

# غَايَةُ الْمَرْغُوبِ

فِي شَرْحِ شَرَايِعِ الْإِسْلَامِ

مُتَأَلَّفٌ

الْفَقِيهَ الْمُحَقِّقَ

الْإِشِيخَ مُضَلَّعَ الْيُوسُفِيِّ الْبَهْرَانِيَّ

مِنْ أَسْطَلَامِ الْقُرْنِ الثَّامِسِ الْمِجْدِي

تَحْقِيقُ

الْإِشِيخَ جَعْفَرَ الْكُوْثُرَانِيَّ الْعَسَائِلِيَّ

الْجُزْءُ الثَّالِثُ

كَارِهُ الْمَرْغُوبِ الْإِسْلَامِيِّ

غَايَةُ الْمَرْغُوبِ  
فِي شَرْحِ شَرَايِعِ الْإِسْلَامِ

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٢٠م - ١٩٩٩م

دار النشر  
للطباعة والنشر والتوزيع

تلفون: ٨٣٤٢٦٥ - ٨٢٠٣٢٠ - فاكس: ٦٠٣٣٧٩ - ٨٢١٢٠٣

ص.ب: ٢٨٦ / ٢٥ غبيري - بيروت - لبنان

# غَايَةُ الْمَجْرَمِ فِي شَرْحِ شَرَايِعِ الْإِسْلَامِ

تَأَلَّفَ  
الْفَقِيهَ الْمُحَقِّقَ

إِسْتِخْرَاجَ مَفَاهِمِ الصُّمَيْرِيِّ الْجُرْجَانِيِّ

كتاب

من أعلام القرن التاسع الهجري

شماره ثبت: ۳

تاریخ ثبت:

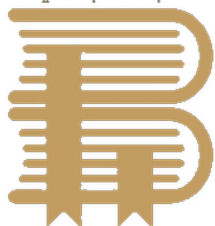
تَحْقِيقَ

إِسْتِخْرَاجَ جَعْفَرِ الْكُوثرَانِيِّ الْعَسَائِلِيِّ

الْجُزْءُ الثَّالِثُ

بِإِذْنِ الْمَدِينَةِ

شبكة كتب الشيعة



shiabooks.net

رابطہ پیدل < mktba.net





كتاب النكاح



## في آداب العقد

قال رحمه الله : النكاح مستحب لمن تآقت نفسه من الرجال والنساء ، وإن لم تتق فيه خلاف ، والمشهور استحبابه .

أقول : المشهور استحباب النكاح للقادر عليه ، سواء اتآقت<sup>(١)</sup> النفس أو لم تتق ، لعموم الأدلة الواردة<sup>(٢)</sup> في الترغيب فيه ، وقد ذكر المصنف طرفاً منها ، فيه كفاية ، وقال الشيخ في المبسوط : تركه أولى لمن لم تتق نفسه إليه ؛ لأن الله تعالى وصف يميني عليه السلام بكونه حصوراً<sup>(٣)</sup> ، وهو الذي لم يقارب النساء ، ولو لا أفضلية هذا الوصف لامتنع مدحه تعالى على ذلك ، ولا يجوز حمله على إطلاقه اجماعاً ، فيحمل على من لم تتق نفسه إلى النكاح ، والأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : وأكل ما ينثر في الأعراس جائز ، ولا يجوز أخذه إلا بأذن أربابه نطقاً أو بشاهد الحال ، وهل يملك بالأخذ ؟ الأظهر نعم .

---

(١) - في «ن» : تآقت .

(٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١ من أبواب مقدماته وآدابه ، لاحظ جملة الباب .

(٣) - آل عمران : ٣٩ .

أقول : لاخلاف في جواز أكل ما ينثر في الأعراس ، لا أخذه ، والظاهر ان المراد بالأخذ المنوع منه هو نقله من المجلس لا التقاطه بعد النثر ؛ لأن الأكل جائز ولا يمكن الا بالتقاط ، وظاهر عبارة المصنف تدل على ذلك ، وعبرة القواعد مصرحة به ؛ لأنه قال : ويجوز أكل نثار العرس لا أخذه ، فدل على ان المراد بالأخذ هو نقله من المجلس ، وعلى تقدير جواز الأخذ للاذن فيه أو لشاهد<sup>(٤)</sup> الحال ، هل يملك بالأخذ ؟ مذهب الشيخ في المبسوط أنه يملك بالأخذ ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد ، وجزم به في الإرشاد ؛ لأنه بالاذن فيه والاعراض عنه صار مباحا فيملك بالاستيلاء .

وفيه نظر لأصالة بقاء الملك على مالكة ما لم<sup>(٥)</sup> يعلم السبب الناقل ، فيكون مباحاً مع بقاءه على ملك مالكة ويجوز له الرجوع فيه ما دامت العين باقية .

(٤) - في «ن» و «م» : بشاهد .

(٥) - في «ن» زيادة : يكن .

## في اللواحق

قال رحمه الله : يجوز أن ينظر الى وجه امرأة يريد نكاحها وإن لم يستاذنها ، ويختص الجواز بوجهها وكفيها ، وله تكرار النظر اليها ، وإن ينظرها قائمة و ماشية ، وروي جواز أن ينظر الى شعرها ومحاسنها وجسدها من فوق الثياب ، وكذا يجوز أن ينظر الى أمة يريد شراءها والى شعرها ومحاسنها ، ويجوز النظر الى أهل الذمة وشعورهن لأنهن بمنزلة الاماء ، لكن لا يجوز ذلك لتلذذ ولا لريبة ، ويجوز ان ينظر الرجل الى مثله ما خلا عورته ، شيخاً كان أو شاباً ، حسناً أو قبيحاً ، ما لم يكن النظر لريبة أو تلذذ ، وكذا المرأة .

أقول : تحقيق البحث هنا يقع في مقامات :

الأول : في الأجنبية والنظر اليها لا يخلو إما ان يكون لضرورة أو لحاجة أو لغير حاجة ، فالضرورة مثل ان ينظر الطبيب اليها ، فانه يجوز له النظر الى موضع العلة وان كانت العورة ؛ لأنه لا يمكن العلاج الا بعد الوقوف عليه . والحاجة مثل ان يتحمل شهادة على امرأة ، فله أن ينظر الى وجهها من غير ريبة ليعرفها ويحققها ، وكذا لو كان بينه وبينها معاملة أو مبايعة فيعرف وجهها ليعلم من التي

يعطيها الثمن ان كانت بائعة والمثمن ان كانت مشترية ، فان قيل : اذا كان البيع نقداً بنقد فما الحاجة <sup>(٦)</sup> الى معرفة الوجه فانه يدفع الثمن الى من دفع <sup>(٧)</sup> اليه المثمن أو بالعكس ، فلا حاجة الى المعرفة فلا يباح النظر .

قلنا : الحاجة حاصلة كما لو ظهر ما صار اليه مستحقاً فانه يفتقر الى معرفتها ليدعي عليها بما صار اليها ، وروي : « ان امرأة اتت النبي صلى الله عليه وآله لتبايعه فأخرجت يديها ، فقال النبي صلى الله عليه وآله : أيد امرأة أو يد رجل ؟ فقالت : يد امرأة ، فقال : أين الحنا » <sup>(٨)</sup> . فدل هذا الخبر على جواز النظر عند الحاجة ؛ لأنه انما عرف انه لاحنا على يديها <sup>(٩)</sup> بالنظر اليها مكشوفة ، ومن الحاجة ان يريد نكاحها ، فيجوز له ان ينظر <sup>(١٠)</sup> الى وجهها وكفيها والى جميع جسدها من وراء الثياب مقبلة ومدبرة ، وهذا اجماع بشرط إمكان النكاح عرفاً وشرعاً ، فلو اتفق أحد الأماكن لم يجز .

وقال المصنف : ( وروي جواز ان ينظر الى شعرها ومحاسنها ) ، أما رواية الشعر فهي إشارة الى رواية عبد الله بن سنان ، « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يريد أن يتزوج المرأة فيجوز أن ينظر الى شعرها ؟ فقال <sup>(١١)</sup> : نعم انما يريد ان يشتريها بأعلى الثمن » <sup>(١٢)</sup> .

وأما رواية المحاسن فرواية غياث بن إبراهيم ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن

(٦) - في «ن» : فلاحاجة .

(٧) - في «ن» : يدفع .

(٨) - مسند أحمد ٦ : ٢٦٢ .

(٩) - في «م» و«ن» : يدها .

(١٠) - في «ن» : النظر .

(١١) - في «م» و«ن» : قال .

(١٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٦ من أبواب مقدماته وآدابه ، حديث ٧ .

علي عليه السلام : « في رجل نظر الى محاسن امرأة يريد ان يتزوجها ، قال : لا بأس ، انما هو مستام »<sup>(١٣)</sup>.

تنبيه : أكثر عبارات الأصحاب تعطي الفرق بين المحاسن وبين الوجه والكفين ، لجزمهم بجواز النظر الى الوجه ، وترددهم بجواز النظر الى الشعر والمحاسن ، وعبرة أبي العباس في المذهب مصرحة بالمغايرة ؛ لأنه بعد ان ذكر جواز النظر الى الوجه والكفين ، قال : وهو اجماع من علماء الاسلام . بقي البحث في الشعر والمحاسن ، هل يجوز النظر الى ذلك أم لا ؟ وهذا تصرّح بالمغايرة وابن ادريس عرف المحاسن بالوجه واليدين<sup>(١٤)</sup> ؛ لأنه قال : ولا بأس ان ينظر الرجل الى أمة يريد شراءها وينظر الى شعرها ومحاسنها ووجهها ويديها فحسب ، فقوله : ( ووجهها ويديها فحسب ) يريد به المحاسن ؛ لأن قوله ومحاسنها معطوف على شعرها في جواز النظر ، وقوله : ( ووجهها ويديها ) عطف بيان ، يريد به تفسير المحاسن ، فعلى هذا يكون التردد في الشعر خاصة .

وان كان النظر الى الأجنبية لغير<sup>(١٥)</sup> حاجة فقد جوز أكثر الأصحاب النظر الى وجهها وكفيها مرة لا أزيد ، لقوله صلى الله عليه وآله : « لكم أول نظرة ، فلا تتبعوها بالثانية »<sup>(١٦)</sup>.

هذا مع عدم التلذذ وخوف الفتنة ، فان حصل احدهما انتفى الجواز . وذهب فخر الدين الى المنع من ذلك ، ونقله عن والده في التذكرة ، لعموم

(١٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٦ من أبواب مقدماته وآدابه ، حديث ٨ .

(١٤) - ليست في «م» .

(١٥) - في «ن» : بغير .

(١٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٠٤ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه ، الحديث (١١) ،

١٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ١٧) مع اختلاف يسير .



الآية<sup>(١٧)</sup>، وهو أحوط .

الثاني : في النظر الى الأمة ، وهو لا يخلو إما ان يريد شراءها او لم يرد ، فان اراده جاز له النظر الى وجهها وكفيها وشعرها ومحاسنها ، قال العلامة في التذكرة : وله ان يمسه بيده ويقلبها إلا العورة لرواية أبي بصير<sup>(١٨)</sup> ، عن الصادق عليه السلام .

وان لم يرد شراءها ، قال العلامة في التذكرة : لم يحز النظر إلا الى الوجه والكفين ، لقول الصادق عليه السلام : « لا أحب الرجل<sup>(١٩)</sup> ان يقلب جارية إلا جارية يريد شراءها »<sup>(٢٠)</sup> ، وسأله حبيب بن معلى الخثعمي ، « قال : اني اعترضت جوارى بالمدينة فامذيت ، قال : اما لمن تريد شراءها فليس به بأس وأما لمن لا تريد ان يشتري فاني أكرهه »<sup>(٢١)</sup> دلّ هذا الخبر على كراهة<sup>(٢٢)</sup> النظر من غير تحریم ، وظاهر ابن ادریس تحریم<sup>(٢٣)</sup> المنع لغير المشتري لعموم : ﴿ قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم ﴾<sup>(٢٤)</sup> .

ومما يقوي الأول قول الشيخين بجواز النظر الى نساء أهل الذمة وشعورهن إلا لريبة أو تلذذ<sup>(٢٥)</sup> ؛ لأنهن بمنزلة الاماء ، ومما يقويه أيضاً قولهم النظر واللمس

(١٧) - النور : ٣٠ .

(١٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٠ من أبواب بيع الحيوان ، حديث ١ .

(١٩) - في «م» و «ن» : للرجل .

(٢٠) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢٠ من أبواب بيع الحيوان ، حديث ٣ .

(٢١) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢٠ من أبواب بيع الحيوان ، حديث ٢ .

(٢٢) - في «ن» : كراهية .

(٢٣) - ليست في «م» و «ن» .

(٢٤) - النور : ٣٠ .

(٢٥) - في «ن» : لتلذذ .

لما<sup>(٢٦)</sup> يسوغ لغير المالك كنظر الوجه ولس الكفين لا ينشر المحرمة .

فرع : الوكيل في التزويج وفي شراء الأمة ان كان وكيلاً مطلقاً بحيث يزوجه بمن شاء ويشترى له من يشاء<sup>(٢٧)</sup> كان له النظر ، كما لو كان الزواج أو الشراء لنفسه ، بل أبلغ ؛ لأنه يجب عليه تحري المصلحة لموكله ، وذلك لا يتم إلا بالنظر ، وان كان وكيلاً على زواج معينة أو شراء معينة ، فلا يخلو اما ان يتراضيا على النكاح والشراء ولم يبق غير العقد أو لم يتراضيا ، فان كان الأول لم يجر للوكيل النظر ؛ لأنه وكيل على ايقاع العقد فقط .

وان كان الثاني جاز له النظر ؛ لأن الظاهر انه أقامه مقام نفسه على شيء معين فلا بد ان ينظر اليه مع امكان النظر ليعلم هل هو صالح لموكله<sup>(٢٨)</sup> أو غير صالح .

الثالث : في النظر الى نساء أهل الذمة والى شعورهن ، والمشهور جوازه ؛ لأنهن بمنزلة الاماء لاحرمة هن ، كما لاحرمة للأمة<sup>(٢٩)</sup> ، ولما رواه محمد بن يعقوب يرفعه الى السكوني ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، « قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : لاحرمة لنساء أهل الذمة ، له أن ينظر الى شعورهن وأيديهن »<sup>(٣٠)</sup> . وهذا بشروط ثلاثة : ان لا يكون النظر لرؤية ، ولا تلذذ ، ولا يخاف الافتتان ، فان حصل شيء من ذلك حرم ، وذهب ابن ادريس والعلامة في المختلف الى عدم الجواز ، لعموم قوله تعالى : ﴿ قل للمؤمنين يغضوا من

(٢٦) - في «ن» : الذي .

(٢٧) - في «ن» : شاء .

(٢٨) - ليست في «م» .

(٢٩) - «ن» : ( لنساء أهل الذمة ) بدل : ( للأمة ) .

(٣٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١١٢ من أبواب مقدماته وآدابه ، حديث ١ .

أبصارهم ﴿٣١﴾ والأول هو المعتمد ، وهو مذهب الشيخين <sup>(٣٢)</sup> وابن البراج والعلامة في القواعد والتحرير والأرصاد .

الرابع : في النظر الى المحارم ، والمراد بالمحارم هنا كل امرأة يحرم نكاحها مؤبداً بنسب أو رضاع أو مصاهرة أو ملك يمين ، دون من حرم نكاحها بسبب غير ذلك كالملقة تسعاً للعدة والمزني بها ، وهي تحت بعل أو معتدة أو كالملاعنة ، فإن هؤلاء لا يجوز النظر اليهن إجماعاً وإن حرم نكاحهن مؤبداً .

وأما القسم الأول فيجوز النظر الى الوجه والكفين إجماعاً ، ومثله <sup>(٣٣)</sup> التدي حالة الرضاع لحصول المشقة بالتحرز منه ، أما النظر اليه غير حالة الرضاع والنظر الى البدن ففيه خلاف ، والمشهور الجواز الى الجميع عدا العورة ، لقوله تعالى : ﴿ ولا يبدن زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن ﴾ <sup>(٣٤)</sup> الآية ، ووجه المنع عموم ﴿ قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ﴾ .

الخامس : الطفل الذي لم يظهر على عورات النساء ، وهو الذي لا يبلغ مبلغاً يحكي ما يرى ، فهذا يجوز لمن <sup>(٣٥)</sup> التبرج قبالة والنظر اليه ؛ لأن وجوده وعدمه سواء وأما اذا بلغ مبلغاً يحكي ما يرى فلا يجوز التبرج قبالة .

وهل يجوز النظر اليه قبل بلوغه ؟ نقول ان كان في النظر اليه تحريك شهوة أو شوق <sup>(٣٦)</sup> الى الرجال فلا يجوز قطعاً ، وان لم يكن فيه شيء من ذلك ، احتمل الجواز وعدمه وهو أحوط .

(٣١) - النور : ٣٠ .

(٣٢) - ليست في «م» .

(٣٣) - «ن» : ومثلها .

(٣٤) - النور : ٣١ .

(٣٥) - ليست في «ن» .

(٣٦) - «ن» : تشوق .

السادس : الشيخ والشيخة إذا صارا في غير محل الشهوة وقعدا عن النكاح جاز النظر اليهما لانتفاء دواعي الشهوة ، وكذا حكم الصبية الصغيرة التي ليست في محل الشهوة ، ولا يجوز النظر الى العورة في حال تغير الزوجين وغير الطبيب حالة العلاج .

قال رحمه الله : هل يجوز للخصي النظر الى المرأة المالكة أو الأجنبية ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو الأظهر ، لعموم المنع ، وملك اليمين المستثنى بالآية المراد به الإماء .

أقول : قيل : يجوز للخصي النظر الى المرأة سواء كانت مالكة (٣٧) أو أجنبية ، أما الأجنبية فقوله تعالى : ﴿ غير أولى الإربة من الرجال ﴾ (٣٨) ، وأما المالكة فقوله (٣٩) تعالى : ﴿ أو ما ملكت أيمانهن ﴾ (٤٠) ، وذهب العلامة في المختلف الى جواز نظره الى مالكة دون الأجنبية ، والمشهور المنع منها لتفسير : ﴿ غير أولى الإربة ﴾ بالشيخ الفاني الذي ذهب شهوته للنساء (٤١) ، وتفسير ملك اليمين بالاماء دون العبيد ، لعموم قوله تعالى : ﴿ قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ﴾ (٤٢) .

قال رحمه الله : الوطء في الدبر فيه روايتان ، إحداها : الجواز ، وهي المشهورة بين الأصحاب ، لكن على كراهية شديدة .

أقول : رواية الجواز رواية عبد الله بن أبي يعفور (٤٣) ، عن الصادق عليه

(٣٧) - «ن» : مالكة .

(٣٨) - النور : ٣١ .

(٣٩) - «م» و «ن» : فلقوله .

(٤٠) - النور : ٣١ .

(٤١) - تفسير القمي ج ٢ ، ص ١٠٢ .

(٤٢) - النور : ٣٠ .

(٤٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٧٣ من أبواب مقدماته وآدابه ، حديث ٢ .

السلام ، وهو المشهور بين الأصحاب ، للأصل ، وللرواية ، ولقوله تعالى : ﴿ نَسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنْفِ شَيْئًا ﴾ <sup>(٤٤)</sup> ورواية العدم رواية سدير <sup>(٤٥)</sup> ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، وهو مذهب ابن حمزة من أصحابنا ، وبه قال جميع العامة غير مالك ؛ لأنه قال : ما أدركت أحداً أقندي به في ديني يشك ان وطني المرأة في دبرها حلال ، ثم قرأ : ﴿ نَسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ ﴾ .

قال رحمه الله : العزل عن الحرة اذا لم يشترط في العقد ولم تأذن ، قيل : هو محرم ، وتجب معه دية النطفة عشرة دنائير ، وقيل : هو مكروه وإن وجبت الدية ، وهو أشبه .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في تحريم العزل أو كراهته ، فالتحريم مذهب المفيد وابن حمزة ؛ لأن حكم النكاح الاستيلاء ولا يحصل غالباً مع العزل ، فيكون منافياً لغرض الشارع . والكراهة مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس في مقتصره ، وهو المعتمد ، لأصالة الاباحة ، وما رواه محمد بن مسلم ، « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل ؟ فقال : ذلك الى الرجل يصرفه حيث شاء » <sup>(٤٦)</sup> وفي الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهم السلام « انه سئل عن العزل ؟ فقال : أما الأمة فلا بأس ، وأما الحرة فإني أكرهه » <sup>(٤٧)</sup> .

الثانية : في دية النطفة ، وأوجبها الشيخ وابن ادريس ، واختاره <sup>(٤٨)</sup>

(٤٤) - البقرة : ٢٢٣ .

(٤٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٧٢ من أبواب مقدماته وآدابه ، حديث ٢ .

(٤٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٧٥ من أبواب مقدماته وآدابه ، حديث ١ .

(٤٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٧٦ من أبواب مقدماته وآدابه ، حديث ١ .

(٤٨) - ليست في «م» و «ن» .

المصنف هنا ، والعلامة في الارشاد ، والاستحباب مذهب المصنف في باب  
الديات ، واختار العلامة وأبو العباس في المقتصر في خصائص النبي صلى الله  
عليه وآله .



## في خصائص النبي (ص)

قال رحمه الله: منها: ما هو في النكاح، وهو تجاوز الأربع بالعقد، وربما كان الوجه الوثوق بعد له بينهن دون غيره .

أقول: الوثوق بالعدل ليس علة تامة لاباحة تجاوز الأربع بالعقد<sup>(٤٩)</sup>، والا لسرت الى غيره ممن يحصل الوثوق بعدله من المعصومين ، والا لكان كل واحد من ائمتنا عليهم السلام يباح له ذلك الموثوق<sup>(٥٠)</sup> بعدله فلما لم ( يباح ذلك )<sup>(٥١)</sup> لهم باجماع المسلمين مع الوثوق بعدلهم عندنا ثبت ان الوثوق بالعدل ليس علة تامة للاباحة ، وانما الوجه في ذلك الاكرام والتفضيل من الله تعالى لنبيه صلى الله عليه وآله ليحصل له التمييز عن غيره من رعيته .

قال رحمه الله: وتحريم الصدقة الواجبة ، وفي المندوبة في حقه خلاف .  
أقول : انما عدّ تحريم الصدقة الواجبة من خواصه مع تحريمها على جميع

---

(٤٩) - ليست في «ن» .

(٥٠) - «م» و «ن» : للوثوق .

(٥١) - من «م» ، وفي الأصل كلمة غير مقروءة .



مستحق الخمس ؛ لأن التحريم على غيره بسببه ؛ لأن التحريم عليهم بسبب استحقاقهم الخمس ، وإنما استحقوه به صلى الله عليه وآله ، فرفعهم الله تعالى عن الصدقة الواجبة لكونها أوساخاً ، وعوضهم عنها بالخمس تعظيماً لرسوله وتشريفاً له ولأهل بيته عليهم السلام ، فلما كان هو السبب في ذلك عدّها من خواصه صلى الله عليه وآله .

وأما الصدقة المندوبة فقد توقف الشيخ في المبسوط فيها ، والأكثر على عدم تحريمها كباقي بني هاشم .

قال رحمه الله : تحرم زوجاته صلى الله عليه وآله على غيره .

أقول : أما التي مات عنها بعد الدخول بها فإنها تحرم على غيره اجماعاً ، وهل تحرم التي لم يدخل بها ؟ قال العلامة في التحرير : زوجاته صلى الله عليه وآله كلهن دخل بهن . فعلى ما قال العلامة لو قدرنا أنه مات عن غير مدخول بها ، هل تحرم على غيره ؟ الظاهر ذلك ، لدخولها في اسم الزوجات فتدخل في الآية (٥٢) .

ويحتمل عدم لأصالة الاباحة فيقتصر بالتحريم على المدخول بها دون غيرها .

وأما من فارقتها في حياته أما بفسخ كالمرأة التي وجد بكشحها بياضاً ففسخ نكاحها ، أو بطلاق كالمرأة التي قالت : أعوذ بالله منك ، فطلقها ، هل للغير نكاحها ؟ يحتمل ذلك ، لأصالة الاباحة ، وقوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا أزواجه من بعده ﴾ (٥٣) دال على التحريم بعد الموت فيبقى ما قبله على أصالة الاباحة .

ويحتمل المنع وهو المعتمد ؛ لأن تحريمهن بعد الموت إكرام له عليه السلام ،

والاكرام في حال الحياة أولى منه بعد الموت ، فيكون التحريم في حال الحياة أبلغ وأولى منه بعد الموت .

قال رحمه الله : من الفقهاء من زعم أنه لا يجب على النبي صلى الله عليه وآله القسم بين أزواجه ، لقوله تعالى: ﴿ ترجي من تشاء منهن وتؤوي اليك من تشاء ﴾ ، وهو ضعيف ؛ لأن في الآية احتمالاً يرفع دلالتها ، إذ يحتمل أن تكون المشية في الارجاء متعلقة بالواهبات .

أقول : ليس للمانعين من وجوب القسم على النبي صلى الله عليه وآله حجة غير هذه الآية <sup>(٥٤)</sup> ، وقد نقل الشيخ رحمه الله في تفسيرها وجوهاً بعضها يدل على عدم وجوب القسم عليه ، وبعضها لا يدل على ذلك ، فالذي يدل على عدم الوجوب ما نقله عن مجاهد ، قال <sup>(٥٥)</sup> : معناه تعزل من شئت من نسائك فلا تأتيها ، وتأتي من شئت من نسائك فلا تقسم لها .

قال الشيخ : فعلى هذا يكون القسم ساقطاً عنه ، قال : وكان ممن أرجى ميمونة وأم حبيبة وجودية <sup>(٥٦)</sup> وصفية وسودة ، وكان يقسم لهن من نفسه وماله ما شاء ، وكان ممن يأوي عائشة وحفصة وأم سلمة وزينب ، وكان يقسم بينهن نفسه وماله بالسوية .

ومثله ما نقله عن قتادة ، قال : كان نبي الله يقسم بين أزواجه فأوحى <sup>(٥٧)</sup> الله له ترك ذلك .

ونقل عن ابن عباس ان معناه : أن تترك نكاح من شئت وتتكح من تشاء من نساء أمتك ، ونقل عن زيد بن أسلم أن الآية نزلت في اللاتي وهبن أنفسهن ،

(٥٤) - الأحزاب : ٥١ .

(٥٥) - ليست في «م» .

(٥٦) - «م» و «ن» : جوزية .

(٥٧) - «م» و «ن» : فأحل .

فقال الله له : تزوج من شئت منهن واترك من شئت ، قال : وهو اختيار الطبرسي .  
 اذا عرفت هذا ، فالمصنف اختار هذا الوجه من وجوه تفسير هذه الآية ،  
 وهو ظاهر الشيخ في التبيان ؛ لأن النبي صلى الله عليه وآله مكلف بالأحكام  
 الشرعية كغيره من المكلفين الا ما أخرجه النص مما اختص به صلى الله  
 عليه وآله ، ولم يثبت تخصيصه بهذا الحكم لحصول الاحتمال الرافع للتخصيص  
 الذي <sup>(٥٨)</sup> ثبت في العقد <sup>(٥٩)</sup> .

---

(٥٨) - في «ن» بزيادة : الأصل عدمه ، والعلامة جزم في القواعد بعدم وجوب القسم عليه ،  
 واستقرب في التحرير الوجوب .  
 (٥٩) - ( ثبت في ) ليست في «م» و ( ثبت في العقد ) ليست في «ن» .

## في العقد

قال رحمه الله : والعبرة عن الايجاب لفظان : زوجتك وانكحتك ، وفي متعتك تردد ، وجوازه أرجح .

أقول : منشأ التردد من أصالة عصمة الفرج وصيانتة عن الغير ، خرج اباحته بما اتفق عليه من الألفاظ يبقى الباقي على أصالة المنع ، ولأن المتعة حقيقة في العقد المنقطع في العرف الشرعي فيكون مجازاً في الدائم ، لأصالة عدم الاشتراك ، والمجاز لا يكفي في صيغ العقود والالم تنحصر الألفاظ .

ومن أنهم قالوا : المنقطع اذا لم يذكر<sup>(٦٠)</sup> فيه الأجل ينقلب دائماً ، فلو لم يكن من صيغة لم ينقطع . والاقتصار على اللفظين خاصة مذهب الشيخ والسيد المرتضى وإبي الصلاح وابن حمزة وابن ادریس ، واختاره العلامة في المختلف وهو أحوط .

ونقل عن بعض علمائنا انعقاده بلفظ المتعة وزججه المصنف هنا ، وجزم به في المختصر وجزم به العلامة أيضاً في القواعد والارشاد .

## فرعان :

الأول : يجب توقي اللحن المخل بالمعنى المقصود .

الثاني : لا يشترط في القبول لفظ معين ، بل كل ما دل على الرضا جاز وقوعه به ؛ لأنه كالمعلول للايجاب والأثر له فلا يشترط غير ما يدل على الرضا بالايجاب .

قال رحمه الله : ولا بد من وقوعها بلفظ الماضي الدال على صريح الانشاء اقتصاراً على المتعين وتحفظاً من الاشتار المشبه للإباحة ، ولو أتى بلفظ الأمر وقصد الانشاء كقوله : زوجنيها ، فقال : زوجتك ، قيل : يصح كما في خبر سهل الساعدي وهو حسن ، ولو أتى بلفظ المستقبل كقوله : أتزوجك ، فيقول : زوجتك جاز ، وقيل : لا بد بعد ذلك من تلفظه بالقبول ، وفي رواية إبان بن تغلب في المتعة ، « أتزوجك متعة ، فإذا قالت : نعم ، فهي امرأتك » .

أقول : لا خلاف في وقوع العقد بلفظ الماضي ؛ لأنه دال على صريح الانشاء لدخول الماضي في الوجود فيحصل اليقين بوقوعه ، والمستقبل لا وثوق بمحصله ، لا احتمال<sup>(٦١)</sup> الوعد والاستفهام ، ولمشاركة الحال في الصيغة ، فهو لفظ مستمر<sup>(٦٢)</sup> أي غير منحصر بوجه ، ولهذا قال المصنف : وحفظاً من الاشتار المشبه المشتعل للإباحة ، أي ( موقع للشبه )<sup>(٦٣)</sup> في الإباحة ، لا احتمال إرادة الوعد أو الاستفهام ، فلا تحصل الإباحة بخلاف الماضي ، فإنه لا يحتمل غير المقصود لدخوله في الوجود ولا يحصل شبهة في الإباحة فتعين<sup>(٦٤)</sup> الاتيان به دون ما يحصل فيه الشبهة ، وهو مذهب ابن حمزة وابن إدريس والعلامة ، وهو المعتمد لما بيناه .

(٦١) - «م» : لا احتمال .

(٦٢) - «م» و «ن» : مستمر .

(٦٣) - «م» و «ن» : الموقع للشبهة .

(٦٤) - «م» و «ن» : فيتعين .

وظاهر المصنف هنا جواز الاتيان بلفظ المستقبل لرواية أبان بن تغلب<sup>(٦٥)</sup>،  
عن الصادق عليه السلام .

وأما وقوعه بلفظ الأمر فهو<sup>(٦٦)</sup> مذهب الشيخ في المبسوط ، واستحسنه  
المصنف هنا ، لخبر سهل الساعدي : « ان امرأة أتت النبي صلى الله عليه وآله  
فقالت : إني وهبت نفسي لك يا رسول الله إن يكن لك في رغبة ، فقال : لا رغبة لي  
في النساء ، فقامت طويلا فقال رجل : يا رسول الله صلى الله عليك وآلك  
زوجنيها ان لم يكن لك فيها حاجة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : أعندك  
شيء تصدقها اياه ؟ فقال : ما عندي إلا إزارى هذا ، فقال النبي صلى الله عليه  
وآله : ان اعطيتها جلست ولا ازار لك ، فالتمس شيئا ، فقال : ما أجد شيئا ، فقال  
له رسول الله صلى الله عليه وآله : هل معك من القرآن شيء ؟ قال : نعم ، سورة  
كذا وسوره كذا ، وسماها ، فقال رسول الله : زوجتك بما معك من القرآن »<sup>(٦٧)</sup> .  
قال رحمه الله : ولو قال الولي أو الزوجة : تمتعت بكذا ، ولم يذكر الأجل ،  
انعقد دائما ، وهو دلالة على انعقاد الدائم بلفظ التمتع .

أقول : انعقاد المتقطع دائما مع الاخلال بذكر الأجل مذهب الشيخ وابن  
البراج وأبي الصلاح والسيد وابن زهرة ، واختاره المصنف رحمه الله لرواية عبد  
الله بن بكير في الموثق<sup>(٦٨)</sup> ، عن الصادق عليه السلام .

وقال ابن ادريس : يبطل العقد ، واختاره العلامة ؛ لأن المتعة من شرطها  
ذكر الأجل ، ومع الاخلال يبطل المشروط رواه زرارة في الصحيح ، عن الصادق

(٦٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٨ من أبواب المتعة ، حديث ١ .

(٦٦) - من «م» ، وفي باقي النسخ : وهو .

(٦٧) - المستدرک ، كتاب النكاح ، باب ٢ من أبواب المهور ، حديث ٢ (مع اختلاف يسير) .

(٦٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٠ من أبواب المتعة ، حديث ١ .

عليه السلام ، « قال لا يكون متعة الا بأمرين بأجل مسمى وأجر مسمى » (٦٩) .

ومثله ما رواه اسماعيل بن الفضل الهاشمي في الصحيح : « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة ؟ فقال : مهر معلوم الى أجل معلوم » (٧٠) .

قال رحمه الله : ولو قال : زوجت بنتك من فلان ، فقال : نعم ، فقال الزوج : قبلت ، صح ؛ لأن نعم تتضمن إعادة السؤال ولو لم يعد اللفظ ، وفيه تردد .

أقول : ينشأ من ان نعم صريحة في إعادة السؤال وكأنه (٧١) قال : زوجت وقد حصل لفظ الايجاب ، فاذا قبل الزوج صح النكاح لأصالة الصحة . ومن ان قوله : زوجت بنتك من فلان استخبار ، وقول الأب : نعم زوجت خبر ؛ لأنه جواب الاستخبار ، والجواب لا يصلح ان يكون انشاء ؛ لأن الانشاء لغة الابتداء ، واصطلاحاً ايجاد عقد بلفظ يقارنه في الوجود ، فالجواب لا يكون انشاء ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : وفي السكران الذي لا يعقل تردد ، أظهره أنه لا يصح ولو أفاق فأجاز ، وفي رواية : إذا زوجت سكرى نفسها ثم أفاقت فرضيت أو دخل بها فأفاقت وأقرته كان ماضياً .

أقول : لا فرق بين السكران والسكرى ، ومنشأ التردد ، من ان السكران الذي لم يحصل كالمجنون في زوال العقل ، فيكون حكمه حكمها في عدم الالتفات الى عقده فيقع باطلاً ، وإذا وقع باطلاً لم يؤثر فيه الأجزاء بعد الانعقاد .

ومن الرواية التي أشار اليها المصنف ، وهي رواية محمد بن اسماعيل بن بزيع في الصحيح ، « قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب

(٦٩) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٧ من أبواب المتعة ، حديث ١ .

(٧٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٧ من أبواب المتعة ، حديث ٣ .

(٧١) - « ن » : فكأنه .

النبذ فسكرت فزوجت نفسها رجلاً في سكرها ، ثم أفاقت فأنكرت ، ثم ظنت انه يلزمها فوزعت منه ثم أقامت مع الرجل على ذلك التزويج ، أحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها ؟ فقال : اذا أقامت عنده بعدما أفاقت فهو رضا منها ، فقلت : ويجوز ذلك التزويج عليها ؟ قال : نعم « (٧٢) .  
وبعضونها أفتى الشيخ رحمه الله في النهاية ، وتبعه ابن البراج ، ومنع ابن ادريس من ذلك ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد .

---

(٧٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٤ من أبواب عقد النكاح ، حديث ١ . (وفيه : ففرعت منه) .





## في أولياء العقد

قال رحمه الله: وهل يشترط في ولاية الجد بقاء الأب؟ قيل: نعم، مصيراً إلى رواية لا تخلو من ضعف، والوجه أنه لا يشترط.

أقول: اشتراط بقاء الأب في ولاية الجد مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج ومحمد بن بابويه وأحمد بن الجنييد وأبي الصلاح، لرواية الفضل بن عبد الملك، عن الصادق عليه السلام «قال الجد إذا زوج ابنة ابنه وكان أبوها حياً وكان الجد مرضياً جاز»<sup>(٧٣)</sup> مفهوم هذه الرواية على اشتراط بقاء الأب في ولاية الجد لقوله: «وكان أبوها حياً وكان الجد مرضياً»، وذهب المقيد وسلار والسيد المرتضى وابن ادريس إلى عدم الاشتراط، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس، وهو المعتمد؛ لأن ولاية الجد ثابتة في حياة الأب فتثبت بعد وفاته عملاً بالاستصحاب، ولأن ولاية الجد أقوى من ولاية الأب؛ لأنها لو زوجها برجلين دفعة صح عقد الجد وبطل عقد الأب.

ولو اختار الأب زوجاً واختار الجد غيره قدم اختيار الجد وكان ولايته

---

(٧٣) - الوسائل، كتاب النكاح، باب ١١ من أبواب عقد النكاح، حديث ٤

أقوى ، والأقوى لا يكون مشروطاً بالاضعف ، والرواية قاصرة عن المطلوب ، لضعف سندها ؛ لأن في طريقها الحسن بن محمد بن سماعة وجعفر بن سماعة ، وهما واقفيان ، ولضعف دلالة المفهوم .

ولا فرق في ثبوت ولايتها على الصغيرين والمجنونين ، قال أبو العباس في مذهب : سواء كان جنونها مستمراً قبل البلوغ أو عرض بعد زوال الولاية عنها لرشدتها بعد البلوغ ، وهو جيد .

قال رحمه الله : ولا خيار لها بعد بلوغها على أشهر الروايتين ، وكذا لو زوج الأب أو الجد الولد الصغير لزومه العقد ، ولا خيار له بعد بلوغه ورشده على الأشهر ، وهل تثبت ولايتها على البكر الرشيدة ؟ فيه روايات ، أظهرها : سقوط الولاية عنها ، وثبوت الولاية لنفسها في الدائم والمنقطع حتى لا يجوز لها ان ينفردا عنها بالعقد .

أقول : هنا ثلاث مسائل :

أ - في ثبوت الخيار للصبي بعد البلوغ اذا زوجها أبوها أو جدّها له ، والمشهور عدم ثبوته لها ، ولم يتردد فيه أحد من الأصحاب ، وجزم به المصنف في المختصر ، ولم يجزم به هنا ، بل قال على أشهر الروايتين <sup>(٧٤)</sup> ؛ لأن محمد بن مسلم روى عن الباقر عليه السلام قال ، « سألت عن الصبي يتزوج الصبية ؟ قال : ان كان أبواهما اللذان زوجها فنعيم جائز ، لكن لها الخيار اذا أدركا ، فان رضا بعد فالمهر على الأب » <sup>(٧٥)</sup> فهذه الرواية دالة على ثبوت الخيار لها ، ولم يعمل بها أحد من الأصحاب ؛ لأنه عقد صدر من ولي شرعي لا ضرر فيه على المولى عليه

(٧٤) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ، حديث (١) و ٢ و ٣ و ٧ .

(٧٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ، حديث ٨ .

فكان (٧٦) ثابتاً .

ب - في ثبوت الخيار للصبي اذا زوجه أبوه أو جده لأبيه ، وأثبتته الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن البراج وابن ادريس ، وهو مذهب ابن حمزة ، لرواية يزيد الكنافي (٧٧) ، والمعتمد لزوم العقد ، وهو مذهب المصنف والعلامة ؛ لأنه عقد صدر من أهله وهو الولي الاجباري ، فيكون لازماً كالصبية .

ويمكن الفرق بينها فان الصبي ربما تطرق اليه الضرر في ذلك ؛ لأنه أثبت لها في ذمته مهرأ ونفقة ، ولا فائدة له في النكاح حالة الصبي ، بخلاف الصبية فانه اثبت لها مهرأ في ذمة الزوج ونفقة ، ولا ضرورة عليها .

والمعتمد المساواة بينها في عدم ثبوت الخيار ؛ لأن الولي أغرف بالمصلحة ، وهي غير منتفية ، فيلزم العقد لمعوم ﴿ أو فوا بالعقود ﴾ (٧٨) .

ج - في ثبوت ولايتها على البكر البالغة الرشيدة وقد اختلف الأصحاب هنا على خمسة أقوال :

الأول : لا ولاية عليها في الدائم والمنقطع ، بل الولاية لنفسها خاصة ، وهو قول المفيد في أحكام النساء ، وبه قال سلال والسيد المرتضى وابن الجنيد ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد .

الثاني : ثبوت الولاية عليها للأب خاصة ، وهو قول الشيخ في النهاية وابن البراج ومحمد بن بابويه .

الثالث : اشتراك الولاية بينها وبين الأب والمجد بحيث لا ينفرد احد منهم دون الآخر ، وهو أحد قولي المفيد .

(٧٦) - من «ن» و «م» وفي غيرها : وكان .

(٧٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٩ .

(٧٨) - المائدة : ١ .

الرابع : اشتراك الولاية بينها وبين الأب خاصة ، وهو قول أبي الصلاح .  
 الخامس : استقلالها دونها بعقد المتعة خاصة ، لكن لا يبطأها الزوج في  
 الفرج ، وهو قول ابن حمزة ، وذكره الشيخ في النهاية رواية .  
 ونقل المصنف قولاً سادساً : وهو استقلالها بالدائم دون المنقطع ، ولم أقف  
 على قائله ، ومستند الجميع الروايات (٧٩) .  
 قال رحمه الله : ولا ولاية للوصي وإن نص له الموصي على النكاح على  
 الأظهر .

أقول : قال الشيخ في الخلاف بثبوت الولاية للوصي إذا نص الموصي على  
 ذلك ، واختاره العلامة في المختلف لرواية أبي بصير (٨٠) ، عن الصادق عليه  
 السلام ، وقيل : ليس له ذلك وإن نص الموصي ، واختاره المصنف والعلامة في باقي  
 كتبه .

قال رحمه الله : ولو وكلته في تزويجها منه ، قيل : لا يصح لرواية عمار ،  
 ولأنه يلزم أن يكون موجباً قابلاً ، والجواز أشبه .

أقول : المشهور الجواز ، وهو المعتمد ، وقد تقدم البحث (٨١) في عدم المنع من  
 كونه موجباً قابلاً ، والرواية ضعيفة ؛ لأن عماراً فطحي ، وفي طريقها مصدق بن  
 صدقة ، وهو فطحي أيضاً .

وصورة العقد على نفسه أن يقول : زوجت موكلتي فلانة من نفسي ، قبلت  
 النكاح .

قال رحمه الله : إذا زوجها الولي بدون مهر المثل ، هل لها أن تعترض ؟ فيه

(٧٩) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب (٣ و ٤ و ٦ و ٩) من أبواب عقد النكاح . وباب ١١ من  
 أبواب المتعة .

(٨٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٨ من أبواب عقد النكاح ، حديث ٤ .

(٨١) - ج ٢ ، ص ١٧ - ١٨ ، وص ٣٥٥ .

تردد، والأظهر أن لها الاعتراض .

أقول : منشأ التردد من أن النكاح معاوضة على الفرج ، فكما لها الاعتراض اذا باع مالها بدون ثمن المثل ، كذا لها الاعتراض اذا زوجها بدون مهر المثل .

ومن انه ليس بمعاوضة محضة لجواز أخلاء النكاح عن ذكر المهر ، ولأن المقصود من النكاح النسل وكف الشهوة ، والمهر تابع ، بخلاف بيع المال فإن المقصود منه العوض فقط ، والأصل الصحة .

وذهب المصنف والعلامة في القواعد ان لها الاعتراض ، واختاره فخر الدين ، وهل الاعتراض في فسخ المهر ؟ أو فسخ النكاح اطلق المصنف والعلامة في القواعد وفخر الدين ذلك ، وجزم العلامة في التحرير بان لها فسخ المسمى ، قال : وهل لها فسخ النكاح ؟ فيه نظر .

قلت : هذا نظر غريب من العلامة ؛ لأن الذي يقتضيه الأصل عدم جواز فسخ النكاح قطعاً ، لجواز النكاح عن ذكر المهر ، وانما الاعتراض في فسخ المسمى اذا كان دون مهر المثل ، وقد نصوا على ذلك في باب تفويض المهر .

قال المصنف : ولو زوجها الولي بدون مهر المثل أو لم يذكر مهرأصح العقد وثبت لها مهر المثل بنفس العقد ، وفيه تردد . منشأ التردد من أن الولي له نظر المصلحة فيصح التفويض وثوقاً بنظره ، وهو أشبه .

وقال العلامة في القواعد ولو زوج الولي مفوضه او بدون مهر المثل صح ، وقيل : يثبت مهر المثل بنفس العقد ، وفيه اشكال ينشأ من اعتبار المصلحة المتوسطة بنظر الولي .

وقال في التحرير نحو ذلك . فقد ثبت ان التردد في المهر دون العقد .

قال رحمه الله : عقد النكاح يقف على الاجازة على الأظهر (X)

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ، وقال الشيخ في المبسوط والخلاف : لا يكون موقوفاً ، والعمل على المشهور ، وقد تقدم احتجاج الفريقين في باب البيع .

قوله : ويقع من البكر بالسكوت عند عرضه عليها .

الأصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وآله : « البكر تستأذن ، واذنها صماتها ، والثيب يعرب عنها لسانها »<sup>(٨٢)</sup> والاعراب هو التبيين أي يبين عنها لسانها ، وقال ابن ادريس : لا بد من النطق ولا يكفي السكوت ؛ لأنه أعم .

قال رحمه الله : وإذا زوجها بمملوك لم يكن لها الخيار إذا بلغت ، وكذا ( لو زوج ) \* الطفل ، وقيل : بالمتع في الطفل ؛ لأن نكاح الأمة مشروط بخوف العنت ولا خوف في جانب الصبي .

أقول : قوله : ( وكذا الطفل ) أي لو زوجه بالمملوكة ليس له خيار بعد البلوغ ، وسيأتي وجه الخلاف في ذلك انشاء الله تعالى .

قال رحمه الله : لا يجوز نكاح الأمة الا باذن مالکها ، ولو كانت امرأة ، وقيل : لها ان تزوج متعة اذا كانت لامرأة من غير إذنها ، والأول أشبه .

أقول : القائل هو الشيخ في النهاية استناداً الى رواية سيف بن عميرة<sup>(٨٣)</sup> ، عن الصادق عليه السلام ، والأول هو المعتمد ؛ لعموم قوله تعالى : ﴿ فانكحوهن باذن اهلهن ﴾<sup>(٨٤)</sup> .

قال رحمه الله : اذا اذن المولى لعبده في ايقاع العقد صح ، واقتضى الاطلاق الاقتصار على مهر أمثاله ، فان زاد كان الزائد في ذمته يتبع به اذا تحرر ، ويكون

(٨٢) - سنن ابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب استنهار البكر والثيب ، حديث ١٨٧٢ ( قريب منه ) .  
(\*) - من المطبوعة .

(٨٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٤ من أبواب المتعة ، حديث ١ و ٢ و ٣ .

(٨٤) - النساء : ٢٥ .

مهر المثل على مولاه، وقيل : في كسبه ، والأول أظهر ، وكذا القول في نفقتها .

أقول : اختلف الأصحاب هنا على ثلاثة أقوال :

أ - ان المهر والنفقة على المولى ؛ لأنها من توابع العقد المأذون فيه ، وهو مذهب ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة في قواعده وفخر الدين ، وهو المعتمد .

ب - في كسب العبد وهو مذهب الشيخ في المبسوط .

ج - التفصيل وهو ان كان مكتسباً كان في كسبه ، وان لم يكن مكتسباً كان على المولى ، وهو قول ابن حمزة ، واختاره العلامة في المختلف ، وسيأتي تحقيق ذلك ان شاء الله تعالى .

قال رحمه الله : اذا زوجها الأخوان برجلين ، فان وكلتهما فالعقد للأول ، ولو دخلت بمن تزوجها أخيراً فحصلت ألحق الولد به وألزم مهرها وأعيدت الى السابق بعد انقضاء العدة ، وان اتفقا في حالة واحدة ، قيل : يقدم الأكبر ، وهو تحكم .

أقول : القائل بتقديم عقد الأكبر مع الاقتران هو الشيخ في النهاية وابن حمزة وابن البراج ، لرواية وليد يباع الاصفاط<sup>(٨٥)</sup> ، عن أبي عبد الله عليه السلام . ومنع ابن ادريس من ذلك ، ونسب المصنف تقديم الأكبر الى التحكم - وهو القول بغير دليل - لأنها وكيلان ، ومع الاقتران يبطل العقد ان لتدافعهما ، فتقديم احدهما على الآخر ترجيح من غير مرجح ، فلهذا نسبه الى التحكم .

قال العلامة في المختلف : وليس بيعيد عندي من الصواب ان يجعل لها الخيار في امضاء عقد ايها كان اذا عقد كل واحد منهما قد قارن زوال ولايته ؛ لأنه



حالة عقد الآخر فبطلت هيئة عقد كل واحد منهما وهي (ونهى) <sup>(٨٦)</sup> اللزوم، وبقى كل واحد منهما كأنه فضولي في العقد، هذا آخر كلامه رحمه الله .

وفيه نظر ؛ لأنهم قد حكموا ببطان العقدين مع التقارن، فتخصيص البطان بالهيئة التي هي اللزوم دون بطان اصل العقد تخصيص من غير مخصص .  
فروع :

الأول : اذا تحقق سبق عقد أحد الوكيلين أو الوليين كالأب والمجد له واشتبه، فيه احتمالات ، اقواها انها يؤمر ان بالطلاق ، بأن يقول كل واحد منهما : ان كانت فلانة زوجتي فهي طالق ، ثم ينكح من شاءت بعد ذلك ، فان امتنعا أو احدهما من الطلاق لم يجبرا عليه ولا احدهما ، للاجماع على عدم وقوع طلاق المكره ، ولا يقرع بينهما ؛ لأن القرعة اماره ضعيفة تفيد الظن ، فلا يباح بها الفروج المترتب عليها الحاق النسب ، وتحريم المحارم ، وجواز النظر اليهن ، وما شاكل ذلك من الأمور المهمة المبنية على الاحتياط ، ولا يجب التربص الى حين التذكر لما في ذلك من الاضرار بالمرأة ، بل يفسخ الحاكم ان كان والا المرأة دفعا للضرر المنفي ، والا لزم تعطيلها ومنعها من حقوقها ، وذلك ضرر عظيم ، وهو منفي بقوله عليه السلام : « لا ضرر ولا اضرار » <sup>(٨٧)</sup> ، ولا مهر مع الفسخ ؛ لانه كفسخ العيب .

الثاني : لو اشتبه الحال ، فلم يعلم السابق ولا الاقتران ، فالعلامة في القواعد جعل حكمه كما لو علم سبق احدهما واشتبه ، وقال الشيخ : مع الاشتباه يبطل العقد ؛ لأنه ان اقترنا بطلا <sup>(٨٨)</sup> ، وان ترتبا لم يمكن العلم به ولا بخصوصية السابق فيبطل ، والا لزم تكليف ما لا يطاق ؛ لأن العلم به غير مقدور لنا ، فلا يمكن

(٨٦) - كذا في الأصل ، وليست في «م» و «ن» .

(٨٧) - الوسائل ، كتاب احياء الموات ، باب ٢١٢ حديث ٣ و ٤ و ٦ ، وكتاب الشفعة ، باب ٥ ، حديث ١ .

(٨٨) - «م» و «ن» : بطل .

امضاؤه ، وكل عقد تعذر امضاؤه فهو باطل .

ومذهب العلامة أحوط لاحتمال ترتيبها ، فيكون احدهما صحيحاً فلا يباح لها نكاح غيره بغير الطلاق أو الفسخ .

الثالث : لو ادعى كل منهما السبق وصدقت <sup>(٨٩)</sup> احدهما احتتمل ثبوت عقده ؛ لأنه ادعى عليها حقاً فاعترفت به فيثبت ما ادعاه . ويحتمل العدم ؛ لأن الخصم هو الزوج الآخر فلا ينفذ تصديقها في حقه ودعواه ثابتة ، فعلى القول بعدم اعتبار تصديقها يكون الحكم كما في الفرع الأول ، وعلى القول باعتبارها ، هل يسقط دعوى الآخر ؛ لأن الحق قد ثبت لغيره ، أو لا تسقط ؟ والفائدة ثبوت مهر المثل للثاني لو اعترفت له على القول بضمان منفعة البضع بالتفويت ، وسيأتي تحقيقه في باب انشاء الله تعالى \* .

ولو نكلت عن اليمين فحلف ، فان قلنا : اليمين مع النكول كاليمين ، انتزعت من الأول الى الثاني ؛ لأن اليمين أقوى من الاقرار ، وان قلنا : كالاقرار فهي للأول وتغرم للثاني .

قال رحمه الله : ولا ولاية للأم على الولد ، فلو زوجته فرضي لزمه العقد ، وان كره لزمها المهر ، وفيه تردد ، وربما حمل على ما اذا ادعت الوكالة عنه .

أقول : منشأ التردد من اصالة براءة ذمة الأم من المهر ؛ لأن عقدها فضولي كالأجنبي وكما <sup>(٩٠)</sup> لا يضمن الأجنبي مع عدم الرضا بعقده شيئاً ، كذا لا تضمن الأم مع عدم الرضا بعقدها شيئاً .

ومن رواية محمد بن مسلم <sup>(٩١)</sup> ، عن الباقر عليه السلام الدالة على لزوم المهر

(٨٩) - «م» و «ن» : فصدقت .

(٩٠) - «م» و «ن» : فكما .

(٩١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٧ من أبواب عقد النكاح ، حديث ٣ .

للأم ، وبمضمونها أفتى الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج ، ومنع منه ابن أدريس ، واختاره المصنف والعلامة ، والحمل على دعوى الوكالة ضعيف ؛ لأن الرواية خالية عن ذلك .

قال رحمه الله : إذا زوج الأجنبي امرأة ، فقال الزوج : زوّجك العاقد من غير إذنك ، فقالت : بل أذنت ، فالقول قولها مع يمينها على القولين ؛ لأنها تدعي الصحة .

أقول : المراد بالقولين القول بان عقد الفضولي يقف على الإجازة والقول بانه يقع باطلاً ، فعلى القولين يكون القول قولها .

فان قيل : أما على القول بوقوعه باطلاً فقد يتصور لهذه الدعوى فائدة : وهي لو اعترفت له بما ادعاه أو نكلت فحلف بطل العقد ، أما على القول بوقوفه على الإجازة ، فلا يتصور للدعوى فائدة ؛ لأنها لو اعترفت بعدم الاذن ثم اجازته لزم العقد ، فالفائدة في قوله : ( على القولين ) ؟

قلنا : الفائدة هنا - مع التصديق - انتفاء اللزوم ، ( اذ لو صدقت ) (٩٢) بما ادعاه لم يلزمه العقد حالة وقوعه ، وكان لها فسخه ، وربما رجا (٩٣) ذلك منها ؛ لأنه اذا قال : زوّجك العاقد بغير إذنك وأريد أن تفسخي العقد ، ربما اجابت الى ذلك ، فيتصور للدعوى فائدة ، وانما كان القول قولها على القولين ؛ لأن على أحدهما تدعي الصحة ، وعلى الآخر تدعي اللزوم فيقدم قولها ؛ لأن الأصل في العقد الصحة واللزوم .

(٩٢) - في «م» و «ن» .

(٩٣) - «ن» : جاز .

## في أسباب التحريم

قال رحمه الله : فلو زنا فأنخلق من مائه ولد على الجزم لم ينسب اليه شرعاً ، وهل يحرم على الزاني والزانية ؟ الوجه انه يحرم ؛ لأنه مخلوق من مائه ، فهو يسمى ولداً لغة .

أقول : اجمعت الامامية على التحريم هنا ، إلا أنهم اختلفوا في وجهه ، قال الشيخ في الخلاف : دليلنا انه اذا زنى بامرأة حرمت عليه بنتها وانتشرت الحرمة وهذه بنتها ، ثم قال : وايضاً قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ﴾ (٩٤) وهذه بنته لغة وان لم يكن شرعاً .

وابن ادريس جعل الوجه كفر ولد الزنا ، والكافر لا يجوز نكاحه للمسلم . والمصنف والعلامة وغيرهما من المتأخرين جعلوا الوجه ثاني وجهي الشيخ رحمه الله ، وهو أنسب .

والمعتمد انه لا يثبت من توابع النسب غير تحريم النكاح فقط ، وما عداه فالحكم فيه كالأجانب .

قال رحمه الله : ولو احتمل ان يكون منهما استخراج بالقرعة على تردد ، أشبهه ان يكون للثاني .

أقول : انما يحتمل ان يكون منهما اذا كان لستة أشهر من وطئ الثاني ولغيره<sup>(٩٥)</sup> عشرة ، فما ( دون من وطئ الأول ، فهنا )<sup>(٩٦)</sup> يحتمل ان يكون منهما ، وتردد المصنف بين القرعة وبين لحاقه بالثاني<sup>(٩٧)</sup> من عموم قوله عليه السلام : «الولد للفراش»<sup>(٩٨)</sup> والمراد به الوطئ (المباح ، فهي فراش للثاني)<sup>(٩٩)</sup> حقيقة ؛ لأن الأول قد زال فراشه بالطلاق .

ومن احتمال الحاقه بكل ( واحد منهما ، فاختصاص )<sup>(١٠٠)</sup> احدهما دون الآخر من غير قرعة ترجيح من غير مرجح ، فلا بد من القرعة ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره فخر الدين ، والأول اختيار المصنف والعلامة في القواعد .

(٩٥) - ليست في «م» و «ن» .

(٩٦) - من «م» و «ن» .

(٩٧) - هنا زيادة في «م» و «ن» : ( من غير قرعة ومنشأ التردد ) .

(٩٨) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٩ ، حديث ٣ .

(٩٩) - من «م» و «ن» .

(١٠٠) - ما بين القوسين من «م» و «ن» .

## في الرضاع

قال رحمه الله : الأول: أن يكون اللبن عن نكاح ، فلو دُرَّ لم ينشر ، وكذا لو كان عن زنا ، وفي نكاح الشبهة تردد ، أشبهه تنزيله على النكاح الصحيح .  
أقول : منشؤه من أن اللبن تابع للنسب ، ونكاح الشبهة يلحق به النسب بلا خلاف ، وقال عليه السلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »<sup>(١٠١)</sup> ، فيكون حكم لبن الشبهة حكم لبن النكاح الصحيح لتساويهما في التحاق النسب فيتساويان في حكم الرضاع .

ومن أصالة الإباحة ما لم يعلم السبب المحرم ، وهو غير معلوم هنا .  
والأول هو المشهور بين الأصحاب ، وهو المعتمد ، والثاني مذهب ابن أدریس ( فإنه قال : الشبهة لا تنشر حرمة ، ثم بعد ذلك بلا فصل قوى التحريم ، ثم قال : في ذلك نظر وتأمل ، وحاصله يرجع إلى ترده فيه )<sup>(١٠٢)</sup> .  
قال رحمه الله : ولا حكم لما دون العشر إلا في رواية شاذة ، وهل يحرم

---

(١٠١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١ من أبواب ما يحرم بالرضاع .

(١٠٢) - ليس في «م» و «ن» .

بالعشر؟ فيه روايتان، أصحابهما: أنه لا يحرم، وينشر المحرمة ان بلغ خمس عشرة رضة، أو رضع يوماً وليلة.

أقول: يعتبر تقدير الرضاع المحرم بأمور ثلاثة:

أ - ما أنبت اللحم وشد العظم والمرجع فيه إلى عرف أهل الخبرة.

ب - رضاع يوم وليلة بشرط ان لا يمنع من الرضاع في اليوم والليلة مانع من مرض أو غيره، ولا بد ان يحصل مسمى الأرتضاع، فاذا حصل ذلك نشر المحرمة من غير اعتبار عدد ولا اشتداد.

ج - العدد، وقد اختلف الأصحاب فيه على أقوال أربعة:

أ - ما يصدق عليه اسم الرضة - وهو ملاءة بطن الصبي، إما بالمص أو بالوجع - محرم للنكاح، وهو قول ابن الجنيد محتجاً برواية علي بن مهزيار<sup>(١٠٣)</sup>، عن أبي الحسن عليه السلام، وهي مشتملة على المكاتب، واليها أشار المصنف بقوله: (في رواية شاذة).

ب - ما رواه محمد بن بابويه: «انه لا يحرم الارضاع خمسة عشر يوماً»<sup>(١٠٤)</sup>، وروي «انه لا يحرم الا ما ارتضع من ثدي واحد سنة»<sup>(١٠٥)</sup>.

ج - حصول التحريم بعشر رضعات، وهو قول المفيد والسيد المرتضى وأبي الصلاح وابن البراج وابن حمزة وابن أبي عقيل، واختاره العلامة في المختلف وابو العباس في كتابيه؛ لأنه أحوط، وعليه روايات<sup>(١٠٦)</sup> كثيرة، وهو قول

(١٠٣) - الوسائل، كتاب النكاح، باب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع، حديث ١٠.

(١٠٤) - الوسائل، كتاب النكاح، باب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٥. راجع المقنع: ١١٠.

(١٠٥) - المصدر المتقدم، حديث ١٧، ومن لا يحضره الفقيه ٣: ص، حديث ١٣ - ١٤ (١٤٧٥-١٤٧٦).

(١٠٦) - الوسائل، كتاب النكاح، باب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع، حديث ١١ وغيره.

أكثر الأصحاب .

د - اشتراط خمس عشرة رضة ، وهو قول الشيخ في النهاية والمبسوط وكتابي الأخبار ، واختاره المصنف والعلامة في أكثر كتبه ، والدليل الروايات (١٠٧) . وابن ادريس اختار في أول بحثه التحريم بالعشر رضعات ، وشنع على الشيخ ، وجعل قوله مذهب الشافعي ثم رجع الى قول الشيخ في آخر بحثه ، فشنع عليه العلامة في المختلف في ذلك .

قال رحمه الله : ويرجع في تقدير الرضة الى العرف ، وقيل : أن يروى الصبي ويصدر من قبل نفسه .

أقول : القولان للشيخ رحمه الله ، والمشهور اعتبار العرف ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأن كل لفظ أطلقه الشارع ولم يبين (١٠٨) له حدًا رجع فيه الى العرف ، والثاني اختيار فخر الدين .

قال رحمه الله : ولا بد من ارتضاعه من الثدي في قول مشهور .

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ، إلا ابن الجنيّد فإنه لم يشترط الامتناع من الثدي ، بل اكتفى بالوجور في حلقه لرواية جميل بن دراج في الصحيح (١٠٩) ، عن الصادق عليه السلام .

والأول هو المعتمد ؛ لأنه لا يسمى رضاعاً إلا مع الامتناع من الثدي .

قال رحمه الله : ولو ارتضع من ثدي الميتة أو رضع بعض الرضعات وهي حية ، وأكملها وهي ميتة لم ينشأ الحرمة ؛ لأنها خرجت بالموت عن التحاق الأحكام وهي كالبهيمة المرتضعة ، وفيه تردد .

(١٠٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع ، حديث ١ و ١٤ .

(١٠٨) - «م» : يعين .

(١٠٩) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٥ من أبواب ما يحرم بالرضاع ، حديث ٣ .



أقول : منشأ التردد مما قاله المصنف ، ومن عموم قوله عليه السلام : « حرمة الميتة كحرمة الحية »<sup>(١١٠)</sup> ومن جملة انتشار التحريم بالرضاع ، ولم أجد به قولاً لأصحابنا ، بل هو قول أكثر الجمهور كأبي حنيفة ومالك والأوزاعي ، وفتاوي أصحابنا كلها متطابقة على عدم انتشار الحرمة بلبن الميتة .

قال رحمه الله : الثالث : أن يكون في الحولين ويراعى ذلك في المرتضع ، لقوله عليه السلام : « لارضاع بعد فطام » ، وهل يراعى في ذلك ولد المرضع ؟ الأصح أنه لا يعتبر .

أقول : أما اعتبار الحولين في المرتضع فهو اجماع الا من ابن أبي عقيل ، فانه نشر الحرمة بالرضاع بعد الحولين كما قبلها اذا لم يتخلله فطام ، والمشهور الأول ، لما رواه حماد بن عثمان في الموثق : « قال : سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول : لارضاع بعد فطام ، قلت : جعلت فداك ، وما الفطام ؟ قال : الحولان اللذان قال الله عز وجل »<sup>(١١١)</sup> .

أما المرتضع الذي حصل اللبن بولادته فالمشهور عدم اعتبار الحولين فيه ؛ لأن المرأة اذا كان لها لبن من نكاح حلال ومضى لها أكثر من حولين ثم أرضعت به من له اقل من حولين رضاعاً محرماً انتشرت الحرمة بينهما .

وقال ابو الصلاح وابن حمزة وابن زهرة باعتبارهما في ولد المرضعة كاعتبارهما في المرتضع ؛ لأن الرضاع المعتبر ما حصل قبل الفطام ، وكما<sup>(١١٢)</sup> اعتبر في أحد المرتضعين اعتبر في الآخر ، ولعموم قوله عليه السلام : « لارضاع بعد فطام »<sup>(١١٣)</sup> والأول هو المعتمد ، وهو اختيار المصنف والعلامة في أكثر كتبه ،

(١١٠) - الوسائل ، كتاب الحدود والتعزيرات ، باب ١٩ من أبواب حد السرقة ، حديث ٦ .

(١١١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥ من أبواب ما يحرم الرضاع ، حديث ٥ .

(١١٢) - «م» : فكما . وفي «ن» : فلما .

(١١٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥ من أبواب ما يحرم بالرضاع ، الأحاديث

وتوقف في المختلف .

فرع<sup>(١١٤)</sup> : لو حصل الاشتباه في الرضاع ، هل وقع قبل الحولين أو بعدهما ؟ فقد تعارض أصل البقاء وأصل الاباحة ؛ لأن الأصل عدم خروج الحولين ما لم تتحقق ، والأصل عدم التحريم ما لم يتحقق السبب المحرم وهو غير متحقق ؛ لأن مطلق الرضاع غير محرم ، بل اذا حصلت شروطه<sup>(١١٥)</sup> وبعض شروطه غير متحقق ، وهو وقوعه في الحولين فيرجع أصل الاباحة لثبوته قبل الرضاع ، والسبب الناقل عنه غير متحقق .

قال رحمه الله : ويكره أن يسترضع من ولادتها عن زنا ، وروي : أنه إذا أحلها مولاهما فعلها طاب لبنها وزالت الكراهة ، وهو شاذ .

أقول : الرواية إشارة الى ما رواه اسحاق بن عمار ، عن أبي عبد الله عليه السلام : « قال : سألته عن غلام لي وثب على جارية فاحبلها فولدت ، واحتجنا الى لبنها ، فاذا احللت لهما ما صنعا يطيب لبنها ؟ قال : نعم »<sup>(١١٦)</sup> وبمضمون الرواية افقئ الشيخ في النهاية ، واطرحها الباكون لمخالفتها للأصل ؛ لأن التحليل انما يبيع اذا وقع قبل الفعل لا بعده .

قال رحمه الله : وهل ينكح اولاده الذين لم يرضعوا من هذا اللبن في أولاد هذه المرضعة وأولاد فحلها ؟ قيل : لا ، والوجه الجواز .

أقول : قال<sup>(١١٧)</sup> الشيخ في الخلاف بعدم الجواز معولا على رواية أيوب بن

(١٢ و ٥ و ٩ و ١١ و ١٢) .

(١١٤) - «ن» : فروع : الاول .

(١١٥) - «ن» : شرائطه .

(١١٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٧٥ من أبواب أحكام الأولاد ، حديث ٥ .

(١١٧) - «م» : قول .

نوح<sup>(١١٨)</sup>، عن أبي الحسن عليه السلام ، والجواز مذهب ابن ادريس والمصنف والعلامة في أكثر كتبه ؛ لأن أخ الأخ إذا لم يكن أخاً يحل من النسب فحله من الرضاع أولى ، وهو المعتمد .

فروع : المشهور بين اصحابنا انه يجوز للفحل ان يتزوج<sup>(١١٩)</sup> بأخت المرتضع وجدته ؛ لأنه لا نسب بينها ولا رضاع ، وخالف ابن ادريس في ذلك ؛ لأنه لا يجوز ان يتزوج بجده ولده ولا أخته من النسب ، فكذا لا يجوز من الرضاع . وأجيب بأن التحريم من جهة النسب لأجل المصاهرة ، ولا مصاهرة في الرضاع .

قال رحمه الله : ولو تولت المرضعة ارضاعها مختارة ، قيل : كان للصغيرة نصف المهر ؛ لأنه فسخ حصل قبل الدخول ولم يسقط ؛ لأنه ليس من الزوجة ، وللزوج الرجوع على المرضعة بما أذاه ان قصدت الفسخ ، وفي الكل تردد ، مستنده الشك في ضمان منفعة البضع .

أقول : لاشك<sup>(١٢٠)</sup> ان ضمانها والرجوع عليها مبني على ضمان منفعة البضع بالتفويت ، وهو مشكوك فيه من أصالة براءة الذمة ؛ لأنه ليس بمال ، ولأن منفعة البضع لا تضمن بغير الوطي المباح لها ظاهراً .

ومن قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات ﴾ الى قوله ﴿ وآتوهن ما انفقوا ﴾<sup>(١٢١)</sup> وأراد بذلك المهر عوض المنفعة ، ولأن المهر عوض المنفعة ، فاذا أتلف أحد المنفعة التي قابلها يكون ضامناً لها ، فعلى هذا يتحقق الضمان ، وهل يقتقر الضمان الى قصد الفسخ ؟ ظاهر المصنف افتقاره اليه ،

(١١٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع ، حديث ١ .

(١١٩) - «ن» : يزوج .

(١٢٠) - «ن» : لأن .

(١٢١) - المتحنة : ١٠ .

وظاهر العلامة ومذهب فخر الدين عدم الافتقار ؛ لأن جميع المتلفات لا يفترق في ضمانها الى قصد الاتلاف .

وهل الضمان للجميع أو للنصف ؟ المشهور ضمان النصف ؛ لأنها فرقته (١٢٢) حصلت قبل الدخول ، ويحتمل وجوب الجميع ؛ لأنه يجب جميعه بالعقد ، وانما يتنصف بالطلاق ، ولم يحصل ، فيجب الجميع .

قال رحمه الله : وللصغيرة مهرها لانفساخ العقد بالجميع\* ، وقيل : يرجع به على الكبيرة .

أقول : سبق البحث في هذه ؛ لأن مبناء على ضمان منفعة البضع ، وقد سبق (١٢٣) البحث فيها .

قال رحمه الله : نعم لو كانت موطوءة بالعقد رجع عليها ، وعندي في ذلك تردد .

أقول : منشؤه من القول بضمان منفعة البضع وعدمه ، وقد سبق (١٢٤) .

قال رحمه الله : اذا قال : هذه اخي من الرضاع أو بنتي على وجه يصح فان كان قبل العقد حكم عليه بالتحريم ظاهراً ، وان كان بعد العقد ومعه بينة حكم بها ، فان كان قبل الدخول فلا مهر ، وان كان بعده كان لها المسمى ، وان فقد البينة وانكرت الزوجة ، لزمه المهر كله مع الدخول ونصفه مع عدمه على قول مشهور ، ولو قالت المرأة : ذلك بعد العقد ، لم تقبل دعواها في حقه إلا ببينة ، ولو كان قبله حكم عليها بظاهر الاقرار .

أقول : هنا مسئلتان :

(١٢٢) - «م» و«ن» : فرقة .

(\*) - في الشرائع المطبوع : بالجمع .

(١٢٣) - ص ٢٣ .

(١٢٤) - ص ٣٣ .

الأولى : ان يكون المدعي هو الزوج ولا يخلو اما ان يدعي ذلك قبل الدخول أو بعده ، وعلى التقديرين لا يخلو اما ان تصدقه المرأة أو تكذبه ، فالأقسام أربعة :

أ - ان يكون قبل الدخول وتصدقه المرأة ، فيبطل العقد ولا مهر ولا ممتعة .  
 ب - قبل الدخول أيضاً وتكذبه المرأة ولا بينة فيحكم عليه بالحرمة دونها ؛ لأن « اقرار العقلاء على انفسهم جائز »<sup>(١٢٥)</sup> ، واما المهر فالمشهور انه يجب عليه نصفه ؛ لأنها فرقة حصلت من جهته قبل الدخول فاشبهت الطلاق .  
 ويجتمل وجوب الجميع عليه ؛ لأن الجميع قد ثبت بالعقد ، وانما يتصف بالطلاق ، وهو لم يحصل ، فيجب الجميع ، وهو المعتمد .

ج - ان يكون الدعوى بعد الدخول وتصدقه المرأة ، فان كانت جاهلة حالة العقد وجب لها المهر المسمى على المشهور ؛ لأن العقد هو سبب ثبوت المهر ، ولأنه السبب في إباحة الوطي ، وكان كالصحيح المقتضي لوجوب المسمى .

ويحتمل ثبوت مهر المثل دون المسمى لظهور بطلان العقد والمهر ما لزمه من جهة العقد ، بل هو من جهة الوطي بالشبهة ، فيكون لها عوض البضع ، وهو مهر امثالها ، وهو المعتمد والضابط ان كل عقد حكم ببطلانه من أصله ثم تعقبه وطى مع جهل المرأة وجب فيه مهر المثل ، وكل عقد تعقبه الفسخ وجب فيه المسمى .

د - ان يكون بعد الدخول وتكذبه المرأة ولا بينة ، فهنا يجب المسمى قطعاً ، وتحرم عليه ؛ لأن اقرار العقلاء على انفسهم جائز ، ولا يخل لها الزواج لاعترافها بأنها زوجة .

ويستحب له ان يطلقها بأن يقول : ( ان كانت فلانة زوجتي فهي طالق ) فان امتنع لم يجبر على ذلك ، وفسخ الحاكم ان كان ، والا ففسخت هي دفعاً

للضرورة .

الثانية : أن تكون المرأة هي المدعية والأقسام الأربعة آتية هنا :

أ - أن يكون قبل الدخول ويصدقها ، فحينئذ تثبت الفرقة ولا مهر ولا متعة .

ب - أن يكون قبله ويكذبها ، فلا تحصل الفرقة ، وليس لها المطالبة بشيء ، وإن ادعت علمه بذلك وجبت اليمين على 'نفي العلم' ، فإن حلف ثبت العقد بمعنى عدم حلها للأزواج لا بمعنى<sup>(١٢٦)</sup> وجوب تسليم نفسها إليه ؛ لأنها أقرت على نفسها بأنها محرمة عليه ، فلا يحل لها تمكينه من نفسها ، وإن نكل حلفت على الجزم وبطل العقد .

ج - أن يكون بعد الدخول وتصدقها ، فحينئذ يثبت المحرمية قطعاً ، أما المهر فإن ادعت جهلها حالة العقد ثم حصل لها العلم بذلك بعد العقد والدخول بقول الثقة كان لها المسمى أو مهر المثل على الأحتمال السابق .

د - أن يكون بعد الدخول ويكذبها ، والحكم فيه كما لو كان قبل الدخول ثم كذبها فلا تحصل الفرقة بينها ، إلا أن هناك ليس لها المطالبة بشيء خلافاً هنا ، إلا في المهر فإن هناك لا مهر وهنا يثبت لها مع الجهل لها مهر المثل .

فروع :

الأول : إذا استقر العقد بيمين الزوج أو بنكولها بعد نكوله بقيت معطلة ما لم يطلقها أو تموت ، وليس للحاكم ولا لها فسخ النكاح ، كما لها فسخه إذا كان الزوج هو المدعي .

والفرق إذا كان الزوج هو المدعي فإن الضرورة قد حصلت لها بفعل الزوج لا بفعلها فساغ الفسخ دفعاً للضرورة ، وإذا كانت هي المدعية فالضرورة

(١٢٦) - من «م» و «ن» وفي غيرها : معنى .

قد حصلت لها بفعلها بنفسها ، فلا يباح الفسخ ، لأصاله عدم جواز اشتراط (١٢٧) حق الغير بغير رضاه ، خرج منه الضرورة الأولى ؛ لأنه أنزل الضرورة بغيره فساغ للشارع دفعها باسقاط حق من انزله بها .

الثاني : ليس لها المطالبة بشيء من حقوق الزوجية المتضمنة للاستمتاع قطعاً لا اعترافها بتحريم ذلك عليها ، ولا يجوز لها تمكينه منه لو أرادها منها ، وهل لها المطالبة بالنفقة ؟ استشكل العلامة ذلك ؛ لأنه معترف باستحقاق النفقة عليها ، وقد عطلها عن الأزواج فيجب النفقة دفعاً للضرورة .

وهذا ضعيف جداً ؛ لأن النفقة لا تجب مع عدم التمكن من الزوجية ، فكيف تجب مع انتفاء التمكن واعتراف الزوجة بعدم الزوجية ؟!

- الثالث (١٢٨) : لو كذب المقر نفسه أو ادعى الغلط بعد الفرقة لم يقبل ؛ لأنه أقر بما يقتضي التحريم ظاهراً ، فلا يباح برجوعه عن الأقرار .

قال رحمه الله : وهي تتحقق مع الوطي الصحيح ، وتشكل مع [ الزنا و ] الوطي بالشبهة والنظر واللمس .

أقول : يأتي تحقيق البحث في ذلك انشاء الله تعالى (١٢٩) .

قال رحمه الله : ولو تجرد العقد عن الوطي حرمت الزوجة على أبيه وولده ، ولم تحرم بنت الزوجة عيناً ، بل جمعاً ، ولو فارقها جاز له نكاح بنتها ، وهل تحرم امها بنفس العقد ؟ فيه روايتان : أشهرها أنها تحرم .

أقول : إذا عقد الإنسان على امرأة ثم فارقها قبل ان يدخل عليها لم تحرم عليه بنتها اجماعاً ، وهل تحرم امها ؟ المشهور بين الأصحاب التحريم ، وهو

(١٢٧) - «م» و «ن» : إسقاط .

(١٢٨) - كذا «م» و «ن» وفي الأصل : فحينئذ .

(١٢٩) - ص ٤٠ و ص ٤٢ .

المعتمد لقوله تعالى: ﴿وأمهات نساءكم وربائكم اللاتي في حجوركم من نساءكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ (١٣٠) وجه الاستدلال انه اطلق تحريم أم الزوجة ولم يقيد بالدخول بالبنت ، وقيد تحريم الربيبة التي هي بنت الزوجة بالدخول بالأم ، فوجب العمل بمقتضى اطلاق الآية ، ولما رواه اسحاق بن عمار ، عن الصادق (١٣١) عليه السلام : « ان عليا عليه السلام كان يقول الربائب عليكم حرام مع الأمهات اللاتي دخلتم بهن في المحجور وغير في المحجور سواء ، والأمهات مبهات ، دخل بالبنت أو لم يدخل بهن ، فحرموا وأبهموا ما أبهم الله » (١٣٢).

وقال الحسن بن أبي عقيل ومحمد بن بابويه في كتابه بعدم تحريم الأم الا مع الدخول بالبنت لأصالة الاباحة ، ولتقييد تحريم الربائب بالدخول ، وهو معطوف على تحريم الأمهات فيكون أيضاً تحريم الأمهات مقيداً بالدخول لتساوي المعطوف والمعطوف عليه بالحكم ، ولرواية جميل بن دراج ، عن الصادق عليه السلام « قال : الأم والبنت سواء اذا لم يدخل بها يعني اذا تزوج المرأة ثم طلقها قبل ان يدخل بها فانه ان شاء تزوج امها وان شاء ابنتها » (١٣٣) تهذيب (١٣٤).

قال رحمه الله : ولو وطأ الأب زوجة ابنه لشبهة ، لم تحرم على الابن لسبق الحل ، وقيل : تحرم ؛ لأنها منكوحة الأب ، ويلزم الأب مهرها ، ولو عاودها الولد فان قلنا : الوطي بالشبهة ينشر الحرمة كان عليه مهران ، وان قلنا : لا يحرم - وهو

(١٣٠) - النساء : ٢٣ .

(١٣١) - «م» و «ن» : عن الباقر عليه السلام .

(١٣٢) - الواسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث ٣ وباب ٢٠ ، حديث ٢ .

(١٣٣) - الواسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث (٣ و ٤) .

(١٣٤) - ما بين المعقوفتين ليس في «م» و «ن» .



الصحيح - فلا مهر سوى الأول .

أقول : قد ذكر المصنف وجهي التحريم وعدمه <sup>(١٣٥)</sup> ، والمعتمد عدم التحريم ، وقوله : فان قلنا : الوطي بالشبهة ينشر الحرمة كان عليه مهران ان المراد به وطي الأب المذكور في هذه المسألة ، وانما وجب عليه مهران على تقديم التحريم ؛ لأنه يجب عليه مهر بالعقد السابق على وطي أبيه ثم يجب عليه مهر آخر بالوطي الآخر المتأخر عن وطي أبيه ؛ لأنها صارت محرمة عليه وقد طأها للشبهة فيجب عليه مهر آخر لوطي الشبهة .

قال رحمه الله : ولو تزوج بنت الأخ أو بنت الأخت على العمة أو الخالة من غير إذنهما كان العقد باطلاً ، وقيل : كان للعمة وللخالة الخيار في اجازة العقد وفسخه أو فسخ عقدهما بغير طلاق والاعتزال ، والأول أصح .

أقول : الأول مذهب ابن ادریس ، واختاره المصنف وأبو العباس لكونه منهيًا عنه ، والثاني قول الشيخين وسلا رابن ادریس <sup>(١٣٦)</sup> وابن البراج ، واختاره العلامة في التحرير والمختلف ، والدليل الروايات <sup>(١٣٧)</sup> .

والثالث نقله العلامة في المختلف عن أكثر الأصحاب ، قال : ويحتمل ان يقال : ليس لها فسخ نكاحها ، بل فسخ نكاح الداخلة ، قال : وهو اختيار شيخنا أبو القاسم جعفر بن سعيد ؛ لأن المنهي عنه انما هو العقد الثاني ، فيختص المحكم به ، ولا فرق بين العمة والخالة الدنيا كأخت الأب وأخت الأم ، أو العليا كأخت اب الأب وان علا واخت أم الأم وان علت ، ولا بين كونها <sup>(١٣٨)</sup> من النسب أو الرضاة ، ولا بين الحرمة والامة في العقد .

(١٣٥) - ليس في «م» و«ن» .

(١٣٦) - ليس في «م» و«ن» .

(١٣٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة .

(١٣٨) - «م» و«ن» : كونها .

أما<sup>(١٣٩)</sup> ملك اليمين فالعلامة في القواعد ذهب إلى جواز نكاح بنت الأخت وبنت الأخ على العمة والخالة لأصالة الاباحة ، ولأن الأمة لا اعتراض لها على سيدها ، ولا تملك معه من أمر نفسها شيئاً . وذهب فخر الدين إلى التحريم أيضاً لعدم قوله عليه السلام : « لا ينكح المرأة على عمتها ولا على خالتها »<sup>(١٤٠)</sup> نهى عن النكاح على العمة والخالة ، وهو عام في العقد وملك اليمين ، وهو أحوط .

قال رحمه الله : وإن كان الزنا سابقاً على العقد ، فالمشهور تحريم العمة والخالة إذا زنى بامهما ، أما الزنى بغيرهما ، هل ينشر حرمة المصاهرة كالوطني الصحيح ؟ فيه روايتان : أحدهما ينشر ، وهي أصحهما طريقاً ، والأخرى لا ينشر . أقول : الزنا بالمرأة هل ينشر حرمة التزويج في أمها وبنتها ؟ وهل يحرم على أبي الزاني وابنه ؟ اختلف الأصحاب في ذلك ، والبحث هنا يقع في أماكن : أ - في الزنا المتأخر عن العقد والوطني كمن زنا بأم زوجته أو بنتها أو بزوجة أبيه أو ابنه بعد الدخول بالزوجة ، فهذا الزنا لا ينشر الحرمة اجماعاً .

ب - في الزنا المتأخر عن العقد المتقدم على الوطني ، وهذا لا ينشر الحرمة أيضاً عند الأكثر ، وخالف ابن الجنيدي في ذلك ونشر الحرمة به ، فعنده من عقد على امرأة ثم زنا بأمها أو بنتها ، أو لاط بأبيها أو ابنها أو أخيها قبل دخوله بالزوجة حرمت الزوجة عليه وانفسخ عقده ، وكذا لو زنى بزوجة أبيه أو ابنه قبل دخول الأب أو الأبن عليها ، والمعتمد الأول لسبق الحل ، وقوله عليه السلام : « لا يحرم الحلال الحرام »<sup>(١٤١)</sup> .

ج - في الزنا السابق على العقد ، وهو محل الخلاف ، وهو على قسمين : زنا

(١٣٩) - « ١ » : أو .

(١٤٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث ٢ .

(١٤١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث ٢ .

بالعمة والحالة ، وزنا بغيرها .

أما الزنا بالعمة والحالة فهو محرم لبتئيبها على المشهور بين الأصحاب إلا ابن ادریس ، فظاهره التوقف في ذلك ، والمعتمد التحريم ، والمستند رواية أبي أيوب ، عن الصادق عليه السلام <sup>(١٤٢)</sup> وأما الزنا بغيرها فهو ينشر الحرمة عند الشيخ وأبي الصلاح وابن البراج وابن حمزة وابن زهرة <sup>(١٤٣)</sup> ، واختاره العلامة في المختلف ، وقواه فخر الدين ، واختاره أبو العباس في المقتصر ، وهو المعتمد ، وهو <sup>(١٤٤)</sup> أحوط ، والخطر في تحريم النكاح عظيم ، والخطر وإن كان هنا غير متيقن فهو مظنون لورود الأخبار الصحاح بالتحريم ، كصححة محمد بن مسلم <sup>(١٤٥)</sup> ، وصححة عيسى بن القسم <sup>(١٤٦)</sup> ، وصححة منصور بن حازم <sup>(١٤٧)</sup> وغير ذلك ، والضرر المظنون يجب التحرز منه بترك ما لا ضرر فيه .

وقال المفيد وسلاح والسيد وابن ادریس : لا ينشر الحرمة ، واختاره المصنف في المختصر ، والعلامة في الإرشاد ولم يختر في القواعد والتحرير شيئاً ، واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ وَاتَّكَحُوا مَا طَابَ لَكُمْ ﴾ <sup>(١٤٨)</sup> ولأصالة الإباحة ، ولأنه وطئ لآحرمة له فلا يوجب تحريماً ، ولهم عليه روايات ، منها رواية هشام بن المثني <sup>(١٤٩)</sup> ، ورواية حنان بن سدير <sup>(١٥٠)</sup> ، والأول مجهول والثاني واقفي .

(١٤٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث ١ - ٢ .

(١٤٣) - ليس في «ن» .

(١٤٤) - «م» و«ن» : لأنه .

(١٤٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث ١ .

(١٤٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث ٢ .

(١٤٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث ٣ .

(١٤٨) - النساء : ٣ .

(١٤٩) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث ٧ - ١٠ .

(١٥٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث ١١ .

وأجيب عن الآية : ان المراد ﴿ بما طاب لكم ﴾ أي مما حل وأبيح ، وهذه ليست حلالاً . وعن الأصل : بوجوب مخالفته للدليل وقد بيناه ، وعن الروايات : بعملها على وقوع الزنا بعد العقد أو على ما يكون دون الوطي لتفصيل رواية منصور بن حازم الصحيحة ، عن الصادق عليه السلام : « في رجل كان بينه وبين امرأة فجور، هل يتزوج ابنتها ؟ قال : ان كان قبله أو شبهها فليتزوج ابنتها ، وان كان اجماعاً فلا يتزوج ابنتها وليتزوجها هي » (١٥١) .

قال رحمه الله : وأما الوطي بالشبهة فالذي خرجة الشيخ ان ينزل منزلة النكاح الصحيح ، وفيه تردد ، والأظهر انه لا ينشر ، لكن يلحق مع النسب .  
أقول : منشأ التردد من ان حكمه حكم الصحيح في الاباحة ، ولحقق النسب ، ووجوب المهر ، فيكون حكمه كذلك في نشر المحرمة ومن أصالة الاباحة .  
والأول مذهب الشيخ والعلامة في أكثر كتبه ، والثاني مذهب ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة في التحرير ، وعلى القول بنشر المحرمة بالزنا فهو هنا أولى .

قال رحمه الله : اما النظر واللمس مما يسوغ لغير المالك ، كنظر الوجه ولمس الكف لا ينشر المحرمة ، وما لا يسوغ لغير المالك كنظر الفرج والقبلة ولمس باطن الجسد بشهوة فيه تردد ، أظهره أنه يشر كراهية .

أقول : اذا نظر الانسان من (١٥٢) مملوكته أو لمس بشهوة ما يحرم على غيره ، هل تحرم على أبيه وأبنة ؟ وهل تحرم امها وبناتها على الناظر واللامس أم لا ؟  
البحث هنا في اماكن .

أ - في تحريمها على أبيه وأبنة ، وقد تردد المصنف فيه ، من عموم قوله

(١٥١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث ٣ - ٤ .

(١٥٢) - ليست في «م» .

تعالى: ﴿وَلَا تَنْكَحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾<sup>(١٥٣)</sup> وشراء الأمة مع النظر واللمس بشهوة أقوى في الاستمتاع من نشر المحرمة في العقد المجرد عن الوطي، وهذه<sup>(١٥٤)</sup> تحرم على الأب والأبن بمجرد العقد، وكذلك تحرم بالشراء مع النظر واللمس لما لا يباح لغير المالك، ومن أصالة الاباحة، وعموم قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾<sup>(١٥٥)</sup> وقوله تعالى: ﴿وَأَحْلَلْ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ﴾<sup>(١٥٦)</sup> ولموثقة علي بن يقطين، عن العبد الصالح عليه السلام: «في الرجل يقبل الجارية ويباشرها من غير جماع داخل أو خارج، أتحمّل لأبيه وابنه؟ قال: لا بأس»<sup>(١٥٧)</sup>.

وبنشر المحرمة قال الشيخ وابن البراج وابن حمزة، واختاره العلامة في التذكرة والمختلف، وبعدمه قال ابن ادريس، واختاره العلامة في القواعد والارشاد، وهو مذهب المصنف.

ب- في تحريم أمها وبناتها على الناظر واللامس، وبه قال الشيخ في الخلاف، فانه جزم فيه بتحريم أم المنظورة وان علت، وبناتها وان نزلت، وهو مذهب أحمد بن الجنيّد.

وقال ابن ادريس والمصنف والعلامة بعدم التحريم، وهو المعتمد.

ج- قد تقدم انه اذا عقد على امرأة ثم فارقتها قبل الدخول حلت له بنتها، فلو نظر أو لمس من زوجته ما لا يحل لغيره ثم فارقتها قبل الوطي، هل تحرم بنتها عليه؟ قال الشيخ في الخلاف وابن الجنيّد: نعم، والمعتمد عدم التحريم. قال رحمه الله: ولو تزوج بأختين كان العقد للسابقة ويبطل عقد الثانية،

(١٥٣) - النساء: ٢٢.

(١٥٤) - «م» و«ن»: وهي.

(١٥٥) - النساء: ٣.

(١٥٦) - النساء: ٢٤.

(١٥٧) - الوسائل، كتاب النكاح، باب ٧٧ من أبواب نكاح العبيد والأماء، حديث ٣.

ولو تزوجها في عقد واحد ، قيل : بطل نكاحها ، وروي أنه يتخير ايتهما شاء ، والأول أشبه ، وفي الرواية ضعف .

أقول : القول بالبطلان قول ابن ادريس وابن حمزة ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والأرشاد ، وبه قال فخر الدين ، وهو المعتمد ؛ لأنه عقد منهى عنه ، والنهي يدل على الفساد ، وقال الشيخ في النهاية وابن الجنيد وابن البراج : يتخير ايتهما شاء ، واختاره العلامة في المختلف لرواية جميل بن دراج<sup>(١٥٨)</sup> ، عن بعض أصحابنا ، عن أحدهما عليها السلام ، ولأن العقد عليها عقد على كل واحدة منها والانضمام لا يقتضي تحریم المباح ، كما لو جمع بين المحرم والمحلل في البيع ، والرواية مرسله ، ولهذا أشار إليها المصنف بالضعف .

وحكم الجميع بين الخمس بعقد واحد وبين الأثنتين لصاحب الثلاث كحكم الجميع بين الأختين ، فإن القائل بالبطلان في الأختين قائل بالبطلان هنا ، والقائل بالتخير هناك قائل به هنا .

فرع : لو تزوج الأختين على التعاقب ثم اشتبه السابق منها منع منها لوجوب اجتناب غير الزوجة ولا يتم الا باجتنابها ، وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ، ويجب عليه طلاقهما لقوله تعالى : ﴿ فامسك بمعروف أو تسريح بأحسان ﴾<sup>(١٥٩)</sup> والامسك متعذر فتعين التسريح ، ولا يتم الا بطلاقهما ، وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ، فإذا حصل الطلاق فإن كان قبل الدخول وجب عليه دفع<sup>(١٦٠)</sup> ربع المهرين فيوقف<sup>(١٦١)</sup> حتى يصطلحا عليه .

وان كان بعد الدخول وجب المهران ، فإن اتفق المسميان ومهر المثل فلا

(١٥٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث ٢ .

(١٥٩) - البقرة : ٢٢٩ .

(١٦٠) - ليست في «م» و «ن» .

(١٦١) - «ن» : فيوقف .

بحث ، وان حصل الاختلاف<sup>(١٦٢)</sup> بين المسمين ومهر المثل أو مسمى أحدهما ومهر مثلها فالقرعة أو الاتفاق حتى يصطلحا .

قال رحمه الله : ولو وطئ أمة بالملك ثم تزوج بأختها ، قيل : يصح وحرمت الموطوءة بالملك أولاً .

أقول : هذا هو المشهور ؛ لأن النكاح أقوى من الوطئ بالملك لتضمنه وجوب القسمة والمهر ، بخلاف الوطئ بالملك .

قال رحمه الله : ولو كان له أمتان فوطئتهما ، قيل : حرمت الأولى حتى تخرج الثانية عن ملكه ، وقيل : ان كان بجهالة لم تحرم الأولى ، وان كان مع العلم حرمت حتى تخرج الثانية لا للعود الى الأولى ، ولو أخرجها للعود والحال هذه لم تحل الأولى ، والوجه ان الثانية تحرم على التقديرين دون الأولى .

أقول : اذا ملك اختين جاز له وطئ أيتهما شاء ، فاذا وطئ أحدهما حرم عليه وطئ الأخرى حتى تخرج الموطوءة عن ملكه ، فان وطئ الثانية بعد وطئه للأولى ، قال الشيخ في النهاية : ان كان عالماً بتحريمها حرمت عليه الأولى حتى تموت الثانية او تخرج عن ملكه ، فان أخرج الثانية ليرجع الى الأولى لم يجز له الرجوع اليها وإن أخرجها عن ملكه لا لذلك جاز له الرجوع الى الأولى وان لم يعلم بتحريم<sup>(١٦٣)</sup> ذلك عليه جاز له الرجوع الى الأولى على كل حال اذا أخرج الثانية عن ملكه ببيع أو هبة .

والفرق بين العالم والجاهل عند الشيخ ان العالم لا تحل له الأولى اذا أخرج الثانية لأجل العود الى الأولى ، والجاهل يحل له الأولى اذا أخرج الثانية ، سواء كان الأخراج للعود أو لغير العود ، فهذا فرق بينهما ، ولا فرق عنده في تحريمها اذا

(١٦٢) - «م» و«ن» : اختلاف .

(١٦٣) - «م» و«ن» : بتحريم .

ابقاها في ملكه ، وتابعه ابن البراج وابن حمزة على ذلك ، واختاره العلامة في المختلف ، والدليل الروايات (١٦٤) .

وقال ابن ادریس : ان ابقاها في ملكه حرمت الثانية دون الأولى وان اخرج احدها حلت الأخرى ، سواء كان الاخراج للعود أو لغيره ، ولا فرق عنده بين العالم والجاهل ، واختاره المصنف ، والعلامة في القواعد والتحرير ، وهو المعتمد لسبق حل الأولى ( فلا تحرم عليه الا الثانية ) (١٦٥) لقوله عليه السلام : « لا يحرم الحلال الحرام » (١٦٦) فان اخرج الأولى حلت الثانية ، ويشترط في الاخراج ان يكون محرماً للوطىء تحريماً لا يقدر على دفعه ، فهو يحصل بأمر : أ - بالبيع اللازم ، فلو كان بخيار للبائع لم يجرى ، ويجزى لو كان الخيار للمشتري .

ب - بالهبة مع القبض ولا تكفي قبله .

ج - قال في التحرير : يكفي الكتابة واستشكله في القواعد لعدم الخروج عن الملك .

د - الرهن والتزويج لا يكفي وان كان محرماً للوطىء لبقائها على ملكه .

قال رحمه الله : قيل : لا يجوز للحر العقد على الأمة الا بشرطين : عدم الطول وهو عدم المهر والنفقة ، وخوف العنت وهو المشقة من الترك وقيل : يكره ذلك من دونها ، وهو الأشهر .

أقول : عدم الجواز مع وجود الشرطين مذهب المفيد وأبي الصلاح وابن الجنيد وابن البراج ، لقوله تعالى : ﴿ ومن لم يستطع منكم طولاً ان ينكح ﴾

(١٦٤) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة .

(١٦٥) - «م» و «ن» : فلا يحرمه وطىء الثانية .

(١٦٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث ٢ .



المحصنات المؤمنات ﴿ الى قوله ﴾ ذلك لمن خشى العنت منكم ﴿ (١٦٧) الآية ، وهي دالة على عدم الاستطاعة وخوف العنت في (اباحة) (١٦٨) نكاح الاماء بالعقد .  
والجواز على كراهية مع وجود الشرطين مذهب الشيخ في النهاية ،  
والمصنف والعلامة ، لعموم قوله تعالى : ﴿ وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من  
عبادكم وامائكم ﴾ (١٦٩) ، وأصالة الاباحة .

ويتفرع على القول بالمتنع مع وجود الشرطين .

فروع :

الأول : لا فرق بين الدائم والمنقطع .

الثاني : المرجع الى قوله في خوف العنت وعدم الطول ولو كان في يده مال  
وادعى ان عليه ديناً بقدره قبل قوله من غير نية ولا عيب .

الثالث : حدوث الشرطين بعد العقد لا يبطله وان كان قبل الدخول ، وكذا  
لو حدثا بعد الطلاق الرجعي ، فانه يباح له الرجوع ؛ لأنها ليست ابتداء عقد .  
قال رحمه الله : لا يجوز نكاح الأمة على الحرية الا باذنها ، فان باذر كان  
العقد باطلاً ، وقيل : كان للحرية الخيار في الفسخ والامضاء ، ولها فسخ عقد نفسها ،  
والأول أشبه ، اما لو تزوج الحره على الأمة كان العقد ماضياً ولها الخيار في نفسها  
ان لم تعلم ، ولو جمع بينهما في عقد واحد صح عقد الحرية دون الأمة .

أقول : تحقيق البحث هنا يقع في اماكن :

أ - اذا تزوج الأمة على الحرية ولم تاذن الحرية ، وقلنا بصحة العقد على الأمة  
لمن عنده حرية ، هل يقع باطلاً أو موقوفاً على اجازة الحرية ؟ بالأول قال ابن

(١٦٧) - النساء : ٢٥ .

(١٦٨) - من «م» و «ن» .

(١٦٩) - النور : ٣٢ .

المجنيد وأبو الصلاح وأبن ادريس ، وحكاه عن الشيخ في التبيان ، واختاره المصنف لكونه منهيأ عنه ، ولهم عليه روايات (١٧٠).

وبالثاني قال الشيخان (١٧١) وابن البراج وابن حمزة ، واختاره العلامة وأبو العباس في مقتصره ، وهو المعتمد ، ولهم عليه روايات .

وهل للحرمة فسخ عقد نفسها اذا ادخلت الأمة عليها ؟ قال الشيخان : نعم ، وبه قال ابن البراج وسلار وابن حمزة ، والوجه فيها ما تقدم في العمة والحالة ، ومنعه المصنف والعلامة لوقوع عقدها صحيحاً ، والمنهي عنه عقد الأمة فيختص بالحكم .

ب - اذا تزوج الحرمة على الأمة ، قال الشيخ : تتخير الحرمة بين الصبر والاعتزال ، وبه قال القاضي وابن زهرة ، واختاره المصنف والعلامة ، وقال الشيخ في التبيان : لها فسخ عقد الأمة ، ومنعه ابن ادريس لوقوعه صحيحاً ، بل تتخير في فسخ عقد نفسها .

ج - ان يجمع بينهما في عقد واحد ، بأن يقول : تزوجتكما على الف ، فيقولوا : زوجناك ، قال المصنف : يصح عقد الحرمة ويبطل عقد الأمة ، وهو بناء على مذهبه .

اما على القول بوقوعه موقوفاً ، فان قبلنا لم يكن للحرمة الفسخ بعد ذلك ، ولو قالت في القبول : زوجتك نفسي وفسخت عقد الأمة ثبت عقدها ، وبطل عقد الأمة .

قال رحمه الله : اذا دخل بعصية لم تبلغ تسعاً فافضاها حرم عليه وطؤها ولم

(١٧٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٤٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة وباب ٤٧ منه ، حديث ٢ ( وراجع حول روايات الثاني ما ذكره في الحدائق ٢٣ : ٥٧٣ ) .

(١٧١) - «م» : الشيخ . (١٧١)

تخرج من حباله ، ولو لم يفضها لم تحرم على الأصح .

أقول : أطلق الشيخ تحريمها بنفس الوطىء سواء افضاها أم لم يفضها ، لما رواه يعقوب بن يزيد ، عن بعض اصحابنا ، عن الصادق عليه السلام : « قال اذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين فرق بينهما ولم تحل له أبداً » (١٧٢) .

والمشهور أن التحريم منوط بالافضاء تمسكاً بالعقد الصحيح واصالة الاباحة ، خرج ما وقع عليه الاجماع ، وهو التحريم مع الافضاء ويبقى الباقي على اصالة الاباحة واللزوم ، وهو المعتمد .  
ولهذه أحكام :

أ - هل تخرج من حباله بنفس الافضاء ، أو لا تخرج الا بالطلاق ؟ نص ابن حمزة على خروجها من حباله بغير طلاق ، وهو ظاهر الشيخ ؛ لأن خروج البضع عن الاباحة يقتضي البينونة ، ولأن التحريم كما يبطل العقد سابقاً يبطله لاحقاً كالرضاع ، ونص ابن ادريس على عدم الخروج بغير طلاق ، وهو ظاهر المفيد ، واختاره المصنف (١٧٣) لأصالة بقاء العقد ، ولرواية بريد العجلي (١٧٤) الدالة على مطلوبهم ، ولما رواه محمد بن بابويه في كتابه ، يرفعه الى حمزة (١٧٥) بن حمران ، عن الصادق عليه السلام (١٧٦) ، وهي دالة على المطلوب أيضاً ، ويتفرع عليه تحريم الأخت والخامسة والتوارث قبل الطلاق ، وعلى الأول تنتفي هذه الأحكام بنفس

(١٧٢) - الوسائل . كتاب النكاح ، باب ٣٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث ٢ .

(١٧٣) - « ١ » : العلامة .

(١٧٤) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث ٣ .

(١٧٥) - « ن » : ابن حمزة .

(١٧٦) - الفقيه ٣ : ٢٧٢ ، حديث ٧٩ ، والوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث ١ . لكن فيها (حمران) بدل (حمزة بن حمران) .

## الافضاء .

ب - وجوب الدية والأنتفاق<sup>(١٧٧)</sup> عليها ، وإن طلقها فإن تزوجت فالأقرب زوال النفقة عنه<sup>(١٧٨)</sup> ؛ لأن وجوبها عليه لأجل تعطيلها عن الأزواج ، فإذا صلحت لهم وتزوجت وجبت النفقة على الزوج الثاني فلا تبقى على الأول ؛ لأن المرأة لا تجب نفقتها بالزوجية على اثنين بغير اشتباه ، فإن طلقها الثاني بائناً<sup>(١٧٩)</sup> أو مات عنها عاد الأنتفاق على الأول لاتفائه عن الثاني .

ج - لو اندمل الموضع وصلح للوطي ، لم يعد الحل لحكم الشارع بالتحريم بنفس الافضاء ، والأصل بقاؤه .

د<sup>(١٨٠)</sup> - هذه الأحكام ثابتة للزوجة المعقود عليها دائماً أو منقطعاً ، حرة أو أمة ، وهل تحرم الموطوءة بالملك أو الشبهة أو المفضاة بالأصبع ؟ استترب العلامة في القواعد عدم تحريم الأمة والمفضاة بالأصبع ، واختاره فخر الدين لأصالة الاباحة وعدم النص على الأمة والمفضاة بالأصبع .

وأما الموطوءة بالشبهة فالشيخ في الخلاف جعلها كالزوجة في جميع الأحكام ، وابن ادريس منعها من النفقة لأصالة براءة الذمة ، واختاره العلامة في المختلف ، ولو أكرهها على الزنا قبل التسع فافضاها وجبت الدية والمهر .

قال رحمه الله : إذا تزوج في العدة ودخل فعلمت ، فإن كان جاهلاً لحقه الولد إن جاء لسته أشهر فصاعداً منذ دخل ، وفرق بينها ولزمه المسمى ، وتتم العدة للأول وتستأنف أخرى للثاني ، وقيل : تجزي واحدة ، ولها مهرها على الأول ومهر على الآخر إن كانت جاهلة بالتحريم ، ومع علمها فلا مهر .

(١٧٧) - «ن» : والنفقة .

(١٧٨) - «ر» : «على الزوج» .

(١٧٩) - «ن» : ثانياً .

(١٨٠) - «م» و «ن» و «ر» : تنبيه .

أقول : اذا تزوج المعتدة بائناً أو رجعيّاً أو عدة وفاة ، فاما ان يكون عالماً بالعدة والتحريم أو جاهلاً بأحدهما ، فهنا قسمان : الأول أن يكون عالماً وله أحكام .

أ - ثبوت التحريم المؤبد بنفس العقد سواء كانت عاتمة أو جاهلة ولا مهر لها الا مع الدخول وجهلها ، ولا تحرم على ابيه وابنه بنفس العقد .

ب - عدم انقطاع عدتها من الأول وان دخل الثاني وملت لعدم اعتبار وطئ الثاني في نظر الشرع ، فان كانت معتدة بالشهور أكملت ثلاثاً من حين الطلاق ، سواء حملت أو لم تحمل ، وان كانت معتدة بالإقراء فلا بد من ثلاثة ، وان حملت فان كان قد مضى قبل الحمل قروء فلا بد من قرئين آخرين فان رأت الدم في زمان الحمل وقلنا باجتماعه مع الحمل أحسبت ما تراه فيه من العدة ، فان اكملت قبل الوضع ثلاثة اقراء خرجت من العدة والا صبرت حتى تضع ، فان رأت الدم عند الولادة اعتدت به حيضة وخرجت من العدة ان كانت ثالثة والا صبرت حتى تكمل ثلاثة اقراء ، وان تأخر الحيض لمكان الرضاع ؛ لأنها من اهل الأقراء وانقطع الدم هنا لعارض ، فلا تخرج الا بالاقراء .

ج - يجوز للأول المراجعة ان كان الطلاق رجعيّاً فان كانت حاملاً جاز له الوطي قبل الوضع ؛ لأن هذا الحمل لاحرمة له ، وان كانت حائلاً ، قال : أبو العباس في مهذبه : لا يحل له الوطي في الطهر الذي وطأ فيه العاقد حتى تحيض لجواز (ان تحمل) <sup>(١٨١)</sup> من الوطي ، والولد للزوج في الظاهر ، فيكون قد الحق بنسبه من ليس منه ، وهو غير جائز هذا كلامه رحمه الله .

وفيه نظر ؛ لأنه زان ، والزاني لاحرمة لوطيه ، والا لوجب اجتناب كل زوجة زنت في طهر لم يقربها زوجها فيه قبل الزاني حتى تحيض وتطهر ، وهو خلاف المشهور .

د - لو راجعها الزوج وهي حامل من الزاني ووطأها ، جاز له طلاقها في الحال من غير استبراء ؛ لأن المراد من الاستبراء علم براءة الرحم من الزوج وهو هنا حاصل .

الثاني ان يكون جاهلاً ، وله أحكام :

أ - عدم التحريم بنفس العقد ، بل بالوطي ، فلو عقد في العدة جاهلاً ففسد العقد ، فان دخل في العدة حرمت مؤبداً ، وان دخل بعد العدة ، قال أبو العباس في مهذبه : لم تحرم مؤبداً ؛ لأن الحكم في الجاهل متعلق بالوطي وقد حصل بعد العدة ، وحينئذ لا فرق بين ان يتجدد له العلم بعد العدة أو قبلها اذا كان الوطي بعد العدة<sup>(١٨٢)</sup> هذا آخر كلامه رحمه الله ، وهو جيد ، لأن ابن ادريس قيد الدخول في العدة ، فيحمل اطلاق غيره عليه .

ب - ينقطع عدة الأول بوطي الثاني وان لم تحمل منه ، وهل<sup>(١٨٣)</sup> يكفي واحدة عنها بأن تعتد عند مفارقة الثاني بثلاثة اقراء ان كانت من اهل الاقراء ، أو بثلاثة أشهر ، ويكتفي بها عنها<sup>(١٨٤)</sup> ، أو لا بد من عدتين بأن تكمل عدة الأول عند مفارقة الثاني اذا لم تحمل من الثاني ثم تستأنف للثاني عدة أخرى فان حملت من الثاني اعتدت له بوضع حمله ثم تكمل عدة الأول بأن تبني على ما مضى من الاقراء ان كانت من أهلها أو المشهور ان لم تكن من أهلها ؟

قيل بالأول ؛ لأن المقصود من العدة استبراء الرحم وهو يحصل بالعدة الواحدة ، ولرواية زرارة<sup>(١٨٥)</sup> ، عن الباقر عليه السلام الدالة على الاكتفاء بالعدة

(١٨٢) - في «م» زيادة : (إلا اذا كان الجهل للتحريم ، فانها تحرم بنفس العقد ولو لم يدخل على أصح القولين ) أقول : هذه الزيادة ليست في المذهب البارع ، راجع المذهب ٣ : ٢٨٥ .

(١٨٣) - ليست في «ن» .

(١٨٤) - «ن» : عنها .

(١٨٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث ٢ .

## الواحدة (١٨٦).

وقيل بالثاني ؛ لأنها حكمان ، وتداخلها على خلاف الأصل فلا بد من عدتين ، وهو المعتمد .

ج - للزوج مراجعتها في عدته سواء كانت متأخرة عن عدة العاقد كما في صورة الحمل ، او متقدمة عليها كما في صورة عدمه ، وهل له مراجعتها في عدة العاقد في صورة تقدمها على عدته ؟ منع العلامة في القواعد منه ، قال : وله الرجعة في الأكمال دون زمان الحمل وظاهر أبي العباس جواز الرجوع في زمان حمل الثاني الا انه يمنع من الوطي ، أما لو كان الطلاق بائناً فانه لا يجوز له ان يعقد عليها في عدة الثاني اجماعاً ، ولا في عدة نفسه اذا كانت متقدمة على عدة الثاني ؛ لأن التزويج يسقط عدته فيثبت (١٨٧) حكم عدة الثاني فيمتنع عليه الاستمتاع ، وكل عقد لا يتعقبه حل الاستمتاع كان باطلاً عما اخرج به النص والأجماع من جواز العقد على الصغيرة وان حرم نكاحها ( حتى تبلغ ) (١٨٨) .

## فروع :

الأول : لو تزوج بذات بل هل يكون حكمه حكم المعتدة ؟ قال العلامة : فيه اشكال من عدم التنصيص ، ومن أولوية التحريم ، وقال في التحرير : لانعرف لعلنا فيه فتياً ، وحمله على ذات العدة قياس ، مع ان الأقرب ذلك ، وثبوت الحكم فيه من طريق التنبيه لا القياس .

وعن زرارة ، عن الباقر عليه السلام : « في امرأة فقدت زوجها او نعى اليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها قال تعتد منها جميعاً ثلاثة أشهر

(١٨٦) - «م» و«ن» : بعدة واحدة .

(١٨٧) - «م» و«ر» : ويثبت .

(١٨٨) - ليس في «م» و«ر» .

عدة واحدة وليس للأخير ان يتزوجها أبداً» (١٨٩).

قال العلامة : وفي طريقها ابن بكير ، وهي تدل على مساواة النكاح للعدة . ومذهب أبي العباس المساواة ، وفخر الدين اقتصر على مورد النص .

الثاني : هل وطئ الأمة في الاستبراء كالوطئ في العدة ؟ استشكل (١٩٠) العلامة من أنه عدة الأمة ، ومن اختصاصه باسم لم يتناوله النص ، والأصل الاباحة ، وفخر الدين على عدم التحريم .

الثالث : لو تزوج ذات البعل عالماً حرمت عليه قطعاً ، وانما الأشكال اذا كان جاهلاً أو لشبهة ، كما لو طلقها رجعيّاً ثم رجع في العدة وأشهد على الرجعة من حيث لا تعلم ، فتزوجت بعد انقضاء العدة ، فأقام البينة بالرجعة في العدة ، أو كمن قامت البينة عندها بوفاة زوجها ، فنكحت غيره ثم ظهرت حياته .

قال رحمه الله : من زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها ، وكذا لو كانت مشهورة بالزنا ، وكذا لو زنت امرأته وإن أصرت على الأصح ، ولو زنا بذات بعل ، أو في عدة رجعية ، حرمت عليه أبداً في قول مشهور .

أقول : هنا ثلاث مسائل :

الأولى : في جواز نكاح الزانية ، والمشهور جوازه على كراهية وان كان الزاني هو العاقد عليها ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف والأستبصار ، ومذهب ابن ادريس ، واختاره المتأخرون ، لأصالة الاباحة ، ولهم عليه روايات (١٩١) .

وقال المفيد والشيخ في النهاية : اذا فجر بامرأة غير ذات بعل فلا يجوز (١٩٢) العقد عليها ما دامت مصرة على ذلك الفعل ، فان ظهر منها التوبة جاز

(١٨٩) - تقدمت الاشارة الى مصدرها ص ٥٣ .

(١٩٠) - «م» و «ن» و «ر» : استشكله .

(١٩١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة .

(١٩٢) - «م» و «ن» و «ر» : بزيادة له .



له العقد عليها وتعتبر توبتها بان يدعوها الى ما كان منه فان أجابت امتنع من العقد عليها ، وان امتنعت عرف بذلك توبتها . ومثله قال ابن البراج ، وأبو الصلاح اطلق تحريم الزانية حتى تتوب .

احتج الشيخ ومن تابعه برواية ابي بصير « قال : سأله عن رجل فجر بامرأة ثم اراد بعد ان يتزوجها ؟ فقال : اذا تاب حل له نكاحها ، قلت : كيف نعرف توبتها ، قال : يدعوها الى ما كانت عليه من المحرام فان امتنعت واستغفرت ربه عرف توبتها » (١٩٣) ومثلها رواية عمار ابن موسى الساباطي (١٩٤) ، عن الصادق عليه السلام .

احتج أبو الصلاح على اطلاقه بقوله تعالى : ﴿ والزانية لا ينكحها الا زان او مشرك وحرم ذلك على المؤمنين ﴾ (١٩٥) .

الثانية : في تحريم الزوجة إذا زنت وأصررت على الزنا ، وبالتحريم قال سار ، وهو قول المفيد ، الا انها لا تبين الا بالطلاق ، وقال ابن حمزة : ينفسخ نكاحها على قول بعض الأصحاب .

احتج سار بأن أعظم فوائد النكاح التناسل ، وأعظم حكمة الحد والزجر عن الزنا اختلاط الأنساب ، فلو ابيع نكاح الزانية لزم اختلاط الأنساب .

والمشهور عدم التحريم لقوله عليه السلام : « لا يحرم الحلال المحرام » (١٩٦) ، ولرواية عباد بن صهب (١٩٧) ، عن الصادق عليه السلام (١٩٨) ، الدالة على جواز

(١٩٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث ٧ .

(١٩٤) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث ٢ .

(١٩٥) - النور : ٥ .

(١٩٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث ٢ .

(١٩٧) - في «ن» : غياث بن صهيب . وفي «م» : عباد بن صهيب . وكذا في المصدر .

(١٩٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، حديث ١ .

امساك الزانية .

الثالثة : الزنا بذات البعل أو العدة الرجعية ، والمشهور تحريمها مؤبداً لا أعلم فيه خلافاً ، وادعى عليه المقداد رحمه الله في شرح المختصر الاجماع ، ولا فرق عندهم بين علم الزاني بالزوج والعدة وعدمه ، ولا بين دخول الزوج وعدمه ، ولا بين الدائم والمنقطع .

ولو زنا بذات عدة بائن أو وفاة أو عدة المستمتع بها هل تحرم أم لا ؟ قال العلامة في التحرير : ليس لأصحابنا فيه <sup>(١٩٩)</sup> نص ، وعلى ما قلناه من التفسير <sup>(٢٠٠)</sup> يحتمل التحريم مع العلم ؛ لأننا قد بينا ثبوته مع العقد ، فع التجرّد عنه أولى ، قال : وهو الأقرب . وجزم في القواعد بعدم التحريم .

وهل الزنا بالآمة الموطوءة كالزنا بذات البعل ؟ قال في القواعد : فيه نظر ، واختار فخر الدين عدم التحريم ، وهو اختيار العلامة في التحرير لخلوها عن النص .

قال رحمه الله : اذا طلق احدى الأربع بائناً وتزوج اثنتين ، فان سبقت إحداهما كان العقد لها ، وإن اتفقا في حال بطل العقدان ، وروي أنه يتخير ، وفي الرواية ضعف .

أقول : الرواية هي رواية جميل بن دراج <sup>(٢٠١)</sup> ، وهي مرسلة وبمضمونها أفتى الشيخ في النهاية ، وابن الجنيّد وابن البراج ، وقد سبق <sup>(٢٠٢)</sup> البحث في هذه المسألة ، والمعتمد فيها البطلان .

قال رحمه الله : لا يجوز للمسلم نكاح غير الكتابية اجماعاً ، وفي تحريم

(١٩٩) - «م» و «ن» : في ذلك .

(٢٠٠) - في «م» و «ر» : التنبيه ، وفي «ن» : البينة .

(٢٠١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٤ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ، حديث ١ .

(٢٠٢) - ص ٥٥ .

الكتابية من اليهود والنصارى روايتان ، أشهرها المنع في الدائم ، والجواز في المؤجل وملك اليمين ، وكذا حكم المجوس على أشهر الروايتين .  
أقول : هنا مسألتان :

الأولى - في جواز نكاح الكتائيات من اليهود والنصارى ، وقد اختلف الأصحاب هنا على أقوال كثيرة ، والمشهور منها ثلاثة :

الأول : تحريم النكاح بجميع أنواعه ، وهو مذهب السيد المرتضى والشيخ في كتابي الأخبار ، وأحد قولي المفيد ، وقواه ابن ادريس ، واختاره فخر الدين ، قال : وهو الذي استقر عليه رأي والدي ، وهو مذهب أبي العباس في كتابيه لأنهن مشركات لقوله تعالى : ﴿ وقالت اليهود عزيز ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله ﴾ الى قوله تعالى : ﴿ سبحانه عما يشركون ﴾ (٢٠٣) وإذا ثبت انهن مشركات ثبت تحريم نكاحهن لقوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ﴾ (٢٠٤) وقوله : ﴿ ولا تمسكوا بعصم الكوافر ﴾ (٢٠٥) ، ولأن النكاح يستلزم المودة ، لقوله تعالى : ﴿ وجعل بينكم مودة ورحمة ﴾ (٢٠٦) ومودة الكافر غير جائزة ، لقوله تعالى : ﴿ لا تجدوا قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حادَّ الله ورسوله ﴾ (٢٠٧) الآية .

الثاني : جوازه بجميع أنواعه ، وهو مذهب ابني بابويه وابن أبي عقيل ، لقوله تعالى : ﴿ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب ﴾ (٢٠٨) ولرواية أبي (٢٠٩) مريم

(٢٠٣) - التوبة : ٣٠ ، ٣١ .

(٢٠٤) - البقرة : ٢٢١ .

(٢٠٥) - الممتحنة : ١٠ .

(٢٠٦) - الروم : ٢١ .

(٢٠٧) - المجادلة : ٢٢ .

(٢٠٨) - المائدة : ٥ .

الأنصاري<sup>(٢١٠)</sup>، عن الصادق عليه السلام. وأجيب عن الآية بأنها منسوخة بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَمْسُكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ﴾<sup>(٢١١)</sup> وعن الرواية بضعف السند.

الثالث: جواز المتعة وملك اليمين دون الدائم، وهو مذهب سلال وأبي الصلاح، واختاره المصنف واستقر به العلامة في القواعد والتحرير، لرواية أبان بن عثمان، عن زرارة<sup>(٢١٢)</sup>.

الثانية: في نكاح المجوسيات، والمشهور أن محكمهن حكم أهل الكتاب، لقوله عليه السلام: «سئوا بهم سنة أهل الكتاب»<sup>(٢١٣)</sup> ومنع ابن ادريس من مناكحتهن لأصالة تحريم المشركات، خرج منه اليهوديات والنصرانيات على الخلاف، ويبقى الباقي على أصالة المنع.

قال رحمه الله: ولو أسلمت زوجته قبل الدخول أنفسخ العقد ولا مهر، وإن كان بعد الدخول وقف على انقضاء العدة، وقيل: إن كان الزوج بشرائط الذمة كان نكاحه باقياً، غير أنه لا يمكن من الدخول عليها ليلاً ولا من الخلوة بها نهائراً، والأول أشبه.

أقول: القول المحكي قول الشيخ في النهاية وكتابي الأخبار معولاً على رواية جميل بن دراج<sup>(٢١٤)</sup>، عن بعض أصحابنا، عن أحدهما عليها السلام وقال في

(٢٠٩) - «ن»: أبين.

(٢١٠) - الوسائل، كتاب النكاح، باب ٥ من أبواب ما يحرم بالكفر، حديث ٣. في «م» و«ن» و«ر»: عن الباقر عليه السلام.

(٢١١) - الممتحنة: ١٠.

(٢١٢) - الوسائل، كتاب النكاح، باب ٤ من أبواب ما يحرم بالكفر، حديث ٢.

(٢١٣) - الوسائل، كتاب الجهاد، باب ٤٩ من أبواب جهاد العدو حديث ٩.

(٢١٤) - التهذيب، كتاب النكاح، فيمن يحرم نكاحهن بالأسباب دون الأنساب الحديث ١٢ (١٢٥٤) ج ٧ ص ٣٠٠. والأستبصار، أبواب ما أحل الله العقد عليهن وما حرّم، باب الرجل والمرأة إذا كانا ذميين فتسلم المرأة دون الرجل حديث ١ (٦٥٨) ج ٣ ص ١٨١.

الخلاف بانفساخ العقد مطلقاً ، وهو المشهور بين الأصحاب ؛ لأن التزويج نوع سلطنة على الزوجة والكافر ممنوع من السلطنة على المسلم .

قال رحمه الله : ولو قبل ولمس بشهوة يمكن أن يقال : هو اختيار ، كما هو رجعة في حق المطلقة ، وهو يشكل بما يتطرق اليه من الاحتمال .

أقول : وجه الاشكال ان التقييل واللمس قد يوجدان في الأجنبية فهما اعم من الاختيار وعدمه ، ولا دلالة للعام على الخاص ، ومن مشاركة الاختيار للرجعة<sup>(٢١٥)</sup> في ارادة النكاح ، وكل ما كان رجعة كان اختياراً وهما اذا قارنا الشهوة رجعة اجماعاً فيكونان رجعة اختياراً ، وهو مذهب العلامة في القواعد والتحرير ، واختاره فخر الدين .

قال رحمه الله : اذا تزوج امرأة وبنتها ثم أسلم بعد الدخول بهما حرمتا ، وكذا لو كان دخل بالأم ، أما لو لم يكن دخل بواحدة بطل عقد الأم دون البنت ، ولا اختيار ، وقال الشيخ : له التخيير ، والأول أشبه .

أقول : اذا أسلم عن امرأة وبنتها زوجتين ولم يكن دخل باحدهما ، قال الشيخ : يتخير أيها شاء ؛ لأن عقد الشرك لا يحكم لصحته<sup>(٢١٦)</sup> الا بانضمام الاختيار حال الاسلام ولهذا لو تزوج عسراً واختار منهن أربعا لم يجب للبواقي مهر ولا نفقة وكن بمنزلة من لم يقع عليهن عقد ، فاذا اختار الأم كان بمنزلة من لم يعقد على البنت ، قال : ويحتمل لزوم عقد البنت ، اذ نكاح الشرك صحيح ، كما لو تزوج اختين وانه<sup>(٢١٧)</sup> يختار أيها يشاء ، فيكون صحيحاً فيها وصحة النكاح في البنت تقتضي التحريم المؤبد في الأم والمصنف اختار هذا الاحتمال ، وهو اختيار

وفي الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٩ من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ١ .

(٢١٥) - «م» و«ر» ١ : للرجعية . وفي «ن» : للرجعية .

(٢١٦) - كذا

(٢١٧) - «م» و«ن» و«ر» ١ : فإنه .

العلامة ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو أسلم العبد وعنده أربع حرائر وثنيات ، فأسلم معه اثنتان ثم اعتق ولحق به من بقي لم يزد على اختيار اثنتين ؛ لأنه كمال العدد المحلل له ، ولو أسلمن واعتقت ، أو أسلمن بعد إسلامه وعتقه في العدة ثبت نكاحه عليهن لاتصافه بالحرية المبيحة للأربع ، وفي الفرق اشكال .

أقول : منشؤه من وجود الحرية المبيحة للأربع في صورتين قبل الاختيار ، فيكون له اختيار الأربع في صورتين ، ووجه الفرق انه في الصورة الأولى حين ثبوت الاختيار كان عبداً ؛ لأن ثبوته حال اجتماع الاسلامين<sup>(٢١٨)</sup> ، وهو حيثئذ عبد ، وفي الصورة الثانية حالة<sup>(٢١٩)</sup> اجتماعها وهو حر ، هذا الفرق بينهما ، وحيثئذ لافرق ان يختار في الصورة الأولى من سبق اسلامها عتقه أو تأخر اسلامها عنه ، وله ان يحدد العقد على الأخيرتين .

قال رحمه الله : اختلاف الدين فسخ لاطلاق فان كان من المرأة قبل الدخول سقط المهر ، وان كان من الرجل فنصفه على قول مشهور .

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ، ويحتمل ثبوت الجميع لأن التنصيف مشروط بالطلاق ، والفسخ ليس طلاقاً ، ولا يعد في الثلاث .

قال رحمه الله : ولو لم يسم مهرأ والحال هذه كان لها المتعة كالمطلقة ، وفيه تردد ، ولو دخل الذمي وأسلم وكان المهر خمرأ ولم يقبضه ، قيل : سقط ، وقيل : يلزمه مهر المثل ، وقيل : تجب قيمته عند مستحله ، وهو أصح .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : اذا لم يسم مهرأ ثم أسلم قبل الدخول ، قال الشيخ : لها المتعة ، كما

(٢١٨) - في «ن» : الاسلام .

(٢١٩) - «ن» : حال .

لو طلقها ، وبه قال المصنف ثم تردد من انه فسخ قبل الدخول فأشبهه الطلاق في وجوب المتعة اذا لم يسم مهرأ ، ومن أصالة براءة الذمة ؛ لأنه لم يسم لها مهرأ صحيحأ ولا فاسدأ ولا طلقها ، فلا يثبت عليه شيء ؛ لأن المتعة مشروطة بالطلاق قبل الدخول ولم يحصل .

الثانية : اذا سمى مهرأ فاسدأ كالخمر والخنزير ، ثم اسلم بعد الدخول وقبل قبض المهر ما الواجب عليه ؟ حكى المصنف ثلاثة أقوال :

أ - السقوط ، ووجهه سقوط الخمر عن ذمته باسلامه ، والأصل براءة الذمة مما سواه لعدم تناول العقد لغير الخمر فلا يلزمه شيء .

ب - وجوب مهر المثل ، ووجهه استقراره في ذمته بالدخول فلا يسقط لكونه فاسدأ ، فيكون كما لو لم يسم مهرأ .

ج - وجوب قيمته عند مستحليه ، ووجهه انه اتلف باسلامه حقأ لذمي يستحقه ويلكه ، فيكون ضامناً بقيمته ، واختاره المصنف وهو قوي .

قال رحمه الله : اذا ارتد المسلم بعد الدخول حرم عليه وطى زوجته المسلمة ( ووقف نكاحها على انقضاء العدة ) \* ، فلو وطئها لشبهة وبقي على كفره الى انقضاء العدة ، قال الشيخ : عليه مهران ، الأصلي بالعقد والآخر بالوطي بالشبهة ، وهو يشكل بما انها في حكم الزوجية اذا لم يكن عن فطرة .

أقول : اذا أرتد الزوج أو الزوجة أوهما بعد الدخول عن غير فطرة ، حرم الوطي من حين الأرتداد ، ووقف انفساخ النكاح على خروج العدة ، فان عاد (٢٢٠) أو عاد المرتد منها الى الاسلام في العدة فالزوجية باقية والاتبينا البيونة من حين الارتداد ، فان وطأها مدة التبرص لشبهة ، هل يجب عليه مهران ؟ قال الشيخ :

(\*) - ما بين القوسين من الشرائع المطبوع .

(٢٢٠) - كذا في الأصل ، وفي «ن» : عادوا .

نعم ، واستشكل المصنف ، ومنشؤه من انها بحكم الزوجة ( فهي كالمطلقة )<sup>(٢٢١)</sup> رجعياً ، لجواز الرجوع اليها باسلام المرتد منها ووجوب النفقة اذا كان المرتد هو الزوج ، فهي في العدة بحكم الزوجة ، فلا يجب بوطنها مهر ، كما لا يجب بوطني المطلقة رجعياً .

ومن كون العدة كاشفة عن حصول البينة حين الارتداد ، فلما انقضت على الارتداد تبين كونها أجنبية في زمان العدة ، ومن وطأ أجنبية للشبهة كان عليه مهر مثلها ، فيكون عليه المهر هنا ، وهو اختيار العلامة في التحرير جزماً . قال رحمه الله : ولو مات أو متن ، قيل : يبطل الخيار والوجه استعمال القرعة ؛ لأن فيهن وارثات وموروثات .

أقول : اذا اسلم على أكثر من أربع ثم اسلمن في العدة كان عليه اختيار أربع ، فلو متن أو مات بعضهن قبل الاختيار لم يسقط الاختيار ، بل له ان يختار من يشاء ويرثن ، فلو متن أو مات قبل الاختيار قيل : يبطل الاختيار ، ولتذره<sup>(٢٢٢)</sup> بموت الزوج ، وحينئذ يوقف ربع تركته أو نصف ربعها للجميع حتى يصطلحن ، ويوقف من تركته كل واحدة نصفها أو ربعها حتى يصطلحن ورثتها وورثة الزوج عليه ، واختار المصنف استعمال القرعة ؛ لأن فيهن وارثات وموروثات ، وقد اشكلن فيقرع بينهما ؛ لأن كل أمر مشكل فيه القرعة ، والقول بالبطان يؤدي الى توريث غير الوارث ومنع الوارث من أرثه أو بعضه ، وهو غير جائز .

قال رحمه الله : ولو مات قبلهن ورثه أربع منهن لكن لما لم يتعين وجب إيقاف الحصة حتى يصطلحن ، والوجه القرعة او التشريك .

(٢٢١) - في الأصل : وهي المطلقة .

(٢٢٢) - كذا .



أقول : ذكر المصنف في النصيب الموقوف - وهو الربع أو نصفه - ثلاثة وجوه :

الأول : ان يصطلحن عليه ، ووجهه ان المستحق له منحصر فيهن ، لكنه مجهول فالاحتياط يقتضي الصلح .

الثاني : القرعة ؛ لأنه امر مشكل ، وكل أمر مشكل فيه القرعة .

الثالث : القسمة بينهن بالسوية لانحصار المستحق فيهن وعدم أولوية البعض دون البعض فكان مشتركاً بينهما ، كما لو تداعيا عيناً ولا ترجيح لأحدهما .

قال رحمه الله : روى عمار الساباطي ، عن أبي عبد الله عليه السلام : « ان إباق العبد طلاق امرأته فانه بمنزلة الارتداد ، فان رجع بالعدة فهي امرأته بالنكاح الأول ، وان رجع بعد العدة وقد تزوجت فلا سبيل له عليها ، وفي العمل بها تردد ، منشؤه ضعف السند .

أقول : افقئ الشيخ في النهاية بمضمون هذه الرواية (٢٢٣) ، وأنكره ابن ادریس ، لأصالة بقاء النكاح ، ولضعف سند الرواية ؛ لأن عباراً فطحي المذهب ، ولا يعمل بما انفرد به ، خصوصاً مع مخالفة (٢٢٤) الأصل .

(٢٢٣) - الواسائل ، كتاب النكاح ، باب ٧٣ من أبواب نكاح العبيد والأماء ، حديث ١ .

(٢٢٤) - كذا . ولعل الصحيح : مخالفته .

## مسائل من لواحق العقد

قال رحمه الله : الكفاءة شرط في النكاح ، وهي التساوي في الاسلام ، وهل يشترط التساوي في الإيمان ؟ فيه روايتان ، أظهرهما الاكتفاء بالاسلام ، وان تاكد استحباب الإيمان .

أقول : ظاهر المفيد وابن الجنييد الاكتفاء بالاسلام وان تاكد استحباب الإيمان ، فعلى هذا يجوز نكاح المؤمنة للمخالف ، لرواية محمد بن الفضل الهاشمي « قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : الكفو أن يكون عفيفاً ويكون عنده يسار »<sup>(٢٢٥)</sup> ولقوله عليه السلام : « اذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه وزوجوه الا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير »<sup>(٢٢٦)</sup> .

ومنع الشيخ في المبسوط من نكاح المخالف للمؤمنة ، وبه قال ابن ادريس ، واختاره العلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد لرواية عبد الله بن سنان ، عن

---

(٢٢٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٨ من أبواب مقدمات النكاح ، حديث ٥ مع اختلاف يسير .

(٢٢٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٨ من أبواب مقدمات النكاح ، حديث ١ - ٢ - ٣ - ٦ .

الصادق عليه السلام: « ولا تزوج المستضعف مؤمنه »<sup>(٢٢٧)</sup> وفي رواية زرارة، عن الباقر عليه السلام « قال : ان العارفة لا توضع الا عند عارف »<sup>(٢٢٨)</sup> و « سئل الصادق عليه السلام عن امرأة مؤمنة عارفة وليس في الموضع أحد على دينها ، هل تزوج منهم ؟ قال : لا تزوج الا من كان على دينها . ولأن المرأة تأخذ من دين بعلها ، فلا يؤمن ان يخدعها عن دينها »<sup>(٢٢٩)</sup> .

واستدلال المجوزين بقوله عليه السلام : « اذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه »<sup>(٢٣٠)</sup> لا يصلح ان يكون دليلاً لهم ؛ لأن دين المخالف ليس بمرضي عند المؤمن ، فلا يدخل في الأمر بزواجه لعدم الارتضاء بدينه .

فرع : اذا ثبت ان الايمان شرط في إباحة نكاح المؤمنة كما أن الاسلام شرط في إباحة نكاح المسلمة وان المخالف يمنع من المؤمنة ، كما ان الكافر يمنع من المسلمة ، ثبت ابطال الخلاف لعقد المؤمنة لاحقاً كابطاله سابقاً ، فلو خرج المؤمن من دينه الى دين أهل الخلاف انفسخ نكاح زوجته المؤمنة كانهفساخ نكاح المسلمة بارتداد الزوج ؛ لأن الشرط يجب مصاحبته للمشروط ، وينتفي المشروط عند انتفاء الشرط ، فكما تنتفي إباحة الصلاة عند انتفاء الطهارة كذلك تنتفي إباحة المؤمنة والمسلمة عند انتفاء الايمان والاسلام ؛ لأن الايمان والاسلام شرط في إباحتهما ، كما ان الطهارة شرط في إباحة الصلاة .

اذا عرفت هذا ، فهل تبين زوجته المدخول بها حين انفساخ العقد

(٢٢٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر ، حديث ٦ .

(٢٢٨) - الرواية الموجودة بنفس النص المذكور ليست عن زرارة عن الباقر عليه السلام بل عن الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام راجع الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٠ من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٥ .

(٢٢٩) - المستدرک ، كتاب النكاح ، باب ٩ من أبواب ما يحرم بالكفر ، حديث ٨ .

(٢٣٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٨ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه ، حديث ١ .

باختلاف الدين ، أو يتوقف الفسخ على انقضاء العدة كالمرتد عن ملة فإن عاد إلى الإيمان في العدة كانت الزوجية باقية وإن بقي على الخلاف بانت منه كالمرتد ؟  
 يحتمل ذلك ؛ لأن خروج المؤمن إلى دين أهل الخلاف ليس أبلغ من الارتداد عن الإسلام إلى الكفر ، وقد ثبت أن الارتداد لا يوجب بينوته<sup>(٢٣١)</sup> حتى تنقضي العدة ، فتوقف بينوته على انقضاء العدة في الخروج إلى دين أهل الخلاف أولى ، ويكون من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى ، لا من باب القياس .

ويعتدل بينوته بنفس انفساخ العقد حالة الخروج عن الأيمان ؛ لأن الأصل في الفسخ اقتضاء بينوته من حين الفسخ ، سوى<sup>(٢٣٢)</sup> اقتضى التحريم المؤبد كالفسخ بسبب الرضاع أو لا يقتضي ذلك كالفسخ بالعيب خرج منه الفسخ بسبب الارتداد للنص<sup>(٢٣٣)</sup> ، والاجماع ، يبقى الباقي على أصالة ما يقتضيه الفسخ من بينوته من حينه .

قال رحمه الله : وهل يشترط تمكنه من النفقة ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو أشبه .

أقول : القائل بالاشتراط هو الشيخ في المبسوط ، وقال في النهاية بعدم الاشتراط ، وبه قال ابن حمزة والمصنف والعلامة ، وهو مذهب القاضي وابن الجنييد ، وهو المعتمد ، لقوله تعالى : ﴿ أن يكونوا فقراء يغفهم الله من فضله ﴾<sup>(٢٣٤)</sup> ولا فائدة في الآية مع اشتراط الغنى ، ولأنها لو علمت بصره ثم رضيت فنكاحه صحيح اجماعاً ، فلو كانت القدرة شرطاً لما سقطت بالتراضي كغيرها من

(٢٣١) - «م» و«ن» و«ر» : البينونة .

(٢٣٢) - كذا . ولعلها : سواء .

(٢٣٣) - الوسائل ، كتاب الفرائض والموايرث ، باب ٦ من أبواب موانع الأثر ، حديث ٤ .

وكتاب الطلاق ، باب ٣٥ من أبواب أباقي العبد ، حديث ١ .

(٢٣٤) - النور : ٣٢ .

الشروط . وقال ابن ادريس بعدم الاشتراط الا أن المرأة تسلط على الفسخ مع عدم العلم بفقره ، واختاره العلامة في المختلف .

قال رحمه الله : ولو تجدد العجز عن النفقة هل تتسلط على الفسخ ؟ فيه روايتان ، أشهرهما : أنه ليس لها .

أقول : اما على القول باشرط التمكين من النفقة ابتداء ، كمذهب الشيخ في المبسوط ، فاذا تجدد العجز ثبت لها الخيار ، واما على القول بعدم اشتراطه ، كما هو المشهور ، هل يثبت الخيار ؟ قال ابن الجنيدي : نعم ، ونقله ابن ادريس عن بعض أصحابنا ، واختاره العلامة في المختلف دفعا للضرورة الحاصلة لها لاحتياجها الى النفقة وتحريم تزويجها بغيره ، فع عدم اباحة الفسخ يحصل الضرر العظيم ، وهو منفي بالآية (٢٣٥) والرواية (٢٣٦) .

والمشهور عدم جواز الفسخ لأصالة بقاء العقد ، ولعموم قوله تعالى : ﴿وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة﴾ (٢٣٧) وهذا البحث مع دخولها عليه موسرا ثم تجدد له الاعسار ، اما لو دخلت عليه معسرا لم يكن لها الفسخ قطعاً ؛ لأنها هي التي ادخلت الضرر على نفسها واسقطت حقها باختيارها .

تنبيه : على القول بان التمكّن من المؤنة شرط ليس هو كغيره من الشروط التي لا يباح المشروط بدونها ، كالطهارة في إباحة الصلاة ، والإيمان والاسلام في إباحة المؤنة والمسلمة ، بل هو شرط في وجوب الاجابة ؛ لأنه مع الرضا باعساره يباح له النكاح اجماعاً ، وليس كذلك لو رضيت بكونه كافراً أو مغالفاً مع كونها مؤمنة أو مسلمة ، فانه لو رضيت المؤمنة بالمخالف لم يبيع لها نكاحه

(٢٣٥) - البقرة : ٢٣٦ . والطلاق : ٦ .

(٢٣٦) - الوسائل ، كتاب احياء الموات ، باب ٧ ، حديث ٢ وفي كتاب الفرائض ، باب ١ من أبواب موانع الأثر ، حديث ١٢ .

(٢٣٧) - البقرة : ٢٨٠ .

اجماعاً من القائلين بالمنع ، ولو رضيت المسلمة بالكافر لم يبيع لها اجماعاً ، فقد ظهر الفرق بين اشتراط القدرة على النفقة وبين غيره من الشروط .

قال رحمه الله : واذا خطب المؤمن القادر على النفقة وجبت إجابته وان كان أخفض نسباً ، ولو امتنع الولي كان عاصياً .

أقول : روي<sup>(٢٣٨)</sup> انه اذا خطب المؤمن الى غيره بنته وكان عنده يسار بقدر نفقتها ، وكان ممن يرضى افعاله وامانته ولا يكون مرتكباً لشيء يدخل فيه في جملة الفساق ، وان كان حقيراً في نفسه قليل المال ، فلم يزوجه اياها كان عاصياً لله تعالى مخالفاً لسنة نبيه صلى الله عليه وآله .

قال ابن ادريس : ووجه الحديث في ذلك انما يكون عاصياً اذا رده ولم يزوجه لما هو عليه من الفقر والافتقار منه كذلك<sup>(٢٣٩)</sup> ، واعتقاد ان ذلك ليس بكفو في الشرع ، فأما اذا رده ولم يزوجه لا لذلك ، بل لأمر آخر وغرض غير ذلك من مصالح دنياه ، فلا حرج عليه ولا يكون عاصياً ، فهذا فقه الحديث .

هذا تحقيق ابن ادريس رحمه الله ، وهو جيد ، الا ان قوله : واعتقاد ان ذلك ليس بكفو في الشرع ، فانه يفهم منه انه لو رده للأنفة من فقره وخفض نسبه مع اعتقاد انه كفوء في الشرع ، فانه لم يكن عاصياً وهذا غير صحيح ، والا كان تارك الواجب مع اعتقاده انه واجب لم يكن عاصياً ، وهو ضروري البطلان ؛ لأنه اذا ترك اجابته مع علمه بأنه كفوء في الشرع وان اجابة الكفوء واجبة وانما ترك ذلك لأنفة كان تاركاً للواجب مع علمه بكونه واجباً ، وهذا يكون عاصياً اجماعاً ، فيكون تقييده للعصيان بالاعتقاد بأنه ليس بكفوء غير صحيح ، بل لو قيده بالاعتقاد بأنه كفوء كان أحسن .

(٢٣٨) - الوسائل . كتاب النكاح ، باب ٢٨ من أبواب مقدمات النكاح .

(٢٣٩) - «م» و «ن» و «ر» ؛ لذلك .

وقال العلامة في القواعد : ولو امتنع الولي كان عاصياً الا الى العدول الى 'الأعلى' ، جَوَزَ الامتناع اذا كان العدول الى 'الأعلى' ، وعند التحقيق يلزم من اطلاق قول العلامة ترك العمل بما تضمنه الخبر <sup>(٢٤٠)</sup> من وجوب اجابة المؤمن اذا كان قليل المال أو أخفض نسباً ؛ لأنه انما يترك الاجابة لأجل العدول الى من هو اعلى منه لا لقصد عدم تزويج ابنته ، فاذا جاز رد المؤمن لأجل قصد من هو اعلى لزم ترك العمل بالخبر ، فلو قيد العدول الى 'الأعلى' بحضوره ورغبته في النكاح كان حسناً .

فرعان :

الأول : هل حكم المرأة اذا كان أمرها بيدها حكم الأب في وجوب اجابة المؤمن اذا خطبها وان كان اخفض نسباً بحيث لو منعه كانت عاصية ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنه كفوء في الشرع واذا خطب الكفوء وجبت الاجابة ، فكما يجب على أبيها اذا كان أمرها بيده يجب عليها اذا كانت مالكة امر نفسها .

ويحتمل عدم لأصالة براءة الذمة من اشتغالها بواجب او ندب ما لم يحصل الدليل الشاغل ، والرواية <sup>(٢٤١)</sup> انما وردت في الأب ، فيقتصر في الوجوب على مورد النص دون ماعداه .

الثاني : لو كان للمرأة أخ أو عم وكان أمرها مفوض اليه ، هل يجب عليه الأجابة ام لا ؟ يحتمل عدم ؛ لأنه ليس ولياً حقيقياً ، والنص ورد في الولي الاجباري إذ مع عدمه يكون أمرها بيدها ؛ ويحتمل الوجوب لأنه مع التفويض اليه وعدم مخالفته يصير كالولي الاجباري ، فيجب عليه الاجابة ، فان رضيت والا انتفى الوجوب عنه ، وهذا هو الأحوط .

(٢٤٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٨ من أبواب مقدمات النكاح ، حديث ١ .

(٢٤١) - المتقدمة آنفاً .

قال رحمه الله : لو انتسب الى قبيلة فبان من غيرها كان للزوجة الفسخ ، وقيل : ليس لها ، وهو أشبه .

أقول : اختلف الأصحاب في هذه المسألة على أربعة أقوال :

أ - قول الشيخ في النهاية قال : اذا انتمى الرجل الى قبيلة وتزوج ، فوجد على خلاف ذلك بطل التزويج ، وبه قال ابن حمزة وابن الجنيدي ، وجعله ابن البراج رواية ، وهي رواية الحلبي <sup>(٢٤٢)</sup> ، وهي حجة القوم . ٤

ب - عدم ثبوت لزوم <sup>(٢٤٣)</sup> الخيار ولزوم العقد ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد ، لأصالة بقاء العقد ، ولعموم : ﴿أوفوا بالعقود﴾ <sup>(٢٤٤)</sup> .

ج - ثبوت الخيار اذا بان أدنى من القبيلة التي انتسب اليها بحيث لا يلائم شرفها شرفه ، وهو قول العلامة في المختلف .

د - ثبوت الخياران اشترط ذلك في العقد ، وعدم ثبوته ان لم يشترط ، وهو قول فخر الدين ، ووجه الجمع بين الأقوال .

فرع : هل الحكم مشترك بين الرجل والمرأة ؟ قال ابن الجنيدي وابن حمزة <sup>(٢٤٥)</sup> : نعم ، ولم يتعرض له الباقر ، وحكم الانتساب الى الصنعة حكم الانتساب الى القبيلة عند ابن الجنيدي لما روي : « أن رجلاً تزوج على أنه يبيع الدواب ، فوجد بائعاً للسنائير فلم يفسخ أمير المؤمنين عليه السلام نكاحه ، وقال : السنائير دواب » <sup>(٢٤٦)</sup> ، وهي دالة على الحكم من حيث المفهوم .

(٢٤٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٦ من أبواب العيوب والتدليس ، حديث ١ .

(٢٤٣) - ليست في «م» و «ن» و «ر» .

(٢٤٤) - المائدة : ١ .

(٢٤٥) - ليس في «ن» .

(٢٤٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٦ من أبواب العيوب والتدليس ، حديث ٢ .



قال رحمه الله : اذا تزوج بامرأة ثم علم أنها كانت زنت ، لم يكن له فسخ العقد ولا الرجوع على الولي بالمهر ، وروي أن له الرجوع ولها الصداق بما استحل من فرجها ، وهو شاذ .

أقول : الرواية اشارة الى رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام ، « قال : سألته عن رجل تزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها انها كانت (٢٤٧) زنت ؟ قال : ان شاء زوجها اخذ الصداق من زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها ، وان شاء تركها » (٢٤٨) وابن الجنيد وابن بابويه اثبتا له الخيار ، واثبتاه ابن الجنيد للمرأة بزنا الرجل ، والمعتمد انه لا خيار ولا رجوع على الولي .

ويحصل العلم بالزنا للزوج بالتواتر والمباشرة أو قول المعصوم أو البينة الشرعية .

قال رحمه الله : ولو خطب فأجابت قيل : يحرم على غيره خطبتها ، ولو تزوج ذلك الغير كان العقد صحيحاً .

أقول : بالتحريم قال الشيخ رحمه الله ، وهو مبني على تحريم الدخول في سوم المؤمن ، والمشهور الكراهية بناءً على كراهية الدخول في سوم المؤمن ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا تزوجت المطلقة ثلاثاً ، فلو شرطت في العقد أنه إذا حللها فلا نكاح بينهما بطل العقد ، وربما قيل : يلغو الشرط ، ولو شرطت الطلاق ، قيل : يصح النكاح ، ويبطل الشرط .

(٢٤٧) - «م» و«ن» و«ر» : قد .

(٢٤٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦ من أبواب العيوب والتدليس ، حديث ٤ .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : إذا اشترطت المرأة على المحلل (إذا حللها) <sup>(٢٤٩)</sup> فلانكاح بينهما ، قال المصنف : بطل العقد واستقر به العلامة في القواعد ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، ونقل فخر الدين عن الشيخ قولاً بعدم البطلان ، وهو أن وجود هذا الشرط كعدمه ، والمعتمد الأول لعدم حصول التراضي بدون الشرط ، وهو مناف للعقد فيكون باطلاً .

الثانية : إذا اشترطت عليه الطلاق بعد التحليل قال الشيخ في المبسوط يصح العقد ويبطل الشرط ، واختاره العلامة في التحرير ، والمعتمد البطلان ، وهو اختيار فخر الدين لما قلناه أولاً : من عدم حصول التراضي بدون سلامة الشرط ، وهو لا يصح سلامته .

قال رحمه الله : نكاح الشغار باطل .

أقول : قال الجوهري : والشغار بكسر الشين نكاح كان في الجاهلية ، وهو أن يقول الرجل للآخر : زوجني ابتك أو اختك على أن أزوجه اختي أو بنتي على أن صدق كل واحدة منهما بضع الأخرى ، كأنهما رفعاً المهر وأخليا البضع عنه .

وفي الحديث « لاشغار في الإسلام » <sup>(٢٥٠)</sup> فإذا عرفت أن الشغار عبارة عن جعل نكاح امرأة مهر الأخرى فهو لا يخلو من أقسام .

أ - أن يدور مثل أن يقول : زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك على أن يكون نكاح بنتك مهراً لبنتي ونكاح بنتي مهراً لبنتك ، فيقول : زوجتك وقبلت

(٢٤٩) - ليس في « ن » .

(٢٥٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٧ من أبواب عقد النكاح ، حديث ٢ .

النكاح ، فيبطل النكاحان لحصول<sup>(٢٥١)</sup> الاشتراك في البضع ؛ لأنه صار ملكاً للزوج بالزوجية ، وللبنت<sup>(٢٥٢)</sup> بالمهر .

ب - ان لا يدور مثل ان يقول : زوجتك بنتي على ان تزوجني بنتك على ان يكون نكاح بنتي مهراً لبنتك ، فيقول : زوجتك وقبلت النكاح ، فهنا يبطل نكاح المهوره خاصة ، وهي بنت المخاطب ، وصح نكاح بنت المخاطب ، ولو عكس مثل ان يقول : على ان نكاح بنتك مهراً لبنتي إنعكس الحكم .

ج - ان يقول : زوجتك بنتي بمئة وتزوجت ابنتك بمئة أو اقل أو اكثر ، فيقول : زوجتك<sup>(٢٥٣)</sup> ، فهنا يصح النكاحان والصدان لعدم الشرط ، ولو لم يذكر ا صدقاً صح النكاحان وثبت لكل واحدة مهر المثل مع الدخول .

د - لو قال : زوجتك بنتي بمئة على ان تزوجني بنتك بمئة ، فقال : زوجتك وقبلت النكاح ، قال الشيخ : يصح العقدان ويبطل المهران ؛ لأنه شرط مع المهر تزويجاً ، وهو غير لازم ، فيبطل واذا بطل الشرط بطل المهر ؛ لأن التزويج بعض<sup>(٢٥٤)</sup> الصداق ، فاذا بطل بجعل المهر فيبطل ، وهو المشهور ، وبه قال العلامة في كتبه ، وتردد المصنف ، مما قاله الشيخ ، ومن انه شرط سائغ فيجب الوفاء به لقوله عليه السلام : «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٢٥٥)</sup> وكذا لو زوجه وشرط ان ينكحه ابنته ولم<sup>(٢٥٦)</sup> يذكر مهراً ففيه التردد بين وجوب الوفاء بالشرط وعدمه .

فرع : لو قال : ( زوجتك جاريتي على ان تزوجني بنتك ويكون رقبة

(٢٥١) - «م» : بحصول .

(٢٥٢) - في الأصل : ( وليست ) ، وما اثبتناه في سائر النسخ .

(٢٥٣) - «م» و «ن» و «ر» : بزيادة : وقبلت النكاح .

(٢٥٤) - «ن» : بعد .

(٢٥٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٠ من أبواب المهور ، حديث ٤ .

(٢٥٦) - «م» و «ن» و «ر» : ولو لم .

جاريقي مهراً لبنتك ( صح النكاحان لقبول الرقبة للسقل وليس تشريكا ؛ لأن الرقبة ملك للبنت ، والبضع ملك لأبيها فلا يشتركان في البضع اثنان ، لكنه يبطل المهر ؛ لأنه شرط نكاح احداهما في نكاح الأخرى ، وهو غير لأزم كما قاله الشيخ رحمه الله ، ويكون لكل منها مهر المثل .



## في النكاح المنقطع

قال رحمه الله : ويشترط فيهما الأتيان بهما بلفظ الماضي ، فلو قال : أقبل أو أرضى وقصد الأنشاء لم يصح ، وقيل : لو قال : اتزوجك مدة كذا بمهر كذا وقصد الأنشاء فقالت : زوجتك صح ، وكذا لو قالت : نعم .

أقول : هذا قول ابن أبي عقيل لرواية ابان بن تغلب<sup>(٢٥٧)</sup> الدالة عليه ، والمشهور عدمه ، وقد تقدم<sup>(٢٥٨)</sup> البحث في ذلك .

قال رحمه الله : كاليهودية والنصرانية والمجوسية على أشهر الروايتين .

أقول : هذا هو المشهور ، وقد سبق<sup>(٢٥٩)</sup> تحقيق البحث فيه .

قال رحمه الله : ولو تبين فساد العقد إما بأن ظهر لها زوج أو كانت أخت زوجها أو أمها وما شاكل ذلك من موجبات الفسخ ولم يكن دخل بها فلا مهر ، ولو قبضته كان له استعادته ، ولو تبين ذلك بعد الدخول كان لها ما اخذت ، وليس

---

(٢٥٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٨ من أبواب المتعة ، حديث ١ .

(٢٥٨) - ص ٢٢ - ٢٣ .

(٢٥٩) - ص ٦٨ - ٦٩ .

عليه تسليم ما بقي ، ولو قيل : لها المهر ان كانت جاهلة ويستعاد [ ما أخذت ] ان كانت عالمة كان حسناً .

أقول : اذا ظهر فساد العقد في المتعة ، فان كان قبل الدخول فلا مهر وان كان بعده قال الشيخ في النهاية : لها ما اخذت وليس عليه تسليم ما بقي ، مستدلاً برواية حفص بن البحتري<sup>(٢٦٠)</sup> في الحسن ، عن الصادق عليه السلام .

واستحسن المصنف استعادة ما اخذت مع علمها ؛ لأنها بغية حينئذ ولا مهر لبغية ، وثبت المهر لها مع جهلها لما استحل من فرجها ، واختاره العلامة واختار المصنف في المختصر بطلان المسمى مع الجهل والرجوع الى مهر المثل ، واختاره فخر الدين وأبو العباس ، وهو المعتمد لبطلان العقد فلا يلزم ما ذكر فيه .

قال رحمه الله : ولو قال مرة أو مرتين ولم يجعل ذلك مقيداً بزمان لم يصح ، ويتعقد دائماً ، وفيه رواية دالة على الجواز وانه لا ينظر اليها بعد ايقاع ما شرطه ، وهي مطروحة لضعفها ، ولو عقد على هذا الوجه انعقد دائماً ، ولو قرن ذلك بمدة صح متعة .

أقول : يشترط في الأجل أن يكون معلوماً مضبوطاً بما لا يحتمل الزيادة والنقصان ، فلو قدره بالفعل كالمرة والمرة ، فلا يخلو اما ان يقول<sup>(٢٦١)</sup> : بالفعل بمدة مضبوطة أولاً ، فهنا قسمان :

أ - ان يقيده بمدة مضبوطة ، وهذا يصح قطعاً ولا يجوز له الزيادة على القدر المشترط .

ب - ان لا يقيده بمدة مضبوطة ، وهذا يكون مجهولاً ، والمعتمد فيه البطلان ، وهو اختيار العلامة وأبي العباس ، وقال الشيخ في النهاية يتقلب دائماً ، واختاره

(٢٦٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٨ من أبواب المتعة . حديث ١ .

(٢٦١) - «م» و «ر١» : يقرن . وفي «ن» : يقدر .

المصنف هنا ؛ لأن الأجل المجهول كثير المذكور ، وعندها انه اذا لم يذكر الأجل ينقلب دائماً ، وهو ممنوع ؛ لأن المتعة من شرطها ذكر الأجل ، فاذا انتفى الشرط انتفى المشروط ، وهو مذهب ابن ادريس والعلامة ، واعتمد<sup>(٢٦٢)</sup> الشيخ على ما قاله في النهاية على رواية ابن فضال ، عن القاسم بن محمد ، عن رجل سماه « قال سألت ابا عبد الله عليه السلام ، الرجل يتزوج المرأة عن فرد واحد قال لا بأس ، ولكن اذا فرغ فليحول وجهه ولا ينظر »<sup>(٢٦٣)</sup> وهي مع ضعف الطريق مرسلة ولا تدل على مطلوب الشيخ لقوله : « فليحول وجهه ولا ينظر » دل على تحريمها بعد الفراغ من إيقاع<sup>(٢٦٤)</sup> ما شرطه ، وهو منافي انعقاده دائماً .

فرعان :

الأول : لو عقد على مدة متأخرة عن زمان العقد صح ، ومنعت الزواج<sup>(٢٦٥)</sup> فيما بينها ؛ لأن عليها عقد ولها زوج ، ولا يجوز ان يكون للمرأة زوجان ولا يكون عليها عقدان باجماع المسلمين ، ولا يجوز ان يتزوج بأختها وان فلت المدة بالأجل والعدة قبل حلول المدة المعينة ؛ لأنه يكون جامعاً<sup>(٢٦٦)</sup> بين الأختين .

الثاني : لو مات بعد العقد وقبل حضور المدة المشترطة احتمل بطلان العقد ولا مهر ولا عدة ؛ لأن العقد سبب لتأثير الأباحة عند حضور المدة المشترطة ، فاذا مات<sup>(٢٦٧)</sup> زالت صلاحية التأثير فيبطل العقد .

(٢٦٢) - «م» و «ن» و «ر» : واعتماد .

(٢٦٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٥ من أبواب المتعة ، حديث ٤ ( لكن فيه « على عرد » بدل « عن فرد » ) .

(٢٦٤) - في الأصل : أنواع ، وما اثبتناه في بقية النسخ .

(٢٦٥) - «م» و «ن» و «ر» : من الزواج .

(٢٦٦) - «م» : جمعاً .

(٢٦٧) - «ن» : بانته .



ويمتثل عدم البطلان فيجب المهر والعدة ؛ لأنه وقع صحيحاً والموت يرفع استمراره لا ابتدائه كالدائم . وذهب فخر الدين الى عدم جواز العقد على مدة متأخرة عنه ، واختار على القول بالجواز البطلان مع الموت قبل حضور المدة ، واحتمل عدم البطلان لا يخلو من قوة لما ثبت من تحريمها على الأزواج فيما بين العقد والمدة وتحريم اختها عليه ، وذلك لكونها زوجة ، وكل زوجة مات عنها زوجها كان عليها العدة ويثبت لها المهر ، وقد ثبت أنها زوجة فتدخل في حكم الأزواج . قال رحمه الله : كل شرط يشترط فيه فلا بد ان يقرن بالايجاب والقبول ، ولا حكم لما يذكر قبل العقد ما لم يستعد فيه ولا لما يذكر بعده ، ولا يشترط مع ذكره في العقد استعادته بعده ، ومن الأصحاب من شرط اعادته بعد العقد ، وهو بعيد .

أقول : قال الشيخ في النهاية : كل شرط يشترطه الرجل على المرأة انما يكون له تأثير بعد ذكر ذلك العقد فان ذكر الشروط وذكر العقد بعدها كانت الشروط التي قدم ذكرها باطله لا تأثير لها وان ذكرها بعد العقد ثبت على ما شرطه وقال ابن ادريس لا شرط يجب ذكره ويلزم الا شرطان ذكر الأجل المحروس من الزيادة والنقصان والمهر المعلوم بالكيل او الوزن او المشاهدة والمعتمد ان كل شرط سائع تخلل ذكره بين الأيجاب والقبول كان لازماً وان كان غير سائع وتخلل ذكره بين الأيجاب والقبول كان باطلاً ومبطلاً للعقد ولا عبره بما تقدم على العقد ولا بما تأخر عنه سواء كان سائناً أو غير سائع الا ان يذكر قبله ثم يعاد فيه ولو جهله كان يقول زوجتك نفسي بكذا مدة كذا على ما تقدم من الشروط المذكورة فيقول قبلت فهنا يكون لها تأثير .

قال رحمه الله : لا يقع بها طلاق وتبين بانقضاء المدة ، ولا يقع بها ( إيلاء

ولا) «لعان على الأظهر، وفي الظهار تردد، أظهره انه يقع» (٢٦٨).

أقول : هذه مسائل :

الأولى : لاخلاف بين الأصحاب في المستمتع بها لا يقع (٢٦٩) بها طلاق ، بل تبين بانقضاء المدة او هبتها اياها ، وفي رواية محمد بن اسماعيل ، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام « قال : قلت : وتبين بغير طلاق ؟ قال : نعم » (٢٧٠).

الثانية : لا يقع بها ايلاء على أقوى الوجهين ، لظاهر قوله تعالى : ﴿ وان عزموا الطلاق ﴾ (٢٧١) وليس في المتعة طلاق ، ولأن من لوازم الايلاء على أقوى الوجهين المطالبة بالوطي ، وذلك في المتعة منتف ، وبانتفاء اللازم ينتفي الملزوم . ويحتمل ضعيفاً الوقوع ، وهو قول المرتضى لعموم لفظ النساء في قوله تعالى : ﴿ الذين يؤلون من نسائهم ﴾ (٢٧٢) ورفع العموم بقوله تعالى : ﴿ وإن عزموا الطلاق ﴾ فان عود الضمير الى بعض العام تخصيصه .

الثالثة : لا يقع بها لعان لنفي الولد ولا للكدف ، اما الأول فظاهر ؛ لأن الولد ينتفي بمجرد نفيه قطعاً ، ولا خلاف فيه وانما الخلاف في وقوع اللعان للكدف ، فقال الأكثر كالشيخ وابن الجنيد وأبي الصلاح والمصنف : لا يقع ، لصحيفة ابن سنان ، عن الصادق عليه السلام « لا يلعن الحر الأمة ولا الذمية ولا التي تمتع بها » (٢٧٣) وهو اختيار العلامة .

(\*) - من الشرائع المطبوع .

(٢٦٨) - في « ١ » بعد المتن : أقول : سيأتي البحث في ذلك ان شاء الله تعالى .

(٢٦٩) - كذا .

(٢٧٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٥ من أبواب المتعة ، حديث ١ .

(٢٧١) - البقرة : ٢٢٧ .

(٢٧٢) - البقرة : ٢٢٦ .

(٢٧٣) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ١٠ ، حديث ٢ .

وقال المفيد بالوقوع لأنها زوجة قطعاً للعلم بأنها ليست ملك يمين وجعل الوطء منحصر فيها ، وكل زوجة يقع بها اللعان لعموم قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ﴾ (٢٧٤) فان الجمع المضاف للعموم .

وجوابه ان ذلك في الدائم ؛ لأن الكتاب يخص بالسنة ، والأصح عدم الرابعة اختلفوا في وقوع الظهار بها ، فقال الصدوق وابن ادریس : لا يقع ، لأصالة بقاء الحل ، ولأن المظاهر يلزم بالفيئة أو الطلاق ، ولا طلاق في المتعة ، والالزام بالفيئة وحدها بعيد .

وقال الحسن والمفيد والمرضى وأكثر الأصحاب : يقع لعموم الآية ، فان المستمتع بها زوجة لما قدمناه (٢٧٥) .

قال رحمه الله : لا يثبت بهذا العقد ميراث بين الزوجين شرطاً سقوطه او أطلقاً ، ولو شرطاً التوارث أو شرط احدها ، قيل : يلزم عملاً بالشرط ، وقيل : لا يلزم ؛ لأنه لا يثبت الا شرعاً فيكون اشتراطاً لغير وارث ، كما لو شرط للأجنبي ، والأول أشهر .

أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

أ- ثبوت الميراث بالأصل ، ويسقط باشتراط سقوطه ، وهو مذهب ابن أبي عقيل ، وحكاها المصنف في المختصر عن السيد المرتضى ، اما ثبوته بالأصل فلصدق اسم الزوجة عليها فيدخل في عموم الآية (٢٧٦) ، واما سقوطه مع الشرط فلموثقة محمد بن مسلم (٢٧٧) ، عن الباقر عليه السلام الدالة على المطلوب .

ب - سقوطه في الأصل وثبوته مع الشرط ، وهو مذهب ابن حمزة ،

(٢٧٤) - النور : ٦ .

(٢٧٥) - ما بين القوسين ، أي من قوله : ( أقول الى قوله : لما قدمناه ) ليس في باقي النسخ .

(٢٧٦) - النساء : ١٢ .

(٢٧٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٤ من أبواب المتعة ، حديث ٤ .

والشيخ في النهاية ، واختاره المصنف في المختصر وهو ظاهره هنا ، لحسنة احمد بن محمد بن أبي نصر ، عن الرضا عليه السلام « قال : تزويج المتعة نكاح بميراث ونكاح بغير ميراث ، ان اشترط الميراث كان ، وان لم يشترط لم يكن » (٢٧٨).

ج - عدم ثبوته مطلقاً ، وهو مذهب أبي الصلاح وابن ادريس ، واختاره العلامة وابنه وأبو العباس ، وهو المعتمد ؛ لأنه غير ثابت بأصل (٢٧٩) الشرع ، فاشترطه يجري مجرى الميراث للأجنبي ، وهو مخالف للكتاب والسنة ، فيكون باطلاً واذا بطل الشرط بطل العقد على القول بأن الشرط الفاسد يقتضي فساد العقد ؛ لأن التراضي لم يحصل بدونه .

قال رحمه الله : اذا انتقض اجلها بعد الدخول فعدها حيضتان ، وروي حيضة وهو متروك ، ولو كانت لا تحيض ولم تياس فخمس وأربعون يوماً وتعد من الوفاة ، ولم يدخل بها ، بأربعة أشهر وعشرة ايام ان كانت حائلاً ، وبأبعد الأجلين ان كانت حاملاً على الأصح ، ولو كانت أمة كانت عدتها حائلاً شهرين وخمسة ايام .

أقول : البحث هنا في موضعين :

أ - في عدة الفرقة بعد الدخول اما بانتقضاء الأجل أو بهبة ما بقي من ايامها ، وقد اختلف الأصحاب في ذلك ، قال الشيخ في النهاية : انها حيضتان أو خمسة وأربعون يوماً ، وبه قال سلال وابن البراج ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والتحرير ، وقال المفيد انها قران لمستقيمه الحيض وبه قال ابن ادريس ، واختاره العلامة في المختلف ، وقال ابن أبي عقيل انها حيضة واحدة ، وقال ابن بابويه :

حضية ونصف ، ودليل الجميع الروايات (٢٨٠). وأطبق الجميع على خمسة وأربعين يوماً للمستراية ، ولا فرق هنا بين الحرة والأمة .

ب - في المتوفى عنها ، وقد اختلف الأصحاب في كميتها ، والمشهور انها أربعة أشهر وعشرة أيام ان كانت حائلاً ، وبأبعد الأجلين ان كانت حاملاً ، وقال المفيد وسلار : انها شهران وخمسة أيام ، وعند ابن أبي عقيل عدة الحامل في الوفاة بوضع الولد ولم يعتبر الشهور وهو شامل للدائم والمنقطع والحرة والأمة ، والمعتمد هو المشهور .

واما عدة الأمة المتوفى عنها في المتعة فشهران وخمسة أيام ان كانت حائلاً وبأبعد الأجلين ان كانت حاملاً ، اختاره المفيد والمصنف ، والعلامة في القواعد والتحرير ، وقال ابن ادريس : انها اربعة أشهر وعشرة أيام كالحرة وقواه العلامة في المختلف ، واختاره ابو العباس للعموم (٢٨١)، ولحديث زرارة (٢٨٢)، عن الباقر عليه السلام الدالة عليه ، فيكون عدة الأمة في المتعة أطول منها في الدائم .

---

(٢٨٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٤ ويا ب ٤ ويا ب ٢٢ من أبواب المتعة ، ويا ب ١٢ من أبواب ما يحرم بالاستيفاء ، ويا ب ٥٢ من أبواب العدد .

(٢٨١) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٥٢ من أبواب العدد ، حديث ١ .

(٢٨٢) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٥٢ من أبواب العدد ، حديث ٢ .

## في نكاح الأماء

قال رحمه الله : لا يجوز للعبد ولا للأمة ان يعقدا لأنفسهما نكاحاً الا باذن المالك ، فان عقد احدهما من غير اذن وقف على اجازة المالك ، وقيل : يكون اجازة المالك كالعقد المستأنف ، وقيل : يبطل فيهما وتلغى الاجازة ، وفيه قول رابع مضمونه اختصاص الاجازة بعقد العبد دون الأمة ، والأول أظهر .

أقول : حكى المصنف هنا أربعة أقوال :

أ - وقوعه موقوفاً ، وهو المشهور واختاره المصنف والعلامة وابن ادريس في أول بحثه .

ب - كون الاجازة كالعقد المستأنف ، وهو قول الشيخ في النهاية ، والفرق بينه وبين الأول انه في الأول يحكم بصحة العقد من حين وقوعه ، وفي الثاني من حين الاجازة ، ويتفرع على ذلك : ما لو كان عنده اخت الزوجة حين العقد وحصلت الاجازة بعد موتها او فارقها بائناً ، فانه يبطل على الأول ويصح على الثاني .

ج - البطلان فيها اي في العبد والأمة ، وهو قول الشيخ في المبسوط و

الخلاف ، واختاره ابن ادريس في آخر بحثه .

د - اختصاص الاجازة بعقد العبد دون الأمة ، وهو قول ابن حمزة ، والطريق الروايات (٢٨٣) ، وقد سبق (٢٨٤) البحث في ذلك .

قال رحمه الله : ولو كان أحد الزوجين حرّاً لحق الولد به ، سواء كان الحر هو الأب أو الأم ، الا ان يشترط المولى رق الولد ، فان شرط لزم الشرط على قول مشهور .

أقول : هذا هو المشهور لا أعلم فيه خلافاً ، ولم يجزم المصنف هنا وتردد في المختصر ، وجهه ان الولد منعقد حرّاً مع عدم الشرط ، والشرط اذا اشتمل على استرقاق الحر كان باطلاً .

والجواب ان شرط استرقاق الحر بعد انعقاده حرّاً غير جائز ، اما الشرط قبل الانعقاد (٢٨٥) فلا مانع منه اذا كان أحد أبويه رقاً لعموم : « المؤمنون عند شروطهم » (٢٨٦) وحينئذ ينعقد رقاً .

قال رحمه الله : وكذا لو عقد عليها لدعواها الحرية لزمه المهر ، وقيل : عشر قيمتها ان كانت بكرّاً أو نصف العشر ان كانت ثيباً ، وهو المروي ، ولو كان دفع اليها مهرّاً استعداد ما وجد منه وكان ولدها منه رقاً ، وعلى الزوج ان يفكهم بالقيمة ويلزم المولى دفعهم اليه ، ولو لم يكن له مال سعى في قيمتهم ، وان أبي السعي فهل يجب ان يفديهم الأمام ؟ قيل : نعم تعويلاً على رواية فيها ضعف ، وقيل : لا يجب ؛ لأن القيمة لازمة للأب ؛ لأنه سبب الحيلولة ، ولو قيل : بوجوب الفدية على الامام ، فمن أي شيء يفديهم ؟ قيل : من سهم الرقاب ، ومنهم من

(٢٨٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٣ ، ٢٤ ، ٢٦ ، ٢٩ ، من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٢٨٤) - ص ٣٢ .

(٢٨٥) - «ن» : انعقاده .

(٢٨٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٠ من أبواب المهور ، حديث ٤ .

أطلق .

أقول : إذا ادعت الحرية فتزوجها على ظاهر الحال ، ثم ظهرت أمة كان البحث في أماكن .

أ - في المهر ، وهو واجب هنا إجماعاً ؛ لأنه وطىء ليس بزنا ولا ملك يمين ، فيجب فيه المهر ، وفي قدره خلاف :

الأول : قال ابن البراج : يلزمه المسمى ، واختاره العلامة ؛ لأنه عقد صحيح قبض فيه أحد العوضين فيجب العوض الآخر .

الثاني : العشر مع البكارة ونصفه مع الثيبوبة ، وهو اختيار ابن حمزة وأبي علي ابن الجنيد لرواية الوليد بن صبيح<sup>(٢٨٧)</sup> ، عن أبي عبد الله عليه السلام .

الثالث : مهر المثل ، وهو قول الشيخ في المبسوط لظهور فساد العقد فيكون شبهة فيلزمه مهر المثل .

ب - في حكم الأولاد فقد حكم المصنف برقمهم والزام الأب لفكهم مع الإيسار وبالإستعلاء<sup>(٢٨٨)</sup> مع الإعتسار ، والزام المولى بتسليمهم إليه عند دفع قيمتهم ، وهو مذهب الشيخ وابن حمزة لما رواه سماعة ، عن الصادق عليه السلام « قال : سألت عن مملوكة أتت قوماً وهي تزعم أنها حرة ، فتزوجها رجل منهم وأولدها ولداً ، ثم إن مولاهم اتاهم فأقام عندهم البينة أنها مملوكته ، واقترت الجارية بذلك ؟ قال : تدفع إلى مولاهم هي وأولادها<sup>(٢٨٩)</sup> ، وعلى مولاهم أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير إليه ، قلت : فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به ؟ قال : يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤديه ويأخذ ولده ، قلت : فإن أبى الأب أن يسعى

(٢٨٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد ، حديث ١ .

(٢٨٨) - «م» : وبالسعي .

(٢٨٩) - «م» : «ن» «ر» : «وولدها» .



في ثمن ابنه عنده ؟ قال : فعلى الامام ان يفديه ولا يملك ولد حر « (٢٩٠) .

دلت هذه الرواية على أمور :

الأول : كون الولد رقاً للسيد ، لقوله « تدفع هي وولدها » ، وبه قال الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة والمصنف ، والعلامة في القواعد والتحرير ، وقال أبو الصلاح : يكون الولد حراً وعليه قيمته لمولى الأمة ، وبه قال ابن ادريس والعلامة في المختلف ، واختاره أبو العباس في المذهب وقوله في آخر الرواية : « ولا يملك ولد حر » بتكوين الدال والراء ، يدل عليه ، ومن اضافة نفي الاستدلال .

الثاني : دلت على 'لحوق النسب ، لقوله عليه السلام : « يسعى أبوه في ثمنه » ، وهو اجماع .

الثالث : دلت على وجوب قبول القيمة على السيد ودفعه الى أبيه عند دفع القيمة وهو اجماع ايضاً .

الرابع : اعتبار القيمة يوم دفعها اليه ، والمصنف هنا ، والعلامة في القواعد وابن ادريس أوجبوا القيمة يوم سقوطه حياً ؛ لأنه وقت الحملولة .

الخامس : جواز حجر السيد على الولد حتى يقبض قيمته ، لقوله عليه السلام فيها : « حتى يؤديه ويأخذ ولده » ، وهو جيد على القول بانعقاده رقا ، ويشكل على القول بانعقاده حراً .

السادس : وجوب السعي على الأب مع اعساره ، وحمل بعضهم الأمر بالسعي على سبيل الاستحباب لا الوجوب .

السابع : مع تعذر الفك من جهة الأب ، قال الشيخ : يفكهم الامام من سهم الرقاب ، وتبعه ابن حمزة ، وليس في الرواية ما يدل على ان الفك من جهة سهم

الرقاب ، وقال ابن ادريس : الذي يقتضيه أصول المذهب ان الامام لا يعطي مولى الجارية قيمتهم من سهم الرقاب ؛ لأن ذلك السهم مخصوص بالعبيد والمكاتبين ، وهؤلاء غير عبيد ولا مكاتبين ، بل هم احرار في الأصل انعقدوا كذلك ما مسهم رق ، وقد وصفه انه ولد ، فكيف يشتري الحر من سهم الرقاب ؟ وانما انماهم في ذمة أبيهم ؛ لأن من حقهم ان يكونوا رقا لمولى الأمة ، فلما حال الأب بينه وبينهم بالحرية وجب عليه قيمتهم يوم وضعهم أحياء ، وهو وقت الحيلولة .

والعلامة في المختلف جوز دفعه من بيت المال لا على سبيل الوجوب ، بل على سبيل الجواز ؛ لأنه لمصالح المسلمين . وانما حصل الخلاف في بعض الأحكام لما تضمنته (٢٩١) الرواية ؛ لأنها ضعيفة السند ؛ لأن سماعه واقفي ، فلها رجع بعضهم فيما خالفت فيه الأصل الى الأصل وترك العمل بها .

الثامن : لو تعذر فكه ، قال ابن حمزة : بقي الولد رقا حتى يبلغ ويسعى في فكاك رقبته ، وهو بناء على مذهبه من انعقاده رقا ، وقال أبو العباس : يبق في يد السيد مع انه اختار ان الولد حر في الأصل وان وجوب القيمة على أبيه من باب الاتلاف ، وفي الجمع بين انعقاده حرا وبين ابقائه في يد السيد مع تعذر الفك اشكال ؛ لأنه يكون (٢٩٢) معاقبا بجناية غيره ، بل يكون القيمة متعلقة بذمة الأب تؤخذ منه مع يساره وينظر مع اعساره ، ويحاصص الغرماء بعد موته ، وبالجمله حكمها كالدين ، ويجوز ان يدفع من سهم الغارمين .

ج - في حكم الرجوع بالمهر وقيمة الولد على من دلسها فان كانت هي دلست نفسها بدعواها الحرية رجع عليها بعد العتق ، ولو تزوجها على ظاهر الحال من غير دعواها للحرية فلا رجوع على احد لعدم الغرور ، والتفريط حصل

(٢٩١) - «م» و«ن» و«ر» : تضمنته .

(٢٩٢) - «م» و«ن» و«ر» : يصير .

من طرفه بتركه للسؤال ، وكذا لو تزوجها على سماعه لشهادة<sup>(٢٩٣)</sup> شاهدين بالحرية من غير ان يحكم المحاكم بشهادتهما ، ولو كان المدلس هو السيد فان تلفظ بما تقتضي الحرية حكم عليها<sup>(٢٩٤)</sup> بها ، ويثبت العقد وكان المهر لها عملاً بظاهر اقراره ، وان لم يتلفظ بما يوجب الحرية لم تعتق وسقط عن الزوج قيمة الولد والمهر الا اقل ما يصلح ان يكون مهرأ ، قاله الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في القواعد .  
ولو كان المدلس اجنبياً رجع عليه بالجميع ، ولو تزوجها بشهادة شاهدين ، وحكم المحاكم بشهادتهما ( ثم )<sup>(٢٩٥)</sup> ظهرت الرقية فان كان برجوعهما عن الشهادة لم تقبل ذلك في حق الزوج ولا الزوجة وغرماً للسيد قيمة الجارية وقيمة الولد والمهر واستمر النكاح ، وان كان بتزويرهما حكم بفساد النكاح وردت رقا وغرم الزوج المهر وقيمة الولد ، ويرجع به عليهما ؛ لأنهما سبب الغرور .

قال رحمه الله : اذا زوج المولى عبده امته هل يجب ان يعطيها المولى شيئاً من ماله ؟ قيل : نعم ، والاستحباب أشبه .

أقول : بالوجوب قال الشيخ في النهاية ، وابن الجنييد وابن حمزة وأبو الصلاح وابن البراج ، لما رواه الشيخ في التهذيب في الصحيح ، عن محمد بن مسلم ، عن الباقر عليه السلام « عن المملوك يكون لمولاه أو مولاته امة يريد ان يجمع بينهما ، اينكحه نكاحاً ، او يجزيه ان يقول : انكحتك فلانة ويعطي من قبله شيئاً أو من قبل العبد ؟ قال : نعم ولو مد ، وقد رايت يعطي الدراهم »<sup>(٢٩٦)</sup> ومثله ما

(٢٩٣) - «م» «ن» «ر» : شهادة .

(٢٩٤) - «م» «ن» «ر» : عليه .

(٢٩٥) - من «م» و «ن» و «ر» .

(٢٩٦) - التهذيب ٧ : ٢٤٦ ، حديث ٤٧ . ورواه في الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٤٣ من أبواب

نكاح العبيد والأماء ، حديث ٣ .

رواه الصدوق محمد بن بابويه في كتابه في الصحيح ، عن العلا ، عن محمد ابن مسلم ، عن الباقر عليه السلام ، « قال : سألت عن الرجل كيف ينكح عبده أمته ؟ قال : يجزيه ان يقول : قد انكحتك فلانة ، ويعطيها شيئاً من قبله او من مولاه ولو مد من طعام أو درهم أو نحو ذلك » (٢٩٧) وبدم الوجوب قال ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأن مهر الأمة للمولى ، وهو لا يستحق في ذمة نفسه شيئاً ولا يثبت له في ذمة عبده مال ، وحملوا الروايات (٢٩٨) الواردة بالدفع على الاستحباب جبراً لحاظراً الأمة ورفعاً لمزلة العبد عندها وجبراً له ايضاً .

تنبيه : صيغة العقد هنا على ما تضمنته الرواية ان يقول : ( انكحتك فلانة ) أو ( انكحتك فلانة ) من غير افتقار الى قبول من العبد ولا السيد ، لقوله في الرواية : « وانه يجزيه ان يقول : انكحتك فلانة » ولم يذكر القبول ، فلو كان القبول شرطاً كان ما جعله مجزياً غير مجز ، فظهر ان القبول غير شرط حيث اجتزأ بدونه .

قال العلامة في القواعد : ولو زوج عبده أمته في اشتراط قبول المولى أو العبد اشكال ، ينشأ من انه عقد أو اباحة ، ( فعند من يقول ) (٢٩٩) : انه عقد - كما هو المشهور بين الأصحاب - افتقر الى قبول ؛ لأن كل عقد يفتقر الى ايجاب وقبول ، وان قيل : انه اباحة - كمذهب ابن ادريس - لم يفتقر الى قبول ، وجزم في التحرير والمختلف انه عقد ، ومنع من كونه اباحة .

وأجاب في المختلف عن حجة ابن ادريس : انه ليس عقداً ؛ لأنه لا يفتقر الى القبول ، ولو كان عقداً لأفتقر اليه بأن القبول انما يشترط في حق من يملكه ،

---

(٢٩٧) - الفقيه ٣ : ٢٨٤ ، حديث ١ ، ورواه في الوسائل ، باب ٤٣ من أبواب نكاح العبيد ، حديث ١ ( بأختلاف يسير فيها ) .

(٢٩٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٤٣ من أبواب نكاح العبيد والأماء .

(٢٩٩) - « ١ » : فانه ان قيل .

والعبد هنا لا يملك القبول ، سواء قلنا انه عقد أو اباحة ؛ لأن النكاح مبني على الاحتياط التام ، ومع احتمال اشتراط القبول وعدمه اذا اتى بالقبول صح النكاح قطعاً ، واذا لم يأت به كان مشكوكاً فيه ، فالاحتياط يقتضي القول بوجوب القبول ، وهو حسن .

قال رحمه الله : لو تزوج أمة بين شريكين ، ثم اشترى حصة احدهما بطل العقد وحرم عليه وطؤها ، ولو امضى الشريك الآخر العقد بعد الابتياح لم يصح ، وقيل : يجوز له وطؤها بذلك ، وهو ضعيف ، ولو حللها له ، قيل : تحل ، وهو المروي ، وقيل : لا ؛ لأن سبب الاستباحة لا يتبعض .

أقول : اذا ملك بعض زوجته بطل عقده عليها ؛ لأنه لا يستقر عقد انسان على ملكه ، ويحرم عليه وطؤها لعدم اختصاصه بملكها ، وهل هناك طريق الى اباحتها ( سوى اشترى )<sup>(٣٠٠)</sup> الباقى ؟ قيل : لا ؛ لأن سبب الاباحة لا يتعدد ولا يتبعض ، وهو مذهب ابن المجنيد ، واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين وأبو العباس ، وهو المعتمد .

وقال الشيخ في النهاية : اذا امضى الشريك الآخر العقد بعد الابتياح جاز وطؤها . واستضعفه المصنف ؛ لأن العقد الأول قد بطل بالشراء فلا يصير صحيحاً بالأجازة ، وعقد البيع أوقعه الشريك ، فلا يفتقر الى اجازة ، فقول النهاية لا وجه له .

وقال ابن ادريس : الأولى ان يقال : او يرضا مالك بضعها<sup>(٣٠١)</sup> ، بأن يبيحه وطى ما يملكه فيها ، ويطأها بالملكية والاباحة دون العقد ؛ لأن الفرج لا يتبعض ، فيكون بعضه بالملك وبعضه بالعقد . هذا مذهب ابن ادريس ؛ ويعضده رواية محمد

(٣٠٠) - كذا في «م» و«ن» وفي الأصل كلمة غير مقروءة ، وفي «ر» : سواء سري .

(٣٠١) - «م» و«ر» : نصفها .

بن مسلم<sup>(٣٠٢)</sup>، عن أبي جعفر عليه السلام .

وفيه اشكال لتعدد الأسباب فلا طريق الى اباحة وطئها بدون شراء للباقي .  
قال رحمه الله : وكذا لو ملك نصفها وكان الباقي حراً لم يجز له وطؤها بالملك  
ولا بالعقد<sup>(٣٠٣)</sup> ، فان هاياها على الزمان ، قيل : يجوز ان يعقد عليها متعة في الزمان  
المختص بها ، وهو مروي ، وفيه تردد لما ذكرناه من العلة .

أقول : قوله : ( وكذا ) عطف على المنع من وطئ من ملك بعضها ، فاذا كان  
البعض الآخر حراً فهاياها مولاها على الزمان ، قال في النهاية : يجوز نكاحها  
متعة في أيامها ؛ اعتماداً على رواية محمد بن مسلم<sup>(٣٠٤)</sup> ، عن الباقر عليه السلام ،  
ولأنها في أيامها كالحرّة .

ومنع المصنف والعلامة ؛ لأن الفرج لا يتبعض ، اما جواز متعتها لغيره باذنه  
فهو جائز .

قال رحمه الله : فاذا اعتقت المملوكة كان لها فسخ نكاحها سواء كانت تحت  
حر أو عبد ، ومن الأصحاب من فرق ، وهو الأشبه ، والخيار على الفور .  
أقول : لاخلاف في ثبوت الخيار لها اذا كان زوجها عبداً ، واختلفوا في  
ثبوت الخيار لها اذا كان زوجها حراً ، فالشيخ في النهاية والمفيد وابن البراج وابن  
الجنيد وابن ادریس لم يفرقوا بين الحر والعبد ، واختاره المصنف في المختصر  
والعلامة وابنه ، وهو المعتمد .

واختار الشيخ في المبسوط والخلاف عدم ثبوته اذا كانت تحت حر ،

(٣٠٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٤١ من أبواب نكاح العبيد ، حديث ١ . رواه الشيخ  
والصدوق عن محمد بن مسلم .

(٣٠٣) - في الشرائع المطبوع : بالعقد الدائم .

(٣٠٤) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٤١ من أبواب نكاح العبيد ، حديث ١ . رواه الشيخ  
والصدوق عن محمد بن مسلم .

واختاره المصنف هنا ، واصل الخلاف ينشأ من اختلاف الرواية (٣٠٥) في واقعة بريرة ، ففي بعضها : ان زوجها كان حراً ، وفي بعضها : انه كان عبداً ، وذلك ان عائشة اشترت بريرة ، وهي تحت زوج واعتقتها ، فخيرها رسول الله .

وقد ورد في بعض (٣٠٦) روايات اصحابنا : ان زوجها كان حراً ، وكذا ورد من طريق العامة (٣٠٧) ، وروى ابن عباس : « ان زوج بريرة كان عبداً أسود اسمه مغيث ، كأني انظر اليه يطوف خلفها وهو يبكي ودموعه تجري على لحيته ، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم للعباس : يا عباس الا تعجب من حب مغيث بريرة ومن بغض بريرة مغيثاً ؟! فقال لها صلى الله عليه وآله : لو راجعته فانه أبو ولدك ، فقالت : يا رسول الله أتأمرني ؟ فقال : انما اشفع ، فقالت : لاحاجة لي فيه » (٣٠٨) .

أحتج الشيخ على الفرق باختصاص النص بالعبد فيختص بالحكم دون الحر ؛ لأن العقد قد ثبت ، والخيار يحتاج الى دليل .

واحتج المثبتون بأن المقتضي للخيار في العبد موجود في الحر ، وهو ملكها نفسها لقوله عليه السلام لبريرة : « ملكتي بضعتك ، فاختراري » (٣٠٩) ولهم عليه روايات (٣١٠) والخيار انما هو على الفور .

(٣٠٥) - لاحظ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٣٠٦) - لم نعتز عليها ، بل يوجد روايات مطلقة مثل (كان لها زوج) أو (كانت تحت زوج لها) ولا يوجد فيها وصف الزوج بأنه حر أو عبد .

(٣٠٧) - سنن البيهقي : ٧ : ٢٢٣ .

(٣٠٨) - مستدرک الوسائل ١٥ : ٣٢ ، حديث ٣ .

(٣٠٩) - هذا النص غير موجود بعينه . ومضمونه في الوسائل ، ب ٥٢ نكاح العبيد ، ح ٦ و ٩ . ومسند أحمد ١ : ٢١٥ .

(٣١٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد ، حديث ١١ وغيره .

فروع :

الأول : لو أخرت الفسخ لجهالة العتق لم يسقط خيارها لاستحالة تكليف

الغافل .

الثاني : لو أخرته لجهالة ثبوت الخيار احتمل السقوط ؛ لأن جاهل المحكم لا يعذر ، ويحتمل عدم السقوط ؛ لأنه حكم خفي لا يجب معرفته على الأعيان وكان جاهله معذوراً والالزم المخرج ، وإنما الحكم الذي لا يعذر جاهله الذي يجب معرفته على الأعيان ، ودقائق الفقه معرفتها واجبة على الكفاية دون الأعيان ، فيكون الجاهل بها معذوراً حتى يعلم بها باجتهاد أو تقليد لأهله .

الثالث : لو علمت بالعتق والخيار وأخرته لجهلها بالفورية ، احتمل مساواته لجهل أصل الخيار لاتحاد طريق المسألتين ؛ لأن العلة فيها واحدة ، وهي جهل المحكم فان عذرت هناك عذرت هنا والا فلا .

ويحتمل الفرق بين جهل أصل الخيار وجهل الفورية ، والحكم بالعدر في الأول دون الثاني ؛ لأنها إذا لم تعلم بأصل الخيار كان التأخير لتغير الأهمال والتقصير فلا يظهر منها اماره<sup>(٣١١)</sup> الرضا ، بخلاف ما إذا علمت بثبوت الخيار لها ثم أخرته ، فان التأخير هنا اماره دالة على الرضا وان جهلت الفورية .

الرابع : لو اعتقت في العدة الرجعية كان لها خيار الفسخ فيمتنع الرجعة حينئذ ، وتكمل عدة الحرة ، ولو اختارت البقاء على النكاح لم يصح ؛ لأنها جارية الى بينونة ، ولا يسقط خيارها لو راجعها في العدة فتعتد عدة اخرى من حين الفسخ .

الخامس : لو اعتقت الصبية أو المجنونة كان لها الخيار عند زوال العذر .

قال رحمه الله : ويجوز ان يجعل عتق الأمة صداقها ويشبث عقده عليها



بشرط تقديم لفظ العقد على العتق ، بأن يقول : تزوجتك واعتقتك وجعلت عتقك صدائق ؛ لأنه لو سبق العتق كان لها الخيار في القبول والامتناع ، وقيل : لا يشترط ؛ لأن الكلام المتصل كالجمل الواحد ، وهو حسن ، وقيل : يشترط تقديم العتق ؛ لأن بضع الأمة يباح للمالكها فلا يستباح بالعقد مع تحقق الملك ، والأول أشبه \* .

أقول : الأصل في هذه المسألة واقعة صفة بنت حي بن اخطب من ولد هارون بن عمران عليها السلام ، اصطفاه النبي صلى الله عليه وآله من الغنيمة يوم فتح خيبر ، واعتقها وتزوجها ، جعل عتقها صداقها بعد أن حاضت حيضة <sup>(٣١٢)</sup> واجمعت الإمامية (اصحابنا) <sup>(٣١٣)</sup> على أنها من السنن المباحة المشروعة لجميع الأمة ، فإنه يجوز لكل واحد من أمة محمد صلى الله عليه وآله أن يعتق أمته ويتزوجها ويجعل عتقها صداقها ، وأكثر الجمهور جعلوا ذلك من خصائص النبي صلى الله عليه وآله وسلم .

فاذا ثبت ذلك ، فهل يشترط تقديم النكاح أو تقديم العتق أو لا يشترط أحدهما ؟ حكى المصنف ثلاثة أقوال ، وقد أشار إلى وجوهها <sup>(٣١٤)</sup> بما فيه كفاية .  
أ - قول الشيخ في النهاية وابن البراج وابن ادریس ، واختاره المصنف .  
ب - قول أبي الصلاح ، واختاره العلامة في المختلف وفخر الدين وأبو العباس ، وهو المعتمد .

ج - قول الشيخ في الخلاف .

تنبيه : هل يشترط في هذا العقد القبول ؟ أطلق جميع الأصحاب صحة هذا

(\*) - في الشرائع المطبوع : أشهر .

(٣١٢) - البحار : ٢١ : ٣٤ .

(٣١٣) - ليس في «م» و «ن» و «ر» .

(٣١٤) - «ن» : أجودها .

العقد ولم يذكروا فيه القبول تبعاً لواقعة صفية المتقدم ذكرها ولم ينقل اعتبار قبولها، ولأن ( سبب حريتها تزويج السيد بها فلو اعتبرنا قبولها لزوم الدور لأن اعتبار قبولها )<sup>(٣١٥)</sup> سبب حريتها ، وحريتها متوقفة على 'التزويج' ، فلو توقف التزويج على 'القبول' لزم الدور فلا يفتقر إلى 'القبول' .

واستشكل العلامة في قواعده اشتراط قبولها من انه عقد نكاح<sup>(٣١٦)</sup> ، فاشتراط فيه القبول كغيره من عقود النكاح ، والأول هو المعتمد ؛ لأن هذا العقد مخالف للأصل وإنما صير اليه لأجل النص ، فيجب المتابعة على ما ورد فيه النقل . قال رحمه الله : وام الولد لا تنعتق الا بعد وفاة مولاهما من نصيب ولدها ، ولو عجز النصيب سعت في المتخلف ولا يلزم على ولدها السعي فيه ، وقيل : يلزم ، والأول أشبه .

أقول : الزام ولدها بالسعي في المتخلف مذهب الشيخ في المبسوط ، وبه قال ابن حمزة لرواية يونس بن يعقوب<sup>(٣١٧)</sup> ، وجوب السعي عليها مذهب ابن ادريس والمفيد ، واختاره المصنف والعلامة لأصالة براءة ذمة الولد من وجوب السعي عليه .

قال رحمه الله : ويجوز بيعها ( مع وجود ولدها ) \* في ثمن رقبته .

أقول : قد سبق البحث في ذلك في باب البيع ، وقد ذكرنا جواز بيعها في اثني عشر موضعاً .

قال رحمه الله : لو كان ثمنها ديناً فتزوجها المالك وجعل عتقها مهرها ثم

(٣١٥) - ليس في «ر» .

(٣١٦) - في الأصل : النكاح .

(٣١٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٥ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، حديث ٢ . راجع المحقق ٢٤ : ٢٦٩ .

(\*) - من الشرائع المطبوع .

أولدها وأفلس بثمانها ومات بيعت في الدين ، وهل يعود ولدها رقاً ؟ قيل : نعم لرواية هشام بن سالم ، والأشبه أنه لا يبطل العتق ولا النكاح ولا يرجع الولد رقاً لتحقق الحرية فيها .

أقول : روى الشيخ في الصحيح ، عن هشام بن سالم ، عن أبي بصير ، « قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن رجل باع من رجل جارية بكرأ إلى سنة فلما قبضها المشتري اعتقها من الغد وتزوجها وجعل مهرها عتقها ، ثم مات بعد ذلك بشهر ؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام : إن كان الذي اشتراها إلى سنة له مال أو عنده ما يحيط بقضاء ما عليه من ثمن <sup>(٣١٨)</sup> رقبته كان عتقه ونكاحه جائزاً ، وإن لم يكن يملك ما يحيط بقضاء ما عليه من ثمن رقبته كان عتقه ونكاحه باطلاً ؛ لأنه عتق ما لا يملك ، وارى أنها لمولها الأول ، قيل له : فإن كانت قد علق من الذي اعتقها وتزوجها ، ما حال الذي في بطنها ؟ قال : الذي في بطنها مع أمه كهيتها » <sup>(٣١٩)</sup> وبمضمون هذه الرواية أفتى الشيخ في النهاية ، وابن البراج وابن الجنيـد .

وقال ابن ادريس : لا يبطل العتق ولا النكاح ؛ لأنها صادفاً ملكاً صحيحاً ، والولد قد انعقد حراً فلا سبيل إلى بطلان ذلك . واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين وأبو العباس ، وهو المعتمد ؛ لأن هذه الرواية قد خالفت أصليين قطعيين يجمع على عدم جواز مخالفتها : الأول : اقتضت بطلان العتق بعد وقوعه صحيحاً لصدوره من مالك بالغ عاقل جائز التصرف ، مع أن العتق إذا وقع صحيحاً لم يميز إبطاله قطعاً . الثاني : أنها اقتضت استرقاق مولود بين حرين ، وهو يجمع على بطلانه ، فلا يرجع عن الأصول القطعية إلا بأدلة قطعية مثلها ، ولم

(٣١٨) - «م» و«ن» و«ر» : الدين في .

(٣١٩) - التهذيب ٨ : ٢١٣ ، حديث ٧٦٢ ، ورواه في الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٢٥ ، حديث ١ .

يحصل .

وأول اصحابنا الرواية بتأويلات لا يخلو احدها من ضعف ، فلا فائدة في ايرادها ، بل اما ان يرجع الى صورة النص من غير تأويل ، كمذهب الشيخ ومن تابعه ، أو الى الأصول المسلمة كمذهب ابن ادريس ومن تابعه من غير توسط تأويل .

قال رحمه الله : وكذا حكم العبد اذا كان تحته أمة ، ولو كان تحته حرة فبيع كان للمشتري الخيار على رواية فيها ضعف .

أقول : اذا بيعت الأمة المزوجة كان لمشتريها الخيار وان كانت تحت حر ، ولو بيع العبد المزوج كان لمشتريه الخيار اذا كانت زوجته أمة ، ولو كانت حرة هل يكون له خيار ؟ قال الشيخ في النهاية والقاضي وابن حمزة : نعم ، واختاره العلامة وأبو العباس لرواية محمد بن علي<sup>(٣٢٠)</sup> ، عن أبي الحسن عليهم السلام ، ومنع ابن ادريس لأصالة بقاء العقد .

فرع : لو كان المشتري جماعة ، فاختار بعضهم الفسخ وبعضهم الامضاء قدم اختيار الفاسخ .

قال رحمه الله : لو باعها بعد الدخول كان المهر للأول ، سواء اجاز الثاني أو فسخ ، لاستقراره في ملك الأول ، وفيه أقوال مختلفة ، والمحصل ما ذكرناه .  
أقول : اختيار المصنف هو مذهب ابن ادريس ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد .

وقال الشيخ في المبسوط : ان كان الأول قبض المهر فهو له ، فان كان بعد الدخول استقر ، وان كان قبله رد نصفه وان كان لم يقبضه فلا مهر لها لا للأول ولا للثاني ، فان اختار المشتري الامضاء ولم يكن قبض الأول المهر كان للثاني ؛ لأنه

تجدد في ملكه ، فان دخل بها بعد الشراء استقر الكل ، وان طلقها قبل الدخول كان عليه نصف المهر للثاني ، وان كان الأول قد قبض المهر ورضي الثاني بالعقد لم يكن له شيء ، فان باعها قبل الدخول فرضي المشتري بالعقد ودخل بها الزوج بعد البيع كان نصف المهر للسيد الأول ونصفه للثاني ، وان كان قد قبض الأول بعض المهر ثم باعها لم يكن له المطالبة بباقي المهر سواء دخل بها او لم يدخل ؛ لأنه حال بينه وبين الاستمتاع بها ، فان كان الثاني رضي بالعقد كان له المطالبة بباقي المهر (سواء دخل بها أو لم يدخل) <sup>(٣٢١)</sup> وان لم يرض لم يكن له ذلك .

ومستنده في ذلك رواية سعدان بن مسلم <sup>(٣٢٢)</sup> ، عن ابي بصير ، عن احدهما عليها السلام .

قال رحمه الله : لو زوج عبده بجرة ثم باعه قبل الدخول ، قيل : كان للمشتري الفسخ ، وعلى المولى نصف المهر ، ومن الأصحاب من انكر الأمرين . أقول : المنكر ابن ادريس فانه انكر ثبوت الفسخ لمشتري العبد اذا كان تحته حرة ، وقد سبق البحث في ذلك ، وعلى تقدير الفسخ انكر تنصيف المهر ، ووجب الجميع على السيد ؛ لأنه يجب الجميع بالعقد ، وانما تنصف بالطلاق ولم يحصل فلا يسقط منه شيء لأصالة بقاء حق المسلم ما لم يعلم سقوطه ، وهو لا يعلم بغير الطلاق .

ووجوب النصف خاصة مذهب الشيخ رحمه الله وابن البراج وابن حمزة ، واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين ؛ لأن البيع سبب التفريق فاذا انضم اليه فسخ المشتري كمل السبب فيسقط نصف المهر كالطلاق ، ولرواية علي بن

(٣٢١) - ليس في «م» و«ن» و«ر» .

(٣٢٢) - الوسائل . كتاب النكاح ، باب ٨٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، حديث ١ .

حمزة<sup>(٣٢٣)</sup>، عن أبي الحسن عليه السلام، الدالة على المطلوب .

قال رحمه الله : لو باع أمته وادعى ان حملها منه ، وانكر المشتري لم يقبل قوله في إفساد البيع ويقبل في التحاق الولد ؛ لأنه اقرار لا يتضرر به الغير ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه من انه اقرار لا يتضرر به المشتري ؛ لأنه لا يخرج عن ملكه بنفس الاقرار ، بل هو وأمه باقيان على ملك المشتري وان التحق نسبه بالمقر ، ومن احتمال تطرق الضرر الى مالكه كما لو مات أبوه من غير وارث سواء ، فانه يشتري قهراً على مالكه ، وهو عليه ضرر ، وكل اقرار يتضرر به الغير فهو غير مقبول .

قال رحمه الله : ولو زوجه امته كان عقداً صحيحاً لا اباحة ، وكان الطلاق بيد المولى وله ان يفرق بينها بغير لفظ الطلاق ، مثل أن يقول : فسخت عقدكما ، أو يأمر احدهما باعتزال صاحبه ، وهل يكون هذا اللفظ طلاقاً ؟ قيل : نعم حتى لو كرره مرتين وبينهما رجعة حرمت حتى تنكح غيره ، وقيل : يكون فسخاً ، وهو أشبه .

أقول : اذا فرق بينها بلفظ الطلاق كان طلاقاً على القول بأن تزويج العبد بأمة مولاه عقد ، وحينئذ تقتصر الى شروط الطلاق ، وعلى القول بأنه اباحة - كمذهب ابن ادریس - لا يكون طلاقاً وان فرق بينها بالطلاق ، اما اذا فرق بينها بغير لفظ الطلاق ، كقوله : ( فسخت عقدكما ) أو بأمر احدهما باعتزال صاحبه ، فقد قيل : انه يكون طلاقاً ؛ لأنه قائم مقام الطلاق في الفرقة وحكم احد المساويين حكم الآخر ، ولأن الفسخ انما يكون بواسطة عقد أو بيع أو عتق أو رده ، وليس هذا منها ، فيكون هذا اللفظ طلاقاً .

وقيل : انه فسخ لامتناع وقوع الطلاق بالكناية باجماع الامامية ، ولو قلنا : انه طلاق لوقع الطلاق بالكناية ، وهو خلاف اجماع الامامية ، فلا يكون طلاقاً ولا يفتر الى شرائط الطلاق ، وهو اختيار ابن ادريس والمصنف والعلامة ، والشهيد في شرح الأرشاد ، وهو المعتمد .  
فرعان :

الأول : لو استقل العبد بالطلاق من غير اذن السيد ، هل تقع أم لا ؟  
(اختاره العلامة) (٣٢٤) على اشكال ، ووجه الاشكال عموم قوله عليه السلام : «الطلاق بيد من أخذ بالساق» (٣٢٥) غاية ما في الباب انه منهى عنه بغير اذن السيد هنا ، والنهي هنا لا يدل على الفساد .

ومن ان الطلاق بيد السيد هنا لما رواه ليث المرادي « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد يجوز طلاقه ؟ قال : ان كانت امته فلا ان الله تعالى يقول : ﴿عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾ (٣٢٦) وان كانت امته غيرك أو حرة جاز طلاقه » (٣٢٧) وهذا نص على عدم صحة طلاقه ، ولأن الطلاق هنا بيد المولى ، والطلاق لا يجوز ان يكون بيد العبد (٣٢٨) ، فلو جوزنا طلاق العبد هنا بغير اذن سيده لكان الطلاق بيد العبد (٣٢٩) بالأصالة وهو غير جائز فلا يصح طلاق العبد بغير اذن السيد هنا ، وهو المعتمد .

الثاني : لو امره المولى بالطلاق ، هل يكون نفس الأمر فسخاً ؟ يحتمل

(٣٢٤) - «م» و«ن» و«ر» : اختار العلامة وقوعه .

(٣٢٥) - سنن البيهقي ٧ : ٣٦٠ .

(٣٢٦) - التل : ٧٥ .

(٣٢٧) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٤٣ من أبواب مقدماته وشرائطه ، حديث ٢ .

(٣٢٨) - «م» و«ن» و«ر» : أثنان .

(٣٢٩) - «م» و«ن» و«ر» : أثنان .

ذلك ؛ لأن الأمر بالأعتزال يتضمن الاعترال ، وهو معنى الفسخ ، ولأن عصمة نكاح العبد أمة مولاه ضعيفة يكفي في زوالها أدنى اشارة ، وقد وجدت فيوجد الفسخ .

ويحتمل العدم ؛ لأن الأمر بالطلاق يتوقف على بقاء الزوجية الى حين ايقاعه ، فلو دل على فسخ العقد بنفس الأمر بالطلاق لتنافي مدلول<sup>(٣٣٠)</sup> اللفظ ، ولأن أمر العبد بالطلاق يدل على ايراده<sup>(٣٣١)</sup> ايقاع الطلاق بفعل العبد فيتوقف على فعله فلا يحصل قبله ، وهو المعتمد .

(٣٣٠) - «م» و «ن» و «ر» : مدلول .

(٣٣١) - «ن» : إرادة .





## في ملك المنفعة

قال رحمه الله : اما الصيغة فان يقول : احللت لك وطأها او جعلتك في حل من وطئها ، ولا يستباح بلفظ العارية ، وهل يستباح بلفظ الأباحة ؟ فيه خلاف ، اظهره الجواز .

أقول : الأقتصار على لفظ التحليل مذهب الشيخ وابن حمزة<sup>(٣٣٢)</sup> ، واختاره فخر الدين لأصالة التحريم ما لم يحصل السبب المبيح بنص الشارع ، وهو لم يحصل بغير التحليل فيبقى الباقي على أصالة التحريم ، وسوغه ابن ادريس بلفظ الأباحة ، واختاره العلامة لمشاركة التحليل الأباحة في المعنى فيشتركان في الحكم ، وهو ظاهر المصنف .

فروع :

الأول : لو كانت مشتركة و وكل احدهما الآخر في العقد او يوكلان ثالثاً فلو باشرا فقال كل منهما : ( احللت لك وطأها ) صح اذا أوقعاه دفعة ، وان كان على التعاقب لم يصح ، ولو قال كل منهما : ( احللت لك حصتي ) هل يصح أم لا ؟

يحتمل الصحة ؛ لأن إباحة كل منها إنما هو لحصته وقد ثبت أنها إذا باشرا دفعة بأن قال كل منها : ( أحلت لك وطى هذه الجارية ) صح لدلالة اللفظ على حصته ضمناً ، وإذا دل اللفظ على الحصة بالمطابقة كان أولى .

ويحتمل العدم ؛ لأن منفعة البضع واحدة فلا يصح افراد حصة كل واحد منها بالإباحة ، وهذا هو المعتمد ، وكما لا يصح افرادها بالإباحة لا يصح افرادها بالعقد ، ولا يجوز لأحد الشريكين الاستمتاع بما يحرم على الأجنبي .

الثاني : هل يفتقر هذا العقد الى تعيين مدة ؟ نص الشيخ في المبسوط على افتقاره الى مدة ، قال : لأنه يجري مجرى سكن الدار واعمارها ، ( ولأن حل ) (٣٣٣) ذلك يحتاج الى مدة (٣٣٤) ، وظاهر ابن ادریس عدم احتياجه الى المدة ، وهو اختيار العلامة ؛ لأنه نوع تمليك خال عن المعاوضة فأشبهه العارية ، وهذا هو المعتمد ، فحينئذ يباح الوطى حتى يحصل النهي عنه ، ولو قرنه بمدة جاز الرجوع قبل انقضائها .

الثالث : هل يفتقر هذا العقد الى قبول مقارن للإيجاب ؟ أطلق أكثر الأصحاب ذلك ولم يذكروا القبول ، وقال فخر الدين : قال ابن ادریس : انه ملك منفعة ، ونقل عن المرتضى انه عقد ، ثم قال : تذنيب يلزم من ذلك ذنبك (٣٣٥) اشتراط القبول عندي (٣٣٦) . هذا آخر كلامه رحمه الله ، واختاره أبو العباس في المذهب ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وهل هو عقد او تمليك منفعة فيه خلاف بين الأصحاب ، منشؤه عصمة الفرج عن الاستمتاع بغير العقد او الملك ، ولعل الأقرب هو الأخير .

(٣٣٣) - «م» و «ن» و «ر» : ولأجل .

(٣٣٤) - «م» و «ن» و «ر» : بزيادة معلومة .

(٣٣٥) - كذا في الأصل و «م» ، أما في «ن» و «ر» لا توجد : ذنبك .

(٣٣٦) - «م» و «ن» و «ر» : وهو الأقوى عندي .

أقول : نقل ابن ادريس عن السيد المرتضى في الانتصار ان تحليل السيد جاريته لغيره عقد متعة ، والتحليل والأباحة عبارة عنه ؛ لأن اباحة الفروج منحصرة في العقد والملك ( لا لغيرهما ) (٣٢٧) ، وملك الرقبة هنا منتف فباقي غير العقد ، ولا يجوز ان يكون عقداً دائماً ؛ لأن رفعه لا يتوقف على اختيار الزوج الرجوع ، فيكون عقد متعة .

ونقل عن الشيخين وغيرهما من المشيخة انه تمليك منفعة مع بقاء الأصل ، كسكنى الدار واعمارها ، ثم اختار مذهب الشيخين ، وهو اختيار المصنف والعلامة .

ويتفرع على قول السيد تعيين الأجل واذن الحرة ان كانت عنده ، وكذلك اذن العمة والحالة ان كانتا عنده ، وعلى قول ابن ادريس لا يفتقر الى شيء من ذلك ، وعلى قول ابن ادريس للسيد النظر اليها ولمسها وتقيلها بشهوة وغير شهوة ، وليس له ذلك على قول المرتضى .

قال رحمه الله : وفي تحليل امته لمملوكه روايتان أحدهما المنع ، ويؤيدها انه نوع من تمليك والعبد بعيد عن التملك ، والأخرى الجواز اذا عين له الموطوءة ، ويؤيدها انه نوع من اباحة وللملوك اهلية الأباحة ، والأخير أشبه .

أقول : المنع مذهب الشيخ في النهاية ، واختاره العلامة في المختلف ، وفخر الدين في شرحه لرواية علي بن يقطين ، عن أبي الحسن الماضي عليه السلام « انه سئل عن المملوك أيحل له ان يطاء الأمة من غير تزويج اذا أحل له مولاه ؟ قال : لا يحل له » (٣٢٨) ولأنه نوع تمليك والعبد لا يملك شيئاً ، والجواز مذهب ابن ادريس ، واختاره المصنف ، والعلامة في القواعد والأرصاد لعموم قوله تعالى :

(٣٢٧) - «م» و«ن» و«ر» : لغيرهما .

(٣٢٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٣ من أبواب نكاح العبيد والأماء ، حديث ٢ .

﴿فانكحوهنَّ باذن أهلهن﴾ (٣٣٩) وعموم قوله تعالى: ﴿وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم﴾ (٣٤٠) ولأنه نوع اباحة، والعبد اهل لها.

والمراد بقولهم: (نوع اباحة) أي في الحكم؛ لأن للمالك رفع يده في كل حين، وعند (٣٤١) استيفاء المنفعة يحصل الملك (٣٤٢) كالعارية؛ لأن الناس فريقان قاتل بأنه عقد، وقاتل بأنه تملك منفعة، ولا قاتل بأنه اباحة، فتبت ان المراد بقولهم: (انه نوع اباحة) ما قلناه.

فروع: لو أحل امته لمملوك غيره فان قلنا: انه عقد أفتر الى اذن السيد قبله أو اجازته بعده، وان قلنا: انه تملك لم يجوز؛ لأن العبد لا يملك شيئاً.

قال رحمه الله: ولو ملك بعضها فاحلته نفسها لم تحل، ولو كانت مشتركة فاحله الشريك، قيل: تحل والفرق انه ليس للمرأة ان تحل نفسها.

أقول: القاتل بالحل مع تحليل الشريك هو الشيخ في النهاية، واختاره العلامة في القواعد والتحرير، ويحتمل العدم لعدم جواز تبعض سبب الأباحة.

والتحقيق انه ان جعلناه عقداً كمذهب السيد فالتبعض هنا حاصل فلا يجوز، وان جعلناه تملكاً كمذهب ابن ادریس والمصنف والعلامة كان المجواز قوياً؛ لان الملك له اسباب كالشراء والأرث والانتهاج والاجارة والعارية، ومن جعلتها التحليل هنا؛ لأنه سبب تملك (٣٤٣) منفعة البضع فيصير الجميع مملوكاً له فلا تبعض؛ لأن تبعض الملك غير مانع.

ويحتمل المنع؛ لأنه ملك البعض تبعاً للرقبة، والبعض الآخر مجرد عن

(٣٣٩) - النساء: ٢٥.

(٣٤٠) - النور: ٣٢.

(٣٤١) - «ن»: وعنده.

(٣٤٢) - «ن»: للمالك.

(٣٤٣) - «ر١»: تملكه.

الرقبة فهو كالتزويج والتبعض حاصل فيقوى المنع .

قال رحمه الله : ولد المحللة حر ، ثم ان شرط الحرية مع لفظ الأباحة فالولد حر ولا سبيل على الأب وان لم يشترط قيل : يجب على أبيه فكه بالقيمه ، وقيل : لا يجب ، وهو أصح الروایتين .

أقول : مذهب الشيخ في النهاية أن ولد المحللة مع عدم اشتراط الحرية لمولاه ، وعلى أبيه أن يشتريه بماله ان كان له مال ، والا استسعى في ثمنه لرواية ضريس بن عبد الملك « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يحل لأخيه فرج جاريته ؟ قال : هو حلال ، فان جاءت بولد منه فهو لمولى الجارية الا ان يكون اشترط على مولى الجارية حين احلها ان جاءت بولد فهو حر » (٣٤٤) ومثلها رواية حسين العطار (٣٤٥) ، عنه عليه السلام .

وقال ابن ادریس : الولد يكون حراً وليس على أبيه شيء ؛ لأن الولد يلحق بأشرف الطرفين ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن مبنى الحرية على التغليب ، ولهذا لم يعتق جزءاً من مئة جزء سرى العتق الى الجميع ، ولما رواه زرارة في الحسن « قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : الرجل يحل لجاريته لأخيه ؟ قال : لا بأس ، قال : قلت : فان جاءت بولد ؟ قال : يضم اليه ولده ويرد الجارية على صاحبها ، قلت له : انه لم يأذن في ذلك ؟ قال : قد اذن له وهو لا يأمن ان يكون ذلك » (٣٤٦) وفي معناها رواية اسحق بن عمار (٣٤٧) .

(٣٤٤) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٧ من أبواب نكاح العبيد ، حديث ١ .

(٣٤٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٧ من أبواب نكاح العبيد ، حديث ٢ .

(٣٤٦) - التهذيب ٧ : ٢٤٧ ، حديث ١٠٧٣ ، ورواه في الوسائل ، باب ٣٧ من أبواب نكاح العبيد ، حديث ٤ .

(٣٤٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٧ من أبواب نكاح العبيد ، حديث ٧ .



## في العيوب

قال رحمه الله : عيوب الرجل ثلاثة : الجنون والخصاء والعن فالجنون سبب لتسليط الزوجة على الفسخ دائماً كان أو إدواراً ، وكذا المتجدد بعد العقد وقبل الوطي او بعد العقد والوطي وقد يشترط في المتجدد أن لا يعقل أوقات الصلاة وهو في موضع التردد .

أقول : البحث هنا في موضعين :

أ - في عدد عيوب الرجل ، والمشهور أربعة بإضافة الجب الى ما عده المصنف هنا ، وجزم به في المختصر ، وهو مذهب العلامة ، وتردد في الجب هنا لأصالة التمسك بمقتضي العقد حتى يتحقق السبب المبيح للفسخ ، ومن تحقق العجز عن الوطي ، وزاد ابن البراج في المهذب البرص والجذام والعمى ، وهو ظاهر ابن المنيد ، واستحسنه العلامة في المختلف ؛ لأن هذه الثلاثة عيوب في المرأة اجماعاً ، ففي الرجل أولى ؛ لأن الرجل له مندوحة التخلص بالطلاق ، وقد<sup>(٣٤٨)</sup> جعل الشارع له الفسخ دفعاً للضرورة فيكون ثبوت الفسخ لمن ليس له مندوحة التخلص بدونه



أولى.

احتج المانعون بأصالة بقاء العقد .

ب - في الجنون المتجدد بعد العقد أو بعده وبعد الوطي ، فالمصنف والعلامة أثبتا الفسخ فيه وإن كان ادواراً ، واختاره أبو العباس لعموم النص ، روى علي بن أبي حمزة « قال سئل أبو إبراهيم عن امرأة يكون لها زوج قد أصيب عقله بعدما تزوجها أو عرض له جنون ؟ قال : لها تنزع نفسها منه إذا شاءت »<sup>(٣٤٩)</sup> ولما فيه من الضرر المنفي .

واشترط الشيخان والقاضي وابن حمزة وابن ادریس ان لا يعقل أوقات الصلاة ، ومعنى قولهم : ( لا يعقل أوقات الصلاة ) أي لا يميز بينها وبين غيرها من الأوقات .

قال رحمه الله : والخصاء : وهو سل الأنثيين وفي معناه الوجاء ، وإنما يفسخ به مع سبقه على العقد ، وقيل : وإن تجدد [ بعد العقد ] ، وليس بمعتمد .

أقول : للشيخ قول بثبوت الفسخ بالمتجدد بعد العقد ، وهو قول ابن البراج ؛ لأن به انقطاع النسل وهو ضرر عظيم ، والمشهور عدمه لأصالة بقاء اللزوم . قال رحمه الله : فلو وطأها ولو مرة ثم عن أو امكنه وطئ غيرها مع عننه عنها لم يثبت لها الخيار على الأظهر .

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ، ولهم عليه روايات<sup>(٣٥٠)</sup> مع التمسك بأصالة بقاء اللزوم ، والمفيد لم يفرق بين العنة الحادثة بعد الدخول وقبله لما في ذلك من الضرر بفوات فائدة النكاح ، وتوقف العلامة في المختلف ، أما العن المتجدد بعد العقد وقبل الدخول فالخيار ثابت فيه .

(٣٤٩) - الواسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٢ من أبواب العيوب والتدليس ، حديث ١ .

(٣٥٠) - الواسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس .

قال رحمه الله : ولو حدث الجب لم يفسخ به ، وفيه قول آخر .

أقول : اذا تجدد الجب الموجب للفسخ بعد الوطي ، هل يثبت فيه الخيار ؟ قال الشيخ في موضع من المبسوط : نعم ، وهو مذهب ابن البراج ، واختاره العلامة في التحرير والمختلف ، وهو اختيار فخر الدين وابو العباس لفوات الاستمتاع وهو ضرر عظيم .

وقال في موضع من المبسوط والخلاف : لا خيار لها ، واختاره ابن ادريس والمصنف ، والعلامة في الإرشاد لأصالة بقاء العقد .

قال رحمه الله : ولو بان خنثى لم يكن لها الفسخ وقيل : لها ذلك وهو تحكم مع امكان الوطي .

أقول : قال [ قوى ] الشيخ في موضع من المبسوط بجواز [ جواز ] الفسخ اذا بان خنثى ، ونسبه المصنف الى التحكم وهو القول بغير دليل ، والمراد انه يلحق بالرجال مع امكان الوطي من طرفه .

تنبيه : المتحقق من مذاهب الأصحاب في عيوب الرجل ان الجنون او الجيب يبىحان الفسخ وان تجددت بعد الوطي ، وكذلك الجذام على القول بأنه عيب ، وهو ظاهر القواعد ، واما العنة فانها تبىح الفسخ وان تجددت بعد العقد قبل الوطي ولا تبىحه بعده ، واما الخصى فانه يبىحه اذا كان سابقاً على العقد ولا يبىحه بعده .

قال رحمه الله : واما القرن فقد قيل هو العفل . وقيل : عظم ينبت في الرحم ، يمنع الوطء والأول أشبه .

أقول : القرن بسكون الراء ، قال الشيخ في المبسوط : انه عظم ينبت في الفرج يمنع ( الواطيء من الوطي ) <sup>(٣٥١)</sup> وحكى في المبسوط ايضاً انه لحم ينبت في

فرج المرأة لعارض يعتريها عند الولادة يسمى المفل ، واختاره ابن الجنييد والمصنف ؛ لأن العظم لا ينبت في الفرج ، وقال فخر الدين : ان اعتبر الوضع اللفظي وهي مسألة من علم<sup>(٣٥٢)</sup> التشريع ، والفقيه يسلمها ويبحث عن القدر المشترك ، وهو كل مانع من الوطي يثبت فيه الفسخ لفوات غايه النكاح والا فلا . وعلى التقديرين اذا لم يمنع من الوطي فلا فسخ ، وان منع ثبت الفسخ الا ان يمكن ازالته ويغلب<sup>(٣٥٣)</sup> ذلك فلا فسخ حينئذ .

(٣٥٢) - «ر» بزيادة : اللغة ، وان اعتبرت الحقيقة فهي مسألة من علم التشريع .

(٣٥٣) - «م» و «ن» : وفعلت .

## في أحكام العيوب

قال رحمه الله : وأما العرج ففيه تردد اظهره دخوله في أسباب الفسخ اذا بلغ الاقعاد ، وقيل : الرتق احد العيوب المسلطة على الفسخ ، وربما كان صواباً اذا منع من الوطي اصلاً لفوات الاستمتاع .

أقول : اطلق اكثر الأصحاب جواز الفسخ بالعرج والرتق ، وهو التحام الفرج ولم يفصلوا ، وبعضهم أعرض عن ذكرهما أصلاً ، وفصل المصنّف وهو إن بلغ العرج الى حد الاقعاد والرتق الى المنع من الوطي أصلاً جاز الفسخ والآ فلا ، واختاره العلامة وابنه ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : العيوب الحادثة للمرأة قبل العقد مبيحة للفسخ ، وما يتجدد بعد العقد والوطي لا يفسخ به ، وفي المتجدد بعد العقد وقبل الدخول تردد اظهره أنه لا يبيح الفسخ تمسكاً بمقتضى العقد السليم عن معارض .

أقول : منشأ التردد من عموم الأخبار<sup>(٣٥٤)</sup> الدالة على جواز الفسخ بهذه العيوب ، خرج منه اذا كان بعد العقد والوطي يبقّى الباقي على العموم ، وهو مذهب

الشيخ في المبسوط والخلاف .

ومن أصالة لزوم العقد بعد وقوعه صحيحاً ، خرج ثبوت الفسخ بالعيب السابق على العقد ، يبقى الباقي على أصالة اللزوم ، وهو مذهب ابن ادریس (٣٥٥) ، واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد . وابن البراج اثبت الفسخ بالجنون المستغرق اذا حدث بعد العقد وقبل الوطي .

قال رحمه الله : لا يثبت العنن الا باقرار الزوج او البينة باقراره او نكوله ، ولو لم يكن ذلك وادعت عننه فانكر فالقول قوله مع يمينه ، وقيل : يقام في الماء البارد فان تقلص حكم بقوله وان بقي مسترخياً حكم لها ، وليس بشيء .

أقول : هذا قول ابني بابويه وابن حمزة ، وانكره ابن ادریس ، واختاره عدم ثبوته بغير الأقرار ، والنكول (٣٥٦) مع يمين الزوجة على الخلاف ، واختاره المصنف . قال رحمه الله : ولو ثبت العنن ثم ادعى الوطي فالقول قوله مع يمينه ، وقيل : ان ادعى الوطي قبلاً وكانت بكرأ نظر اليها النساء وان كانت ثيباً حشي قبلها خلوقاً فان ظهر على العضو صدق ، وهو شاذ .

أقول : اذا ثبت العنن باقراره أو نكوله ويمينها ورفعت امرها الى الحاكم اجله سنه من حين الترافع لتر به فصول السنه الأربعة ، فان كان ذلك من رطوبة زال في زمان اليبس ، وان كان من حرارة زال في زمان البرد ، فان واقعها فيها او واقع غيرها فلا خيار ، وان ادعى انه واقعها في مدة التربص فانكرت كان القول قوله مع يمينه لعدم امكان اقامة البينة على دعواه ، وهو مذهب ابن ابي عقيل والشيخ في النهاية ، واختاره المصنف والعلامة ، والقول باعتبار النظر اليها ان كانت بكرأ واعتبار المخلوق ان كانت ثيباً قول الشيخ في الخلاف ، واستدل باجماع

(٣٥٥) - «م» و «ن» و «ر» ١ : بزيادة : وابن حمزة .

(٣٥٦) - «ر» ١ : أو النكول .

الفرقة واخبارهم .

قال رحمه الله : ويحكم عليه ان نكل وقيل : بل يرد اليمين عليها ، وهو مبني على القضاء بالنكول .

أقول : يأتي البحث في ذلك ان شاء الله تعالى



## في التدليس

قال رحمه الله : اذا تزوج امرأة على انها حرة فبانّت امة ( الى آخر البحث ) .  
أقول : سبق البحث في هذه مستوفى في باب نكاح الاماء ، فليطلب من هناك .

قال رحمه الله : اذا عقد على بنت رجل على انها بنت مهيّرة فبانّت بنت امة  
كان له الفسخ ، والوجه ثبوت الخيار مع الشرط إلا مع اطلاق العقد .

أقول : اطلق الشيخ في النهاية وابن البراج وابن ادریس ثبوت الفسخ من  
غير قيد الشرط ، لرواية محمد بن مسلم <sup>(٣٥٧)</sup> ، عن الباقر عليه السلام ، وقيده  
المصنف بالشرط ، واختاره العلامة لأصالة صحة العقد .

قال رحمه الله : اذا تزوج امرأة ، وشرط كونها بكرأ فوجدها ثيبأ لم يكن له  
الفسخ لامكان تجددده بسبب خفي وكان له ان ينقص من مهرها ما بين مهر البكر  
والثيب ويرجع فيه الى العادة ، وقيل : ينقص السدس ، وهو غلط .



أقول : البحث هنا في موضعين :

أ - هل يثبت له خيار الفسخ أم لا ؟ قال أبو الصلاح : لا خيار له ، وهو المشهور بين الأصحاب لأصالة بقاء العقد وامكان الذهاب بسبب خفي كالزوة والمحرقوص ، وقال العلامة : اذا تحقق سبق الثبوت ثبت له الخيار لعدم تحقق الشرط ؛ لأنه اشترط صفة كما لو لم يوجد فيثبت له الخيار .

ب - في نقص المهر ، قال أبو الصلاح : لا ينقص منه شيء لثبوته بالعقد ، والأصل بقاءه ، والمشهور النقص ، وفي قدره أربعة أقوال :

أ - في نقص شيء من غير تعيين القدر ، وهو قول الشيخ في النهاية وابن البراج لرواية محمد بن جرّك - بالجيم المفتوحة والزاي المنقطعة المشددة والكاف أخيراً - « قال كتبت الى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل تزوج جارية بكرأ فوجدها ثيباً ، هل يجب لها المهر كاملاً او ينقص ؟ قال ينقص » (٣٥٨) ولا بد من اضممار شيء .

ب - أنه ينقص السدس ، قاله الراوندي في شرح مشكل النهاية حملاً على الوصية ؛ لأن الشيء في عرف الشرع السدس . قال المصنف : وهو غلط ؛ لأن اللازم من الرواية اضممار شيء ، وهو يصدق على القليل والكثير ، فتخصيصه بالسدس تخصيص من غير تخصص .

ج - أن ينقص ما بين مهر البكر والثيب والمرجع فيه الى العادة واختاره المصنف هنا ، وهو مذهب العلامة ؛ لأن الشارع لم يقدره فالمرجع فيه الى العادة .  
د - الرجوع في التقدير الى نظر الحاكم ، قاله المصنف في نكت النهاية ، واختاره أبو العباس في مقتصره .

قال رحمه الله : اذا استمتع امرأة فبانت كتابية لم يكن له الفسخ من دون

هبة المددة ولاله اسقاط شيء من المهر ، وكذا لو تزوجها دائماً على أحد القولين .  
أقول : المراد بأحد القولين القول بجواز نكاح الكتائية دائماً أو منقطعاً ،  
وعلى القول بالمنع منه دائماً اذا ظهرت كتابية ظهر بطلان العقد من اصله لعدم  
مشروعيته .

قال رحمه الله : كل موضع حكنا فيه يبطلان العقد فللزوجة مع الوطي مهر  
المثل لا المسمى ، وكل موضع حكنا فيه بصحة العقد فلها مع الوطي المسمى وان  
لحقه الفسخ ، وقيل : ان كان الفسخ بعيب سابق على الوطي لزمه مهر المثل سواء  
كان حدوثه قبل العقد أو بعده ، والأول أشبه .

أقول : القائل هو الشيخ في المبسوط قال : لأن أحكام العقد الفاسد تترتب  
عليه وكذا<sup>(٣٥٩)</sup> المهر ، والمعتمد مذهب المصنف ؛ لأنه عقد صحيح ، ولهذا لو اختار  
البقاء عليه جاز ذلك ولزم ، بخلاف العقد الفاسد فانه لا يلزم بالرضا به ولا يجوز  
ذلك ، وكل عقد صحيح يعقبه دخول وجب المسمى فيه .



## في المهور

قال رحمه الله : وعلى اجارة الزوج نفسه مدة معينة ، وقيل بالمنع استناداً الى رواية لا تخلو من ضعف مع قصورها عن افاده المنع .

أقول : اذا جعل المهر عملاً مضموناً في ذمة الزوج جاز قطعاً وان جعل منفعة<sup>(٣٦٠)</sup> مدة معينة ، قال الشيخ في النهاية : لا يجوز ، وكذلك قال ابن البراج في كتابه الكامل لما رواه أحمد بن محمد في القوي ، عن أبي الحسن عليه السلام « قال : سألت عن الرجل يتزوج المرأة ويشترط اجارته شهرين ؟ قال : موسى عليه السلام قد علم انه يستمر له شرطه ، فكيف لهذا بان يعلم بأنه سيقى حتى يفي »<sup>(٣٦١)</sup> واستضعفها المصنف ؛ لأن رجالها غير منصوص على عدالتهم .

والمشهور الجواز للأصل ولقوله تعالى : ﴿ ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به ﴾<sup>(٣٦٢)</sup> والرضا قد وقع على الأجارة ، ولهم عليه روايات<sup>(٣٦٣)</sup> .

---

(٣٦٠) - «م» «ن» «و» : منفعته .

(٣٦١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٢ من أبواب المهور ، حديث ١ .

(٣٦٢) - النساء : ٢٤ .

(٣٦٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢ من أبواب المهور .

قال رحمه الله : ولو كانا مسلمين أو كان الزوج مسلماً ، قيل : يبطل العقد ، وقيل : يصح ويثبت لها مع الدخول مهر المثل ، وقيل : بل قيمة الخمر ، والثاني أشبه .

أقول : البحث هنا في موضعين :

أ - في صحة عقد المسلم على الخمر والخنزير ، وبالصحة قال الشيخ في الخلاف والمبسوط وابن حمزة وابن زهرة وابن الجنيّد وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد ؛ لأن عقد النكاح لا يشترط فيه ذكر المهر فاذا أوقعه على مهر باطل كان كما لو لم يذكر مهراً ، وقال الشيخ في النهاية بعدم الصحة ، وبه قال المفيد وأبو الصلاح وابن البراج ؛ لأن العقد مترتب على الرضا بالمهر ، وهو باطل والمترتب على الباطل باطل ؛ لأنه عقد معاوضة فيفسد بفساد العوض .

ب - على القول بالصحة ما يثبت لها ؟ حكى المصنف قولين : أحدهما مهر المثل ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف وابن حمزة وظاهر ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد ؛ لأن مع بطلان المسمى يخلو العقد عن المهر فيجب مهر المثل مع الدخول كما لو لم يذكر مهراً ، ولأن مهر المثل هو قيمة البضع وقد بطل عوضه المسمى فرجع<sup>(٣٦٤)</sup> إلى قيمة العوض ، وهو مهر المثل .  
والآخر ثمن الخمر عند مستحليه قاله الشيخ في موضع من المبسوط ؛ لأنها لم يغفلا المهر وذكرنا عوضاً فاسداً فيرجع إلى قيمة العوض .

قال رحمه الله : وقيل بالمنع من الزيادة على مهر السنه ، ولو زاد رد إليها ، وليس بمعتمد .

أقول : المشهور عدم تقدير المهر في طرف القلة ما لم يخرج عن التمول ، وهو

اجماع ، اما في طرف الكثرة فالمشهور عدم تقديره أيضاً ؛ لأنه عقد معاوضة يرجع فيه الى تراضي المتعاضدين لقوله تعالى : ﴿ وان اتيتم احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئاً ﴾ (٣٦٥) ولرواية الوشاء (٣٦٦) ، عن الرضا عليه السلام الدالة على المطلوب .

وقال السيد المرتضى : اذا تجاوز مهر السنه وهو خمسمائة درهم جيادا قيمتها خمسون دينارا رد اليها ، ورواية الصدوق (٣٦٧) في كتاب من لا يحضره الفقيه ، واستدل بعد الأجماع بروايه الفضل بن عمر « قال : دخلت على ابي عبد الله عليه السلام ، فقلت له : أخبرني عن مهر المرأة الذي لا يجوز للمؤمن ان يؤخره قال : فقال : مهر السنة المحمدية خمسمائة درهم ، فن زاد على ذلك رد الى السنة ، ولا شيء عليه أكثر من الخمسمائة » (٣٦٨) .

وأجيب بضعف الرواية لوقوع محمد بن سنان في طريقها ، وقد ضعفه الشيخ والعلامة .

قال رحمه الله : ويجوز ان يتزوج امرأتين أو أكثر بمهر واحد ويكون المهر بينهن بالسوية ، وقيل : يقسط على مهر امثالهن ، وهو أشبه .  
أقول : قال الشيخ في المبسوط بالنسوية (٣٦٩) ، واختاره ابن البراج عملا بالاصل ؛ لأن النكاح ليس معاوضة حقيقية فلا يعتبر فيه قيمة البضع ، وقيل بالتقسيط على مهر المثل ، واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد .  
قال رحمه الله : ولو تزوجها على خادم غير مشاهد ولا موصوف ، قيل :

(٣٦٥) - النساء : ٢٠ .

(٣٦٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٩ من أبواب المهور ، حديث ١ .

(٣٦٧) - الفقيه ٣ : ٢٥٢ ، حديث ١٢ .

(٣٦٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٨ من أبواب المهور ، حديث ١٤ .

(٣٦٩) - «م» و«ن» : بالسوية .

كان لها خادم وسط ، وكذا لو تزوجها على بيت مطلقاً استناداً الى رواية علي بن أبي حمزة ، أو دار على رواية ابن أبي عمير .

أقول : القائل هو الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن ادريس والعلامة في الإرشاد مصيراً الى النص<sup>(٣٧٠)</sup> المذكور ، وجزم به المصنف في المختصر وحكاه هنا ، والعلامة في القواعد ساكتين عليه ، وفخر الدين اختار بطلان المسمى والرجوع الى مهر المثل ، وهو قوي ؛ لأنه مع عدم التعبير<sup>(٣٧١)</sup> او الوصف يصير مجهولاً فيبطل ؛ لأنه يشترط علمه بما يرفع الجهالة .

قال رحمه الله : وشرط ان تُعطي اباها منه شيئاً معيناً قيل : يصح المهر ويلزم الشرط .

أقول : هذا القول نقله فخر الدين عن بعض الأصحاب ، وظاهر كلام ابن الجنيد ان شرطت الزوجة في نفس العقد لزم ؛ لأنه جعله بعض الصداق ، وهو قوي لأن الرضا لم يحصل الا به ، وقال الشيخ ان كان على سبيل الهدية لم يلزمه<sup>(٣٧٢)</sup> الوفاء به ، وان كان على سبيل التوكيل فكذلك .

قال رحمه الله : فلو اصدقها تعليم سورة وجب تعيينها ، ولو أبهم فسد المهر وكان لها مع الدخول مهر المثل ، وهل يجب تعيين الحرف ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، ويلقنها الجائز وهو أشبه .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : وهل يجب تعيين القراءة ، وهي الحرف الذي يعلمها اياها ؟ على وجهين : احدهما لا يجب ، وهو الأقوى ؛ لأن النبي صلى الله عليه وآله لم يعين على الرجل<sup>(٣٧٣)</sup> .

(٣٧٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٥ من أبواب المهور ، حديث ١ و ٢ .

(٣٧١) - «م» «ن» «ر» ١ : التعيين .

(٣٧٢) - «م» «ن» «ر» ١ : يلزمها .

(٣٧٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢ من أبواب المهور ، حديث ١ .

والوجه الآخر لا بد من تعيين الحرف ؛ لأن بعضها اصعب من بعض ، فن قال انه شرط فان ذكره والا كان فاسداً ولها مهر المثل ، ومن قال ليس بشرط لقنها أي حرف شاء ، وان شاء بالجائز وهو الصحيح عندنا ؛ لأن التعيين يحتاج الى دليل انتهى كلام الشيخ رحمه الله .

ومنه يعلم تحقيق المسألة ، والمعتمد عدم الوجوب ويلقنها ماشاء من السبعة دون العشرة ، وهو ظاهر التحرير .

فروع : لو نسيت الآية الأولى عقيب تلقين الثانية ، هل يجب الاعادة ؟ ذكر الشيخ في المبسوط في هذه المسألة وجهين : احدهما عدم وجوب الاعادة ، واختاره العلامة في الارشاد والتحرير لحصول القبض باستقلالها بالتلاوة والنسيان بسبب تفريطها فلا يضمنه الزوج .

والآخر انها لا تكون قابضة أقل من ثلاث آيات ؛ لأن أقل ما نفع<sup>(٣٧٤)</sup> الاعجاز بثلاث آيات لقوله تعالى : ﴿ فأتوا بسورة من مثله ﴾<sup>(٣٧٥)</sup> وأقل سورة وجدت ثلاث آيات ، وهي سورة الكوثر ، واختاره فخر الدين .

قال رحمه الله : ولو أصدقها ظرفاً على انه خل فبان خيراً قيل : كان لها قيمة الخمر عند مستحليه ، ولو قيل : كان لها مثل الخل كان حسناً .

أقول : القول بوجوب القيمة عن مستحليه قول الشيخ في المبسوط والخلاف ، والقائل بوجوب المثل ابن ادريس وابن الجنيد ، واختاره المصنف ، وفيه قول آخر وهو وجوب مهر المثل واختاره العلامة في القواعد ، ولو تزوجها<sup>(٣٧٦)</sup> على عبد فبان حراً كان الحكم كذلك .

(٣٧٤) - «م» «ن» «ر» : يقع .

(٣٧٥) - البقرة : ٢٣ .

(٣٧٦) - «م» «ن» «ر» : زوجها .



قال رحمه الله : والمهر مضمون على الزوج فلو تلف قبل تسليمه كان ضامناً له بقيمته وقت تلفه على قول مشهور لنا .

أقول : إذا أصدقها عينا معينة فتلفت قبل تسليمها اليها ، فإن كانت مثلية كان عليه مثلها ، وإن كانت قيمة فالمشهور وجوب القيمة يوم التلف ؛ لأنه حين الانتقال إلى القيمة ، وقيل : أعلا القيمة<sup>(٣٧٧)</sup> ؛ لأنه كان كالفاسد إلا في الاثم ، فإنه لا اثم عليه .

والتحقيق : أنه لا يخلو إما أن يتلف قبل المطالبة بالتسليم أو بعدها فإن تلف قبل المطالبة كان عليه القيمة يوم التلف ؛ لأن العين قبل المطالبة لا يجب تسليمها والحق متعلق بها ، فإذا تلفت انتقل الحق إلى القيمة حين التلف ، وإن كان التلف بعد المطالبة والامتناع لغير عذر كان عليه أعلى القيم من حين المطالبة إلى حين التلف ، هذا إذا كان التلف بسببه أو بأمر سماوي ، ولو اتلفه أجنبي تخيرت بين الزام الزوج بالقيمة يوم التلف أو أكثر على ما قلناه من التفصيل وبين الزام المتلف بالقيمة يوم التلف خاصة مطلقاً ، سواء كان الأتلاف قبل المطالبة أو بعدها ، فإن رجعت على الزوج رجعت على المتلف بقيمته يوم اتلافه خاصة ، سواء رجعت عليه بها أو بالأكثر .

وإن رجعت على المتلف بالقيمة يوم التلف وكان التلف بعد المطالبة ، هل لها أن ترجع على الزوج بتفاوت القيمة من حين المطالبة إلى حين الأتلاف ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنه حق لها ، فلها الرجوع به ، ويحتمل العدم ؛ لأن الشارع خيرها في الرجوع على أيهما شئت ، ولا يسوغ لها الرجوع عليها وقد رضيت بالرجوع على المتلف فليس لها الرجوع على الزوج بشيء .

قال رحمه الله : ولو وجدت به عيباً كان لها رده بالعيب ، ولو عاب بعد

العقد، قيل : كانت بالخيار في أخذه أو أخذ القيمة ، ولو قيل : ليس لها القيمة ولها عينه وأرشه كان حسناً .

أقول : الأول قول الشيخ في النهاية ؛ لأنه إنما اصدقها العين سليمة ، وهي مضمونة في يده ، فإن عابت قبل التسليم فهي بالخيار بين أن يقبضها معيبة وبين أن تردها ، فلو اختارت الرد كان كتلف الصداق معيباً<sup>(٣٧٨)</sup> .

واستحسن المصنف أخذ العين معبوبة مع أرش العيب ، واختاره العلامة لوجود العين التي تناولها العقد والعيب يجبر بالأرث ، فلا يجوز العدول عما تناوله العقد إلى غيره مع وجوده ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولها أن تمنع من تسليم نفسها حتى تقبض مهرها سواء كان الزوج موسراً أو معسراً ، وهل لها ذلك بعد الدخول ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا وهو الأشبه .

أقول : أما الامتناع قبل الدخول فهو اجماع ، وأما بعده فالشيخ في الخلاف والسيد المرتضى وأبو الصلاح وأبن حمزة وابن ادريس قد منعوا من ذلك ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد لحصول الملك التام بالعقد<sup>(٣٧٩)</sup> ، فليس لها الامتناع بعده ؛ لأن التسليم الأول استقر به العوض برضا المسلم<sup>(٣٨٠)</sup> ، فهو كما لو سلم المبيع قبل تسليم الثمن ، ولأن البضع حق له والمهر حق عليه ، وليس إذا كان له عليه<sup>(٣٨١)</sup> حق جاز له<sup>(٣٨٢)</sup> أن يمنع حقه .

وقال في المبسوط : لها الأمتناع ؛ لأن الامتناع كان سائغاً لها قبل أن تسلم

(٣٧٨) - «ن» «ر» : المعين .

(٣٧٩) - «م» «ن» بزيادة : والقبض .

(٣٨٠) - «م» : التسلم .

(٣٨١) - «م» : وعليه .

(٣٨٢) - ليست في «م» «ن» «ر» .

نفسها ، فكذا بعده توصلا الى استيفاء حقها .

فرعان :

الأول : لو أكرهها على تسليم نفسها قبل دفع المهر كان لها الامتناع بعده ؛ لأن هذا التسليم لا اعتبار به لعدم الرضا به .

الثاني : لو كان المهر مؤجلاً لم يبرز لها الأمتناع قبل الحلول اجماعاً ، فلو حل قبل التسليم احتمل جواز الامتناع ؛ لأنه مهر حال على زوج لم يدخل بزوجه فلها ان تمتنع حتى تقبضه اجماعاً<sup>(٣٨٣)</sup> ، ويحتمل العدم لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول ، والأصل بقاء ما كان على ما كان وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو زوجها الولي بدون مهر المثل او لم يذكر مهرأ صح العقد وثبت لها مهر المثل بنفس العقد ، وفيه تردد منشؤه ان الولي له نظر المصلحة فيصح التفويض وثوقاً بنظره ، وهو أشبه .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : اذا زوجها الولي بدون مهر المثل ، وقد مضى البحث فيها مستوفى في باب اولياء العقد .

الثانية : اذا زوجها مفوضة<sup>(٣٨٤)</sup> ، ولا أشكال في صحة العقد ، وانما الاشكال في صحة التفويض مما قاله المصنف وهو الوثوق بنظر الولي ، فيصح التفويض ، ومما قاله الشيخ رحمه الله ، وهو عدم صحة التفويض ؛ لأنه عقد معاوضة فلا يصح للولي اخلاؤه من العوض كسائر المعاوضات ، فعلى قول الشيخ يثبت لها مهر المثل بنفس العقد لفساد التفويض ، ويتفرع على القولين : ما اذا كان لو طلقها قبل الدخول فعلى قول الشيخ يجب لها نصف مهر المثل ، وعلى ما اختاره المصنف يجب

(٣٨٣) - ليست في «م» «ن» «ر» .

(٣٨٤) - «ن» : مفوضته .

لها المتعة ، والمعتمد اختيار المصنف .

### فروع :

الأول : مفروضة البضع لها ان تمتنع<sup>(٣٨٥)</sup> من الدخول حتى يوصلها المهر ويسلم اليها فان اتفقا على الفرض جاز ، وان اختلفا وترافعا الى المحاكم فرض مهر المثل ما لم يتجاوز مهر السنة فيرد اليها ، وليس له الفرض قبل ان يعلم مهر مثلها .

الثاني : هل يجوز للأجنبي ان يفرضه ويدفعه من ماله ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنه يصح قضاؤه عنه ، ويحتمل العدم لعدم ثبوت الولاية والوكالة له ، فلا يجوز ذلك فلا يصح الفرض ولا الدفع ويكون مضمونا عليه<sup>(٣٨٦)</sup> لأنها قبضته قبضاً فاسداً ، وكل من قبض شيئاً<sup>(٣٨٧)</sup> قبضاً فاسداً كان مضموناً عليه .

وعلى احتمال الصحة لو طلقها قبل الدخول ، احتتمل رجوع النصف الى الزوج ؛ لأنه ملكه حين قضاؤه ديناً عليه ؛ لأن الانسان اذا قضى دين غيره دخل المدفوع في ملك المدينون ضمناً<sup>(٣٨٨)</sup> ، ثم ينتقل الى ملك الديان .

ويحتمل رجوعه الى الأجنبي ؛ لأنه قضا ما وجب عليه ، وبالطلاق<sup>(٣٨٩)</sup> سقط النصف فيرد النصف الى من دفعه ؛ لأنه لم يسقط به حق عمن قضاء عنه فيعود اليه ، وفخر الدين منع هذا الحكم من أصله وأبطل فرض الأجنبي ودفعه .

الثالث : لو فرض الزوج فرضاً ولم ترضا به الزوجة بطل الفرض اذا كان دون مهر المثل ، فلو طلقها قبل الدخول كان لها المتعة دون نصف الفرض الذي فرضه ؛ لأنها لم تقبله .

(٣٨٥) - «ر» : تمتنع .

(٣٨٦) - «م» «ن» «ر» : عليها .

(٣٨٧) - من «م» و «ر» «ن» .

(٣٨٨) - ليست في «ن» .

(٣٨٩) - «م» «ن» «ر» «ا» : وبالبطلان .

الرابع : لو كان محجوراً عليه ثم فرض أكثر من مهر المثل ضربت بما قابل مهر المثل مع الغرماء ، والزائد عن مهر المثل يتبعه به بعد فك حجره ولا تشارك الغرماء فيه .

الخامس : لو وطئ المفوضة بعد سنين وقد تغيرت صفتها وجب مهر المثل معتبراً بحال العقد .

السادس : لو أبرأته قبل الوطي والفرض والطلاق من مهر المثل أو المتعة أو منها لم يصح ؛ لأنه إبراء مما لم يجب ، ولو قالت : ( اسقطت حق من طلب الفرض ) لم يسقط .

تنبيه : يجب على الفقيه ان يعرف مهر المثل على وجه كلي والولي (٣٩٠) ؛ لأنه يبحث عنه في اماكن مثل وطي الشبهة ووطئ المكروه ومفوضة البضع والتسمية الفاسدة ، والتقسيط عليه كما لو تزوج امرأتين بمهر واحد ، أو جمع بين النكاح وغيره من العقود وما شابه ذلك ، ويفتقر معرفتهم (٣٩١) الى اعتبار حال المرأة في أمرين :

الأول : النسب ، وهو الركن الأعظم فيه ، وقد اختلف الأصحاب في ذلك ، قال الشيخ في الخلاف والمبسوط باعتبار حال نساها من الطرفين كالأم والأخت والعمة والخالة ومن يجري مجراهن ما لم يتجاوز خمس مئة درهم فان تجاوزها رد اليها ، وبه قال ابن الجنييد وابن ادريس ، واختاره العلامة في المختلف والتحرير لاختلاف المهور باختلاف الأحوال من الطرفين ، ولما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله ، عن الصادق عليه السلام « في رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقها ،

(٣٩٠) - «م» «ن» «ر١» : قانوني .

(٣٩١) - «م» «ن» «ر١» : معرفته .

ثم دخل بها ؟ قال : صدق نساؤها « (٣٩٢) والنساء شامل للعصبات وغيرها ، وابن البراج اعتبر نساءها من جهة الأب دون الأم ونساءها من جهةها ، قال : لأن المرأة أم الولد تكون من عرض المسلمين تحت الشريف النسب ، مثل الرجل يكون من ولد الحسن أو الحسين عليهما السلام ، فيتزوج المرأة من العامة ليس لها نسب ولا حسب ، فالمعتبر من نساؤها من كان ( من ) (٣٩٣) جهة الأب .

وجزم العلامة في القواعد بعدم اعتبار الأم ، قال : لأنها ليست من نسبها ، واستشكل في اعتبار العصبات أو الأقارب ، والمصنف اطلق اعتبار حال نساؤها ولم يفرق بين العصبات وغيرها ، وظاهره الاعتماد على قول الشيخ ، وهو المعتمد .  
الثاني : في اعتبار الصفات ، فالمفيد اقتصر على الجمال والشرف ، وزاد أبو الصلاح السن والتحسين ، وقال الشيخ : كل امر يختلف المهر لأجله فانه يعتبر ، وقال ابن البراج ، يعتبر سنها وعقلها وحمقها وجمالها وقبحها ويسارها واعسارها وادبها والبكارة والثيوبة . وهذا بالحقيقة تفسير لكلام الشيخ ، وبعضهم اعتبر البلد أيضاً ، وانكره فخر الدين وينبغي اعتبار الأقرب فالأقرب إلى المستحقة لمهر المثل ؛ لأنهن اشبه بها .

ولو (٣٩٤) فقدت نساءها ، قال ابن البراج : يعتبر نساء أهل بلدها ، فان تعذر ، قال : يعتبر حال نساء أقرب البلدان إلى بلدها ، واستشكله العلامة في التحرير .

تنبية : آخر الاعتبار لمهر المثل المستند إلى العقد الفاسد يوم الوطي لا يوم العقد ، فلو عقد عليها عقداً فاسداً ثم وطأها بعد مدة وقد تغيرت أوصافها اعتبر

(٣٩٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٢ من أبواب المهور ، حديث ٣ .

(٣٩٣) - من « ن » .

(٣٩٤) - في الأصل : وقد .

يوم الوطي؛ لأن سبب المهر هنا الشبهة والاعتبار<sup>(٣٩٥)</sup> بوطي الشبهة يوم الوطي،  
فان اتحدت<sup>(٣٩٦)</sup> الشبهة كالعقد الفاسد والتشبيه بالزوجة وجب مهر واحد وان تعدد  
الوطي .

ولو زنا بها مكرهاً لغير شبهة كان عليه لكل وطي مهر، والفرق اتحاد سبب  
المهر هناك، وهو الشبهة الواحدة وتعدد سبب المهر هنا وهو الوطي أكرهاً .  
واستقرب العلامة عدم ردها الى مهر السنة اذا تجاوز مهر نساها فيما يشبه  
الجنابة<sup>(٣٩٧)</sup>، كالنكاح الفاسد ووطي الشبهة والاكره؛ لأنه قيمة متلف<sup>(٣٩٨)</sup> فلا تتقدر  
بمهر السنة، بخلاف المفوضة فانه لا يتجاوزها اجماعاً لورود النص<sup>(٣٩٩)</sup> فيه، وهو  
جيد .

قال رحمه الله : ولو مات الحاكم قبل الحكم وقبل الدخول قيل : يسقط المهر  
ولها المتعة ، وقيل : ليس لها احدهما ، والأول مروى .  
أقول : اذا فوض<sup>(٤٠٠)</sup> تقدير المهر الى أحدهما مثل ان تقول : (زوجتك نفسي  
على ما شئت او ما شئت انا) صح النكاح والتفويض ، فلو مات من فوض اليه  
تقدير المهر بعد الدخول وقبل الفرض وجب مهر المثل ، وان كان قبل الدخول  
والفرض فيه ثلاثة أقوال :

أ - وجوب المتعة ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن البراج وابن  
حمزة ، والعلامة في المختلف ، واختاره ابو العباس لما رواه محمد بن مسلم في

(٣٩٥) - «ن» : ولا إعتبار .

(٣٩٦) - «ر» : تجددت .

(٣٩٧) - كذا ، ولعلها : الجنابة .

(٣٩٨) - «ن» : يختلف .

(٣٩٩) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢١ من أبواب المهور ، حديث ١ .

(٤٠٠) - كذا ، ولعلها : فوضت .

الصحيح ، عن الباقر عليه السلام « في رجل تزوج امرأة على حكمها او على حكمه فمات او ماتت قبل ان يدخل بها ؟ قال لها المتعة والميراث ، ولا مهر لها » (٤٠١) وهو المعتمد .

ب - لاشيء لها ؛ لأن المتعة تجب بالطلاق ولم يحصل ، ومهر المثل بالدخول ولم يحصل فلا شيء لها ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط .

ج - وجوب مهر المثل ، حكاه الشيخ في المبسوط ، وهو مذهب العلامة في القواعد ؛ لأنها ذكرها مهراً مجهولاً ، وقد تعذر تعيينه بموت من اليه التعيين فيرجع الى قيمة البضع ، وهو مهر المثل .

قال رحمه الله : اذا دخل الزوج قبل تسليم المهر كان ديناً عليه ولم يسقط بالدخول ، سواء طالعت مدتها او قصرت طالبت به او لم تطالب ، وفيه رواية اخرى مهجورة .

أقول : نقل الشيخ في التهذيب عن بعض اصحابنا ان الدخول يهدم المهر ، والى خلاف هذا القول اشار المصنف بقوله : ( ولا يسقط بالدخول ) .

والرواية المهجورة اشارة الى ما رواه محمد بن مسلم (٤٠٢) ، عن أحدهما عليها السلام انها مع الدخول ليس لها المطالبة اذا لم تطالبه أولاً .

قال رحمه الله : والدخول الموجب للمهر هو الوطي قبلاً أو دبراً ، ولا يجب بالخلوة ، وقيل : يجب ، والأول أظهر .

أقول : الموجب لتقرير المهر أمور :

١ - الوطي قبلاً أو دبراً وان كان مكرها او حراماً كالوطي في الحيض او

(٤٠١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢١ من أبواب المهور ، حديث ٢ .

(٤٠٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٨ من أبواب المهور ، حديث ٦ . (ولكن الرواية عن أبي جعفر عليه السلام « وليست عن أحدهما عليها السلام » ) .



الأحرام .

٢- ارتداد الزوج .

٣- موته على المشهور بين الأصحاب ، وخالف فيه محمد بن بابويه في المقنع .

٤- موت الزوجة على المشهور أيضاً ، وخالف فيه الشيخ وابن البراج في الكامل .

٥- الخلوة التامة ، وهي المعركة العظيمة بين الفقهاء ، والمراد بالتامة إرخاء الستر وإغلاق الباب مع عدم المانع من جهة الزوج كالعنن ، ومن جهة الزوجة كالقرن والرتق ، وغير ذلك كالمرض من أحدهما ، وقد اختلف الأصحاب في ذلك ، حكى الشيخ في المبسوط والخلاف عن قوم من أصحابنا أنها قائمة مقام الدخول في تقرير المهر ، ويؤيده رواية زرارة ، عن الباقر عليه السلام « قال : إذا تزوج الرجل المرأة ثم خلاها فأغلق عليها باباً وأرخصى ستراً ثم طلقها فقد وجب الصداق » (٤٠٣) .

وابن الجنيد اشترط في الخلوة الوطي أو الأنزال بسبب النظر أو التقيل أو اللمس ، وحكى الشيخ في المبسوط والخلاف أيضاً أن وجود الخلوة كعدمها مع عدم الوطي ، والقول قول الزوج في عدمه ، قال : وهو الظاهر في روايات (٤٠٤) أصحابنا .

واختاره المصنف ، والعلامة في أكثر كتبه ، وهو اختيار فخر الدين لما رواه يونس بن يعقوب ، عن الصادق عليه السلام « قال : سمعته يقول : لا يوجب المهر

(٤٠٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥٥ من أبواب المهر ، حديث ٣ .

(٤٠٤) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥٤ من أبواب المهر ، وباب ٥٥ منه .

الا الوقاع في الفرج»<sup>(٤٠٥)</sup> وفي معناها رواية حفص بن البختري<sup>(٤٠٦)</sup>، واذا ثبت عدم استقراره بدون الوقاع والأصل<sup>(٤٠٧)</sup> عدمه ولأصله براءة الذمة .

وقيل : ان وجود الخلوة كعدمها في نفس الأمر الا انها اشارة دالة على رجحان قبول قول المرأة اذا ادعت الدخول وانكره الرجل ، فان القول قولها مع يمينها ؛ لأن الظاهر من حال الصحيح السليم اذا خلى بالزوجة الواقعة ، فيكون القول قولها عملاً بالظاهر ولا تستحق في نفس الأمر غير النصف ان كانت كاذبة ، وهذا القول نقله الشيخ عن محمد بن أبي عمير ، عن قدماء الأصحاب ، ثم استحسنته وافقته ، واختاره أبو العباس في كتابيه .

قال رحمه الله : قيل : اذا لم يسم لها مهرأ وقدم لها شيئاً ثم دخل كان ذلك مهرها ولم يكن لها مطالبتة بعد الدخول الا ان تشارطه قبل الدخول على ان المهر غيره ، وهو تعويل على تأويل رواية واستناد الى قول مشهور .

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب وهو مذهب الشيخين وسلا روابن البراج ، وادعى ابن ادريس عليه الأجماع ، ومستندهم رواية أبي عبيدة والفضل في الصحيح<sup>(٤٠٨)</sup> ، عن الباقر عليه السلام ، وتوقف المصنف ؛ لأن مقتضى الأصل مع الدخول وعدم التسمية وجوب مهر المثل ، والذي قدمه قبل الدخول قد يكون مهرأ وقد يكون هدية ، وعدم مشارطتها على غيره لا يدل على الرضا به ، ولا دلالة للعام على الخاص .

وقال العلامة : قد كان في الزمن الأول لا يدخل الرجل حتى يقدم المهر ، والعادة الآن بخلاف ذلك ، فلعل منشأ الحكم هو العادة فنقول : ان كانت العادة في

(٤٠٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥٤ من أبواب المهر ، حديث ٦ .

(٤٠٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥٤ من أبواب المهر ، حديث ٧ .

(٤٠٧) - «م» «ن» «ر» ١ : فالأصل .

(٤٠٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٨ من أبواب المهر ، حديث ١٣ .

بعض الأزمان أو الاصقاع كالعادة القديمة كان الحكم ما تقدم وإن كانت العادة كالعادة الآن كان القول قولها<sup>(٤٠٩)</sup>. هذا آخر كلامه رحمه الله ، واستحسنه أبو العباس ، وهو حسن .

قال رحمه الله : ولو نقصت عينه أو صفته مثل عور الدابة أو نسيان الصنعة ، قيل : كان له نصف القيمة [ سليماً ] ولا يجبر على أخذ نصف العين ، وفيه تردد .

أقول : إذا دفع المهر قبل الدخول ثم طلقها قبله رجع بنصفه ، ولو تعيب هل يجبر على أخذ نصفه معيباً ؟ قال الشيخ في المبسوط : يتخير بين نصف العين ونصف القيمة ، وتردد المصنف من عموم قوله تعالى : ﴿ وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ﴾<sup>(٤١٠)</sup> فليس له غير نصف ما فرض مع نصف أرش النقصان ؛ لأن الجميع مضمون عليها ، فكذا الأبعاض والصفات ، وهو اختيار العلامة في القواعد .

ومن أن المفروض عين صحيحة وقد صارت معيبة ، والمعيب غير الصحيح ، فلا يجبر على أخذ المعيبة .

قال رحمه الله : ولو زاد بكبر أو سمن كان له نصف قيمته من دون الزيادة ولا تجبر المرأة على دفع العين على الأظهر .

أقول : إذا زاد الصداق زيادة منفصلة كانت للزوجة اجماعاً ، وإن زاد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعليم الصنعة ، فإن دفعت نصف العين اجبر على قبولها اجماعاً ، ولو امتنعت من دفع العين وبذلت القيمة ، فالمشهور قبول ذلك

(٤٠٩) - النسخ مضطربه في نقل عبارة العلامة (قده) ، وقد اثبتنا أقربها إلى المختلف ، لاحظ المختلف : ٥٤٣ .

(٤١٠) - البقرة : ٢٣٧ .

منها؛ لأن العين قد نمت في ملكها فيكون النماء لها من دون الزوج ، وهو لا يتميز عن العين ولا يمكن دفع العين بدونه فلا يجب دفعها .

وقال الشيخ في المبسوط بعد ان خيرها بين دفع العين أو القيمة : ويقوى في نفسي ان له الرجوع في نصفه مع الزيادة التي تتميز<sup>(٤١١)</sup> لقوله تعالى : ﴿ فنصف ما فرضتم ﴾<sup>(٤١٢)</sup> وان كان الأول قوياً ، والأول هو المعتمد .

فرع : لو زادت العين ونقصت باعتبارين كتعليم صنعة ونسيان أخرى ، فعلى القول باجبار الزوج على قبول نصف العين معيبة - كمذهب القواعد - ويكون<sup>(٤١٣)</sup> الخيار هنا للزوجة لكونها مخيرة في طرفي الزيادة والنقصان ، وعلى القول بتخيره بين نصف العين ونصف القيمة - كمذهب الشيخ ، والعلامة في الإرشاد والتحرير - فالخيار لهما لحصول موجه له بالنقصان ولها بالزيادة ، فان اتفقا على نصف العين جاز ، وان امتنعت من تسليم نصفها او امتنع من الرجوع في النصف اعطي الزوج نصف القيمة خالية عن الزيادة والنقصان .

قال رحمه الله : ولو كان تعليم سورة قيل : يعلمها النصف من وراء الحجاب ، وفيه تردد .

أقول : القائل هو الشيخ في المبسوط والخلاف ، وتردد المصنف من ان الواجب مع الطلاق قبل الدخول نصف المهر المسمى ، وهو قد سمى سورة فيجب ان يعلمها نصفها من وراء الحجاب لتحريم نظرها عليه بعد الطلاق ، ومن ان التنصيف في التعليم غير ممكن لاختلاف الآيات بالسهولة والصعوبة ، والتعليم يختلف باختلاف ذلك ، فلا يجب التعليم ويجب نصف أجره المثل ، وهو اختيار

(٤١١) - «م» - «ن» «١» : لا تتميز .

(٤١٢) - البقرة : ٢٣٧ .

(٤١٣) - كذا ، ولعل الواو زائدة .

العلامة ، وهو المعتمد .

ولافرق بين تعليم السورة وتعليم الصنعة ، ولو كان الطلاق بعد التعليم رجع بنصف الأجرة .

قال رحمه الله : اذا امهرها مدبرة ثم طلقها صارت بينهما نصفين ، فاذا مات تحررت ، وقيل : بل يبطل التدبير بجعلها مهراً كما لو كانت موصى بها ، وهو أشبه .

أقول : اذا جعل المدبرة مهراً هل يبطل التدبير وتملك المرأة رقبة المدبرة أو لا يبطل التدبير وينصرف الأمهار الى الخدمة وتنعتق بموت المولى ولا سبيل للمرأة عليها بعد موته ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، وسواء طلق أو لم يطلق ؟ بالأول قال أكثر الأصحاب ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن التدبير كالوصية ، وهي تبطل بالتصرف ، فكذا التدبير .

وبالثاني قال الشيخ وابن البراج ، وهو بناء على ان التدبير لا يبطل الا بصرح الرجوع .

قال رحمه الله : وكذا لو شرط ان لا يفتضاها لزم الشرط ولو اذنت بعد ذلك جاز عملاً باطلاق الرواية ، وقيل : يختص لزوم هذا الشرط بالنكاح المنقطع ، وهو تحكم .

أقول : اختلف الأصحاب في هذه المسألة على خمسة أقوال :

أ - صحة العقد والشرط وإباحة الافتضاض مع الأذن في الدائم والمنقطع ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، واختاره المصنف والعلامة في الإرشاد جزماً ، وأبو العباس في المختصر لأصالة صحة العقد ، ووجوب الوفاء بالشرط ، وأما تسويغه بعد الأذن ؛ لأنه بالعقد ملك الاستمتاع ، وإنما وجب الامتناع لوجوب الوفاء بالشرط ، وقد زال برضاها ، ولرواية سماعة بن مهران ، عن الصادق عليه السلام

« قال : قلت له : في رجل جاء الى امرأة فسألها ان تزوجه نفسها ، فقالت : ازوجك نفسي على ان تلمس مني ما شئت من نظر والتماس ، وتنال مني ما ينال الرجل من أهله إلا أنك لا تدخل فرجك في فرجي وتتلذذ بما شئت ، فاني اخاف الفضيحة ، قال : ليس له منها الا ما اشترط » (٤١٤).

وعن اسحق بن عمار ، عن الصادق عليه السلام « قال : قلت : رجل تزوج بجارية عاتق عانس (٤١٥) على ان لا يفتضاها ، ثم اذنت له بعد ذلك ؟ قال : اذا اذنت له فلا بأس » (٤١٦).

ب - بطلان الشرط خاصة ، وصحة العقد في الدائم والمنقطع ، وله ان يفتضاها وان لم ترض ، وهو مذهب ابن البراج وابن ادريس ، واختاره فخر الدين ، ووجهه كون الشرط فاسداً لمنافاته للعقد ؛ لأن العقد يقتضي اباحة النكاح ، وهذا الشرط يقتضي تحريمه فيكون شرطاً فاسداً ، وفساد الشرط لا يقتضي فساد العقد ، كما لو شرط ان لا يتزوج عليها او لا يتسرى .

ج - مذهب الشيخ في المبسوط ، وهو بطلان العقد والشرط اذا وقع في الدائم ، وصحتها اذا وقع في المنقطع ، ونسبه المصنف الى التحكم ؛ لأنه لا دليل عليه .

د - مذهب ابن حمزة ، وهو بطلان الشرط دون العقد في الدائم ، وصحتها في المنقطع .

هـ - مذهب العلامة في المختلف ، وهو بطلانها في الدائم والمنقطع ؛ لأنه شرط ينعم المقصود من العقد فكان باطلاً ، فيبطل العقد لعدم الرضا بدون سلامة

(٤١٤) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٦ من أبواب المهور ، حديث ١ .

(٤١٥) - ليست في النسخ والا المصدر .

(٤١٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٦ من أبواب المهور ، حديث ٢ .

الشرط .

قال رحمه الله : اذا شرط ان لا يخرجها من بلدها ، قيل : يلزم ، وهو المروي ولو شرط لها مهرأً ان اخرجها الى بلاده واقل منه ان لم تخرج معه فاخرجها الى بلد الشرك لم يجب اجابته ولها الزائد وان اخرجها الى بلد الإسلام كان الشرط لازماً ، وفيه تردد .

أقول : البحث هنا في موضعين :

أ - في جواز اشتراط أن لا يخرجها من بلدها وبجوازه قال الشيخ في النهاية ، وبه قال ابن البراج وابن حمزة ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن الأغراض تتعلق باللبث في المنازل والبلدان التي حصل فيها المرى ، وهو أمر مطلوب للعقلاء ، سائغ في نظر الشرع ، فجاز جعله شرطاً في عقد النكاح توصلاً الى تحصيل الأغراض المباحة ولرواية أبي العباس ، عن الصادق عليه السلام « في الرجل يتزوج امرأة وتشترط ان لا يخرجها من بلدها ؟ قال : يفي لها بذلك ، او قال يلزمه ذلك (٤١٧) » .

وقال في المبسوط والخلاف بصحة العقد وبطلان الشرط ، واختاره ابن ادريس وفخر الدين ؛ لأن اقتضاء النكاح وجوب طاعة الزوج والخروج معه اين شاء ، وتسلب الزوج على الزوجة بالاسكان والاستمتاع في كل مكان ، وهذا الشرط يخالفه فكان باطلاً .

ب - إذا شرط لها مئة دينار مثلاً ان اخرجها الى بلاده ، وخمسين ان لم يخرجها من بلدها ، قال المصنف : ( إن اخرجها الى بلاد الشرك لم يجب اجابته ولها الزائد ، وان اخرجها الى بلاد الإسلام كان الشرط لازماً ) ثم تردد في ذلك ، وما حكاه هو قول الشيخ رحمه الله في النهاية وقول ابن البراج .

فان قيل : كيف تستحق المنة مع عدم الخروج اذا طلب اخراجها الى بلد الشرك ، وهو لم يجعل المنة الا على الخروج معه ، فكيف يلزمه مع عدم الخروج ؟!

قلت : المراد ان العقد وقع على مئة وشرط الخمسين على تقدير الامتناع من الخروج معه ، فحينئذ ان اراد اخراجها الى بلاده وهي بلاد الكفر لم يجب اجابتها له لوجوب الهجرة عن بلاد الشرك ، فلا يعقل وجوب الهجرة اليها ولا ينقص من المهر الذي وقع عليه العقد شيء ، وان ارادها <sup>(٤١٨)</sup> الى بلاد الاسلام وجبت اجابته ، فان لم يفعل نقص من المهر بمقدار ما اقتضاه الشرط ، ومستند الحكم حسنة علي بن رثاب ، عن الكاظم عليه السلام « قال : سئل - وانا حاضر عنده - عن رجل تزوج امرأة على مئة دينار على ان يخرج معه الى بلاده ، فان لم يخرج فمهرها خمسون ديناراً أرايت ان لم يخرج معه الى بلاده ؟ فقال : ان اراد ان يخرجها الى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك ولها مئة دينار الذي اصدقها اياها ، وان اراد ان يخرجها الى بلاد المسلمين ودار الاسلام فله ما اشترطه عليها ، والمسلمون عند شروطهم » <sup>(٤١٩)</sup> وتردد المصنف مما تضمنته الرواية ، ومما قاله الشيخ في المبسوط والخلاف وقول ابن ادريس من فساد الشرط ، ونقل ابو العباس عن بعض الأصحاب فساد المهر لعدم تعيينه ، ثم استضعفه واعتمد على ما تضمنته الرواية .

قال رحمه الله : الصداق يملك بالعقد على اشهر الروايتين ولها التصرف فيه قبل القبض على الأشبه ، فاذا طلق الزوج عاد اليه النصف وبقي للمرأة النصف .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في تملك المرأة لجميع الصداق بنفس العقد ، وهو المشهور بين

(٤١٨) - «م» «ن» «ر» : أراد اخراجها .

(٤١٩) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٤٠ من أبواب المهور ، حديث ٢ .



الأصحاب لقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾<sup>(٤٢٠)</sup> امر باتيانهن كله ، ولم يفرق قبل الدخول او بعده ، ولما رواه عبيد بن زرارة في الموثق ، عن الصادق عليه السلام « قال : قلت له : رجل تزوج امرأة وأمهرها مهرأ ، فساق اليها غنماً ورقيقاً فولدت عبيدها ، وطلقها قبل الدخول بها ؟ قال : ان كان ساق اليها ما ساق وقد حملن عنده فله نصفها ونصف ولدها ، وان كن حملن عندها فلا شيء له من الأولاد »<sup>(٤٢١)</sup> لأن الصداق بدل البضع فاذا ملك الزوج البضع بنفس العقد ملكت الزوجة بدله .

وقال ابن الجنييد : الذي يوجب العقد من المهر المسمى النصف ، والذي يوجب النصف الثاني من المهر بعد الذي وجب بالعقد منه هو الوقاع او ما قام مقامه من تسليم المرأة نفسها كذلك ؛ لأنه لو ملكته بالعقد لاستقر ولم يزل عن ملكها الا بسبب ناقل كالبيع والهبة ، ولما رواه يونس بن يعقوب ، عن الصادق عليه السلام « قال : سمعته يقول : لا يوجب المهر الا الوقاع في الفرج »<sup>(٤٢٢)</sup> والأول هو المعتمد .

الثانية : في جواز التصرف فيه قبل القبض ، فالشيخ في الخلاف منع من ذلك ، واستدل بالاجماع على جواز تصرفها فيه بعد القبض ، ولا دليل على جواز التصرف فيما قبله وللنهي عن بيع ما لم يقبض .  
والمشهور المجواز ، وهو المعتمد ؛ لأنها ملكته بالعقد فلها التصرف فيه ، والنهي محمول على الكراهية .

(٤٢٠) - النساء : ٤ .

(٤٢١) - التهذيب ٧ : ٣٦٨ ، حديث ٥٤ ، وفي الوسائل باب ٣٤ من أبواب المهور حديث ١ .

(٤٢٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥٤ من أبواب المهور ، حديث ٦ .

### فرعان :

الأول : اذا طلق الزوج قبل الدخول ، هل تملك نصف المهر بغير اختياره كالأرث او يملك ان اختار التملك ؟ قال الشيخ بالأول ، وجزم به الصلابة في القواعد ولم يجزم في التحرير بل نقله عن الشيخ ، ثم قال : ويحتمل انه يملك ان تملك فيه ويتفرع<sup>(٤٢٣)</sup> على ذلك التمساع فعلى قول الشيخ غناء النصف من حين الطلاق للزوج وعلى الاحتمال فهو للمرأة الى حين اختيار التملك ، والأول هو المعتمد .

الثاني : لو تلف التمساع المتجدد بعد الطلاق في يدها فان كان بتفريطها ضمنته قطعاً ، وان كان بغير تفريطها فان كان بعد المطالبة والمنع من التسليم ضمنته أيضاً قطعاً ، وان كان قبل المطالبة احتمل الضمان أيضاً ؛ لأنه تولد من أصل مضمون فيكون مضموناً .

ويحتمل العدم ؛ لأنه امانة في يدها ، ولا يلزم من ضمان الأصل ضمان التمساع ؛ لأن الأصل قبضته لنفسها فكان مضموناً عليها ، والتمساع قبضته لانفسها ، بل لغيرها فهو امانة ، حكمه حكمها ، اما لو تلف الأصل أو تعيب فهو مضمون عليها . قال رحمه الله : فلو عفت عما لها كان الجميع للزوج ، وكذا لو عفى الذي بيده عقدة النكاح ، وهو الولي كالأب والجد للأب ، وقيل : أو من توليه المرأة عقدها ( الى آخر البحث ) .

أقول : المطلقة اما ان تكون بالغة رشيدة او غير بالغة ، فان كانت بالغة رشيدة كان العفو بيدها ، فان كان المهر ديناً في ذمة الزوج جاز عفوها عنه ، قال الشيخ في المبسوط بالفاظ ستة : العفو والتملك والهبة والاسقاط والترك والابراء ، قال وهل تفتقر الى قبوله ؟ فيه وجهان ( والأولى ان تقول )<sup>(٤٢٤)</sup> تفتقر الى قبوله ،

(٤٢٣) - من «م» «ن» «ر» وفي الأصل : فرع .

(٤٢٤) - كذا في الأصل ، وفي «ن» : ( الأول ) بدل ما بين القوسين .

والمعتمد عدم الأفطار الى القبول ؛ لأنه ابراء واسقاط ، فهو كالعق والطلاق فلا تفتقر الى القبول .

ولو قبضته المرأة ثم تلف في يدها كان للزوج العفو بهذه الألفاظ ، ولو كان عيناً مشخصة قائمة في يد الزوج أو المرأة وأراد العفو من ليس هو في يده جاز بلفظ العفو والهبة والتمليك ، ويشترط هنا القبول ولا يشترط مضي زمان يمكن فيه القبض ، ولو كان العافي من هو في يده صح بلفظ الهبة والتمليك دون غيرها ، واقتقر الى القبول والقبض ، وان كانت صغيرة كان العفو بيد الأب والمجد له ؛ لأن الولي بعد الطلاق هو الذي بيده عقدة النكاح ، وليس لغيرهما العفو ، وهو المشهور بين الأصحاب .

وقال الشيخ في النهاية وابن البراج : للذي توليه أمرها العفو كما هو للأب والمجد له ، وفيه روايات<sup>(٤٢٥)</sup> ، والمعتمد هو المشهور بين الأصحاب .  
وأصل هذا الحكم قوله تعالى : ﴿ وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقده النكاح ﴾<sup>(٤٢٦)</sup> فحينئذ يشترط في عفو الولي كون المرأة صغيرة ، وكونه بعد الطلاق وقبل الدخول ، وكونه عن بعض النصف لاعتن جميعه .

قال رحمه الله : لو كان المهر مؤجلاً لم يكن لها الامتناع ( الى آخره ) .  
أقول : قد سبق<sup>(٤٢٧)</sup> البحث في هذه المسألة .

قال رحمه الله : اذا زوجها الولي بدون مهر المثل الى آخره .

أقول : قد سبق<sup>(٤٢٨)</sup> البحث في هذه المسألة في باب اولياء العقد فليطلب من

(٤٢٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥٢ من أبواب المهور .

(٤٢٦) - البقرة : ٢٣٧ .

(٤٢٧) - ص ١٤٠ .

(٤٢٨) - ص ١٤٠ .

هناك .

قال رحمه الله : لو أدنى الوالد المهر عن ولده الكبير تبرعاً ثم طلق الولد رجع الولد بنصف المهر ولم يكن للوالد انتزاعه لعين ما ذكرناه في الصغير وفي المسألتين تردد .

أقول : المراد بالمسألتين هذه المسألة والمسألة السابقة عليها ، وهي اذا زوج الوالد ولده الصغير ثم دفع المهر من مال نفسه عن ولده ثم بلغ الولد وطلق قبل الدخول ، قال المصنف : يرجع النصف الى الولد دون الأب ؛ لأن دفعه عنه يجري مجرى الهبة له ، ثم تردد في الصورتين ، ومنشؤه من ان التبرع بقضاء الدين عمن هو عليه يجري مجرى الهبة للمديون ، فلا بد ان يدخل في ملك المديون أولاً قهراً ، ثم ينتقل عنه في ثاني الحال الى الديان ، واذا ثبت دخوله في ملكه فاذا عاد بعد ذلك عاد اليه دون المتبرع لانتقاله عنه .

ومن ان الدفع انما كان قضاء عن الواجب عليه ، وبالطلاق سقط عنه النصف فلم يسقط بالدفع واجب<sup>(٤٢٩)</sup> عمن قضاء عنه ، فيرجع الى ملك الدافع ، والأول هو المعتمد ، وكذا لو عاد جميع المهر لردة الزوجة قبل الدخول او الفسخ قبله بأحد العيوب الموجبة للفسخ .

قال رحمه الله : اذا اختلفا في أصل المهر فالقول قول الزوج مع يمينه ولا أشكال قبل الدخول لاحتمال تجرد العقد عن المهر ، لكن الأشكال لو كان بعد الدخول ، فالقول قوله أيضاً .

أقول : هذا هو المشهور أيضاً بين الأصحاب ، وهو مبني على ان العقد لا يستلزم ثبوت المهر ؛ لأن ذكر ذلك المهر ليس بشرط في صحته لقوله تعالى :

﴿ لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضاوهن فريضة ﴾ (٤٣٠) دلت هذه الآية على جواز العقد بغير مهر ، فاذا جاز خلو العقد من المهر كان القول قوله في عدم ذكره ؛ لأن الأصل عدمه .

هذا اذا كان قبل الدخول ، واما اذا وقع الاختلاف بعده فكذلك عند المصنف وغيره ممن تقدمه ، ووجهه عدم استلزام الدخول لوجوب المهر في ذمة الزوج ، بل قد يكون في ذمة غيره ، كما لو زوج الأب ولده الصغير المعسر ، وكما لو زوج المولى عبده ثم اعتقه فان المهر في ذمة الأب قطعاً ، وفي ذمة المولى على الصحيح من المذهب ، واذا ثبت ان الدخول لا يستلزم وجوب المهر في ذمة الداخل في بعض الصور كان القول قوله استناداً الى البراءة الأصلية .

قال العلامة رحمه الله - ونعم ما قال - : والتحقيق انه ان انكر التسمية صدق باليمين ، لكن يثبت عليه قبل الدخول مع الطلاق المتعة ، ومع الدخول مهر المثل ، والأقرب ان دعواها ان قصرت عنها ثبت ما ادعته ، ولو انكر الاستحقاق عقيب دعواها اياه أو دعواها التسمية فان اعترف بالنكاح فالأقرب عدم سماعه ، هذا آخر كلامه رحمه الله ، وهو مشتمل على قبول انكار التسمية وعدم قبول انكاره الاستحقاق ، وقبول دعواها ان قصرت عما يستحقه بالطلاق او الدخول مع عدم التسمية ، ومراده رحمه الله في ذلك اذا وقع الاختلاف بعد الطلاق او بعد الدخول لاقبلها ؛ لأنه اذا قبل قوله في عدم التسمية لم يستحق شيئاً قبل الدخول أو الطلاق ، ولو مات قبلها لم يثبت لها شيء من المهر ولو ادعى قبلها عدم الاستحقاق قبل قطعاً وان لم يقبل عنده اذا وقع بعد احدهما ؛ لأن الطلاق موجب للمتعة مع عدم التسمية ولنصف المسمى معها ، والأمر لا يخلو عن أحد القسمين فهو يستحق اخذهما ، فلما كان الأصل عدم التسمية كان عليه المتعة ، والدخول

موجب لاستقرار المهر قطعاً مطلقاً ، والأصل عدم تعلقه بذمة غير الداخل فيقبل قوله في عدم التسمية ، ويرجع فيه الى مهر المثل ، فان نقصت دعواها عن المتعة اذا كان الاختلاف بعد الطلاق او عن مهر المثل اذا كان الاختلاف بعد الدخول كان لها ما ادعت ؛ لأنه اقل ما ثبت لها ، وقد اعترفت بالرضا به فليس لها غيره ، وان زادت دعواها عن المتعة اذا كان الاختلاف بعد الطلاق ردت اليها ، وكذا ان زادت عن مهر المثل اذا كان بعد الدخول فانها ترد اليه <sup>(٤٣١)</sup> ، ولو كان قبلها لم يثبت لها شيء ، هذا تحقيق كلام العلامة رحمه الله ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا خلا بها فادعت الواقعة فان أمكن الزوج اقامة البينة - بأن ادعت هي أن الواقعة قبلاً وكانت بكرًا - فلا كلام ، وإلا كان القول قوله مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم الواقعة وهو منكر لما تدّعيه . وقيل : القول قول المرأة عملاً بشاهد حال الصحيح في خلوته بالحلل ، والأول أشبه .

أقول : سبق <sup>(٤٣٢)</sup> البحث في ذلك فلا وجه لاعادته .

قال رحمه الله : اذا أقامت المرأة بينة انه تزوجها في وقتين بعقدين فادعى الزوج تكرار العقد الواحد ، وزعمت المرأة انها عقدان ، فالقول قولها ؛ لأن الظاهر معها ، وهل يجب عليه مهرا ن ؟ قيل : نعم عملاً بمقتضى العقدين ، وقيل : يلزمه مهر ونصف ، والأول أشبه .

أقول : جزم الشيخ في المبسوط بوجوب المهرين ، ثم نقل عن بعضهم وجوب مهر ونصف ، ثم قواه وهو يدل على تردده ، واختار المصنف وجوب المهرين ، واختاره العلامة في القواعد ، وتردد في التحرير : من ان العقد يوجب المهر كلاً ، والأصل بقاؤه ما لم يعلم المستقط ، وهو غير معلوم ، والتحقيق انه ان

ادعى عدم الأصابة في الأول قبل قوله ؛ لأن الأصل عدمها ، وإن اعترف بها أو  
سكت لزمه مهران لثبوت موجبها ، والأصل عدم المسقط .

## في القسم

قال رحمه الله : والقسمة بين الأزواج حق على الزوج حراً كان أو عبداً ، ولو كان عتيقاً أو خصياً ، وكذا لو كان مجنوناً ، ويقسم عنه الولي ، وقيل : لا تجب القسمة حتى يبتدي بها ، وهو أشبه .

أقول : القسمة بين الأزواج واجبة لمن تجب لها النفقة ، وهل هي واجبة من حين العقد ، أو إذا أراد الابتداء بواحدة وجب أن يقسم ؟ المشهور الأول ؛ لأنه حق مشترك بين الزوجين لاشتراك عمرته فلها المطالبة بحقوقها منه ، وهو اختيار العلامة وابنه ، ولأنه حق واجب على الزوج ، والأصل عدم اشتراطه بالابتداء . وقال الشيخ في المبسوط بالثاني ، واختاره المصنف ، لأصالة براءة الذمة منه ابتداءً ، خرج منه ما إذا ابتدأ بواحدة منهن ، فإنه يجب عليه القسم للبواقي بوجوب العد ، ولاستحالة الترجيح من غير مرجع ، فعلى الأول يبتدي بالقرعة وجوباً ، وعلى الثاني استحباباً .

قال رحمه الله : وهل يجوز أن يجعل القسمة أزيد من ليلة لكل واحدة ؟ قيل : نعم ، والوجه اشتراط رضاهن .



أقول : أما القسمة اقل من ليلة فلا تجوز قطعاً لما فيه من التنقيص (٤٣٣)، وأما ما زاد على ليلة ، فالمعتمد اعتبار رضاهن ؛ لأن النبي صلى الله عليه وآله كان يقسم ليلة ليلة (٤٣٤)، ولأن الزائد فيه اضرار لبعد العهد وتغريير ؛ لأنه قد يقسم لبعضهن ويلحقه ما يقطعه (٤٣٥) عن القسم للبقيات ، فيفتقر الى رضاهن بذلك ، وقيل : يجوز بغير رضاهن لعدم التفاوت ، وقال الشيخ : يجوز ثلاث ليال بغير رضاهن ، وأما الزائد فلا بد فيه من رضاهن .

قال رحمه الله : ولو تزوج أربعاً دفعة رتبهن بالقرعة ، وقيل : يبدأ بمن شاء حتى ياتي عليهن ، ثم يجب التسوية على الترتيب ، وهو أشبه .

أقول : هذا مبني على القول بوجوب القسمة ابتداءً أو حتى يبتدي بها ، فعلى الأول تجب القرعة ، وعلى الثاني يتخير بالابتداء بمن شاء .

قال رحمه الله : ويختص الوجوب بالليل دون النهار ، وقيل : يكون عندها في ليلتها ويظل عندها في صبيحتها ، وهو المروي .

أقول : المشهور بين الأصحاب اختصاص القسم بالليل دون النهار ؛ لأنه زمان الراحة والدعة ، والنهار زمان الانتشار والمعاش ، وقال ابن الجنيد : والواجب مبيت الليل وطول صبحية تلك الليلة ، ومستنده رواية ابراهيم الكرخي « قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل له أربع نسوة ، فهو يبيت عند ثلاثة منهن في ليلتين ، فاذا نام عند الرابعة في ليلتها لم يمسا ، فهل عليه في هذا أثم ؟ قال له عليه السلام : انما عليه ان يكون عندها في ليلتها ويظل عندها في

(٤٣٣) - «م» «ن» : التبويض .

(٤٣٤) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥ من أبواب القسم والنشوز . حديث ٢ ( يدل على المطلوب ) وسنن البيهقي ٧ : ٣٠٠ - ٣٠١ .

(٤٣٥) - «ن» «ر» : يقطعه .

صبيحتها ، وليس عليه ان يجامعها اذا لم يرد ذلك» (٢٦) فعلى هذه الرواية يكون صبيحة الليلة حكم الليلة ، وبأثم لو أخل بجزء منها الا برضاها كالليل ، ومذهب المصنف والعلامة في القواعد عدم تخصيصها بشيء من النهار ليس على سبيل الوجوب ، بل على سبيل الاستحباب في صبيحة الليلة خاصة ، وعند الشيخ في المبسوط محل القسم هو الليل ، والنهار تابع له من أوله الى آخره .

ولا فرق بين الصبيحة وغيرها ، ولا يجوز له ايثار احد الضراير فيه ، وهو معنى التبعية ، الا انه يجوز له الانتشار فيه لحاجة وغير حاجة ، والدخول الى الضراير لحاجة وغير حاجة الا انه لا يجوز له اللبث الطويل عندهن ولا الجماع ، واختاره العلامة في التحرير الا الجماع ، فانه استقرب جوازه ، وأبو العباس وافق المبسوط في الصبيحة .

تنبيه : على القول بمذهب المبسوط والتحرير والمقتصر يحصل الفرق بين الليل والنهار من وجه ، والمساواة بينهما من وجه ، أما الفرق : فالليل لا يجوز الدخول فيه الى الضررة ولا مع الحاجة ، بل مع الضرورة ، والنهار يجوز الدخول فيه لحاجة وغير حاجة .

واما المساواة : ففي وجوب قضاء اللبث الطويل فيها وتحريم الجماع فيها أيضاً على اختيار المبسوط والمقتصر دون التحرير ، وعلى اختيار الشرائع والقواعد يجوز ايثار غير صاحبة الليلة بجميع نهارها ، والمعتمد مذهب المبسوط ؛ لأنه أقرب الى العدل وعدم الميل .

قال رحمه الله : ولو بات عند الأمة ليلة ثم اعتقت قبل استيفاء الحرية ، قيل : يقضي للأمة ليلة ؛ لأنها ساوت الحرية ، وفيه تردد .

أقول : القول المشار اليه هو قول الشيخ في المبسوط ، ومنشأ التردد مما قاله

الشيخ من أنها ساوت الحرية ، ومن أنها لم يتساويا الا بعد استيفاء الأمة لحقها فلا يجب لها غيره حتى تستوفي الحرية حقها أيضاً ، ثم تصير القسمة بينها بالسوية ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو سيق اليه زوجتان أو [ ثلاث ] زوجات في ليلة ، قيل : يبتدي بمن شاء ، وقيل : يقرع ، والأول أشبه والثاني أفضل .

أقول : سبق<sup>(٤٣٧)</sup> البحث في هذه المسألة ، وانه مبني على القول بوجوب القسمة ابتداءً أو حتى يبتدي بها ، واختاره المصنف هناك ، فهنا مبني على مذهبه من عدم الوجوب حتى يبتدي بها .

قال رحمه الله : وتسقط القسمة بالسفر وقيل : يقضي سفر النقلة والاقامة دون سفر الغيبة .

أقول : ظاهر المصنف سقوط القسم في السفر مطلقاً ، سواء كان للنقلة ، كمن يريد الانتقال من بلد الى آخر أو سفر عينه<sup>(٤٣٨)</sup> ورجوع فعنده اذا استصحب بعض نسائه في السفر لاقضاء للبواقي مطلقاً ؛ لأن زمان السفر ليس داخلياً في القسم ، ونقل وجوب القضاء في سفر النقلة والاقامة أي زمان الاقامة المنوية التي يجب فيها اتمام الصوم والصلاة ، وهو مذهب العلامة في القواعد ؛ لأن سفر النقلة والتحويل لا يختص باحدها ، فاذا خص واحدة منهن قضا للبواقي ، وايام الاقامة ليست من أيام السفر ، فاذا خص بها احدها قضا للبواقي ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : ويستحب ان يقرع بينهما اذا اراد استصحاب بعضهن ، وهل يجوز العدول عن خرج اسمها الى غيرها ؟ قيل : لا ؛ لأنها تعينت للسفر ،

وفيه تردد .

أقول : القائل هو الشيخ في المبسوط لتعينها بالقرعة والا لأنتفتت فائدة القرعة ، وتردد المصنف من ان هذا الزمان ليس داخلاً في القسم ، فللزواج ان يتخير من شاء للخروج معه ، والأصل بقاء هذا التخيير ؛ لأن القرعة لا توجب ما ليس بواجب ، ولو أراد ترك من خرج اسمها والسفر وحده جاز اجماعاً .  
قال رحمه الله : ولو التمسست عوضاً عن ليلتها فبذله الزوج ، هل يلزم ؟ قيل : لا ؛ لأنه حق لا يتقوم منفرداً فلا يصح المعاوضة عليه .

أقول : هذا قول الشيخ رحمه الله ؛ لأن المعوض عنه كون الزوج عندها وهو لا يقابله عوض ، وهذا هو المشهور بين الأصحاب ، ولا يوجد فيه خلاف ، وانما لم يجزم لاحتمال الجواز ؛ لأنه حق يقبل النقل بالهبة اجماعاً ، وكلما يقبل النقل بالهبة يقبل النقل بالمعوض ، والأول هو المعتمد ، وجزم به العلامة في القواعد ، ونقله في التحرير كنقل المصنف هنا .



## في النشوز

قال رحمه الله : وصورة المهجر أن يحول إليها ظهره في الفراش ، وقيل : أن يعتزل فراشها ، والأول مروى .

أقول : لاخلاف في جواز المهجر مع ظهور امارة النشوز لقوله تعالى : ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ (٤٣٩) وانما الخلاف في كفيته ، قال ابنا بابويه : يحول ظهره اليها في المضجع ليتحقق (٤٤٠) المهجران به ؛ لأن الأمر المطلق لما (٤٤١) يقبل الشدة والضعف ، إنما (٤٤٢) يحمل على اضعف مراتبه ، واقلها تحويل الظهر في الفراش ، وهو المشهور بين الأصحاب .

وقال الشيخ في المبسوط وابن ادريس : يعتزل فراشها . قال العلامة في المختلف : وكلاهما جائز ، ويختلف ذلك باختلاف الحال في السهولة والطاعة وعدمهما ، وهو مذهبه في التحرير أيضاً ، وهو المعتمد ، وفي القواعد نقل لفظ

---

(٤٣٩) - النساء : ٣٤ .

(٤٤٠) - «م» «ن» : لتحقيق .

(٤٤١) - «ن» : لا ، وفي «م» و «ر» : بما .

(٤٤٢) - في الأصل : اما .

المصنف هنا ( فانه قال : فان رجعت والا هجرها في المضاجع بأن يحول ظهره اليها في الفراش وقبل ان يعزل فراشها ، ولا يجوز له ضربها حينئذٍ ، فان تحقق النشوز وامتنعت من حقه جاز له ضربها بأول مرة ، ويقتصر على ما يرجو الرجوع به ، ولا يبرح ولا يدمي انتهى ) (٤٤٣).

وليس الهجر قبل الوعظ فاذا تحقق النشوز والأمتناع من حقه جاز الضرب ، ولا يجوز قبل ذلك ؛ لأن تقدير الآية : فعظوهن ان وجدتم اماراة النشوز واهجروهن ان امتنعن واضربوهن ان اصررن على الامتناع من الحق .  
وصورة الوعظ ان يقول : ( اتقي الله فان حقى عليك واجب والله يعاقبك على تركه ) وما اشبه ذلك .

## في الشقاق

قال رحمه الله : وهل بعثهما على سبيل التحكيم أو التوكيل ؟ الأظهر انه  
تحكيم .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : الذي يقتضيه مذهبنا ان ذلك تحكيم ؛ لأنهم  
رووا ان لهم الإصلاح من غير استئذان ، وليس لهما الفرقة بالطلاق وغيره إلا بعد  
استئذانهما ، ولو كان توكيلاً لكان ذلك تابعاً للوكالة بحسب شرطها .

وبه قال ابن ادريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد لما قاله الشيخ ،  
ولقوله تعالى : ﴿ فابعثوا حكماً من اهلہ وحكماً من اهلہا ان يريدوا اصلاحاً يوفق  
الله بينهما ﴾ (٤٤٤) سماهما حكيمين ، وجعل الارادة لهما دون الزوجين ، ولو كانا  
وكيلين لم يكن لهما ارادة ؛ لأن فعل الوكيل تابع لارادة الموكل .

وقال ابن البراج في الكامل : ان بعثهما على سبيل التوكيل ؛ لأن البضع حق  
الزوج ، والمال حق المرأة ، فليس لأحد الحكمين ان يتصرف فيه الا بولاية عليهما  
او وكالة عنهما ، وهما رشيدان ، فلم يكونا الا وكيلين ، ثم رجع في كتابه المذهب



١٧٠.....كتاب النكاح

الى المذهب الأول ؛ لأنه لا امتناع من اثبات الولاية على الرشيد عند امتناعه من  
اداء الحق .

## في أحكام الأولاد

قال رحمه الله : وان لا يتجاوز أقصى الوضع وهو تسعة اشهر على الأشهر ، وقيل : عشرة أشهر ، وهو حسن يعضده الوجدان في كثير ، وقيل : سنة ، وهو متروك .

أقول : القول بالتسعة هو المشهور بين الأصحاب وهو مذهب الشيخين وسلاّر وابن البراج وابن الجنيد وابن ادريس وظاهر المصنف ، والقول بالعشرة حكاه ابن حمزة ، واستحسنه المصنف ، واختاره العلامة في أكثر كتبه وأبو العباس في مقتصره ، والقول بالسنة هو قول السيد في الانتصار ، وحكاه ابن حمزة ، وهو متروك ، ومستند الجميع ظاهر الروايات<sup>(٤٤٥)</sup> ، والمعتمد اختيار أبي العباس .

قال رحمه الله : ولو وطأ أمته ووطأها آخر فجوراً الحق الولد بالمولى ، ولو حصل مع ولادته امارة يغلب بها الظن انه ليس منه قيل : لم يجز له الحاقه به ولا نفية ، بل ينبغي ان يوصي له بشيء ولا يورثه ميراث الأولاد ، وفيه تردد .

---

(٤٤٥) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١٧ من أبواب أحكام الأولاد ، وكتاب الطلاق ، باب ٢٥ من أبواب العدد .

أقول : القول المشار اليه قول الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة ،  
ومستندهم رواية عبد الله بن سنان « ان رجلاً من الأنصار اتى الصادق عليه  
السلام ، فقال له : اني ابتليت بأمر عظيم ان لي جاريه كنت اطأها ، فوطئتها يوماً  
وخرجت في حاجة بعد ما اغتسلت منها ونسيت نفقة يوم لي فرجعت الى المنزل  
فوجدت غلامي على بطنها ، فعددت لها من يومي ذلك تسعة أشهر فولدت  
جارية ، فقال عليه السلام : لا ينبغي لك ان ( تقدمها ولا تنفيها )<sup>(٤٤٦)</sup> ، ولكن انفق  
عليها من مالك ما دمت حياً ، ثم أوص عند موتك ان ينفق عليها من مالك حتى  
يجعل الله لك ولها مخرجاً »<sup>(٤٤٧)</sup> .

وتردد المصنف من انه اما ان يكون سبب الالتحاق موجوداً فيجب  
الأقرار ، ولا تعارضه الأمانة ؛ لأنها ليست سبباً صالحاً لنفي الولد ، واما ان  
لا يوجد السبب فيجب النفي ولا عبرة بالأمانة ، ومضمون هذه الرواية مناف  
لهذين الأصلين ، فأوجب له التردد .

(٤٤٦) - «م» «ن» «ر» ١ : تقرّبها ولا تباعدها .

(٤٤٧) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥٥ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، حديث ١ .

## في أحكام الولادة

قال رحمه الله : وهل تجب العقيقة ؟ قيل : نعم ، والوجه الاستحباب .  
أقول : المشهور الاستحباب لأصالة براءة الذمة ، وقال السيد المرتضى  
وابن الجنيّد بالوجوب لما رواه علي بن أبي حمزة ، عن العبد الصالح عليه السلام  
« قال : العقيقة واجبة إذا ولد للرجل ولد ، وإن أحب أن يسميه من يومه  
فعل » (٤٤٨) .

وعن أبي بصير ، عن الصادق عليه السلام « قال : سألته عن العقيقة واجبة  
هي ؟ قال : نعم » (٤٤٩) وعن أبي خديجة ، عن الصادق عليه السلام « قال : كل مولود  
مرتته بالعقيقة » (٤٥٠) .

واجب بشده الاستحباب ، وروي عن الباقر عليه السلام « قال : إذا  
ذبحت العقيقة ، فقل : بسم الله وبالله والحمد لله والله أكبر ايماناً بالله وتناءً على

---

(٤٤٨) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٨ من أبواب أحكام الأولاد ، حديث ٥ .

(٤٤٩) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٨ من أبواب أحكام الأولاد ، حديث ٤ .

(٤٥٠) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٣٨ من أبواب أحكام الأولاد ، حديث ٢ .

رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، والعظمة لأمره والشكر لرزقه والمعرفة  
بفضله علينا أهل البيت ، وإن كان ذكراً فقل : اللهم انك وهبت لنا ذكراً وانت اعلم  
بما وهبت ، ومنك ما اعطيت وكل ما صنعنا ، فتقبله منا على سنتك وسنة نبيك  
ورسولك صلى الله عليه وآله واخسأ عنا الشيطان الرجيم لك سفكت الدما  
لاشريك لك والحمد لله رب العالمين » (٤٥١) .

## في الحضانة

قال رحمه الله : فلا يجب على الأم إرضاع الولد ولها المطالبة باجرة إرضاعه ، وله استيجارها اذا كانت بائناً ، وقيل : لا يصح ذلك وهي في حباله ، والوجه الجواز .

أقول : اطلق الأصحاب عدم وجوب<sup>(٤٥٢)</sup> الرضاع على الأم ، وعدم اجبارها عليه ، وقال العلامة في القواعد : تجبر على إرضاع اللبا ؛ لأن الولد لا يعيش بدونه ، وهو المعتمد ، إلا انها تستحق الأجرة عليه جمعاً بين الحقين ، فان اختارت بعد إرضاع اللبا إرضاعه ، والألم تجبر عليه لقوله تعالى : ﴿ فان تعاشرتم فسترضعوا له أخرى ﴾<sup>(٤٥٣)</sup> ، وان أرضعته غير متبرعة استحققت الأجرة سواء كانت في حباله او بائنة عنه على المشهور بين الأصحاب ، وهو المعتمد لعموم قوله تعالى : ﴿ فان أرضعن لكم فاتوهن أجورهن ﴾<sup>(٤٥٤)</sup> .

---

(٤٥٢) - من «م» و «ن» و «ر» .

(٤٥٣) - الطلاق : ٦ .

(٤٥٤) - الطلاق : ٦ .

وقال الشيخ في المبسوط : ان كانت في حباله لم تستحق أجرة ؛ لأن منافعها في كل وقت مستحقة للزوج لعقد النكاح فيما يرجع الى أحكام الوطى وتوابعه ، واذا ملك جميع المنافع لم ينعد الأجارة ، كما لو استأجر غيره لعمل شهر ، ثم استأجره للعمل ذلك الشهر بعينه ، فان الثاني باطل ، وان كانت مطلقة طلاقاً لا يملك الزوج الرجعة فيه فلها ان تعقد على نفسها لرضاع ولدها . الى هنا كلام الشيخ .

وأجاب العلامة بالمنع من تملك الزوج لمنافعها ، وتملكه لوجوه الاستمتاع لا يقتضي تملكه للاسترضاع .

قال رحمه الله : لو ادعى الأب وجود متبرعة وانكرت الأم فالقول قول الأب ؛ لأنه يدفع عن نفسه وجوب الأجرة على تردد .

أقول : المشهور ان القول قول الأب ، وهو قول الشيخ في المبسوط ، وجزم به العلامة في القواعد ، وتردد المصنف من ان دعواه تتضمن سقوط حق الأم من الرضاع والأجرة ، وهي منكرة ، فيكون القول قولها لعموم « اليينة على المدعي واليمين على من أنكر » (٤٥٥) .

ومن ان انكارها لوجود المتبرعة يتضمن اثبات الأجرة في ذمة الأب ، والأصل براءة الذمة ، فصارت هي المدعية ؛ لأنها مدعية خلاف الأصل ، فيكون القول قول مدعي الأصل .

وتعليل المصنف بأنه يدفع عن نفسه الأجرة يريد ما حققناه من ان دعواه مطابقة للأصل ودعواها مخالفة له ، فيكون هي المدعية على تعريفهم ان المدعي هو الذي يدعي خلاف الأصل .

قال رحمه الله : فاذا فصل فالوالد أحق بالذكر ، والأم أحق بالانثى حتى تبلغ

سبع سنين ، وقيل : تسعاً ، وقيل : الأم أحق بها ما لم تزوج ، والأول أظهر .  
أقول : الحضانة ولاية وسلطنة على تربية الولد لكنها بالأنثى البق ، فإذا  
افترق الأبوان وبينهما ولد فتنازعا في حضانتها ، فإن كان بالغا رشيداً فأمره إلى  
نفسه ينضم إلى من شاء ، سواء كان ذكراً أو أنثى ، ولا حق للأبوين فيه إلا أنه  
يكره للأنثى ( مفارقتها لأُمها )<sup>(٤٥٦)</sup> ما لم تزوج الأم أو البنت .

وان كان طفلاً فالأم أحق بالذكر مدة الرضاع ، وبالأنثى إلى سبع سنين ، ثم  
يصير الأب أولى ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال ابن البراج في الكامل ،  
وابن حمزة وابن ادریس ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد .

وقال الشيخ في الخلاف : الأم أحق بالصبي إلى سبع سنين ، وبالبنت حتى  
تتزوج - يعني الأم - فإذا تزوجت الأم سقطت حضانتها ، وبه قال ابن الجنييد .  
وقال ابن البراج في المهذب : الأم أحق بالصبي إلى سبع سنين ، وبالبنت إلى  
تسع .

واستدل الجميع بالروايات<sup>(٤٥٧)</sup> .

قال رحمه الله : فإن فقد الأبوان فالحضانة لأب الأب ، فإن عدم ، قيل :  
كانت الحضانة للأقارب ، وترتبوا ترتيب الأثر نظراً إلى الآية ، وفيه تردد .  
أقول : القول المشار إليه هو قول الشيخ لقوله تعالى : ﴿ وأولوا الأرحام  
بعضهم أولى ببعض في كتاب الله ﴾<sup>(٤٥٨)</sup> .

وتردد المصنف من قول الشيخ ، ومن أن الحضانة حكم شرعي يتوقف على  
الدلالة الشرعية ، ومنع ابن ادریس من حضانة غير الأب والأم ، ومع فقدهما

(٤٥٦) - «م» «ر» : « مفارقة أمها .

(٤٥٧) - الواسئل ، كتاب النكاح ، باب ٨١ من أبواب أحكام الأولاد .

(٤٥٨) - الأنفال : ٧٥ .



الجدة للأب ، ونسب قول الشيخ الى تخريجات المخالفين ، والعلامة اختار مذهب الشيخ ، وهو المعتمد .

فرع : اذا سقطت حضانة الأم لتزويجها أو لانتهاء المدة لم يمنع من الأجتماع بأمه ، فالذكر يذهب اليها ، والجارية تأتي امها اليها من غير اطالة ولا انبساط في بيت مطلقها ، ولو فعلته كان مكروهاً غير محرم ، ولو مرض الولد لم تمنع الأم من تمريضه ، ولو مرضت الأم لم يمنع الولد من التردد اليها ذكرأ كان أو انثى ، ولو مات الولد حضرتها امه وتولت أمره واخرجه ، ولو ماتت الأم حضرها الولد .

قال رحمه الله : اذا طلبت للرضاع الأم اجرة زائدة على غيرها فله تسليمه الى الأجنبية ، وفي سقوط حضانة الأم تردد ، والسقوط أشبه .

أقول : منشؤه من ان الحضانة والرضاعة حقان متغايران ، ولا يلزم من سقوط احدهما سقوط الآخر ، ومن حصول الضرر على الطفل بنقله كل يوم من الأم الى المرضعة ومنها الى الأم ، فيشوش الولد لذلك ، ولأنها لما اسقطت حقها من الرضاع بطلب الزيادة كانت مسقطه لحقها من الحضانة لكونها تابعة للرضاع ، والمصنف اختار السقوط ، وفخر الدين اختار عدمه ، وهو اختيار العلامة في التحرير الا ان يتعذر حمل الصبي الى المرضعة ويتعذر مجيئها الى امه لترضعه عندها فتسقط الحضانة حينئذ ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا تزوجت سقطت حضانتها فان طلقها رجعيه فالحكم باق وان بانت منه ، قيل : لم ترجع حضانتها ، والوجه الرجوع .

أقول : القائل بعدم الرجوع ابن ادريس ؛ لأن ولايتها قد زالت بالتزويج وعودها يحتاج الى دليل ، وقال الشيخ : تعود الولاية بالطلاق البائن ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد لزوال المانع بزوال التزويج ، ولأن الحضانة جعلت إرفاقاً بالصبي ، فاذا تزوجت الأم خرجت باشتغالها بزواجها وحقوقه عن

الحضانة للطفل ؛ لأنها ربما منعت الزوج بعض حقوقه لو حضنته ، فإذا طلقت زال  
المانع فتعود الولاية .



## في النفقات

قال رحمه الله : وفي وجوب النفقة بالعقد أو بالتمكين تردد، أظهره بين الأصحاب وقوف الوجوب على التمكن .

أقول : منشؤه من أن مطلق العقد غير كاف في وجوب النفقة كسقوط<sup>(٤٥٩)</sup> نفقة الناشز اجماعاً ، فصار مشروطاً بالتمكين فلا يجب قبله لأصالة براءة الذمة ما لم يعلم السبب الشاغل لها ، وهو غير متحقق قبل التمكن .

ومن عموم الآيات<sup>(٤٦٠)</sup> والروايات<sup>(٤٦١)</sup> الدالة على وجوب النفقة بالعقد حتى يتحقق النشوز ، والمعتمد عدم الوجوب قبل التمكن ، وهو مذهب ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة في التحرير والأرصاد .

ويتفرع على الاحتمالين فروع :

الأول : لو تعاقد النكاح ولم يطالبها ولا بذلته بأن<sup>(٤٦٢)</sup> قالت : ( سلمت نفسي

---

(٤٥٩) - «م» «ن» «ر» : لسقوط .

(٤٦٠) - البقرة : ٢٣٣ ، الطلاق : ٧ ، النساء : ٣ و ٢٤ .

(٤٦١) - الوسائل ، كتاب النكاح باب ( ١ ، ٢ ، ٤ ، ٦ ) من أبواب النفقات .

(٤٦٢) - «م» «ن» «ر» : فان .

اليك) بل سكتنا ومضى زمان ، لم يكن لها نفقة عن ذلك الزمان على القول باشتراط التمكين ؛ لأن النفقة تجب بالتمكين لا بامكانه ، وعلى القول بأن الشرط عدم النشوز يجب نفقة ذلك الزمان لعدم تحقق النشوز قبل الطلب والأمتناع .

الثاني : لو سافر قبل التمكين لم يستحق شيئاً على اشتراطه ، فان حضرت عند الحاكم وبذلت التمكين لم تستحق شيئاً قبل اعلامه ووصوله أو وكيله ، ويجب عليه<sup>(٤٦٣)</sup> المبادرة بعد العلم ، وان علم ولم يبادر ولم ينفذ وكيله مع الأمكان سقط عنه بقدر وصوله والزم بما زاد .

الثالث : لو تنازعا في التمكين كان عليها اقامة البينة على القول بأنه شرط ، وعلى القول بأن الشرط عدم النشوز كان عليه اقامة البينة بالنشوز .

قال رحمه الله : أما لو كانت كبيرة وزوجها صغيراً قال الشيخ لانفقة لها ، وفيه اشكال ، منشؤه تحقق التمكين من طرفها ، والأشبه وجوب الاتفاق .

أقول : قال الشيخ في المبسوط والخلاف اذا كان الزوج كبيراً والمرأة صغيرة او بالعكس ، فلا نفقة ، وتبعه ابن البراج في المذهب لأصالة براءة الذمة . وقال ابن الجنييد بسقوط النفقة عن الزوج مع صغر الزوجة وان كان الزوج كبيراً ، وجوبها للزوجة الكبيرة وان كان الزوج صغيراً . وبه قال ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد .

أما سقوط نفقة الصغيرة ؛ لأن الموجب للنفقة التمكين<sup>(٤٦٤)</sup> التام المستند إلى العقد الصحيح ، وهو غير معلوم الثبوت هنا ، واذا لم يعلم وجود السبب لم يعلم وجود المسبب .

وأما وجوب النفقة للكبيرة مع صغر الزوج اذا حضرت عند الحاكم وبذلت

(٤٦٣) - في الأصل : عليها .

(٤٦٤) - «م» «ن» «ر» «١» : التمكين .

التمكين فلو جود المقتضي ، وهو التمكين التام من طرفها المستند الى العقد الصحيح ، وتعذر الوطي من طرفه لا يسقط حقها مع تمكينها كالمریض .

قال رحمه الله : وتسقط نفقة الباین وسكنها سواء كانت عن طلاق او فسخ ، نعم لو كانت المطلقة حاملا لزم الأنفاق علیها حتى تضع ، وكذا السكنى ، وهل النفقة للحمل او لأمه ؟ قال الشيخ رحمه الله : هي للحمل ، وتظهر الفائدة في مسائل .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : قيل : فيه قولان احدهما النفقة لها لأجل الحمل ، وهو اصحبها عند المخالف ، والثاني النفقة للحمل وهو اقواهما عندي ، واختاره العلامة في المختلف ؛ لأنها لو كانت حائلا لم يكن لها نفقة ، واذا كانت حاملا كان لها النفقة ، وهي دائرة معه وجوداً وعدماً فتكون له ، ولأنه لما كانت النفقة له اذا كان منفصلاً ، فهي له اذا كان متصلاً .

احتج المخالف بأن نفقتها مقدرة بحال الزوج وكانت لها دون الحمل ؛ لأن نفقة الأقارب غير مقدرة ، فلما كانت نفقتها مقدرة دل على انها للزوجة ، ولأنها لو كانت للحمل لوجب على الجد مع فقد الأب ، فلما لم تجب علیه دل على انها لها . وفائدة الخلاف تظهر في أماكن .

أ- اذا تزوج الحرأمة وشرط مولاها رق الولد ثم ابانها الزوج ، فعلى القول بأنها للحمل ، نفقتها على سيدها ؛ لأنه مالك الولد ، وعلى القول بأنها للزوجة فهي على الزوج .

ب- اذا تزوج العبد بكرة أو بأمة ، ثم اشترط سيده رق الولد لنفسه ثم ابانها وهي حامل ، فعلى القول بأن النفقة للحمل فهي على سيد العبد ، وعلى القول بأنها للزوجة فهي اما على سيده او في كسب العبد على الخلاف .

ج- اذا تزوج العبد بكرة أو بأمة ولم يشترط سيده رق الولد ثم ابانها وهي

حامل فالولد هنا حر ، فعلى القول بأن النفقة للولد فهي على الزوجة ؛ لأن المملوك لا يجب عليه نفقة أقاربه ، ومن قال للزوجة فهي في كسب العبد أو في ذمة مولاه على الخلاف .

د - إذا كان النكاح فاسداً فافتقرا لفساد النكاح وهي حامل ، فعلى القول بأن النفقة للحمل فهي على أبيه ، وعلى القول بأنها للزوجة فليس عليه شيء ؛ لأن النفقة للمعتدة من نكاح صحيح دون النكاح الفاسد ، وإنما يتساوى الصحيح والفاسد في حقوق النسب خاصة وسقوط الحد .

هـ - لو أخر الدفع ومضى زمان علم فيه الحمل وجب القضاء على القول بأنها للزوجة ، ولا يجب على القول بأنها للحمل ؛ لأن نفقة الأقارب لا تقضى .

و - لو لم ينفق عليها ثم اسقطت الحمل فعلى القول بأنها للزوجة بشرط الحمل ترجع عليه بالنفقة من حين الطلاق إلى حين الأسقاط ، وعلى القول بأنها للحمل لم ترجع عليه بشيء ، ولو انفق عليها ثم اسقطت لم يرجع عليها بشيء على القولين ، وتسقط النفقة بعد الاسقاط على القولين أيضاً .

قال رحمه الله : وفي الحامل المتوفى عنها زوجها روايتان أشهرهما أنه لا نفقة لها ، والأخرى ينفق من نصيب ولدها .

أقول : الرواية المتضمنة للنفقة رواية أبي الصباح <sup>(٤٦٥)</sup> الكتافي ، عن الصادق عليه السلام « قال ينفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها » <sup>(٤٦٦)</sup> وبمضمونها أفتى الشيخ في النهاية وابن البراج وابن الجنييد وابن حمزة وأبو الصلاح والرواية المتضمنة لعدم النفقة حسنه الحلبي ، عن الصادق عليه السلام « قال : المرأة الحبلى

(٤٦٥) - «م» «ن» «ر» : الصلاح .

(٤٦٦) - الوسائل . كتاب النكاح ، باب ١٠ من أبواب النفقات ، حديث ١ .

المتوفى عنها لا نفقة لها» (٤٦٧) وبمضمونها افقئ الحسن بن أبي عقيل وابن ادريس ، وهو اختيار العلامة وابنه وأبو العباس ، وهو المعتمد ؛ لأن الأصل عدم وجوب النفقة في مال الغير ما لم يحصل الدليل الشرعي ، ولأن الحمل لا يملك مستقراً ، بل ملكه مشروط بانفصاله حياً ، وهو غير متحقق لجواز سقوطه ميتاً ، فيرجع نصيبه الى باقي الورثة ، فيكون هذا الاتفاق قبيحاً لاشتغاله على التغرير بمال الغير ، ولأن نسبة الملك الى الحمل على سبيل المجاز ، وانما يجب الاتفاق فيما يملكه المنفق حقيقة ، وهو قبل انفصاله لم يملك شيئاً حقيقة .

قال رحمه الله : وفي تقدير الأ طعام خلاف فمنهم من قدره بمد للرفيعه والوضيعة من الموسر والمعسر ، ومنهم من لم يقدر واقتصر على سد الخلة ، وهو أشبه .

أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

أ - التقدير بحال الزوج لاجبالها ، فان كان موسراً فعليه مدان في كل يوم ، وان كان متوسطاً متجعلاً فمد ونصف ، وان كان معسراً فمد ، وهو قول الشيخ في المبسوط .

ب - قوله في الخلاف ، وهو التقدير بمد للموسر والمعسر ، واستدل باجماع الفرقه واخبارهم .

ج - قول ابن ادريس ، قال : نفقة الزوجات عندنا غير مقدرة بلا خلاف إلا من شيخنا أبي جعفر في مسائل خلافه ، فانه ذهب الى انها مقدرة ، ومبلغها مد ، وقدره رطلان وربع ، واستدل باجماع الفرقه واخبارهم ، وهذا عجيب منه رضي الله عنه والسبر بيننا وبينه ، فان اخبارنا لم يرد فيها خبر بتقدير نفقة ، وأما اصحابنا المصنفون فما يوجد لأحد منهم في تصنيف له تقدير النفقة الا من قلده



وتابعه ، والدليل على أصل المسألة قوله تعالى : ﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾ <sup>(٤٦٨)</sup> ، أي بما يتعارف الناس ، وايضاً الأصل براءة الذمة من التقدير ، فن ادعى شيئاً بعينه فانه يحتاج الى دليل ، ولا دليل عليه من كتاب ولا سنة <sup>(٤٦٩)</sup> . الى هنا كلام ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد . قال رحمه الله : ولو دفع اليها كسوة لمدة جرت العادة ببقائها اليها صح ، ولو اُخِلقتها قبل المدة لم يجب عليه بدلا ، ولو انتقضت المدة والكسوة باقية طالبت به بكسوة لما يستقبل .

أقول : تحقيق هذا الكلام يحتاج الى معرفة الأصل الذي يبنى عليه وهو ان الكسوة هل هي امتاع أو تمليك ؟ يحتمل الأول ؛ لأن المقصود من الكسوة يحصل بالامتاع دون التمليك ، ولأن الأصل براءة الذمة من وجوب التمليك فيكون امتاعاً كالمسكن ، وجزم به العلامة في الارشاد .

ويحتمل الثاني لمطف الكسوة على الرزق في الآية ، وهي قوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ <sup>(٤٧٠)</sup> وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه ، ولا شك في تمليك الرزق فكذا الكسوة للمعطوف عليه ، وهو اختيار العلامة في القواعد وابنه في شرحه .

اذا عرفت هذا ، فاذا دفع اليها كسوة لمدة كما فرضه المصنف فاخلفتها قبلها ، فالعلامة في القواعد بنى استحقاق المطالبة بغيرها قبل انقضاء المدة ، وعدمه على القولين ، جعل لها المطالبة على القول بالامتاع ، والعدم على القول بالتمليك ، ومع انقضاء المدة والكسوة باقية أوجب لها غيرها على القول بالتمليك ، ولم

(٤٦٨) - النساء : ١٩ .

(٤٦٩) - السرائر ٢ : ٦٥٥ .

(٤٧٠) - البقرة : ٢٣٣ .

يوجب شيئاً على القول بالامتناع ، ثم فرّع على المذهبين ما لو طلقها او مات احدها قبل مضي المدة ، فعلى القول بالامتناع تكون الكسوة للزوج ، وعلى القول بالتليك يحتمل اختصاصها بها كما لو دفع لها نفقة يوم ثم طلقها او مات احدها قبل مضيها ، فانها تملك مجموع النفقة اجمالاً ، وكذلك الكسوة ، ويحتمل التشريك على قدر المدة<sup>(٤٧١)</sup> بين الماضية والمستقبلية ، وهو اختيار فخر الدين ، ويكون للزوجة او ورثتها ما قابل الماضية ، وللزوج او ورثته ما قابل المستقبلية ؛ لأنه انما ملكها اياها لمجموع المدة بسبب الزوجية المقتضية لوجوب الكسوة .

وقد ظهر انتفاء الزوجية في بعضها ، فوجب ان يكون مقسومة على المدتين فان كان الماضي نصف المدة كان لها نصف ما بقي من الكسوة ، وان كان ثلث المدة كان لها ثلث الباقي ، وهكذا .

فاذا تحقق هذا كان كلام المصنف متناقضاً ؛ لأنه منعه من غيرها اذا اخلقتها قبل مضي المدة المضروبة ، واوجب عليه غيرها بعد المدة وان كانت الأولى باقية ، وهو بناء على القول بالتليك ، كما قاله العلامة في قواعده ، ثم قال المصنف : ( ولو سلم اليها نفقة لمدة ثم طلقها قبل انقضائها استعاد نفقة الزمان المتخلف الا نصيب يوم الطلاق ، اما الكسوة فله استعادتها ما لم تنقص المدة المضروبة لها ) وانما يستعاد مجموع الباقي من الكسوة على القول بأنها امتناع على ما تقدم من كلام العلامة ، فقد ظهر مناقضة كلام المصنف رحمه الله .

قال رحمه الله : ولا ينفق على بائن غير المطلقة [ الحامل ] ، وقال الشيخ : ينفق لان النفقة للولد .

أقول : البائن غير المطلقة كالمعتدة من نكاح الشبهة او الملاعة اذا كانت حاملاً ثم اعترف بالحمل ، قال الشيخ : ينفق عليها ؛ لأن النفقة للحمل ، وقد

سبق (٤٧٢) البحث في ذلك .

قال رحمه الله : نفقة زوجة المملوك تتعلق برقبته ان لم يكن مكتسباً ويبيع منه في كل يوم بقدر ما يجب عليه ، وقال آخرون : يجب في كسبه ، ولو قيل : يلزم السيد لوقوع العقد بأذنه كان حسناً .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : اذا تزوج باذن مولاه وكان مكتسباً فالنفقة في كسبه ويكون اذن السيد في التزويج اذنا في تعلق نفقة الزوجة بكسبه ، وان لم يكن مكتسباً قال قوم : يتعلق برقبته ؛ لأن الوطي في النكاح بمنزلة الجناية ، ومنهم من قال : يتعلق بذمته ؛ لأنه حق لزم باختيار من له الحق ، فكان في ذمته كالقرض ، والأول اليق بمذهبنا .

ثم قال : فمن قال : يتعلق برقبته على ما اخترناه قال ان امكن ان يبيع منه كل يوم بقدر ما يجب عليه من النفقة فعل ، وان لم يمكن بيع كله كما قيل في الجناية ووقف ثمنه ينفق عليها منه ، وقد انتقل ملك سيده عنه الى ملك سيد آخر .  
وقال ابن ادريس : النفقة على السيد ؛ لأنه اذن في شيء فيلزمه توابعه . واختاره المنصف والعلامة .

وقال ابن حمزة : اذا كان العبد مكتسباً تخير السيد بين جعل النفقة من كسبه والأفناق من خالص ماله . واختاره العلامة في المختلف ؛ لأن السيد مخير في جهات القضاء كالدين ، وهو قول ابن ادريس ؛ لأن كسب العبد مال السيد ، فان وفي بالنفقة ، والاقم السيد من خاصه (٤٧٣) .

قال : وقال رحمه الله : ولو كان مكاتباً لم تجب نفقة ولده من زوجته ويلزمه نفقة الولد من امته ؛ لأنه ماله ، ولو تحرر منه شيء كانت نفقته في ماله

بقدر ما تحرر منه .

أقول : الضمير في قوله ( قال رحمه الله ) عائد الى الشيخ رحمه الله ، وهذه المسألة لم اجد فيها خلافا ، الا ان المصنف نقلها عن الشيخ وكذلك العلامة في التحرير ، وجزم بها في القواعد ، والمراد بالزوجة المنكوحة بالعقد سواء كانت حرة أو أمة او مكاتبة ، فان ولده منها لا يجب نفقته عليه ؛ لأن نفقة الأقارب انما تجب مع اليسار ، والمكاتب المشروط او المطلق الذي لم يتحرر منه شيء غير موسر ؛ لأن جميع ما في يده لسيده ، ولهذا لو رد في الرق كان الجميع له ، فان كانت الأم حرة كانت النفقة عليها مع يسارها ، ومع إعسارها او فقدها وفقد من يقوم مقامها من الأجداد فعلى بيت المال ، وان كانت أمة او مكاتبة فالنفقة تابعة للملك الولد ، فمن كان ملكه كانت نفقته عليه ، واما وجه وجوب نفقته على ولده من امته ؛ لأن المكاتب له ابتياع الرقيق ؛ لأن له تنمية المال ، فاذا ابتاع امه لم يجز له وطأها ؛ لأن في ذلك تغريرا لمال سيده ، فان اذن له جاز فان وطأها باذن سيده او بغير اذنه فالولد لاحق به ، اما مع الأذن فظاهر ، واما مع عدمه فلحصول الشبهة فهو وطى لا يجب فيه الحد ، وكل وطى يسقط فيه الحد عن الوطنيء فالنسب لاحق به والولد هنا مملوك ؛ لأنه تولد من مملوكين ، فيكون مملوكاً لأبيه <sup>(٤٧٤)</sup> ؛ لأنه ولد امته ، ولا يعتق عليه ؛ لأنه ناقص الملك ، ولا يجوز له بيعه ؛ لأن الشرع منع من بيع الآباء والأولاد ، ولا يملك عتقه ؛ لأن فيه ائتلاف لمال سيده ، بل يوقف فان ادعى الأب وتحرر تحرر الولد ، وان استرق الأب استرق الولد ، وعليه نفقته ؛ لأن المكاتب يجب عليه نفقة رقيقه ؛ لأن التنمية لا يحصل الا بها .

ولو تحرر من الأب شيء كان عليه من نفقة ولده من الحرية بقدر ما تحرر منه ، والباقي على الأم .



## في نفقة الأقارب

قال رحمه الله : تجب النفقة على الأبوين والأولاد اجماعاً وفي وجوب الاتفاق على آباء الأبوين وامهاتهم تردد ، اظهره الوجوب .  
أقول : فتاوي الأصحاب كلها متطابقة على وجوب الاتفاق على الأبوين وإن علوا والأولاد وإن نزلوا ، وتردد المصنف فيما علا من الآباء لعدم صدق الأبوة عليهم حقيقة وإن صدقت مجازاً ؛ ولأصالة براءة الذمة وهو مذهب مالك ، والمعتمد الأول .

وأوجبها الشيخ لكل وارث والمعتمد الاقتصار على العمودين .  
قال رحمه الله : ويشترط في وجوب الاتفاق الفقر وهل يشترط العجز عن الأكتساب ؟ الأظهر اشتراطه .

أقول : وجه الاشتراط قد ذكره المصنف ، ووجه عدم الاشتراط صدق اسم الفقر عليه ؛ لأن الفقير هو الذي لا مال له ، وهذا كذلك ، والمعتمد الاشتراط ، والمراد التكسب اللائق بحاله ، فلو كان قادراً على مكسب غير لائق بحاله ولا مروءته وجب الاتفاق عليه ولا يكلف ذلك ، وعلى القول إن التكسب

غني لا يجب عليه الأنفاق على 'قريبه المعسر'، ويجب عليه التكسب لذلك .  
 تنبيه : قال فخر الدين رحمه الله : فائدة : المانع من الأثر كالرق والقتل  
 والكفر مانع من وجوب الأنفاق ، قلت : اما الرق فسلم لانزاع فيه ، واما الكفر  
 فجميع الأصحاب اوجبوا النفقة على 'القريب' وان كان كافراً ، وبه قال أبوه في  
 قواعده وتحريره ، وأما القتل فانما يتصور الأنفاق بعده من المتقرب اليه بالمقتول ،  
 ولم يتعرض الأصحاب لاسقاط نفقه القريب لغير الرق ؛ لأنها تجب على 'مولاه'  
 دون قريبه ، فاذا حصل القرابة والفقر وجبت النفقة على 'القريب الغني' ما لم يعلم  
 سقوطها ، وهو غير معلوم بغير الرق ، فيثبت الوجوب .

كتاب الطلاق





## في المطلق

قال رحمه الله : فلا اعتبار بعبارة الصبي قبل بلوغه عشرًا ، وفيمن بلغ عشرًا عاقلًا وطلق للسنة رواية بالجواز فيها ضعف .

أقول : الرواية إشارة إلى ما رواه الصدوق في كتابه عن زرعة عن سماعة ، « قال : سألت عن طلاق الغلام ولم يحتلم وصدقته ؟ قال : إذا طلق للسنة ووضع الصدقة في موضعها وحققها فلا بأس »<sup>(١)</sup> ، وهو جائز ، ورواية ابن بكير عن الصادق عليه السلام ، « قال يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين »<sup>(٢)</sup> وبمضمونها أفق الشيخان وابن البراج وابن حمزة ، ومنعه ابن ادريس لضعف سند الرواية ، لأن سماعة واقفي ، وابن بكير ملعون كذاب ، وهو واقفي أيضاً ، مع المعارضه بروايات<sup>(٣)</sup> أصح طريقا ، وكون الصبي محجورا عليه قبل البلوغ ، فلا يصح طلاقه قبل البلوغ وهو المعتمد .

---

(١) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٣٢ من أبواب مقدمات الطلاق ، حديث ٧ - والفقيه ، كتاب الطلاق ، باب ١٥٧ في طلاق الغلام حديث ١ .  
(٢) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٣٢ من أبواب مقدمات الطلاق ، حديث ٦ .  
(٣) - في «م» و «ن» و «ر» ١ : (برواية) . لاحظ المصدر المتقدم .

قال رحمه الله : فلو بلغ فاسد العقل <sup>(٤)</sup> طلق وليه مع مراعاة الغبطة ومنع منه قوم ، وهو بعيد .

أقول : جواز طلاق الولي عن بلغ فاسد العقل مع مراعاة الغبطة مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج وابن الجنييد ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأن الحاجة تشتد إليه وتدعو الضرورة الى إيقاعه ، وهو غير ممكن من المجنون <sup>(٥)</sup> لسلب أهلية التصرفات عنه ، فلو لم يشرع للولي ذلك لزم الضرر الدائم على المجنون ، وعلى الزوجة أيضاً وهو منفي بقوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » <sup>(٦)</sup> ، ولهم عليه روايات <sup>(٧)</sup> .

ومنع ابن ادريس ، لقوله عليه السلام : « الطلاق بيد من اخذ بالساق » <sup>(٨)</sup> ، والأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : وتجوز الوكالة في الطلاق للغائب اجماعاً ، وللحاضر على الأصح .

أقول : منع الشيخ في النهاية ، وابن حمزة وابن البراج من وكالة الحاضر في البلد ، لرواية زرارة عن الصادق عليه السلام ، « قال : لا يجوز الوكالة في الطلاق » <sup>(٩)</sup> ، قال الشيخ في التهذيب والاستبصار <sup>(١٠)</sup> : وهذا الحديث لا ينافي

(٤) - وفي نسخة في الأصل زياده في المتن بعد قوله (ره) فاسد العقل : فيطلق عنه الولي مع الغبطة ، فان فقد فالوصي ، فان فقد فالحاكم ، فلو تجدد جنونه بعد عقله ورشده فالولاية عليه للحاكم .

(٥) - في الأصل الجنون وباقي النسخ على ما اثبتناه .

(٦) - الوسائل ، كتاب احياء الموات ، باب ٧ ، حديث ٢ ، وكتاب الموارث ، باب موانع الأثر ، حديث ١٢ . وفي «م» : (ولا اضرار) بدل (ولا ضرار) .

(٧) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٣٥ من أبواب مقدمات الطلاق .

(٨) - كنز العمال : ج ٥ ، ص ١٥٥ ، حديث ٣١٥١ .

(٩) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٣٩ من أبواب مقدمات الطلاق ، حديث ٥ . وفي الأصل

الأخبار الأولى<sup>(١١)</sup>؛ لأننا نحمل هذا الخبر على الحال التي يكون الرجل فيها حاضراً غير غائب عن بلده، فانه متى كان الأمر كما وصفناه لم تجز وكالته في الطلاق .  
وابن ادريس يجوز<sup>(١٢)</sup> الوكالة مطلقاً، وهو الممول<sup>(١٣)</sup> عليه عند المتأخرين، لأصالة الصحة، ولعدم اشتراط وقوعه من مباشر معين، فاذا جاز<sup>(١٤)</sup> الوكالة للغائب جاز للحاضر، ولهم عليه روايات<sup>(١٥)</sup>، وهو المعتمد .  
قال رحمه الله : ولو وكلها في طلاق نفسها قال الشيخ : لا يصح ، والوجه الجواز .

أقول : حجة الشيخ ( رحمه الله ) أن القابل لا يكون فاعلاً، وهي<sup>(١٦)</sup> مفعول بها<sup>(١٧)</sup> الطلاق فلا تكون فاعله، وجوزه ابن ادريس والمتأخرون ؛ لأن كل فعل قبل النيابة لا يشترط فيه خصوصية النائب، وهو المعتمد .  
قال رحمه الله : لو قال : طلي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة ، قيل : يبطل ، وقيل : يقع واحدة ، وكذا لو قال : طلي واحدة فطلقت ثلاثاً ، قيل : يبطل ، وقيل : يقع واحدة ، وهو أشبه .  
أقول : قال الشيخ في الخلاف ، بعدم وقوع شيء لمخالفتها أمر الموكل ،

زيادة قوله (الحاضر) في ذيل الرواية .

(١٠) - هذه الكلمة من الأصل وليست في النسخ .

(١١) - في «م» : الدالة .

(١٢) - في النسخ : ( جوز ) .

(١٣) - في الأصل و «م» : الممول .

(١٤) - كذا

(١٥) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٣٩ من أبواب مقدماته وشرائطه .

(١٦) - في الأصل : وهي .

(١٧) - هذه الكلمة ليست في «ن» .

واختاره فخر الدين وهو قوي ، لاختلاف الحكم بين ما أمرها به <sup>(١٨)</sup> وبين ما أوقعته ، لأن البائن تقتضي اسقاط النفقة والرجعة و(الطَّلَق) <sup>(١٩)</sup> ، الواحدة تقتضي ثبوتها ، وربما كان <sup>(٢٠)</sup> غرضه متعلق بحكم ما أمرها به ، وقد أوقعت ضده فلا يقع صحيحاً .

وقيل : يقع <sup>(٢١)</sup> واحدة في الصورتين ، لأن الأذن في الثلاثة يستلزم الاذن في <sup>(٢٢)</sup> الواحدة قطعاً ، فإذا فعل الوكيل بعض المأمور به لا يجب عليه فعل الباقي ، ويصح ما فعله لكونه مأموراً به ، وكذلك لو أمرها بواحدة فأوقعت ثلاثاً ؛ لأنها أوقعت المأمور به وغيره فيصح المأمور به ويبطل غيره ، واختاره المصنف والعلامة .

(١٨) - هذه الكلمة ليست في الأصل .

(١٩) - هذه الكلمة ليست في «ن» و «ر» .

(٢٠) - ليست في الأصل .

(٢١) - في النسخ : يصح .

(٢٢) - هاتان الكلمتان ليستا في الأصل .

## في المطلقة

قال رحمه الله : ومن فقهاءنا من قدر المدة التي يسوغ معها طلاق الغائب بشهر ، عملاً برواية يعضدها الغالب في الحيض ، ومنهم من قدرها بثلاثة أشهر ، عملاً برواية جميل عن أبي عبد الله عليه السلام ، والمحصل ما ذكرناه .  
أقول : اختلف علماؤنا في قدر المدة التي يسوغ معها طلاق الغائب على خمسة مذاهب (٢٣) .

الأول : عدم وجوب الانتظار وجواز الطلاق في أي وقت شاء ، وهو مذهب المفيد وسلاح وعلي بن بابويه وأبي الصلاح وابن أبي عقيل ، ومستندهم صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليها السلام ، « قال سألت عن الرجل يطلق امرأته وهو غائب ؟ قال : يجوز طلاقه على كل حال ، وتمتد المرأة من يوم طلقها (٢٤) » .

الثاني : عدم جوازه قبل مضي شهر ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، وبه

---

(٢٣) - في «ن» : أقوال .

(٢٤) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٢٦ من أبواب مقدماته ، حديث ١ .

قال ابن حمزة ، والمستند رواية أسحاق<sup>(٢٥)</sup> بن عمار .

الثالث : عدم جوازه قبل مضي ثلاثة أشهر ، وهو مذهب ابن الجنيد واختاره العلامة في المختلف ، لصحيفة جميل بن دراج<sup>(٢٦)</sup> .

الرابع : تحديد أقل المدة بشهر ، وأوسطها بثلاثة أشهر ، وأقصاها بخمسة أشهر أو ستة ، وهو مذهب محمد بن بابويه ، والمستند رواية اسحاق<sup>(٢٧)</sup> بن عمار .  
الخامس : اعتبار مدة يعلم إنتقالها من طهر الواقعة إلى آخر بحسب عاداتها ، والمراد بالعلم هنا غلبة الظن المستند الى العادة التي يعلمها من شأنها<sup>(٢٨)</sup> ، وهو مذهب ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والأرشاد والتحرير ، ووجه الجمع بين الروايات<sup>(٢٩)</sup> ، فاذا علم انتقالها من طهر الى آخر صح طلاقها وإن صادف الحيض ، وكذا اذا علم حيضها حالة الطلاق ، أما لو رجع من غيبته فوجدها حائضاً فانه لا يصح طلاقها ، ولو علم انتقالها في حال الغيبة من طهر الى آخر لعموم<sup>(٣٠)</sup> منع الحاضر من طلاق الحائض .

قال رحمه الله : ولو كان له زوجتان او زوجات فقال : زوجتي طالق ، فان نوى معينة صح ويقبل تفسيره ، وإن لم ينو . قيل : يبطل الطلاق ، لعدم التعيين ، وقيل : يصح ، وتستخرج بالقرعة وهو أشبه .

أقول : اختلف الأصحاب في اشتراط تعيين المطلقة بالأسم أو الإشارة او

(٢٥) - المصدر السابق ، حديث ٣ .

(٢٦) - المصدر السابق ، حديث ٧ .

(٢٧) - المصدر السابق ، حديث ٨ إلا أنه لم يتضمن الشهر الواحد ، لكن الحديث رقم (٣) المقدم يتضمن ذلك .

(٢٨) - في «ن» : نسائها .

(٢٩) - الوسائل ، الباب ٢٦ من أبواب مقدمات الطلاق .

(٣٠) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، لاحظ أحاديث الباب ٩ والباب ٢٥ من أبواب المقدمات .

القصد ، والمشهور اشتراطه ، وهو مذهب المفيد والسيد والشيخ في أحد قوليهِ ، واختاره العلامة في المختلف والتحرير ، وابنه في شرح القواعد ، وأبو العباس في شرح المختصر ، وهو المعتمد .

ولم يشترطه الشيخ في موضع من المبسوط ، وابن البراج ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والأرشاد ، ويكفي قوله إحدى نسائي طالق أو إحداهن<sup>(٣١)</sup> أو امرأتي طالق<sup>(٣٢)</sup> ، من غير قصد ، ثم يعين بعد ذلك .

احتج الأولون بأن الطلاق أمر معين فلا بد من محل معين ، لاستحالة وقوع المعين في المجهول ، ولأن توابع الطلاق كالعدة لا بد له من محل معين .

وأحتج الآخرون بعموم النص<sup>(٣٣)</sup> ، وإن احداهما زوجة وكل زوجة يصح طلاقها ، وفيه نظر ؛ لأن الكبرى ممنوعة وهي قولهم : وكل زوجة يصح طلاقها ؛ لأن من الزوجات ما لا يصح طلاقها كزوجة الصبي ، وزوجة الحاضر إذا كانت حائضاً .

تنبيه :

على القول بوقوعه مع عدم التعيين ، هل الواقع سبب مؤثر في بينونه حالة الوقوع ، أو أثر له صلاحية التأثير عند وقوع<sup>(٣٤)</sup> التعيين ؟ كلاهما محتمل .

ويتفرع على ذلك فروع :

أ- يجب عليه<sup>(٣٥)</sup> التعيين ويطالب به ويحبس عليه على الأول ، دون الثاني ، ويجب الاتفاق على الاحتمالين معاً ، ولا فرق بين البائن والرجعي .

(٣١) - في النسخ : احداكن .

(٣٢) - هذه الكلمة في «ن» .

(٣٣) - الطلاق : ١ .

(٣٤) - هذه الكلمة من الاصل وليست في النسخ .

(٣٥) - في الأصل : عليهما ، وفي «م» : (عليه) .



ب - يجب العدة من حين التلفظ بالطلاق على الأول ، وهو الذي قواه الشيخ في المبسوط ، ومن حين التعيين على الثاني ، وهو اختيار العلامة .

ج - التعيين بالقرعة على الأول ، وهو مذهب المصنف ، وباختيار المطلق على الثاني ، وهو اختيار القواعد .

د - يحرم عليه الجميع حتى ( يعين على الأول ) (٣٦) ، كما لو اشتبهت زوجته بأجنبية ، وعلى الثاني الكل زوجات يباح (٣٧) نكاحهن حتى يعين .

هـ - لو وطئ واحدة وجب تعيين الطلاق في غيرها على الأول ، ويجوز أن يعينها على الثاني .

و - الفرع الذي ذكره المصنف ، وهو قوله : هذه طالق أو هذه (٣٨) فعلى إشتراط التعيين يبطل الطلاق ، وعلى القول ( بعدمه يعين للطلاق من شاء ) (٣٩) .

قال رحمه الله : ولو قال : هذه طالق أو هذه ، وهذه ، طلقت الثالثة ويعين من شاء الأولى أو الثانية ولو مات استخرجت واحدة بالقرعة ، وربما قيل بالأحتمال في الأولى والأخيرتين جميعاً ، فيكون له أن يعين للطلاق الأولى أو الأخيرتين معاً ، والأشكال في الكل ينشأ من عدم تعيين المطلقة .

أقول : هذه فرع على القول بعدم اشتراط التعيين والقول بطلاق الثالثة هو قول الشيخ في المبسوط ؛ لأنها معطوفة على المطلقة ( لأنه عدل من لفظ الشك الى واو المطف فلا تشاركها الثالثة في الشك ) (٤٠) وقال بعضهم : الثالثة معطوفة على الثانية لقربها ، وهو ظاهر واختاره ابن ادريس ، فعلى الأول تطلق الثالثة قطعاً ؛

(٣٦) - ما بين القوسين من النسخ ، وفي الأصل : على تعيين الأول .

(٣٧) - في «ر» : ( يباح له ) .

(٣٨) - هذه الكلمة ليست في «ر» .

(٣٩) - في «ن» بدل ما بين القوسين : بعدم التعيين يعين من شاء .

(٤٠) - من «م» و «ن» .

لأنها معطوفة على 'المطلقة' (٤١) في نفس (٤٢) الأمر ويصير التردد (٤٣) بين الأولى والثانية يعين منها من شاء .

وعلى القول الثاني حكم الثالثة حكم الثانية لعطفها عليها ، فيقع التردد (٤٤) بين الأولى وحدها وبين مجموع الثانية والثالثة ، فان عين الأولى للطلاق كانت الثانية والثالثة زوجتين ، وإن عينها للطلاق كانت الأولى زوجة .

قال رحمه الله : ولو نظر الى زوجته وأجنبية ، فقال : احداكما طالق ، ثم قال : أردت الأجنبية ، قبل ، ولو كان له زوجة وجارة كل منهما سعدى ، فقال : سعدى طالق ، ثم قال : أردت الجارة ، لم يقبل ؛ لأن احداكما تصلح لهما ، وإيقاع الطلاق على الأسم يصرف الى الزوجة ، وفي الفرق نظر .

أقول : لم يفرق الشيخ في المبسوط بين المسألتين ؛ لأنه قال : فرع : إذا نظر الى امرأته وأجنبية ، فقال : احداكما طالق ، ثم قال : نويت الأجنبية ، لم يقع الطلاق على زوجته بلا خلاف ، ولو كان اسم زوجته زينب ، فقال : زينب طالق ، ثم قال عنيت به جاري وكان له جارة اسمها زينب ، عندنا يقبل وعندهم لا يقبل منه .

والفرق بينهما : أن قوله : احداكما يصلح لكل واحدة منها ( لفظاً ، فإذا أخبر أنه أراد إحداها قبل منه ، وليس كذلك الأخرى ؛ لأنه إنما طلق واحدة (وانما تشارها) (٤٥) في هذا الأسم ؛ لأن اللفظ تناولها ، وإذا كان اللفظ لا يتناول الا واحدة فالعادة أنه لا يطلق الا زوجته ، وعندي أنه لا فرق بين الموضعين .

(٤١) - ما بين القوسين ليس في «ر» .

(٤٢) - في «ن» : تعيين .

(٤٣) - في النسخ : التردد .

(٤٤) - في النسخ : التردد .

(٤٥) - في «ن» : ( وانما تشاركها ) . وفي «م» : ( وانما شاركها ) .

انتهى كلام الشيخ رحمه الله ، وقوله : ( وعندهم لا يقبل منه ) إشارة الى الجمهور ، لأنهم مجمعون على الفرق بين الصورتين ، للفرق الذي ذكره الشيخ ، ووجه اختيار الشيخ أن أحداكما يصلح لكل واحدة منها <sup>(٤٦)</sup> ، كذلك الاسم اذا كان موضوعا لها <sup>(٤٧)</sup> ، فالفرق بينها لا وجه له .



(٤٦) - ما بين القوسين ليس في «ر» .

(٤٧) - في «م» : لها .

## في الصيغة

قال رحمه الله : لو قال : أنت الطلاق أو طلاق أو من المطلقات لم يكن شيئاً ولو نوى به الطلاق ، وكذا لو قال : أنت مطلقة ، وقال الشيخ رحمه الله : إنه يقع إذا نوى الطلاق ، وهو بعيد عن شبه الأنشاء .

أقول : لاشك في عدم وقوع الطلاق بقوله : أنت الطلاق أو طلاق أو من المطلقات ، وإنما الشك في قوله : أنت المطلقة<sup>(٤٨)</sup> ، قال الشيخ في المبسوط : قوله ( أنت مطلقة ) إخبار عما مضى فقط ، فإن نوى به الأيقاع في الحال فالأقوى أن تقول إنه يقع ، ومنع في الخلاف من وقوعه ، واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد ؛ لأن الطلاق لفظ إنشائي وضعه الشارع لازالة قيد النكاح ، فيقتصر على موضع الوضع ، لأصالة بقاء النكاح ما لم يعلم المزيل له .

قال رحمه الله : ولو قال : طلقت فلانة [ فقال : نعم ] قال [ الشيخ ] : لا يقع ، وفيه اشكال ينشأ من وقوعه عند سؤاله هل طلقت امرأتك ؟ فيقول : نعم .  
أقول : الضمير في قوله ( قال : لا يقع ) عائد الى الشيخ رحمه الله ، ومراده

أنه<sup>(٤٩)</sup> لو قال : طلقت فلانة وقصد الأنشاء أنه<sup>(٥٠)</sup> لا يقع الطلاق عند الشيخ ، قال المصنف : وفيه إشكال ، ينشأ من وقوعه عند سؤاله هل طلقت امرأتك ؟ فيقول : نعم . وجه استدلاله رحمه الله أنه لو قيل له : هل طلقت امرأتك ؟ فقال : نعم ، وقع الطلاق عند أكثر الأصحاب ؛ لأن نعم تتضمن إعادة السؤال فكأنه قال : طلقت امرأتي ، وإذا وقع الطلاق بما يتضمن قوله ( طلقت ) ، فوقعه بالتصريح أولى .

واختار العلامة عدم الوقوع ، وهو المعتمد ، والأصل الذي بنى عليه المصنف ممنوع ، وسيأتي<sup>(٥١)</sup> تحقيقه إن شاء الله تعالى .

قال رحمه الله : ويقع طلاق الأخرس بالأشارة الدالة ، وفي رواية يلقي عليها القناع فيكون ذلك طلاقاً ، وهي شاذة .

أقول : المشهور أن طلاق الأخرس بالأشارة المفيدة أو الكتابة<sup>(٥٢)</sup> إن عرفها ، وهو مذهب الشيخ وابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس ، واختاره المتأخرون لما رواه أحد بن محمد بن أبي نصر ، « قال : سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يكون عنده المرأة يصمت فلا يتكلم ، فقال : أخرس ، فقلت : نعم ، قال فيعلم منه بغض لامراته وكرهاته لها ؟ قلت : نعم ، أيجوز له أن يطلق عنه وليه ؟ قال : لا ، ولكن يكتب ويشهد على ذلك ، قلت أصلحك الله لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها ؟ قال : بالذي يعرف به من فعله مثل ما ذكرت من كراهته لها وبغضه لها »<sup>(٥٣)</sup> وقال ابن<sup>(٥٤)</sup> بابويه : والأخرس إذا أراد أن يطلق ، ألقى على امرأته قناعاً

(٤٩) - ليست في «م» .

(٥٠) - ليست في «ن» و «ر» .

(٥١) - ص ٢٠٨ .

(٥٢) - «ر» : والكتابة .

(٥٣) - الوسائل . كتاب الطلاق ، باب ١٩ من أبواب مقدماته ، حديث ١ .

(٥٤) - في «ن» : ابن .

يرى أنها قد حرمت عليه ، فإذا أراد مراجعتها رفع القناع عنها يرى أنها قد حلت له ، واحتجا بما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام « قال : طلاق الأخرس أن يأخذ مقنتها ويضعها على رأسها ثم يعتزها »<sup>(٥٥)</sup> ، وكذا روى أبو بصير<sup>(٥٦)</sup> عن الصادق عليه السلام ، والأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : وقيل : يقع بالكتابة إذا كان غائباً عن الزوجة ، وليس بمعتمد .

أقول : قال الشيخ في النهاية : وإن كان غائباً وكتب بخطه أن فلانة طالق وقع الطلاق ، وقال في الخلاف بعدم وقوعه بالكتابة مع القدرة على اللفظ ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، لوجوب مراعاة اللفظ المخصوص والكتابة غير اللفظ ، ولأصالة بقاء النكاح ما لم يعلم السبب المزيل ، ولم يعلم بغير اللفظ المنصوص عليه .

أحتج الشيخ على مذهبه في النهاية بما رواه الثمالي في الصحيح<sup>(٥٧)</sup> عن أبي عبد الله عليه السلام .

قال رحمه الله : ولو قال : اعتدي ، ونوى به الطلاق قيل : يصح وهي رواية الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام ، ومنعه كثير وهو الأشبه .

أقول : قال ابن الجعدي : يقع الطلاق بقوله ( اعتدي ) إذا قصد به الطلاق ، ومستنده ما ذكره المصنف ، والأكثر على عدم الوقوع وهو المعتمد ، لأصالة بقاء العقد ما لم يعلم السبب المزيل له .

قال رحمه الله : ولو خيرها وقصد الطلاق فإن اختارته أو سكنت ولو لحظه

(٥٥) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١٩ من أبواب مقدماته ، حديث ٣ .

(٥٦) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١٩ من أبواب مقدماته ، حديث ٥ .

(٥٧) - المصدر المتقدم ، باب ١٤ ، حديث ٣ - وكذا في المصدر و « ١ » ، ولكن في الأصل وباقي النسخ إلا « ن » : ( عبد الرحمن الثمالي ) وفي « ن » : الجاني .

فلا حكم ، وإن اختارت نفسها في الحال ، قيل : تقع الفقرة باينة ، وقيل : تقع رجعية ، وقيل : لاحكم له ، وعليه الأكثر .

أقول : البحث هنا في موضعين :

أ - وقوع التخيير وكونه طلاقا ، وبوقوعه قال ابن أبي عقيل وأحمد بن الجنييد بشروط ثلاثة ، وقوعه في طهر لم يقر بها فيه بجماع ، وحضور شهود ، وجوابها على الفور ، والمستند الروايات (٥٨) ، وصورة التخيير أن يقول لها : أختاري نفسك ، أو جعلت أمرك بيدك ، أو خيرتك ، أو جعلت لك الخيار ، فإن قالت : أخترت نفسي ، طلقت عند القائل به ، وإن قالت : أخترتك أو سكنت ثبت النكاح .

وقال الشيخ : لا يقع به الطلاق ، وبه قال ابن ادريس واختاره المتأخرون ، وهو المعتمد ، لأصالة بقاء النكاح ، والروايات الواردة بالجواز معارضة بغيرها (٥٩) .

ب - أختلف القائلون بوقوعه ، فقال بعضهم : إنه يقع طلقة واحدة رجعية ، وقال بعضهم : إنه يقع واحدة باينة ، ومنشأ الاختلاف اختلاف الروايات (٦٠) . قال رحمه الله : ولو قيل هل طلقت فلانة ؟ فقال : نعم ، وقع الطلاق .

أقول : هذا مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة ، واختاره المصنف والعلامة في الإرشاد جزماً ؛ لأن نعم تتضمن إعادة السؤال ، ولرواية السكوني (٦١) عن الصادق عليه السلام ، ( والباقر عليه السلام ) (٦٢) ، وقال ابن

(٥٨) - الوسائل ، كتاب الطلاق . لاحظ أحاديث الباب ٤١ من أبواب مقدماته وشرايطه .

(٥٩) - المصدر المتقدم .

(٦٠) - المصدر المتقدم .

(٦١) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١٦ من أبواب مقدماته حديث ٦ .

(٦٢) - ما بين القوسين ليس في «ن» .

ادريس : اذا قيل للرجل : هل طلقت فلانة ؟ فيقول : نعم ، كان ذلك إقراراً بطلاق شرعي ، وظاهره أنه إن قصد الأنشاء لا يكون طلاقاً ، واختاره العلامة في المختلف وهو المعتمد ؛ لأصالة البقاء ما لم يعلم المزيل وهو غير معلوم بدون اللفظ المتفق عليه وهو لفظ طالق .

قال رحمه الله : ولو فسر الطلقة باثنتين أو ثلاث قيل : يبطل الطلاق ، وقيل : تقع واحدة بقوله طالق ، ويلغى التفسير وهو أشهر الروايتين .

أقول : تفسير الطلقة بواحدة أو اثنتين مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثاً ، أو اثنتين ، قال الشيخ في النهاية وابن البراج وابن زهرة وابن ادريس : تقع واحدة وتلغوا<sup>(٦٣)</sup> الضميمة واختاره المصنف<sup>(٦٤)</sup> والعلامة في المختلف والأرصاد ، وابنه في شرح القواعد ، وأبو العباس في المقتصر ، وهو المعتمد لوجود المقتضي ، - وهو قوله : أنت طالق - وانتفاء المانع ؛ لأنه ليس الا الضميمة وهي مؤكدة غير منافية ، فلا يؤثر البطلان ، ولرواية جميل بن دراج في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام ، « قال : سألت عن الذي يطلق في حالة طهر في مجلس ثلاثاً ؟ قال : هي واحدة »<sup>(٦٥)</sup> .

وقال السيد المرتضى وابن أبي عقيل وابن حمزة بالبطان ، لأن الواحدة المنفردة المقيدة بقيد الوحدة غير مرادة ، فلا يقع لاشتراط القصد في الطلاق ، ولصحيحة أبي بصير عن الصادق عليه السلام ، « من طلق ثلاثاً في مجلس فليس بشيء »<sup>(٦٦)</sup> .

( وأجاب العلامة بالقول بالموجب ، فان الثلاثة لا تقع ، فهو ليس بشيء )

(٦٣) - في الأصل : تلغى وما اثبتناه من النسخ .

(٦٤) - هذه الكلمة ليست في « ١ » .

(٦٥) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٢٩ من ابواب مقدماته حديث ٣ .

(٦٦) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٢٩ من ابواب مقدماته حديث ٨ .



فوجب ما قصده (٦٧) وهو تأويل حسن .

قال رحمه الله : ولو قال أنت طالق للسنه صح اذا كانت طاهراً ، وكذا لو قال للبدعة ، ولو قيل : لا يقع ، كان حسناً ؛ لأن البدعي لا يقع عندنا والآخر غير مراد .

أقول : قال الشيخ في الخلاف : لو قال لها في طهر لم يجامعها فيه : أنت طالق للبدعة ، وقع طلاقه ، وقوله للبدعة لغوا (٦٨) ، واستحسن المصنف عدم وقوعه واختاره العلامة وابنه ؛ لأن البدعي لا يقع بل ولا يتصور ثبوته هنا ، لانتفاء المانع من الطلاق من الحيض وغيره ، وغير البدعي غير مقصود والطلاق من ( شرط صحته ) (٦٩) القصد ، وهو مفقود فيكون باطلا وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو قال : أنت طالق قبل طلقه أو بعدها أو قبلها أو معها لم يقع شيء ، سواء كانت مدخولاً بها أو لم تكن ، ولو قيل : تقع طلاقاً واحدة بقوله ( طالق ) مع طلاقاً أو بعدها أو عليها ، ولا يقع لو قال : قبلها طلاقاً أو بعد طلاقاً ، كان حسناً .

أقول : قال بعض علمائنا لا يقع شيء من هذا الطلاق الموصوف بهذه الصفات ؛ لأنه طلاق معلق بما قبله أو ما بعده ، ولم يقصد طلاقاً مطلقاً ، بل قصده موصوفاً بهذه الصفات فلا يقع الموصوف من حيث أنه موصوف ، ولا غير الموصوف ؛ لأنه غير مقصود .

وفصل المصنف بين قوله : مع طلاقاً أو بعدها طلاقاً (٧٠) أو عليها ، وبين قوله

(٦٧) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٦٨) - هكذا وردت هذه الكلمة في النسخ إلا «ر» فلم ترد فيها .

(٦٩) - كذا في النسخ وفي الأصل : شرطه صحة العقد .

(٧٠) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

قبلها طلقه<sup>(٧١)</sup> أو بعد طلقه ، واستحسن الصحة في الأول والبطلان في الثاني .  
 ووجه الصحة في الأول : وقوع الطلاق بقوله : أنت طالق ، ويلغو قوله : مع  
 طلاقه أو بعدها طلاقه<sup>(٧٢)</sup> أو عليها ؛ لأنه قصد لفظ طلاقه أخرى منضمة إلى الطلاق  
 الواقعة ، فتصح المنجزة ، وتبطل المنضمة .  
 ووجه البطلان في الثاني : لأنه قصد طلاقه بعد طلاقه لم تقع ، فلا تقع  
 المشروط بها .

قال رحمه الله : ولو قال : [ أنت ] طالق نصي طلاقه أو ثلاثة أثلاث ، قال  
 الشيخ رحمه الله : لا يقع ، ولو قيل : يقع [ واحدة ] بقوله أنت طالق ويلغوا الضمائم  
 اذ ليست رافعة للقصد : كان حسناً .

أقول : قال الشيخ في المبسوط بعدم الوقوع ، واختاره العلامة في المختلف ،  
 وأبناه في شرح القواعد ؛ لأنه قصد طلاقاً ينتصف<sup>(٧٣)</sup> ، وهو غير جائز ، وظاهر  
 المصنف وقوع الطلاق بقوله : أنت طالق ، ويلغو الضمائم ، واستقر به العلامة في  
 القواعد ، وجزم به في الإرشاد .

(٧١) - هذه الكلمة ليست في الأصل وإن كانت في هامش وفي باقي النسخ .

(٧٢) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

(٧٣) - في « ١ » : بتنصيف .



## في الاشهاد

قال رحمه الله : بل لابد من حضور شاهدين ظاهرهما العدالة ، ومن فقهائنا من اقتصر على اعتبار الاسلام فيها ، والأول أظهر .

أقول : المشهور بين الأصحاب اعتبار ظاهر العدالة ، لقوله تعالى : ﴿ فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ﴾<sup>(٧٤)</sup> ، وقوله تعالى : ﴿ واشهدوا ذوي عدل منكم ﴾<sup>(٧٥)</sup> .

والشيخ رحمه الله اقتصر في النهاية على اعتبار الاسلام ، والأول هو المعتمد .

فروع :

الأول : لا يشترط في صحة الطلاق العدالة الباطنة بل الظاهر ، فلو طلقتها بحضرة شاهدين ظاهرهما العدالة وكانا فاسقين في الباطن ، صح طلاقها وحلت على غيرها إجماعاً .

---

(٧٤) - البقرة : ٢٣١ .

(٧٥) - الطلاق : ٢ .

وهل تحمل لها ؟ يحتمل ذلك لصحة طلاقها وبينوتها من زوجها في ظاهر الشرع ، فيجوز لكل أحد نكاحها لكونها مطلقة غير ذات بعل ، ويحتمل العدم ؛ لأن الظاهر إنما حكم بالنسبة الى غيرهما<sup>(٧٦)</sup> لعدم اطلاعه على باطن غيره ، فلو كلفناه بالباطن لزم تكليف ما لا يطاق وهو باطل ، واما بالنسبة إليها أنفسها فلا يحكم لها بالظاهر لعلمها بأنفسها ضرورة ، وقد علما عدم حصول شرط الطلاق فلا يكون صحيحاً بالنسبة إليها فلا تباح لها وهو المعتمد ، ولا يلزم من إباحتها لغيرها إباحتها لها .

الثاني : لو كان أحدهما فاسقاً بالباطن دون صاحبه حرمت عليه خاصة على المختار ، ولو كان العدل عالماً بفسق صاحبه حرمت عليها .

الثالث : لو كان الزوج مطلعاً على فسقها ، هل يصح الطلاق أم لا ؟ يحتمل عدم الصحة ؛ لأن الآية<sup>(٧٧)</sup> تضمنت أمر الأزواج بأشهاد عدلين ولم يحصل ؛ لأنها غير عدلين عنده فلا يحصل امتثال الأمر ، فلا يصح الطلاق وهو المعتمد .

ويحتمل الصحة ؛ لأن الشرط إشهاد من ظاهرهما العدالة وقد فعل ؛ لأن ظاهرهما العدالة عند غيره ، فلهذا يجوز للغير نكاحها ، وكان الطلاق صحيحاً .

وعلى عدم الصحة لو ادعى علمه بفسقها بعد إيقاع الطلاق لم يؤثر في إبطاله ما لم يقيم البينة على فسقها قبل الإيقاع ، ولو لم يقيم بينة وصدقه الشاهدان لم يؤثر البطلان أيضاً في حق الزوجة .

الرابع : لو علمت المطلقة بفسق الشاهدين دون المطلق ، احتتمل صحة الطلاق ؛ لأن الزوج هو المأمور بأشهاد عدلين<sup>(٧٨)</sup> وقد فعل ، فيقع الطلاق صحيحاً

(٧٦) - في «ر» : «١» : الجاهل .

(٧٧) - الطلاق : ٢ .

(٧٨) - في النسخ : العدلين .

لامتنال الأمر ، ويحتمل عدم الصحة بالنسبة إلى المرأة ، لعلمها بفساد شرط الصحة ، وهو عدالة الشاهدين ، ولا يؤثر<sup>(٧٩)</sup> قولها بفساد الطلاق بالنسبة إلى الزوج وإن صدقها ، ويحرم عليها الأزواج ما دام حياً ، ولا يجب عليه طلاقها ثانياً بل يستحب له ، فإن لم يفعل احتمل جواز فسخ الحاكم إن كان ، وإلا فسخت هي دفعاً للضرر المنفي بقوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »<sup>(٨٠)</sup> ، وهو قوي ، ويحتمل الصبر حتى يموت أحدهما .

(٧٩) - «م» و «ر» ١ : ولو تواتر .

(٨٠) - الوسائل ، كتاب أحياء الموات ، باب ٧ ، حديث ٢ - وكتاب الموارث ، باب ١ من أبواب موانع الأرض ، حديث ١٢ .



## أقسام الطلاق

قال رحمه الله : اذا طلق الحامل وراجعها جاز له أن يوطأها ويطلقها في الثانية للعدة اجماعاً ، وقيل : لا يجوز للسنة ، والجواز أشبه .

أقول : هذه المسألة من مشكلات هذا الفن ، وتحقيقها يفتقر الى معرفة أقسام الطلاق ، فنقول :

الطلاق ينقسم الى قسمين : سني ، وبدعي .

فالبدعي : ما نهى عنه ، كطلاق الحائض المدخول بها ، الحاضر زوجها عندها ، وطلاق النفساء قبل طهرها ، والطلاق في طهر الواقعة فبهذا بدعة عندنا غير صحيح ، وعند العامة يقع صحيحاً وإن أثم فاعله .

والسني : هو الطلاق المأذون به شرعاً ، وهو ينقسم الى ثلاثة أقسام :

طلاق عدة : وهو أن يطلقها على الشرائط ثم يراجعها في العدة ويوطأها

فيها .

وطلاق سنة بالمعنى الأخص : وهو أن يطلقها على الشرائط ، ثم يتركها

حتى تنقضي عدتها ، ثم يراجعها بعقد جديد ومهر جديد إن شاءت .



وطلاق سنة بالمعنى الأعم : وهو الذي يقابل البدعي ، سمي طلاق سنة (بالمعنى الأعم) <sup>(٨١)</sup> لأنه شامل للسني والعدي والباين والرجعي وجميع أنواع الطلاق المباحة .

إذا عرفت هذا فإنه لا خلاف في جواز طلاق الحامل المستبين حملها ، فإذا طلقها فلا <sup>(٨٢)</sup> خلاف في جواز الرجوع فيها قبل الوضع ، فإذا أراد أن يطلقها ثانياً ، فإن كان واقعها بعد المراجعة جاز طلاقها إجماعاً وكان طلاق العدة ، وإن لم يكن واقعها ، هل يجوز طلاقها ثانياً قبل الواقعة وقبل الوضع ؟ قال الشيخ في النهاية : لا يجوز ، وتابعه ابن البراج وابن حمزة ، لصحيفة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام ، « قال : الحبلى تطلق تطليقة واحدة » <sup>(٨٣)</sup> ، ومثلها صحيفة اسماعيل الجعفي <sup>(٨٤)</sup> عن أبي جعفر عليه السلام ، وصحيفة الحلبي <sup>(٨٥)</sup> عن أبي عبد الله عليه السلام ، فهذه الروايات تضمنت وحدة طلاق الحبلى ، ففسر الشيخ رحمه الله ومن تابعه الوحدة بالوحدة النوعية ، أي لا يقع بها الا نوع واحد من أنواع الطلاق وهو العدي خاصة .

وقال ابن ادريس يجوز طلاقها للسنة كما يجوز <sup>(٨٦)</sup> للعدة ، واختاره المتأخرون ، لعموم الروايات <sup>(٨٧)</sup> .

قال المصنف في نكت النهاية : وهذا التأويل بعيد ، يعني تأويل الشيخ ومن

(٨١) - ما بين القوسين ليس في الأصل .

(٨٢) - في النسخ : لا .

(٨٣) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٢٠ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ، حديث ٤ .

(٨٤) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٢٠ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ، حديث ١ .

(٨٥) - المصدر السابق ، حديث ٢ .

(٨٦) - في نسخة من الأصل : يصح .

(٨٧) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٣ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه .

تابعه الوحدة بالوحدة النوعية ، قال : لأن<sup>(٨٨)</sup> الطلاق واحد ، وانما يصير للسنة بترك الرجعة والمواقعة ، وللمدة بالمواقعة بعد الرجعة ، ولا ريب أنه إذا طلقها طلقه كان له مراجعتها ومواقعتها ، وله طلاقها من دون المواقعة عملاً باطلاق الأذن ، ومثله قال العلامة في المختلف .

والمراد بطلان السنة هنا السنة بالمعنى الأعم ؛ لأنه لا يتصور بالمعنى الأخص .

قال رحمه الله : اذا طلق الحائل ثم راجعها فان واقعها وطلقها في طهر آخر صح اجماعاً ، وإن طلقها في طهر آخر من غير واقعة ، فيه روايتان : إحداهما لا يقع الثاني أصلاً ، والأخرى يقع ، وهو الأصح ، ثم لو راجع وطلقها ثانياً في طهر آخر حرمت عليه ، ومن فقهاً من حمل الجواز على طلاق السنة والمنع على طلاق العدة ، وهو تحكم .

أقول : البحث هنا في موضعين :

الأول : في وقوع الطلاق وعدمه ، وقد وردت فيه روايتان احدهما تتضمن الصحة ، وهي رواية محمد بن مسلم ، « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته وأشهد على الرجعة ولم يجامعها ثم طلق في طهر آخر على السنة ؟ أثبت التولية الثانية بغير جماع ؟ قال : نعم اذا هو أشهد على الرجعة ولم يجامع كانت التولية ثابتة »<sup>(٨٩)</sup> ، وعلى هذه الرواية عمل جمهور الأصحاب ، وبعضها رواية أحمد بن محمد ( بن أبي نصر )<sup>(٩٠)</sup> في الصحيح « قال : سألت الرضا عليه السلام عن رجل طلق امرأته بشاهدين ( ثم راجعها ولم

(٨٨) - في الأصل : إن .

(٨٩) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١٩ من أبواب اقسام الطلاق ، حديث ١ .

(٩٠) - «ن» : أبي بصير .

بجامعها بعد الرجعة حتى 'طهرت من حیضها' ، ثم طلقها على 'طهر بشاهدين' (٩١) ، أيقع عليها التطليقة الثانية وقد راجعها ولم يجامعها ؟ قال : نعم « (٩٢) ، والرواية الأخرى تتضمن عدم الصحة ، وهي رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام : « المراجعة في الجماع ، والا فانما هي واحدة » (٩٣) ، وبمضمونها أفتى ابن أبي عقيل والأول هو المعتمد .

الثاني : في حمل الجواز على 'طلاق السنة' ، والمنع على 'طلاق العدة' ، وقد حمله بعض الأصحاب على ذلك ، ووجه هذا الحمل : أن لفظ الطلاق مشترك بين السني والعدي وغير ذلك من أنواع الطلاق ، فلا يلزم من ورود النفي والأثبات عليه تناقض ، لجواز اختلاف المعنيين ، وإذا أمكن الجمع بين الأخبار من غير مناقضة كان أولى من إبطال بعضها ، فتحمل رواية الجواز على 'الطلاق السني' ، لعدم اشتراط الوطي فيه ، ورواية المنع على ( الطلاق العدي لاشتراط الوطي فيه ) (٩٤) لتلا تناقض الأخبار ، وقال المصنف : وهو تحكم ، أي قول بغير دليل ؛ لأن الأخبار وردت مطلقة ، فتخصيص خبر الجواز بطلاق السنة ، وتخصيص خبر المنع بطلاق العدة ، لا يخصص له فكان تحكماً .

وفخر الدين جعل الاعتراض ( أي قول المصنف ) (٩٥) غير هذا ، قال : لأن شرط العدي الوطي بعده وبعد الرجعة منه في العدة ، فهنا شرط سبق الوطي ، وليس بشرط في طلاق العدة ، فيلزم هذا القائل أنه أخذ غير الشرط مكانه ، هذا آخر كلامه رحمه الله .

(٩١) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٩٢) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١٩ من أبواب أقسام الطلاق ، حديث ٢ .

(٩٣) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١٧ من أبواب أقسام الطلاق ، حديث ١ .

(٩٤) - ما بين القوسين ليس في «ن» .

(٩٥) - ما بين القوسين ليس في النسخ .

قلت : قوله ( فهنا شرط سبق الوطي وليس بشرط في طلاق العدة ) ممنوع ، بل هو شرط في طلاق العدة ، فلا يتصور بدونه ؛ لأنه <sup>(٩٦)</sup> طلاق العدة وهو الذي يراجع بعده في العدة ويطأ ، فإذا لم يسبق الطلاق وطئ فلا يكون طلاق العدة ، فثبت أن سبق الوطي على الطلاق شرط في طلاق العدة ، كما أن الرجوع في العدة والوطي بعده شرط فيه ، فلا يرد على الجامع بين الروايات اعتراض فخر الدين ، وإنما يرد عليه ما قلناه نحن والله الموفق للصواب ، وقد بينا حجة الجامع ، وهي الفرار من التناقض .

قال رحمه الله : وكذا لو أوقع الطلاق بعد المراجعة وقبل الواقعة في الطهر الأول ، فيه روايتان أيضاً ، لكن هنا الأولى ، تفريق الطلقات على الاظهار إن لم يقع وطئ .

أقول : أما رواية الجواز فهي رواية اسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام ، « قال : قلت له : رجل طلق امرأته ثم بدا له فراجعها بشهود ثم طلقها ثم راجعها بشهود ثم طلقها بشهود ، أتبين ؟ قال : نعم ، قلت : كل ذلك في طهر واحد ؟ قال : تبين منه » <sup>(٩٧)</sup> ، وأما رواية المنع فرواية عبد الرحمن بن الحجاج ، « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يطلق امرأته له أن يراجعها ؟ قال : لا يطلق التولية الأخرى حتى يمسه » <sup>(٩٨)</sup> ، وعمل الأصحاب على الأولى لاعتضادها بعموم القرآن <sup>(٩٩)</sup> ، ويكون هذا الطلاق طلاق السنة بالمعنى الأعم لا

(٩٦) - في النسخ : لأن .

(٩٧) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١٩ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ، حديث ٥ مع اختلاف يسير .

(٩٨) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١٧ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ، حديث ٢ مع اختلاف يسير أيضاً .

(٩٩) - البقرة : ٢٢٩ - ٢٣٠ .

بالمعنى 'الأخص' .

قوله رحمه الله : ( لكن هنا الأولى 'تفريق الطلاق على الاطهار' ) ، أي اذا لم تحصل (المواقعة بعد) <sup>(١٠٠)</sup> المراجعة فالأولى 'تفريق الطلاق على الاطهار هو' <sup>(١٠١)</sup> ان لا يوقع الطلاق في طهر واحد ، بل اذا راجعها ولم يطأها تركها حق تحيض وتطهر ثم يطلقها كما في المسألة السابقة ، وليس هذه الأولوية مانعة من التقيض ، لوقوع الاختلاف مع تفريق الطلاق على الاطهار ، اذا لم يحصل الوطي بينها <sup>(١٠٢)</sup> كما تقرر في المسألة الأولى ، بل هذا أولى من ايقاعه في طهر واحد ، وعمل الطائفة الآن على الجواز .

---

(١٠٠) - ما بين القوسين ليس في نسخة بدل في الأصل ، وما اثبتناه موافق لنسخة الأصل الأخرى وباقي النسخ .

(١٠١) - كذا

(١٠٢) - «ن» : ( منها ) وفي «ر» : بينها .

## في طلاق المريض

قال رحمه الله : ولو قال طلقت في الصحة ثلاثاً<sup>(١٠٣)</sup> قبل منه ولم ترثه والوجه انه لا يقبل بالنسبة اليها .

أقول : اذا أقر المريض أنه طلق زوجته في حال الصحة ثلاثة<sup>(١٠٤)</sup> قبل منه ؛ لأنه إقرار بما له أن يفعله فيكون مقبولا ، وهل ترثه ؟ يحتمل العدم ؛ لأن قبول إقراره يقتضي عدم الأثر ، ويحتمل أنها ترثه ؛ لأن إقراره إنما يقبل بالنسبة اليه بمعنى 'تحريمها عليه حتى تنكح زوجاً غيره' ( ولا يقبل بالنسبة اليها بمعنى أنها ترثه إن مات في ذلك المرض ما لم تصدقه ؛ لأن إقرار الغير على 'غيره غير جائز' )<sup>(١٠٥)</sup> ، ( اما بالنسبة اليها فإقراره غير جائز )<sup>(١٠٦)</sup> ، ولو كان الأقرار في حال الصحة بانت منه قطعاً .

قال رحمه الله : وهل التوريث لمكان التهمة ؟ قيل : نعم ، والوجه تعلق

---

(١٠٣) - هذه الكلمة ليست في «م» .

(١٠٤) - هذه الكلمة أيضاً ليست في «م» .

(١٠٥) - ما بين القوسين ساقط في نسخة بدل من الأصل .

(١٠٦) - ما بين القوسين ليس في النسخ .

الحكم بالطلاق في المرض لا باعتبار التهمة .

أقول : اختار الشيخ في الخلاف والمبسوط عدم اعتبار التهمة وأوجب الأثر مطلقاً ، سواء كان متهماً أو لم يكن ، واختاره ابن ادريس والمصنف لعموم الأخبار<sup>(١٠٧)</sup> الواردة بتورث المريض الى سنة ما لم تتزوج<sup>(١٠٨)</sup> أو يبرأ من مرضه ، وقال في الاستبصار : إنما ترثه بعد انقضاء العدة اذا طلقها للاضرار بها ، لما رواه زرعة عن سماعة ، « قال : سألت عن رجل طلق امرأته وهو مريض ؟ قال : ترثه مادامت في عدتها ، وإن طلقها في حال إضرار فهي ترثه الى سنة ، فإن زاد على السنة يوم واحد لم ترثه »<sup>(١٠٩)</sup> ، وروى محمد بن القاسم الهاشمي ، « قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : لا ترث المختلعة والمباراة والمستأجرة في طلاقها من الزوج شيئاً اذا كان منهن في مرض الزوج وإن مات ؛ لأن العصمة قد انقطعت منهن ومنه »<sup>(١١٠)</sup> وهذا هو المعتمد ؛ لأن الأصل عدم الأثر بعد اليئونة فيقف فيه على موضع الوفاق ، وهو اذا لم ترض بالطلاق بل وقع بغير رضاها .  
قال رحمه الله : وفي ثبوت الأثر مع سؤاها الطلاق تردد ، أشبهه أنه لا ارث ، وكذا لو خالعت أو بارأته .

أقول : هذا التردد مبني على اعتبار التهمة وعدمها ، فإن قلنا إنها تعتبر في استحقاق الأثر انتفى هنا قطعاً ، لتحقق انتفاء التهمة ، وإن قلنا بعدم اعتبارها احتتمل الأثر هنا للعموم<sup>(١١١)</sup> ، ويحتمل عدمه لتصریح الرواية<sup>(١١٢)</sup> بسقوط إرث

(١٠٧) - الوسائل ، كتاب الموارث ، باب ١٤ من أبواب ميراث الأزواج .

(١٠٨) - في « ر » : يزوج .

(١٠٩) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٢٢ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه . حديث ٤ .

(١١٠) - الوسائل ، كتاب الموارث ، باب ١٥ من أبواب ميراث الأزواج ، حديث ١ .

(١١١) - الوسائل ، كتاب الموارث ، باب ١٤ من أبواب ميراث الأزواج ، حديث ١ .

(١١٢) - لاحظ رواية محمد بن القاسم الهاشمي المتقدمة في المسألة السابقة .

المختلعة والمباراة والمستأمة .

ويكون الفرق بين المسألة الأولى وهذه : أنه إن طلق بغير إذنها فانها ترثه وإن لم يحصل قرينة دالة على التهمة ، أما إذا سأله الطلاق فقد رضيت باسقاط حقها فلا ترثه ، فهذا فرق بينهما ولهذا اختلف اختيار المصنف فيهما ، اختار في الأولى الأثر للعموم<sup>(١١٣)</sup> ، وفي الثانية عدمه لرضاها باسقاط حقها ، ويترتب على اعتبار التهمة وعدمه ما ذكره المصنف من توريث الأمة إذا اعتقت بعد الطلاق ، ثم مات بعد خروج العدة ، وتوريث الكتائية إذا أسلمت بعد الطلاق ، وحصل الموت بعد العدة ، والمعتمد عدم الأثر .

(١١٣) - لاحظ العموم المقدم في هذه المسألة .





## في ما يزول به تحريم الثلاث

قال رحمه الله : وفي المراهق تردد أشبهه انه لا يحلل .

أقول : يشترط في المحلل كونه بالغاً ، وهل يحلل المراهق الذي يقارب البلوغ ؟ قال المصنف : فيه تردد ، ومنشؤه من عموم قوله تعالى : ﴿ حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ <sup>(١١٤)</sup> ، ولا شك أن المراهق زوج قادر على الوطي فيدخل ، وهو مذهب ابن البراج <sup>(١١٥)</sup> والشيخ في المبسوط والخلاف ، ومن أن غير البالغ لا يلحقه شيء من أحكام المكلفين ، ولأن الأصل بقاء التحريم حتى يستحق الرافع له ، ولقوله عليه السلام : « حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتها » <sup>(١١٦)</sup> والعسيلة لذة الجماع ، وهي لا تحصل من غير البالغ وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وهل يهدم ما دون الثلاث ؟ فيه روايتان أشهرهما أنه

يهدم .

---

(١١٤) - البقرة : ٢٣٠ .

(١١٥) - في النسخ : ابن الجنيد .

(١١٦) - الوسائل . كتاب الطلاق ، باب ٤ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ، حديث ١٣ .

أقول : رواية الهدم هي رواية رفاعه بن موسى النخاس<sup>(١١٧)</sup> عن أبي عبد الله عليه السلام ، ويؤيدها قول علي عليه السلام لعمر لما قضى أنها تبني<sup>(١١٨)</sup> على ما بقي من الطلاق : « سبحان الله أيهدم ثلاثاً ولا يهدم واحدة ؟ »<sup>(١١٩)</sup> ، وهذه الرواية أشهر ، وعليها عمل أكثر الأصحاب ، والأخرى رواية الحلبي<sup>(١٢٠)</sup> عن الصادق عليه السلام ، وهي متروكة ، ونقل ابن ادريس عن بعض أصحابنا العمل بها .

قال رحمه الله : لو انقضت مدة فادعت أنها تزوجت وفارقها وقضت العدة وكان ذلك ممكناً في تلك المدة ، قيل : يقبل ؛ لأن في جملة ذلك ما لا يعلم إلا منها كالوطي ، وفي رواية إذا كانت ثقة صدقت .

أقول : المشهور قبول قولها مع إمكان الصدق ، سواء كانت ثقة أو لم تكن ، لتعذر إقامة البينة ( في كل مكان وزمان ، ولأن من شرط التحليل الوطي ، وهو لا يعلم إلا بقولها لتعذر إقامة البينة )<sup>(١٢١)</sup> عليه ، وهو مذهب العلامة ، ولم يجزم به المصنف لمخالفته للأصل ؛ لأن الأصل بقاء التحريم ما لم يعلم الرافع له ، وأما الرواية المشار إليها ، وهي رواية الحسين بن سعيد عن أبي عبد الله عليه السلام ، « في رجل طلق امرأته ثلاثاً فبانت منه وأراد مراجعتها ، فقال لها : إني أريد أن أراجعك فتزوجي زوجاً غيري ، فقالت : قد تزوجت وحللت لك ، أفصدقها ويراجعها كيف يصنع ؟ قال : إذا كانت ثقة صدقت في دعواها »<sup>(١٢٢)</sup> .

قال رحمه الله : إذا دخل المحلل فادعت الأصابة فإن صدقها حلت للأول ،

(١١٧) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٦ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ، حديث ١ .

(١١٨) - في النسخ : تبني .

(١١٩) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٦ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ، حديث ٣ .

(١٢٠) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٦ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ، حديث ٦ .

(١٢١) - ما بين القوسين ليس في « ١ » .

(١٢٢) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١١ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ، حديث ١ .

وإن كذبها ، قيل : يعمل الأول بما يغلب على ظنه من صدقها أو صدق المحلل ، ولو قيل : يعمل بقولها على كل حال كان حسناً ، لتعذر إقامة البينة لما تدعيه .

أقول : الأول اختيار الشيخ في المبسوط ؛ لأن الظن مناط الأحكام الشرعية ، والمعتمد قبول قولها مطلقاً ؛ لأنها تصدق في شرطه ، وهو انقضاء العدة ، فتصدق في سببه ، ولتعذر إقامة البينة عليه ، فلو لم يقبل قولها لزم المخرج ، لاحتمال موت الزوج ( أو عناده )<sup>(١٢٣)</sup> فيتعذر العلم به فيلزم المخرج ، وهو ظاهر المصنف واختاره العلامة وابنه .

### فرع :

لو ادعت المرأة ان زوجها طلقها وانقضت العدة جاز العقد عليها ، ولا يجب مطالبتها بالبينة ولا بخط الطلاق ، لأن الخط لا يعمل عليه ، وإقامة البينة في كل مكان وزمان متعذر ، فلو لم يقبل قولها إلا ببينة لزم تعطيلها دائماً ، وهو ضرر عظيم ، وقال عليه السلام : « لا ضرر ولا اضرار »<sup>(١٢٤)</sup> فلو جاء الزوج الأول وادعى عدم الطلاق انتزعها من الثاني ما لم تقم البينة بالطلاق .

(١٢٣) - في «ن» بدل ما بين القوسين : لو أعاده .

(١٢٤) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٤ من أبواب أقسام الطلاق ، وأحكامه ، حديث ١٣ وفي «ن» بدل ( ولا اضرار ) : ( ولا ضرر في الإسلام ) .



## في الرجعة

قال رحمه الله : ولو قال راجعتك اذا شئت او ان شئت لم يقع ولو قالت شئت وفيه تردد .

أقول : منشؤه من أصالة بقاء الطلاق ما لم تتحقق الرجعة ، وهي لا تتحقق اذا كانت معلقة على شرط ، وان وجد فكما<sup>(١٢٥)</sup> أن النكاح والطلاق لا يقبل التعليق على شرط ، كذلك الرجعة ، وهو مذهب الشيخ ، وجزم به العلامة في القواعد ، ومن الدلالة على (الالتزام بالنكاح)<sup>(١٢٦)</sup> عند حصول الشرط ، وقد حصل فيصح الرجعة ؛ لأنها تحصل بجميع ما يدل على التمسك بالنكاح من الأقوال والأفعال ، وهي<sup>(١٢٧)</sup> ليست كالنكاح والطلاق ، لعدم ثبوتها<sup>(١٢٨)</sup> بغير الالفاظ المخصوصة لها<sup>(١٢٩)</sup>.

---

(١٢٥) - من النسخ ، وفي الأصل : وكما .

(١٢٦) - في «ر» : النكاح بالالتزام .

(١٢٧) - في النسخ : فهي .

(١٢٨) - في «م» : ثبوتها .

(١٢٩) - في «م» : لها .

قال رحمه الله : ولو طلقها رجعية فارتدت فراجع لم يصح ، كما لا يصح ابتداء الزوجية ، وفيه تردد ، ينشأ من كون الرجعية زوجة ، [ولو أسلمت بعد ذلك استأنفت الرجعة إن شاء ، ولو كان عنده ذمية فطلقها رجعياً ثم راجعها في العدة ، قيل : لا يجوز ، لأن الرجعة كالعقد المستأنف ، والوجه المجاوز : لأنها لم تخرج عن زوجيته ، فهي كالمستدامة] (١٢٠) .

أقول : ينشأ من أن الرجعية زوجة ، والرجعة استدامة للنكاح السابق والردة لا تنافي الاستدامة ( في العدة ) (١٢١) ، ومن أنه بالطلاق زال عقد النكاح والمرتدة لا يصح ابتداء النكاح عليها ، فلا تصح مراجعتها ، والمعتمد صحة المراجعة فإن أسلمت في العدة والابطلت ، وهو اختيار فخر الدين .

( قوله « ولو كان عنده ذمية فطلقها رجعياً إلى آخره » البحث في هذه كالسابقة ، ويزيد هنا أن الذمية لا يحرم استدامة نكاحها ، فإذا لم يجعل الطلاق مزيلاً للنكاح الأول رأساً جازت الرجعة بخلاف المرتدة لتحريم نكاحها ) (١٢٢) . قال رحمه الله : ورجعة الأخرس بالأشارة الدالة على المراجعة ، وقيل : بأخذ القناع عن رأسها ، وهو شاذ .

أقول : القائل ابناً بابويه فعندهما أن طلاق الأخرس بالقناع على رأسها ورجعته بأخذه عن رأسها ، لرواية السكوني (١٢٣) ، وقد سبقت في طلاق الأخرس (١٢٤) ، والمشهور أن طلاقه ورجعته بالأشارة الدالة ، وهو المعتمد . قال رحمه الله : ولو ادعى أنه راجع زوجته الأمة في العدة فصدقته فانكر

(١٢٠) - ما بين القوسين زيادة اقتضاها بحث المصنف .

(١٢١) - ما بين القوسين ليس في «ر» .

(١٢٢) - ما بين القوسين ليس في النسخ ، بل هو في هامش الأصل .

(١٢٣) - الواسئل ، كتاب الطلاق ، باب ١٩ من أبواب مقدماته وشروطه ، حديث ٣ .

(١٢٤) - ص ٢٠٦ - ٢٠٧ .

المولى وأدعى خروجها ، قبل الرجعة فالقول قول الزوج ، وقيل : لا يكلف اليمين لتعلق حق النكاح بالزوجين ، وفيه تردد .

أقول : التردد في توجه اليمين على الزوج ، ومنشؤه من تعلق حق النكاح بالزوجين كما قاله المصنف ، وقد تصادقا على الرجعة فلا يمين ، ومن أن المولى يدعي عود البضع إليه بانقضاء العدة ، والزواج ينكر ذلك فيكون عليه اليمين ، لعموم قوله عليه السلام : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »<sup>(١٣٥)</sup> ، واختاره العلامة وفخر الدين في شرح القواعد وهو المعتمد .

فرع : لو تزوجها في العدة الرجعية بطل العقد ؛ لأنها زوجة ، وهل يكون رجعة ؟ فيه إشكال من بطلانه شرعاً ، فلا يترتب عليه أثر ، ومن دللته على التملك<sup>(١٣٦)</sup> بها ، وقواء الشيخ وفخر الدين وهو المعتمد ؛ لأن الرجعة تحصل بكل قول أو فعل يدل على التمسك ، والعقد عليها من هذا القبيل .

(١٣٥) - الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعاوي ، حديث ٣ .  
والمستدرک : كتاب القضاء ، باب ٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعاوي ، حديث ٤ .





## في العِدَّة

قال رحمه الله : ولا تجب العدة بالخلوة منفردة عن الوطي على الأشهر ، ولو خلا ثم اختلفا في الاصابة فالقول قوله مع يمينه .

أقول : الدخول الموجب للعدة هو الدخول الموجب لتقرير المهر وقد سبق البحث فيه في باب الصداق<sup>(١٣٧)</sup> ، وعلى القول بأن القول قول الرجل اذا أنكر الأصابة وادعتها ، فان العدة لازمة لها ، لا اعتراضها بما يوجبها عليها ، ولا يلزم من عدم<sup>(١٣٨)</sup> قبول دعواها في حق الزوج بوجوب المهر ، عدم وجوب العدة عليها ؛ لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز .

قال رحمه الله : في ذات الأقراء ، وهي المستقيمة الحيض وهذه تعد بثلاثة أقراء ، وهي الأطهار على أشهر الروايتين .

أقول : المستقيمة الحيض هي التي في سن من تحيض ، ولها عادة مستقرة ، وهذه قد اتفق الفقهاء على ان عدتها من الطلاق ثلاثة أقراء ، لقوله تعالى :

---

(١٣٧) - ص ١٤٥ .

(١٣٨) - هذه الكلمة ليست في نسخة من الأصل .

﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾<sup>(١٣٩)</sup> واختلفوا في تفسير القروء ، وهل هو الطهر أو الحيض ؟ ذهب بعضهم الى أنه الحيض ، وذهب بعضهم الى أنه الطهر ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وبالأطرفين روايات<sup>(١٤٠)</sup> .

قال رحمه الله : وأقل زمان تنقضي به العدة ستة وعشرون يوماً ولحظتان ولكن الأخيره ليست من العدة ، وإنما هي دلالة على الخروج منها ، وقال الشيخ رحمه الله : هي من العدة ، لان الحكم بانقضاء العدة موقوف على تحققها ، والأول أحق .

أقول : إنما كان أقل زمان تنقضي به العدة ستة وعشرون يوماً ولحظتان ؛ لأنه لا يتصور أقل من ذلك ؛ لأنه أقل الأماكن بأن يبقى الطهر بعد الطلاق لحظة ، ثم ترى الدم ثلاثة أيام ، ثم تطهر عشرة أيام ، ثم ترى الدم ثلاثة أيام ، ثم تطهر عشرة ، ثم ترى لحظه وهل هذه اللحظة من العدة ؟ قال الشيخ في المبسوط : نعم ، ووجهه ما ذكره المصنف ، وقال ابن ادریس : ليست من العدة ؛ لأنها غير داخله فيها ؛ لأن العدة هي الاطهار ، وقد انقضت لها ثلاثة ، وأختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد . وتظهر الفائدة في أماكن :

الأول : لو راجعها في تلك اللحظة صحت الرجعة عند الشيخ ، وبطلت عند ابن ادریس .

الثاني : لو تزوجت فيها ، صح النكاح عند ابن ادریس ، وبطل عند الشيخ .

الثالث : لو مات أحدهما فيها ورثه الآخر عند الشيخ ، ولم يرثه عند ابن ادریس .

قال رحمه الله : وفي اليائسة والتي لم تبلغ روايتان أحدهما : أنها تعتدان

بثلاثة أشهر، والأخرى لا عدة عليها، وهو الأشهر.

أقول : عدم وجوب العدة عليها مذهب ابني بابويه وسلاح وابن حمزة وابن ادريس والمصنف والعلامة، وهو المعتمد؛ لأن العدة إنما شرعت لاستعلام فراغ الرحم من الحمل غالباً، وهذه الحكمة منتفية عنها، ولما رواه عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام، « قال : ثلاثة يتزوجن على كل حال، التي لم تحض ومثلها لا تحيض، قال : قلت : وما حدها ؟ قال : التي لها أقل من تسع سنين والتي لم يدخل بها والتي يشك من الحيض، قلت : وما حدها إذا كان لها خمسون سنة »<sup>(١٤١)</sup>، ومثلها رواية زرارة<sup>(١٤٢)</sup> عن الصادق عليه السلام، وكذلك رواية محمد بن مسلم<sup>(١٤٣)</sup> عن الباقر عليه السلام، وأوجب السيد المرتضى عليها العدة ثلاثة أشهر، لقوله تعالى : ﴿ واللاتي ينسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن ﴾<sup>(١٤٤)</sup>، قال : وهذا صريح في أن اليائسات من المحيض واللاتي لم يبلغن، عدتهن الأشهر، ولما رواه أبي بصير، « قال عدة التي لم تبلغ المحيض ثلاثة أشهر، والتي قعدت عن المحيض ثلاثة أشهر »<sup>(١٤٥)</sup>، واجيب عن الآية بأنها مشترطة بالريبة، وعن الرواية بضعف السند، لأن في طريقها سماعة وابن جبلة وعلي بن أبي حمزة وكلهم منحرفون عن الحق، وهي غير مسندة إلى الإمام.

قال رحمه الله : وحد اليأس أن تبلغ خمسين سنة، وقيل : في القرشية والنبطية : ستين سنة.

(١٤١) - الوسائل، كتاب الطلاق، باب ٢ من ابواب العدد، حديث ٤ مع اختلاف يسير.

(١٤٢) - الوسائل، كتاب الطلاق، باب ٣ من ابواب العدد، حديث ٣.

(١٤٣) - المصدر المتقدم، حديث ١.

(١٤٤) - الطلاق : ٤.

(١٤٥) - الوسائل، كتاب الطلاق، باب ٢ من ابواب العدد، حديث ٦.

أقول : في حد اليأس ثلاثة أقوال :

الأول : خمسين سنة مطلقاً ( وهو قول الشيخ في النهاية واختاره المصنف )<sup>(١٤٦)</sup>.

الثاني : ستين مطلقاً ، وهو قول العلامة في منتهى المطلب ، ورجحه في المختلف .

الثالث : التفصيل ، رواه ابن بابويه في كتابه<sup>(١٤٧)</sup> ، واختاره العلامة في أكثر كتبه .

ومستند الجميع الروايات<sup>(١٤٨)</sup> ، وقريش هو النضر بن كنانة ، فمن انتسب إليه فهو قرشي ، والنبط قليل : إنهم قوم يسكنون البطائح بين العراقيين البصرة والكوفة ، وقليل : إنهم عرب أستعجموا أو عجم أستعربوا .

قال رحمه الله : اما لو رأت في الثالث حيضاً وتأخرت الثانية أو الثالثة ، صبرت تسعة أشهر ، لاحتمال الحمل ، ثم اعتدت بعد ذلك بثلاثة أشهر ، وهي أطول عدة ، وفي رواية عمار تصبر سنة ، ثم تعتد بثلاثة أشهر ، ونزلها الشيخ في النهاية على احتباس الدم الثالث ، وهو تحكم .

أقول : المرأة التي لا<sup>(١٤٩)</sup> تحيض ومثلها تحيض تعتد بثلاثة اشهر إجماعاً ، وهي المسترابة ، وهذه تراعي الشهور والحيض ، فأيهما سبق خرجت به ، وقد تبتدى العدة بالأشهر ثم تصير من ذوات الاقراء ، كما لو طلقها بعد بلوغ تسع سنين وقبل رؤية الحيض ، فانه إذا جاءها الدم قبل انقضاء ثلاثة أشهر ولو بيوم بطل الاعتداد بالأشهر ، واحتسبت الماضي قراء وافتقرت الى قرنين آخرين .

(١٤٦) - في الأصل بدل ما بين القوسين قوله : ( وقيل في القرشية والنبطية : ستين ) .

(١٤٧) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٣١ ، حديث ٩ وغيره .

(١٤٨) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٣٢ .

(١٤٩) - هذه الكلمة من النسخ وليست في الأصل .

وقد ينعكس بأن تبتدىء العدة بالحيض ، ثم تصير من ذوات الشهور ، كما لو رأت قرءاً أو قرأين ثم بلغت اليأس ، فهذه تعويض عن كل قرء يبقئ بشهر .  
وان انقطع الدم لعارض فلا يخلو إما أن يكون معلوماً كالحمل والرضاع ، أو غير معلوم ، فان كان معلوماً انتظرت الاقراء ، ولا يجوز لها الاعتداد الا بها وإن طال مدتھا ؛ لأن انقطاع الدم هنا لعارض معلوم الزوال ، فلا تخرج الا بالاقراء .

وان كان غير معلوم فهي مسألة الكتاب المبحوث عنها ، وهذه تصير أقصئ مدة الحمل ، فان ظهر فيها حمل اعتدت بوضعه ، وإن لم يظهر حمل دل على براءة الرحم واعتدت بعدها بثلاثة أشهر ؛ لان التربص السابق لم يكن عدة ، وانما اعتبر ليعلم أنها ليست من ذوات الاقراء ، فاذا علم ذلك بمضي مدة الحمل ، ولم يكن حمل ولا رضاع ولا بلغت اليأس ، تحققت الرية ، فعليها الاعتداد بالاشهر .

والرواية المشار اليها رواية عمار الساباطي ، « قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل عنده امرأة شاية وهي تحيض في كل شهرين أو ثلاثة أشهر حيضة واحدة ، كيف يطلقها زوجها ؟ قال أمر هذه شديد ، هذه تطلق طلاق السنة تطليقة واحدة من غير جماع بشهود ، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيضات ، متى ما حاضتها انقضت عدتها ، قلت : فان مضت سنه ولم تحض فيها ثلاث حيضات ؟ قال : تتربص بها بعد السنة ثلاثة أشهر ، ثم قد انقضت عدتها . قلت : فان ماتت أو مات زوجها ؟ قال : فأيهما مات ورثه صاحبه ما بينه وبين خمسة عشر شهر » (١٥٠) .

وبمضمونها أفتئ الشيخ في النهاية إن كان المحتبس هو الدم الثالث .  
قال المصنف : وهو تحكم ؛ لأن الرواية وردت غير مقيدة بالثالث ، فن

قيدها به افتقر الى الدليل وليس ، فالتقييد مع عدم الدليل الموجب له يكون تحكما .

### فرع :

إذا اعتدت بثلاثة أشهر بعد مدة التربص ، فإن مضت ثلاثة لم تر فيها دماً انقضت عدتها وحلت لها الازواج ، وإن رأت فيها دماً بطل اعتدادها بالأشهر ؛ لأننا تبينا أنها من ذوات الاقراء فيلزمها الاعتداد بها وإن طال مدتها .

وهل يجب عليها ثلاثة أقراء غير الاقراء المستخللة بين الطلاق وغاية التربص ؟ قال الشيخ في المبسوط : نعم ، وذلك لأن مدة التربص ليست من العدة فلا عبرة بها ، ونقل أبو العباس عن الشهيد قولاً : إنها تبني على ما بعد الطلاق فيكفيها تمام الثلاثة<sup>(١٥١)</sup> أقراء وهو قوي ؛ لأنها لما رأت الدم بعد انقطاعه تبينا أنها من ذوات الاقراء وذوات الاقراء عدتهن ثلاثة اقراء من حين الطلاق لا أزيد من ذلك ، أما لو رأت الدم الثالث قبل مضي مدة التربص ولو بيوم انقضت عدتها اجماعاً ، ولو رآته بعد مدة التربص ولو بيوم كان فيه الاحتمالان .

قال رحمه الله : ومتى طلقت في أول الهلال اعتدت بثلاثة أشهر أهلة ، ولو طلقت في أثنائه اعتدت بهلالين ، وأخذت من الثالث بقدر الفائت من الشهر الأول ، وقيل : تكمل ثلاثين وهو أشبه .

أقول : انما يتصور الطلاق في أول الشهر إذا قارن آخر جزء من الطلاق أول جزء من الشهر ، فلو تأخر عن ذلك ولو بساعة حصل الأنكسار ، ولا يظن ظان أنه إذا طلقها في أول يوم من الشهر كان ذلك أول الشهر ، واكتفت بثلاثة أشهر أهلة وتبين برؤية الرابع ؛ لأن ذلك ليس مراداً اجماعاً ؛ لأن الشهر هو ما بين الهلالين من الأيام والليالي ، فاذا وقع الطلاق بعد مضي جزء مما بين الهلالين

حصل أنكسار الشهر ، ويقال : إنها طلقت في أثنائه .

إذا عرفت هذا ، فإذا طلقت في أثناء الشهر فقد أنكسر ذلك الشهر وتعد بعده بشهرين هلالين ، قال المصنف : وأخذت من الثالث بقدر الفائت من الشهر الأول ، أي<sup>(١٥٢)</sup> الشهر الثالث بالنسبة إلى الشهرين الهلالين ، وهو رابع بالنسبة إلى الشهر الأول المنكسر .

وهذا مذهب أبي حنيفة ، وقواه الشيخ في المبسوط ؛ لأنه لو طلقت من أول الشهر اكتفت بما بين الهلالين ، فإذا كان بعد فوات بعضه أكتفت بقضاء الفائت ، وقال الشيخ في الخلاف<sup>(١٥٣)</sup> : تكمل المنكسر بثلاثين ، سواء كان تاماً أو ناقصاً ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة وهو المعتمد ؛ لأن الشهر إما عدة بين هلالين أو ثلاثون يوماً ، والأول متعذر في المنكسر فتعين الثاني ، فعلى الأول لو مضى من الشهر عشرون يوماً ثم طلقها وأهل ناقصاً ، اكتفت بشهرين هلالين بعده ، وبعشرين يوماً من الرابع ، وعلى الثاني تحتسب بتسعة من الأول وتأخذ من الرابع أحد وعشرين يوماً وتلفق الساعات والأنصاف ، ولا عبرة بطول الأيام وقصرها .

قال رحمه الله : لو أرتابت بالحمل بعد انقضاء العدة والنكاح لم يبطل ، وكذا لو حدثت الرية بالحمل بعد العدة وقبل النكاح ، أما لو أرتابت قبل انقضاء العدة لم تنكح ولو أنقضت العدة ، ولو قيل بالجواز ما لم يتيقن الحمل كان حسناً .

أقول : المرتابة بالحمل هي التي يحصل لها بعض أمارات الحمل ، بحيث يحصل مع وجود تلك الأمانة شك في الحمل ، ككبر البطن وثقلها وغير ذلك من الأمارات ، ولا يخلو إما أن يحصل الرية في العدة ، أو بعدها . وقبل النكاح ، أو

(١٥٢) - «م» : إلى .

(١٥٣) - في الأصل ( المختلف ) والظاهر أنه تصحيف وفي «١» : ( المبسوط ) .



بعدها أو بعد النكاح<sup>(١٥٤)</sup>، ففي الفرضين الآخرين لا يبطل النكاح ولا يحرم للحكم بخروج العدة وصحة النكاح شرعاً ، ولا<sup>(١٥٥)</sup> يقدرح الأباحة الشك في الحمل ما لم يتحقق . وفي الفرض الأول - وهو حصول الرية قبل انقضاء العدة -

قال الشيخ في المبسوط : لا يجوز لها ان تنكح ، فان خالفت ونكحت على تلك الحال فالنكاح باطل ؛ لأن النكاح مبني على الاحتياط التام ، واستحسن المصنف جواز النكاح واختاره العلامة وهو ( المعتمد ، لوجود )<sup>(١٥٦)</sup> المقتضي لاباحة النكاح ، وهو خروج العدة وانتفاء الرجعة والنفقة وجواز نكاح الأخت والخامسة ، وذلك دليل على انقطاع العصمة بينها ما لم يتحقق الحمل ، فان تحقق بعد النكاح بطل وكان نكاح شبهة .

(١٥٤) - كذا في الأصل وجميع النسخ .

(١٥٥) - النسخ : فلا .

(١٥٦) - ما بين القوسين سقط من « ر » .

## في عدة الحامل

قال رحمه الله :ولو طلقت ( فادعت الحمل )<sup>(١٥٧)</sup> صبر عليها أقصى الحمل ، وهي تسعة أشهر ، ثم لا يقبل دعواها ، وفي رواية سنة وليست مشهورة .  
أقول : قد مضى تحقيق البحث في باب الحاق الأولاد في أقصى مدة الحمل<sup>(١٥٨)</sup> ، والمعتمد أنه عشرة أشهر ، وهو اختيار المصنف (والعلامة)<sup>(١٥٩)</sup> في أكثر كتبه وأبي العباس في مقتصره ، وقال السيد المرتضى في الانتصار وأبو الصلاح : إنه سنة ، والأكثر على أنه تسعة أشهر ، واستناد الجميع إلى الروايات<sup>(١٦٠)</sup> .  
تنبيه : إذا مضى أقصى مدة الحمل ، هل تنقضي عدتها للمعلم بكذب دعواها ، أو تفتقر إلى ثلاثة أشهر بعدها ؟ بالأول قال ابن ادريس ، لعدم ظهور الحمل وقد حصل ثلاثة أشهر يقين<sup>(١٦١)</sup> فتخرج العدة بانقضاء أقصى مدة الحمل ،

---

(١٥٧) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(١٥٨) - ص ١٧١ .

(١٥٩) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(١٦٠) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٢٥ من أبواب العدد .

(١٦١) - كذا والكلمة في النسخ غير واضحة ، ولعل الصحيح ( يبين ) .

وقال الشيخ (في النهاية) <sup>(١٦٢)</sup> بالثاني، واختاره العلامة في المختلف وفخر الدين في شرح القواعد؛ لأن الأشهر التسعة مدة الاستبراء، فتجب العدة بعدها، ولما رواه عبد الرحمن في الصحيح، « قال سمعت أبا إبراهيم عليه السلام يقول : إذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلاً أنتظر تسعة أشهر فإن ولدت والا اعتدت بثلاثة أشهر ثم بانث منه » <sup>(١٦٣)</sup>.

قال رحمه الله : ولو كان حملها أثنين بانث بالأول ، ولم تنكح الا بعد وضع الأخير ، والأشبه أنها لاتبين الا بوضع الجميع .

أقول : الأول مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة ، لرواية عبد الرحمن بن عبد الله البصري <sup>(١٦٤)</sup> عن الصادق عليه السلام ، ولأن الحامل تبين من المطلق بوضع الحمل ، وهذه يصدق عليها الوضع ، وانما لم يميز نكاحها قبل وضع الثاني لاشتغال رحمها .

والثاني مذهب الشيخ في الخلاف ، وبه قال ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وابنه ، وهو المعتمد لقوله تعالى : ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ <sup>(١٦٥)</sup> ، والحمل هو الجميع ، ويظهر فائدة الخلاف في أماكن :

الأول : جواز الرجعة فيما بين الوضعين على مذهب الخلاف دون النهاية .

الثاني : وجوب النفقة على المطلق على مذهب الخلاف ( دون النهاية ) .

الثالث : لو مات أحد الزوجين بين الوضعين ورثه الآخر على مذهب

الخلاف دون النهاية <sup>(١٦٦)</sup> ، وبالحملة هي بينهما زوجة على مذهب الخلاف .

(١٦٢) - ما بين القوسين ليس في «ن» .

(١٦٣) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٢٥ من أبواب العدد ، حديث ١ .

(١٦٤) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ١٠ من أبواب العدد ، حديث ١ .

(١٦٥) - الطلاق : ٤ .

(١٦٦) - ما بين القوسين ليس في «ر» .

فرع : لا تنقضي العدة بانفصال بعض الولد فلو مات الزوج أو المرأة بعد خروج رأسه ورثه صاحبه ، على رأيه وورثه صاحبه ولو خرج منه قطعه كیده لم يحكم بالانقضاء ولو خرج ما يصدق عليه أسم الولد<sup>(١٦٧)</sup> ناقصا كید علم بقاؤها<sup>(١٦٨)</sup> ، اختار<sup>(١٦٩)</sup> العلامة خروج العدة بذلك لصدق وضع الولد ، واختار فخر الدين عدم خروج العدة به ، لعدم فراغ الرحم من الحمل وهو أحوط .

قال رحمه الله : لو اقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لستة أشهر فصاعداً منذ طلقها ، قيل : لا يلحق ، والأشبه الحاقه ما لم يتجاوز أقصى مدة الحمل .

أقول : اذا طلقها ثم مضى بعد الطلاق مدة يمكن فيها انقضاء العدة ، فادعت انقضائها قبل قولها ، فاذا أتت بعد ذلك بولد لستة أشهر فصاعداً منذ طلقها ، وادعت أنه من المطلق ، قال الشيخ في المبسوط لا يلحق به ؛ لأن هذه الدعوى مكذبة لاقرارها<sup>(١٧٠)</sup> بانقضاء العدة ، فلا تكون مقبولة مع امكان تجددده بعد الطلاق ، وهو ممكن بمضي ستة أشهر فصاعداً ، وقد مضت فلا يلحق الولد بالمطلق .

واختار المصنف التحاقه به ما لم يتجاوز أقصى مدة الحمل ، وذلك مع خلوها من زوج ومولى ، ووجهه : أنها كانت فراشا له وهذا الولد يمكن أن يكون منه ، وليس هنا من هو أولى منه أو<sup>(١٧١)</sup> مساو له فيلحق به ، واختاره العلامة في التحرير ، وهو المعتمد .

(١٦٧) - في نسخة في الأصل : الآدمي .

(١٦٨) - كذا

(١٦٩) - «م» : واختار .

(١٧٠) - من النسخ ، وفي الأصل : اقراره .

(١٧١) - في النسخ : ولا .



## في عدة الوفاة

قال رحمه الله : وفي الأمة تردد أظهره أنه لاحداد عليها .

أقول : منشؤه من أصالة براءة الذمة من وجوب الحداد ، وما رواه الشيخ في الصحيح عن زرارة عن الباقر عليه السلام : « إن الحرة والأمة كلتيهما إذا مات عنهما زوجيهما سواء في العدة إلا أن الحرة تحدد والأمة لا تحدد »<sup>(١٧٢)</sup> ، ومن قوله عليه السلام : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرة أيام »<sup>(١٧٣)</sup> ، ولم يفرق بين الحرة والأمة فيجب عليها<sup>(١٧٤)</sup> الحداد ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره ابن ادريس ، والأول مذهب الشيخ في النهاية ، واختاره ابن الجنيد وابن البراج ، واختاره المصنف والعلامة في المختلف .

قال رحمه الله : وإن خرجت من العدة ولم تتزوج فيه روايتان ، أشهرهما

---

(١٧٢) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٤٢ من أبواب العدد ، حديث ٢ .

(١٧٣) - المستدرک : كتاب الطلاق ، باب ٢٥ من أبواب العدد ، حديث ٩ .

(١٧٤) - «ن» و«ر» : عليها .

أنه لا سبيل له عليها .

أقول : إذا اعتدت زوجة المفقود بأذن الحاكم بعد البحث عنه أربع سنين ثم جاء بعد انقضاء عدتها وقبل زواجها ، قال الشيخ في النهاية والخلاف : هو أولى بها ، واختاره فخر الدين ، وقال سلال وابن ادريس هي أولى بها ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأن حكم الشارع بالبينونة بمنزلة الطلاق ، وحكمه عدم الرجوع بعد المدة (١٧٥) .

فروع :

الأول : ابتداء المدة المضروبة من حين رفع القضية إلى الحاكم ، ولا عبرة بالمدة السابقة على ذلك وإن طالت .

الثاني : لا بد من أمر الحاكم بالأعتداد بعد انقضاء المدة المضروبة ، فلو اعتدت بغير إذنه لم يحز ، واقتضت إلى عدة أخرى بعد الأذن ؛ لأن هذا الحكم منوط بالحاكم لكونه من المسائل الاجتهادية ، فلا بد من إذنه فيه ، ولا يناط باجتهاد غير الحاكم .

الثالث : هذه العدة كمدة الوفاة ، يجب فيها الحداد على الزوجة ، وإن قيل بافتقارها إلى الطلاق .

الرابع : لو غلط الحاكم في الحساب فأمرها بالاعتداد قبل مضي أربع سنين ، فاعتدت وتزوجت ثم ظهر الغلط ، بطل النكاح الثاني ، واستقرب العلامة في قواعده أنها تحرم على الثاني مؤبداً ، وقواه فخر الدين ؛ لأن مدة التربص كالعدة ، وكل من عقد على معتدة ودخل بها حرمت عليه أبداً ، ويحتمل العدم ؛ لأن مدة التربص ليست عدة حقيقة ، ولم يحصل من (١٧٦) زنا بذات بعل لحصول

(١٧٥) - في النسخ : العدة .

(١٧٦) - في النسخ : ( منه ) .

الشبهة ، ولأصالة الأباحة .

تنبيه : هل يفتقر الى الطلاق<sup>(١٧٧)</sup> بعد البحث أم لا ؟ أطلق الشيخان وابن البراج وابن ادريس والمصنف القول بالاعتداد بعد مدة البحث عدة الوفاة ، ثم تحمل للازواج ولم يقيدوا بالطلاق ، قال<sup>(١٧٨)</sup> ابن المجنيد : يأمر السلطان الولي بالطلاق ، فان لم يطلق أمرها بالعدة ، وقال ابن بابويه يأمر السلطان الولي بالطلاق ، فان لم يطلق طلقها الحاكم ، وبه قال ابن حمزة ، واختاره العلامة وفخر الدين وأبو العباس ، لما رواه بريد بن معاوية العجلي في الصحيح ، « قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المفقود ، كيف تصنع امرأته ؟ قال : ما سكنت وصبرت فخل عنها ، وإن رفعت أمرها الى الوالي أجلبها أربع سنين ثم يكتب الى الصقع الذي فقد فيه . فيسأل عنه ، فان أخبر عنه بحياة صبرت وإن لم يخبر عنه بحياة حتى يمضي أربع سنين دعا ولي الزوج المفقود ، فقبل له : هل للزوج مال ؟ فان كان له مال أنفق عليها حتى يعلم حياته ، وإن لم يكن له مال قال أنفق عليها ، فان فعل فلا سبيل لها الى أن تتزوج ما أنفق عليها ، وإن أبى أن ينفق عليها أجبره الوالي أن يطلقها تطليقة في استقبال العدة . وهي طاهر ، فيصير طلاق الولي طلاق الزوج ، فان جاء زوجها قبل أن تنقضى عدتها من يوم طلقها الولي فبدا له أن يراجعها فهي امرأته ، وهي عنده على تطليقتين وإن انقضت العدة قبل أن يجيء ويراجع فقد حلت للازواج ، ولا سبيل للأول عليها »<sup>(١٧٩)</sup> ، أنتهت الرواية .

وقال العلامة في قواعده والأقرب أن للحاكم أن يطلقها بعد مضي مدة<sup>(١٨٠)</sup> البحث ، للرواية الصحيحة وهي هذه الرواية التي ذكرناها ، وانما اسند العلامة

(١٧٧) - في النسخ : ( طلاق ) .

(١٧٨) - في النسخ : ( وقال ) .

(١٧٩) - الواسل ، كتاب الطلاق ، باب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ، حديث ١ .

(١٨٠) - هذه الكلمة ليست في « ن » .



الطلاق الى الحاكم والرواية دالة على ايقاعه من الولي ؛ لأن الحاكم هو المطلق بالحقيقة ، لأن طلاق الولي موقوف على أمر الحاكم وإذنه فيه ، وهو غير واقع بغير إذن الحاكم ، فكأن الحاكم هو المطلق وإن كان المباشر غيره ، ولو لم يكن للمفقود ولي باشر الطلاق الحاكم .

قال رحمه الله : لانفقة على الغائب في زمان العدة ولو حضر قبل انقضائها ، نظراً الى حكم الحاكم بالفرقة ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه من أن نفقة الزوجة تابعة للزوجية والتمكن ، وقد حكم الحاكم بالفرقة فتقطع الزوجية فتقطع النفقة ، ومن حيث أنه اذا حضر قبل انقضاء العدة صارت كالعدة الرجعية ، لجواز رجوعه فيها فيلزمه النفقة على مذهب الشيخ في المبسوط ، وجزم به العلامة في التحرير ، وهو اختيار فخر الدين (١٨١) .

قال رحمه الله : اذا أت بولد بعد مضي ستة أشهر من دخول الثاني لحق به ، ولو أدعاه الأول وذكر أنه وطأها سرأ لم يلتفت الى دعواه ، وقال الشيخ : يقرع بينهما ، وهو بعيد .

أقول : بالقرعة قال الشيخ في المبسوط لكونه ممكناً ، ووجه بعده أنه قد بانث من الأول وزال فراشه وصارت فراشاً للثاني ، وقال عليه السلام : « الولد

---

(١٨١) - في هامش الأصل حاشيه لم يعلم لمن وهي : إذ مات المفقود أو زوجته بعد الحكم بالفرقة ، فاما أن يكون موته في أثناء العدة أو بعدها قبل التزويج أو بعده ، ففي الأخير لا توارث بينها ، وكذا لو كان بعد العدة ، لأنقطاع العصمة بينهما . وعلى القول بأنه لو حضر كان أحق بها بمقتضى التوارث لظهور وجوده ، والأقوى عدم التوارث . ولو مات أحدهما وهي في العدة فتولان : العدم لأن العدة عدة وفاة ، والآخر التوارث وهو الأقوى لبقاء حكم الزوجية .

للفراش» (١٨٢) فيكون تابعاً له وهو المعتمد .

قال رحمه الله : لا يرثها الزوج لو ماتت بعد العدة وكذا لا ترثه ، والتردد لو مات احدهما في العدة ، والأشبه الأثر .

أقول : منشؤه من أنها عدة بائنة ، والبائنة لاميراث فيها ، ومن عدم (١٨٣) انقطاع العصمة بينها ؛ لأنه لو حضر في العدة كان له الرجوع فيها وكل عدة يصح الرجوع فيها يثبت فيها التوارث ، وهو مذهب المصنف والعلامة ، وهو المعتمد .

(١٨٢) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٩ ، حديث ٣ .

(١٨٣) - هذه الكلمة ليست في «م» .



## في عدة الاماء

قال رحمه الله : عدة الاماء في الطلاق مع الدخول قرآن وهما طهران ، وقيل : حيضتان ، والأول أشهر .

أقول : تقدم البحث<sup>(١٨٤)</sup> في تفسير القرء فلا فائدة في الاعادة .

قال رحمه الله : وعدة الذمية كالحررة في الطلاق ، والوفاة ، وفي رواية تعتد عدة الامة ، وهي شاذة .

أقول : الرواية إشارة الى ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام ، « قال : سألت عن نصرانية كانت تحت نصراني فطلقها ، هل عليها عدة مثل عدة المسلمة ؟ فقال : لا ، الى قوله ، فقلت : ما عدتها ؟ فقال : عدتها عدة الأمة ، حيضة أو خمسة وأربعون يوماً »<sup>(١٨٥)</sup> والمشهور أن عدتها عدة الحررة ، وهو المعتمد .  
قال رحمه الله : ولو كانت أم ولد لمولاه كانت عدتها أربعة أشهر وعشراً .

---

(١٨٤) - ص ٢٣٦ .

(١٨٥) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٤٥ من أبواب العدد ، حديث ١ . وفيه ( حيضتان ) بدل ( حيضة ) .

أقول : مراده اذا زوج السيد أمته وله منها ولد كانت عدتها من ( الطلاق ووفاة )<sup>(١٨٦)</sup> الزوج كالحرة ؛ لأن لها تشبيهاً بالحرية كالمكاتبة ، ولو مات السيد عن أم ولد يطأها ، قال أبو الصلاح : اعتدت من موته كالحرة ، وهو ظاهر ابن حمزة ، واختاره أبو العباس في مهذبه لموثقة أسحاق بن عمار<sup>(١٨٧)</sup> عن أبي إبراهيم عليه السلام .

وقال ابن ادریس : لاعدة عليها من موت سيدها غير الاستبراء بحیضة ، لأصالة براءة الذمة من وجوب العدة ؛ لأنها ليست زوجة بل هي باقية على الملك والعبودية الى حين الوفاة ، وهي<sup>(١٨٨)</sup> كسائر الاماء الموطوات ، وجنح اليه العلامة في المختلف ، وجزم به في التحرير .

---

(١٨٦) - ما بين القوسين ليس في نسخة في الأصل . وما أثبتناه موافق للنسخة ولنسخة الأصل الأخرى .

(١٨٧) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٤٢ من أبواب العدد ، حديث ٤ .

(١٨٨) - في النسخ : فهي .

## في اللواحق

قال رحمه الله : ولو طلقت في مسكن دون مستحقها ، جاز لها الخروج عند الطلاق إلى مسكن يناسبها ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه من عموم تحريم الخروج من منزل الطلاق ما لم تأت بفاحشة ، ومن حصول الفضاضة على الزوجة بلبثها في مسكن غير مناسب لحالها ، فلها الانتقال إلى ما يناسب حالها ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، وجزم به العلامة في القواعد والتحرير ، وهو المعتمد .

وكذا يجوز نقلها من منزل الطلاق إلى غيره عند الضرورة ، كما لو كان بيتها في طرف البلد وخافت من الإقامة فيه ، أو كانت بين قوم فسقة ؛ أو خافت أنهدام المسكن .

قال رحمه الله : لو مات فورث المسكن جماعة لم يكن لهم قسمته إذا كان بقدر مسكنها إلا بأذنها ، أو مع انقضاء عدتها ؛ لأنها استحققت السكنى فيه على صفة ، والوجه أنه لا سكنى بعد الوفاة ما لم تكن حاملاً .

أقول : السكنى تابعة لوجوب النفقة ، فن لا نفقة لها لا سكنى لها ، والنفقة إنما

هي للمطلقة الرجعية والباين الحامل ، والموت مع عدم الحمل مسقط للنفقة إجماعاً.

وهل يسقطها مع الحمل؟ فيه خلاف قد تقدم<sup>(١٨٩)</sup>، وهو مبني على أن النفقة هل هي للحمل أو للحامل بشرط الحمل؟ وقد سبق تحقيقه.

قال رحمه الله: ولا نفقة للمتوفي عنها ولو كانت حاملاً، وروي أنه ينفق عليها من نصيب الحمل، وفي الرواية بعد.

أقول: قد سبق البحث في هذه في باب النفقات<sup>(١٩٠)</sup>.

قال رحمه الله: لو تزوجت في العدة لم يصح ولم تنقطع عدة الأول فإن لم يدخل الثاني بها فهي في عدة الأول، وإن وطأها الثاني عالماً بالتحريم فالحكم كذلك حملت أو لم تحمل، ولو كان جاهلاً ولم تحمل أتمت عدة الأول؛ لأنها أسبق واستأنفت أخرى للثاني على أشهر الروايتين.

أقول: قد سبق البحث في هذه في باب المحرمات<sup>(١٩١)</sup> مستوفى فليطلب من هناك، وباقي الخلاف المذكور في هذا الباب إلى كتاب الخلع لا يفتقر إلى الشرح لتنبه المصنف على وجه الخلاف فيها.

(١٨٩) - ص ١٨٤.

(١٩٠) - ص ١٨٤.

(١٩١) - ص ٦١ - ٦٣.

كتاب الخلع





## في الصيغة

قال رحمه الله : وهل يقع بمجردة ؟ المروي نعم ، وقال الشيخ : لا يقع حتى يتبع بالطلاق .

أقول : قال المرتضى وابن الجنيد والمفيد وسلاح ومحمد بن بابويه وابن حمزة يقع بمجردة ، واختاره العلامة في مختلفه ، وفخر الدين وأبو العباس في مقتصره ، لروايات<sup>(١)</sup> كثيرة ، منها ما رواه زرارة ومحمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام ، « قال الخلع تطليقة باينة »<sup>(٢)</sup> ، وقال الشيخ : يفتقر الى اتباعه بالطلاق ، واختاره ابن ادریس ، لأصالة بقاء النكاح حتى يعلم السبب المزيل له ، ولرواية موسى بن بكير عن أبي الحسن الأول عليه السلام ، « قال : المختلعة يتبعها الطلاق مادامت في عدتها »<sup>(٣)</sup> ، والأول هو المعتمد .

تنبيه : لا يشترط تقديم البذل على الخلع ، بل يكفي قوله خلعتك ، أو

---

(١) - « ١ » : والروايات .

(٢) - الوسائل ، كتاب الخلع والمباراة ، باب ٥ ، حديث ٢ مع اختلاف يسير .

(٣) - الوسائل ، كتاب الخلع والمباراة ، باب ٣ ، حديث ١ .

أخلعتك ، أو خلعت موكلتك فلانة على كذا ، فتقول هي أو وكيلها : قبلت ، ولا يلزم بدون القبول منها أو من وكيلها ، ولو سبق البذل منها أو من وكيلها لم يفتقر الى القبول بعد الخلع ، ولو قلنا بافتقاره الى الطلاق أو أتبعه به وإن لم يفتقر اليه ، فقال : خلعتك على كذا ( وأنت )<sup>(٤)</sup> طالق ، فلم تقبل وقعت الطلقة رجعية ، إن شاء رجع وإن شاء ترك ، ولا يجب عليها القبول .

قال رحمه الله : ويتقدير الاجتزاء بلفظ الخلع هل يكون فسخاً أو طلاقاً ؟ قال المرتضى رحمه الله : هو طلاق ، وهو المروي ، وقال الشيخ رحمه الله : الأولى ان يقال فسخ ، وهو تخريج .

أقول : القول بوقوع الفرقة بلفظ الخلع ، هل هو طلاق ؟ بمعنى أنه ( هل تمد في الثلاث )<sup>(٥)</sup> ؟ قال المرتضى وابن الجنيد والعلامة في المختلف : إنه طلاق بمعنى أنه يعد في الثلاث<sup>(٦)</sup> ، واختاره فخر الدين وأبو العباس وهو المعتمد ، لما روي عن<sup>(٧)</sup> ثابت بن قيس لما خلع زوجته بين يدي النبي صلى الله عليه وآله لم يأمره بلفظ الطلاق ، فلما خالها قال لها رسول الله صلى الله عليه وآله : أعتدي ، ثم التفت الى أصحابه وقال : هي واحدة<sup>(٨)</sup> ، ولما رواه زرارة ومحمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام : « الخلع تطليقة باينة ( وليس فيها رجعة )<sup>(٩)</sup> »<sup>(١٠)</sup> ، وفي

(٤) - في النسخ : أنت .

(٥) - في «م» : ( يعد في الثلاث ) وفي «ن» و «ر» : ( يعد من الثلاث ) .

(٦) - في «م» : ( بمعنى أنه يعد في الثلاث ) .

(٧) - في النسخ : ( أن ) .

(٨) - لاحظ كثر المال ج ٣ ص ٢٢٤ ، وفي المستدرک ، كتاب الخلع والمباراة ، باب ٣ ما يناقض ذلك مع اتحاد الحادثتين ظاهراً .

(٩) - ما بين القوسين ليس في النسخ .

(١٠) - تقدمت هذه الرواية في المسألة السابقة .

معنى ذلك روايات كثيرة<sup>(١١)</sup>.

وقال الشيخ : ولو قلنا بوقوعه مجرداً كان الأولى أنه فسخ ؛ لأنه لو كان طلاقاً لكان كناية لا صريحاً ، والطلاق لا يقع بالكناية ، ولقوله تعالى : ﴿الطلاق مرتان﴾ ثم قال : ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ ، ثم قال : ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾<sup>(١٢)</sup> ، وقد ذكر تعالى تطليقتين ، والخلع وتطليقة بعده ، فلو كان الخلع طلاقاً لكان رابعاً ، وهذا محال .

وقول المصنف ( وهو تخريج ) : أي قول الشيخ مخرج غير منصوص عليه ؛ لأن التخريج هو : تعدية الحكم من منطوق به إلى مسكوت عنه ، ولم يرد النص بأن الخلع فسخ ، وإنما حمله الشيخ على الفسخ لخلوه من لفظ الطلاق وكل فرقة حصلت بغير لفظ الطلاق فهي فسخ ، فكان الخلع فسخاً .

ويحتمل أن يكون مراده بالتخريج هنا : تنزيل الحكم على غير مذهب القائل على تقدير قوله بالمذهب الذي يتفرع عليه الحكم ؛ لأن الشيخ لم يقل بوقوعه مجرداً ، فكان قوله بأنه فسخ تخريجاً على مذهب القائل بوقوعه مجرداً لا على مذهبه .

وعلى القول بأنه فسخ يصح من ولي الطفل مع المصلحة ، ولا يصح على القول بأنه طلاق .

(١١) - الوسائل ، كتاب الخلع والمباراة ، حديث ٣ - ٥ - ١٠ .

(١٢) - لاحظ الآيتين ٢٢٩ ، ٢٣٠ من سورة البقرة .



## في الفدية

قال رحمه الله : ويصح بذل الفداء منها ومن وكيلها ومن يضمنه بأذنها ، وهل يصح من المتبرع ؟ فيه تردد ، والأشبه المنع .

أقول : منشؤه من أنه عقد معاوضة فلا يكون المعوض لشخص والعوض على غيره ، فلا يصح من المتبرع ، ومن أنه افتداء ، لقوله تعالى : ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾<sup>(١٣)</sup> ، وهو يصح من الأجنبي ، والأول مذهب الشيخ واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : أما لو قال<sup>(١٤)</sup> طلقها على ألف من مالها وعلي ضمانها ، أو على عبدها هذا وعلي ضمانه صح ، فإن لم ترض بدفع البذل صح الخلع وضمن المتبرع ، وفيه تردد .

أقول : ما حكاه المصنف مذهب الشيخ في المبسوط ، ومنشأ التردد من فتوى الشيخ ، ولأنه مما تمس الحاجة إليه فهو كقوله : ألقى متاعك في البحر وعلي

---

(١٣) - البقرة : ٢٢٩ .

(١٤) - هذه الكلمة ليست في «م» و «ن» .

ضمانه ، ومن أنه ضمان ما لم يجب فيكون باطلا ، ومع بطلان العوض يبطل الخلع ، لا اشتراط صحته بسلامة العوض ، وهو لم يسلم .

قال رحمه الله : ولو خالعت في مرض الموت صح وإن بذلت أكثر من الثلث وكان من الأصل ، وفيه قول أن الزائد عن مهر المثل من الثلث ، وهو أشبه .

أقول : الخلاف هنا مبني على أن منجزات المريض هل هي من الأصل أو من الثلث ؟ وقد سبق <sup>(١٥)</sup> البحث في ذلك ، والمعتمد أنها من الثلث .

قال رحمه الله : ولو خلعها على عين فبانت مستحقة ، قيل : يبطل الخلع ولو قيل : يصح ويكون له القيمة أو المثل إن كان مثلياً كان حسناً .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : يبطل الخلع ؛ لأن العوض شرط في صحة الخلع ، وإذا بطل الشرط بطل المشروط ، ويحتمل عدم البطلان لأصالة الصحة ، ويضمن المثل أو القيمة ، والمعتمد الأول وهو اختيار فخر الدين .

قال رحمه الله : ويصح البذل من الأمة ، فإن أذن مولاهما أنصرف الإطلاق إلى الافتداء بمهر المثل ، ولو بذلت زيادة عنه ، قيل : يصح وتكون لازمة لذمتها تتبع بها بعد العتق واليسار ، وتتبع باصل البذل مع عدم الأذن .

أقول : المشهور بين الأصحاب جواز بذل الأمة مع الأذن وعدمه ، فمع عدم الأذن يتعلق البذل في ذمتها تتبع به بعد العتق واليسار ، وكذا لو زاد بذلها عن القدر المأذون فيه ، أو زاد عن مهر المثل مع الإطلاق ، فالزائد في ذمتها تتبع به بعد العتق واليسار لا أعلم في ذلك خلافاً .

وإنما الخلاف في محل البذل المأذون فيه ، قال الشيخ في المبسوط : إن كانت مأذوناً لها في التجارة أعطت مما في يدها ، وإن لم تكن تاجرة أعطت من كسبها ، فإن لم يكن لها كسب تعلق بذمتها تتبع به بعد عتقها ويسارها ، واستحسن العلامة

في القواعد تعلقه بذمة السيد مع الأذن مطلقاً ، سواء كانت تاجرة أو لا وسواء كانت مكتسبة أو لا ، وهو بناء على أن مهر العبد على سيده مع الأذن بالنكاح ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو قالت : لأدخلن عليك من تكرهه لم يجب [ عليه ] خلعه ، بل يستحب ، وفيه رواية بالوجوب .

أقول : بضمون الرواية<sup>(١٦)</sup> قال الشيخ في النهاية ؛ لأنه قال : إنما يجب الخلع إذا قالت المرأة لزوجها : إني لا أطيع لك أمراً ، ولا أقيم لك حداً ، ولا أغتسل لك من جنابة ، ولأوطئن فراشك من تكرهه إن لم تطلقني ، فإذا سمع منها هذا القول أو علم من حالها عصيانه في شيء من ذلك إن لم يطلق وجب عليه خلعه ، وتبعه ابن البراج وأبو الصلاح وابن زهرة ؛ لأن النهي عن المنكر واجب ، ولا يتم إلا بالخلع . وأنكر الوجوب ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة ، لأصالة براءة الذمة من الوجوب ، وهو المعتمد .

(١٦) - صرح في الجواهر ( ٣٣ : ٤٥ ) - ونقله عن غيره أيضاً - أنه لم يعثر على رواية بالوجوب .





## في الأحكام

قال رحمه الله : إذا أتت بفاحشة جاز عضلها لتفدي نفسها ، وقيل : هو منسوخ ، ولم يثبت .

أقول : إذا فعلت المرأة الفاحشة ، وهي الزنا ، جاز للرجل عضلها - وهو منعها - من حقوقها حتى تفدي نفسها ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَعْضَلُوهُمْ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُمْ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مَبِينَةٍ ﴾<sup>(١٧)</sup> ، قال الشيخ في المبسوط دلت هذه الآية على أنها متى زنت جاز عضلها وإحواجها<sup>(١٨)</sup> بالعضل إلى أن تفدي نفسها ، قال : وقيل : إنها منسوخة كما نسخت أية الحبس<sup>(١٩)</sup> بالفاحشة عن الحبس إلى الحدود ، ثم قال : والأول أقوى ؛ لأنه الظاهر ولا دليل على أنها منسوخة ، واختاره المصنف والعلامة وابنه ، لقيام الدليل على الجواز ، وعدم ثبوت النسخ .

---

(١٧) - النساء : ١٩ .

(١٨) - في النسخ : ( وإخراجها ) .

(١٩) - النساء : ١٥ .

ويحتمل العدم ، لقوله تعالى : ﴿ فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً ﴾ (٢٠) ، والمشروط عدم عند عدم شرطه ، والأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا قالت : طلقني ثلاثة بألف فطلقها قال الشيخ : لا يصح ؛ لأنه طلاق بشرط ، والوجه أنه طلاق في مقابلة بذل ، فلا يعد شرطاً .

أقول : قد ذكر المصنف وجهي القولين ، واختار المصنف والعلامة وابنه صحة الطلاق وهو المعتمد ؛ لأنه طلاق لغرض - وهو البذل - فلا مانع منه .

قال رحمه الله : فان قصدت الثلاث ولألم يصح البذل وان طلقها ثلاثاً مرسلأ ؛ لأنه لم يفعل ما سألته ، وقيل : يكون له الثلث لوقوع الواحدة .

أقول : معنى 'الولاء' أن يقول : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، ومعنى 'المرسلة' هنا : أن يقول أنت طالق ثلاثاً .

ووجه البطلان في الأول امتناع الغاية المجهول عليها ؛ لأن الطلاق الثاني والثالث ( لو ) (٢١) أوقعه على مطلقة فهو لغو لاحكم له ، واذا امتنع الفعل المجهول عليه بطلت الجماعة .

واما وجه البطلان في الثاني وهو الطلاق المرسل ، فلأنه لم يوقع ما سألته ؛ لأنه سألته ثلاثاً فلا يستحق مع المخالفة شيئاً ، والمعتمد بطلان البذل ووقوع الطلاق رجعيأ .

قال رحمه الله : ولو كانت معه على 'طلقة' ، فقالت طلقني ثلاثاً بألف ، فطلق واحدة كان له ثلث الألف ، وقيل : له الألف إن كانت عامة ، والثلث إن كانت جاهلة ، وفيه الأشكال .

(٢٠) - النساء : ٤ .

(٢١) - هذه الكلمة ليست في « ١ » .

أقول : منشأ الأشكال من حيث أن البذل وقع في<sup>(٢٢)</sup> مقابلة المجموع من حيث هو مجموع ، فلا يقع البعض مقابل البعض ، ووجه وجوب الألف مع العلم تنزيل كلام المسلم على الصحة ، وهي تعلم عدم وقوع الثلاث عليها فيكون مقصودها تكميل الثلاث ليقع التحريم ، وأما مع الجهل فيكون مقصودها العدد و( هو )<sup>(٢٣)</sup> لا يقع منه غير واحدة ، فيكون لها ( مع )<sup>(٢٤)</sup> مقابلها من البذل .  
والمعتمد إن قصدت تكميل الثلاث ليحصل التحريم استحق الألف وإلا لم يستحق شيئاً .

قال رحمه الله : لو اتفقا على ذكر القدر دون الجنس واختلفا في الإرادة ، قيل : يبطل ، وقيل : على الرجل البينة ، وهو أشبه .

أقول : القائل بالبطلان هو الشيخ في المبسوط ؛ لأن عند التناكر يصير البذل مجهولاً ، فيبطل ويرجع إلى مهر المثل ، واختار المصنف أن على الزوج البينة ؛ لأنه مدع ومع فقد البينة يكون القول قولها ؛ لأنها أبصر بنفسها<sup>(٢٥)</sup> وقصدها ، واختاره العلامة وابنه .

(٢٢) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

(٢٣) - هذه الكلمة ليست في «ن» و«ر» .

(٢٤) - هذه الكلمة ليست في «م» و«ر» .

(٢٥) - في «م» و«ر» : ( بنيتها ) .



كتاب الظهار



## في الصيغة

قال رحمه الله : ولو شبهها بظهر احدى المحرمات نسباً أو رضاعاً كالأم أو الأخت ، فيه روايتان أشهرهما الوقوع .

أقول : اختلف الأصحاب في المشبه بها ، قال الشيخان وابن الجنيدي هي كل محرمة بنسب أو رضاع ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد ، لقوله عليه السلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »<sup>(١)</sup> ، ولما رواه زرارة في الصحيح<sup>(٢)</sup> عن الباقر عليه السلام .

وقال ( ابن ادريس : إنها الأم خاصة ، واختاره فخر الدين لرواية سيف التمار عن الصادق عليه السلام )<sup>(٣)</sup> ، « قال : قلت له : إن الرجل يقول لامرأته : أنت علي كظهر אחتي أو عمتي أو خالتي ، فقال : إنما ذكر الله الأمهات ، وإن هذا المحرام »<sup>(٤)</sup> وأقتصر ابن البراج على المحرمات بالنسب دون الرضاع للفرق بين

---

(١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ١ من أبواب ما يحرم بالرضاع .

(٢) - الوسائل ، كتاب الظهار ، باب ٤ ، حديث ١ .

(٣) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٤) - الوسائل ، كتاب الظهار ، باب ٤ ، حديث ٣ .



التحريم بالنسب والتحريم بالرضاع ؛ لأن التحريم بالنسب ملازم للوجود ،  
والتحريم بالرضاع مسبوق بالأباحة ، وإنما حصل التحريم بعد الرضاع ، فالفرق  
ظاهر ، والمعتمد الأول .

قال رحمه الله : ولو شبهها بيد أمه أو شعرها أو بطنها ، قيل : لاتقع ،  
أقتصاراً على منطوق الآية ، وبالقوع رواية فيها ضعف .

أقول : الرواية إشارة الى ما رواه سدير عن الصادق عليه السلام ، « قال :  
قلت له الرجل يقول لامرأته : أنت علي كشر أمي أو بطنها أو كرجلها ؟ قال : ما  
عني ؟ إن أراد به الظهار فهو الظهار »<sup>(٥)</sup> ، وفي طريقها سهل بن زياد وهو ضعيف ،  
وبمضمونها أفق الشيخ في المبسوط ، وابن البراج في المهذب ، وابن حمزة .

وقال المرتضى وابن ادريس بعدم الوقوع ، واختاره المصنف والعلامة وأبو  
العباس ، وهو المعتمد لأصالة الأباحة ما لم يعلم السبب المحرم ، وهو غير معلوم  
هنا .

قال رحمه الله : ولو جعله يميناً لم يقع ولا يقع الا منجزاً ، فلو علقه بانقضاء  
الشهر أو دخول الجمعة لم يقع على القول الأظهر ، وقيل : يقع ، وهو نادر . وهل  
يقع في اضرار ؟ قيل : لا ، وفيه إشكال ، منشؤه التمسك بالعموم ، وفي وقوعه  
موقوفاً على الشرط تردد ، أظهره الجواز . ولو قيده بمدة كأن يظاهر منها شهراً أو  
سنة ، قال الشيخ : لا يقع ، وفيه إشكال مستند الى عموم الآية ، وربما قيل : إن  
قصرت المدة عن زمان التربص لم يقع ، وهو تخصيص للعموم بالحكم  
المخصوص ، وفيه ضعف .

أقول : هنا مسائل :

الأولى : لا يقع الظهار بجعله يميناً ، مثل أن يقول : أنت علي كظهر أمي إن

فعلت كذا ، فصورة اليمين صورة الشرط ، ويحصل الفرق بينهما من وجهين :  
الأول : أن اليمين لا يكون متعلقة<sup>(٦)</sup> بفعل غير المتكلم ، والشرط قد يتعلق  
بفعل المتكلم وبغير فعله ، كقوله : إن برىء مريضى أو قدم مسافرى ، والبرء  
والقدوم ليس من فعل الحالف .

الثاني : إن اليمين يكون المقصود منها كف النفس وزجرها عن إيجاد  
الشرط ، والزام نفسه بمحذور الظهار إن أوجد الشرط ، فهو يترك الشرط حذراً  
من الظهار ، كما يترك الحالف الحنث حذراً من الكفارة ، وأما الشرط فالمقصود  
منه مجرد التعليق ، فغرضه وجود المشروط<sup>(٧)</sup> عند وجود الشرط<sup>(٨)</sup> ، فهو  
تقيض<sup>(٩)</sup> اليمين .

الثانية : هل يقع معلقاً على صفة ، كقوله إذا انقضى الشهر : أنت على كظهر  
أمي ، أو إذا دخل يوم الجمعة : أنت على كظهر أمي ؟ المشهور بين الأصحاب عدم  
وقوعه معلقاً على الصفة .

وأعلم أن القول بوقوعه هنا فرع على القول بوقوع المشروط ، فكان ينبغي  
للمصنف تقديم الأصل على الفرع في الترتيب كما فعله في المختصر ، وهنا قدم  
الفرع على الأصل ، وهو غير مستحسن ، فكل قائل بعدم وقوعه مشروطاً ( منعه  
هنا )<sup>(١٠)</sup> ، والقائلون بوقوعه مشروطاً اختلفوا هنا ، قال الشيخ في المبسوط :  
بالوقوع لاشتراكهما بالتعليق ، وقال الأكثر : لا يقع ، لعدم النص على وقوعه معلقاً

(٦) - كذا

(٧) - في «ن» : ( الشرط ) .

(٨) - في «ن» : ( المشروط ) .

(٩) - في «م» : ( مقتضى ) .

(١٠) - في النسخ بدل ما بين القوسين : ( قائل بعدم وقوعه معلقاً بالصفة ) .

على الصفة، وقد ورد النص<sup>(١١)</sup> بوقوعه مشروطاً، والفرق بينهما: أن الشرط يمكن وقوعه والمعلق على الزمان يستحيل وقوعه في الحال ويتحتم وقوعه فيما بعد.

الثالثة: هل يقع الظهار إذا قصد به اضرار المرأة؟ قال الشيخ في النهاية: لا يقع، واختاره العلامة، لقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا اضرار»<sup>(١٢)</sup>، ويحتمل وقوعه مطلقاً، لعموم الآية<sup>(١٣)</sup>، وهو ظاهر المفيد وابن الجنيد وابن ادریس؛ لأنهم أطلقوا القول بوقوع الظهار ولم يقيّدوا بعدم الأضرار، والمعتمد مذهب العلامة.

والمراد بالأضرار المانع من الظهار: هو أن يكون مقصود المظاهر إضرار المظاهر منها فقط، فهذا القصد يمنع من وقوع الظهار عند القائل به وإن لم تضر المرأة بالظهار، وإن أوقعه لغرض غير الأضرار، فانه يقع وإن تضررت به، فالمعتبر قصد المظاهر ولا أثر لتضررها مع عدم قصد الأضرار، ولا (أثر)<sup>(١٤)</sup> لعدم تضررها مع قصد الأضرار؛ لأن دليلهم على حكم الظهار قوله تعالى: ﴿قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله والله يسمع﴾<sup>(١٥)</sup>، الآيات، وذلك أن خولة بنت مالك بن تغلبة ظاهر منها زوجها أوس بن الصامت، فأنت رسول الله صلى الله عليه وآله فأخبرته بذلك، فأخبرها بتحريمها عليه، فرفعت يديها إلى السماء وقالت: أشكو إلى الله فراق زوجي، فنزلت الآيات<sup>(١٦)</sup>، ولا خلاف بينهم في وقوع هذا الظهار، والآية دلت على شكوى الزوجة إلى الله، والشكوى دلالة على تضررها بفراق زوجها، فلو كان لتضرر الزوجة مع عدم

(١١) - الوسائل، كتاب الظهار، الباب ١٦.

(١٢) - الوسائل، كتاب أحياء الموات، باب ٧، حديث ٢، مع اختلاف ولم نعثر عليه بلفظه.

(١٣) - المجادلة: ٣.

(١٤) - هذه الكلمة ليست في نسخة من الأصل.

(١٥) - المجادلة: ١ و ٢ و ٣ و ٤.

(١٦) - الوسائل، كتاب الظهار، باب ١، حديث ١ و ٢ و ٤.

قصد الزوج الأضرار أثر لوقع الخلاف في هذا الظهار ، وهو غير واقع ، فثبت أن الاعتبار بقصد الزوج ، ولا اعتبار بحال المرأة .

الرابعة : في وقوعه موقوفاً على شرط ، وهو اختيار الشيخ ومحمد بن بابويه وابن حمزة ، واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين وأبو العباس ، لعموم الآية <sup>(١٧)</sup> ، ولما رواه حريز في الصحيح عن الصادق عليه السلام ، « قال : الظهار ظهاران ، أحدهما : أن يقول : أنت علي كظهر أمي ، ثم يسكت . فذلك الذي يكفر قبل أن يواقع ، وإذا قال : أنت علي كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا فقد وجبت عليه الكفارة حين يحنث » <sup>(١٨)</sup> .

وقال السيد المرتضى وابن البراج وسلاّر وأبو الصلاح وأبن أدریس : لا يقع مشروطاً ، لرواية القاسم بن محمد ، « قال : قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام : إني ظاهرت من امرأتي ؟ فقال : كيف قلت ؟ قال : قلت : أنت علي كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا ، فقال : لا شيء عليك ولا تعد » <sup>(١٩)</sup> .

الخامسة : هل يقع مؤقتاً ، مثل أن يقول : أنت علي كظهر أمي يوماً ، أو شهر ، أو سنة ؟ قال الشيخ في المبسوط والخلاف : لا يقع ، وتبعه ابن البراج وابن أدریس ، لما رواه سميد الأعرج في الصحيح ، عن الكاظم عليه السلام ، « في رجل ظاهر من امرأته يوماً ؟ قال : ليس عليه شيء » <sup>(٢٠)</sup> ، وقال ابن الجنيد : يلزمه الظهار ، للعموم <sup>(٢١)</sup> ، فحينئذ لو أنقضت مدة الظهار حلت من غير تكفير ، واختاره العلامة في القواعد ، واختار فخر الدين مذهب الشيخ ، وعلى القول بوقوعه موقتا

(١٧) - المجادلة : ٣ .

(١٨) - الوسائل ، كتاب الظهار ، باب ١٦ ، حديث ٧ .

(١٩) - الوسائل ، كتاب الظهار ، باب ١٦ ، حديث ٤ .

(٢٠) - المصدر المتقدم ، حديث ١٠ ، لاحظ الجواهر ، ج ٣٣ ، ص ١٠٩ - ١١١ .

(٢١) - المجادلة : ٢ .

لا فرق بين أن يقصر المدة عن زمان التبرص أو لا ، للعموم (٢٢) ، وزمان التبرص هنا ثلاثة أشهر .

قال رحمه الله : وكذا لو قال : أنت حرام كظهر أمي .

أقول : هذا عطف على المسألة السابقة التي ذكر المصنف وجه الخلاف فيها ، ومذهب الشيخ في الأولى وقوع الطهارة ، ومذهبه في هذه عدم وقوعه ، والمصنف عطف هذه على مذهبه في السابقة وهو عدم الوقوع ؛ لأن هذه ( الصيغة غير ) (٢٣) الصيغة المنصوصة (٢٤) ، والأصل بقاء الحل ، وهو ظاهر العلامة في القواعد ، واختار في المختلف وقوع الطهارة ، واختاره فخر الدين أيضاً ، لرواية زرارة الصحيحة ، عن الباقر عليه السلام ، « قال : سألته عن الطهارة ؟ فقال : يقول الرجل لأمرأته وهي طاهر من غير جماع : أنت علي ( حرام ) كظهر أمي أو أختي ، وهو يريد الطهارة » (٢٥) .

(٢٢) - المصدر المتقدم .

(٢٣) - ما بين القوسين ليس في النسخ .

(٢٤) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ١ .

(٢٥) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٢ ، حديث ٢ . وما بين القوسين ليس في الأصل وإن كان

في النسخ والمصدر أيضاً .

## في المظاهرة

قال رحمه الله : وفي اشتراط الدخول تردد ، والمروي أشراطه .  
أقول : منشؤه من عموم الآية<sup>(٢٦)</sup> ، ومن صحيحة محمد بن مسلم عن  
أحدهما عليهما السلام ، « في المرأة التي لم يدخل بها ؟ قال : لا يقع فيها إيلاء  
ولاظهار »<sup>(٢٧)</sup> ، ومثلها رواية الفضل بن يسار<sup>(٢٨)</sup> ، عن الصادق عليه السلام ،  
واشتراط الدخول مذهب الشيخ وابن بابويه وابن الجنيد ، واختاره العلامة في  
المختلف ، وأبو العباس في المقتصر ، وهو المعتمد ، وعدم الأشتراط مذهب المفيد  
وسلار وأختاره فخر الدين .

قال رحمه الله : وهل يقع بالمستمتع بها ؟ فيه خلاف ، والأظهر الوقوع .  
أقول : وقوعه بها مذهب السيد المرتضى وابن زهرة وأبي الصلاح ،  
واختاره المصنف ، والعلامة في القواعد والمختلف ، وأبو العباس ، وهو المعتمد ،

---

(٢٦) - المجادلة : ٢ .

(٢٧) - الوسائل ، كتاب الظهار ، باب ٨ ، حديث ٢ .

(٢٨) - الوسائل ، كتاب الظهار ، باب ٨ ، حديث ١ .

لقوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾<sup>(٢٩)</sup>، وهي من النساء .

وقال ابن بابويه وابن الجنيد : لاتقع بها ، واختاره ابن ادريس ، لما رواه ابن فضال ، عن أخبره « قال : لا يكون الظهار الا على موضع الطلاق »<sup>(٣٠)</sup> ، والمستمتع بها لا يقع بها طلاق ، فلا يقع بها ظهار .  
وأجيب بأرسال الرواية مع ضعف سندها .

قال رحمه الله : وفي الموطؤة بالملك تردد ، والمروي أنه يقع كما يقع بالحرّة .  
أقول : منشؤه من أنها من النساء لتحريم أمها وبنتها وأختها ، فتدخل في عموم الآية<sup>(٣١)</sup> ، ولصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليها السلام ، « قال : سألت عن الظهار على الحرّة والأمة ؟ قال : نعم »<sup>(٣٢)</sup> ، ومثلها رواية أسحاق بن عمار<sup>(٣٣)</sup> عن الكاظم عليه السلام ، ومن أصالة بقاء الحل ، ورواية حمزة بن حمران ، « قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل جعل جاريته عليه كظهر أمه ؟ قال : يأتيها ، وليس عليه شيء »<sup>(٣٤)</sup> ، وفي طريقها ابن فضال وهو ضعيف ، ومساواتها مذهب الشيخ في النهاية ( والخلاف )<sup>(٣٥)</sup> ، وبه قال ابن أبي عقيل ، وابن حمزة ، والعلامة في المختلف ( والتحرير )<sup>(٣٦)</sup> ، ورجحه أبو العباس في مقتصره ، وقال المفيد وسلاّر وأبو الصلاح وابن ادريس بعدم وقوعه بها ، والأول هو المعتمد .

(٢٩) - المجادلة : ٢ .

(٣٠) - الوسائل ، كتاب الظهار باب ١٦ ، حديث ١٣ .

(٣١) - المجادلة : ٣ .

(٣٢) - الوسائل ، كتاب الظهار ، باب ١١ ، حديث ٢ .

(٣٣) - المصدر المتقدم ، حديث ١ .

(٣٤) - المصدر المتقدم ، حديث ٦ .

(٣٥) - ليست في «ن» وفي الأصل : ( المختلف ) .

(٣٦) - ليست في «ن» .

## في الأحكام

قال رحمه الله : الظهار محرم لاتصافه بالمنكر ، وقيل : لاعتقابه فيه ، لتعقيبه بالعفو .

أقول : أجمع أصحابنا على 'تحريم الظهار ، لقوله تعالى : ﴿ وإنيهم ليقولون منكراً من القول وزوراً ﴾<sup>(٣٧)</sup> وكل منكر حرام ، وكذا كل زور ، ثم اختلفوا .

قال بعضهم : إنه يعنى' عنه ولا يعاقب عليه في الآخرة ، لقوله تعالى : ﴿ وإن الله لعفو غفور ﴾<sup>(٣٨)</sup> ، عقب بالعفو ، أو هو يستلزم نفي العقوبة ، ( وقيل نفي العقوبة )<sup>(٣٩)</sup> غير متحتم ، بل تفضل من الله تعالى ، إن شاء عفى وإن شاء عاقب . قال رحمه الله : لا تجب الكفارة بالتلفظ وإنما تجب بالعود ، وهو إرادة الوطي ، والأقرب أنه لا إستقرار لها ، بل معنى' الوجوب تحريم الوطي حتى يكفر . أقول : إذا أراد المظاهر الوطي وجبت عليه الكفارة قبله ، لقوله تعالى :

---

(٣٧) - المجادلة : ٢ .

(٣٨) - المجادلة : ٢ .

(٣٩) - ما بين القوسين ليس في «ن» .



﴿ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة﴾<sup>(٤٠)</sup> والعود إرادة الوطيء ، وهل يستقر بمجرد هذه الإرادة وتستقر في ذمته ، أو معنى الوجوب تحريم الوطي حتى يكفر ؟ أكثر الأصحاب على الثاني ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد ، والأول مذهب نجيب الدين يحيى بن سعيد ، واختاره العلامة في التحرير .  
وتظهر الفائدة في أماكن :

الأول : لو أراد الوطي ثم مات قبله ، وجبت الكفارة في ماله على الأول دون الثاني .

الثاني : لو طلق بعد إرادة الوطي قبله ، وجبت الكفارة على الأول خاصة .  
الثالث : وجوب إخراجها على الفور عند الإرادة ، على الأول دون الثاني .  
الرابع : سقوط الزكاة لو كانت الكفارة تمام النصاب ، وأراد الوطي قبل دخول المحول ، ولم يطأ حتى حال المحول ، على الأول دون الثاني .

قال رحمه الله : ولو ظاهر من واحدة مراراً وجب عليه بكل مرة كفارة ، فَرَّق الظهار أو تابعه ، ومن فقهاءنا من فَصَّل .

أقول : تعدد الكفارة بتعدد المرات مطلقاً ، سواء كان الثاني متراخياً أو غير متراخ ، وسواء اتحدت المشبه بها أو تعددت ، هو مذهب الشيخ في النهاية ، والحسن بن أبي عقيل ، واختاره المصنف والعلامة ، لأن كل ظهار سبب مستقل يوجب التكفير لعموم الآية<sup>(٤١)</sup> ، ولأن تعليق الحكم على الوصف يشعر بالعلية ، وأحكام الظهار معلقة على حصوله ، فيكون علة ، وهو موجود في كل مرة .

وقال الشيخ في المبسوط وابن حمزة بتكرار الكفارة مع تراخي الثاني عن

(٤٠) - المجادلة : ٣ .

(٤١) - المجادلة : ٣ .

الأول ، ومع تناليه ، إن قصد بالتاني ظهاراً مستأنفا تعدد<sup>(٤٢)</sup> وإن قصد به تأكيد الأول لم يتعدد ، وأدعى الشيخ الاجماع على عدم التعدد مع قصد التاكيد ، وهو ظاهر فخر الدين .

وقال العلامة في المختلف : قول الشيخ لا بأس به .

وقال ابن الجنييد : يتعدد إن تعدد المشبه بها ، كقوله : أنت علي كظهر أمي ، أنت علي كظهر أختي ؛ لأنها حرمتان انتهكتنا ، وتتحد إن اتحد المشبه بها . والمعتمد التعدد مطلقاً ، ما لم يقصد بالتاني تأكيد الأول .

قال رحمه الله : ولو كان الوطي هو الشرط ثبت الظهار بعد فعله ، ولا تستقر الكفارة حتى يعود ، وقيل : تجب بنفس الوطي ، وهو بعيد .

أقول : القائل هو الشيخ رحمه الله ، بناء على أن الاستمرار وطوي ثان ، ووجه بعده أن الوطي من ابتدائه الى الزرع واحد في العرف ، والأطلاق إنما يحمل على العرف ، والمشروط إنما يقع بعد وقوع الشرط لا قبله ، وقبل الزرع لم يتحقق الشرط .

قال رحمه الله : يحرم الوطىء على المظاهر ما لم يكفر ، سواء كفر بالعتق او الصيام أو الأ طعام ، ولو وطأها خلال الصوم استأنف ، وقال شاذ منا : لا يبطل التابع لو وطأ ليلاً .

أقول : أجمع المسلمون على وجوب تتابع صيام كفارة الظهار ، وأجمعوا على وجوب الاستئناف مع الأفطار لغير عذر ، قبل<sup>(٤٣)</sup> مضي شهر ويوم من الثاني ، واختلفوا في موضعين :

(٤٢) - هذه الكلمة في النسخ وليست في الأصل .

(٤٣) - في «ن» : وقبل .

الأول : اذا حصل الوطني ليلاً في خلال الشهر<sup>(٤٤)</sup> ، هل يبطل التتابع أم لا ؟ قال ابن ادريس : لا يبطل التتابع ، وهو مذهب نجيب الدين يحيى بن سعيد ، واستقر به العلامة في القواعد ؛ لأنه لم يبطل من الصوم شيء ، فلا يجب الاستئناف ، لأصالة براءة الذمة ؛ لأن التتابع : هو إتباع صوم يوم لاحق بصوم يوم<sup>(٤٥)</sup> سابق وهو حاصل ، لعدم بطلان الصوم بالوطني ليلاً ، ويجب عليه كفارة أخرى للوطني قبل التكفير .

والمشهور الاستئناف ، لقوله تعالى : ﴿ فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتاسا ﴾<sup>(٤٦)</sup> ، وهو لم يأت بالمأموره فلا يجزيه ، وهو مذهب الشيخ ، والمصنف ، والعلامة في المختلف والتحرير ، وفخر الدين ، وهو المعتمد . الثاني : إذا وطئ نهاراً قبل أن يمضي من الثاني شيء ، قال الشيخ : إن تعمد الوطني بطل التتابع مطلقاً ، سواء كان ( عمدأ أو سهواً )<sup>(٤٧)</sup> ؛ لأنه لم يأت بالمأموره على وجهه ، والسهو يسقط الاثم لا الاعادة ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وهل يحرم عليه ما دون الوطني ، كالقبلة واللامسة ؟ قيل : نعم ؛ لأنه محاسة ، وفيه أشكال ، ينشأ من اختلاف التفسير .

أقول : تحريم الجميع مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في القواعد ، وهو اختيار فخر الدين ، لصدق أسم المسيس على التقبيل واللمس ؛ لأن حقيقته المسيس تلاقي الأبدان لغة ، والأصل عدم النقل ، وقال ابن ادريس : لا يحرم غير الوطني ، وقواه العلامة في المختلف ؛ لأن المسيس يراد به الوطني

(٤٤) - في «م» و «ن» : ( الشهرين ) .

(٤٥) - ليست هذه الكلمة في «ر» .

(٤٦) - المجادلة : ٣ .

(٤٧) - في النسخ بدل ما بين القوسين : ( عامداً أو ساهياً ) .

لاغير، لقوله تعالى: ﴿من قبل أن تمسوهن﴾ (٤٨).

قال رحمه الله: اذا عجز المظاهر عن الكفارة أو ما يقوم مقامها عدا  
الاستغفار، قيل: تحرم عليه حتى يكفر، وقيل: يجزيه الاستغفار، وهو أكثر.  
أقول: البحث هنا في موضعين:

الأول: في قوله أو ما تقوم مقامها، فنقول الكفارة عتق رقبة، فان عجز  
صام شهرين متتابعين، فان عجز أطعم ستين مسكيناً، ومع العجز عن الجميع،  
هل لها بدل يقوم مقامها في حل الوطي أو لا؟

قال المفيد وابن الجنيد: لا بدل لها بل يحرم عليه وطؤها، حتى يكفر بأحدى  
الثلاث المذكورة، واختاره فخر الدين؛ لأن نص القرآن<sup>(٤٩)</sup> إنما جاء على هذه  
الثلاث الخصال، فلا يجزى غيرها، ولما رواه أبو بصير، عن الصادق عليه  
السلام، «قال: كل من عجز عن الكفارة التي تجب عليه من صوم أو عتق أو  
صدقة أو نذر أو قتل أو غير ذلك مما يجب على صاحبه فيه الكفارة، فالاستغفار  
له كفارة، ما خلا بين الظهار، فانه إذا لم يجد ما يكفر به حرمت عليه وفرق بينهما،  
الا أن ترضى المرأة أن يكون معها ولا يجامعها»<sup>(٥٠)</sup>.

وقال كثير من الفقهاء<sup>(٥١)</sup> لها بدل يقوم مقامها في حل الوطي، واختلفوا  
فيه، قال الشيخ في النهاية: اذا عجز عن إطعام ستين مسكيناً صام ثمانية عشر  
يوماً، فان عجز عن ذلك كان حكمه ما قدمناه من أنه يحرم عليه وطؤها حتى  
يكفر<sup>(٥٢)</sup>.

(٤٨) - البقرة: ٢٢٧، والأحزاب: ٤٩.

(٤٩) - المجادلة: ٣ - ٤.

(٥٠) - الوسائل، كتاب الايلاء والكفارات، باب ٦ من أبواب الكفارات، حديث ١.

(٥١) - في «م» و «ر» ١: (الأصحاب).

(٥٢) - ص

وقال علي بن بابويه في الرسالة ، وابنه في المقنع : اذا عجز عن إطعام ستين مسكيناً ( تصدق بما يطيق ، ثم قال في المقنع أيضاً : وروي إذا لم يطق إطعام ستين مسكيناً ) (٥٣) ، صام ثمانية عشر يوماً (٥٤) .

وقال ابن البراج : يصوم ثمانية عشر يوماً .

وقال ابن حمزة : فان عجز عن الأطعام صام ثمانية عشر يوماً ، فان عجز تصدق عن كل يوم بمدين من طعام .

والمصنف أتى بما يشمل الجميع ، فقال : إن عجز عن الكفارة أو ما يقوم مقامها ، ومثله قال العلامة في القواعد .

الثاني : في حكم العاجز عن الكفارة وما يقوم مقامها ، هل يكفيه الاستغفار ويحل له الوطي ؟ مذهب الشيخ في النهاية ، والمفيد ، وابن الجيند ، وفخر الدين عدم ذلك ، وقد تقدم (٥٥) وجهه .

وقال ابن ادریس : يكفيه الاستغفار ويستحل به الوطي ، واختاره المصنف ، والعلامة ، وأبو العباس ، لما رواه اسحاق بن عمار في الموثق ، عن الصادق عليه السلام ، « إن الظهار إذا عجز صاحبه عن الكفاره فليستغفر الله ، وينوي أن لا يعود قبل أن يواقع ، وقد أجزئ ذلك عن الكفاره » (٥٦) ، ولأن إيجاب الكفارة عند (٥٧) العجز عنها يكون تكليفاً بما لا يطاق وهو محال .

ونقل ابن ادریس عن الشيخ في الاستبصار قولاً ثالثاً ، وهو إباحة الوطي بعد الاستغفار ، ويكون الكفارة في ذمته إذا قدر عليها كفر .

(٥٣) - ما بين القوسين ليس في « ١ » .

(٥٤) - الوسائل ، كتاب الايلاء والكفارات ، باب ٨ من أبواب الكفارات ، حديث ١ .

(٥٥) - ص ٢٨٥ .

(٥٦) - الوسائل ، كتاب الايلاء والكفارات ، باب ٦ من أبواب الكفارات ، حديث ٤ .

(٥٧) - في النسخ مع .

والمعتمد مذهب ابن ادريس ، ولا بد في الاستغفار ( من نية التكفير ، فيقول : أستغفر الله عن كفارة الظهار ، لوجوبه قربة الى الله ، والندم على ما صدر منه )<sup>(٥٨)</sup> من الظهار ، والعزم على ترك العود الى مثله ، والتلفظ بالاستغفار ، ويكفي مرة واحدة ، ولا يكفي التلفظ من دون النية والندم والعزم على ترك المعاودة .



## في الكفارات

قال رحمه الله : وكفارة من أفطر يوماً نذر صومه على أشهر الروايتين ، وكذا كفارة الحنث في العهد وفي النذر على التردد ، والواجب في كل واحدة عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو إطعام ستين مسكيناً على الأظهر .  
أقول : هنا ثلاث مسائل :

الأولى : من أفطر يوماً نذر صومه ، وكفارته كفارة رمضان كبيرة مخيرة عند الشيخين وأبي الصلاح وابن حمزة وابن البراج ، واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين وأبو العباس ، وهو المعتمد .

وقال ابن بابويه : من نذر أن يصوم في كل سبت فليس عليه أن يتركه إلا من علة ، وإن أفطر من غير علة تصدق لكل يوم على عشرة مساكين .

الثانية : كفارة الحنث في النذر ، قال الشيخ : إنها كبيرة مخيرة ، وتبعه ابن البراج ، وهو مذهب ابن حمزة وأبي الصلاح ، واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين وأبو العباس ، وهو المعتمد .

وقال سلال : إنها كبيرة مرتبة .



وقال ابن بابويه : هي كفارة يمين .

ونقل ابن ادريس عن السيد المرتضى أنها كبرى<sup>(٥٩)</sup> إن كان النذر صوماً ، وكفارة يمين إن كان النذر غير الصوم ، واختاره العلامة في الإرشاد .

واستند الجميع الى الروايات<sup>(٦٠)</sup> ، ووجه الأخير الجمع بينهما .

الثالثة : كفارة خلف العهد ، والمشهور أنها كبيرة بخيرة وهو المعتمد .

وقال المفيد : كفارة خلف العهد كفارة قتل الخطأ ، وهو يعطي وجوب الترتيب ، والمستند الروايات<sup>(٦١)</sup> أيضاً .

قال رحمه الله : من حلف بالبراءة فعليه كفارة ظهار فإن عجز فكفارة يمين ، وقيل : يأثم ولا كفارة ، وهو أشبه .

أقول : هنا مسائل :

الأولى : الحلف بالبراءة من الله أو الرسول أو الائمة عليهم السلام حرام ، وهل تجب به كفارة ؟ قال الشيخ في المبسوط والخلاف : يأثم ولا كفارة ، وبه قال ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وابنه ، وقال المفيد وسلار والشيخ في باب الكفارات من النهاية : تجب الكفارة .

واختلفوا في تقديرها ، قال الشيخ في النهاية وابن البراج : إنها كفارة ظهار ، فان عجز فكفارة يمين ، وقال ابن حمزة : إنها كفارة النذر ، وروى أبسن بابويه ، « قال : كتب محمد بن الحسن الى العسكري عليه السلام في رجل حلف بالبراءة من الله أو من رسوله فحنث فما توبته وكفارته ؟ فوقع عليه السلام : يطعم عشرة مساكين لكل مسكين مد ، ويستغفر الله عز وجل »<sup>(٦٢)</sup> ، وعلى هذه الرواية

(٥٩) - في «ن» : كبيرة .

(٦٠) - الوسائل ، كتاب الايلاء والكفارات ، باب ٢٣ من أبواب الكفارات .

(٦١) - المصدر المتقدم ، باب ٢٤ .

(٦٢) - المصدر المتقدم ، باب ٢٠ حديث ١ .

عمل العلامة في التحرير والمختلف .

تنبيه : هل يترتب الحكم على الحلف لكل واحد من الثلاثة ، أو لابد من الجميع (٦٣) ؟ صرح الشيخ بالأول وهو المعتمد ، لدلالة الرواية (٦٤) عليه ، وسلار رتب الحكم على المجموع .

وهل تستقر الكفارة بمجرد الحلف أو لا تستقر إلا بالحنث ؟ قال المفيد وسلار : إنما تجب مع المخالفة ، وقال ابن بابويه تجب بمجرد القول ، وهو يقتضي الزامه بها معجلاً عقيب الحلف .

ويتفرع على مذهب ابن بابويه وجوبها بالغموس وإن كان صادقاً ، وعدم وجوبها على مذهب المفيد وإن كان كاذباً .

الثانية : في جز المرأة شعرها في المصاب ، وفيه ثلاثة أقوال :

الأول : وجوب كفارة كبرى مرتبة ، قاله سلار وابن ادريس .

الثاني : وجوب كفارة مخيرة ، وهو مذهب ابن البراج ، وظاهر النهاية ، واختاره أبو العباس اعتماداً على رواية ( خالد بن ) (٦٥) سدير (٦٦) عن أبي عبد الله عليه السلام .

الثالث : عدم وجوب الكفارة ، وهذا القول نقله المصنف والعلامة ، واختاره فخر الدين .

فروع :

الأول : لو جزته في غير المصاب لغير حاجة ، احتل قوياً وجوب الكفارة ، لأن وجوب الكفارة في المصاب يقتضي وجوبها في غير المصاب بطريق

(٦٣) - في النسخ : ( المجموع ) .

(٦٤) - الوسائل ، كتاب الايلاء والكفارات ، باب ٢٠ من أبواب الكفارات ، حديث ١ .

(٦٥) - ما بين القوسين ليس في النسخ .

(٦٦) - الوسائل ، كتاب الايلاء والكفارات ، باب ٣١ من أبواب الكفارات ، حديث ١ .

الأولى، ويحتمل عدمه، لعدم النص عليه، ولأصالة براءة الذمة، أما لو جزته لحاجه فلا كفارة قطعاً.

الثاني: الجز هو القص، واستقرب العلامة إلحاق الحلق به، وزاد الشهيد إلحاق الاحراق بهما، ويحتمل العدم لعدم النص.

الثالث: لافرق بين جزء الكل أو البعض، لصديق أسم الجز على القليل والكثير.

الرابع: لافرق ان تفعله مباشرة او يفعله الغير باذنها.

الثالثة: كفارة الحيض مع التعمد، والعلم بالتحريم، والتمكن من التكفير، قيل: تستحب، وقيل: تجب، وهو الأحوط، ولو وطأ أمتة حائضاً كفر بثلاثة أمداد من طعام، وقد سبق البحث في هذه في باب الحيض (٦٧).

الرابعة: من تزوج امرأة في عدتها فارق وكفر بخمسة أصواع من دقيق، وهل هذه الكفارة واجبه أو مستحبة؟ بالوجوب قال ابن حمزة، واختاره العلامة في القواعد والمختلف، وهو ظاهر التحرير والدروس، واختاره فخر الدين وأبو العباس، وقال ابن ادريس: إنه مستحب، واختاره المصنف، والمستند الروايات (٦٨)، والشيخ أطلق التكفير ولم ينص على الوجوب ولا الاستحباب.

فروع:

الأول: لافرق بين العدة البينة والرجعية وعدة الوفاة.

الثاني: لو تزوج بذات بلع، وجبت الكفارة أيضاً لصريح الرواية (٦٩)، وروى ابن بابويه في كتاب من لا يحضره الفقيه، عن أبي عبد الله عليه السلام،

(٦٧) - الجزء الأول، ص ٧٢.

(٦٨) - الوسائل، كتاب الايلاء والكفارات باب ٣٦ من أبواب الكفارات حديث ١. وكتاب الحدود، باب ٢٧ من أبواب حد الزنا، حديث ٥.

(٦٩) - الوسائل، كتاب الايلاء والكفارات، باب ٣٦ من أبواب الكفارات، حديث ١.

« في رجل تزوج امرأة ولها زوج ؟ فقال : إذا لم يرفع خبره الى الإمام فعليه أن يتصدق بخمسة أصوع من دقيق هذا بعد أن يفارقها » (٧٠).

الثالث : أطلق أكثر الأصحاب وجوب التكفير ، ولم يفسلوا بين العالم والمجاهل ، ونص العلامة في التحرير على عدم الفرق بين العالم ( بالعدة والتحريم ) (٧١) والمجاهل بهما أو باحدهما ، ثم استشكل ذلك وهو في محل الأشكال ؛ لأن رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام مصرحة بالعلم ، « قال سألت عن امرأة تزوجها رجل في عدتها فوجد لها زوجاً ؟ قال : عليه الجلد وعليها الرجم ؛ لأنه تقدم بعلم وتقدمت هي بعلم ، وكفارته اذا لم يقدم الى الامام خمسة أصوع دقيقاً » (٧٢) . فهذه الرواية مصرحة بعلمه ، وأيضاً وجوب الحد والكفارة يقتضي العلم ؛ لأنها عقوبة ، والمجاهل لاعقوبة عليه .

والمعتمد عدم وجوبها على المجاهل ، وقوله في الرواية ( فكفارته اذا لم يقدم الى الإمام خمسة أصوع دقيقاً ، تدل على أنه إذا أقيم عليه الحد لم تجب عليه الكفارة ) (٧٣) وانما تجب مع عدم رفع أمره الى الحاكم ، وإقامة الحد عليه .

الرابع : لا فرق بين الحرة والأمة ، ولا بين الدخول وعدمه .

الخامس : لا تجزي الصدقة من غير الدقيق وإن كان أصلاً له ، كالحنطة والشعير ، ومنع المقداد رحمه الله من إجزاء غير دقيق الحنطة والشعير ، وجزم (٧٤) العلامة في التحرير باضافة دقيق الذرة والدخن الى دقيق الحنطة والشعير ،

(٧٠) - الفقيه : كتاب النكاح ، باب ١٤٤ في النوادر ، حديث ٢٣ ( ١٤٤٠ ) . ولاحظ المصدر المتقدم أيضاً .

(٧١) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٧٢) - الوسائل ، كتاب الحدود ، باب ٢٧ من أبواب حد الزنا ، حديث ٥ .

(٧٣) - ما بين القوسين من النسخ وليس في الأصل .

(٧٤) - من «ن» وفي باقي النسخ والأصل : ( وجزم به ) .

واستقرب فيه أجزاء الخمسة الاصواع من الخبز .

الخامسة : من نام عن العشاء حتى جاوز نصف الليل أصبح صائماً ، وهل الصوم واجب أو نذْب ؟ قال المرتضى وأبو الصلاح هو واجب ، لرواية عبد الله بن المغيرة ، عن حدثه ، عن الصادق عليه السلام ، « في رجل نام عن العتمة ولم يقم الا بعد انتصاف الليل ؟ قال : يصلحها ويصبح صائماً »<sup>(٧٥)</sup> ، وهي مرسلّة . وأطلق الشيخ وكثير من الأصحاب الصوم ، ولم يقيّدوا بالوجوب ولا بالاستحباب .

ونص ابن ادريس على الاستحباب ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد ، لأصالة البراءة .

### فروع :

الأول : يجب الصوم على غير النائم كالعامد والسكران والناسي ، ولا صوم على النائم عن غير العتمة ، اقتصاراً على مورد النص<sup>(٧٦)</sup> .

الثاني : لو أفطر ذلك اليوم على القول بوجوبه ، احتمل وجوب الكفارة لتعين صوم ذلك اليوم ، وكل من أفطر في صوم معين وجبت عليه الكفارة ، ويحتمل العدم ؛ لأن صوم ذلك اليوم كفارة ، ولا كفارة في إفطار صوم الكفارة .

الثالث : لو أتفق ذلك اليوم<sup>(٧٧)</sup> في السفر أو في العيد ، فلا شيء عليه لعدم قبول الزمان للصوم .

الرابع : لو وافق ذلك<sup>(٧٨)</sup> صوماً معيناً تداخلاً ، قاله الشهيد ، وعلى القول به لابد من نية السببين معاً .

(٧٥) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٢٩ من أبواب المواقيت ، حديث ٨ .

(٧٦) - المصدر المتقدم .

(٧٧) - من «م» .

(٧٨) - هذه الكلمة ليس في النسخ .

السادسة : من نذر صوم يوم معين فعجز عنه ، قال المصنف : أطلعهم مسكيناً مدين ، فان عجز تصدق بما استطاع ، فان عجز استغفر الله تعالى .

وأقتصر الشيخ في النهاية على إطعام المدين .

وقال المفيد : إن أفطره لغير عذر كان عليه القضاء والكفارة ، وإن كان لعذر كان عليه القضاء دون الكفارة ، واختاره العلامة في المختلف .

وقال ابن ادریس : إن كان عجز لمرض لا يرجئ زواله عادة - كالعطاش الذي لا يرجئ بروه - كان قول الشيخ صحيحاً ، وإن كان لمرض يرجئ زواله كالحمى كان عليه القضاء خاصة ، وهو حسن .

قال رحمه الله : الأول الإيمان وهو معتبر في كفارة القتل إجماعاً ، وفي غيرها على التردد ، والأشبه اشتراطه ، والمراد بالإيمان هنا الإسلام أو حكمه .

أقول : أجمع المسلمون على اعتبار الإيمان في كفارة القتل لنص القرآن (٧٩) ، واختلفوا في صحة عتق الكافر في غير (٨٠) ذلك من الكفارات ، فالمرتضى وأبو الصلاح وابن ادریس وسلار منعوا من عتق الكافر ، وكذلك الشيخ في كتابي الأخبار ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد .

وجزم في المبسوط والخلاف بجواز عتق الكافر في جميع الكفارات عدا القتل ، لأصالة براءة الذمة من وجوب الرقبة المؤمنة ، ولأن الله لم يقيد بها المؤمنة في غير القتل ، فحمل غيرها عليها يحتاج الى دليل .

أحتج الأولون بحمل المطلق على المقيد ، وبقوله تعالى : ﴿ ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ﴾ (٨١) ، ولا شك في خبث الكافر ، ولأن دليل الاحتياط

(٧٩) - النساء : ٩٢ .

(٨٠) - هذه الكلمة من النسخ .

(٨١) - البقرة : ٢٦٧ .

يقتضيه لحصول يقين البراءة بعق المؤمن وحصول الشك فيما عداه .

إذا عرفت هذا فأكثر مصنفات الأصحاب بأن<sup>(٨٢)</sup> المراد بالإيمان هنا الإسلام ، فيدخل فيه كل مظهر للشهادتين عدا الناصب والغالي .

وقال العلامة في القواعد : وهل يشترط الإيمان ؟ الأقوى ذلك .

قال فخر الدين في شرحه : اختلف القائلون باشتراط الإسلام في اشتراط الإيمان ، قال المرتضى وابن ادريس : لا يجزى الا المؤمن ، وهو الأصح عندي وعند والدي ، لما تقدم من الاحتياط ، ولقوله تعالى : ﴿ ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ﴾<sup>(٨٣)</sup> ، والكافر خبيث إجماعاً .

وهذا الكلام فيه نظر من وجهين :

الأول : نسبته قول المرتضى وابن ادريس الى اشتراط الإيمان الحقيقي الذي يعتقد الامامية دون غيرهم من أهل الخلاف ، مع أن عبارة ابن ادريس لا تدل على ذلك ، وهذه عبارته : قال شيخنا أبو جعفر الطوسي لا يعتبر الإيمان في العتق في جميع أنواع الكفارات إلا في كفارة قتل الخطأ خاصة وجوباً ، وما عداه يجوز أن يعتق من ليس بمؤمن وإن كان المؤمن أفضل ، وقال المرتضى وبقي أصحابنا باعتبار الإيمان في جميعها ، وهو الذي أعتمدته وأفتي به ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ﴾ والكافر خبيث بغير خلاف ، وأيضاً دليل الاحتياط يقتضيه ، هذا آخر كلامه رحمه الله .

وهذا يدل على أن المراد بالإيمان هو الاسلام الذي هو ضد الكفر ، بدليل تقسيمه المسألة الى قولين ، قول الشيخ بعدم اشتراط الإيمان في غير كفارة القتل ، وقول المرتضى وبقي الأصحاب باشتراطه في الجميع ، مع أن الفريقين إنما

اختلفوا في جواز عتق الكافر وعدمه ، ولم يقع بينهم اختلاف في عتق المخالف ، ويدل عليه قوله : ( والكافر خبيث بغير خلاف ) ، فلو أراد بالمؤمن ضد المخالف من المسلمين لقال : والمخالف خبيث .

وأيضاً يلزم من قوله ( اختلف القائلون باشتراط الإسلام في اشتراط الإيمان ) ، خروج السيد وابن ادريس من هذا التقسيم ؛ لأنها قائلان بعدم اسلام المخالفين ، والخلاف<sup>(٨٤)</sup> الذي ذكره بين القائلين باسلامهم ، فلا يدخلان فيه ، فلا يصح الاستدلال بقولهما على مطلوبه .

وانما يصح استدلاله بقول من يقول باسلام المخالف ، وهو يمنع من عتقه . الوجه الثاني : الذي فيه النظر ، قول فخر الدين : والكافر خبيث إجماعاً ، فهذا الاستدلال غير مطابق للقاعدة التي يبحث عنها ؛ لأن بحثه في جواز عتق غير المؤمن من المسلمين ، بدليل قوله ( اختلف القائلون باشتراط الاسلام في اشتراط الإيمان ) ، فالكافر لا مدخل له في هذا البحث ، فكان ينبغي الاستدلال ( ببحث المخالف ؛ لأنه المبحوث عنه ) عنده<sup>(٨٥)</sup> والكافر قد مضى البحث فيه في المسألة السابقة ، فلا استدلال<sup>(٨٦)</sup> ببحث الكافر غير مطابق للبحث .

والتحقيق : أن المسلمين اختلفوا في هذه المسألة على قولين بعد اتفاقهم على اشتراط الإيمان في كفارة قتل الخطأ ، فالشيخ في المبسوط والخلاف ، وابن الجنيـد من الأمامية ، وعطا ، والنخعي ، والثوري ، وأبو حنيفة وأصحابه من العامة ، جوزوا عتق الكافر في جميع الكفارات عدا كفارة قتل الخطأ ، وباقي الأمامية والشافعية ومالك والأوزاعي وأحمد وأسحاق من العامة منعوا ذلك ، والجَمِيع

(٨٤) - في «م» : ( فالخلاف ) وفي «ن» : ( في الخلاف ) .

(٨٥) - من «ر» .

(٨٦) - ما بين القوسين من النسخ وليس في الأصل .



بمجموع أن المراد بالإيمان هنا الإسلام الذي هو ضد الكفر .

ويلزم من مذهب السيد وابن ادريس عدم جواز عتق غير الامامي ،  
لقولها بكفر من عداه ، ولا يلزم منه خروج المسألة عن القولين ؛ لأن الناس  
عندهما على قسمين ، مؤمن وكافر ، والا سلام عندهما قسم واحد وهو الإيمان  
فقط ، والناس عند غيرهما من الأمامية على ثلاثة أقسام : مؤمن وكافر ومسلم ،  
فمن قال بإسلام المخالف قال بجواز عتقه عدا العلامة في القواعد ، فانه قال : وهل  
يعتبر الإيمان ؟ الأقوى ذلك . وهو يشعر بعدم جواز عتق المخالف ، وجزم في  
التحرير بجواز عتقه ، وكذلك في الأرشاد ؛ لأنه لم يشترط فيه غير الإسلام ، ولم  
أجد قولاً غير عبارة القواعد تدل على اشتراط غير الإسلام ، ولهذا أقصر عميد  
الدين رحمه الله في شرحه على بيان وجه القوة ، ولم يذكر أنه مذهب لأحد من  
الأصحاب .

وانما طولنا البحث في هذه المسألة لاشتباهاها على كثير من الأصحاب  
بسبب تقرير فخر الدين ونسبته القول باشتراط الإيمان الى السيد وابن ادريس ،  
حتى قلده المقداد في ذلك ، وسطره في كتابه شرح المختصر ، وقد ظهر مما حققناه  
وحكيناه فساد ذلك ، والله الموفق للصواب . (١٢)

## في خصال الكفارة

قال رحمه الله : والطفل في حكم المسلم ، ويجزى ان كان أبواه مسلمين ، أو أحدهما ولو حين يولد ، وفي رواية : لا يجزى في القتل خاصة ، الا البالغ الحنث ، وهي حسنة .

أقول : الرواية إشارة الى ما رواه معمر بن يحيى في الحسن ، عن الصادق عليه السلام ، « قال : سألته عن الرجل يظاهر من امرأته يجوز عتق المولود ؟ فقال : كل العتق يجزى فيه عتق المولود الا في كفارة القتل ، فان الله تعالى يقول : ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ <sup>(٨٧)</sup> ، يعني بذلك مقرة قد بلغت الحنث <sup>(٨٨)</sup> ، ومثلها رواية الحسين بن سعيد <sup>(٨٩)</sup> ، عن الصادق عليه السلام ، والمراد بالحنث الطاعة والمعصية ، أي يبلغ مبلغاً يثاب على الطاعة ويعاقب على المعصية ، وبمضمون الرواية قال ابن الجنيـد .

---

(٨٧) - النساء : ٩٢ .

(٨٨) - الوسائل ، كتاب الايلاء والكفارات ، باب ٧ من أبواب الكفارات ، حديث ٦ .

(٨٩) - الوسائل ، كتاب الايلاء والكفارات ، باب ٧ من أبواب الكفارات ، حديث ٦ .

وقال ابن البراج : يجزي المولود في الجميع ، وهو ظاهر المصنف والعلامة ، واختاره فخر الدين ، لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ ﴾ (٩٠) ، والألحاق انما هو في الإيمان ، ولهذا يلحق به أحكام الارتداد والإيمان بعد بلوغه وإن لم يسبق منه لفظ الشهادة ، وذلك للحكم بإيمانه ، فيكون مجزيا في الجميع ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو أسلم المراهق لم يحكم بإسلامه على تردد ، وهل يفرق بينه وبين أبويه ؟ قيل : نعم ، صوناً له أن يستزله عن عزمه ، وإن كان يحكم الكافر .

أقول : منشأ التردد من وصفه برفع القلم عنه قبل البلوغ ، فلا يحكم بإسلامه ولا بكفره إلا بالتبعية ، ومن ورود الأخبار (٩١) بامضاء أفعاله المشتبهة على المعروف كالوصية والوقف والصدقة وغير ذلك فيصح إسلامه ، ولأن مباشرة الإسلام بعد التمييز أقوى من تبعيته للغير .

والمعتمد عدم الحكم بإسلامه في اعتبار شيء من أحكام الإسلام ، وانما يعتبر في التفرقة بينه وبين أهله لثلا يردوه عن الإسلام ، ولا فرق بين الأبوين وغيرهما من أهله .

قال رحمه الله : ويجزي ولد الزنا ، ومنعه قوم استسلافاً لو صفه بالكفر ، أو لقصوره عن صفة الإيمان ، وهو ضعيف .

أقول : جواز عتق ولد الزنا في الكفارة هو المشهور بين علمائنا ، وادعى الشيخ عليه الإجماع ، ولما رواه سعيد بن يسار ، عن الصادق عليه السلام ، «

(٩٠) - الطور : ٢٦ .

(٩١) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٤٤ .

قال: لا بأس بان تعتق ولد الزنا<sup>(٩٢)</sup> وهو عام في الكفارات<sup>(٩٣)</sup> وغيرها .  
ومنع المرتضى وابن الجنيد من عتقه في الكفارات<sup>(٩٤)</sup>، لقوله تعالى: ﴿ولا  
تيمموا الخبيث منه تنفقون﴾<sup>(٩٥)</sup>، وولد الزنا خبيث، لما ورد عن رسول الله صلى  
الله عليه وآله قال: «لا خير في ولد الزنا، لا في لحمه، ولا في دمه، ولا في جلده،  
ولا في عظمه، ولا في شعره، ولا في بشره، ولا في شيء منه»<sup>(٩٦)</sup> واجزاؤه في  
الكفارات<sup>(٩٧)</sup>، واسقاط الحكم به عن المجاني ضرب من الخير، وقد نفاه الرسول  
صلى الله عليه وآله وسلم، فدل على أنه لا يجزي .

والمعتمد المشهور وهو الأجزاء، قال الشهيد: ويتحقق اسلام ولد الزنا  
بالمباشرة بعد البلوغ، وتبعية السابي، وفي تحققه بسبب الولادة من المسلم نظر،  
من انتفائه عنه شرعاً، ومن تولده عنه حقيقة، فلا يقصر عن السابي، وهذا هو  
المعتمد .

قال رحمه الله: فلا يجزي المدير ما لم ينقض تدبيره، وقال في الخلاف  
والمبسوط: يجزي، وهو أشبه، ولا المكاتب المطلق اذا أدى من مكاتبته شيئاً،  
ولو لم يؤد او كان مشروطاً، قال في الخلاف: لا يجزي، ولعله نظر الى نقصان الرق  
لتحقق الكتابه، وظاهر كلامه في النهاية أنه يجزي، ولعله أشبه من حيث تحقق  
الرق .

(٩٢) - الوسائل، كتاب العتق، باب ١٦، حديث ١ .

(٩٣) - في النسخ: (الكفارة) .

(٩٤) - في النسخ: (الكفارة) .

(٩٥) - البقرة: ٢٦٧ .

(٩٦) - الوسائل، كتاب النكاح، باب ١٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، حديث ٧ باختلاف  
يسير .

(٩٧) - في النسخ: الكفارة .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في جواز عتق المدبر في الكفارات<sup>(٩٨)</sup> قبل نقض تدبيره ، قال الشيخ في النهاية : لا يصح إلا بعد نقض تدبيره ، وردّه الى محض الرق ، لما رواه عبد الرحمن في الموثق ، « قال : سألت عن رجل قال لعبدّه : إن حدث بي حدث فهو حر ، وعلى الرجل تحرير رقبة في كفارة يمين أو ظهار ، أله أن يعتق عبده الذي جعل له العتق إن حدث به حدث في كفارة ملك اليمين ؟ قال : لا يجوز ( للذي جعل ) له ذلك »<sup>(٩٩)</sup> ، وقال ابن ادريس والمصنف والعلامة وابنه : يصح ، ويكون ذلك إبطاً لتدبيره ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف والمبسوط وهو المعتمد ؛ لأن التدبير وصية يجوز الرجوع فيها قولاً وفعلاً .

الثانية : في جواز عتق المكاتب المطلق الذي لم يؤد شيئاً ، والمشروط الذي لم يوف جميع كتابته في الكفارة ، قال الشيخ : لا يصح ، واختاره ( العلامة في المختلف )<sup>(١٠٠)</sup> ؛ لأن الملك غير تام ، وقال ابن ادريس : يجوز ؛ لأنه مملوك ، وكل مملوك يصح عتقه عن الكفارة ، واختاره المصنف والعلامة وابنه ، وهو المعتمد . قال رحمه الله : ولو أعتق المرهون لم يصح ما لم يميز المرتين ، وقال الشيخ : يصح مطلقاً إذا كان موسراً ، ويكلف أداء المال ان كان حالاً ، أو رهناً بدله إن كان مؤجلاً ، وهو بعيد .

أقول : المعتمد عدم صحة عتق المرهون بدون إجازة المرتين مطلقاً سواء كان الراهن معسراً أو موسراً ، وسواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً ، وسواء وضع رهناً غيره أو لا ؛ لأن الراهن ممنوع من جميع التصرفات المقتضية لنقض المال من

(٩٨) - في النسخ : الكفارة .

(٩٩) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبة ، باب ١٢ من أبواب التدبير ، حديث ١ - وما بين

القوسين ليس في « ١ » .

(١٠٠) - في « ن » بدل ما بين القوسين : فخر الدين .

دون إذن المرحن ، وهو اختيار المصنف والعلامة وابنه .

قال رحمه الله : ولو قتل عمداً فاعتقه في الكفارة ، فللشيخ قولان ، والأشبه المنع وان قتل خطأ ، قال في المبسوط : لم يجوز عتقه ، لتعلق حق المجني عليه برقبته ، وفي النهاية ، يصح ويضمن السيد دية المقتول ، وهو حسن .

أقول : اختلف الفقهاء في جواز عتق العبد الجاني ، قال الشيخ في المبسوط : الذي يقتضيه مذهبنا أن الجناية إن كانت عمداً نفذ العتق ؛ لأن حق المجني عليه من القود لا يبطل بصيرورته حراً ، وإن كانت الجناية خطأ لم ينفذ ؛ لأنها تعلقت برقبته ، والعتق يمنع من الاسترقاق ، وقال في النهاية : يجوز عتقه إذا كانت خطأ ، ويلزم المقتد الدية ؛ لأنه عاقلة العبد ، وابن ادريس قوى مذهب المبسوط .

وقال العلامة في المختلف : المعتمد أن تقول : إن كانت عمداً لم يصح عتقه ، الا أن يجيزوا أولياء المقتول ، وإن كانت خطأ وكان موسراً جازوا إلا فلا ، وفي القواعد أجاز العتق إن كانت خطأ بشرطين : إما دفع الدية قبل العتق أو يضمنها ( ويرضى الولي )<sup>(١٠١)</sup> بالضمان لا بدونهما ، وهو يدل على عدم جواز عتقه في العمد ( والخطأ معاً ؛ لأن مع حصول أحد الشرطين لا كلام في صحة العتق ، لزوال تعلق الجناية برقبة العبد )<sup>(١٠٢)</sup> ، اما مع أداء المال فظاهر ، وأما مع الضمان فلان الضمان مع رضي الولي ناقل للارش من رقبة العبد الى ذمة المولى ، ولا كلام في جواز العتق بعد أحد هذين الشرطين ، وهذا هو المعتمد ، أما عدم جوازه في العمد ، فلانه يؤدي الى إسقاط حق المجني عليه ؛ لأنه مخير بين قتله ويبيعه واسترقاقه ، والعتق يمنع من البيع والاسترقاق<sup>(١٠٣)</sup> وكل تصرف يمنع حق الغير فهو باطل ، وأما عدم

(١٠١) - في الأصل بدل ما بين القوسين : المولى .

(١٠٢) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(١٠٣) - في «ر» : والاشتراط .

جوازه في الخطأ، فلان الجناية متعلقة برقبته، ومع عدم افتكاك<sup>(١٠٤)</sup> المولى<sup>(١٠٥)</sup> فهو مخير بين البيع والأسترقاق، والعق يمنع من ذلك، فيكون باطلاً، وهو مذهب الدروس؛ لأنه قال: ففي الجاني عمداً أو خطأ قولان أقربهما المراعاة بالخروج من عهدة الجناية، ولا يخرج من عهدة الجناية إلا<sup>(١٠٦)</sup> بأحد الشرطين المذكورين.

قال رحمه الله: ولو تبرع بالعق عنه، قال الشيخ: نفذ العتق عن المعتق دون من أعتق عنه، سواء كان المعتق عنه حياً أو ميتاً، ولو أعتق الوارث عن الميت من ماله لا من مال الميت، قال الشيخ: يصح والوجه التسوية بين الأجنبي والوارث في المنع أو الجواز.

أقول: هنا مسألتان:

الأولى: إذا تبرع أجنبي بالعق عنه من غير مسألة، قال الشيخ في المبسوط: يقع عن المالك المعتق لا عن المعتق عنه؛ لأن العتق مبني على التغليب، وهو لم يقع عن المعتق عنه فيقع عن المالك، قال فخر الدين: والأصح أنه لا يصح؛ لأنه نوى العتق عن الغير بغير إذنه، (وهو لا ولاية)<sup>(١٠٧)</sup> له، فلا يصح عن الغير ولا عنه؛ لأنه لم يقصده. واللفظ إنما هو تابع للإرادة، وهو لم يقصد إزالة الرق<sup>(١٠٨)</sup> عن نفسه.

الثانية: إذا أعتق الوارث عن الميت من ماله لا من مال الميت، قال الشيخ: يصح وفرق بين الوارث والأجنبي، لأن الوارث قائم مقام الموروث في كثير من الأحكام؛ لأن الوارث يملك ما كان يملكه الموروث، ويقبل قوله فيما كان يقبل

(١٠٤) - في النسخ: انفكاك.

(١٠٥) - في «ن»: المنع.

(١٠٦) - من النسخ، وفي الأصل غير مقروء.

(١٠٧) - في «م»: «ولا ولايته».

(١٠٨) - ليست في «م».

قوله فيه كالأقرار ( بالمجهول )<sup>(١٠٩)</sup> ، وتعيين المطلقة ، والمعنى وقضاء ما كان عليه من صيام أو صلاة ، وليس كذلك الأجنبي ، فحصل الفرق بينها ، وهو ظاهر فخر الدين ؛ لأنه قال : وقال شيخنا ابن سعيد في شرائعه : والوجه التسوية بين الأجنبي والوارث في المنع والجواز ، وضعفه ظاهر . حكم بضعف قول ابن سعيد في شرائعه ، وجزم في الدورس باجزاء نية المستبرع إن كان وارثاً ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وإذا قال أعتق عبدك عني فقال : اعتقت عنك ، فقد وقع الاتفاق على الأجزاء ، ولكن متى ينتقل إلى الأمر ، قال الشيخ رحمه الله : ينتقل بعد قول المعتق اعتقت عنك ثم يعتق بعده وهو تحكم ، والوجه الاقتصار على الثمرة ، وهو صحة العتق وبراءة ذمة الأمر ، وما عداه تخمين ، ومثله إذا قال له : كل هذا الطعام فقد اختلف أيضاً في الوقت الذي يملكه الآكل ، والوجه عندي أنه يكون إباحة للتناول ، ولا ينتقل إلى ملك الآكل .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : إذا قال أعتق عبدك عني ففعل صح العتق ووقع عن الأمر إجماعاً ، والنية هنا من الوكيل وهو المأمور بالعتق ، ولا بد من دخوله في ملك الأمر ضمناً ، لقوله صلى الله عليه وآله : « لا عتق إلا في ملك »<sup>(١١٠)</sup> ، وفي وقت انتقاله إلى ملكه إشكال ، نقل المصنف عن الشيخ انتقاله بعد قول المعتق ( أعتقت عنك ) ثم يعتق بعده<sup>(١١١)</sup> ، قال : وهو تحكم ، أي قول بغير دليل ، ووجه قول الشيخ : أن العلة في ملكه والعتق قوله أعتقت عنك ، فهو علة في أمرين : أحدهما سابق على الآخر ،

(١٠٩) - في «ن» و«٦» : المجهول .

(١١٠) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٥ والعوالي .

(١١١) - في النسخ : ( عنده ) .



وهو انتقال الملك اليه ثم العتق واقتضاء<sup>(١١٢)</sup> العلة الواحدة بسبيين بالترتيب<sup>(١١٣)</sup> بينهما ممكن .

ونقل فخر الدين قولاً بانتقاله بالأمر ، ويكون قوله ( أعتقت عنك ) كاشفاً عن سبق الملك بالأمر ؛ لأن ملك المعتق شرط في صحة العتق ، ومقدم عليه بالزمان ، ولا واسطة بين قوله ( أعتق عبدك عني ) وبين قوله ( أعتقت )<sup>(١١٤)</sup> ؛ لأنه لو تخلل زمان لم يصح العتق ؛ لأنه بمنزلة إيجاب وقبول .

قال فخر الدين والأصح أن قوله ( أعتقت ) عقيب قوله ( أعتق عني ) مركب بأول جزء يحصل الملك للأمر ، والمجموع علة في انعاقه عنه ، وهو اختيار المفيد .

( قلت : وهذا )<sup>(١١٥)</sup> معنى قول الشيخ : وإن اختلف بعض اللفظ .

الثانية : إذا قال : كل هذا الطعام ، قيل : ( يأكله مملوكاً له )<sup>(١١٦)</sup> ، واختلف في وقت ملكه ، قيل : يملكه بأخذه بيده ، وقيل : بوضعه<sup>(١١٧)</sup> في فيه ، وقيل : بابتلاعه ، والأقوال الثلاثة حكاه الشيخ في المبسوط .

واختار المصنف كون ذلك إباحة للتناول ولا يدخل في ملك الآكل ؛ لأنه لا ضرورة هنا إلى دخوله في ملكه بخلاف العتق ، واختاره العلامة في المختلف ، وابته في الإيضاح وهو المعتمد .

وعلى القول بالملك بالأخذ يجوز إعطاؤه لغيره ، ولو نبت من غايظه شجرة

(١١٢) - من النسخ وفي الأصل : ( فإنها ) .

(١١٣) - في نسخة من الأصل : ( والترتيب ) .

(١١٤) - في «ن» : ( أعتقت عنك ) .

(١١٥) - في «م» : ( وهذا هو ) .

(١١٦) - في الأصل بدل ما بين القوسين : ( يأكله يكون مملوكاً ) .

(١١٧) - في «ن» : ( بمضغه ) .

كالبطيخ وغيره يكون للأكل على القول بالملك بأحد الأقوال الثلاثة ، وعلى القول بعدم الملك يكون لصاحب الطعام ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ويعتبر نية التعيين إن اجتمعت أجناس مختلفة على الأشبه ، ولو كانت الكفارات من جنس واحد ، قال الشيخ : يجزئ نية التكفير مع القربة ، ولا يفتقر إلى التعيين ، وفيه إشكال ، أما الصوم فالأشبه بالمذهب أنه لا بد فيه من نية التعيين ، ويجوز تجديدها إلى الزوال .

أقول : يشترط في التكفير النية المشتملة على الوجه والقربة والتكفير ، فلو نوى الوجه والقربة ولم ينو عن الكفارة لم يجز ، وهذه الشروط مجمع عليها .

وهل يشترط التعيين ؟ أختلف الأصحاب في ذلك ، فالشيخ في المبسوط لم يشترط التعيين مطلقاً سواء اتحد الجنس كما لو كان الجميع للظهار أو القتل أو النذر ، أو تعدد الجنس كما لو كان للظهار والقتل والنذر وغير ذلك ، ويكفي قوله : أنت حر ، عن الكفارة وإن لم يعين سببها .

وقال في الخلاف<sup>(١١٨)</sup> : وإن اتحد الجنس كفى نية التكفير من غير افتقار إلى نية التعيين ، ( وإن تعدد الجنس أفتقر إلى نية التعيين ، واختاره ابن ادريس والعلامة في القواعد والتحرير .

وفصل في المختلف ، فقال : إن كانت الكفارة من جنس واحد كالحنث إذا تكرر منه فلا يفتقر إلى التعيين<sup>(١١٩)</sup> فيها ، وإن كانت من أجناس مختلفة ، فإن اتفقت في الحكم كقتل الخطأ والظهار أجزأ الإطلاق أيضاً ؛ لأن حكمهما واحد ، وهو العتق عيناً ، فإن عجز فالصوم ، وإن اختلف الحكم كالظهار والأفطار ، فلا بد من تعيين السبب ؛ لأنه إذا أعتق ونوى مطلق التكفير لم يكن صرفه إلى أحدهما

(١١٨) - «م» : المختلف .

(١١٩) - ما بين القوسين ليس في «ن» .

أولى من الآخر ، فإن صرفه الى الظهار بقي التخيير بين العتق والصيام والأطعام ، وإن صرفه الى الإفطار تعين عليه العتق في الأخرى ، وليس إحداها أولى من الأخرى ، فلا بد من التعيين .

والمصنف اختار هنا وجوب التعيين مع الاختلاف ، واستشكل وجوبه مع الاتفاق ، من أن التكفير جنس شامل يدخل فيه جميع جزئياته ، ومن أن كل واحد من الكفارات عمل ، وكل عمل يفقر الى نية ، فيشترط التعيين ليحصل التمييز .

والشيخ أدعى الأجماع على عدم وجوب نية التعيين مع اتحاد السبب ، ومذهب العلامة في الإرشاد وجوب التعيين وإن اتحد السبب .

قال الشهيد في شرح الإرشاد : لم أعرف هذا القول لأحد من العلماء .

ومذهبه في الدروس وجوب التعيين اتحدت الكفارات<sup>(١٢٠)</sup> أو تعددت ، اختلف الجنس أو اتحد ، وهو ظاهر المصنف في المختصر ؛ لأنه أطلق وجوب التعيين وهو المعتمد ، لحصول تعين البراءة به ، ولأنه أحوط ، والمراد بالتعيين تعيين السبب لاتعيين شخص الكفارة ، فلا يجب أن يقول قتل زيد أو عمرو ، ولا النذر الفلاني .

وإنما كان الأشبه عند المصنف وجوب التعيين في الصوم ، لاطلاق الأصحاب وجوب التعيين في صوم غير رمضان والنذر المعين ، وليس الكفارة منها ، فيجب في صومها التعيين قطعاً ، ويحتمل مساواة الصوم للعتق ، لاتحاد العلة فيتحد الحكم .

قال رحمه الله : ولو قال له قاتل إعتق مملوكك عن كفارتك ولك علي كذا ، فأعتقه لم يجز عن الكفارة [لأنه قصد العوض ] ، وفي وقوع العتق تردد ، ولو قيل

بوقوعه ، هل يلزم العوض ؟ قال الشيخ : نعم ، وهو حسن .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في وقوع العتق عن <sup>(١٢١)</sup> غير الكفارة ، وبالوقوع قال الشيخ في المبسوط ؛ لأنه أوقعه عن أمرين : الكفارة والعوض ، وإذا لم يقع عن أحدهما وقع عن الآخر ؛ لأن العتق مبني على التغليب .

وتردد المصنف مما قال الشيخ ، ومن أن المعتق لم ينو <sup>(١٢٢)</sup> بالعتق غير <sup>(١٢٣)</sup> الكفارة ، وهو لم يقع عنها ؛ لأنه ( لو وقع عن غيرها ) <sup>(١٢٤)</sup> لزم وقوعه بغير نية وهو باطل .

واستشكل العلامة في القواعد والتحرير والأرشاد من غير ترجيح ، وكذلك فخر الدين لم يرجح شيئاً ، واستقرّب الشهيد في دروسه عدم الوقوع ، وذهب في شرح الأرشاد إلى الوقوع .

الثانية : على القول بوقوع العتق لا عن الكفارة ، هل يلزم الباذل العوض ؟ قال الشيخ : نعم ، واستحسنه المصنف ، وبه قال العلامة والشهيد تفريعاً على الوقوع ؛ لأن المعتق لم يتبرع بالعتق ، بل جعله مقابله <sup>(١٢٥)</sup> عوض بذله الغير <sup>(١٢٦)</sup> فيكون لازماً للبازل ، ويحتمل العدم ؛ لأن الجعل مقابل العتق المجزي عن الكفارة ، وهو لم يحصل ، ولا يلزم <sup>(١٢٧)</sup> البذل كما لو لم يعتق ، إذ لا فرق بين عدم

(١٢١) - «ر» : من .

(١٢٢) - في «ن» : ( ينف ) .

(١٢٣) - في النسخ : ( بالعتق عن غير ) .

(١٢٤) - في «م» بدل ما بين التوسين : ( أوقع عن غيرها ) .

(١٢٥) - في «ر» : «١» : ( معاملة ) .

(١٢٦) - في «م» : ( للغير ) .

(١٢٧) - في النسخ : ( فلا يلزم ) .

العتق، وعتق لا يجزي عن الكفارة، وهو اختيار العلامة في المختلف.

قال رحمه الله: وإن صام من الثاني ولو يوماً أثمً، وهل يأثم مع الإفطار؟ فيه تردد، أشبهه عدم الأثم.

أقول: منشؤه من أن التابع في الشهرين إنما يحصل بكاملها، فإذا لم يحصل تحقق الأثم، ومن أصالة براءة الذمة وهو مذهب ابن الجنيّد، واختاره المصنف والعلامة في المختلف، وفخر الدين في شرح القواعد، وقال أبو الصلاح وابن ادریس: يأثم، والأول هو المعتمد.

قال رحمه الله: ولو أفطرت الحامل أو المرضع خوفاً على أنفسهما لم ينقطع التابع، ولو أفطرتا خوفاً على الولد، قال في المبسوط: ينقطع، وفي الخلاف لا ينقطع، وهو أشبه.

أقول: لا خلاف في جواز الإفطار مع الخوف على الولد، وإنما الخلاف في إنقطاع<sup>(١٢٨)</sup> التابع وعدمه، بالانقطاع قال في المبسوط، وهو ظاهر ابن ادریس؛ لأنه حصر الذي يقطع التابع بالمرض والحيض لا غير.

والمشهور مذهب الخلاف؛ لأن فيه حفظ نفس الغير وهو واجب فلا يوجب عقوبة وهو المعتمد.

قال رحمه الله: ولو أكره على الإفطار لم ينقطع التابع سواء كان اجباراً كمن وجر في حلقة، أو لم يكن كمن ضرب حتى أكل، وهو اختيار الشيخ في الخلاف، وفي المبسوط قال بالفرق.

أقول: الاكراه على قسمين، أحدهما: أن<sup>(١٢٩)</sup> يبلغ حد الاجراء، وهو الذي

(١٢٨) - هذه الكلمة ليست في «ن».

(١٢٩) - من النسخ، وفي الأصل: (أنه).

لا يبقى للمكره (١٣٠) معه قصد النية (١٣١)، ولا يمكنه الامتناع منه، والآخر: لا يدفع القصد بالكلية، ويمكن معه الترك وذلك مثل من يضرب حتى يأكل، فهذا كان يمكنه ترك الأكل، فقد حصل الفرق بينهما فيفترقان في الحكم أيضاً.

والمشهور عدم الفرق وهو المعتمد؛ لأن دفع الضرر عن النفس واجب، وهو لا يتم الا بالافتطار فيكون واجباً، وفاعل الواجب لا عقوبة عليه، والاستئناف عقوبة فيكون منفيّاً.

قال رحمه الله: ويجب إطعام العدد [المعتبر] لكل واحد مد، وقيل: مدان، ومع العجز مد، والأول أشبه.

أقول: المكفر مخير بين إطعام المساكين، وبين التسليم اليهم، والبحث في موضعين:

الأول: التسليم اليهم، وهل يجزي المد الواحد اختياراً؟ قال ابن بابويه: نعم، وبه قال المفيد وسائر، واختاره المصنف والعلامة وابنه والشهيد وأبو العباس وهو المعتمد، لما رواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام، الى أن قال: «فان لم يستطع أطعم ستين مسكيناً مداً مداً» (١٣٢)، ولأن الواجب في الآية (١٣٣) الاطعام من غير تقييد، والأصل براءة الذمة مما زاد عن المد.

وأوجب الشيخ مدين مع القدرة مستدلاً باجماع الفرق، وطريقة الاحتياط. والواجب دفع الحب، ولا يجب مؤنة الطحن والخبز والادم، وأوجب ابن الجنيّد، ولا فرق هنا بين الصغير والكبير إلا أن الدفع إلى ولي الصغير، فان فقده فإلى من يعني بحاله.

(١٣٠) - «م» و «ر»، وفي الباقي غير مرقوة.

(١٣١) - «م»: البتة، وهو محتمل في الأصل أيضاً.

(١٣٢) - الوسائل، كتاب الإيلاء والكفارات، باب ١٠ من أبواب الكفارات، حديث ١.

(١٣٣) - المائدة: ٨٩.

ونية الدفع إلى ولي الصغير : أخرج هذا القدر من الكفارة إلى فلان ليقبضه عن فلان ، لوجوبه قرابة إلى الله ، وكذلك في الزكاة والخمس ، ولو لم يجد غير واحد دفع إليه يوماً فيوماً إلى تمام ستين يوماً ، ولا يجوز الدفع دفعة لجواز التمكن من العدد .

الثاني : الاطعام ، والواجب شبعه مرة واحدة على المشهور بين الأصحاب ، وقال المفيد وسلار وأبو الصلاح وأبن البراج بوجوب شبعه في يومه ، وأوجب ابن الجنيد العشاء والغداء ، والأول هو المعتمد . ولا يتقدر الشبع بمقدار ، سواء زاد شبعه عن المد أو نقص . ولا يشترط إذن الولي في إطعام الطفل .

ومحل النية عند الشروع في الأكل ، فيقول : أطعم هؤلاء المساكين أو هذا المسكين عن كفارة كذا لوجوبه قرابة إلى الله ، وجوز الشيخ في النهاية دفعها إلى المستضعف من المخالفين مع تعذر المؤمنين وأطفالهم وهو ظاهر المصنف ؛ لأنه لم يستثن غير الكافر والناصب ، واختاره العلامة<sup>(١٣٤)</sup> في المختلف ، ومنع ابن البراج وابن ادريس من إعطاء غير المؤمنين وأطفالهم ، ومع التعذر يتوقع وجودهم ، واختاره العلامة في القواعد والتحرير ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : كفارة اليمين مخيرة بين العتق والأطعام والكسوة فإذا كسا الفقير وجب أن يعطيه ثوبين مع القدرة ، ومع العجز ثوباً واحداً ، وقيل : يجزي الثوب الواحد مع الاختيار ، وهو أشبه .

أقول : وجوب التوبين مع القدرة مذهب الشيخ ( في النهاية ، وتبعه ابن البراج . وقال محمد بن بابويه : لكل رجل ثوبان ، وروي ثوب ، والأقتصار على

الثوب الواحد مطلقاً مذهب الشيخ<sup>(١٣٥)</sup> في المبسوط ، واختاره المصنف وهو المعتمد .

والمشهور عدم الفرق بين الرجل والمرأة ، وفرق بينهما ابن الجنيد وأوجب للمرأة ما يصح فيه صلاتها ، وهو درع وخمار ، والمعتمد عدم الفرق ودليل الجميع الروايات<sup>(١٣٦)</sup> ، والمجزي قيص او سراويل او مئزر ، وكذلك للمرأة مقنعه او إزار أو قيص او سراويل او مئزر ، ولا يشترط الجديد بل يكفي الفسيل ما لم يتخرق ، فلا يجزي حينئذ وان رقع ، ويكفي ما يوارى الطفل وإن كان رضيعاً إذا قبل<sup>(١٣٧)</sup> الولي عنه .

قال رحمه الله : من وجب عليه شهران [ متتابعان ] فإن صام هلالين فقد أجزأه ولو كانا ناقصين ، وإن صام بعض الشهر وأكمل الثاني اجتزأ به وإن كان ناقصاً ، وأكمل الاول ثلاثين ، وقيل : يتم ما فات من الأول ، والأول أشبه .  
أقول : مضى البحث في هذه في باب العدة وباب السلف<sup>(١٣٨)</sup> ، فليطلب من هناك .

قال رحمه الله : اذا كان له مال يصل إليه بعد مدة غالباً لم ينتقل فرضه ، بل يجب الصبر ولو كان مما يتضمن المشقة بالتأخير كالظهار ، وفي الظهار تردد .  
أقول : ما قاله المصنف من أول المسألة الى قوله ( كالظهار ) حكاية قول الشيخ في المبسوط ، ثم تردد المصنف في الظهار ، ومنشؤه من أن الصبر حتى يصل المال يتضمن ضرراً وحرماً على المظاهر لتحريم الوطي عليه قبل التكفير ،

(١٣٥) - ما بين القوسين ليس في « ١ » .

(١٣٦) - الوسائل ، كتاب الايلاء والكفارات ، باب ١٢ - ١٤ - ١٥ - ١٧ .

(١٣٧) - في النسخ : ( قبض ) .

(١٣٨) - ص ٢٤٠ وج ٢ ، ص ١١٨ ( باب السلف ) .



والضرر والهرج متفيان بالآية<sup>(١٣٩)</sup> والروية<sup>(١٤٠)</sup>، فينتقل فرضه إلى الصيام، ولا يجب عليه الصبر لما يتضمن من الضرر، ومن عموم عدم جواز الانتقال في المرتبة من الخصلة العليا إلى مادونها إلا مع تحقق المعجز عن العليا، وهو غير عاجز في ثاني الحال، فيجب عليه الصبر إلى حين القدرة؛ لأنه حق<sup>(١٤١)</sup> لا يفوت بالتأخير، وكما يجب عليه الصبر في غير كفارة الظهار، فكذلك فيها للمشاركة في العلة وهي الترتيب، والمعتمد: الانتقال إن حصل في الصبر مشقة، كما لو كان ذا شهوة ولا زوجة له غير المظاهر منها، ومع عدم الانتقال ووجوب الصبر مع عدم المشقة<sup>(١٤٢)</sup>. قال رحمه الله: لو ظاهر ولم ينو العود فاعتق عن الظهار، قال الشيخ: لا يجزيه؛ لأنه كفر قبل الوجوب، وهو حسن.

أقول: هذا هو المشهور بين الأصحاب؛ لأن الكفارة إنما تجب بنية العود وقبلها لا يجب، فإذا كفر قبل النية لم يأت بالواجب عليه، فلا يخرج من العهدة. وإنما لم يجزم المصنف به<sup>(١٤٣)</sup> لاحتمال الاجزاء؛ لأن الكفارة هنا سبب في إباحة الوطي وشرط في تسويغه، فالمعتبر تقديم الشرط على مشروطه، ولا يعتبر تقديم غير الشرط عليه، ولأن السبب الموجب للتكفير هو الظهار الموجب للتحريم بدون التكفير؛ لأن إرادة الوطي من دون الظهار لا توجب التكفير وكان<sup>(١٤٤)</sup> الظهار هو السبب أو جزء السبب الموجب للتكفير، فيصدق عليه أنه كفر بعد الوجوب فيكون مجزياً، والأول هو المعتمد.

(١٣٩) - المائة: ٦.

(١٤٠) - الوسائل، كتاب أحياء الموات باب ٧، حديث ٢ وكتاب الموارث، باب ١ من أبواب موانع الأثر، حديث ١.

(١٤١) - من «م» و«ن».

(١٤٢) - كذا.

(١٤٣) - من النسخ.

(١٤٤) - في «ر» (فكان).

کتاب الایلاء



## في الصيغة

قال رحمه الله : أما لو قال : لا أجمع رأسي ورأسك في بيت أو مخدة ، أو لاساقتك ، قال الشيخ في الخلاف : لا يقع به إيلاء ، وقال في المبسوط : يقع مع القصد ، وهو حسن .

أقول : معنى قوله ( لاساقتك ) : أي لا اجتمعت أنا وأنت تحت سقف ، وبالوقوع قال الشيخ في المبسوط ، واستحسنه المصنف ، واستقر به العلامة في التحرير<sup>(١)</sup> ، واختاره في المختلف ؛ لأنه ( لفظ يستعمل )<sup>(٢)</sup> عرفاً فيما نواه وقصده ، فيحمل على ما نواه كغيره من الألفاظ ، وللأخبار<sup>(٣)</sup> الدالة عليه ، وقال الشيخ في الخلاف : لا يقع وإن قصد ، واختاره ابن ادريس ، والعلامة في الإرشاد ، وفخر الدين في شرح القواعد ، لأصاله بقاء الحل ما لم يتحقق السبب المحرم ، وهو غير متحقق مع احتمال الألفاظ ، فلا يتحقق الا باللفظ الصريح .

---

(١) - في «ن» : ( النهاية ) .

(٢) - في «ر» بدل ما بين القوسين : ( مستعمل ) .

(٣) - الوسائل ، كتاب الإيلاء والكفارات ، باب ٨ و ١٠ .

قال رحمه الله : وهل يشترط تجريد الإيلاء عن الشرط ؟ للشيخ [ فيه ] قولان ، أظهرهما اشتراطه .

أقول : مذهب الشيخ في الخلاف اشتراط تجريده عن الشرط ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم<sup>(٤)</sup> ، وبأصالة الأباحة ، وتابعه ابن حمزة وابن زهرة وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة في الإرشاد وفخر الدين ، وقال في المبسوط : يقع معلقاً على الشرط والصفة ، واختاره العلامة في المختلف ، لعموم القرآن<sup>(٥)</sup> ، والأول هو المعتمد .

(٤) - الوسائل ، كتاب الإيلاء والكفارات ، باب ٨ ، حديث ١ - ٩ ، وباب ٩ . لاحظ الجواهر ج ٣٣ ص ٣٠١ .

(٥) - البقرة : ٢٢٧ .

## في المؤلي

قال رحمه الله : وفي صحته من المجبوب تردد ، أشبهه الجواز وتكون فتنه كفتنة العاجز .

أقول : منشؤه من عموم الآية<sup>(٦)</sup> فيصح من المجبوب وغيره من الأزواج ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره المصنف ، والعلامة في القواعد والتحرير ، ومن أنه حلف على فعل ممتنع فلا يقع ، كما لو حلف ليصعدن إلى السماء ، وأيضاً الإيلاء لا يقع إلا في إضرار ، وهو لا يتصور<sup>(٧)</sup> من المجبوب لعدم قدرته على الوطي ، وهو اختيار العلامة في المختلف ، وبه قال فخر الدين . ولو بقي للمجبوب ما يمكنه معه الوطي صح إيلاؤه اجماعاً .

---

(٦) - البقرة : ٢٢٦ .

(٧) - في «ن» و «ر» : ( لا يقع ) .



## في المؤلى منها

قال رحمه الله : وفي وقوعه بالمستمتع بها تردد ، أظهره المنع .  
أقول : منشؤه من قوله تعالى : ﴿ فان عزموا الطلاق فان الله سميع  
عليم ﴾ <sup>(٨)</sup> ، والتعقيب بالطلاق يمنع دخول المستمتع بها ، لعدم وقوع الطلاق  
عليها ، وهذا هو المشهور بين الأصحاب وهو المعتمد ، ومن أنها من النساء  
فيدخل في عموم قوله تعالى : ﴿ والذين يؤلون من نسائهم ﴾ <sup>(٩)</sup> .

---

(٨) - البقرة : ٢٢٧ .

(٩) - البقرة : ٢٢٧ .





## في أحكامه

قال رحمه الله : فان طلق فقد خرج من حقها وتقع الطلقة رجعية على الأشهر .

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ، لأصالة عدم اليئونة ما لم يثبت ، وقيل : يقع الطلاق بايناً ، لعدم الفائدة مع ثبوت الرجعة ، والأول هو المعتمد ، فان راجع ضربت له <sup>(١٠)</sup> مدة أخرى ووقف بعد انقضائها ، فان طلق ( وراجع ضربت له مدة أخرى ووقف بعد انقضائها ، فان طلقت ) <sup>(١١)</sup> بانتهى قوله في التحرير ، وربما قيل : لا يفتقر الى مدة أخرى بعد الرجعة .

قال رحمه الله : لو انقضت مدة التبرص وهناك ما يمنع من الوطى كالحيض والمرض . لم يكن لها المطالبة ، لظهور عذره في التخلف ، ولو قيل : لها بالمطالبة بفتة العاجز عن الوطى ، كان حسناً .

أقول : الأول مذهب الشيخ في النهاية ؛ لأن الإمتناع من جهتها ، ووجه

---

(١٠) - في «ن» : ( لها ) .

(١١) - ما بين القوسين ساقط في «ن» .

اختيار المصنف عدم سقوط الميسور بالمعسور فيطالبه ( بغيته )<sup>(١٢)</sup> العاجز ، وهو إظهار العزم على الوطي وهو اختيار فخر الدين .

قال رحمه الله : ولو تجددت أعذارها في أثناء المدة قال في المبسوط : تنقطع الاستدامة عدا الحيض ، وفيه تردد .

أقول : معنى انقطاع الاستدامة : عدم احتساب أيام العذر غير الحيض من المدة ، فإذا زال العذر بنت على ما مضى من المدة قبل العذر ، والفرق بين الحيض وغيره من الأعذار كالجنون والإغماء والمرض : أن الحيض يتكرر في كل شهر مرة أو مرتين غالباً ، فلو قطع الاستدامة لما تمت مدة التربص في أربعة أشهر غالباً ، بخلاف باقي الأعذار فإنها نادرة ، فلهذا حكم الشيخ بالفرق بينهما .

وتردد المصنف مما قاله الشيخ ، ومن احتمال عدم الفرق بين الحيض وغيره في عدم قطع الاستدامة ، وقواه فخر الدين ونقله عن كثير من الأصحاب ، لقيام (العاجز فيه )<sup>(١٣)</sup> مقام الوطي من القادر ، وعدم قبول المحل كعدم القدرة من الفاعل<sup>(١٤)</sup> ، فكما يلزم بغيته<sup>(١٥)</sup> العاجز عند عجزه عن الوطي ، كذلك يلزم عند عجزها عن الوطي أيضاً ، فلا فرق حينئذ بين الحيض وغيره من الأعذار ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : إذا وطأ في مدة التربص لزمتها الكفارة إجماعاً ولو وطأ بعد المدة ، قال في المبسوط : لا كفارة ، وفي الخلاف : تلزمه ، وهو الأشبه .

أقول : مذهب الخلاف هو المشهور بين الأصحاب ، لعموم قوله تعالى :

(١٢) - كذا في جميع النسخ .

(١٣) - في النسخ : ( فيه العاجز ) .

(١٤) - في «م» : ( القاعد ) .

(١٥) - كذا في الأصل وجميع النسخ .

﴿ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم﴾<sup>(١٦)</sup>، ولرواية منصور بن حازم<sup>(١٧)</sup> عن الصادق عليه السلام، ووجه اختيار المبسوط أصالة البراءة والأول هو المعتمد.

قال رحمه الله: قال في المبسوط: المدة المضروبة بعد الترافع لا من حين الإيلاء، وفيه تردد.

أقول: منشأ التردد من قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾<sup>(١٨)</sup>، جعل المدة أربعة أشهر من حين الإيلاء، ولرواية بريد<sup>(١٩)</sup> بن معاوية<sup>(٢٠)</sup> في الحسن عن الصادق عليه السلام، الدالة على ابتداء المدة من حين الإيلاء، ومن أن ضرب المدة حكم شرعي فيقف على إذن الشارع، وهو موقوف على الترافع.

والأول مذهب ابن الجنيّد، وابن أبي عقيل، واختاره العلامة في المختلف، وابنه في الإيضاح، والثاني مذهب الشيخين وأبي الصلاح وابن حمزة وابن البراج وابن ادریس، واختاره العلامة في الإرشاد، والشهيد في شرح الإرشاد، وهو المعتمد.

قال رحمه الله: لو قال: والله لا وطئتكم خمسة أشهر فاذا انقضت، فوالله لا وطئتكم سنة، فهما إيلاءان، ولها المرافعة لضرب مدة التربص عقيب اليمين، ولو وافقته فاطل حتى انقضت خمسة الأشهر، فقد انحلت اليمين، قال الشيخ: ويدخل وقت الإيلاء الثاني، وفيه وجه وبطلان الثاني، لتعلقه على الصفة على ما قرره الشيخ.

(١٦) - المائدة: ٨٩.

(١٧) - الوسائل، كتاب الإيلاء والكفارات، باب ١٢ من أبواب الكفارات، حديث ٣.

(١٨) - البقرة: ٢٢٦.

(١٩) - في النسخ: يزيد.

(٢٠) - الوسائل، كتاب الإيلاء والكفارات، باب ١٠ من أبواب الكفارات، حديث ١.

أقول : الذي قرره الشيخ أن هذا الإيلاء معلق على صفة ، قال في المبسوط :  
لو قال : والله لا أصبتك خمسة أشهر ، فإذا انقضت فو الله لا أصبتك سنة فهما  
إيلاءان وميمينان مختلفان ، أحدهما خمسة أشهر ، والآخر سنة ، والأولى مطلقة  
والثانية معلقة بصفه ، فإذا وجدت الصفة انعقدت <sup>(٢١)</sup> ، كقوله : إذا قدم زيد فو الله  
لاوطيتك سنة ، فتى قدم زيد انعقد الإيلاء ، فقد ظهر من تقرير الشيخ أنه معلق  
على صفة ، وأنه يقع مع التعليق ، والقائل بعدم وقوعه معلقاً منع منه ، وقد مضى <sup>(٢٢)</sup>  
البحث فيه .

(٢١) - في «ن» : ( انعقدت الميمين ) .

(٢٢) - ص ٣١٨ .

كتاب العمان



## في السبب

قال رحمه الله : ولو كان للقاذف بينة فعدل عنها الى اللعان قال في الخلاف يصح ومنع في المبسوط التفاتاً الى اشتراط عدم البينة في الآيه وهو الأشبه .  
أقول : مذهب الخلاف اختيار العلامة في المختلف ؛ لأن النبي صلى الله عليه وآله لا عن بين العجلاني وزوجته ، ولم يسأل هل له بينة أولاً<sup>(١)</sup> . ( ومذهب المبسوط اختيار المصنف )<sup>(٢)</sup> ، والعلامة في أكثر كتبه ، وبه قال فخر الدين ، لقوله تعالى : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ﴾<sup>(٣)</sup> ، شرط في اللعان عدم النية<sup>(٤)</sup> وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وكذا ليس له مطالبة زوج أمته بالتعزير في قذفها ، فان ماتت ، قال الشيخ : له المطالبة ، وهو حسن .

---

(١) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ١ ، حديث ٩ .

(٢) - في نسخة من الأصل بدل ما بين القوسين : ( ومذهب المصنف اختيار المبسوط ) .

(٣) - النور : ٦ .

(٤) - في النسخ : ( البينة ) .



أقول : هذا هو المشهور ؛ لأنه حد قد ثبت بالقذف ، فلا وجه لاسقاطه ، لعدم جواز تعطيل الحدود ، ويحتمل عدم جواز مطالبه السيد به ؛ لأن الحد لا ينتقل بالملك ، والا لكان ملكاً<sup>(٥)</sup> له حال حياة الأمة وليس كذلك ، ولا ينتقل بالميراث ؛ لأن المملوك لا يورث شيئاً ، والمعتمد ما هو المشهور بين الأصحاب .

قال رحمه الله : ولا يلحق الولد الخصي المحبوب على تردد .

أقول : اذا اتفق الخصي والحب في إنسان ، هل يلحق به الولد ؟ تردد المصنف في ذلك ، من أن العادة قاضية بأن الخصي المحبوب لا يولد له ، والعادة لها تأثير في الشرع ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، ومن عموم قوله عليه السلام ، « الولد للفراش »<sup>(٦)</sup> ، علقة على مجرد الفراش ، وهي فراش للخصي المحبوب فيلحقه الولد ، والأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو كان الزوج حاضراً وقت الولادة ، ولم ينكر الولد مع ارتفاع الاعذار لم يكن له إنكاره بعد ذلك ، إلا أن يؤخره بما جرت العادة به ، كالسعي إلى الحاكم ، ولو قيل : له إنكاره [بعد ذلك] ما لم يعترف به ، كان حسناً .

أقول : ما حكاه أولاً مذهب الشيخ في المبسوط ، وهو المشهور بين الأصحاب ، ثم استحسّن المصنف قبول الإنكار ما لم يحصل الإقرار ، ووجهه : أن السكوت اعم من الاعتراف وعدمه ، ولا دلالة للعام على الخاص ، ولأنه مع الإنكار قبل الاعتراف يكون قد أنكر ولدأ لم يعترف به ، فيقبل إنكاره له .

قال رحمه الله : واذا طلق الرجل وأنكر الدخول فادّعت ، وادّعت أنها حامل منه ، فإن أقامت بينة أنه ارخى ستراً ، لاعنها وحرمت عليه وكان عليه المهر ، وإن لم تقم بينه ، كان عليه نصف المهر ولا لعان ، وعليها مئة سوط ، وقيل :

(٥) - في النسخ : مالكا .

(٦) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٩ ، حديث ٣ .

لا يثبت اللعان ما لم يثبت الدخول وهو الوطي ، ولا يكفي إرخاء الستر ولا يتوجه عليه الحد ؛ لأنه لم يقذف ولا أنكر ولدأ يلزمه الاقرار به ، ولعل هذا أشبه .  
أقول : ما حكاه المصنف أولاً كلام الشيخ في النهاية ، وهو مشتمل على أحكام .

الأول : إن الخلوة قائمة مقام الدخول المترتب عليه كمال المهر والحقوق النسب ، وقد مضى<sup>(٧)</sup> البحث في ذلك .

الثاني : مع عدم ثبوت الخلوة ينتفي الولد بغير لعان ، ولا يثبت عليه<sup>(٨)</sup> غير نصف المهر .

الثالث : جلدها حينئذ مئة سوط حد الزنا ، لانتهاء الحمل عن الزوج بغير لعان ، فهو كإقرارها او نكولها أو قيام البينة عليها بالزنا ، والقول الثاني قول ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين ، واختار أبو العباس في مقتصره مذهب النهاية عدا وجوب الحد عليها ، لا مكان صدقها فتتحقق الشبهة .

(٧) - ص ١٤٦ .

(٨) - من «م» .



## في الملاعن

قال رحمه الله : وفي لعان الكافر روايتان ، أشهرهما أنه يصح وكذا القول في المملوك .

أقول : اختلف الأصحاب في صحة لعان الكافر ، كما لو كانا ذميين وترافعا إلينا أو يكون الزوج مسلماً والزوجة ذمية أو بالعكس ، كما لو أسلمت تحت الذمي وأنت بولد يلحقه شرعاً ، وكذلك اختلفوا في لعان المملوك ، قال الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف به ، وبه قال ابن بابويه وابن البراج ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، لعموم الآية<sup>(٩)</sup> ، ولحسنه جميل عن الصادق عليه السلام ، « قال : سألت عن الحر بينه وبين المملوكة لعان ؟ قال : نعم ، وبين المملوك والحرّة ، وبين العبد والأمة ، وبين المسلم واليهودية والنصرانية ، ولا يتوارثان ، ولا يتوارث الحر والمملوكة »<sup>(١٠)</sup> ، وقال المفيد وسلاح وابن الجنيد : لا يصح مطلقاً ؛

---

(٩) - النور : ٦ - ٩ .

(١٠) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٥ ، حديث ٣ .

لأن اللعان شهادات ، لقوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾<sup>(١١)</sup>؛ لأنه يفتقر الى لفظ الشهادات ، والشاهد يشترط فيه الاسلام .

وفصل ابن ادريس والشيخ في الاستبصار فجوزا اللعان لنفي الولد دون القذف ، لرواية زرارة<sup>(١٢)</sup> ، واسماعيل بن زياد<sup>(١٣)</sup> عن الصادق عليه السلام ، وعن الباقر عليه السلام : « أن علياً عليه السلام قال : ليس بين خمس نساء وأزواجهن ملاعنة : اليهودية تكون تحت المسلم فيقذفها ، والنصرانية ، والأمة تكون تحت الحر فيقذفها ، والحرمة تكون تحت العبد فيقذفها ، والمجلود في الحرية ؛ لأن الله تعالى يقول : ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾<sup>(١٤)</sup> ، والحرساء ليس بينها وبين زوجها لعان انما اللعان باللسان »<sup>(١٥)</sup> .

قال رحمه الله : ويصح لعان الأخرس اذا كان له اشارة معقولة كما يصح طلاقه وإقراره ، وربما توقف شاذ منا ، نظراً الى تعذر العلم بالأشارة وهو ضعيف ، اذ ليس حال اللعان بزائد على حال الإقرار بالقتل .

أقول : المشهور صحة لعان الأخرس بالاشارة المعقولة ، وتوقف ابن ادريس في صحة لعانه ، قال : لأن النطق منه بالشهادات في حال اللعان متعذر ، والأصل براءة الذمة ، واللعان حكم شرعي يحتاج في إثباته الى دليل شرعي ، وأيضاً لو رجع عن اللعان عند من جوزه له وجب عليه الحد ، والرسول عليه السلام قال « ادرؤ الحدود للشبهات »<sup>(١٦)</sup> من المعلوم أن في إيمائه وإشارته بالقذف

(١١) - النور : ٦ .

(١٢) - لم يروه في الوسائل عن زرارة .

(١٣) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٥ ، حديث ١٢ .

(١٤) - النور : ٤ .

(١٥) - انظر هامش ١٣ .

(١٦) - الوسائل ، كتاب الحدود ، باب ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود ، حديث ٤ .

شبهة ، هل إرادته القذف أو غيره ؟ وهو غير المعلوم<sup>(١٧)</sup> يقيناً ، كالناطق بلا خلاف ، ثم قال : وإن قلنا يصح منه اللعان كان قوياً ؛ لأنه يصح منه الإقرار والايان وأداء الشهادات وغير ذلك من الأحكام<sup>(١٨)</sup> .

قال العلامة في المختلف : وهذا يدل على اضطرابه وتردده في هذه المسألة ، ولو التزم بالتوقف كما حكم به أولاً كان أجود ، فان الفرق بين الإقرار وأداء الشهادات ، وبين اللعان ظاهر ، لاشتراط خصوصية اللفظ هنا دون الإقرار والشهادات ، إذ القصد فيها المعنى بأي عبارة كان .

(١٧) - في النسخ : ( معلوم ) .

(١٨) - السرائر ٢ : ٧٠٢ .



## في الملاعنة

قال رحمه الله : وفي اعتبار الدخول بها خلاف المروي أنه لا لعان [ قبله ] ،  
وفي قول بالجواز ، وقال : ثالث بثبوتها بالقذف دون نفي الولد .  
أقول : اعتبار الدخول مذهب الشيخ في النهاية ، وابن البراج وابن حمزة  
وابن زهرة ، لموثقة أبي بصير عن الصادق عليه السلام ، « قال لا يقع اللعان حتى  
يدخل الرجل بامرأته »<sup>(١٩)</sup> ، ومثلها رواية<sup>(٢٠)</sup> مصادف<sup>(٢١)</sup> عن أبي عبد الله عليه  
السلام .

وعدم اعتبار الدخول منقول عن المفيد رحمه الله ، واختاره العلامة في  
القواعد ، لعموم قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ ازْوَاجَهُمْ ﴾<sup>(٢٢)</sup> .  
والتفصيل مذهب ابن ادريس ، واستحسنه العلامة في المختلف ، واختاره

---

(١٩) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٢ ، حديث ٦ .

(٢٠) - في « ١ » : ( زرارة ) .

(٢١) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٢ ، حديث ٤ ، ٨ ، وفيه ( ابن مضارب ) .

(٢٢) - النور : ٦ .



فخر الدين وأبو العباس في مقتصره ، وهو المعتمد ، أما ثبوته بالقذف<sup>(٢٣)</sup> فلعموم الآية<sup>(٢٤)</sup> ، وأما عدم ثبوته لنفي النسب فلأنه إنما يلحق بعد الدخول ، وقبله ينتفي عنه بمجرد النفي ، والقول قوله فيه ، واللعان إنما يثبت لنفي النسب مع عدم نفيه بدون اللعان ، وقد ثبت أنه قبل الدخول يكون القول قوله في نفيه ، ولا يفتر<sup>(٢٥)</sup> إلى اللعان<sup>(٢٦)</sup> .

قال رحمه الله : ويثبت اللعان بين الحر والمملوكة ، وفيه رواية<sup>(٢٧)</sup> بالمنع ، وقال ثالث . بثبوته ينفي الولد دون القذف .

أقول : ثبوته مطلقاً مذهب الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف ، وبه قال ابن الجنييد وابن بابويه وأبو الصلاح ، وهو ظاهر المصنف والعلامة ، لعموم القرآن<sup>(٢٨)</sup> ، ولرواية جميل المتقدمة<sup>(٢٩)</sup> ، ومنعه المفيد وسلاح مطلقاً لصحيفة ابن سنان عن الصادق عليه السلام ، « قال : لا يلاعن الحر الأمة »<sup>(٣٠)</sup> إلى آخر الحديث ، وبالفرق قال ابن ادريس : لأن اللعان بالقذف لاجل إسقاط الحد ، ولاحد في قذف الامه ، بل التعزير ، واختاره فخر الدين ، واستحسنه أبو العباس في مقتصره ، وضعفه الشهيد في شرح الإرشاد ، واختار ثبوته مطلقاً .

قال رحمه الله : ولا تصير الأمة فراشاً بالملك وهل تصير فراشاً بالوطي ؟ فيه روايتان ، أظهرهما : أنها ليست فراشاً ، ولا يلحق ولدها إلا باقراره ، ولو

(٢٣) - في «ن» : ( في القذف ) .

(٢٤) - النور : ٦ .

(٢٥) - في «م» : ( فلا يفتر ) .

(٢٦) - في النسخ : ( لعان ) .

(٢٧) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٥ ، حديث ٤ .

(٢٨) - النور : ٦ .

(٢٩) - ص ٣٣٣ .

(٣٠) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٥ ، حديث ٤ .

اعترف بوطنها ولو نفاه لم يفتقر الى لعان .

أقول : معنى صيرورة الأمة فراشاً بالوطني أنها إذا أتت بولد بعد الوطي في مدة الحمل لحق به ولم يحز له نفيه ، ومعنى عدم صيرورتها فراشا : عدم وجوب اعترافه بالولد وجواز نفيه بغير لعان ، وهو إختيار الشيخ والمصنف والعلامة وفخر الدين ، لما رواه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام ، « أن رجلا من الأنصار أتى الى أبي عبد الله عليه السلام ، وقال له : إني ابتليت بأمر عظيم ، إن لي جارية كنت أطؤها فوطأتها يوماً وخرجت في حاجة لي بعد ما اغتسلت منها ، ونسيت نفقة لي ، فرجعت الى المنزل لأخذها فوجدت غلامي على بطنها ، فعددت لها من يومي ذلك تسعة أشهر فولدت جارية ؟ فقال له عليه السلام : لا ينبغي لك أن تقر بها ولا تنفيها ، ولكن أنفق عليها من مالك حتى يجعل الله عزوجل لك ولها مخرجاً » (٣١) .

واما الرواية الدالة على أنها تصير فراشاً بالوطني ، فرواية سعيد بن يسار ، « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع على جارية له تذهب وتجي ، وقد عزل عنها ، ولم يكن منه إليها شيء ، ما تقول في الولد ؟ قال : أرى ألا يباع هذا الولد ياسعيد ، قال : وسألت أبا الحسن عليه السلام ؟ فقال : أتتبعها ؟ فقلت : أما تهمة ظاهرة فلا ، فقال : كيف تستطيع الا يلزمك الولد ؟! » (٣٢) والأول هو المعتمد .

(٣١) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٥٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١ .

(٣٢) - المصدر المتقدم .



## في كَيْفِيَّةِ اللّٰعَانِ

قال رحمه الله : ولا يصح إلا عند الحاكم أو من ينصبه لذلك ، ولو تراضيا برجل من العامة فلا عن بينها جاز ، ويثبت حكم اللعان بنفس الحكم ، وقيل : يعتبر رضاها بعد الحكم .

أقول : هنا ثلاث مسائل :

الأولى : في اشتراط إيقاعه عند الحاكم أو من يأمره ، وهو مجمع عليه ؛ لأن النبي صلى الله عليه وآله تولى اللعان بنفسه بين هلال بن أمية وزوجته (٣٣) ، وبين العجلاني وزوجته (٣٤) ، ولأنه إما أيمان أو شهادات ، ولا يثبت حكم أحدهما إلا عند الحاكم ، قال الشيخ : ولا يفتقر إلى حضوره بل إلى استدعائه والقائه على الزوجين ، والمعتمد أنه لا بد من حضوره وأمره وسماعه الشهادات ، فلو أمر به ثم أوقعه بغيبته لم يقع ، ولا يفتقر إلى حضور الزوجين معاً ، فلو لاعن كل واحد منهما بغيبه صاحبه جاز .

---

(٣٣) - سنن البيهقي ، ج ٧ ، ص ٣٩٤ .

(٣٤) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ١ ، حديث ٩ .

الثانية : إذا تراضيا برجل وهو جامع لشرائط الأجتهد فلاعن بينهما ، هل يصح ذلك أم لا ؟ بالصحة قال ابن حمزة والشيخ في موضع من المبسوط ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والأرصاد ؛ لأن الخصمين إذا تراضيا بحكم أحد من الرعية ، وهو جامع لشرائط الأجتهد ، جاز له الحكم بينهما .

وقال العلامة في المختلف ، وفخر الدين في شرح القواعد : لا يجوز ؛ لأن اللعان حكم شرعي يتعلق به أحكام وكيفيات مخصوصه ، وحكمه يتعدى الى غير الزوجين كنفى الولد ، فينأى بالإمام وخليفته دون غيرها .

الثالثة : على القول بصحة إيقاعه من غير الحاكم ومنصوبه ، هل يلزم بنفس الإيقاع أو يفتقر الى التراضي بعده ؟ يبنى على مسألة ، هي أن الخصمين إذا تراضيا برجل من العامة غير القاضي المنصوب من قبل الإمام يحكم بينهما ، فهل ينفذ (٣٥) حكمه بنفس الحكم أو يفتقر الى تراضيها بعده ؟ فيه خلاف ، وسيأتى تحقيقه إن شاء الله تعالى في باب القضاء (٣٦) .

قال رحمه الله : فالواجب التلفظ بالشهادة على الوجه المذكور ، وأن يكون الرجل قائماً عند التلفظ ، وكذا المرأة ، وقيل : يكونان جميعاً قائمين بين يدي الحاكم .

أقول : اختلف علماؤنا في المرأة حال تلفظ الرجل بالشهادات واللعن ، هل تكون قائمة أو قاعدة ؟ قال الشيخ في المبسوط : تكون قاعدة ، وهو مذهب ابني (٣٧) بابويه وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والتحرير ، وقال الشيخ في النهاية : يجب قيامهما معاً ، وبه قال المفيد وابن أبي عقيل وأبو

(٣٥) - في «ن» : ( يثبت ) .

(٣٦) - لم نعر عليه في كتاب القضاء .

(٣٧) - في «م» : ( ابن ) .

الصالح وابن حمزة وسلاروابن زهرة ، واختاره العلامة في المختلف ، وهو اختيار  
فخر الدين ، ودليل الفريقين الروايات (٣٨).

قال رحمه الله : وقال الشيخ : اللعان أيمان وليست شهادات ، ولعله نظر إلى  
اللفظ فانه بصورة اليمين .

أقول : هل اللعان شهادات أو أيمان ؟ قال الشيخ في المبسوط : هو أيمان ، لما  
روى عكرمة عن ابن عباس ، « أن النبي صلى الله عليه وآله لما لعن بين هلال  
بن أمية وزوجته ، قال : إن أنت به على نعت كذا وكذا ، فأراه إلا وقد كذب  
عليها ، وإن أنت به على نعت كذا وكذا ، فأراه إلا من شريك بن السجا ، قال :  
فأنت به على التعت المكروه ، فقال النبي صلى الله عليه وآله : لولا الأيمان لكان لي  
ولها شأن » (٣٩) ، فسمى اللعان عينا ، وعندهم أنه شهادة ولا يصح إلا ممن تصح منه  
الشهادة (٤٠) . هذا آخر كلام المبسوط ، وجزم العلامة في القواعد أنه أيمان ، وظاهر  
المصنف أنه شهادات .

ولا شك أن اللعان قد اشتمل على أحكام تشابه اليمين ، وأحكام تشابه  
الشهادات .

فالمشابهة لليمين اشتراط اسم الله فيه ، ولا شيء من الشهادات يشترط فيه  
ذلك ، وأيضاً افتقاره إلى صيغة مخصوصة ، وهي : أشهد بالله ، وليست الشهادة  
كذلك ، بل يكفي ما يدل على المعنى ، والشهادة لا تصح لنفس الشاهد ، وهنا  
الشهادة لنفسه فلا يكون شهادة .

وأما المشابهة لأحكام الشهادات : إن أصل الزنا لا يثبت إلا بأربعة شهود ،

(٣٨) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ١ .

(٣٩) - سنن البيهقي ج ٧ ، ص ٣٩٤ .

(٤٠) - المبسوط ٥ : ١٨٣ . مع اختلاف يسير في عبارة المبسوط .

وهو مشتمل على أربعة شهادات ، ولأن الله تعالى ساء شهادة لقوله تعالى : ﴿ فشهادة أحدهم أربع شهادات ﴾ <sup>(٤١)</sup> ويلحقه أحكام آخر غير ما ذكرناه مما تشابه الايمان والشهادات أعرضنا عنها لثلا يطول الكتاب .



## في الأحكام

قال رحمه الله : ولو أكذب نفسه بعد اللعان لحق به الولد ، لكن يرثه الولد ولا يرثه الأب ولا من يتقرب به ، وترثه الأم ومن يتقرب بها ، ولم يعد القراش ولم يزل التحريم ، وهل عليه الحد ؟ فيه روايتان ، أظهرهما : أنه لا حد .

أقول : رواية عدم الحد هي رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام : « في رجل لاعن امرأته وهي حبلى ، ثم أدعى ولدها بعدما ولدت ، وزعم أنه منه ؟ فقال : يرد إليه الولد ولا تحل له ؛ لأنه قد مضى التلاعن »<sup>(٤٢)</sup> وهو يدل على نفي الحد ؛ لأن قوله ( مضى التلاعن ) دليل على ترتب أثره عليه ، ومن جملته نفي الحد ، وإنما خرج الولد خاصة للنص والأجماع ، وصونا له عن الضياع ، فيبقى الباقي على أصله ، وهو مذهب الشيخ ( في النهاية )<sup>(٤٣)</sup> ، واختاره المصنف والعلامة في المختلف والتحرير والأرشاد ، وأبو العباس في المختصر .  
والرواية المتضمنة لثبوت الحد رواية محمد بن الفضل عن أبي الحسن عليه

---

(٤٢) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٦ ، حديث ٢ مع اختلاف .

(٤٣) - ما بين القوسين ليس في «١» .



السلام ، « قال : سألته عن رجل لاعن امرأته وانتفى من ولدها ثم أكذب نفسه ، هل يرد عليه ولده ؟ فقال : إذا أكذب نفسه جلد الحد ورد عليه ابنه ، ولا ترجع عليه امرأته ابداً » (٤٤) ، وهي صريحة في إثبات الحد ، وحملها الشيخ في التهذيب على حصول الأكذاب قبل إتمام اللعان ، وآخر الخبر يدفعه ؛ لأن قوله ( ولا ترجع عليه امرأته ابداً ) يدل على كون الأكذاب بعد اللعان ، وإلا لم تحرم عليه امرأته .  
وبوجوب الحد قال الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في القواعد ، وابنه في شرحه .

قال رحمه الله : ولو اعترفت بعد اللعان لم يجب عليها الحد الا أن تقرأ أربع مرات ، وفي وجوبه معها تردد .

أقول : منشؤه من أنها أقرت أربع مرات ، وكل من أقر بالزنا أربع مرات مع إمكانه وجب عليه الحد ، ومن عموم قوله تعالى : ﴿ ويذروا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله ﴾ (٤٥) ، وقد شهدت فيسقط عنها الحد ، وهو اختيار فخر الدين للشبهة .

ووجوب الحد مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج وابن ادريس ويحيى بن سعيد وظاهر الأرصاد .

قال رحمه الله : اذا قذفها فأقرت قبل اللعان ، قال الشيخ : لزمها الحد إن أقرت أربعاً ، وسقط عن الزوج ، ولو أقرت مرة فإن كان هناك نسب لم ينتف الا باللعان ، وكان للزوج أن يلاعن لتفيه ؛ لأن تصادق الزوجين على الزنا لا ينفي النسب ، اذ هو ثابت بالفراش ، وفي اللعان تردد .

أقول : التردد انما هو في اللعان فقط ، دون ثبوت الحد عليها مع الأقرار

(٤٤) - الوسائل ، كتاب اللعان ، باب ٦ ، حديث ٦ .

(٤٥) - النور : ٨ .

أربعاً، ودون سقوط الحد عنه بالاقرار ولو مرة، فهذا الأشكال<sup>(٤٦)</sup> فيه عندهم<sup>(٤٧)</sup>، والأشكال إنما هو في ثبوت اللعان مع تصادقها على الزنا، واستشكله العلامة في كتبه أيضاً، ومنشأ الأشكال عندهم من أن تصادق الزوجين على الزنا لا ينفي النسب الثابت بالفراش، ومن أن اللعان إنما يتصور مع تكاذبها ولا تكاذب<sup>(٤٨)</sup> هنا ولا لعان.

قلت: مع التحقيق ينبغي انتفاء هذا الأشكال؛ لأنه إذا تصادقا على الزنا، لا يخلو إما أن يتصادقا على أن الولد من ذلك الزنا الذي تصادقا عليه أم لا. فان كان الأول لم يتصور اللعان؛ لأن من شرطه أن تشهد المرأة أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، وهذا الشرط منتفٍ مع عدم التكاذب، فينتفي المشروط وهو اللعان. وإن كان الثاني وهو ألا يتصادقا (على أن)<sup>(٤٩)</sup> الولد من ذلك الزنا الذي تصادقا عليه، وادعى الزوج أنه منه أو من غيره (ولم)<sup>(٥٠)</sup> تصدقه عليه، (أو ادعى)<sup>(٥١)</sup> أنه ليس ولده وأطلق، وادعت أنه ولده فما هنا (لا إشكال)<sup>(٥٢)</sup> في عدم نفيه عنه بغير لعان؛ (لأن الولد لاحق به)<sup>(٥٣)</sup> في ظاهر الشرع وقد تكاذبا في نفيه فلا ينتفي إلا باللعان)<sup>(٥٤)</sup> فالأشكال منتفٍ على التقديرين، وهذا واضح

(٤٦) - كذا

(٤٧) - في «ن»: (عنده مسلم ثم).

(٤٨) - في النسخ: (فلا لعان).

(٤٩) - ما أثبتناه من «ر» في باقي النسخ: (بأن).

(٥٠) - في «ر»: (ولو لم).

(٥١) - في «ر»: (إن ادعى).

(٥٢) - في «م» و«ر»: (الأشكال).

(٥٣) - في «م»: (له).

(٥٤) - ما بين القوسين ليس في «ر».

لا غبار عليه .

قال رحمه الله : اذا قذفها فاعترفت ثم أنكرت فاقام شاهدين باعترافها ، قال الشيخ : لا يقبل إلا بأربعة ويجب الحد ، وفيه إشكال ينشأ من كون ذلك شهادة بالإقرار لا بالزنا .

أقول : اذا قذفها فانكرت فادعى إقرارها وأقام شاهدين بالاقرار ، هل يقبل بالنسبة الى إسقاط الحد عنه ؟ قال الشيخ : لا يقبل إلا بأربعة ويجب عليه الحد ؛ لأنها<sup>(٥٥)</sup> شهادة على الزنا ، وشهادة الزنا لا تقبل فيها إلا أربعة ، لعموم قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾<sup>(٥٦)</sup> ، واستشكل المصنف من أنها شهادة على الاقرار لا على الزنا ، فإنها لو أقرت مرة واحدة سقط الحد عن القاذف بتلك المرة ، فاذا ثبت إقرارها بالشاهدين<sup>(٥٧)</sup> انتفى الحد عنه ولا يثبت زناها بذلك ، بل فائدة هذه الشهادة سقوط الحد عنه .

قال رحمه الله : اذا قذفها ماتت قبل اللعان سقط اللعان وورثها الزوج وعليه الحد للوارث ولو أراد دفع الحد باللعان جاز ، وفي رواية أبي بصير : « إن قام رجل من أهلها فلا عنه فلا ميراث له ، والا أخذ الميراث » ، وإليه ذهب [ الشيخ ] في الخلاف ، والأصل أن الميراث يثبت بالموت فلا يسقط باللعان المتعقب .

أقول : اذا قذف الرجل<sup>(٥٨)</sup> زوجته وجب عليه الحد ، وانما يسقط بالبينه او بالاعتراف او اللعان ، فان ماتت قبل ذلك كان الحد باقياً وللوارث المطالبة به ،

(٥٥) - في النسخ : ( لأنه ) .

(٥٦) - النور : ٤ .

(٥٧) - في «ن» : ( بالشاهد ) ، وفي «ر» : ( بشاهدين ) .

(٥٨) - هذه الكلمة ليست في «م» و «ر» .

فاذا طالب به ، هل له إسقاطه بلعانه وحده من غير احتياج الى اللعان<sup>(٥٩)</sup> من الوارث ؟ قال الشيخ في المبسوط : الوجه أنه لا لعان بعد موتها لوروده بين الزوجين ، واختاره ابن ادريس ، وجوزه المصنف والعلامة في القواعد ، واختاره أبو العباس لعموم قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ﴾<sup>(٦٠)</sup> ، فعلى هذا يكون فائدة لعانه سقوط الحد خاصة دون باقي أحكام اللعان من البيونة<sup>(٦١)</sup> والتحريم المؤبد ، لتوقف ذلك على لعانها<sup>(٦٢)</sup> ، وبحكم بموتها على زوجيته ، فيرتها وعليه مؤنة التجهيز وهو أولى بغسلها والصلاة عليها .

وهل لأحد من ورثتها ملاعنته لتبين منه ويسقط إرثه ؟ قال الشيخ في النهاية والخلاف : نعم ، وبه قال ابن حمزة وابن البراج ، لرواية<sup>(٦٣)</sup> أبي بصير ، ومنعه في المبسوط ، وبه قال ابن ادريس واختاره المصنف والعلامة ، لاضافة اللعان الى الزوجين في الآية لا الى الولي<sup>(٦٤)</sup> ، ولأن اللعان أيمان وكيف يحلف الإنسان عن غيره ؟ ولأن الأثر قد ثبت بالموت فلا يبطل باللعان المتعقب له ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا قذفها ولم يلاعن فحد ثم قذفها به ، قيل : لا حد ، وقيل : يحد ، تمسكاً بحصول الموجب وهو اشبه ، وكذا الخلاف فيما لو تلاعنا ثم قذفها به ، وهنا سقوط الحد أظهر .

(٥٩) - في النسخ : ( لعان ) .

(٦٠) - النور : ٦ .

(٦١) - في «ن» : ( التسوية ) .

(٦٢) - في «م» و «ن» : ( لعانها ) .

(٦٣) - الواسئل ، كتاب اللعان ، باب ١٥ ، حديث ١ .

(٦٤) - في «م» : ( المولى ) .

أقول : تكرار القذف من غير تخلل حد ولا لعان لا يوجب غير حد واحد إجماعاً ، فان تخلل أحدهما حصل الخلاف ، فهنا مسألتان :

الأولى : اذا قذفها ولم يلاعن فحد ثم قذفها به ثانياً ، هل يجب عليه حد أم لا ؟ للشيخ قولان ، أحدهما : عدم الحد ، قاله في المبسوط ، قال : لأنه يثبت كذبه لعجزه عن البينة ، والقذف إنما يكون بما يحتمل الصدق والكذب ، وهذا محكوم بكذبه ، وقال في الخلاف بوجوب الحد لوجود المقتضي وهو القذف ، وانتفاء المانع وهو وجود ما يسقطه من بينة أو إقرار أو لعان فيثبت الحد ، واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد .

الثانية : اذا قذفها فلا عن ثم قذفها به<sup>(٦٥)</sup> ثانياً ، قال الشيخ في المبسوط (والخلاف) <sup>(٦٦)</sup> بعدم ثبوت الحد ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأن اللعان جارٍ مجرى إقامة البينة أو الأقرار في سقوط الحد ، ومع إقامة البينة أو الأقرار لا يجب الحد باعادة القذف ، فكذلك لا يجب مع اللعان للمساواة .

ويحتمل ثبوت الحد بالقذف الثاني ؛ لأن اللعان إنما أسقط الحد الذي وجب قبله بالقذف السابق عليه<sup>(٦٧)</sup> ولم يثبت زناها باللعان كما يثبت بالبينة أو الأقرار ، فاذا قذفها بعد اللعان وجب عليه الحد ، لعموم الآية<sup>(٦٨)</sup> ، والمعتمد سقوطه ، وهو المشهور بين الأصحاب ، والظاهر أن الخلاف الذي أشار اليه المصنف في قوله : (وكذا الخلاف فيما لو تلاعنا ثم قذفها) للجمهور ، لعطفها على المسألة السابقة ؛ لأن الشيخ حكى فيها خلافاً لهم ثم اختلف قولاه فيها<sup>(٦٩)</sup> ، وأما هذه المسألة الثانية

(٦٥) - من النسخ وليست في الأصل .

(٦٦) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٦٧) - من النسخ وليست في الأصل .

(٦٨) - النور : ٤ .

(٦٩) - في الأصل : فيها .

فتتاوي الأصحاب متطابقة على سقوط الحد فيها . وإن لم يحصل الجزم ، لأحتال عدم السقوط كما بيناه .

قال رحمه الله : ولو قذفها ولاعن فنكلت ثم قذفها الأجنبي قال الشيخ : لاحد كما لو أقام بينة ، ولو قيل ، يحد ، كان حسناً .

أقول : إذا قذفها الزوج ولاعن فنكلت<sup>(٧٠)</sup> عن اللعان وحدث ثم قذفها الأجنبي ، قال الشيخ في الخلاف والمبسوط : لاحد ؛ لأن النكول كالبينة ، وإذا قامت عليها البينة بالزنا لم يحد القاذف لها بل يعزر ، ولأنها بنكولها وحدها خرجت عن الأحصان ، والحد إنما يجب بقذف المحصنة ، لقوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾<sup>(٧١)</sup> ، واستحسن المصنف وجوب الحد ؛ لأنه لم يوجد منها إقرار ، ولا قامت عليها بينة بالزنا ، فلا يزول إحصانها ، واختاره (المصنف و)<sup>(٧٢)</sup> العلامة وابنه ، وهو المعتمد . قال رحمه الله : لو شهد أربعة والزوج أحدهم فيه روايتان ، إحداهما : ترجم المرأة ، والأخرى يحد الشهود ويلاعن الزوج ، ومن ققهاثنا من نزل رد الشهادة على أختلال بعض الشرائط ، أو سبق الزوج بالقذف ، وهو حسن .

أقول : قال الشيخ في النهاية : إذا شهد أربعة نفر على امرأة بالزنا أحدهم زوجها ( وجب عليها الحد ، وقد روي : « أن البينة يجلدون حد المفترى ويلاعنها زوجها » )<sup>(٧٣)</sup> ، قال : وهذه الرواية محمولة على أنه إذا لم<sup>(٧٥)</sup> تعدل الشهود

(٧٠) - في «ن» : ( ثم نكلت ) .

(٧١) - النور : ٤ .

(٧٢) - ما بين القوسين من «ر» .

(٧٣) - النهاية : ٦٩٠ .

(٧٤) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٧٥) - ليست في «ر» .

واختلفوا في إقامة الشهادة أو اختل بعض شرائطها ، فاما مع اجتماع<sup>(٧٦)</sup> شرائط الشهادة كان الحكم ما قدمناه ، فقد ظهر أن مذهب الشيع في النهاية وجوب حد المرأة ما لم يحتل بعض شرائط الشهادة .

وقال محمد بن بابويه وأبو الصلاح تحد الشهود ويلاعن الزوج ؛ لأن الزوج هو المدعي فلا تقبل شهادته ، واختاره العلامة في القواعد والتحرير ، وبه قال فخر الدين .

وقال ابن حمزة وابن ادريس بوجوب حد المرأة ما لم يسبق قذف الزوج لها ، واستحسنه المصنف ، ومال اليه العلامة في المختلف ، لعموم قوله تعالى : ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾<sup>(٧٧)</sup> ، ولم يفرق بين أن يكون الزوج أحدهم أو لا وهو خطاب للحكام .

(٧٦) - هذه الكلمة من النسخ وليست في الأصل .

(٧٧) - النساء : ١٥ .

كتاب المتق





## اسباب العتق

قال رحمه الله : وعبارته الصريحة التحرير ، وفي الاعتاق تردد .

أقول : منشؤه من أصالة بقاء الملك على ماله ، وأصالة بقاء الرق ما لم يعلم السبب الناقل ، وهو غير متحقق بغير لفظ التحرير ، لوقوع الخلاف فيما عده ، ومن استعمال لفظ العتق في التحرير استعمالاً ظاهراً بحيث لا يفهم منه عند الإطلاق إلا التحرير ، واجماع علمائنا على حصول العتق بقوله : اعتقتك وتزوجتك وجعلت مهر كعتقك ، والاقتصار على لفظ التحرير فقط مذهب الشيخ في الخلاف ، وبه قال أبو الصلاح وأبن البراج وأبن ادريس ، ووقوعه بلفظ العتق مذهب العلامة والشهيد ، واختاره أبو العباس وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو قال لأمته : يا حرّة وقصد العتق ففي تحررها تردد ، والأشبه عدم التحرر لبعده عن الانشاء .

أقول : منشأ التردد من أن الشارع وضع للعتق صيغة الاخبار حقيقة<sup>(١)</sup> ، وهي : أنت حرّة ، والتداء ليس اخباراً ، فلا يفيد العتق ، لأصالة بقاء الرق ما لم

يعلم السبب المزيل له ، ومن أن حرف الاشارة لم يعتبره الشارع ، وانما الاعتبار بلفظ التحرير وقد أتى به ، فقوله : يا حرّة مع قصد التحرير ، بمعنى قوله : أنت حرّة ، والمعتمد مذهب المصنف وهو اختار فخر الدين .

قال رحمه الله : أما لو قال : بدئك أو جسّدك فالأشبه وقوع العتق : لأنه هو المعنى بقوله : أنت حرة .

أقول : الالفاظ الموضوعه للتحرير ؛ أنت حرّ ، أو عبدي حر ، أو زيد حر ، أو هذا حر ، فلو قال : بدئك أو جسّدك حر ، هل يقع التحرير ؟ قال المصنف والعلامة وابنه والشهيد بوقوعه ، وهو المعتمد ؛ لأن الانسان على اختلاف مذاهب المتكلمين ، اما جوهر مجرد أو أجزاء اصلية في البدن أو هذا الهيكل المحسوس ، وعلى كل تقدير فالملك إنما يتناول الهيكل المحسوس دون الجوهر المجرد والاجزاء الاصلية ، والتحرير ازالة الملك بعد ثبوته عما يثبت عليه الملك ، والملك انما يثبت على هذا الجسد ، فاذا قصده بالتحرير تحرر ، ويحتمل عدم التحرير ؛ لانه ليس الصيغة المنصوص عليها ، والاصل بقاء الملك .

قال رحمه الله : وهل يشترط تعيين المعتق ؟ الظاهر لا ، فلو قال : أحد عبيدي حر ص ، ويرجع الى تعيينه ، فلو عين ثم عدل لم يقبل ، ولو مات قبل التعيين ، قيل : يعين الوارث ، وقيل : يقرع ، وهو أشبه لعدم اطلاع الوارث على قصده .

أقول : بعدم وجوب تعيين المعتق قال الشيخ وأبن حمزة والمصنف ، والعلامة في جميع كتبه ، والشهيد في شرح الارشاد ، وفي الدروس قال : فيه خلاف ، ولم يرجح شيئاً ، وقال فخر الدين : وعندي في هذه المسألة توقف ، وقال عميد الدين : لم اقف على قولٍ باسّراط التعيين .

اذا عرفت هذا فحجة القائلين بعدم الاشراط عموم مشروعية العتق

وأصالة عدم الاشتراط ، ويحتمل الوجوب ؛ لأن العتق أمر معين فيفتقر الى محل معين ، ولاصالة بقاء الرق مالم يعلم السبب المزيل ، وهو غير معلوم مع عدم التعيين وعلى القول بالصحة يعين من شاء فان عين واحدا وعدل عنه الى غيره لم يقبل العدول ولم يعتق الثاني ؛ لأنه لم يبق محل للعتق ، بخلاف ما لو أعتق معينا و اشتبه فعين ثم عدل ، فانها يعتقان . والفرق أن التعيين في الصورة الاولى تعيين شهوة واختيار ، فاذا عينه في واحد تعين ولم يبق محل للعتق ؛ لأن محله واحد منهم وقد تعين ، والتعيين في الصورة الثانية تعيين اقرار واختيار ، فاذا عينه في واحد ثم عدل عنه الى غيره لم يقبل العدول بالنسبة الى من عينه أولاً ، ويعتق الثاني ، لأنه اقرار بعتقه ، « واقرار العتلاء على أنفسهم جائز »<sup>(٢)</sup> كما لو أقر لزيد بعين ثم أقربها لعمره ، فانه يغرم لعمره ولا يمضي اقراره على زيد فكذا هنا ، واذا مات قبل التعيين قيل تعيين الوارث ؛ لانه قائم<sup>(٣)</sup> مقام الموروث واختاره العلامة في القواعد والارشاد ، وقيل بالقرعه واختاره المصنف ، والعلامة في التحرير ، والشهيد في الدروس ، لعدم اطلاع الوارث على قصد الميت قاله المصنف ، وفيه نظر ؛ لأن المعتق لم يقصد معينا فلا يضر عدم الاطلاع على قصده ، ولأن القرعة لاستخراج ما هو معين في نفسه ، لا لتحصيل التعيين .

والتحقيق : أن الواقع هل هو العتق في الحال والتعيين كاشف أو سبب له صلاحية التأثير عند التعيين ، فعلى الاول يكون العمل على القرعة ، وعلى الثاني يكون التعيين للوارث ، ويتفرع على الوجهين فروع .

الاول : عدم جواز الاستخدام لواحد منهم قبل التعيين على الاول ؛ لأن فيهم حراً يحرم استخدامه وهو مشتبه ، واذا اشتبه المحلل بالمحرّم اجتبأ ، وعلى

(٢) - الوسائل ، كتاب الاقرار ، باب ٣ ، حديث ٢ .

(٣) - في الاصل : قام .

الثاني يجوز الاستخدام بالجميع قبل التعيين ، لعدم تحرير شيء منهم قبل التعيين .  
الثاني : عدم جواز بيع شيء منهم قبل التعيين على الاول ، وجوازه على الثاني لما قلناه في الفرع الاول .

الثالث : عدم جواز وطئ شيء منهن لو كن إماء على الاول ، وجوازه على الثاني ، وأما النفقة فواجبة على الجميع قبل التعيين على الوجهين .

قال رحمه الله : وفي عتق الصبي اذا بلغ عشرأ وصدقته تردد ، ومستند الجواز رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام .

أقول : منشأ التردد من الرواية<sup>(٤)</sup> المذكورة وبمضمونها أفقئ الشيخ وابن البراج ، ومن ثبوت الحجر على الصبي<sup>(٥)</sup> حتى يبلغ ، وهو المشهور وهو المعتمد .  
قال رحمه الله : ويطلق باشرط نية القرية عتق الكافر لتعذرهما في حقه ، وقال الشيخ في الخلاف : يصح .

أقول : جوز الشيخ في الخلاف والمبسوط عتق الكافر للمسلم وأثبت له الولاء على العتق ، لعموم قوله عليه السلام « الولاء لمن اعتق »<sup>(٦)</sup> ، لكنه لا يرثه مادام كافرا ؛ لان الكفر يمنع الارث من المسلم ، ومنع منه ابن ادريس والمصنف والعلامة في أكثر كتبه ، وهو مبني على اشتراط نية القرية ، لقوله عليه السلام « لا عتق الا ما أريد به وجه الله »<sup>(٧)</sup> وقال العلامة في المختلف : إن كان الكفر باعتبار جهله بالله تعالى فالوجه ما قاله ابن ادريس ، وإن كان باعتبار جحده النبوة أو بعض أصول الاسلام كالصلاة ، فالوجه ما قاله الشيخ ، وقواه الشهيد في شرح الارشاد واستقره في الدروس ، ولا بأس به اذا اعتقد أن العتق قرينة الى الله ،

(٤) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٥٦ ، حديث ١ .

(٥) - في «ن» : عليه .

(٦) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٥٦ ، حديث ١ .

(٧) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٣٥ ، حديث ١ و ٢ .

لعوم الدليل على صحة العتق اذا أريد به وجه الله ، فيقع وان لم يستحق عليه ثوابا لكفره .

قال رحمه الله : ويعتبر في المعتق الاسلام والمملك فلو كان المملوك كافراً لم يصح عتقه ، وقيل : يصح عتقه مطلقاً ، وقيل : يصح مع النذر .  
أقول : هنا ثلاثة أقوال :

الاول : عدم الصحة مطلقاً ، وهو قول السيد المرتضى وابن الجنيّد وسلاح وأبي الصلاح وابن زهرة وابن ادريس ، واختاره المصنف هنا والعلامة في القواعد ، وهو مذهب فخر الدين ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ﴾ <sup>(٨)</sup> والكافر خبيث ، ولما رواه سيف بن عميرة عن الصادق عليه السلام « قال : سألته أيجوز للمسلم أن يعتق مملوكاً مشركاً ؟ قال : لا » <sup>(٩)</sup> .

الثاني : الصحة مطلقاً وهو قول الشيخ في المبسوط والخلاف ، لما رواه الحسن بن صالح عن الصادق عليه السلام « قال : إن علياً عليه السلام أعتق عبداً نصرانياً فاسلم حين أعتقه » <sup>(١٠)</sup> .

الثالث : وقوعه مع النذر لابدونه ، وهو قول الشيخ في النهاية ، واختاره المصنف في المختصر ، ووجه الجمع بين الخبرين المذكورين ، وعلى القول بالصحة يشترط أن يتعلق النذر بعبد معين ، كقوله : الله علي أن أعتق سالماً ، أما لو قال : الله علي أن أعتق عبداً كافراً ، لم ينعقد قطعاً ؛ لأن الحكم على ماهية <sup>(١١)</sup> مقيدة بوصف يشعر بعلية ذلك الوصف ، وحينئذ يكون النذر معصية لا طاعة فيه أصلاً ، فلا ينعقد . أما مع تعيينه من غير تقييد بالوصف . لا يكون الوصف مقصوداً .

(٨) - البقرة : ٢٦٧ .

(٩) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ١٧ ، حديث ٥ .

(١٠) - المصدر السابق ، حديث ٢ .

(١١) - في «م» و «ن» و «ر» : الماهية .

قال رحمه الله : ويصح عتق ولد الزنا ، وقيل : لا يصح بناء على كفره ، ولم يثبت .

أقول : القائل ابن الجنيد وابن ادريس ، والمشهور الجواز وهو المعتمد ، لعدم ثبوت كفره ، ولما رواه سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام ، « قال : ولا بأس أن يعتق ولد الزنا »<sup>(١٢)</sup> .

قال رحمه الله : ولو شرط على العتق شرطاً في نفس العتق لزمه الوفاء به ولو شرط إعادته في الرق إن خالف أعيد مع المخالفة عملاً بالشرط ، وقيل : يبطل ؛ لأنه اشتراط لاسترقاق من ثبتت حريته .

أقول : يجوز أن يشترط على العتق شرطاً سائفاً ، كقوله : أنت حر وعليك مئة دينار ، أو خدمة سنة مثلاً ، ولا يكون هذا تعليقاً بل عتقاً وشرطاً ، ولا يشترط رضا العبد في اشتراط الخدمة ؛ لأن السيد يملك الرقبة والمنافع ، فإذا استثنى منافعه مدة معلومة لم يفتقر الى رضاه ، ويشترط رضاه في اشتراط المال ؛ لأن المولى لا يملك اثبات مال في ذمة العبد الا برضاه .

إذا عرفت هذا ، ( فإذا قال : فان لم تف بالشرط فانت رد في الرق هل يصح هذا )<sup>(١٣)</sup> الشرط ؟ فيه ثلاثة أقوال :

الاول : صحة العتق والشرط ، قاله الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد ، لعموم « المؤمنون عند شروطهم »<sup>(١٤)</sup> ولما رواه اسحاق بن عمار وغيره عن الصادق عليه السلام ، « قال سألت عن الرجل يعتق مملوكه ويزوجه ابنته ، ويشترط ان هو اغارها أن يرده في الرق ؟ قال : له

(١٢) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ١٦ ، حديث ١ .

(١٣) - ما بين القوسين سقط من « ١ » .

(١٤) - مستدرک الوسائل ، كتاب البيع ، باب ٦ من أبواب الخيار ، حديث ٧ .

شرطه «(١٥).

الثاني : بطلانها معاً ، قاله المصنف في نكت النهاية ، واختاره العلامة في الارشاد والتحرير والمختلف ، والشهيد في شرح الارشاد ؛ لأن العتق لا يقبل التعليق ، فلو قال : أنت حر إن فعلت كذا بطل ، وإذا شرط عوده في الرق مع المخالفة صار معلقاً فيبطل .

الثالث : قال ابن ادریس : يبطل الشرط دون العتق ؛ لأن الحر لا يجوز أن يصير رقاً ، فهذا الشرط مخالف للكتاب والسنة فيكون باطلاً دون العتق ، واختاره فخر الدين .

قال رحمه الله : ولو شرط خدمة زمان معين صح ، ولو قضى المدة أبقاً لم يعد في الرق ، وهل للورثة مطالبته بأجرة مثل الخدمة ؟ قيل : لا ، والوجه للزوم . أقول : إذا شرط خدمة سنة مثلاً ثم أبق بعد العتق حتى مضت السنة ، ليس للسيد ولا للورثة المطالبة بالخدمة ؛ لأن الزمان إن كان معيناً فقد فات ، والشرط لم يتناول غير المعين وإن كان مطلقاً فهو يقتضي الاتصال بالعقد ، فيصير كالمعين وقد فات فلا يضمن الخدمة بمثلها ؛ لأنها ليست من ذوات الامثال ، وإنما يضمن القيمة وهي أجرة المثل .

إذا عرفت هذا ، فهل للسيد أو للورثة المطالبة بأجرة مثل المدة ؟ قال الشيخ في النهاية وابن البراج : لا ، لصحيفة يعقوب بن شعيب ، « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اعتق جاريته ، وشرط عليها أن تخدمه خمس سنين أو سنة . فابقت ومات الرجل فوجدها ورثته ، ألهم أن يستخدموها ؟ قال : لا »<sup>(١٦)</sup> وقال ابن ادریس : يجب عليها الاجرة ، واختاره المصنف والعلامة وابنه

(١٥) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ١٢ ، حديث ١ - ٢ - ٣ .

(١٦) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ١١ ، حديث ١ ، وفي النسخ : خمسين سنة .



وأبو العباس ، وهو المعتمد ؛ لأن الخدمة مستحقة وقد فاتت أوقاتها ، فيرجع بقيمتها وهي أجرة المثل .

فرع : هل يجب على المعتق نفقة العتيق مدة الخدمة ؟ قال ابن الجنيدي : نعم ، لقطعه عن التكسب ، ويحتمل العدم ؛ لأنها تابعة للملك فينفق عليه من بيت المال أو الصدقات .

قال رحمه الله : لو نذر عتق أول مملوك يملكه فملك جماعة ، قيل : يعتق أحدهم بالقرعة ، وقيل : يتخير ويعتق ، وقيل : لا يعتق شيئاً ؛ لأنه لم يتحقق شرط النذر ، والاول مروي .

أقول : هنا ثلاثة أقول :

الاول : يعتق بعضهم بالقرعة وهو مذهب النهاية وابن البراج ، وهو ظاهر المصنف ، واختاره العلامة في المختلف وأبو العباس في المختصر ، لصحيفة الحلبي عن الصادق عليه السلام ، « في رجل قال : أول مملوك أملكه فهو حر ، فورث سبعة جميعاً ؟ قال : يقرع بينهم ويعتق الذي يخرج اسمه » (١٧) .

الثاني : التخير ، وهو مذهب ابن الجنيدي ، واختاره المصنف (١٨) في المختصر (١٩) ، والشهيد في شرح الارشاد ، وأبو العباس في المهذب ، لرواية الصيقل عن الصادق عليه السلام ، ولأصالة براءة الذمة من وجوب القرعة .

الثالث : بطلان النذر ، وهو قول ابن ادريس ، لعدم تحقق شرطه ، لأنه نذر عتق أول مملوك يملكه ، وليس لمن ملك جماعة في حالة واحدة أول .

قال رحمه الله : من أعتق وله مال فما له لمولاه ، وقيل : إن لم يعلم به المولى

(١٧) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٥٧ ، حديث ١ مع اختلاف يسير .

(١٨) - في «م» : العلامة .

(١٩) - في غير الأصل : المختلف .

فهو له ، وإن علمه فهو للمعتق إلا أن يستثنيه المولى ، والاول أشهر .

أقول : هذه المسألة مبنية على أن العبد هل يملك أم لا ؟ فعلى القول بعدم الملك فما في يده لمولاه ( سواء علم به السيد أم لا )<sup>(٢٠)</sup> وسواء استثناء أم لا ، ومن أثبت له الملك قال : إن علم به حالة العتق ولم يستثنه فهو للعبد ، وإن استثناء فهو للسيد ، ومستندهم رواية<sup>(٢١)</sup> زواره عن الصادق عليه السلام ، واشترط الشيخ تقديم الاستثناء ، بأن يقول : مالك لي وأنت حر ، ولو قال : أنت حر ومالك لي ، لم يصح عنده ، وبه قال فخر الدين تفرعاً على القول بالملك ؛ لأنه إذا قال أنت حر وقع التحرير فلا يكون للاستثناء بعده فائدة ، والمشهور عدم اشتراط تقديم الاستثناء ؛ لأن الكلام كله كالجمله الواحدة ، لا يتم أوله الا بآخره . وتحقق هذه المسألة مضى البحث فيه في باب البيع<sup>(٢٢)</sup> .

قال رحمه الله : ولو اختلفت القيمة ولم يمكن التعديل اخرج ثلثهم قيمة وطرح اعتبار العدد ، وفيه تردد .

أقول : إذا اعتق ثلث عبيده او اعتقهم في مرض الموت ، ولا مال سواهم ولم تجز الورثة ، أو أوصى بعتق ثلثهم استخرج الثلث بالقرعة ، وحينئذ المفروض لا يخلو من ستة :

الاول : أن يمكن تعديلهم عدداً وقيمة ، بأن يكونوا ستة أو تسعة قيمتهم واحدة ، فيقسمهم ثلاثة أقسام قسماً للحرية وآخرين للرقية ، ويكتب ثلاث رقاع في واحدة حرية ، وفي اخرين رقية ، وتسترثم يقال لرجل لم يحضر : اخرج على اسم هذا القسم ، فان خرجت رقعة الحرية عتق ، وإن خرجت رقعة الرقية رق ،

(٢٠) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٢١) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٢٤ ، حديث ١ عن الباقر (ع) .

(٢٢) - ج ٢ ص ١٠٤ .

واخرجت اخرى فان خرجت ( رقعه الحرية عتق ورق الثالث ، وان خرجت )<sup>(٢٣)</sup> رقعة الرقية رق وعتق الثالث ، أو يكتب أسم كل قسم في رقعه ثم يخرج رقعة على الحرية فيعتق المسمون فيها وكان الباقي رقاً ، وان أخرج على الرقية رق المسمون فيها وافتقر الى اخراج أخرى على الرقية او الحرية ، فان أخرج على الحرية عتق المسمون فيها وكان الباقي رقاً ، وان اخرج على الرقية رق المسمون فيها وكان الباقي حراً .

الثاني : أن يمكن تعديلهم بالعدد والقيمة معاً ، لكن قيمتهم مختلفة كسنة قيمة كل واحد من اثنين ألف وكل واحد من آخرين ألفان ، وقيمة كل واحد من الباقيين ثلاثة آلاف ، فالمجموع اثنا عشر ألفاً ، فتجعل الاوسطين جزءاً واحداً من الاولين وواحداً من الاخرين جزءاً ، وكذا الثالث ثم تفرع كما تقدم .

الثالث : ان يمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة ، او بالقيمة دون العدد ، ( ولا يمكن الجمع بينهما كسنة قيمة واحد ألف ، وقيمة اثنين ألف ، وقيمة ثلاثة ألف فان اعتبرنا العدد لم يمكن التعديل بالقيمة ، وان اعتبرنا القيمة )<sup>(٢٤)</sup> لم يمكن التعديل بالعدد ، فحينئذ ما المعتبر منها ؟

قال الشيخ رحمه الله : يعتبر القيمة ويترك العدد ، كما أن قسمة الدار اذا لم يمكن بالمساحة والاجزاء عدلت بالقيمة ، وقال آخرون : يعتبر العدد ويترك القيمة ، فيضم الى من قيمته الف واحد من الثلاثة الذين قيمتهم الف ، فتكون عبدان أقل من ألف وعبدان اكثر من ألف ، لأن النبي صلى الله عليه وآله جعل كل عبيدين جزءاً ، قال : والاول أصح عندنا ، وعنى بفعل النبي صلى الله عليه وآله ما رواه عمران بن حصين : « ان رجلاً من الانصار أعتق ستة أعبد عند موته لم يكن

(٢٣) - ما بين القوسين ليس في «ن» .

(٢٤) - ما بين القوسين ساقط من «ن» .

له مال غيرهم فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وآله ، فقال قولاً سديداً ودعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء ، ثم أقرع بينهم فأعتق عبيدين وأرق أربعة» (٢٥) وحملت على تساوى القيمة .

وتردد المصنف من اطلاق الرواية الدالة على اعتبار العدد ، ومن حصول الضرر على الورثة بحصول التشخيص في العتق ، وهو ضرر عظيم ، ومراعاة ما لاضرر فيه أولى .

الرابع : أن يمكن التعديل بالعدد دون القيمة ، كسنة قيمة اثنين ألف ، وقيمة اثنين خمسمئة ، وقيمة اثنين سبعمئة ، فيقسم أثلاثاً بالعدد كل اثنين قسماً ، فتجعل كل واحد من قيمتها ( ألف ، وواحد من قيمتها خمس مئة جزء ، وتجعل اللذين قيمتهما ) (٢٦) سبع مئة جزء ثم يقرع ، فان اخرجت القرعة على جزء قيمته أقل من الثلث اعتقاً ، واكمل الثلث من الباقيين بالقرعة ، وان خرجت على جزء قيمته اكثر من الثلث أقرع بينهما ، فينعتق من تخرجه القرعة ومن الباقيين (٢٧) تتمه الثلث ، ويسعى في باقيه للورثة .

الخامس : أن يمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد ، كسبعة قيمة أحدهم ألف ، وقيمة اثنين ألف ، وقيمة أربعة ألف ، فيعدلون بالقيمة .

السادس : أن لا يمكن تعديلهم لا بالعدد ولا بالقيمة ، كخمسة قيمة أحدهم ألف ، وقيمة اثنين ألف ، واثنين ثلاثة آلاف ، فحينئذ يكتب خمس رقاع بأسمائهم ثم تخرج على الحرية ، فان كان الخارج بقدر الثلث عتق ، وان زاد سعى في الباقي ، وان نقص أكمل من الباقي ، واستقر العلامة هذا العمل في جميع الفروض .

(٢٥) - سنن أبي داود ، ج ٢ ، كتاب العتق ، الباب ١٠ فيمن أعتق عبداً له لم يبلغهم الثلث ، ص ٢٤٠ ، حديث ٣٩٥٨ .

(٢٦) - ما بين القوسين ساقط من «م» .

(٢٧) - في «م» و«ن» : الباقي .

قال رحمه الله : من اشترى أمة نسيئة ولم ينقد ثمنها فأعتقها ، وتزوجها ومات ولم يخلف سواها ، بطل عتقه ونكاحه ، وردت الى البائع رقاً . ولو حملت كان ولدها رقاً ، وهي رواية هشام بن سالم ، وقيل : لا يبطل العتق ، ولا يرق الولد ، وهو أشبه .

أقول : سبق البحث في هذه في باب النكاح<sup>(٢٨)</sup> .

قال رحمه الله : اذا اوصى بعق عبد فخرج من الثلث لزم الوارث اعتاقه ، فان امتنع أعتقه الحاكم ، ويحكم بحريته حين الاعتاق لا حين الوفاة . وما اكتسبه قبل الاعتاق وبعد الوفاة يكون له ، لاستقرار سبب العتق بالوفاة . ولو قيل : يكون للوارث لتحقيق الرق عند الاكتساب ، كان حسناً .

أقول : ذكر المصنف وجهي المسألة ، والأول مذهب الشيخ في المبسوط ، والثاني اختيار العلامة وهو المعتمد ؛ لأنه قبل العتق رق لا يملك شيئاً .

قال رحمه الله : اذا أعتق مملوكه عن غيره باذنه وقع العتق عن الأمر ، وينتقل الى الأمر عند الامر بالعتق ، ويتحقق العتق في الملك ، وفي الانتقال تردد .  
أقول : مضى البحث في هذه في باب الكفارات مستوفاً فليطلب من هناك<sup>(٢٩)</sup> .

قال رحمه الله : والعتق في مرض الموت يمضى من الثلث ، وقيل : من الاصل ، والأول مروى<sup>(٣٠)</sup> .

أقول : قد مضى البحث في هذه أيضاً في باب الوصايا<sup>(٣١)</sup> ، وهل تعتبر قيمة المعتق يوم الوفاة أو يوم العتق ؟ قال الشيخ في المبسوط : قيمة من أعتقه في مرضه

(٢٨) - ص ١٠٨ .

(٢٩) - ص ٣٠٥ .

(٣٠) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١٧ ، حديث ١٣ .

(٣١) - تقدم في الجزء ص

يوم الاعتاق ؛ لأنه وقت إتلافه ، وقيمة من أوصى بعتقه تعتبر يوم الوفاة ؛ لأنه وقت استحقاق العتق ، ومثله قول ابن الجنيـد .

والتحقيق : أن الاصل في هذه المسألة أن العبد اذا اعتقه مولاه المريض ولا شيء سواه<sup>(٣٢)</sup> ثم مات العبد قبل مولاه ، هل يكون حراً كله أو رقاً كله ، أو يعتق ثلثه لا غير ؟ يحتمل الاول ، لعدم الفائدة للوارث في رده الى الثلث ، ويحتمل الثاني لعدم تملك الوارث ضعفه ، ويحتمل الثالث كما لو بقي حتى مات المولى ، فان قلنا : إنه يتحرر كله ، فالوجه مذهب العلامة في المختلف ، وهو اعتبار القيمة حين الوفاة وان نقصت قيمة المنجز ؛ لأنه لو بقي عبدا لم يتفاوت على الورثة ، سواء نقص القيمة فلم يتلف عليهم أكثر منها ، وان زادت القيمة كان بمنزلة الكسب للعلم يعتق شيء منه وقت الاعتاق ، فاذا زادت قيمة المعتق لم تحسب الزيادة المقابلة للشيء المعتق منه من التركة وعلى (اعتبار القيمة وقت الاعتاق)<sup>(٣٣)</sup> تحسب على المعتق<sup>(٣٤)</sup> ، وأما ما قابل الرق فتحسب زيادته من التركة فان خلف ضعف قيمته الاولى من غيره عتق كله ، وإن خلف أقل او لم يخلف شيئاً دخلها الدور لزيادة التركة بزيادة قيمة الرق ( من العتق )<sup>(٣٥)</sup> فيكثر العتق ، فتقل التركة ، فيقل العتق ، فيكثر التركة ، وذلك دور .

وطريق استخراج معرفة مقدار ما انعتق منه أن يقول : لو كانت قيمته مئة وقت العتق ثم مات السيد ولم يخلف سواء بعد أن صارت قيمته ثلاث مئة فنقول : عتق منه شيء وله من زيادة القيمة شيان ؛ لأن الزيادة بقدر القيمة مرتان<sup>(٣٦)</sup> ،

(٣٢) - كذا .

(٣٣) - ما بين القوسين ليس في «ن» وفي «م» و (ر) بدل ما بين القوسين : قول الشيخ .

(٣٤) - في «م» زيادة : ثم يحسب الزيادة المقابلة للشيء المعتق من التركة وعلى قول الشيخ .

(٣٥) - في النسخ وليست في الاصل .

(٣٦) - في النسخ : مرتين .

وللورثة شيان ضعف ما انتق منه ، فيصير العبد في تقدير خمسة أشياء ، ثلاثة له واثنان للورثة ، فينتق منه مئة وثمانون ، وللورثة مئة وعشرون ، ولو صارت قيمته مئتين وخلف السيد مئة غيره ، فنقول : عتق منه شيء وله من نفسه باعتبار زيادة القيمة شيء آخر ، وللورثة من نفسه ومن المئة شيان باعتبار ما عتق منه ، فالمجموع في تقدير أربعة أشياء ، شيان للعبد من نفسه ، وشيئان للورثة ، فالشيء خمسة وسبعون ، فينتق منه ثلاثة أرباعه ، وتسلم المئة والربع الآخر للورثة .

وإن قلنا بالاحتمال الثاني ، وهو أن العبد إذا مات قبل سيده مات كله رقا ، كان الاعتقار بالقيمة يوم الاعتاق ، كما ذهب إليه الشيخ وابن الجنيد ؛ لانه وقت الاتلاف فإذا زادت القيمة فلا عبرة بالزيادة عندهما ، وإن نقصت دخلها الدور أيضاً على قولها ؛ لأننا لانعلم مقدار ما عتق منه حتى يعلم مقدار ما يحصل للورثة ، ولا نعلمه حتى نعلم مقدار ما عتق منه .

وطريق استخراج معرفة القدر الذي انتق منه أن نفرض قيمته مئة مثلاً حال الاعتاق ، ثم نفرض رجوعه الى خمسين حال موت السيد ، فنقول عتق منه شيء ورجع الى نصف شيء يبقى خمسون الا نصف شيء ، يعدل ضعف ما عتق منه ، وذلك شيان فاجبر الخمسين بنصف شيء ، وقابل بمثله ليصير خمسين كاملة ، تعدل شيئين<sup>(٣٧)</sup> ونصف شيء ، فالشيء عشرون ، فلما حكنا برجوع الشيء الى نصف شيء ظهر أن المعتق خمس العبد ، لأن نصف شيء هو خمس شيئين ونصف ، وكان قيمة خمس العبد يوم الاعتاق عشرين ، وعادت يوم موت السيد الى عشرة ، وبقي للورثة أربعة أخماس ، وقيمتها يوم موت السيد أربعون وهي<sup>(٣٨)</sup> ضعف قيمة خمسة يوم الاعتاق .

(٣٧) - في الاصل والنسخ : ستين . وما أثبتناه فهو من «ر» .

(٣٨) - في النسخ : وهو .

ولو خلف السيد مئة أخرى ، فعلى مذهب العلامة ينعق كله لخروجه من الثلث ، وعلى مذهب الشيخ وابن الجنيد نقول : عتق منه شيء ورجع <sup>(٣٩)</sup> الى نصف شيء بقي منه خمسون الا نصف شيء ، يبقى للورثة المئة والخمسون الا نصف شيء يعدل شيئين ، فبعد الجبر والمقابلة تصير المئة والخمسون تعدل شيئين ونصف ، فالشيء ستون فينعتق منه ثلاثة أخماسه هي الآن ثلاثون ، وللورثة مئة وعشرون ضعف ما عتق منه حالة الاعتاق .

ولو أعتق ثلاثة أعبد قيمه كل واحد مئة يوم الاعتاق فعادت قيمة أحدهم الى خمسين يوم موت السيد ، أقرع بينهم ، فان خرجت رقعة الحرية للذي أنقص قيمة عتق ثلث آخر من الاثنين الباقيين بالقرعة على مذهب العلامة رحمه الله ، وعلى مذهب الشيخ وابن الجنيد لم يعتق من الآخر شيء ؛ لان قيمة المعتق يوم الاعتاق مئة وينبغي أن يبقى للورثة ضعفها وان خرجت القرعة لأحد الآخرين فعلى قول العلامة وقولهما تعتق خمسة اسداسه وقيمتها ثلاثة وثمانون وثلث ويبقى للورثة سدسه والاخران وقيمتها مئة وستة وستون وثلثان ضعف ما عتق منه ؛ لان المحسوب على الورثة الباقي بعد النقصان وهو مئتان وخمسون وقس على هذا جميع ما يرد في هذا الباب .

وانما طولنا البحث في هذه لخلو أكثر مصنفات أصحابنا عنها وقد يحتاج الفقيه الى معرفة ذلك .

قال رحمه الله : اذا اعتق ثلاثة إماء في مرض الموت ، ولا مال له سواهن اخرجت واحدة منهن بالقرعة . فان كان بها حبل تجدد بعد الاعتاق فهو حر اجماعاً . وان كان سابقاً على الاعتاق ، قيل : هو حر أيضاً وفيه تردد .

أقول : القائل بحرية الحمل وان كان سابقاً على العتق هو الشيخ في المبسوط



وابن المجتيد رحمهما الله ، وهو بناء على مذهبهما من أن الحمل جزء من الحامل يتبعها في البيع والعتق وغير ذلك من العقود الناقلة ، وتردد المصنف مما قالاه ، ومن سبق رق الحمل على اعتاق أمه ، والاصل بقاءه على ما كان عليه وهو منفرد عن الام وليس كالجزاء منها ، بل هو كالنماء وهو المعتمد .

واعلم أن تقدير المسألة تساوي قيمة الثلاث بحيث يكون كل واحدة ثلث التركة ، ولا بد من تقويم الحمل فعلى تقدير يقوم من الثلث ، وعلى تقدير رقيته يقوم على الورثة .

## في السراية

قال رحمه الله : وقيل : إن قصد الاضرار فكه إن كان موسرا ، أو بطل عتقه  
ان كان معسرا وان قصد القرية عتقت حصته ، وسعى العبد في حصة الشريك ، ولم  
يجب على المعتق فكه .

أقول : اذا اعتق احد الشريكين حصته لا يخلو إما أن يكون موسرا أو  
معسرا فهنا قسمان :

الاول : في الموسر ، وشرط الشيخ (عليه في التقييم) <sup>(٤٠)</sup> قصد الاضرار  
لشريكه ، ومع قصد القرية لا يقوم عليه بل يستحب له افتكاكه ، فان فكه والا  
سعى العبد ، وان امتنع من السعي كان له بقدر ما عتق منه لمولاه الباقي ، واحتج  
برواية الحلبي المحسنة ، عن الصادق عليه السلام : « انه سئل عن رجلين كان بينهما  
عبد فاعتق أحدهما نصيبه ؟ فقال : إن كان مضادا كلف أن يعتق كله <sup>(٤١)</sup> » والا  
استسعى العبد في النصف الآخر » ، وأورد أبن ادريس عليه لزوم التناقض

---

(٤٠) - في النسخ بدل ما بين القوسين : في التقييم عليه .

(٤١) - من النسخ وليستا في الاصل .

لاشترائط نية القربة في العتق ، ومع قصد الاضرار تنقضي القربة ، فلا عتق حينئذ .  
وأجاب العلامة بأن الشيخ لم يقصد انه اعتق لمجرد<sup>(٤٢)</sup> الاضرار من غير  
قصد التقرب ، وهو لا ينافي منع الشريك من التصرف في حصته ، ومعنى الاضرار  
هو هذا ، وهو معلوم أنه لو قصد التقرب لاغير حصل هذا النوع من الضرر<sup>(٤٣)</sup> ،  
فلما كان تضرر الشريك حاصلًا على التقديرين لم يكن قصد الاضرار مانعًا من  
ارادة التقرب ، فانه لا يريد بالاضرار شيئًا زائدًا<sup>(٤٤)</sup> على المقدر في الشرع ، واذا  
كان ذلك القدر حاصلًا على كلا التقديرين لم يكن مانعًا من العتق قصده أو لا .  
هذا آخر كلام العلامة رحمه الله .

وأجبت<sup>(٤٥)</sup> قلت : والتحقيق ان ضم نية اللازم الى نية القربة هل يقدح في نية  
القربة ، كضم نية البرد الى نية القربة في الوضوء أم لا ؟ فان قلنا يبطلان الوضوء مع  
ضم نية التبرد قلنا يبطلان العتق هنا ، وإن قلنا بصحته قلنا بصحة العتق هنا ؛ لان  
الاضرار لازم بعتق الشريك كما أن التبرد لازم للوضوء ، والمشهور التقويم  
مطلقًا ، لعموم قول النبي عليه السلام : « من أعتق شقصاً من عبد وله مال قوم  
عليه الباقي »<sup>(٤٦)</sup> (القسم) الثاني : المعسر وفيه ثلاثة أقوال :

الاول : إن قصد الاضرار بطل العتق ، وإن قصد القربة استسعى العبد في  
فك رقبته ، فان امتنع من السعي كان له من نفسه بقدر ما عتق منه ولمولاه الباقي ،  
وهو قول الشيخ في النهاية .

(٤٢) - في النسخ : بمجرد .

(٤٣) - في النسخ : التضرر .

(٤٤) - في الاصل : أبداً ، وما أثبتناه من النسخ .

(٤٥) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

(٤٦) - سنن البيهقي : ج ١٠ ص ٢٨٥ ، سنن أبي داود : كتاب العتق ، باب في ذكر سعاية العبد ،

الثاني : استقرار الرق في الباقي ، وهو قول الشيخ في المبسوط .

الثالث : إستسعاء العبد في نصيب الشريك ، وهو المشهور . والمستند في

المجميع الروايات .

فرع : اذا وجب على العبد السعي ، هل يكون جميع سعيه له او له منه بقدر

الحرية ؟ يحتمل الاول ، لما رواه القاسم بن محمد عن الصادق عليه السلام « قال

سألته عن مملوك بين اثنين فاعتق أحدهما نصيبه ؟ قال : يقوم عليه ثم يستسمى

فيما بقى ، وليس للثاني أن يستخدمه ولا يأخذ الضريبة » (٤٧) ، وهو يدل على

انقطاع الشريك من التصرف فيه وفي كسبه ، ونحوها رواية سليمان بن خالد (٤٨) ،

عن الصادق عليه السلام ، وهو ظاهر القواعد والدورس .

ويحتمل الثاني ؛ لأن النماء تابع للأصل فيكون نصيب الرقية للشريك ؛ لأنه

نماء ملكه فلو كان محسوباً عليه كان قد فك ماله بماله .

قال رحمه الله : وتعتبر القيمة وقت العتق لانه وقت الحيلولة ، وتنعتق حصة

الشريك بأداء القيمة لا بالاعتاق ، وقال الشيخ : هو مراعى .

أقول : اختلف الاصحاب في أي وقت ينعتق نصيب الشريك مع اجتماع

شروط السراية ، قال المفيد والشيخ في النهاية : عند الاداء ، واختاره المصنف

والعلامة في التحرير والمختلف ؛ لان للاداء مدخلا في العلة (٤٩) ، ولهذا لا ينعتق مع

الاعسار ، ولانه لو انعتق مع الاعتاق لزم تضرر الشريك بتقدير هرب المعتق أو

اعساره (٥٠) قبل الاداء ، ولقوله عليه السلام : « لا عتق الا في ملك » (٥١) ، وهو قبل

(٤٧) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ١٨ ، حديث ١٠ ، مع اختلاف يسير .

(٤٨) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ١٨ ، حديث ٩ .

(٤٩) - في النسخ : العلية .

(٥٠) - في «ن» : اعتبار وفي «ر» : إذ إعساره .

(٥١) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٥ ، حديث ٢ ، مع اختلاف يسير .

الاداء غير مالك لحصة الشريك فلا ينفذ العتق فيها ، ولرواية محمد بن قيس <sup>(٥٢)</sup> ،  
عن الباقر عليه السلام الدالة على توقف الاعتاق على الاداء .

وقال الشيخ في المبسوط : يكون مراعى إن أدى تبينا عتقه <sup>(٥٣)</sup> وإن لم يؤد  
حتى مات احدهما أو أعسر المعتق تبينا رقه . ووجه الجمع بين قولى الشيخ عتقه  
باللفظ وعتقه بالاداء ، وقال ابن ادريس : يعتق جميعه حالة الاعتاق ، ومستنده  
(رواية سليمان بن خالد) <sup>(٥٤)</sup> ورواية : غياث بن ابراهيم <sup>(٥٥)</sup> ، عن الصادق عليه  
السلام ، وفخر الدين والشهيد في شرح الارشاد توقفا في هذه المسألة .

ويتفرع على عتق حصة الشريك بالاداء أو الاعتاق فروع :

الاول : لو أعتق الشريك بعد إعتاق شريكه نفذ العتق ، لمصادفته الملك على  
الاول ويسقط الغرم على المعتق أولا ، وعلى الثاني لا يسقط الغرم عنه لبطلان عتق  
الثاني ، لمصادفة الحرية .

الثاني : لو اختلفا في القيمة بعد مضي زمان يمكن تغييره ، قدم قول المعتق  
عند ابن الجنيد ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والارشاد ، سواء قلنا :  
يعتق بالاداء أو الاعتاق ؛ لأنه غارم ، ولعموم قوله عليه السلام : « البينة على  
المدعي واليمين على من أنكر » <sup>(٥٦)</sup> ، وبناها الشيخ على العتق باللفظ أو بالاداء ،  
فعلى الاول القول قول المعتق ، وعلى الثاني يحلف الشريك ؛ لأن النصيب ينتزع  
من يده ، واختاره العلامة في التحرير والشهيد في الدروس .

الثالث : يعتبر القيمة عند الاداء على الاول عند الشهيد ، وعند المصنف

(٥٢) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ١٨ ، حديث ٣ .

(٥٣) - في النسخ : زيادة ( حالة الاعتاق ) بعد قوله : ( عتقه ) .

(٥٤) - ما بين القوسين ليس في « ن » والرواية في : الوسائل ، كتاب العتق ، باب ١٨ ، حديث ٩ .

(٥٥) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٦٤ ، حديث ١ .

(٥٦) - الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم وأحكام الدعاوى ، حديث ٣ .

والعلامة حالة الاعتراف مطلقاً .

الرابع : لو مات العبد قبل الاداء مات مبعوضاً ولا شيء على المباشر على الاول ، وعلى الثاني يموت حراً ويفرم المباشر .

الخامس : لو مات المباشر قبل الاداء يسعى العبد في باقيه على الاول ، وتؤخذ قيمة حصة الشريك من التركة على الثاني .

السادس : لو ادعى على شريكه العتق فانكره وحلف ، بقي نصيب المدعى على الرق لاغير<sup>(٥٧)</sup> ، لاعترافه بعتقه فلا يبطل بانكار الشريك .

السابع : لو ادعى كل واحد من الشريكين عتق شريكه تحالفا واستقر ملكهما عليه على الاول إن كانا موسرين ، وتحرر على الثاني ، لاعتراف كل منهما بعتق شريكه ، ولو كانا معسرين سعى لهما ، ولو كانا عدلين ، قال العلامة في التحرير : يحلف معهما ويتحرر<sup>(٥٨)</sup> أو يحلف مع أحدهما ويتحرر نصفه ، ومثله قال في القواعد ، وهو يقتضي ثبوت العتق بالشاهد واليمين ، ( مع أنه جزم في كتاب القضاء من الكتابين معا ) بعدم<sup>(٥٩)</sup> ثبوت العتق بالشاهد واليمين<sup>(٦٠)</sup> ، وهو المشهور بين الاصحاب ، ثم أوصى في كتاب الشهادات من الكتابين الى ثبوت العتق بشاهد وامرأتين ، وهو يقتضي ثبوته بالشاهد واليمين ؛ لأن كل ما يثبت بشاهد وامرأتين يثبت بشاهد ويمين .

قال رحمه الله : ولو ورث شقصاً ممن ينعتق عليه ، قال في الخلاف : يقوّم عليه ، وهو بعيد .

أقول : عتق الشقص إما مباشرة بالصيغة وقد مضى حكمه ، او بالسبب

(٥٧) - في النسخ : على الأول .

(٥٨) - ليست هذه الكلمة في «ن» .

(٥٩) - هذه الكلمة ليست في «ر» .

(٦٠) - ما بين القوسين ليس في «م» .

وهو ملك القريب ، والملك إما باختياره أو لا ، فهنا قسمان :

الاول : ان يملك الشقص باختياره ، كالبيع والهبة والصلح والصداق ، فهذا هل يقوم عليه الباقي مع يساره أم لا ؟ قال الشيخ في المبسوط بالتقويم واختاره العلامة وابنه ؛ لانه فعل سبب العتق اختياراً فكان كالمباشر .

الثاني : أن يملك الشقص بغير اختياره كالارث ، قال الشيخ في الخلاف : يقوم عليه أيضاً ، واستدل باجماع الفرقه وأخبارهم<sup>(٦١)</sup> ، وقال في المبسوط : لا يقوم ، وهو المشهور بين الاصحاب ، وهو المعتمد ، لأصالة براءة الذمة ، ولأن العتق ليس من فعله فلا يسري عليه .

قال رحمه الله : ولو أعتق الحامل تحرر الحمل وإن استثنى رقه على رواية السكوني ، عن أبي جعفر عليه السلام ، وفيه اشكال منشؤه : عدم القصد الى عتقه .

أقول : مضى البحث في هذه ، وبمضمون الرواية<sup>(٦٢)</sup> أفتى الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج وابن حمزة ، والمعتمد عدم تبعية الحمل لأمه في<sup>(٦٣)</sup> العتق ولا في البيع ولا يسري عتق أمه اليه ؛ لأن السراية في الاشخاص لا في الاشخاص .

قال رحمه الله : فاذا دفع لمعتق قيمة نصيب شريكه ، هل يعتق عند الدفع ، أو بعده ؟ والاشبه انه بعد الدفع ليقع العتق في الملك ، ولو قيل بالاقتران كان حسناً .

أقول : منشأ التردد من عموم قوله عليه السلام : « لا عتق الا في ملك »<sup>(٦٤)</sup> ، وهو لا يملك الا بالاداء فيكون العتق بعده ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، ومن

(٦١) - راجع ما ذكره في عيون الحقائق الناطرة ، ج ١ ، ص ٢٩٣ .

(٦٢) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٦٩ ، حديث ١ .

(٦٣) - في « ر » : لا في .

(٦٤) - تقدم ص ٣٧٣ .

قيام الاداء هنا مقام الصيغة ، فيقع العتق مقارنة للاداء كما يقع مقارنة للصيغة ،  
لتساويهما في سببية العتق .





## في الملك

قال رحمه الله : ولو ملك الرجل من جهة الرضاع من يعتق عليه بالنسب هل يعتق عليه ؟ فيه روايتان أشهرهما : العتق .

أقول : أما الرواية المتضمنة للعتق فرواية الحلبي<sup>(٦٥)</sup>، ومثلها رواية إبان بن عثمان<sup>(٦٦)</sup>، عن الصادق عليه السلام، واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد، وأما الرواية المتضمنة لعدم العتق فرواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : إذا اشترى الرجل أباه أو أخاه فملكه فهو حر إلا ما كان من قبل الرضاع »<sup>(٦٧)</sup>، ومثلها رواية الحلبي، عن الصادق عليه السلام « في بيع الام من الرضاع ؟ قال : لا بأس »<sup>(٦٨)</sup>، وبمضمونها افق الشيخ وسلاز وابن أديس .

قال رحمه الله : إذا ملك شقياً ممن يعتق عليه [ لم ] يقوم عليه أن كان معسراً، وكذا لو ملكه بغير اختياره، ولو ملكه اختياراً وكان موسراً قال الشيخ :

---

(٦٥) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٨ ، حديث ١ .

(٦٦) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٨ ، حديث ٢ .

(٦٧) - التهذيب، كتاب العتق والتدبير والمكاتبة، باب ١، حديث ١١٨، ولم نعثر عليه في الوسائل.

(٦٨) - التهذيب، كتاب العتق والتدبير والمكاتبة، باب ١، حديث ١١٩، ولم نعثر عليه في الوسائل.

يقوم عليه ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه من أصالة براءة الذمة من التقويم ، خرج ما وقع عليه الاتفاق وهو التقويم مع مباشرة عتق شقص ، يبقى الباقي على الاصل ، ومن أنه ملك بعض قريبه باختياره مع علمه بانه ينعق عليه ، فكان كالمباشر للعتق ، فيجب تقويمه عليه ، وهو مذهب الشيخ واختاره العلامة وابنه .

قال رحمه الله : ولو أوصى له ببعض من ينعق عليه وكان معسراً ، جاز القبول ، ولو كان المولى عليه موسراً ، قيل : لا يقبل ؛ لانه يلزمه افتكاكه ، والوجه القبول ، إذ الأشبه : أنه لا يقوم عليه .

أقول : هذه المسألة مبنية على وجوب الافتكاك وعدمه ، فالقائل بوجوبه يمنع من القبول ، والقائل بعدم الوجوب لا يمنع منه ، وقد تقدم البحث في ذلك (٦٩) .

## في العوارض

قال رحمه الله : واما العوارض فهي العمى ، والجذام ، والاقعاد ، وإسلام المملوك في دار الحرب سابقاً على مولاه ، ودفع قيمة الوارث ، وفي عتق من مثل به مولاه تردد ، والمروي : أنه ينعق .

أقول : منشؤه من أصالة بقاء الرق والملك ما لم يثبت المزيل المتفق عليه ، ومن الرواية الصحيحة المتضمنة للعتق بالتنكيل ، روى الصدوق في الصحيح ، عن أبي بصير ، عن الصادق عليه السلام « قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكل بمملوكه : إنه حر لا سبيل عليه »<sup>(٧٠)</sup> والمشهور العمل بمضمون الرواية ، وقال ابن ادريس : أورد شيخنا هذه الرواية في نهايته إيراداً ، وهو يدل على ضعفها عنده .

---

(٧٠) - من لا يحضره الفقيه ، باب ٥٣ في الحرية حديث ٥ ، لكنه رواه عن أبي جعفر عليه السلام وكذلك الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٢٢ ، حديث ٢ .



کتاب التذییر



## في العبارة

قال رحمه الله : وفي صحة تدبيره بعد وفاة غيره كزواج المملوكة، ووفاة من يجعل له خدمته تردد ، اظهره الجواز ، ومستنده النقل .

أقول : منشؤه من أن العتق يقبل التأخير كما أنه يقبل التنجيز ، ولا تفاوت بين الاشخاص فاذا جاز تعلقه<sup>(١)</sup> بوفاة المالك جاز تعليقه بوفاة غيره ، ولما رواه الشيخ في الصحيح ، عن يعقوب بن شعيب « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم ، فقال : هي لفلان تخدمه ما عاش ، فاذا مات فهي حرة ، فتأبى الامة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ست سنين ثم يجدها ورثته ، ألهم أن يستخدموها بقدر ما أبقت ؟ فقال : اذا مات الرجل فقد عتقت<sup>(٢)</sup> » ومن أصالة بقاء الرق ، والتدبير في عرف الشرع هو عتق العبد بعد موت مولاه ، والمجمول له الخدمة غير المولى فلا يصح التدبير بموته ، ( ولان

---

(١) - في النسخ : تعليقه .

(٢) - التهذيب ، كتاب العتق والتدبير والمكاتبة ، باب ٢ التدبير ، حديث ٢٨ . وفي الاستبصار ، كتاب العتق ، باب ١٧ من ابواب التدبير . حديث ٢ . وفي الوسائل ، كتاب التدبير باب ١١ حديث ١ .



التدبير) <sup>(٣)</sup> وصية وهي لاتصح معلقه بموت غير الموصي ، ولأن التدبير لو صح تعليقه على موت غير المالك لبطل بالاباق ، كما يبطل به اذا علق بموت المالك ، وهو مذهب ابن ادريس والاول مذهب الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن حمزة وابن البراج واختاره المصنف والعلامة وابنه .

وأجاب العلامة بعدم الملازمة بين الصحة والبطلان بالاباق ، ولان محمله على تعليقه بموت المولى قياس لا نقول به ، ولحصول الفارق بينهما ؛ لأن الخدمة اذا جعلت للمولى ثم أبقي ، فقد قابل النعمة بالكفر والاباق ، فيبطل التدبير مقابلة بنقيض مقصوده ، كقاتل العمد في المنع من الارث ، بخلاف ما اذا جعلت الخدمة للغير .

اذا عرفت هذا فالنص إنما ورد بجواز التعليق بموت من جعلت له الخدمة ، ثم عداه المتصف والعلامة الى التعليق بموت زوج الامة للمشابهة ، قال الشهيد : ويظهر من ابن الجنيد جواز تعليقه بموت الغير مطلقا ، قلت : وهو اللازم من تعليل العلامة في المختلف ؛ لأنه قال : لنا أن العتق قابل للتأخير كما هو قابل للتنجيز ، ومعلوم أنه لاتفاوت بين الاشخاص في ذلك ، وهذا يدل على جواز تعليقه على موت الغير مطلقا .

فرع : على القول بجواز تعليقه بموت الغير لو مات ذلك الغير في حياة المدبر كان التدبير ماضياً من الاصل ، ولو مات المالك أولاً خرج من الثلث وليس للورثة الرجوع بتدبيره ثم <sup>(٤)</sup> مع خروجه من الثلث ( لا بحث ) <sup>(٥)</sup> ، ولو خرج بعضه من الثلث كان ذلك البعض مدبراً يتحرر بموت من علق تدبيره على موته ،

(٣) - ما بين القوسين ليس في « ر » .

(٤) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

(٥) - ما بين القوسين ليس في النسخ ، وفي الاصل في نسخة دون أخرى .

ثم يسمى للورثة في باقيه .

قال رحمه الله : ولو كان المملوك لشريكين ، فقالا : إذا متنا فأنت حر ، انصرف قول كل واحد منهما الى نصيبه وصح التدبير ، ولم يكن معلقاً على شرط ، وينتق بموتهما إن خرج نصيب كل واحد منهما من ثلثه ، ولو خرج نصيب أحدهما تحرر وبقي نصيب الآخر أو بعضه رقاً ، ولو مات أحدهما تحرر نصيبه وبقي نصيب الآخر حتى يموت .

أقول : أطلق المصنف صحة التدبير مع قولها : إذا متنا فأنت حر ، ثم حكم بانه لو مات أحدهما تحرر نصيبه من ثلثه<sup>(٦)</sup> ، وبقي نصيب الآخر حتى يموت ، وهذا الذي حكاه جميعه قول الشيخ رحمه الله .

ونقل العلامة : في القواعد قول المصنف ، ثم قال : أما لو قصدا عتقه بعد موتها بطل التدبير ، وانما يصح لو قصدا توزيع الاجزاء على الاجزاء ، ويحمل اطلاق المصنف على هذا التفصيل ، وقال الشهيد في دروسه : ولو قال الشريكان فاذا متنا فأنت حر ، وقصدا تبعية النصيب بموت صاحبه وقع ، وإن قصدا تبعية بموتهما بطل ، وهو موافق لمذهب القواعد ؛ لأن معنى قوله في القواعد : وانما يصح لو قصدا توزيع الاجزاء على الاجزاء ، وهو ما قاله الشهيد رحمه الله ، وهو تبعية النصيب بموت صاحبه .

وقال في التحرير - بعد أن نقل كلام الشيخ - والوجه عندي بطلان التدبير الامع تجويز التعليق بموت الغير ، نعم لو قال كل واحد منهما : اذا مت فنصبي حر ، كان تدبيراً صحيحاً وكان الحكم فيه ما تقدم .

وقال في الارشاد : ولو قال الشريكان : فاذا متنا فأنت حر ، لم يعتق شيء بموت أحدهما حتى يموت الآخر ، وليس للورثة بيعه حتى يموت الشريك .

فظهر من هذه العبارة أن للعلامة في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الاول : قوله في القواعد : وهو تفيد الصحة بقصد توزيع الاجزاء على الاجزاء ، أي <sup>(٧)</sup> قصد تبعية <sup>(٨)</sup> النصيب بموت صاحبه ، وتابعه الشهيد .

الثاني : قوله في التحرير وهو بطلان التدبير <sup>(٩)</sup> مطلقا اذا قال : اذا متنا فأنت حر ، وانما يصح اذا قال كل منها : اذا مت فنصيبي حر ، وبين <sup>(١٠)</sup> جوازه اذا قال اذا متنا فأنت حر ، على القول بجواز التعليق بموت الغير ، ومراده بالغير غير المالك والزوج المجعول له الخدمة ؛ لأن الشريك ليس من هؤلاء ، وهذا قول نادر كما تقدم .

الثالث : قوله في الارشاد وهو الصحة مطلقا وإن قصدا عتقه بموتها ، بدليل قوله لم يعتق منه شيء بموت أحدهما حتى يموت الآخر ، وهذا يدل على أنها لم يقصدا عتقه الا <sup>(١١)</sup> بعد موتها <sup>(١٢)</sup> ، اذ لو قصد تبعية النصيب بموت صاحبه تحرر بموته ، وقول الارشاد خارج عما تقدمه من الاقوال ، ويقهم منه جواز التعليق على شرط ؛ لأنه اذا لم يتحرر نصيب كل واحد عند موته كان موت كل واحد شرطا في تحرير نصيب الآخر ، والمعتمد مذهب القواعد .

قال رحمه الله : وفي اشتراط نية القرية تردد ، والوجه أنه غير مشروط .

أقول : منشؤه من أن التدبير هل هو عتق او وصية ؟ فعلى الاول يشترط

(٧) - في «ر» : إن .

(٨) - هذا من النسخ ، وفي الاصل : بتبعية .

(٩) - من النسخ وفي الاصل : التحرير .

(١٠) - في النسخ : وبني .

(١١) - هذه الكلمة موجودة في النسخ ، وفي الاصل جعلت على نحو النسخة البديل .

(١٢) - في هذه الكلمة من «ن» و «ر» و «ا» وفي الاصل و «م» : موت أحدهما .

نية القربة على القول باشتراكهما في العتق ، وهو مذهب ابن ادريس ، وعلى الثاني لا يشترط نية القربة ، لعدم اشتراطهما في الوصية ، وهو المشهور بين الاصحاب .  
ويتفرع على القولين جوازه من الكافر (وعدمه) <sup>(١٣)</sup> ، وعلى اشتراط القربة لا يصح تدبيره ، ويصح على عدم الاشتراط ، وهو المعتمد .  
قال رحمه الله : الشرط الثاني تجريدها عن الشرط والصفة في قول مشهور للاصحاب .

أقول : المشهور بين الاصحاب أن التدبير لا يصح <sup>(١٤)</sup> معلقا على شرط ولا صفة ، قال العلامة : للاجماع المنعقد بيننا على أن العتق بشرط باطل ، وذهب ابن البراج الى وقوعه معلقا بالشرط والصفة ، والاول هو المعتمد .  
قال رحمه الله : ولو حملت بمملوك سواء كان عن عقد أو زنا أو شبهة كان مدبراً كأمه ، فلو رجع المولى في تدبيرها لم يكن له الرجوع في تدبير ولدها ، وقيل : له الرجوع ؛ والاول مروي .

أقول : القول الاول - وهو عدم جواز الرجوع في تدبير الولد - قول الشيخ في النهاية والخلاف ، وتبعه ابن حمزة وابن البراج ، وهو ظاهر المصنف هنا وصرح به في المختصر ، لرواية أبان بن تغلب <sup>(١٥)</sup> ، عن الصادق عليه السلام الدالة على عدم جواز الرجوع في تدبير الولد ، ولأن الرجوع انما يكون فيما دبره باختياره والولد ليس كذلك ؛ لأن تدبيره بغير اختياره بل بالسراية فليس له الرجوع فيه .

والقول الثاني - وهو جواز الرجوع - قول ابن ادريس واختاره العلامة

(١٣) - من النسخ وليست في الاصل .

(١٤) - في النسخ : لا يقع ، وهو في الاصل أيضاً على نحو النسخة البديل .

(١٥) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء ، باب ٧ من ابواب التدبير ، حديث ١ .

وابنه وأبو العباس ؛ لأنه مدبر ( وكل مدبر )<sup>(١٦)</sup> يصح الرجوع فيه ، فعلى تجويز الرجوع في الولد يصح فيه دون الام وبالعكس ، ولا يلزم من الرجوع في أحدهما الرجوع في الآخر .



## في المباشر

قال رحمه الله : ولا يصح التدبير الا من بالغ ، عاقل ، قاصد ، مختار ، جائز التصرف . فلو دبر الصبي لم يقع تدبيره . وروي : أنه إذا كان مميزاً له عشر سنين صح تدبيره ، ولا يصح تدبير المجنون ، ولا المكره ، ولا السكران ، ولا الساهي ، وهل يصح التدبير من الكافر ؟ الاشبه : نعم ، حريياً كان أو ذمياً .  
أقول : هنا مسألتان :

الاولى : في تدبير الصبي اذا بلغ عشر سنين ، وقد مضى البحث في تصرفات من بلغ عشر سنين مراراً متعددة<sup>(١٧)</sup> .

الثانية : في تدبير الكافر ، وهو مبني على اشتراط نية القرية ، فن اشترطها منع تدبير الكافر ، ومن لم يشترطها لم يمنع من ذلك ، وقد مضى البحث في اشتراط نية القرية وعدمه<sup>(١٨)</sup> .

قال رحمه الله : ولو دبر المسلم ثم ارتد لم يبطل تدبيره ، ولو مات في حال

---

(١٧) - ص ٣٥٨ . وج ٢ ص ١٢ .

(١٨) - ص ٣٨٨ .

ردته عتق المدبر ، هذا إذا كان الارتداد لاعن فطرة ، ولو كان عن فطرة لم يعتق المدبر بوفاة المولى لخروج ملكه عنه ؛ وفيه تردد .

أقول : منشؤه من أن الارتداد عن فطرة موجب لخروج الملك عن المالك ، وشرط العتق بالتدبير بقاء الملك على المدبر الى حين وفاته ، فيبطل التدبير بالارتداد عن فطرة الموجب لخروج الملك عن المدبر ، ومن سبق حق العبد المدبر على حق الوارث ، فلا ينتقل الى الوارث بارتداد مديره ، وهو مبني على القول بعدم جواز بيع<sup>(١٩)</sup> رقبة المدبر قبل الرجوع في التدبير .

لكن هنا دقيقة وهي : اذا قلنا بعدم بطلان التدبير وأنه يعتق بموت المدبر ، لم يعتق غير ثلاثة<sup>(٢٠)</sup> ؛ لانه لا مال للمدبر سواء ؛ لأن ماله قد انتقل الى الورثة بنفس الارتداد ، ( ولم يبق غير العبد المدبر ( لتعلق التدبير به )<sup>(٢١)</sup> فلا يعتق جميعه بل ثلثه ، ولو قيل : يعتق بنفس الارتداد )<sup>(٢٢)</sup> عن فطرة لاجراء الارتداد هنا مجرى الموت كان وجها .

والمعتمد بطلان التدبير ؛ لأن المدبر مملوك يقبل النقل على المشهور بين الاصحاب ، والارتداد عن فطرة ناقل لجميع أموال المرتد<sup>(٢٣)</sup> الى ورثته وهو<sup>(٢٤)</sup> من جملتها .

قال رحمه الله : ولو ارتد لاعن فطرة ثم دبر صح على تردد .

أقول : منشؤه من بقاء ملك المرتد عن غير فطرة عليه ، فاذا دبر صح

(١٩) - هذه الكلمة ليست في الأصل .

(٢٠) - كذا والظاهر كونه : ثلثه .

(٢١) - ما بين القوسين من «م» و «ر» .

(٢٢) - سقط من «ر» من قوله : ولم يبق إلى هنا .

(٢٣) - من «ن» وفي الاصل وباقي النسخ : المدبر .

(٢٤) - في النسخ : والمدبر .

تدبيره ؛ لأنه بالغ عاقل مالك ، وكل من كان كذلك صح تدبيره ، ومن أنه محجور<sup>(٢٥)</sup> عليه بالردة فلا يصح تدبيره ، والمعتمد صحة تدبيره موقوفا ، فان تاب والا بطل ، وهو فتوى القواعد .







## في الأحكام

قال رحمه الله : التدبير بصفة الوصية يجوز الرجوع فيه ، قولاً ، كقوله : رجعت في هذا التدبير ، وفعلأً ، كأن يهب ، أو يعتق ، أو يوقف ، أو يوصي ، سواء كان مطلقاً ، أو مقيداً ، وكذا لو باعه بطل تدبيره ، وقيل : إن رجع في تدبيره ثم باع صح بيع رقبته ، وكذا إن قصد بيعه الرجوع ، وإن لم يقصد مضى البيع في خدمته دون رقبته .

أقول : انما قال : التدبير بصفة الوصية ولم يقل وصية ، لوقوع الخلاف فيه ، فقد قيل : انه وصية بالعتق ؛ لانه يعتبر من الثلث ويجوز الرجوع فيه اجماعاً ، وهذا حكم الوصية ، ولأن العتق لا يقع معلقاً والتدبير معلق بالموت فيكون وصية .

وقيل : هو عتق بصفة لعدم اشتراط القبول فيه ، وعدم افتقاره الى الاعتاق بعد الموت ، وكان عتقا بصفة ، وانما جاز تعليق العتق هنا للاجماع عليه .

اذا عرفت هذا ، فالرجوع بالتدبير جائز اجماعاً ، وهو قد يكون بالقول ، مثل رجعت بالتدبير ، او أبطلته ، او رفعت ، او فسخته ، أو نقضته ، أو أزلته ، بأي

هذه الالفاظ أتى بطل التدبير إجماعا .

وقد يكون بالفعل ، مثل الهبة ، والعق ، والوقف ، والوصية به للغير ، وقد جزم المصنف بطلانه في هذه الاشياء ، سواء كان مطلقا ، مثل قوله : أنت حر بعد وفاي ، او معلقا<sup>(٢٦)</sup> ، مثل قوله : إن مت في سنتي هذه<sup>(٢٧)</sup> أو مرضي هذا فأنت حر ، وهذا الذي صرح به المصنف هو المشهور بين الاصحاب ، وذهب ابن حمزة الى بطلان الهبة والوقف والوصية قبل الرجوع في التدبير لفظا .

أما البيع قبل الرجوع في التدبير فقد منع منه محمد بن بابويه والحسن ابن أبي عقيل الا مع اشتراط العتق على المشتري عند موته ، فاذا أعتقه كان الولاء للمعتق .

وقال الشيخ في النهاية : متى أراد يبعه من غير أن ينتقض<sup>(٢٨)</sup> تدبيره لم يحزم له ذلك الا أن يعلم المشتري أنه يبيعه خدمته ، وأنه متى مات هو كان حراً لا سبيل له عليه ، ومستنده الروايات<sup>(٢٩)</sup> ، فعلى هذا يتحرر بموت البائع ولا سبيل للمشتري عليه حينئذ .

وقال ابن ادريس بطلان التدبير مع البيع ؛ لأن التدبير وصية ، وكل وصية تبطل باخراج الموصى به عن ملك الموصي في حياته ، وبيع المنافع لا يصح لعدم كونها أعيانا ، وعدم العلم بها بمقدارها ، وتحمل الاخبار<sup>(٣٠)</sup> الدالة على المنع من بيع المدبر على ما اذا كان التدبير واجبا بالنذر ، فهنا لا يجوز لما فيه من مخالفة النذر .

(٢٦) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

(٢٧) - هذه الكلمة من النسخ ، وليست في الاصل .

(٢٨) - في النسخ : ينقض .

(٢٩) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء ، باب ١ من أبواب التدبير .

(٣٠) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء ، باب ١ و ٣ و ٤ من أبواب التدبير .

قال رحمه الله : ولو كان على الميت دين يستوعب التركة ، بطل التدبير ، وبيع المدير فيه ، وإلا بيع منه بقدر الدين ، وتحرر ثلث من بقي ، سواء كان الدين سابقاً على التدبير ، أو لاحقاً على الاصح .

أقول : ما حكاه المصنف هو المشهور بين الاصحاب وهو المعتمد ؛ لأن التدبير بمنزلة الوصية ، والدين مقدم عليها فيكون مقدماً على التدبير ، سواء كان سابقاً على التدبير أو متأخراً عنه .

وفصل الشيخ في النهاية وابن البراج ، قالا : إن كان الدين متقدماً على التدبير فهو مقدم عليه ، وإن كان متأخراً عنه فالتدبير مقدم على الدين ، ومستندهما صحيحتا أبي بصير<sup>(٣١)</sup> ، عن الصادق عليه السلام وعلي بن يقطين<sup>(٣٢)</sup> ، عن الكاظم عليه السلام .

تنبيه : إذا كان الدين بقدر نصف المديرين مثلاً ولا تركة سواهم ، كتب رقعة للدين وأخرى للتركة بعد أن يقسم العبيد قسمين ، ثم يخرج رقعة على أحد القسمين ، فإن خرجت رقعة الدين بيع ذلك القسم فيه ، وعق ثلث القسم الآخر ( في التدبير )<sup>(٣٣)</sup> .

وإن كان الدين بقدر ثلث العبيد كتب ثلاث رقاع ، واحدة للدين واثنين للتركة وهكذا ، وكذلك الحكم لو أعتق المريض في مرض الموت ومات وعليه دين ، واحتجنا الى بيع بعض المعتقين في الدين .

قال رحمه الله : لو دبر الشريكان ثم أعتق أحدهما لم تقوّم عليه حصة الآخر ، ولو قيل : تقوّم ، كان وجهاً .

(٣١) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء ، باب ٩ من ابواب التدبير ، حديث ٢ .

(٣٢) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء ، باب ٩ من ابواب التدبير ، حديث ١ .

(٣٣) - ما بين القوسين ليس في النسخ ، بل فيها : بالقرعة أيضاً وإن خرجت رقعة التركة أعتق ثلث القسم الذي خرجت عليه ، وبيع القسم الآخر في الدين .

أقول : قال الشيخ في المبسوط بعدم التقويم ؛ لأن حصة الشريك لها جهة يعتق بها ، والمعتمد التقويم ؛ لأنه عبد لم يخرج بالتدبير عن الرقية وهو مذهب المصنف والعلامة .

قال رحمه الله : ولو دبر أحدهما ثم أعتق وجب عليه فك نصيب الآخر ، ولو أعتق صاحب الحصة القن لم يجب عليه فك الحصة المدبرة على تردد .

أقول : منشأ التردد في هذه المسألة معلوم من المسألة السابقة ، إذ لا فرق بينها .

قال رحمه الله : ولولاه أن يبيع خدمته وله أن يرجع في تدبيره ثم يبيعه .  
أقول : سبق البحث في هذه <sup>(٣٤)</sup> ، والمعتمد عدم جواز بيع الخدمة (كما) <sup>(٣٥)</sup> .  
تقدم .

قال رحمه الله : أما لو دبره ثم كاتبه كان نقضاً للتدبير ، وفيه إشكال .  
أقول : منشؤه من أن التدبير وصية وهي تبطل بفعل ما ينافيها ، والكتابة منافية للوصية ؛ لأنها تقتضي العتق في حال حياة المكاتب ، والوصية تقتضي العتق بعد موت الموصي ، وهما متنافيان ، وهو مذهب الشيخ واختاره العلامة ، ومن أصالة بقاء التدبير ما لم يعلم السبب المبطل له ، والكتابة ليست سبباً مبطلا للتدبير ، لاجتماعها في صورة تقدم الكتابة على التدبير ، فكذلك مع التأخر عنه إذ لو تنافيا لما اجتماعا في حال ؛ لأن المقصود من الكتابة والتدبير هو العتق فلا يتنافيان ، وهو مذهب ابن الجنيد وابن البراج واختاره الشهيد ، لصحيفة أبي بصير <sup>(٣٦)</sup> .

(٣٤) - تقدم عند شرح قوله التدبير بصفة الوصية .

(٣٥) - في الاصل مع هذه الكلمة على نحو النسخة البذل : لما .

(٣٦) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء ، باب ٤ من أبواب التدبير ، حديث ١ .

كتاب المكاتبة



## في الأركان

قال رحمه الله : ولا يصح من دون الأجل على الأشبه .

أقول : اشتراط الاجل في الكتابة مذهب الشيخ وابن حمزة ، واختاره المصنف والعلامة في الارشاد ، وفي موضع<sup>(١)</sup> من القواعد وفخر الدين والشهيد ؛ لأن ما في يد العبد لمولاه فلا تصح المعاملة عليه ، وانما يقع على المتوقع حصوله بالكسب<sup>(٢)</sup> ، فلا بد من الاجل حذراً من جهالة وقت الحصول .

وابن ادريس لم يشترط الاجل وجوزها حاله واختاره العلامة في موضع من القواعد وفي التحرير ، لاصالة عدم الاشتراط ، وعموم قوله تعالى : ﴿وكانتوبهم إن علمتم فيهم خيراً﴾<sup>(٣)</sup> .

قال رحمه الله : وهل يفتقر الى قوله : فاذا أدبت فانت حر ، مع نية ذلك ، قيل : نعم ، وقيل : تكفي النية مع العقد ، فاذا أدى عتق سواء نطق بالضميمة أو

---

(١) - في «ن» : مواضع .

(٢) - في «م» و «ن» : بالتكسب ، وفي «ر» : في الكسب .

(٣) - النور : ٣٣ .



أغفلها، وهو أشبه .

أقول : اختلف قول الشيخ في هذه المسألة ، ففي المبسوط لم يشترط قوله في العقد : فاذا أديت فأنت حر ، واشترط ذلك في الخلاف ، واختار المصنف والعلامة مذهب المبسوط ؛ لأن الكتابة عقد مشروع بالنص والاجماع ، وغايتها تحرير العبد عند أداء المال ، فلا يفتقر الى ذكر الغاية في العقد ، كما لا يفتقر الى (٤) ذكرها في غير الكتابة كالبيع والاجارة وغير ذلك .

وفخر الدين والشهيد في شرح الارشاد رجحا مذهب الخلاف ؛ لأن لفظ الكتابة مشترك بين المراسلات والكتابة الشرعية ، وهي أعم ، ولا دلالة للعام على الخاص .

قال رحمه الله : وحد العجز أن يؤخر نجما الى نجم ، أو يعلم من حاله العجز عن فك نفسه ، وقيل : أن يؤخر نجماً عن محله ، وهو مروي .

أقول : اختلف الاصحاب في حد العجز بالمبيع (٥) للفسخ في المشروط (٦) ، قال المفيد والشيخ في الاستبصار وابن ادريس : حدّه أن يؤخر النجم عن محله ، واختاره المصنف في المختصر والعلامة في المختلف والارشاد وفخر الدين وأبو العباس ، لصحيفة معاوية بن وهب (٧) وقال الشيخ في النهاية : وحدّه أن يؤخر نجما الى نجم أو يعلم من حاله العجز ، ومعناه انه ليس للسيد أن يعجزه بنفس تأخر النجم عن محله ، بل يجب الصبر الى أن يحل نجم آخر الا أن يعلم من حاله العجز علماً عادياً ، فلا يجب الصبر حينئذٍ ، وبه قال ابن البراج ، وهو ظاهر المصنف هنا

(٤) - ليست في الأصل .

(٥) - في الاصل : بالبيع .

(٦) - في النسخ : المشروطة .

(٧) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتب والاستبلاذ ، باب ٥ من ابواب المكاتب ، حديث ١

والعلامه في القواعد والتحرير ، والمستند رواية إسحاق بن عمار<sup>(٨)</sup> ، عن الصادق عليه السلام ، وقال محمد بن بابويه : حدّهُ التأخير الى ثلاثة أنجم .

قال رحمه الله : والكتابة عقد لازم ، مطلقة كانت أو مشروطة ، وقيل : إن كانت مشروطة فهي جائزة من جهة العبد ؛ لان له أن يعجز نفسه ، والاول أشبه .  
أقول : البحث هنا في موضعين :

الاول : هل هي لازمة أو جائزة ؟ وللأصحاب فيه ثلاثة أقوال :

الاول : قول الشيخ وهو لزومها من جهة السيد<sup>(٩)</sup> ( وجوازها من جهة العبد )<sup>(١٠)</sup> ، ولم يقيد بالمشروطة ، واستدل باجماع الفرقه وأخبارهم<sup>(١١)</sup> على أن المكاتب متى عجز كان للمولى رده في الرق اذا كانت الكتابة مشروطة ، وهذا الاستدلال يدل على أن المراد المشروطة ، وصرح ابن ادريس بلزوم المطلقة من الطرفين ، وجواز المشروطة من طرف العبد ، وهو موافق لقول الشيخ .

الثاني : قول ابن حمزة ، وهو جواز المشروطة من الطرفين ، ولزوم المطلقة من جهة السيد ، وجوازها من جهة العبد .

الثالث : لزومها مطلقاً ، سواء كانت مشروطة أو مطلقة ، وهذا القول نقله الشيخ في المبسوط عن قوم ، واختاره العلامة وابنه وهو المعتمد ؛ لأن عقد الكتابة يقتضي وجوب السمي على العبد ، فليس له تركه مع القدرة عليه .

الثاني : في معنى الجواز ، وفسره الشيخ في الخلاف بانه له الامتناع من أداء ما عليه ، فيتخير السيد حينئذ بين الفسخ وبين البقاء على العقد ، وقال في

(٨) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبه والاستيلاء ، باب ٤ من ابواب المكاتبه ، حديث ١٣ وفيه لفظ عام أو عامين .

(٩) - في «ر» العبد .

(١٠) - ما بين القوسين ليس في «ر» .

(١١) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبه والاستيلاء ، باب ٤ وباب ١٠ من ابواب المكاتبه .

المبسوط : ولسنا نريد بقولنا جائزة من جهة العبد ، أن له الفسخ كعامل القراض ، بل له أن يتمتع من أداء ما عليه مع القدرة على ذلك ، فيتخير المالك حينئذٍ ، والقائل باللزوم يوجب عليه السعي مع القدرة ، ويجبره على ذلك الحاكم أو السيد .

قال رحمه الله : وهل يعتبر الاسلام ؟ فيه تردد .

أقول : هل يشترط في صحة الكتابة إسلام السيد ؟ قال المصنف : فيه تردد ، ومنشؤه من أن الكتابة ، هل هي عتق بعوض أو معاملة بين السيد وعبده على عوض معلوم ؟ فعلى الاول يشترط الاسلام عند من أشرطه في العتق<sup>(١٢)</sup> ، وعلى الثاني لا يشترط الاسلام ؛ لأنها نوع معاملة فلا يشترط فيها الاسلام ، وهو المشهور بين الاصحاب وهو المعتمد ، هذا اذا كان السيد والعبد كافرين أما لو كان السيد كافرا والعبد مسلما ، فالمعتمد وجوب البيع على الكافر و ( لا )<sup>(١٣)</sup> يصح ( له )<sup>(١٤)</sup> مكاتبه العبد المسلم ، لعموم النص<sup>(١٥)</sup> بوجوب البيع وليست الكتابة بيعا ، ولوجوب إخراج المسلم عن ملك الكافر على الفور ، ولحصول السبيل بالتسلط على المسلم بالاستيفاء وهو منفي<sup>(١٦)</sup> ، ويحتمل الجواز لقطع السلطنة .

قال رحمه الله : ويجوز لولي اليتيم مكاتبه مملوكه مع إعتبار الغبطة للمولى عليه ، وفيه قول بالمنع .

أقول : للشيوخ في هذه المسألة قولان : أحدهما الجواز ، قاله في الخلاف ؛ لأن للولي التصرف بجميع ما فيه غبطة ، فاذا حصلت الغبطة في الكتابة جاز له ذلك ، واختاره المصنف والعلامة وابنه وهو المعتمد ، والثاني عدم الجواز ، قاله في

(١٢) - في «م» و «ر» : المعتق .

(١٣) - ليست في «ر» .

(١٤) - ليست في الاصل .

(١٥) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٧٣ ، حديث ١ .

(١٦) - إشارة الى قوله تعالى : ( ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ) النساء : ١٤١ .

المبسوط ؛ لأنها نوع ( من انواع التبرعات ؛ لأنها )<sup>(١٧)</sup> معاملة على ماله بماله ، وليس للولي أن يتبرع بشيء من مال الطفل .

قال رحمه الله : ويعتبر في المملوك البلوغ ، وكهال العقل ؛ لأنه ليس لأحدهما أهلية القبول ، وفي كتابة الكافر تردد أظهره المنع ، لقوله تعالى : ﴿ فكاتبواهم إن علمتم فيهم خيراً ﴾<sup>(١٨)</sup> .

أقول : منع السيد المرتضى والشيخ في المبسوط من كتابة العبد الكافر ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والارشاد والتحرير ، وظاهر المختلف الجواز وقواه أبو العباس في المذهب .

والخلاف مبني على تفسير الخير<sup>(١٩)</sup> المذكور في الآية<sup>(٢٠)</sup> ، قال السيد : إنه الدين والأمانة ، فعلى هذا لا يصح كتابة الكافر ؛ لأنه على هذا التفسير لا خير فيه أصلاً ، وقال الشيخ : إنه الكسب والأمانة فعلى هذا لا يصح أيضاً ؛ لأن الكافر لا أمانة له ، وقال الحسن البصري والثوري : هو الاكتساب حسب ، فعلى هذا لا يصح<sup>(٢١)</sup> كتابة الكافر ، ولا شك أن الخير ورد في القرآن بمعنى المال ، مثل قوله تعالى : ﴿ وإنه لحب الخير لشديد ﴾<sup>(٢٢)</sup> ومثل قوله : ﴿ إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين ﴾<sup>(٢٣)</sup> ، ولا شك ، أن المراد بالخير هنا المال ، وورد بمعنى العمل الصالح في قوله تعالى : ﴿ فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ﴾<sup>(٢٤)</sup> ، وهو مناسب

(١٧) - ما بين القوسين ليس في «ن» .

(١٨) - النور : ٣٣ .

(١٩) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء ، باب ١ من ابواب الكتابة ، حديث ١ .

(٢٠) - النور : ٣٣ .

(٢١) - في النسخ : يصح .

(٢٢) - العاديات : ٨ .

(٢٣) - البقرة : ١٨٠ .

(٢٤) - الزلزلة : ٧ .

للدین ؛ لأن عمل الکافر لآخر فیه ، وورد بمعنی الثواب فی قوله تعالى : ﴿ والبدن جعلناها لکم من شعائر الله لکم فیها خیر ﴾ (٢٥) ، یعنی ثوابا ، وهذا مناسب للدين أيضا ؛ لأن الثواب مترتب على الايمان فغير المؤمن لا ثواب له .

قال رحمه الله : وأما الاجل ففي اشتراطه خلاف .

أقول : مضى ذكر الخلاف فيه (٢٦) .

قال رحمه الله : وفي اعتبار اتصال الاجل بالعقد تردد .

أقول : منشؤه من أصالة بقاء الملك على مالكة ما لم يعلم السبب الناقل ، وهو غير معلوم مع عدم اتصال الاجل بالعقد . وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، ومن أصالة الصحة وحصول شرائطها من ذكر الاجل وضبطه ، وذكر المال ، وصدور الصيغة من اهلها ، وهو اختيار العلامة وابنه .

قال رحمه الله : ولو قال : على خدمة شهر بعد هذا الشهر ، قيل : يبطل على

القول باشتراط اتصال المدة بالعقد ، وفيه تردد .

أقول : القائل بالبطان هو الشيخ في المبسوط وهو تفريع على اتصال المدة بالعقد ، وفيه التردد المذكور في المسألة الاولى ، وقد مضى البحث فيه (٢٧) .

قال رحمه الله : ولو كاتبه ثم حبسه مدة ، قيل : يجب أن يؤجله مثل تلك

المدة ، وقيل : لا يجب ، بل تجب أجرتة لمدة احتباسه ، وهو أشبه .

أقول : القولان نقلهما الشيخ في المبسوط عن قوم ثم قواهما معا الا أن

الاول عنده أرجح ، واستحسنه فخر الدين ؛ لأن المدة لاقيمة لها فيضمنها بمثلها ، واختار المصنف والعلامة الثاني ؛ لأن منافع الايام انما تضمن بالقيمة ، وهي

(٢٥) - الحج : ٣٦ .

(٢٦) - ص ٤٠١ .

(٢٧) - في الحاشية السابقة .

في الأركان ..... ٤٠٧

مثل (٢٨) أجرة ذلك الزمان وهو المعتمد .



## في الأحكام

قال رحمه الله : اذا مات المكاتب ، وكان مشروطاً بطلت الكتابة ، وكان ما تركه لمولاه ، وأولاده رقاً ، وإن لم يكن مشروطاً تحرر منه بقدر ما أداه ، وكان الباقي رقاً ، ولمولاه من تركته بقدر ما فيه من رق ، ولورثته بقدر ما فيه من حرية ، ويؤدي الوارث من نصيب الحرية ما بقي من مال الكتابة ، وإن لم يكن له مال سعى الاولاد فيما بقي على أبيهم ، ومع الاداء ينعتق الاولاد . وهل للمولى إجبارهم على الاداء ؟ فيه تردد ، وفيه رواية أخرى<sup>(٢٩)</sup> ، تقتضي أداء ما تخلف من أصل التركة ، ويتحرر الاولاد ، وما بقي لهم ، والاول أشبه .

أقول : اذا كان الاولاد أحراراً كان لهم مما تركه أبوهم بقدر ما تحرر (من أبيهم)<sup>(٣٠)</sup> ، وللسيد بقدر ما فيه من الرقية ولاسعي عليهم ، وإن كانوا أرقاقاً وولدوا<sup>(٣١)</sup> بعد الكتابة كان ما قابل نصيب الرقية منهم مكاتباً ، وكان عليهم أن

(٢٩) - الوسائل ، كتاب الارث ، باب ٢٣ من ابواب موانع الارث ، حديث ٦ - ٨ .

(٣٠) - في النسخ بدل ما بين القوسين : منه .

(٣١) - في النسخ : ولدوا .



يؤدوا<sup>(٣٢)</sup> ما بقي على أبيهم من مال الكتابة ، لا<sup>(٣٣)</sup> ما يساوي قيمتهم .

فاذا لم يف نصيبهم بما بقي على أبيهم وامتنعوا من السعي بالباقي ، هل يجبرون عليه ؟ تردد المصنف في ذلك من أصالة البراءة ، وكون الاخبار<sup>(٣٤)</sup> على خلاف الاصل ، ومن أن الشارع جعل السعي عوضاً عن رقية الاولاد وقطع تصرفه عن ملكه مقابل هذا العوض ، فلا يجوز لهم الامتناع منه<sup>(٣٥)</sup> ، وهو اختيار العلامة في القواعد . والرواية المتضمنة لاداء ما عليه من أصل التركة كالدين ، واختصاص الورثة بالباقي هي رواية جميل ، عن الصادق عليه السلام « قال : سألت عن مكاتب يؤدي بعض مكاتبته ثم يموت وترك أبناء له من جارية له ؟ فقال : إن كان اشترط عليه إن عجز فهو رق رجع ابنه منها مملوكاً وإن لم يشترط عليه صار ابنه حراً ورد على المولى بقية المكاتبه وورث ابنه ما بقي »<sup>(٣٦)</sup> ، ومثلها صحيحة ابن سنان<sup>(٣٧)</sup> ، عن الصادق عليه السلام ، وبمضمونها أفتى ابن الجنييد ، والمعتمد مذهب المصنف وهو المشهور بين الاصحاب .

فرع : اذا كان وارث المكاتب جماعة انعتق من كل واحد منهم بقدر ما انعتق من أبيهم ، ومع عدم وفاء نصيبهم من ميراث أبيهم بالباقي من مال الكتابة يتعلق الباقي بكل واحد بعينه وبالجميع كواجب الكفاية ، فاذا أداه بعضهم انعتقوا أجمع ، وإن أدى بعضهم بعضه انعتق من الجميع بقدره ، ولا يختص المؤدي بالعتق ؛

(٣٢) - في «ن» : يردوا .

(٣٣) - في «م» : إلا .

(٣٤) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبه والاستيلاء ، باب ١٩ من ابواب المكاتبه .

(٣٥) - في النسخ إضافة : ولانه عوض اقتضته المعاوضة الشرعية اللازمة فلا يجوز لهم الامتناع منه . وفي «ن» سقطت (منه) الاولى .

(٣٦) - التهذيب ، كتاب العتق والتدبير والمكاتبه ، باب المكاتب ، حديث ٢٥ ، وفي الوسائل اشارة اليه في كتاب التدبير والمكاتبه والاستيلاء ، باب ١٩ من ابواب المكاتبه ، حديث ٣ .

(٣٧) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبه والاستيلاء ، باب ١٩ من ابواب المكاتبه ، حديث ٣ .

لأن الجميع كواحد وهو المورث .

قال رحمه الله : ولو كان المولى أذن له ، قيل : لم يجزه ؛ لأنه كفر بما لم يجب عليه .

أقول : إذا كفر المكاتب بغير الصوم بغير إذن مولاه لم يجزه قطعاً ؛ لأنه محجور عليه في التصرفات المتضمنة لخراج المال بغير عوض بقدره أو أزيد منه ، ويكفر بالصيام سواء كانت مخيرة أو مرتبة .

ولو أذن له السيد بالعتق أو الاطعام ، هل يجزيه أم لا ؟ قيل : لا يجزيه ؛ لأن فرضه الصيام فإذا كفر بغيره كان قد كفر بغير الواجب عليه فلا يجزيه ، والمعتمد الاجزاء ؛ لأنه بالغ عاقل مالك ، وإن لم يجزه مع عدم الاذن ؛ لأنه محجور عليه لحق السيد ، فإذا أذن السيد زال المانع ، ويمتنع انحصار فرضه في الصيام بل حكمه حكم العاجز عن غير<sup>(٣٨)</sup> الصوم ، ومع الاذن لا يتحتم عليه العتق في المرتبة بل تصير مخيرة .

قال رحمه الله : إذا ملك المملوك نصف نفسه ، كان كسبه بينه وبين مولاه ، وهو طلب أحدهما المهايأة أجبر الممتنع ، وقيل : لا يجبر ، وهو أشبه .

أقول : وجه الاجبار أن لكل منها الانفراد بحصته ولا يلزمه مشاركة صاحبه ، ( ولا يمكنه من )<sup>(٣٩)</sup> الانفراد الا بالمهايأة فيجبر الممتنع عليها ، ووجه عدم الاجبار كون المهايأة جارية مجرى قسمة ما لا يمكن قسمته ؛ لأن المشترك بينهما اما الرقبة وهي لا يمكن قسمتها أو المنافع طول حياته وذلك غير معلوم المقدار فيكون مجهولاً ، وقسمة المجهول غير ممكنة فلا يجبر الممتنع ، وهو اختيار المصنف والعلامة وابنه وهو المعتمد .

(٣٨) - ليست في «م» و «ر» .

(٣٩) - في النسخ : ولا يمكن .

قال رحمه الله : اذا اختلف السيد والمكاتب في مال الكتابة ، أو في المدة ، أو في النجوم ، فالقول قول السيد مع يمينه ، ولو قيل : القول قول المنكر زيادة المدة والمال ، كان حسناً .

أقول : اذا اختلف السيد والمكاتب في قدر مال الكتابة مثل أن يقول السيد : هو خمسون ، ويقول العبد : هو أربعون ، أو اتفقا على قدر المال واختلفا في المدة ، مثل أن قال السيد : المدة شهر ، وقال العبد : إنها شهران ، أو اتفقا على المدة واختلفا في النجوم ، مثل أن قال السيد : هي نجهان وقال العبد : هي ثلاثة .

قيل : القول قول السيد ( في هذه الصور<sup>(٤٠)</sup> ) كلها ؛ لأن العبد وكسبه لسيدته ، والمكاتب معاملة على مال السيد<sup>(٤١)</sup> بماله ، فالمدعي بالحقيقة هو العبد ؛ لأنه يدعي العتق بأداء ما اعترف به من المال ، والسيد هو المنكر فيكون القول قوله ، ولا شك في أن القول قوله في انكار زيادة المدة وزيادة النجوم ، لأن الاصل عدم الزيادة ، ولأن العبد هو المدعي فيها قطعاً ، فيصير القول قوله في الجميع .

واستحسن المصنف أن القول قول منكر الزيادة منها ؛ لان السيد قد اعترف بالكتابة وادعى على<sup>(٤٢)</sup> العبد ما لازائداً عما اعترف به ، والعبد ينكر تلك الزيادة فيكون القول قوله فيها ، والقول قول السيد في انكار زيادة المدة والنجوم ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا دفع مال الكتابة وحكم بحريته ، فبان العوض معيباً ، فان رضي المولى فلا كلام ، وإن رده بطل العتق المحكوم به ؛ لانه مشروط بالعوض ، ولو تجدد بالعوض عيب لم يمنع من الرد بالعيب الاول مع أرش

(٤٠) - من «ر» وفي الاصل وباقي النسخ : الصورة .

(٤١) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٤٢) - في «ر» : عليه .

الحادث ، وقال الشيخ : يمنع ، وهو بعيد .

أقول : البحث هنا في موضعين :

الاول : في بطلان العتق مع رد العوض بالعيب ، وبالبطلان قال الشيخ في المبسوط والمصنف والعلامة في الارشاد والتحرير ، وفي موضع من القواعد ، وبه قال الشهيد وهو المعتمد ؛ لان العتق مشروط بدفع العوض الذي وقع عليه العقد وهو الصحيح السليم ، فلما ظهر العوض معيباً ظهر أنه غير العوض المذكور في العقد ، ومع عدم دفع العوض يتحقق عدم العتق .

واستشكل العلامة بطلان العتق في موضع من القواعد ، ثم كتب عليه حاشية بخطه وهذه صورتها : منشأ الاشكال أن يقال : العتق إتلاف واستهلاك فاذا حكم بوقوعه لم يبطل كالخلع ، وأن يقال العتق انما يستقر باستقرار الاداء ، وقد ارتفع الاداء فيرفع العتق . هذا آخر ما كتبه العلامة نقله عنه فخر الدين في إيضاحه .

الثاني : اذا تجدد بالعوض عيب عند السيد ، هل يجوز له رده بالعيب السابق مع أرش الحادث ؟ منع منه الشيخ في المبسوط كما في البيع ، واختار المصنف والعلامة الرد مع الارش .

قال رحمه الله : يجوز أن يكتب بعض عبده اذا كان الباقي حراً أو رقاً له ، ومنعه الشيخ ، ولو كان الباقي لغيره فأذن صح ، وإن لم يأذن بطلت الكتابة ؛ لأنها تتضمن ضرر الشريك ؛ لان الكتابة ثمرتها الاكتساب ومع الشركة لا يمكن من التصرف .

أقول : اذا كاتب بعوض بعض عبده لا يخلو البعض الآخر من كونه حراً أو رقاً ، له أو لغيره ، فان كان البعض الآخر حراً صحت الكتابة إجماعاً ،

لاستغراق الكتابة للرق<sup>(٤٣)</sup>، فلا مانع حيثئذ، وإن كان بعضه رقاً لنفسه منع الشيخ في المبسوط من كتابة البعض، قال: لأن المقصود من الكتابة: وقوع العتق بالاداء، وهذا مفقود هنا؛ لأنه لا يتمكن من التصرف؛ لأن السيد يمنعه من التصرف بما فيه من الرق، ولا يأخذ من الصدقات وإذا أخذ اقتضى أنه يقاسمه السيد عليها، وإن كان الباقي رقاً لغيره اشترط الشيخ في صحة كتابة حصته إذن الشريك واختاره المصنف، وقد ذكر المصنف الوجه في ذلك.

وذهب في الخلاف إلى الجواز مطلقاً واختاره العلامة وهو المعتمد لقوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم»<sup>(٤٤)</sup>، ولأنه يجوز بيع النصيب وعتقه فيجوز كتابته؛ لأنها لا تنفك عنها وتمنع ضرر<sup>(٤٥)</sup> الشريك بالكتابة فإن السعي الثابت قبل الكتابة ثابت بعدها أقصى ما في الباب أن الشريك يقاسم شريكه وهنا يقاسم العبد، ويمنع مشاركته فيما يأخذه من الصدقات؛ لأنه إنما يأخذ بحجزه المكاتب ما يصرفه في الكتابة، ولا يجوز له صرفه في غيرها فلا يشاركه السيد في ذلك.

(٤٣) - في نسخة في الاصل: بالعتق.

(٤٤) - البهار، ج ٢، ص ٢٧٢.

(٤٥) - في الاصل: ضرر.

## في اللواحق

قال رحمه الله : اذا كان للمكاتب على مولاه مال ، وحل نجم ، فان كان المملان متساويين جنساً ووصفاً تهاترا ، ولو فضل لاحدهما رجع صاحب الفضل ، وان كانا مختلفين لم يحصل التقاص إلا برضاها ، وهكذا حكم كل غريمين ، وإذا تراضيا كفى ذلك ، وإن لم يقبض الذي له لم يعده عوضاً ، سواء كان الممل أثمناً أو أعواضاً ، وفيه قول آخر بالتفصيل .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : اذا كان للمكاتب على سيده مال وحل للسيد شيء من النجوم ، فان كان الحقان من جنس واحد من النقود تقاصاً ، وان اختلف الجنس او كان من غير النقود فان أحدهما لا يصير قصاصاً عن الآخر ، ثم إن كان المملان نقدين لم يحتج الى قبض الحقين ( معاً بل )<sup>(٤٦)</sup> يقبض أحدهما ما عليه من صاحبه ، ثم يردده عليه عوضاً عما له في ذمته ؛ لان دفع العوض عن الدراهم والدنانير التي في الذمة يجوز ، وإن كانا عرضين فلا بد أن يقبض كل واحد منها ما له على صاحبه ، ولا يجوز أن يقبض أحدهما ثم يرد ما قبضه على الآخر

عوضا عما له عليه ؛ لأن هذا العوض الذي في الذمة ثابت في أحد الجنسيتين ( عن سلم )<sup>(٤٧)</sup> فان المكاتب لا يجوز له أن يعوض عما في ذمته من المال ، وأخذ المال الثابت عن كتابة لو<sup>(٤٨)</sup> سلم غير جائز ، وإن كان أحدهما نقدا والآخر عرضا فانه إن قبض صاحب النقد حقه لم يجز أن يدفعه عوضا عن العرض الذي في ذمته بل عليه تسليمه وإقباضه ، وإن قبض صاحب العرض حقه جاز أن يدفعه بدلا عن النقد وعوضا عنه ، الى هنا كلام الشيخ ، وهو الذي أشار اليه المصنف بالتفصيل والمعتمد مذهب المصنف وهو اختيار العلامة ؛ لأن التقاص نوع من الإبراء فلا يفتقر الى القبض .

قال رحمه الله : إذا جنى عبد المكاتب لم يكن له فكه بالارش ، إلا أن يكون فيه القبطه له ، وكذا لو كان المملوك أبا المكاتب لم يكن له انفكاكه بالأرش ، ولو قصر عن قيمة الاب ؛ لانه يتعجل باتلاف مال له التصرف فيه ، ويستبقى مالا ينتفع به ؛ لانه لم يتصرف في أبيه ، وفي هذا تردد .

أ أقول : هذا التردد مبني على جواز شراء المكاتب لقريبه الذي ينعقد عليه ، فنقول أما مع إذن السيد فلا خلاف في جوازه ، ومع عدم الاذن فيه إشكال ، من حيث أنه تصرف يستلزم نقص المال ؛ لأن المكاتب اذا اشترى من ينعقد عليه كان موقوفا إن أدى<sup>(٤٩)</sup> المكاتب مال الكتابة ( والعق ، العتق القريب )<sup>(٥٠)</sup> ، وإن عجز المكاتب واسترق استرق القريب ، فيلزم من شراء القريب نقص المال ، لانقطاع تصرفه بقيمته ، وكل تصرف يشتمل على نقص المال فهو ممنوع منه بغير

(٤٧) - في الاصل : غير مسلم ، وما أثبتناه من النسخ .

(٤٨) - في النسخ : أو .

(٤٩) - في «ر» : نوى .

(٥٠) - ما بين القوسين من «م» و«ر» في الاصل : انعتق العتق القريب وفي «ن» : انعتق القريب .

إذن السيد ، ومن حيث أنه أشتري مملوكا لا ضرر فيه<sup>(٥١)</sup> على السيد بشرائه ؛ لأنه يأخذ كسبها ومع العجز يسترقها ، فلا ضرر عليه في ذلك .  
 والمعتمد الاول وهو مذهب الشيخ والعلامة فخر الدين ، فعلى هذا لو أذن السيد لمكاتبه بشراء أبيه فجنى الاب ، لم يجز له ( افتكاكه الامع )<sup>(٥٢)</sup> الاذن أيضاً ، وإن كان في ذلك<sup>(٥٣)</sup> غبطة ، ولو قلنا بجواز الشراء مع عدم<sup>(٥٤)</sup> الاذن جاز الافتكاك مع الغبطة من غير اذن .

(٥١) - ليست هذه الكلمة في «ر١» .

(٥٢) - في «ر١» بدل ما بين القوسين : انكار .

(٥٣) - في نسخة من الاصل : فيه .

(٥٤) - هذه الكلمة ليست في الاصل وهي في النسخ .





## في أحكام المكاتب

قال رحمه الله : اذا قال ضعوا عنه أوسط نجومه فان كان فيها أوسط عدداً ، أو قدراً انصرف اليه ، وإن اجتمع الأمران كان الورثة بالخيار في أيهما شاؤوا ، وقيل : تستعمل القرعة ، وهو حسن .

أقول : اذا قال : ضعوا عنه أوسط نجومه ، فاما أن يكون فيها وسط بحسب العدد لاغير ، أو بحسب القدر لاغير ، أو بحسب الاجل لاغير ، أو بحسب العدد والقدر ، أو بحسب العدد والقدر والاجل ، أو لا يكون لها وسط بحسب شيء ، فالاقسام ستة :

الاول : أن يكون لها وسط بحسب العدد لاغير ، كما اذا كان مال الكتابة ثلاثة دنائير في ثلاثة نجوم ، أجل كل نجم شهر ، قسط كل نجم دينار ، فان الوسط هنا بحسب<sup>(٥٥)</sup> العدد لاغير ؛ لأنه لا تفاوت في المال ولا في الاجل ، ومع عدم التفاوت لا يتقدر الوسط فيها ، فلم يبق غير العدد .

الثاني : أن يكون لها وسط بحسب القدر لاغير ، كسبعة دنائير في أربعة نجوم

أجل كل نجم منها شهر ، قسط الاول ديناران والثاني دينار ، والثالث دينار أيضاً ، والرابع ثلاثة دنانير ، فالوسط هنا ( الديناران ؛ لأن أقل ما فيها من المقادير دينار ، والاكثر الثلاثة ، وأوسط المقادير الديناران ؛ لأنه لاوسط لها )<sup>(٥٦)</sup> بحسب عدد النجوم ؛ لأنه أربعة ، ولا بحسب الاجل ؛ لأنه أربعة أشهر ، فلم يبق غير القدر .

الثالث : أن يكون لها وسط بحسب الاجل لا غير ، كأربعة دنانير في أربعة نجوم ، قسط كل نجم دينار ، وأجل الاول شهر ، والثاني شهران ، والثالث ثلاثة ، والرابع ثلاثة أيضاً ، فالأوسط الشهران<sup>(٥٧)</sup> ؛ لأنها بين الأقل والاكثر .

الرابع : أن يكون لها وسط بحسب العدد والقدر دون الاجل ، كستة دنانير في ثلاثة نجوم أجل كل نجم شهر ، وقسط الاول ديناران ، والثاني قسطه دينار ، وقسط الثالث ثلاثة ، فالثاني أوسط بحسب العدد ، والاول أوسط بحسب القدر ؛ لأنه بين الأقل والاكثر ، فلا أوسط لها بحسب الاجل لتساويها .

الخامس : أن يكون لها وسط بحسب العدد والجل والقدر ، كما اذا كان عدد النجوم ثلاثة ، ومال الكتابة ستة ، وأجل النجم الاول شهر وقسطه دينار ، وأجل الثاني شهران وقسطه ديناران ، وأجل الثالث ثلاثة أشهر وقسطه ثلاثة دنانير ، فالثاني وسط بحسب العدد والقدر والجل .

السادس : أن لا يكون لها وسط بحسب شيء كما اذا كانت النجوم أربعة ومال الكتابة أربعة ، والآجال أربعة ، فهنا لم يحصل الوسط بحسب شيء .

اذا عرفت هذا رجعنا الى الحكم فمع وجود الوسط وكونه واحداً يتعين ، لعدم وجود ما يحمل عليه لفظ الموصي غيره ، ومع تعدد الوسط يتخير الوارث ،

(٥٦) - ما بين القوسين من نسخة في هامش الاصل .

(٥٧) - في نسخة من الاصل إضافة كلمة : الثلاثة .

وقال ابن البراج : يستعمل القرعة ، واستحسنه المصنف لما فيه من العدل والمعتمد الاول ، والثاني أفضل ، ومع عدم الوسط يجمع بين نجمين فالثاني والثالث وسط للاربعة ، والثالث والرابع وسط للسته ، وهكذا .

قال رحمه الله : اذا اعتق مكاتبه في مرضه أو أبرأه من مال الكتابة ، فان برأ فقد لزم العتق والابراء ، وإن مات خرج من الثلث ، وفيه قول آخر : إنه من أصل التركة .

أقول : هذا القول مبني على خروج منجزات المريض من الاصل ، وقد مضى البحث فيه (٥٨) .



کتاب الاستیلاء



## في الأحكام

قال رحمه الله : ولو أولد أمة غيره مملوكاً ثم ملكها لم تصر أم ولده ، ولو أولدها حراً ثم ملكها ، قال الشيخ : تصر أم ولد ، وفي رواية ابن مارد : لا تصر أم ولد .

أقول : إذا وطئ أمة الغير بشبهة أو بعقد فأولدها حراً ثم ملكها بعد ذلك ، قال الشيخ : تصر أم ولد ؛ لأن طريقة الاشتقاق تقتضيه ، فالضابط عنده اجتماع نسب الولد منه وحرية وملك أمه ، فإذا اجتمعت هذه الثلاثة شروط صارت أم ولد ، والمعتمد عدم صيرورتها أم ولد إلا مع علوقها منه في ملكه للأصل ، ولما رواه الشيخ في التهذيب يرفعه الى ابن مارد ، عن الصادق عليه السلام : « في رجل يتزوج الامة ويولدها ثم يملكها ولم تلد عنده بعد ذلك ؟ قال : هي أم ولد إن شاء باعها ، ما لم يحدث بعد ذلك حمل ، وإن شاء أعتق »<sup>(١)</sup>.

قال رحمه الله : ولو وطأ المراهنة فحملت دخلت في حكم أمهات الاولاد ، وكذا لو وطأ الذمي أمته فحملت منه ، ولو أسلمت يبعث عليه ، وقيل : يحال بينه

---

(١) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء ، باب ٤ من ابواب الاستيلاء ، حديث ١ ولم نجد في التهذيب .



وبينها ، وتجعل على يد امرأة ثقة ، والاول أشبه .

١ أقول : البيع على الذمي مذهب الشيخ في المبسوط ، وبه قال ابن ادريس واختاره المصنف والعلامة في التحرير والشهيد في شرح الارشاد ، لوجوب انتفاء سبيل الكافر على المؤمن ، وهو لا ينتفي الا بالبيع .

وقال الشيخ في الخلاف : يحال بينه وبينها ، وتوضع على يد امرأة ثقة ، لعموم المنع<sup>(٢)</sup> من بيع أمهات الاولاد .

وقال العلامة في المختلف : تستسعى في قيمتها فاذا أدت عتقت للنهي عن بيع أمهات الاولاد ، وأبقاؤها في يد المولى لا يجوز ، وعتقها بجانا اضرازا على المولى ، وكذا الحيلولة بينه وبينها ، فيتعين السعي ، واختاره فخر الدين والاول هو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا مات مولاها وولدها حر جعلت في نصيب ولدها ، وعتقت عليه ، ولو لم يكن سواها عتق نصيب ولدها منها ، وسعت في الباقي ، وفي رواية : تقوم على ولدها إن كان موسراً ، وهي مهجورة .

أقول : الرواية إشارة الى ما رواه أبو بصير<sup>(٣)</sup> ، عن الصادق عليه السلام ، وبمضمونها أفق الشيخ في المبسوط وابن الجنيد ، وهو بناء على أن من ملك بعض قريبه بغير اختياره هل يقوم عليه أم لا ؟ وقد سبق البحث فيه<sup>(٤)</sup> ، والمشهور الاستسعاء وهو المعتمد .

قال رحمه الله : إذا أوصى لام ولده ، قيل : تنعتق من نصيب ولدها وتعطى الوصية ، وقيل : تنعتق من الوصية ، فان فضل منها شيء عتق من نصيب ولدها ،

(٢) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء ، باب ٢ من ابواب الاستيلاء ، حديث ١ .

(٣) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء ، باب ٥ من ابواب الاستيلاء ، حديث ٢ .  
والاستبصار ، كتاب العتق ، باب ٨ ، حديث ٤١ .

(٤) - ص ٣٧٩ .

وهو أشبه .

أقول : قال الشيخ في النهاية تعتق من نصيب ولدها وتعطي الوصية ، واختاره العلامة في المختلف ؛ لان التركة تنتقل الى الورثة بنفس الموت ، فيثبت ملك الولد على جزء من أمه فيعتق عليه وتعطي الوصية .

وقال ابن ادريس : تعتق من الوصية ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والارشاد والتحرير وأبو العباس في باب الوصايا من المختصر ، وهو المعتمد ؛ لان الارث متأخر عن الوصايا ، لقوله تعالى : ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾ (٥) .

قال رحمه الله : اذا جنت أم الولد تعلقت الجناية برقيبتها ، وللمولى فكها وبكم يفكها ؟ قيل : بأقل الامرين من الجناية وقيمتها ، وقيل : بأرش الجناية ، وهو الاشبه ، وإن شاء رفعها الى المجني عليه ، وفي رواية مسمع ، عن أبي عبد الله عليه السلام : « جنايتها في حقوق الناس على سيدها » (٦) .

أقول : اذا جنت أم الولد تعلقت الجناية برقيبتها ؛ لأنها مملوكة وجناية المملوك متعلقة برقبته ، فلو أراد المولى فكها في الخطأ كان ذلك اليه .

وبكم يفكها ؟ قال الشيخ في المبسوط : بأقل الامرين ، واختاره العلامة ؛ لأنه ان كانت الجناية أقل فلا يجب غيرها ، وإن كانت أكثر فلا يجب عليه غير قيمة الجاني ، وقال في الخلاف : يفكها بالارش سواء زاد عن قيمتها أو نقص ؛ لأنه هو الذي تعلق برقيبتها ، فاذا اختار المولى فكها كان الواجب فكها بما تعلق برقيبتها ، واختاره المصنف . واختار الشهيد الاول وهو المعتمد ، ورواية مسمع (٧)

(٥) - النساء : ١١ - ١٢ .

(٦) - الوسائل ، كتاب الحدود والتعزيرات ، باب ١٤ من ابواب بقية الحدود والتعزيرات ، حديث ٢ .

(٧) - المتقدمة .

محمولة على أن للمولى الفداء .

وقال الشيخ في باب الديات من المبسوط : جناية أم الولد على سيدها بلا خلاف إلا أبو ثور جعلها في ذمتها تتبع به بعد العتق ، وقال في باب الاستيلاء من المبسوط ، أيضاً : يتعلق أرض جنايتها برقبته بلا خلاف .

قال رحمه الله : روى محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في وليدة نصرانية أسلمت عند رجل ، وولدت منه غلاماً ومات ، فاعتقت وتزوجت نصرانياً وتنصرت وولدت ، فقال عليه السلام : ولدها لابنها من سيدها ، وتحبس حتى تضع فإذا ولدت فاقتلها ، وفي النهاية : يفعل بها ما يفعل بالمرتدة ، والرواية شاذة .

أقول : رواية محمد بن قيس<sup>(٨)</sup> هذه مخالفة للاصول في شيئين ؛ لأنها تضمنت استرقاق الولد وهو حر ، والحر لا يجوز استرقاقه ، وتضمنت تحتم القتل على المرأة بالارتداد وهو ممنوع ، والمعتمد اطراح الرواية والحكم بحرية الولد ، وتحبس هي وتضرب أوقات الصلوات حتى تتوب أو تموت .

(٨) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء ، باب ٨ من ابواب الاستيلاء ، حديث ١ .

کتاب الاقرار



## النظر الاول في الصيغة

قال رحمه الله : ولو قال : ان شهد لك فلان فهو صادق ، لزمه الاقرار في الحال ؛ لأنه إذا صدق وجب الحق وان لم يشهد .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ في المبسوط ، ونقلها المصنف والعلامة في كتبه كما قالها الشيخ ولم يترددوا<sup>(١)</sup> فيها ، ومنع الشهيد ذلك ، قال : لا مكان اعتقاد المخبر أن شهادته محال ، والمحال جاز ان يستلزم المحال ، ولأن الاقرار المعلق على شرط ممكن باطل .

وعلل المصنف لزوم الاقرار في الحال : لأنه اذا صدق وجب الحق وإن لم يشهد ، وبيانه : أن المقر قد اعترف بصدق الشاهد على تقدير الشهادة ، ويلزم من صدقه ثبوت المال في ذمة المقر ، وينعكس الى قولنا كلما لم يكن المال ثابتا في ذمة المقر لم يكن الشاهد صادقا ، وقد ثبت كونه صادقا باقراره ؛ لأن « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز »<sup>(٢)</sup> ، فيكون المال ثابتا في ذمته ، فيلزم به في الحال وان لم

---

(١) - كذا .

(٢) - الوسائل ، كتاب الاقرار ، باب ٣ ، حديث ٢ .

يشهد ؛ لأن الشهادة ليس لها تأثير في ثبوت الصدق ولا عدمه ؛ لأنه لولا ثبوت الصدق عند المقر لما علقه على الشهادة ، اذ يستحيل أن تجعله الشهادة صادقا اذا كان غير صادق ، واذا لم يكن للشهادة تأثير في حصول الصدق وقد حكم به ، وجب أن يلزم بالمال وإن لم يشهد الشاهد .

ووجه اختيار الشهيد أن تعليق الصدق على شهادته يوجب توقفه على الشهادة ؛ لان المعلق على شرط متوقف على حصول ذلك الشرط ، والشهادة وإن كانت ممكنة في نفس الامر فانها قد تكون محالة بالنسبة الى اعتقاد المخبر ؛ لانه قد يعتقد عدم ثبوت المال في ذمته ويعتقد صدق الشاهد ، وأنه لم يشهد بغير الحق ويجزم بذلك .

ويلزم من هذا الاعتقاد عدم وقوع الشهادة من الشاهد الذي أشار اليه ، لاعتقاده صدقه وعدالته ، وعدم ثبوت المال في ذمته فلا يشهد عليه بما ليس في ذمته ، فتعلق الاقرار على شهادته لا يكون اقرارا ، وأيضاً فان الاقرار المعلق على شرط باطل باتفاقهم ؛ لأن الواجب لا يقبل التعليق وهذا معلق فيكون باطلا ، وهذا في غاية القوة الا انه مخالف لجمهور الاصحاب .

قال رحمه الله : اذا قال : له علي ألف إذا جاء رأس الشهر ، لزمه الالف ، وكذا لو قال : إذا جاء رأس الشهر فله علي ألف ، ومنهم من فرق ، وليس شيئا .

أقول : الفرق هو إن بدأ بالمال لزمه ولغت الضميمة ، وإن بدأ بالشهر لم يلزمه شيء ، وهذا مذهب العلامة في التحرير ، أما اللزوم مع تقدم ذكر المال . فلأن قوله : علي الف ، اقرار صحيح وقوله : اذا جاء رأس الشهر ، تعقيب له بما يبطله ، فيلزم الاقرار وتلغو الضميمة ، واما البطلان مع تقديم فلأن قوله : اذا جاء رأس الشهر فله علي الف ، تعليق على الصفة ، والاقرار المعلق غير جائز .

والمصنف استضعف هذا الفرق ، إذ لا فرق بين تقديم حرف الشرط

وتأخيره ، فكما يلزم الاقرار مع تأخير الشرط ، كذا يلزم مع تقديمه .

والشاهد رحمه الله أطلق البطلان في صورتين معاً للتعليل ، ولعدم الفرق بين تقديم الشرط وتأخيره ، وجزم العلامة في القواعد والارشاد بالصحة مع قصد التأجيل ، وبالبطلان مع قصد الشرط وهذا هو المعتمد ، فعلى هذا يستفسر ويقبل قوله بالقصد .

قال رحمه الله : ولو قال : كثيراً ، قال الشيخ رحمه الله : يكون ثمانين ، رجوعاً في تفسير الكثرة الى رواية النذر<sup>(٣)</sup> ، وربما خصها بعض بموضع الورود ، وهو حسن ، وكذا لو قال : عظيم جداً ، كان كقوله : عظيم ، وفيه تردد . أقول : هنا مسألتان :

الاولى : اذا قال له عندي مال كثير ، قال الشيخ في الخلاف والمبسوط : يلزم ثمانون درهما ، وتبعه ابن البراج ؛ لأنه قد ثبت في عرف الشرع هذا المقدار في النذر فكذا في غيره ، والالزم الاشتراك والاصل عدمه ، وقال ابن ادريس يرجع في تفسيره اليه ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأن حمله على النذر قياس وهو باطل ، ولأنه مجهول فيرجع في تفسيره اليه وهو المعتمد .

الثانية : اذا قال له عندي مال عظيم جداً ، هل يقبل تفسيره بالقليل كما يقبل لو قال عظيم واقتصر ؟ قال الشيخ وابن ادريس : يقبل ، واختاره العلامة والشاهد وهو المعتمد ، وتردد المصنف ، ومنشؤه من أن لفظة جداً موضوعة للمبالغة في الكثرة فلا يقبل تفسيره لها بأقل ما لا يمكن حمل الكثرة عليه ، ومن أن كل مال فهو عظيم جداً لعظم خطره ( وهو كفر مستحله )<sup>(٤)</sup> والاصل براءة الذمة من الزائد على ما يفسره المقرر .

(٣) - الوسائل ، كتاب النذر والعهد ، باب ٣ ، حديث ( ٤ ، ٣ ، ٢ ، ١ ) .

(٤) - ما بين القوسين ليس في «م» و «ر» .



قال رحمه الله : لو قال له كذا درهم ، كان اليه تفسيره ، كما لو قال : شيء ، ولو فسره بالدرهم نصباً أو رفعاً ، كان إقراراً بدرهم ، وقيل : إن نصب كان له عشرون ، ويمكن هذا مع الاطلاع على القصد ، وإن خفض احتتمل بعض الدرهم ، واليه تفسير البعضية ، وقيل : يلزمه مئة مراعاة لتجنب الكسر ، ولست أدري من أين نشأ هذا الشرط .

أقول : قال الشيخ في المبسوط والخلاف : إذا قال له على كذا درهم ، بالرفع لزمه درهم ، فإن خفض لزمه مئة ، وإن نصب لزمه عشرون ، ووجهه : أن أقل عدد مفرد تفسيره بمفرد مجرور مئة ، وأقل عدد مفرد تفسيره بمفرد منصوب عشرون ، وقال ابن ادريس : يرجع بالتفسير اليه ؛ لأن كذا لفظ مفرد مبهم مجمل ، ولا يعلق على الذم شيئاً بلفظ مجمل ، لاصالة براءة الذمة ، واختاره المصنف والعلامة وابنه والشهيد وهو المعتمد ، ويكون الرفع على البذل والنصب على التمييز والجور على الاضافة ؛ لأن الجور يحصل بعد الجزء من الدرهم مثل نصف درهم وربيع درهم وما شابه ذلك .

وقال العلامة في المختلف : ان كان المقر من أهل اللسان لزمه ما قاله الشيخ ، وإلا رجع الى تفسيره كما اختاره ابن ادريس ، واختاره المقداد في شرح المختصر وهو معارض بالبراءة الاصلية ، وكون الرفع على البذل والنصب على التمييز والجور على الاضافة كما قلناه اولاً ، فلا يخرج بذلك عن كونه<sup>(٥)</sup> من أهل اللسان .

قال رحمه الله : ولو قال : كذا كذا ، فإن اقتصر فاليه التفسير ، وإن أتبعه بالدرهم نصباً أو رفعاً ، لزمه درهم ، وقيل : إن نصب لزمه أحد عشر ، ولو قال : كذا وكذا درهماً نصباً ، أو رفعاً لزمه درهم ، وقيل : ان نصب لزمه أحد

وعشرون ، والوجه الاقتصار على التعيين [اليقين] الامع العلم بالقصد .

أقول : اذا كرر كذا<sup>(٦)</sup> بغير عطف ، قال الشيخ : يلزمه أحد عشر درهماً ؛ لأن أقل عدد دين ركبا وانتصب ما بعدها أحد عشر ، وعند ابن ادريس والمصنف والعلامة ومن تابعهم يلزمه درهم ، كأنه قال : شيء شيء ، وفي الجر يحتمل أنه أضاف الجزء الى جزء ثم<sup>(٧)</sup> اضاف الاخر الى الدرهم كنصف ربع درهم ، والاصل براءة الذمة من الزائد ، وهذا هو المعتمد .

واذا كرر مع العطف ، قال الشيخ : يلزمه أحد وعشرون ، وقال ابن ادريس . ومتابعوه : يلزمه درهم ؛ لأنه يجعل فيرجع الى تفسيره ، لاصالة براءة الذمة من الزائد وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو قال : أليس لي عليك كذا ؟ فقال : بلى ، كان إقراراً ، ولو قال : نعم ، لم يكن إقراراً ، وفيه تردد من حيث يستعمل الأمران استعمالاً ظاهراً .  
أقول : منشأ التردد من تعارض العرف واللغة ؛ لأن أهل العرف لا يفرقون بين لفظي نعم وبلى في كونها إقراراً ؛ لأن تقدير الكلام : نعم لك عندي ، والاقرار انما يحمل على مفهوم العرف دون دقائق العربية ، ومن حيث أن نعم في جواب السؤال تصديق لما دخل عليه حرف الاستفهام ، فقوله : نعم ، أي ليس لك علي كذا وبلى تكذيب لما دخل عليه حرف الاستفهام ؛ لان اصل بلى بل وهي للرد والاستدراك ، وقوله : بلى ، رد لقوله : أليس لي عليك كذا ، لأنه الذي دخل عليه حرف الاستفهام ونفى له ، ونفي النفي إثبات ، قال تعالى : ﴿ ألسنت بربكم ؟ قالوا : بلى ﴾<sup>(٨)</sup> ، فلو قالوا : نعم كفروا ، وقال تعالى : ﴿ يحسب الانسان أن لن نجوع

(٦) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

(٧) - هذه الكلمة ليست في الاصل .

(٨) - الاعراف : ١٧٢ .

عظامه ، بلى قادرين ﴿٩﴾ ، والمشهور عند<sup>(١٠)</sup> الاصحاب أن قوله ( نعم ) بعد الاستفهام ليس إقراراً ، وهو مذهب الشيخ واختاره العلامة وابنه وأبو العباس في مقتصره ، وتردد المصنف في كتابه<sup>(١١)</sup> .

واستقرب الشهيد في دروسه عدم الفرق بين بلى ونعم في كونها اقراراً ، وربما قيل : بالتفصيل ، وهو إن كان المقر من أهل العربية لم يكن إقراراً ، والا كان إقراراً ، وهو غير بعيد من الصواب .

قال رحمه الله : الاستثناء من الجنس جائز ، ومن غير الجنس على تردد .  
أقول : منشؤه من أن الاستثناء اخراج ما لولاه لدخل في اللفظ ، وغير الجنس غير داخل في اللفظ فلا يخرج بالاستثناء ، ولأن ثبوت الاستثناء في الاقرار على خلاف الاصل ، لما يتضمن

من الانكار بعد الاقرار ، فيقتصر على موضع الوفاق ، ومن أن استعمال الاستثناء من غير الجنس كاستعماله من الجنس ، وقد ورد ذلك في قوله تعالى وفي أشعار العرب ، أما قوله تعالى : ﴿ فأنهم عدو لي إلا رب العالمين ﴾<sup>(١٢)</sup> ، ﴿ لا يسمعون فيها لغواً ولا تأثيماً إلا قليلاً سلاماً سلاماً ﴾<sup>(١٣)</sup> وأمثال ذلك ، وأما أشعار العرب فنقل قولهم :

وبلدة ليس بها أنيس      إلا اليساخير والاميس<sup>(١٤)</sup>  
وأمثال ذلك كثير ، وإذا ورد استعماله من غير الجنس كاستعماله من

(٩) - القيامة : ٢ ، ٣ .

(١٠) - في «ر» : بين .

(١١) - في «م» : كتابه .

(١٢) - الشعراء : ٧٧ .

(١٣) - الواقعة : ٢٥ ، ٢٦ .

(١٤) - أوضح المسالك ، ج ٢ ، الشاهد رقم ٢٦١ .

الجنس، ثبت الجواز فيها، لثبوت الاستثناء في الاقرار وهو المعتمد، لكن يجب أن يبقى شيئاً بعد رفع قيمة المستثنى، فلو لم يبق شيء، قال ابن الجنيدي: بطل الاستثناء ووجب ما أقرببه أولاً؛ لأن الاستثناء باطل وإذا بطل بقي ما أقرببه، والمعتمد بطلان التفسير ويطلب بتفسير غيره، بحيث يبقى بعد قيمة المخرج شيء. قال رحمه الله: اذا قال: له عشرة إلا درهما، كان إقراراً بتسعة ونفياً للدرهم، ولو قال: الا درهم، كان اقراراً بالعشرة.

أقول: الفرق بين النصب والرفع كون النصب على الاستثناء؛ لأن الاستثناء من الموجب يوجب النصب، فالأ هنا حرف استثناء، والرفع يكون على الوصف فلا يكون إلا حرف استثناء، ولهذا كان ما بعدها مرفوعاً، قال ابن ادريس: لأن المعنى غير درهم، ومثله قول الشيخ في المبسوط.

قال رحمه الله: ولو قال: ما له عندي شيء إلا درهم، كان اقراراً بدرهم، وكذا لو قال: ما له عشرة الا درهم، كان اقراراً بدرهم، ولو قال: إلا درهماً، لم يكن إقراراً بشيء.

أقول: الفرق بين الرفع والنصب هنا كون الرفع على البطل من العشرة، فكأنه قال: ماله علي إلا درهم، أبدل الدرهم من العشرة فيثبت عليه درهم، وأما عدم لزوم شيء مع النصب؛ فلأنه أدخل حرف النفي، وهو (ما) على الجملة الموجبة المشتملة على الاستثناء، وذلك ماله على عشرة إلا درهماً، فلما أدخل حرف النفي وهو (ما) على هذه الجملة يكون قد نفى ثبوت ذلك عن ذمته، ومعناه أن هذا المقدار الذي هو عشرة إلا درهماً ليس له علي، فلها لم يلزمه شيء. (X)



## النظر الثاني في المقر

قال رحمه الله : ويقبل إقرار المفلس ، وهل يشارك المقر له الغرماء ، أو يأخذ حقه من الفاضل ؟ فيه تردد .

أقول : منشؤه من تعلق حقوق الغرماء بأعيان ماله فلا يشارك المقر له ، بل يعطي من الفاضل عن الغرماء إن كان والابقي في ذمة المقر ، ومن أن المقر له صار غريباً فيشارك الغرماء ، في أعيان ماله ، وقد مضى البحث في هذه في باب المفلس (١٥).

والتحقيق : إن كان المفلس غير متهم في إقراره اختص المقر له بالعين ويشارك الغرماء في الدين ، وإن كان منها وكان الإقرار بعين أو قفست ، فإن فضلت عن دين الغرماء أخذها المقر له ، وإن لم تفضل أخذها الغرماء وتبع المقر له المفلس في قيمتها ، وإن كان الإقرار بدين لم يشارك الغرماء مع التهمة ، فإن فضل عن الغرماء شيء أخذها المقر له والابقي في ذمة المقر .

قال رحمه الله : ويقبل وصية ، المريض في الثلث وإن لم يحجز الورثة ، وكذا

إقراره للوارث والاجنبي مع التهمة على أظهر القولين .

أقول : اختلف علماؤنا في إقرار المريض اذا مات في مرضه على أربعة أقوال :

الاول : أنه يمضي من الاصل مع عدالة المقر وانتفاء التهمة في اقراره ، ومن الثلث إن كان متها ، سواء كان الاقرار لوارث او لأجنبي ، وهو قول الشيخ في النهاية وابن البراج والمصنف هنا ، واختاره العلامة والشهيد ، ومستندهم الروايات الصحاح ، كرواية اسماعيل بن جابر <sup>(١٦)</sup> في الصحيح وصحيحة الحلبي <sup>(١٧)</sup> وصحيحة منصور بن حازم <sup>(١٨)</sup> ، عن الصادق عليه السلام .

الثاني : قال المفيد : إقرار العاقل في مرضه للاجنبي والوارث سواء ، وهو ماضٍ واجب لمن اقر له به ، واذا كان على الرجل دين معروف بشهادة قائمة وأقر لقوم آخرين بدين مضافاً الى ذلك ، كان إقراره ماضياً عليه ، وللقوم أن يحاسبوا <sup>(١٩)</sup> باقي الغرماء فيما تركه بعد وفاته ، واذا كان عليه دين يحيط بما في يده فأقر بأنه وديعة لوارث أو غيره قبل إقراره إن كان عدلاً مأموناً ، وإن كان متها لم يقبل اقراره انتهى كلام المفيد رحمه الله .

ومضمونه قبول الاقرار بالدين ، ووجوبه لمن أقر له به سواء كان وارثاً أو غير وارث ، وسواء كان هناك دين أو لم يكن ، وسواء كان متهاً أو غير متهم ، وهو قول سلال وابن ادريس ، لعموم : « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » <sup>(٢٠)</sup> ، ولم

(١٦) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١٦ من ابواب احكام الوصايا ، حديث ٣ .

(١٧) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١٦ من ابواب احكام الوصايا ، حديث ٥ - ٧ .

(١٨) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١٦ من ابواب احكام الوصايا ، حديث ١ وكتاب الاقرار ، باب ١ ، حديث ١ .

(١٩) - من النسخ وفي الاصل غير واضح وكأنها : يحاسبوا .

(٢٠) - الوسائل ، كتاب الاقرار ، باب ٣ ، حديث ٢ .

يشترط العدالة في الاقرار بالعين الا اذا كان هناك دين مستغرق، وقال الشيخ في النهاية : اذا كان عليه دين مستغرق<sup>(٢١)</sup> فاقرأن جميع ما في ملكه لبعض ورثته لم يقبل إقراره الا ببينة، فان لم يكن عند المقر له بينة أعطى صاحب الدين حقه أولاً ثم ما يبقى يكون ميراثاً، قال ابن ادريس : ما ذكره رحمه الله صحيح إن أضافه الى نفسه ولم يقل إنه حق واجب، وأما إن أطلق إقراره ولم يقل : جميع ما في ملكي، او هذه داري لفلان، بل قال : هذه الدار لفلان، أو جميع هذا الشيء لفلان، كان ذلك صحيحاً، سواء كان المقر له وارثاً أو غير وارث، في صحة كان إقراره او في مرض، وعلى جميع الاحوال.

قال العلامة في المختلف : والحق أن الشيخ رحمه الله لم يعتبر ما قاله ابن ادريس هنا، اذ لا خصوصية لهذا الموضع بهذا الحكم، بل إنما لم يقبل إقراره ؛ لأنه في الحقيقة إقرار في حق الغير فلا يسمع الا بالبينة انتهى كلام العلامة، والمراد بالبينة بينة المقر له على استحقاق المقر به، وظاهر المختلف موافقة النهاية، وهو الصحيح مع التهمة اذ لو صح ذلك لكان وسيلة الى إسقاط حق أهل الدين ؛ لان كثيراً من الناس لا يبالي بذمته ويجتهد باسقاط الحق عنه بالجحود والايان الكاذبة والشهود المزورة، فاذا حصل له اسقاط الحق عنه باقراره ان ما في يده لورثته أو لغيرهم من غير بينة باستحقاق المقر له كان ذلك أهون عليه من كل شيء، وفعل ذلك أكثر الناس الا الاتقياء والصالحين وقليل ما هم.

الثالث : انه يعضى من الاصل مطلقاً، سواء كان لوارث أو لاجنبي، وسواء كان متهاً أو غير متهم، وهو قول سلال وابن ادريس، لعموم : «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز»<sup>(٢٢)</sup>.

(٢١) - هذه الكلمة ليست في النسخ.

(٢٢) - تقدمت في الصفحة السابقة.



الرابع : أنه يمضي من الثلث إن كان لوارث ، سواء كان المقر متهماً أو غير متهم ، ومن الاصل إن كان لأجنبي ، مع عدم التهمة ومعها من الثلث ، وهو قول المصنف في المختصر ولم أجد به قائلاً غيره ، ولعل وجهه الجمع بين الاقوال والروايات<sup>(٢٣)</sup> ، والمعتمد الاول .

تنبيه : المراد بالتهمة العلم او الظن المتأخم له بقرينة حالية أو مقالیه بارادة تخصيص المقر له ، وان الاقرار ليس صحيحاً في نفس الامر ، ولو اختلفا في التهمة فادعاها الوارث وأكراها المقر له ، كان الاصل عدم التهمة فعلى مدعيها البينة وعلى المنكر اليقين مع عدمها ، ويكفيه الحلف على عدم العلم بالتهمة .

ولا يجب عليه الحلف على أنها ليست حاصله في نفس الامر ؛ لأن الاقرار مبني على الظاهر وهو غير مطلع على قصد المقر ، ولا يشترط في صحة الاقرار علم المقر له بثبوت الحق في ذمة المقر ، لا مكان خفاء سبب الاستحقاق ، فلا يجب عليه بين الاستحقاق في ذمة المقر ، بسبب غير الاقرار ؛ لأنه قد لا يعلمه بل يجب عليه الحلف أنه لا يعلم كونه متهما في حقه ، ولا بينها مواطاة على ذلك ، فان ذكر المقر السبب وصدقه المقر له وجب الحلف على الاستحقاق .

قال رحمه الله : ويقبل الاقرار بالمهم ، ويلزم المقر بيانه ، فان امتنع حبس وضيق عليه حتى يتبين ، وقال الشيخ رحمه الله : يقال له : إن لم تفسر جعلتلك ناكلاً ، فان أصر حلف المقر له .

أقول : المعتمد اختيار المصنف وهو حبسه حتى يبين ؛ لأنه صار مقراً ، وبالامتناع عن التفسير يصير مانعاً لحق قد ثبت عليه ، ومن امتنع من حق ثابت عليه مع قدرته عليه ، حبس حتى يخرج منه .

## في المقرله

قال رحمه الله : لو أقر للبهيمة لم يقبل ، ولو قال : بسببها ، صح ويكون الاقرار للمالك ، وفيه إشكال ، إذ قد يجب بسببها مالا يستحقه المالك ، كأرش الجناية على سائقها أو راكبها .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : إذا قال بسببها كان للمالكها حملا على أنه استأجرها أو جنى عليها ، وعوض الاجارة وارش الجناية للمالك قطعا ، ولأن الأسباب المقتضية لتملك المالك هي الغالبة ، ويرد عليه ما قاله المصنف ؛ لأنه قد يجب بسببها مالا يستحقه المالك ، كأرش الجناية على سائقها أو راكبها ، فحينئذ الكلام محتمل لأمرين وتخصيصه في أحدهما دون الآخر لا وجه له ، إذ لا دلالة للعام على الخاص .

وظاهر العلامة في القواعد والتحرير بطلان الاقرار ما لم يقل بسببها للمالكها أو لاجنبي ، فيلزم حينئذ ، فعلى هذا لو قال بسببها واقتصر لزم التفسير ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو أقرَّ لحمل صح ، سواء أطلق أو بين سببا محتملاً ،

كالارث والوصية ، ولو نسب الاقرار الى السبب الباطل كالجناية عليه ، فالوجه الصحة ؛ نظراً الى مبدأ الاقرار ، وإلغاء لما يبطله .

أقول : وجه الصحة عموم قوله عليه السلام : « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز »<sup>(٢٤)</sup> وقد أقر إقراراً ممكننا مع كونه مختاراً فيلزم بما أقر به ، ولا يلتفت الى تفسيره بما يبطله ، لعدم قبول الانكار بعد الاقرار وهذا اختيار المصنف والعلامة ، وقال ابن الجنيدي وابن البراج : يبطل إقراره ، واختاره فخر الدين ، لأصالة براءة الذمة ، ولان الكلام كله كالجملية الواحدة لا يتم أوله الا بآخره .

فرع : لو أقر لمسجد أو مقبرة وفسره بسبب صحيح ، كما لو قال من غلة وقفه صح الاقرار قطعاً ، وان اطلق أو فسره بسبب فاسد كان فيه الوجهان المذكوران في الحمل ، والمعتمد صحة الاقرار له مطلقاً سواء أطلق أو فسره بسبب صحيح أو فاسد .

قال رحمه الله : ولو أقر بعد لانسان فأنكر المقر له ، قال الشيخ : يعتق ؛ لأن كل واحد منهما أنكر ملكيته ، ولو قيل : يبقى على الرقية المجهولة المالك كان حسناً .

أقول : أما قول الشيخ فقد ذكر المصنف وجهه ، وأما وجه ما استحسسه المصنف فانه عبد محكوم برقه ، وهو مال ورفع الخاص لا يستلزم رفع العام ؛ لأنه لا يلزم من خروجه عن ملك المقر بالاقرار ، وخروجه عن ملك المقر له بالانكار ، خروجه عن المالية المجهولة المالك ، فان ادعى العبد الحرية ، قال فخر الدين : يقبل دعواه ؛ لأنه مدع لا منازع له ، ويحتمل عدم للحكم عليه بالملكية .

فروع : الاول : اذا أقر بعد لزيد فكذبه زيد ، وأقر العبد أنه لعمر وصدقه عمرو على إقراره ، قوى الشيخ عتق العبد وعدم الالتفات الى إقراره لعمر ،

وصاحب اليد اعترف به لزيد وقد أنكره زيد فينتعق ، وتبعه ابن البراج .  
واختار العلامة قبول إقرار العبد ، لانتهاء ملك المقر والمقر له ، فيبقى إقراره صادر عن عاقل فينفذ الاقرار إذ لا مزاحم له .

الثاني : اذا أقر بعين لزيد فكذبه لم تسلم العين لزيد ، وهل يترك في يد المقر أو ينتزعها الحاكم ؟ يحتمل الاول ؛ لأننا لانعرف مالكها ويد من له أهليه اليد عليها ، والاصل في يد المسلم وأفعاله الصحة فهو أولى الناس بحفظها ، ويحتمل انتزاع الحاكم لها وكونه أولى من صاحب اليد ؛ لأنه ولي الغائب فحينئذ له أن يتركها في يد صاحب اليد ويكون أميناً للحاكم .

الثالث : لو رجع المقر له عن تكذيب المقر وصدقه على اقراره له بالعين ، قبل رجوعه ؛ لأنه لم يصدر منه اعتراف لغيره بل اقتصر على مجرد الانكار ، وذلك غير قادح في رجوعه ؛ لانه<sup>(٢٥)</sup> صاحب اليد قد أعترف له بها ( فصدقه وله )<sup>(٢٦)</sup> انتزاعها ، ولا فرق بين العبد وغيره على القول ببقاء العبد على الرقية المجهولة المالك .

الرابع : لو رجع المقر عن إقراره وكذب نفسه بالاقرار بعد انكار المقر له ، لم يقبل رجوع المقر ؛ لانه اعترف بالحق لغيره وسلبه عن نفسه فلا يقبل رجوعه بعد ذلك ، لعموم : « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز »<sup>(٢٧)</sup> ، والفرق بين رجوع المقر والمقر له أن رجوع المقر أنكار بعد اقرار وهو غير مقبول ورجوع المقر له اعتراف بدعوى أنكرها قبل والاعتراف بعد الانكار مقبول .

قال رحمه الله : ولو أقر أن المولى أعتق عبده ثم اشتراه ، قال الشيخ : صح

(٢٥) - في «م» و «ر» : لأن .

(٢٦) - في النسخ بدل ما بين القوسين : وصدقه فله .

(٢٧) - تقدم ذكر الرواية قريباً .

الشراء ولو قيل يكون ذلك استنقاذاً لاشراء أكان حسناً . وينعتق .

أقول : الشهادة على الغير بعين في يده يكون إقراراً من الشاهد من وجه ، بمعنى أنه لو لم ينفذ شهادته ثم حصل يوماً من الدهر في يد الشاهد ، بحيث لولا شهادته كان ملكه ، تمحضت تلك الشهادة للاقرار وحكم عليه بمقتضاها ، فلو قال : أن زيداً اعتق سالماً ، لم يحكم بحريته لمجرد قوله ويبقى على ملك زيد ، فلو اشتراه الشاهد من زيد ، قال الشيخ في المبسوط : صح الشراء ؛ لأن الشارع لم يعتبر قول الشاهد فكان شراؤه صحيحاً ؛ لأنه اشترى عينا مملوكة للبايع في ظاهر الشرع فيصح شراؤه ، واستحسن المصنف كون الشراء هنا استنقاذاً ؛ لان البيع مركب من جزئين إيجاب وقبول ، وصحة البيع موقوفة على صحتها ويفسد بفساد أحدهما ، والقبول غير صحيح لاعتراف المشتري بحرية العبد والحر لا يصح تملكه . والمعتمد أنه بيع من جهة البائع واستنقاذ من جهة المشتري فلا يثبت فيه خيار المجلس ولا خيار الحيوان ولا خيار الشرط .

فان مات هذا العبد ولا وارث له ، قال المصنف كان للمشتري من تركته قدر الثمن خاصة ، وأطلق القول في ذلك والمراد به اذا اعترف أنه أعتقه عتقا يستحق به الولاء على العبد ، أما اذا لم يكن له على العبد ولاء فانه لا يجوز أخذ شيء من تركته . واستشكل الشهيد أخذ الثمن من تركته على تقدير ثبوت الولاء ؛ لأن المشتري متبرع بدفع الثمن فليس له مقاصة المدفوع اليه ، ثم أجاب بان مثل هذا الدفع مرغّب فيه للاستنقاذ ، ويكون مضمونا على القابض لظلمه .

قال رحمه الله : إذا قال : علي ألف وقطع ، ثم قال : من ثمن مبيع لم أقبضه ، لزم الالف ، ولو وصل فقال : له علي ألف من ثمن مبيع وقطع ، ثم قال : لم أقبضه ، قبل ، سواء عين المبيع أو لم يعينه ، وفيه احتمال بالتسوية بين الصورتين ، ولعله أشبه .

أقول : أما لزوم الالف في الصورة الاولى فهو اجماع لم أجد فيه مخالفاً ، وأما الصورة الثانية فقد قال الشيخ في المبسوط والخلاف : يقبل قوله ( لم أقبضه ) ، وبه قال ابن البراج ، واختاره العلامة في المختلف وابنه في شرح القواعد ، لأن قوله<sup>(٢٨)</sup> ( لم أقبضه ) لا ينافي إقراره الاول ؛ لأنه قد يكون عليه ألف درهم ولا يجب عليه التسليم قبل قبض المبيع ، ولان للانسان أن يخبر بما هو ثابت في ذمته على حد ما هو ثابت في الذمة ، وقد يشتري الانسان ولا يقبض المبيع وكان له أن يخبر بذلك ، ولو ألزم بغير ما أقر به كان ذلك ذريعة الى سد باب الاقرار ، وقال ابن ادريس : لا فرق بين الصورتين ويجب عليه الالف ولا يقبل تفسيره ، لما فيه من إسقاط ما أقر به بعد الاعتراف ، واختاره المصنف والعلامة في التحرير .



## في الاقرار بالنسب

قال رحمه الله : ولا يعتبر تصديق الصغير ، وهل يعتبر تصديق الكبير ؟  
ظاهر كلامه في النهاية [ لا ، ] وفي المبسوط يعتبر ، وهو أشبه .

أقول : المشهور مذهب المبسوط وهو المعتمد ؛ لأن الاصل عدم الانتساب ، ولأنه اقرار في حق الغير فلا يقبل الا مع التصديق والبيئة<sup>(٢٩)</sup> ، خرج منه الاقرار بالصبي والمجنون للاجماع على قبول ذلك من غير بيئة ولا تصديق ؛ لأن تصديقهما غير معتبر .

واحتج الشيخ على مذهب النهاية بان التصديق غير معتبر والا لما صح الاقرار بالطفل والمجنون . أجيب بانه لا اعتداد بتصديقهما ، فلا يكون شرطاً بخلاف البالغ العاقل .

قال رحمه الله : ولو أقر بابن إحدى أمتيه وعينه لحق به ، ولو ادعت الاخرى أن ولدها [ هو ] الذي أقر به كان القول قول المقر مع يمينه ، ولو لم يعين ومات ، قال الشيخ : يعين الوارث ، وان امتنع أقرع بينهما ، ولو قيل باستعمال



القرعة بعد الوفاة مطلقا ، كان حسنا .

أقول : وجه حسنه كونه أمرا مشكلا لتعذر العلم بخصوصية المقر به بعد موت المقر ، فيدخل في عموم : « كل أمر مشكل فيه القرعة »<sup>(٣٠)</sup> ، ولما في ذلك من العدل ، وقال الشيخ في المبسوط : يعين الوارث ؛ لأنه قائم مقام مورثه والاول هو المعتمد وهو اختيار العلامة ، وذهب الشهيد الى اختيار الشيخ .

قال رحمه الله : ولا يثبت النسب الا بشهادة رجلين عدلين ، ولا يثبت بشهادة رجل وامرأتين على الاظهر ، ولا بشهادة رجل ويمين .

أقول : قال الشيخ في الخلاف وفي موضع من المبسوط : يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، وقال في موضع آخر من المبسوط : لا يثبت الا بشهادة رجلين عدلين ، واختاره ابن ادریس والمصنف والعلامة<sup>(٣١)</sup> وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو شهد الاخوان وكانا عدلين يابن للميت ، ثبت نسبه وميراثه ، ولا يكون ذلك دوراً .

أقول : ذهب الشيخ في المبسوط الى ثبوت النسب دون الميراث حذراً من الدور ؛ لأنه قال : كل موضع يثبت النسب بالاقرار يثبت المال الا في موضع واحد ، وهو اذا كان إثبات الميراث يؤدي الى إسقاطه ، مثل أن يقر الاخوان بابن للمورث ، فان نسبه يثبت ولا يثبت الميراث ؛ لأنه لو ورث حجب الاخوين فخرجوا عن كونها وارثين فيبطل الاقرار بالنسب ، اذ هو إقرار من غير وارث ، واذا بطل النسب بطل الميراث فاذا أدى اثبات الميراث الى اسقاطه اسقط ليثبت النسب دونه .

(٣٠) - الواسئل ، كتاب القضاء ، باب ١٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، حديث ١١ الى ١٨ ، والمستدرک ، كتاب القضاء ، باب ١١ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، حديث ١ .

(٣١) - ليست في الاصل .

هذا كلامه رحمه الله ، حكم بان اثبات الميراث يؤدي الى اسقاطه وذلك دور ، وجزم المصنف بثبوت الميراث ؛ لأنه تابع للنسب وقد ثبت بشهادتهما فيثبت الميراث ولا دور الى آخره .



## الجعالة

قال رحمه الله : إذا بذل جعلاً فان عينه فعليه تسليمه مع الرد ، وإن لم يعينه لزمه مع الرد أجره المثل ، الا في رد الآبق على رواية أبي سيار ، عن أبي عبد الله عليه السلام ؛ أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم جعل في الآبق ديناراً إذا أخذ في مصره ، وإن أخذ في غير مصره فأربعة دنانير<sup>(٣٢)</sup> ، وقال الشيخ رحمه الله في المبسوط : هذا على الأفضل لا الوجوب ، والعمل على الرواية ، ولو نقصت قيمة العبد ، وقيل الحكم في البعير كذلك ، ولم اظفر فيه بمستند .

أقول : إذا رد الانسان عبد غيره أو ضالته ، لا يخلو إما أن يذكر المالك جعلاً مجهولاً أو معيناً أو لم يجعل شيئاً ، فان جعل جعلاً معيناً لزم مع الرد ولا كلام ، وان جعل جعلاً مجهولاً لزم مع الرد أجره المثل الا في رد العبد والبعير ، فان في رد كل واحد منهما من المصّر دينار قيمته عشرة دراهم ، ومن غير المصّر أربعة دنانير قيمتهما أربعون درهماً ، وإن رده من غير ذكر جعل معلوم ولا مجهول لم يكن له شيء في غير العبد والبعير اجماعاً ؛ لأنه متبرع بالعمل فلا يستحق عليه جعلاً ،

وإن رد العبد و<sup>(٣٣)</sup> البعير فقد اختلف الاصحاب فيه ، ذهب الشيخ في النهاية والمفيد وابن حمزة الى وجوب المقدار المذكور في الرواية التي أشار اليها المصنف ، وظاهره العمل بها ، وحمل الشيخ الرواية بالنسبة الى المتبرع على الافضل لا على الوجوب ، ولم يوجب ابن ادريس شيئا واختاره المتأخرون وهو المعتمد ؛ لأنه متبرع .

نعم لو أمر بالرد ولم يذكر عوضا فالاولى العمل بالرواية ، ومع العلم بها يجب العمل بها على إطلاقها وإن قصرت قيمة العبد والبعير عن المقدار المذكور فيها على ما هو مشهور بين الاصحاب ، واستشكله العلامة في القواعد ، وجزم به<sup>(٣٤)</sup> في التحرير كما<sup>(٣٥)</sup> جزم به المصنف هنا ، وهو لزوم المقدار وإن قصرت قيمة العبد عنه ، والنص مختص في العبد ، وألحق الشيخان البعير بالعبد ، قال المصنف : ولم أظفر فيه بمستند .

قال رحمه الله : لو جعل لواحد جعلاً على الرد ، فشاركه آخر في الرد ، كان للمجعول له نصف الاجرة ؛ لانه عمل نصف العمل ، وليس للآخر شيء ؛ لأنه تبرع وقال الشيخ : يستحق نصف أجره المثل ، وهو بعيد .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : ان قال لواحد : إن جئتني بعبدي فلك دينار فجاء به هو وغيره ، فإن هذا الذي عينه يستحق نصف الدينار ولا يستحق للآخر شيئا ؛ لأنه تطوع به ، قال : وعلى ما قلناه يستحق أجره المثل .

قال العلامة في المختلف بعد حكاية قول الشيخ : قوله ( وعلى ما قلناه ) ان من رد العبد فله ما عين ويجعل ذلك عاما مع الجمالة<sup>(٣٦)</sup> والاطلاق ، ويجعل

(٣٣) - في النسخ : أو .

(٣٤) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

(٣٥) - في النسخ : بها .

(٣٦) - في «م» : الجهالة .

بأجرة<sup>(٣٧)</sup> المثل ما قرره الشارع لكن الوجه عدم ذلك ، هذا آخر كلامه رحمه الله .  
وقال في القواعد : ولو قصد الثاني إعانة العامل . وللعامل الجميع ، ولو قصد  
أجرة لنفسه فهو متبرع .





## في اللواحق

قال رحمه الله : لو اختلفا في قدر الجعل أو جنسه ، فالقول قول الجاعل مع يمينه ، قال الشيخ : وثبتت أجرة المثل ، ولو قيل : أقل الامرين من الأجرة والقدر المدعى ، كان حسناً ، وكان بعض من عاصرناه يثبت مع اليمين ما ادعاه الجاعل ، وهو خطأ ؛ لان فائدة يمينه إسقاط دعوى العامل لاثبوت ما يدعيه المحالف .

أقول : اذا اختلفا في قدر الجعل بعد الرد ، مثل أن قال المالك دينار ، وقال العامل بل جعلت دينارين ، أو في جنسه ، مثل أن قال المالك مثقال فضة ، وقال العامل بل مثقال ذهب ، فالبحت هنا في موضعين .

الاول : في اليمين ، هل هي على المالك خاصة ؛ لأنه منكر لما يدعيه العامل من الزائد على ما اعترف به ويكون القول قوله ، كما لو أنكر أصل الجمالة ؟ أو يتحالفان ؛ لأن كل واحد منهما مدع لعقد مخالف للعقد الذي يدعيه صاحبه ، ومنكر لما يدعيه الآخر ؟ فالأول قول الشيخ وابن البراج واختاره المصنف والعلامة في الارشاد والتحرير ، والثاني قاله العلامة في القواعد ، والشهيد قال بالاول إن كان الاختلاف بالقدر وبالثاني إن كان الاختلاف بالجنس ، والاول



أشهر بين الاصحاب .

الثاني : في الثابت للعامل بعد اليمين ، وقد اختلف الاصحاب فيه على ثلاثة أقوال :

الاول : أجره المثل ، وهو قول الشيخ وابن البراج ، لبطلان ما ادعاه العامل يمين المالك ، ولا يقبل ما اعطاه<sup>(٣٨)</sup> المالك ، لعدم موافقة العامل عليه فلم يبق غير أجره المثل .

الثاني : أقل الامرين من أجره المثل وما يدعيه العامل ، وأكثر الامرين من أجره المثل وما يدعيه المالك ، وهو مذهب المصنف والعلامة وابنه وهو المعتمد ؛ لأن أجره المثل إن كانت أقل مما يدعيه العامل لم يستحق غيرها ، لبطلان ما ادعاه يمين المالك ، وإن كانت أكثر مما يدعيه لم يستحق الزائد ، لاعترافه بعدم استحقاقه لغير ما ادعاه ( يمين المالك )<sup>(٣٩)</sup> ، وإن كان ما يدعيه المالك أكثر من أجره المثل فقد اعترف له به فيجب تسليمه اليه ، وإن كان أقل من أجره المثل فهو قد أستحق أجره المثل ، لبطلان ما يدعيه المالك بانكار العامل .

الثالث : قول الفقيه محمد بن غما شيخ المصنف رحمهما الله تعالى ، وهو الذي أشار اليه بقوله : وكان بعض من عاصرناه يثبت مع اليمين ما ادعاه الجاعل قال : يحلف المالك ويثبت ما ادعاه ، وقواه الشهيد كما لو كان الاختلاف في الاجارة ، وكما<sup>(٤٠)</sup> يثبت ما يدعيه المؤجر مع يمينه ، كذا يثبت ما ادعاه الجاعل ، مع يمينه ، لاصالة عدم الزائد واتفاقهما على العقد المشخص بالاجرة المعينة وانحصارها في دعواهما ، فاذا حلف المالك على نفي دعوى العامل ثبت مدعاه لقضية المحصر .

(٣٨) - في النسخ : ما ادعاه .

(٣٩) - ما بين القوسين ليس في النسخ .

(٤٠) - في النسخ : فكما .

كتاب الإيمان



## في ما به ينعتقد اليمين

قال رحمه الله : لا ينعتقد اليمين الا بالله ، أو بأسمائه التي لا يشركه فيها غيره ، إذ مع إمكان المشاركة ينصرف إطلاقها [إليه ، ] فالاول كقولنا : ومقلب القلوب الذي نفسي بيده الذي فلق الحبة وبرأ النسمة ، والثاني كقولنا : والله والرحمن ، والاول الذي ليس قبله شيء ، والثالث كقولنا : والخالق والباري والرازق ، وكل ذلك ينعتقد به اليمين مع القصد .

أقول : إعلم أن المصنف رحمه الله قسم ما ينعتقد به اليمين الى ثلاثة أقسام :  
الاول : بالله تعالى .

الثاني : بأسمائه التي لا يشركه فيها غيره .

الثالث : ما يمكن معه المشاركة وينصرف إطلاقه اليه تعالى .

ثم عرف الاول الذي هو الحلف بالله تعالى بقوله : ومقلب القلوب ، والذي نفسي بيده ، والذي فلق الحبة وبرأ النسمة ، وتابعه العلامة على ذلك ، وهو تعريف ابن أدريس ، فعندهم أن هذه الالفاظ ليست أسماء لله بل دالة عليه .  
واستضعفه الشهيد ، قال : لأن مرجعه الى أسماء تدل على صفات الافعال ،

كالخالق والرازق التي هي أبعد في الانعقاد من الاسماء الدالة على صفات الذات ، كالرحمن الرحيم هذا كلامه رحمه الله ؛ لأن صفاته تعالى على قسمين : صفات ذات ، وصفات فعل ، وصفات الذات كالرحمن الرحيم ، وعظمة الله وجلالة الله وقدرة الله وكبرياء الله وما شابه ذلك ، وصفات الفعل كالخالق والرازق والمصور ، فكما أن الخالق فاعل الخلق والرازق فاعل الرزق ، فكذا مقلب القلوب ؛ لأنه فاعل التقلب .

وانما كانت صفات الافعال أبعد في الانعقاد من صفات الذات ؛ لان صفات الافعال مشتركة بينه وبين خلقه ، فانه يقال : خالق الخلق له تعالى ، وخالق الافلاك لغيره تعالى ، ويقال : رازق الخلق له تعالى ، ورازق الجند لغيره تعالى ، ورب العالمين له تعالى ورب البيت لغيره ، وصفات الذات مختصة به تعالى ، والحلف بالصفة المشتركة أبعد في الانعقاد من الحلف بالصفة المختصة .

قال رحمه الله : ولو قال : وقدرة الله ، وعلم الله ، فان قصد المعاني الموجبة للحال لم ينعقد اليمين ، وإن قصد كونه قادراً عالمياً جرى مجرى القسم بالله القادر والعالم ، وكذا ينعقد بقوله : وجلال الله وعظمة الله وكبرياء الله ، وفي الكل تردد . أقول : المراد بالمعاني الموجبة للحال ما ذهب اليه الاشاعرة من كونه قادراً بقدرة وعالماً بعلم ، فان قصد الحالف هذه المعاني لم ينعقد يمينه قطعاً ، وان قصد كونه قادراً عالماً انعقدت يمينه عند الشيخ وابن ادريس والعلامة من غير تردد ، وكذا الحلف بعظمة الله وجلال الله وكبرياء الله ، وما شابه ذلك من صفات الذات لم يترددوا في الانعقاد ، والمصنف تردد في ذلك من أن انعقاد اليمين حكم شرعي يفتقر ثبوته الى دليل شرعي لأصالة براءة الذمة ، والدليل إنما دل على انعقادها بالحلف به أو بأسمائه المختصة أو المشتركة مع انصراف إطلاقها اليه لقوله عليه

السلام: « من كان حالفاً فليحلف بالله أو يترك »<sup>(١)</sup>، ومن أن الصفات المختصة به تعالى يعبر بها عن الذات كما يعبر بالاسماء المختصة ، فينعقد اليمين بها كما ينعقد بالاسماء وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وكذا أشهد ، إلا أن يقول : بالله ، وفيه للشيخ قولان .  
أقول : إذا قال : أشهد ، ولم يقل : بالله ، لم ينعقد ، كما لو قال : أقسم ، ولم يقل : بالله ، وإن قال : أشهد بالله<sup>(٢)</sup> ، قال الشيخ في الخلاف : لا يكون يمينا ، وتبعه ابن ادريس ؛ لأن هذا لفظ الشهادة ، ولفظ الشهادة لا يسمى يمينا ، وقال في المبسوط : إن أراد به اليمين كان يمينا ، وتبعه ابن البراج ، واختاره المصنف والعلامة للعرف ، ولا استعمال ذلك في اللعان<sup>(٣)</sup> .

قال رحمه الله : وكذا وحق الله ؛ فانه حلف بحقه لا به ، وقيل : ينعقد ، وهو بعيد .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : إذا قال وحق الله كانت يمينا إذا أراد يمينا ، وقال في الخلاف : لا يكون يمينا قصد أو لم يقصد ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والارشاد ، وهو مذهب ابن ادريس ؛ لأنه حلف بحق الله وحق الله فروضه وعباداته ، واختار العلامة في المختلف والتحرير وابنه في شرح القواعد الانعقاد مع قصد اليمين بالله ، واستقر به الشهيد وإن أطلق به القصد كما لو قصد به الله الحق أو المستحق للعبادة ، ولأن حق صفة عامة فاذا أضيفت الى الله اختصت به ، ولأن اختصاص الاضافة تفيد الاختصاص فهو كما لو حلف بعظمة الله وكبرياء الله ، وليس ببعيد من الصواب .

(١) - المستدرک ، کتاب الايمان ، باب ٢٤ ، حديث ١ مع اختلاف يسير .

(٢) - في «ر» : الله .

(٣) - في «ن» : اللغات .

قال رحمه الله : ولو تراخى عن ذلك من غير عذر حكم باليمين، ولغنى الاستثناء، وفيه رواية مهجورة<sup>(٤)</sup>، ويشترط في الاستثناء النطق، ولا يكفي النية.

أقول : البحث هنا في موضعين :

الاول : يجوز الاستثناء بمشينة الله في اليمين إجماعاً، وقد استثنى رسول الله صلى الله عليه وآله في يمينه ، « قال : والله لأغزون قريشاً إن شاء الله »<sup>(٥)</sup>، واستثنى أمير المؤمنين عليه السلام في صفين ، « قال : والله لأقتلنهم غداً إن شاء الله »<sup>(٦)</sup>، لكن بشرط الاتصال العادي فلو فصل بالتنفس والسعال وابتلاع اللقمة وقذف النخامة بحيث لا يخرج عن الاتصال لم يضر، ولو تراخى لغير عذر حكم باليمين ولغنى الاستثناء عملاً بعادة<sup>(٧)</sup> اللغة وأهل اللسان ، فانهم لا يلحقون الاستثناء المنفصل بالكلام الاول بل يلغونه ، ولما رواه الجمهور عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : « من حلف على شيء ورأى غيره خيراً فليكفر وليأت الذي هو خير »<sup>(٨)</sup>، فلو جاز تأخير الاستثناء لارشدنا اليه لينحل اليمين به من غير كفارة، وهو المشهور بين الاصحاب ، وروى محمد بن بابويه في الصحيح ، عن عبد الله بن ميمون ، عن الصادق عليه السلام ، « قال : للعبد أن يستثني ما بينه وبين أربعين يوماً اذا نسي ، إن رسول الله صلى الله عليه وآله أثناه ناس من اليهود فسألوه عن أشياء ؟ فقال : تعالوا غداً أحدثكم ولم يستثن ، فاحتبس عنه جبرئيل

(٤) - الوسائل ، كتاب الايمان ، باب ٢٩ ، حديث ٣ ، ٤ ، ٦ .

(٥) - المستدرک ، کتاب الايمان ، باب ١ ، حديث ٣ نقله عن العوالي وسنن أبي داود ، كتاب الايمان والذنور ، حديث ٣٢٨٥ .

(٦) - الكافي ، کتاب الايمان والذنور والكفارات ، باب النوادر ، حديث ١ .

(٧) - في «م» بعبارة .

(٨) - سنن ابن ماجه ، کتاب الکفارات ، باب ٧ ، حديث ٢١٠٨ .

عليه السلام أربعين يوماً ثم أتاه ، فقال : « ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله ، واذكر ربك إذا نسيت »<sup>(٩)</sup> ، وتأولها العلامة بحملها على ما إذا حلف وفي ضميره الاستثناء ونسيه لفظاً ، فجاز له استدراكه ولا حد له ، والتقيد في الحديث بالاربعين للمبالغة وفي هذا التأويل نظر .

الثاني : هل يشترط النطق في الاستثناء أو يكفي النية ؟ اختلف الاصحاب في ذلك على ثلاثة أقوال :

الاول : لا يكفي النية بل لابد من النطق ، قاله الشيخ في المبسوط واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة في القواعد والارشاد جزماً .  
الثاني : الاكتفاء بالنية والاعتقاد ، سواء حلف سراً أو علانية ، وهو قول العلامة في المختلف ، وقواه الشهيد .

الثالث : من حلف علانية فليستن علانية ، ومن حلف سراً فليستن سراً ، وهو قول ( الشيخ في النهاية )<sup>(١٠)</sup> ، ورواه محمد بن بابويه<sup>(١١)</sup> .

قال رحمه الله : ولا يدخل بالاستثناء غير اليمين وهل يدخل الاقرار ؟ فيه تردد ، والاشبه انه لا يدخل .

أقول : المراد بدخول الاستثناء<sup>(١٢)</sup> في الاقرار أنه اذا عقب الاقرار بالمشيئة بطل الاقرار ولم يلزمه ما أقر به ، كما يبطل اليمين اذا عقب بها .

اذا عرفت هذا فحسب التردد من أن الاستثناء يتضمن بطلان ما أقر به ، فهو

(٩) - من لا يحضره الفقيه . باب ٩٨ الايمان والنذور والكفارات ، حديث ٢ (ج ٣ ص ٢٢٩) وفي الوسائل ، كتاب الايمان ، باب ٢٩ ، حديث ٦ .

(١٠) - في «م» بدل ما بين القوسين : الشهيد .

(١١) - من لا يحضره الفقيه ، باب ٩٨ الايمان والنذور والكفارات ، حديث ٢٩ (ج ٣ ص ٢٣٣) ، حديث ٢٩ وفي الوسائل ، كتاب الايمان ، باب ٢٥ ، حديث ٢ .

(١٢) - في «ر» : الاقرار .



كالانكار عقيب الاقرار فلا يكون مقبولا ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة في القواعد ، وابنه في شرحه .

ومن أصالة براءة الذمة مما أقر به ، والاصل عدم لزومه له ، فاذا استثنى بطل إقراره ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في المختلف ، والمعتمد الاول .

قال رحمه الله : والحروف التي يقسم بها : الباء ، والواو ، والتاء ، وكذا لو خفض ونوى القسم من دون النطق بحرف القسم على تردد أشبهه الانعقاد .

أقول : منشؤه من أصالة عدم انعقاد اليمين ، خرج ما اتفق عليه - وهو مع الاتيان باحد حروف القسم - يبقى الباقي على أصالة عدم الانعقاد ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف ، وحكاه عن جميع الفقهاء الا أبا جعفر الاسترآبادي ، وتبعه ابن ادريس .

ومن أن أهل اللغة جوزوا حذف حرف القسم ، ولو بطل القسم حينئذ لما جاز ذلك في اللغة ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو قال : هاء الله كان يمينا ، وفي أيمن الله تردد ، من حيث هو جمع يمين ، ولعل الانعقاد أشبه ؛ لانه موضوع للقسم بالعرف ، وكذا ايم الله ، ومن الله ، وم الله .

أقول : منشأ التردد في أيمن الله ، من اختلاف النحاة في هذه اللفظة ، قال الكوفيون هي جمع يمين ، واستدلوا بقول الشاعر :

تبدي لها من أيمن وأشمل (١٣) .

فلو لم يكن جمعا لما قابلها بالاشمل ، فعلى هذا لا يكون يميناً (قطعاً) <sup>(١٤)</sup>؛ لأن اليمين ليس بقسم فكذا جمعها ؛ لأنه عبارة عن تضعيف الواحد .  
وقال البصريون : هي مفردة ، واشتقاقها من اليمين والبركة ، فعلى هذا يكون يميناً قطعاً .

والمشهور انعقاد اليمين بها ؛ لأنها موضوعة للقسم .  
وأما أيم الله فأصلها : أيمين الله ، فحذف النون منها تخفيفاً لكثرة استعمالها ، وهزتها تكسر وتفتح ، وأما من الله فاصلها : أيمين الله أيضاً ، فحذفت الهمزة تخفيفاً ، وبقيت الياء ساكنة ، والابتداء بالساكن محال فحذفت أيضاً ، وحكى الجوهري في الصحاح في هذه اللفظة : ثلاث لغات : فتح الميم والنون وكسرهما وضمهما .

وأما وم الله فأصلها : أيم الله .  
واعلم أن التردد في الجميع ؛ لأن أصل الجميع أيمين الله ، والتردد واقع فيه فيكون التردد واقعاً في الجميع .



## في الحالف

قال رحمه الله : ويصح اليمين من الكافر كما يصح من المسلم ، وقال في الخلاف : لا يصح ، وفي صحة التكفير منه تردد ، منشؤه الالتفات الى اعتبار نية القربة .

أقول : ومن عموم الايات <sup>(١٥)</sup> والأخبار <sup>(١٦)</sup> الدالة على وجوب فعل الكفارة مع الحنث .

وأعلم أن الاصحاب اختلفوا في انعقاد يمين الكافر ، قال الشيخ في المبسوط بانعقاده ، واختاره ابن البراج والمصنف والعلامة في القواعد والارشاد والتحرير ، لعموم الآيات الدالة على انعقاد اليمين ، وهو مذهب الشهيد ، قال : لأن القربة غير مرادة .

وقال في الخلاف : لا ينعقد يمين الكافر ، واختاره ابن ادريس ؛ لأن اليمين إنما يصح بالله ممن يكون عارفاً بالله ، والكافر غير عارف بالله فلا يصح عيینه .

---

(١٥) - المائدة : ٨٩ .

(١٦) - الوسائل ، كتاب الايمان ، باب ١٥ و ٣٠ .

وفصل العلامة في المختلف ، قال : إن كان الكفر باعتبار جهل الله وعدم علمه به ينعقد<sup>(١٧)</sup> يمينه ؛ لأنه يحلف بغير الله ، وإن كان باعتبار جحده نبوة أو فريضة معلومة الثبوت من دين الاسلام ، انعقدت يمينه بالله تعالى ، لوجود مقتضي وهو الحلف بالله من عارف به عاقل ولا ولاية لاحد عليه ، واذا انعقدت وجب عليه الفعل المحلوف عليه ، فان كان من الطاعات وقصد إيقاعه على وجه التقرب الى الله ، وجب تقديم الاسلام وفعله اذ لا طاعة من الكافر ، وإن كان غير طاعة وجب عليه فعله مطلقا ، ومتى حثت وجبت عليه الكفارة ، لوجود المقتضي ، لكن لا يصح منه اداؤها الا بتقديم الاسلام عليه ، فان أسلم بعد الحث سقطت الكفارة عنه ، لعموم : « الاسلام يجب ما قبله »<sup>(١٨)</sup> .

واعلم أنه لا يتحقق الحث قبل الموت الا مع التقيد بزمان معين ، ومع عدمه لا يتحقق الا بعد الموت فيعاقب عليه في الآخرة ، واختار فخر الدين وابو العباس في مقتضرة مذهب المختلف ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولا ينعقد من الولد مع والده إلا مع إذنه ، وكذا يمين المرأة والمملوك إلا أن يكون اليمين في فعل واجب أو ترك قبيح ، ولو حلف أحد الثلاثة في غير ذلك كان للاب والزوج والمالك حل اليمين ولا كفارة .

أقول : في عبارة المصنف هنا تسامح ؛ لأنه حكم أولاً بعدم انعقاد يمين الثلاثة مع عدم إذن الوالد والزوج والمالك ثم قال : ولو حلف أحد الثلاثة كان للزوج والأب والمالك حل اليمين ، والحل إنما يكون بعد العقد ، وقد حكم بعدم الانعقاد فينبغي وقوعها لاغية فلا تفتقر الى حل ، وانما تفتقر الى الحل على الوجه الذي خرج به العلامة في القواعد ، قال : ولو قيل بانعقاد ايمانهم كان وجها ، نعم لهم الحل

(١٧) - في النسخ : لم ينعقد .

(١٨) - عوالي اللآلي ٢ : ٥٤ ، ٢٢٤ .

في الوقت مع بقاء الوالد والزوجية والعبودية ، فلو مات الأب أو طلقت الزوجة أو اعتق العبد وجب عليهم الوفاء مع بقاء الوقت ، وعبرة التحرير كعبارة الشرايع فالاعتراض متوجه عليه أيضاً .

الأن يقال : المراد بعدم الانعقاد عدم اللزوم ، والمراد بالاذن هو السابق على اليمين والمتعقب له ، وهو تعسف ؛ لأن فيه حملاً للفظ على غير ظاهره ؛ لأن ظاهر عدم الانعقاد وقوعه لاغياً ، وظاهر الاذن هو السابق على العقد .

فرع : على القول بوقوع اليمين لاغية مع عدم الاذن ، فلو أجازها الاب أو الزوج أو المالك بعد الحلف لم ينعقد ؛ لأن الاجازة لا تؤثر في الفاسد ، وعلى القول الآخر ينعقد مع الاجازة .



## في متعلق اليمين

قال رحمه الله : إذا حلف : لا يشرب من لبن عنز له ، ولا يأكل من لحمها ،  
لزمه الوفاء ، وبالمخالفة الكفارة ، إلا مع الحاجة الى ذلك ، ولا يتعداها التحريم ،  
وقيل يسري التحريم الى أولادها على رواية فيها ضعف .

أقول : الرواية إشارة الى ما رواه عيسى بن عطية ، « قال : قلت لأبي عبد  
الله عليه السلام : إني آليت أن لا أشرب من لبن عنز لي ولا آكل من لحمها فبعتها  
وعندي من أولادها ؟ قال : لا تشرب من لبنها ولا تأكل من لحمها فانها  
منها»<sup>(١٩)</sup> ، وبمضمونها أفتى الشيخ في النهاية ، وأنكر أبن ادريس تعدية التحريم  
الى الاولاد ، واختاره المصنف والعلامة<sup>(٢٠)</sup> وهو المعتمد ، لاصالة الاباحة ، ولعدم  
تناول النهي للأولاد ، ولضعف الرواية ؛ لأن في طريقها عبد الله بن الحكم وهو  
ضعيف ، وسهل بن الحسن ويعقوب بن اسحاق وهما مجهولان .

قال رحمه الله : اذا حلف لا يأكل طعاماً ما اشتراه زيد ، لم يحنث بأكل ما

---

(١٩) - الوسائل ، كتاب الايمان ، باب ٣٧ ، حديث ١ .

(٢٠) - هذه الكلمة من النسخ وليست في الاصل .



يشتريه زيد وعمرو ، ولو اقتسماه على تردد ، ولو اشترى كل واحد منهما طعاماً وخطاه ، قال الشيخ : إن أكل زيادة على النصف حنث ، وهو حسن .  
أقول : هنا ثلاث مسائل :

الاولى : أن يأكل ما اشتراه زيد وعمرو صفقة واحدة قبل القسمة ، والمشهور عدم الحنث هنا ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف ، وبه قال ابن ادریس ، واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد ؛ لأن كل جزء يشار اليه لم ينفرّد زيد بشرائه ، بل يقال : اشتراه زيد وعمرو ؛ لأن الشراء عقد واحد فاذا اشترك فيه أثنان اختص كل واحد منهما في العرف بنصفه ، فلم تكتمل الصفقة لاحدهما فلا يقع الحنث .

وقوى في المبسوط الحنث ؛ لانها لما اشترياه معا فكل واحد قد اشترى نصفه ؛ لان على كل واحد منهما ثمن نصفه ، فاذا كان لزيد نصفه فقد أكل من طعام اشتراه زيد .

الثانية : اقتسماه ثم أكل من حصة زيد ، هل يحنث أم لا ؟ تردد المصنف في ذلك ، ومنشؤه من أن القسمة تميز لما اشتراه زيد عما اشتراه عمرو ، فاذا أكل مما حصل بعد القسمة لزيد صدق عليه أنه أكل مما اشتراه زيد ، ومن أن ذلك القدر المحاصل لزيد بالقسمة لم يشتره زيد بانفراده ، فلا يحنث بأكله ، وهو اختيار ابن ادریس والعلامة وهو المعتمد .

الثالثة : لو اشترى زيد طعاماً صفقة بانفراده واشترى عمرو طعاماً بانفراده ثم خطاه وأكل منه الخالف ، هل يحنث ؟ قوى الشيخ في الخلاف والمبسوط عدم الحنث ما لم يزد على النصف ، والحنث اذا زاد ما اكله عليه ؛ لأنه لا يقطع على أنه أكل من طعام أنفرّد زيد بشرائه حتى يزد على النصف ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد ، وقال ابن البراج : يحنث بأكل القليل والكثير ؛ لأنه

لم يقطع أنه لم يأكل من طعام أشتراه زيد .

وفصل العلامة في المختلف ، قال : إن كان مائعاً كاللبن والعسل أو ما يشبه المتزج كالدهن ، حنث بأكل قليله وكثيره ، لامتزاجه واختلاط جميع أجزائه بعضها ببعض ، فأى شيء أكل منه علم ان فيه جزءاً مما أشتراه زيد ، وإن كان متميزاً كالرطب والخبز لم يحنث حتى يأكل أكثر مما أشتراه عمرو ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : لو حلف لاشربت من الفرات ، حنث بالشرب من مائها ، سواء كرع منها ، أو اغترف بيده ، أو بانهاء ، وقيل : لا يحنث الا بالكرع منها ، والاول هو العرف .

أقول : اذا حلف لاشربت من الفرات أو من نهر ، قال الشيخ في الخلاف : متى شرب من مائها حنث ، سواء أغترف بيده أو بانهاء أو كرع منها كالبيهة واختاره المصنف والعلامة في القواعد والتحرير ؛ لأن معنى هذا الكلام لاشربت من مائها ، بهذا جرت العادة وهو المتعارف عند الناس .

وقوى في المبسوط عدم الحنث بدون الكرع ، واختاره ابن ادريس ؛ لأن الكلام في الحقائق دون المجاز ، وهذا هو الحقيقة وما عداه مجاز ، لأنه اذا شرب غر فابيده ما شرب منها ، وانما شرب من يده وكذلك الاناء ، والاول هو المعتمد . قال رحمه الله : اذا حلف : لا أكلت رؤوساً ، انصرف الى ما جرت العادة بأكله غالباً ، كرؤس البقر والغنم والإبل ، ولا يحنث برؤوس الطيور والسماك والجراد ، وفيه تردد ، ولعل الاختلاف عادي ، وكذا لو حلف : لا يأكل لحماً ، وهنا يقوى أنه يحنث بالجميع ، ولو حلف : لا يأكل شحماً ، لم يحنث بشحم الظهر ، ولو قيل : يحنث ، كان حسناً ، ولو قال : لا ذقت شيئاً ، فضغه ولفظه ، قال الشيخ : يحنث وهو حسن .

أقول : هنا ثلاث مسائل :

الاولى : اذا حلف لا يأكل الرؤوس ، فان نوى نوعاً انصرف اليمن اليه . وإن خلا عن النية ، هل ينصرف الى الحقيقة اللغوية أو العرفية ؟ قال الشيخ في المبسوط والخلاف : لا يحنت الا بأكل رؤوس النعم خاصة كالابل والبقر والغنم ؛ لانها هي المأكولة بالعرف والعادة ، وهو ظاهر المصنف والعلامة في القواعد والتحرير والشهيد .

وقال ابن ادریس يحنت بأكل جميع الرؤوس ؛ لأن ذلك هو الحقيقة ، فلا يعدل عنه الى المجاز .

وقال العلامة في المختلف : إن نوى الحالف نوعاً صرف اليه ، وإن لم ينو ، فان كان هنا عرف خاص يعهده الحالف انصرف <sup>(٢١)</sup> اطلاق لفظه اليه ، وحمل <sup>(٢٢)</sup> عليه والا حمل على الحقيقة اللغوية ، واختاره فخر الدين .

الثانية : اذا حلف لا يأكل لحماً ، فان نوى معيناً انصرف اليه ، وإن لم ينو شيئاً انصرف الى لحم الانعام والصيد والطائر ، وهل ينصرف الى لحم السمك أيضاً ويحنت باكله ؟ ذهب الشيخ في المبسوط الى عدم الحنت بأكل لحم الحيتان ، واختاره العلامة في القواعد والتحرير ، للعرف والعادة <sup>(٢٣)</sup> ، وقال في الخلاف : يحنت بأكله لان اسم اللحم يطلق عليه ، لقوله تعالى : ﴿ ومن كل تأكلون لحماً طرياً ﴾ <sup>(٢٤)</sup> ، ورجحه ابن ادریس وقواه المصنف ، وقال العلامة في المختلف : يرجع الى العرف .

الثالثة : اذا حلف لا يأكل شحماً ، هل يحنت بشحم الظهر ؟ ذهب الشيخ في

(٢١) - في النسخ : ويصرف .

(٢٢) - في النسخ : حمل ، بدون الواو .

(٢٣) - ليست في الاصل .

(٢٤) - فاطر : ١٢ .

المبسوط الى عدم الحنث به ولا بالالية ، قال : لان الشحم هو ما يكون في الجوف من شحم الكلاء<sup>(٢٥)</sup> وغيره فان أكل منه حنث ، وإن أكل من غيره لم يحنث ؛ لأن اسم الشحم لا يقع عليه ، واختاره العلامة في القواعد ؛ لأنه لحم سمين ولهذا يحمر عند الهزال .

وقال ابن ادريس : يحنث بشحم الظهر ، واستحسنه المصنف واختاره العلامة في المختلف والتحرير ، وهو المعتمد ؛ لأن الشحم عبارة عن غير اللحم من أي موضع كان ، سواء كان شحم الالية أو الظهر أو البطن ، ولأن اللحم والشحم جنسان مفترقان في الاسم والحقيقة ، أما افتراقهما في الاسم فظاهر ، وأما افتراقهما في الحقيقة فلأن اللحم أحمر كثيف ذو طعم خاص ، والشحم أبيض رخو ذو طعم آخر ، سواء كان في الجوف أو في الظهر أو غيره ، ولقوله تعالى : ﴿ من البقر والغنم حرمنا عليهم شحومها الا ما حملت ظهورها أو الحوايا أو ما اختلط بعظم ﴾<sup>(٢٦)</sup> ، فلو لم يكن شحما كان الاستثناء من غير الجنس فيكون مجازا والاصل عدمه .

الرابعة : اذا حلف لا ذقت شيئا فضغه ولفظه حنث ؛ لأن الذوق عبارة عن معرفة طعم الشيء ، وهو يحصل بالمضغ وإن لم يبتلعه .

قال رحمه الله : لو قال : لا أكلت من هذه الحنطة ، فطحنها دقيقا أو سويقا . لم يحنث ، وكذا لو حلف : لا يأكل الدقيق فخبزه وأكله ، وكذا لو حلف : لا يأكل لحما ، فأكل إلية لم يحنث ، وهل يحنث بأكل الكبد والقلب ؟ فيه تردد . أقول : هنا مسائل :

الاولى : اذا حلف لا أكلت من هذه الحنطة ، فطحنها دقيقا أو سويقا ، أو حلف لا يأكل الدقيق فخبزه وأكله ، هل يحنث أم لا ؟

(٢٥) - في النسخ : الكلى .

(٢٦) - الأنعام : ١٤٦ .

اختلف الاصحاب في ذلك ، قال الشيخ في الخلاف : ( لا يحنت ، وجزم به المصنف والعلامة في القواعد ، وقال ابن البراج يحنت ، واختاره العلامة في المختلف والتحرير ) (٢٧) .

والتحقيق : أن الأيمان قد تتبع الاعيان المتعينة بالاشارة ، كما لو قال : لا أكلت هذا الطعام أو لابسث هذا الثوب ، فان اليمين يتعلق بتلك العين ، فلا يحل له أكل ذلك الطعام ولا لبس ذلك الثوب على أى حال كان .

وقد تتبع الاسماء ، كما لو حلف : لا أكلت حنطة أو لا لبست ثوبا ، يتعلق اليمين بالاسم هنا ، فلو أكل دقيقاً أو خبزاً لم يحنت ، لزوال الاسم بزوال الصفة .

فلو اجتمع الاسم والاشارة ، كما لو قال : لا أكلت هذه الحنطة ، فهنا تعلقت اليمين بالعين والاسم ، فان تغيرت الصفة تغيراً لا يوجب تغير الاسم فلا يخلو إما ان تستحيل الاجزاء أم (٢٨) لا ، فان استحالت (٢٩) الاجزاء كما لو حلف : لا يأكل هذه الحنطة فصارت دقيقاً أو سويقاً ، أو هذا الدقيق فصار خبزاً ، هل يتبع اليمين العين أو الاسم ؟ يحتمل الاول ؛ لأن العين التي تعلقت بها اليمين موجودة و انما تغيرت بالطحن والخبز ؛ لأن مبني الأيمان على العرف ، وإضافه الاكل الى الحنطة انما يكون على هذه الصفة ؛ لأن اسم الاكل لا ينصرف الى الحنطة الا اذا صارت دقيقاً أو سويقاً أو خبزاً ، ويحتمل الثاني لأصالة براءة الذمة ، ولأنه حلف على أكل ما هو مسمى حنطة لا ما يسمى دقيقاً .

الثانية : اذا حلف لا يأكل لحماً فأكل الالية ، هل يحنت أم لا ؟ نقول : من اقتصر على أن الشحم هو ما في البطن ، كالشيخ في المبسوط اقتضى قوله الحنث

(٢٧) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٢٨) - كذا .

(٢٩) - في النسخ والاصل : استحالة .

بالالية ، اذا حلف : لا يأكل لحماً ؛ لأنها لحم .

وعلى ما اختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة في المختلف من أن الشحم يعم ما في البطن وغيره لا يحنت وهو المعتمد .

الثالثة : اذا حلف لا يأكل لحماً ، هل يحنت بأكل الكبد والقلب ؟ تردد المصنف في ذلك من أصالة براءة الذمة ، وانفراد الكبد والقلب بأسم خاص غير أسم اللحم ، ومن صدق أسم اللحم عليه لغة . وعدم الحنت فيها مذهب الشيخ في الخلاف ، وجزم به العلامة في القواعد والحنث فيها<sup>(٣٠)</sup> مذهب ابن ادريس ، والاول هو المعتمد .

قال رحمه الله : لو حلف لا يأكل بساً فاكل منصفاً حنث ، وفيه قول آخر ضعيف .

أقول : القول الآخر لأبن ادريس ، فانه قال : الذي يقوى في النفس أن لا يحنت للعرف ؛ لأن الانسان اذا قال للامه : اشتري لنا رطباً ، فاشترى منصفاً لم يمثل أمره ، وكذلك اذا أمره باشتراء البسر فاشترى المنصف ؛ لان العرف والعادة أن الرطب هو الذي نضج جميعه ، والبسر هو الذي جميعه لم ينضج .

والحنث مذهب الشيخ رحمه الله ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والتحرير ؛ لأن المنصف هو الذي نصفه رطب ونصفه بسر ، فاذا حلف لا يأكل رطباً فاكل منصفاً فقد أكل الرطب وأكل معه شيء آخر ، وكذا لو حلف لا يأكل بساً فاكل منصفاً ، وقال العلامة في المختلف : يحكم للأغلب والاكثر ، فان كان مذنباً فانه يجري عليه حكم البسر ، وإن كان قد أرطب أكثره فانه يجري عليه حكم الرطب ، ولم يفرق في التحرير بين المذنب والمنصف .

قال رحمه الله : الفاكهة تقع على : الرمان والعنب والرطب ، فحق حلف لا

يأكل فاكهة حث بأكل واحد من ذلك ، وفي البطيخ تردد .

أقول : الفاكهة : أسم لما يتفكه به بعد الطعام وقبله ، وليس المقصود منه التقوت بل التمتع ، فهل البطيخ فاكهة ؟ تردد المصنف في ذلك ، من أنه يصدق عليه أسم الفاكهة عرفاً ، ولأن له نضجاً كنضج الرطب ، يحلو اذا نضج ويوكل كالعنب فيكون فاكهة ، ومن أنه من الخضروات كالقثاء والخيار ، ولا خلاف في أن الخضروات ليست فاكهة فلا يكون البطيخ فاكهة ، ولانه ورد في تفسير قوله تعالى : ﴿ أَزْكَىٰ طَعَامًا ﴾ <sup>(٣١)</sup> ، أنه البطيخ فلا يكون فاكهة .

والاول مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في الارشاد والتحرير ، وهو مذهب الشهيد ؛ لأنه عد من الفاكهة حب الصنوبر والبطيخ بقسميه ، واشترط العلامة في التحرير الرطوبة فلا يحث يابس الفاكهة .

قال رحمه الله : اذا قال : لا شربت ماء هذا الكوز لم يحث إلا بشرب الجميع .  
أقول : اذا قال : والله لا شربت ماء هذا البئر ، هل يحث بشرب البعض أو لا يحث الا بشرب الجميع دون البعض ؟ قيل : لا يحث بشرب البعض لأصالة براءة الذمة ، ولأن الكلام يحمل على الحقيقة دون المجاز ، وحقيقة ماء البئر جميعه ، فاذا شرب البعض لم يحث ؛ لأن اليمين تعلقت بجميع ماء البئر وهو لم يشربه فلم يحث ، فلهذا استحسنة المصنف .

والمشهور الحث بالبعض حملاً لليمين على العرف والعادة ، وهي لم تحجر بشرب جميع ماء البئر اذ لا يمكن ذلك ، فيحمل الكلام على عدم الشرب من مائها ؛ لان بذلك جرت العادة ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا قال : لا شربت لك ماء من عطش ، فهو حقيقة في تحريم الماء ، وهل يتعدى الى الطعام ؟ قيل : نعم عرفاً ، وقيل : لا تمسك بالحقيقة .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : اذا قال : لا شربت لك ماء من عطش عقيب تعدد انعامه عليك ، كقوله : أحسنت اليك أو وهبتك كذا أو أعطيتك كذا وكذا ، تعلق الحكم بشرب مائه من عطش ، فان انتفع بغير الماء من ماله واكل من طعامه ولبس ثيابه وركب دوابه لم يحنث ؛ لأنه انما ينظر الى 'مخرج اليمين ويحنث صاحبها ويبر' (٣٢) على 'مخرجها دون أسبابها ، وقال بعضهم : يحنث بكل (٣٣) حال ، والاول أقوى عندي ، لأصالة براءة الذمة ، والثاني قوي لفحوى الخطاب : هذا آخر كلامه ، وهو يدل على ترده .

والمعتمد : أن مبنى اليمين على 'نية المحالف ، فان قصد بيمينته رفع المنة أنصرف الى كل ما فيه منه ، وإن لم يقصد شيئاً احتمل صرفه الى الحقيقة اللغوية وهو الماء فقط ، ويحتمل صرفه الى العرف وفحوى الخطاب فيصرف الى كل ما فيه منه ؛ لان حلفه بعد تعدد أنعامه عليه يدل على الامتناع عن كل ما يعد نعمة ، ويحصل فيه منة ، ولعل الاقوى عدم الحنث ، لأصالة براءة الذمة ما لم يتحقق اشتغالها ، وهو غير متحقق مع الاحتمال .

قال رحمه الله : أما التطيب ففيه التردد ، ولعل الاشبه : أنه لا يحنث بالاستدامة .

أقول : الافعال على ثلاثة أقسام :

الأول : ما يحنث فيه بابتداء الفعل واستدامته ، مثل السكنى واللبس والركوب والغصب والجماع ، فاذا حلف : لا ساكنت فلاناً وهو ساكن معه ، وجب الخروج على الفور ، ( واذا حلف لالبت ثوب زيد وهو لابس ، وجب نزعها على

(٣٢) - في الاصل وفي «ن» : وهي .

(٣٣) - كذا في النسخ وفي الاصل : لكل .



الفور) (٣٤) ، وكذا لا ركبت وهو راكب وجب النزول على الفور ، ووجب رد المغصوب على الفور لو حلف لا غصبت شيئاً ، ولو حلف عن الجماع وهو جماع وجب النزاع على الفور ، فلو تأخر في هذه الصور مع الامكان حنث ؛ لأن أسم الفعل في هذه الصور يطلق على الاستدامة كما يطلق على الابتداء فاستوى حكمها (٣٥).

الثاني : ما يحنث بالابتداء دون الاستدامة ، وهو النكاح والاحرام والشراء والرهن والوقف ، وبالجمله كل عقد لازم ، فلو حلف لا تفعل أحد هذه العقود وقد فعله لا يحنث حتى يستأنفه .

الثالث : ما اختلف فيه ، هل يكون استدামته كابتدائه أم لا ؟ وهو ثلاثة : الطيب والطهارة والسفر ، والشيخ ذهب الى عدم الحنث بالاستدامة واختاره المصنف والعلامة وابنه ؛ لأن التطيب حقيقة في الابتداء مجاز في الاستدامة ؛ لأنه يجوز للمتطيب أن يقول ما تطيب الآن ، والسلب من علامات المجاز ، ولأصالة براءة الذمه .

قال رحمه الله : لو حلف : لا دخلت دار زيد ، أو لا كلمت زوجته أو لا استخدمت عبده ، كان التحريم تابعاً للملك ، ومتى خرج شيء من ذلك عن ملكه زال التحريم ، أما لو قال : لا دخلت دار زيد هذه ، تعلق التحريم بالعين ، ولو زال الملك ففيه قول بالمساواة حسن .

أقول : اذا قال لا دخلت دار زيد هذه ، أو لا كلمت عبده هذا أو زوجته هذه ، هل يزول اليمين بزوال الاضافة أم لا ؟ قال الشيخ رحمه الله في الخلاف : يزول بزوالها ، واستحسنه المصنف لأصالة براءة الذمة ، ولأنه اذا دخل الدار بعد

(٣٤) - ما بين القوسين ليس في «ر» .

(٣٥) - في «م» : حكمها .

خروجها عن ملك زيد لا يقال دخل دار زيد ، فيجب أن لا يحنث ، لان اليمين متعلقة بالاسم فاذا زال الاسم زالت اليمين .

وقال ابن البراج : يحنث مع بقاء الاضافة وعدمها ، وهو ظاهر المصنف والعلامة في القواعد ، وبه قال فخر الدين والشهيد ؛ لان اليمين تعلقت بالعين وهي موجودة والاضافة للتعريف ، ولأن الدخول فعل موضوعه الدار واضافتها الى زيد لا تقتضي تعلق المحكم بها ؛ لأنه أعم ولا دلالة للعام على الخاص .

هذا اذا لم يقصد الاضافة ولا العين بل اطلق وقصد ما يطلق عليه هذا اللفظ ، ومع القصد لا أشكال في التعليق بما قصده ، وكذا لو قصد في التعليق العداوة والمباينة للمضاف اليه ، اختصت اليمين بالاضافة دون العين .

( قال رحمه الله : أما لو قال : لا دخلت هذه الدار فانهدمت وصارت براحاً ، قال الشيخ رحمه الله : لا يحنث ، وفيه اشكال ، من حيث تعلق اليمين بالعين فلا اعتبار بالوصف .

أقول : ومن عدم<sup>(٣٦)</sup> تسمية العرصة بالدار ، والاصح الحنث<sup>(٣٧)</sup> .

قال رحمه الله : لو حلف لا أدخل على زيد بيتا ، فدخل عليه وعلى عمرو ناسيا أو جاهلا بكونه فيه ، فلا يحنث ، وإن دخل مع العلم حنث ، سواء نوى الدخول على عمرو خاصة أو لم ينو ، والشيخ رحمه الله فصل .

أقول : التفصيل مذهب الشيخ في المبسوط ، وهو إن نوى الدخول على عمرو دون زيد لم يحنث ، وإن لم يستثن زيدا بالنية حنث ، ( لأن مبنى<sup>(٣٨)</sup> هذه المسألة على من حلف لا يكلم زيدا ثم سلم على جماعة هو فيهم واستثناه من

(٣٦) - هذا من «ن» وفي الاصل و«ر» : عده أو عنده وهي غير واضحة .

(٣٧) - ما بين القوسين ليس في «م» .

(٣٨) - في الاصل و«ر» : لا بد مبنى ، وفي «م» : لأنه مبنى وما أثبتناه من «ن» .

بينهم ، وقوى عدم الحنث مع الاستثناء ، فكذلك الدخول عنده ، وفرق بينها في الخلاف وجوز الاستثناء في الكلام دون الدخول ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن السلام لفظ عام فيجوز أن يخصه بقلبه ، والدخول فعل واحد فلا يجوز تخصيصه بعمر ودون زيد ، وإذا لم يقبل التخصيص فقد حنث بالدخول ، سواء خصص أو لم يخصص .

قال رحمه الله : وهل يحنث بدخوله عليه في مسجد أو الكعبة ؟ قال الشيخ : لا ؛ لأن ذلك لا يسمى بيتاً في العرف ، وفيه إشكال ، يبنى على ممانعته دعوى العرف .

أقول : هذه المسألة مبنية على أن المسجد والكعبة ، هل يسمى كل واحد منهما بيتاً في العرف أو لا ؟ قال الشيخ : لا يسمى بيتاً ؛ لأن البيت إذا اطلق يتناول ما بني للايواء والسكنى ، فلا يحنث بما بني للعبادة والصلاة ، واستند في ذلك إلى العرف ، وتابعه العلامة في قواعده واختاره الشهيد ، وأستشكله المصنف وبني الإشكال على ممانعة العرف<sup>(٣٩)</sup> الشيخ دعوى العرف ، أي يمنع دعوى الشيخ أن كلا من الكعبة والمسجد لا يسمى بيتاً في العرف ؛ لأن الله تعالى سماه بيتاً<sup>(٤٠)</sup> فهو يعرف الشرع يسمى بيتاً ، وإن كان يعرف العادة والاستعمال لا يسمى بيتاً ، وإذا طرأ عرف الشرع على عرف اللغة أو الاستعمال كان الحكم لعرف الشرع ، وهو مذهب ابن ادريس .

والمعتمد اتباع القصد فإن خلا عن القصد انصرف إلى عرف الحالف .

قال رحمه الله : العقد اسم للإيجاب والقبول فلا يتحقق إلا بهما ، فإذا حلف لبيع لا يبرأ إلا مع حصول الإيجاب والقبول ، وكذا لو حلف ليهب ، وللشيخ في

(٣٩) - هذه الكلمة ليست في «م» و «ن» .

(٤٠) - الحج : ٣٠ ، النور : ٣٦ .

الهبة قولان ، أحدهما : أنه يبر بالايجاب ، وليس بمعتمد .

أقول : الاكتفاء بالايجاب خاصة مذهبه في الخلاف ، واشتراط القبول مذهبه في المبسوط ، وهو المشهور بين الاصحاب ؛ لان الهبة عقد وهو لا يكون الا بين اثنين فهو كالبيع ، الا أن القبول في الهبة قد يكون قولاً وقد يكون فعلاً ، ولا يكون البيع الا بالقول دون الفعل .

قال رحمه الله : قال الشيخ : الهبة : اسم لكل عطية متبرع بها ، كالهدية والنحلة والعمرى والوقف والصدقة ، ونحن نمنع الحكم في العمرى والنحلة اذ يتناولان المنفعة ، والهبة تتناول العين ، وفي الوقف والصدقة تردد ، منشؤه متابعة العرف في أفراد كل واحد باسم .

أقول : البحث هنا في موضعين :

الاول : في العمرى والنحلة ، هل يعدان هبة أم لا ؟ ذهب الشيخ الى أنها نوعان من أنواع الهبة ، فاذا حلف لا وهبت له فأعمره أو نخله حنث عند الشيخ ، واختاره العلامة والشهيد ، لمساواة المنافع للاعيان في النقل والتقويم ، فاذا تبرع بها كانت هبة كالعين ، ومنع المصنف من ذلك ؛ لأن اطلاق الهبة ينصرف الى تملك الاعيان فما لا يكون تملكاً للاعيان لا يكون هبة ، فلا يحنث بتمليك المنفعة مجردة عن العين ، لأصالة براءة الذمة .

الثاني : في الوقف والصدقة المندوبة ، هل يتناولها اسم الهبة ؟ قال الشيخ : يتناولها اسمها اذا حلف على عدم الهبة ، واختاره العلامة في القواعد والمختلف لانذارجهما تحت اسم الهبة ؛ لأنها كل عطية متبرع بها حال الحياة ، وانما قلنا حال الحياة ليخرج الوصية ؛ لأنها عطية متبرع بها لكنها بعد الموت . فلا تسمى هبة .

وقال ابن ادريس : قوله الهبة عبارة عن كل عطية يملكه إياها متبرعاً بغير عوض فغير واضح ؛ لأن الوقف كذلك ولا يسمى هبة بغير خلاف ، وصدقة

التطوع عندنا لا تسمى هبة ، بل بينها وبين الهبة فرق كثير ؛ لأن صدقة التطوع<sup>(٤١)</sup> بعد القبض لا يجوز الرجوع فيها ، والهبة يجوز الرجوع فيها ، وتردد المصنف في ذلك لافراد كل واحد من الهبة والصدقة والوقف باسم ، واليمين إنما تناول اسم الهبة فلا يدخل الوقف والصدقة ( باسم فيها ، بل )<sup>(٤٢)</sup> وللمغايرة في الحكم أيضاً ؛ لأن الوقف لا يجوز بيعه ولا هبته بخلاف العين الموهوبة ، ولأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان<sup>(٤٣)</sup> يقبل الهبة ويرد الصدقة ، ولأن المقصود من الصدقة التقرب الى الله تعالى وتحصيل الاجر ، والمقصود من الهبة تحصيل المودة ، فاذا حصل المغايرة في الاسم والحكم والغاية خرجا عن حد الهبة وهو قوي .

قال رحمه الله : اذا حلف لا يفعل لم يتحقق الحنث إلا بالمباشرة ، فاذا قال : لا بعت ، او لا شربت ، فوكل فيه لم يحنث ، أما لو قال : لا بنيت بيتا فبناه البناء بأمره أو استجاره ، قيل : يحنث نظراً الى العرف ، والوجه : أنه لا يحنث الا بالمباشرة ، ولو قال : لا ضربت فأمر بالضرب لم يحنث ، وفي السلطان تردد ، أشبهه أنه لا يحنث الا بالمباشرة ، ولو قال : لا أستخدم فلاناً فخدمه بغير إذنه لم يحنث ، ولو توكل لغيره في البيع أو الشراء ففيه تردد ، والأقرب الحنث لتحقيق المعنى المشتق منه .

أقول : اذا حلف لا يفعل ثم باشر الفعل بنفسه حنث مطلقاً ، سواء كان (مما جرت عاداته)<sup>(٤٤)</sup> بمباشرة ذلك الفعل أولاً ، وإن فعله غيره باذنه أو فعله هو نيابة عن غيره ، هل يحنث أم لا ؟ البحث هنا في موضعين :

الاول : أن يفعله غيره بأمره ، فنقول : إن كان الحالف عاداته<sup>(٤٥)</sup> مما يلي ذلك

(٤١) - في الاصل : لأن الصدقة التطوع الهبة القرية ، وما أثبتناه من «م» و «ن» .

(٤٢) - في «ن» : فيها ، وفي «م» و «ر» : فيها .

(٤٣) - هذه الكلمة في «ر» .

(٤٤) - في «ن» بدل ما بين القوسين : ما جرت العادة .

(٤٥) - هذه الكلمة ليست في النسخ .

الفعل بنفسه فوكل فيه غيره لم يحنت ؛ لأنه لم يفعله ؛ لأن الأيمان إنما تتعلق بحقائق الاسماء والافعال ، فاذا فعله غيره فهو وإن أضيف اليه لم يفعله حقيقة ، لصحة سلب الفعل عنه .

وإن كان الحالف ممن لم تجر عاداته بتولي ذلك الفعل بنفسه مثل السلطان ، يحلف على عدم البيع أو الشراء أو الضرب فيأمر فيه ، أو غير البناء يحلف على عدم البنيان ، فيأمر فيه ، هل يحنت أم لا ؟ تردد المصنف في ذلك ثم رجع عدم الحنت ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف وابن ادريس ؛ لأن حقيقة اضافة الفعل اليه أن يباشره بنفسه ، وإنما ينسب ما يفعله غيره بأمره اليه على ضرب من المجاز ، ولهذا يحسن أن يقال ما ضربه وإنما ضربه غلامه ، والايمان تتعلق بالحقائق دون المجازات ، والاصل براءة الذمة ، وقوى في المبسوط الحنت وقوى<sup>(٤٦)</sup> عدمه أيضاً ، واختار العلامة وابنه والشهيد الحنت اتباعاً للعرف ؛ لان العرف صرف حقيقة اللفظ الى مجازه ، فيصير اعتبار المجاز حيث اقترن بالعرف أولى من اعتبار الحقيقة اذا فارقت العرف ؛ لأن المتبادر الى فهم السامع حمل اللفظ عند اطلاقه الى المتعارف بين الناس وإن خالف الحقيقة .

وهذا البحث إنما يتوجه مع اطلاق<sup>(٤٧)</sup> اللفظ ( عند اطلاقه الى المتعارف )<sup>(٤٨)</sup> وقصد مدلوله ، أما مع قصد المباشرة أو الامر فلا يحنت بل يتبع القصد .

الثاني : اذا باشر الفعل المحلوف على تركه لغيره كما لو حلف لا يبيع ولا يشتري ثم باع أو اشترى لغيره ، هل يحنت أم لا ؟ تردد المصنف في ذلك ثم رجع الحنت ، قال : لتحقق المعنى المشتق منه ؛ لأن البائع من صدر منه البيع ،

(٤٦) - في النسخ : ثم قوى .

(٤٧) - كذا .

(٤٨) - ما بين القوسين ليس في النسخ .

والمشتري من صدر منه الشراء ، وهذا المعنى متحقق في المباشر للبيع والشراء ، سواء كان لنفسه أو لغيره .

ويحتمل عدم الحنث ؛ لأن المتبادر الى الفهم عند اطلاق لفظ البيع والشراء ما كان لنفسه دون غيره ، فيحمل اللفظ عند اطلاقه الى المتبادر الى فهم السامع ويعضده أصالة البراءة .

قال رحمه الله : اذا حلف ليضربن عبده مئة سوط ، قيل : يجزي الضغث ، والوجه انصراف اليمين الى الضرب بالآلة المعتادة كالسوط والخشبة .

أقول : اذا حلف ليضربن عبده مئة سوط في الحد والتعزيز المأمور به ، انعقدت اليمين ووجب الوفاء بها ، ولا يجب الوفاء بها<sup>(٤٩)</sup> اذا كان للتأديب على شيء من المصالح الدنيوية ، ولا يحث بالترك بل يكون أولى .

ومع وجوب الوفاء ، قال الشيخ في المبسوط : يجزي ضربة واحدة بضغت مشتمل على العدد لقوله تعالى : ﴿ وخذي يدك ضعفاً فاضرب به ولا تحنث ﴾<sup>(٥٠)</sup> ، ولأن حقيقة الضرب وقوع الاله المضروب بها على المضروب بقوة فعل<sup>(٥١)</sup> الضارب ، وقد حصل المسمى الحقيقي فيبرى .

واختار المصنف عدم اجزاء الضغث مع عدم الخوف على نفس المضروب ، بل لا بد من الضرب بالآلة المعتادة للضرب ، كالسوط والخشبة ، واختاره المصنف وهو المعتمد ، لاقتضاء العرف ذلك والأيمان تنصرف الى المتعارف بين الناس ، وهنا هو المتعارف ، فينصرف اليمين عند اطلاق اللفظ اليه .

تنبيه : لا بد في الضرب من الايلام ، فلا يجزي وضع الآلة ورفعها من غير

(٤٩) - ليست في الأصل .

(٥٠) - صاد : ٤٤ .

(٥١) - في النسخ : بفعل .

إيلام ؛ لانه لا يسمى في العرف ضربا الا مع الايلام ، ومع عدمه لا يصدق عليه (٥٢) أسم الضرب حقيقة ، واللکم واللطم المؤلم يسمى ضربا ، بخلاف العصر والخنق والقرص ، خلافا لابن الجنيدي في الثلاثة .

قال رحمه الله : اذا حلف لاركبت دابة العبد ، لم يحنث بركوبها ؛ لأنها ليست له حقيقة ، وإن أضيفت اليه فعل المجاز ، أما لو قال : لاركبت دابة المكاتب ، حنث بركوبها ؛ لان تصرف المولى ينقطع عن أمواله ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه مما قاله المصنف ، ومن عدم تمامية الملك ؛ لأنه ممنوع من التصرف في أمواله بغير الغبطة ولاصالة براءة الذمة ، والمشهور الحنث ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في كتبه (٥٣) .

قال رحمه الله : التسري [ هو ] وطىء الأمة ، وفي اشتراط التحذير نظر .  
أقول : منشأ النظر من اختلاف الاصحاب في حقيقة التسري ، قال الشيخ في الخلاف : اذا حلف لايتسرى فحق تسرى حنث ، وما هو التسري ؟ الاول أن يقال : إنه عبارة عن الوطي والتخدير ؛ لأن الجارية ضربان : سرية وخادمة ، فاذا خدرها ووطى فقد تسرى وترك الاستخدام ، وتابعه ابن ادريس واختاره العلامة في الارشاد .

ونقل في المبسوط ثلاثة أقوال : الاول : مذهبه في الخلاف والثاني : أن التسري مجرد الوطي أنزل أو لم ينزل ، حصنها أو لم يحصنها ، واختاره العلامة في التحرير والشهيد في دروسه . الثالث : أنه الوطي مع الانزال وان لم يخدرها ، ثم قواه .

واختار العلامة في المختلف الرجوع الى العرف ، فانه يختلف باختلاف

(٥٢) - هذه من النسخ ، وفي الأصل : معه .

(٥٣) - في «ن» : أكثر كتبه .



الزمان والاصقاع<sup>(٥٤)</sup> والاوزاع<sup>(٥٥)</sup>، واختاره فخر الدين وهو المعتمد.

قال رحمه الله : اذا حلف لأقضي دين فلان الى شهر كذا ، كان غاية ، ولو قال : الى حين أو زمان ، قال الشيخ : يحمل على المدة التي حمل عليها نذر الصيام ، وفيه إشكال من حيث هو تعد عن موضع النقل وما عداه إن فهم المراد به ، والا كان مبهماً .

أقول : اذا قال لأقضي حقه الى حين أو الى زمان ، قال الشيخ رحمه الله : يحمل على نذر الصوم ، وهو أن الحين ستة أشهر والزمان خمسة ، وقواء العلامة في المختلف ؛ لأن العرف الشرعي ناقل عن الوضع اللغوي ، والعرف الشرعي نقل الحين في نذر الصوم الى ستة أشهر والزمان الى خمسة أشهر ، واستقر<sup>(٥٦)</sup> العرف في ذلك .

وابن ادريس خص ذلك بمورد النقل ، وهو نذر الصوم خاصة ؛ لان الزمان والحين من الاسماء المبهمة التي تقع على القليل والكثير ، قال تعالى : ﴿ وليعلمن نباء بعد حين ﴾<sup>(٥٧)</sup> وفسر بيوم القيامة ، وقال تعالى : ﴿ هل أتى على الانسان حين من الدهر ﴾<sup>(٥٨)</sup> ، وفسره بعضهم بتسعة أشهر مدة حمله ، وقيل : هو أربعون سنة ، إشارة الى آدم عليه السلام ؛ لأنه صور من حمأ مسنون وطين لازب ثم نفخ فيه الروح بعد أربعين سنة ، وقال تعالى : ﴿ فذرهم في غمرتهم حتى حين ﴾<sup>(٥٩)</sup> ،

(٥٤) - من النسخ وفي الاصل : والاجتماع .

(٥٥) - ليست في النسخ .

(٥٦) - في «م» : واستقرب .

(٥٧) - صاد : ٨٨ .

(٥٨) - الدهر : ١ .

(٥٩) - المؤمنون : ٥٤ .

وقال : ﴿ حين يمسون وحين يصبحون ﴾<sup>(٦٠)</sup>، فهو أسم مشترك بين القليل والكثير، ولا يمكن حمله على جميع معانيه فلهذا صار مبهماً .

والبحث في الزمان كالبحث في الحين ؛ لأنه أسم مبهم يصدق على القليل والكثير أيضاً .

والمعتمد : أنه<sup>(٦١)</sup> إن فهم المراد عمل عليه والا كان مبهماً لا يتحقق الحنث فيه الا بموت أحدهما ، لحصول تعين الحنث حينئذ ، والاصل فيما عداه براءة الذمة .

(٦٠) - الروم : ١٧ ، وفي الآية ( حين تمسون وحين تصبحون ) .

(٦١) - من « را » .



## في اللواحق

قال رحمه الله : اليمين بالبراءة من الله سبحانه ، أو من رسوله صلى الله عليه وآله لا ينعقد ، ولا يجب فيها كفارة ، ويأثم ولو كان صادقاً ، وقيل : يجب بها كفارة ظهار ولم أجد به شاهداً ، وفي توقيع العسكري عليه السلام الى محمد بن يحيى : يطعم عشرة مساكين ويستغفر الله (٦٢) .

أقول : لا خلاف في عدم جواز الحلف بالبراءة من الله أو من رسوله أو من الائمة عليهم السلام ، سواء كان الحالف صادقاً أو كاذباً ، وانما الخلاف في وجوب الكفارة لو حلف ثم حنث ، قال المفيد رحمه الله : ولا يجوز اليمين بالبراءة من الله ومن رسوله ومن أحد الائمة عليهم السلام ، فتى حلف بشيء من ذلك ثم حنث كان عليه كفارة ظهار ، ومثله قال الشيخ في باب الكفارات من النهاية ، وزاد : فان لم يقدر على ذلك كان عليه كفارة يمين ، و تبعه ابن البراج ، وقال ابن حمزه يأثم ويلزمه مع المخالفة كفارة النذر ، وقال في المبسوط والخلاف : يأثم ولا

---

(٦٢) - التهذيب ، كتاب الايمان والنذور والكفارات ، باب النودار ، حديث ٧ (ج ٧ ص ٤٦١)  
وتقله في الوسائل - عن محمد بن الحسن - في كتاب الايمان ، باب ٧ ، حديث ٣ .

كفارة، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة في أكثر كتبه ، لأصالة براءة الذمة ، ولانه لا يمين بغير الله ، واعتمد العلامة في المختلف على توقيع العسكري عليه السلام الى محمد بن يحيى ، وقد أشار اليه المصنف وهو : « اطعام عشرة مساكين ثم يستغفر الله تعالى » (٦٣) .

قال رحمه الله : اذا انعقدت يمين العبد ، ثم حنث وهو رق ففرضه الصوم في الكفارات مخيرها ومرتبها ، ولو كفر بغيره من عتق أو كسوة أو إطعام ، فان كان بغير إذن المولى لم يجز ، وإن أذن اجزأه ، وقيل : لا يجزيه ؛ لانه لا يملك بالتخليك ، والاول أصح ، وكذا لو أعتق عنه المولى بأذنه .

أقول : القول بعدم الاجزاء وإن أذن له المولى نقله الشيخ في المبسوط عن بعضهم ثم قواه ، قال : لأنه وإن ملكه مولا لا يملك عندنا ، واختار المصنف الاجزاء مع الاذن ؛ لأنه كالمعسر ، فلو كفر الغير عن المعسر بأذنه صح ، وادعى العلامة الاجماع على ذلك ، وكما يصح عن المعسر يصح عن العبد ، اذا لا مانع سوى عدم الوجدان ، وهو كما يثبت بالاعسار يثبت بالارقاق ، واختاره العلامة . وذهب فخر الدين الى عدم الاجزاء ، قال : أما العتق فلاشترط الملك والعبد لا يملك ، وكذا الاطعام والكسوة الامع القول بأن تبرع الاجنبي يجزي عن المحي ، هذا آخر كلامه رحمه الله ، وقد حكينا عن أبيه أنه ادعى الاجماع على اجزاء تكفير الغير عن المعسر بأذنه ، قاله في المختلف .

قال رحمه الله : ولو حنث من غير إذنه كان له منعه ولو لم يكن الصوم مضراً ، وفيه تردد .

أقول : اذا حلف العبد بأذن سيده ثم حنث بغير إذنه ، هل له منعه من

(٦٣) - التهذيب ، كتاب الايمان والنذور والكفارات ، باب النواذر ، حديث ٧ ( ج ٧ ص ٤٦١ )  
ونقله في الوسائل - عن محمد بن الحسن - في كتاب الايمان ، باب ٧ ، حديث ٣ .

الصيام أم لا؟ ظاهر الشيخ في المبسوط له المنع، سواء كان الصوم مضراً أو مضعفاً في بدنه وعمله كزمان الصيف، أو غير مضر كزمان الشتاء وما جاوره (٦٤)؛ لأنه إذا أذن له باليمين فقد منعه من الحنث.

وقال ابن البراج: إن كان الصوم يضره لسيدته منعه، وإن لم يضره ليس له منعه؛ لأن الصوم لا ضرر على السيد فيه.

وتردد المصنف من أن الأمر بالشيء يستلزم الأمر بلازمه، والكفارة من لوازم اليمين المأذون فيها؛ لأن سبب الكفارة ليس الحنث المطلق، بل الحنث عن اليمين المأذون فيها، وهو اختيار العلامة في المختلف، وابنه في شرح القواعد، ونقله الشيخ في المبسوط عن قوم، ومن أن الحنث منافٍ لليمين فهو ضد له، والأمر بالشيء يستلزم النهي عن ضده. (فالامر باليمين يستلزم (النهي عن) (٦٥) الحنث، فلا يستلزم معلول الحنث) (٦٦) وهو قوى.

(٦٤) - في «ن» و «ر١»: «أو ما جاوره».

(٦٥) - ما بين القوسين ليس في «م».

(٦٦) - ما بين القوسين ليس في «ر١».



كتاب النذر





## في الناذر

قال رحمه الله : ويشترط في نذر المرأة بالتطوعات إذن الزوج ، وكذا يتوقف نذر المملوك على إذن المالك ، فلو بادر لم ينعقد وإن تحرر ؛ لأنه وقع فاسداً ، وإن أجاز المالك ، ففي صحته تردد ، أشبهه اللزوم .

أقول : منشأ التردد من الشك في إذن السيد ، هل هو شرط في الانعقاد ، بمعنى أن نذر المملوك لا ينعقد بدونه أو شرط في اللزوم ، بمعنى أنه ينعقد بدون الإذن لكنه لا يلزم إلا معه ؟ فعلى الأول لا يلزم مع الإجازة لأن الإجازة لا تؤثر في الفاسد الصحة ، وعلى الثاني يلزم مع الإجازة ، وهو اختيار المصنف والعلامة في القواعد ، والشهيد في دروسه وفي شرح الإرشاد .

وحكم الزوجة مع الزوج والولد مع الوالد حكم العبد مع سيده ، فعلى مذهب المصنف والعلامة والشهيد إذا اعتق العبد أو طلقت الزوجة أو مات الزوج أو الوالد قبل الحل والإجازة لزم النذر ، لوقوعه صحيحاً ، لزوال مانع اللزوم وهو المعتمد .

فرعان : الأول : لو بيع العبد بعد النذر وقبل الإجازة والحل لم يلزم النذر ،

لبقاء المحجر وللمشتري حله واجازته .

الثاني : لو قال زيد : إن تزوجت عمرة فلله علي أن اطأها كل جمعة ، وقالت عمرة أن تزوجني زيد فلله علي أن اصوم كل جمعه ثم تزوجها انعقد نذرها دونه ؛ لأنها نذرت في حاله لا يتوقف نذرها على رضاه ، وقد حصل الشرط فانعقد النذر ووجب الوفاء به ؛ لأن نذر الوطي انما يتناول الوطي المباح دون المحرم ، ولا شك في تحريم وطئها في صومها الواجب عليها ، كما لو كانت حائضا ، ولأنه لو نذر وطئها في يوم معين فاتفق الحيض فيه بطل نذره ، نعم لو صادف يوم الجمعة سقراً أو طهرت في أثنائه من الحيض أو النفاس وجب الوطيء لوجوب الوفاء بالنذر مع الامكان ، ولا فرق بين علم كل واحد منها بنذر صاحبه وعدمه .

## في الصيغة

قال رحمه الله : ولا شبهة في انعقاد النذر بالاولين ، وفي الثالث خلاف ، والانعقاد أصح .

أقول : اختلف علماؤنا في النذر المطلق غير المعلق على شرط ، مثل قوله الله عليّ أن أصوم يوماً والاكثر على وقوعه وصحته ، وهو مذهب الشيخ وابن ادريس واختاره المتأخرون ؛ لأن النذر المطلق يصدق عليه أنه نذر فيجب عليه الوفاء ، لعموم الآيات <sup>(١)</sup> الدالة على وجوب الوفاء بالنذر ، وعموم قوله عليه السلام : « من نذر أن يطيع الله فليطعه » <sup>(٢)</sup> ولصحيحة أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام : « قال سألت عن رجل قال : علي نذر ؟ إنه قال : ليس النذر بشيء حتى يسمى شيئاً لله صياماً أو صدقة أو هدياً أو حجاً » <sup>(٣)</sup> وقال السيد المرتضى : لا ينعقد النذر الا معلقاً على شرط ، كأن يقول : لله على إن قدم فلان أو

(١) - منها الحج : ٢٩ ، الانسان : ٧ ، آل عمران : ٣٥ .

(٢) - المستدرك ، باب ١٢ من ابواب النذر والعهد ، حديث ٢ .

(٣) - الوسائل ، كتاب النذر والعهد ، باب ١ من ابواب النذر ، حديث ٢ ، التهذيب ، كتاب الايمان والنذور والكفارات ، باب النذور ، حديث ٢ .

إن كان كذا فلله علي كذا ، واحتج بالاجماع ، ولأن معنى النذر ما كان معلقا على شرط وما ليس بمعلق لا يستحق أسم النذر ، وأجيب بمنع الاجماع وبأن معنى النذر ما كان معلقاً<sup>(٤)</sup> على شرط هو المتنازع فيه ، فلا يكون دليلاً .



(٤) - في الاصل : ما يكون مطلقاً ، وفي «ن» : أن يكون معلقاً .

## في متعلق النذر

قال رحمه الله : أما الحج فنقول : لو نذره ماشيا لزم ، ويتعين من بلد النذر ، وقيل من الميقات .

أقول : إذا نذر الحج ماشيا أو راكبا أنعقد أصل النذر إجماعا ، وهل يلزم القيد مع القدرة ؟ فيه خلاف مبني على أن المشي أفضل من الركوب أو الركوب أفضل من المشي ، وقد مضى تحقيق البحث في ذلك في باب الحج<sup>(٥)</sup> . فإذا لم قيد المشي ، هل يلزم المشي من بلد النذر أو من الميقات ؟ الاول ظاهر الشيخ في المبسوط ، واختاره ( المصنف و )<sup>(٦)</sup> العلامة للعرف ، والالفاظ انما تحمل على الاصطلاح العرفي ، ونقل في المبسوط أنه يلزمه من الميقات ، والاول هو المعتمد ما لم يقصد من الميقات ، وباقي فروع هذه المسألة المذكورة في كتاب الحج فلا فائدة في الاعادة .

قال رحمه الله : لو نذر أن يمشي إلى بيت الله الحرام انصرف إلى بيت الله

---

(٥) - ج ١ ص ٣٩٨ .

(٦) - ليست في الاصل بل من النسخ .

سبحانه بمكة ، وكذا لو قال : الى بيت الله ، واقتصر ، وفيه قول بالبطلان إلا أن ينوي الحرام .

أقول : اذا قال الله على أن أمشي الى بيت الله ولم يقل الحرام ، للشيخ في ذلك قولان : أحدهما : ينصرف الى بيت الله الحرام ؛ لأن الاطلاق ينصرف اليه وهو قوله في المبسوط ، واختاره المصنف والعلامة في الارشاد والشهيد في الدروس ، وقال في الخلاف : يبطل الا أن يقصد البيت الحرام ، واختار العلامة في المختلف عدم البطلان ، فان انصرف الى المسجد الحرام بمكة والا أنصرف الى مطلق المساجد فيتخير في إتيان أي مسجد شاء ، واذا انعقد النذر وجب الاتيان بحج أو عمرة ، لعدم جواز دخول مكة بغير إحرام فلو جاز ذلك كالمكرر أو من دخل بعد احرام لم يمض له شهر لم يجب النسك .

قال رحمه الله : ولو قال : أن أمشي الى بيت الله لاحاجا ولا معتمراً ، قيل : ينعقد بصدر الكلام وتلغو الضميمة ، وقال الشيخ : يسقط النذر ، وفيه إشكال من كون قصد بيت الله طاعة .

أقول : المعتمد إن كان لا يجوز له الدخول بغير إحرام : بطل نذره ؛ لأنه نذر ترك الواجب وهو لا ينعقد ، وإن جاز له الدخول بغير إحرام كمن دخل بعد إحرام لم يمض له شهر ، أو كان متكرراً كالحطاب والحشاش أنعقد نذره ؛ لأن نفس قصد البيت طاعة ، فاذا انعقد لم يلزم القيد ، وهو الدخول بغير حج ولا عمرة ، بل هو غير إن شاء دخل محرماً بحج أو عمره ، وإن شاء دخل غير محرم ؛ لأن الاحرام غير واجب عليه ؛ لان الواجب المشي الى البيت خاصة فلا يجب النسك ، ما لم يكن واجبا عليه قبل النذر أو بسبب الدخول .

فرع : اذا نذر المشي الى أحد المساجد انعقد نذره ووجب الوفاء به ، قال الشيخ : فاذا وصله لم يلزم أن يصلي فيه ركعتين ؛ لأن الطاعة المقصودة من المشي الى

المسجد الصلاة فيه ؛ لأن القصد لغير الصلاة ليس بطاعة ، وقال العلامة والشهيد : لا يلزمه فيه صلاة ؛ لأن نفس القصد طاعة ، لقوله عليه السلام : « من مشي الى المسجد لم يضع رجله على رطب ولا يابس الا سبحت له الى الارضين السابعة »<sup>(٧)</sup> ، ولأنه إن كان القصد طاعة انعقد ولم يجب الصلاة ، لعدم تناول اللفظ لها والاصل براءة الذمة منها ، وان لم يكن القصد طاعة فلا ينعقد النذر فلا يجب الصلاة ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو نذر أن يحج ولم يكن له مال ، فحج عن غيره ، أجزأه عنها ، وفيه تردد .

أقول : سبق البحث في هذه في باب الحج<sup>(٨)</sup> والمعتمد عدم الاجزاء ما لم يكن ذلك بنيته<sup>(٩)</sup> .

قال رحمه الله : كما لو نذر يوم قدوم زيد ، سواء قدم ليلاً أو نهاراً ، أما ليلاً فلعدم الشرط ، وأما نهاراً فلعدم التمكن من صيام اليوم المنذور ، وفيه وجه آخر .

أقول : أما مع القدوم ليلاً فلا خلاف في عدم الانعقاد لعدم حصول الشرط ، وانما الخلاف اذا قدم نهاراً ، قال الشيخ وابن ادريس بعدم الانعقاد أيضاً ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والارشاد وفخر الدين ، لعدم التمكن من صيام اليوم المنذور ؛ لأنه اذا قدم في اثناء النهار فقد مضى جزء من النهار قبل حصول شرط الصوم وهو قدوم زيد وبقي بعض ، فلا يصح افراد بعض النهار

(٧) - الوسائل ، كتاب الصلاة ، الباب الرابع من ابواب احكام المساجد ، حديث ١ ، وفيه زيادة كلمة : (الارض) بين كلمتي : (له الى) .

(٨) - ج ١ ص ٣٩٩ .

(٩) - في النسخ : ( في نيته ) .



بالصوم ، ولو سبق<sup>(١٠)</sup> الوجوب الى الجزء الماضي لزم وجوب صوم زمان بعد مضيه وفواته وهو باطل ، فلا يكون النذر صحيحا ، وقال ابن الجنيدي : من نذر أن يصوم يوم يقدم فلان فقدم في بعض النهار أجزأه صوم ذلك اليوم ، وإن لم يبيت الصيام من الليل ، والاحتياط أن يصام يوم مكانه بتقدم نيته على كل حال ، ولا يختار له فطر ذلك اليوم اذا لم يكن أحدث ما يفطر الصائم وان قدم ليلا لم يلزمه النذر ، هذا آخر كلامه رحمه الله .

وواقفه العلامة في باب النذور من المختلف على انعقاد النذر ، ووجوب الصوم اذا قدم قبل الزوال ولم يتناول الناذر ، واختاره الشهيد ؛ لأنه قد يجب الصوم في زمان لا يمكنه فعله كما لو برىء المريض أو قدم المسافر قبل الزوال ولم يتناول المفطر ، فانه يجب عليها إكمال الصوم وينويان حيثنذ ويجزيهما ، فيكون نيتها مؤثرة في الزمان المتقدم عليها ، وكذا لو أصبح بنية الافطار يوم الشك ثم ثبت الهلال قبل الزوال .

قال رحمه الله : ولو اتفق ذلك يوم عيد أفطر إجماعا ، وفي وجوب قضائه خلاف ، والأشبه عدم الوجوب .

أقول : اذا نذر صوم يوم قدوم زيد دائما ، فقدم يوم الخميس مثلاً لزمه صوم كل خميس يأتي بعد يوم القدوم إجماعاً ، أما الخميس الذي قدم فيه فعلى ما مر من الخلاف ، فاذا اتفق العيد يوم الخميس أفطره إجماعا ، لتحريم صوم يوم العيد .

وهل يجب القضاء فيه قولان : أحدهما : الوجوب ، وهو قول الشيخ في النهاية والمبسوط ، لرواية علي بن مهزيار<sup>(١١)</sup> عن أبي الحسن عليه السلام الدالة

(١٠) - في «ن» و «ر» : «سرى وفي «م» : «سراء» .

(١١) - الوسائل ، كتاب النذر والعهد ، باب ١٠ من ابواب النذر ، حديث ١ .

على وجوب القضاء ، الثاني عدم الوجوب ، وهو مذهب ابن البراج وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وابنه ؛ لأنه نذر زمانا لا يصح صومه فلا ينقذ صومه ، كما لو نذر صوم الليل ، والجهل بكونه يوم العيد لا يخرج المحل عن عدم قبوله للصوم ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو نذر الصيام في بلد معين ، قال الشيخ : صام أين شاء ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه من أنه اذا لم يوقعه في البلد المعين بالنذر لم يأت بالمندور فلا يخرج من العهدة ، ومن أنه لا ترجيح لايقاعه في البلد المندور ؛ لأنه لم يحصل للصوم صفة زائدة لايقاعه في ذلك المكان ، فلا ترجيح حيثنذ وهو قول الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في الارشاد والتحرير ، وابنه في شرح القواعد ، وذلك اذا لم يكن للمكان المذكور مزية على غيره ، أما لو كان له مزية كهجوم ثلاثة أيام للحاجة في المدينة ، فلا شك في تعيينه بالنذر .

قال رحمه الله : إذا نذر صلاة فأقل ما يجزيه ركعتان ، وقيل : ركعة ، وهو حسن ، وكذا لو نذر أن يفعل قرية ولم يعينها .

أقول : اذا نذر صلاة وأطلق ، قال الشيخان وابنا بابويه والشهيد : أقل ما يجزيه ركعتان ، لرواية مسمع بن عبد الله<sup>(١٢)</sup> عن الصادق عليه السلام ، ولأن المعهود من الشرع إنما هو صلاة ركعتين والركعة نادرة ، ونقل الشيخ عن بعض الجمهور وجوب ركعة لا غير ، وهو مذهب ابن ادريس واستحسنه المصنف ، واختاره العلامة في الارشاد والتحرير والمختلف ، لأصالة براءة الذمة ، ولأنها عبادة فتكون مجزية .

(١٢) - الوسائل ، كتاب النذر والعهد ، باب ٢ من ابواب النذر ، حديث ٣ لكنه نقله عن مسمع بن عبد الملك وكذلك في التهذيب .

فعلى إجزاء الركعة هنا لو نذر أن يفعل قربة وأطلق ، اجتراً بالركعة الواحدة ، ولا شك أن الاول أحوط ، للنهي عن البتراء فيقتصر بها على موضع الوفاق .

قال رحمه الله : ولو نذر الصلاة في مسجد معين أو مكان معين من المسجد لزم ؛ لأنه طاعة ، أما لو نذر الصلاة في مكان لا مزية فيه للصلاة على غيره ، قيل : لا يلزم وتجب الصلاة ، ويمحزي إيقاعها في كل مكان ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه من أنه لا ترجيح في إيقاعها في المكان المعين ، لعدم المزية له على غيره فلا يلزم إيقاعها فيه ، وهو قول الشيخ في المبسوط ، ومن أنه مع عدم الإيقاع في ذلك المكان المعين لم يأت بالمنذور ( على وجهه )<sup>(١٣)</sup> فلا يخرج من العهدة .

قال رحمه الله : ولو نذر عتق عبد كافر غير معين لم ينعقد ، وفي المعين خلاف ، والأشبه : أنه لا يلزم .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : إذا نذر عتق رقبة فانه يمحزي أي رقبة كانت صغيرة أو كبيرة ، معينة أو سليمة ، مؤمنة كانت أو كافرة ، ومثله قال في الخلاف ، وقال ابن البراج : إذا نذر عتق رقبة معينة أعتقها على كل حال ، سواء كانت مؤمنة أو كافرة ، وإن كانت غير معينة أعتق أي رقبة بعد أن لا تكون كافرة ، وهو قول الشيخ في النهاية ، وقال ابن ادريس : لا يجوز عتق الكافرة مطلقاً ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ﴾<sup>(١٤)</sup> ، والكافر خبيث واختاره المصنف .

قال رحمه الله : ومن نذر أن لا يبيع مملوكاً لزمه النذر ، فإن اضطر الى بيعه ،

(١٣) - ما بين القوسين ليس في النسخ .

(١٤) - البقرة : ٢٦٧ .

قيل : لم يجز ، والوجه الجواز مع الضرورة .

أقول : القول بعدم جواز البيع وإن اضطر قول الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج ، لما رواه الشيخ في الضعيف ، عن الحسن بن علي ، عن أبي الحسن عليهم السلام : « قال : قلت له : إن لي جارية ليس لها مني مكان ولا ناحية ، وهي تحتل الثمن إلا أني حلفت عليها يمين ، فقلت : لله على أن لا أبيعها أبداً ولى إلى ثمنها حاجة مع تخفيف الموت ، فقال : ف لله بنذكرك »<sup>(١٥)</sup> ، ومنع ابن إدريس من ذلك وجوز البيع مع الضرورة ، للاجماع ( على جواز )<sup>(١٦)</sup> مخالفة النذر إذا كانت المخالفة أصلح ديناً أو دنياً ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد .

فرع : الأول : لو باع ما نذر ترك بيعه من غير ضرورة بل كان الأولى ترك البيع ، هل يصح البيع ؟ يحتمل عدم الصحة ، لكونه منهيّاً عنه ؛ لأنه ممنوع من البيع منعاً شرعياً ، فهو كبيع المحجور عليه فلا يقع صحيحاً ، ويحتمل الصحة ؛ لأنه بيع صدر من مالك بالغ عاقل فيكون صحيحاً ، والنهي الموجب للبطلان النهي المتعلق بالعبادات لا في المعاملات ، وهو المعتمد ، فحينئذ تجب الكفارة بمخالفة النذر اختياراً ، ولو قلنا بالبطلان لم يجب الكفارة .

الثاني : إذا نذر أن يعتق عبده إن برىء المريض أو قدم المسافر ، هل يجوز له بيعه قبل حصول الشرط ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنه قبل حصول الشرط مالك للعبد ملكاً تاماً ، ولم يوجد مانع من التصرف فيه ؛ لأن المانع وجوب الوفاء بالنذر وهو مشروط بوقوع الشرط ، ويستحيل تقدم المشروط على شرطه ، والمقتضي لجواز البيع موجود وهو الملك التام ، والمانع وهو وجوب الوفاء بالنذر مفقود ، فيجوز

(١٥) - التهذيب ، كتاب الإيمان والنذور والكفارات ، باب ٥ في النذور ، حديث ٢٦ . وفيه

( ف لله بقولك له ) . والوسائل ، كتاب النذر والعهد ، باب ١٧ من أبواب النذر ، حديث ١١

( وفيه بدل - ف لله بنذكرك - ف لله بقولك ) .

(١٦) - في « ١ » : مع .

البيع . وهو مذهب ابن الجنييد وظاهر العلامة في المختلف .

ويحتمل عدم لتعلق النذر به ، ولهذا قال علماؤنا : لو حلف ليأكلن هذا الطعام غداً فأتلفه اليوم باختياره كان عليه الكفارة ، فاقضى ذلك تعلق النذر بهذه العين قبل مجيء الغد ، فلا يصح بيعه قبل حصول الشرط ، وهو اختيار فخر الدين ؛ لأن النذر قبل حصول الشرط له صلاحية التأثير ، وإخراجه عن ملكه يزيل صلاحية التأثير فلا يكون جائزاً وهو قوي ولو نذر الصدقة بعين مشخصة عند حصول الشرط كان الحكم بجواز بيعها قبل حصول الشرط كذلك .

الثالث : ولو قلنا بجواز البيع فأعتق العبد ، المنذور عتقه عند حصول الشرط ، قبل حصوله ، ( وتصدق بالعين التي نذر الصدقة بها كذلك ، صح العتق والصدقة قطعاً ، ولو قلنا بالمنع من البيع فأعتق )<sup>(١٧)</sup> أو تصدق قبل حصول الشرط ، هل يقع ذلك صحيحاً ؟ يحتمل عدم ؛ لأنه ممنوع من التصرف المخرج من الملك قبل حصول الشرط ، لما في ذلك من إبطال النذر الذي ألزم بالوفاء به ، فيكون فعلاً منهياً عنه ، والنهي يدل على فساد ما اشترط فيه نية القربة ، وهي مشروطه في العتق والصدقة ، فلا يقع شيء من ذلك صحيحاً ، ويحتمل وقوعه صحيحاً ، لأنه تصرف قد صادف الملك وهو فعل مرغّب فيه غير مناف لغاية النذر ؛ لأن الغاية فيه تحصيل العتق أو الصدقة بتلك العين ، فإذا فعل ذلك قبل الوجوب عليه كان ذلك مسارعة في الخير ومبادرة في الطاعة ، فيكون صحيحاً ، لعدم منافاته لغرض الشارع وهو المعتمد .

الرابع : لو نذر عتق عبده غداً فأعتقه اليوم تبرعاً ، هل يكون الحكم كذلك ؟ يحتمل عدم للفرق بين المعلق على شرط والمعلق على صفة ، لتحتم وقوع

الصفة والشك في حصول الشرط ، فسبب<sup>(١٨)</sup> الوجوب المعلق على 'صفة متحقق ، والمعلق على' الشرط مشكوك فيه ، ولهذا قال علماؤنا : ولو حلف ليأكلن هذا الطعام غدا فأكله اليوم حنث ، لتحقق المخالفة ، ولو كان معلقا على 'شرط لم يتحقق الحنث باتلافه قبل حصول الشرط قولاً واحداً وإن حرم الاتلاف ، فعلى هذا لا يصح عتقه قبل الغد .

ويمتثل الصحة وعدم الحنث ، للفرق بين العتق وأكل الطعام ؛ لأن أكل الطعام من باب المباح المتساوي فعله وتركه ، ولم يكن أكله في اليوم أولى من أكله في الغد والالم يتحقق الحنث ، والعتق من باب الطاعات المندوب<sup>(١٩)</sup> الى المسارعة اليها والمبادرة فيها<sup>(٢٠)</sup> ، وتعجيل الطاعة أولى من تأخيرها فيصح العتق ولا حنث ، لعدم المنافاة كما قلناه أولاً ، وهو ( فتوى ابن ادريس بجواز )<sup>(٢١)</sup> مخالفة النذر اذا كانت المخالفة أصلح ديناً أو دنياً .

قال رحمه الله : ولو نذر الصدقة في موضع معين وجب ، ولو صرفها في غيره أعاد الصدقة بمثلها فيه .

أقول : إنما وجبت الاعادة فيه ؛ لأنه اذا نذر الصدقة بموضع معين أستحق النذر أهل ذلك الموضع ، فكأنه نذر الصدقة على أقوام معينين ، فاذا تصدق في غير ذلك الموضع فقد دفع النذر الى غير المنذور له ، فلا تجزيه الصدقة وتجب الاعادة على المنذور له ، فان كان المال معيناً وجبت الكفارة أيضاً والا أكتفى بالاعادة . وهل تجزي الصدقة على أهل ذلك البلد المعين في غيره ؟ استشكله العلامة في القواعد من أن النذر الصدقة في بلد معين ينصرف الى أهل ذلك البلد ، وقد

(١٨) - في الأصل : فيثبت .

(١٩) - في الأصل : المندوب .

(٢٠) - في النسخ : إليها .

(٢١) - في النسخ بدل ما بين القوسين : قوي لجواز .

تصدق عليهم فيخرج من العهدة ، ومن أنه لم يأت بالمنذور فلا يخرج من العهدة ، والمعتمد إن بقي في البلد أحد وجب الصرف اليه ولا يجوز في غيره ، وإن لم يبق أحد صرف الى أهله اين كانوا .

فرع : الاول : اذا نذر الصدقة الى (٢٢) اقوام معينين لزم وان كانوا اغنياء أو هاشميين ، وهل يجب عليهم القبول ؟ فيه إشكال ، من توهم أنه كالدين فيجب قبوله ؛ لأنه يجب على الديان قبول دينه عند الدفع اليه اذا كان حالاً ، ومن توهم أنه كاهبة المنذورة المعينة (٢٣) ، فلا يجب القبول ، فحينئذ اذا دفعه اليهم ولم يقبلوا بطل النذر ، لتعذر مصرفه وسقط عن الناذر ، وهو مذهب العلامة وأبسنه ، ولا يبطل النذر على القول بوجوب قبولهم مع الرد .

الثاني : لا يملك المنذور له الابرأ اذا تعلق النذر بعين مشخصة ؛ لأن الابرأ يتناول ما في الذمم ، والعين ليست كذلك ، ولا يجزي القيمة ، ولو غت العين قبل دفعها الى المنذور له كان التماء تابعاً للملك ، فان قلنا بالملك القهري فهو للمنذور له ، وإن قلنا انه لا يملك الا بالاختيار فهو للناذر .

ولو كان المنذور غير مشخص بل في الذمة ملك المنذور له الابرأ ، وجاز احتساب الدين والمعاوضة ، إن كان صيغة نذره ان لفلان علي كذا ، وإن نذر الصدقة عليه أو الاهداء اليه أو الايصال لم يجز الابرأ والاعتياض ، فلو مات أحدهما قبل الصدقة أو الاهداء أو الايصال وكانت صيغة نذره لفلان علي كذا لم يبطل النذر بموت المنذور له و ينتقل النذر الى ورثته ، ولا كفارة على الناذر ، لعدم تحقق المخالفة فانه لم ينذر غير إثبات الشيء في ذمته لزيد مثلاً ، ولم ينذر دفعه اليه فصار كالدين المعلق في ذمته ، ولهذا لم يبطل بالموت من أحدهما .

الثالث : ذهب الشهيد الى جواز مطالبة المنذور له للناذر بالنذر على كل تقدير ، سواء كان النذر معلقاً بعين مشخصة أو بشيء مقدر بالذمة ، وسواء كانت صفة النذر أن له على كذا أو أتصدق عليه أو أهدى اليه ، وهو يشكل على القول بالمواسعة وهو مذهبه ؛ لأن كل موضع<sup>(٢٤)</sup> لا يلزم من عليه الحق الدفع حالاً ليس للفرع المطالبة ، كالدين<sup>(٢٥)</sup> المؤجل ، وقد يجاب بأن الدفع هنا واجب وان جاز التأخير ، واذا وجب الدفع جازت المطالبة بخلاف الدين المؤجل فان الدفع غير واجب قبل حلول الاجل ، فلهذا لم يجز المطالبة ، وقول الشهيد هو المعتمد إلا أنه مع الامتناع من الدفع لا يجوز حبسه ولا مقاصته لا بآخرة التأخير له .

الرابع : اذا قيد النذر بعين مشخصة أو قدر الفعل بزمان معين ، فأخر حتى تلفت العين أو فات الزمان اختياراً كان عليه القضاء والكفارة ، وإن كان غير مختار فالقضاء خاصة .

قال رحمه الله : ولو نذر أن يهدي واقتصر ، انصرف الاطلاق في الهدى الى النعم ، وله أن يهدي أقل ما يسمى من النعم هدياً ، وقيل : كان له ان يهدي ولو بيضة ، وقيل : يلزم ما يجزي في الاضحية ، والأول أشبه .

أقول : جزم الشيخ في الخلاف بان إطلاق الهدى ينصرف الى ما يجزي في الاضحية من النعم ، وهو الثني من الابل والبقر والمز ، والجذع من الضأن ، سواء نكر مثل أن قال : لله على أن أهدى هدياً ، أو عرف بالالف واللام كأن يقول : لله علي أن أهدي الهدى ، واستدل باجماع الفرقة واخبارهم ، بأنهم رويوا : « أن الهدى لا يقع الا على النعم »<sup>(٢٦)</sup> ، وقوى في المبسوط أن يلزمه أقل ما يقع عليه

(٢٤) - في الاصل : حق .

(٢٥) - في «م» و«ر» : كالنذر .

(٢٦) - الوسائل ، كتاب الحج ، باب ١٠ من ابواب الذبح ، حديث ١ ، ٥ ، ٩ ، ١١ .



الاسم من تمرة أو بيضه فما فوقها ؛ لأن أسم الهدي يقع عليه لغة ، وشرعا ، يقال : أهدي بيضة وتمرّة ، وقال تعالى : ﴿ يحكم به ذوا عدل منكم هدياً بالغ الكعبة ﴾ (٢٧) ، وقد يحكمان بقيمة عصفور أو جرادة ، وسمى النبي صلى الله عليه وآله البيضة هدياً فقال : « في التكبير الى الجمعة الا ومن راح في الساعة الخامسة فكانما أهدي بيضة » (٢٨) ، واختاره العلامة في المختلف لاصالة براءة الذمة من الزائد على ذلك ، واختار المصنف انصراف الاطلاق الى النعم واجزأ أقل ما يسمى هديا ، واختاره العلامة في القواعد والارشاد والتحرير ، وبه قال فخر الدين والشهيد وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو نذر أن يهدي الى بيت الله سبحانه غير النعم ، قيل : بطل النذر ، وقيل : يباع ذلك ويصرف في مصالح البيت .

أقول : القول بالبطان قول ابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس وابن أبي عقيل ، لاصالة براءة الذمة ، ولما رواه أبو بصير في طريق ضعيف عن الصادق عليه السلام : « فان قال الرجل : أنا أهدي هذا الطعام ، فليس بشيء انما يهدي البدن » (٢٩) ، ولانه لم يتعبد بالاهداء الا في النعم فيكون نذرا لغير متعبد به .

وقيل : يتعقد النذر ويبيع ذلك ويصرف في مصالح البيت ، واختاره العلامة في المختلف ، وبه قال فخر الدين والشهيد ؛ لأنه طاعة وقربة فيقع لمساكين تلك البقعة فيتعقد ويجب الوفاء ، والخلاف انما هو في غير النعم وغير العبد والمجاريه والدابة ، لاجماعهم أن من جعل عبده أو أمته أو دابته هدياً لبيت الله ، بيع ذلك وصرف في مصالح البيت .

(٢٧) - المائدة : ٩٥ .

(٢٨) - سنن البيهقي ، ج ٣ ص ٢٢٦ .

(٢٩) - الوسائل ، كتاب النذر والعهد ، باب ١ من ابواب النذر ، حديث ٣ .

قال رحمه الله : ولو نذر نحر الهدي بمكة وجب ، وهل يتعين التفرقة بها ؟ قال الشيخ : نعم عملاً بالاحتياط ، وكذا بجنى ، ولو نذر نحره بغير هذين ، قال الشيخ : لا ينعقد ، ويقوى أنه ينعقد ؛ لانه قصد الصرف على فقراء تلك البقعة ، وهو طاعة .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : اذا نذر أن ينحر بمكة ولم يزد على هذا ، قال قوم : يلزمه النحر والتفرقة معا بها ، ومنهم من قال : يلزم النحر فقط ، ويفرق اللحم حيث يشاء ، والاول أقوى عندنا<sup>(٣٠)</sup> وأحوط ، فاما إن نذر بغير مكة كالبصرة والكوفة وغيرهما ، فان نذر أن ينحر ويفرق اللحم بها لزمه ذلك ؛ لأن نذره لمساكين تلك البقعة ، وإن أطلق ولم يذكر تفرقة اللحم ، قال قوم : إنه يلزمه النحر وتفرقة اللحم بها ، ومنهم من قال : لا ينعقد نذره أصلا ، وهو الأقوى عندي ؛ لان الاصل براءة الذمة .

وقال في الخلاف : فان نذر نحره بالبصرة أو الكوفة لزمه الوفاء ، ويفرق في الموضع الذي ذكره ، واختار المصنف مذهب الخلاف ، وهو ظاهر العلامة في الارشاد والتحريير ، فانه اختار فيها انعقاد النذر ولم يذكر التفرقة ، قال الشهيد في شرح الارشاد : وهو اختيار الشيخ في الخلاف ونجم الدين ، فدل على أن مذهب الخلاف كمذهب الارشاد والشرائع ، وهو انعقاد النذر ووجوب التفرقة في موضع النحر وإن كان بغير مكة ومنى .

وفصل الشهيد في دروسه بعد أن أوجب تفرقة اللحم بمكة ومنى إن كان النحر فيها ، فقال : ولو نوى غيرهما وقصد الصدقة أو الاهداء للمؤمنين صح ، وإن قصد الاهداء للبقعة بطل ، وإن قصد مجرد الذبح فيها فهو من باب المباح ،

وهو جيد مع حصول القصد ، والاشكال انما هو مع الاطلاق واعتقاد القصد ؛ لانه  
المبحوث عنه .

## في اللواحق

قال رحمه الله : والشهر إما عدة بين هلالين أو ثلاثون يوماً ، ولو صام شوالاً وكان ناقصاً أتمه بيوم بدلاً عن العيد ، وقيل بيومين ، وهو حسن .

أقول : تردد الشيخ في المبسوط بين الاتمام بيوم أو يومين ، ففي أول بحثه حكم بالاتمام بيومين ، وفي آخره قوى الاتمام بيوم ، ووجه الاتمام بيومين : أن الشهر إما عدة بين هلالين أو ثلاثون يوماً ، وهو قد أفطر يوماً من شوال فصار الاعتبار بالعدد ، ووجه الاتمام بيوم واحد ؛ لأنه لم يفطر من الشهر الهلالي غير يوم فلا يجب عليه غيره ، والاول هو المعتمد .

قال رحمه الله : [ الثالثة : ] إذا نذر أن يصوم أول يوم من شهر رمضان لم ينعقد ؛ لأن صيامه مستحق بغير النذر ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه من أن صيامه مستحق بغير النذر ولا يمكن وقوع غير رمضان فيه فلا ينعقد نذره ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط وابن ادريس ، ومن انعقاد الاجماع على انعقاد النذر اذا كان المنذور طاعة ، ووجوب صومه بأصل الشرع لا ينافي الانعقاد ، لما فيه من الحث على فعل الواجب ، حذراً من لزوم

الكفارة معه ؛ لأنه مع الاخلال يلزمه كفارتان ، وقيل النذر كان يلزمه كفارة واحدة ، فيحصل تأكيد الوجوب ، وهو مذهب العلامة والشهيد وهو المعتمد .

فرع : على القول بانعقاد نذر الواجب ينبغي التعرض لنية المندور الموكل مع الاصل مثل ان يقول : أصوم غداً لوجوبه علي بالاصل والنذر قرينة الى الله ، ويجوز ترامي النذر أيضاً وتعدد الكفارة بتعدد ، كما لو نذر أن يصوم شهراً مطلقاً ، ثم بعد انعقاد النذر نذر أن يصومه من سنة معينة ثم بعد انعقاده نذره بعينه بشهر معين من تلك السنة ، فان أخل به حتى مات لزمه ثلاث كفارات وإن أتى به في غير السنة المعينة لزمه كفارتان ، وإن أتى به في تلك السنة المعينة في غير ذلك الشهر المعين منها لزمه كفارة واحدة .

قال رحمه الله : [الخامسة : ] اذا عجز الناذر عما نذره سقط ، فلو نذر الحج فصدَّ سقط النذر ، وكذا لو نذر صوماً ، لكن روي في هذا : يتصدق عن كل يوم بمد من طعام .

أقول : الرواية إشارة الى ما رواه محمد ابن منصور ، عن الرضا عليه السلام ، « قال : كان يقول من عجز عن صوم نذره فكان كل يوم مد » (٣١) ، وقد سبق البحث في ذلك في باب الكفارات (٣٢) .

قال رحمه الله : وكفارة المخالفة في العهد كفارة يمين ، وفي رواية : كفارة من أفطر يوماً من شهر رمضان (٣٣) ، وهي أشهر .

أقول : قد سبق البحث في ذلك في باب الكفارات (٣٤) ، والمعتمد أنها كفارة

(٣١) - الوسائل ، كتاب الصوم ، باب ١٥ من ابواب بقية الصوم الواجب ، حديث ٢ وفيه اختلاف يسير .

(٣٢) - ص ٢٨٩ لكن ليس فيه صورة المعجز .

(٣٣) - الوسائل ، كتاب الايلاء والكفارات ، باب ٢٤ من ابواب الكفارات : حديث ٢ .

(٣٤) - ص ٢٩٠ .

من أفطر يوماً من شهر رمضان .

قال رحمه الله : [ السابعة : ] النذر والعهد ينعقدان بالنطق ، وهل ينعقدان بالضمير والاعتقاد ؟ قال بعض الاصحاب : نعم ، والوجه : أنها لا ينعقدان الا بالنطق .

أقول : الانعقاد بالضمير والاعتقاد مذهب الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن البراج وابن حمزة ، وهو ظاهر المفيد ، لقوله عليه السلام : « إنما الاعمال بالنيات »<sup>(٣٥)</sup> ، وإذا انتفى العمل عند انتفاء النية وجب تحققه عند تحققها ، ولأن المناط في العبادات<sup>(٣٦)</sup> اللفظية الاعتقاد ، وهو هنا حاصل ، واللفظ إنما هو لاعلام الغير بما في الضمير ، والله تعالى عالم بسرائر القلوب ، ولقوله تعالى : ﴿ وان تبدوا ما في أنفسكم أو تخفوه يحاسبكم به الله ﴾<sup>(٣٧)</sup> .

وقال ابن الجنييد : لا ينعقد الا باللفظ مع النية ، وبه قال ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس وهو المعتمد ؛ لان النذر إيقاع فلا يكفي فيه مجرد النية ، كاليمين والعق ، ولأنه من الاسباب ولا يجري على ما في القلوب بل لابد من ظهورها .

(٣٥) - الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٥ من ابواب مقدمة العبادات ، حديث ١٠ .

(٣٦) - في الاصل : الاعتقادات .

(٣٧) - البقرة : ٢٨٤ .

## ملاحظة

قد تمت طريقة التحقيق في هذين الجزأين - أي الثالث والرابع - على خلاف ما قبلهما؛ لتوفر نسخة مهمة لدينا تبدأ من كتاب النكاح إلى نهاية الشرح ، وقد عرفنا بها في مقدمة التحقيق ج ١ ص ٢٠ ورمزنا لها بـ «ي» فراجع .

لذا جعلناها «أصلاً» ، وما خالفها من بقية النسخ أشرنا إليه في الهامش ، إلا ما اعتقدنا خطأه في نسخة الأصل فصححناه اعتماداً على النسخ الأخرى ، مع الإشارة إلى ذلك .

## محتويات الجزء الثالث

### كتاب النكاح

الموضوع	الصفحة
آداب العقد	
في اللواحق .....	٧
تنبيه : في الفرق بين المحاسن وبين الوجه والكفين .....	٩
فرع في حكم نظر الوكيل إلى المرأة التي يريد تزويجها للموكل أو الأمة التي يريد شراءها له .....	١١
حكم النظر إلى نساء أهل الذمة وإلى شعورهن .....	١١
في النظر إلى المحارم .....	١٢
في جواز تبرج النساء قبال الطفل الذي لم يظهر على عورات النساء .....	١٢
حكم نظر الخصي إلى المرأة .....	١٣
حكم الوطء في الدبر .....	١٣
حكم العزل عن الحرة .....	١٤
مسألة في دية النطفة .....	١٤
في خصائص النبي (ص) .....	١٧



- ٢١ ..... في العقد
- ٢٢ ..... حكم العقد لو وقع بغير الماضي
- ٢٣ ..... حكم الإخلال بذكر الأجل في العقد المنقطع
- ٢٤ ..... حكم السكران أو السكرى إذا زوجت نفسها
- ٢٧ ..... في أولياء العقد
- ٢٧ ..... في حكم ولاية الجد مع بقاء الأب
- ٢٨ ..... في ثبوت الخيار للصبي بعد البلوغ إذا زوجها أبوها أو جد لها
- ٢٩ ..... في ثبوت الخيار للصبي إذا زوجه أبوه أو جده لأبيه
- ٢٩ ..... في ثبوت ولايتهما على البكر البالغة الرشيدة
- ٣٠ ..... في ولاية الوصي على النكاح
- ٣٠ ..... لو وكلته في تزويجها منه
- ٣٠ ..... لو زوجها الولي بدون مهر المثل
- ٣٢ ..... حكم سكوت البكر
- ٣٢ ..... في جواز نكاح الأمة بإذن مالئها
- ٣٣ ..... إذا زوجها الاخوان برجلين
- ٣٤ ..... فروع في اختلاف الوكيلين أو الوليين
- ٣٥ ..... في ولاية الأم على الولد
- ٣٦ ..... في العقد الفضولي مع انكار الزوج الاذن
- ٣٧ ..... في أسباب التحريم
- ٣٩ ..... في الرضاع
- ٤٠ ..... في تقدير ما ينشر الحرمة
- ٤٣ ..... فرع فيما لو حصل الاشتباه في الرضاع
- ٤٣ ..... في كراهية استرضاع من ولادتها عن زنا

٤٤	فرع في جواز تزوج الفحل بأخت المرتضع وجدته .....
	إذا عقد الانسان على امرأة ثم فارقتها قبل الدخول لم تحرم عليه بنتها فهل تحرم
٤٨	أمها .....
	هل للعممة والخالة الخيار في اجازة العقد ونسخه فيما لو تزوج بنت اخيها أو
٥٠	أختها .....
٥١	الزنا بالمرأة هل ينشر حرمة التزويج في أمها وبنتها .....
٥٣	حكم الوطىء بالشبهة .....
٥٣	حكم النظر واللمس الذي يسوغ لغير المالك .....
٥٣	هل تحرم المملوكة على أبي اللامس أو ابنه إذا نظر أو لمس ما يسوغ لغير المالك .....
٥٤	حكم ما لو تزوج بأختين .....
٥٦	حكم ما لو وطىء أمة بالملك ثم تزوج بأختها .....
٥٧	في شرطي جواز عقد الحر على الأمة .....
٥٨	فروع .....
٥٨	في عدم جواز نكاح الأمة على الحرية إلا باذنها .....
٥٩	حكم المفضضة التي لم تبلغ تسعاً .....
٦١	حكم الدخول بالمعتدة .....
٦٤	فروع .....
٦٤	حكم التزويج بذات البعل .....
٦٥	حكم وطىء الأمة في الاستبراء .....
٦٥	في أن من زنا بامرأة لم يجرم عليه نكاحها .....
٦٥	في جواز نكاح الزانية على كراهية .....
٦٧	حكم الزنا بذات عدة بائن أو وفاة أو عدة المستمتع بها .....
٦٧	إذا طلق احدى الاربع بائناً وتزوج اثنتين .....

- ٦٧ ..... في عدم جواز نكاح غير الكتابية
- ٦٨ ..... في جواز نكاح الكتابيات من اليهود والنصارى
- ٦٩ ..... في نكاح المجوسيات
- ٦٩ ..... حكم ما لو أسلمت زوجته قبل الدخول
- ٧٠ ..... إذا تزوج امرأة وبنيتها ثم أسلم بعد الدخول بهما حرمتا
- ٧١ ..... لو أسلم العبد وعنده أربع حرائر وثنيات
- ٧١ ..... في ان اختلاف الدين فسخ لا طلاق
- ٧١ ..... إذا لم يسم مهرأ ثم أسلم قبل الدخول
- ٧٢ ..... إذا سمى مهرأ فاسداً كالخمر والخنزير ثم أسلم بعد الدخول وقبل قبض المهر
- ٧٢ ..... إذا ارتد المسلم بعد الدخول
- ٧٣ ..... لو أسلم على أكثر من أربع ثم أسلمن في العدة
- ٧٤ ..... في ان اباق العبد طلاق امرأته فانه بمنزلة الارتداد
- ٧٥ ..... في مسائل من لواحق العقد
- ٧٥ ..... في ان الكفاءة شرط في النكاح
- ٧٥ ..... هل يشترط التساوي في الايمان
- ٧٦ ..... فرع
- ٧٨ ..... لو تجدد عجز الزوج عن النفقة هل تتسلط على الفسخ
- ٧٨ ..... تنبيه : في أن التمكن من المؤنة هل هو شرط في وجوب الاجابة
- في وجوب اجابة المؤمن القادر على النفقة إذا خطب ولو امتنع الولي كان عاصياً
- ٧٩ ..... فرع
- ٨٠ ..... فرع
- ٨١ ..... في انتماء الرجل إلى قبيلة وتزوج فبان الخلاف
- ٨١ ..... فرع

٨٢	إذا تزوج بامرأة ثم علم أنها كانت زنت .....
٨٢	لو خطب فأجابت ، هل يحرم على غيره خطبتها .....
٨٣	في بطلان العقد مع اشتراط المرأة على المحلل ان لا نكاح بينهما بعد التحليل .....
٨٣	في اشتراطها الطلاق بعد التحليل .....
٨٣	في بطلان نكاح الشغار .....
٨٤	فرع .....

### النكاح المنقطع

٨٨	ضبط الأجل ومعلوميته .....
٨٩	فرعان .....
٩٠	في أن الشروط يجب أن تقرر بالايجاب والقبول .....
٩٠	في ان المستمتع بها تبين بانقضاء المدة .....
٩١	في انه لا يقع لعان بالمستمتع بها لنفي الولد .....
٩٢	لا توارث بين الزوجين في المنقطع .....
٩٣	في عدة المستمتع بها .....

### نكاح الاماء

١٠١	تنبيه في صيغة العقد هنا .....
١٠٢	في انه إذا ملك بعض زوجته بطل عقده عليها .....
١٠٣	إذا اعتقت المملوكة كان لها فسخ نكاحها .....
١٠٥	فروع تتعلق في خيار المملوكة المروجة بعد العتق .....
١٠٦	في جواز جعل عتق الأمة صداقها .....

- ١٠٧ ..... في ان ام الولد تنعتق بعد وفاة مولاها من نصيب ولدها
- ١١٠ ..... لو زوج عبده بحرة ثم باعه قبل الدخول
- ١١١ ..... في ان طلاق الأمة بيد المولى
- ١١٢ ..... فرعان
- ١١٢ ..... حكم ما لو استقل العبد بالطلاق من غير اذن السيد
- ١١٢ ..... هل أمر المولى بالطلاق يكون فسخاً
- ١١٥ ..... في ملك المنفعة
- ١١٥ ..... فروع
- ١١٧ ..... حكم تحليل امته لمملوكه
- ١١٩ ..... في ان ولد المحللة حر

### في العيوب

- ١٢١ ..... في عيوب الرجل
- ١٢٣ ..... تنبيه في أن الجنون أو الجلب يبيحان الفسخ وان تجددت بعد الوطي
- ١٢٥ ..... في تعريف القرن

### في أحكام العيوب

- ١٢٥ ..... في الجنون
- ١٢٦ ..... في العنن
- ١٢٩ ..... في التدليس
- ١٣٣ ..... في المهور
- ١٣٣ ..... إذا جعل المهر عملاً مضموناً في ذمة الزوج

١٣٤	حكم عقد المسلم على الخمر والخنزير .....
١٣٤	حكم الزيادة على مهر السنة .....
١٣٥	في جواز ان يتزوج امرأتين أو أكثر بمهر واحد .....
١٣٧	فرع .....
١٣٧	لو أصدقها ظرفاً على انه خل فبان خراً .....
١٣٨	في ان المهر مضمون على الزوج .....
١٣٨	وهنا تحقيق .....
١٣٨	لو وجدت في مهرها عيباً كان لها رده بالعيب .....
١٣٩	في ان لها ان تمنع من تسليم نفسها حتى تقبض المهر .....
١٤٠	فرعان في تسليم نفسها قبل دفع المهر .....
١٤٠	فيما لو زوجها الولي بدون مهر المثل .....
١٤١	فروع .....
١٤٢	تنبيه: في انه يجب على الفقيه ان يعرف مهر المثل على وجه كلي .....
	تنبيه آخر: الاعتبار لمهر المثل المستند إلى العقد الفاسد يوم الوطني لا يوم العقد
١٤٣	
١٤٤	لو فوضت تقدير المهر إلى أحدهما (هي أو الزوج) .....
١٤٥	في الدخول الموجب للمهر .....
١٤٧	إذا لم يسم لها مهرأ وقدم لها شيئاً ثم دخل كان ذلك مهرها .....
١٥٠	لو شرطت أن لا يفتضاها لزم الشرط .....
١٥٢	إذا شرط ان لا يخرجها من بلدها .....
١٥٣	في ان الصداق يملك بالعقد .....
١٥٥	فرعان .....
١٥٧	في الاختلاف في أصل المهر .....

إذا خلا بها فادعت المواقعة ..... ١٥٩

### في القسم

في ان القسمة بين الأزواج حق على الزوج ..... ١٦١

في اختصاص القسم بالليل ..... ١٦٢

في سقوط القسمة بالسفر ..... ١٦٤

في النشوز ..... ١٦٧

في صورة الهجر ..... ١٦٧

في الشقاق ..... ١٦٩

في ان بعث الحكم على سبيل التحكيم لا التوكيل ..... ١٦٩

### أحكام الأولاد

في ان أقصى الوضع هو تسعة أشهر ..... ١٧١

### في أحكام الولادة

حكم العقيقة ..... ١٧٣

### في الحضانة

في عدم وجوب الرضاع على الأم ..... ١٧٥

إذا ادعى الأب وجود متبرعة وانكرت الأم ..... ١٧٦

في حق الحضانة ..... ١٧٧

١٧٨	..... فرع يتعلق بسقوط حضانة الأم
١٧٨	..... في ان أولوية الرضاع للأم ما لم تطلب اجرة زائدة
١٧٨	..... إذا طلقت الأم فهل ترجع حضانتها

### في النفقات

١٨١	..... هل ان وجوب النفقة بالعقد أو بالتمكين
١٨١	..... فروع
١٨٢	..... حكم النفقة مع صغر أحد الزوجين وعدم تمكنه
١٨٣	..... في سقوط نفقة البائن وسكناها
١٨٤	..... في نفقة الحامل المتوفى عنها زوجها
١٨٥	..... في تقدير الإطعام
١٨٦	..... في كسوة الزوجة وهل هي إمتاع أو تمليك
١٨٨	..... في نفقة زوجة المملوك

### في نفقة الأقارب

١٩١	..... في نفقة الأبوين والأولاد
١٩٢	..... تنبيه : وفيه ان المانع من الارث مانع من وجوب الانفاق

## كتاب الطلاق

### في المطلق

١٩٥	..... في طلاق الغلام الذي لم يحتلم
١٩٦	..... في طلاق الولي عن من بلغ فاسد العقل



- ١٩٦ ..... في الوكالة في الطلاق للغائب
- ١٩٧ ..... حكم توكيلها في طلاق نفسها

### في المطلقة

- ١٩٩ ..... في تقدير المدة التي يسوغ معها طلاق الغائب
- ٢٠٠ ..... هل يشترط تعيين المطلقة بالاسم أو بغيره لمن كان له أكثر من زوجة
- ٢٠١ ..... تنبيه: يتفرع عليه فروع
- ٢٠٣ ..... إذا نظر إلى اجنبية وزوجته فقال: إحدكما طالق

### في الصيغة

- ٢٠٥ ..... في الطلاق بغير الصيغة المعهودة
- ٢٠٦ ..... في طلاق الأخرس
- ٢٠٧ ..... لو خيرها وقصد الطلاق
- ٢١٠ ..... في الطلاق المعلق
- ٢١١ ..... في تنصيف الطلاق

### في الاشهاد

- ٢١٣ ..... في اشتراط العدالة بالشاهدين
- ٢١٣ ..... فروع تتعلق بعدالة الشاهدين

### في أقسام الطلاق

- ٢١٧ ..... في طلاق الحامل
- ٢١٧ ..... في تعريف الطلاق البدعي والسني

في طلاق الحائل ثم مراجعتها .....	٢١٩
----------------------------------	-----

### في طلاق المريض

في اقرار المريض بطلاق زوجته في حال الصحة ثلاثاً .....	٢٢٣
إذا سأله الطلاق فلا يرث لها .....	٢٢٤

### في ما يزول به تحريم الثلاث

في المحلل وشروطه .....	٢٢٧
لو ادعت المطلقة ثلاثاً انها تزوجت وقضت العدة .....	٢٢٨
فرع في جواز العقد على المرأة لو ادعت انها مطلقة وانقضت عدتها .....	٢٢٩

### في الرجعة

في عدم تحقق الرجعة المعلقة على شرط .....	٢٣١
حكم ارتداد المطلقة رجعيةً .....	٢٣٢
في كيفية رجعة الآخرس .....	٢٣٢
لو تزوجها في العدة الرجعية .....	٢٣٣

### في العدد

في الدخول الموجب للعدة .....	٢٣٥
في عدة المستقيمة الحيض .....	٢٣٥
في اقل زمان تنقضي به العدة .....	٢٣٦
في عدة اليائسة .....	٢٣٦

٢٣٧	..... في حد اليأس
٢٣٨	..... في عدة المرأة المسترابة
٢٤٠	..... لفرع
٢٤٠	..... حكم المدة في ما إذا طلقت في اثناء الشهر
٢٤١	..... حكم المرتابة بالحمل

### في عدة الحامل

٢٤٣	..... في أقصى مدة الحمل
٢٤٣	..... تنبيه في مضي أقصى مدة الحمل
٢٤٤	..... حكم الحامل باثنين
٢٤٥	..... فرع في انه لا تنقضي العدة بانفصال بعض الولد
٢٤٥	..... لو أقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لسته أشهر فصاعداً

### في عدة الوفاة

٢٤٧	..... في وجوب الحداد على الأمة وعدمه
	..... حكم اعتداد زوجة المفقود باذن الحاكم ثم رجوعه بعد انقضاء العدة وقبل
٢٤٨	..... زواجها
٢٤٨	..... فروع
٢٥٠	..... في انه لا نفقة على الغائب في زمان العدة
٢٥٠	..... حكم الولد لسته أشهر من دخول الثاني
٢٥١	..... في انه لا توارث لو كان الموت بعد العدة
٢٥١	..... حكم الميراث لو مات أحدهما في العدة
٢٥١	..... في ان الباتنة لا ميراث فيها

### في عدة الاماء

في عدة الذمية ..... ٢٥٣

في عدة أم الولد ..... ٢٥٣

### في اللواحق

حكم المطالبة في مسكن دون مستحقها ..... ٢٥٥

في ان السكنى تابعة لوجوب النفقة ..... ٢٥٥

## كتاب الخلع

### في الصيغة

في وقوع الخلع بمجردده ..... ٢٥٩

تنبيه : في انه لا يشترط تقديم البذل على الخلع ..... ٢٥٩

هل ان وقوع الفرقة بلفظ الخلع طلاق أم فسخ ..... ٢٦٠

### في الفدية

في من يصح منه بذل الفداء ..... ٢٦٣

لو خالعت في مرض الموت صح ..... ٢٦٤

لو خلعها على عين فبانت مستحقة ..... ٢٦٤

في صحة البذل من الأمة ..... ٢٦٤

متى يجب الخلع على الزوج ..... ٢٦٥

## في الأحكام

٢٦٧	..... متى يجوز للرجل عضل الزوجة
٢٦٧	..... في معنى العضل
٢٦٨	..... حكم الطلاق بشرط
٢٦٨	..... في معنى الولاء
٢٦٩	..... حكم البذل المجهول

## كتاب الظهار

### في الصيغة

٢٧٣	..... حكم شبهه بغير الأم (أي انه يقع الظهار؟)
٢٧٤	..... حكم التشبيه بيد الأم أو الشعر أو البطن
٢٧٤	..... في انه لا يقع الظهار بجعله يميناً
٢٧٥	..... حكم تعليق الظهار على صفة
٢٧٦	..... هل يقع الظهار إذا قصد به اضرار المرأة
٢٧٧	..... في وقوعه موقوفاً على شرط
٢٧٧	..... هل يقع الظهار مؤقتاً
٢٧٨	..... في وقوعه بغير الصيغة المنصوصة

### في المظاهرة

٢٧٩	..... في اشتراط الدخول وعدمه
٢٧٩	..... هل يقع الظهار بالمستمع بها
٢٨٠	..... في وقوعه بالموطوءة بالملك

## في الأحكام

٢٨١	في حرمة الظهار .....
٢٨١	في وجوب الكفارة على المظاهر .....
٢٨٢	في تعدد الكفارة بتكرر الظهار .....
٢٨٣	في حرمة الوطي على المظاهر ما لم يكفر .....
٢٨٤	في حرمة ما دون الوطيء عليه .....
٢٨٥	في اجزاء الاستغفار إذا عجز عن الكفارة .....

## في الكفارات

٢٨٩	في كفارة من أفطر يوماً نذر صومه .....
٢٨٩	في كفارة الحنث في النذر .....
٢٩٠	في كفارة خلف العهد .....
٢٩٠	حكم مَنْ حلف بالبراءة من الله أو الرسول أو الأئمة عليهم السلام .....
٢٩١	تنبيه: في ترتب الحكم على الحلف لكل واحد أو للجميع .....
٢٩١	هل تستقر الكفارة بمجرد الحلف أو لا بد من الحنث .....
٢٩١	في جز المرأة شعرها في المصاب .....
٢٩١	فروع .....
٢٩٢	في معنى الجز .....
٢٩٢	في كفارة الحيض مع التعمد .....
٢٩٢	حكم من تزوج امرأة في عدتها .....
٢٩٢	فروع .....
٢٩٢	في وجوب الكفارة على من تزوج بذات بعل .....

- ٢٩٣ ..... في انه لا يجزي الصدقة من غير الدقيق
- ٢٩٤ ..... حكم من نام عن (صلاة) العشاء حتى جاوز نصف الليل
- ٢٩٤ ..... فروع
- ٢٩٥ ..... في اعتبار الايمان في الرقة في كفارة القتل وعدمه
- ٢٩٦ ..... في المراد بالايمان
- ٢٩٧ ..... تحقيق في مسألة اشتراط ايمان الرقة

### في خصال الكفارة

- ٢٩٩ ..... في جواز عتق المولود في كفارة الظهار
- ٣٠٠ ..... في اسلام المراهق
- ٣٠٠ ..... في جواز عتق ولد الزنا في الكفارة
- ٣٠٢ ..... في جواز عتق المدير في الكفارات
- ٣٠٢ ..... في عدم صحة عتق المرهون بدون إجازة المرمين
- ٣٠٣ ..... في جواز عتق العبد الجاني
- ٣٠٤ ..... في تبرع أجنبي بالعتق عنه
- ٣٠٤ ..... إذا أعتق الوارث عن الميت من ماله لا من مال الميت
- ٣٠٥ ..... إذا قال: اعتق عبدك عني ففعل
- ٣٠٦ ..... في كيفية ملك الطعام الذي قدم للأكل بقول مالكة (كل هذا الطعام)
- ٣٠٧ ..... في انه يشترط في التكفير النية المشتملة على الوجه والقربة والتكفير
- ..... في وقوع العتق عن غير الكفارة فيما لو قال له قائل: اعتق عموك عن كفارتك
- ٣٠٨ ..... ولك علي كذا
- ٣١٠ ..... حكم من أفطر في اليوم الثاني من الشهر الثاني في صوم الكفارة
- ٣١٠ ..... في عدم انقطاع التتابع لو أفطرت الحامل أو المرضع خوفاً على أنفسهما

- في ان الاكراه على الافطار لا يقطع التتابع ..... ٣١٠
- في اقسام الاكراه ..... ٣١١
- في تخيير المكفر بين اطعام المساكين وبين التسليم اليهم ..... ٣١١
- في ان كفارة اليمين بخيرة بين العتق والاطعام والكسوة ..... ٣١٢
- في وجوب كفارة الظهار بنية العود ..... ٣١٤

## كتاب الايلاء

### في الصيغة

- في ان الايلاء لا يتحقق إلا باللفظ الصريح ..... ٣١٧
- حكم الايلاء المعلق على شرط أو صفة ..... ٣١٨

### في المؤلى

- في صحة الايلاء من المجبوب وعدمها ..... ٣١٩

### في المؤلى منها

- في انه لا يقع بالمستمع بها ..... ٣٢١

### في أحكام الايلاء

- في معنى انقطاع الاستدامة ..... ٣٢٤
- حكم الوطاء في مدة التربص ..... ٣٢٤



## كتاب اللعان

### في السبب

- ٣٢٩ ..... في عدول القاذف عن البينة إلى اللعان
- ٣٣٠ ..... في حقوق الولد بالخصي والمحبوب وعدمه

### في الملاعن

- ٣٣٣ ..... في صحة لعان الكافر
- ٣٣٤ ..... في كيفية لعان الآخرس

### في الملاعنة

- ٣٣٧ ..... في اعتبار الدخول بالملاعنة وعدمه
- ٣٣٨ ..... في ثبوت اللعان بين الحر والمملوكة
- ٣٣٩ ..... في صيرورة الأمة فراشاً بالوطني وفي معناه

### في كيفية اللعان

- ٣٤١ ..... في اشتراط ايقاع اللعان عند الحاكم
- ٣٤٢ ..... في وضع الرجل والمرأة (من القيام أو القعود) حال تلفظه بالشهادة واللعن
- ٣٤٣ ..... هل اللعان شهادات أو أيمان

## في الأحكام

٣٤٥	فيما لو أكذب نفسه بعد اللعان
٣٤٦	في انه لا يجب الحد عليها لو اعترفت بعد اللعان
٣٤٦	حكم اقرارها بعد القذف وقبل اللعان
٣٤٨	إذا قذفها فماتت قبل اللعان
٣٤٩	لو قذفها ولم يلاعن فحد ثم قذفها به
٣٥١	حكم نكولها بعد القذف واللعان ثم قذفها الاجنبي
٣٥١	حكم شهادة اربعة نفر على امرأة بالزنا أحدهم الزوج

## كتاب العتق

### في أسباب العتق

٣٥٥	في وقوع العتق بغير لفظ التحرير
٣٥٦	في الألفاظ الموضوعية للتحرير
٣٥٦	في اشتراط تعيين المعتق
٣٥٨	في صحة عتق الصبي
٣٥٨	في بطلان عتق الكافر
٣٥٩	في شروط صحة العتق
٣٦٠	في صحة عتق ولد الزنا
٣٦٠	في لزوم وفاء العتيق بشروط المعتق
٣٦٢	من نذر عتق أول مملوك فملك جماعة
٣٦٣	حكم العتق في مرض الموت
٣٦٧	تحقيق في مسألة العتق في مرض الموت

## في السراية

- ٣٧١ ..... في عتق أحد الشريكين حصته
- ٣٧٣ ..... فرع في وجوب السعي على العبد
- ٣٧٣ ..... في انعقاد نصيب الشريك مع اجتماع شروط السراية
- ٣٧٤ ..... فروع حول عتق حصة الشريك
- ٣٧٥ ..... في ان عتق الشقص إما مباشرة بالصيغة أو بالسبب
- ٣٧٦ ..... لو أعتق الحامل تحرر الحمل
- ٣٧٦ ..... إذا دفع لمعتق قيمة نصيب شريكه

## في الملك

- ٣٧٩ ..... لو ملك من جهة الرضاع من يعتق عليه

## في العوارض

- ٣٨١ ..... في عتق من مثل به مولاه

## كتاب التدبير

### في العبارة

- ٣٨٥ ..... في تعليق التدبير بوفاة غير المالك
- ٣٨٦ ..... فرع لو مات المالك أولاً
- ٣٨٧ ..... في صحة تدبير المملوك لشريكين مع قولهما: إذا متنا فأنت حر
- ٣٨٨ ..... في اشتراط نية القرية

في تعليق التدبير على شرط أو صفة .....	٣٨٩
في عدم جواز الرجوع في تدبير الولد .....	٣٨٩

### في المباشر

في تدبير الصبي .....	٣٩١
في تدبير الكافر .....	٣٩١
في بطلان تدبير المرتد عن فطرة .....	٣٩٢
في عدم بطلان تدبير المرتد عن غير فطرة .....	٣٩٢

### في الأحكام

في ان التدبير بصفة الوصية .....	٣٩٥
في بطلان التدبير لو كان على الميت دين يستوعب التركة .....	٣٩٧
في ان الكتابة منافية للتدبير .....	٣٩٨

## كتاب المكاتب

### في الأركان

في اشتراط الأجل في الكتابة .....	٤٠١
في حد العجز بالمبيع للفسخ في الشروط .....	٤٠٢
في أن الكتابة عقد لازم .....	٤٠٣
في معنى الجواز المقابل للزوم .....	٤٠٣
هل يشترط في صحة الكتابة اسلام السيد .....	٤٠٤

- في جواز مكاتبه مملوك اليتيم من قبل وليه ..... ٤٠٤  
 في اعتبار البلوغ والكمال والاسلام في المكاتبه ..... ٤٠٥  
 لو كاتبه ثم حبسه مدة ..... ٤٠٦

### في الأحكام

- في موت المكاتب ..... ٤٠٩  
 فرع: لو كان وارث المكاتب جماعة ..... ٤١٠  
 في تكفير المكاتب بغير الصوم بغير إذن مولاه ..... ٤١١  
 إذا ملك المملوك نصف نفسه ..... ٤١١  
 في اختلاف السيد والمكاتب في مال الكتابة ..... ٤١٢  
 في بطلان العتق مع رد العوض بالعيب ..... ٤١٣  
 في مكاتبه بعض عبده ..... ٤١٣

### في اللواحق

- إذا كان للمكاتب على سيده مال وحل للسيد شيء من النجوم ..... ٤١٥  
 في جواز شراء المكاتب لقريبه الذي يعتق عليه ..... ٤١٦

### في أحكام المكاتب

- إذا قال: ضعوا عنه أو وسط نجومه ..... ٤١٩

## كتاب الاستيلاء

٤٢٥	..... إذا وطئ أمة الغير بشبهة أو بعقد فأولدها
٤٢٥	..... لو وطأ الذمي أمته فحملت منه وأسلمت
٤٢٦	..... إذا أوصى لأم ولده
٤٢٧	..... إذا جنت أم الولد
٤٢٨	..... في وليدة نصرانية أسلمت

## كتاب الاقرار

### في الصيغة

٤٣٦	..... في ان الاستثناء من الجنس جائز
-----	-------------------------------------

### في المقر

٤٣٩	..... في إقرار المفلس
٤٤٠	..... في اقرار المريض
٤٤٢	..... في قبول الاقرار بالمبهم

### في المقر له

٤٤٣	..... في الاقرار للبهيمة
٤٤٣	..... في الاقرار للحمل

- ٤٤٤ ..... فرع : لو أقر لمسجد أو مقبرة .
- ٤٤٤ ..... لو أقر بعبد لانسان فأنكر المقر له .
- ٤٤٤ ..... فروع .
- ٤٤٥ ..... إذا أقر بعين لزيد فكذبه .
- ٤٤٥ ..... لو رجع المقر له عن تكذيب المقر .
- ٤٤٥ ..... لو رجع المقر عن اقراره .
- ٤٤٦ ..... في ان الشهادة على الغير بعين في يده يكون اقراراً .
- ٤٤٦ ..... لو قال : علي ألف وقطع ثم قال : من ثمن مبيع لم أقبضه .

### في الاقرار بالنسب

- ٤٤٩ ..... في عدم اعتبار تصديق الصغير .
- ٤٥٠ ..... في ثبوت النسب .

### في الجمالة

- ٤٥٣ ..... إذا رد الانسان عبد غيره أو ضالته .
- ٤٥٤ ..... لو جعل لواحد جعلاً على الرد فشاركه آخر .

### في اللواحق

- ٤٥٧ ..... لو اختلفا في قدر الجمالة .

## كتاب الأيمان

### في ما به يتعقد اليمين

- ٤٦١ ..... في اقسام ما يتعقد به اليمين  
 ٤٦٢ ..... في المراد بالمعاني الموجبة للحال  
 ٤٦٤ ..... في الاستثناء بمشيئة الله  
 ٤٦٥ ..... في دخول الاقرار بالاستثناء  
 ٤٦٦ ..... في الحروف التي يقسم بها

### في الحالف

- ٤٦٩ ..... في صحة يمين الكافر وعدمها  
 ٤٧٠ ..... في يمين الولد والزوجة والمملوك  
 ٤٧١ ..... فرع

### في متعلق اليمين

- ٤٧٣ ..... إذا حلف ان لا يشرب من لبن عز له ولا يأكل من لحمها  
 ٤٧٣ ..... إذا حلف أن لا يأكل طعاماً اشتراه زيد فأكل ما اشتراه زيد وعمرو  
 ٤٧٥ ..... لو حلف لا شربت من الفرات  
 ٤٧٦ ..... إذا حلف لا يأكل الرؤوس  
 ٤٧٦ ..... إذا حلف لا يأكل لحماً  
 ٤٧٦ ..... إذا حلف لا يأكل شحمأ



- إذا حلف لا يأكل من هذه الخنطة فطحنها ..... ٤٧٧
- لو حلف لا يأكل بـسراً ..... ٤٧٩
- في معنى الفاكهة ..... ٤٨٠
- إذا قال لا شربت ماء هذا الكوز ..... ٤٨٠
- إذا حلف أن لا يتطيب ..... ٤٨١
- لو حلف لا دخلت دار زيد ..... ٤٨٢
- لو قال: لا دخلت هذه الدار فأنهدمت ..... ٤٨٣
- لو حلف: ليبيعن ..... ٤٨٥
- في المراد من الهبة وكيفية القبول فيها ..... ٤٨٥
- إذا حلف لا يفعل ثم باشر الفعل بنفسه حنث ..... ٤٨٦
- إذا حلف ليضربن عبده مئة سوط ..... ٤٨٨
- إذا حلف لا ركبت دابة العبد ..... ٤٨٩
- في حقيقة التسري ..... ٤٨٩
- إذا حلف لأقضي دين فلان إلى حين أو زمان ..... ٤٩٠

### في اللواحق

في عدم جواز الحلف بالبراءة من الله أو من رسوله أو من الأئمة عليهم السلام  
٤٩٣

- إذا انعقدت يمين العبد ثم حنث وهو رق ..... ٤٩٤
- إذا حلف العبد بأذن سيده ثم حنث بغير إذنه ..... ٤٩٤

## كتاب النذر

### في الناذر

- يشترط إذن الزوج في نذره المرأة ..... ٤٩٩  
 فرعان ..... ٤٩٩

### في الصيغة

- في النذر المطلق ..... ٥٠١

### في متعلق النذر

- في نذر الحج ..... ٥٠٣  
 لو نذر أن يمشي إلى بيت الله ..... ٥٠٤  
 فرع إذا نذر المشي إلى أحد المساجد ..... ٥٠٤  
 لو نذر صوم يوم قدوم زيد ..... ٥٠٥  
 لو نذر الصيام في بلد معين ..... ٥٠٧  
 إذا نذر صلاة فأقل ما يجزيه ركعتان ..... ٥٠٧  
 لو نذر الصلاة في مسجد معين أو مكان معين منه لزم ..... ٥٠٨  
 لو نذر عتق عبد كافر غير معين لم ينعقد ..... ٥٠٨  
 من نذر أن لا يبيع مملوكاً ..... ٥٠٨  
 فرع ..... ٥٠٩  
 إذا نذر أن يعتق عبده ان بريء المريض أو قدم المسافر ، هل يجوز له بيعه قبل

- ٥٠٩ ..... حصول الشرط
- ٥١٠ ..... لو نذر عتق عبده غداً فأعتقه اليوم تبرعاً
- ٥١١ ..... لو نذر الصدقة في موضع معين
- ٥١٢ ..... فرع: لو نذر الصدقة إلى اغنياء أو هاشميين
- ٥١٣ ..... في مطالبة المنذور له بالنذر
- ٥١٣ ..... لو نذر الهدي وأطلق
- ٥١٤ ..... لو نذر أن يهدي إلى بيت الله سبحانه غير النعم
- ٥١٥ ..... لو نذر نحر الهدي بمكة

### في اللواحق

- ٥١٧ ..... في ان الشهر إما عدة بين هلالين أو ثلاثون يوماً
- ٥١٧ ..... إذا نذر أن يصوم أول يوم من شهر رمضان
- ٥١٨ ..... فرع
- ٥١٨ ..... إذا عجز الناذر عما نذره سقط
- ٥١٨ ..... في كفارة المخالفة في العهد
- ٥١٩ ..... في ان النذر والعهد يتعقدان بالنطق
- ٥٢١ ..... محتويات الكتاب