : ﴿وضعه امددة﴾ أقصى ﴿الحمل أو أقل﴾ منها اجماعاً ﴿وهي تسعة أشهر﴾ على الاشهر الاظهر ، وفي المبسوط^(١) والخلاف^(٢) وغيرهما الاجماع .

﴿وقيل : عشرة أشهر﴾ واختاره المصنف بقوله : ﴿وهو حسن﴾ ودليله

(١) المبسوط ٣٠٥/٨ .

(٢) الخلاف ٦٥/٣ .

غير واضح .

﴿وقيل:﴾ انها ﴿سنة﴾ كاملة ﴿وهو متروك﴾ وفيه اشعار بانعقاد الاجماع على خلافه .

وكيف كان ﴿فـ﴾ يتفرع على الخلاف ما ﴿لو اعتزلها أو غاب عنها عشرة أشهر فولدت بعدها لم يلحق به﴾ على الاظهر ، وكذا على القول بالعشر ، ويلحق به على القول الاخر . وتظهر ثمرة الخلاف بين القولين الاولين ما او ولدته لعشر ، فيلحق به على القول به ولا على الاظهر .

﴿ولو أنكر﴾ الزوج ﴿الدخول﴾ بها بعد احتماله وادعته الزوجة ﴿فالأقول قوله مع يمينه﴾ .

﴿ولو اترف به﴾ أي بالدخول ﴿ثم أنكر الولد لم ينتف عنه الا باللعان﴾ اجماعاً .

﴿ولو اتهمها بالفجور أو شاهد زناها لم يجز له نفيه﴾ مع احتماله اللحق به ﴿ولحق به﴾ اجماعاً ﴿ولو نفاه لم ينتف عنه الا باللعان﴾ اجماعاً ، ولا فرق في ذلك بين كون الولد يشبه الزاني وعدمه .

ولو وطئت الزوجة شبهة وأمكن تولد الوالد من الزوج وذلك الواطء أقرع بينهما ، سواء وقع الوطئان في طهر واحد أو طهرين . ولو انتفى عن أحدهما ألحق بالآخر من غير قرعة .

﴿وكذا﴾ يلحق به الولد ولا ينتفى عنه الا باللعان ﴿لو اختلفا في مدة الولادة﴾ فادعى ولادته لدون ستة أشهر ، أو لأزيد من أقصى الحمل ، بلاشكل في الثاني ، وأما الاول فيحتمل فيه قبول قوله وفاقاً لجماعة واكتنه ضعيف ، وحيث قدمنا قوالها فالمنجى عند جماعة توجه اليمين عليها ، وهو أحوط حيث ترضى بها ، والا فعدم التوجه أقوى .

﴿ولو زنا بامرأة فاحبلها لم يجز الحاقه بنفسه وان تزوج بها﴾ بعد ذلك
 ﴿وكذا لو أحبل أمة غيره بزنا ثم ملكها﴾ أو يضعها وألحقنا الولد به مع الشرط
 أو مطلقاً اجماعاً في المقامين .

﴿ولو طلق زوجته﴾ المدخول بها ﴿فاعتدت وتزوجت﴾ أو وطئت لشبهة
 ﴿وأنت بولد﴾ فإن لم يمكن لحوقه بالثاني وأمكن لحوقه بالاول كما لو ولدته
 ﴿لدون ستة أشهر﴾ من وطئ الثاني واتمهما من غير أن يتجاوز أقصى الحمل
 من وطئ الاول ﴿فهو للاول﴾ وتبين بطلان النكاح الثاني لوقوعه في العدة ،
 وحرمت عليه مؤبداً .

ولو انعكس الامر ، بأن ولدته لازيد من أكثر الحمل من وطئ الاول ولاقله
 الى الاقصى من وطئ الثاني لحق بالثاني .
 وان لم يمكن لحوقه بهما ، بأن ولدته لازيد من أكثر الحمل من وطئ الاول
 ولدون ستة أشهر من وطئ الثاني انتفي عنهما قطعاً .

﴿ان أمكن الحاقه بهما كما﴾ لو كان ﴿ولدتها﴾ لستة أشهر من وطئ
 الثاني وللسبعة ﴿فصاعداً﴾ الى أقصى الحمل من وطئ الاول ﴿فهو للاخير﴾
 وفقاً للنهاية^(١) وجماعة ، خلافاً للمبسوط^(٢) فالقرعة .

﴿ولو لم تزوج﴾ ولم توطأ بعد الطلاق وولدت ﴿فهو للاول ما لم يتجاوز
 أقصى الحمل﴾ ولو لم ينقص عن أذناه بلاخلاف .

﴿وكذا الحكم في الامة لو باعها﴾ سيدها ﴿بعد الوطئ﴾ في جميع
 الصور المفروضة ، ولكن على تقدير ولادتها لدون ستة أشهر من وطئ الثاني ،
 والحكم بلحق الولد للبائع يتبين فساد البيع لانها أم الولد .

(١) النهاية ص ٥٠٥ .

(٢) المبسوط ٨ / ٣٠٥ .

﴿وولد الموطوعة بالملك يلحق بالمولى﴾ الواطيء لها اذا أنتت به لستة أشهر فصاعداً الى الاقصى اتفاقاً ﴿و﴾ حيثنذ ﴿يلزمه الاقرار به﴾ اذا لم يعلم انتفاؤه عنه ولم يكن هناك اماره يغلب معها الظن بخلافه ، لامطلقا عند المصنف وغيره كما يأتي .

﴿لكن لو نفاه انتفى ظاهراً﴾ اجماعاً ﴿ولا يثبت بينهما لعان﴾ كما يأتي في بحثه .

﴿ولو اعترف به بعد النفي ألحق به﴾ ويترتب عليه من أحكام النسب ما عليه بلا اشكال وفيما له اشكال الا أن يكون اجماع .

﴿وفي حكمه﴾ أي ولد الامه ﴿وادالمتعة﴾ فيترتب عليه الاحكام المذكورة من اللقوق به ، ولزوم الاعتراف به مع عدم العلم بانتفائه عنه ، وانتفاؤه عنه ظاهراً اذا نفاه من غير لعان ، واللقوق به بالاعتراف به بعد الانكار .

﴿وكل من أقر بولد ثم نفاه لم يقبل نفيه﴾ اجماعاً .

﴿ولو وطأها المولى﴾ وطياً يمكن لحقوق الولد به ﴿وأجنبي﴾ آخر معه فجوراً لاشبهه يمكن للحرق في حتمه أيضاً ﴿حكم به للمولى﴾ مع عدم الامارة التي يغلب معها الظن بالعدم اجماعاً .

﴿فان حصات فيه اماره يغلب معها الظن أنه ليس منه لم يجز له الحاقه﴾ به ﴿ولانفيه﴾ عنه ﴿بل يستحب له أن يوصي له بشيء ولا يورثه ميراث الاولاد﴾ وفقاً للاكثر كما في كلام جمع ، خلافاً لجماعة فأثبتوا لها الفرائش مطلقاً ولو مع الامارة، وهو في غاية القوة .

﴿ولو وطئها البائع والمشتري﴾ فأنتت بولد ﴿فالولد للمشتري﴾ بلاخلاف هنا ﴿الا أن يقصر الزمان﴾ أي زمان مدة الحمل ﴿عن ستة أشهر﴾ من وطئه ، فيلحق بالسابق ان لم يقصر ولم يتجاوز أقصى الحمل وان قصر فيه أيضاً أو تجاوز انتفى

عنه أيضاً بلا خلاف هنا .

﴿ولو وطأها المشتركون﴾ فعلاوا حراماً ، ولو حبلت حينئذ ﴿فولدت وتداعوه﴾ فقال كل منهم : هو ولدي ﴿أقرع بينهم وألحق بمن خرج اسمه ، و﴾ قد ﴿يغرم﴾ المملق به ﴿حصص الباقين من قيمته﴾ أي الولد يوم سقط حياً ﴿وقيمة أمه﴾ لصيرورتها بظاهر الشرع بالقرعة أم ولده ، ولا يجوز لهم رفع التداعي للولد الا بالقرعة .

﴿ولا يجوز نفي الولد لمكان العزل﴾ عن أمه مطلقاً ، دائمة كانت أو متعة أو أمة حصل العلم بعدم سبق المني فرجها أم لا ، على اشكال في هذه الاطلاق وان كان ظاهر الاصحاب .

﴿ولامع التهمة بالزنا﴾ .

﴿والموطوءة بالمشبهة بإحق ولدها بالواطىء﴾ بالشروط الثلاثة المتقدمة ، وعدم الزوج الحاضر الداخل بها حيث يمكن الحاقه به ، والمولى بحكم الزوج لكن لو انتفى عن المولى ولحق الواطىء أغرم قيمة الولد يوم سقط حياً لولاه . ﴿ولو تزوج امرأة لظنه خلوها من الزوج﴾ والمولى ﴿فبانت محصنة﴾ ذات زوج أو مولى ﴿ردت على الاول بعد الاعتماد من الثاني﴾ ولا رجوع عليها بمهر أو نفقة ان اشتركت معه في الظن ﴿والاولاد للواطىء الثاني مع الشرائط﴾ للإلحاق .

وبنبغي تقييد الحكم باعتقاد الزوج جواز التعويل على ذلك الظن ليصير الواطىء شبهة ، فلو كان الظن مما لا يجوز التعويل عليه وعلم بذلك ، فان الواطىء يكون زناً ويتنفي الولد عن الواطىء قطعاً وعن الموطوءة أيضاً اذا اشتركت معه في العلم بعدم جواز التعويل على مثل ذلك الظن ، والا فيلحق بها كما يلحق بالواطىء أيضاً ان اختص باعتقاد جواز التعويل عليه .

﴿ويلحق بذلك﴾ أي بحكم الأولاد ﴿أحكام الولادة، وستتها﴾ والمراد بها الآداب العامة للواجب والمندوب :

فالاول: ﴿استبداد النساء﴾ وانفرادهن ﴿بالمرأة﴾ للاعانة لها عند المخاض ﴿وجوباً﴾ كفاثاً بلاخلاف فيه ولا في عدم جواز الرجال ممن عدا الزوج مطلقاً ﴿الامع عدمهن﴾ فجاز لهم اعانتهم بل وجب للضرورة ﴿ولابأس بالزوج﴾ مطلقاً ﴿وان وجدن﴾ أي النسوة ويتعين لو فقدن ان حصلت به المساعدة ، والا تعين الرجال المحارم ، فان تعذروا فغيرهم .

والثاني: ما أشار اليه بقوله: ﴿ويستحب غسل المولود﴾ بضم الغين ، وفي اعتبار الترتيب فيه وجهان ، ووقته حين الولادة .

﴿والاذان في أذنه اليمنى والاقامة في﴾ أذنه ﴿اليسرى﴾ ولا يتعينان قبل قطع السرة كما قيل ، بل يجوز التأخير ولو الى اليوم السابع .
﴿وتحنيكه بتربة الحسين ﷺ وبماء الفرات﴾ وهو النهر المعروف، والمراد بالتحنيك ادخال ذلك الى حنكه وهو أعلى داخل الفم، قيل: ويكفي ذلك بكل من الحنكين وان كان المتبادر ذلك الاعلى .

﴿ومع عدمه﴾ أي عدم ماء الفرات ﴿بماء فرات﴾ أي عذب ، والاولى التحنيك بماء السماء مع تعذر ماء الفرات ﴿وان لم يوجد﴾ الماء الفرات ولا غيره ﴿الاماء ملح خلط بالعسل أو التمر﴾ .

﴿وتسميته بالاسماء المستحسنة﴾ كاسم محمد وعائى وفاطمة والحسن والحسين وجعفر وعطاب وعبدالله وفاطمة من النساء كما في النص، وفيه : انه لا يدخل الفقر بيتاً فيه اسم أحد هؤلاء^(١)، ونحوها أسماء الانبياء .

﴿وأن يكن به﴾ مخافة النبز ﴿ويكره أن يكنى﴾ محمداً بأبي القاسم ﴿النص^(٢)﴾

(١) وسائل الشيعه ١٥/١٢٨ ، ج ١٣ ب ٢٦٠ .

(٢) وسائل الشيعه ١٥/١٣١ ، ج ٢٣ .

وفيه النهي عن التكني بأبي العباس وأبي الحكم وأبي المالك ﴿وأن يسمي حكماً أو حكيماً أو خالداً أو حارثاً أو مالكاً أو ضراراً﴾ أَوْحَرَباً أَوْ ظالماً .

﴿ويستحب حلق رأسه يوم السابع﴾ من ولادته ولوفي آخر جزء من النهار ولا فرق بين الذكر والانثى على ما يقتضيه اطلاق النص ^(١) والفتوى ، وينبغي أن يكون ﴿مقدماً على العقيقة﴾ .

﴿والتصدق﴾ بالرفع عطف على «حلق» أي يستحب التصدق ﴿بوزن شعره ذهباً أَوْ فضة﴾ ولا يستحب الحلق بمضي السابع .

﴿ويكره القنازع﴾ جمع قزع، وهو أن يحلق من الرأس موضعاً ويتركه موضعاً في أي جانب كان كما في الخبر ^(٢)، وفي آخر: أن يحلق الرأس الاقليلا في وسطه. ﴿ويستحب ثقب أذنه﴾ باجماعنا وأخبارنا ^(٣)، واطلاق أكثرها يقتضي الاكتفاء بالواحدة، وفي بعضها ثقبهما معاً، ولعله أكد. ويستفاد من بعضها في كيفية ثقبها ثقب الاذن اليمنى في شحمتها واليسرى في أعلاها .

﴿وختانه فيه﴾ أي في اليوم السابع بلاخلاف ﴿ولو آخر﴾ عنه ﴿جاز﴾ اجماعاً .

﴿ولو بلغ﴾ غير مختون ﴿وجب عليه الاختان﴾ باجماع علماء الاسلام، وفي وجوبه على الولي قبل البلوغ قولان، أشهرهما وأظهرهما عدم . ويدخل فيمن بلغ غير مختون الكافر اذا أسلم بلاخلاف وان طعن في السن .

﴿وخفض الجواري﴾ وختانهن ﴿مستحب﴾ شرعاً .
﴿وأن يعق عنه أيضاً﴾ بذكر ان كان ذكراً والافأنثى، وليست المماثلة واجبة

(١) وسائل الشيعة ١٥/١٦٩ ، ج ١٢ ب ٦٠ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/١٧٣ ، ب ٦٦ .

(٣) وسائل الشيعة ١٥/١٥٩ ، ب ٥١ .

اجماعاً كما قيل ، ولاخلاف في رجحان العقيقة في الجملة ، وانما الخلاف في الوجوب ، والاشهر الاظهر عدم ، وفي الخلاف ^(١) الاجماع .

﴿ ولا تجزىء الصدقة بشمنها ﴾ واواضاراً ﴿ ولو عجز ﴾ عنها ﴿ توقع الممكنة ﴾ من شرائها .

﴿ ويستحب فيها شروط الاضحية ﴾ من كونها سليمة من العيوب سميئة ﴿ وأن تخصص القابلة بالرجل والورك ﴾ كما في بعض الاخبار ^(٢) ، وفي بعضها : تعطي الربع ^(٣) . وفي آخر : الثلث . والجمع بتفاوت مراتب الفضل ممكن ، وان كان الاخذ بالاول لشهرته بين الاصحاب أجود .

﴿ ولو كانت ﴾ القابلة ﴿ ذمية ﴾ لا تأكل ذبيحة المسلم ﴿ أعطيت ثن الربع ﴾ .

﴿ ولو لم تكن ﴾ ثمة ﴿ قابلة تصدقت به ﴾ أي بالربع ﴿ الام ﴾ الى من شاعت من فقير أو غني .

﴿ واذا لم يعق الوالد ﴾ عنه ﴿ استحب المولد ﴾ أن يعق عن نفسه ﴿ اذا بلغ ﴾ وان طعن في السن .

﴿ ولومات الصبي ﴾ بل الطفل مطلقاً ﴿ في ﴾ اليوم ﴿ السابع قبل الزوال سقط ، ولومات بعد الزوال لم يسقط الاستحباب ﴾ بلاخلاف .

﴿ ويكره أن يأكل منها الوالدان ﴾ بل ومن في عياله ، والكره في الام أشد ، ولا يحرم الاكل على الاشهر الاظهر ، ولو أكلت منه الام كره لها ارضاعه . ﴿ وأن يكسر شيء من عظامها ، بل يفصل مفاصل الاعضاء ﴾ بلاخلاف ، وليس

(١) الخلاف ٣/٢٦٣ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/١٤٩ ، ب ٤٤٤ .

(٣) وسائل الشيعة ١٥/١٥١ ، ح ١٠٠ .

بمحظور اجماعاً، وما اشتهر بين الناس من استحباب دفن العظام بل ولفها في خرقة فلم تقف على مستند فيه ولا قول فيه .

﴿ومن التوابع: الرضاع﴾ بكسر الراء وفتحها مصدر رضع كسمع وضرب وهو امتصاص الثدي .

﴿والحضانة﴾ بالفتح ، وهي ولاية عن الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصلحته من حفظه وجعله في مهده ودفعه وكحله ودهنه وتنظيفه وغسل خرقته وثيابه، ونحو ذلك من خدماته .

﴿وأفضل ما يرضع﴾ به الولد ﴿لبن أمه﴾ لاوقيته بمزاجه، لتغذيته به في بطن أمه .

﴿ولانجبر﴾ الام ﴿الحرة﴾ وكذا الامة للغير ﴿على ارضاع ولدها﴾ الا اذا لم يكن للولد مرضعة أخرى ، أو كان ولم تمكن لعدم وجود الاب أو اعساره وعدم تمكنه منه مع عدم مال للولد يمكن ارضاعه به من غيرها، فيجب عليها حينئذ بلاخلاف ، كوجوب انفاقها عليه في هاتين صورتين .

وهل يجب عليها ارضاع اللبأ، وهو أول اللبن؟ الاكثر لا، وهو أقوى الام مع ثبوت الضرر بتركه فيجب ، ويتقدر حينئذ بمقدار اندفاع الضرر ، وربما قيد بثلاثة أيام ، وعليه ففي لزوم الاجرة قولان ، والاشهر الاظهر نعم .

﴿ويجبر الامة مولاه﴾ على ارضاع ولدها بل مطلقا .

﴿وللحرة﴾ المستأجرة للارضاع بنفسها أو بغيرها ، أو على الاطلاق ولو أَرْضَعْتَهُ من الغير كما عن الاكثر ﴿الاجرة﴾ المضروبة لها ﴿على الاب﴾ الموسر مطلقا ﴿ان اختارت ارضاعه﴾ بعد استيجارها لذلك . ﴿وكذا لو أَرْضَعْتَهُ خادمتها﴾ المملوكة لها مطلقا بلاخلاف .

وهل يجوز استيجار الام لذلك وهي في حبالته؟ الاشهر نعم ، وهو الاظهر

إذا كان المستأجر الزوج أو غيره ولم يمنع الارضاع حق الزوج ، والا فالمنع أظهر .

﴿ولو كان الأب ميتاً﴾ أو معسراً ﴿فمن مال الرضيع﴾ بلاخلاف في الاول وفي الاخير خلاف ، فظاهر اطلاق العبارة وجوب الاجرة على الاب ، واستشكله جماعة، وهو في محله، ولكن الوجوب أحوط ان أمكن باقتراض ونحوه ، والا فلاريب في سقوطه ، بل ولعله لاخلاف فيه .

﴿و﴾ نهاية ﴿مدة الارضاع حولان﴾ كاملان ﴿ويجوز الاقتصار على أحد وعشرين شهراً﴾ باجماعنا ﴿لأقل﴾ من ذلك على الاظهر الاشهر، بل كاد أن يكون اجماعاً وحكي صريحاً .

﴿و﴾ تجوز ﴿الزيادة﴾ عن الحولين ﴿بشهر أو شهرين لأكثر﴾ على الاشهر ، والمنع عن الزائد على الشهرين محل نظر وان كان أحوط .

﴿ولا يلزم الوالد أجره ما زاد على الحولين﴾ من رضاع الولد مع عدم الضرورة اليه قطعاً ، وكذا معها على اطلاق النصوص ^(١) ، ولكن اللزوم حيثئذ أحوط وأولى .

﴿والام أحق بارضاعه اذا تبرعت أو قنعت بما تطلب غيرها﴾ اجماعاً ﴿ولو طلبت زيادة عن ما يقنع﴾ به ﴿فللاب نزعه﴾ عنها ﴿واسترضاع غيرها﴾ مطلقاً ، وان لم تطلب أزيد من أجره المثل على الاظهر الاشهر، وقيل: بل هي أولى مطلقاً اذا لم تطلب أكثر من أجره المثل ، وهو أحوط وأولى .

﴿وأما الحضانة: فالام أحق بالولد﴾ وتربيته ﴿مدة الرضاع﴾ مطلقاً ذكرراً كان أو أنثى أو غيرهما، اجماعاً فيما اذا أرضعته، والا فقولان أجودهما: أنها حينئذ لحضانة لها، وفيه قول آخر ضعيف .

(١) وسائل الشريعة ١٥/١٧٦ ، ب ٧٠ .

ثم حضانة الام حيث ماثبتت لها مشروطة بما ﴿اذا كانت حرة مسلمة﴾ عاقلة غير مزوجة بلاخلاف ، فلاحضانة للامة ولا للكافرة اذا كان الولد مساماً ، ولاللمجنونة .

وفي الحاق المرض المزمّن الذي لايرجى زواله ، كالسل والفالج بحيث تشتغل بالالام عن كفالاته وتدير أمره وجهان، ونحوه المرض المعدي .

ولا للمزوجة اجماعاً كما في الروضة^(١)، ولو طلقت من الثاني بائناً أو رجعياً انقضت عدتها ، ففي عود ولايتها قولان، والاصل يقتضي الثاني .

ولا اختصاص للمروط بالام ، فان الاب شريك لها فيها حيث له الحضانة اجماعاً الا في الشرط الرابع، فلا ينافيها في حقه تزويجه بامرأة أخرى .

﴿واذا فصل﴾ الولد عن الرضاع ﴿فالحرّة أحق بالبنّت الى سبع سنين﴾ من حين الولادة على الاظهر الاشهر، وعن جماعة الاجماع .

﴿وقيل:﴾ كما عن جماعة من القدماء انها أحق بها ﴿الى تسع سنين﴾ وفي مستنده نظر .

﴿والاب أحق بالابن﴾ بعد الفطام على الاظهر الاشهر ، وعن الغنية^(٢) الاجماع ، والاحوط السبع هنا ، وفي البنّت [ما زاد عليها]^(٣) ما لم تتزوج أمها وان بلغت تسعاً .

﴿ولو تزوجت الام سقطت حضانتها﴾ .

﴿ولو مات الاب فالام أحق به﴾ أي بالولد مطلقاً ذكراً أو أنثى ﴿من الوصي﴾ للاب أو الجدل له أو غيره مطلقاً، انقطعت حضانتها عنه قبل موت الاب أم لا الى أن يبلغا، ولا فرق حيثئذ بين كونها مزوجة أم لا .

(١) الروضة ٤٦٣/٥ .

(٢) الغنية ص ٥٥٤ .

(٣) الزيادة من « خ » .

﴿وكذا لو كان الأب مملوكاً أو كافراً كانت الأم﴾ الحرة المسلمة ﴿أحق به﴾ حضانة ﴿ولو تزوجت﴾ أولم يكن لها ولاية مع حرية الأب وإسلامه .
 ﴿ولو أعتق الأب فالحضانة له﴾ إذا صحت له الحضانة، بأن كان العتق بعد الفطام في الذكر وبعد السبع في الأنثى .
 فان فقد الأبوان فقيل : ان الحضانة لأب الأب ويكون أولى من غيره من الأقارب، وفي تقديمه على غيره ممن في درجته اشكال .
 فان فقد أب الأب أولم ترجحه فللأقارب من الأرحام إلى الولد فالأقرب منهم على الأظهر الأشهر .

ثم ان اتحد الأقرب فالحضانة له، وان تعدد أقرع بينهم .
 ولو اجتمع ذكر وأنثى ففي تقديم الأنثى قول ، والدليل يقتضي التسوية بينهما، كما يقتضي التسوية بين كثير النصيب وقليله ومن يمت بالأبوين وبالألام خاصة .

ثم اذا بلغ الولد رشيداً سقطت الحضانة بلا خلاف، سواء في ذلك الذكر والأنثى البكر والثيب، لكن قيل : يستحب أن لا يفارق أمه خصوصاً الأنثى إلى أن تتزوج .

والحضانة حق لمن ذكر لا واجبة عليه ، فله إسقاطه إلا اذا استلزم تضييع الولد فتعجب حضانته لكن كفاية .

(النظر الخامس)

(في النفقات)

﴿ وأسبابها ﴾ الموجبة لها ﴿ ثلاثة : الزوجية ، والقراية ، والملك ﴾
 إجمالاً .

﴿أما الزوجية : فيشترط في وجوب نفقتها شرطان: العقد الدائم، فلانفقة لمستمع بها﴾ إجماعاً .

﴿والتمكن الكامل﴾ المعروف في الشرائع^(١) وغيره بالتخلية بينها وبينه بحيث لا يخصص موضعاً ولا زماناً . والظاهر تحققه ببذلها نفسها في كل زمان ومكان يريد فيه الاستمتاع وحل له مع عدم مانع شرعي لها أو لسه ، فلا يحتاج الى اللفظ الدال عليه من قبلها، خلافاً للتحرير^(٢) فأوجهه، ولادليل عليه الا اذا توقف معرفته عليه، واشترط هذا الشرط هو الاشهر الاقوى بلاكاد أن يكون إجماعاً .

﴿فلانفقة لئلا تخرج﴾ خارجة عن طاعة الزوج، لعدم التمكين التام المشترط وكذلك لانفقة لها ولو قلنا بعدم اشتراطه ، بناءً على أن النشوز مانع إجماعاً . وعلى هذا فيعود الخلاف السابق لو كان الى أن التمكين هل هو شرط أو النشوز مانع ؟ ويتفرع عليه فروع :

منها : الاتفاق بعد النكاح قبل الزفاف ، فلا يجب على المختار ونعم على غيره ولا نشوز هنا قطعاً .

ومنها : الاتفاق على الصغيرة التي لم تبلغ سنّاً يجوز الاستمتاع بها، فلا يجب على المختار دون غيره في أشهر القولين وأظهرهما ، خلافاً للحلي فيجب ، وهو أحوط وأولى .

ولو انعكس الفرض بأن كانت كبيرة ممكنة والزوج صغيراً وجبت النفقة على الأشهر، وان كان العدم - كما عليه الشيخ وجماعة - لعله أظهر .

﴿ولو امتنعت﴾ عن الاستمتاع بها ﴿لعذر شرعي﴾ أو عقلي ثابت بينهما

(١) شرائع الاسلام ٣٤٧/٢ .

(٢) التحرير ٤٥/٢ .

باقرارها^(١) أو يبتها **﴿لا تسقط﴾** النفقة ، وذلك **﴿كالمرض﴾** المانع عما تمتنع عنه **﴿والحيض﴾** اذا أراد وطأها قبلا ، وكذا دبراً ان منعنا عنه في الحيض أو مطلقا **﴿و﴾** نحوهما **﴿فعل الواجب﴾** المضيق أو الموسع اجماعاً ، ولو في الاخير اذا فعلته في آخر أوقاته ومطلقا على الاشهر ، خلافاً للشيوخ والعلامة فاعتبرا فيها الضيق وحكما بتحقيق النشوز بدونه ، ولا يخلو عن قوة ، الا في الصلاة فلا يعتبر فيها الضيق اجماعاً كما قيل .

﴿أما﴾ فعل **﴿المندوب﴾** : **﴿فان كان مما يتوقف على اذن الزوج كالصوم والحج﴾** فان فعلته بدون اذنه فسد ولا تسقط النفقة ، لانه بمجرد غير مانع الا اذا فرض **﴿منعها منه﴾** فتسقط لذلك لالاجل التلبس به وفقاً للاشهر ، خلافاً للشيخ فأطلق السقوط بالتلبس ، ومستنده بعد لم يظهر ، وان كان مما لا يتوقف على اذنه جاز لها فعله بغيره وليس له منعها ، الا أن يطلب منها الاستمتاع في ذلك الوقت فيجب عليه اطاعته .

﴿و﴾ لو **﴿استمرت﴾** على الامتناع والحال هذه **﴿سقطت نفقتها﴾** . **﴿وتستحق الزوجة النفقة﴾** مطلقا **﴿ولو كانت ذمية أو أمة﴾** أرساها اليه مولاهما ليلاً ونهاراً ، بخلاف ما اذا لم يرسل الا في أحد الزمانين فلا تستحق . ولا كذلك الحرة البالغة اذا منعها الاب أو غيره عن زوجها ، فانه لا عبرة به ولا تسقط نفقتها اذا كانت ممكنة بنفسها .

﴿وكذا تستحقها الزوجة المطلقة الرجعية﴾ مادامت هي في عدتها اجماعاً وللنصوص^(٢) ، وهي مطلقة لاثبات النفقة حتى ما يتعاقب بآلة التنظيف . ولا تسقط نفقة المعتدة الا بمسقطات نفقة الزوجية وتستمر الى انتضاء

(١) في « ن » باقراره .

(٢) وسائل الشريعة ٢٣١/١٥ ب ٨ من أبواب النفقات .

العدة .

ولو ظهر حمل بعد الطلاق بالمرأة ، فعليه الاتفاق الى الوضع ولو تجاوز

العدة .

ولو بان فقد الحمل بعد الاتفاق ففي ارتجاع المدفوع اليها تردد ، أظهره
العدم الا اذا دلست عليه الحمل فيرتجع .

وفي التقييد بـ «الرجعية» اظهار اختصاص وجوب الاتفاق بها ﴿دون البائع
والمتوفى عنها زوجها﴾ فانه لا يجب الاتفاق عليهما اجماعاً ﴿الا أن تكون﴾ كل
منهما ﴿حاملًا﴾ منه ﴿فتثبت نفقتها في﴾ الاولى وهي المطابقة بـ ﴿الطلاق﴾
البائن ﴿على الزوج حتى تضع﴾ خاصة دون الولد مطلقاً كان له مال أم لا .

وهل الاتفاق لها أو لولدها ؟ قولان ، والثاني أظهرهما ، بل قيل : أشهرهما ،
ويتفرع على الخلاف فروع :

منها : ما اذا تزوج الحر أمة مشروطاً مولاه رقية الولد ، وقلنا بجواز هذا
الشرط . أو تزوج العبد أمة مشروطاً في الولد الانفراد بالرقية ، فلانفقة فيهما على
الزوج على الاشهر ، ونعم على القول الاخر ، وتكون النفقة في الثاني في ذمة
المولى وكسب العبد .

ومنها : ما لو لم ينفق عليها حتى مضت المدة أو بعضها ، فلا يجب القضاء
على الاشهر ونعم على الاخر .

ومنها : ما لو أتلفها متلف بعد القبض من دون تفريط ، فتسقط النفقة على
الثاني دون الاول ، وكذا لو ارتدت بعد الطلاق .

﴿و﴾ في الثانية ، وهي المعتدة ﴿في الوفاة في نصيب الحمل على احدى
الروايتين^(١)﴾ المعول عليهما ، وعمل بهذه الصدوق وجماعة ، واضعف سندها

أعرض عنها المتأخرون ، وعملوا بالثانية أنها لانفقة لها ، وهي مستفيضة وإعلاها
الاقوى ، وإن كانت الاولى في الجملة أحوط وأولى .

وفي المسألة قولان آخران ورواية ثالثة لأعمل عليها .

﴿ونفقة﴾ الإنسان على نفسه مقدمة على نفقة ﴿الزوجة﴾ ونفقتها ﴿مقدمة﴾
على نفقة الأقارب ﴿حتى﴾ واجبي النفقة ﴿ونفقتي﴾ نفقتها ﴿لو فأت﴾ دون
نفقتهم ، بلاخلاف في شيء من ذلك .

﴿وأما القرابة﴾ فالنفقة على الأبوين والأولاد لازمة ﴿بالشروط الآتية بالاجماع﴾ .
﴿وفي﴾ دخول ﴿من علا من الأباء والأمهات﴾ في الأباء ﴿تردد﴾ من
الأصل والشك في صدق الإطلاق عليه ، ومن الإطلاق عليه كثيراً ، وأطبق الفقهاء
عليه هنا ظاهر ، فاذن ﴿أشبهه للزوم﴾ .

﴿ولانجب﴾ النفقة ﴿على غيرهم من الأقارب﴾ كالأخ والاخت والعم والعمة
والخال والخالة ومن ينتمي إليهم من الأولاد والأحفاد ﴿بل تستحب ويتأكد﴾
الاستحباب ﴿في الوارث﴾ حتى قيل : بوجوبه ، ولكنه ضعيف .

﴿ويشترط في الوجوب﴾ أي وجوب الاتفاق على القرابة دون الزوجة
﴿المفقر﴾ في المنفق عليه وعدم شيء يتقوت به ، أو عدم وفاء ماله بقوته .
واشترطه واشترط اليسار في المنفق موضع وفاق ، قالوا : والمراد باليسار دو
أن يفضل عن قوته وقوت زوجته وخادمها ليوم وليلة شيء . وفي حكم القوت
ما يحتاج إليه من الكسوة في ذلك الفضل وغيرها .

ولو فضل عن قوته أو قوت زوجته شيء ، ففي وجوب الاتفاق أو جواز
التزويج المانع عنه قولان ، والأشهر الثاني ، ولأرب فيه أن اضطر إليه .

﴿و﴾ في اشتراط ﴿العجز﴾ أي عجز المنفق عليه ﴿عن الاكتساب﴾ في
وجوب الاتفاق عليه قولان ، أشهرهما ذلك ، نعم يعتبر لياقة الكسب بحاله ولا

يشترط نقصان الخلقة بنحو الزمانة ، ولا الحكم بنحو الهجر والجنون على
الاشهر الاقوى .

ولو بلغ الصغير حداً يمكن أن يتعلم حرفة أو يحمل على الاكتساب ، قيل :
للمولى حمله عليه والانفاق عليه من كسبه ، لكن لوهرب وترك الاكتساب في بعض
الايام فعلى الاب الانفاق عليه ، بخلاف المكلف .

ولا يشترط عدالته ولا اسلامه ، بل تجب نفقته وان كان فاسقاً ، قيل : ويجب
تقييد الكافر بكونه محقون الدم ، فلو كان حربياً لم يجب انفاقه . أما الحرية فهي
شرط اجماعاً ونفقة المملوك على المولى .

ولو امتنع عن الانفاق عليه أو كان معسراً ، أمكن وجوبه على قريبه ، وقيل :
لا يجب مطلقاً ، بل يلزم ببيعه أو الانفاق عليه كما يأتي ان شاء الله ، وهو حسن .
﴿ولانتقدير للنفقة﴾ الواجبة ﴿بل يجب بذل الكفاية من الطعام والكسوة
والمسكن﴾ بلاخلاف فيه في نفقة الاقارب ، أما الزوجة فكذلك على الاظهر
الاشهر ، خلافاً للخلاف^(١) فقدر الطعام بمد مطلقاً ، وللمبسوط^(٢) فقدره بمدين
للموسر ومد ونصف للمتوسط ومد للمعسر ، ودليهما غير واضح .

والمعتبر من المسكن الامتناع اتفاقاً ومن المؤونة التملك في صبيحة كل
يوم لأزيد اتفاقاً ، بشرط بقائها ممكنة الى آخره . فلو نشزت في الاثناء استحققت
بالنسبة .

وفي الكسوة قولان ، أشهرهما وأجودهما أنها كالاول ، وعليه فليس لها
بيعهما ولا التصرف فيها بغير اللبس من أنواع التصرفات الخارجة عن العادة ،
ولا لبسها زيادة عن المعتاد كيفية وكمية ، فان فعلت وألبنتها قبل المدة التي تبلى

(١) الخلاف ٧٤/٣ .

(٢) المبسوط ٦/٦ .

فيها عادة لم يجب عليه ابدالها ، وكذا لو أبقتها زيادة على المدة ، وله ابدالها بغيرها مطلقاً ، وتحصيلها بالاستيجار والعارية وغيرهما .

ولو طلقها أو ماتت أو ماتت أو نشزت ، استحق ما يجده منها مطلقاً ، وأما ما يحتاج اليه من الفراش وآلات فهو في حكم الكسوة .

﴿ نفقة الولد على الاب ﴾ مع وجوده ويساره ، دون الام واو شاركته في الوصفين اجماعاً .

﴿ ومع عدمه أو فقره فعلى أب الاب وان علا مرتباً ﴾ الاقرب فالاقرب اجماعاً كما حكاه جماعة .

﴿ ومع عدمهم تجب على الام ﴾ خاصة الامع اعسارها ﴿ و ﴾ تكون حينئذ على ﴿ آباؤها ﴾ وأمهااتها بالسوية ان اشتركا في الدرجة ، والاقدم ﴿ الاقرب فالاقرب ﴾ الى المنفق عليه اجماعاً .

ولم يتعرض المصنف لحكم الالباء والامهات من قبل أم الاب ، والمحكي عن الشيخ وسائر الجماعة ان أم الاب بمنزلة أم الام وآباؤها وأمهااتها بمنزلة آباؤها وأمهااتها ، فيتشاركون مع التساوي في الدرجة بالسوية ، ويختص الاقرب من الطرفين الى المحتاج بوجوب الانفاق عليه ، كل ذا في الاصول خاصة .

وأما الفروع فلو وجدوا بشرائط الانفاق دون الاصول ، فان اتحد تعين ، وان تعدد في درجة واحدة وجب عليهم بالسوية ، وان اختلف درجاتهم وجب على الاقرب فالاقرب ، ولا فرق في ذلك بين الذكور والانثى على الاشهر الاقوى .

ولو اجتمع العودان الاصول والفروع ، فمع وحدة الدرجة فهم شركاء في الانفاق بالسوية كما في الاب والابن ، ومع اختلافهما وجب على الاقرب فالاقرب كما في الاب وابن الاب فالاب متعين .

ولو كان الفروع أنثى أو كان الاصل هو الام ، ففيه احتمالات ، والذي استظهره

جماعة هو استواء الابن والبنت ، وكذا الام مع الولد مطلقا .
ثم لو كان الاقرب معسرا ، فأنفق الابد ، ثم أيسر الاقرب ، تعلق الوجوب به
حينئذ ، ولا يرجع الابد عليه بما أنفق . ولو كان له ولدان ولم يقدر الا على نفقة
أحدهما وله أب ، وجب على الأب نفقة الآخر . ولو تشاح في اختيار أحدهما ، استخرج
بالقرعة .

ثم كل ذا حكم المنفق ، أما المنفق عليه : فان كانوا من جهة واحدة كالآباء
والاجداد ، وجب الاتفاق على الجميع مع السعة ، والا فالاقرب اليه فالاقرب ، ولا
فرق في كل مرتبة بين الذكر والانثى ، ولا بين المتقرب بالاب من الاب والام
والمتقرب بالام كذلك وان كانوا من الجهتين اعتبرت المراتب ، فان تساوت عدة
الدرجات فيهما اشتركا ، والا اختص الاقرب .

ولولم يسع ماله من في درجة واحدة لقلة وكثرتهم ، ففي الاقتسام أو القرعة
وجهان أقواهما : الثاني ، وربما احتمل ترجيح الاحوج لصغر أو مرض بدون
القرعة ، ولا بأس به .

﴿ ولا نقضى نفقة الاقارب لو فاتت ﴾ بخلاف ، لأنه ذكر الجماعة وجوب
القضاء فيما لو استدانه القريب بأمر الحاكم لغية المنفق أو امتناعه ، فانه يستقر الدين
في ذمته كسائر ديونه .

﴿ وأما المملوك : فنفقته واجبة على مولاه ﴾ ذكرأ كان أو أنثى أو غيرها
﴿ وكذا الامة ﴾ باجماع الامة ، ولا فرق فيهما بين الصغير والكبير والقن وأم الواد
والمدير والمكاتب ، الآن نفقته في كسبه ان وقاه ، والأتمه المولى من غير فرق
بين كونه مشروطاً أو مطلقاً لم يؤد شيئاً .

ثم ان اتحد المالك والاوزعت النفقة عليهم بحسب الشريعة .
﴿ ويرجع فسي قدر النفقة ﴾ وجنسها وكيفيةها ﴿ الى عادة ممالك أمثال

المولى ﴿ من أهل بلده بحسب شرفه وضعته ويساره واعساره ، ولا فرق بين كون نفقة السيد على نفسه دون الغالب في نفقة المملوك عادة أو تفتيراً أو بخلاً أو رياضة وفوقه ، فليس للمولى الاقتصار بالعبد على وجه نفقة نفسه في الاول . ولا عبرة في الكمية بالغالب في نفقة المملوك ، بل تجب الكفاية لوقل الغالب عنها ، كما لا يجب الزائد وازداد عنها ، فاذا المعتبر فيه الكيفية خاصة لا الكمية كما يفهم من العبارة .

ويستحب أن يطعمه مما يأكله ويلبسه مما يلبسه .

﴿ ويجوز مخارجة المملوك على شيء ﴾ أي ضرب خراج معلوم عليه يؤديه كل يوم أو مدة مما يكسبه ﴿ فمافضل يكون له ، فان كفاه ﴾ الفاضل لنفقته ﴿ والا أتمه المولى ﴾ اجماعاً ، وفي جواز اجبار السيد عبده على المخارجة أقوال ، ثالثها نعم مالم يتجاوز مجهوده ، وهو أقوى .

وللسيد الاستخدام فيما يقدر عليه المملوك ولا يخرج عن وسعه عادة والملازمة عليه ، الا في وقت اعتيد فيه الاستراحة .

وأما الافعال الشديدة الشاقة التي لا يمكن المداومة عليها في العادة فله الامر بها في بعض الازمنة ، وعلى المملوك بذل الوسع مهما أمكنه ، فليس له تكليف الخدمة ليلاً ونهاراً معاً ، بل اذا عمل في أحدهما أراحه في الآخر ، وبريحه في الصيف وقت القيلولة ، وبالجملة فالمتبع العادة الغالبة .

﴿ وتجب النفقة على البهائم المملوكة ﴾ مأكولة اللحم كانت أم غيرها ، منتفعاً بها أم لا بلا خلاف ، ولانقدير لها بل عليه ما احتاجت اليه من العلف والسقي حيث يفتقر اليهما ، والمكان المناسب من مراحيض واصطبل يلبق بحالها ، ومنها دود القز ، فيأثم بالتقصير في ايصاله قدر كفايته ووضعه في مكان يقصر عن صلاحيته له بحسب الزمان وما يحتاج البهيمة مطلقاً من الالات حيث يستعملها ، أو الجبل لدفع

البرد وغيره حيث يحتاج اليه .

ويجبر على الانفاق عليها ، الآن يجتزى بالرعي ويرد الماء بنفسها فيجتزى به مع امكانه .

﴿فان امتنع مالكمها أجبر على﴾ الانفاق عليها أو تسريحها الى المرعى، أو بيعها أو ذبحها ان كانت مقصودة بالذبح ﴿للحم أو الجلد، والأجبر على الانفاق أو البيع . وانما يتخير مع امكان الافراد ، والانعين الممكن منها .

ثم ان كان لها ولد وفرع عليه من لبنها ما يكفيه وجوباً وحاب ما يفضل عنه خاصة فان ذلك نفقته، الآن يقوم بكفايته من غير اللبن حيث يكتفى به .

والحمد لله تعالى على اتمامه .

كتاب الطلاق

وهو إزالة قيد النكاح بغير عوض، بصيغة «طالق» وما في معناه، ان قلنا به مع الشرائط المعتمدة .

﴿والنظر في أركانه وأقسامه ولواحقه :﴾

﴿الركن الاول: في﴾ بيان ﴿المطلق: ويعتبر فيه البلوغ، والعقل، والاختيار والقصد﴾ بلاخلاف فيما عدا الاول، ولا فيه أيضاً اذا لم يكن مميزاً، وكذا اذا كان مميزاً ما لم يبلغ على الأشهر الأقوى .

﴿فلا اعتبار بطلاق الصبي﴾ مطلقاً ﴿و﴾ لكن ﴿فيمن بلغ﴾ بحسب السن ﴿عشراً رواية﴾ بل روايات^(١) ﴿بالمجواز﴾ عمل بها الشيخ في النهاية^(٢) وجماعة وهي وان لم يكن ﴿فيها ضعف﴾ بالمعنى المصطلح، فان فيها الموثق، الا انها قاصرة عن المقاومة لدلة الاكثر .

﴿ولو طلق عنه الولي لم يقع﴾ مطلقاً أبويه كان أم الحاكم اجمعاً، كما في كلام جمع ﴿الا أن يكون بلغ فاسد العقل﴾ فساداً لا يمكن معه القصد الى الطلاق أصلاً .

(١) وسائل الشريعة ٣٢٤/١٥ ، ح ٦٩٢ .

(٢) النهاية ص ٥١٨ .

فيجوز طلاق الولي عنه حينئذ مطلقاً مطبقاً كان أو أدوارياً لا يفتق حال الطلاق على الأشهر الأقوى ، وفي الإيضاح ^(١) الاجماع .

وظاهر العبارة انحصار جواز طلاق الولي في صورة اتصال الجنون بالصغر وهو مخالف للاجماع ، واطلاق النصوص ^(٢) ان أريد بالولي الولي المطاق ، وللأخير خاصة ان أريد به من عدا الحاكم كما هو الظاهر ، ولعله لذا أُلقي الجواز جماعة ولا يخلو عن قوة .

ثم انه ليس في النصوص ^(٣) اشتراط الغبطة في طلاق الولي لكنه مشهور ، فان تم اجماعاً والافيكفي عدم الضرر .

﴿ولا يصح طلاق المجنون﴾ مطلقاً عدا الادواري حال افاقته ﴿ولا اسكران﴾ البالغ حداً يصير كالمجنون الذي لا ينتظم أمره ولا يتوجه الى أفعاله قصده ، وفي معناه المغمى عليه والنائم .

﴿ولا المكره﴾ عليه ، ويتحقق الاكراه بتوعده بما يكون مضراً به في نفسه أو من يجري مجراه من اخوانه ، ويناط الضرر بحسب حاله مع قدرة المتوعد عليه على فعل ما توعد به ، والعلم أو الظن بفعله به مع عدم فعله المأمور به .

ولافرق بين كون المتوعد قتلاً ، أو جرحاً ، أو أخذ مال وان قتل ، أو شتماً ، أو ضرباً ، أو حبساً ، ويستوي في الاولين جميع الناس ، أما الاربعة فتختلف باختلافهم ضعة ورفعة فقراً وغنى ، فربما يؤثر قليلها في الوجيه والفقير اللذين ينقصهما ذلك وقد يتحمل بعض الناس شيئاً لا يؤثره في قدره وفقره .

والضابط فيه : حصول الضرر فيه عرفاً بوقوع المتوعد به .

(١) ايضاح الفوائد ٢٩٢/٣ .

(٢ - ٣) وسائل الشريعة ٣٢٩/١٥ ، ب ٣٥ .

ولو خيره بين الطلاق أو غيره من أفعاله النقوط صحتها باختياره أو دفع مال غير مستحق، فهو إكراه بلا خلاف، وهذا بخلاف ماله خيره بينه وبين ما يستحقه المخير من مال أو غيره .

وان حتم أحدهما الغير المعين ، فانه لا إكراه فيه بلا خلاف . وكذا لا إكراه على طلاق معينة فطلق غيرها ، أو على طلاق فطلق أزيد ، أو على طلاق معينة ففعلها مرة قاصداً اليه .

﴿ولا﴾ طلاق ﴿المغضب مع ارتفاع القصد﴾ ونحوه الساهي والنائم والغالط والهازل والعجمي ، والملقن بالصيغة مع عدم معرفة المعنى .

﴿الركن الثاني﴾: في المطلقة، ويشترط فيها الزوجية ﴿بالفعل﴾، فلا يقع بالاماء ولا الاجنبية ولو علقه بعقد المناكحة اجماعاً .

﴿والدوام﴾ فلا يقع بالمتعة ﴿والطهارة من﴾ دم ﴿الحيض والنفاس اذا كانت مدخولا بها﴾ وحائلاً ﴿وزوجها معها حاضراً﴾ فلا يجوز من دونها باجماع العلماء ولو طلق والحال هذه فسد باجماعنا .

﴿ولو كان﴾ زوجها عنها ﴿غائباً صح﴾ طلاقه واسو صادف الحيض أو طهر الواقعة اجماعاً ، لكن بشرط أن يكون جاهلاً بحالها ، فلو طلقها وهو عالم بأنها حائض أو في طهر الواقعة لم يصح طلاقها اتفاقاً .

﴿وفي﴾ تعيين ﴿قدر الغيبة﴾ المجوزة للطلاق المصححة له - وان صادف الحيض - اختلاف بين الاصحاب و﴿اضطراب﴾ في أخبار ^(١) الباب ، و﴿محصله﴾: الذي يجتمع عليه بزعم المصنف وأكثر المتأخرين ، التقدير بمدة يعلم ﴿انتقالها﴾ فيها ﴿من طهر الى آخر﴾ .

والجمع بينها بحمل التقديرات الواردة فيها على الاستحباب مرتبة في الفضل

زيادة ونقصاناً بحسب اختلافها لعله أظهر وفاقاً لجمع ، ولكن الاحوط المصير الى اعتبار التقدير بثلاثة أشهر كما عليه آخرون . وعلى اعتبار المدة فلاخلاف في الصحة لو طلق بعدها مع استمرار الاشتباه ، أرتبين الوقوع حال الحيض أو الطهر غير الواقعة، كما لاخلاف في البطلان لو طلق قبلها مع تبين الوقوع في الحيض أو طهر الواقعة، ولكن اختلفوا في الصحة في الشق الاول مع تبين الوقوع في طهر الواقعة، والاشهر الاظهر الصحة، كما في الصورة السابقة .

وفي صحتة في الشق الثاني مع تبين الوقوع في الطهر غير طهر الواقعة وجهان أوجودهما: الاول بالنظر الى الجاهل باشتراط المدة، أو الوقوع قبلها دون العالم بهما، لعدم امكان قصده اليه أصلا.

﴿ولو خرج﴾ الى السفر ﴿في طهر لم يقربها فيه صح طلاقها من غير تربص﴾ وانتظار للمدة المعتبرة ﴿ولو اتفق وقوعه﴾ في الحيض ﴿مع جهله به ، بلاشكل على القول بعدم اعتبار المدة مطلقاً ، وكذا على اعتبارها مع تبين الوقوع في الطهر ، ويشكل عليه مع تبين الوقوع في الحيض .

﴿والمحبوس عن زوجته كالغائب﴾ فيطلق مع الجهل بحالها مطلقاً ، أو بعد المدة المعتبرة على الخلاف ، ولو صادف الحيض أو طهر الواقعة على الاظهر الاشهر ، خلافاً للحلي فكال حاضر، وهو نادر . وفي حكم الحاضر الغائب المطلع بلاخلاف .

﴿ويشترط رابع ، وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه﴾ باجماعنا .

﴿ويسقط اعتباره في الصغيرة﴾ التي لم تبلغ تسعاً ﴿والبائسة﴾ التي قعدت عن المحيض ﴿والحامل﴾ المستبين حملها اجماعاً .

﴿وأما المسترابة﴾ بالحمل وهي التي في سن من تحيض ولا تحيض ،

سواء كان لعارض من رضاع أو مرض أو خلقياً ﴿فان أخرت الحيضة﴾ لذلك مع كونه خلاف عادتها ﴿صبرت ثلاثة أشهر﴾ من حين الواقعة ثم يطلقها ﴿ولا يقع طلاقها قبله﴾ اجماعاً .

ووجه التقييد بكون التأخير خلاف عادتها تفصيلاً من احتمال من يكون ذلك عادتها ، فان حكم هذه غير الاولى ، بل يجب الصبر بها الى أن تحيض ولو زاد عن ثلاثة أشهر .

﴿وفي اشتراط تعيين المطلقة﴾ ان تعددت الزوجة لفظاً أو نية ﴿تردد﴾ واختلاف ، الا أن الاظهر الاشهر الاشتراط ، وفي الانتصار^(١) الاجماع .
﴿الركن الثالث : في الصيغة﴾ وهي صريحة وكناية .

﴿و﴾ الاشهر الاظهر أنه ﴿يقتصر على﴾ الاولى ، وهي أن يقول : أنت ، أو هذه ، أو فلانة ويذكر اسمها أو ما يفيد التعيين ، أو زوجتي مثلاً ﴿طاق﴾ فلا يكفي أنت طلاق ، وان صح اطلاق المصدر على اسم الفاعل وقصده فصار بمعنى طاق ﴿تحصيلاً لموضع﴾ النص ﴿والاتفاق﴾ واستصحاباً للزوجية .
﴿ولا يقع بـ﴾ نحو أنت ﴿خلية وبرية﴾ وغيرهما من الكنايات ، كالبته والبتلة وحرام وبائن ، واعتدي وان ضم اليها قرينة دالة على النية ، بلاخلاف بيننا فيما عدا الاخير .

﴿وكذا﴾ لا يقع ﴿لو قال﴾ للزوجة : ﴿اعتدي﴾ على الاشهر الاظهر ، بل كاد أن يكون اجماعاً ، كما صرح به في الانتصار^(٢) .

﴿ويقع﴾ الطلاق ﴿لو قال﴾ له أحد : ﴿هل طلقت فلانة ؟ فقال : نعم﴾ قاصداً به الانشاء ، وفاقاً للشيخ وجماعة ، خلافاً للاكثر فلا يقع به أيضاً ، وفي

(١) الانتصار ص ١٣٩ .

(٢) الانتصار ص ١٢٩ .

الانتصار^(١) الاجماع ، وهو أقوى .

﴿ويشترط تجريده عن الشرط﴾ وهو ما يمكن وقوعه وعدمه ، كقدوم المسافر ودخولها الدار ﴿والصفة﴾ وهو ما قطع بحصوله عادة ، كطول الشمس وزوالها ، ويستثنى من الشرط ما كان معلوم الوقوع حال الصيغة ، كما لو قال : أنت طالق ان كان الطلاق يقع بك . وهو يعلم وقوعه ، ولا بأس به ، ولكن الاحوط تركه . ﴿ولو فسر الطلقة باثنين أو ثلاث﴾ كأن قال : أنت طالق طلقتين أو ثلاث صحت واحدة وبطل ﴿الزائد المعبر عنه بـ﴾ التفسير ﴿على الاظهر الاشهر ، وفي نهج الحق الاجماع .

﴿وقيل :﴾ انه ﴿يبطل الطلاق﴾ رأساً ولا يقع منه شيء ولو واحداً ، والقاتل جماعة من القدمات .

﴿ولو كان المطلق﴾ مخالفاً ﴿يعتقد﴾ وقوع ﴿الثلاث﴾ أو عدم اشتراط شيء مما مر في الطلاق فطلق ﴿لزمه﴾ معتقده وجاز لنا منا كحة مطلقاته كذا ، بلا خلاف يظهر بل عليه الاجماع في كلام جمع . ولا فرق في المطلقة بين المخالفة والمؤمنة على ما يقتضيه اطلاق النص^(٢) وكلام الاصحاب .

﴿الركن الرابع : في الاشهاد ، ولا بد﴾ في صحة الطلاق ﴿من شاهدين يسمعا﴾ باجماعنا .

﴿ولا يشترط استدعاؤهما الى السماع﴾ بل يكفي سماعهما على الاطلاق بلا خلاف ، ولا معرفتهما المطلقة بشخصها وعينها ، بل يكفي المعرفة بنحو من الاسم والاشارة . نعم ذلك أحوط ان أمكن . ويشترط اجتماعهما معاً لسماع الصيغة ، فلا يقع مع التفرقة .

(١) نفس المصدر .

(٢) وسائل الشيعة ٣٢٠/١٥ ، ب ٣٠٠ .

﴿ويعتبر فيهما العدالة﴾ باجماعنا، والعدالة شيء زائد على ظاهر الاسلام من حسن الظاهر أو الملكة ، كما هو الاقرب .

﴿وبعض الاصحاب يكفي بالاسلام﴾ في الشهادة، وهو الشيخ في النهاية^(١) وجماعة، ولا ريب في ضعفه .

﴿ولو طلق ولم يشهد﴾ العدلين على انشاء الطلاق ﴿ثم أشهد﴾ هما بعد ذلك ﴿كان﴾ الطلاق ﴿الاول لغواً﴾ لعدم اشتماله على شرط الصحة، وصح الثاني ان اشتمل على باقي شرائطها .

﴿ولانقبل شهادة النساء﴾ هنا لانهفردات ولا منضمات بخلاف .

(النظر الثاني - في اقسامه :)

﴿وينقسم الى بدعة وسنة﴾ جائزة ، ولو بعنوان الوجوب أو الكراهة أو الاستحباب أو الاباحة .

﴿فالبدعة﴾ على ما ذكره الاصحاب ثلاثة :

أحدها: ﴿طلاق الحائض مع الدخول﴾ بها ﴿وحضور الزوج﴾ عندها ﴿أو غيبته﴾ لكن ﴿دون المدة المشتركة﴾ على تقدير اعتبارها مع عدم حملها .
 ﴿وثانيها: طلاقها﴾ في طهر قد قرب بها فيه ﴿مع عدم الغيبة أو مطلقاً مع ثبوت الوقوع فيه على الخلاف .

﴿وثالثها: الثلاث المرسلة﴾ مع اعتقاد وقوعها .

﴿وكله﴾ أي البدعي بأقسامه ﴿لا يقع﴾ الا الاخير منها خاصة فواحدة

كما سبق .

وتقييد الثلاث بـ «المرسلة» يفيد عدم بدعية المرتبة ولو لم يتخللها رجعة ،

كما أن الحصر في الثلاثة يفيد عدم بدعية الطلقات الاخر الفاسدة، كالواقع بغير اشهاد ، أو معه من دون صيغة معتبرة . وكل ذلك محل مناقشة ان أريد بالبدعية الباطلة، ولا ان كان ذا مجرد اصطلاح ، وليس فيه مشاحة الا أنه على هذا ليست القسمة حاصرة .

﴿وطلاق السنة﴾ والمراد به هنا ما يقابل البدعة، ويقال له: طلاق السنة بالمعنى الاعم ، والاختص هو أن يطلق على الشرائط ثم يتركها حتى يخرج من العدة الرجعية لا البائنة ، كما يستفاد من النصوص^(١)، وليس فيها اعتبار التزويج بها ثانياً بعد الخروج من العدة ، كما ذكره جماعة .

والاول ﴿ثلاثة: بائن، ورجعي، و﴾ طلاق ﴿للعدة﴾ .

﴿فالبائن: ما لا يصح معه الرجعة﴾ بلا عقد: اما لعدم العدة بالمرة ﴿وهو﴾ أقسام ثلاثة :

أحدها: ﴿طلاق البائنة﴾ عن المحيض ﴿على﴾ الاشهر ﴿الاطور﴾ كما يأتي .

﴿ثانيها:﴾ من لم يدخل بها ﴿مطلقا﴾ .

﴿ثالثها:﴾ الصغيرة ﴿ولو دخل بها، بلا خلاف في الاول، وعلى الاشهر في الثانية مع الدخول بها كما يأتي .

وأما لعدم امكان الرجوع في العدة وان أمكن في الجملة ﴿وهو اثنان:

طلاق ﴿المختلعة والمباراة ما لم ترجع﴾ في البذل ﴿المعتبر فيهما أو طلقا

﴿وهو في﴾ المطلقة ثلاثاً ﴿بينهما رجعتان﴾ أو عقدان، أو عقد ورجعة .

﴿والرجعي:﴾ هو ﴿ما يصح معه الرجعة﴾ في العدة ﴿ولو لم يرجع﴾

ويكون فيما عدا الاقسام الستة المتقدمة في البائن ، وعلى هذا وما تقدم يكون

طلاق المختلفة تارة من القسم الاول، وهو مع الشرط المتقدم فيه، وأخرى من هذا القسم مع عدمه .

﴿وطلاق العدة﴾ وهو على ما فسرته جماعة : أن يطلق على الشرائط ، ثم يراجعها قبل خروجها من عدتها ويواقعها ، ثم يطلقها في غير طهر المواقعة ، ثم يراجعها ويواقعها ثم يطلقها في طهر آخر ، وهو المستفاد من المعتبرة^(١) .

والمستفاد من قوله في تفسيره : انه ﴿ما يرجع فيه ويواقع ثم يطلق﴾ هو أن المعتبر فيه أن يطلق ثانياً بعد الرجوع والمواقعة خاصة ، وعن بعضهم عدم اعتبار الطلاق ثانياً والاقتصار على الرجعة، وعن النهاية^(٢) وجماعة أن الطلاق الواقع بعد المراجعة والمواقعة يوصف بكونه عدياً وإن لم يقع بعده رجوع وواقع ، لكن الطلاق الثالث لا يوصف بكونه عدياً إلا إذا وقع بعد الرجوع والواقع .

وظاهر القولين الاولين اتصاف الطالقين الاوابن بالعمى دون الثالث ، وينعكس الامر على القول الثالث فيتصف الاخيران بالعدي دون الاول .
﴿فهذه﴾ أي المطلقة للعدة ﴿تحرّم في﴾ الطلقة ﴿التاسعة تحريماً مؤبداً﴾ إذا كانت حرة .

﴿وماعداها﴾ من أقسام الطلاق الصحيح، وهو ما إذا رجع في العدة وتجرّد عن الوطء، أو بعدها بعقد جديد وإن وطئ ﴿تحرّم﴾ المطلقة ﴿في كل ثلاثة﴾ إذا كانت حرة ، وفي كل ثانية إذا كانت أمّة ﴿حتى تنكح﴾ زوجاً ﴿غيره﴾ كحرمته كذلك لو طلقت للعدة .

فالفرق بين الطلاق للعدة وغيرها حصول التحريم المؤبد بالتاسعة في

(١) وسائل الشريعة ٣٤٨/١٥ ، ب ٢ .

(٢) النهاية ص ٥١٤ .

العدي خاصة دون غيرها، فلا تحريم فيه أبداً ولو بلغ العدد الى مائة بعد حصول المحلل بعد كل ثلاثة .

(وهنا مسائل :)

﴿ الاولى : لا يهدم استيفاء العدة ﴾ وانقضائها وعدم رجوع الزوج فيها في كل مرة ﴿ تحريم الثالثة ﴾ حتى تنكح زوجاً غيره ، وكذا لو استوفت العدة في احدى الطلقات خاصة اجماعاً منا ، كما في كلام جماعة : بل من العلماء كافة كما في كلام بعض ، وخلاف ابن بكير نادر لا يعبؤ به وان وافقه الصدوق في الفقيه ^(١) .

﴿ الثانية : يصح طلاق الحامل ﴾ المستبين حملها مرة اجماعاً وزائداً عليها مطلقاً ولو كان ﴿ باللسنة ﴾ بالمعنى الانسي ﴿ كما يصح للعدة ﴾ بالمعنى المقابل له وغيره ﴿ على الاشبه ﴾ الاشهر في المقامين ، بل عاين الاجماع في الاخير في كلام جماعة .

خلافاً للصدوقين فمنعوا عن الزائد عن الواحدة مطلقاً استناداً الى الصحاح المستفيضة ^(٢) ، وحملها على الفضيلة أو غيرها متعين جمعاً بين الادلة ، وللنهاية ^(٣) وجماعة فمنعوا عن طلاقها المسنة ، بمعنى أن يطلقها بعد الرجوع من غبر وقاع ، وجوزوا طلاقها للعدة بالمعنى المقابل له ، ولا يخلو عن قوة .

﴿ الثالثة : يصح أن يطلق ﴾ الزوجة طلقه ﴿ ثانية في الطهر الذي طلق فيه ﴾ أولاً ﴿ وراجع فيه ﴾ الحال أنه ﴿ لم يطأ ﴾ وكذا في غير ذلك الطهر

(١) من لا يحضره الفقيه ٣ / ٣٢٠ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٨٠ ، ب ٢٠٠ .

(٣) النهاية ص ٥١٧ .

على الاظهر الاشهر، خلافاً للمعماني فاشتراط في الطلقة الثانية بعد الرجعة الوقاع للاخبار حملها على الاستحباب طريق الجمع بينها وبين ما هو أقوى منها .
 ﴿لكن لاتنع﴾ الطلقة الثانية في الصورة المفروضة ﴿المعدة﴾ اجماعاً ،
 لاشتراطها بالمواقعة المفقودة في مفروض المسألة .

﴿الرابعة: لو طاق﴾ حال كونه ﴿غائباً﴾ بائناً أو رجعيّاً ﴿ثم حضر ودخل بها﴾ بعد البينونة ﴿ثم ادعى الطلاق لم يقبل دعواه﴾ فيما يتعاق بحق الزوجة خاصة ﴿ولا بينته﴾ التي أقامها بنفسه دون غيره، فتقبل في الثاني لو ورخت بما ينافي فعله ، ويحكم عليه بالفرقة في مفروض المسألة ، وهو الدخول بعد البينونة ، والا فيعد فعله رجعة .

﴿و﴾ يتفرع على عدم قبول دعواه وبينته أنه ﴿أو أولدها الحق به﴾ .
 ﴿الخامسة: اذا طاق الغائب﴾ زوجته ﴿وأراد العقد على أختها أو على خامسة﴾ واحتمل حمل المطلقة ﴿تربص تسعة أشهر﴾ من حين الطلاق على المفهوم من العبارة هنا وكلام جماعة، وبه صرح بعض .

ولكن التعليل هنا وفي كلام جماعة بكونه ﴿احتياطاً﴾ عن احتمال الحمل ربما أشعر بكون مبدأ التسعة من حين المواقعة، وبإفادة التعليل ذلك صرح بعض الاصحاب، والاحوط الاول عملاً بظاهر الصحيحة ^(١) التي هي مستند الحكم في المسألة، وان كان فيها ما يشعر بالثاني .

والحكم في المسألة مختص بالمستراية بالمحمل كما قيدنا به العبارة ، وأما غيرها فعدتها ثلاثة اقراء أو أشهر ثلاثة .

(النظر الثالث - فى اللواحق :)

﴿وفيه مقاصد﴾ أربعة :

﴿المقصد الاول: يكره الطلاق للمريض﴾ على الاظهر الاشهر، بل كاد أن

يكون اجماعاً ، وقيل : بالتحريم، وهو أحوط .

﴿ويقع لو طلق﴾ والحال هذه اجماعاً .

﴿ويرث زوجته﴾ المطلقة ﴿فى العدة الرجعية﴾ اجماعاً دون العدة البائنة

على الاظهر الاشهر ، وفى الخلاف ^(١) الاجماع .

﴿وترثه هي﴾ أي الزوجة المطلقة فى المرض فى العدة وبعدها مطلقاً ﴿ولو

كان الطلاق بائناً﴾ واكن ﴿الى سنة﴾ خاصة ، فلا ترث بعدها ولو لحظة بلا خلاف .

ثم ان الحكم بارثها منه بعد العدة مشروط بـ ﴿ما﴾ اذا ﴿لم تتزوج﴾ فلو تزوجت

حرمت الميراث اجماعاً ﴿أو يبرأ من مرضه ذلك﴾ الذى طلقها فيه، فلو برىء منه ومات بمرض غيره قبل مضي السنة حرمت الميراث أيضاً ولو لم تتزوج بغيره .

ثم ان اطلاق النص ^(٢) والعبارة يقتضي عدم الفرق فى الايراث مع الشرطين

بين صورتى الطلاق بقصد الاضرار بالزوجة وعدمه ، وهو الاشهر الاظهر ، خلافاً لجماعة فقيدوها بالاولى ، ولا يخلو عن قوة ، فالاحتياط لا يترك ان أمكن ، والا فالعمل على الاشهر .

﴿المقصد الثانى : فى المحلل﴾

﴿ويعتبر فيه البلوغ﴾ فلا تحليل بالصغير اجماعاً ، وكذا المراهق على الاشهر

الاقوى .

(١) الخلاف ٤٥٦/٢ .

(٢) وسائل الشريعة ٣٨٤/١٥ ، ب ٢٢ .

﴿والوطيء﴾ فلا تحليل بمجرد العقد اجماعاً. ويشترط أن يكون ﴿في القبل﴾ وظاهرهم الاتفاق على الاكتفاء فيه بغيوبة الحشفة .
 وأن يكون ﴿بالعقد الصحيح﴾ فلا عبرة بالوطيء المجرد عنه مطلقاً ولو شبهة ولا بالوطيء بالملك أو التحليل ، ولا بالفاسد منه .
 وينبغي تقييد العقد بـ ﴿الدائم﴾ فلا تحليل بالتمتع ، ولا يشترط فيه الحرية .
 ولو تزوجها عبد بالشرائط حلت لزوجها ، وحينئذ يسهل الخطاب في تحليل المحلل ان خيف عدم طلاقه أو إبطائه ، فيحتال بتزويجها من العبد ثم نقله الى ملكها فانه كطلاقها .

﴿وهل يهدم﴾ المحلل بشرائطه ﴿ما دون﴾ الطلاقات ﴿الثلاث﴾ فيكون معه كالعدم أم لا ، بل يحسب من الثلاث؟ ﴿فيه روايتان﴾^(١) ، أشهرهما : أنه يهدم ﴿بل ربما أشعر كثير من العبارات بالاجماع .

﴿ولو ادعت أنها تزوجت﴾ المحلل ﴿و﴾ أنه ﴿دخل﴾ بها ﴿وطلق﴾ ، فالمروي^(٢) ﴿صحيحاً﴾ القبول اذا كانت ثقة ﴿الأن المشهور القبول مع الامكان مطلقاً ، وحمل الرواية على الاستحباب قيل : والمراد بالثقة من تسكن النفس الى خبرها وان لم تكن متصفة بالعدالة المعتبرة في الشهادة .

﴿المقصد الثالث : في الرجعة﴾ بالكسر والفتح ، والثاني أفصح .

﴿وتصح﴾ بكل مادل على قصد الرجوع في النكاح ، بلا خلاف بين العلماء اذا كان ﴿نطقاً ، كقوله : راجعت﴾ ورجعت وارتجعت متصلاً بضميرها ، فيقول : راجعتك وارتجعتك ورجعتك . وهذه الثلاثة صريحة غير محتاجة في بيان نية الرجعة

(١) وسائل الشريعة ٣٦٣/١٥ ، ح ٢١٦ .

(٢) وسائل الشريعة ٣٧٠/١٥ ، ب ١١ .

الى ضميمة ولو مثل « الي » أو « الى نكاحي » بلاخلاف الا أنه ينبغي اضافتهما ويستحب كما قيل وبها تصير أصرح .
وفي معناه رددتك وأمسكتك، فلا يحتاج الى قرينة، وقيل: يفنقر اليها فيهما .
وهو أحوط .

﴿و﴾ بيننا اذا كان ﴿فعلا﴾ ، كالوطىء والقبلة واللمس بشهوة ﴿مع قصد الرجعة﴾ ، فلا عبرة بها سهواً ، أو غفلة ، أو مع قصد عدم الرجعة ، أو لأمعه مع عدم قصدها ، فان ذلك لا يفيد الرجوع ، وان فعل حراماً في غير الاول ، ولاحد عليهما وان استحق التعزير ، الامع الجهل بالتحريم .

نعم لو فعل أحد الامور المتقدمة خالياً عما يدل على أحد القیود المتقدمة كان الاصل فيه الرجوع ، تبعاً لاطلاق النص^(١) والعبارة ، خلافاً للمروضة فقيده بقصد الرجوع لابعدم ظهور قصد غيره .

﴿ولو أنكر الطلاق كان﴾ انكاره ذلك ﴿رجعة﴾ بلاخلاف ، بل قيل : اتفاقاً ولا فرق في ذلك بين أن يضم اليه ما يدل على قصد الرجوع أولاً . نعم لو انضم اليه ما يدل على عدم قصد الرجوع وأن الباعث على الانكار انما هو عدم النفقة الى وقوع المنكر ولو ذكره لم يرجع ، فالظاهر عدم حصول الرجوع به ، وعلى ذلك ينزل اطلاق النص^(٢) والفتوى جمعاً .

﴿ولا يجب في﴾ تحقق ﴿الرجعة الاشهاد بل يستحب﴾ بلاخلاف .
﴿ورجعة الاخرس بالاشارة﴾ المفهومة كسائر تصرفاته على الاشهر الاظهر ، وقيل : بالقاء القناع عنها . وهو أحوط ، وفي قول المصنف: ﴿وفي رواية﴾^(٣) بأخذ

(١) وسائل الشیعة ١٨ / ٤٠٠ ح ١ .

(٢) وسائل الشیعة ١٥ / ٣٧٢ ، ب ١٤ .

(٣) وسائل الشیعة ١٥ / ٣٠٠ ، ح ٣ ، وراجع فقه الرضا ص ٣٣ .

القناع ﴿عنها اشارة الى وجود رواية بصريحها فيه ، ولم نقف عليها .
 ﴿ولودعت﴾ المطلقة ﴿انقضاء العدة في الزمان الممكن﴾ ويختلف أقله باختلاف أنواع العدة ، فهو من المعتدة بالاقراء ستة وعشرون يوماً ولحظتان في الحرة ، وثلاثة عشر يوماً ولحظتان في الامة ، وقديتفق نادراً انقضاءها الحرة بثلاث وعشرين يوماً وثلاث لحظات ، وفي الامة بعشرة وثلاث ، ومن المعتدة بالوضع تاماً ستة أشهر ولحظتان من وقت النكاح لحظة للموطيء واحظة للولادة ، وسقطاً مصوراً مائة وعشرون يوماً ولحظتان ، ومضغة ثمانون يوماً ولحظتان ، وعلقة أربعون يوماً كذلك ﴿قبل﴾ دعواها من غير يمين اذا لم يكن لها منازع ، باختلاف فيه ولافي دعوى الانقضاء بالاشهر .

ولافرق بين دعوى المعتاد وغيره ، وفقاً لاطلاق النص^(١) والاكثر ، وربما قيد بالاول ، وهو أحوط سيما مع التهمة وكذا اذا كان لها منازع ، فيقبل قولها في انقضاء العدة بالحيض والوضع لكن مع اليمين باختلاف .

وأما بالاشهر فقد قطع جماعة بعدم قبول قولها وتقديم قول الزوج المنكر ، لرجوع النزاع الى الاختلاف في وقت الطلاق ، والاصل عدم تقدمه . ومنه يظهر الوجه في تقديم قولها مع اليمين هنا لو انعكس الفرض فادعت البقاء لطلب النفقة مثلاً ، ولاريب فيه ، ويشكل في أصل الفرض ، والوجه تقديم قولها مع اليمين تبعاً لاطلاق النص^(٢) .

(المقصد الرابع - في العدد :)

جمع عدة ، وهي : اسم لمدة معدودة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أوللتعبد ، أوللتفجع على الزوج ، وشرعت صيانة الانساب .

﴿والنظر﴾ هنا ﴿في فصول﴾ :

﴿الاول: لاعدة على من لم يدخل بها﴾ اجماعاً ﴿عدا المتوفى عنها زوجها﴾ فعليها العدة كما يأتي .

﴿ونعني بالدخول الوطىء قبلاً أو دبراً﴾ وطياً موجباً للغسل بلا خلاف . ولا فرق في الداخل بين كونه كبيراً أو صغيراً لم يبلغ سنّاً يمكن التولد منه كما عن جماعة، وهو أحوط، كالحاق دخول المنى المحترم مع ظهور الحبل بالوطىء، فتعتمد بالوضع ولكن لاعدة قبل الظهور، لعدم الموجب له من حبل أو دخول .

﴿ولاتجب بالخلوة﴾ من دون واقعة على الاشهر الاظهر . ولا بوطىء الخصي على رواية^(١) صحيحة، لكنها مطرحة عند الاصحاب، معارضة بصحيحة^(٢) أخرى هي أقوى منها ، والعمل بها أحوط أيضاً وأولى .

ولابمباشرة المجهوب، أي المقطوع الذكر على الاشهر الاظهر . نعم لو ظهر بها حبل منه لحقه الولد واعتدت منه بوضعه كما مر .

ونحوه الكلام في الممسوح الذي لم يبق له شيء ولا ينصور منه دخول، الا أنه يزيد عليه بعدم الحاق الولد به والعدة مع ظهور الحبل كما عن الاكثر . وقيل: حكمه في هذا أيضاً حكم المجهوب . وهو بعيد .

﴿الثاني : في﴾ عدة ﴿المستقيمة الحيض﴾ التي يأتيها حيضها في كل شهر مرة على عادة النساء ، وفي معناها من كانت تعتاد الحيض فيما دون الثلاثة أشهر .

﴿وهي تعمد﴾ من الطلاق والفسخ ووطىء الشبهة بل الزنا أيضاً، وفاقاً لجماعة خلافاً للاكثر ﴿بثلاثة أطهار على الاشهر﴾ الاظهر، وفي كلام جماعة الاجماع ،

(١) وسائل الشريعة ٥٢/١٥ ، ب ٤٤٠ .

(٢) وسائل الشريعة ٤٦٩/١٥ ، ب ٣٩٠ .

هذا ﴿إذا كانت حرة﴾ مطلقاً ﴿وان كانت تحت عبد﴾ وأما إذا كانت أمة فتعتد بقرعين ولو كانت تحت حر كما يأتي .

﴿وتحتسب بالطهر الذي طلقها فيه﴾ قرأً واحداً ﴿ولو حاضت بعد الطلاق بلحظة﴾ بلاخلاف ، ولو لم تطهر بلحظة بعد الطلاق بل اتصل خروج الدم بانتهاء الصيغة لم تحسب الطهر الذي طلقته فيه قرأً ﴿وتبين برؤية الدم الثالث﴾ قطعاً في ذات العادة الوقتية ، وكذا في غيرها على الأشهر الأقوى .

﴿وأقل ما تنقضي به عدتها ستة وعشرون يوماً ولحظتان﴾ كما قدمناه .
 ﴿وليست﴾ اللحظة ﴿الآخيرة﴾ جزءاً ﴿من العدة بل﴾ هي ﴿دالة على الخروج﴾ منها على الأشهر الأقوى ، خلافاً للشيخ فجعلها جزءاً .
 ويتفرع على القولين عدم جواز الرجعة أو التزويج بالغير في تلك اللحظة على الأول دون الثاني .

﴿الثالث : في﴾ عدة ﴿المسترابة﴾ بالحمل ﴿وهي التي لانحيض وفي﴾ سنها من حيض ، وعدتها ﴿ان كانت حرة﴾ ثلاثة أشهر ﴿هلالية ان طلقت عند الهلال ، والا أكملت المنكسر خاصة ثلاثين بعد الهلالين على الأشهر الأظهر ، والأظهر أنه لافرق في عدم الحيض بين أن يكون خلقياً ، أو لعارض من حمل أو رضاع أو مرض .

﴿وهذه﴾ أي المسترابة ﴿تراعي الشهور والحيض فتعتد بأسبوعاً﴾ إلى الطلاق ، فتعتد بالأشهر ان مرت بها بعد الطلاق بلافاصلة خالية من الحيض ، وبالأقراء ان مرت بها كذلك . أما لو مر بها الأشهر بعد أن رأت الحيض - ولو مرة بعد الطلاق - اعتدت بالأقراء .

﴿وأما لو رأت في﴾ الشهر ﴿الثالث حيضة﴾ أو حيضتين ﴿وتأخرت﴾ الحيضة ﴿الثانية أو الثالثة﴾ إلى أن انقضت الأشهر انتظرت تمام الأقراء ، فان

تمت قبل أقصى الحمل ، والا ﴿صبرت تسعة أشهر﴾ على أشهر القولين وأظهرهما ﴿لاحتمال الحمل﴾ غالباً ، فان وضعت ولداً ، أو اجتمعت الاقراء الثلاثة ، فذلك هو المطلوب في انقضاء العدة .

﴿ثم ان لم يتفق أحد الامرين﴾ اعتدت ﴿حينئذ﴾ بالاشهر الثلاثة ﴿وليس الأشهر التسعة المتقدمة من العدة ، بل انما اعتبرت لتعلم أنها ليست من ذوات الاقراء .

﴿وفي رواية عمار^(١)﴾ الموثقة أنها ﴿تصبر سنة ثم تعند بثلاثة أشهر﴾ وأفتى بها الشيخ في النهاية^(٢) ، لكن مقيداً لها بصورة تأخر الحيضة الثالثة ، وهي مع شذوذها باطلاقها معارضة برواية^(٣) اخرى أقوى منها .

واطلاق النص والفتوى يقتضي عدم الفرق بين استراحتها بالحبل وعدمه في وجوب التربص تسعة أشهر ثم الاعتداد بالثلاثة بعدها ، حتى لو كان زوجها غائباً عنها أو حاضراً ولم يقر بها مدة مديدة فحكمها كذلك ، لكن عن الشهيد في بعض تحقیقاته الاكتفاء بالتسعة لزوجة الغائب ، وحجته غير واضحة .

وبالجملة الضابط: ان المعتدة المذكورة ان مضى لها ثلاثة أقراء قبل ثلاثة أشهر انقضت عدتها ، وان مضى عليها ثلاثة أشهر لم تر فيها حيض انقضت عدتها بها مطلقاً . وان كانت لها عادة مستقيمة فيما زاد عليها ، بأن كانت ترى الدم في كل أربعة أشهر مرة أو مازاد عليها وماتقص ، بحيث يزيد عن ثلاثة واوباحظة . ومتى رأت في الثلاثة دماً مطلقاً ولو قبل انقضائها بلحظة ، فحكمها مافصل سابقاً من انتظار أقرب الامرين من تمام الاقراء ووضع الولد ، فان انتفيا اعتدت بعد تسعة أشهر

(١) وسائل الشريعة ٤٢٢/١٥ ، ح ١٦ ب ١٣ .

(٢) النهاية ص ٥٣٢ .

(٣) وسائل الشريعة ٤٢٣/١٥ ، ح ٢٣ .

بثلاثة أشهر ، إلا أن يتم لها ثلاثة أقراء قبلها ولو مبنية على ماسبق . ولا فرق في اطلاق النص والفتوى بين أن يتجدد لها دم اخرى في الثلاثة أو قبلها وعدمه ، خلافاً لبعضهم في الاول فأبطل العدة بها وعين اعتدادها بالاقراء .

وعليه فهل يجب عليها ثلاثة أقراء غير الاقراء المتخللة بين الطلاق وغاية التربص ؟ وجهان ، أجودهما : الثاني .

﴿ولاعدة على الصغيرة﴾ وهي التي لم تبلغ تسع سنين .

﴿ولا اليائسة﴾ التي لم تحض ومثلها لانحيض مع عدم الدخول اجماعاً ، وكذا معه ﴿على الاشهر﴾ الاقوى بل اجماعاً ، خلافاً للسيد بن فائنا لها حيثئذ العدة ، وهو أحوط .

﴿وفي حد اليأس﴾ عن الحيض ﴿روايتان^(١)﴾ بل روايات ، باختلافهما اختلف الاصحاب ، إلا أن ﴿أشهرهما﴾ أنه ﴿خمسون سنة﴾ مطلقاً ، والرواية الثانية أنه ستون كذلك ، وفي ثلاثة التفصيل بين القرشية فالثاني وغيرها فالاول ، ولا يخلو عن قوة وفاقاً لجماعة ، ويلحق بالقرشية النبطية .

﴿ولو رأت المطلقة الحيض مرة ثم بلغت﴾ سن ﴿اليأس﴾ أكملت العدة بشهرين ﴿بلاخلاف أجده .

ولو رأت حيضتين ثم بلغت اليأس ، ففي وجوب اعتدادها بشهر أم لا وجهان ، أحوطهما : الاول .

﴿ولو كانت﴾ المطلقة ذات عادة مستقيمة إلا أنها ﴿لانحيض الا في خمسة أشهر أو ستة﴾ أو سنة أو سنتين أو نحوهما ﴿اعتدت بالاشهر﴾ الا اذا رأت حيضة قبل انقضائها فعلى ما فصل سابقاً .

﴿الرابع : في الحامل ، وعدتها في الطلاق﴾ وما في معناه كالفسخ والوطء

بشبهة أو مطلقاً على قول قوي ﴿بالوضع﴾ للحمل بتمامه بشرط كونه من المطاق ﴿ولو بعد الطلاق بلحظة﴾ .

واطلاق الأدلة وصريح الجماعة يقتضي الاكتفاء بالوضع مطلقاً ﴿ولو لم يكن﴾ الولد ﴿تاماً﴾ لكن ﴿مع تحقق كونه حملاً﴾ أو مبدأ نشو آدمي قطعاً، ولا يكفي مجرد كونه نطفة اجماعاً ، والاشهر الأقوى انحصار عدتها في الوضع، فما لم يحصل فهي بعد في العدة ، وان مضت عليها من حين الطلاق ثلاثة أشهر قبل الوضع ، خلافاً للصدوق وابن حمزة في مضي الثلاثة أشهر قبل الوضع فجعلها العدة ، ولكن منعها عن التزويج قبله . وهما نادران .

﴿واولئكها فادعت الحمل تربص بها أقصى﴾ مدة ﴿الحمل﴾ اجماعاً ، وفي وجوب التربص بعد الاقصى بثلاثة أشهر قولان ، أجودهما : الاول وفائاً لجماعة، خلافاً لآخرين فأحوط وأولى .

﴿ولو وضعت توأماً بانث به﴾ أي بالاول ﴿على تردد﴾ واختلاف ، والظاهر عدم البيونة الا بوضع الجميع ، وفي الخلاف^(١) الاجماع عليه من الجميع الا عن عكرمة .

﴿ولم﴾ يجز لها أن ﴿تنكح﴾ زوجاً غيره ﴿الى أن تضع الاخير﴾ بلا خلاف .

﴿ولو طلقها رجعيّاً ثم مات﴾ عنها في العدة ﴿استأنفت عدة الوفاة﴾ أربعة أشهر وعشراً من حين الوفاة بلاخلاف .

ومقتضى الاصل واختصاص النص^(٢) بغير عدة المستراية اعتدادها بالاشهر الثلاثة بعد الصبر تسعة أشهر أو سنة ، فلاشكال فيه اذا بقي من المدة

(١) الخلاف ٥٣/٣ .

(٢) وسائل الشريعة ٤٦٣/١٥ ، ب ٣٦ .

ما يزيد على عدة الوفاة أو يساويها .

ويشكل في الناقص كما اذا صبرت التسعة أو السنة ثم مات عنها، والاحوط الحاقها بغير المسترابة، فتزيد على الثلاثة أشهر في المثل أربعين يوماً ليتم لها عدة الوفاة .

﴿ولو كان﴾ طلقها ﴿بائناً﴾ اقتصرت على اتمام عدة العلاق ﴿بلاخلاف﴾ .
 ﴿الخامس : في عدة الوفاة ، تعتد الحرة﴾ المنكوحة بالعقد الصحيح من الوفاة ﴿بأربعة أشهر وعشرة أيام اذا كانت حائلاً﴾ اجماعاً .
 والحكم عام لكل امرأة ﴿صغيرة كانت أو كبيرة ، دخل بها أو لم يدخل﴾ ولكل رجل بالغاً كان أو غيره . ولا فرق أيضاً بين الدائمة والمتمتع بها على الأشهر الأقوى .

ويعتبر مدة العدة بالولال مأهلاً ، فانمات الزوج في خلال الشهر الهلاي وكان الباقي أكثر من عشرة أيام ، أكملت ثلاثين يوماً ويضاف اليه ثلاثة أشهر بالاهلة وعشرة أيام، فاذا انتهت الى الوقت الذي مات فيه الزوج يوم مات فقد انتهت العدة . وان كان الباقي عشرة أيام أو أقل منها، ضم اليها أربعة أشهر هلاية وتمام العشرة في الثاني . وفي عد المنكسر ثلاثين أو الاكتفاء باتمام مافات خلاف والاحوط الاول .

﴿وبأبعد الاجلين﴾ من المدة المزبورة ومدة الوضع ﴿ان كانت حاملاً﴾ باجماعنا .

﴿ويلزمها الحداد﴾ مادامت في العدة اجماعاً ﴿وهو ترك الزينة﴾ من الثياب والادهان والكحل والحناء والطيب وغير ذلك مما يسمى في العرف زينة ويختلف باختلاف العادات، فلوفرز عدم عد استعمال الامور المزبورة في بعض العادات زينة كان محللاً .

ولا يلزمها ترك التنظيف ودخول الحمام وتسريح الشعر والسواك وقلم
الاذفار والسكنى في المساكن العالية واستعمال الفرش الفاخرة، وغير ذلك مما
لا يعد مثله في العرف زينة .

والاشهر أنه لافرق بين الصغيرة والكبيرة والمسامة والذمية والمجنونة ،
وهو أحوط وان كان في التعميم الى الصغيرة والمجنونة نظر .

والحداد واجب عليها تعبداً لا شرطاً ، فلو تركته أثمت واكن عدتها تامة
على الاصح .

وهو مختص بالمتوفى عنها دون أقاربها و ﴿دون الماطقة﴾ مطلقاً رجعيّاً
أوبائناً .

﴿ولا حداد على الامة﴾ مطلقاً على الاشهر الاقوى ، وقيل : تحد . وهو
أحوط .

﴿السادس : في المفقود، لاختيار لزوجته ان عرف خبره﴾ بحياته أو موته
بل عليها الصبر في الاول الى مجيئه أو تحقق موته ، وعلى الحاكم الانفاق عليها
من ماله ان أمكن الوصول اليه ، والا طالبه بالنفقة بالارسال اليه ، أو الى من يجبره
عليه ، ومن بيت المال ان تعذر الامران مع عدم متبرع .

وعليها عدة الوفاة في الثاني، وحلت للازواج بعدها، وحل لكل من شاركها
في العلم بالوفاة، أو اختص عنها بالجهل بها وبحالها أيضاً مع تعويله في الخلو
عن الزوج بدعواها نكاحها .

﴿أو﴾ جهل خبره ولكن ﴿كان له ولي﴾ أو متبرع ﴿ينفق عليها﴾ فلا
خيار لها هنا أيضاً بلا خلاف .

﴿ثم ان فقد الامران﴾ فجعل خبره ولم يوجد من ينفق عليها، فان صبرت
﴿و﴾ الا ﴿رفعت أمرها الى الحاكم﴾ الشرعي و ﴿أجلها أربع سنين﴾ من

حين الرفع على الاشهر الاظهر لينفحص عنه في المدة لابعدها .
 ﴿فان وجده والا أمرها بعدة الوفاة ثم أباحها النكاح﴾ قيل : بلاخلاف
 للموثق^(١) . وظاهره كالمتمن وجمع الاكتفاء في الاعتداد بالامر به من غير احتياج
 الى طلاق، خلافاً للآخرين فأوجبوه، وهو الاصح .
 ولايجب في هذه العدة الحداد على الاقرب .
 ﴿فان جاء في العدة فهو أملك بها﴾ وان حكم بكونها عدة وفاة بائنة .
 ﴿وان خرجت﴾ منها ﴿وتزوجت فلاسبيل له﴾ عليها اجماعاً .
 ﴿وان خرجت﴾ منها ﴿ولم تتزوج فقولان، أظهرهما﴾ وأشهرهما : ﴿أنه
 لا سبيل له عليها﴾ هنا أيضاً، والقول الثاني باثبات السبيل له عليها حيثئذ للشيخ في
 النهاية^(٢) ، وفي المسألة قول آخر .

﴿السابع : في عدة الاماء والاستبراء﴾ .
 اعلم أن ﴿عدة الاماء في الطلاق﴾ ونحوه ﴿مع الدخول﴾ بنكاح وشبهه
 ﴿قرآن﴾ اجماعاً ﴿وهما طهران على الاشهر﴾ الاظهر، خلافاً للمقديمين فحيضتان
 وهو أحوط ، كل اذا كانت ذات عادة مستقيمة .
 ﴿و﴾ أما ﴿لو كانت مسترابة﴾ بالمحيض فلا تحيض ومثلها تحيض ﴿و﴾
 عدتها ﴿خمسة وأربعون يوماً﴾ ان طلقت في أثناء الشهر أو في أوله وكان الشهر
 تاماً ، وأما اذا فقد الامر ان كأن طلقت في الاول ونقص الشهر فأربعة وأربعون يوماً ،
 ولكن الاحوط ما أطلقته العبارة .
 ولو كانت مسترابة بالحمل فعليها الصبر بأشهر تسعة كالحررة على الاقرب ،
 وقيل : ثلاثة أشهر .

(١) وسائل الشيعة ٣٩١/١٤ ، ب ٤٥ .

(٢) النهاية ص ٥٣٨ .

وعلى المختار فهل يجب عليها الصبر شهراً ونصفاً بعد التسعة أم لا ؟ ظاهر
الاصحاب الثاني .

ولو كانت حاملاً فعدتها بالوضع كالحرّة ، وفقاً لجماعة .

ولا يتفاوت الحكم في جميع ذلك باختلاف الأزواج بالحرية والرقبة بل عام
﴿ تحت عبداً كانت أو تحت حر ﴾ بخلاف ، للعمومات ، ومقتضاها أيضاً عموم
الحكم لكل أمة قنّاً كانت أو مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد زوجها مولاهما فطلقها الزوج ،
وأما المبعوضة فتعتد عدة الحرّة .

﴿ ولو اعتقت ﴾ الامّة ﴿ ثم طلقت لزمها عدة الحرّة ﴾ اجماعاً ﴿ وكذا لو
طلقها رجعيّاً ثم اعتقت في العدة أكملت عدة الحرّة ﴾ .
﴿ ولو طلقها بائناً أتمت عدة الامّة ﴾ بخلاف .

﴿ وعدة الذمية ﴾ التي ليست بأمة ﴿ كالحرّة ﴾ المسلمة ﴿ فسي ﴾ كل من
﴿ الطلاق والوفاة على الاشبه ﴾ الاشهر ، بل قيل : اتفاقاً .

﴿ وتعتد الامّة ﴾ غير ذات الولد من مولاهما ﴿ من الوفاة ﴾ أي وفاة زوجها
وان لم يدخل بها ﴿ بشهرين وخمسة أيام ﴾ عند أكثر القدماء وال متأخرين ، خلافاً
لجماعة فكالحرّة ، وهو في غاية القوة ، هذا اذا كانت حائلاً .

﴿ ولو كانت حاملاً اعتدت مع ذلك ﴾ وهو العدد شهران وخمسة أيام
﴿ بالوضع ﴾ بأن تجعل العدة أبعدهما اجماعاً .

﴿ و ﴾ أما ﴿ أم الولد ﴾ من المولى فـ ﴿ تعتد من وفاة الزوج ﴾ مطلقاً كانت
ذات ولد منه أم لا ، دخل بها أم لا ﴿ كالحرّة ﴾ على الاشهر الاظهر ، خلافاً لاكثر
القدماء كما حكى فكثير ذات الولد ، كل ذا في عدة الامّة من وفاة الزوج .

وأما من وفاة المولى ففيها خلاف ، والاشهر الاقوى أنها ان كانت ذات ولد
منه فعدتها كالحرّة أربعة أشهر وعشرة أيام ، والافعلية الاستبراء ان كان يطأها ، والا

فلاشيء عليها مطلقاً . كل ذا اذا لم تكن حين وفاته مزوجة ، والا فلاة عليها من وفاته اجمعاً .

﴿ولو طلقها﴾ أي الامة ذات الولد ﴿الزوج﴾ طلاقاً ﴿رجعياً ثم مات﴾ عنها ﴿وهي في العدة﴾ أي في عدة الطلاق ﴿استأنفت عدة الحرة﴾ أربعة أشهر وعشرة أيام .

﴿ولو لم تكن ذات ولد استأنفت﴾ في المثل ﴿عدة الامة للوفاة﴾ شهرين وخمسة أيام . ولو طلقت بائناً استمرت على عدتها السابقة ، كما مر في الحرة المتوفى عنها زوجها في أثناء العدة .

﴿ولو مات زوج الامة﴾ غير ذات الولد ﴿ثم أعتقت﴾ في العدة ﴿أتمت عدة الحرة﴾ من الوفاة ﴿تغليياً لجانب الحرية﴾ .

﴿ولو وطئ المولى أمته ثم أعتقها﴾ في حياته ﴿اعتدت﴾ بعد وفاته وكذا قبله ﴿بثلاثة قروء﴾ ان كانت غير مسترابة ، والا فبالاشهر الثلاثة على الاشهر الاظهر ، خلافاً للحلي فأوجب عليها الاستبراء خاصة .

ولو أعتقها بعد وفاته كأن دبرها ثم توفي عنها ، اعتدت بأربعة أشهر وعشرة أيام على الاشهر الاظهر ، خلافاً له .

والاحوط الحاق العتق بالمنجز - وهو فرض المتن - بالمعلق على الموت ، أعني التدبير في وجوب الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام ، وان كان الاشهر ما في المتن . ﴿ولو كانت زوجة الحر أمة فابتاعها﴾ كلا أو بعضاً ﴿بطل نكاحه﴾ السابق اجمعاً ﴿وله وطؤها﴾ مع شراء كلها ﴿من غير﴾ احتياج الى ﴿استبراء﴾ اجمعاً ، وأما مع شرائها بعضاً ، فليس له وطؤها الا مع تحليل الشريك له اذا كان غيرها على الاقوى ، وان كان الاحوط المنع مطلقاً كما هو الاشهر . واذا كانت هي الشريك ، فلا يحل وطؤها بتحليلها اجمعاً .

(تتمة :)

﴿لايجوز لمن طلق رجعيّاً أن يخرج الزوجة﴾ المطلقة ﴿من بيته﴾ الذي طلقها فيه اذا كان مسكن أمثالها . وان لم يكن مسكنها الاول ، فان كان دون حقها فلها طلب المناسب والخروج اليه أو فوقه فله ذلك ، ويحتمل العموم فليس لهما ذلك في المقامين ، وهو أحوط . ولا فرق بين الحضرية والبدوية والبحرية .

﴿الا أن تأتي بفاحشة ، وهو﴾ وفاقاً لجماعة ﴿ما يجب به الحد﴾ .
 ﴿وقيل :﴾ ان ﴿أدناه أن تؤذي أهله﴾ بقول أو فعل ، والقائل الاكثر ، حتى أن في الخلاف^(١) الاجماع ، فلا بأس وان كان الاحوط الاول .

﴿و﴾ كما ﴿لا﴾ يجوز له اخراجها من بيته ، كذا لايجوز لها أن ﴿تخرج هي﴾ بنفسها من دارها التي طلقت فيها ، سواء خرجت باذن زوجها أم لا ، على ما يقتضيه اطلاق العبارة ونحوها ، وبه صرح جماعة ، خلافاً لآخرين فقيده المنع بالصورة الثانية ، ولا يخلو عن قوة ، وان كان الاول أحوط .
 وعليه فلو كانت في سفر مباح أو مندوب ، ففي وجوب العود ان أمكن ادراكها جزءاً من العدة ، أو مطلقاً ، أو تنخير بينه وبين الاعتداد في السفر أوجه ، أقواها الاخير . وان لم يمكن الرجوع فلا يجب قطعاً .

﴿فان اضطرت﴾ الى الخروج ﴿خرجت﴾ اجماعاً لكن ﴿بعد انتصاف الليل وعادت قبل الفجر﴾ وجوباً على الاشهر الاظهر ، هذا ان ارتفع به وبغيره الضرورة ، وان كان ارتفاعها منحصراً في الغير جاز قولاً واحداً .

﴿ولا يلزم ذلك﴾ أي المنع في كل من الخروج والاخراج ﴿في﴾ عدة الطلاق ﴿البائن﴾ مطلقاً حائلاً كانت المطلقة أو حاملاً ﴿ولا﴾ في عدة المتوفى عنها زوجها ﴿مطلقاً كذلك﴾ .

﴿بل تبیت كل واحدة منهما﴾ وتعد ﴿حيث شئت﴾ بلاخلاف الا من نادر من المتأخرين فمنعها عن بيتوتها عن بيتها، ودواحوط وان كان في تعينه نظر، بل الاول أظهر .

ثم ان المطلقة بائناً وان جاز اخراجها ولو حاملا الا أنه في الاخيرة ليس على اطلاقه ، بل مقيد بما اذا أخرجها الى مسكن آخر لامطلقا . والفرق بينها وبين المطلقة رجعياً حيث أنه هو عدم جواز اخراجها مطلقا ولو الى مسكن آخر دون هذه فيجوز اخراجها اليه .

﴿وتعد المطلقة من حين الطلاق﴾ مطلقا ﴿حاضراً كان المطلق أو غائبا﴾ عنها اجماعاً في الاول، وعلى الاشهر الاقوى في الثاني .

هذا ﴿اذا عرفت الوقت﴾ الذي طلقت فيه ولو بالبينة الشرعية ، والا فلتعد من يوم يبلغها مطلقا ولو حصل القطع بتقديم الطلاق عليه يوماً فصاعداً على الاحوط ، وان كان التقييد بصورة احتمال وقوع الطلاق فيه - ولو بعيداً - غير بعيد، فتعد بالمتيقن سبقه وتممه بالملحق به .

﴿وتعد الزوجة﴾ في الوفاة ﴿من حينه مع حضوره﴾ من حين يبلغها الخبر ﴿مع الغيبة على الاشهر الاظهر، وفي المسألة قولان آخران .

ولافرق على الاشهر الاظهر فتوى ونصاً ^(١) في المتوفى عنها بين الحرية والامة ، ولافي الخبر الذي تعد من يومه بين خبر من يقبل قواه ويثبت الحكم باخباره وغيره، لكن ليس لها في الاخير بعد انقضاء العدة التزويج، فلو تزوجت حينئذ فسد في الظاهر وصح في الباطن مع الجهل بالتحريم ان تبين بعد ذلك موته وانقضاء العدة قبل العقد ، وأمام العلم به فليل : يجب القطع بالفساد . وفيه نظر، بل الحاق هذه الصورة بالاولى حيث يتحقق القصد الى مضمون العقد أظهر وفاقاً لجمع .

كتاب الخلع والمباراة

الخلع: بالضم من الخلع بالفتح ، وهو النزاع كأن كلا منهما ينزع لباس الآخر، لقوله تعالى « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » (١) .

والمباراة: بالهمزة، وقد تغلب ألفاً، وهي المفارقة. وكل منهما طلاق بعوض لازم لجهة الزوج .

ويشترط فيهما ما يشترط في الطلاق وزيادة شرط فيهما، وهورضاها بالبدل وآخر في الخلع وهو كراهتها له ، وآخرين في المباراة هما كراهة كل منهما لصاحبه وعدم زيادة العوض عن المهر .

ولا يشترط الوقوع عند الحاكم على الأشهر الاظهر، وان كان اعتباره - كما عليه الاسكافي - أحوط .

﴿والكلام﴾ في الكتاب يقع ﴿في العقد ، والشرائط، واللواحق :﴾
﴿وصيغة الخلع﴾ الصريحة فيه ﴿أن يقول : خلعتك﴾ أو خالعتك أو أنت ﴿أو فلانة مختلعة على كذا﴾ والظاهر وقوعه بـ « أنت طاق على كذا » من غير لفظ الخلع أصلاً، وادعى جماعة الاتفاق عليه، ولكن الاحوط الاتيان بلفظ الخلع. ولا بد من قبول المرأة عقبيه بلا فصل معتمد به، أو تقدم سؤالها قبله كذلك على

ما ذكره الاصحاب ويقتضيه الاحتياط .

﴿وهل يقع﴾ الخلع بكل من الالفاظ المذكورة ﴿بمجرد﴾ من غير احتياج الى اتباعه بالطلاق ؟ ﴿قال﴾ المرتضى ﴿علم الهدى : نعم﴾ وعليه الاكثر ، وفي الناصريات ^(١) عليه الاجماع ﴿وقال الشيخ : لا﴾ يقع ﴿حتى تتبع بالطلاق﴾ وهو أحوط وان كان الاول أظهر .

﴿ولو تجرد كان طلاقاً عند المرتضى﴾ والاكثر ﴿وفسخاً عند الشيخ لو قال بوقوعه مجرداً﴾ والاول أظهر . ومظهر الثمرة عدة من الطلقات الثلاث المحرمة ، فيعد منها على الاول ولا على الثاني .

﴿وماصح أن يكون مهرأصح﴾ أن يكون ﴿فدية في الخلع﴾ اجماعاً . ﴿ولا تقدير فيه﴾ أي في المَجْعول فدية في طرفي الزيادة والنقصان بعد أن يكون متمولاً ﴿بل يجوز أن يأخذ منها﴾ ما تبذله برضاها ولو كان ﴿زائداً عما وصل اليها منه﴾ .

﴿و﴾ حيث أن الخلع معاوضة ﴿لابد﴾ فيه ﴿من تعيين الفدية وصفاً﴾ يحصل به التعيين ، سواء كانت عيناً شخصية أو كلية ﴿أو اشارة﴾ كهذا الثوب ، وهذا العبد ، وهذه الصبرة من الحنطة مثلاً بلاخلاف .

ولا يعتبر في الوصف كونه رافعاً للجهالة ، بل يكفي منه ما يحصل به التعيين ، فلو بذلت مالها في ذمته من المهر جاز وان لم يعلم قدره ، لتعيينه في نفسه وان لم يكن معلوماً لهما . واعتبر المصنف في الشرائع ^(٢) في الغائب ذكر جنسه ووصفه وقدره ، مع أنه اكتفى في الحاضرة بالشاهدة وان لم يكن معلوم القدر ، وهو أحوط ، وان كان في وجه الفرق نظر .

(١) الناصريات ص ٢٥٠ مسألة : ١٦٥ .

(٢) شرائع الاسلام ٥٠/٣ .

ويتفرع على هذا الشرط فساد الخلع لو وقع على ألف غير معين بأحد مامر، وهو اجماع مع عدم قصدهما، أو أحدهما الى معين، ويحتمل على قول معه أيضاً، خلافاً للاكثر فيصح حينئذ، وهو أظهر الا أن الاول أحوط.

﴿وأما الشرائط : فيعتبر في الخالع البلوغ، وكمال العقل، والاختيار، والقصد﴾ فلا خلع لفاقد أحد الاوصاف اجماعاً حتى من القائل بكونه فسخاً.

﴿وفي المختلة مع الدخول﴾ بها ﴿الطهر الذي لم يجامعها فيه، اذا كان زوجها حاضراً، وكان مثلها تحيض﴾ اجماعاً ﴿وأن تكون الكراهية منها خاصة صريحاً﴾ اجماعاً.

ويستفاد من جملة من النصوص^(١) المعتبرة عدم الاكتفاء بكراهتها مطلقاً، بل لابد من الوصول الى تعددها معه في الكلام، كأن تقول له : والله لأببر لك قسماً ولا أطيع لك أمراً ولا أغتسل لك من جنابة، ولا وطن فراشك من تكرهه، ولا وذن عليك بغير اذنك، ونحو ذلك مما يدل على خوف وقوعها في الحرام، وهو ظاهر الآية الشريفة، وعليه الشبخ والحلي وغيرهما، وادعى الاولان عليه اجماعنا، فهو أحوط وأولى بل أظهر وأقوى، خلافاً لاطلاق المتن والاكثر فتكفي الكراهة مطلقاً، وهو ضعيف. نعم لا يعتبر ما قدمناه من العبارات وان وردت بها النصوص^(٢) اجماعاً.

ويتفرع على هذا الشرط فساد الخلع مع عدمه ولو اتبع بالطلاق، فانه حينئذ يكون رجعيّاً لا بائناً.

﴿ولا يجب﴾ الخلع ﴿لو قالت : لا دخلن عليك من تكرهه﴾ على الاشهر الاظهر ﴿بل يستحب﴾ خروجاً عن شبهة القول بالوجوب، كما عليه الشيخ

(١) وسائل الشيعة ٤٨٧/١٥، ب ١.

(٢) نفس المصدر.

وجماعة .

﴿ويصح خلع الحامل مع﴾ رؤيتها ﴿الدم واوقيل انها تحيض﴾ على
الاشهر الاظهر ، لصحة طلاقها معه اجماعاً ، وقيل : بالعدم . وهو أحوط .
﴿ويعتبر في العقد حضور شاهدين عدلين﴾ اجماعاً حتى من القائل بأنه
فسخ ﴿وتجريده من الشرط﴾ ومافي معناه اجماعاً .
﴿ولابأس بشرط يقتضيه العقد، كما لو شرط الرجوع ان رجعت﴾ بلاخلاف .
﴿وأما اللواحق فمسائل :﴾

﴿الاولى : لو خالعا والاخلاق ملتزمة لم يصح﴾ الخلع المفيد للبينونة،
لفقد شرطه الذي هو الكراهة ﴿ولم يفد الملكية﴾ لاشتراطه بصحة الخلع .
وفي وقوع الطلاق حينئذ رجعياً لو اتبع الخلع به ، أو اكتفى به عن الخلع
أم لا وجهان ، ظاهر الفاضلين وجماعة الاول ، وهو حسن ان عرف المطلق فساد
البذل وعدم لزومه بطلاقه والا فمشكل ، فاذن الاحوط عدم الاكتفاء بذلك .
ومن النظر في المسألة يظهر كون الطلاق بالعوض من أقسام الخلع يشترط
فيه كراهة الزوجة ، ليحصل البينونة كالمختلعة ، فما قيل : من عدم اشتراطه بها
وحصول البينونة بدونها . لاوجه له .

﴿الثانية :﴾ اذا صح العقد مع الفدية كان بائناً اجماعاً ، فـ ﴿لارجعة
للخالع﴾ مطلقاً طلاقاً كان الخلع أو فسحاً بلاخلاف .

﴿نعم لو رجعت في البذل رجعت ان شاء﴾ بلاخلاف .

وظاهر النص^(١) جواز رجوعها مطلقاً ولو مع عدم الشرط والرضاء ، وأنه
حيث يتمكن الزوج من الرجوع لو رجعت فيه ، كما هو الاشهر الاقوى فيهما ،
خلافاً لبعضهم في الاول فاشترط أحد الامرين ، ولإطلاق المتن في الثاني ، وهو

قوله :

﴿ويشترط رجوعها في العدة ، ثم لارجوع بعدها﴾ فان العدة فيه يشمل البائنة ، مع أنه لارجوع لها فيها ، كما لارجوع لها في العدة الرجعية بعدانقضائها ولو رجعت فيها مع الامكان ، الا أنها ما علمت الزوج حتى انقضت ، فالاقرب - وفقاً لجمع - عدم الصحة .

ثم أنها حيث ترجع في البذل بالشرط تصير العدة رجعية ، سواء رجع أم لا ، لكن في ترتب أحكام عدة الرجعية عليها مطلقاً كوجوب الاسكان والنفقة وجهان . والعدة قبل رجوعها بائنة اجماعاً ، فيصح له التزويج بأخت المختلعة والرابعة ، ومتى تزوج بهما امتنع رجوعها ، الا اذا طلقهما بائناً في العدة ، فيجوز لها الرجوع حينئذ .

﴿الثالثة: لو أراد مراجعتها ولم ترجع﴾ هي ﴿في البذل أفتقر﴾ تزويجها الى عقد جديد في العدة ﴿كان التزويج﴾ أو بعدها ﴿بلاخلاف .
﴿الرابعة: لانوارث بين المختلعين﴾ مطلقاً ﴿ولومات أحدهما في العدة﴾ بلاخلاف ﴿لانقطاع العصمة بينهما﴾ الموجبة لذلك .

﴿والمباراة﴾ وهي : طلاق بعوض مترتب على كراهية كل واحد منهما صاحبه . والكلام في صيغتها كما في الخلع من الافتقار الى استدعاء المرأة مع الكراهة أو القبول كذلك .

واللفظ الدال عليه من قبل الزوج ﴿هو أن يقول: بارأئك﴾ بالهمزة ﴿على كذا﴾ من المبلغ فأنت طالق .

ولو قال بدل من بارأئك: فاسختك أو أبنتك أو غيرهما من الالفاظ الدالة على المراد متبعا لها بالطلاق صح ، بل لو تجرد عنها فقال : أنت طاق على كذا صح وكان مباراة .

﴿وهي﴾ أي المباراة تمايز عن الخلع بأنها ﴿تترتب﴾ صحتها ﴿على كراهية الزوجين كل منهما صاحبه﴾ بلاخلاف .

﴿ويشترط اتباعها بالطلاق على قول الأكثر﴾ بل لم تنف على مخالف صريح وبالإجماع صرح جمع .

﴿والشرائط المعتبرة في﴾ كل من ﴿الخالع والمختلعة مشترطة هنا﴾ إجماعاً .

﴿وكذا يثبت أحكام الخلع هنا الإماوقع عليه الاستثناء ، منها أنها طلاقه بائنة﴾ لارجوع للزوج الى أن ترجع الزوجة في البذل ﴿ولارجوع لها فيه الامع امكان رجوعه في البضع .

﴿فاذا خرجت من العدة فلارجوع لها﴾ والاولى هنا اشتراط الزوج عليها الرجوع في البضع لورجعت هي في البذل . ويجوز لها الرجوع مع الامكان مطلقاً ولولم يرض ولم تشترطه كما مر في الخلع .

ويكفي هنا الكراهة المطلقة من كل منهما ولولم تبلغ الحد الذي يخاف منه الوقوع في الحرمة قطعاً .

﴿ويجوز أن يفادها بقدر ما وصل اليها منه﴾ من تمام المهر ﴿فمادون﴾ على الاشهر الاظهر ﴿ولا يحل له ما زاد عنه﴾ بلاخلاف .

(كتاب الظهار)

وهو فعال من الظهر، اختص به الاشتقاق لانه محل الركوب في الركوب والمرأة مركوب الزوج .

والمراد به هنا تشبيه المكلف من يملك نكاحها بظهر محرمة عليه أبدأ ينسب وأرضاع ، وهو محرم وان ترتب عليه الاحكام .

﴿وينعقد بقوله: أنت علي كظهر أمي﴾ قاصداً اليه اجماعاً مطلقاً ﴿وان اختلفت حرف الصلة﴾ بأن بدلت «أنت» بـ «هذه» أو زوجتي، أو فلانة، و«علي» بـ «مني» أو عندي ، أو معي. وعن الأكثر الانعقاد بقوله: أنت كظهر أمي. بحذف «علي» خلافاً للتحريم^(١)، ولا يخلو عن وجه، إلا أن الأول أحوط .

﴿وكذا يقع لو شبهها بظهر﴾ امرأة ﴿ذي رحم﴾ مطلقاً ﴿نسباً﴾ كان ﴿أرضاعاً﴾ على الأشهر الأقوى، بل ظاهر الصحيح^(٢) يشمل المحرمات الابدية ولو بالمصاهرة ، وبه أفتى جماعة ولا يخلو عن قوة خلافاً للأكثر .

﴿ولو﴾ شبهها بكلها، كأنت مثل أمي، أو بغير الظهر من الاعضاء، ف ﴿قال﴾: أنت كظهر أمي أو أيدها ﴿أوشبه عضو أمها﴾ بكلها، كأن يقول: يدك كأمي أو بأحد

(١) التحرير ٦١/٢ .

(٢) وسائل الشريعة ٥١١/١٥ ، ح ١٣ .

أعضائها ﴿لم يقع﴾ على الاظهر الاشهر، وفي الانتصار^(١) الاجماع. ﴿وقيل : يقع بـ﴾ سبب ﴿رواية^(٢) فيها ضعف﴾ ولكنه أحوط وان كان في تعينه نظر .
 ﴿ويشترط﴾ فيه ما يشترط في الطلاق ، فيعتبر فيه ﴿أن يسمع نطقه شاهدا عدل﴾ بلاخلاف ، وفي الانتصار^(٣) وعن الحلبي الاجماع .
 ﴿وفي صحته مع﴾ التعليق على ﴿الشرط﴾ كأن يقول: أنت علي كظهر أمي ان فعلت كذا. غير قاصد للزجر أو البعث ، فانه مع القصد اليهما يمين لم يقع به باجماعنا فتوى ونصاً^(٤) ﴿روايتان﴾ الآن ﴿أشهرهما : الصحة﴾ بعد تحقق الشرط والثانية عدم الصحة^(٥) مطلقاً، وعليه الاجماع في الانتصار^(٦)، وهو الأقوى ولكن الاول أحوط وأولى .

﴿ولا يقع في يمين﴾ أي اذا جعل جزاءً على فعل أو ترك قصداً للزجر أو البعث اجماعاً .
 ﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ يقع اذا قصد به ﴿اضرار﴾ الزوجة وفاقاً لجماعة، خلافاً لآخرين وهو أحوط ﴿ولا﴾ في ﴿حال غضب﴾ مطلقاً وان لم يرتفع معه القصد أصلاً ﴿ولا سكر﴾ بلاخلاف .
 ﴿ويعتبر في المظاهر البلوغ، وكمال العقل، والاختيار، والقصد﴾ بلاخلاف ولا يشترط الحرية، فيقع من العبد اجماعاً . ولا الاسلام ، فيصح من الكافر وفاقاً للأكثر خلافاً للشيخ .

(١) الانتصار ص ١٤٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥/١٧٠ ، ج ٢ .

(٣) الانتصار ص ١٤٢ .

(٤) وسائل الشيعة ١٥/٥٠٩ ، ج ١ .

(٥) في « خ » : التحق .

(٦) الانتصار ص ١٤٢ .

﴿وفي المظاهرة﴾ وقوعه في ﴿طهر لم يجامعها فيه اذا كان زوجها حاضراً﴾
 أوفي حكمه ﴿ومثلها تحيض﴾ بخلاف ، بل في كلام جمع الاجماع .
 ﴿وفي اشتراط الدخول﴾ بها ﴿تردد﴾ واختلاف ﴿و﴾ لكن ﴿المروي﴾
 في الصحيحين ^(١) ﴿الاشتراط﴾ وهو أظهر وفقاً للاكثر .
 ﴿وفي وقوعه بالمتمتع بها قولان، أشبههما﴾ وأظهرهما ﴿الوقوع . وكذا﴾
 القولان في وقوعه ﴿بالموطوعة بالملك﴾ والاشهر الاظهر أنه كالاول وفي قوله:
 ﴿والمروي﴾ ^(٢) أنها كالحرة ﴿سيما بعد الحكم بالوقوع صريحاً في السابق نوع
 ايماء الى التردد ، وليس في محله .

(وهنا مسائل :)

﴿الاولى : الكفارة تجب بالعود﴾ لابعيد الظهار اجماعاً ﴿وهو﴾ أي
 العود ﴿ارادة الوطيء﴾ على الاظهر الاشهر ، وقيل : بامساكها بالعقد الاول زماناً
 وان لم يرد الوطيء .
 ﴿والاقرب﴾ الاشهر ﴿أنه لا استقرار لوجوبها﴾ بمجرد الارادة بحيث تازمه
 مع انتفائها ، بل وجوبها شرطي بمعنى تحريم الوطيء بدونها ، خلافاً للتحريم ^(٣)
 وظاهر العبارة عدم وجوب الكفارة بارادة مقدمات الوطيء من اللمس والقبلة ،
 وهو أصح القولين في المسألة وأشهرهما ، وعن الخلاف ^(٤) نفي الخلاف عنه .
 واعلم أن الوطيء انما يحرم بالظهار عليه لاعليها ، الا اذا تضمن الاعانة على
 الاثم فيحرم لذلك للظهار ، فلو تشبهت عليه على وجه لا تحرم عليه أو استدخلته

(١) وسائل الشريعة ٥١٦/١٥ ، ب ٨ .

(٢) وسائل الشريعة ٥٢٠/١٥ ، ب ١١ .

(٣) التحرير ٦٢/٢ .

(٤) الخلاف ١٦/٣ .

وهو نائم مثلاً لم يحرم عليها .

﴿الثانية : لو طلقها وراجع في العدة لم تحل﴾ مجامعتها ﴿حتى يكفر﴾
اجماعاً .

﴿ولو﴾ طلقها بائناً أو رجعيّاً وقد ﴿خرجت﴾ من العدة ﴿فاستأنف﴾
النكاح ﴿فانه﴾ ﴿فيه روايتان﴾^(١) ، أشهرهما ﴿وأظهرهما﴾ : ﴿أنه لا كفارة﴾ عليه ،
والرواية الثانية باثبات الكفارة ، وعليها الديلمي والحلي ، والاجود حملها على
الاستحباب أو على صورة ارادة الفرار عنها بالطلاق كما في الخبر^(٢) ، لكنه مع
ارساله شاذ .

﴿الثالثة: لو ظاهر من أربع﴾ نسوة ﴿بلفظ واحد﴾ فقال: أنتن علي كظهر
أمي ﴿لزمه أربع كفارات﴾ على الاشهر الاظهر .
﴿وفي رواية﴾^(٣) ﴿موثقة أن عليه﴾ كفارة واحدة ﴿عمل بها الاسكافي، وحملت
على الوحدة الجنسية ، ولا بأس به جمعاً بين الأدلة .

﴿وكذا البحث لو كرر ظهار﴾ المرأة ﴿الواحدة﴾ فيأزمه بكل مرة كفارة
على حدة ، والاشهر الاظهر أنه لا فرق في الحكم بين تراخي أحدهما عن الآخر
أوتواليهما ، بقصد التأكيد كان أم لا ، تعدد المشبهة بها أم لا ، تخلل التكفير بينهما
أم لا ، اتحد المجلس أم تعدد . وفي المسألة أقوال آخر .
﴿الرابعة : يحرم الوطء قبل التكفير﴾ انفاقاً .

﴿فلو وطئ عامداً لزمه كفارتان﴾ احداهما للظهار ، والاخرى للمواقعة بلا
خلاف الامن نادر . واحترز بالعامد عن الجاهل والناسي ، فيغتفر في حقهما التعدد .

(١) وسائل الشيعة ٥١٨/١٥ .

(٢) وسائل الشيعة ٥١٩/١٥ ، ج ٦٠ .

(٣) وسائل الشيعة ٥٢٤/١٥ ، ج ٦٠ .

﴿ولو كرر﴾ الوطىء ﴿لزمه بكل وطيء كفارة﴾ مطلقا كفر عن الاول أم لا على الأشهر الأقوى .

﴿الخامسة : إذا أطلق الظهار حرمت مجامعتها حتى يكفر﴾ اجماعاً .
﴿ولو علقه بشرط﴾ من غير وجه يمين ﴿لم تحرم حتى يحصل الشرط﴾ فتحرم حينئذ ان قلنا به وفاقاً للاكثر .

﴿وقال بعض الاصحاب :﴾ وهو الشيخ في النهاية^(١) ﴿أوبو واقع﴾ وهو عطف على قوله «يحصل الشرط» يعني : انها تحرم بأحد الامرين ﴿وهو بعيد﴾ ان حمل على اطلاقه ﴿ويقرب اذا كان الوطىء هو الشرط﴾ ثم ان كان هو الوطىء تحقق بالنزع، فتحرم الواقعة^(٢) قبل الكفارة، ولا تجب قبله وان طال مدته على أصح القولين .

﴿السادسة : إذا عجز عن الكفارة﴾ وخصالها الثلاث وابدائها ان قلنا بها سوى الاستغفار ﴿قيل :﴾ والقائل الاكثر ﴿يحرم وطؤها حتى يكفر، وقيل :﴾ والقائل الحلبي ﴿تجزى بالاستغفار، وهو أشبه﴾ ولكن الاول أحوط بل وأظهر .
﴿السابعة :﴾ اذا لم يرد الوقاع وصبرت المظاهرة فلم ترافعه الى الحاكم أولم تكن ذات حق كالمملوكة والمتمتع بها ، والا رفعت أمرها الى الحاكم ليخيره بين العود والتكفير وبين الطلاق . وان أبى عنهما كان ﴿مدة التربص﴾ التي تنتظر فيها في أمره ﴿ثلاثة أشهر من حين المرافعة﴾ .

﴿وعند انقضائها﴾ مع عدم اختياره أحد الامرين يحبس و﴿يضيق عليه﴾ في المطعم والمشرب ، بأن يمنع عما زاد على سد الرق ﴿حتى يفسى﴾ أي يرجع ﴿أو يطلق﴾ ويختار أحد الامرين، ولا يجبر على أحدهما بل يخير بينهما، بلا خلاف في شيء من ذلك، وفي كلام جماعة الاجماع .

(١) النهاية ص ٥٢٥ .

(٢) في « ن » : المعاودة .

(كتاب الايلاء)

وهو مصدر ألى يؤلى ، اذا حالف مطلقاً، هذا لغة . وأما شرعاً فهو: الحالف على ترك وطىء الزوجة الدائمة المدخول بها قبلاً، أو مطلقاً أبدأً، أو مطلقاً من غير تقييد بزمان ، أو به مع زيادته على أربعة أشهر الاضرار بها ، فهو فرد من أفراد الايلاء الكلبي أطلق عليه . وحيث اختل أحد هذه القيود لم ينعقد ايلاء ويكون يميناً مع اجتماع شروطها .

والفرق بينهما مع اشتراكهما في الحالف والكفارة، جواز مخالفة اليمين في الايلاء بل وجوبها على وجه ولو تخييراً مع الكفارة دون اليمين المطلقة وعدم اشتراط انعقاده مع تعلقه بالمباح بأولويته ديناً أو دنيأً أو تساوي طرفيه ، بخلاف مطلق اليمين فيشترط فيها ذلك. واشتراطه بالاضرار بالزوجة كما علم من تعريفه، بخلاف مطلق اليمين فلا يشترط فيها ذلك. واشتراطه بدوام عقد الزوجة كما عرفت ، بخلاف اليمين المطلقة . وانحلال اليمين على ترك وطئها بالوطىء دبراً مع الكفارة دون الايلاء، الى غير ذلك من الاحكام المختصة بالايلاء المذكورة في بابه .

﴿ولا ينعقد الا باسم الله سبحانه﴾ المختص به أو الغالب فيه كاليمين المطلقة بلا خلاف بيننا .

﴿و﴾ عليه ف ﴿لو حلف﴾ على ترك وطئها ﴿بالطلاق أو العتاق لم يصح﴾
بلاخلاف بيننا، ومثله ما لوقال: ان أصبتك فعلي كذا. بل أولى بعدم الوقوع، لانه
كناية لا يقع به عندنا وان ذكر اسم الله تعالى .

﴿ولا ينعقد الا في اضرار﴾ بلاخلاف ﴿فلو حلف لصلاح لم ينعقد﴾، كما لو
حلف لاستضرارها بالوطئ أو لصلاح اللين ﴿.﴾

﴿ولا ينعقد﴾ أيضاً ﴿حتى يكون مطلقاً﴾ غير مقيد بزمان ﴿أو﴾ مقيداً به
مع كونه ﴿أزيد من أربعة أشهر﴾ بلاخلاف، وفي كلام جماعة الاجماع .

﴿ويعتبر في الدولي الباوغ، وكمال العقل، والاختيار، والقصد﴾ الى مدلول
اللفظ، فلا يقع من الصبي والمجنون والمكره والساهي والنائم والغائب به ،
ونحوهم ممن لا يقصد اليبلاء .

﴿وفي المرأة الزوجية﴾ فلا يقع بالاجنبية ولا الموطوءة بالمالك ﴿والدخول﴾
بها فلا يقع بغير المدخول بها .

﴿وفي وقوعه بالمتنع بها قولان، والمروي﴾ في الصحيح ^(١) ﴿أنه لا
يقع﴾ وهو أقوى وأشهر، والقول الثاني للنفقي . وحيث لم ينعقد انعقد بميناً ان
اجتمع شرائطها كما مر .

وحيث وقع اليبلاء وانعقد، فان صبرت فلا بحث، وان مضت المدة فصاعداً
وله وطئها في المدة وبعدها ، وعليه الكفارة في المقامين بلاخلاف في الاول ،
وفي كلام جماعة الاجماع، وعلى الاشهر الاقوى في الثاني أيضاً، وعن الخلاف ^(٢)
عليه الاجماع، خلافاً للشيخ فلا كفارة عليه .

﴿واذا﴾ لم تصبر بترك وطئها ﴿ورافعته﴾ الى الشرع ﴿أنظره الحاكم

(١) تهذيب الاحكام ٨/٨، ح ٢٢ .

(٢) الخلاف ٩/٣ .

أربعة أشهر ﴿ من حين الایلاء، فان فاء بعد الانظار فلا بحث .

﴿وان أصر على الامتناع ثم رافعته بعد المدة، خيره الحاكم بين الفیئة والطلاق﴾ بلاخلاف للمعتبرة ^(١) وظاهرها كالعبرة وصريح الجماعة عدم جواز اجباره على أحد الامرین على التعین . وينبغي تقييده بما اذا حصل أحدهما بتخييره، والا فلو امتنع من أحدهما كالفیئة مثلاً أمكن اجباره على الطلاق للصحيح ^(٢)، وهو اجبار بحق .

ثم الفیئة تتحقق في القادر على الوطء به ولو بمسماه، بأن تغيب الحشفة وان لم ينزل، وفي العاجز عنه باظهار العزم عليه في أول أوقات الامكان .

﴿فان امتنع﴾ عن الامرین ﴿حبسه﴾ الحاكم ﴿وضيق عليه في المطاعم والمشرّب حتى يكفر ويفيء أو يطلق﴾ بلاخلاف الا في الكفارة ففيها الخلاف كما عرفته .

﴿واذا طلق وقع﴾ الطلاق ﴿رجعياً﴾ حيث لا سبب للبينونة ﴿وعليها العدة من يوم طلقها﴾ اجماعاً في لزومها، ووفقاً للاكثر في الاول، وقيل : يقع بائناً وهو شاذ .

﴿ولو﴾ اختلفا ﴿ادعى﴾ المولى ﴿الفیئة وأنكرت﴾ هي ﴿فالقول قوله مع يمينه﴾ بلاخلاف .

﴿وهل يشترط في ضرب المدة المرافعة﴾ فلا تحسب الا من حينها ؟ ﴿قال الشيخ﴾ وأكثر الاصحاب : ﴿نعم، والروایات مطلقة﴾ وظاهرها أن الضرب من حين الایلاء، ولعله الاقوى وفاقاً لجماعة . وعلى المختار فلولم ترافعه حتى انقضت المدة أمره بأحد الامرین متخيراً .

(١) وسائل الشیعة ٥٤٣/١٥، ج ١٣ .

(٢) وسائل الشیعة ٥٤٤/١٥، ج ٣ .

[في بيان الكفارات]

﴿ولنتبع ذلك﴾ أي بحث الإيلاء والظهار ﴿بذكر الكفارات﴾ من حيث تضمنها الكفارة ﴿وفيه مقصدان﴾ :

﴿الاول : في حصرها﴾ وبيان أقسامها ﴿وتنقسم الى مرتبة ومخيرة ، وما يجتمع فيه الامران ، وكفارة الجمع﴾ فأقسامها أربعة :

﴿فـ﴾ الاول : وهي ﴿المرتبة : كفارة الظهار ، وهي عتق رقبة ، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فان لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً﴾ اجمالاً .
﴿ومثلها﴾ في الخصال الثلاث وترتيبها ﴿كفارة قتل الخطأ﴾ على الاشهر الاقوى ، وعن المبسوط ^(١) وفي المسالك نفي الخلاف عنه . وقيل : مخيرة . ولا ريب في ضعفه .

ومثلها كفارة الجماع في الاعتكاف الواجب عند الصدوق وجماعة ، خلافاً للاكثر فمخيرة ، وهو أظهر ولكن الاول أحوط .

ومثلها كفارة من حلف بالبراءة على قول .

﴿و﴾ مثلها في الترتيب خاصة ﴿كفارة من أفطر يوماً من قضاء شهر رمضان بعد الزوال عامداً﴾ فانها ﴿اطعام عشرة مساكين ، فان لم يجد صام ثلاثة أيام متتابعات﴾ على الاشهر الاظهر ، وفي الانتصار ^(٢) والغنية ^(٣) الاجماع ، وفي المسألة أقوال آخر منتشرة .

﴿والمخيرة : كفارة﴾ من أفطر في ﴿شهر رمضان﴾ مع وجوب صومه عليه بما يوجبها ﴿وهي عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو اطعام ستين مسكيناً﴾

(١) المبسوط ٢٤٥/٧ .

(٢) الانتصار ص ٦٩ .

(٣) الغنية ص ٥٠٩ .

مطلماً على الأشهر الأقوى وفي الانتصار والغنية الاجماع، وفي المسألة أقوال أخر ضعيفة الا القول بأنها كفارة جمع في الافطار بالمحرم، فان فيه قوة .

﴿ومثلها﴾ في الخصال والتخير ﴿كفارة من أفطريوماً مندوراً على التعيين﴾ من غير عذر على الاظهر، وفي الانتصار الاجماع .

﴿و﴾ مثلها في الامرين ﴿كفارة خلف العهد على التردد﴾ من الخبرين^(١) بذلك، ومن الاصل مع ضعف سندهما، فيلزم الاقتصار على القدر المتيقن وهو كفارة اليمين، والاصح الاول وفاقاً للاكثر وفي الغنية الاجماع .

﴿وأما كفارة خلف النذر فيه﴾ أقوال كثيرة، ولكن ﴿قولان﴾ منها مشهوران أظهرهما وأشهرهما : انها كفارة الافطار في شهر رمضان، وفي الانتصار والغنية الاجماع ﴿وأشبههما﴾ عند جماعة ﴿أنها﴾ كفارة ﴿صغيرة﴾ أي كفارة يمين . ﴿و﴾ أما ﴿ما فيه الامران﴾ التخير والترتيب فـ ﴿كفارة اليمين﴾، وهي عتق رقبة، أو اطعام عشرة مساكين أو كسوتهم، فان لم يجد شيئاً من ذلك ﴿صام ثلاثة أيام متتابعات﴾ بالنص^(٢) والاجماع .

ومثلها كفارة خدش المرأة وجهها حتى أدمت، وبتفها شعر رأسها في المصاب على المشهور كما يأتي .

﴿و﴾ أما ﴿كفارة الجمع﴾ فـ ﴿قتل المؤمن عمداً عدواناً، وهي عتق رقبة، وصيام شهرين متتابعين، واطعام ستين مسكيناً﴾ اجماعاً .

ومثلها كفارة من أفطر على محرم في شهر رمضان على قول قدمر، ولا يخلو عن وجه .

وهنا ﴿مسائل ثلاث :﴾

(١) وسائل الشريعة ٥٧٦/١٥ ، ب ٢٤ .

(٢) وسائل الشريعة ٥٦٠/١٥ ، ب ١٢ .

﴿الاولى: قيل:﴾ كما عن الشيخين وجماعة من القدماء ﴿من حلف بالبراءة﴾ من الله تعالى ورسوله والائمة الميامين من آله ﷺ على الاجتماع أو الانفراد ﴿لزمته كفارة ظهار﴾ فان عجز فكفارة يمين اما بمجردة أو بعد الحنث على الخلاف بينهم، والاقوى وفاقاً للحلي وأكثر المتأخرين أنه لا كفارة فيه مطلقاً، وفي الخلاف الاجماع، ولكن الاول أحوط. وفي المسألة قولان آخران، هذا ولا ريب في تحريمه بل ويحتمل الكفر في بعض صورته .

﴿ومن وطئ﴾ المرأة ﴿في الحيض عامداً﴾ لزمه دينار في أوله ونصف في وسطه وربيع في آخره ﴿على قول مشهور﴾ وهو أحوط لولم يكن أقوى، وقد مضى البحث هنا في بحث أحكام الحيض .

﴿ومن تزوج امرأة في عدتها فارقتها وكفر بخمسة أصواع من دقيق﴾ وجوباً عند جماعة، وكذا التزويج بذات البعل، ولا فرق في العدة بين الرجعية والباطنة ولا في التزويج بين العالم والجاهل. وقيل: لا تجب الكفارة هنا مطلقاً. وعليه أكثر المتأخرين، والمسألة محل توقف، ولا ريب أن الاحوط الوجوب .

﴿ومن نام عن﴾ صلاة ﴿العشاء الاخرة حتى جاوز﴾ وقتها وهو نصف الليل ﴿قضاها﴾ أصبح صائماً ﴿وجوباً عند جماعة من القدماء، وفي الانتصار﴾^(١) والغنية^(٢) الاجماع، خلافاً للحلي وأكثر المتأخرين فاستحباً، والاول أقوى . ولا فرق بين النائم كذلك عمداً أو سهواً .

ولا يلحق ناسي غير العشاء بناسيها. وفي الحاق السكران بالنائم قول ضعيف وكذا المتعمد لتركها، والناسي لها من غير نوم .

ولو أفطر ذلك اليوم، فلا قوى عدم الكفارة. ولو سافر فيه لضرورة أو غيرها

(١) الانتصار ص ١٦٥ .

(٢) الغنية ص ٥٠٩ .

مطلقاً أفطره ولا قضاء على الأقوى، لكن يجب ترك السفر غير الضروري تحصيلاً للواجب، وكذا للمرض أو حاضت المرأة أو وافق العيد أو أيام التشريق، ولو صادف يوماً معيناً تداخل .

واعلم أن قول المصنف «من وطئ المرأة في الحيض» إلى هنا مقول لقوله «قيل» بدلالة قوله: ﴿والاستحباب في الكل أشبه﴾ والمختار فيها ما عرفت .
﴿الثانية: في جز المرأة شعر رأسها في المصاب كفارة شهر رمضان﴾ مخيرة وفقاً للشيخ وجماعة .

﴿وقيل:﴾ كداعن الديلمي والحلي أنها ﴿كفارة﴾ ظهار ﴿مرتبة﴾ وفي الانتصار^(١) وغيره الإجماع ، وهو أحوط أن لم نقل بكونه أظهر .
ويظهر من العبارة عدم الخلاف في أصل وجوبها ، وفي الغنية^(٢) الإجماع عليه، فلا ريب فيه وإن تأمل فيه بعض المتأخرين . وليس في النص^(٣) وكلام بعضهم التقييد بالمصاب، بل الحكم فيهما مطلق، وهو أحوط وإن كان للتقييد وجه .
والأحوط بل الأقرب عدم فرق بين جز كل الشعر والبعض . وفي الحاق الحاق والاحراق بالجز اشكال، ولكنه أحوط .

﴿وفي نتفه﴾ وهو قلعه، بخلاف الجز فانه قرضه ﴿في المصاب كفارة يمين وكذا في خدشها وجهها، وكذا في شق الرجل ثوبه لموت ولده أو زوجته﴾ على الأشهر الأظهر ، بل صرح جمع بعدم الخلاف ، وفي الانتصار^(٤) والسرائر^(٥) الإجماع ، والامر في التقييد بالمصاب كما مر .

(١) الانتصار ص ١٦٦ .

(٢) الغنية ص ٥٠٩ .

(٣) وسائل الشيعة ١٥ / ٥٨٢ ، ب ٣١ .

(٤) الانتصار ص ١٦٦ .

(٥) السرائر ص ٣٦٢ .

والاقوى تقييد الخدش بالادماء وفاقاً لجماعة، خلافاً لاطلاق العبارة وغيرها والمعتبر منه مسماه ، فلا يشترط استيعاب الوجه، ولا شق جميع الجلد. ولا يلحق به خدش غير الوجه وان أدمى ، ولا لطمه مجرداً .

ويعتبر في الثوب مسماه عرفاً، قيل: ولا فرق فيه بين الملبوس وغيره، ولا بين شقه ملبوساً ومنزوعاً، ولا بين استيعاب الشق وعدمه . وهو أحوط وان كان التعميم للاخيرين من الشقين الاولين نظر .

ولا فرق بين الولد للصلب وولد الولد وان نزل ذكرأ أو أنثى لذكر، وفي ولد الانثى قولان ، أجودهما : عدم اللحق ، ولكن اللحق أحوط .

وظاهر الزوجة في النص^(١) والفتوى هو الدائمة، فلا يعم الحكم المتمتع بها خلافاً لجماعة فساووا بينهما، وهو أحوط وأولى. ولا الموطوءة بالملك وان كانت سرية أو أم ولد .

ثم مقتضى الاصول حرمة شق الثوب مطلقاً ولو على الاب والاخ ، خلافاً لجماعة فأجازوه فيهما، والاحوط الاولى ما قدمناه. ولا كفارة في شق المرأة على الميت مطلقاً ولداً كان أو زوجاً ، وان حرم قولاً واحداً .

﴿الثالثة: من نذر صوم يوم﴾ معين ﴿فعجز عنه، تصدق باطعام مسكين مدين من طعام﴾ عند الشيخ في النهاية^(٢)، لرواية^(٣) ضعيفة لا تصلح مخصصة لاصل البراءة وعليه هنا جماعة، وهو في غاية القوة وان كان الاحوط ما في النهاية .

﴿فان عجز عنه تصدق بما استطاع ، فان عجز﴾ أصلاً ﴿استغفر الله تعالى﴾ ولم أقف على مستنده ان أريد به الوجوب والا فلا استحباب لابأس به .

(١) وسائل الشريعة ٥٨٢/١٥ ، ب ٣١ .

(٢) النهاية ص ٥٧١ .

(٣) وسائل الشريعة ١٩٥/١٦ ، ب ١٢ .

﴿المقصد الثاني : في﴾ بيان ﴿خصال الكفارة﴾ وأحكامها .
 ﴿وهي﴾ كثيرة لأن المهم الذي يجب التعرض لذكره هنا هو الخصال الأربع المشهورة ، أعني : ﴿العتق ، والاطعام ، والكسوة ، والصيام﴾ .
 ﴿أما العتق : فيعتن على الواجد في﴾ الكفارة ﴿المرتبة﴾ دون المخيرة .
 ﴿ويتحقق﴾ الوجدان ﴿بملك الرقبة﴾ مع عدم الاحتياج إليها لضرورة كالخدمة ﴿و﴾ ملك ﴿الثلث﴾ لها كذلك ﴿مع امكان الاتباع﴾ .
 ﴿ولا بد من كونها مؤمنة أو مسلمة﴾ اذا كانت كفارة عن القتل مطلقاً ولو كان عمداً اجماعاً .

والاكثر على اشتراط الاسلام في مطلق الكفارة ، وفي الانتصار^(١) وغيره الاجماع خلافاً لجماعة فلا يشترط ، والاول أظهر وأحوط .
 والمولود المتولد من المسلمين أو أحدهما مخير فيما عدا القتل قولاً واحداً وكذا فيه عند الاكثر خلافاً للاسكافي فالبالغ ، وهو أحوط ان لم نقل بكونه أظهر .
 وظاهر المصنف والاكثر عدم اشتراط الايمان بالمعنى الاخص ، بل قيل : اجماعاً ، فان تم والا فاشتراطه لا يخلو عن وجه وفقاً لجمع مع أنه أحوط .
 وفي جواز عتق المسيبي من أطفال الكفار ان انفرد به السابي المسلم عن أبويه قولان ، المشهور كما قيل الثاني ، وهو أحوط ان لم نقل بكونه أظهر . ولا يجزي عتق الحمل اجماعاً .

﴿و﴾ يعتبر ﴿أن تكون سليمة من العيوب التي تعتق بها﴾ قهراً ، وهي الاعقاد والعمى ، والجذام ، والتنكيل الصادر من المولى بلا خلاف . ولا يشترط السلامة من غيرها على الاشهر الأقوى ، فيجزى الاعور ، والاعرج ، والاقرع ، والخصي ، والاصم ، ومقطوع الاذنين واليدين ولو مع احدى الرجلين ، والمريض وان مات في مرضه .

﴿وهل يجزي المدبر؟ قال﴾ الشيخ ﴿في النهاية^(١): لا﴾ يجزي ﴿و﴾ قال ﴿في غيرها﴾ وهو المبسوط^(٢) ﴿بالجواز ، وهو أشبه﴾ وأشهر . كل ذا مع عدم نفص التدبير أولاً ، والانيجزي قولاً واحداً . ويجزى اعتاق المكاتب المشروط قبل الايفاء ، والمطلق الذي لم يؤد شيئاً على الأشهر الاقوى ، أما المؤدي - ولو بعضاً - فلا قولاً واحداً .

﴿و﴾ كذا ﴿يجزىء الا بق مالم يعلم موته﴾ وفقاً للاكثر ، وعن الحلبي الاجماع ، وفي المقام قولان آخران .

﴿و﴾ كذا ﴿أم الولد﴾ مطلقاً مات ولدها أم لا اجماعاً في الاول ، وكذا في الثاني الا من الاسكافي .

وكذا ولد الزنا بعد بلوغه واسلامه على الأشهر الاقوى ، خلافاً لجماعة من القدماء فمنعوا عنه ، وهو أحوط وأولى .

﴿وأما الصيام : فيتعين مع العجز عن الرقبة﴾ ولو أدناها ﴿في﴾ الكفارة المرتبة .

ويتحقق بفقد مامر من أسباب القدرة ، ومنه الاحتياج الى الثمن للنفقة ، والكسوة له ولعياله الواجب النفقة ، ووفاء دينه وان لم يطالب به .

وهل المعتبر في النفقة الكفاية على الدوام ، بأن يملك ما يحصل من نمائه ما يقوم بكفايته في كل سنة أوقوت السنة أو اليوم واليلة فاضلاً عما يحتاج اليه في الوقت الحاضر من الكسوة والامتنعة ؟ أوجه ، خيرها أوسطها وان كان الاخير أحوطها . ولوتكلف العادم العتق أجراً مطلقاً .

﴿ولاتباع ثياب البدن ولا المسكن في الكفارة ، اذا كان﴾ كل منهما ﴿قدر

(١) النهاية ص ٥٦٩ .

(٢) المبسوط ٢١٣/٦ .

الكفاية ﴿ ولا الخادم ﴾ اذا كان كذلك بلاخلاف .

﴿ ويلزم الحر في كفارة قتل الخطأ والظهار ﴾ بعد العجز عن العتق ﴿ صوم شهرين متتابعين ﴾ بلاخلاف ، بل عليه الاجماع في كلام جمع .
﴿ و ﴾ أما ﴿ المملوك ﴾ فالاشهر الاظهر أن عليه ﴿ صوم شهر ﴾ وليس عليه صدقة ولاعتق ، خلافاً لجماعة فكالحره عليه شهران .

ثم ان المتتابع هنا ليس الدراد به معناه لغة وعرفاً ﴿ فاذا صام الحر شهر أو من الثاني شيئاً ولو يوماً أتم ﴾ اجماعاً ، والاكثر على جواز التفريق بعد ذلك اختياراً ، خلافاً لجماعة من أعيان القدماء فيأثم ، وفي الانتصار^(١) والغنية^(٢) الاجماع ، وهو أحوط وأولى .

وفي تحقق المتتابع بخمسة عشر يوماً في الشهر الواحد كفرض العبد والناذر قولان ، أشهرهما وأظهرهما : ذلك .

﴿ ولو أفطر قبل ذلك ﴾ ولو بعد تمام الشهر الاول واليوم الرابع عشر في فرض الاخر ﴿ أعاد ﴾ اجماعاً ، وفي حكمه الاخذ في الصيام في الزمان الذي يحصل معه المتتابع ، ولو كان صائماً بعده بلاخلاف .

فلا يجوز له أن يتبدى زماناً لا يسلم فيه ﴿ إلا ﴾ اذا كان عدم السلامة ﴿ لعذر ﴾ شرعي ﴿ كالحيض ، والنفاس ، والاعماء ، والمرض ، والجنون ﴾ فيجزىء حينئذ بلاخلاف . وكذا المحكم في غير ما ذكر من الاعذار العارضة في الانشاء بغير اختيار مع عدم العلم بعروضها ، كالسفر الضروري .

وانما اعتبرنا عدم العلم بالعروض ، لانه معه يكون في ترك المتتابع كالمختار ، وليس ذلك شرطاً في الحيض ، الا اذا اعتادته فيما زاد على شهرين فيعتبر مع احتمال

(١) الانتصار ص ١٦٧ .

(٢) الغنية ص ٥١٠ .

العدم مطلقا ، ولكن الاحوط مراعاة الاستثناء .

ولا كذلك النفاس ، فلا يجوز للمرأة ابتداء بزمان تقطع بعدم السلامة منه فيه ، وإن ابتدأت بالصوم في زمان لاتعلم بحدوثه جاز وإن احتمل . والأصح وجوب المبادرة بعد زوال العذر ، وفيه قول بالعدم ضعيف . والمراد بالوجوب هنا هو الشرطي بمعنى توقف التابع عليه ، والأفالشرعي لادليل عليه .

﴿وأما الاطعام : فيتمين في﴾ الكفارة ﴿المرتبة مع العجز عن الصيام﴾ بالمرض المانع منه ، وما حصل به مشقة جديدة وإن رجا براءه ، وما خيف عس زيادته ونحو ذلك ، لا السفر الامع تعذر الإقامة . وحيث انتقل الفرض اليه يتخير فيه بين التسليم الى المستحق وبين أن يطعمه بلاخلاف .

﴿و﴾ على الاول ففي مقدار ما ﴿يجب اطعام العدد﴾ به أقوال ، أشهرها وأظهرها أنه يعطى ﴿لكل واحد مد من طعام ، وقيل : مدان مع القدرة﴾ ومد مع الضرورة ، والقائل الشيخ في المبسوط^(١) والنهاية^(٢) وتبعه ابن حنزة ، وهو أحوط . ويستحب أن يزيد على المد حفنة لمؤونة نحو طحنه وخبزه إن توقف عليه ، وأوجه الاسكافي .

وعلى الثاني قدر في الأشهر الاظهر بالاشباع ولو مرة ، كأن يطعموا ضحى أو عشي .

﴿ولايجوز اعطاؤه لمادون العدد﴾ بلاخلاف .

﴿ولايجوز التكرار﴾ عليه بقدر العدد ﴿في الكفارة الواحدة مع التمكن﴾ من تمام العدد بلاخلاف .

﴿و﴾ هل ﴿يجوز مع العذر﴾ لفقد العدد في البلد مع تعذر الايصال اليه

(١) المبسوط ١٧٧/٥ .

(٢) النهاية ص ٥٦٩ .

من غيره ؟ قولان ، أشهرهما وأظهرهما : ذلك ، بل لم أنف فيه على مخالف .
واحترز بالواحدة عن المتعددة ، لجواز التكرار فيها بقدرها بلاخلاف .
﴿و﴾ الواجب في الجنس أن ﴿يطعم ما يغلب على قوته﴾ وفاقاً لجماعة ،
خلافاً للخلاف فكل ما يسمى طعاماً مدعياً عليه لوفاق ولا بأس به ، والاولى الاختصار
على اطعام المد من الحنطة والشعير كما في الصحيح^(١) وغيره .
﴿ويستحب﴾ أيضاً ﴿أن يضم اليه اداماً﴾ ولا يجب وفاقاً للاكثر ، وان كان
الوجوب - كما عن المفيد والديلمي - أحوط . والمراد بالادام ما جرت العادة
بأكله مع الخبز ، مائماً كان كالدبس أو جامداً كالجبين واللحم ، وهو مختلف بحدب
الجنس نفاسة ورداءة .

﴿وأعلاه اللحم ، وأوسطه الخل﴾ والزيت ﴿وأدناه الملح﴾ .
﴿ولا يجوز﴾ اطعام الصغار ﴿اذا كانوا﴾ منفردين ﴿بعدد السنين﴾ بلاخلاف
﴿ويجوز﴾ اطعامهم اذا كانوا ﴿منضمين﴾ مع الكبار ، كما عليه الشيخ فـي
المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) نافياً عنه الخلاف ، فهو الحجة ان سم لا الصحيح^(٤)
المسوي بينهم وبين الكبار ، لانه ظاهر في صورة التسليم لا الاشباع ، ولا خلاف
فيها كما في المسالك وغيره ، مع أن في الموثق : لا يجوز اطعام الصغير في كفارة
اليمين ، ولكن صغيرين بكبير^(٥) . وهو مطلق اهورتي الانفراد والاجتماع ، الا
أنهم حملوه على الاولى فقالوا :

﴿ولو انفردوا احتسب الاثنان بواحد﴾ جمعاً ، وهو حسن الآن العمل باطلاق

(١) وسائل الشيعة ٥٦٦/١٥ ، ح ٨٣ .

(٢) المبسوط ١٧٨/٥ .

(٣) الخلاف ٢٧/٣ .

(٤) وسائل الشيعة ٥٧٠/١٥ ، ح ٣٣ .

(٥) وسائل الشيعة ٥٧٠/١٥ ، ح ١٣ .

الموثق أحوط وأولى، فيعد الصغير ان بكبير مطلقاً وفاقاً لابن حنزة ، وهو ظاهر اطلاق الاسكافي والصدوق في المقنع^(١) ، لكن في كفارة اليمين خاصة ، وظاهرهما كالموثقة وغيرها جواز اطعام الصغار فيما عداها وأنهم كالكبار ، لكن الاطلاق أحوط وأولى ، وأحوط منه عدم اطعام الصغار مطلقاً كما عليه المفيد وان كان نادراً .

وهنا ﴿مسائل :﴾

﴿الاولى : كسوة الفقير ثوبان مع القدرة﴾ وثوب مع الضرورة عند الشيخ وجماعة .

﴿وفي رواية﴾ صحيحة بل روايات^(٢) مسنفة أنه ﴿يجزىء الثوب الواحد﴾ مطلقاً ﴿وهو أشبه﴾ وأشهرين من تأخر ، ولكن الاول أحوط ، وأحوط منه القول بالثوبين مطلقاً كما عليه جماعة من القدماء .

والمعتبر من الكسوة ما يحصل به ستر العورة مع صدق الكسوة عليه عرفاً ، كالجبة والقميص والسراويل دون الخف والقلنسوة ، بلاخلاف ولاشكل الا في السراويل ففيه اشكال وقول بالعدم ، وظاهر الاصحاب جواز اعطاء الكسوة للصغار مطلقاً ، ويستحب الجديد خاما كان أو مقصوراً ، ويجزىء غيره اذا لم يكن منخرقاً ولا منسحقاً ، وهما لا يجزيان .

وجنس ما اعتيد لبسه ، كالقطن والكتان والصوف والحريز المتمزج أو المحض للنساء دون الخنثائي والكبار ، والفرو والجلد المعتادين ، والقنب والشعير ان اعتيد لبسهما .

﴿وكفارة الالباء مثل كفارة اليمين﴾ بلاخلاف .

(١) المقنع ص ١٣٦ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥ / ٥٦٨ ، ب ١٥ .

﴿الثانية : من عجز عن العتق فدخل في الصيام ثم تمكن من العتق ، لم يلزمه العود وان كان أفضل﴾ على الاشهر الاظهر ، وكذا المحكم في من عجز عن الصيام وأخذ في الطعام فقدّر عليه بعد ذلك ، ولا خلاف في هذا .
ويتحقق الدخول بصوم جزء من اليوم ولو لحظة ، وبتسليم مد وأخذ في أكل الطعام في الاطعام .

﴿الثالثة : كل من وجب عليه صوم شهرين متتابعين﴾ فسي نذر أو كفارة مرتبة كانت أو مخيرة على ما يقتضيه اطلاق العبارة والادلة ﴿فعجز﴾ عنها ﴿صام ثمانية عشر يوماً ، فان لم يقدر تصدق عن كل يوم بمد من طعام ، فان لم يستطع استغفر الله سبحانه﴾ كما عن الشيخ وجماعة .

والاجود التفصيل بين الظاهر ورضان والنذر ، فيرضى المحكم الاول في الاولين لكن بعد العجز عن الخصال الثلاث وفاناً لجماعة ، على اشكال في ثانيهما فيحتمل قوياً فيه بدل صوم الثمانية عشر التصديق بما يطبق ، كما هو ظاهر الكليني والشيخ في التهذيبين^(١) والصدوقين وجماعة من المتأخرين .

ويقوى في النذر وجوب الاتيان بالمد يمكن من الصوم ، وان تجاوز الثمانية عشر ، حتى لو أمكن الشهران متفرقين وجب مقدماً على الثمانية عشر ، كما عابه الفاضل في أحد قوليّه في الثلاثة ، وان لم يمكنه شيء منه فلا شيء عليه حتى التصديق بمد عن كل يوم والاستغفار مع العجز ، اذ لم أقف على ما يدل عليهما فيه ، بل ولا في الاولين عدا الاستغفار في ثانيهما ، فقد ورد به النص الصحيح^(٢) وفيه نفيه في أولهما وحرمة المظاهرة الى أن يجد ما يكفر ، والموثق^(٣) المثبت

(١) تهذيب الاحكام ٣٢١/٨ ، الاستبصار ٥٢/٤ .

(٢) وسائل الشيعة ٥٥٤/١٥ ، ح ١٦ .

(٣) وسائل الشيعة ٥٥٨/١٥ ، ب ٨ .

له فيه عن معارضة قاصر .

والمعتبر من الاستغفار مرة واحدة بالنية عن الكفارة ، مضافاً الى اللفظ الدال على الندم على ما فعل والعزم على عدم العود ان كان عن ذنب .

وفي وجوب الكفارة مع تجدد القدرة وجهان . ثم في وجوب التابع في الثمانية عشر قولان ، أحوطهما في المقامين ذلك .

﴿الرابعة﴾ : يشترط في المكفر البلوغ ، وكمال العقل ، والايمان ، ونية القربة ﴿في جميع الخصال ولو كان اطعاماً أو كسوة﴾ والتعيين للسبب الذي يكفر عنه ، سواء تعددت الكفارة في ذمته أم لا ، وسواء تغاثر الجنس أم لا ، كما يقتضيه اطلاق نحو العبارة ، وصرح به بعض الاصحاب .

وقيل : يشكل بأنه مع اتحادها في ذمته لا اشتراك فتجزئ نيته عما في ذمته ، ولا بأس به .

ولو تعددت ما في ذمته مع اتحاد نوع سببه ، كإفطار يومين من شهر رمضان وخلف نذرين ، فكالمتردد لا يعتبر فيه نية التعيين اجماعاً كما في الخلاف^(١) .

ولو اختلف أسبابه ، توجه التعيين وان اتفق مقدار الكفارة .

ولو شك في نوع ما في ذمته ، أجزأه الاطلاق عن الكفارة ، كما يجزئ العتق عما في ذمته لو شك بين كفارة ونذر ، ولا يجزئ ذلك في الاول ، فانه لا بد فيه من نية التكفير ، كما لا يجزئ العتق مطلقاً في الثاني بدون قصد ما في الذمة .

(كتاب اللعان)

وهو لغة : المباهلة المطلقة ، أو فعال من اللعن أوجمع له ، وهو الطرد والابعاد من الخير، والاسم اللعنة، وشرعاً: المباهلة بين الزوجين بكلمة مخصوصة في ازالة حد أو نفى ولد عند الحاكم .

﴿والنظر﴾ فيه ﴿في أمور أربعة :﴾

﴿الاول : السبب ، وهو أمران :﴾

﴿الاول: قذف الزوجة﴾ المحصنة ، أي رميها ﴿بالزنا﴾ ولو دبراً على

الاشهر الاشهر، وفي الغنية ^(١) والانتصار ^(٢) الاجماع، وقيل : بانحصار السبب

في الثاني .

وعلى المختار انما يكون سبباً ﴿مع دعوى المشاهدة وعدم البينة﴾ على

الاشهر الاظهر، وفي الانتصار والغنية الاجماع كل منهما في أحدهما، خلافاً

للخلاف ^(٣) في الثاني، وللشهيد الثاني في الاول فلم يعتبره بل اكتفى بالعلم ولو

بالقرائن .

(١) الغنية ص ٥٥٣ .

(٢) الانتصار ص ١٤٤ .

(٣) الخلاف ٣ / ٣١ .

﴿ولا يثبت﴾ اللعان ﴿لو قذفها في عدة بائنة، ويثبت لو قذفها في﴾ عدة رجعية ﴿اجماعاً كما في الغنية .

﴿الثاني : انكار من ولد على فراشه﴾ ممن يلحق به مطلقاً شرعاً أولاً لئانه كأن يولد ﴿لسته أشهر فصاعداً﴾ من وطئه حال كون ذلك الولد ﴿من زوجة موطوءة﴾ له ﴿بالعقد الدائم ما لم يتجاوز أقصى الحمل﴾ .

﴿وكذا لو أنكره بعد فراقها ولم تتزوج ، أو بعد أن تزوجت وولدت لاقل من ستة منذ دخل﴾ الثاني ، فإذا ولد بدون الشرائط انتفى بغير اعلان ، فالنفي المحتاج الى اللعان انما هو بالولادة معها ، ولا يجوز النفي به الا مع اتمام بانتفائه عنه ، ومع عدمه يجب الحاقه بنفسه ، كما أنه يجب نفيه عنه مع العلم به ، بلا خلاف في شيء من ذلك .

﴿الثاني : في الشرائط﴾ لصحة اللعان .

﴿ويعتبر في الملعن﴾ وكذا الملعنة ﴿البلوغ والعقل﴾ فلا عبرة بلعان الصبي والمجنون اجماعاً .

﴿وفي﴾ اعتبار الاسلام فيهما ، فلا يصح ﴿لعان الكافر﴾ ولا الكافرة ﴿قولان ، أشبههما﴾ وأشهرهما : ﴿الجواز﴾ خلافاً للاسكافي فاعتبره مطلقاً ، وللحلي فاعتبره للقذف خاصة .

﴿وكذا المملوك﴾ ففي صحة لعانه قولان ، والاشبه الاشهر الصحة ، خلافاً للمفيد والديلمي فلا يصح مطلقاً ، وللحلي فكما مضى .

﴿و﴾ يعتبر ﴿في الملعنة : البلوغ ، والعقل ، والسلامة من الصمم والخرس﴾ .

﴿ولو قذفها مع أحدهما بما يوجب اللعان﴾ أولاً لاقفة من ربهما بالزنا مع دعوى المشاهدة وعدم البينة ﴿حرمت عليه﴾ مؤبداً ، من غير خلاف ولا اشكال

في قذفها مع الامرين أو الثاني، وكذا الاول على الاقوى. وتامم الكلام في المسألة قد مضى في النكاح .

﴿وأن يكون عقدها دائماً﴾ فلا يجوز لعان المتمتع بها مطلقاً على الأشهر الاقوى كما مضى .

﴿وفي اعتبار الدخول﴾ بها ولو دبراً ﴿قولان، والمروي^(١)﴾ في المستفيضة ﴿أنه لا يقع قبله﴾ مطلقاً ، وهو الأشهر الاقوى ، وفي الخلاف^(٢) والغنية^(٣) الاجماع ، والقول الثاني بعدم اعتباره مطلقاً اختاره الفاضل في القواعد^(٤) .
﴿وقال ثالث﴾ وهو الحلبي ﴿بشبوته﴾ أي اللعان بدون الدخول ﴿بالقذف دون نفى الولد﴾ وتبعه كثير من المتأخرين، وهو ضعيف .

﴿ويثبت﴾ اللعان ﴿بين الحر و﴾ زوجة ﴿المملوكة﴾ على الأشهر الاظهر ﴿وفيه رواية﴾ بل روايات^(٥) ﴿بالمنع﴾ لكنها ما بين ضعيفة المسند أو الدلالة ، ومع ذلك محتملة للحمل على التوبة .

﴿و﴾ فيه أيضاً ﴿قول ثالث بالفرق﴾ بين لعان القذف والثاني ونفى الولد فالاول ، والقائل الحلبي .

﴿ويصح لعان الحامل﴾ في القذف مطلقاً ، وقسي نفى الولد بشرط تحقق الحمل على الاقوى، و﴿لكن لا يقام عليها الحد﴾ اللازم بالنكول والاقرار ﴿حتى تضع﴾ الحمل ، وقيل : لا تلاعن حتى تضع ، لرواية^(٦) مع ضعفها محمولة على

(١) وسائل الشريعة ٥٩٠/١٥ ، ج ٢ .

(٢) الخلاف ٣١/٣ .

(٣) الغنية ص ٥٥٣ .

(٤) القواعد ٩٢/٢ .

(٥) وسائل الشريعة ٥٩٥/١٥ ، ب ٥٥ .

(٦) وسائل الشريعة ٦٠٧/١٥ ، ب ١٣ .

ارادة عدم اقامة الحد فانه لا خلاف فيه ، أو صورة نفى الولد مع الاشتباه في الحمل .

﴿الثالث : في الكيفية﴾ والكلام الذي يتحقق به اللعان .

﴿وهو أن يشهد الرجل﴾ أولاً ﴿أربعاً بالله أنه لمن الصادقين فيما رماها به﴾ متافظاً بما رما به ، فيقول : أشهد بالله أنني لمن الصادقين فيما رمايتها به من الزنا . وإن نفى الولد زاد : وأن هذا الولد من زنا وليس مني . كذا عبر في التحرير^(١) وزاد : أنه لو اقتصر على أحدهما لم يجز .

ويشكل فيما لو كان اللعان لنفي الولد خاصة من غير قذف ، فانه لا يلزم استناده الى الزنا لجواز الشبهة ، فينبغي حينئذ أن يكتفي بقوله : انه لمن الصادقين في نفى الولد المعين .

﴿ثم يقول﴾ بعد شهادته أربعاً كذلك ﴿ان لعنة عليه﴾ مبدلاً لضمير الغائب بياء المتكلم ﴿ان كان من الكاذبين﴾ فيما رماها به من الزنا أو نفى الولد ، كما ذكر في الشهادات .

﴿ثم تشهد المرأة﴾ بعد فراغه من الشهادة واللعنة ﴿أربعاً أنه لمن الكاذبين فيما رماها به﴾ من الزنا .

﴿ثم تقول : ان غضب الله تعالى عليها ان كان من الصادقين﴾ فيه مقتصرة على ذلك في كل من القذف ونفي الولد ، ولا يحتاج الى ضم أمر آخر كما في الزوج ان نفى الولد .

﴿والواجب فيه النطق بالشهادة﴾ على الوجه المذكور فيهما ، فلو أبدات بمعناها كأحلف أو أقسم أو شهدت ، أو أبدل الجلالة بغيرها من أسمائه سبحانه تعالى أو أبدل اللعن والغضب والصدق والكذب بمرادفها ، أو حذف لام التأكيذ ، أو علقه

على غير « من » كقوله : اني لصادق ونحو ذلك من التغيرات لم يصح .

﴿وأن يبدأ الرجل باللفظ﴾ ثم المرأة على الترتيب المذكور ، فلو تقدمت المرأة لم يصح .

وأن يعينها ويميزها عن غيرها تمييزاً يمنع المشاركة ، أما بالذكر لاسمها أو برفع نسبها بما يميزها أو يصفها به أو بالإشارة إليها ان كانت حاضرة .

وأن يكون الأيراد لجميع ما ذكر ﴿باللفظ العربي﴾ الصحيح ﴿مع القدرة﴾ والافيجزىء بمقدورهما منه ، فان تعذر تلفظهما أصلاً أجزأه غيره من اللغات من غير ترجيح ، وكما يجب الترتيب المذكور كذا تجب الموالاة بين الكلمات ، فلو تراخى بما يعد فصلاً أو تكلم في خلاله بطل .

وأن يكون كل منهما قائماً عند ايراد الشهادة واللعن على الإظهار الأشهر ، خلافاً لجماعة فأوجبوا قيام كل عند تلفظه وان جلس الآخر .

﴿ويستحب أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة﴾ وقيمهما مستقبلين بحذائه .

﴿وأن يقف الرجل عن يمينه والمرأة عن شماله﴾ .

﴿وأن يحضر من يسمع اللعان﴾ ولو أربعة عدد شهود الزنا من أهيان البلد وصلحائه .

﴿ووعظ الرجل بعد الشهادة قبل اللعن ، وكذا المرأة قبل ذكر الغضب﴾ ويخوفهما الله تعالى ، فيقول لهما : ان عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا ، وقرأ عليهما «ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً الآية»^(١) وأن اللعن والغضب للنفس يوجبان ذلك لو كانا كاذبين .

والأكثر على اشتراط وقوعه بين يدي الامام أو نائبه الخاص أو العام ، وقيل : عند من يتراضى به الزوجان .

﴿الرابع : فى الاحكام ، وهي أربعة : -﴾

﴿الاول : يتعلق بالقذف وجوب الحد على الزوج﴾ كلاجنبى ﴿وبلعانه سقوطه﴾ عنه وبه يفترق عن الاجنبى ﴿وثبوت الرجم على المرأة﴾ مطلقاً سواء لها ﴿ان اعترفت﴾ بالزنا ﴿أو نكلت﴾ لان لعانه في حكم البينة ﴿ومع لعانها﴾ يترتب ﴿سقوطه﴾ أي الحد ﴿عنها وانتفاء الولد عن الرجل﴾ دونها ان كان اللعان لثفيه لامطلقاً ﴿وتحريمها عليه مؤبداً﴾ مطلقاً .

﴿ولو نكل﴾ الزوج ﴿عن اللعان ، أو اعترف بالكذب حد للقذف﴾ ان كان اللعان له لامطلقاً ولم ينتف عنه الولد مطلقاً

﴿الثانى : لو اعترف بالولد في أثناء اللعان لحق به وتوارثا عليه﴾ أي على الاب ﴿الحد﴾ ان كان اللعان لاسقاطه . ولو كان لثفي الولد مجرداً عمن القذف بتجويزه الشبهة فلاحد بلاخلاف .

﴿ولو كان﴾ الاعتراف به ﴿بعد اللعان﴾ منهما لايعود الحد و ﴿لحق به الولد وورثه ولم يرثه الاب ولا من يتقرب به وترثه الام ومن يتقرب بها﴾ كما يأتي بيانه وبيان مايتعلق بميراثه مطلقاً في كتاب الفرائض انشاء الله تعالى .

﴿وفي سقوط الحد هنا روايتان﴾^(١) أشهرهما ﴿وأظهرهما :﴾ السقوط ﴿والرواية الثانية عمل بها المفيد وجماعة ، وفي الانتصار﴾^(٢) الاجماع ، ولاريب أن الاول أحوط .

﴿ولو اعترفت المرأة بالزنا بعد اللعان لم يثبت الحد﴾ بمجرده اجماعاً ﴿الا أن تقر أربعاً﴾ فيجب ﴿على تردد﴾ من المصنف هنا وفي الشرائع^(٣) والفاضل في القواعد^(٤) ، من تعارض العمومين بالسقوط والثبوت ، والاكثر

(١) وسائل الشريعة ١٥/٦٠٠ ، ج ٦٩٢ .

(٢) الانتصار ص ١٤٥ .

(٣) شرائع الاسلام ٣/١٠٠ .

(٤) القواعد ٢/٩٤ .

على الاول والعدم أحوط ولو للشبهة الدارعة .

﴿الثالث : لو طلق﴾ الرجل امرأته ﴿فادعت الحمل منه أنكر﴾ فإن كان بعد اتفاقهما على الدخول لحق به الولد ولم يتنف الا باللعان اجماعاً ، وإن كن بعد الاتفاق على عدم أنفني بغير لعان .

وان كان بعد الاختلاف فيه فادعته الزوجة وأنكره الزوج ﴿فان أقامت بينة﴾ على ﴿أنه أرحى عليها السر لاعتها وبانت منه وعليه المهر كدلاً﴾ وفاقاً للنهاية^(١) عملاً برواية^(٢) صحيحة ﴿وهي رواية علي بن جعفر عن أخيه﴾ خلافاً للحلي وأكثر المتأخرين فصاروا الى مقتضى الاصول ، وهو توجه اليمين الى الزوج وانتفاء الولد عنه بها وارزوم نصف المهر لها ، ولعله أقوى .

﴿و﴾ قال ﴿في النهاية^(٣)﴾ بعد ذلك : ﴿وان لم تقم بينة لزمه نصف المهر وضربت مائة سوط﴾ ولا اشكال في الحكم الاول ﴿و﴾ لكن ﴿في ايجاب الحد اشكال﴾ لمخالفته الاصول السايمة عن المعارض فيه مطلقاً ، فنفيه أقوى عملاً بها .

﴿الرابع : اذا قذفها فماتت قبل﴾ صدور ﴿اللعان﴾ منهما ﴿فله الميراث وعليها الحد للموارث﴾ بسبب القذف الغير المصادف للحد وتطوئاً للاكثر ، وفي جواز اللعان حيثئذ لاسقاط الحد قولان ، والاكثر على الاول ولعله أظهر ، كل ذا اذا ماتت قبل لعانه ، ولو ماتت بعده فينبغي القمع بسقوط الحد به عنه .

﴿وفي رواية^(٤) أني بصير﴾ عن أبي عبد الله عليه السلام ﴿ان قام رجل من أهلها﴾ مقامه ﴿فلاعنه فلا ميراث له﴾ وان أبى أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث . ونحوها رواية أخرى وعمل بهما جماعة من القدماء .

(١) النهاية ص ٥٢٣ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥ / ٥٩٠ ، ح ١٠ .

(٣) النهاية ص ٥٢٣ .

(٤) وسائل الشيعة ١٥ / ٦٠٨ ، ح ١٠ .

﴿قيل: لا يسقط الارث﴾ بهذا اللعان وان جوزناه لاسقاط الحد ﴿لاستقراره بالموت، وهو حسن﴾ فلا يرفع اللعان المتجدد، والروايتان ضعيفتا السند لا يصلحان لتخصيص الاصول، ولعله أقوى .

الى هنا تم استنساخ الجزء الثاني من الكتاب وبه تم تحقيقه وتصحيحه والتعليق عليه في اليوم العاشر من محرم الحرام سنة ألف وأربعمائة وست هجرية على يد الحفير السيد مهدي الرجائي في بلدة قم المقدسة .

فهرس مطالب الكتاب

(كتاب التجارة ٥ - ١١٨)

٧	فيما يكتسب به
٧	المكاسب المحرمة
١٦	المكاسب المكروهة
١٨	مسائل متفرقة
٢١	البيع وآدابه
٢٢	ما يشترط في البيع
٢٥	اشتراط تعيين العوضين
٢٨	ما يشترط في بيع العين الحاضرة
٣١	اشتراط تعيين الثمن
٣٣	ما يستحب في التجارة
٣٤	ما يكره في التجارة
٣٩	أقسام الخيارات
٣٩	الأول : خيار المجلس
٤٠	الثاني : خيار الحيوان
٤٠	الثالث : خيار الشرط
٤٢	الرابع : خيار الغبن

٤٣	الخامس : خيار التأخير
٤٥	السادس : خيار الرؤية
٤٦	أحكام الخيارات
٤٩	لواحق البيع
٤٩	أحكام النقد والنسيئة
٥٣	إذا باع مرابحة
٥٣	من اشترى أمتعة صفقة
٥٤	ما يدخل في المبيع
٥٦	أحكام القبض
٥٩	ما يصح اشتراطه في العقد
٦١	العيوب المجوزة للرد
٦٥	مسائل تتعلق بالعيب
٦٩	الربا
٧٦	أحكام بيع المصرف
٧٩	مسائل تتعلق بالمصرف
٨٣	بيع الثمار
٩٠	بيع الحيوان
٩٣	مسائل تتعلق ببيع الحيوان
١٠٣	شروط بيع السلف
١٠٦	أحكام بيع السلف
١١٠	أحكام دين المملوك
١١٢	أحكام القرض

(كتاب الرهن ١١٩ - ١٣١)

١٢١	أحكام الرهن
١٢٤	أحكام الحق المرهون
١٢٥	أحكام الراهن
١٢٦	أحكام المرتهن
١٣٠	أحكام المتخالفين في الرهن

(كتاب الحجر ١٣٣ - ١٣٩)

١٣٥	تعريف المحجور
١٣٥	أسباب الحجر
١٣٥	حجر الصغير

(كتاب الضمان ١٤١ - ١٥٠)

١٤٣	أحكام ضمان المال
١٤٤	ما يشترط في الضامن
١٤٥	الضمان المؤجل والمعجل
١٤٦	أحكام الحوالة
١٤٧	ما يشترط في صحة الحوالة
١٤٨	أحكام الكفالة
١٥٠	لوتكفل رجل برجل

(كتاب الصلح ١٥١ - ١٥٦)

١٥١	كيف يصح الصلح
-----	---------------

١٥٥

لو اصطلاح الشريكان على . . .

(كتاب الشركة ١٥٧ - ١٦٤)

١٥٩

معنى الشركة

١٥٩

لاتصح الشركة في الاموال الا ...

١٦٠

لاتنقد الشركة بالابدان والاعمال

١٦٠

لاأصل لشركة الوجوه

١٦١

لاأصل لشركة المفاوضة

١٦١

اذا تساوى المالان في القدر

١٦٢

لو شرط أحدهما في الربح زيادة

١٦٢

تصرف الشركاء

١٦٤

تبطل الشركة بالموت

١٦٤

كراهة مشاركة الذمي

(كتاب المضاربة ١٦٥ - ١٧٦)

١٦٧

معنى المضاربة

١٦٨

لايلزم في المضاربة اشتراط الاجل

١٦٩

مايشترط في صحة المضاربة

١٧٢

تبطل المضاربة بموت أحدهما

١٧٢

مايشترط في مال المضاربة

(كتاب المزارعة والمساقاة ١٧٧ - ١٨٨)

١٧٩

أحكام المزارعة

- ١٧٩ شروط المزارعة
١٨٤ أحكام المساقاة
١٨٥ لا تبطل المساقاة بموت أحدهما
١٨٦ ما يشترط في المساقاة
١٨٨ اذا اختل أحد شروط المساقاة

(كتاب الوديعة والعارية ١٨٩ - ٢٠٤)

- ١٩١ أحكام الوديعة
١٩١ ما يشترط في الوديعة
١٩٤ تبطل الوديعة بالفسخ والموت
١٩٥ لو كانت الوديعة دابة
١٩٧ لو تلفت الوديعة في يد المستودع
١٩٨ لو كانت الوديعة غصباً
٢٠٠ أحكام العارية
٢٠١ ما يشترط في المعير
٢٠٤ لو اختلفا في التلف أو التفريط
٢٠٤ لو اختلفا في الرد
٢٠٤ لو اختلفا في القيمة

(كتاب الاجارة ٢٠٥ - ٢١٨)

- ٢٠٧ تنفسخ الاجارة بالتقابل
٢٠٧ أقوال في بطلان الاجارة بالموت
٢٠٨ ما يشترط في صحة الاجارة

(كتاب الوكالة ٢١٩ - ٢٣١)

٢٢١	معنى الوكالة
٢٢٢	شروط وقوع الوكالة
٢٢٢	تبطل الوكالة بالموت والجنون
٢٢٤	ما تصح الوكالة فيه
٢٢٦	ما يشترط في الموكل
٢٢٨	ما يشترط في الوكيل
٢٢٩	مسائل تتعلق بالوكيل والموكل

(كتاب الوقوف والصدقات والهبات ٢٣٣ - ٢٦٠)

٢٣٥	معنى الوقف
٢٣٦	ما يعتبر في صحة الوقف
٢٣٧	ما يشترط في أصل الوقف
٢٤٠	ما يشترط في الموقوف
٢٤٠	ما يشترط في الواقف
٢٤٢	ما يشترط في الموقوف عليه وأحكامه
٢٤٩	مسائل في أحكام الوقف
٢٥٢	أحكام السكنى والعمرى
٢٥٦	أحكام الصدقة
٢٥٦	ما يشترط في الصدقة
٢٥٧	أحكام الهبة
٢٥٧	ما يشترط في الهبة

(كتاب السبق والرماية ٢٦١ - ٢٦٨)

٢٦٣	معنى السبق
٢٦٣	معنى الرماية
٢٦٦	شروط الرماية

(كتاب الوصايا ٢٦٩ - ٢٩٥)

٢٧١	روايات في فضل الوصية
٢٧١	مايعتبر في الوصية
٢٧٤	مايعتبر في الموصي
٢٧٥	مايعتبر في الموصى له
٢٧٩	مايعتبر في الاوصياء
٢٨٤	ما تصح الوصية به
٢٨٩	حكم الوصايا المبهمة
٢٩١	مسائل في الوصية

(كتاب النكاح ٢٩٧ - ٤٢٠)

٢٩٩	معنى النكاح
٢٩٩	أقسام النكاح
٢٩٩	الاول : النكاح الدائم
٢٩٩	صيغة العقد وأحكامه وآدابه
٣٠٨	مسائل في النكاح
٣١٢	بيان أولياء العقد

٣١٦	مسائل في أولياء العقد
٣٢٠	أسباب التحريم وموجباته
٣٥٠	القسم الثاني : في نكاح المنقطع
٣٥٤	أحكام النكاح المنقطع
٣٥٧	القسم الثالث : في نكاح الاماء والعبيد
٣٧٢	العيوب المجوزة للفسخ
٣٧٢	عيوب الرجل
٣٧٣	عيوب المرأة
٣٧٥	الاحكام المتعلقة بالعيوب
٣٨١	ما يصح الامهار به
٣٨٤	التفويض في المهور
٣٨٧	الاحكام المتعلقة بالمهر
٣٩٣	القسم والنشوز والشقاق
٤٠٠	في أحكام الاولاد
٤١١	النفقات وأسبابها الموجبة لها
٤١٢	ما يشترط في نفقة الزوجية
٤١٥	نفقة القرابة
٤١٨	نفقة المملوك

(كتاب الطلاق ٤٢١ - ٤٤٩)

٤٢٣	معنى الطلاق
٤٢٣	ما يعتبر في المطلق

٤٢٥	ما يشترط في المطلقة
٤٢٧	صيغة الطلاق
٤٢٨	الاشهاد في صحة الطلاق
٤٢٩	أقسام الطلاق
٤٢٩	طلاق البدعة
٤٣٠	طلاق السنة
٤٣٢	مسائل في الطلاق
٤٣٤	يكره الطلاق للمريض
٤٣٤	لا يحل الطلاق للصغير
٤٣٥	كيف تصح الرجعة
٤٣٧	عدة المرأة
٤٣٨	لا عدة على من لم يدخل بها
٤٣٨	عدة المستقيمة الحيض
٤٣٩	عدة المسترابة بالحمل
٤٤١	عدة الحامل في الطلاق
٤٤٣	عدة المتوفى عنها زوجها
٤٤٤	عدة المفقود عنها زوجها
٤٤٥	عدة الاماء والاستبراء

(كتاب الخلع والمباراة ٤٥١ - ٤٥٨)

٤٥٣	ما يشترط في الخلع
٤٥٣	صيغة الخلع

- ٤٥٥ شرائط الخالغ
٤٥٧ صيغة المباراة

(كتاب الظهار ٤٥٩ - ٤٦٥)

- ٤٦٢ ما يعتبر في المظاهر والمظاهرة
٤٦٣ الكفارة تجب بالموء
٤٦٤ لو طلقها وراجع في العدة
٤٦٤ لو ظاهر من أربع نسوة بلفظ واحد
٤٦٤ يحرم الوطء قبل التكفير
٤٦٥ اذا أطلق الظهار
٤٦٥ اذا عجز عن الكفارة
٤٦٥ مدة التربص

(كتاب الايلاء ٤٦٧ - ٤٨٤)

- ٤٧٠ ما يعتبر في المولي
٤٧٢ في بيان الكفارات
٤٧٢ أقسام الكفارات
٤٧٧ خصال الكفارة وأحكامها

(كتاب اللعان ٤٨٥ - ٤٩٤)

- ٤٨٧ أسباب اللعان
٤٨٨ شرائط صحة اللعان
٤٩٠ كيفية تحقق اللعان
٤٩١ أحكام اللعان

