

مَنْ يُؤْمَرْ أَنْ يُدْرِكَ الْإِسْلَامَ ۱۱

كِتَابُ الْبِرِّ

لِلْجَاهِلِيَّةِ لِتَمِيمِ بْنِ الْقَيْسِ الْأَوْسِيِّ

لِلْمَرْفَعَةِ

مِنْ مَوْلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَرْثَدَةَ بْنِ أَبِي الْوَيْثَانِ

الْمَرْفَعَةُ ٥٩٨ هـ

عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَرْثَدَةَ

مِنْ مَوْلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَرْثَدَةَ بْنِ أَبِي الْوَيْثَانِ

الْبِرُّ الْبَارِعُ

بِحَسْبِ الْبِرِّ وَالْإِسْلَامِ

هو هو عمر بن الحارث بن الحارث

كتاب السرائر

الحارث بن الحارث بن الحارث



المؤلف

هو هو عمر بن الحارث بن الحارث

الترقي سنة ٥٩٨ هـ

تحقيق وتقديم

هو هو عمر بن الحارث بن الحارث

الجزء الرابع

▼ موسوعة ابن إدريس الحلّي ١١

كتاب السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى الجزء الرابع

لؤفلة: الشيخ الجلجل أبي عبدالله محمد بن أحمد بن إدريس المجلي الحلّي

تحقيق و تقديم: السيد محمد مهدي السيد حسن الموسوي الخراساني

منشورات: دليل ما

اعداد: مكتبة الروضة الحيدرية

الطبعة: الاولى

سنة النشر: ١٤٢٩ هـ ق - ١٣٨٧ هـ ش

عدد النسخ: ٢٠٠٠ نسخة

المطبعة: نگارش

ردمك: ٣-٣٤٨-٣٩٧-٩٦٤-٩٧٨ ISBN

ردمك الدورة في ١٤ مجلداً: ٠-٣٥٢-٣٩٧-٩٦٤-٩٧٨ ISBN

العنوان: ايران، قم، شارع معلم، ساحة روح الله، رقم ٦٥

هاتف وفكس: ٧٧٢٣٤١٣، ٧٧٤٤٩٨٨ (٩٨٢٥١)

صندوق البريد: ١١٥٣-٣٧١٣٥

WWW.Dalilema.com

info@Dalilema.com



انتشارات دلیلهما

مركز التوزيع:

- ١) قسم، شارع صفائي، مقابل زقاق رقم ٢٨، منشورات دليل ما، الهاتف ٧٧٢٧٠٠١-٧٧٢٧٠١١
- ٢) طهران، شارع إنقلاب، شارع فخر رازي، رقم ٣٢، منشورات دليل ما، الهاتف ٦٦٤٦٤١٤١
- ٣) مشهد، شارع الشهداء، شمالي حديقه النادري، زقاق خوراكيان، پستانه گنجينه كتاب التجارية، الطابق الأول، منشورات دليل ما، الهاتف ٥-٢٢٣٧١١٣
- ٤) النجف الأشرف، سوق الحويش، مقابل جامع الهندي، مكتبة الإمام الباقر العلوم، الهاتف ١٥٥٣٢٨٩-٧٨٠

سرنامه: ابن إدريس، محمد بن أحمد، ٥٢٣-٥٩٨ ق.

عنوان و پدیدآور: موسوعة ابن إدريس الحلّي / تأليف محمد مهدي السيد حسن الموسوي الخراساني.

مشخصات نشر: قم: دليل ما، ١٣٨٦.

مشخصات ظاهري: ١٤ ج.

فروست: مكتبة الروضة الحيدرية.

شابك: (ج. ١١): 3 - 348 - 397 - 964 - 978 ISBN

(دوره): 0 - 352 - 397 - 964 - 978 ISBN

وضعیت فهرست نویسی: فیبا.

یادداشت: عربي.

مدرجات: هر جلد عنوان خواص خود را دارد.

ج. ١. مقدمه تفسیر منتخب التبیان. ج. ٢. اكمال التفتیان من تفسیر منتخب التبیان. ج. ٣ و ٤. المنتخب من تفسیر القرآن و التکات المستفجرة من کتاب التبیان. ج. ٥. حاشیه ابن إدريس علی الصحیفة السجادیة. ج. ٦. اجوبة مسائل و رسائل فی مختلف فنون المعرفة. ج. ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١ و ١٢ و ١٣. کتاب السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى. ج. ١٤. مستطرفات السرائر (باب النوادر).

موضوع: فقه جعفری - قرن ٦ ق.

موضوع: تفاسیر شیعه - قرن ٦ ق.

موضوع: اسلام - متون قدیمی تا قرن ١٤ ق.

شناسه افزوده: خراسان، محمد مهدي، ١٩٢٨ - م. Khaarsan, Muhammad Mahdi. گردآورنده و مصحح.

رده بندی کنگره: ١٣٨٦ م ١٦ الف ٧ / ١٨١ BP

رده بندی دیویی: ٢٩٧ / ٣٢٢

شماره کتابشناسی ملی: ١١٧٤٥٩٥

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(١٤)

باب الشفعة وأحكامها

الشفعة في الشرع: عبارة عن استحقاق الشريك المخصوص على المشتري تسليم المبيع بمثل ما بذل فيه أو قيمته^(١) على الصحيح من أقوال أصحابنا، لأنّ بعضهم يذهب ويقول: إذا كان الثمن ما لا مثل له فلا يستحق الشفعة، والأوّل هو الأظهر بينهم.

وهي مأخوذة من الزيادة، لأنّ سهم الشريك يزيد بما ينضم إليه، فكأنّه كان وترّاً فصار شفعاً.
ويحتاج فيها إلى العلم بأمرين: شروط استحقاقها، وما يتعلّق بها من الأحكام.

فشروط استحقاقها ستة: وهي أن يتقدّم عقد بيع ينتقل معه الملك إلى المشتري، وأن يكون الشفيع شريكاً بالاختلاط في المبيع أو في حقه من شربه أو طريقه، إذا بيع الملك والطريق معاً، وأن يكون الشريك واحداً على الصحيح من المذهب، سواء كان في البساتين أو في الدور، وأن يكون مسلماً إذا كان المشتري

١- قارن الغنية: ٦٨، ضمن الجوامع الفقهية.

كذلك، وأن لا يسقط حق المطالبة بعد عقد البيع ووجوبها له، وأن لا يعجز عن الثمن.

اشرطنا تقدّم عقد البيع لأنّ الشفعة لا تستحق قبله بلا خلاف، ولا تستحق بما ليس ببيع، من هبة، أو صدقة، أو مهر، أو مصالحة، أو ما أشبه ذلك، بدليل إجماع أصحابنا عليه، ولأنّ اثبات الشفعة في المهر والصلح والهبة وغير ذلك يفتقر إلى دليل شرعي، وليس في الشرع ما يدلّ عليه.

واعتبرنا أن ينتقل الملك معه إلى المشتري تحرّزاً من المبيع الذي فيه الخيار للبائع ولهما جميعاً، فإنّ الشفعة لا تستحق هاهنا، لأنّ الملك لم تنزل علقته عن البائع، فأما ما لا خيار فيه أو فيه الخيار للمشتري وحده ففيه الشفعة، لأنّ الملك قد زال به عنه^(١)، هذا على قول شيخنا أبي جعفر في مسائل خلافه^(٢)، والذي يقتضيه المذهب وتشهد بصحة أصوله: أنّ الشفعة يستحقها الشفيع على المشتري بانتقال الملك إليه، والملك عند جميع أصحابنا، ينتقل من البائع إلى المشتري بمجرد العقد، لا بمضي الخيار ومدّته وتقضي الشرط بل بمجرد العقد، وإنّما ذلك مذهب الشافعي وفروعه، فإنّ له ثلاثة أقوال: أحدها بمجرد العقد، والآخر بانقضاء مدّة الخيار، والآخر مشاعاً، وشيخنا فقد رجع وقال: ينتقل بمجرد العقد، فإذا قال ذلك ثبت الشفعة.

١- المصدر السابق نفسه.

٢- الخلاف ١: ٦٩٢.

واشترطنا أن يكون شريكاً للبائع، وتحرزاً من القول باستحقاقها بالجوار، فإنه لا يستحق بذلك عندنا بدليل إجماعنا، ويحتج على المخالف بما روي من قوله عليه السلام: «الجار أحق بسقبه» - والسقب: القرب لأن في ذلك إضراراً - وإذا أضمرنا أنه أحق بالأخذ بالشفعة أضمرنا بأنه أحق بالعرض عليه، ولأن المراد بالجار في الخبر الشريك، لأنه خرج على سبب يقتضي ذلك.

فروى عمرو بن الشريد عن أبيه قال: بعت حقاً من أرض لي فيها شريك، فقال شريكي: أنا أحق بها، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقال: «الجار أحق بسقبه»^(١).

والزوجة تسمى جاراً لمشاركتها الزوج في العقد، قال الأعشى:

أيا جارتِي بيّني فإنك طالقة^(٢)

وهي تسمى بذلك عقيب العقد، وتسمى به وإن كانت بالمشرق والزوج بالمغرب، فليس لأحد أن يقول: إنها سميت بذلك لكونها قريبة مجاورة، فقد صار اسم الجار يقع على الشريك لغة وشرعاً^(٣).

واشترطنا أن يكون واحداً، لأن الشيء إذا كان مشتركاً بين أكثر من اثنين

١- أخرجه الطبراني في معجمه الكبير ٣١٩:٧ ط الموصل، وفي الهامش قال المحقق: ورواه أحمد ٣٨٩:٤

و٣٩٠، والبخاري: ٢٢٥٨ و٦٩٧٧ و٢٤٩٦ و٦٩٧٨ و٦٩٨٠ و٦٩٨١، وأبو داود: ٣٤٩٩،

والنسائي ٣٢٠:٧، وابن حبان: ٢٤٩٥ و٢٤٩٦، والبيهقي ١٠٥:٦.

٢- ديوان الأعشى: ٢٦٣ ط مصر شرح وتعليق الدكتور م. محمد حسين.

٣- فارن الغنية: ٦٨ ضمن الجوامع الفقهية.

فباع أحدهم لم يستحق شريكه الشفعة بدليل الإجماع من أصحابنا^(١)، ولأن الشفعة حكم شرعي يفترق ثبوته إلى دليل شرعي، وليس في الشرع ما يدل على ذلك هاهنا، وعلى هذا إذا كان الشريك واحداً ووهب بعض السهم أو تصدق به، وباع الباقي للموهوب له أو المتصدق عليه لم يستحق فيه الشفعة^(٢).

واشترطنا أن يكون مسلماً إذا كان المشتري كذلك، تحرزاً من الذمي لأنه لا يستحق على مسلم شفعة بدليل إجماع أصحابنا، وأيضاً قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾^(٣) وبما روي عنه إمامنا من قوله: «لا شفعة للذمي على مسلم»^(٤).

واشترطنا أن لا يسقط حق المطالبة، لأن بعض أصحابنا يقول: إن حق الشفعيع على الفور، ويسقط بتأخير الطلب مع القدرة عليه، وبعضهم يذهب إلى أنه لا يسقط مع القدرة والعلم وتأخير الطلب، وهذا هو الأظهر بين الطائفة، ويعضده أن الحقوق في أصول الشريعة، وفي العقود أيضاً لا تبطل بالإمساك عن طلبها، فكيف خرج حق الشفعة عن أصول الأحكام العقلية والشرعية، وهو

١- قال العلامة الحلي في المختلف ٢: ٢٢٦ وادعاء ابن إدريس الإجماع على سقوطها مع الكثرة خطأ.

٢- قارن الغنية: ٦٨.

٣- النساء: ١٤١.

٤- في دعائم الإسلام ٢: ٩٢؛ وليس لأحد منهم - اليهود والنصارى - على مسلم شفعة. وفي سنن البيهقي ٦: ١٠٨، ١٠٩ عن أنس مرفوعاً: «ولا شفعة للنصراني، وأيضاً عنه: ليس لليهودي والنصراني شفعة».

اختيار المرتضى^(١)، والأول اختيار شيخنا أبي جعفر^(٢).

واشترطنا عدم عجزه عن الثمن، لأنه إنَّما يملك الأخذ إذا دفع إلى المشتري ما بذله للبائع، فإذا تعذر عليه ذلك سقط حقه من الشفعة^(٣).

وإذا كان الثمن مؤجلاً فهو على الشفيع كذلك، ويلزمه إقامة كفيل به إذا لم يكن ملياً، وهذا مذهب شيخنا أبي جعفر في نهايته^(٤).

وذهب في مسائل خلافه إلى أنَّ للشفيع المطالبة بالشفعة^(٥)، وهو مخير بين أن يأخذه في الحال ويعطي ثمنه حالاً، وبين أن يصبر إلى سنة ويطالب بالثمن الواجب عندها.

والذي يقوى عندي ما ذكره في نهايته.

ومتى طالب بالشفعة فيما له فيه المطالبة بها، وجب عليه من الثمن مثل الذي انعقد عليه البيع، من غير زيادة ولا نقصان، فإن كان الشيء بيع نقداً وجب عليه الثمن نقداً، فإذا دافع ومطل أو عجز عنه بطلت شفيعته، فإن ذكر غيبة المال عنه أجل بمقدار ما يمكن وصول ذلك المال إليه، ما لم يؤد إلى ضرر على البائع

١- الانتصار: ٢١٩.

٢- المبسوط ٣: ١٠٨.

٣- قارن الغنية: ٦٩.

٤- النهاية: ٤٢٥.

٥- الخلاف ١: ٦٨٧.

المأخوذ منه، فإن أدّى إلى ضرره بطلت الشفعة^(١).

فإن بيع الشيء نسبة فقد ذكرناه.

وإذا حطّ البائع عن الثمن الذي انعقد عليه الإيجاب والقبول، فهو للمشتري خاصة، وسواء حطّ ذلك عنه قبل التفريق من المجلس أو بعده، ولم يسقط عن الشفيع، لأنّه إنّما يأخذ الشقص بالثمن الذي انعقد البيع عليه، وما يحطّ بعد ذلك هبة مجددة لا دليل على لحوقها بالعقد^(٢).

وإذا تكاملت شروط استحقاق الشفعة استحققت في كلّ مبيع من الأرضين والحيوان والعروض، وسواء كان ذلك ممّا يحتمل القسمة أو لم يكن^(٣) على الأظهر من أقوال أصحابنا، وهذا مذهب شيخنا أبي جعفر في نهايته في أول باب الشفعة^(٤)، لأنّ قوله كلّ شيء كان بين شريكين من ضياع أو عقار أو حيوان أو متاع، ثمّ باع أحدهما نصيبه، كان لشريكه المطالبة بالشفعة.

ثمّ عاد في أثناء الباب المذكور وقال: فلا شفعة فيها لا يصحّ قسمته مثل الحمام والأرحية وما أشبههما^(٥)، وإلى هذا ذهب في مسائل خلافه^(٦)، واستدلّ

١- قارن النهاية: ٤٢٤.

٢- قارن الغنية: ٦٩.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- النهاية: ٤٢٣.

٥- النهاية: ٤٢٤.

٦- الخلاف ١: ٦٨٤.

بأدلة فيها طعون واعتراضات كثيرة.

والدليل على صحة ما اخترناه الإجماع من المسلمين على وجوب الشفعة لأحد الشريكين إذا باع شريكه فيها هو بينهما، وعموم الأخبار في ذلك والأقوال، والمختص يحتاج إلى دليل.

وتمسك من قال من أصحابنا بما رواه المخالف من قوله عليه السلام: «الشفعة فيما لم يقسم»، وهذا دليل لنا لا علينا، لأنه قال عليه السلام: فيما لا يقسم، والأشياء المخالف فيها لم تقسم، وقولهم: أراد أن ما لم تقدر القسمة فيه لا شفعة فيه، قول بعيد من الصواب، لأن ذلك دليل الخطاب، وهو عندنا لا يجوز العمل به.

على أنه يقال لهم: إذا كنتم تذهبون إلى أن الشفعة وجبت لإزالة الضرر عن الشفيع، وكان هذا المعنى حاصلًا في سائر المبيعات، لزمكم القول بوجوب الشفعة فيها، وقولهم في صفة الضرر الذي يجب الشفعة لإزالته أن يكون حاصلًا على جهة الدوام، وهذا لا يكون إلا في الأرضين ليس بشيء، لأن الضرر المنقطع يجب أيضاً إزالته عقلاً وشرعاً كالدائم، فكيف وجبت الشفعة لإزالة أحدهما دون الآخر؟ على أن فيما عدا الأرضين مما يدوم كدوامها، ويدوم التضرر بالشركة فيه كدوامها كالجواهر وغيرها^(١).

ومن أصحابنا من قال: لا يثبت حق الشفعة إلا فيما يحتمل القسمة شرعاً من العقار والأرضين، ولا يثبت فيما لا يحتمل القسمة من ذلك كالحمامات

والأرحية على ما قدمناه وحكيناه عنهم^(١)، ولا فيما يتنقل ويحول إلا على وجه التبع للأرض كالشجر والبناء^(٢).

والصحيح أن الشفعة تجب في كل مبيع إذا تكاملت شروط الشفعة، وهو مذهب السيد المرتضى^(٣) وغيره من المشيخة.

وذهب شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه^(٤) إلى أن كل ما يتنقل ويحول لا شفعة فيه واحتج بخبر واحد، يرويه مخالف أهل البيت^(٥).

والشفعة مستحقة على المشتري دون البائع، وعليه الدرك للشفيع، بدليل إجماع الطائفة على ذلك، ولأنه قد ملك العقد، والشفيع يأخذ منه ملكه بحق الشفعة، فيلزمه دركه^(٦).

وإذا كان الشريك غير كامل العقل، فلوليّه أو الناظر في أمور المسلمين

١- قال العلامة الحلي في المختلف ٢: ٢٢٥ والجواب عن الأول يمنع عدم القائل بالفرق، سلمنا لكن لا يمنع امتناعه، وإنما يتمتع لو استلزم دفع الإجماع، أما إذا لم يستلزم فلا، والقول بالفرق لا يستلزم خرق الإجماع فكان سائغاً، وعن حديث يونس بأنه مرسل، وما تلوناه نحن مسند فيكون أولى، وادعاء ابن إدريس الإجماع إن قصد وقوعه على العموم في جميع الأشياء فهو جهل، إذ الخلاف وقع فيه، وإن قصد بوقوعه على ثبوت الشفعة في نوع ما، فأي تخصيص يبقى هناك، واعتراضاته على الشيخ غير واردة، ثم بين ما تمسك به الشيخ وما أهمله المصنف فراجع.

٢- قارن الغنية: ٦٩.

٣- الانتصار: ٢١٥.

٤- الخلاف ١: ٦٨٤.

٥- قارن الغنية: ٦٩.

المطالبة بالشفعة، إذا رأى ذلك صلاحاً له.

ويحتج على المخالف بقوله **عائلاً** : الشفعة فيما لم يقسم، ولم يفصل ^(١).

وإذا ترك الولي ذلك فللصغير إذا بلغ، والمجنون إذا عقل المطالبة، لأن ذلك حق له لا للولي، وترك الولي استيفاءه لا يؤثر في إسقاطه ^(٢).

وإذا غرس المشتري وبنى، ثم علم الشفيع بالشراء وطالب بالشفعة، كان له إجباره على قلع الغرس والبناء، إذا رد عليه ما نقص من ذلك بالقلع، لأن المشتري فعل ذلك في ملكه فلم يكن متعدياً، فاستحق ما نقص بالقلع، ولأنه لا خلاف في أن له المطالبة بالقلع إذا ردّ عليه ما نقص به، ولا دليل على وجوب المطالبة إذا لم يرد ^(٣).

وإذا استهدم المبيع لا بفعل المشتري، أو هدمه قبل علمه بالمطالبة بالشفعة، فليس للشفيع إلا الأرض والآلات، وإن هدمه بعد العلم بالمطالبة فعليه ردّه إلى ما كان ^(٤).

وإذا عقد المشتري البيع على شرط البراءة من العيوب، أو علم بالعيب ورضي به، لم يلزم الشفيع ذلك، بل متى علم بالعيب ردّ على المشتري إن شاء ^(٥).

١- قارن الغنية: ٦٩.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- المصدر السابق نفسه.

وإذا اختلف المتبايعان والشفيع في مبلغ الثمن وفقدت البينة، فالقول قول المشتري مع يمينه، لأن الشيء ينتزع من يده وهو مدعى عليه، فالقول قوله، فإن شهد البائع للشفيع لا تقبل شهادته، لأن في شهادته دفع ضرر عن نفسه، لأنه ربما خرج المبيع مستحقاً فرجع بالدرك عليه بالثمن، فيريد أن يقلله لذلك، فإن أقام كل واحد من المشتري والشفيع بينة، فالبينة المسموعة المحكوم بها بينة الخارج المدعي شرعاً وهو الشفيع.

وقال بعض أصحابنا: البينة المسموعة في ذلك بينة المشتري، والأظهر الأول، لأنه الذي تقتضيه أصول المذهب، لأن الرسول ﷺ قال: «البينة على المدعي» فجعل البينة في جانب المدعي، والشفيع هو المدعي لتقليل الثمن، والمشتري منكر لذلك.

وحق الشفعة موروثة على الأظهر من أقوال أصحابنا، لعموم آيات الميراث، لأنه إذا كان حقاً للميت يستحقه وارثه مثل سائر الحقوق، لعموم الآيات.

ومن أخرج شيئاً منها فعليه الدلالة، وهو مذهب المرتضى وشيخنا المفيد في مقنعة^(١) وجملة من أصحابنا.

وذهب شيخنا أبو جعفر في نهايته^(٢) إلى أنها لا تورث، وكذلك ذهب في

١- المقنعة: ٩٧.

٢- النهاية: ٤٢٥.

مسائل خلافه في كتاب الشفعة^(١)، إلا أنه رجع في مسائل خلافه في الجزء الثاني في كتاب البيع إلى أنها تورث كسائر الحقوق.

فقال: مسألة، خيار الثلاث موروث سواء كان لهما أو لأحدهما، ويقوم الوارث مقامه، ولا ينقطع الخيار بوفاته، وكذلك إذا مات الشفيع قبل الأخذ بالشفعة قام وارثه مقامه، وكذلك في خيار الوصية إذا وصى له بشيء ثم مات الموصي، كان الخيار في القبول إليه، فإن مات قام وارثه مقامه ولم ينقطع الخيار بوفاته، وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: في كل هذا ينقطع بالموت فلا يقوم الوارث مقامه، وقال في البيع: يلزمه البيع بموته ولا خيار لو ارثه فيه، وبه قال الثوري وأحمد.

دليلنا: أن هذا الخيار إذا كان حقاً للميت يجب أن يرثه مثل سائر الحقوق، لعموم الآية، ومن أخرج شيئاً منها فعليه الدلالة^(٢)، هذا آخر كلامه ﷺ في المسألة.

ومن ذهب من أصحابنا إلى أنها لا تورث لا حجة له، وإنما يتمسك بأخبار آحاد ضعيفة لا توجب علماً ولا عملاً، فكيف يترك لها الأدلة والإجماع، وقد قلنا أنه إذا زاد الشركاء على اثنين بطلت الشفعة، وكذلك إذا تميزت الحقوق وتميزت وتحددت بالقسمة.

١- الخلاف ١: ٦٨٨.

٢- الخلاف ١: ٥١٥.

ومتى شهد الشفيع حين البيع، لم تبطل شفيعته إذا طالب بها بعد العقد على الفور كما قدّمناه.

ومتى عرض البائع الشيء على صاحب الشفعة بثمن معلوم، فلم يردّه فباعه من غيره بذلك الثمن أو زائد عليه، لم يكن لصاحب الشفعة المطالبة بها على ما روي^(١).

وإن باع بأقلّ من الذي عرض عليه كان له المطالبة بها^(٢).

والأولى أن يقال: إنّ جميع الأحوال للشفيع المطالبة بها، لأنّه إنّما يستحقّها بعد البيع، ولا حقّ له قبل البيع، فإذا عفا قبله فما عفا عن شيء يستحقّه، فله إذا باع شريكه أخذها لأنّه تجدد له حق، فلا دليل على إسقاطه، وقبل البيع فما أسقط شيئاً يستحقّه حتى يسقط، فليحظ ذلك.

وكذلك إذا كانت الدار بين شريكين، فقال الشفيع للمشتري اشتر نصيب شريكي فقد نزلت عن الشفعة وتركها لك، ثمّ اشترى المشتري ذلك على هذا، لا تسقط شفيعته بذلك، وله المطالبة، لأنّه إنّما يستحق الشفعة بعد العقد، فإذا عفا قبل ذلك لم يصحّ، لأنّه يكون قد عفا عما لم يجب له ولا يملكه، فلا يسقط حقه حين وجوبه، وكذلك الورثة إذا عفوا عما زاد على الثلث في الوصية قبل موت الموصي ثمّ مات بعد ذلك فلهم الرجوع، لمثل ما قلناه.

١- قارن النهاية: ٤٢٥.

٢- المصدر السابق نفسه.

وعلى الصحيح من المذهب إذا كانت الشفعة قد وجبت للشفيع، ولم يعلم بها حتى تقايلا هل للشفيع إبطال الإقالة وردّ المبيع إلى المشتري وأخذ ذلك بالشفعة أم لا ؟ للشفيع ذلك، لأنّ حق الشفعة ثبت على وجه لا يمكن أخذه ولا يملك المتعاقدان إسقاطه.

إذا ادّعى البائع البيع وأنكر المشتري، وحلف فإنّ الشفعة ثابتة، وللشفيع أخذها من البائع لأنّه معترف بحقّين الواحد منهما عليه وهو حق الشفعة والآخر على المشتري، فلا يقبل قوله على المشتري، لأنّ الحق له، وقبلنا قوله للشفيع لأنّه حق عليه^(١)، هكذا أورده شيخنا في مسائل خلافه، واختاره وقوّاه، وهو قول المزني وتفريعه، وقال ابن سريج أبو العباس لا شفعة لأنّها تثبت بعد ثبوت بيع المشتري^(٢).

قال محمّد بن إدريس مصنف هذا الكتاب: وهذا الذي تقتضيه أصول أصحابنا ومذهبهم، لأنّ الشفعة لا تستحقّ إلّا بعد ثبوت البيع ويستحقّها ويأخذها الشفيع من المشتري دون البائع، والبيع ما صحّ ولا وقع ظاهراً، ولا يحلّ لحاكم أن يحكم بأنّ البيع حصل وانعقد، فكيف يستحقّ الشفعة في بيع لم يثبت عند الحاكم، وكيف يأخذها من البائع، وأيضاً الأصل أن لا شفعة، فمن أثبتها يحتاج إلى دليل قاطع هاهنا في هذا الموضوع وهذه مسألة حادثة نظرية،

١- قارن جواهر الفقه باب مسائل تتعلّق بالشفعة، ضمن الجوامع الفقهية.

٢- الخلاف ١: ٦٩٥.

ولا يرجع فيها إلى قول بعض المخالفين، بل يحتاج إلى تأمل، وأن يردّ إلى أصل المذهب، وما تقتضيه أصول أصحابنا، فليلاحظ ذلك.

وإذا كان الشفيع وكيلًا في البيع للبائع أو وكيلًا في الشراء للمشتري، فإنه يستحق الشفعة، ولا تسقط بوكالته، لأنه لا مانع من وكالته لهما، ولا دليل في الشرع^(١) يدلّ على سقوط حقه من الشفعة بذلك^(٢).

إذا اشترى شقصاً وقبض منه بالشفعة، وظهر بعد ذلك أنّ الدنانير التي دفعها المشتري إلى البائع ثمنًا للشقص ليست للمشتري، بل هي لغيره، فإنه لا يخلو الشراء من أن يكون بضمن معين أو بضمن في الذمة، فإن كان بضمن معين، مثل أن يقول المشتري للبائع: بعني بهذه الدنانير، فالشراء لا يصحّ، لأنّ الأثمان عندنا تتعين كالثياب، فإذا كان الشراء لا يصحّ بطلت الشفعة، لأنّ الشفيع إنَّها يملك من المشتري ما يملك، ولم يملك هاهنا شيئاً، لأنّ البيع لم يصحّ، وإن كان الشراء بضمن في ذمة المشتري فهو والشفعة صحيحان ماضيان، ويأخذ المستحق الثمن، ويطالب البائع المشتري بالثمن، لأنّ الثمن في ذمته، فإذا دفع إليه ما لا يملك لم تبرأ ذمته، وكان للبائع مطالبته بالثمن^(٣).

وقد ذكرنا أنّه إذا أسقط البائع عن المشتري بعض الثمن، وانحط ذلك

١- قال العلامة الحلي في المختلف ٢: ٢٢٩ وقال ابن إدريس لا تثبت الشفعة والمعتمد الأول.

٢- قارن المبسوط ٣: ١٢٥، والخلاف ١: ٦٩٣، وجواهر الفقه، المسألة الرابعة من مسائل الشفعة.

٣- قارن المبسوط ٣: ١٢٦، وجواهر الفقه، المسألة السادسة من مسائل الشفعة.

عنه، لا ينحط عن الشفيع، سواء أسقط قبل انقضاء مدة خيار المجلس، أو خيار الشرط، أو بعد ذلك بغير تفصيل، لأن الشفيع يأخذ الشفعة بما انعقد عليه العقد.

وقال بعض أصحابنا^(١): لا يخلو من أن يكون قبل لزوم العقد أو بعده، فإن كان قبل لزومه مثل إن حط عنه في مدة خيار المجلس أو الشرط، كان ذلك خطأ من حق المشتري والشفيع، لأن الشفيع يأخذ الشقص بالثمن الذي يستقر عليه العقد، وهذا الذي استقر العقد عليه، وإن كان الحط بعد انقضاء الخيار ولزوم العقد وثبوته لم يلحق بالعقد، ويكون هبة مجددة من البائع للمشتري.

والذي اخترناه هو الصحيح الذي تقتضيه أصول المذهب، واستدلال هذا المستدل بأن الشفيع يأخذ الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد، غير صحيح لأننا قد بينّا أن الشفيع يأخذ الشقص بالثمن الذي انعقد به العقد، لأن الخط هبة من البائع على كل حال.

إذا اختلف شريكان في دار، ويدهما عليها، فقال الواحد منهما للآخر ملكي فيها قديم وأنت مبتاع لما في يدك الآن منها، وأنا استحقته عليك بالشفعة، فأنكر ذلك، كان القول قول المنكر مع يمينه، ولا يستحلف إلا على أنه ما ابتاعه، لأنه يمكن أن يكون اشتراه ثم سقطت الشفعة بعد ذلك^(٢).

١- الظاهر أن مراده ابن البراج، فقد ذكر ذلك في جواهر الفقه في المسألة السابعة من مسائل الشفعة.

٢- قارن المبسوط ٣: ١٢٨، وجواهر الفقه / المسألة الثامنة من مسائل الشفعة.

وإذا اشترى إنسان شقصاً ووجد به عيباً وأراد رده على البائع، فللشفيع منعه من ذلك، لأنَّ حق الشفيع أسبق، لأنَّه وجب بالعقد، وحق الردّ بالعيب بعده، لأنَّه وجب في وقت العلم بالعيب، فإن لم يعلم الشفيع بذلك حتى رده المشتري بالعيب كان له إبطال الردّ، والمنع من الفسخ، لأنَّه تصرف فيما فيه إبطال الشفعة، كما قدّمناه إذا تقايلا^(١).

إذا اشترى إنسان من غيره شقصاً من أرض أو دار بمملوك، وقبض الشقص ولم يسلم المملوك، فللشفيع الأخذ بقيمة المملوك، فإن قبضه ثم هلك المملوك قبل تسليمه إلى البائع بطل البيع ولم تبطل الشفعة في الشقص، لأنَّ الشفيع يستحقها قبل موت المملوك وهلاكه، وقبل بطلان العقد، ولزمه للبائع قيمة الشقص وقت قبضه، ووجب على الشفيع للمشتري قيمة المملوك، في وقت المبيع الذي كان فيه بيعه، لأنَّ ثمن الشقص إذا لم يكن له مثل وجبت القيمة فيه في وقت البيع، على الصحيح من أقوال أصحابنا، على ما قدّمناه، وقد يوجد في أبواب الشفعة، وفي الحديث: (وأيّ مال اقتسم وأرّف عليه فلا شفعة فيه)^(٢)، معنى أرّف - بضم الألف وتشديد الراء الغير المعجمة - أي أعلم عليه،

١- قارن المبسوط ٣: ١٣٩، وجواهر الفقه/ المسألة الحادية عشرة من مسائل الشفعة.

٢- قارن جواهر الفقه: المسألة السادسة عشرة آخر مسائل الشفعة، ومضمون الحديث مروى في الكافي ٥: ٢٨٠ باب الشفعة حديث ٤ قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة... وقال: إذا رقت الأرف وحدت الحدود فلا شفعة.

لأن الأرفة على وزن غرفة العلامة والحدّ، وجمعها أرفّ مثل غرفة وغرف.

ولا يأخذ الشفيع الشفعة من البائع أبداً، لأنه إنّما يستحقّه الأخذ بعد تمام العقد ولزومه وإبرامه وثبوته، فالملك حينئذٍ للمشتري، فوجب أن يكون الأخذ من مالكة، لا من غيره.

إذا أخذ الشفيع الشقص فلا خيار للمشتري، خيار المجلس بلا خلاف، ولا خيار أيضاً للشفيع، لأنه أخذه بالشفعة لا بالبيع، والحاق ذلك بالبيع قياس^(١).

إذا وجبت الشفعة وصالحه المشتري على تركها بعوض، صحّ وبطلت الشفعة، لأنّ الصلح جائز بين المسلمين^(٢).

إذا بلغ الشفيع أن الثمن دنائير فعفا، وكان دراهم، أو حنطة فكان شعيراً لم يبطل شفيعته^(٣).

ذهب بعض أصحابنا بأنّ لإمام المسلمين وخلفائه المطالبة بشفعة الوقوف التي ينظرون فيها على المساكين أو على المساجد ومصالح المسلمين، وكذلك كلّ ناظر بحق في وقف من وصي وولي، له أن يطالب بشفيعته، وهو اختيار السيّد المرتضى، وذهب الأكثرون من أصحابنا إلى خلاف ذلك.

١- قارن الخلاف ١: ٥٠٩.

٢- قارن الخلاف ١: ٦٩٧.

٣- المصدر السابق نفسه.

والذي ينبغي تحصيله أنّ الوقف إذا كان على جماعة المسلمين، أو على جماعة فمتى باع صاحب الطلق، فليس لأصحاب الوقف الشفعة، ولا لوليّه ذلك، لأنّ الشركاء زادوا على اثنين، فإن كان الوقف على واحد صح ذلك.

* * *



(١٥)

باب الشركة

الشركة جائزة لقوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ﴾^(١) الآية، فجعل الغنيمة مشتركة بين الغانمين وبين أهل الخمس، وجعل الخمس مشتركاً بين أهله، وقال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيْنِ﴾^(٢) فجعل التركة مشتركة بين الورثة، وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾^(٣) الآية، فجعل الصدقات مشتركة بين أهلها، لأنّ اللام للتمليك، والواو للتشريك^(٤) عليه إجماع المسلمين، لأنه لا خلاف بينهم في جواز الشركة، وإن اختلفوا في مسائل من تفصيلها وفروعها^(٥).

فإذا ثبت هذا فالشركة على ثلاثة أضرب: شركة في الأعيان، وشركة في المنافع، وشركة في الحقوق.

١- الأنفال: ٤١.

٢- النساء: ١١.

٣- التوبة: ٦٠.

٤- قارن المبسوط ٢: ٣٤٢.

٥- قارن المبسوط ٢: ٣٤٣.

فأما الشركة في الأعيان فمن ثلاثة أوجه: أحدها بالميراث، والثاني بالعقد، والثالث بالحيازة.

فأما بالميراث فهو اشتراك الورثة في التركة.

وأما العقد فهو أن يملك جماعة عينا ببيع أو هبة أو صدقة أو وصية.

وأما الشركة بالحيازة فهو أن يشتركوا في الإحتطاب والإحتشاش والإصطياد والإستقاء^(١) بعد خلطه وحيازته، فأما قبل خلطه فلا شركة عندنا بينهم، لأن الشركة بالأبدان والأعمال باطلة عندنا، لأنها لا تصح إلا بالأموال المتجانسة المتفقة الصفات بعد خلطها خلطاً لا يتميز.

وأما الاشتراك في المنافع فكالاشتراك في منفعة الوقف ومنفعة العين المستأجرة^(٢).

فأما الاشتراك في الحقوق: فمثل الاشتراك في حق القصاص، وحدّ القذف، وحق خيار الرد بالعيب، وخيار الشرط، وحق المرافق من المشي في الطرقات وما أشبه ذلك^(٣).

فهذا الضرب إذا عفا أحد الشركاء كان للباقي من شركائه المطالبة بجميعه من غير إسقاط شيء منه، وكذلك لو عفا الجميع إلا واحداً.

١- قارن المبسوط ٢: ٣٤٣.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

والأموال في الشركة على ثلاثة أضرب أيضاً: مال يجوز للحاكم أن يقسم ويجبر الممتنع، وضرب يجوز أن يقسم ولا يجوز أن يجبر عليه، وضرب لا يجوز أن يقسم ولا يجوز أن يجبر عليه^(١).

فأما ما يجوز أن يقسم ويجبر الممتنع، فكل مشترك أجزاؤه متساوية القسيم، ولا ضرر في قسمته.

وأما ما يجوز أن يقسم ولا يجبر عليه، فمثل أن يريد أن يقسم دارين.

وأما ما لا يجوز للحاكم أن يقسم ولا يجبر عليه، فمثل جوهرة واحدة أو حجر واحد، وهذا لا يجوز لهم قسمته لأنه سفه وضرر، ولا يجوز للحاكم إذا رضي الشركاء به أن يفعله، لأنه لا يجوز له أن يشاركهم في السّفه، بل الواجب عليه المنع لهم فيه^(٢).

وإذا كانت دار هي وقف على جماعة، أو غير الدار وأرادوا قسمتها لم يجز لهم، لأنّ الحق لهم ولن بعدهم إذا كانت على الأعقاب، فلا يجوز لهم تمييز حقوق غيرهم. وإذا كانت نصفها طلقاً ونصفها وقفاً، فطلب صاحب الطلق المقاسمة، فعندنا يجوز ذلك، لأنّ القسمة عندنا ليست ببيع، ومن قال إنها بيع وهو الشافعي فلا يجوز قسمة ذلك، لأنّ بيع الوقف لا يجوز^(٣).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن المبسوط ٢: ٣٤٤.

٣- المصدر السابق نفسه.

وقد قلنا إن من شرط صحّة الشركة أن يكون في مالين متجانسين متفقين الصفتين إذا خلطاً اشتبه أحدهما بالآخر، وأن يختلطاً حتى يصيرا مالاً واحداً، وأن يحصل الإذن في التصرف في ذلك، بدليل إجماع الطائفة على ذلك كله، وأيضاً فلا خلاف في انعقاد الشركة بتكامل ما ذكرناه، وليس على انعقادها مع عدمه واختلال بعضه دليل، وهذه الشركة التي تسميها الفقهاء شركة العنان^(١) بالعين المكسورة الغير المعجمة والنون المفتوحة.

قال الجوهري في كتاب الصحاح^(٢): وشركة العنان أن يشتركا في شيء خاص، دون سائر أموالهما، كأنه عنّ لهما شيء فاشترياه مُشتركين فيه، قال النابغة الجعدي:

وشاركنا قريشاً في نقاهها وفي أحسسابها شرك العنسان^(٣)

وعلى ما قلناه وأصلناه لا تصح شركة المفاوضة، وهي أن يشتركا في كلّ ما لهما وعليهما، ومالهما متميزان، ولا شركة الأبدان وهي الاشتراك في أجرة العمل، ولا شركة الوجوه، وهي أن يشتركا على أن يتصرف كلّ واحد منهما بجاهه لا برأس مال، على أن يكون ما يحصل من فائدة بينهما^(٤).

١- قارن الغنية: ٧٣ - ٧٤، ضمن الجوامع الفقهية.

٢- الصحاح: ٢١٦٦ عن.

٣- الأغاني ١: ٩، ط الساسي.

٤- قارن الغنية: ٧٤.

والذي يدلّ على فساد ذلك كلّ نهيه عنه عن الغرر^(١)، وفي هذه غرر عظيم، وهو حاصل وداخل فيها، لأنّ كلّ واحد من الشريكين لا يعلم أيكسب الآخر شيئاً أم لا، ولا يعلم مقدار ما يكسبه، ويدخل في شركة المفاوضة، على أن يشاركه فيما يلزمه بعدوانٍ وغصب، وضمان ذلك غرر عظيم^(٢)، وإجماعنا منعقد على فساد ذلك أجمع.

وإذا انعقدت الشركة الشرعية، اقتضت أن يكون لكلّ واحد من الشريكين من الربح بمقدار رأس ماله، وعليه من الوضعية بحسب ذلك^(٣). فإن شرطاً تفاضلاً في الربح أو الوضعية مع التساوي في رأس المال، أو تساوي في ذلك مع التفاضل في رأس المال لم يلزم الشرط^(٤) على الصحيح من أقوال أصحابنا، والأكثر من المحصلين، وهو مذهب شيخنا أبي جعفر. وقال المرتضى في انتصاره: الشرط جائز لازم، والشركة صحيحة^(٥). وما اخترناه هو الصحيح، والذي يبطل ما خالفه: أنّ هذا ليس بإجارة

١- عن ابن عباس أنّ النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر، رواه الطبراني في معجمه الكبير ط الموصل برقم: ١١٣٤١، ورقم: ١١٦٥٥، ورواه غير ابن عباس سهل بن سعد، وعبد الله بن عمر، راجع مجمع الزوائد ٤: ٨٠، ط القدسي.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- الانتصار: ٢٢٨ بتفاوت في اللفظ.

فيلزمه الأجرة، ولا مضاربة فيلزمه إعطاء ما شرطه، لأن حقيقة المضاربة أن من رب المال المال، ومن العامل العمل، وهذا ما عمل، فلا وجه لاستحقاقه الفاضل على رأس ماله، فإذا كان كذلك بأن يعقد شركة فاسدة إما بأن يتفاضل المالان ويتساوى الربح، أو يتساوى المالان ويتفاضل الربح، وتصرّفا وارتفع الربح ثم تفاضلا، كان الربح بينهما على قدر المالين، ويرجع كلّ واحد منهما على صاحبه بأجرة مثل عمله بعد إسقاط القدر الذي يقابل عمله في ماله، لأن كلّ واحد منهما قد شرط في مقابلة عمله جزءاً من الربح، ولم يسلم له لفساد العقد، وقد تعذر عليه الرجوع إلى المبدل، فكان له الرجوع إلى قيمته.

ويصحّ كلّ من ذلك بالتراضي، ويحلّ تناول الزيادة بالإباحة دون الشرط وعقد الشركة، ويجوز الرجوع بها لمبيحها مع بقاء عينها، لأن الأصل جواز ذلك، والمنع يفتقر إلى دليل.

فإن قال المخالف: اشتراط الفضل في الوضعية بمنزلة أن يقول ما ضاع من مالك فهو عليّ، وهذا فاسد.

قيل: ما أنكرت أن يكون بمنزلة أن يقول ما ضاع فهو من مالي ومالك إلاّ إنّي قد رضيت أن يكون من مالي خاصة، وتبرّعت لك بذلك، وهذا لا مانع منه، ويلزم أبا حنيفة على ذلك ألاّ يبيح اشتراط التفاضل في الربح، لأنّه بمنزلة أن يقول ما أستفيده في مالي فهو لك^(١)، مع أنّا قد قدّمنا أنّه لا يلزم، وإنّما اختار

ورضي بعد ارتفاع الربح أن يعطيه ذلك الفاضل تبرعاً منه أو هبة، لم يكن بذلك بأس، لا على طريق الاستحقاق باللزوم والوجوب.

والتصرّف في مال الشركة على حساب الشرط إن اشترط أن يكون لهما معاً على الاجتماع لم يجز لأحدهما أن ينفرد به، وإن شرطاً أن يكون تصرفهما على الاجتماع والإنفراد فهو كذلك، وإن شرطاً التصرف لأحدهما لم يجز للآخر إلا بأذنه، وكذا القول في صفة التصرف في المال من السفر به، والبيع بالنسيئة والتجارة في شيء معيّن^(١).

ومتى خالف أحدهما ما وقع عليه الشرط كان ضامناً^(٢).

والشركة عقد جائز من كلا الطرفين، يجوز فسخه لكل واحد منهما متى شاء، ولا يلزم شرط التأجيل فيها وتنفسخ بالموت.

والشريك المأذون له في التصرف مؤتمن على مال شريكه، والقول قوله، فإن ارتاب به شريكه، وادعى عليه خيانة مقدّرة، حلف على قوله^(٣) أعني الجاحد.

وإذا تقاسم الشريكان لم يقتسم الدين، بل يكون الحاصل منه بينهما والمنكسر عليهما.

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

وان اقتسما فاستوفى أحدهما ولم يستوف الآخر، لكان له أن يقاسم شريكه على ما استوفاه^(١).

وإذا باع من له التصرف في الشركة، وأقر على شريكه الآخر بقبض الثمن مع دعوى المشتري ذلك، وهو جاحد لم يبرأ المشتري من شيء منه، أمّا ما يخصّ البائع فلاّته ما اعترف بتسليمه إليه ولا إلى من وكلّه على قبضه فلا يبرأ منه.

وأما ما يخصّ الذي لم يبيع فلاّته منكر لقبضه، وإقرار شريكه البائع عليه لا يقبل لأنّه وكيله، وإقرار الوكيل على الموكل بقبض الحقّ الذي في استيفائه غير مقبول، لأنّه لا دليل على ذلك^(٢).

ولو أقرّ الذي لم يبيع ولا أذن له في التصرف: أنّ البائع قبض الثمن برئ المشتري من نصيب المقرّ منه بلا خلاف^(٣).

وتكره شركة المسلم للكافر بلا خلاف، إلّا من الحسن البصري^(٤) فإنّه قال: إن كان المسلم هو المتفرد بالتصرف لم تكره^(٥).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- هو الحسن بن يسار البصري، أبو سعيد، تابعي، كان مولده بالمدينة، وزعم أنّه شبّ في كنف الإمام عليّ بن أبي طالب عليه السلام وفي ذلك نظر، وكان أحد العلماء والفقهاء والفصحاء الشجعان النساك فيها وصفوه، وله مع الحجاج بن يوسف مواقف وقد سلم من أذاه، توفي سنة ١١٠ هـ، وإلحسان عباس كتاب الحسن البصري ط، عن الإعلام ٢: ٢٤٢ وغيره.

٥- قارن الغنية: ٧٤.

إذا كان بينهما شيء فباعاه بضمن معلوم، كان لكل واحد منهما أن يطالب المشتري بحقه، فإذا أخذ حقه شاركه فيه صاحبه على ما قدّمناه، لأنّ المال الذي في ذمة المشتري غير متميّز، فكلّ جزء يحصل من جهته فهو شركة بعد بينهما، على ما ذكره شيخنا في نهايته^(١) ومسائل خلافه^(٢).

والذي تقتضيه أصول مذهبنا: أنّ كلّ واحد من الشريكين يستحق على المدين قدرًا مخصوصاً، وحقاً غير حقّ شريكه، وله هبة الغريم وإبرأؤه منه، فمتى أبرأه أحدهما من حقه برئ منه فقط، وبقي حق الآخر الذي لم يبرأ منه فقط بلا خلاف، فإذا استوفاه وتقاضاه منه، لم يشاركه شريكه الذي وهب وأبرأه أو صالح منه على شيء بلا خلاف، فإن كان شريكه بعد في المال الذي في ذمة الغريم، لكان في هذه الصور كلّها يشارك من لم يهب ولم يبرئ فيما يستوفيه منه ويقبضه، ثمّ عيّن المال الذي كان شركة بينهما ذهبت ولم يستحقا في ذمة الغريم الذي هو المدين عيناً لهما معيّنة، بل ديناً في ذمته، لكلّ واحد منهما مطالبة بنصيبه، وإبرائه منه وهبته، وإذا أخذه منه وتقاضاه فما أخذ عيناً من أعيان مال الشركة حتى يقاسمه شريكه فيها.

ولم يذهب إلى ذلك سوى شيخنا أبي جعفر الطوسي في نهايته^(٣) ومن قلّده

١- النهاية: ٣٠٨.

٢- الخلاف: ١: ٦٤٧.

٣- النهاية: ٣٠٨.

وتابعه^(١)، بل شيخنا المفيد محمد بن محمد بن النعمان لم يذكر ذلك في كتاب له ولا تصنيف، وكذلك السيد المرتضى ولا تعرضا للمسألة، ولا وضعها أحد من أصحابنا المتقدمين في تصنيف له جملة، ولا ذكرها أحد من القميين، وإنما ذكر شيخنا في نهايته من طريق أخبار الآحاد، ورد بذلك ثلاثة أخبار أحدها مرسل، وعند من يعمل بأخبار الآحاد لا يلتفت إليه.

ولو سلم الخبران الآخران تسليم جدل، لكان لهما وجه صحيح مستمر على أصول المذهب والاعتبار، وهو أنّ المال الذي هو الدين كان على رجلين، فأخذ أحد الشريكين وتقاضى جميع ما على أحد الغريمين، فالواجب عليه هاهنا أن يقاسم شريكه على نصف ما أخذه منه، لأنه أخذ ما يستحقه عليه وما يستحقه شريكه أيضاً عليه، لأنّ جميع ما على أحد المدينين لا يستحقه أحد الشريكين بانفراده دون شريكه الآخر، فهذا وجه صحيح، فيحمل الخبران على ذلك إذا أحسنّا الظنّ براويهما، فليتأمل ذلك، وينظر بعين الفكر الصافي، ففيه غموض^(٢).

١- لعل مراد المصنّف في قوله (ومن قلّده وتابعه) ابن البراج حيث قال ذلك في المسألة الثالثة من باب مسائل تتعلق بالشركة في كتابه جواهر الفقه ضمن الجوامع الفقهية، فذكر الفرع بعينه فراجع.

٢- ناقش العلامة الحلي في المختلف ٣: ٢١ كلام المصنّف وقال: والشيخ - الطوسي - رحمته الله استدّل في هذه المسألة بإجماع الفرقة وقال: هذه المسألة منصوصة لهم ورواياتهم واردة بها، وأيضاً فإنّ المال الذي في ذمّة المشتري غير متميّز، وكل جزء يحصل من جهته فهو بينهما، وهذا القول ليس بعيداً من الصواب، وقياس ابن إدريس القبض على الهبة والإبراء غلط، لأنّ ذلك اسقاط للحق بالكلية، فيبقى حق الشريك ضرورة، أما في صورة القبض فليس كذلك.... =

وإذا كان مال بين شريكين فغصب غاصب أحدهما نصيبه، وباع مع مال شريكه، مضى العقد في مال الشريك، ويبطل في مال الشريك الذي غصبه الغاصب.

وإذا أراد أن يتشاركاً فيما لا مثل له ولا يتساوى أجزاؤه ولا يختلط خلطاً لا يتميز، مثل أن يكون مع كل واحد منهما دابة أو ثوب أو غير ذلك، فيشتري كل واحد منهما نصف سلعة صاحبه مشاعاً غير مقسوم بنصف سلعة مشاعاً غير مقسوم، وقد صحّت الشركة بينهما.

إذا شارك اثنان سقاءً، على أن يكون من أحدهما حمل ومن الآخر راوية، واستقى فيها على أن كل نفع يرتفع من الماء يكون بينهما، لم تصح هذه الشركة، لأن من شرط صحة الشركة اختلاط الأموال، وهذا لم يختلط، ولا يجوز أن يكون ذلك إجارة، لأن الأجرة في ذلك غير معلومة، فإذا ثبت أن هذه معاملة فاسدة. فإذا استقى السقاء وباع الماء وحصل الكسب في يده، فإنه يكون للسقاء،

= وعقب على قول المصنف بأنه لم يذهب إلى ذلك أحد من علمائنا المتقدمين بقوله: فإن ابن الجنيّد من متقدمي علمائنا السابقين على الشيخين وقد ذكر هذه المسألة... وكذا قال ابن البراج وهو من المتأخرين، وأبو الصلاح أيضاً ذكر ذلك، وابن حمزة، وليس عدم الذكر موجباً للبطلان. ثم استعرض الروايات وختم كلامه منصفاً للمصنف فقال: وقول ابن إدريس وإن كان لا يخلو من قوة لكنه ليس كما ادعاء من الغموض. وللمحقق الكركي في جامع المقاصد ١: ٤٦٣ ط حجرية كلام حول هذه المسألة ومناقشة ابن إدريس، وقال: ولا يخفى أن بعض هذه الوجوه في غاية القوة والمثانة، والروايات لا يقاومها مع أنها قابلة للتأليف، فمختار ابن إدريس قوي متين.

ويرجع الآخران عليه بأجرة المثل فيما لهما من جل وراوية^(١).

إذا عقدا الشركة، ثم أذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف فتصرفا، ثم أن أحدهما فسخ الشركة انفسخت، وكان لصاحبه أن يتصرف في نصيبه دون نصيب الآخر، وكان للفاسخ أن يتصرف في نصيبه ونصيب صاحبه، لأن صاحبه ما رجع في إذنه، وإنما كان كذلك لأن تصرف كل واحد منهما في نصيب صاحبه إنما هو على جهة التوكيل، وللموكل أن يمنع الوكيل من التصرف أي وقت شاء، فإذا ثبت هذا، فهذا الفسخ يفيد المنع من التصرف على ما بيناه، وأما المال فهو بعد مشترك بينهما، لأنه مختلط غير متميز، ولا يتميز بالفسخ^(٢).

فإذا ثبت هذا فإن كان المال قد نُقِصَ، كان لهما أن يتقاسماه، وإن أراد بيعه كان لهما ذلك^(٣).

وإذا مات أحد الشريكين انفسخت الشركة بموته، ومعنى الانفساخ: أن الباقي منهما لا يتصرف في المال، فإذا ثبت هذا، فإن كان الوارث رشيداً، فهو بالخيار بين أن يبقى على الشركة وبين أن يطالب بالقسمة، فإن اختار البقاء على الشركة استأنف الإذن للشريك في التصرف، فأما إن كان الوارث مولى عليه،

١- قارن المبسوط ٢: ٣٤٦.

٢- قارن المبسوط ٢: ٣٤٩.

٣- المصدر السابق نفسه. قال أبو عبيد: إنما يسمونه ناقصاً إذا تحول عيناً بعد أن كان متاعاً، لأنه يقال:

ما نُقِصَ بيدي منه شيء أي ما حصل، وخذ ما نُقِصَ من الدين أي ما تيسر. مصباح المنير (نق).

فإن الوصي أو الولي يتوب عنه وينظر، فإن كان الحظ في البقاء على الشركة استأنف الإذن للشريك في التصرف، وإن كان الحظ في المفصلة قاسمه^(١).

ولا يجوز له أن يترك ما فيه الحظ إلى غيره، لأن النظر إليه في المال على وجه الصلاح والاحتياط^(٢).

إذا كان بين رجلين ألفا درهم لكل واحد منهما ألف، فأذن أحدهما للآخر في التصرف في ذلك المال، على أن يكون الربح بينهما نصفين، لم يكن ذلك شركة ولا قراضاً، لأنه لم يشترط له جزء من الربح، فلهذا امتنع أن يكون قراضاً، ولم يشترط على نفسه العمل، فلهذا امتنع أن يكون شركة.

فإذا ثبت هذا كان ذلك بضاعة يسأله التصرف فيها، ويكون ربحها جميعاً لصاحبها^(٣).

إذا باع أحد الشريكين عيناً من أعيان الشركة وأطلق البيع، ثم ادعى بعد ذلك أنه باع مالاً مشتركاً بينه وبين غيره ولم يأذن له شريكه في البيع، لم يقبل قوله على المبتاع، لأن الظاهر أن ما يبيعه ملك له، ينفرد به دون غيره، فإذا ادعى خلاف الظاهر لم يسمع منه، فإذا ادعى شريكه وأقام البيّنة، فإنه يبطل البيع في ملك شريكه، ولا يبطل في ملكه، كما قلناه في تفريق الصفقة^(٤).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن المبسوط ٢: ٣٥٠.

٣- قارن المبسوط ٢: ٣٥١.

٤- المصدر السابق نفسه.

وإذا اشترى أحد الشريكين شيئاً بهال الشركة، فإن اشتراه بضمن في الذمة كان ذلك للمشتري دون شريكه، لأنّ اذن شريكه لم يتناول هذا الشراء، فهو بمنزلة أن يشتري له شيئاً بغير إذنه، فأما إذا اشتراه بضمن معيّن من مال الشركة، وثبت أنّ الثمن المعين من مال الشركة بتصديق البائع أو بيّنة أقامها الشريك، بطل الشراء في نصف الثمن، ولا يبطل في النصف الآخر، هذا إذا كان بما لا يتغابن الناس بمثله، كما قدّمناه في تفريق الصفقة، ويصير الثمن مشتركاً بين البائع وبين شريك المشتري، وصار المبيع مشتركاً بين البائع وبين المشتري^(١).

وإذا اشترى أحد الشريكين شيئاً، فادعى أنّه اشتراه لنفسه دون الشركة، وأنكر شريكه ذلك، وزعم أنّه اشتراه للشركة، كان القول في ذلك قول المشتري. فأما إذا كان بخلاف ذلك وادّعى المشتري أنّه اشتراه للشركة، وأنكر شريكه ذلك، وزعم أنّه اشتراه لنفسه دون الشركة، كان القول قول المشتري أيضاً، لأنّه اختلاف في نيّته وهو أعلم بها^(٢).

ومتى حصل بالمال المشترك المتاع، ثمّ أراد أن يتقاسما، لم يكن لأحدهما المطالبة بالمال، بل له من المتاع بمقدار ماله من المال، وكذلك إن حصل من أصل المال نسيئة لم يكن له المطالبة به نقداً، فإن رضي أحدهما بأن يأخذ رأس ماله ويترك الربح والتقصان والنقد والنسيئة، ورضي صاحبه بذلك، واصطلحا

١- قارن المبسوط ٢: ٣٥٢.

٢- المصدر السابق نفسه.

عليه، كان ذلك جائزاً^(١).

ومتى أعطى الإنسان غيره ثوباً أو متاعاً وأمره أن يبيع، فإن ربح كان بينهما، وإن نقص ثمنه عما اشتراه لم يلزمه شيء، ثم باع فخر لم يكن عليه شيء، وكان له أجرة المثل، وإن ربح كان صاحب المتاع بالخيار بين أن يعطيه ما وافقه عليه، وبين أن يعطيه أجرة المثل^(٢)، لأن الشركة لم تحصل بينهما، لأننا قد بينا أن الشركة لا تكون إلا في مالين من جنس واحد على صفة واحدة، وهذا ليس كذلك.

وليس لأحد الشريكين مقاسمة شريكه على وجه يضر به، مثل أن يكون بينهما متاع أو سلعة أو عقار إن قسمت هلك، مثل الحمامات والأرجحة أو الحيوان أو السلع الثمينة، مثل اللآلئ والدرر وما أشبه ذلك، فمتى طالبه بذلك كان متعدياً، ولم يلزمه إجابته إلى ذلك، بل ينبغي أن تباع السلعة بما يساوي، ويتقاسم بالثمن، أو تقوم ويأخذ أحدهما بما قوم به، ويؤدي إلى صاحبه ما يصيبه^(٣)، فإن امتنعا من ذلك أجمع، كان النظر في ذلك إلى الحاكم، ويعمل فيه ما يكون أصلح لهما، إما أن يؤجر الشيء لهما أو غير ذلك بما فيه الصلاح لهما، لأنه الوالي على كل من لا يوافق على الحق.

١- قارن النهاية: ٤٢٧.

٢- قارن النهاية: ٤٢٨.

٣- قارن النهاية: ٤٢٩.

ويكره مشاركة سائر الكفار^(١).

ومتى عشر أحد الشريكين على صاحبه بخيانة، فلا يدخل هو في مثلها اقتصاصاً منه^(٢)، وذلك على طريق الكراهة دون الخطر، لأنه إذا تحقق أخذ ماله وعلم ذلك يقيناً، فله أخذ عوضه، وإنما النهي على الكراهة والأولى والأفضل.

ومتى كان لإنسان على غيره مال ديناً، لم يجوز له أن يجعله شركة أو مضاربة إلا بعد أن يقبضه ثم يعطيه إياه إن شاء^(٣).

* * *

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن النهاية: ٤٣٠.

٣- المصدر السابق نفسه.

(١٦)

باب المضاربة وهي القراض

القراض والمضاربة عبارتان عن معنى واحد، وهو أن يدفع الإنسان إلى غيره مالاً يتجر فيه، على أن ما رزق الله من ربح كان بينهما، على ما يشترطانه.

فالقراض لغة أهل الحجاز، والمضاربة لغة أهل العراق ومواضعهم.

وقيل في اشتقاقها أقوال: وهو أن القراض من القرض وهو القطع، ومنه

قيل قرض الفأر الثوب إذا قطعه، ومعناه هاهنا أن رب المال قطع قطعة من ماله فسلمها إلى العامل، وقطع له قطعة من الربح^(١).

والآخر: أن اشتقاقها من المقارضة وهي المساواة، ومعناه هاهنا أن من

العامل العمل ومن رب المال المال^(٢).

واشتقاق المضاربة من الضرب بالمال في الأرض، والتقليب له^(٣).

والدليل على جواز ذلك إجماع الأمة، والكتاب، والسنة.

١- قارن المبسوط ٣: ١٦٧، والغنية: ٧٤ ضمن الجوامع الفقهية.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

ومن شرط صحة ذلك أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير معلومة مسلمة إلى العامل، ولا يجوز القراض بغير الدنانير والدراهم من سائر العروض، فعلى هذا لا يجوز القراض بالفلوس، ولا بالورق المغشوش^(١).

وتصرف المضارب موقوف على إذن صاحب المال إن أذن له في السفر به، أو في البيع نسيئة جاز له ذلك، ولا ضمان عليه فيما يهلك، أو يحصل من خسران، وإذا لم يأذن في البيع بالنسيئة أو في السفر، أو أذن فيه إلى بلد معين، أو شرط أن لا يتجر إلا في شيء معين، ولا يعامل إلا إنساناً معيناً، فخالف لزمه الضمان، بدليل إجماع أصحابنا على جميع ذلك^(٢).

ويحتج على المخالف في صحة القراض مع هذه الشروط بقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»^(٣).

وإذا سافر بإذن رب المال كانت نفقة السفر من المأكول والمشروب والملبوس والركوب من غير إسراف من مال القراض^(٤) على الأظهر الصحيح من أصحابنا المحصلين.

١- قارن الغنية: ٧٤.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه. والحديث رواه الكليني في الكافي ٥: ٤٠٤ بلفظ: «المسلمون عند شروطهم»،

ورواه الطوسي في التهذيب ٧: ٣٧١، والاستبصار ٣: ٢٣٢ بلفظ: «المؤمنون عند شروطهم»

والحديث عندهما معاً ينتهي سنداً إلى الإمام أبي الحسن موسى بن جعفر.

٤- المصدر السابق نفسه.

ولا نفقة للمضارب منه في الحضر^(١)، واختار شيخنا أبو جعفر في مبسوطه القول بأنّه لا نفقة له حضراً وسفراً^(٢)، وبما اخترناه قال في نهايته^(٣) وجميع كتبه ما عدا ما ذكرناه عنه في مبسوطه، وهو أحد أقوال الشافعي الثلاثة في المسألة، اختاره هاهنا شيخنا أبو جعفر^(٤).

وقال في مسائل خلافه بمقالته في نهايته، ورجع إلى قول أهل نحلته وإجماع عصابته.

فقال: مسألة، إذا سافر بإذن رب المال كان نفقة السفر من المأكل والمشروب والملبوس من مال القراض.

ثم قال: دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم^(٥). هذا آخر كلامه في مسائل خلافه، فهو في مبسوطه محجوج بقوله في مسائل خلافه.

وإذا اشترى العامل من يُعتق على رب المال بإذنه، صحّ الشراء وعُتق عليه، وانفسخ القراض إن كان الشراء بجميع المال، لأنّه خرج عن كونه مالاً للقراض وملكاً، وإن كان ببعض المال انفسخ من القراض بقدر قيمة العبد، وإن كان الشراء بغير إذنه، وكان بعين المال فالشراء باطل، لأنّه اشترى ما يتلف

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المبسوط ٣: ١٧٢.

٣- النهاية: ٤٣٠.

٤- الخلاف ١: ٦٩٩.

ويخرج عن كونه مالاً عقيب الشراء^(١).

وإن اشترى بضمن في الذمة صنع الشراء ووقع الملك للعامل، ولا يجوز له أن يدفع الثمن من مال القراض، فإن فعل لزمه الضمان، لأنه تعدى بدفع مال غيره في ثمن لزمه في ذمته^(٢).

وإذا اشترى المضارب من يعتق عليه قوم، فإن زاد ثمنه على ما اشتراه انعتق منه بحساب نصيبه من الربح، واستسعى في الباقي لرب المال، وإن لم يزد ثمنه على ذلك، أو نقص عنه، فهو رقب، بدليل إجماع الطائفة على ذلك^(٣).

والمضاربة عقد جائز من الطرفين لكل واحد منهما فسخها متى شاء، وإذا بدا لصاحب المال من ذلك بعد ما اشترى المضارب المتاع، لم يكن له غيره^(٤) ويجب على المضارب بيعه، فإن كان فيه ربح كان بينهما على ما شرطاً، وإن كان خسران فلا يلزمه شيء بحال.

والمضارب مؤتمن لا ضمان عليه إلا بالتعدي، فإن شرط عليه رب المال ضمانه صار الربح كله له، دون رب المال^(٥).

١- قارن الغنية: ٧٤.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- المصدر السابق نفسه.

ويكره مضاربة سائر الكفار^(١).

واختلف أقوال أصحابنا في تصانيفهم في معنى الشرط للعامل في الربح، هل يلزم أم لا؟ فبعض يذكر أنه يستحق ما وقع الشرط عليه من الربح، وبعض يذكر أنه لا يستحق ذلك، بل يجب له أجرة المثل دون ما وقع عليه الشرط من الربح، ويجعل القول الأول رواية^(٢)، وهو مذهب شيخنا أبي جعفر في نهايته^(٣)، ورجع عنه في مبسوطه^(٤) ومسائل خلافه^(٥) واستبصاره^(٦).

وهو الذي يقوى في نفسي، وأعمل عليه، وأفتي به، والذي يدل على صحة ذلك إجماع أصحابنا، المخالف في المسألة والمؤلف، وتواتر أخبارهم في أن المضارب إذا اشترى أباه أو ولده بالمال وكان فيه ربح على ما قدمناه فإنه ينعق عليه، فلو لم يكن شريكاً بحسب الشرط في الربح لما انعق عليه، لأنه لو كان له أجرة المثل لما صح العتق ولا تقدّر، ولأن الأجرة في ذمة صاحب المال يوفيه إياها

١- المصدر السابق نفسه.

٢- لعلّه أشار إلى ما رواه الكليني في الكافي ٥: ٢٣٨ ح ٤ محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن الرجل يستضع المال فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان؟ فقال: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل فينا، ورواه عنه الشيخ الطوسي في التهذيب ٧: ١٨٤.

٣- النهاية: ٤٢٨.

٤- المبسوط ٣: ١٨٨.

٥- الخلاف ١: ٧٠٠.

٦- الاستبصار ٣: ١٢٦.

من أيّ أمواله أراد، وأيضاً قوله **إِنَّمَا** : «الشرط جائز بين المسلمين» وهذا شرط جائز، لا يمنع منه كتاب ولا سنة ولا إجماع، لأنّ الإجماع غير حاصل على المنع منه، وكتاب الله تعالى خال منه، والسنة المتواترة، وكذلك قوله **إِنَّمَا** : «المؤمنون عند شروطهم» وهذا إخبار بمعنى الأمر، ومعناه يجب عليهم أن يوفوا بشروطهم، والذي ذكره شيخنا في مبسوطه في الجزء الأول في كتاب الزكاة في فصل مال التجارة.

قال: من أعطى غيره مالاً مضاربة على أن يكون الربح بينهما، فاشترى مثلاً بألف سلعة في الحول وهي تساوي ألفين، فإنّ زكاة الألف على ربّ المال، والربح إذا حال عليه الحول من حين الظهور كان فيه الزكاة على ربّ المال نصيبه، وعلى العامل نصيبه، إذا كان العامل مسلماً، فإن كان ذمياً يلزم ربّ المال ما يصيبه ويسقط نصيب الذمي لأنّه ليس من أهل الزكاة، هذا على قول من أوجب الربح من أصحابنا وهو الصحيح^(١).

فأما من أوجب أجرة المثل، فزكاة الأصل والربح على ربّ المال^(٢)، هذا آخر قول شيخنا أبي جعفر في مبسوطه من غير زيادة ولا نقصان، حكيمته حرفاً فحرفاً.

وذكر **الله** في الجزء الثاني من كتاب القراض مواضع كثيرة: أنّ للعامل من

١- المبسوط ١: ٢٢٣.

٢- المصدر السابق نفسه.

الربح ما وقع عليه الشرط، ويحمل قول من قال وذكر في كتابه: أنَّ له أجرة المثل على أنَّه إذا كانت المضاربة فاسدة.

فإنَّ شيخنا أبا جعفر قال في مسائل خلافه: مسألة، إذا كان القراض فاسداً استحق العامل أجرة المثل على ما يعمل، سواء كان في المال ربح أو لم يكن. ثمَّ قال: دليلنا أنَّه عمل بإذن صاحب المال، فإذا لم يصحَّ له ما قاوله عليه كان للأجرة المثل، لأنَّه دخل على أن يكون له المسمَّى في مقابلة عمله^(١). هذا آخر كلامه في المسألة.

ومتى اختلف الشريكان، أو المضارب وصاحب المال في شيء من الأشياء، كانت البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه، مثل الدعاوي في سائر الأحكام^(٢).

وإذا اشترى المضارب المتاع ونقد من عنده الثمن عن مضاربه، لم يلزمه صاحب المال ذلك، وكان في مال المضارب، فإن ربح كان له، وإن خسر كان عليه^(٣).

وروي أنَّه من أعطى مال يتيم إلى غيره مضاربة، فإن ربح كان بينهما على ما يتفقان عليه، وإن خسر كان ضمانه على من أعطى المال^(٤).

١- الخلاف ١: ٦٩٨.

٢- قارن النهاية: ٤٢٩.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- قارن النهاية: ٤٣٠.

فالأولى أن يقال: إن كان هذا المعطي ناظرًا في مال اليتيم نظرًا شرعيًا إما أن يكون وصيًا في ذلك أو وليًا، فله أن يفعل فيه ما لليتيم الحظ فيه والصلاح، فعلى هذا لا يلزم الولي المعطي الخسران إن خسر المال.

وهذا هو الذي تقتضيه أصول المذهب، وما أورده شيخنا في نهايته خبرًا واحدًا أورده إيرادًا لا اعتقادًا، على ما ذكرنا ذلك^(١).

ومن كان له على غيره مال دينًا، لم يجز له أن يجعله مضاربة إلا بعد قبضه منه^(٢) على ما قدمناه.

وقد روي: أن من كان عنده أموال الناس فبات، فإن عيّن ما عنده أنّه لبعضهم كان على ما عيّن في وصيته، فإن لم يعيّن كان بينهم بالسوية على ما تقتضيه رؤوس الأموال، أورد ذلك شيخنا في نهايته^(٣).

وهذا إذا حقق وقامت البيّنة برؤوس الأموال أو تصادق أصحاب الأموال والورثة، وكان في المال ربح، وكانت الأموال مختلطة غير مميّزة، مال كلّ واحد من غيره، فإن كان خسران وكان الخلط بغير إذن أرباب الأموال، فإنّ الخسران على الخالط لها، لأنّه فرط في الخلط، فهذا تحرير الرواية المذكورة.

١- قال العلامة الحلي في المختلف ٣: ٢٣ وهذا القول ليس بجيد، لأن إعطاء القراض تغيير، فربما لزمه الضمان من هذه الحيثية.

٢- قارن النهاية: ٤٣٠.

٣- النهاية: ٤٣٠. روى الرواية المشار إليها الشيخ الصدوق في الفقيه ٣: ١٤٤ مرسلًا، ورواه الطوسي في التهذيب ٧: ١٩٢.

إذا فسخ ربّ المال القراض وكان في المال نسئ - بفتح النون وسكون السين وهمزة الألف وقصره - باعه العامل بإذن ربّ المال نسيئة لزمه أن يبيعه، سواء كان فيه ربح أو لم يكن فيه ربح، لأنّ على العامل ردّ المال كما أخذه، وإذا أخذه ناصباً وجب عليه أن يردّه مثله^(١).

إذا قال: خذ هذا المال وانتفع به وانجر، والربح كلّ لك، فهذا قرض لا قراض، ويكون المال قرصاً على المستقرض، وجميع الربح له، لأنّه ربح ماله، وإن قال: خذ هذا المال واشتر لي السلعة الفلانية، والربح كلّ لي، فهذا بضاعة سأله أن يشتري له بها ما ذكره، فالربح كلّ لصاحب المال دون المشتري، وقد قدّمنا هذا الكلام فيما مضى من كتابنا هذا، وأعدناه لأنّه موضعه.

إذا كان العامل نصرانياً فاشترى بهال القراض خيراً أو خنزيراً، كان جميع ذلك باطلاً^(٢).

ذكر شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه فقال: مسألة، إذا دفع إليه ألفاً للقرض، فاشترى به عبداً للقرض فهلك الألف قبل أن يدفعه في ثمنه، اختلف الناس فيه على ثلاثة مذاهب: إختار شيخنا منها أنّ المبيع للعامل، والثلث عليه، ولا شيء على ربّ المال.

ثم قال: دليلنا أنّه لا يخلو أن يكون الألف تلف قبل الشراء أو بعده، فإن

١- قارن الخلاف ١: ٧٠٠.

٢- قارن الخلاف ١: ٧٠١.

كان التلف قبل الشراء، وقع الشراء للعامل، لأنه اشتراه بعد زوال القراض، وإن كان التلف بعد الشراء، وقع لرب المال، وعليه أن يدفع الثمن من ماله الذي سلمه إليه، فإذا هلك المال تحوّل الملك إلى العامل وكان الثمن عليه، لأنّ ربّ المال إنّما فسح للعامل في التصرف في ألف، إمّا أن يشتريه به بعينه أو في الذمّة وينقد ثمنه، ولم يدخل على أن يكون له في القراض أكثر منه^(١).

وقال محمّد بن إدريس: الذي عندي في ذلك أنّه لا يخلو إمّا أن يكون اشترى المضارب العبد بثمن في الذمّة لا معيّن، أو بثمن معيّن، فإن كان الأوّل فالعبد للمضارب دون ربّ مال المضاربة، ويجب على العامل الذي هو المضارب أن يدفع من ماله خاصة ألفاً ثمن العبد، والبيع لا يفسخ، لأنّ الأثمان إذا كانت في الذمّة لا يفسخ البيع بهلاكها، لأنّها غير معيّنة.

وإن كان الثاني فإنّ البيع يفسخ، ويكون العبد ملكاً لبائعه، على ما كان، دون العامل، ودون ربّ مال المضاربة، لأنّ الثمن إذا كان معيّناً وهلك قبل القبض انفسخ البيع، وكان ملك المبيع باقياً وعائداً إلى ملك بائعه بغير خلاف، فهذا تحرير هذه المسألة، وما ذكره شيخنا اختيار أبي العباس بن سريج من قول الشافعي، اختاره شيخنا أيضاً.

والذي حرّراه واخترناه هو الذي تقتضيه أصول مذهبنا، وبه يقول شيخنا أبو جعفر الطوسي رحمته الله في مواضع كثيرة من كتبه وتصنيفاته إلا مسائل

الخلاف والمبسوط^(١).

لا يصح القراض إذا كان المال جزافاً، لأنه لا دلالة عليه إذا قارضه على أن يشتري أصلاً له فائدة يستبقي الأصل ويطلب فائدته، كالشجر والعقار والحيوان الذي يرجو نسله وذره، فالكل قراض فاسد، لأن موضع القراض الصحيح في الشرع غير هذا، وأيضاً فلا دليل على صحة ذلك، لأن القراض عقد شرعي يحتاج في ثبوته إلى أدلة شرعية.

إذا دفع إليه مالاً قراضاً فإن اتجر حضراً كان عليه من التصرف فيه ما يليه رب المال في العادة، من نشر الثوب وطيه، وتقليبه على من يشتريه، وعقد البيع، وقبض الثمن ونقده، وإحرازه في كيسه وختمه، ونقله إلى صندوقه وحفظه، ونحو ذلك بما جرت العادة بمثله^(٢).

وإن كان ذلك شيئاً لا يليه رب المال في العادة، مثل النداء على المتاع في الأسواق، ونقله إلى الخان، ومن مكان إلى مكان، فليس على العامل أن يعمل بنفسه، بل يكتري من يتولاه، فإن القراض متى وقع مطلقاً من غير اشتراط شيء من هذا، وجب أن يحمل إطلاقة على ما جرت العادة به، كما يقول في صفة القبض والتصرف^(٣).

١- المبسوط ٣: ١٩٤.

٢- قارن المبسوط ٣: ١٧١.

٣- المصدر السابق نفسه.

فإن خالف العامل فحمل على نفسه، وتوَّى من التصرّف ما لا يليه في العرف، لم يستحق الأجرة على فعله، لأنّه تطوَّع بذلك، فإن خالف واستأجر أجيراً يعمل فيه ما يعمل به نفسه، كانت الأجرة من ضمانه، لأنّه أنفق المال في غير حقّه^(١).

إذا دفع إليه ألفين منفردين، فقال له: خذهما قراضاً على أن يكون الربح من ذلك الألف لي وريح الآخر لك، فالقراض فاسد، لأنّ موضوع القراض على أن يكون الربح لكلّ جزء من المال بينهما^(٢).

إذا خلط ألفين وقال: ما رزق الله من فضل كان لي ربح ألف ولك ربح ألف، كان جائزاً، لأنّ الألف الذي شرط ربحها ليست متميِّزة، وإنّما كانت تبطل لو كانت متميِّزة، مثل المسألة الأولى، وذلك لا يجوز.

إذا غصب رجل مالاً فاتجر به فربح، أو كان في يده مال أمانة أو ودعة أو نحوها، فتعدّى فيها، واتجر وربح، فلمن يكون الربح؟ قيل فيه قولان:

أحدهما: إنّ الربح كلّه لربّ المال، ولا شيء للغاصب، لأنّنا لو جعلنا الربح للغاصب، كان ذلك ذريعة إلى غصب الأموال، والخيانة في الودائع، فجعل الربح لربّ المال صيانة للأموال.

والقول الثاني: إنّ الربح كلّه للغاصب، لا حق لربّ المال فيه، لأنّه إن كان

١- قارن المبسوط ٣: ١٧٢.

٢- قارن المبسوط ٣: ١٧٣.

قد اشتراه بعين المال، فالشراء باطل بغير خلاف، وإن كان الشراء في الذمة، ملك المشتري المبيع، وكان الثمن في ذمته بلا خلاف، فإذا دفع مال غيره فقد قضى دين نفسه بهال غيره، وكان عليه ضمان المال فقط، والمبيع ملكه، حلال له طلق، فإذا اتجر فيه وربح كان متصرفاً في مال نفسه، فلهذا كان الربح له دون غيره، ولا يكون ذريعة إلى أخذ الأموال، لأنّ حسم ذلك بالخوف من الله، والحذر بما يرتكبه من المعصية، ويحذّره من الإثم^(١)، وهذا القول هو الصحيح الذي تقتضيه الأدلة وأصول المذهب.

إذا قال: خذه قراضاً والربح بيننا، فالقراض صحيح، لأنّ قوله بيننا فمعناه بيننا نصفين، كرجل قال: هذه الدار بيننا أو بيني وبينك، كان إقراراً بأنها بينهما نصفين، وجملته أنّ هاهنا ثلاثة عقود:

عقد يقتضي أنّ الربح كلّ لمن أخذ المال وهو القرض.

وعقد يقتضي أنّ الربح كلّ لربّ المال وهو البضاعة، وهو أن يقول له خذ هذا المال واتجر به والربح كلّ لي.

وعقد يقتضي أنّ الربح بينهما وهو القراض.

فإذا قال خذه واتجر به صلح لهذه الثلاثة عقود قرض وقراض وبضاعة، فإذا قرن به قرينة، وأخلصته إلى ما تدلّ القرينة عليه، فإن قال: خذه واتجر به والربح لك كان قرضاً، فإن قال: خذه واتجر به على أنّ الربح كلّ لي كان بضاعة،

فإن قال: خذه واتجر به والربح بيننا كان قراضاً، لأنّ القرينة تدلّ عليه^(١).

وإذا اشترى العامل عبداً واختلف هو وربّ المال، فقال العامل: اشتريته لنفسي، وقال ربّ المال: بل اشتريته للقراض وبهال القراض، فالقول قول العامل مع يمينه، لأنّ العبد في يده أنّه ملكه، ولا يقبل قول غيره في إزالة ملكه عنه، فإن اختلفا فقال ربّ المال: اشتريته لنفسك، وقال العامل: اشتريته للقراض، فالقول أيضاً قول العامل لأنّه أمين^(٢).

وإذا تلف من المال شيء بعد أن يقبضه العامل كان من الربح بكلّ حال، سواء كان بعد أن دار في التجارة أو قبل ذلك^(٣).

فإذا ذهب بعض المال قبل أن يعمل، ثمّ عمل فربح فأراد أن يجعل البقية رأس المال بعد الذي هلك، فلا يقبل قوله ويؤيّر رأس المال من ربحه، حتى إذا وفاه اقتسما الربح على شرطهما، لأنّ المال إنّما يصير قراضاً في يد العامل بالقبض، فلا فصل بين أن يهلك قبل التصرف أو بعده وقبل الربح، فالكلّ هالك من مال ربّ المال، فوجب أن يكون الهالك أبداً من الربح، لا من رأس المال^(٤).

إذا خلط العامل مال القراض بهال نفسه خلطاً لا يتميز، فعليه الضمان

١- قارن المبسوط ٣: ١٨٤.

٢- قارن المبسوط ٣: ١٨٦.

٣- قارن المبسوط ٣: ١٩٠.

٤- المصدر السابق نفسه.

كالمودع والوكيل، لأنه صيّره كالتالف، بدلالة أنه لا يقدر على ردّ المال إلى ربه بعينه^(١).

إذا دفع إليه ثوباً وقال بعه، فإذا نض ثمنه فقد قارضتك عليه، فالقراض فاسد^(٢).

١- قارن المبسوط ٣: ١٩٩.

٢- المصدر السابق نفسه.

(١٧)

باب الرهون وأحكامها

الرَّهْنُ في اللغة هو الثبات والدوام، تقول العرب: رهن الشيء إذا ثبت،
والنعمة الرهنة هي الثابتة الدائمة، ويقال: رهن الشيء فهو مرهون، ولا يقال:
أرهن، وقيل: إنَّ ذلك لغة، وتقول العرب: أرهن الشيء إذا غالى في سعره،
وأرهن ابنه إذا خاطر به وجعله رهينة^(١).

وأما الرهن في الشريعة: فإنه اسم لجعل المال وثيقة في دين، إذا تعدّر
استيفاءه ممن عليه استوفي من ثمن الرهن، وهو جائز بالإجماع^(٢) وعقد لازم من
جهة الرّاهن، وجائز من جهة المرتهن.
وشروط صحته ستة:

حصول الإيجاب والقبول من جائزي التصرف، وأن يكون المرهون عيناً
لا ديناً، لأننا قد بينّا أنّه وثيقة عين في دين، وأن يكون ممّا يجوز بيعه، لأنّ كونه
بخلاف ذلك ينافي المقصود به، وأن يكون المرهون به ديناً لا عيناً مضمونة،

١- قارن المبسوط ٢: ١٩٦.

٢- المصدر السابق نفسه.

كالمغصوب مثلاً، لأنَّ الرهن إن كان على قيمة العين إذا تلفت لم يصح، لأنَّ ذلك حق لم يثبت بعد، وإن كان على نفس العين فكذلك، لأنَّ استيفاء نفس العين من الرهن لا يصح، وأن يكون الدين ثابتاً، فلو قال: رهتلك كذا بعشرة دنائير تقرضنيها غداً لم يصح، وأن يكون لازماً كعوض القرض والضمن والأجرة وقيمة المتلف وأرش الجناية، ولا يجوز أخذ الرهن على مال الكتابة المشروطة، لأنَّه عندنا غير لازم^(١).

فإذا تكامل ما ذكرناه من هذه الشروط صحَّ الرهن بلا خلاف، وليس على صحته مع اختلال بعضها دليل^(٢).

فأمَّا القبض، فقد اختلف قول أصحابنا هل هو شرط في لزومه أم لا ؟ فقال بعضهم: بأنَّه شرط في لزومه من جهة الرَّاهن دون المرتهن، وقال الأكثرون المحصِّلون منهم: يلزم بالایجاب والقبول، وهذا هو الصحيح لقوله تعالى: **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** وهذا عقد يجب الوفاء به، فأمَّا قوله تعالى: **﴿فِرْهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾** فهذا دليل الخطاب، وهو متروك عند المحصِّلين من أصحابنا، وقد يرجع عن دليل الخطاب عند من يعمل به، ويترك بدليل، والآية الأولى دليل على ذلك. فالأول مذهب شيخنا أبي جعفر في نهايته^(٣) وشيخنا المفيد في مقننته^(٤).

١- قارن الفتنه: ٧٠.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- النهاية: ٤٣١.

٤- المقننة: ٩٧.

والثاني مذهب شيخنا أبي جعفر في خلافه^(١) فإنه رجع عما ذهب إليه في نهايته.

واستدامة القبض في الرهن ليست شرطاً في صحته ولزومه.

ولا يجوز للراهن أن يتصرف في الرهن بما يبطل أو ينقص حق المرتهن كالبيع والهبة والرهن عند آخر والعق، فإن تصرف كان تصرفه باطلاً، ولم يفسخ الرهن، لأن الأصل صحته، والقول بفسخه يحتاج إلى دليل، وإنما يفسخ الرهن إذا فعل ما يبطل به حق المرتهن منه بإذنه، ويجوز له الانتفاع بما عدا ذلك من سكنى بالدار وزراعة الأرض، وخدمة العبد، وركوب الدابة، وما يحصل من صوف ولبن ونتاج إذا اتفق هو والمرتهن وتراضيا على ذلك^(٢).

وكذا يجوز للمرتهن الانتفاع بالسكنى والزراعة والخدمة والركوب والصوف واللبن إذا أذن له الراهن^(٣) لأن الحق لهما لا يخرج عنهما، ولا يستحقه سواهما.

فإن سكن المرتهن الدار أو زرع الأرض بغير إذن الراهن أثم، ولزمه أجره الأرض وكان الزرع له، لأنه عين ماله، والزيادة حادثة فيه وهي غير متميزة منه^(٤).

١- الخلاف ١: ٦٠٢.

٢- قارن الغنية: ٧٠.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

ولا يحل للراهن ولا للمرتهن وطء الجارية المرهونة، فإن وطئها الراهن بغير إذن المرتهن أثم وعليه التعزير^(١) ولا حدّ عليه.

فإن حملت وأتت بولد كان حراً لاحقاً بأبيه الراهن، ولا يخرج من كونها رهنًا، وجاز بيعها في الدين الذي هي مرهونة عليه.

وقال بعض أصحابنا^(٢): فإن حملت وأتت بولد فإن كان موسراً وجب عليه قيمتها، تكون رهنًا مكانها، لحرمه الولد، وإن كان مُعسراً بقيت رهنًا بحالها، وجاز بيعها في الدين^(٣) وهذا غير صحيح، لآته مخالف لأصول مذهبنا.

فإن وطئها بإذن المرتهن لم يفسخ الرهن، حملت أو لم تحمل، لأن ملكه ثابت، وإذا كان ثابتاً كان الرهن على حاله^(٤) وجاز بيعها في الدين أيضاً، لآته في الأول ما رهن أمّ ولد، بل رهن رهنًا يصحّ بيعه، في حال ما رهنه على كلّ حال وبلا خلاف.

فإن وطئها المرتهن بغير إذن الراهن، فهو زان، وولده منها رقّ لسيدّها رهنٌ معها^(٥) ويجب عليه الحدّ.

١- المصدر السابق نفسه.

٢- الظاهر أن مراده بذلك هو ابن زهرة فقد ذهب إلى ذلك في الغنية راجع: ٧٠.

٣- قارن الغنية: ٧٠.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- المصدر السابق نفسه.

فإن كان الوطء بإذن الراهن كان الولد حراً لاحقاً بأبيه المرتهن، لا قيمة عليه للزّاهن فيه، ولا يلزمه مهر، لأن الأصل براءة الذمّة، ويصحّ بيعها بعد ذلك أيضاً في الدّين بغير خلاف.

ورهن المبتاع جائز كرهن المقسوم^(١).

ويجوز توكيل المرتهن في بيع الرهن^(٢).

وإذا كان الرهن ممّا يسرع إليه الفساد قبل حلول الأجل، ولم يشترط بيعه إذا خيف فساد كان الرهن باطلاً، لأن المرتهن لا يتنفع به والحال هذه^(٣).

وإذا أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن بشرط أن يكون ثمنه رهنأ مكانه، كان ذلك جائزاً، ولم يبطل الرهن لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ أو قول الرسول ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^(٤) والشرط جائز بين المسلمين.

وإن قال له: بع الرهن بشرط أن تجعل ثمنه من ديني قبل محله، صحّ البيع، وكان الثمن رهنأ إلى وقت المحلّ، ولم يلزم الوفاء بتقديم الحق قبل محله، لأنّه لا دليل عليه، والرهن أمانة في يد المرتهن، إذا هلك من غير تفريط فهو من مال الراهن، ولم يسقط بهلاكه شيء من الدّين، بدليل إجماعنا.

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المبسوط ٢: ٨٠، وورد في دعائم الإسلام ٢: ٤٤، وفروع الكافي ١: ٣٧٦، والتهذيب ٧: ٢٢،

والفقيه ٣: ١٢٧ بلفظ: المسلمون عند شروطهم.

وقوله **إِنَّمَا**: لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه^(١)، لأنّ المراد بالغنم الاستفادة والنماء والزيادة، والغرم النقصان والتلف، والمراد بقوله: الرهن من صاحبه، المراد به من ضمان صاحبه.

ومعنى قوله: لا يَغْلُقُ الرهن - بالغين المعجمة وفتح الياء واللام - أي لا يملكه المرتن بالارتنان، وإن شرط الراهن للمرتن أنّه إذا لم يأت بالمال كان الرهن له بالدين، لا يلزم ذلك، ولا يملكه المرتن بهذا الشرط، لقوله **إِنَّمَا**: «لا يَغْلُقُ الرهن».

قال الهروي صاحب الغريبين في الحديث: لا يغلق الرهن، أي لا يستحقه مرتنه إذا لم يؤدّ الراهن ما رهنه فيه، وكان هذا من أفعال الجاهلية فأبطله الإسلام^(٢). إلى هاهنا كلام الهروي.

١- مستدرک الوسائل ٢: ٤٩٥ نقلاً عن غوالي اللثالي، وورد صدره في سنن ابن ماجه ٢: ٤٤، والجامع الصغير ٢: ٤٥٧، وورد في الفائق للزخشري ٣: ٧٢ بلفظ لا يغلق الرهن بها فيه، لك غنمه وعليه غرمه، وفي غريب الحديث لأبي عبيد ٢: ١١٥ قال: وأمّا الحديث الآخر في الرهن: له غنمه وعليه غرمه.

٢- قال أبو عبيد في غريب الحديث ٢: ١١٥: قوله (لا يغلق الرهن) قد جاء تفسيره عن غير واحد من الفقهاء: في رجل دفع إلى رجل رهناً وأخذ منه دراهم فقال: إن جئتك بحقك إلى كذا وكذا وإلا فالرهن لك بحقك، فقال: لا يغلق الرهن، قال أبو عبيد: فجعله جواباً لمسأله، وقد روي عن طاووس نحو هذا، وقد ذهب بمعنى هذا الحديث بعض الناس إلى تضييع الرهن، ثم قال: وهذا مذهب ليس عليه أهل العلم، ولا يجوز في كلام العرب أن يقال للرهن إذا ضاع قد غلق، إنَّما يقال: قد غلق إذا استحقه المرتن، وكان هذا من فعل أهل الجاهلية فردّه رسول الله ﷺ وأبطله بقوله: لا يغلق الرهن.

وقال الجوهري في كتاب الصحاح: غلق الرهن غلقاً أي استحق المرتهن، وذلك إذا لم يفك في الوقت المشروط، وفي الحديث: «لا يغلق الرهن»^(١)، قال زهير:

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقاً^(٢)
ويحتج على المخالف بقوله عليه السلام: «الخراج بالضمان»^(٣) وخراجه إذا كان للراهن بلا خلاف وجب أن يكون من ضمانه، ولا يعارض ذلك بما روي من أن رجلاً رهن فرسه عند إنسان فنفق فسأل المرتهن النبي عليه السلام عن ذلك فقال: «ذهب حقك» لأن المراد بذلك ذهب حقك من الوثيقة، لا من الدين، وقلنا ذلك لوجهين:

أحدهما أنه وخذ الحق، ولو أراد ذهاب الدين والوثيقة معاً، لقال ذهب حقك.

والثاني أن الدين إنما يسقط عند المخالف إذا كان مثل قيمة الرهن أو أقل، ولا يسقط الزيادة عنه إذا كان أكثر، فلو أراد ذهاب حقه من الدين لاستفهم عن مبلغه، وفصل في الجواب، وقولهم: سقوط الحق من الوثيقة معلوم بالمشاهدة،

١- الصحاح: ١٥٣٨.

٢- ديوان زهير بن أبي سلمى: ٣٣ شرح ثعلب ط دار الكتب.

٣- مسند أحمد ٦: ٤٩، وسنن أبي داود، والترمذي، وابن ماجه، والنسائي، ولم أقف عليه من طريق الخاصة.

فلا فائدة في بيانه غير صحيح، لأن تلف الرهن لا يسقط حق المرتهن من الوثيقة على كل حال، بل إذا أتلّفه الرّاهن أو أتلّفه أجنبي، فإنّ القيمة تؤخذ وتجعل رهنًا مكانه، فأراد ^(١) أن يبيّن أنّ الرهن إذا تلف من غير جنابة سقط من حق الوثيقة ^(٢).

فإذا ادّعى المرتهن هلاك الرهن كان القول قوله مع يمينه، سواء ادّعى ذلك بأمر ظاهر أو خفي، والدليل عليه إجماع أصحابنا بغير خلاف بينهم، وأيضاً قد بيّنّا أنّه أمانة في يده، فإذا كان كذلك فالقول قوله في هلاكه ^(٣).

فإذا اختلف الراهن والمرتهن في الاحتياط والتفريط، وفقدت اليّنات، فالقول قول المرتهن أيضاً مع يمينه ^(٤).

وإذا اختلفا في مبلغ الرّهن، أو في مقدار قيمته بعد الإقرار من المرتهن بالتفريط، أو بإقامة البيّنة عليه بذلك، فالقول قول المرتهن أيضاً في ذلك على الصحيح من المذهب، لأنّه غارم ومدّعى عليه، ولا خلاف أنّ القول قول الجاحد المنكر المدّعى عليه إذا عدم المدّعي البيّنة.

وقال بعض أصحابنا ^(٥): القول قول الرّاهن في ذلك، وهذا مخالف لما عليه

١- قارن الغنية: ٧١.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- الظاهر أنّ المراد بالقائل هو ابن زهرة لاحظ الغنية: ٧١.

الإجماع، وضدّ لأصول الشريعة.

وإذا اختلفا في مبلغ الدين، أخذ ما أقرب به الراهن وحلف على ما أنكره^(١)، لأنّ القول قوله في ذلك مع يمينه، لأنّه مدّعى عليه.

وقد روي في شواذ الأخبار رواه السّكوني - والعامي المذهب، واسمه إسماعيل بن أبي زياد - أنّ القول قول المرتهن مع يمينه، لأنّه أمينه، والبيّنة على الراهن ما لم يستغرق الرهن ثمّنه^(٢).

قال محمّد بن إدريس: معنى هذه الرواية أنّ القول قول المرتهن حتى يحيط قوله ودعواه بثمرن الرّهن جميعه، فمتى أحاط بثمرن الرّهن أو استغرقه، فالقول قول الراهن أيضاً على هذه الرواية، وقد بيّنا أصل هذه الرواية، فالواجب ترك العمل بها لمخالفتها لأصول المذهب.

ومتى اختلفا في متاع، فقال الذي عنده: إنّهُ رهن، وقال صاحب المتاع: إنّهُ ودیعة، كان القول قول صاحب المتاع مع يمينه، وعلى المدّعي لكونه رهنأ البيّنة بأنّه رهن عنده^(٣)، وهذا هو الصحيح الذي عليه العمل وتقتضيه الأصول، وهو مذهب شيخنا أبي جعفر في نهايته^(٤)، وذهب في استبصاره إلى أنّ القول قول من

١- قارن الغنية: ٧١.

٢- الفقيه ٣: ١٩٧، والتنهيد ٧: ١٧٥، والاستبصار ٣: ١٢٢.

٣- قارن النهاية: ٤٣٢.

٤- النهاية: ٤٣٢.

يدّعي أنّه رهن، وجعله مذهباً له، وجمع بين الأخبار وتوسطها على هذا القول^(١).

قال محمد بن إدريس: إني لأربأ بشيخنا أبي جعفر مع جلالة قدره وتبحّره ورئاسته من هذا القول المخالف لأصول المذهب، وله^{عليه السلام} في كتابه الاستبصار، توسطات عجيبة لا أستجملها له، والذي حمله على ذلك جمعه بين المتضاد، وهذا لا حاجة فيه، بل الواجب الأخذ بالأدلة القاطعة للأعذار، وترك أخبار الآحاد التي لا توجب علماً ولا عملاً، فإنّه أسلم للديانة، لأن الله تعالى ما كلّفنا إلاّ الأخذ بالأدلة، وترك ما عداها^(٢).

ولا يجوز للمرتهن أن يبيع الرهن إلاّ بإذن صاحبه فإن غاب عنه، فالأولى الصبر عليه إلى أن يجيئ أو يأذن له في بيعه^(٣)، فإن لم يصبر ورفع أمره إلى الحاكم، وأقام بيّنة بالدين والرهن وسأله بيعه عليه، فالواجب على الحاكم بيع ذلك

١- الاستبصار ٣: ١٢٢.

٢- قال العلامة الحلي في المختلف ٢: ٢٣٩ وابن إدريس شتّع على الشيخ هنا واستعجب من فتواه، ولم يدر أن قول الشيخ ليس ببعيد، أمّا أولاً: فللروايات، وأمّا ثانياً: فلاّنه صاحب اليد فيسمع قوله إذ ليست يده يد عادية، وأمّا ثالثاً: فلاّنه يدعي الظاهر، فإنّ الظاهر احتياط صاحب الدين على ماله، وإنّما يتم بأخذ الرهن عليه، والظاهر: أن المال هنا رهن لوجود قرينة الإدانة، لأنّ المالك اعترف له بالأمانة وجعله أميناً، يقدم قوله في التلف وغيره، وهذا الأخير هو حجة كلّ واحد من ابن الجنيد وابن حمزة.

٣- قارن النهاية: ٤٣٢.

وتسليم ثمنه إليه، وحفاظ ما زاد على الدين إن زاد الثمن على الدين، وردّه على صاحبه إذا قدم.

وإن كان قد وكله في بيعه حال الرهن عند حلول الأجل وأخذ ماله من جملة، كان ذلك جائزاً، وساغ بيعه من غير أمر الحاكم.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: وإن كان شرط المرتهن على الراهن أنّه إذا حلّ أجل ماله عليه، كان وكيلاً له في بيع الرهن وأخذ ماله من جملة، كان ذلك جائزاً، فإذا حلّ الأجل ولم يوفّه المال باع الرهن، فإن فضل منه شيء ردّه على صاحبه، وإن نقص طالبه به على الكمال، وإن تساوى لم يكن له ولا عليه شيء^(١).

قال محمد بن إدريس: قوله ﷺ: (وإن كان شرط المرتهن على الراهن أنّه إذا حلّ أجل ماله عليه، كان وكيلاً له في بيع الرهن) غير واضح، لأنّا قد بيّنا في باب الوكالة أنّه إذا قال له: إذا جاء رأس الشهر فقد وكلتك في كذا وكذا، إنّ الوكالة غير صحيحة، فأما إذا وكله في الحال، وشرط عليه أنّه لا يبيع الشيء الموكّل على بيعه، إلّا إذا جاء رأس الشهر، كان ذلك صحيحاً ماضياً^(٢).

فإن قيل: قلتم فيما مضى: إنّّه إذا لم يوكله على بيع الرهن، جاز للحاكم بيعه وقضاء الدين منه بعد ثبوت الحقّ عنده، فلا فائدة حينئذٍ في الرهن ولا مزية له،

١- النهاية: ٤٣٢.

٢- عقب العلامة في المختلف ٢: ٢٣٩ بقوله: وهذه مواخذه لفظية وقصد الشيخ ذلك.

لأنه إذا كان غير رهن بيع على صاحبه، وإذا كان رهناً غير موكل في بيعه بيع أيضاً، فلا فائدة في الرهن.

قلنا: الفائدة ظاهرة، وهو أنه إذا كان رهناً، لا يشارك المرتهن في ثمنه أحد من الغرماء، ولو كان على صاحبه أضعاف أضعاف دين المرتهن، وإذا لم يكن الشيء رهناً كان جميع الغرماء أسوة فيه على قدر ديونهم بالحصص، فأى فائدة أعظم من هذا.

وإذا كان عند الإنسان رهن، ولا يدري لمن هو، صبر إلى أن يتبين صاحبه، فإن لم يتبينه ولا علمه باعه وأخذ ماله، فإن زاد على ماله استحفظ به، وقد روي أنه يتصدق به عن صاحبه، وإذا مات من عنده الرهن ولم يعلم الورثة الراهن، كان ذلك كسبيل ماله، فإن علموه بعينه وجب عليهم ردّه على صاحبه وأخذ ما عليه منه.

وإذا كان عند إنسان رهون جماعة، فهلك بعضها وبقي البعض، كان ماله فيما بقي إذا كان لراهن واحد^(١)، فإن هلك الكل كان هلاكها من مال صاحبها، وكان دين المرتهن باقياً في ذمة الراهن على ما قدّمناه، إذا لم يكن ذلك عن تضريط منه حسب ما قد بيناه.

ومن عنده الرهن جاز له أن يشتريه من الراهن.

١- قال العلامة في المختلف ٢: ٢٤٠ وهذا الاطلاق ليس بجيد بل ينبغي أن يقيد بوحدة الدين بحيث يكون المجموع رهناً عليه وعلى كل جزء منه، إذ وحدة الراهن غير كافية مع تغاير الديون.

ومتى رهن الإنسان حيواناً حاملاً كان حملهُ خارجاً عن الرهن، إلا أن يشترط المرتهن، فإن حمل في حال الإرتهان كان مع أمه رهناً كهيئتها، وحكم الأرض إذا رهنّت وهي مزروعة كذلك، فإن الزرع يكون خارجاً عن الرهن^(١)، فأما إذا زرعت بعد الرهن فيكون الزرع لصاحب البذر، ولا يدخل في الرهن لأنه غير حمل، بخلاف الشجر والنخل وحملهما والحيوان وحمله، وإنما عطف شيخنا في نهايته الزرع في الأرض لأنه لا يدخل في الرهن مع الأرض، ولم يقل إذا زرعت بعد الرهن دخل الزرع في الرهن مثل ما يدخل الحمل.

وكذلك حكم النخل والشجر إذا كان فيهما الحمل، فإن ثمرتها وحملها يكون خارجاً من الرهن، فإن حملت النخيل والأشجار في حال الارتهان كان ذلك رهناً مثل الحامل، وهذا مذهب أهل البيت عليهم السلام وإجماعهم عليه، وهو الذي ذكره شيخنا المفيد في مقننعه^(٢)، واختاره شيخنا في نهايته^(٣)، ثم اختار بعد ذلك مقالة المخالفين في مسائل خلافه^(٤) ومبسوطه^(٥)، وذهب إلى أن الحمل يكون خارجاً من الرهن وإن حمل الحامل في حال الارتهان.

وإذا كان عند إنسان رهن بشيء مخصوص، فمات الرّاهن وعليه دين لغيره

١- قارن النهاية: ٤٣٤.

٢- المقننة: ٩٨.

٣- النهاية: ٤٣٤.

٤- الخلاف: ١: ٦١٥.

٥- المبسوط: ٣: ٢٣٧.

من الغرماء، لم يكن لأحد منهم أن يطالبه بالرهن، إلا بعد أن يستوفي المرتهن ماله على الرهن، فإن فضل بعد ذلك شيء كان لباقي الغرماء^(١).

وقد روي في شواذ الأخبار الضعيفة: أنه يكون مع غيره من الديان سواء يتحاصصون بالرهن^(٢)، والصحيح ما انعقد عليه الإجماع، دون ما روي في شواذ الروايات والأخبار.

وإذا كان له على الراهن مال، على غير هذا الرهن، لم يجز له أن يجعله على هذا الرهن^(٣).

ومتى مات الراهن، كان المرتهن في غير ماله على الرهن مع غيره من الديان سواء^(٤).

وإذا كان عند إنسان دابة أو حيوان أو رقيق رهناً، فإن نفقة ذلك على صاحبها الراهن دون المرتهن، فإن أنفق المرتهن^(٥) عليها متبرعاً، فلا شيء له على الراهن، فإن أنفق بشرط العود عليه وأشهد على ذلك، كان له الرجوع على الراهن بما أنفق.

١- قارن النهاية: ٤٣٤.

٢- راجع الفقيه ٣: ١٩٦، والتهذيب ٧: ١٧٧ - ١٧٨.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- قارن النهاية: ٤٣٥.

وقد روي: أنَّ له ركوبها والانتفاع بها بها أنفق والرَّجوع على الراهن^(١)، والأولى عندي أنَّه لا يجوز له التصرف في الرهن على كلِّ حال، لأنَّنا قد أجمعنا بغير خلاف أنَّ الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن.

وإذا اختلف نفسان فقال أحدهما: لي عندك دراهم دين، وقال الآخر: هي وديعة عندي، كان القول قول صاحب المال مع يمينه^(٢) بأنَّها دين، لأنَّه قد أقرَّ له أنَّها له معه، وبها ادعاه عليه، ثمَّ ادَّعى ما يبطل الإقرار من حصولها وديعة في يده، والرسول ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤدِّي»،^(٣) إلَّا ما خرج بالدليل من الودائع والأمانات.

فقوله: (وديعة) يمكنه أن يبطلها بأن يقول تلفت أو ضاعت فيكون القول قوله، وهذا لا يجوز، والذي ينبغي أن يحصل في ذلك، ويعمل عليه، ويسكن إليه، أنَّه إذا ادَّعى أحدهما على الآخر، فقال: لي عندك دراهم دين، وقال الآخر: هي وديعة ولم يصدِّقه على دعواه، ولا وافقه على جميع قوله من أنَّها دين، فالقول قول المودَّع مع يمينه، لأنَّه ما أقرَّ بها ادَّعاه خصمه من كونها ديناً، بل أقرَّ بأنَّ له عنده وديعة، ومن أقرَّ بذلك فما أقرَّ بها يلزمه في ذمته لو ضاعت من غير تفريط منه، بل قد ادَّعى عليه الخصم أنَّ له عنده وفي ذمته ديناً، وجحد المدَّعى عليه

١- النهاية: ٤٣٥، راجع الكافي ٥: ٢٣٦، والفقيه ٣: ١٩٦، والتهذيب ٧: ١٧٦-١٧٧.

٢- قارن النهاية: ٤٣٥.

٣- كنز العمال ١٠: ٤٢٠، مستدرک الوسائل ٣: ١٤٥.

ذلك، ولم يكن مع المدعي بيّنة بصحة دعواه، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه.
فأما لو ادّعى عليه أن له عليه كذا، ثم صدّقه على دعواه وقال بعد ذلك:
إنّه وديعة، لم يقبل دعواه بعد إقراره وتصديقه، لأنّ حرف (عليّ) حرف وجوب
والزام، وحرف (عند) ليس بالزام، بل قد يكون له عنده وديعة، فلا يلزمه
بالمحتمل، لأنّ الأصل براءة الذمّة، وما أورده شيخنا في نهايته^(١) يحتمل أن
المدعى عليه صدق المدعي بأنّ الدراهم دين، ووافقه على لفظ دعواه وجميع
قوله، فيلزمه حينئذٍ الخروج اليه منه^(٢).

ومن كان عنده رهن فمات صاحبه، وخاف إن أقربه طولب بذلك، ولم
يقبل قوله في كونه رهناً، ولم يعط ماله الذي عليه، جاز له أن يأخذ منه بمقدار ما
له عليه ويرد الباقي على ورثته، فإن لم يفعل وأقر بأنّ عنده رهناً، كان عليه البيّنة
آته رهن، فإن لم يكن معه بيّنة كان على الورثة اليمين أنّهم لا يعلمون أنّ له عليه
شيئاً، ووجب عليه ردّ الشيء الذي يدّعيه رهناً إلى الورثة^(٣).

ولا يجوز أخذ الرهن من العاقلة على الدية إلاّ بعد حوّل الحول، فأما
قبله فلا يجوز، وعندنا تستأدى منهم في ثلاث سنين^(٤).

١- النهاية: ٤٣٥.

٢- قال العلامة في المختلف ٢: ٢٤٠ بعد نقل كلام المصنّف: وهذا الكلام على طوله خال عن
التحصيل، لأنّ الغريم اعترف بثبوت يده على مال الغير، وهو يوجب الضمان إلاّ مع الاستيذان
والأصل عدمه.

٣- قارن النهاية: ٤٣٥.

٤- قارن المبسوط ٢: ١٩٦.

وأما بعد حؤول الحول فإنه يجوز، لأنه يثبت قسط منها في ذمتهم^(١).

فأما الجعالة فلا يجوز أخذ الرهن فيها إلا بعد الرد.

وإذا استأجر رجلاً اجارة متعلقة بعينه، مثل أن يستأجره ليعلمه أو ليتولى له عملاً من الأعمال بنفسه، لم يجوز أخذ الرهن عليه، لأن الرهن إنما يجوز على حق ثابت في ذمته، فهذا غير ثابت في ذمة الأجير، وإنها هو متعلق بعينه، ولا يقوم عمل غيره مقام فعله^(٢).

وإن استأجره على عمل في ذمته، وهو أن يحصل له عملاً مثل خياطة أو غير ذلك جاز أخذ الرهن به، لأن ذلك ثابت في ذمته لا يتعلق بعينه، وله أن يحصل بنفسه أو غيره، فإذا هرب جاز بيع الرهن واستيجار غيره بذلك، ليحصل ذلك العمل^(٣).

إذا رهن رجل عند غيره شيئاً بدين إلى شهر، على أنه إن لم يقض إلى محله كان مبيعاً منه بالدين الذي عليه، لم يصح الرهن ولا البيع إجماعاً، لأن الرهن مؤقت، والبيع متعلق بزمان مستقبل، هكذا أورده شيخنا أبو جعفر في مبسوطه^(٤)، وهو الصحيح والأدلة على صحته ما قدمناه نحن في هذا الباب، من

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن النهاية: ١٩٧.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المبسوط ٢: ٢٠٤.

قوله عليه السلام المجمع عليه: «لا يغلق الرهن» وما أوردناه من تفاسيره، وأقوال العلماء من الفقهاء، وأصحاب الغريب من اللغويين، وبيت زهير بن أبي سلمى المزني^(١)، وأيضاً بيت كثير الذي في قصيدته اللامية:

غمر الرد إذا تبسم ضاحكاً غلقت لضحكته رقاب المال^(٢)
يعني أنه إذا ضحك وهب وأعطى الأموال وأخرجها عن يده، وصارت لغيره، فلا يقدر على ارتجاعها ولا فكائها، وهذا معنى قول الشاعر الآخر:

فأسمى الرهن قد غلقا^(٣)

معناه أنه لا يقدر على فكك قلبه من محبة هذه المرأة.

فالرسول ﷺ نهى أن يحصل الرهن بحيث لا يفك ولا يعود إلى ملك صاحبه الراهن، ولا يتملك المرتهن بالشرط المخالف لقوله عليه السلام: «لا يغلق الرهن الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه» على ما أوضحناه فيها سلف وحررناه.

١- سبق ذكره فيما نقله المصنف عن الجوهري في الصحاح، وهو في ديوان زهير: ٣٣، والفائق والكمال للمبرد وغيرها.

٢- ديوان كثير عزة، جمع الدكتور إحسان عباس: ٢٨٨، آخر بيت من قصيدة يمدح بها عبد العزيز ابن مروان، وقد ورد البيت الشاهد في كثير من المصادر الأدبية والمعاجم اللغوية.

٣- المراد بذلك بيت زهير بن أبي سلمى المتقدم وهو:

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأسمى الرهن قد غلقا

ومما ينبغي التنبيه عليه أن رواية الديوان:

فأسمى رهنها غلقا

أرض الخراج لا يصح رهنها، وهي كلّ أرض فتحت عنوة، لأنّها ملك المسلمين قاطبة، وكذلك أرض الوقف لا يصح رهنها، فإن رهنها كان باطلاً^(١). وإذا دبر عبده ثم رهنه بطل التدبير، لأن التدبير عندنا بمنزلة الوصية، ورهنه رجوع فيها، وإن قلنا: إنّ الرهن صحيح والتدبير بحاله كان قوياً، لأنّه لا دليل على بطلانه^(٢).

إذا رهن عند إنسان شيئاً وشرط أن يكون موضوعاً على يد عدل صح شرطه، فإذا ثبت هذا، فإن شرطاً أن يبيعه الموضوع على يده صح الشرط، وكان ذلك توكيلاً في البيع، فإذا ثبت هذا، فإن عزل الراهن العدل عن البيع، الأقوى والأصح أنّه لا ينعزل عن الوكالة، ويجوز له بيعه، لأنّه لا دلالة على عزله^(٣).

وذهب بعض المخالفين إلى أنّه ينعزل، لأنّ الوكالة من العقود الجائزة، هذا إذا كانت الوكالة شرطاً في عقد الرهن فلا ينعزل على ما اخترناه، ولأنّه شرط ذلك وعقد الرهن عليه، وهو شرط لا يمنع منه كتاب ولا سنة، وقد قال عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» وقال: «الصلح جائز بين المسلمين» وهذا صلح لا يمنع منه كتاب ولا سنة، فأما إذا شرطه بعد لزوم العقد، فإنّ الوكالة تنفسخ بعزل الراهن العدل الذي هو الوكيل بلا خلاف.

١- قارن المبسوط ٢: ٢١٠.

٢- قارن المبسوط ٢: ٢١٧.

٣- قارن المبسوط ٢: ٢١٣.

وإذا سافر المرتهن بالرهن ضمن، فإن رجع إلى بلده لم يزل الضمان عنه لأن الاستيمان قد بطل، فلا تعود الأمانة إلا بأن يرجع إلى صاحبه ثم يرده إليه أو إلى وكيله، أو يبرئه من ضمانه^(١).

فإذا انفك الرهن بإبراء أو قضاء، كان في يد المرتهن أمانة، ولا يجب رده على صاحبه حتى يطالبه به، لأنه حصل في يده أمانة ووثيقة، فإذا زالت الوثيقة بقيت الأمانة^(٢).

إذا رهن عبد غيره بإذن مالكة كان ذلك جائزاً، فإن رجع الآذن لم يفسخ الرهن بذلك، لأنه عقد لازم، لا يجوز لغير المرتهن فسخه، لأنه لا دليل عليه، وللمعير أن يطالب المستعير بفكاكه وتخليص عبده في كل وقت، سواء حل الدين أو لم يحل، وإثماً قلنا: ليس له فسخ عقد الرهن بعد لزومه، لأنه لا دليل على ذلك^(٣).

إذا باع من غيره شيئاً على أن يكون المبيع رهناً في يد البائع، لم يصح البيع، لأن شرطه أن يكون رهناً لا يصح، لأنه شرط أن يرهن ما لا يملكه، فإن المبيع لا يملكه المشتري قبل تمام العقد، فإذا بطل الرهن بطل البيع، لأن البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير ثمن المبيع، وذلك متناقض.

١- قارن المبسوط ٢: ٢٢٣.

٢- قارن المبسوط ٢: ٢٢٤.

٣- قارن المبسوط ٢: ٢٢٨.

وأيضاً فإنّ الرهن يقتضي أن يكون أمانة في يد البائع، والبيع يقتضي أن يكون المبيع مضموناً عليه، وذلك متناقض أيضاً^(١).

فأمّا إذا شرط البائع أن يسلم المبيع إلى المشتري، ثمّ يردّه إلى يده رهنًا بالثمن، فإنّ الرهن والبيع فاسدان مثل الأولى^(٢)، وهذا معنى قول شيخنا المفيد في الجزء الثاني من مقننته: وإذا اقترن إلى البيع اشتراط في الرهن أفسده، وإن تقدم أحدهما صاحبه حكم له به دون المتأخر^(٣)، وقد سئل شيخنا أبو جعفر مسألة في المسائل الحائرية عن معنى قول الشيخ المفيد في الجزء الثاني من مقننته: (وإذا اقترن إلى البيع اشتراط في الرهن أفسده، وإن تقدم أحدهما صاحبه حكم له به دون المتأخر)، ما الذي أراد ؟

فأجاب بأن قال معناه: إذا باعه إلى مدّة مثل الرهن كان البيع فاسداً، وإن باعه مطلقاً ثمّ يشترط أن يردّ عليه إلى مدّة أن ردّ عليه الثمن كان ذلك صحيحاً، يلزمه الوفاء به، لقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم».

قال محمد بن إدريس: جواب شيخنا أبي جعفر غير واضح، لأنّه غير مطابق للسؤال، وإنّما الجواب ما قدّمناه نحن وأثبتناه: وهو إذا باع من غيره شيئاً على أن يكون المبيع رهنًا في يد البائع لم يصحّ البيع، وسقنا المسألة والكلام

١- قارن المبسوط ٢: ٢٣٥.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المقننة: ٩٨.

وأوردنا الأجوبة عليه، وهو جواب شيخنا أبي جعفر واختياره وتحريره، وهو الصحيح الذي يليق بظاهر اللفظ، ويقتضيه وضع الكلام ومعناه، وهذا أوضح من الجواب الذي أجاب به في المسائل الحائريات، فليلاحظ هذا ويتأمل، ففيه لبس عظيم على جماعة من أصحابنا الذين عاصروا هم.

وإذا رهن أرضاً إلى مدة على أنه إن لم يقضه فيها فهي مبيعة بعد المدة بالدين، فإن البيع فاسد، لأنه بيع معلق بوقت مستقبل، وهذا لا يجوز، والرهن فاسد، لأنه رهن إلى مدة ثم جعله بيعاً، فالرهن إذا كان مؤقتاً لم يصحّ وكان فاسداً^(١).

إذا قرضه ألف درهم على أن يرهنه بالألف داره، ويكون منفعة الدار للمرتهن، لم يصحّ القرض، لأنه قرض بجرّ منفعة ولا يصحّ الرهن لأنه تابع له، ولا خلاف فيه أيضاً^(٢).

١- قارن المبسوط ٢: ٢٤٤.

٢- قارن المبسوط ٢: ٢٤٥.

(١٨)

باب العارية - بتشديد الياء -

العارية على ضربين: مضمونة وغير مضمونة، فالمضمونة: العين والورق شرط الضمان أو لم يشرط، تعدّي أو لم يتعدّه، وما عداهما لا يضمن إلا بشرط الضمان أو التعدّي، وغير المضمونة ما عدا ما ذكرناه^(١).

وإذا اختلف المالك والمستعير في التضمين والتعدّي، وفقدت البيّنة، فعلى المستعير اليمين.

وإذا اختلفا في مبلغ العارية أو قيمتها، أخذ ما أقر به المستعير، وكان القول قول المالك مع يمينه فيما زاد على ذلك^(٢) عند بعض أصحابنا^(٣)، وهو الذي أورده شيخنا في نهايته^(٤).

والذي تقتضيه الأدلة وأصول المذهب: أنّ القول قول المدّعى عليه - وهو

١- قارن الغنية: ٧٦.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- لا يبعد أن يكون المراد به هو ابن زهرة حيث ذهب إلى ذلك في الغنية.

٤- النهاية: ٤٣٨.

المستعير - مع يمينه بالله تعالى، لأن الأصل براءة الذمة، ويعضد ذلك قول الرسول ﷺ المجمع عليه وهو قوله: «على المدعي البيّنة، وعلى الجاحد اليمين، ومالكها مدع بلا خلاف، والمستعير الجاحد فعليه اليمين، فلا يرجع عن الأدلة بأخبار الآحاد، ولا ما يوجد في شواذ الكتب مطلقاً من الأدلة.

وإذا اختلف مالك الدابة وراكبها فقال المالك: أجرتها أو غصبتها، فقال الراكب: بل أعرتها، فلا يقبل قول المالك في مقدار ما ادّعه من الأجرة، ولا يقبل قول الراكب فيها ادّعه من العارية، بل يوجب عليه أجرة المثل، لأننا قد تحقّقنا ركوب الدابة، والراكب يدّعي العارية يحتاج إلى بيّنة، والمالك يدّعي عقد اجارة وأجرة معيّنة يحتاج أيضاً إلى بيّنة، فإذا عدمتا البيّنات على ذلك، وقد تحقّقنا ركوب الدابة، فالواجب في ذلك أجرة المثل عوضاً عن منافع الدابة المتحققة، فمن أسقطها يحتاج إلى دليل^(١)، وكذلك الحكم إذا اختلف مالك الأرض وزارعها حرفاً فحرفاً.

فقال شيخنا أبو جعفر في مسائل الخلاف في كتاب العارية: القول قول الراكب والزارع للأرض دون صاحب الدابة وصاحب الأرض^(٢)، إلا أنه رجح في كتاب المزارعة من مسائل الخلاف عن ذلك.

١- قال العلامة الحلي في المختلف ٢: ٢٦٩: وقول ابن إدريس بوجوب اجرة المثل ليس بجيد، بل الحق أن نقول يتحالفان، يحلف المالك على نفي العارية، ويحلف المستعير على نفي الأجرة، ويثبت أقلّ الأمرين من أجرة المثل والقدر المدّعى.

٢- الخلاف ١: ٦٦٨.

وقال: مسألة، إذا زرع أرض غيره ثم اختلفا فقال الزارع: أعرتنيها، وقال رب الأرض: بل أكرتكمها، وليس مع واحد منهما بينة حكم بالقرعة، وللشافعي فيه قولان، وعليه أكثر أصحابه أحدهما أن القول قول الزارع، وكذلك في الراكب إذا ادعى أن صاحب الدابة أعاره إياها، وهذا هو الذي يقوى في نفسي، والقول الثاني أن القول قول رب الأرض والدابة، وحكى أبو علي الطبري^(١) أن أصحابه من حمل المسألتين على ظاهرهما، وفرق بينهما بأن العادة جرت بإعارة الدواب، وفي الأرض بالإجارة دون العارية.

دليلنا على ما قلناه أولاً: إجماع الفرقة على أن كل مجهول يشبه فيه القرعة، وهذا من ذلك، وأما ما قلناه ثانياً: وهو أن الأصل براءة الذمة، وصاحب الدابة والأرض مدع للأجرة فعليه البينة، فإذا عديمها كان على الراكب والزارع اليمين^(٢). هذا آخر المسألة من كلام شيخنا رحمه الله.

قال محمد بن إدريس: أما رجوع شيخنا إلى القرعة في هذا ليس بواضح، لأن هذا أمر غير مجهول ولا مشكل، بل هذا بين، والشارع والإجماع بينه، وهو مثل الدعاوي في سائر الأحكام، من أن على المدعي البينة وعلى الجاحد اليمين.

١- من أئمة الشافعية، قال أبو إسحاق صنف المجرد في النظر وهو أول كتاب صنف في الخلاف المجرد، توفي سنة ٣٥٠.

٢- الخلاف ١: ٧٢٤.

وأما ما قاله ثانياً: فهو الذي اختاره في كتاب العارية، هو خيرة المزي^(١) صاحب الشافعي، وقد بينّا ما عندنا في ذلك، وهو أنّ لا نقبل قول مدّعي مقدار الأجرة ولا نقبل قول مدّعي العارية، ونأخذ عوض المنفعة المتحققة التي هي الركوب والزّرع، لأنّ إذا لم يسلم لنا العوض المدّعى من الأجرة رجعنا إلى المعوّض وهو أجرة المثل، ولا نقبل قول الزارع والراكب في إبطال المنفعة كلّها، وهي متحققة قد استوفّاها، وهو مدّع لسقوط عوضها بالكلية، فهذا تحرير هذه الفتيا فليلاحظ، فإنّها غير ملتبسة ولا غامضة على المتأمّل، فإنّي لا أستجمل القول لشيخنا أبي جعفر مع جلالة قدره ما قاله في المسألتين من القرعة، والقول الثاني الذي قال فيه: إنّ الأصل براءة الذمّة.

وإذا استعار من غيره دابة ليحمل عليها وزناً معيناً، فحمل أكثر منه، أو ليركبها إلى موضع معين فتعدّاه، كان متعدّياً ولزمه الضمان، ولو ردّها إلى المكان المعيّن بلا خلاف^(٢).

وإذا أذن صاحب الأرض للمستعير في الغراس أو البناء، فزرع جاز له، لأنّ ضرر الزّرع أخفّ من ضرر ما أذن له فيه، ولا يجوز له الغراس أو البناء إذا أذن له في الزرع، لأنّ ضرر ذلك أكثر، والإذن في القليل لا يكون إذناً في الكثير،

١- إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزي المصري تلميذ الشافعي، قال الذهبي: وامتلاّت البلاد بمختصره في الفقه، وشرحه عدّة من الكبار بحيث يقال: كانت البكر يكون في جهازها نسخة بمختصر المزي إهـ توفي سنة ٢٦٤ هـ.
٢- قارن الغنية: ٧٦.

وكذلك لا يجوز له أن يزرع الدخن أو الذرة إذا أذن له في زرع الحنطة، لأن ضرر ذلك أكثر، ويجوز له أن يزرع الشعير لأن ضرره أقل^(١).

وإذا أراد مستعير الأرض للغراس والبناء قلعه كان له ذلك، لأنه عين ماله، وإذا لم يقلعه وطالبه المعير بذلك بشرط أن يضمن له أرش النقص وهو ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً، أجبر المستعير عليه إذا لم يكن المدة معينة على ذلك، لأنه لا ضرر عليه فيه، وليس للمستعير أن يطالب بالتبعية بشرط أن يضمن أجره الأرض، فإن طالبه المعير بالقلع من غير أن يضمن أرش النقصان لم يجبر عليه، لأنه لا دليل على ذلك، ويحتج على المخالف فيه بما رواه من قوله عليه السلام: «من بنى في رباع قوم ياذنهم فله قيمته»^(٢).

وإذا أعار شيئاً بشرط الضمان فردّه المستعير إليه أو إلى وكيله برئ من ضمانه، ولا برء إذا ردّه إلى ملكه، مثل أن يكون دابة فشدّها على اصطبل صاحبها، لأن الأصل شغل ذمته هاهنا، ومن ادّعى أن ذلك يبرئ ذمته فعليه الدليل^(٣).

ومن استعار شيئاً ورهنه، كان لصاحبه أن يأخذه من عند المرتهن، ولم يكن

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن الغنية: ٧٧. والحديث رواه الدار قطني في سننه ٤: ٢٤٣ ح ١٤٢، والبيهقي في السنن الكبرى ٦: ٩١، وفي كنز العمال ١٠: ٦٤٣ نقلاً عن سنن البيهقي والكامل لابن عدي... كما رواه الديلمي في فردوس الأخبار ٣: ٥٥١ وفي الهامش ذكر مصادر تحريجه.

٣- المصدر السابق نفسه.

له منعه منه، وكان له أن يرجع على الراهن بما له عليه من المال^(١).

إذا استعار أرضاً للزراعة فيها، ثم رجع المعير قبل أن يدرك الزرع وطالبه بالقلع، فإنه يجبر على التبقية، لأنّ الزرع لا يتأبد، وله وقت أن ينتهي إليه، فأجبرناه على التبقية، ومنهم من قال حكمه حكم الغراس سواء^(٢).

إذا أعاره حائطاً ليضع عليه جذوعه فوضعها عليه، لم يكن له أن يطالبه بقلعها على أن يضمن له أرش النقصان، لأنها موضوعة على حائط نفسه فأحد الطرفين على أحدهما، والطرف الآخر على الآخر، فلو أجبرناه على القلع على هذا الوجه، كان ذلك إجباراً على قلع جذوعه من ملكه، وليس كذلك الغراس لأنها في ملك غيره^(٣).

إذا أذن له في غرس شجرة في أرضه فغرسها ثم قلّعها، فهل يعيد أخرى أم لا؟ الصحيح أنّه ليس له^(٤) الإعادة إلاّ بإذن مجدد.

وكذلك إذا أعاره حائطاً فوضع عليه جذوعاً ثم انكسر الجذع، فليس له إعادة غيره^(٥) إلاّ بإذن مجدد، إذا لم يكن المدة معيّنة.

إذا كان لإنسان حبوب فحملها السيل إلى أرض رجل فنبت فيها، كان

١- قارن النهاية: ٤٣٨.

٢- قارن المبسوط ٣: ٥٦.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- المصدر السابق نفسه.

ذلك الحب لصاحب الحب، لأنه عين ماله، كما نقول فيمن غصب حباً فزرعه أو
بيضاً فحضرها عنده وفرخت، فإن الزرع والفراخ للمغصوب منه، لأنهما عين
ماله^(١).

إذا ثبت هذا فليس عليه أجره الأرض، لأنها حصلت فيها بغير صنع منه،
ولصاحب الأرض مطالبة صاحب الحب بقلعه من غير أرش، لأنه لم يأذن له في
ذلك، كما نقول في شجرة إذا تشعبت أغصانها ودخلت في ملك لغيره، فإن
لصاحب الملك أن يجبره على قلعها، إذا لم يمكن تحويلها من غير قلع.

ولا يجوز اجارة العارية لأنه لا يملك منافعتها بعقد الإجارة، وكذلك
لا يجوز له إعارتها لأنه أذن له في الانتفاع بها على وجه مخصوص، وكذلك إذا قُدم
له طعام ليأكله فله أن يأكل، ولا يجوز له أن يلقم غيره، ولا أن يزلّ منه معه، لأنه
لم يؤذن له في ذلك^(٢).

يقال: أزل فلان لفلان زلة إذا جعل له نصيباً من طعامه.

* * *

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

(١٩)

باب الوديعة

الوديعة مشتقة من ودع يدع، إذا استقرّ وسكن^(١).

والوديعة عقد جائز من كلّ الطرفين من جهة المودع، متى شاء أن يستردّها فعل، ومن جهة المودع متى شاء أن يردها فعل^(٢).

والإنسان مخير في قبول الوديعة والامتناع من ذلك، وهو أولى ما لم يكن فيه ضرر على المودع، ويجب عليه حفظها بعد القبول كما يحفظ ماله، وهي أمانة لا يلزم ضمانها إلا بالتعدي^(٣)، فإن شرط صاحبها ضمانها كان الشرط باطلاً، لأنّه شرط يخالف الكتاب والسنة.

فإن تصرف فيها أو في شيء منها ضمنها، وكذلك إن فكّ ختمها أو فتح قفلها أو حلّ شدّها، أو نقلها من حرز إلى ما هو دونه كان متعدياً، ويلزمه الضمان^(٤).

١- قارن المبسوط ٤: ١٣٢.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- قارن الغنية: ٧٨.

٤- المصدر السابق نفسه.

وكذا إن لم يكن هناك ضرورة من خوف نهب، أو غرق، أو غيرهما فمسافر بها، أو أودعها أميناً آخر وصاحبها حاضر، أو خالف مرسوم صاحبها في كيفية حفظها، وكذا لو أقر بها لظالم يريد أخذها من دون أن يخاف الضرر من القتل والضرب، أو سلمها إليه بيده أو بأمره وإن خاف ذلك^(١) على قول بعض أصحابنا^(٢)، والأولى والأصح والأظهر أنه متى خاف الضرر ونزوله به، فلا يكون ضامناً بخروجها من يده وإعطائه الظالم إياها على سائر الأحوال، فإن قنع الظالم منه بيمينه فله أن يحلف ويؤزّي في ذلك، ولا يجوز له تسليم الوديعة إلى الظالم عند هذه الحال، فإن سلمها وترك اليمين كان ضامناً.

ولا ضمان عليه إن هجم الظالم فأخذها قهراً، ولو تعدّى المودع ثم أزال التعدي، مثل أن يردها إلى الحرز بعد إخراجها منه لم يزل الضمان، لأنه كان لازماً له قبل الرد، ومن ادّعى سقوطه عنه فعليه الدلالة^(٣).

ولو أبرأه صاحبها من الضمان بعد التعدي، وقال: قد جعلتها وديعة عندك من الآن، بري لأنّ ذلك حق له، فله التصرف فيه بالإبراء والاسقاط، ويزول الضمان بردها إلى صاحبها أو وكيله، سواء أودعه إياها مرة أخرى أم بلا خلاف^(٤).

١- قارن الغنية: ٧٨.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

وإذا علم المودّع أنّ المودّع لا يملك الوديعة، لم يجز له ردّها عليه مع الاختيار، بل يلزمه ردّ ذلك إلى مستحقّه إن عرفه بعينه، فإن لم يتعيّن له حملها إلى الإمام العادل، فإن لم يتمكّن لزمه الحفظ بنفسه في حياته، وبمن يشقّ به إليه في ذلك بعد وفاته، إلى حين التمكن من المستحق، ومن أصحابنا من قال: تكون الحال هذه في الحكم كاللقطة على ما روي في بعض الروايات والأوّل أحوط^(١).

وإن كانت الوديعة من حلال وحرام لا يتميّز أحدهما من الآخر، لزم ردّ جميعها إلى المودّع متى طلبها بدليل إجماع أصحابنا^(٢).

ومتى ادّعى صاحب الوديعة تفريطاً فعليّه البيّنة، فإن فقدت فالقول قول المودّع لأنّه أمين مع يمينه، فإذا ثبت التفريط واختلفا في قيمة الوديعة ولا بيّنة فالقول قول المودّع الأمين، لأنّه مدّعى عليه مع يمينه^(٣).

ومن أصحابنا من قال: القول قول صاحبها مع يمينه، وهذا يخالف لأصول المذهب، وما عليه الإجماع، والمتواتر من الأخبار، ولأنّ القول بذلك يؤدّي إلى أنّ القول قول المدّعي، وعلى الجاحد البيّنة، وهذا خلاف ما عليه كافة المسلمين، وأيضاً الأصل براءة ذمّة الجاحد، فمن شغلها بزيادة على ما يقول ويقرّر

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

فعليه الدلالة، ولأنه أيضاً غارم، والغارم يكون القول قوله مع يمينه بلا خلاف، وما ذكره شيخنا في نهايته^(١) خبر واحد، لا يرجع بمثله عن الأدلة القاهرة، ولا يخص بمثله العموم.

وإذا طلبها صاحبها من المستودع وهو متمكن من ردها، وليس عليه في ذلك ولا على غيره ضرر، ولا يمكن تلافيه من الخوف على النفس وعلى المال، وجب عليه ردها، سواء كان المودع كافراً أو مسلماً، أو مؤمناً أو فاسقاً، وعلى كل حال^(٢).

وإذا اختلف نفسان في مال فقال الذي عنده المال: إنه وديعة، وقال الآخر: إنه دين عليك، كان القول قول صاحب المال، وعلى الذي عنده المال البيّنة أنه وديعة، فإن لم يكن له بيّنة وجب عليه ردّ المال، فإن هلك كان ضامناً، فإن طالب صاحب المال باليمين أنه لو يودعه ذلك المال، كان له ذلك^(٣)، وقد قدّمنا ذلك فيما مضى وحرّرناه، هكذا أورده شيخنا أبو جعفر في نهايته في باب الرهن والوديعة^(٤).

فالوجه في الموضوعين معاً عندي: أن يكون المدعى عليه قد وافق المدعي

١- النهاية: ٤٣٦.

٢- قارن النهاية: ٤٣٥.

٣- قارن النهاية: ٤٣٦.

٤- النهاية: ٤٣٥ - ٤٣٦.

على صيرورة المال إليه، وكونه في يده، ثم بعد ذلك ادّعى أنّه وديعة لك عندي، فلا يقبل قوله، ويكون القول قول من ادّعى أنّه دين، لأنّه قد أقرّ بأنّ الشيء في يده أولاً، وادّعى كونه وديعة، والرسول ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^(١) وهذا قد اعترف بالأخذ والقبض وادّعى الوديعة، وهي تسقط الحق الذي أقرّ به لصاحب المال، فلا يقبل قوله في ذلك، فأما إذا لم يقرّ بقبض المال أولاً، بل ما صدق المدّعي على دعواه بأنّ له عنده مالاً ديناً، بل قال لك وديعة عندي كذا وكذا، فيكون حينئذٍ القول قوله مع يمينه، لأنّه ما صدّقه على دعواه، ولا أقرّ أولاً بصيرورة المال إليه، بل قال لك عندي وديعة، فليس الإقرار بالوديعة إقراراً بالتزام شيء في الذمّة، فليحفظ ذلك ففيه غموض.

ومتى تصرف المودع في الوديعة كان متعدّياً وضمن المال، فإن ردّها أو ردّ مثلها إلى المكان من غير علم من صاحبها، لم تبرأ بذلك ذمته وكان ضامناً كما كان، إلّا أن يردها على صاحبها، ويجعلها عنده وديعة من رأس^(٢) على ما أسلفنا القول فيها مضي.

ومتى مات المستودع وجب ردّ الوديعة إلى ورثته عند المطالبة منهم، فإن

١- ذكر الشيخ الطوسي في المبسوط ٤: ١٣٢ هذا الحديث عن سمرة. وذكره في الخلاف كذلك وبلغت حتى تؤدّي، راجع كتاب الغصب ٣: ٢٢٨ ط مؤسسة النشر الإسلامي، وفي الهامش مصادر تخريج الحديث، والحديث الآخر عن ابن ماجة في سننه ٢: ٨٠٢، والترمذي في سننه ٣: ٥٦٦، وأبي داود في سننه ٣: ٢٩٦، ومسند أحمد ٥: ٨ و ١٢ و ١٣، والسنن الكبرى ٦: ٩٥.

كان واحداً سلمها إليه، وإن كانوا جماعة لم يسلمها إلا إلى جماعتهم، أو إلى واحد يتفقون عليه، وإن لم يتفقوا على ذلك، قال بعض أصحابنا: أو يعطي كل ذي حق حقه^(١) والأولى رفعها إلى الحاكم، لأن المودع لا يجوز له قسمتها، فإن سلمها إلى واحد منهم بغير رضا الباقيين كان ضامناً لحصّتهم على الكمال^(٢).

وليس للمودع أن يسافر بالوديعة، سواء كان الطريق مخوفاً أو غير مخوف، وسواء كانت المسافة قريبة أو بعيدة^(٣).

والمودع متى أودع الوديعة عند غيره مع قدرته على صاحبها، فإنه يكون ضامناً، سواء أودع زوجته أو غير زوجته^(٤) ثقة أو غير ثقة، فأما إذا لم يقدر عليه، وأراد السفر فلا بأس بأن يودعها عند من يثق بديانته.

ولا يجوز له دفنها من غير وصية بها إلى غيره، واستيذان منه عليها، وإيداع الغير.

إذا أخرج الوديعة لمنفعة نفسه لا لمنفعة صاحبها، مثل أن يكون ثوباً وأراد

١- لعل مراده ببعض أصحابنا الشيخ الطوسي حيث ذهب إلى ذلك في النهاية: ٤٣٨ في أحد قوله.

٢- قارن النهاية: ٤٣٧ - ٤٣٨، وقد عقب العلامة الحلي في المختلف ٢: ٢٦٧ على المصنف بقوله: وهذا القول ليس وارداً على الشيخ، لأن الشيخ قال: أو يسلم إلى كل ذي حق حقه، وذلك إنما يكون بالتسليم مشاعاً، أو بأن يرضى كل واحد منهم بما يدفعه إلى صاحبه، وإلا لم يكن حقاً له، ثم تحامل على المصنف بما لا يليق ذكره.

٣- الخلاف ٢: ١٠٥.

٤- المصدر السابق نفسه.

أن يلبسه، أو دابة فأراد ركوبها، فإنه يضمن بنفس الإخراج^(١).

فأما إذا نوى أن يتعدى أو يخرجها، ولم يفعل ذلك، فإنه لا يضمن بالنية حتى يتعدى^(٢).

وإذا أودع غيره حيواناً ولم يأمره أن يسقيه ولا يعلفه ولا نهائه، لزمه الإنفاق عليه وسقيه وعلفه^(٣) ويرجع على صاحبه بذلك، إذا أشهد بأنه يرجع عليه بذلك، لأنه إذا أطلق عرف بفحوى الخطاب أمره بالسقي والعلف، لأن العادة جارية بأن الدابة تسقى وتعلف، فوجب حمل ذلك على العرف، وإن لم يتلَقَظ به، لأنه عُرف من فحوى الخطاب.

وإذا أودع إنسان وديعة عند إنسان وقال له: ادفعها إلى فلان أمانة ووديعة، فادعى المودع أنه دفعها إليه وأنكر المودع الثاني أن يكون دفعها إليه - وقال المودع الأول لصاحبها أنا امثلتُ أمرك ودفعتها إليه - فالقول قوله^(٤) مع يمينه، وتعود المحاكمة بين صاحبها وبين المودع الثاني، فإن اعترف فذاك، وإن أنكر الإيداع فالقول قول المودع الثاني أيضاً، لأن المودع مؤتمن فوجب أن يكون القول قوله، كما أنه لو ادعى أنه ردّها على المودع^(٥) الذي هو صاحبها فإن القول

١- قارن الخلاف ٢: ١٠٦.

٢- قارن الخلاف ٢: ١٠٧.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- المصدر السابق نفسه.

قوله في ذلك.

إذا خلط الوديعة بهاله خلطاً لا يتميز، مثل أن يخلط دراهم بدراهم، أو دنانير بدنانير، أو طعاماً بطعام، فإنه يضمن، سواء خلطها بمثلها، أو أرفع منها، أو أدون منها، وعلى كلّ حال، لأنه قد تعدّى فيها بالخلط، بدلالة أنه لا يمكنه أخذ ماله بعينه، فوجب عليه الضمان^(١).

وإذا كان عنده وديعة فادعاهما نفسان، فقال المودع هي لأحدهما ولا أعلم عين صاحبها، وادّعى كلّ واحد منهما علمه بذلك، لزمه يمين واحدة بأنه لا يعلم لأيهما هي^(٢)، فإذا حلف وبذل كلّ واحد من المتداعيين اليمين أنه له، استخرج واحد منهما بالقرعة، فمن خرج اسمه حلف وسلمت إليه^(٣) لأنه أمر مشكل.

إذا أودعه شيئاً ليس بمحرز مثل الدراهم والدنانير في طبق أو صينية ونحو ذلك، فأخذ منها درهماً ضمن ذلك الدرهم والدينار، لأنه تعدّى بأخذه فعليه ضمانه، ولا يضمن الباقي لأنه ما تعدّى فيه فلا يتعلّق به ضمان، فإن ردّ المأخوذ فلا يخلو إما أن يرده ما أخذه بعينه أو يرده بدله، فإن ردّ ما أخذه بعينه فلا يضمن، سواء تميّز من غيره أو لم يتميز، فأما إن ردّ بدله فإن كان متميّزاً فلا يضمن غيره فحسب، وإن كان غير متميّز العين بعد الخلط والردّ، فإنه يضمن

١- قارن الخلاف ٢: ١٠٨.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- قارن الخلاف ٢: ١٠٩.

الجميع، لأنّه خلط ماله ومال غيره، فكان متعدّياً بالخلط، فهو كما لو كان مقارضاً، فخلط مال القراض بهال من عنده، فإنّه يضمن مال القراض كلّهُ.

المودع إذا حضرته الوفاة يلزمه أن يشهد على نفسه، بأنّ عنده وديعة لفلان ويشهد حتى لا تخلط بهاله ويأخذه ورثته، ولا يقبل قول المودع إلّا بيّنة، فإذا لم يكن معه بيّنة فالظاهر أنّ هذا مال الميّت، فيؤدّي إلى هلاك ماله، وكذلك الحكم إذا سافر فإنّ الحكم فيه واحد، حرفاً فحرفاً.

إذا أودع صندوقاً وقال له: لا ترقد عليه، فرقد عليه، وزاده فضلاً آخر حفاظاً له، فإنّه لا يضمن^(١) لأنّه زاده حرزاً.

ولو قال له: اطرحها في بيتك واحفظها، فإذا فرغت عليها لا تخرجها، ففرغ عليها فأخرجها وحفظها في حرز مثله، لم يضمنها لأنّه زاده حرزاً، وبالع في الحرز.

ولو أودعه خاتماً فقال له: دعه في إصبعك الخنصر، فوضعه في البنصر لم يضمن، لأنّ الخاتم في البنصر أوثق لأنّه يكون في الخنصر سريع القلق، ولو قال: دعه في البنصر فوضعه في الخنصر، فإنّه يضمن لأنّه وضعه فيما دون ذلك في الحرز.

إذا طالب المودع المودع فقال: لم تودعني شيئاً وأنكر، فأقام المودع البيّنة أنّه كان أودعه، فقال: صدقت البيّنة كنت أودعنتي، لكن تلفت مني قبل ذلك، فإنّه

لا يسمع هذا القول، وعليه الضمان، لأنَّ البيّنة قد أكذبتُه وبأن كذبه بالبيّنة.

إذا أودع ودیعة فقال: اجعلها في كُفِّكَ، فجعلها في يده، قال قوم: لا يضمن، لأنَّ اليد أحرز من الكم، وقال آخرون: أنّه يضمن، لأنّه إذا أمسكها في يده فقد يسهو وتسترخي يده منها، وليس كذلك الكم، لأنّه قد أمن من أن يسقط بالاسترخاء، لأنّه يعلم خفته، ويقوى في نفسي أنّه من حيث خالف صاحبها يضمن، لأنَّ ذلك يكون تعدياً، لأنّه لم يخالفه لفضل حفظ وحرز.

وإذا دفع إليه شيئاً فقال: اتركه في جيبك، فطرحه في كمّه فإنّه يضمن، ولو قال: اربطها في كُفِّكَ وطرحها في جيبه لم يضمن، لأنَّ الجيب أحرز من الكم، فإن قال: اتركها في جيبك فتركها فيه ضمن، لأنّه نقلها إلى ما دونه في الحرز، لأنّه ربما بلعها وربّما تسقط من فيه، وليس كذلك الجيب، لأنَّ الجيب لا يقع منه إلّا إذا بطّ.

إذا أودع صبي ودیعة عند رجل يلزمه الضمان، لأنَّ ايداع الصبي لا حكم له، فلما لم يكن له حكم، فقد أخذها ممّن ليس له الأخذ منه، فإن أراد ردّها إلى الصبي لم يزل الضمان، لأنّه بالأخذ قد لزمه الضمان، فلا يسقط بهذا الردّ، لأنّه ردّ على من ليس له أن يردها عليه، إلّا أن يردها إلى ولي الصبي، فإنّه يزول عنه بهذا الردّ الضمان.

فأمّا إذا أودع عند صبيّ فإنّه لا يضمن، لأنَّ المودع ضیّع الودیعة وفرط في

فأما إذا جنى الصبي على مال رجل فأتلفه من غير إيداع عنده، فإنّ الضمان يتعلّق في ماله دون مال عاقلته، لأنّ في باب إتلاف الأموال، الصبيّ والبالغ سواء، فإن كانت الجناية على بدن آدمي فعلى عاقلته، سواء كانت الجناية على الآدمي عمداً أو خطأ.

* * *

(٢٠)

باب المزارعة

المزارعة والمخابرة - بالخاء المعجمة - اسمان لعقد واحد، وهو إعطاء الأرض إلى أجل محروس من الزيادة والنقصان ببعض ما يخرج منها مشاعاً، وسواء كان من أحدهما الأرض والبذر، ومن الآخر العمل أو من أحدهما الأرض ومن الآخر العمل والبذر^(١).

فإذا ثبت هذا فالمزارعة مشتقة من الزرع، والمخابرة من الخبار، وهي الأرض اللينة، والأكار يُسمى خابراً^(٢).

والمعاملة على الأرض ببعض ما يخرج من نماء على ثلاثة أضرب: مقارضة، ومساقاة، ومزارعة.

فأما المقارضة فإنها تصح بلا خلاف على ما قدّمناه.

وأما المساقاة فجائزة عند جميع الفقهاء، إلا عند أبي حنيفة وحده^(٣).

١- قارن المبسوط ٣: ٢٥٣.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

أما المزارعة فهو أن يزارعه على سهم مشاع، مثل أن يجعل له النصف أو الثلث أو أقل أو أكثر، فإن ذلك عندنا جائز^(١) إذا ضربها بالأجل المحروس، وعين حق العامل، وشرط أن يكون جزءاً مشاعاً من الخارج^(٢).

فلو عامله على وزن معين منه أو على غلة مكان مخصوص من الأرض، أو على ثمرة نخلات بعينها، بطل العقد بلا خلاف بين من أجاز المزارعة والمساقاة، لأنه قد لا يسلم إلا ما عينه، فيبقى رب الأرض والنخل بلا شيء، وقد لا يعطى إلا غلة ما عينه، فيبقى العامل بغير شيء^(٣).

وإذا تم المزارع أو المساقى عمله على هذا الشرط بطل المسمى له واستحق أجره المثل، وتصرف العامل بحسب ما يقع العقد عليه، إن كان مطلقاً، جاز له أن يولي العمل لغيره، ويزرع ما شاء، وإن شرط عليه أن يتولى العمل بنفسه أو يزرع شيئاً بعينه، لم يجز له مخالفة ذلك، لقوله **إِنَّمَا** : «المؤمنون عند شروطهم»^(٤).

ولو زارع ببعض الخارج من الأرض، والبذر من مالكها، والعمل والحفاظ من المزارع، جاز^(٥).

وكذا لو شرط على العامل في حال العقد ما يجب على رب المال أو بعضه،

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن الغنية لابن زهرة: ٧٩.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه. وقد مرّ تحريم الحديث مكرراً.

٥- المصدر السابق نفسه.

أو شرط على ربّ المال ما يجب على العامل الذي هو الأكار المزارع أو بعضه، كإنشاء الأنهار وإصلاح السواقي^(١).

فأما الزكاة، فإن بلغ نصيب كلّ واحد منهم ما يجب فيه الزكاة، وجبت عليه، لأنّه شريك مالك، سواء كان البذر منه أو لم يكن، وليس ما يأخذه المزارع الذي منه العمل دون البذر أجرة ولا كالأجرة.

فقال بعض أصحابنا المتأخّرين في تصنيف له^(٢): كلّ من كان البذر منه وجب عليه الزكاة، ولا تجب الزكاة على من لا يكون البذر منه، قال: لأنّ ما يأخذه كالأجرة، والقائل بهذا القول السيّد العلوي أبو المكارم ابن زهرة الحلبي^(٣) شاهدته ورأيت، وكاتبته وكاتبني، وعرفته ما ذكره في تصنيفه من

١- قارن الغنية: ٧٩، وعقب العلامة الحلي في المختلف ٣: ١١ على ذلك بقوله: وهذه العبارة رذية فإنّه لو شرط العامل الجميع على المالك لم يستحق حصة إذ لا مقابل لها، وسبب غلطه عدم فهمه لكلام الشيخ في النهاية حيث قال: لو شرط المزارع على المالك جميع المؤنة من البذر وكري النهر وغير ذلك ويكون من جهته القيام بها وبزراعتها وعمارتها جاز، وهذا القول حق.

٢- القائل هو أبو المكارم ابن زهرة الحلبي في كتابه الغنية، فصل في المزارعة والمساقاة.

٣- هو أبو المكارم عز الدين حمزة بن عليّ بن زهرة العلوي الحلبي النقيب بحلب ومقتدى أهلها، ولد سنة ٥١١ وورد الحلة سنة ٥٧٤ وتوفي بحلب سنة ٥٨٥، ودفن بسفح جبل الجوشن عند مشهد السقط محسن بن الحسين عليه السلام، وتشرفت بزيارته في سنة ١٣٩٦ هـ له من الكتب غنية التزوع إلى علمي الأصول والفروع (ط)، وقبس الأنوار في نصرة العترة الأخيار، وكتاب النكت في النحو، وكتب ورسائل أخرى، ترجمه ابن الفوطي ومتجب الدين والسروي وذكره ابن كثير والغزي وغيرهم.

الخطأ، فاعتذر عليه السلام بأعذار غير واضحة، وأبان بها أنه ثقل عليه الرد، ولعمري إن الحق ثقیل كله.

ومن جملة معاذيره ومعارضاته لي في جوابه: أن المزارع مثل الغاصب للحب إذا زرعه، فإن الزكاة تجب على ربّ الحب دون الغاصب.

وهذا من أقبح المعارضات وأعجب التشبيّهات، وإنّما كانت مشورتي عليه أن يطالع تصنيفه، وينظر في المسألة ويغيّرها قبل موته، لئلاّ يستدرك عليه مستدرك بعد موته، فيكون هو المستدرك على نفسه، فعلت ذلك علم الله شفقة وسترة عليه، ونصيحة له، لأنّ هذا خلاف مذهب أهل البيت عليهم السلام.

وشيخنا عليه السلام قد حقق المسألة في مواضع عدّة من كتبه وقال: الثمرة والزّرع نمي على ملكيهما، فيجب على كلّ واحد منهما الزكاة إذا بلغ نصيبه مقدار ما يجب فيه ذلك، وإنّما السيّد أبو المكارم نظر إلى ما ذكره شيخنا من مذهب أبي حنيفة في مبسوطه، فظنّ أنّه مذهبنا فنقله في كتابه، على غير بصيرة ولا تحقيق، وعرفته أنّ ذلك مذهب أبي حنيفة ذكره شيخنا أبو جعفر في مبسوطه لما شرع أحكام المزارعة، ثمّ عقّب بمذهبنا، وأومأت إلى المواضع التي حقّقها شيخنا عليه السلام في كتاب القراض وغيره، فما رجّع ولا غيّر في كتابه، ومات عليه السلام وهو على ما قاله، تداركه الله بالغفران، وحشره مع آبائه في الجنان^(١).

١- قال العلامة الحلي في كتابه المختلف ٢: ١١: وقول ابن إدريس وإن كان جيداً مستفاداً من الشيخ أبي جعفر إلّا قول ابن زهرة ليس بذلك البعيد من الصواب.

وكذلك قوله في المساقاة.

وعقد المزارعة والمساقاة يشبه عقد الإجارة، من حيث كان لازماً فافتقر إلى تعيين المدة، ويشبه القراض من حيث كان سهم العامل مشاعاً معلوماً في المستفاد^(١).

والمزارعة والمساقاة إذا كانت على أرض خراجية فخراجها على المالك للأرض، إلا أن يشرطه على العامل^(٢).

وإذا اختلف صاحب الأرض والبذر والشجر والعامل، فقال: شرطت لك الثلث، فقال العامل: لا بل النصف وعدمت البيّنة، فالقول قول صاحب الشجرة والأرض والبذر مع يمينه، لأنّ جميع الثمرة لصاحب الشجرة لأنّها نماء أصله، وإنّما يثبت ويستحق العامل الحصة بالشرط، فإذا ادعى شرطاً بمقدار معيّن كان عليه البيّنة، فإذا عدمها كان القول قول المالك مع يمينه^(٣).

فإن كان مع كلّ واحد منهما بيّنة قُدمت وسمعت بيّنة العامل، لأنّه المدّعي لقوله **إِذَا عَالَ:** «البيّنة على المدّعي، واليمين على المدّعي عليه» وصاحب الشجرة مدّعي عليه^(٤)، وأيضاً فالبيّنة بيّنة الخارج، والعامل هو الخارج.

١- الغنية: ٨٠.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- قارن الغنية: ٨٠. وقد مرّ تخريج الحديث.

٤- المصدر السابق نفسه.

وإذا ادعى ربّ البذر أنّه قدر معلوم، وقال العامل هو بخلافه، فالقول قول العامل لأنه أمين ومدعى عليه وأيضاً، فإن شرطاً أن يخرج البذر قبل المقاسمة وسطاً، كان على ما شرطاً، وإن لم يشترطاً ذلك كان جميع الغلة بينهما على ما اتفقا عليه، دون إخراج البذر.

وشيخنا رحمه الله لم يذكر في كتاب المزارعة في مسائل خلافه إلاّ المسألة الأولى فحسب، وجميع الكتاب في الإجارة، لأنّ جميع الكتاب أعني كتاب المزارعة إحدى عشر مسألة.

قال في المسألة الأولى: المزارعة بالثلث والربع والنصف أو أقلّ أو أكثر بعد أن يكون سهماً مشاعاً جائزة^(١).

ثمّ قال في المسألة الثانية: يجوز إجارة الأرضين للزراعة^(٢).

ثمّ قال: مسألة، يجوز إجارة الأرض بكلّ ما يصحّ أن يكون ثمناً من ذهب أو فضة أو طعام^(٣).

ثمّ قال: مسألة، إذا أكره أرضاً ليزرع فيها طعاماً صحّ العقد^(٤).

ثمّ قال: مسألة، إذا أكرى أرضاً للزراعة^(٥).

١- الخلاف ٢: ٧٢٢.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- الخلاف ٢: ٧٢٣.

٥- المصدر السابق نفسه.

ثم قال: مسألة، إذا أكرى أرضاً للغراس^(١).

ثم قال: مسألة، إذا أكره أرضاً على أن يزرع فيها ويغرس^(٢).

ثم قال: مسألة، إذا أكره أرضاً سنة للغراس^(٣).

ثم قال: مسألة، إذا استأجر داراً أو أرضاً^(٤).

ثم قال: مسألة، إذا اختلف المكسري والمكثري في قدر المنفعة أو قدر الأجرة^(٥).

ثم قال: مسألة، إذا زرع أرض غيره ثم اختلفا، فقال الزارع أعرتنيها.

فهذه المسائل^(٦) جميع ما ذكره في كتاب المزارعة، ولعمري إن المزارعة عند الشرعيين غير الإجارة، فكان الأولى والأحق أن يذكر جميع المسائل في كتاب الإجارة، إلا مسألة واحدة وهي الأولى.

وقال في نهايته: لا بأس بالمزارعة بالثلث والرّبع والنصف أو أقلّ أو أكثر^(٧).

١- الخلاف ٢: ٧٢٣.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- الخلاف ٢: ٧٢٤.

٥- المصدر السابق نفسه.

٦- المصدر السابق نفسه.

٧- النهاية: ٤٣٩.

ثم قال: ويكره أن يزارع الإنسان بالحنطة والشعير والتمر والزبيب وليس ذلك بمحذور^(١).

ثم قال ﷺ: فإن زارع بشيء من ذلك فليجعله من غير ما يخرج من تلك الأرض مما يزرعه في المستقبل، بل يجعل ذلك في ذمة المزارع^(٢).

ثم قال: ولا بأس بأن يؤاجر الأرض بالدرهم والدنانير^(٣).

قال ابن إدريس رحمه الله: جميع ما ذكره شيخنا رحمه الله وحكيته عنه في نهايته ليس ذلك بمزارعة إلا مسألة واحدة وهي الأولى، وما عداها إجارة وليس بمزارعة، فلا حاجة به إلى ذكر ذلك في كتاب المزارعة وبابها، بل موضع ذلك باب الإجارة.

ثم قال: فإن زارع الأرض على أن يكون المزارع يتولى زراعتها بنفسه، لم يجز له أن يعطيها لغيره، وكذلك إن شرط عليه أن يزرع شيئاً بعينه لم يجز له خلافه، ولا بأس أن يشارك المزارع غيره، ولم يكن لصاحب الأرض خلافه^(٤) وهذا جميعه حسن، ذكره في باب المزارعة على ما قدمنا.

ثم قال: ومن آجر غيره أرضاً كان للمستأجر أن يقيم في الأرض من

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

ينوب عنه، ويقوم مقامه^(١).

ثم قال: ومن استأجر أرضاً بالنصف أو الثلث أو الربع جاز له أن يؤجر غيره بأكثر من ذلك وأقل^(٢).

قال محمد بن إدريس: هذا غير مستقيم، والإجارة هاهنا باطلة، لأن الأجرة تحتاج أن تكون مضمونة في ذمة المستأجر، والثلث والربع المذكور غير مضمون، وربما لم تخرج الأرض شيئاً، وهذا غرر عظيم منهى عنه، والنهي يدل على فساد المنهي عنه.

ثم قال: وإذا استأجرها بالدرهم والدنانير، لم يجوز له أن يؤجرها بأكثر من ذلك الجنس الذي استأجرها، إلا أن يحدث فيها حدثاً من حفر نهر أو كرى ساقية وما أشبه ذلك^(٣).

والذي يقوى في نفسي أنه يجوز له أن يؤجرها بأكثر من ذلك الجنس الذي استأجرها به، وإن لم يحدث فيها حدثاً، لأن منافعتها صارت مستحقة له يفعل فيها ما يشاء، ويؤجرها لمن شاء بها شاء، لا مانع يمنع من كتاب ولا سنة مقطوع بها ولا إجماع، لأن بينهم خلافاً في ذلك، وما روي في ذلك أخبار آحاد تحمل على الكراهة دون الخطر.

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

فأما إذا اختلف الجنس فلا خلاف بينهم في جواز ذلك من غير حظر ولا كراهة بأكثر أو أقل، سواء أحدث فيها حدثاً أو لم يحدث، مثال ذلك أن يستأجرها بدنانيير فيؤجرها بدراهم، أو يستأجرها بحنطة في ذمته، لا مما تخرج الأرض، ويؤجرها بدنانيير أو دراهم وأشياء ذلك.

ثم قال: فإن كان شرط المزارع أن يأخذ بذره قبل القسمة كان له ذلك، وإن لم يكن شرط ذلك، كان البذر على ما شرط^(١).

قال محمد ابن إدريس: إذا لم يكن شرط كيف يكون البذر عليه على ما شرط، وهو قد نفى أن يكون شرط شيئاً إلا أن يريد به أنه شرط أن يأخذه بعد القسمة إذا لم يكن شرط أن يأخذه قبل القسمة، وقد قلنا فيما مضى إنه إذا لم يشترط إخراج البذر وسطاً لم يخرج، بل يقسم جميع الغلة من غير إخراج بذر بين المزارع وبين رب الأرض.

ثم قال: وإن شرط عليه أيضاً خراج الأرض ومؤنة السلطان كان عليه ذلك دون صاحب الأرض، فإن شرط ذلك وكان قدراً معلوماً ثم زاد السلطان على الأرض المؤنة، كانت الزيادة على صاحب الأرض دون المزارع^(٢)، أما قوله:

١- النهاية: ٤٤٠، وعقب العلامة الحلي في المختلف ٢: ١١ على مناقشة المصنف بقوله: وهذه مواخذة لفظية غير صحيحة، لأنه إذا لم يشترط إخراج البذر وشرطاً القسمة بالحصّة المعلومة، فإن البذر يكون من حصّة صاحبه على ما يشترط من أخذ النصف مثلاً أو الثلث.

خراج الأرض، فما يتقدّر ذلك إلّا في الأرض الخراجية على ما قدّمناه.

ومن استأجر أرضاً مدّة معلومة وجب عليه الإجارة وكان له المدّة المعلومة، سواء زرع فيها أو لم يزرع، فإن منعه صاحب الأرض من التصرف فيها، ثمّ انقضت المدّة لم يكن عليه شيء من الأجرة، ومتى منعه من التصرف فيها ظالم غير صاحب الأرض لم يكن على ربّ الأرض شيء، فإن غرقت الأرض لا بخيانة أحد من الناس غرقاً لم يتمكن معه المستأجر من التصرف فيها مدّة الإجارة، لم يلزمه شيء من مال الإجارة، إلّا أن يكون تصرف فيها بعض تلك المدّة، فيلزمه بمقدار ما تصرف فيها، وليس عليه أكثر من ذلك^(١)، ويكون العقد صحيحاً في المدّة التي تصرف فيها، وينسخ في باقي المدّة، وتسقط الأجرة بمقدار أجرة المثل.

مثال ذلك أن ينظر، فإن كانت أوقات المدّة كلّها متساوية في الأجرة، حُسِبَ على ما مضى بقسطه من الأجرة المسماة، وإن كانت مختلفة نظر كم أجرة مثلها فيما مضى وفيما بقي، فإن كانت أجرة المثل في المدّة التي مضت مثلي أجرة المدّة التي بقيت، فعليه ثلثا الأجرة المسماة، وعلى هذا الترتيب إن كان الحال بخلاف ذلك.

ولا تصحّ المزارعة والإجارة إلّا بأجل معلوم على ما قدّمناه، فمتى لم يذكر فيها الأجل كانت باطلة، فإن كان قد تصرف فيها المستأجر وأنفق فيها كان له ما

أنفق، ولصاحب الأرض ما يخرج منها، وللزّارع أجرة المثل إذا لم يكن ذكر الأجل، ولم يكن له أكثر من ذلك^(١).

ومن أخذ أرض إنسان غصباً فزرعها أو عمرها وبني بغير إذن المالك كان لصاحب الأرض قلع ما زرع فيها وبني، وأخذ أرضه^(٢) وله أجرة المثل على الغاصب مدة ما كانت في يده.

فإن كان الغاصب زرع فيها وبلغت الغلّة، كانت للغاصب لأنّها نماء بذره، ويكون لصاحب الأرض طسق الأرض^(٣)، والطسق الوضيعة توضع على صنف من الأرض لكلّ جريب، وهو بالفارسية تُسك فأعرب وهو كالأجرة.

وإذا اكترى إنسان داراً ليسكنها وفيها بستان، فزرع فيها زرعاً أو غرس فيها شجراً، فإن كان فعل ذلك بإذن صاحب الدار، ثمّ أراد التحوّل عنها وأراد الزارع والغارس قلع ذلك فله قلعها، فإن أراد تبقيته فيها وأراد صاحبها قلعها، فإن جرى بينهما صلح حملاً عليه، وإن تشاحا ولم يصطلحا على شيء، فلصاحبها قلعها بعد أن يغرم له ما بين قيمته مقلوعاً ونابتاً، فإن أبى ذلك لم يكن له قلعها لأنّه زرعها بإذنه، وليس هو بعرق ظالم.

وإن لم يكن استأذن صاحب الدار في ذلك كان له قلعها وإعطائه إياه

١- قارن النهاية: ٤٤١.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

للزراع والغارس، لأنَّ الرسول ﷺ قال: «ليس لعرق ظالم حق»،^(١).

ومتى زارع أرضاً أو استأجرها، فباع صاحب الأرض أرضه، لم تبطل بذلك مزارعته ولا إجارته، وإن كان البيع بحضرة المزارع والمستأجر، ويكون البيع صحيحاً، غير أنَّه يلزم المشتري أن يصبر إلى وقت انقضاء مدَّة المزارعة والإجارة^(٢).

فإن مات المشتري لم تبطل أيضاً بموته الإجارة والمزارعة، ووجب على ورثته الصبر إلى أن ينقضي زمان المزارعة والإجارة^(٣).

ومتى مات المستأجر أو المؤجر بطلت الإجارة عند بعض أصحابنا وانقطعت في الحال^(٤).

وقال آخرون من أصحابنا: إنَّها تبطل بموت المستأجر ولا تبطل بموت المؤجر^(٥).

وقال الأكثرون المحصلون: لا تبطل الإجارة بموت المؤجر ولا بموت المستأجر، وهو الذي يقوى في نفسي، وأفنتي به، لأنَّه الذي تقتضيه أصول المذهب والأدلة القاهرة عقلاً وسمعاً.

١- قارن النهاية: ٤٤١. ومرّ تخريج الحديث.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- قال بذلك الشيخ في النهاية: ٤٤١.

٥- لم يحضرنِي مَنْ قال بذلك.

فالعقل أنَّ المنفعة حق من حقوق المستأجر على المؤجر، فلا تبطل بموته، وإذا كانت حقاً من حقوق الميت فإنه يرثه وارثه، لعموم آيات الموارث، ومن أخرج شيئاً منها فعليه الدليل، وهو تصرف في مال الغير أعني المنفعة، ولا يجوز التصرف في ذلك إلا بإذن صاحب المنفعة.

والسمع فقوله تعالى: **(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)**^(١) وهذا عقد يجب الوفاء به، فمن فسخه وأبطله يحتاج إلى دليل، ولن يجده، فإن ادعى إجماعاً فقد بينّا أنَّ أصحابنا مختلفون في ذلك لا مجتمعون، فإذا لم يكن إجماع ولا كتاب ولا سنة متواترة، ولا دليل عقل، فبأي شيء ينسخ هذا العقد؟ بل الكتاب قاض بصحة هذا العقد، ودليل العقل حاكم به، وما اخترناه مذهب السيد المرتضى رحمته الله وخيرته في الناصريات في المسألة المأتين^(٢)، ومذهب أبي الصلاح الحلبي في كتابه كتاب الكافي، وهو كتاب حسن فيه تحقيق مواضع، وكان هذا المصنف من جملة أصحابنا الحلبيين من تلامذة المرتضى رحمته الله.

والقول الأوّل مذهب شيخنا أبي جعفر رحمته الله وخيرته مع قوله في مبسوطه^(٣): وإن أكثر أصحابنا يذهبون إلى أنَّ موت المؤجر لا يبطلها، واستدل

١- المائدة: ١.

٢- الناصريات المسألة ٢٠٠، وقد عقب العلامة الحلي في المختلف ٣: ٢ على مانقله المصنف عن السيد المرتضى فقال: والسيد هناك لم يصرح بها نقله ابن إدريس عنه، بل قال حيث ذكر العمري وإنها ورث الورثة هذه المنافع كما يرثون منافع الإجارة، وهذا يدل على أنَّ موت المستأجر لا يبطل.

٣- المبسوط ٣: ٢٢٤.

على صحّة ما اختاره في مسائل خلافه^(١) بأشياء يُرغب عن ذكرها ونقضها، سترأ على قائلها، وما المعصوم إلّا من عصمه الله سبحانه.

ومال الإجارة لازم، وإن هلكت الغلّة بالآفات السماوية^(٢).

ومن زارع أرضاً أو ساقاها على ثلث أو ربع أو غير ذلك، وبلغت الغلّة، جاز لصاحب الأرض أن يخرص عليه الغلّة والثمرة، فإن رضي المزارع أو المساقى بما خرص أخذها، وكان عليه حصة صاحب الأرض، سواء نقص الخرص أو زاد، وكان له الباقي، كما فعل عامل الرسول ﷺ بأهل خيبر - وهو عبد الله بن رواحة الأنصاري الخزرجي^(٣) - فإن هلكت الغلّة والثمرة قبل جذاذها وحصادها بأفة سماوية، لم يلزم العامل الذي هو الأكار شيء لصاحب الأرض^(٤).

والذي ينبغي تحصيله في هذا الخبر والسؤال، أنّه لا يخلو أن يكون قد باعه حصته من الغلّة والثمرة بمقدار في ذمته من الغلّة والثمرة، أو باعه الحصة بغلّة من هذه الأرض، فعلى الوجهين معاً البيع باطل، لأنّه داخل في المزبنة والمحاكلة، وكلاهما باطلان، وإن كان ذلك صلحاً لا بيعاً، فإن كان ذلك بغلّة وثمره في ذمّة

١- الخلاف ١: ٧١١.

٢- قارن النهاية: ٤٤٢.

٣- عبد الله بن رواحة صحابي جليل وأحد الأمراء بمؤنة، شهد المشاهد كلّها مع النبي ﷺ إلّا الفتح وما بعدها لأنّه كان قد استشهد بمؤنة سنة ٨ للهجرة.

٤- المصدر السابق نفسه.

الأثمار الذي هو المزارع، فإنه لازم له، سواء هلكت الغلة بالآفات السماوية أو الأرضية، وإن كان ذلك الصلح بغلة من تلك الأرض، فهو صلح باطل لدخوله في باب الغرر، لأنه غير مضمون، فإن كان ذلك فالغلة بينهما، سواء زاد الخرص أو نقص، تلفت منهما أو سلمت لهما، فليحظ ذلك فهو الذي تقتضيه أصول مذهبنا، وتشهد به الأدلة، فلا يرجع عنها بأخبار الآحاد، التي لا توجب علماً ولا عملاً، وإن كررت في الكتب.

(٢١)

باب المساقاة

المساقاة مفاعلة مُشتقة من السقي، وهو أن يدفع الإنسان نخله أو شجره الذي يحمل ثمرًا، أي شجر كان قبل خروج المدة المضروبة بينهما، لأنها لا تصح إلا بأجل محروس، ويشترط له حصة معلومة مشاعة، ولا يصح إلا على أصل ثابت، على أن يلقّحه ويصرف الجريد، ويصلح الأجاجين^(١) تحت النخل والأحواض ويسقيها، ويحفظ الثمرة ويلقطها، ويجذها ويحفر السواقي والأنهار لمجرى الماء إليها، وكذلك الكرم على أن يعمل فيه فيقطع الشفش^(٢)، ويصلح مواضع الماء ويسقيه ويحفظه.

وجملة الأمر وعقد الباب أنه يجب عليه كلّ ما كان فيه زيادة في الثمرة وريع ونماء، فعلى هذا يجب عليه الكشّ وآلات السقي وما يتوصّل إليه من

١- الأجاجين جمع أجانة - بالتشديد - وأطلق على ما حول الغراس، والمراد ما يحوّل على الأشجار شبه الأحواض. مصباح المنير أجن.

٢- كذا في المتن، وفي الهامش الشف (ظ) وفي نسخة بخط المنجم الشيرازي - كتبها سنة ١٠٥٣ بمكة المكرمة - الشفث. (كذا) فعليها يكون: هو ضرب من الشجر والكثير من كلّ شيء كما في تاج العروس (شث).

الدلاء والنواضع، والبقر والحبال، والمحالات^(١) وغير ذلك^(٢).

وقال شيخنا أبو جعفر الطوسي في مبسوطه: الكشف^(٣) يلزم صاحب النخل^(٤) وهذا غير واضح، لأنه لا دليل عليه، ولا شك أنه قول بعض المخالفين فوضعه في الكتاب المذكور، لأنه ﷺ يذكر فيه مذهبنا ومقاتلنا ومقالة غيرنا من غير تفصيل، كثيراً ما يعمل كذلك^(٥).

فصار الشجر على ضربين: ضرب له ثمر يؤكل، سواء تعلّق به الزكاة أو لم يتعلّق، فإنه يتعلّق به المساقاة، وشجر لا ثمرة له فلا يجوز المساقاة عليه، والمساقاة تحتاج إلى مدة معلومة كالإجارة على ما قدّمناه، وهي من العقود اللازمة لأنها كالإجارة، وبهذا فارقت القراض، لأنه لا يحتاج إلى مدة بل هو عقد جائز من الطرفين.

١- المحالات جمع المحالة وهي البكرة العظيمة.

٢- قال العلامة الحلي في المختلف ٣: ١٤ والوجه ما قاله الشيخ، لأن هذه أصول أموال فلا يجب على العامل.

٣- الكشف: هو طلع النخل الذي يلقح به.

٤- المبسوط ٣: ٢١٠.

٥- قال العلامة الحلي في المختلف ٣: ١٣ ومنع ابن إدريس ذلك وأوجه على العامل، ونسب هذا القول إلى بعض المخالفين، وجعله غير واضح لعدم الدليل عليه، وهو خطأ من ابن إدريس، فإن الشيخ أجل من أن يقلّد مؤلفاً، فكيف يقلّد مخالفاً، وقوله لا دليل عليه خطأ، فإنّ الدليل قائم، وهو اصالة البراءة، ولأنّ العامل يجب عليه العمل لا غير، وهذا عين مال فلا يجب عليه.

والمؤنة جميعها في المساقاة على المساقى على ما قدّمنا دون صاحب الأصل^(١).

ومتى ساقى صاحب النخل والشجر غيره ولم يذكر ماله من الحصّة والقسمة كانت المساقاة باطلة، وكان لصاحب الأصل ما يخرج من نخله وشجره وعليه للمساقى أجرة المثل من غير زيادة ولا نقصان^(٢).

ويكره لصاحب الأرض أن يشترط على المساقى مع المقاسمة شيئاً من ذهب أو فضة، فإن شرطه أو شرط له وجب عليها الوفاء بها شرط، اللهم إلا أن تهلك الثمرة بآفة سماوية، فلا يلزمه حينئذ شيء مما شرط عليه على حال^(٣).

وخراج الثمرة على ربّ الأرض إذا كانت الأرض خراجية دون المساقى، إلا أن يشترط ذلك على المساقى، فيلزمه حينئذ الخروج منه^(٤)، وقد قلنا وذكرنا أحكام من أخذ أرضاً ميتة، فلا وجه لإعادته.

وقال شيخنا في نهايته في ذكر أحكام المساقاة: ومن استأجر أرضاً بشيء معلوم جاز له أن يؤجر بعضها بأكثر من ذلك المال، ويتصرّف هو بما يبقى في الباقي، وكذلك إذا اشترى مراعي جاز له أن يبيع شيئاً منها بأكثر ماله، ويرعى

١- قارن النهاية: ٤٤٢.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

هو الباقي بها يبقى منها، وليس له أن يبيع بمثل ما اشترى أو أكثر منه، ويرعى معهم إلا أن يحدث فيه حدثاً، ويكون ذلك أيضاً برضى صاحب الأرض، فإن لم يرض ببيعه من سواء لم يجز له ذلك، وإنما يكون له أن يراعه بنفسه^(١). هذا آخر كلام شيخنا في نهايته في آخر الباب.

قال ابن إدريس: أما المسألة الأولى فباب الإجارة أحق بذكرها فيها من باب المساقاة، وأما المسألة الثانية فليس هي من قبيل المساقاة ولا من قبيل المزارعة ولا الإجارة، والأولى عندي: أن له أن يبيع بما شاء كيف شاء، سواء رضي صاحب الأرض أو لم يرض، لأن الناس مسلطون على أملاكهم وأموالهم، كيف شاؤوا عملوا من سبائر أنواع التصرفات فعلوا، بيعاً أو هبة أو إجارة أو صدقة أو غير ذلك، وإنما هذه أخبار آحاد واحتاج أن يوردها في غير مواضعها، لئلا يشذ منها شيء، على ما اعتذر به في كتابه العدة، وإن لم يكن عاملاً بها، ولا معتقداً لصحتها، أوردها إيراداً على ما هي عليه من الألفاظ لا اعتقاداً، على ما كررنا الاعتذار له في ذلك.

وإذا أشرط في حال عقد المساقاة العامل على رب الأرض بعض ما يجب على العامل عمله، لم يمنع ذلك من صحة العقد إذا بقي للعامل عمل ولو كان قليلاً، لأن هذا الشرط لا يمنع منه كتاب ولا سنة^(٢).

١- النهاية: ٤٤٣.

٢- قارن الخلاف ١: ٧٠٦.

وكذلك إذا ساقاه بعد ظهور الثمرة كان جائزاً^(١).

وإذا اختلف ربّ النخل والعامل، فقال ربّ النخل: فشرطت على أن يكون لك ثلث الثمرة، وقال العامل: بل على أن يكون نصف الثمرة، كان القول قول ربّ النخل مع يمينه^(٢).

فإن كان مع كلّ واحد منهما بيّنة قدّمنا بيّنة العامل لأنّه مدّعي وهو الخارج، دون بيّنة ربّ النخل، على ما قدّمناه^(٣).

إذا ظهرت الثمرة وبلغت الأوساق التي يجب فيها الزكاة، كانت الزكاة واجبة على ربّ النخل والعامل معاً إذا بلغ نصيب كلّ واحد منهما ما تجب فيه الزكاة، فإن لم يبلغ نصيب كلّ واحد منهما النصاب، فلا تجب الزكاة على كلّ واحد منهما، فإن بلغ نصيب أحدهما نصاب الزكاة وجب عليه دون من لم تبلغ حصته، لأنّ الثمرة ملك لهما، وهذا مذهب أصحابنا بغير خلاف بينهم في ذلك، ذكره شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه^(٤)، وناظر المخالفين على صحته، ودلّ عليه.

وقد كنّا قلنا إنّ بعض أصحابنا المتأخّرين^(٥) ذكر في تصنيف له وقفناه عليه،

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن الخلاف ١: ٧٠٧.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- الخلاف ١: ٧٠٧.

٥- هو السيّد أبو المكارم ابن زهرة قال ذلك في الغنية.

وعاودناه في مطالعته في حال حياة مصنفه، ونبهناه على تجاوز نظره الحق في المسألة لأنه قال: لا تجب الزكاة إلا على ربّ النخل دون المساقى، وكذلك قال في المزارعة: لا تجب إلا على من يكون منه البذر دون الأكار، لأنّ ما يأخذه كالأجرة، والأجرة لا زكاة فيها، وهذا منه عليه السلام تسامح عظيم، والذي ذهب إليه أحد قولي الشافعي، واستدلّ شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه على صحّة ما قلناه.

فقال: دليلنا أنّه إذا كانت الثمرة ملكاً لهما فوجبت الزكاة على كلّ واحد منهما، فمن أوجب على أحدهما دون الآخر كان عليه الدليل^(١).

الوديّ: بالواو المفتوحة، والدال غير المعجمة المكسورة، والياء المشدّدة، هو صغار النخل قبل أن يحمل، فإذا ساقاه على وديّ ففيها ثلاث مسائل:

إحداها: ساقاه إلى مدّة يحمل مثلها غالباً، فالمساقاة صحيحة، لأنّه ليس فيه أكثر من أنّ عمل العامل يكثر ويقلّ نصيبه، وهذا لا يمنع صحّتها، كما لو جعل له سهم من ألف سهم، فإذا عمل نظرت فإن حملت فله ما شرط، وإن لم تحمل شيئاً فلا شيء له، لأنّها مساقاة صحيحة، ونصيبه من ثمارها معلوم، فإذا لم تثمر لم يستحق شيئاً كالقراض إذا لم يربح شيئاً^(٢).

الثانية: ساقاه إلى مدّة لا يحمل الوديّ إليها، فالمساقاة باطلة^(٣).

١- الخلاف ١: ٧٠٨.

٢- قارن المبسوط ٣: ٢١٨.

٣- المصدر السابق نفسه.

الثالثة: ساقاه إلى وقت قد يحمل وقد لا يحمل، وليس أحدهما أولى من الآخر، فهذه أيضاً مساقاة باطلة^(١).

إذا ساقاه على وديّ على أنّه إذا كبر وحمل فله نصف الثمرة ونصف الوديّ، فالعقد باطل، لأنّ موضوع المساقاة على أن يشتركا في الفائدة دون الأصول، فإذا اشترط الاشتراك في الأصول بطل، كالقراض إذا اشترط له جزء من رأس المال، مضافاً إلى وجوب الربح^(٢).

وإذا كان الوديّ مقلوعاً فساقاه على أن يفرس، فإذا علق وحمل فله نصف الثمرة، والمدة يحمل في مثلها إن علق، فالمساقاة باطلة، لأنها لا تصح إلا على أصل ثابت يشتركا فيه في فوائده، فإذا كانت الأصول مقلوعة لم تصح المساقاة^(٣).

إذا اختلف ربّ النخل والمساقى في مقدار ما شرط له من الحصة عند المقاسمة، فالقول قول ربّ النخل مع يمينه، لأنّ ثمرة النخل كلّها لصاحبها، وإنّها يستحق العامل بالشرط، وربّ الأرض أعرف بما قال، فإن أقام العامل بيّنة سمعت، وسلّم إليه ما شهدت به البيّنة، فإن أقام كلّ واحد منهما بيّنة بما يقوله، قدمنا بيّنة العامل لأنّه المدّعي، والرسول ﷺ جعلها في جنبته دون جنبه الجاحد.

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

وقال شيخنا أبو جعفر في المزارعة هكذا وهو الصحيح.

وقال في آخر كتاب المساقاة في مبسوطه: وإن كان مع كلّ واحد منهما بيّنة تعارضتا، ورجعنا على مذهبنا إلى القرعة^(١).

قال محمد بن إدريس: وأيّ تعارض هاهنا، بل هذه المسألة لا فرق بينها وبين اختلاف الأكار في المزارعة وربّ البذر والأرض، في أن كلّ واحد منهما إذا أقام البيّنة، سمعت بيّنة الأكار لأنّه المدّعي، والبيّنة جعلها الرسول ﷺ في جنبته، وإلى هذا يذهب شيخنا أبو جعفر في المزارعة ويخالف في المساقاة، وهذا أمر ظريف.

* * *

(٢٢)

باب الإجازات

كل ما يستباح بعقد العارية يجوز أن يستباح بعقد الإجارة، من إجارة الإنسان نفسه وعبيده وثيابه وداره بلا خلاف، بل الإجماع منعقد على ذلك، والكتاب ناطق به^(١).

والإجارة عقد معارضة وهي من عقود المعارضات اللازمة كالبيع^(٢).
وتفتقر صحتها إلى شروط:

منها ثبوت ولاية المتعاقدين، فلا يصح أن يؤجر الإنسان ما لا يملك التصرف به، لعدم ملك أو إذن أو ثبوت حجر، أو رهن أو إجارة متقدمة، أو غير ذلك.

ومنها أن يكون المعقود عليه من الجانبين معلوماً، فلو قال: أجرتك إحدى هاتين الدارين، ويمثل ما يؤجر به فلان داره لم يصح.

ومنها أن يكون مقدوراً على تسليمه حساً وشرعاً، فلو أجر عبداً أبقاً أو

١- قارن المبسوط ٣: ٢٢١.

٢- قارن المبسوط ٣: ٢٢٢.

جملًا شاردًا، أو ما لا يملك التصرف فيه لم يصح.

ومنها أن يكون منتفعًا به، فلو أجر أرضًا للزراعة في وقت يفوت بخروجه والماء واقف عليها لا يزول في ذلك الوقت لم يصح.

ومنها أن يكون منفعة مباحة، فلو أجر مسكنًا أو دابة أو وعاء في محظور لم يجز^(١) وكانت الاجارة باطلة.

فإذا أجر الرجل داره أو دابته، فإنه يلزم العقد من الطرفين^(٢)، وليس لأحد منها الخيار، سواء افرقا من مجلس العقد أو لم يفرقا، لأن خيار المجلس لا يثبت إلا في عقد البيع فحسب، والاجارة ليست بيع ويستحق المؤجر الأجرة على المستأجر^(٣) في الحال، ولا يقف على تسليم الأعمال والفراغ منها، بل باطلاق العقد يستحق المؤجر الأجرة على المستأجر، سواء كان عملاً يمكن تسليمه أو لا يمكن تسليمه، إلا أن يشترط المستأجر التأخير في حال العقد، فيكون على ما شرطاً واتفقا عليه.

ويستحق المستأجر المنفعة على المؤجر^(٤) حتى أنه صار أحق بها منه، كما أن المؤجر أحق بالأجرة من المستأجر.

١- قارن الغنية: ٧٨ ضمن الجوامع الفقهية من قوله: وتفتقر صحتها إلى شروط إلى هنا.

٢- قارن المبسوط ٣: ٢٢٢.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

وليس لأحدهما فسخ عقد الاجارة بحال، سواء كان لعذر أو لغير عذر^(١).

فهي كالبيع في حال الفسخ، لأن من اشترى شيئاً ملك البائع الفسخ، إذا كان الثمن معيناً ووجد به عيباً، وكذلك المشتري إذا وجد بالمبيع عيباً، ولا يملك بغير العيب، وكذلك المؤجر إنَّها يملك الفسخ إذا تعدَّ استيفاء الحق منه لفلس أو لغيره، وكذلك المستأجر إنَّها يملك الفسخ إذا وجد بالمنافع عيباً، مثل أن تنهدم الدار أو بعضها أو تغرق الأرض، على ما قدَّمناه في باب المزارعة، واجارة الأرض وليس لها الفسخ لغير عذر^(٢).

فإذا ثبت جواز الاجارة فإنَّها على ضربين:

أحدهما: ما تكون المدة معلومة والعمل مجهولاً.

والثاني: أن تكون المدة مجهولة والعمل معلوماً، فما تكون المدة معلومة والعمل مجهولاً، مثل أن يقول: آجرتك نفسي شهراً لأبني أو أخيط، فهذه مدة معلومة، والعمل مجهول، وما تكون المدة مجهولة والعمل معلوماً فهو أن يقول: آجرتك نفسي لأخيط ثوباً معلوماً ولأبني هذا البناء المعلوم، فالمدة مجهولة والعمل معلوم^(٣).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- قارن المبسوط ٣: ٢٢١.

فأما إذا كانت المدة معلومة والعمل معلوماً فلا يصح، لأنه إذا قال:
استأجرتك اليوم لتخيط قميصي هذا، فإن الإجازة هذه باطلة، لأنه ربما يخيط
قبل مضي النهار فيبقى بعض المدة المستحقة بلا عمل، وربما لم يفرغ منه يوم
ويحتاج إلى مدة أخرى، فيحصل العمل بلا مدة^(١).

والمعقود عليه عقد الإجازة يجب أن يكون معلوماً، وقد بينّا أنه يصير
معلوماً تارة بتقدير المدة، وتارة بتقدير العمل.
فأما المنافع فيتقدّر منافعها التي يعقد عليها تارة بتقدير المدة، وتارة بتقدير
العمل.

والعقار لا يتقدّر منفعة إلا بتقدير المدة، لأنه لا عمل لها فيقدّر في نفسه.
وليس من شرط صحتها اتصال المنفعة بالعقد، ولا أن يذكر الاتصال
بالعقد لفظاً، على ما يذهب إليه بعض المخالفين، وقاله شيخنا أبو جعفر في
مبسوطه^(٢)، ولم يذكر هل هو قولنا أو قول غيرنا، فلا يظنّ ظانّ أنّ ذلك قول
لأصحابنا^(٣).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المبسوط ٣: ٢٣٠.

٣- عقب العلامة الحلي في المختلف ٣: ٢ على ذلك بقوله: والعجب من ابن إدريس نقل قول الشيخ
في هاتين المسألتين في المبسوط، قال: ولم يذكر هل هو قولنا أو قول غيرنا، فلا يظنّ ظانّ أنّ ذلك
قول لأصحابنا، ولعلّه لم يقف على قول الشيخ في الخلاف، وعلى قول أبي الصلاح، أو لعلّه نسي
ذلك.

إذا استأجره على قلع ضرسه ثم بدا له، فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون زال الوجع أو يكون الألم باقياً، فإن كان بحاله فلا يملك فسخ الإجارة، ولكن يقال له: قد استأجرته على استيفاء منفعة، وأنت متمكّن من استيفائها، فإمّا أن تستوفي منه ذلك، وإلاّ مضت مدّة يمكنه أن يقطع ذلك، فإنّه قد استقرّر له الأجرة^(١).

كمن استأجر دابة ليركبها إلى بلد وسلّمها إليه فلم يركبها، فإنّه يقال له أنت متمكّن من استيفاء المنفعة من أن تتركب وتمضي، فإمّا أن تستوفي وإلا إذا مضت مدة يمكنك أن تستوفيها فقد استقرّر عليك الأجرة^(٢).

وكذلك إذا استأجر داراً فسلّمت إليه يقال له إمّا أن تسكنها، وإلا تستوفي منك الأجرة إذا مضت المدّة^(٣).

وأما إذا زال الوجع فقد تعذّر استيفاء المنفعة من جهة الله تعالى شرعاً، لأنّه لو أراد أن يقلعها لم يجز، ويمنع العقل والشرع معاً من قلع السن الصحيح، فانفسخت الإجارة بذلك كالدار إذا انهدمت^(٤).

فأما إذا استأجر عبداً فأبق فإنّه تنفسخ الإجارة لتعذّر استيفاء المنفعة

١- قارن المبسوط ٣: ٢٢٢.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

المعقود عليها كالدار إذا انهدمت^(١)، والمستأجر يملك من المستأجر المنفعة التي في العبد والدار والدابة إلى المدة التي اشترط حتى يكون أحق بها من مالكها، والمؤجر يملك الأجرة بنفس العقد^(٢) على ما قدّمناه.

ولا تخلو الأجرة من ثلاثة أحوال: إمّا أن يشترط فيها التأجيل، أو التعجيل، أو يُطلقا ذلك^(٣).

فإن شرط التأجيل إلى سنة وإلى شهر، فإنه لا يلزمه تسليم الأجرة إلى تلك المدة بلا خلاف.

فإن اشترط التعجيل أو أطلقا لزمه ذلك في الحال على خلاف فيه^(٤) بين المخالفين.

ومتى عقدا الإجارة ثم أسقط المؤجر مال الإجارة وأبرأ صاحبه منها سقط بلا خلاف، وإن أسقط المستأجر المنافع المعقود عليها لم تسقط بلا خلاف^(٥).

قال شيخنا أبو جعفر في مبسوطه: إذا باع شيئاً بثمان جزاف، جاز إذا كان معلوماً مشاهداً وإن لم يعلم وزنه، ولا يجوز أن يكون مال القراض جزافاً، والثمان في السلم أيضاً يجوز أن يكون جزافاً، وقيل: لا يجوز كالقراض ومال

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- قارن المبسوط ٣: ٢٢٣.

٥- المصدر السابق نفسه.

الإجارة يصح أن يكون جزافاً، وفي الناس من قال لا يجوز، والأول أصح^(١). إلى هاهنا كلام شيخنا أبي جعفر في مبسوطه في كتاب الإجارة.

قال محمد بن إدريس عليه السلام: الأظهر من المذهب، بل لا خلاف فيه إلا من السيد المرتضى عليه السلام فإنه قال في الناصريات^(٢): أن البيع إذا كان الثمن جزافاً بطل، وكذلك القراض والسلم لأنه بيع، فأما مال الإجارة التي هي الأجرة فالأظهر من المذهب أنه لا يجوز إلا أن يكون معلوماً.

ولا تصح ولا تنعقد الإجارة إذا كان مجهولاً جزافاً، لأنه لا خلاف في أن ذلك عقد شرعي يحتاج في ثبوته إلى أدلة شرعية، والإجماع منعقد على صحته إذا كانت الأجرة معلومة غير مجهولة ولا جزاف، وفي غير ذلك خلاف، وأيضاً نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر والجزاف، وهذا غرر وجزاف.

وقال شيخنا في نهايته بما اخترناه فإنه قال: الإجارة لا تنعقد إلا بأجل معلوم، فمتى لم يذكر الأجل ولا المال كانت الإجارة باطلة، وإن ذكر الأجل ولم يذكر مال الإجارة لم ينعقد، ومتى ذكرهما كانت الإجارة صحيحة ولزم المستأجر المال إلى المدة المذكورة، وكان المؤجر بالخيار إن شاء طالبه به أجمع في الحال، وإن شاء أخرها عليه، اللهم إلا أن يشترط المستأجر أن يعطيه المال عند انقضاء الإجارة، أو في نجوم مخصوصة، فيلزمه حيثئذ بحسب ما شرط^(٣).

١- المبسوط ٣: ٢٢٣.

٢- الناصريات المسألة: ١٧٥ ضمن الجوامع الفقهية.

٣- النهاية: ٤٤٣.

وقال ﷺ: والموت يبطل الإجارة على ما بيناه، والبيع لا يبطلها على ما قدّمناه في الباب الأول^(١).

يريد ﷺ باب المزارعة والمساقاة لأنها المتقدمة على باب الإجارة، وذكر هناك أنّ موت المؤجر يبطلها وموت المستأجر أيضاً يبطلها، وقد ذكرنا ما عندنا في ذلك فلا وجه لإعادته، إلا ما قاله ابن البرّاج في كتاب المهذب وحكاها.

فقال: الموت يفسخ الإجارة، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الميت هو المستأجر أو المؤجر، وعمل الأكثر من أصحابنا على أنّ موت المستأجر هو الذي يفسخها لا موت المؤجر، وقد كان شيخنا المرتضى ﷺ سوى بينهما في ذلك، بأن يبيّن أنّ الوجه فيها واحد، وليس هذا موضع ذكر ذلك فنذكره، هذا آخر كلام شيخنا ابن البرّاج.

قال محمد بن إدريس ﷺ: ليت شعري إن لم يكن هاهنا موضع ذكره فأين يكون، ولكن حبك الشيء يُعمي ويُصم كما قاله عليّ^(٢)، والصحيح التسوية بينهما، فإنّ موت أحدهما لا يبطلها على ما اختاره المرتضى ﷺ، إذ دليلها واحد وإتّهما حقان لكل واحد منهما يرثه وارثه، لعموم آيات الموارث، فمن يخصّ ذلك يحتاج إلى دليل، فموت أحدهما لا يبطل حق الآخر، كما أنّ مدّة خيار

١- النهاية: ٤٤٤.

٢- من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٧٢ باب النواذر حديث ٨٢٨ من ألفاظ رسول الله ﷺ الموجزة التي لم يسبق إليها. وقد رواه أبو داود وأحمد في مسنده ٥: ١٩٤ و ٦: ٤٥٠ ومصادر أخرى كثيرة.

الثلاث أو ما زاد عليها في البيع موروثه بلا خلاف بيننا، لأنه حق للميت فيجب أن يورث مثل سائر الحقوق، ولعموم آيات المواريث، فمن أخرج شيئاً منها فعليه الدلالة، وبهذا استدلل شيخنا أبو جعفر على أن مدة خيار الثلاث في البيع موروثه فليلاحظ ذلك.

وإجارة المشاع جائزة مثل إجارة المقسوم سواء^(١).

وإذا قال: أجرتك هذه الدار كل شهر بكذا، صحّ على قول بعض أصحابنا^(٢).

فإن سكن أكثر من شهر لزمه المسمى لشهر واحد، وفيما زاد على الشهر أجره المثل، والذي تقتضيه أصول المذهب أن ذلك لا يجوز ولا يلزم المسمى، بل الجميع يستحق أجره المثل، لأنه ما عيّن أجره المدة^(٣).

والعقار يحتاج في صحّة العقد عليه أن يذكر أول المدة وآخرها، فمن شرط صحّتها ذلك، وإنها روى في بعض الأخبار ما ذكرناه.

فأمّا إن قال: أجرتك هذه الدار من هذا الوقت شهراً بكذا وما زاد فبحسابه، فإنه يلزمه المسمى للشهر، وما زاد فأجره المثل.

فأمّا إذا قال: أجرتك هذه الدار شهراً بدينار، ولم يعيّن الشهر، فإنه

١- قارن النهاية: ٤٤٤.

٢- قال بذلك ابن زهرة في الغنية راجع: ٧٨.

٣- كذا في نسخة الرضوية ونسخة المنجم الشيرازي، وكان في المطبوعة (آخرة المدة) وهو تصحيف.

لا يجوز، والإجارة باطلة.

فأما إذا قال: آجرتك هذه الدار من هذا الوقت سنة، كل شهر بكذا، صح لأنه عين المدة.

ومن أصحابنا من قال: لا يجوز أن يؤجر مدة قبل دخول ابتدائها، لافتقار صحة الإجارة إلى التسليم، واتصال المنفعة بالعقد، ومنهم وهم الأكثرون المحصلون اختاروا القول بجواز ذلك، وهو الصحيح الذي اخترناه فيما مضى، ويعضده قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^(١).

وأما التسليم فهو مقدور عليه حين استحقاق المستأجر له، وتعدّره قبل ذلك لا ينافي عقد الإجارة^(٢).

وقال بعض أصحابنا: ولا يجوز أن يؤجر ما استأجره بأكثر مما استأجره منه من جنسه، سواء كان المستأجر هو المؤجر أو غيره، إلا أن يحدث فيها استأجره حدثاً يصلحه به^(٣).

ومنهم من قال: ذلك على الكراهة دون الخطر، وهو الذي اخترناه، وقد قلنا ما عندنا فيه قبل هذا المكان، فليلاحظ من هناك، فلا فائدة في إعادته، ولأن الأصل في العقل والشرع جواز التصرف فيما يملك الإنسان.

١- قارن الغنية: ٧٨.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- قال بذلك ابن زهرة في الغنية راجع: ٧٨.

فإذا ملك المستأجر التصرف بالعقد، جاز أن يملكه لغيره على حسب ما يتفقان عليه من زيادة ونقصان، اللهم إلا أن يكون استأجر الدار على أن يكون هو الساكن، والدابة على أن يكون هو الراكب، فإنه لا يجوز والحال هذه إجارة ذلك لغيره على كل حال^(١).

وقد قلنا أن المستأجر يملك الفسخ بانهدام الدار أو بعضها، أو غرق الأرض على وجه يمنع من استيفاء المنفعة، وتسقط عنه الأجرة إلى أن يعيد المالك المسكن إلى الحالة الأولى، لأن المعقود عليه قد فات، اللهم إلا أن يكون ذلك بتعدي المستأجر فيلزمه الأجرة والضمان لإعادته إلى حالته الأولى^(٢).

ولا يملك المستأجر فسخ الإجارة بالسفر، وإن كان ذلك بحكم حاكم، ولا بغير ذلك من الأعذار المخالفة، لما قدّمنا ذكره، مثل أن يستأجر جملاً للحج فيمرض، أو يبدو له من الحج، أو حانوتاً لبيع البن فيه، فيحترق أو يسرق بزه^(٣). ولا تنفسخ الإجارة بالبيع، وعلى المشتري إن كان عالماً بالإجارة الإمساك عن التصرف حتى تنقضي مدتها، وإن لم يكن عالماً بذلك، فله الخيار في الرد^(٤).

ومتى تعدى المستأجر ما اتفقا عليه، من المدة، أو المسافة، أو الطريق، أو

١- قارن الغنية: ٧٩.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

مقدار المحمول، أو غيره إلى ما هو أشق في الحمل، أو المعهود في السير، أو في وقته، أو في ضرب الدابة ضمن الهلاك أو النقص، وتلزمه أجرة الزائد على الشرط، بدليل الإجماع من أهل البيت عليه السلام على ذلك، ولأنه لا خلاف في براءة ذمته إذا أدى ذلك، وليس على براءتها إذا لم يؤدّه دليل ^(١).

ولو ردّ الدابة إلى المكان الذي اتفقا عليه بعد التعدي بتجاوزه لم يزل الضمان، بدليل الإجماع الماضي ذكره، وأيضاً فقد ثبت الضمان بلا خلاف، فمن ادّعى زواله بالردّ إلى ذلك المكان، فعليه الدليل ^(٢).

والأجير ضامن لتلف ما استؤجر فيه أو نقصانه، إذا كان ذلك بتفريطه أو نقصان من صنعه ^(٣).

وكل من أعطي شيئاً واستؤجر على إصلاحه فأفسده كان ضامناً له، سواء كان ختّاناً، أو حجاماً، أو بيطاراً، أو نجّاراً، أو غير ذلك، وسواء كان مشتركاً، وهو المستأجر على عمل في الذمة، أو منفرداً، وهو المستأجر للعمل مدّة معلومة لأنّه يقتصر عمله فيها لمن استأجره لقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، لأنّه يقتضي ضمان الصّناع على كلّ حال، إلّا ما خصّه الدليل بما ثبت أنّهم غلبوا عليه ولم يكن بجنايتهم ^(٤).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن الغنية: ٧٩ بتفاوت يسير في اقتباس بعضها.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه. وتقدّم مصدر الحديث.

وأجر المكيال ووزان المتاع على البائع، لأنّ عليه تسليم ما باعه معلوم المقدار^(١).

وأجر وزان الأثمان وناقدها على المشتري، لأنّ عليه تسليم الثمن، معلوم الوزن والجودة^(٢) على ما قدّمناه فيما مضى وحرّراه.

وأجر ردّ الضالّة على حسب ما يبذله مالکها، فإن لم يعيّن شيئاً، بل قال: من ردّ ضالتي فله جعلتها، كان أجر ردّ العبد أو الأمة أو البعير في المصر عشرة دراهم فضة، وخارج المصر أربعين درهماً، وما عدا ذلك يرجع فيه إلى عادة القوم وعرفهم^(٣) على ما أسلفنا القول فيه.

ومن أجر غيره أرضاً ليزرع فيها شيئاً مخصوصاً لم يجز له أن يزرع فيها غيره، لقوله **إِثْلًا**: «المؤمنون عند شروطهم»^(٤).

وإذا أجرها للزراعة من غير تعيين لما يزرع، كان له أن يزرع ما شاء^(٥)، وإذا أجرها على أن يزرع ويغرس، ولم يعيّن مقدار كلّ واحد منهما، لم تصحّ الإجارة، لأنّ ذلك مجهول، والضرر فيه مختلف^(٦).

١- قارن الغنية: ٧٩.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه. وتقدّم مصدر الحديث.

٥- المصدر السابق نفسه.

٦- المصدر السابق نفسه.

وإذا اختلف المؤجر والمستأجر في قدر الأجرة، فالقول قول المستأجر، لأنه المدعى عليه زيادة غير متفق عليها، والمؤجر المدعى فعليه البيّنة، لأن الرسول ﷺ قال: «على المدعي البيّنة وعلى المدعى عليه اليمين»^(١).

وقال شيخنا في مسائل الخلاف في كتاب المزارعة: إذا اختلف المكري والمكثري في قدر المنفعة، أو قدر الأجرة، فالذي يليق بمذهبنا أن يستعمل فيه القرعة، فمن خرج اسمه حُلْف، وحكم له به، لإجماع الفرقة على أن كلّ مشتبّه يردّ إلى القرعة^(٢).

قال محمد بن إدريس: وأيّ اشتباه في هذا، وإنّما هو مدعى ومدعى عليه، وهذا فقه سهل، وليس هو من القرعة بسبيل^(٣).

والملك إذا كان بين اثنين مشتركاً، وما زاد عليهما، لم يكن لأحدهما أن ينفرد بالأجرة والإجارة دون صاحبه، بل يتفقان على الإجارة، فإن تشاحا تناوبا بمقدار الزمان^(٤).

وإذا استأجر ملكاً وسكن بعضه، جاز أن يسكن الباقي غيره بأكثر من مال الإجارة، ولا يؤجره بمثل ما قد استأجره، اللهم إلا أن يكون قد أحدث

١- تقدّم مصدر الحديث.

٢- الخلاف ١: ٧٢٤.

٣- ذهب إلى ذلك ابن زهرة في الغنية: ٧٩.

٤- قارن النهاية: ٤٤٥.

فيها حدثاً، فإن فعل ذلك جاز له أن يؤجرها بما شاء، هكذا ذكره شيخنا في نهايته^(١).

والذي تقتضيه الأدلة، وأصول المذهب، أنه لا بأس أن يسكن البعض ويكري البعض بما شاء، سواء أكرهه بمثل ما استأجره أو أقل أو أكثر، مع اختلاف الجنس أو مع اتفاقه، أحدث فيها أو لم يحدث، لأن المنافع مستحقة له، ومال من أمواله، فله أن يستوفيها بنفسه وبغيره، لأن الإنسان مسلط على التصرف في ملكه، بسائر أنواع التصرفات عقلاً وسمعاً، إذ لا مانع يمنع منه من كتاب ولا سنة مقطوع بها ولا إجماع، فلا يرجع عنها، ويترك الأدلة بأخبار الأحاد التي لا توجب علماً ولا عملاً، على ما كررنا القول فيه.

وقد ذكرنا أن من اكرى دابة على أن يسلك بها في طريق مخصوص، أو يحملها قدر معلوماً، فخالف في شيء مما قلناه، كان ضامناً لها، ولكل ما يحدث فيها، ولزمه إن سار عليها أكثر مما شرط، أو حملها أكثر مما ذكر، أجرة الزيادة من غير نقصان، ومتى هلكت الدابة والحال ما وصفناه كان ضامناً لها، ولزمه قيمتها يوم تعدى فيها^(٢).

فإن اختلفا في الثمن، كان على صاحبها البيّنة، فإن لم يكن له بيّنة، كان القول قول الغارم الذي هو الضامن، لأنه المدعى عليه الزيادة فيما اتفقا عليه،

١- النهاية: ٤٤٥.

٢- قارن النهاية: ٤٤٥.

وهذا حكم سائر فيها سوى الدابة، مما يقع الخلف فيه بين المستأجر والمستأجر منه، كانت البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه.

وقال شيخنا في نهايته: فإن اختلفا في شيء كان على صاحبها البيّنة، فإن لم يكن له بيّنة، كان القول قوله مع يمينه، فإن لم يحلف وردّ اليمين على المستأجر، لزمه اليمين أو يصطلحاً على شيء، والحكم فيها سوى الدابة مما يقع الخلف فيه بين المستأجر والمستأجر منه، كانت البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه^(١).

والصحيح أنّه لا فرق بين الدابة وغيرها في ذلك، فالمفرّق يحتاج إلى دليل. ومتى استأجر دابة ففرط في حفظها أو علفها أو سقيها فهلك أو عابت، كان ضامناً لها، ولما يحدث فيها من العيب^(٢).

والصانع إذا تقبل عملاً بشيء معلوم، جاز له أن يقبله لغيره بأكثر من ذلك إذا كان قد أحدث فيه حدثاً، وإن لم يكن أحدث فيه حدثاً لم يجز له ذلك، وإن قبل غيره بإذن صاحب العمل ثم هلك، لم يكن عليه شيء، فإن قبله من غير إذنه ثم هلك، كان المتقبل الأول ضامناً له، هكذا أورده شيخنا أبو جعفر في نهايته^(٣) بهذه العبارة، وهي قوله: والصانع إذا تقبل عملاً بشيء معلوم جاز له أن

١- النهاية: ٤٤٦.

٢- قارن النهاية: ٤٤٦.

٣- النهاية: ٤٤٦.

يقبله لغيره بأكثر من ذلك إذا كان قد أحدث فيه حدثاً.

قال محمد بن إدريس: الذي يتبادر إلى الخاطر أن قوله ﷺ: (بأكثر من ذلك) غلط لا وجه له، لأن الإنسان إذا تقبل خياطة ثوب مثلاً بدينار، ثم قبله لغيره بأكثر من الدينار، فيحتاج إلى أن يغرم من عنده شيئاً آخر على الأجرة، ومقصوده أن يستفضل من الأجرة المتقبل بها، فهذا الذي يسبق إلى الأوهام من عبارته ﷺ في هذا الموضع ومقصوده ﷺ خلاف هذا، وهو أن الصانع الأول يستفضل من الأجرة الأولى لنفسه، ويعطي الصانع الثاني بعضها، والدليل على ذلك ما أورده من الأخبار في كتاب تهذيب الأحكام.

عنه عن علي بن الحكم، عن العلا، عن محمد بن مسلم، عن أبي حمزة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن الرجل يتقبل العمل ولا يعمل فيه ويدفعه إلى آخر ليربح فيه؟ قال: لا بأس^(١).

الحسين بن سعيد، عن صفوان، عن العلا، عن محمد بن مسلم، عن أحدهما عليه السلام قال: سألت عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعه ويعطيه من يخطه ويستفضل، فقال: لا بأس قد عمل فيه^(٢).

وعنه عن صفوان، عن الحكم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتقبل الثوب بدرهم وأسلمه بأقل من ذلك لا أزيد على أن أشقه؟ قال: لا بأس بذلك، ثم

١- التهذيب ٧: ٢١٠.

٢- المصدر السابق نفسه.

قال: لا بأس فيما تقبلت من عمل ثم استفضلت^(١).

عنه عن صفوان، عن أبي محمد الخياط، عن مجمع قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: أتقبل الثياب أخيطها، ثم أعطيها الغلمان بالثلثين فقال: أليس تعمل فيها؟ قلت: أقطعها وأشتري لها الخيوط قال: لا بأس^(٢).

عنه عن علي بن النعمان، عن ابن مسكان، عن علي الصائغ قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: أتقبل العمل، ثم أقبله من غلمان يعملون معي بالثلثين فقال: لا يصلح ذلك، إلا أن تعالج معهم فيه، قلت: فإني أذيبه لهم، قال: فقال: ذلك عمل فلا بأس^(٣).

فهذا يوضح ما قلناه ويؤيد ما حررناه، والإعتذار لشيخنا أبي جعفر الطوسي رحمته الله فيها أورده من عبارته في قوله بأكثر من ذلك أن يجعل (من) زائدة، أو يجعلها لا زائدة، بل المراد بأكثر من بعض ذلك ويجعلها للتبويض ولا يحتاج إلى الحذف، فيحمل الكلام على حقيقته.

فإذا قلنا إنها زائدة كان الكلام مجازاً، والكلام في الحقائق دون المجاز، لأنه لا يجوز العدول عن الحقيقة إلى المجاز إلا لضرورة، أو دليل مضطر إليه، فإذا جعلناها مبعوضة كانت حقيقة في معناها، ولو استعمل شيخنا رحمته الله غير هذه

١- المصدر السابق نفسه.

٢- التهذيب ٧: ٢١١.

٣- المصدر السابق نفسه.

العبارة، وأتى بالعبارة التي في الأخبار من قول السائل للإمام عليه السلام وأسلمه بأقل من ذلك، استراح وأراح من يعتذر له من الاعتذار.

والذي ينبغي تحصيله وتحريره في هذا جميعه، أنه لا تخلو الإجارة إما أن تكون معينة بعمله أو في دقته، فإن كانت معينة بعمله فلا يجوز له أن يعطيه لغيره بعمله، وإن كانت الإجارة على تحصيل العمل لا بنفسه، فله أن يحصل العمل له بنفسه أو لغيره، إلا أنه في المسألتين معاً يكون ضامناً إذا سلمه لغيره وهلك، لأن صاحبه لم يرض بأمانة غيره^(١).

والملاح ضامن لما يحمله إذا غرق بتفريط من جهته، فإن غرقت السفينة بالريح أو غير ذلك، من غير تفريط منه، لم يكن عليه شيء^(٢).
والمكاري مثل الملاح يضمن ما يفرط فيه، وما لا تفريط فيه لم يكن عليه شيء في هلاكه^(٣).

ومتى اختلف المكاري والمكاري في هلاك شيء وهل وقع فيه تفريط أم لا، كانت البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه^(٤).

١- ناقش العلامة الحلي في المختلف ٣: ٤ المصنف فيما أورده على الشيخ الطوسي إلى أن قال: ولم يتعرض - المصنف - لما ذكره الشيخ من المنع بالأقل، والوجه عندي الجواز، ثم استدل على ذلك ثم قال: وأما الضمان الذي حكم به ابن إدريس ففيه بحث ونظر، وبين وجه ذلك فيحسن مراجعته.

٢- قارن النهاية: ٤٤٧.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

وإذا اختلف صاحب المتاع والصانع في التفريط، كان على صاحب المتاع البيّنة، فإن لم يكن له بيّنة فعلى الصانع اليمين^(١).

وروي: أن من استأجر أجيراً ليعفذه في حوائجه، كان ما يلزم الأجير من النفقة على المستأجر دون الأجير، فإن شرط عليه أن تكون نفقته عليه كان ذلك جائزاً، وذكر ذلك شيخنا أبو جعفر في نهايته على ما روي^(٢).

والذي يقوى في نفسي: أن النفقة لا تلزم إلا الأجير دون المستأجر على كل حال، لأنه إنما يستحق الأجرة وعليه العمل، والأصل براءة ذمة المستأجر، فمن أوجب النفقة له يحتاج إلى دليل، ولا دليل على ذلك من كتاب ولا سنة ولا إجماع، ولا يلتفت إلى أخبار الأحاد على ما بيّناه.

وينبغي أن لا يستعمل الإنسان أحداً إلا بعد أن يقاطعه على أجرته، فإن لم يفعل ترك الاحتياط ووجب عليه أجرة المثل^(٣).

وإذا فرغ الأجير من عمله وطالب بأجرته، فلا يجوز تأخيرها، بل يجب أن يوفى في حال مطالبته بها^(٤)، وإن كان مستحقاً لها حال العقد قبل العمل والفراغ، لأنه بنفس العقد يستحقها على ما قدّمناه، إلا أن يشترط ذلك على ما بيّناه.

١- المصدر السابق نفسه.

٢- النهاية: ٤٤٧.

٣- قارن النهاية: ٤٤٧.

٤- قارن النهاية: ٤٤٨.

فإن كان قد أعطاه طعاماً أو متاعاً ولم يعين سعره، كان عليه بسعر وقت إعطاء المال الذي هو المتاع، دون وقت المحاسبة^(١).

ومن استأجر مملوك غيره من مولاه، كان ذلك جائزاً وتكون الأجرة للمولى دون العبد، فإن شرط المستأجر للعبد أن يعطيه شيئاً من غير علم مولاه، لم يلزمه الوفاء به، ولا يحل للمملوك أيضاً أخذه، فإن أخذه وجب عليه ردّه على مولاه، على ما ذكره شيخنا في نهايته^(٢).

والأولى عندي أنّه إن أخذه هبة، فإن كان ذلك القبول منه بإذن مولاه كان للمولى، وإن كان قبوله للهبة بغير إذن مولاه، كانت الهبة باطلة والملك باقٍ على الواهب، فهذا الذي تقتضيه أصول المذهب والأدلة.

ومن استأجر غيره مدة معلومة وأوقافاً معينة إجارة معينة ليتصرف في حوائجه، لم يميز له أن يتصرف لغيره في شيء إلا بأذن من استأجره، فإن أذن له في ذلك كان جائزاً^(٣)، لأنها صارت منافعه في جميع المدة مستحقة للمستأجر دون نفسه ودون غيره.

ومن استأجر مملوك غيره من مولاه فأفسد المملوك شيئاً، أو أبقى قبل أن يفرغ من عمله، كان مولاه ضامناً^(٤) لبقية الأجرة دون أرض ما أفسده.

١- المصدر السابق نفسه.

٢- النهاية: ٤٤٨.

٣- قارن النهاية: ٤٤٨.

٤- المصدر السابق نفسه.

ومن اكترى من غيره دابة على أن تحمل له متاعاً إلى موضع بعينه في مدة من الزمان، فإن لم يفعل ذلك نقص من أجرته، كان ذلك جائزاً ما لم يحط بجميع الأجرة، فإن أحاط الشرط بجميع الأجرة كان الشرط باطلاً، ولزمه أجرة المثل، هذا على ما روي في بعض الأخبار، ذكره شيخنا في نهايته^(١).

والأولى عندي: أن العقد صحيح والشرط باطل، لأن الله تعالى قال: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وهذا عقد فيحتاج في فسخه إلى دليل، وإلا فالشرط إذا انضم إلى عقد شرعي صح العقد وبطل الشرط إذا كان غير شرعي، وأيضاً فلا دليل على ذلك من كتاب ولا سنة متواترة، ولا إجماع منعقد، ولم يورد أحد من أصحابنا هذه المسألة إلا هاهنا، أعني في النهاية، لكونه عليه السلام جمع فيها ألفاظ الأحاديث المتواترة، وغير المتواترة^(٢).

واختلف أصحابنا في تضمين الصنّاع والملاحين والمكارين - بتخفيف الياء - فقال بعضهم: هم ضامنون لجميع الأمتعة، وعليهم البيّنة، إلا أن يظهر هلاكه، ويشتهر بما لا يمكن دفعه، مثل الحريق العام، والغرق، والنهب كذلك، فأما ما تجنيه أيديهم على السلع، فلا خلاف بين أصحابنا أنهم ضامنون له.

١- النهاية: ٤٤٨.

٢- قال العلامة الحلبي في المختلف ٣: ٥ وهذا عجيب، فإننا قد ذكرنا الجماعة الذين ذكروا هذه المسألة، والشيخ احتج بها رواه محمد بن الحلبي في الموثق، ثم ذكر الخبر وخبر محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام، ثم قال: وقول ابن إدريس بصحة العقد وبطلان الشرط ضعيف لما بيّناه من أن العقد إذا تضمن شرطاً باطلاً كان العقد باطلاً، وحينئذٍ يجب أجرة المثل.

وقال الفريق الآخر من أصحابنا وهم الأكثرون المحصلون: إن الصنّاع لا يضمنون، إلّا ما جتته أيديهم على الأمتعة، أو قرطوا في حفاظه، وكذلك الملاحون والمكّارون والرعاة، وهو الأظهر من المذهب، والعمل عليه، لأنهم أمناء، سواء كان الصانع منفرداً أو مشتركاً، فالأجير المنفرد هو الذي يستأجره مدّة معلومة بخياطة أو بناء أو غيرهما من الأعمال، ويسمّى أيضاً الأجير الخاص من حيث المعنى، وهو إذا آجر نفسه رجلاً مدّة مقدّرة، استحقّ المستأجر منافعه وعمله في المدّة المضروبة، فيلزّمه له العمل فيها، ولا يجوز له أن يعمل فيها لغيره، ولا أن يعقد على منافعه وعمله في مقدارها.

والمشترك هو الذي يكرّي نفسه في عمل مقدّر في نفسه لا بالزمان، مثل أن يستأجره ليخيط ثوباً بعينه، أو يصبغ له ثوباً بعينه، وما أشبه ذلك، ولقّب مشتركاً لأنّ له أن يقبل الأعمال لكلّ أحد في كلّ مدّة، ولا يستحقّ عليه أحداً من المستأجرين منفعة زمان بعينه.

وصاحب الحتام إذا ضاع من عنده شيء من الثياب وغيرها، لم يكن عليه ضمان^(١) إلّا أن يستحفظه صاحبها، أو يستأجره على حفاظها، وعلى دخول حمامه، فيلزّمه حفاظها، ويجب عليه ضمانها إذا فرط في الحفاظ، فأما إذا لم يستحفظه إيّاها، ولم يستأجره على ذلك، وضاعت فلا شيء عليه، سواء فرط أو لم يفرط، راعاها أو لم يراعها.

ومن حمل متاعاً على رأسه فصدم إنساناً فقتله، أو كسر المتاع كان ضامناً
لدية المقتول ولما انكسر من المتاع^(١).

وإذا استقلَّ البعير أو الدابة بحملهما، فصاحبهما ضامن لما عليهما من
المتاع^(٢) إذا فرط في مراعاتها وفي حفظهما، فأما إذا راعاهما ولم يفرط في المراعاة
لهما، فلا شيء عليه من الضمان.

إذا استأجر مرضعة مدة من الزمان بنفقتها وكسوتها، ولم يعيّن المقدار، لم
يصحّ العقد^(٣).

إذا استأجر امرأة لترضع ولده، فمات واحد من الثلاثة، بطلت الإجارة
على المذهبين والقولين اللذين لأصحابنا معاً، لأنّ الصبي إذا مات بطلت
الإجارة، وكذلك المرأة المرضعة إذا كانت الإجارة معيّنة بنفسها، وكذلك موت
الأب لأنه المستأجر، ولا خلاف أنّ موت المستأجر يبطل الإجارة، هذا إذا كان
الصبي معسراً لا مال له.

إذا آجرت المرأة نفسها للرضاع أو لغيره بإذن زوجها، صحّت الإجارة
بلا خلاف، وإن كان ذلك بغير إذن الزوج لم تصحّ الإجارة، وكانت باطلة^(٤)،
لأنّ المرأة معقود على منافعها لزوجها بعقد النكاح، فلا يجوز لها أن تعقد لغيره

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- قارن المبسوط ٢: ٢٣٨.

٤- قارن المبسوط ٢: ٢٣٩.

على منافعتها، فيخلّ ذلك بحقوق زوجها، لأنّ له وطؤها في كلّ وقت^(١).
 فإذا ثبت أنّ الاستئجار في الرّضاع صحيح، فإن كان الموضع موسراً كانت
 الأجرة من ماله، لأنّ ذلك من نفقته، ونفقة المוסر من ماله، وإن كان معسراً
 كانت من مال أبيه، لأنّ نفقة المعسر على أبيه^(٢).

إذا رزق الرجل من امرأته ولدًا لم يكن له أن يجبرها على إرضاعه، لأنّ
 ذلك من نفقة الابن، ونفقته على الأب، وله أن يجبر الأمة وأم الولد والمدبرة
 بلا خلاف في ذلك^(٣).

فإذا تطوّعت الزوجة بإرضاع الولد لم يجبر الزوج على ذلك، وكان له أن
 يمنعها منه، لأنّ الاستمتاع الذي هو حق له يخلّ باشتغالها بالرّضاع، فكان له
 منعها من ذلك^(٤).

وإن تعاقدت الإجارة على رضاع الولد لم يصحّ، لأنّها أخذت منه
 عوضاً في مقابلة الاستمتاع، وعوضاً آخر في مقابلة التمكين من الاستمتاع، فأما
 إذا بانّت منه صحّ أن يستأجرها للرّضاع، لأنّها قد خرجت عن حبسه، وصارت
 أجنبية^(٥).

١- ناقش العلامة الحلي في المختلف ٣: ٦ المصنّف في المقام فيحسن مراجعته.

٢- قارن المبسوط ٣: ٢٣٨.

٣- قارن المبسوط ٣: ٢٣٩.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- المصدر السابق نفسه.

والأقوى عندي: أنه يصح استئجارها على الرضاع، سواء كانت بائناً أو في حباله، وما ذكرناه أولاً مذهب شيخنا أبي جعفر في مبسوطه^(١)، ولا مانع يمنع من العقد عليها على كل حال، وهذا رأي السيد المرتضى رحمته الله وهو الذي يقتضيه أصل مذهبنا.

فإذا بذلت الرضاع متطوعة بذلك، كانت أحق بالولد من غيرها، وإن طلبت أكثر من أجره المثل في الرضاع، والأب يجد من يتطوع له أو من يرضى بأجرة المثل، لم تكن الأم أولى بالولد من الأب، وللاب أن يسلم الولد إلى غيرها، فإن رضيت بأجرة المثل وهو لا يجد إلا بأجرة المثل، كانت هي أولى، فإن كان يجد غيرها بدون أجره المثل أو متطوعة، كان له أن ينزعه من يدها^(٢).

إذا أجر عبده مدة معلومة، ثم أنه أعتقه نفذ عتقه فيه، لأنه مالك الرقبة، كما لو أعتقه قبل الإجارة، فإذا ثبت ذلك فالإجارة بحالها وهي لازمة للعبد، وهل له أن يرجع على السيد بأجرة المثل كما يلزمه بعد الحرية؟ قيل فيه قولان: أحدهما يرجع بأجرة المثل في تلك المدة، والآخر لا يلزمه، وهو الصحيح لأنه لا دليل عليه والأصل براءة الذمة^(٣).

إذا أجر الأب أو الوصي أو الولي الصبي أو شيئاً من أمواله صح ذلك، كما

١- المبسوط ٣: ٢٣٩.

٢- قارن المبسوط ٣: ٢٣٩.

٣- المصدر السابق نفسه.

يصح بيع ماله، فإذا بلغ وقد بقي من مدة الإجارة بعضها، لم يكن له فسخها فيما بقي^(١).

إذا أجر عبده سنة معلومة، فمات العبد بعد استيفاء منافعه ستة أشهر، فلا خلاف أن العقد فيما بقي بطل، وفيما مضى لا يبطل عندنا، وفي المخالفين من قال يبطل، مبنياً على تفريق الصفقة، فإذا ثبت ما قلناه من أن الإجارة صحيحة فيما مضى وباطلة فيما بقي، فهو بالخيار بين أن يطالب بأجرة المثل وبين ترك المطالبة، فإن طالب فإن كان أجرة ما بقي مثل أجرة ما مضى، فإنه يأخذه، وإن كان فيما بقي من المدة أجرته أكثر مما مضى، فإنه يستحق تلك الزيادة، وذلك مثل أن تكون أجرة المدة التي مضت مائة درهم، ومدة ما بقي مائتين، فإنه يستحق عليه مائتين، وبالعكس هذا إن كان أجرة المدة التي مضت مائتين، ومدة الباقي مائة، فإنه يستحق مائة، وهكذا باقي أجرة الدار إذا أجر داراً ثم انهدمت حرفاً فحرفاً^(٢).

الإجارة على ضربين: معينة وفي الذمة، فالمعينة أن يستأجر داراً أو عبداً شهراً أو سنة، وفي الذمة أن يستأجر من يبني له حائطاً أو يخيظ له ثوباً، وكلاهما لا يمنع من دخول خيار الشرط مانع، لقوله **عليه السلام**: «المؤمنون عند شروطهم».

١- قارن المبسوط ٣: ٢٤٠.

٢- قارن المبسوط ٣: ٢٢٣. أقول: ولا وجه لمطالبته بأجرة المثل بعد القول بالبطلان فيما بقي، بل له المطالبة بحصة ما بقي من الأجرة المسماة على الصورة التي مثل بها.

إذا اكرت دابة نظرت، فإن اكرتها ليحمل عليها الأمتعة، فالسوق على المكارى، وإن كان ليركب عليها فالسوق عليه دون المكارى^(١).

فإن اختلفا في النزول، فقال المكارى: ينزل في طرف البلد موضعاً يكون قريباً إلى الماء والكلاء، وقال المكترى: لا بل ينزل في وسط البلد حتى يكون متاعى محفوظاً، فإنه لا يلتفت إلى قول واحد منهما، ويرجع فيه إلى العادة والعرف^(٢).

وإذا اكرت بهيمة وذكر أنها تتعبه وتكدّه، فإن كان ذلك من جهة أنه لا بصر له بعادة الركوب لم يلزم المكارى شيء، وإن كان من جهة البهيمية نظر، فإن كان اكرتها بعينها كان له ردّها، وليس له أن يستبدل بها غيرها، ويكون ذلك عيباً يردها به، وإن كان اكرتها في الذمة ردّها وأخذ بدّها^(٣).

وعلى الجمال أن يبرك البعير لركوب المرأة، لأنها ضعيفة الخلقة، فلا تتمكن من الصعود للركوب ولا من النزول لأنها عورة، وربما تكشفت، والرجل إذا كان مريضاً فكذلك، وإن كان صحيحاً لم يلزم الجمال أن يبركه لركوبه ونزوله^(٤). وأما صلاة الفريضة فإنه يلزمه أن يبركه لفعلها، لأنها لا يجوز عليها^(٥) إلا

١- قارن المبسوط ٣: ٢٢٨.

٢- قارن المبسوط ٣: ٢٢٩.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- المصدر السابق نفسه.

لضرورة شديدة، فأما صلاة النافلة وأكل المكثري وشربه، فلا يلزمه أن يهركه لأجله، لأنه يتمكن من ذلك وهو راكب^(١).

وليس لمصلي الفريضة إذا نزل أن يطول صلاته، بل يصلي صلاة المسافر، صلاة الوقت فحسب، غير أنه يتم الأفعال ويختصر الأذكار له، لأن حق الغير تعلق به^(٢).

إذا اختلف الراكب والمكاري في قيد المحمل، فقال الراكب: ضيق القيد المقدم ووسع المؤخر لأنه أخف على الراكب وأثقل على الجمل، وقال المكاري خلاف ذلك، لا يقبل قول أحدهما، ولكنه يجعل مستوياً، فلا يكون مكبواً ولا مستلقياً^(٣).

وإن اختلفا في السير، فقال الراكب: نسير نهاراً، فإنه أصون على المتاع، وقال المكاري: نسير ليلاً لأنه أخف للبهيمة، فإن كانا شرطاً السير في وقت معلوم إما ليلاً أو نهاراً حملاً عليه، وإن كانا أطلقاً ذلك، فإن كان للسير في تلك المسافة عادة، حملاً على العادة، لأن الإطلاق يرجع إلى العادة^(٤).

إذا ضرب الراكب البهيمة في السوق فتلفت، فإن كان ضرب العادة فلا شيء عليه من الغرم، وإن كان خارجاً عن العادة ضمنها^(٥).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- قارن المبسوط ٣: ٢٣٣.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- قارن المبسوط ٣: ٢٤٤.

وكذلك الرايض والراعي مؤتمن، فلا يضمن إلا ما يفرط في حفاظه، فأما ضربه للبهيمة، فعلى ما قلناه في الراكب يحمل على العادة، فإن كان الضرب خارجاً عن العادة ضمن^(١).

المعلم إذا ضرب للتأديب ضرباً معتاداً فتلف الصبي وجبت الدية في ماله، وكذلك الكفارة، ولا قود عليه في ذلك، فإن كان خارجاً عن العادة وجب عليه القود.

إذا سلم رجل إلى الخياط ثوباً فقطعه الخياط قباء، ثم اختلفا فقال صاحبه: أذنت لك في قطعه قميصاً فقطعته قباء، وقال الخياط: بل أذنت في قطعه قباء، فالقول في ذلك قول رب الثوب دون الخياط، لأن الثوب له والخياط مدع للإذن في قطع القباء، فعليه البيّنة.

وقال شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه في كتاب الوكالة: القول قول الخياط^(٢)، إلا أنه رجع عن ذلك أيضاً في مسائل الخلاف في كتاب الإجازات وقال: القول في ذلك قول صاحب الثوب^(٣)، وهذا هو الصحيح.

يجوز إجارة الدراهم والدنانير، لأنه لا مانع منه، ولأنه يصح الانتفاع بها من غير استهلاك عينها، مثل الجمال والنظر والزينة، وكذلك يجوز إجارة الحلي

١- المصدر السابق نفسه.

٢- الخلاف ١: ٦٥٢.

٣- الخلاف ١: ٧١٨، وقارن المبسوط ٣: ٢٤٨ فقد قال بذلك أيضاً.

من الذهب والفضة لما قدّمناه، فإذا ثبت ذلك فيحتاج أن يعيّن جهة الانتفاع بها، فإن عيّن صحّ، وإن أطلق لم تصح الإجارة ويكون قرضاً، هكذا قال شيخنا في مبسوطه^(١).

ولو قلنا إنّه تصحّ الإجارة، سواء عيّن جهة الانتفاع أو لم يعيّن، كان قوياً، إذ لا مانع منه، ولا يكون قرضاً لأنّه استأجرها منه، ومن المعلوم أنّ العين المستأجرة لا يجوز التصرف في اذهاب عينها، بل في منافعها، فيحمل الإطلاق على المعهود الشرعي والعرف، والذي يقوى في نفسي بعد هذا جميعه أنّ الدنانير والدراهم لا يجوز إيجارها، لأنّ في العرف المعهود لا منفعة إلاّ بإذهاب أعيانها، وأيضاً فلا خلاف أنّه لا يصح وقفها، فلو صحّ إيجارها صحّ وقفها، فأما المصاغ منها فإنّه يصحّ إيجارته، لأنّ له منفعة يصحّ استيفائها مع بقاء عينه، وربما حقّقنا القول في ذلك وأشبعناه في آخر الباب إن شاء الله تعالى^(٢).

يجوز إجارة كلب الصيد والماشية والحائط والزرع، لأنّه لا مانع منه، ولأنّ بيع هذه الكلاب عندنا يصحّ، وما يصحّ بيعه يصحّ إيجارته^(٣).
ويجوز إجارة السّنور لاصطياد الفار، لأنّه لا مانع منه^(٤).

١- المبسوط ٣: ٢٥٠.

٢- للعلامة الحلي في المختلف ٣: ٧ تعقيب على المصنّف ومناقشة بحسن مراجعتها.

٣- قارن المبسوط ٣: ٢٥٠.

٤- المصدر السابق نفسه.

إذا استأجره ليطحن حنطة معلومة بمكوك^(١) دقيق منها كان صحيحاً^(٢)، والأولى أن يكون المكوك مشاعاً غير مقسوم، فيكون جزءاً منها عشرأ أو أكثر أو أقل، فإذا عقد العقد استحقّ المكوك، وصار شريكاً قبل الطحن، فأما إذا قال بمكوك دقيق منها بعد طحنها، فهذا ليس بمضمون، والأجرة ينبغي أن تكون مضمونة في الذمة، أو معلومة مشاهدة مسلّمة مستحقة.

إذا استأجر راعياً ليرعى له غنماً بأعيانها جاز العقد، ويتعيّن في تلك الغنم بأعيانها، وليس له أن يسترعيه بأكثر من ذلك، وإن هلك لم يبذلها، وانفسخ العقد بينهما فيها، وإن هلك بعضها لم يبذله وانفسخ العقد فيه، وإن نتجت لم يلزمه أن يرعى نتاجها، لأنّ العقد يتناول العين واختص بها دون غيرها^(٣).

فأما إذا أطلق ذلك واستأجره ليرعى له غنماً مدّة معلومة، فإنّه يسترعيه القدر الذي يرعاه الواحد في العادة من العدد، فإذا كانت العادة مائة استرعاه مائة، ومتى هلك شيء منها أو هلك كلّها، كان له إيدأها، وإن ولدت كان عليه أن يرعى سخالها معها، لأنّ العادة في السخال ألا تنفصل عن الأمهات في الرعي^(٤).

١- المكوك: طاس يشرب فيه أعلاه ضيق، ومكيال يسع صاعاً ونصف صاع.

٢- قارن المبسوط ٣: ٢٥٠.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- قارن المبسوط ٣: ٢٥١.

إذا اكترى بهيمة ليقطع بها مسافة معلومة، فأمسكها قدر قطع تلك المسافة ولم يسيرها فيها، استقرت عليه الأجرة، فإذا انقضت المدة في الإجارة، استوفى المكترى حقه أو لم يستوف، وهل يصير ضامناً بعد مضيّ المدة وقبل تسليمها إلى صاحبها من غير أن يطلبها صاحبها أم لا ؟ قال قوم: يصير ضامناً ويجب عليه الرد، وقال آخرون: لا يصير ضامناً، ولا يجب عليه الرد إلا بعد مطالبة صاحبها بالرد، لأنّ هذه أمانة فلا يجب ردّها إلا بعد المطالبة مثل الوديعة، وهذا الذي يقوى عندي، لأنّ الأصل براءة الذمة، فمن شغلها بشيء يحتاج إلى دليل، واختار شيخنا أبو جعفر في مبسوطه^(١) القول الأوّل واحتج بأن قال: وإنّا قلنا ذلك لأنّ ما بعد المدة غير مأذون له في امساكها، ومن أمسك بغير إذن صاحبه وأمكته الرد فلم يردّ ضمن.

ثمّ قال: وفي الناس من قال: لا يضمن ولا يجب عليه الردّ، وأكثر ما يلزمه أن يرفع يده عن البهيمة إذا أراد صاحبها أن يسترجعها، لأنّها أمانة في يده فلم يجب عليه ردها مثل الوديعة،^(٢) وهذا الذي اخترناه وهو الصحيح، فأما ما تمسّك به شيخنا رحمته الله في نصره ما ذهب إليه واختاره بما ذكر، فبعيد ويعارض بالرهن، إذا قضى الرّاهن الدين، ولم يطالب بردّ الرهن وهلك، فلا خلاف أنّ المرتهن لا يكون ضامناً، وإن كان قال للمرتهن: أمسك هذا الرهن إلى أن أسلم

١- المبسوط ٣: ٢٤٩.

٢- المصدر السابق نفسه.

إليك حقك، فقد أذن له في إمساكه هذه المدة، ولم يأذن فيها بعدها نطقاً، بل بقي على أمانته على ما كان أولاً فكذلك في مسألتنا.

لا يجوز إجارة الأرض للزراعة ببعض ما يخرج منها، لأن ذلك غرر.

قد قلنا إنه إذا اختلف المكثري والمكثري في قدر الأجرة فالقول قول المكثري مع يمينه، فأما قدر الانتفاع والمدة فالقول قول المكثري مع يمينه، لأنه المدعى عليه بخلاف الأجرة، لأن المكثري في الأجرة يكون مدعياً فيحتاج إلى بيّنة، والمكثري يكون مدعى عليه فالقول قوله مع يمينه.

ذكر شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه فقال: مسألة، إذا استأجره ليخيط له ثوباً بعينه، فقال: إن خطت اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً فلك نصف درهم، صح العقد فيهما، فإن خاطه في اليوم الأول كان له الدرهم، وإن خاطه في الغد كان له نصف درهم^(١).

وقال أيضاً رحمه الله: إذا استأجره لخياطة ثوب وقال: إن خطته رومياً - وهو الذي يكون بدرزين - فلك درهم، وإن خطته فارسياً - وهو الذي يكون بدرز واحد - فلك نصف درهم صح العقد^(٢).

قال محمد بن إدريس: ما ذكره شيخنا رحمه الله في المسألتين غير واضح، والذي تقتضيه أصول مذهبنا: أن الإجارة باطلة، لأن الأجرة غير معينة ولا مقطوع عليها وقت العقد، ولأن المؤجر لم يستحق على المستأجر في الحال عملاً بعينه،

١- الخلاف ١: ٧١٩.

٢- المصدر السابق نفسه.

فهو بالخيار في ذلك، ومن شرط صحة الإجارة استحقاق عمل مخصوص على المستأجر للمستأجر، وعقد الإجارة على هذا التحرير باطل، فإن عمل كان له أجره المثل، ولأن عقد الإجارة حكم شرعي، يحتاج في ثبوته إلى دليل شرعي، فمن أثبتته يحتاج إلى دليل، والأصل براءة الذمة، وإن قلنا هذه جعالة كان قوياً، فإذا فعل الفعل المجعول عليه استحق الجعل^(١)، كرجل قال: من حج عني فله دينار، فهذه جعالة بلا خلاف.

فأما ما تمسك شيخنا أبي جعفر في صحة المسألتين فإنه قال: دليلنا إن الأصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل، وقوله **إثباتاً**: «المؤمنون عند شروطهم» وفي أخبارهم ما يجري مثل هذه المسألة بعينها منصوصة، وهي أن يستأجر منه دابة على أن يوافي بها يوماً بعينه على أجره معينة، فإن لم يواف بها ذلك اليوم كان أجرها أقل من ذلك، وإنّ هذا جائز، وهذه مثلها بعينها سواء^(٢). هذا آخر استدلال شيخنا.

١- قال العلامة الحلي في المختلف ٣: ٨ رداً على المصنف: وليس بجيد لتطرق الجهالة في الجعل فيجب عليه أجره المثل، ورد العلامة على مختار المصنف في تصحيحه بصورة الجعل بقوله: (ليس بجيد لتطرق الجهالة في الجعل) غريب منه، لأن الجهالة إنما تنافي استحقاق المردد في عقد الإجارة للزوم التعيين حين الاستحقاق، وهو قبل إيجاد العمل في مورد الإجارة، أما في مورد الجعالة فلا استحقاق إلا بعد العمل، ومعه يتعين القدر المجعول له بتعين أحد فردي العمل، في الثوب بفعل الخياطة، فأين الجهالة للجعل المستحق عليه بعد العمل في الجعالة حتى تنتقل إلى أجره المثل.

وما ذكره ليس فيه دليل يُدفع به خصم، أما قوله الأصل جواز ذلك، بل الأصل براءة الذمة، فمن شغلها بأمر شرعيات، وعقود لازمات، والعقد حكم شرعي لا عقلي، يحتاج مثبتته إلى دليل شرعي، والأصل أن لا عقد، وأما قوله: المؤمنون عند شروطهم، فهو إذا كان الشرط شرعياً، لا يمنع منه كتاب ولا سنة، والسنة منعت من الشروط التي تفضي إلى الغرر، فأما قوله: وفي أخبارهم ما يجري مثل هذه المسألة بعينها منصوصة، فمذهبنا ترك القياس، هذا لو كانت المسألة المنصوصة مجمعة عليها، فكيف وهذا خبر من أخبار الآحاد، وقد قلنا ما عندنا فيه فيما مضى، فلا وجه لإعادته.

إذا استؤجر على الكتابة والنسخ، فإن المداد والأقلام على الناسخ، لأنه استؤجر على تحصيل هذا العمل، ولا يصح له هذا العمل إلا بالقلم والمداد، وكذلك من استؤجر على خياطة ثوب، فإن الخيوط تجب على الخياط، لأن هذا العمل لا يمكن تحصيله إلا بالخيوط والإبرة، وكذلك من استؤجر على نساجة ثوب، فإن الحشو على الخائنك، لمثل ما قلناه، وكذلك الغسال عليه الصابون، والأشنان أو ما يزيل الوسخ ويبيض الثوب.

وقال شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه: تجوز إجارة الدراهم والدنانير^(١).

١- الخلاف ١: ٧٢٠، وسبق هذا من المؤلف فيما مرّ، والإشارة إلى مناقشة العلامة الحلي له

قال محمد بن إدريس: وهذا غير واضح لأنه بلا خلاف بيننا لا يجوز وقف الدراهم والدنانير، لأن الوقف لا يصح إلا في الأعيان التي يصح الانتفاع بها مع بقاء أعيانها، على ما نبينه في كتاب الوقف إن شاء الله، فإذا جاز عنده عليه السلام إجارتها جاز وقفها، وهو لا يجوز.

وأيضاً كان يلزم من هذا أن من غصب رجلاً مائة دينار، وبقيت في يد الغاصب سنة ثم ردّها على المغصوب منه أن يلزمه الحاكم بأجرتها مدة السنة، لأن المنافع عندنا تضمن بالغصب، وهذا لا يقوله أحد منّا ولا من الأمة.

وقال عليه السلام في مسائل خلافه: وأيضاً لا يجوز إجارة حائط مزوّق أو محكم للنظر إليه والتفرّج به والتعلّم منه^(١).

قال محمد بن إدريس: ينبغي أن يقال: إن هذا إذا كان فيه غرض وهو التعلّم من البناء المحكم تجوز الإجارة، كما تجوز إجارة كتاب فيه خط جيد للتعلم منه لأن فيه غرضاً صحيحاً، ولأنه لا مانع يمنع منه^(٢).

* * *

١- الخلاف ١: ٧١٦.

٢- رد العلامة الحلي في المختلف ٣: ٨ على المصنّف بقوله: وقول الشيخ جيّد لأنها منفعة ليس للمالك منع المتفع بها فلا يصح إجارتها، كاستغلال بالحائط، وفرق بين المزوّق والكتاب، لأن في الكتاب يتصرّف المستأجر بالقلم والتقليب، بخلاف صورة النزاع، ولو فرض عدمها لم يصح الإجارة كالحائط.

(٢٣)

باب الغصب

وتحريم الغصب معلوم بأدلة العقل والكتاب والسنة والإجماع^(١).

فإذا ثبت ذلك فالأموال على ضربين: ما له مثل، وما ليس له مثل، فما له مثل هو الذي يتساوى قيمة أجزائه مثل الحبوب والأدهان والتمور وغير ذلك، والذي لا مثل له ما لا يتساوى أجزاؤه أي لا تتساوى قيمة أجزائه^(٢).

فمن غصب شيئاً له مثلٌ وجب عليه ردّه بعينه، فإن تلف فعليه مثله، بدليل قوله تعالى: ﴿فَمَنْ ارْتَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ارْتَدَّى عَلَيْكُمْ﴾^(٣) لأن المثل يعرف مشاهدة، والقيمة يرجع فيها إلى الاجتهاد، والمعلوم مقدّم على المجتهد فيه^(٤).

فإن أعوز المثل أخذت القيمة، فإن لم يقبض القيمة بعد الإعواز حتى

١- قارن المبسوط ٣: ٥٩.

٢- قارن الغنية: ٧٧.

٣ البقرة: ١٩٤.

٤- المصدر السابق نفسه.

مضت مدّة اختلفت القيمة فيها ، كان له المطالبة بالقيمة وقت الإقباض وحينه ، لا حين الإعواز ، وإن كان قد حكم له بها الحاكم حين الإعواز ، لأنّ الذي ثبت في ذمته المثل ، بدليل أنّه متى زال الإعواز قبل القبض طوّل بالمثل ، وحكم الحاكم بالقيمة لا ينقل المثل إليها ، وإذا كان الواجب المثل ، اعتبر بدل مثله حين قبض المبدل ، ولم ينظر إلى اختلاف القيمة بعد الإعواز ولا قبله^(١).

وإذا غصب ما لا مثل له ومعناه ما قدّمناه كالثياب والرقيق والأخشاب والحديد والرصاص وغير ذلك وجب أيضاً ردّه بعينه ، فإن تعذّر ذلك بتلفه وهلاكه ، وجب قيمته لأنّه لا يمكن الرجوع فيه إلى المثل ، لأنّه إن ساواه في القدر خالفه في الثقل ، وإن ساواه فيهما خالفه من وجه آخر ، فإذا تعذّرت المثلّة كان الاعتبار بالقيمة ، ويحتجّ على المخالف بما رَوَاهُ من قوله **عَلَيْهِ السَّلَامُ** : «من أعتق شقصاً من عبد قُوم عليه» فأوجب **عَلَيْهِ السَّلَامُ** القيمة دون المثل^(٢).

ويضمن الغاصب ما يفوت من زيادة قيمة المغمصوب بفوات الزيادة

١- الخلاف ١ : ٦٧١ .

٢- قارن الغنية : ٧٧ .

والحديث في بعض المصادر بلفظ «من أعتق شركاً» وفي بعضها (شقيصاً) راجع مجمع الزوائد وغيره . غير أنّ ابن رشد أورده في بداية المجتهد ٢ : ٣١٢ كما في المتن ، ورواه المحدث السوري في المستدرك ١٥ : ٤٦١ بلفظ «من أعتق شقصاً له من مملوك وله مال قُوم عليه الباقي» والمراد بالشقص والشرك والشقيص : الحصة والنصيب .

الحادثة فيه لا بفعله، كالسمن، والولد، وتعلّم الصنعة، والقرآن، سواء ردّ المغصوب أو مات في يده، لأنّ ذلك حادث في ملك المغصوب منه لأنّه لم يزل بالغصب، وإذا كان كذلك فهو مضمون على الغاصب، لأنّه حال بينه وبينه، فأما زيادة القيمة لارتفاع السوق فغير مضمونة مع الردّ للعين المغصوبة، لأنّ الأصل براءة الذمّة، وشغلها يحتاج إلى دليل شرعي، فإن لم يردّها حتى هلكت العين لزمه ضمان قيمتها بأكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف، لأنّه إذا أدى ذلك برئت ذمّته بيقين، وليس كذلك إذا لم يؤدّه^(١).

وإذا صبغ الصباغ الغاصب الثوب بصبغ يملكه فزادت لذلك قيمته، كان شريكاً فيه بمقدار الزيادة وله قلع الصبغ لأنّه عين ماله، بشرط أن يضمن ما ينقص من قيمة الثوب، لأنّ ذلك يحصل بجنائه^(٢).

ولو ضرب النقرة دراهم، والتراب لبناً، ونسج الغزل ثوباً، وطحن الحنطة، وخبز الدقيق، فزادت القيمة بذلك لم يكن له شيء، ولا يستحق الغاصب بفعله لجميع ذلك على المغصوب شيئاً، لا أجرة ولا غيرها لأنّ هذه آثار أفعال، وليست أعيان أموال، ولا تدخل العين المغصوبة بشيء من هذه الأفعال في ملك الغاصب، ولا يجبر صاحبه على أخذ قيمته، لأنّ الأصل ثبوت ملك المغصوب منه، ولا دليل على زواله بعد التغير.

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

ويحتج على المخالف بقوله **إِنَّمَا**: «على اليد ما قبضت حتى تؤذي»^(١)
وقوله: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»^(٢).

ومن غصب زيتاً فخلطه بأجود منه، فالغاصب بالخيار بين أن يعطيه من ذلك، ويلزم المغصوب منه قبوله، لأنه تطوع له بخير من زيتة، وبين أن يعطيه مثله من غيره، لأنه صار بالخلط كالمستهلك، وإن خلطه بأردى منه، لزمه أن يعطي من غير ذلك، مثل الزيت الذي غصبه، ولا يجوز أن يعطيه منه^(٣).

وإن خلطه بمثله فهو مثل المسألة الأولى، إن شاء أعطاه من الزيت المخلوط، وإن شاء الغاصب أعطاه من غيره مثل زيتة، لأنه كالمستهلك.

وقال بعض أصحابنا^(٤): إنه يكون شريكه، والأوّل هو الذي تقتضيه أصول المذهب، لأنّ عين الزيت المغصوب قد استهلك، لأنه لو طالبه برده بعينه لما قدرت على ذلك.

ومن غصب حباً فزرعه، أو بيضة فأحضرها، فالزرع والفروج لصاحبهما

١- المذكور في المصادر الحديثة: «على اليد ما أخذت حتى تؤذي» أو (حتى تؤديه)، لاحظ مستدرك الوسائل ١٧: ٨٨، ط مؤسسة آل البيت، وكتب السنن عند العامة لابن ماجة: ٢٤٠٠، والترمذي: ١٢٦٦، وأبي داود: ٣٥٦١، والبيهقي ٩٥: ٦.

٢- المصدر السابق نفسه. رواه أحمد في المسند ٥: ٧٢، والدارقطني في السنن ٣: ٢٦ ومنا المحدث النوري في مستدرك الوسائل ١٧: ١٨ بتفاوت يسير.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- لا يبعد أن يكون المراد به ابن زهرة حيث قال ذلك في الثغنية: ٧٧.

دون الغاصب، لأننا قد بينّا أنّ المغضوب لا يدخل في ملك الغاصب بتغيّره^(١) خلافاً لأبي حنيفة، لأنّه لا يخرج بالغصب عن ملك المغضوب منه.

وإذا كان باقياً على ملك صاحبه، فنهاؤه المنفصل والمتصل جميعاً لصاحبه^(٢)، وهذا لا خلاف فيه بين أصحابنا، لأنّه الذي تقتضيه أصولهم، ويحكم به عدل أهل البيت^(٣).

واختار شيخنا أبو جعفر الطوسي^(٤) في الجزء الثاني من مسائل خلافه مذهب أبي حنيفة وقوّاه، فقال: مسألة، إذا غصب حباً فزرعه أو بيضة فاحتضنها لدجاجة، فالزّرع والفروج للغاصب، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: هما معاً للمغضوب منه، وقال المزي: الفروج للمغضوب منه، والزّرع للغاصب.

دلّلنا أنّ عين الغصب قد تلفت، وإذا تلفت فلا يلزم غير القيمة، ومن يقول في الفروج هو عين البيض وأنّ الزّرع هو عين الجثّة مكابرة، على المعلوم خلافه^(٥)، هذا آخر كلام شيخنا في نصرته خيره.

قال محمّد بن إدريس: ألا تراه^(٦) لم يستدلّ بإجماع الفرقة، ولا بالأخبار على عادته، بل تمسّك بشيء لا فرج لمعتمده، ولو سلّمنا له أنّ الزّرع غير الحب، فبأيّ شيء ملك الجميع، أو المتولّد عن العين المغصوبة، الغاصب بإقرار أو هبة

١- قارن الغنية: ٧٧.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- الخلاف ١: ٦٨٢.

أو بيع أو يارث ؛ بل هذا نفس مذهب أبي حنيفة الذي يردّه عليه ويُنَازِرُه عليه شيخنا أبو جعفر على فساده بأنّ بالتغيير لا يملك الغاصب المَغْصُوب، بل الملك باقٍ على ربّه، وتولّد عنه ما تولّد ونما ما نما على ملك صاحبه حصلت جواهر النماء فلا يستحقّها أحد سوى صاحبه.

ثمّ إنّ شيخنا أبا جعفر ذكر ذلك في كتاب العارية في مبسوطه وما ينقض قوله، ويردّه به على نفسه، وهو أن قال:

إذا كان له حبوب فحملها السيل إلى أرض رجل فنبتت فيها، كان ذلك الزرع لصاحب الحب، لأنّه عين ماله، كما قلنا فيمن غصب حباً فزرعه، أو بيضاً فحضرها عنده وفرّخت، فإنّ الزرع والفروج للمغصوب منه لأنّها عين ماله^(١)، هذا آخر كلامه عليه السلام في مبسوطه، فقد دخل الله في جملة من يكابر لأنّه قال: هناك من قال: إنّ الفروج عين البيض، والزرع هو عين الحب مكابر، بل المعلوم خلافه، وقال: ها هنا الزرع والفروج للمغصوب منه، لأنّها عين ماله.

ورجع شيخنا عمّا اختاره من مذهب أبي حنيفة في موضع آخر في مسائل خلافه في الجزء الثالث في كتاب الدعاوي والبيّنات، فقال: مسألة، إذا غصب رجل دجاجة فباضت بيضتين، فأحضنتهما هي أو غيرها، بنفسها أو بفعل الغاصب، فخرج منها فروجان، فالكلّ للمغصوب منه، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إن باضت عنده بيضتين، فأحضنت الدجاجة واحدة منهما،

ولم يتعرض الغاصب لها، كان للمغصوب منه ما يخرج منها، وإن أخذ الأخرى فوضعها تحتها أو تحت غيرها وخرج منها فروج، كان الفروج للغاصب، وعليه قيمته.

دليلنا أن ما يحدث عند الغاصب عن العين المغصوبة فهي للمغصوب منه، لأن الغاصب لا يملك بفعله شيئاً، ومن ادعى أنه إذا تعدى ملكه فعله الدلالة، لأن الأصل بقاء الملك للمغصوب منه^(١)، هذا آخر كلامه في المسألة.

وقال السيد المرتضى رحمته الله في المسائل الناصريات - ويعرف أيضاً بالطبريات - في المسألة الثانية والثمانين والمائة: من اغتصب بيضة فحضرها فأخرجت فرخاً أو حنطة فزرعها فنبتت، فالفرخ والزرع لصاحبها دون الغاصب، هذا صحيح، وإليه يذهب أصحابنا، وعليه الإجماع المتكرر، وأيضاً فإن منافع الشيء المغصوب فهو للمالك دون الغاصب، لأنه بالغصب لم يملكه، فما تولد من الشيء المغصوب فهو للمالك دون الغاصب، وهذا واضح^(٢)، هذا آخر المسألة من كلام السيد المرتضى رحمته الله.

ألا ترى أرشدك الله إلى قوله: وإليه يذهب أصحابنا، ثم قال: والإجماع المتكرر، فما خالف منه سوى شيخنا أبي جعفر في بعض أقواله، وهو محجوج بقوله الذي حكيناه عنه في الجزء الثالث من مسائل خلافه، فإذا لم يكن على

خلاف ما ذهبنا إليه إجماع، ولا دليل عقل، ولا كتاب، ولا سنة، بل دليل العقل قاض بما اخترناه، وكذلك الكتاب والسنة والإجماع، فلا يجوز خلافه.

ومن غضب ساحة فأدخلها في بنيانه لزمه ردّها، وإن كان في ذلك قلع ما بناه في ملكه لمثل ما قدّمناه من الأدلة^(١) من قوله **عَلَيْهِ** : «لا يحل مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفس منه» وقوله **عَلَيْهِ** : «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي».

وكذا لو غضب لرحاً فأدخله في سفينة، ولم يكن في ردّه هلاك ماله حرمة، وعلى الغاصب أجرة مثل ذلك من حين الغصب إلى حين الرد، لأنّ الخشب يستأجر للإنتفاع به^(٢).

وكلّ منفعة تملك عقد الإجارة كمنافع الدار والدابة والعبد وغير ذلك فإنّها تضمن بالغصب بدليل قوله تعالى: **(فَمَنْ اغْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اغْتَدَى عَلَيْكُمْ)** والمثل قد يكون من حيث الصورة، ومن حيث القيمة، وإذا لم يكن للمنافع مثل من حيث الصورة وجبت القيمة^(٣).

وإذا غضب أرضاً فزرعها ببذر من عنده وماله، وغرسها كذلك، فالزرع والشجر له، لأنّه عين ماله، وإنّما تغيّرت صفته بالزيادة والنماء، على ما قدّمناه وحرّرناه، وعليه أجرة الأرض، لأنّه قد انتفع بها بغير حق، فصار غاصباً

١- قارن الغنية: ٧٧.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

للمنفعة، فيلزمه ضمانها وعليه أرش نقصانها إن حصل بها نقص، لأن ذلك حصل بفعله^(١).

ومتى قلع الشجر فعليه تسوية الأرض، وكذا لو حفر بشراً أجبر على طمها، وللغاصب ذلك وإن كره مالك الأرض، لما في تركه من الضرر عليه، بضمان ما يتردى فيها^(٢)، هكذا ذكره بعض أصحابنا^(٣).

والأولى عندي أن صاحب الأرض إن رضي بعد حفره بالحفر ومنعه من الطم فله المنع، ولا يكون الحافر ضامناً لما يقع فيها، لأن صاحب الأرض قد رضي فكأنها أمره بحفرها ابتداءً.

ومن حلّ دابة فشردت، أو فتح قفصاً فذهب ما فيه لزمه الضمان، سواء كان ذلك عقيب الحلّ والفتح أو بعد أن وقفاً، لأن ذلك كالسبب في الذهاب، ولولاه لما أمكن، ولم يحدث سبب آخر من غيره، فوجب عليه الضمان.

ولا خلاف أنه لو حلّ رأس الزق، فخرج ما فيه وهو مطروح لا يمسك ما فيه من غير الشدّة، لزمه الضمان^(٤).

وقال بعض أصحابنا: ولو كان الزق قائماً مستنداً، وبقي محلولاً حتى

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- قال ذلك ابن زهرة في الغنية: ٧٧.

٤- قارن الغنية: ٧٧.

حدث به ما أسقطه من ربح أو زلزلة أو غيرهما فاندفق ما فيه، لم يلزمه الضمان، لأنه قد حصل هاهنا مباشرة وسبب من غيره^(١).

ومن غصب عبداً فأبق أو بعيراً فشرّد، فعليه قيمة ذلك، فإذا أخذها صاحب العبد أو البعير فقد ملكها بلا خلاف^(٢).

ولا يملك الغاصب العبد، فإن عاد انفسخ الملك عن القيمة ووجب ردّها وأخذ العبد، لأنّ أخذ القيمة إنّما كان لتعذّر العبد، والحيلولة بين مالكة وبينه، ولم يكن عوضاً عنه على وجه البيع، لأنّا قد بيّنا أنّ ملك القيمة يتعجّل هاهنا، وملك القيمة بدلاً عن العين الفاتنة بالإباق لا يصحّ على وجه البيع، لأنّ ذلك يكون فاسداً عندنا على ما قدّمناه وعند المخالف أيضاً، وعند بعض المخالفين يكون البيع موقوفاً على أنّه إن عاد العبد تسلّمه المشتري، وإن لم يعد ردّ البائع الثمن، ولما ملكت القيمة هاهنا والعبد أبق، ولم يخبر الرجوع بها مع تعذّر الوصول إلى العبد، ثبت أنّ ذلك ليس على وجه البيع^(٣).

إذا غصب طعاماً أو تمرّاً فسوّس كان عليه أرش ما نقص، ولا يجب عليه المثل، لأنّه لا مثل لما نقص، فكان الضمان بالأرش^(٤).

١- قال ذلك ابن زهرة في الغنية: ٧٧.

٢- قارن الغنية: ٧٨.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- قارن المبسوط ٣: ٦٠.

إذا غصب ما لا مثل له، فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون من جنس الأثمان أو من غير جنسها، فإن كان من غير جنسها كالثياب والخشب والعقار ونحو ذلك من الأواني، فكلّ هذا وما في معناه مضمون بالقيمة، فإذا ثبت أنّه مضمون بالقيمة، فإذا تلف كان عليه قيمته، فإن تراخى وقت القبض لم يكن له إلاّ القيمة التي ثبتت في ذمّته حين التلف^(١).

وإن جنى على هذا جناية فأتلف البعض، مثل خرق الثوب أو كسر الآنية على وجه ينتفع بها فيما بعد، فعليه ما نقص، وهو أرش ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً، لا شيء له غيره^(٢).

فإن كان من جنس الأثمان لم يخل من أحد أمرين: إما أن يكون فيه صنعة أو لا صنعة فيه، فإن كان ممّا لا صنعة فيه، فله مثله وأرش النقص، سواء كان من جنسه أو لا يكون من جنسه، لأنّ هذا ليس ببيع حتى يقال أنّه ربا^(٣).

فإذا كان فيها صنعة فإمّا أن يكون استعمالها مباحاً أو محظوراً، فإن كان استعمالها مباحاً كحليّ النساء وحليّ الرجال مثل الخواتيم والمنطقة، وكان وزنها مائة وقيمتها لأجل الصنعة مائة وعشرون، فإن كان غالب نقد البلد من غير جنسها قومت به، لأنّه لا ربا فيه.

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

وإن كان غالب نقد البلد من جنسها، مثل إن كانت ذهباً وغالب نقده ذهب، قيل فيه قولان: أحدهما يقوم بعين جنسها ليسلم من الربا، والقول الآخر - وهو الصحيح - أنه يجوز، لأن الوزن بحذاء الوزن، والفضل في مقابلة الصنعة، لأن الصنعة لها قيمة غير أصل العين، بدليل أنه يصح الاستئجار على تحصيلها، ولأنه لو كسره إنسان فعادت قيمته إلى مائة كان عليه أرش النقص، فثبت بذلك أن الصنعة لها قيمة في المتلفات، وإن لم يكن لها قيمة في المعاوضات^(١).

وإن كان استعمالها حراماً وهي آتية الذهب والفضة، قيل فيه قولان: لأن أحدهما اتخاذاً مباح والمحرم الاستعمال، والثاني محظوراً، لأنها إنما تتخذ للإستعمال، فمن قال اتخاذاً حرام - وهو الصحيح - قال: تسقط الصنعة وكانت كالتي لا صنعة فيها، وقد مضى حكمها^(٢).

فأما الحيوان فعلى ضربين: آدمي وغير آدمي، فأما غير الآدمي فهو كالثياب وما لا مثل له، فإن أتلّفها فكالمال القيمة، وإن جنى عليها فقيمة ما نقصت يقوم بعد الإندمال، فيكون عليه ما بين قيمته صحيحاً قبل الإندمال وجريماً بعد الإندمال، فهو كالثياب سواء، وإنما يختلفان من وجه واحد، وهو أن الجناية على الثياب لا تسري إلى باقيه، والجناية على البهيمة تسري إلى نفسها، ولا يختلف باختلاف المالكين، ولا باختلاف المملوك والمالك^(٣).

١- قارن المبسوط ٣: ٦١.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- قارن المبسوط ٣: ٦٢.

فعلى هذا التحرير سواء كانت البهيمه للقاضي أو لغير القاضي، وهذا الذي يقوى في نفسي، لأنّ الحاق أحكام البهائم في الجنايات والأرث والديّات والمقدّرات ببني آدم يحتاج إلى دليل قاطع للعدر، ولا يرجع في مثل ذلك إلى أخبار الآحاد، لأنّه قد روي في بعض الأخبار أنّ في عين البهيمه ربع قيمتها.

وقال شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه: نصف قيمتها^(١) وربع قيمتها، ذكره في نهايته^(٢) واختار في مبسوطه^(٣) ما ذهبنا إليه، ورجع عمّا ذكره في الكتابين المشار إليهما، وهو الصحيح الذي تقتضيه أصول المذهب، لأنّه جنى على مال فنقص بجنايته، فيجب عليه أرش ما نقص، من غير زيادة ولا نقصان.

إذا غصب عبداً قيمته ألف فخصاه، فبلغ ألفين ردّه قيمة الخصيتين، لأنّه ضمان مقدر^(٤) وقيمتها قيمة العبد.

المقبوض عن بيع فاسد:

لا يملك بالبيع الفاسد شيء، ولا ينتقل به الملك بالعقد، فإذا وقع القبض لم يملك به أيضاً، لأنّه لا دليل عليه، وإذا لم يملك به كان مضموناً^(٥).

١- الخلاف ١: ٦٧٢.

٢- النهاية: ٧٨١.

٣- المبسوط ٣: ٦٢.

٤- قارن المبسوط ٣: ٦٤.

٥- المصدر السابق نفسه.

فإن كان المبيع قائماً ردّه، وإن كان تالفاً ردّ بدله إن كان له مثل، وإلا قيمته، لأنّ البائع دخل على أن يسلم له الثمن المسمّى في مقابلة ملكه، فإذا لم يسلم له المسمّى اقتضى الرجوع إلى عين ماله^(١).

فإذا ثبت هذا كلّهُ، فالكلام في الأجرة والزيادة في العين، فأما الأجرة فإن كان لها منافع تستباح بالإجارة كالعقار والثياب والحيوان فعليه أجرة المثل مدّة بقائها عنده^(٢).

فأما الكلام في الزيادة كالسمن وتعليم القرآن، وتعلّم الصنعة، فهل يضمن ذلك أم لا؟ فالصحيح أنّه يضمنها^(٣).

ومن غصب جارية حاملاً ضمنها وحملها^(٤).

إذا غصب جارية فوطئها الغاصب، فإنّ جملة الأمر وعقد الباب: أنّه إذا زنى الرجل بامرأة فلا يخلو إما أن تكون جارية لغيره أو حرّة، فإن كانت جارية للغير فلا يخلو أن تكون ثيباً أو بكرأ، فإن كانت ثيباً، فلا يخلو إما أن تكون مكرهة أو مطاوعة، فإن كانت مطاوعة فلا شيء لسيدّها على الزاني، لأنّ الرسول ﷺ نهى عن مهر البغي، وإن كانت مكرهة فيجب على الزاني لسيدّها مهر أمثالها.

وذهب بعض أصحابنا إلى أنّ عليه نصف عشر قيمتها، والأوّل هو

١- قارن المبسوط ٣: ٦٥.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

الصحيح، لأنّ ذلك ورد فيمن اشترى جارية ووطئها، وكانت حاملاً وأراد ردّها على بائعها، فإنّه يردّ نصف عشر ثمنها، ولا يقاس عليه غير ذلك.

فأمّا إن كانت بكرًا، فلا يخلو إما أن تطاوع أو تغصب وتكره على الفِعال، فإن كانت مكروهة فعليه مهر أمثالها، وعليه ما نقص من قيمتها قبل افتضاضها، يجمع بين الشئطين بين المهر وما نقص من القيمة من الأرض لأنّها غير بغية، وإن كانت مطاوعة فلا يلزم المهر، بل يجب عليه ما نقص من قيمتها من الأرض، والمهر لا يلزم لأنّها هاهنا بغية، والرسول ﷺ نهى عن مهر البغية.

فأمّا إن كانت المزني بها حرّة، فإن كانت ثيباً وكانت مطاوعة عاقلة فلا شيء لها على الزاني بها، وإن كانت مكروهة فيجب عليه مهر أمثالها، لأنّها غير بغية، وإن كانت بكرًا وكانت مطاوعة فلا شيء لها، وإن كانت مكروهة فلها مهر نسائها فحسب.

إذا غصب خفين قيمتهما عشرة، فتلف أحدهما، وكانت قيمة الباقي ثلاثة رده قيمة الثالف خمسة، وما نقص بالتفرقة وهو درهماً، فيردّ الباقي ومعه سبعة لأنّ التفرقة جناية منه، فيلزمه ما نقص بها^(١).

إذا غصب داراً أو دابة سكنها أو لم يسكنها، ركبها أو لم يركبها، ومضت مدّة يستحق بمثلها أجرة، لزمه الأجرة^(٢) لأنّ المنافع تضمن بالغصب عندنا.

١- قارن المبسوط ٣: ٧٢.

٢- المصدر السابق نفسه.

فإن غضب عصيراً فصار خمرأ ثم صار خلاً، ردّ الخل بحاله، وليس عليه بدل العصير، لأنّ هذا عين ماله، فإن كان قيمة الخلّ قيمة العصير أو أكثر ردّه ولا شيء عليه، وإن كان أقلّ من ذلك ردّه وما نقص من قيمة العصير^(١).

إذا غضب جارية فهلكت فعليه أكثر ما كانت قيمتها، من حين الغضب إلى حين الهلاك والتلف، فإن اختلفا في مقدار القيمة، فالقول قول الغاصب مع يمينه، لأنّ الأصل براءة ذمته، ولقوله عليه السلام: «البينة على المدّعي واليمين على المدّعي عليه» والغاصب منكر^(٢).

وإن اختلفا فقال الغاصب: كانت معيبة برصاء أو جذماء أو غير ذلك، فالقول قول المالك، لأنّ الأصل السلامة، والغاصب مدّعي خلاف الظاهر^(٣).
فإن كان العكس من هذا، فقال السيّد: كانت صانعة أو تقرأ القرآن، فأنكر الغاصب ذلك، فالقول قول الغاصب، لأنّ الأصل ألاّ صنعة ولا قراءة^(٤).

إذا غضب منه مالا مثلاً بمصر، فلقية بمكة فطالبه به، فإن كان المال له مثل، فله مطالبته، سواء اختلفت القيمة في البلدين أو اتفقت، وإن كان لا مثل له، فله مطالبته بقيمته يوم الغضب دون يوم المطالبة.

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن المبسوط ٣: ٧٥.

٣- قارن المبسوط ٣: ٧٦.

٤- المصدر السابق نفسه.

إذا أهلكه وأتلفه في يوم غضبه، فإن بقي في يده، فعليه أكثر القيم إلى يوم الهلاك، فأما ما له مثل فعليه مثل يوم المطالبة، تغيرت الأسعار أو لم تتغير، فإن أعوز المثل فله قيمة يوم إقباضها، هذا تحقيق القول والذي تقتضيه أصول مذهبنا، وقد ذكر شيخنا أبو جعفر في مبسوطه^(١) تفاصيل مذهب المخالفين، ونقله ابن البراج في تصنيفه^(٢) على غير بصيرة، ولأن المغصوب منه لا يجب عليه الصبر إلى حين العود إلى مصر، بل يجب على الغاصب ردّ مثل الغصب إن كان له مثل، أو قيمته إن لم يكن له مثل، فإنّ هذا الذي يقتضيه عدل الإسلام والأدلة، ولا يعرّج إلى اختلافه بالآراء والاستحسان.

والكلام في القرض كالكلام في الغصب سواء لا يفرقان، وكذلك الكلام إن كان الحق وجب له عن سلّم، وقال بعض أصحابنا: لم يكن له مطالبته به بمكة، لأنّ عليه أن يوفيه إياه في مكان العقد^(٣).

والذي ذكره بعض أصحابنا حكاية قول المخالفين، دون أن يكون ذلك قولاً تقتضيه أصول مذهبنا، أو وردت به أخبارنا.

إذا غصب شيئاً لم يملكه، غيره عن صفته التي هو عليها، أو لم يغيره، مثل إن كان حنطة فطحنها، فإنّه لا يملك الدقيق، وإن أخذ من غيره عصيراً

١- المبسوط ٣: ٧٦.

٢- جواهر الفقه، باب مسائل تتعلق بالغصب.

٣- قال بذلك الشيخ الطوسي في المبسوط ٣: ٧٧.

فاستحال خمرأ، ثم استحال خلاً في يده ردة عليه، لأنه عين ماله، ولا يملكه بتغيره واستحالته في يده على ما قدمناه^(١).

ما يتسلم على طريق السوم فإنه مضمون على الآخذ له، أو على أنه بيع صحيح فكان فاسداً أو عارية بشرط الضمان، أو بلا شرط الضمان، ويكون العارية فضة أو ذهباً^(٢).

وإذا غصب خبزاً فأطعمه مالكة من غير إعلام له أنه خبزه، وجب عليه الضمان، فإن كان الأكل غير مالكة ولم يعلمه بأنه غصب، كان المغصوب منه بالخيار بين أن يرجع على الغاصب أو على الآكل، فإن رجع على الغاصب، فلا يرجع الغاصب على الآكل، وإن رجع على الآكل، فللاكل الرجوع على الغاصب، لأنه غره.

وكذلك إذا غصب حطباً فاستدعى مالكة فقال له: اسجر به التنور، أو غير صاحبه، مثل الخبز حرفاً فحرفاً - اسجر به التنور: بالسجين غير المعجمة، يقال: سجرت التنور أو سجره سجرأ، إذا أحيمته، وسجرت النهر ملأته، ومنه البحر المسجور.

إذا غصب شاة فأنزى عليها فحل نفسه، فأنت بولد، كان لصاحب الشاة، ولا حق لصاحب الفحل في الولد، لأن الولد يتبع الأم، وجزء منها ونهاؤها، فان

١- قارن المبسوط ٣: ٨٣.

٢- قارن المبسوط ٣: ٨٩.

كان غصب فحلاً فأنزاه على شاة نفسه، فالولد لصاحب الشاة، وعليه أجرة الفحل عندنا، وإن كان الفحل قد نقص بالضراب، فعلى الغاصب أرش النقصان بتعديده^(١).

وقال شيخنا أبو جعفر في مبسوطه: فأما أجرة الفحل فلا تجب على الغاصب، لأن النبي ﷺ نهى عن كسب الفحل^(٢)، وما ذهبنا إليه هو مذهب أهل البيت ، وما قاله وذكره شيخنا في مبسوطه حكاية مذهب المخالفين، فلا يتوهم متوهم عليه أنه اعتقاده.

إذا غصب عبداً ومات في يده أو قتله هو أو غيره، فللمغضوب منه أكثر ما كانت قيمته إلى يوم الهلاك، وإن تجاوزت قيمته دية الحر، فإما إذا لم يغصبه أو قتله فلا يتجاوز بقيمته دية الحر، فليحظ الفرق بين المسألتين.

إذا كان في يد مسلم خمر أو خنزير، فأتلفه متلف فلا ضمان عليه، مسلماً كان المتلف أو مشركاً، فإن كان ذلك في يد ذمي - وقد أخرجه وأظهره في دروب المسلمين فلا ضمان على المتلف أيضاً، وإن أتلفه في بيته أو بيعته أو كنيسته - فالضمان عليه عندنا، مسلماً كان المتلف أو مشركاً، والضمان هو قيمة الخمر والخنزير عند مستحليهما، ولا يضمن بالثلثية على حال^(٣).

١- قارن المبسوط ٣: ٩٦.

٢- المبسوط ٣: ٩٦.

٣- قارن المبسوط ٣: ١٠٠ بدون ما بين الحاصرتين.

إذا غصب رجل داراً وباعها ثم ملكها الغاصب بميراث أو هبة أو شراء صحيح، ثم ادّعى الغاصب على الذي باعها منه فقال: اشتريت منّي غير ملكي، فالبيع باطل وعليك ردّ الدار، وأقام البائع الغاصب شاهدين بذلك، فهل تقبل هذه الشهادة أم لا؟ نظرت فإن كان البائع قال حين البيع بعتك ملكي سقطت الشهادة، لأنّه مكذّب لها، لأنّه قال حين البيع هي ملكي وأقام البيّنة أنّها غير ملكه فهو مكذّب لها، وإن كان أطلق البيع ولم يقل ملكي قبلت هذه الشهادة، لأنّه قد يبيع ملكه وغير ملكه، فإذا قامت البيّنة أنّها لم تكن ملكاً له لم يكن مكذباً لها فقبلت هذه الشهادة، إلّا أن يكون في ضمن البيع ما يدلّ على أنّها ملكه، مثل إن قال: قبضت ثمن ملكي، أو ملكت الثمن في مقابلة ملكي، فتسقط الشهادة حينئذٍ أيضاً^(١).

إذا ادّعى في يد رجل داراً وقال: غصبته منّي، فأنكر فأقام المدّعي شاهدين، نظرت فإن شهد أحدهما أنّه غصبها يوم الخميس وشهد الآخر أنّه غصبها يوم الجمعة، لم تكمل الشهادة، لأنّها شهادة بغصبين، لأنّ غصبه يوم الجمعة غير غصبه يوم الخميس^(٢).

وهكذا لو شهد أحدهما أنّه غصبها، وشهد الآخر على إقراره بغصبها، لأنّ الغصب غير الإقرار، فإن شهد أحدهما على إقراره بذلك يوم الخميس،

١- قارن المبسوط ٣: ١٠٠.

٢- المصدر السابق نفسه.

وشهد الآخر على الإقرار به يوم الجمعة، كانت الشهادة صحيحة، لأن المقر به واحد، لكن وقع الإقرار به في وقتين^(١).

إذا غصب أمة فباعها، فأحبها المشتري، فإن السيد يرجع على المشتري، وهل يرجع المشتري على البائع أم لا؟ نظرت فكل ما دخل على أنه له بعوض وهو الرقبة، يرجع به على البائع، وكل ما دخل على أنه له بغير عوض، فإن لم يحصل له في مقابلته نفع، وهو قيمة الولد، يرجع به على البائع قولاً واحداً، وإن حصل له في مقابلته نفع، وهو مهر المثل في مقابلة الاستمتاع، فلا يرجع به على البائع^(٢).

وإن رجع على البائع فكلما لو رجع به على المشتري رجع المشتري على البائع فالبائع لا يرجع به عليه، وكلما لو رجع به على المشتري لم يرجع به على البائع، فإذا رجع به على البائع رجع البائع به على المشتري^(٣).

إذا أرسل في ملكه ماءً فسال إلى ملك غيره فأفسده عليه، أو أجاج في ملكه ناراً فتعدت إلى ملك غيره فأحرقته، فالماء والنار سواء ينظر فيه، فإن أرسل الماء في ملكه بقدر حاجته فسال الماء إلى ملك غيره نظرت، فإن كان غير مفترط مثل أن ثقب الفار أو غيره، أو كان هناك ثقب لم يعلم به، فلا ضمان عليه، لأنها سرية

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن المبسوط ٣: ١٠٢.

٣- المصدر السابق نفسه.

عن فعل مباح، فذهب هدرًا^(١).

وهكذا النار إذا أجبها في ملكه فحملها الريح إلى ملك غيره فأتلفتها فلا ضمان عليه، لأنها سراية عن مباح^(٢).

وأما إن أرسل الماء إلى ملكه، وفرط في حفاظه بأن توانى وهو يعلم أنه يطفح إلى ملك غيره فأتلفه كان عليه الضمان، لأنها سراية عن فعل محذور، وهكذا إن أجب ناراً عظيمة في زرعه أو حطبه على سطحه، وهو يعلم أنه في العادة يصل إلى ملك غيره كان عليه الضمان^(٣).

فأما إن أرسل الماء في ملكه بقدر حاجته إليه، وهو يعلم أن الماء ينزل إلى ملك غيره، وأنّ للماء طريقاً إليه فعليه الضمان، لأنه إذا علم أنه يجري إلى ملك غيره وأنه لا حاجز يحجزه عنه، فهو المرسل له، وهكذا النار إذا طرحها في زرعه أو حطبه، وهو يعلم أن زرعه أو حطبه متصل بزرع غيره أو حطب غيره، وأنّ النار تأتي على ملكه وتتصل بملك غيره، فعليه الضمان لأنها سراية حصلت بفعله^(٤).

فإذا ادعى داراً في يد رجل، فاعترف له بدار مبهمه، ثمّ مات المقرّ

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن المبسوط ٣: ١٠٣.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

المعترف، قيل للوارث: بَيِّنْ، فإن لم يبيِّنْ، قيل للمدَّعي: بَيِّنْ أنت، فإن عَيَّن داراً وقال هذه التي ادَّعيتها وقد أقرَّ لي بها، قيل للوارث: ما تقول ؟ فإن قال: صدق، تسلَّم الدار المدَّعي، وإن قال الوارث: ليست هذه الدار له فالقول قول الوارث مع يمينه، فإذا حلف سقط تعيين المدَّعي، وقيل للوارث: نجسك حتى تبَيِّن الدار التي أقرَّ له أبوك بها^(١)، أو تحلف ونجعلك ناكلاً عن اليمين، ويعيِّن المدَّعي الدار، ونردَّ اليمين عليه، ويستحق ما حلف عليه، وإلاَّ أدَّى إلى إبطال حق الأدميين ووقوف الأحكام.

فإن غصب عبداً فردَّه هو أعور، واختلفا فقال سيده: عور عندك، وقال الغاصب: بل عندك، فالقول قول الغاصب، لأنَّه غارم ومدَّعي عليه.

وقال بعض أصحابنا^(٢): فإن اختلفا في هذا العبد وقد مات ودُفن، فالقول قول سيده إنَّه ما كان أعور، والفصل بينهما أنَّه إذا مات ودُفن، فالأصل السلامة حتى يعرف عيبه، فكان القول قول السيّد، وليس كذلك إذا كان حيّاً، لأنَّ العور موجود مشاهد، فالظاهر أنَّه لم يزل حتى يعلم حدوثه عند الغاصب.

والذي يقوى عندي: أنَّ القول قول الغاصب، لأنَّه غارم في المسألتين معاً ومدَّعي عليه، والأصل براءة الذمّة، فمن شغلها بشيء أو علّق عليها حكماً محتاج في إثباته إلى دليل، وهذا الذي ذكره بعض أصحابنا تخريج ومن تخريجات

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قال ذلك الشيخ الطوسي، والمسألة بلفظها من المبسوط قارن ٣: ١٠٤.

المخالفين ومقايساتهم واستحساناتهم، والذي تقتضيه أصول مذهب أهل البيت عليهم السلام ما ذكرناه واخترناه، فليحظ بالعين الصحيحة.

فان غصب عبداً ومات العبد واختلفا فقال الغاصب: رددته حياً ومات في يدك أيها المالك، وقال المالك: بل مات في يدك أيها الغاصب من قبل أن تردّه إليّ، وما رددته إليّ إلا ميتاً، وقال الغاصب: رددته حياً، فالذي عندي ويقوى في نفسي أنّ القول قول المالك مع يمينه، وعلى الغاصب البيّنة، لأنّه المدّعي لردّ الملك بعد إقراره بغصبه، وكونه في يده حياً، والمالك منكر للردّ، وجاحد له، ومدّعي عليه، فالقول قوله، لأنّ الإجماع منعقد على أنّ على المدّعي البيّنة، وعلى الجاحد اليمين، وهذا داخل تحت ذلك، فإن أقام كلّ واحد منهما بيّنة سمعت بيّنة المدّعي للموت، لأنّ الرسول صلى الله عليه وآله جعلها في جنبته، ولأنّ بيّنته تشهد بشيء ربما خفي على بيّنة الغاصب، وهو الموت، فهذا تحرير الفتيا في هذا السؤال.

وقال شيخنا أبو جعفر في مبسوطه: فإن غصب عبداً ومات العبد، واختلفا فقال: رددته حياً ومات في يدك، وقال المالك: بل مات في يدك أيها الغاصب، وأقام كلّ واحد منهما البيّنة بما ادّعاه، عمل على ما نذكره في تقابل البيّتين، فإن قلنا إنّ البيّتين إذا تقابلتا سقطتا، وعدنا إلى الأصل وهو بقاء العبد عنده حتى يعلم ردّه كان قوياً^(١)، هذا آخر كلامه عليه السلام، لم يذكر في المسألة غير ما ذكره، وحكيناه عنه.

والذي قواه وقال كان قوياً، مذهب الشافعي في تقابل البيتين لا مذهب لأصحابنا.

ولأنّ مذهب أصحابنا بغير خلاف بينهم الرجوع إلى القرعة، لأنّه أمر مشكل، وهذا ليس من ذلك بقبيل، ولا هو منه بسبيل، ولا في هذا إشكال فنرجع فيه إلى القرعة.

بل مثاله: رجل غصب رجلاً مالاً، فقال الغاصب رددته، وقال المغصوب منه ما رددته إليّ، فكان القول قول المغصوب منه مع يمينه، فإن أقام كلّ واحد منهما بيّنة، سمعت بيّنة الغاصب، لأنّ لبيّنته مزيّة على بيّنة المغصوب منه، لأنّها تشهد بأمر قد خفي على بيّنة المالك.

وكذلك من كان له على رجل دين، فقال له: قضيت وخرجت إليك منه، وأنكر من له الدين ذلك، فالقول قوله مع يمينه، فإن أقام كلّ واحد منهما بيّنة كانت المسموعة بيّنة القاضي، لأنّها تشهد بشيء قد يخفى على بيّنة من له الدين، ولا يقول أحد من العلماء إنّ هاهنا يستعمل القرعة، ولا يعاد إلى الأصل، وتقابل البيتين وأنهما يسقطان^(١)، فهذا تحرير الفتيا والله الموفق للصواب ومرضي الجواب.

الذي تقتضيه أخبارنا، وأصول مذهبنا، أنّه إذا جني على عبد بجناية تحيط بقيمة العبد، كان بالخيار بين أن يسلمه إلى الجاني ويأخذ قيمته، وبين أن يمسه

ولا شيء له، وما عدا ذلك فله الأرض، إما مقدراً إن كان له في الحر مقدراً، وحكومة إن لم يكن له في الحر مقدراً، وهو ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً، وما عدا الرقيق من بني آدم من سائر الحيوانات المملوكات بما عدا بني آدم المملوكين، إذا جنى عليه جان فليس لصاحبه إلا أرض الجناية، وهذا مذهب شيخنا أبي جعفر وتحريره في مسائل خلافه الجزء الثاني من كتاب الغصب في المسألة التاسعة^(١)، فإنه رجع عما قاله في المسألة الرابعة^(٢)، ورجوعه هو الصحيح الذي تقتضيه الأدلة، على ما قاله رحمته الله.

فإنه قال في المسألة التاسعة: والذي تقتضيه أخبارنا ومذهبنا أنه إذا جنى على عبد جنابة تحيط بقيمة العبد، كان بالخيار بين أن يسلمه ويأخذ قيمته، وبين أن يمسكه ولا شيء له، وما عدا ذلك فله الأرض، إما مقدراً أو حكومة على ما مضى القول فيه، وما عدا المملوك من الأملاك إذا جنى عليه فليس لصاحبه إلا أرض الجناية.

ثم قال: دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم، وقد ذكرناها في الكتاب المقدم ذكره^(٣)، هذا آخر كلام شيخنا في المسألة.

ثم قال في مسائل خلافه: مسألة، إذا قلع عين دابة كان عليه نصف قيمتها،

١- الخلاف ١: ٦٧٣.

٢- الخلاف ١: ٦٧٢.

٣- الخلاف ١: ٦٧٣.

وفي العينين جميع القيمة، وكذلك كل ما كان في البدن منه اثنان، ففي الإثنين جميع القيمة، وفي الواحد نصفها.

وقال أبو حنيفة: في العين الواحدة ربع القيمة، وفي العينين نصف القيمة، وكذلك في كل ما ينتفع بظهره ولحمه، وقال الشافعي ومالك: عليه الأرض ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً.

دليلنا إجماع الفرق وأخبارهم، وروي عن عمر أنه قضى في عين الدابة ربع قيمتها، ورووا ذلك عن علي عليه السلام، وهذا يدل على بطلان قول من يدعي الأرض، فأما قولنا فدليله إجماع الفرق، وطريقة الاحتياط^(١)، هذا آخر كلامه عليه السلام.

قال محمد بن إدريس: ما ذكره عليه السلام من قوله فكل ما في البدن منه اثنان ففي الإثنين جميع القيمة، وفي الواحد نصفها، إنما ورد في الرقيق والمماليك من بني آدم فحسب دون البهائم، والصحيح ما ذكره في المسألة التاسعة وهو الأرض ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً، لأن القياس عندنا باطل، فمن حمل البهائم على بني آدم المملوكين كان قايساً.

وأيضاً فقد قال عليه السلام في مسائل خلافه: مسألة، إذا جني على حمار القاضي كان مثل جنايته على حمار الشوكي سواء، في أن الجناية إذا لم تسر إلى نفسه يلزم أرش العيب، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك: إن كان حمار القاضي

فقطع ذنبه ففيه كمال قيمته^(١).

قال محمد بن إدريس مصنف هذا الكتاب: إن كانت الطريقة التي ذهب شيخنا إليها في عين الدابة مرضية صحيحة، فقول مالك صحيح مرضي، لأن في الدابة ذنباً واحدة، وقد دلّ على فساد قول مالك، فيدخل فيه فساد قوله ﷺ، وهذا متناقض، وذكر في نهايته أن عليه ربع قيمتها^(٢) والصحيح ما حرّراه.

* * *

١- الخلاف ١: ٦٧١.

٢- النهاية: ٧٨١.

(٢٤)

باب الإقرار

إقرار الحرّ البالغ الثابت العقل غير المولّى عليه جائز على نفسه، للكتاب والسنة والإجماع^(١).

فإذا ثبت ذلك فلا يصحّ الإقرار على كلّ حال إلّا من مكلف غير محجور عليه لسفه أو رقّ.

فلو أقرّ المحجور عليه لسفه بما يوجب حقّاً في ماله لم يصحّ، ويقبل إقراره بما يوجب حقّاً على بدنه، كالقصاص والقطع والجلد^(٢).

فأمّا إن كان محجوراً عليه لجنون أو صغر فلا يصحّ إقراره في ماله ولا على بدنه.

وإن كان محجوراً عليه لفلس، يصحّ إقراره في ماله وعلى بدنه عند بعض أصحابنا، والأولى عندي أنّه لا يصحّ إقراره في أعيان أمواله بعد الحجر عليه.

فأمّا إن أقرّ بشيء في ذمته لا في أعيان أمواله، فإنّ إقراره يصحّ، ويقاسم

١- قارن المبسوط ٣: ٢.

٢- قارن الغنية: ٧٥.

المقرّر له الغرماء في أعيان الأموال، لأنّا إن قبلنا إقراره بعد الحجر في أعيان أمواله، فلا فائدة في حجب الحاكم، ولا تأثير لذلك، لأنّ ذلك يكون إقراراً بشيء قد تعلّق به حق الغير، فلا يقبل منه.

فأمّا إن أقرّ بدين في ذمّته فإنّه يقبل إقراره، فأمّا إقراره على بدنه فمقبول على كلّ حال.

فأمّا إن كان محجوراً عليه لرق، فإنّه لا يقبل إقراره عند أصحابنا، لا في مال في يديه ولا على بدنه، سواء أقرّ بقتل العمد أو بقتل الخطأ، لأنّ ذلك إقرار على الغير، لكنّه يتبع به إذا لحقه العتاق.

ومتى صدّقه السيّد، قبل إقراره في جميع ذلك بلا خلاف^(١).

ويصحّ إقرار المريض الثابت العقل للوارث وغيره، سواء كان بالثلث أو أكثر منه، وإجماع أصحابنا منعقد على ذلك، وأيضاً قوله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ اللَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ﴾^(٢) الشهادة على النفس هي الإقرار، ولم يفصل، وعلى من ادّعى التخصيص الدليل^(٣).

ويصحّ الإقرار المبهم، مثل أن يقول: لفلان عليّ شيء (ويرجع في تفسيره إليه، فمهما فسّره به قبل إذا كان ممّا يتموّل ويملكه المسلمون، قليلاً كان أو كثيراً).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- النساء: ١٣٥.

٣- قارن الغنية: ٧٥.

ولا تصحّ الدعوى المبهمة، لأنّا إذا رددنا الدعوى المبهمة كان للمدعي ما يدعوه إلى تصحيحها، وليس كذلك الإقرار، لأنّا إذا رددناه لا نأمن ألا يقرّ ثانياً، والمرجع في تفسير المبهم إلى المقرّ^(١) على ما قدّمناه.

ويقبل تفسيره بأقلّ ممّا يتموّل في العادة، فإن لم يقرّ جعلناه ناكلاً، ورددنا اليمين على المقرّ له فيحلف على ما يقول ويأخذه، فإن لم يحلف فلا حق له.

وإذا قال: له عليّ مال عظيم، أو جليل، أو نفيس، أو خطير لم يقدر ذلك بشيء، ويرجع في تفسيره إلى المقرّ، ويقبل تفسيره بالقليل والكثير، لأنّه لا دليل على مقدّر معين، والأصل براءة الذمّة، وما يقرّ به مقطوع عليه، فوجب الرجوع إليه، ويحتمل أن يكون أراد عظيم عند الله تعالى من جهة المظلمة، وأنّه جليل نفيس عند الضرورة إليه، وإن كان قليل المقدار، وإذا احتمل ذلك وجب أن يرجع إلى تفسيره، لأنّ الأصل براءة الذمّة^(٢) ولا نعلّق عليها شيئاً محتملاً.

ويحتج على المخالف بما روي من قوله **عَلَيْهِ**: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه» لأنّه يقتضي ألا يؤخذ منه أكثر ممّا أقرّ به^(٣).

وإذا قال: له عليّ مال كثير، كان إقراراً بشئانين، لما رواه أصحابنا وأجمعوا عليه، وروي في تفسير قوله تعالى: **(لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ)**^(٤) أنّها

١- قارن الغنية: ٧٥. وما بين القوسين ليس من الغنية.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- التوبة: ٢٥.

كانت ثمانين موطناً^(١).

والأولى عندي أنه يرجع في التفسير إليه، لأن هذا قول مبهم محتمل، ولا نعلّق على الذم شيئاً بأمر محتمل، وإنّ ما ورد في أخبار أصحابنا وأجمعوا عليه في النذر فحسب، ولم يذهب أحد منهم إلى تعديته إلى الإقرار والوصية، سوى شيخنا أبي جعفر^(٢) في فروع المخالفين في المبسوط^(٣) ومسائل الخلاف^(٤)، والقياس عندنا باطل، فمن عدّاه إلى غير النذر الذي ورد فيه يحتاج إلى دليل، ثم لا خلاف بين أصحابنا بل بين المسلمين: أنّه إذا باع داراً بهال كثير يكون البيع باطلاً، لأنّ الثمن مجهول المقدار، فلو كان الشارع قد جعل حدّ الكثير ثمانين في كلّ شيء، لما كان البيع باطلاً، وكذلك إذا باع الدار بجزء من ماله وكان ماله معلوم المقدار يكون البيع باطلاً بلا خلاف، وإن كان الجزء هو السبع في الوصية^(٥) فحسب، ولا تعديّة إلى غيرها بغير خلاف.

وإذا قال: له عليّ ألف ودرهم لزمه درهم ويرجع في تفسير الألف إليه، لأنّها مبهمة، والأصل براءة الذمّة، وقوله ودرهم زيادة معطوفة على الألف، وليست بتفسيرها، لأنّ المفسّر لا يكون بواو العطف، وكذلك الحكم لو قال:

١- قارن الغنية: ٧٥. والرواية في الكافي ٧: ٤٦٣، وتحف العقول: ٣٦٠، والتهذيب ٨: ٣٠٩،

وتفسير القمي ١: ٢٨٤ وغيرها.

٢- المبسوط ٣: ٦.

٣- الخلاف ١: ٦٥٦.

٤- قارن الغنية: ٧٥.

ألف ودرهمان، فأما إذا قال ألف وثلاثة دراهم أو ألف وخمسون درهماً وما أشبه ذلك، فالظاهر أن الكل دراهم، لأن ما بعده تفسير له.

وإذا قال: له عليّ عشرة إلا درهماً كان إقراراً بتسعة، فإن قال إلا درهماً بالرفع كان إقراراً بعشرة لأن المعنى غير درهم^(١).

وإن قال: ما له عليّ عشرة إلا درهماً لم يكن مقراً بشيء، لأن المعنى ما له عليّ تسعة^(٢).

ولو قال: ما له عليّ عشرة إلا درهم، كان إقراراً بدرهم، لأن رفعه بالبدل من العشرة فكأنه قال: ما له عليّ إلا درهم^(٣).

ولو قال: له عليّ عشرة إلا ثلاثة إلا درهماً كان إقراراً بثمانية، لأن المراد إلا ثلاثة لا تجب إلا درهماً من الثلاثة يجب، لأن الاستثناء من الإيجاب نفى، ومن النفي إيجاب، واستثناء الدرهم يرجع إلى ما يليه فقط - إذا لم يكن بواو العطف - ولا يجوز أن يرجع إلى جميع ما تقدّم لسقوط الفائدة^(٤).

إذا قال: ما له عندي عشرون إلا خمسة، فأنت تريد ما لك إلا خمسة، ويقول لك عليّ عشرة إلا خمسة ما خلا درهماً فالذي له ستة، وكل استثناء مما يليه

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

فالأول حطّ والثاني زيادة، وكذلك جميع العدد، فالدرهم مستثنى من الخمسة، فصار المستثنى أربعة.

هذه المسائل ذكرها ابن السراج^(١) في أصوله.

إذا قال: عليّ عشرة إلا ثلاثة وإلا اثنين كان ذلك استثناء الخمسة من العشرة.

وأما إذا لم يعطف الثاني على الأول مثل أن يقول: له عليّ عشرة إلا خمسة إلا اثنين، فيكون قد استثنى الاثنين من الخمسة فيبقى ثلاثة من العشرة، فيلزمه سبعة^(٢).

ولا يجوز أن يعود هاهنا إلى الجملتين معاً، بل إلى الجملة التي تليه، لأنه كان يكون لا فائدة فيه، لأن الكلام موضوع للإفادة، كما إذا قال: له عليّ درهم ودرهم إلا درهماً، فقد أسقط الاستثناء من الدرهمين درهماً، فلو رجع إلى

١- كان في المتن ابن البراج، وصحّحته تبعاً للمبسوط حيث ذكر ابن السراج فقد ذكر الشيخ الطوسي^{رحمته} بعض المسائل المذكورة وخاصة الأخيرة وقال: فهذه مسائل ذكرها ابن السراج في أصوله. وأثبت في هامش المطبوعة حديثاً في نسخة ابن البراج، ولكن التحقيق يقتضي صحة ابن السراج، أولاً لأن البراج من تلاميذ الشيخ الطوسي، ولم يذكر في شيء من المصادر أخذ الشيخ عنه، وإن كان يمكن ذلك ولكن على بُعد. وثانياً إن ابن السراج وهو محمد بن السري المتوفى ٣١٦ من أعلام النحاة له كتاب الأصول في النحو، قيل فيه: ما زال النحو مجنوناً حتى عقله ابن السراج بأصوله، كما قيل فيه: وإليه المرجع عند اضطراب النقل واختلافه (القاموس الإسلامي ٣: ٢٨٩).

٢- قارن المبسوط ٣: ١٠.

الجملة معاً من الكلام صار عبثاً ولغواً، كما لو قال: عليّ درهم إلا درهماً، فلا يقبل استثناءه ذلك، لأنّ الاستثناء يخرج من الجمل ما لولاه لصحّ دخوله تحته، أو لوجب دخوله تحته على العبارتين، واختلاف المقاتلين بين من تكلم في أصول الفقه.

وإذا كان الاستثناء الثاني معطوفاً على الأوّل كانا جميعاً راجعين إلى الجملة الأولى، فلو قال: عليّ عشرة إلا ثلاثة وإلا درهماً كان إقراراً بسنة^(١).

وإذا استثنى بها لا يبقى معه من المستثنى شيء كان باطلاً على ما قدّمناه، لأنّه يكون بمنزلة الرجوع عن الإقرار فلا يقبل^(٢).

وإن استثنى بمجهول القيمة كقوله: عليّ عشرة إلا ثوباً، فإن فسّر قيمته بها يبقى معه من العشرة شيء، وإلا كان باطلاً^(٣).

ويجوز استثناء الأكثر من الأقل بلا خلاف إلا من ابن درستويه النحوي^(٤)، وابن حنبل^(٥).

١- قارن الغنية: ٧٦.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- ابن درستويه النحوي: هو عبد الله بن جعفر بن محمد بن درستويه بن الرزيان، عالم باللغة مشهور

صاحب تصحيح الفصح وغيره، ترجمه ابن خلكان وابن النديم والخطيب البغدادي وغيرهم

توفي سنة ٣٤٧ هـ.

٥- قارن الغنية: ٧٦.

ويدل على صحته قوله تعالى: ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾^(١) وقال حكاية عن إبليس: ﴿فَبِعِزَّتِكَ لأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمْ الْمُخْلَصِينَ﴾^(٢) فاستثنى من عباده الغاوين مرة والمخلصين أخرى، ولا بد أن يكون أحد الفريقين أكثر من الآخر^(٣).

وإذا قال: عليّ كذا درهم بالرفع، لزمه درهم واحد، لأن التقدير هو درهم أي الذي أقررت به درهم، وإن قال كذا درهم - بالخفض - لزمه مائة درهم، لأن ذلك أقل عدد يخفض ما بعده، ولا يلزم أن يكون إقرار بدون الدرهم، لأنه أقل ما يضاف إلى الدرهم، لأن ذلك ليس بعدد صحيح، وإنما هو كسور^(٤).

وإن قال: كذا كذا درهماً، لزمه أحد عشر درهماً، لأن ذلك أقل عددين رجباً وانتصب ما بعدهما^(٥).

وإن قال: كذا وكذا وأدخل بينهما الواو، كان إقراراً بأحد وعشرين درهماً، لأن ذلك أقل عددين عطف أحدهما على الآخر وانتصب الدرهم بعدهما^(٦).

والأولى عندي في هذه المسائل جميعها أن يرجع في التفسير إلى المقر، لأن كذا

١- الحجر: ٤٢.

٢- ص: ٨٢.

٣- قارن الغنية: ٧٦.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- المصدر السابق نفسه.

٦- المصدر السابق نفسه.

لفظ مبهم محتمل، ولا نعلّق على الذمم شيئاً بأمر محتمل، والأصل براءة الذمة.
ولم يذكر هذه المسائل أحد من أصحابنا إلّا شيخنا أبو جعفر في مبسوطه^(١)
ومسائل خلافه^(٢)، وهذا إنّ الكتابان معظمهما فروع المخالفين وتخريجاتهم،
وأخبارنا خالية من ذلك، وكذلك مصنفات أصحابنا إلّا من اتبع تصنيف شيخنا
أبي جعفر^(٣)، فليلاحظ ذلك ويتأمل.

وإذا قال: له عليّ دراهم فإنّه يلزمه ثلاثة دراهم.

وإذا أقر بشيء وأضرب عنه واستدرك غيره، فإن كان مشتملاً على الأوّل
بأن يكون من جنسه وزائداً عليه وغير متعين، لزمه دون الأوّل فيه، كقوله: له
عليّ درهم لا بل درهمان^(٤)، ولا يلزمه ثلاثة دراهم لأنّ الأوّل دخل في الثاني،
لأنّه إذا قال: له عليّ درهم فقد أخبر بدرهم عليه، وقوله بعد هذا لا بل درهمان
إخبار بالدرهم الذي أقر به، أولاً. ثانياً، لأنّه يصحّ أن يخبر ثمّ يخبر عنه، فكأنّه
نفى بالاقتصار عليه، فأخبر به وبغيره مرة أخرى.

وإن كان ناقصاً عنه لزمه الأوّل دون الثاني، كقوله: له عليّ عشرة دراهم
لا بل تسعة دراهم، لأنّه أقرّ بالعشرة ثمّ رجع عن بعضها فلم يصحّ رجوعه^(٥).

١- المبسوط ٣: ٢ فما بعدها.

٢- الخلاف ١: ٦٥٦ فما بعدها.

٣- لعلّه يشير إلى ابن زهرة حيث ذكر ذلك في كتابه الغنية: ٧٦ كما أشرنا إليه آنفاً.

٤- قارن الغنية: ٧٦.

٥- المصدر السابق نفسه.

وفارق ذلك إذا قال: له عليّ عشرة دراهم إلا درهماً، لأنّ للتسعة عبارتين أحدهما لفظ التسعة والأخرى لفظ العشرة مع استثناء الواحد، فبأيهما أتى فقد عبّر عن التسعة^(١).

وإذا قال: لفلان عليّ درهم ودرهم إلا درهماً، فعلى ما يذهب إليه أنّ الاستثناء إذا تعقّب جملاً معطوفة بعضها على بعض بالواو، أنّه يرجع إلى الجميع يجب أن نقول إنّه يصحّ، ويكون إقراراً بدرهم، ومن قال يرجع إلى ما يليه فإنّه يبطل الاستثناء، ويكون إقراراً بدرهمين، لأنّه إذا رجع إلى ما يليه وهو درهم لا يجوز أن يستثني درهماً من درهم، لأنّ ذلك استثناءه الجميع، وذلك فاسد، فيبطل الاستثناء ويبقى ما أقرب به وهو درهم، ودرهم الذي عطف عليه^(٢).

وإن كان ما استدركه من غير جنس الأوّل كقوله: عليّ درهم لا بل ديناراً، أو قفيز حنطة لا بل قفيز شعير، لزمه الأمران معاً، لأنّ ما استدركه لا يشتمل على الأوّل، فلا يسقط برجوعه عنه^(٣) لأنّه غير داخل فيه.

وإن كان ما أقرب به أولاً وما استدركه متعينين بالإشارة إليهما، أو بغيرهما ممّا يقتضي التعريف، لزمه أيضاً الأمران، سواء كانا من جنس واحد، أو من جنسين، أو متساويين في المقدار أو مختلفين، لأنّ أحدهما والحال هذه لا يدخل في

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن المبسوط ٣: ١٠ بتبديل ضمير المتكلم بضمير الغائب في (ما نذهب إليه) (ويجب أن نقول).

٣- قارن الغنية: ٧٦.

الآخر، ولا يقبل رجوعه عما أقر به أولاً، كقوله: هذه الدار لفلان، لا بل هذا الدينار، أو هذه الجملة من الدراهم، لا بل هذه الأخرى^(١).

إذا قال: له عليّ ثوب في منديل لم يدخل المنديل في الإقرار، لأنه يحتمل أن يريد في منديل لي، فلا يلزم من الإقرار إلا المتيقن دون المشكوك فيه، لأن الأصل براءة الذمة^(٢).

وكذلك القول في كل ما جرى هذا المجرى^(٣)، مثل أن يقول: غصبته سمناً في ظرف، أو حنطة في غرارة وما أشبه ذلك.

وإذا قال: له عليّ ألف درهم وديعة، قبل منه، لأن لفظة عليّ للإيجاب، وكما يكون الحق في ذمته، فيجب عليه تسليمه بإقراره كذلك يكون في يده فيجب عليه رده وتسليمه إلى المقر له بإقراره^(٤).

ولو ادّعى التلف بعد الإقرار قبلاً، لأنه لم يكذب إقراره، وإنها ادّعى تلف ما أقر به بعد ثبوته بإقراره، بخلاف ما إذا ادّعى التلف وقت الإقرار بأن يقول: كان عندي أمتها باقية فأقررت لك بها وكانت تالفة في ذلك الوقت، فإن ذلك لا يقبل منه، لأنه يكذب إقراره المقدم، من حيث كان تلف الوديعة من غير تعد،

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

يسقط حق المودع^(١).

والذي يقوى في نفسي أنه إذا قال: له علي ألف درهم وديعة لا يقبل منه، لأن لفظة علي للإيجاب والالتزام، والوديعة غير لازمة له ولا واجبة في ذمته، ولا في يده، فلا يجب تسليمها إلا بعد مطالبة المودع، فحينئذ يجب وقبل ذلك لا يجب، فإذا التمسك الأول غير معتمد، بل لو قال: له عندي ألف درهم وديعة قبل منه، لأن عندي لفظة غير موجبة ولا لازمة، وإن كان قد ذكر الأول بعض أصحابنا^(٢) وسطره في كتابه فإنه من تخارج المخالفين واستحساناتهم.

فأما كلام العرب الذي نزل القرآن بلغتهم، يقتضي ما ذكرناه، إذ لا نص على خلاف ما ذهبنا إليه، ولا إجماع.

وإذا قال: له علي ألف درهم إن شئت، لم يكن لكلامه حكم، لأن الإقرار إخبار عن حق واجب سابق له، وما كان كذلك لم يصح تعلقه بشرط مستقبل^(٣). وإذا قال: له علي من ميراثي من أبي ألف درهم، لم يكن أيضاً إقراراً، لأنه أضاف الميراث إلى نفسه، ثم جعل له منه جزء، ولا يكون له جزء من ماله إلا على وجه الهبة^(٤) أو الصدقة.

١- المصدر السابق نفسه.

٢- ذكر ذلك ابن زهرة في الغنية راجع: ٧٦.

٣- قارن الغنية: ٧٦.

٤- المصدر السابق نفسه.

ولو قال: له من ميراث أبي ألف درهم، كان ذلك إقراراً بدين في تركته، وهكذا لو قال داري هذه لفلان، لم يكن ذلك إقراراً لمثل ما قدّمناه^(١) لأنّ هذا مناقضة، كيف تكون داره لفلان في حال ما هي له.

ولو قال: هذه الدار، ولم يصفها إليه، بل قال: هذه الدار التي في يدي، أو هذه الدار لفلان من غير اضافة إليه، كان إقراراً لأنها قد تكون في يده بإجارة أو عارية أو غصب^(٢).

فأمّا إذا قال: هذه داري، أو داري لفلان بأمر حق ثابت كان إقراراً أيضاً صحيحاً، لأنّ قوله بأمر حق ثابت كان يجوز أن يكون له حق، وجعل داره في مقابلة ذلك الحق، وإن كان قد أضافها إلى نفسه.

ويصحّ الإقرار المطلق للحمل، لأنّه يحتمل أن يكون من جهة صحيحة مثل ميراث أو وصية، لأنّ الميراث يوقف له، وتصحّ الوصية عندنا للحمل، فالظاهر من الإقرار الصّحّة فوجب حمله عليه^(٣).

ومن أقرّ بدين في حال صحّته ثمّ مرض، فأقرّ بدين آخر في حال مرضه صحّ، ولا يقدّم دين الصّحّة على دين المرض^(٤) بل هما سواء.

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

ولا يكلف من أقر له في حال المرض إقامة بيّنة على أن إقراره له عن حقّ كان له عليه، سواء كان مرضياً موثقاً بعدالته أو غير موثق بعدالته، متهماً على الورثة أو غير متهم، ويعطى من أصل المال دون الثلث، مثل الدين الذي أقرّ به في حال صحّته، لا فرق بينهما إذا كان عقله ثابتاً عليه، لأنّنا قد بيّنا أن إقرار العقلاء غير مولى عليهم جائز على نفوسهم، والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّيْهِ يُوَصِّي بِهَا أَوْ دَيْنٌ﴾^(١) من غير فصل لأنّ الأصل تساويهما في الاستيفاء، من حيث تساويهما في الاستحقاق، فعلى من ادّعى تقديم أحدهما على الآخر الدليل، ولا يلتفت إلى ما أورده شيخنا أبو جعفر في نهايته فإنّه قال: إقرار المريض جائز على نفسه للأجنبي والوارث على كلّ حال، إذا كان مرضياً موثقاً بعدالته، ويكون عقله ثابتاً في حال الإقرار ويكون ما أقرّ به من أصل المال، فإن كان غير موثق به وكان متهماً طوّل المقرّ له بالبيّنة، فإن كانت معه بيّنة أعطي من أصل المال، وإن لم يكن معه بيّنة أعطي من الثلث إن بلغ ذلك، فإن لم يبلغ فليس له أكثر منه^(٢)، هذا آخر كلامه ﷺ في نهايته، إلّا أنّه رجع عنه في مسائل خلافه وفي مبسوطه.

وقال في مسائل خلافه في الجزء الثاني من كتاب الإقرار: مسألة، إذا أقرّ بدين في حال صحّته ثمّ مرض، فأقرّ بدين آخر في حال مرضه نظراً، فإن اتسع

١- النساء: ١١.

٢- النهاية: ٦١٧-٦١٨.

المال لها استوفيا معاً، وإن عجز المال قسّم الموجود منه على قدر الدينين، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا ضاق المال قُدّم دين الصّحة على دين المرض، فإن فضل شيء صرف إلى دين المرض.

دليلنا قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنِ﴾ ولم يفضل أحد الدينين على الآخر فوجب أن يتساويا فيه، وأيضاً فإنّهما دينان ثبتا في الدّمة، فوجب أن يتساويا في الاستيفاء، لأنّ تقديم أحدهما على الآخر يحتاج إلى دليل^(١)، هذا آخر المسألة من كلام شيخنا رحمه الله.

إذا قال: له عندي عبد عليه عمامة، دخلت العمامة في الإقرار، وإذا قال: له عندي دابة عليها سرج، لم يدخل السرج في الإقرار، والفرق بينهما أنّ العبد يثبت يده على ما هي عليه، فيكون لمولاه المقرّ له، والدابة لا تثبت لها يد على ما عليها، فلا يكون ما عليها لصاحبها إلّا بإقرار، وقوله عليها سرج ليس بإقرار السرج فافترقا^(٢).

إذا قال: هذه الدار لفلان، لا بل لفلان، أو قال: غصبتها من زيد، لا بل عن عمر فإنّ إقراره الأوّل لازم، وتكون الدار للأوّل، ويغرم قيمتها للثاني، لأنّه حال بينه وبين ما أقرّ به، فهو كما لو ذبح شاة له وأكلها ثمّ أقرّ له بها، أو أتلف مالا ثمّ أقرّ به لفلان فإنّه يلزمه غرامته، فكذلك هذا، وهذا كما يقول في

١- الخلاف ١: ٦٥٩.

٢- قارن المبسوط ٣: ١٢.

الشاهدين إذا شهدا على رجل بإعتاق عبده أو طلاق امرأته الغير المدخول بها، وحكم الحاكم بذلك، ثم رجعا عن الشهادة، كان عليهما غرامة قيمة العبد وغرامة المهر، لأنهما حالاً بينه وبين ملكه، ولا ينقض حكم الحاكم بغير خلاف^(١).

وإلى هذا يذهب شيخنا أبو جعفر في المبسوط في كتاب الإقرار^(٢) وكتاب الشهادات^(٣).

وإذا باع شيئاً، ثم أقرّ البائع أنّ ذلك المبيع لفلان، فإنّ الغرامة تلزمه ولا ينفذ إقراره في حق المشتري^(٤).

إذا قال: لفلان عليّ ألف درهم فجاء بألف، وقال: هذه التي أقررت لك بها، كانت لك عندي ودیعة، كان القول في ذلك قوله عند بعض الناس^(٥)، والأظهر أنّه لا يقبل قوله في ذلك، ويلزمه ما أقرّ به، لأنّنا قد بينّا من قبل أنّ لفظة (عليّ) لفظة إيجاب والتزام والودیعة غير لازمة له، إلّا أن يعقّب قوله: ودیعة فرطت فيها.

وإذا قال: له عندي ألف درهم ودیعة شرط عليّ آني ضامن لها، كان ذلك

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المبسوط ٨: ٢٤٧.

٤- قارن المبسوط ٣: ١٢.

٥- قارن المبسوط ٣: ١٩.

إقراراً بالوديعة، ولم يلزمه الضمان الذي شرطه عليه، لأنّ ما كان أصله أمانة لا يصير مضموناً بالشرط، وما يكون مضموناً لا يصير أمانة بشرط، لأنّه لو شرط على المستام أن يكون مال السوم أمانة لم يصير أمانة بالشرط^(١).

إذا شهد شاهدان على رجل بأنّه أعتق عبده الذي في يده، فإن كانا عدلين حكم بعق العبد، وإن لم يكونا عدلين فردت شهادتهما، ثمّ اشترى ذلك العبد المشهود عليه، صحّ الشراء وعق عليها^(٢).

ويفارق ذلك إذا قال رجل لامرأة أنت أختي، فأنكرت المرأة، ثمّ أنّه تزوّج بها في أنّه لا يصحّ العقد، لأنّه أقرّ أنّ فرجها حرام عليه، فإذا تزوّج بها لم يقصد إلّا المقام على الفرج الحرام، فلذلك لم يصحّ، وليس كذلك إذا اشترى العبد لأنّها يقصدان غرضاً صحيحاً، وهو استنقاذه من الرق فافتراقا^(٣).

إذا قال: له عليّ ألف دينار من ضرب كذا، وسكة كذا، ونقد كذا، قبل منه تفسيره إذا انطلق عليها اسم الذهب المتعامل به، وكذلك الدراهم المتعامل بها، وإن كانت رديئة، فإن كانت دراهم لا فضة فيها بحال لا يقبل منه، وكذلك حكم الدنانير، هذا إذا كان تفسيره بالصفة متصلاً بالإقرار، فأما إن كان منفصلاً لا يقبل منه ذلك التفسير، بل يرجع في إطلاق إقراره إلى نقد البلد الذي هو فيه وغالبه.

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن المبسوط ٣: ٢٣.

٣- المصدر السابق نفسه.

إذا قال يوم السبت: لفلان عليّ درهم، ثم قال يوم الأحد: له عليّ درهم، لم يلزمه إلا درهم واحد، ويرجع إليه في التفسير^(١).

فأما إذا قال يوم السبت: لفلان عليّ درهم من ثمن عبد، ثم قال يوم الأحد: له عليّ درهم من ثمن ثوب، لزمه درهمان لأن ثمن العبد غير ثمن الثوب^(٢).

وفارق ذلك إذا قال مطلقاً من غير إضافة إلى سبب، لأنه يحتمل التكرار، وكذلك إذا أضاف كل واحد من الإقرارين إلى سبب غير السبب الذي أضاف إليه الآخر^(٣).

إذا قال: له عليّ ما بين الدرهم والعشرة لزمه ثمانية، لأنه أقرب بها بين الواحد والعاشر، والذي بينهما ثمانية، وكذلك إذا قال: له عليّ من درهم إلى عشرة^(٤)، وقال بعض الناس تلزمه تسعة، والأول هو الصحيح لأنه اليقين، وهذا محتمل فلا نعلق على الذمة شيئاً بأمر محتمل.

إذا ادّعى عليه رجل مالاً بين يدي الحاكم، وقال: لا أقر ولا أنكر، قال له الحاكم: هذا ليس بجواب صحيح، فإن أجبت وإلا جعلتك ناكلاً ورددت

١- قارن المبسوط ٣: ٢٧.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

اليمين على خصمك، فإن لم يجب بجواب صحيح، فالمستحب أن يكرّر ذلك عليه ثلاث مرات، فإن لم يجب بجواب صحيح جعل ناكلاً، وردّ اليمين على صاحبه، وإن ردّ اليمين بعد المرة الأولى جاز، لأنّه هو القدر الواجب، وإنّما جعلناه ناكلاً بذلك، لأنّه لو أجاب بجواب صحيح ثمّ امتنع عن اليمين جعل ناكلاً، فإذا امتنع عن الجواب واليمين، فالأولى أن يكون ناكلاً بذلك^(١). فأما إذا قال: لي عليك ألف درهم، فقال نعم أو قال أجل، كان ذلك إقراراً^(٢).

إذا قال لامرأته: قد طلقتك بألف، وقبلت ذلك، وبذلت لي، لأجل أنّك كرهت المقام معي، فأنكرت، فالقول قولها مع يمينها، فإذا حلفت سقطت الدعوى، ولزمه اطلاق البائن بإقراره، ولم يثبت له الرجعة.

قال شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه: إذا أقرّ ببنوة صبيّ لم يكن ذلك إقراراً بزوجة أمه، ثمّ قال: دليلنا أنّه يحتمل أن يكون الولد من نكاح صحيح، ويحتمل أن يكون من نكاح فاسد أو وطء شبهة، وإذا احتمل الوجوه لم يحمل على الصحيح دون غيره، وقوله باطل ببنوة أخيه^(٣). هذا آخر كلام شيخنا.

قال: محمّد بن إدريس: معنى قوله ﷺ: وقوله - يريد قول الخصم - باطل ببنوة أخيه يريد بذلك، أن رجلاً آخر أقرّ بولد آخر لهذا المقرّبه من أمه، فإنّه

١- قارن المبسوط ٣: ٣١.

٢- قارن المبسوط ٣: ٣٢.

٣- الخلاف ١: ٦٦٦.

يلزم على قول من ذهب من المخالفين إنَّ ذلك يكون إقراراً بزوجة أمه أن تكون المرأة أم الولدين اللذين قد أقرَّ رجل ببنوة أحدهما وأقرَّ آخر ببنوة الآخر زوجة للمقرين معاً في حال ما أقرّا بالولدين، وهذا لا يقوله أحد إنَّ امرأة واحدة تكون زوجة لرجلين في حالة واحدة فليتأمل ذلك، فقول شيخنا فيه غموض وإجمال يحتاج إلى بيان.

وإذا قال: لفلان عليّ ألف درهم ثمَّ سكت، ثمَّ قال: من ثمن مبيع لم أقبضه، لزمه الألف ولم يقبل منه ما ادعاه من المبيع، لأنَّه أقرَّ بالألف ثمَّ فسره بها يسقطه^(١).

وكذلك لو قال: لفلان عليّ درهم ثمَّ سكت، ثمَّ قال: وقد قضيتها، وكذلك إذا قال: لفلان عليّ ألف درهم من ثمن مبيع ثمَّ سكت، ثمَّ قال: لم أقبضه^(٢)، لا فرق بين الموضعين، سواء وصل قوله بثمن مبيع ثمَّ قال لم أقبضه أو فصله، لا فرق بين الموضعين، لأنَّه أقرَّ بهال آدمي، ولفظ الإقرار لفظ التزام وإيجاب متقدم، وإذا ثبت حقَّ آدمي فلا دلالة على إسقاطه، وتعقبه بما وصله لا يسقطه، لأنَّه على غير وجه الاستثناء، لأنَّ الاستثناء هو المسقط لبعض ما اشتمل عليه، لأنَّه يخرج من الجمل ما لولاه لوجب دخوله تحته، أو يصلح دخوله تحته، على أحد القولين، وليس لنا ما يسقط من الجمل والكلام إذا تعقبه

١- قارن المبسوط ٣: ٣٣.

٢- قارن المبسوط ٣: ٣٤.

إلا الاستثناء فحسب، لأنه ثبت من اللسان والعرف الشرعي واللغوي وقلنا به، مع أنه لا يجوز أن يسقط جميع الجملة.

ومتى استثنى جميع الجملة كان الاستثناء باطلاً، ومن ذهب إلى خلاف ما نحن عليه يسقطه جملة، لأن الشافعي يذهب إلى أنه: إذا قال: لفلان علي ألف درهم من ثمن مبيع، ثم سكت ثم قال: لم أقبضه، قيل منه، لأن قوله بعد السكوت لم أقبضه لا ينافي إقراره الأولي، لأنه قد يكون عليه ألف درهم ثمناً، ولا يجب عليه تسليمها حتى يقبض المبيع، ولأن الأصل عدم القبض، فإذا قال: علي ألف درهم من ثمن مبيع لم أقبضه لم يلزمه، ولا فرق بين أن يعين المبيع أو يطلقه^(١) هذا قول الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا عينه قبل منه، وصل أو فصل، وإن أطلقه لم يقبل منه ولزمه الألف^(٢).

واستدل الشافعي أنه أقر بحق في مقابلة حق، لا ينفك أحدهما عن الآخر، فإذا لم يسلم ماله لم يلزمه ما عليه، واختار شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه^(٣) ومبسوطه^(٤) قول الشافعي، وزاد على استدلال الشافعي بأن قال: الأصل براءة الذمة، ولا دليل على أنه يلزمه^(٥)، هذا آخر كلامه واستدلاله.

١- قارن المبسوط ٣: ٣٤.

٢- قارن الخلاف ١: ٦٦٣.

٣- الخلاف ١: ٦٦٤.

٤- المبسوط ٣: ٣٤.

٥- الخلاف ١: ٦٦٤.

ولم يتمسك بإجماع الفرقة، ولا بالأخبار، ولا بكتاب الله تعالى، لأن ذلك لا إجماع عليه، ولا سنة متواترة ولا كتاب الله سبحانه، فأما قوله ﷺ: «الأصل براءة الذمة» فصحيح من قبل أن يقرّ المقرّ بحق آدمي، فأما بعد الإقرار فقد انتقل من ذلك الأصل، وعاد الأصل بثبوت حق آدمي، فمن أسقطه يحتاج إلى دليل، ولا دليل عليه من كتاب ولا سنة ولا إجماع، بل هذا من تخريجات المخالفين واستحساناتهم ومقاييسهم واجتهاداتهم وآرائهم، وقد كفيينا بحمد الله جميع ذلك من لزوم الأصول، وإن إقرار العقلاء جائر على نفوسهم بما يوجب حكماً في شريعة الإسلام، وآته لا يجوز له الرجوع عنه، ولا إسقاطه، ولا إسقاط شيء منه، إلا بما قد أجمعنا عليه من إسقاط بعضه بالاستثناء فحسب، لما دللنا عليه.

ولم يذهب أحد من أصحابنا إلى هذا المقال، ولا أودعه في كتاب، سوى شيخنا أبي جعفر في هذين الكتابين المشار إليهما، وهما مسائل الخلاف والمبسوط، لأنهما فروع المخالفين، وما عداهما من سائر كتبه لم يتعرض لذلك بقول، وقلّده ونقل من مسطوره ابن البراج^(١) كما قلّده في غير ذلك، ممّا أجمعنا على خلافه من أن الإنسان إذا باع جارية حاملاً، لا يجوز له أن يستثني الحمل، لأنه يجري مجرى بعض أعضائها، وقد دللنا على فساد ذلك فيما مضى، ولا فرق بين أن يقول ذلك ويقبل منه، وبين أن يقول عليّ ألف درهم قضيتها أو ألف درهم من ثمن خمر أو

خنزير، أو من ثمن مبيع لم أقبضه، أو تلف قبل القبض.

فإن شيخنا أبا جعفر في مبسوطه قال: فمتى أقر بكفالة بشرط الخيار، أو بضمان بشرط الخيار، مثل أن يقول: تكفّلت لك بيدن فلان أو ضمنت لك مالك على فلان على أيّ بالخيار ثلاثة أيام، فقد أقرّ بالكفالة ووصل إقراره بها يسقطها، فلا يقبل منه إلا بيّنة^(١).

وكذلك إذا قال: له عليّ ألف درهم قضيتها، أو ألف درهم من ثمن خر أو خنزير، أو من ثمن مبيع تلف قبل القبض^(٢)، فهذا جميعه أورده شيخنا مستدلاً على أنّه إذا أقر بشيء ووصل إقراره بها يسقطه فلا يقبل قوله إلا بيّنة، فيلزمه مثل ذلك فيما اختاره من أنّه يقبل قوله إذا وصل إقراره بقوله عليّ ألف من ثمن مبيع ثمّ قال لم أقبضه، إذ لا فرق بينهما، وهو قائل في أحدهما بغير ما قال في الآخر، واستدلاله قاض عليه، وهو محجوج بقوله الذي قال فيه إذا أقر بشيء ووصل إقراره بها يسقطه فلا يقبل قوله إلا بيّنة.

وإذا قال: لفلان عليّ ألف درهم مؤجّلاً إلى وقت كذا، لزمه الألف، ولا يثبت التأجيل، ولشيخنا في ذلك قولان: أحدهما أنّه يثبت التأجيل^(٣)، والثاني يقول في موضع آخر: لا يثبت التأجيل، وهو الذي يقوى في نفسي، لما

١- المبسوط ٣: ٣٥.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

دللتنا عليه أولاً.

الإقرار بالعجمية يصحّ، كما يصحّ بالعربية، لأنها لغة ولأنّها تنبئ عما في النفس من الضمير كالعربية، فإذا أقرّ بالعجمية عربي أو أقرّ بالعربية عجمي، فإن كان عالماً بمعنى ما يقوله لزمه إقراره، وإن قال: قلت ذلك ولا أعرف معناه، فإن صدّقه المقرّ له لم يلزمه شيء، وإن كذّبه فالقول قول المقرّ مع يمينه أنّه لم يدر معناه، لأنّه الظاهر من حال العربي أنّه لا يعرف العجمية، ومن حال العجمي أنّه لا يعرف العربية، فقدّم قوله لهذا الظاهر^(١).

إذا شهد عليه شهود بإقراره ولم يقولوا أهو صحيح العقل، صحت الشهادة بذلك الإقرار، لأنّ الظاهر صحة إقراره، ولأنّ الظاهر أنّهم لا يتحمّلون الشهادة على من ليس بعاقل، فإن ادّعى المقرّ المشهود عليه أنّه أقرّ وهو مجنون وأنكر المقرّ له ذلك، كان القول قوله مع يمينه، لأنّ الأصل عدم الجنون^(٢).

فأمّا إذا شهد عليه الشهود بالإقرار، فادّعى أنّه كان مكرهاً على ذلك لم يقبل منه، لأنّ الأصل عدم الإكراه، فإن أقام اليئنة على أنّه كان مجبوراً أو مقيداً وادّعى الإكراه، قبل منه ذلك، وكان القول قوله مع يمينه في ذلك، لأنّ الظاهر من حال المجبوس والمقيد أنّه مكره على تصرّفه وإقراره^(٣).

١- قارن المبسوط ٣: ٣٦.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

إذا أقرّ الصبيّ على نفسه بالبلوغ نظر، فإن لم يبلغ بعد القدر الذي يجوز أن يبلغ فيه لم يقبل إقراره، وإن كان بلغ القدر الذي يبلغ فيه صحّ إقراره وحكم ببلوغه، لأنّه أقرّ بها يمكن صدقه فيه^(١).

الإقرار بالنسب لا يخلو من أحد أمرين، إما أن يكون المقرّ بالنسب مقرّاً على نفسه بنسب أو غيره، فإن كان على نفسه مثل أن يقرّ بأنّه ابنة، نظر فإن كان المقرّ به صغيراً اعتبر فيه ثلاثة شروط: أحدها أن يمكن أن يكون ولدّاً له، وإن لم يمكن أن يكون ولدّاً له فلا يثبت، مثل أن يقرّ به وللمقرّ ستة عشر سنة، وللمقرّ به عشر سنين، والثاني أن يكون مجهول النسب، لأنّه إذا كان معروف النسب فلا يثبت، والثالث أن لا يتنازع فيه غيره، لأنّه إذا تنازع فيه غيره لم يثبت ما يقول إلّا ببينة، فإذا حصلت هذه الشروط الثلاثة ثبت النسب^(٢).

إذا أذن الرجل لعبده في النكاح فتزوّج بامرأة بمهر وضمن السيّد ذلك المهر، ثمّ أنه باع العبد منها بقدر المهر الذي لزمه، لم يصحّ البيع، لأنّ اثباته يؤدّي إلى إسقاطه، والمسألة مفروضة، إذا اشترته زوجته قبل الدخول بها، لأنّا إذا صحّحنا ذلك البيع ملكت المرأة زوجها، وإذا ملكته انفسخ النكاح، وإذا انفسخ النكاح سقط المهر، لأنّه فسخ جاء من قبلها قبل الدخول، وكلّ فسخ جاء من قبل النساء قبل الدخول سقط جميع المهر، فإذا سقط المهر عري البيع عن الثمن،

١- قارن المبسوط ٣: ٣٧.

٢- قارن المبسوط ٣: ٣٨.

والبيع لا يصحّ إلا بالثمن، فلمّا كان اثباته يؤدّي إلى إسقاطه لم يثبت^(١).

إذا لم يتسلّم المقرّ له ما حصل الإقرار به واستحقّ ببعض وجوه الاستحقاقات نزع من يده وسلم إلى مستحقه، ولا درك للمقرّ له على المقرّ لاختصاص فائدة الإقرار بإسقاط حق المقرّ فحسب، فإن اقترن بإقراره ضمان الدرك فمنع مانع من التسليم، أو استحقّ بعده، فعليه دركه من حيث كان ضمان المقرّ للدرك دلالة للحاكم، على أنّ الإقرار حصل عن استحقاق يقتضي ضمان الدرك.

وإن كان الإقرار بعد تقدّم دعوى بقائم العين كالدار والفرس، أو بمعيّن في الذمّة كالدين وثمان المبيع والأجرة والأرض وما أشبه ذلك، فعلى الحاكم إلزامه بالخروج إلى المقرّ له ممّا تعلّق بذمّته، وتسليم ما في يده من الأعيان القائمة، فإن قامت بيّنة بعد التسليم باستحقاق غير المقرّ به، فعلى الحاكم نزعه من يد المقرّ له به، ولا ضمان عليه إلا أن يقترن الإقرار بالضمان، أو يكون من حقوق الذمم كالديون وغيرها، فيضمن على كلّ حال، فليلاحظ هذه الجملة ويتأمّل.

قال شيخنا أبو جعفر في مبسوطه في كتاب الإقرار: إذا أعتق رجل عبدين في حال صحّته، فادّعى عليه رجل أنّه غصبها منه، وأنها مملوكان له، فأنكر ذلك المعتق فشهد المعتقان بذلك لم تقبل شهادتهما، لأنّ اثبات شهادتهما يؤدّي إلى إسقاطها، لأنّه إذا حكم بشهادتهما لم ينفذ العتق، فإذا لم ينفذ العتق بقيا على رقهما،

وإذا بقيا على رقبهما لم تصحّ شهادتهما، فلمّا كان إثباتها يؤدّي إلى إسقاطها لم يحكم بها.

قال رحمه الله: وهذا على مذهبننا أيضاً لا تقبل شهادتهما، لأنّا لو قبلناها لرجعنا رقبين، وتكون شهادتهما على المولى، وشهادة العبد لا تقبل على مولاه، فلذلك بطل لما قالوا^(١)، هذا آخر كلام شيخنا في مبسوطه.

قال محمد بن إدريس: ما ذهب إليه شيخنا رحمه الله في ذلك غير واضح، بل هو ضد لما عليه إجماعنا، وتواتر أخبارنا بغير خلاف، وقد أورد ذلك في نهايته^(٢) إنّ شهادتهما مقبولة، وما اعتلّ به غير مستقيم، لأنّهما في حال شهادتهما وإقامتهما وسماع الحاكم لها لم يكونا عبيدين، بل كانا حرّين على ظاهر الحال بغير خلاف، فما شهدا في حال ما شهدا وأقاما إلّا على غير سيدهما، فلا يؤثر بعد ذلك ما يتعقّب الشهادة، لأنّ المؤثّرات في وجوه الأحكام لا يكون لها حكم، إلّا أن تكون مقارنة غير متأخّرة، بل قيل: إنّ شهادتهما لسيّدهما الحقيقي لا عليه كان صحيحاً، ومثل هذه المسألة بل هي بعينها من الحكم منصوصة لأصحابنا، الرواية بها متواترة، لا يتعاجم فيها اثنان من أصحابنا.

وأيضاً فالشاهد إذا شهد عند الحاكم، وكان وقت شهادته مقبول الشهادة لا يؤثر بعد ذلك ما يطرأ عليه من تجدد فسق، بل يجب على الحاكم الحكم

١- المبسوط ٣: ٤٢.

٢- النهاية: ٣٣١.

بشهادته، فلو شرب بعد إقامة شهادته بلا فصل خمرًا، وقبل الحكم بها، فإن
الحاكم يحكم بها، ولا يطررها بغير خلاف بيننا، إلا أن يرجع الشاهد عنها قبل
الحكم بها، فيطررها الحاكم إذا كان رجوعه قبل الحكم بها، فأما إن كان رجوعه
بعد الحكم بها فلا يرجع الحاكم عن الحكم بها، ولا ينقض حكمه.

* * *



كتاب النكاح





[كتاب النكاح]

قال الله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(١) فندب تعالى إلى التزويج، وقال عز اسمه: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾^(٢) فندب إلى التزويج، وقال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُفْرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾^(٣) فمدح من حفظ فرجه إلا على زوجته أو ملك يمينه.

وروى ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لا يستطيع فعليه الصوم فإنه له وجاء»^(٤) فجعله كالموجوء، وهو الذي رَضَّتْ خصيتاه، ومعناه أن الصوم يقطع الشهوة^(٥).

قال محمد بن إدريس: الباءة النكاح بعينه، ونظيرها من الفعل فَعَلَة - بفتح الفاء والعين - وفيها لغة أخرى باءه بهاء أصلية، ونظير ذلك من الفعل فاعل،

١- النساء: ٣.

٢- النور: ٣٢.

٣- المؤمنون: ٥-٦.

٤- الوجاء: بالكسر والمدّ رَضَ عروق البيضتين حتى تنفخ فيكون شبيهاً بالخصاء، وفي الحديث عليكم بالباءة فمن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء (مختار الصحاح: ٧٣٤ ط الأميرية سنة ١٣٢٩). والحديث في مسند أبي يعلى ٤: ٤١٣ بزيادة فيه (فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج).

٥- قارن المبسوط ٤: ١٥٢.

كقولك عالم وخاتم، وفيها لغة أخرى الباء مثل الجاه.

وروي عنه عليه السلام أنه قال: «من أحب فطرتي فليستنّ بستي ألا وهي النكاح»^(١).

وقال عليه السلام: «تناكحوا تكثروا فإني أباهي بكم الأمم، حتى بالسقط»^(٢) وأجمع المسلمون على أن التزويج مندوب إليه، وإن اختلفوا في وجوبه^(٣).

فإذا ثبت ذلك فيحتاج أولاً أن نبيّن من يحرم نكاحه، ثمّ نبيّن أقسام النكاح المباح، وشروطه، والأسباب الموجبة لتحريم الوطء بعد صحّة العقد، وما يتعلّق بذلك كلّ من الأحكام^(٤).

فتقول: من يحرم العقد عليهنّ على ضربين: أحدهما يحرم على كلّ حال، والثاني يحرم في حال دون حال^(٥).

فالضرب الأوّل: المحرمات بالنسب وهي ست: الأم وإن علت، والبنت وإن نزلت، والأخت، وبنت الأخ والأخت وإن نزلتا، والعمة، والخالة وإن علتا بلا خلاف^(٦).

والمحرّمات بالرضاع وهنّ ست أيضاً كالمحرّمات بالنسب، إلا أنّ الراضع من لبن المرأة يحرم عليه كلّ من ينتسب إلى بعلها بالولادة والرضاع،

١- المصدر السابق نفسه. والحديث في مستدرك الوسائل ١٤: ١٤٩ بتفاوت يسير عن الجعفریات.

٢- المصدر السابق نفسه. كسابقه في: ١٥٣ بتفاوت.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- قارن الغنية: ٨٧.

٥- المصدر السابق نفسه.

٦- المصدر السابق نفسه.

ولا يحرم عليه من يتسبب إلى المرأة إلا بالولادة دون الرضاع^(١).

ولا يقتضي التحريم الرضاع إلا بشروط: منها أن يكون سنّ الراضع دون سنّ المرتضع من لبنه دون الحولين، وقد ذهب بعض أصحابنا المتأخرين^(٢) في تصنيف له إلى أن قال: منها أن يكون سنّ الراضع والمرتضع من لبنه دون الحولين^(٣)، وهذا خطأ من قائله، لأنّ الاعتبار بسنّ الراضع، لأنّ المرأة إذا كان بها لبن ولادة حلال ومضى لها أكثر من حولين، ثمّ أرضعت من له أقلّ من حولين الرضاع المحرّم، انتشرت الحرمة وتعلّق عليه وعليها أحكام الرضاع بغير خلاف من محصّل.

واعتبارنا الحولين في المرتضع لدليل إجماع الطائفة، وأيضاً قوله تعالى: **﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾**^(٤) لأنّ المراد إثبات الرضاع الشرعي الذي تعلّق به الحرمة، بدليل أنّه تعالى لا يجوز أن يريد الرضاع اللّغوي، لأنّه يطلق على ما يحصل بعد الحولين وقبل تمامهما، ولا يريد نفى جوازه دونهما أو بعدهما، لأنّ ذلك جائز بلا خلاف، ولا نفى الكفاية بدونهما، لأنّ الكفاية قبل تمامها قد تحصل بلا شبهة، فلم يبق إلا ما قلناه^(٥).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المراد به هو السيّد أبو المكارم ابن زهرة الحلبي، فقد قال ذلك في الغنية: ٨٧.

٣- الغنية: ٨٧.

٤- البقرة: ٢٣٣.

٥- قارن الغنية: ٨٧.

ومن شرط تحريم الرضاع أن يكون لبن ولادة من عقد أو شبهة عقد، لا لبن دَرَّ أو لبن نكاح حرام بدليل إجماعنا^(١).

ومنها: أن يكون ما ينبت اللحم ويشدّ العظم، فإن لم يحصل ذلك فيوماً وليلة أو عشر رضعات متواليات، على الصحيح من المذهب، وذهب بعض أصحابنا إلى خمس عشرة رضة^(٢)، معتمداً على خبر واحد عليه السلام رواية عمار بن موسى الساباطي وهو فطحي المذهب مخالف للحق، مع أننا قدّمنا أن أخبار الأحاد لا يعمل بها، ولو رواها العدل، فالأول مذهب السيد المرتضى وخيرته وشيخنا المفيد، والثاني خيرة شيخنا أبي جعفر الطوسي، والأول هو الأظهر الذي تقتضيه أصول المذهب، لأن الرضاع يتناول القليل والكثير، فالإجماع حاصل على العشرة وتخصيصها، ولأن بعض أصحابنا يحرم بالقليل من الرضاع والكثير، ويتعلّق بالعموم، فالأظهر ما اخترنا ففيه الاحتياط.

وكل رضة من العشر رضعات يروي الصبي ولا يفصل بينهما برضاع امرأة أخرى، فأما إن فصل بين العشر رضعات بشرب لبن من غير رضاع فلا تأثير له في الفصل، بل حكم التوالي باقٍ بلا خلاف بين أصحابنا في جميع ذلك.

وجملة الأمر وعقد الباب أنّه لا يحرم من الرضاع عندنا إلا ما وصل إلى الجوف من الثدي من المجرى المعتاد الذي هو الفم، فأما ما يوجر به، أو يسعط،

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

أو ينشق، أو يحقن به، أو يجلب في عينه فلا يحرم بحال.

ولبن الميتة فلا حرمة له في التحريم.

ولا يحرم من الرضاع إلا ما كان في الحولين.

ولا يثبت الرضاع بشهادة النساء لا المرصعة ولا غيرها، كثرن أو قللن، على الظاهر من أقوال أصحابنا، وهو الذي يقوى في نفسي، لأن الشهادة والعمل بها حكم شرعي يحتاج إلى أدلة شرعية، ولا دليل على ذلك من كتاب ولا سنة ولا إجماع.

ومن هذا الضرب من المحرمات أم المعقود عليها، سواء دخل بالبت أو لم يدخل، لأن الله تعالى قال: **(وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ)**^(١) وهذه من جملة أمهات النساء ولم يشترط الدخول^(٢).

ومن هذا الضرب أيضاً بنت المدخول بها، سواء كانت في حجر الزوج أو لم تكن، بلا خلاف إلا من داود^(٣) فإنه قال: إن كانت في حجره حرمت عليه وإلا فلا، ظناً منه قوله تعالى: **(اللاتي في حُجُورِكُمْ)**^(٤) شرط في التحريم، وليس ذلك

١- النساء: ٢٣.

٢- قارن الغنية: ٨٧.

٣- هو داود بن عليّ الاصهاني الظاهري صاحب المذهب المنسوب إليه، ولد بالكوفة ونشأ بالبصرة ونيسابور، واستقر ببغداد، وكان من تلاميذ الشافعي تعصب له ثم استقل بمذهبه وتبعه جمع يعرفون بالظاهرية نسبة إليه، وإتيا سمي بالظاهري، لأنه تمسك بظاهر الكتاب والسنة، وأنكر القياس والرأي والتقليد، توفي سنة ٢٧٠ (القاموس الإسلامي ٢: ٣٣٧).

٤- النساء: ٢٣.

شرطاً، وإنّما هو وصف لمن لأنّ الغالب في العادات أنّ الرّبيبة تكون في حجره.

ويحرم تحريم جمع أربع: من الأختان، والمرأة وعمتها إلّا برضاها عندنا، فأما بين الأختين فلا يعتبر الرضا.

والمحرّم من الجمع بين المرأة وعمتها أنّ التحريم إذا ارتفع الرضا، وكانت الداخلة بنت الأخ أو بنت الأخت، فأما إن كانت الداخلة العمّة والخالبة فلا تحريم عند أصحابنا، سواء رضيت المدخول عليها أو لم ترض.

ومن تحريم الجمع بين المرأة وخالتها، وجميع ما قلناه من الأحكام بين المرأة وعمتها هو بعينه ثابت بين المرأة وخالتها حرفاً وحرفاً.

والمرأة وينتها قبل الدخول، فمتى طلق الأم قبل الدخول حلّ له نكاح البنت، إلّا أن يدخل بالأم، فتحرم الرّبيبة على التأييد.

وكُلّ من حرّمت عيناً تحرم جمعاً، وكل من حرمت جمعاً لا تحرم عيناً إلّا الرّبيبة، فإنّها تحرم عيناً تارة وجمعاً أخرى، لأنّه إذا عقد على المرأة حرم عليه نكاح بنتها قبل الدخول من حيث الجمع، فإن طلقها حلّ له نكاح الرّبيبة، فإن دخل بها حرمت الرّبيبة على التأييد، وهكذا الحكم في الرضاع حرفاً وحرفاً.

وقد بيّنا أنّ الجمع بين الأختين في النكاح لا يجوز بلا خلاف لقوله تعالى: **﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾** فإذا ثبت أنّ الجمع محرّم، فله أن ينكح كلّ واحدة منهما على الإنفراد، فإن جمع بينهما فالجمع جعان: جمع مقارنة، وجمع متابعة، والمتابعة أن يتزوَّج المرأة ثمّ يتزوَّج عليها أختها أو عمّتها أو خالتها أو بنت أخيها

أو بنت أختها، فنكاح الثانية باطل ونكاح الأولى صحيح.

فأما جمع المقارنة فإن يعقد عليهما معاً في دفعة واحدة، فإذا فعل هذا كان العقد باطلاً على الصحيح من المذهب، لأنه عقد منهي عنه، والنهي يدل على فساد المنهي عنه^(١).

وقال شيخنا في نهايته: يمسك أيتهما شاء^(٢)، والأظهر الأول، وكذلك الحكم فيمن عنده ثلاث نسوة وعقد على اثنين في عقد واحد، فإن العقد باطل، لأنه عقد منهي عنه، وروي أنه يمسك أيتهما شاء منهما، والصحيح ما قدمناه.

وقال بعض أصحابنا: تحرم أم المزي بها وابنتها، والأظهر الأصح من المذهب أن المزي بها لا تحرم أمها ولا ابنتها، للأدلة القاهرة من الكتاب والسنة والإجماع، وهذا المذهب الأخير مذهب شيخنا المفيد محمد بن محمد بن النعمان^(٣)، والسيد المرتضى^(٤)، والأول مذهب شيخنا أبي جعفر الطوسي في نهايته^(٥) ومسائل خلافه^(٦)، وإن كان قد رجع عنه في التبيان في تفسير قوله تعالى:

١- ناقش العلامة الحلبي في المختلف ٣: ٧٨ في ذلك وقال: والجواب المنع من الكبرى على ما تقرر في علم الأصول أن النهي في المعاملات لا يدل على الفساد.

٢- النهاية: ٤٥٤.

٣- لاحظ المقنعة للمفيد: ٧٧.

٤- لاحظ الانتصار: ١٠٨، ويظهر منه اختيار المذهب الثاني فراجع.

٥- النهاية: ٤٥٨.

٦- المذكور في الخلاف ٢: ١٦٤ في المسألة المذكورة هو المذهب الثاني فلاحظ.

﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ الآية، فقال: وأمّا المرأة التي وطئها بلا تزويج ولا ملك يمين، فليس في الآية ما يدلّ على أنّه يحرم وطء أمها وبناتها لأنّ قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ وقوله: ﴿الَّذِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ يتضمّن إضافة الملك إمّا بالعقد أو بملك اليمين، فلا يدخل فيه من لا يملك وطئها، غير أنّ قوماً من أصحابنا ألحقوا ذلك بالموطوءة بالعقد والملك، بالسنة والأخبار المروية في ذلك، وفيه خلاف بين الفقهاء^(١)، هذا آخر كلامه في التبيان.

والذي يدلّ على صحّة ما اخترناه أنّ الأصل الإباحة، والحظر يحتاج إلى دليل، وقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ وهما داخلتان في عموم الآية، وقول الرسول ﷺ: ﴿لا يحرم الحرام الحلال﴾، ولا إجماع على ما ذهب إليه من خالف في هذه المسألة، فلا يرجع عن هذه الأدلّة بأخبار الأحاد التي لا توجب علماً ولا عملاً.

ويحرم على الأب زوجة الابن، سواء دخل بها أو لم يدخل.
ويحرم على الابن زوجة الأب أيضاً سواء دخل بها أو لم يدخل بمجرد العقد، وتحرم المراتان تحريم أبداً.

وقال بعض أصحابنا: يحرم على كلّ واحد منهما العقد على من زنى بها الآخر، وتمسك في التحريم على الابن بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ وقال: لأنّ لفظ النكاح يقع على العقد والوطء معاً.

قال محمد بن إدريس: وهذا تمسك ببيت العنكبوت، لأنه لا خلاف أنه إذا كان في الكلمة عرفان عرف اللغة وعرف الشرع، كان الحكم لعرف الشرع دون عرف اللغة، ولا خلاف أن النكاح في عرف الشرع هو العقد حقيقة، وهو الطاري على عرف اللغة، وكالناسخ له، والوطء الحرام لا يطلق عليه في عرف الشرع اسم النكاح بغير خلاف.

قال شيخنا أبو جعفر في كتاب العدة: إن النكاح اسم للوطء حقيقة، ومجاز في العقد، لأنه موصل إليه، وإن كان بعرف الشرع قد اختص بالعقد كلفظ الصلاة وغيرها^(١)، هذا آخر كلامه في عدته.

فقد اعترف أنه قد اختص بعرف الشرع بالعقد، وأيضاً قوله تعالى: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾^(٢) فقد سمى الله تعالى العقد نكاحاً بمجرد.

وذهب الباقر من أصحابنا إلى أن ذلك لا يحرم على كل واحد منهما ما فعله الآخر، وهذا مذهب شيخنا المفيد والسيد المرتضى، وهو الصحيح الذي يقوى في نفسي، لأن الأصل الإباحة، ويعضده قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ

١- جاء في كتاب العدة ١: ٢٤: وقد وضع قولنا النكاح للوطء حقيقة، والعقد مجازاً، وإرادة أحدهما

لا يمنع من إرادة الآخر، فلا مانع من أن يراد جميعاً بالكلام اهـ، ولعل الذي حكاه المصنف في مكان آخر فراجع.

٢- الأحزاب: ٤٩.

لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» وهذه قد طابت، والأول مذهب شيخنا أبي جعفر الطوسي في بعض كتبه، وقول الرسول ﷺ: «لا يحرم الحرام الحلال»^(١) دليل على صحة ما قلناه واخترناه.

ويحرم العقد على الزانية وهي ذات بعل أو في عدّة رجعية تمّن زنى بها، سواء علم في حال زناه بها أنّها ذات بعل أو لم يعلم تحريم أبد.

ومن أوقب غلاماً أو رجلاً حرم على اللاتط الموقب بنت المفعول به وأمه وأخته تحريم أبد.

ويدخل في تحريم الأم تحريم الجدّة وإن علت، لأنّها أمّ عندنا حقيقة، وكذلك بنت البنت، وكذلك بنت ابن بنته وإن سفلن، لأنّهنّ بناته حقيقة.

وأما بنت أخته فإنّها لا تحرم، لأنّ بنت الأخت ليست أختاً.

وحد الإيقاب المحرّم لذلك إدخال بعض الحشفة ولو قليلاً وإن لم يجب عليه الغسل، لأنّ الغسل لا يجب إلاّ بغيبوبة الحشفة جميعها.

والتحريم لهؤلاء المذكورات يتعلّق بإدخال بعضها، لأنّ الإيقاب هو الدخول، فأما المفعول به فلا يحرم عليه من جهة الفاعل شيء.

ويحرم أيضاً على التأبّد المعقود عليها في عدّة معلومة أيّ عدّة كانت، أو

١- الجامع الصغير ٤٥٦: ٢، وفي فروع الكافي ٣٢: ٢، والتهذيب ٣٣٠: ٧، والاستبصار ١٦٧: ٣،

عن الصادق (عليه السلام) في رجل تزوّج جارية فدخل بها ثمّ ابتلى بأمتها ففجر بها التحرم عليه امرأته فقال: لا، إنّّه لا يحرم الحلال الحرام.

إحرام معلوم، والمدخول بها فيهما على كل حال، سواء كان عن علم أو جهل بحالهما.

والمطلقة تسع تطليقات للعدة، ينكحها بينها رجالان، تحرم تحريم أبد على مطلقة هذا الطلاق وتحرم أيضاً تحريم أبد الملاءنة، ومن قذف زوجته وهي صماء أو خرساء تحرم عليه تحريم أبد.

ويدل على تحريم ذلك أجمع، إجماع أصحابنا عليه، فهو الدليل القاطع على ذلك، واستدلال المخالف علينا في تحليل هؤلاء بأن الأصل الإباحة، وبظواهر القرآن كقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ وقوله: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ غير لازم، لأننا نعدل عن ذلك بالدليل الذي هو إجماعنا، كما عدلوا عنه في تحريم نكاح المرأة على عمتها وخالتها بغير خلاف بينهم، فإذا ساغ لهم ساغ لغيرهم العدول عن العموم بالدليل، لأنه لا خلاف أن العموم قد يخص بالأدلة.

وحكم الإماء في التحريم بالنسب والرضاع وغيره من الأسباب حكم الحرائر.

قال شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه: مسألة: إذا زنى بامرأة فأتت بنت يمكن أن تكون منه لم تلحق به بلا خلاف، ولا يجوز له أن يتزوجها، وبه قال أبو حنيفة، ثم حكى عن الشافعي جواز أن يتزوجها، ثم استدلل شيخنا على ما اختاره فقال: دليلنا ما دللنا عليه من أنه إذا زنى بامرأة حرمت عليه بنتها،

وانتشرت الحرمة، وهذه بنتها^(١).

ثم قال: وأيضاً قوله: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ» وهذه بنته لغة، وإن لم تكن شرعاً^(٢).

قال محمد بن إدريس: لم تحرم عليه هذه البنت من حيث ذهب شيخنا إليه، لأنَّ عند المحصلين من أصحابنا إذا زنى بامرأة لم تحرم عليه بنتها، وقد دللنا على ذلك، وقوله هي بنته لغة فعرف الشرع هو الطاري على عرف اللغة، وإنهما تحرم عليه إذا كان الزاني مؤمناً، لأنَّ البنت المذكورة كافرة على ما يذهب إليه أصحابنا من أنَّ ولد الزنا كافر، ولا يجوز للمؤمن أن يتزوج بكافرة، فمن هذا الوجه تحرم، لا من الوجهين المقدم ذكرهما^(٣).

وأما من يحرم العقد عليه في حال دون حال، فأخت المعقود عليها بلا خلاف، أو الموطوءة بالملك بلا خلاف إلا من داود بن عليّ الاصفهاني.

١- في المصدر المنقول عنه - الخلاف - بعد هذا: وطريقة الاحتياط تقتضي تجنب هذه.

٢- الخلاف ٢: ١٦٦.

٣- وناقش العلامة الحلي في المختلف ٣: ٨٤ المصنّف بقوله: وهذا الكلام خطأ، أما أولاً فللمنع من كفر ولد الزنا، وأي دليل ظهر له على ذلك، وأما ثانياً فللمنع من طريان عرف الشرعي لقوله تعالى: «إِلَّا اللَّاتِي وَلَدَتْهُمْ» فجعل المولدة مطلقاً أما، فتكون المتولدة بشأ على حسب القانون اللغوي، نعم الأحكام الشرعية المتعلقة بالنسب منتفية هنا لحكمة شرعية، أما حقيقة البتية والأمومية والأختية فلا، وهذه المسألة وإن اتفقا على الحكم فيها، لكن الخلاف في اللغة، وقد يترتب عليه اختلاف في أحكام آخر، فعلى قول الشيخ لا تحلّ على الكافر، ويلزم ابن إدريس الحلّ عليه.

ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ لآته لم يفصل.

والخامسة حتى تبين منه احدى الأربع بها توجب البينونة، والمطلقة ثلاثاً سواء كان ذلك طلاق العدة أو طلاق السنة، على ما نبينه حتى تنكح زوجاً مخصوصاً، نكاحاً مخصوصاً، ويدخل بها دخولاً مخصوصاً، وتبين منه وتنقضي العدة.

والمطلقة التي تلزمها العدة حتى تخرج من عدتها، ومن عليها عدة وإن لم تكن مطلقة حتى تخرج من العدة، كل هذا بدليل إجماعنا، وبنت الأخ على عمتها، وبنت الأخت على خالتها بغير إذن ورضاء منهما عندنا، والأمة على الحرّة بغير إذنها ورضاها.

والزانية حتى تتوب على الزاني بها إذا لم تكن ذات بعل عند بعض أصحابنا، وهو الذي ذكره شيخنا أبو جعفر في نهايته^(١)، إلا أنه رجع عن ذلك في مسائل خلافه فقال: ذلك على الاستحباب دون الوجوب^(٢)، وهو الذي يقوى في نفسي، وأفتي به، لأن الأصل الإباحة، وقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾.

ويحرم عقد الدوام على الكافرة، وإن اختلفت جهات كفرها، حتى تتوب من الكفر، إلا على وجه نذكره، بدليل إجماع الطائفة، ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنْسِكُوا

١- النهاية: ٤٥٨.

٢- الخلاف: ٢: ١٦٢.

بِعَصَمِ الْكُوفَرِ^(١) وقوله: **(وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ)**^(٢) وقوله: **(لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ)**^(٣) لآته نفى بالظاهر التساوي في جميع الأحكام التي من جملتها المناكحة، فأما قوله تعالى: **(وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ)**^(٤) نخصه بالنكاح المؤجل، فإنه جائز عند بعض أصحابنا على الكتابيات من اليهود والنصارى دون المجوسيات، أو نحمله عليهن إذا كنّ مسلمات، بدليل ما قدّمناه، ولا يمتنع أن يكون من جهة الشرع قبل ورود هذا البيان فرق بين من آمن بعد كفر، وبين من لم تكفر أصلاً، فتكون في البيان لإباحة نكاح الجميع فائدة.

فإن قالوا: لستم بتخصيص هذه الآية بما ذكرتموه ليسلم لكم ظواهر آياتكم بأولى منّا إذا خصصنا ظواهركم بالمرتدات والحرييات ليسلم لنا ظواهر الآيات التي يستدلّ بها.

قلنا: غير مسلمّ لكم التساوي في ذلك، بل نحن أولى بالتخصيص منكم، لأنكم تعدلون عن ظواهر كثيرة، ونحن نعدل عن ظاهر واحد، وإذا كان العدول عن الحقيقة إلى المجاز، إنما يفعل للضرورة فقليله أولى من كثيره بغير شبهة.

١- الممتحنة: ٩.

٢- البقرة: ٢٢١.

٣- الحشر: ٢٠.

٤- المائدة: ٥.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: ويحرم وطء جارية قد ملكها الأب أو الابن إذا جامعها، أو نظرا منها إلى ما يحرم على غير مالكتها النظر إليه، أو قبلاها بشهوة^(١).

قال محمد بن إدريس: أما إذا جامعها فلا خلاف في ذلك من جهة الإجماع، ولولا الإجماع لما كان على حظر ذلك دليل من جهة الكتاب أو السنة المتواترة، فأما إذا قبلاها أو نظرا إليها على ما قال الله فلا إجماع على حظر ذلك، بل الأصل الإباحة مع قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ وقوله: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ وهذا مذهب شيخنا المفيد محمد بن محمد بن النعمان^(٢)، والفقهاء أبي يعلى سلاّر (رحمهما الله)^(٣) وبه أفتي.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: وإذا ملك الرجل جارية فوطئها ابنه قبل أن يطأها، حرم على الأب وطؤها، فإن وطئها بعد وطء الأب لم يحرم ذلك على الأب وطؤها^(٤).

قال محمد بن إدريس: لا فرق بين الأمرين في أن ذلك لا يحرمها على

١- النهاية: ٤٥١.

٢- المقنعة: ٧٧.

٣- المراسم: ١٩، أوائل كتاب النكاح، وتعقب العلامة الحلي في المختلف ٣: ٧٦ المصنف في هذا المقام بقوله: وفي نقله عن الشيخين نظر، والأقرب قول الشيخ. أقول: ولم يظهر لي وجه النظر في ذلك.

٤- النهاية: ٤٥٢.

الأب، لأن الرسول ﷺ قال: «لا يحرم الحرام الحلال»، وقال تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ وهذه قد طابت، وقال تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ وهذه ملك يمين، والأصل الإباحة أيضاً، فلا يرجع عن هذه الأدلة القاهرة بأخبار الآحاد، إذ لا إجماع منعقد على تحريم هذه الجارية على الأب، ولا نص كتاب ولا سنة متواترة، ودليل العقل غير مانع من وطئها، وإلى هذا ذهب شيخنا أبو جعفر محمد بن علي بن بابويه في كتابه من لا يحضره الفقيه قال: وإن زنى رجل بامرأة ابنه أو امرأة أبيه وجارية ابنه أو بجارية أبيه، فإن ذلك لا يحرمها على زوجها، ولا يحرم الجارية على سيدها، وإنما يحرم ذلك إذا كان منه بالجارية وهي حلال، فلا تحل تلك الجارية أبداً لابنه ولا لأبيه^(١)، هذا آخر كلام ابن بابويه.

ونعم ما قال فإنه كان ثقة، جليل القدر، بصيراً بالأخبار، ناقداً للأثار، عالماً بالرجال، حفظةً، وهو استاذ شيخنا المفيد محمد بن محمد بن النعمان.

وقد روي أنّ من فجر بعمته أو خالته لم تحل له ابنتاهما أبداً، أورد ذلك شيخنا أبو جعفر في نهايته^(٢)، وشيخنا المفيد في مقنعته^(٣)، والسيد المرتضى في انتصاره^(٤)، فإن كان على المسألة إجماع فهو الدليل عليها، ونحن قائلون وعاملون بذلك، وإن لم يكن إجماع فلا دليل على تحريم البنتين المذكورتين من

١- الفقيه ٣: ٢٦٤.

٢- النهاية: ٤٥٣.

٣- المقنعة: ٧٧.

٤- الانتصار: ١٠٨.

بذلك، وإن لم يكن إجماع فلا دليل على تحريم البتتين المذكورتين من كتاب ولا سنة ولا دليل عقل، وليس دليل الإجماع في قول رجلين ولا ثلاثة، ولا من عرف اسمه ونسبه، لأن وجه كون الإجماع حجة عندنا دخول قول المعصوم من الخطأ في جملة القائلين بذلك، فإذا علمنا في جماعة قائلين بقول أن المعصوم ليس هو في جملةهم، لا نقطع على صحة قولهم، إلا بدليل غير قولهم، وإذا تعيّن المخالف من أصحابنا باسمه ونسبه لم يؤثر خلافه في دلالة الإجماع، لأنه إنما كان حجة لدخول قول المعصوم فيه، لا لأجل الإجماع.

ولما ذكرناه يستدلّ المحصل من أصحابنا على المسألة بالإجماع، وإن كان فيها خلاف من بعض أصحابنا المعروفين بالأسامي والأنساب، فليلاحظ ذلك وليحقق.

وإذا تزوّج الرجل بصبية لم تبلغ تسع سنين فوطئها قبل التسع، لم يحلّ له وطؤها أبداً، وهو بالخيار بين أن يطلقها أو يمسكها، ولا يحلّ له وطؤها أبداً، وليس بمجرد الوطء تبين منه وينفسخ عقدها، كما يظن ذلك من لا يحصل شيئاً من هذا الفن، ولا يفهم معنى ما يقف عليه من سواد الكتب.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: وإذا تزوّج الرجل بصبية لم تبلغ تسع سنين فوطئها، فرّق بينهما ولم تحلّ له أبداً^(١).

معنى قوله ﷺ: فرّق بينهما، المراد بذلك في الوطء دون بينونة العقد

وانفساخه، لأن الإجماع منعقد منه عليه السلام ومن أصحابنا بأجمعهم أن من دخل بامرأة ووطئها ولها دون تسع سنين، وأراد طلاقها طلقها على كل حال، ولا عدة عليها منه بعد الطلاق على الأظهر من أقوال أصحابنا، فإذا كانت قد بانت بوطنه لها قبل بلوغها التسع، فلا حاجة إلى طلاقها، ولا يتقدّر ذلك بحال.

وقد كنّا أملينا مسألة قبل تصنيفنا لهذا الكتاب بسنين عدة في هذا المعنى، فأحببنا إيرادها هاهنا وها هي:

إن سأل سائل فقال: أرى في معظم كتبكم مسألة ظاهرها متضاد متناف، وهي من وطئ زوجته ولها دون تسع سنين حرمت عليه أبداً، وفرّق بينهما بغير خلاف بينكم في ذلك، هذا في أبواب النكاح من تصانيف أصحابكم، ثم في أبواب الطلاق وأقسامه، يذكر هؤلاء أصحاب الكتب والتصانيف من أصحابكم بغير خلاف بينهم أقسام الطلاق، ومن تجب عليها عدة، ومن لا تجب، فيقولون: من دخل بامرأة ولها دون تسع سنين وأراد طلاقها فليطلقها على كل حال، وليس له عليها بعد طلاقها لها عدة، وإن كانت مدخولاً بها على الأظهر من أقوال أصحابنا، وقد قلتم إن من دخل بزوجه ولها دون تسع سنين لا تحلّ له أبداً وحرمت عليه أبداً ويفرّق بينهما، فإذا كان قد حرمت عليه أبداً ولا تحلّ له، فلا يحتاج حيثئذٍ إلى طلاق، لأن من يحرم أبداً وطؤها على زوجها، ولا تحلّ له أبداً، كيف تقولون إذا أراد طلاقها فليطلقها؟ وهذا ظاهر متناقض متناف كما ترى.

قلنا: ليس بين القول بصحة طلاق من ذكر في السؤال، وبين تحريم وطئها على زوجها أبداً، وأنها لا تحل له أبداً تناف، ولا تضاد، ولا تناقض على ما ظنّه السائل واعتقده، وأي تضاد بين تحريم وطئها على زوجها وصحة طلاقها، لأنّ صحة الطلاق مبني على صحة العقد، ولا خلاف في صحة عقدتها أولاً وأنها زوجته، فطريان التحريم وأنّ وطئها لا يحلّ له أبداً، لا يخرجها من كونها زوجة له، وإنّ عقدتها الأول غير صحيح، أو قد انفسخ إذ لا تنافي بين الحكمين، لأنّ الأصل صحة العقد واستدامته، فمن ادّعى بطلانه بوطنه لها قبل بلوغها تسع سنين يحتاج إلى دليل.

فإن قيل: كيف يكون عقدتها ثابتاً على ما كان عليه أولاً وهي لا يحلّ له وطؤها أبداً.

قلنا: هذا غير مستبعد من الأحكام الشرعية، والمصالح الدينية، لأنّا نشبتها بحسب الأدلة إذ لا تنافي بينهما على ما مضى ذكره، ألا ترى أنّ من ظاهر من امرأته أو آلى منها، ولم يكفر عن ظهاره ولا عن إيلائه ولا رافعه إلى الحاكم واستمرّ ذلك منها مائة سنة، فإنّ نكاحها محرّم عليه، ولا يحلّ له وطؤها بغير خلاف، وهي زوجته، وعقدتها باق، ويصحّ طلاقها بغير خلاف، إذ لا تنافي بينهما.

وكذلك من كان في فرجها قرح، أو ألم يضرها الوطء ويخشى عليها من الوطء في الموضع، واستمرّ ذلك تقديراً مائة سنة، فإنّ وطأها لا يحلّ لزوجها،

وعقدها باق، ويصحّ طلاقها بغير خلاف، إذ لا تضاد بين الحكمين، أعني تحريم الوطء وبقاء العقد على ما كان، وصحة الطلاق.

وأيضاً فقد وردت الأخبار عن الأئمة الأطهار عليهم السلام بصحة ما ذكرناه.

فمن ذلك ما أورده شيخنا الصدوق أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي في كتابه كتاب من لا يحضره الفقيه قال: روى الحسن بن محبوب، عن أبي أيوب، عن حمران، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن رجل تزوج جارية بكرأ لم تدرك، فلما دخل بها افتضها فأفضاها، قال: إن كان دخل حين دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه، وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين دخل بها فافتضها، فإنه قد أفسدها وعطلها على الأزواج فعلى الإمام أن يغرمه ديتها، وإن أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه^(١).

ألا تراه عليه السلام قد أثبت له الخيرة بين إمساكها وطلاقها بقوله: فإن أمسكها ولم يطلقها، فلو كانت بنفس الوطء قبل بلوغ تسع سنين تبين منه وينسخ عقدها، لما قال له عليه السلام: فإن أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه.

وشيخنا أبو جعفر الطوسي يصرّح بهذا، وأورد في كتابه الاستبصار من الأخبار ما يؤذن ببقاء العقد، والتخير بين الطلاق والإمساك لمن ذكرنا حاله، ويتأول بعض الأخبار، وجمع بين معانيها ولانتم بين ألفاظها في أنه يحرم عليه

وطؤها، ولا تحلّ له أبداً، ويصحّ طلاقها بعد ذلك، أورده في الجزء الثالث، في باب من وطئ جارية فأفضاها قال: الحسن بن محبوب، عن الحارث بن محمد بن النعمان صاحب الطاق، عن بريد العجلي، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل افتضّ جارية يعني امرأته فأفضاها قال: عليه ديتهما إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين، قال: فإن أمسكها فلم يطلقها فلا شيء عليه، وإن كان دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه، إن شاء أمسك وإن شاء طلق^(١).

فأما ما رواه ابن أبي عمير، عن حماد، عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن رجل تزوّج جارية فوق بها فأفضاها، قال عليه السلام: «الإجراء عليها ما دامت حية»^(٢).

فلا ينافي الخبر الأول، لأننا نحمل هذا الخبر على من وطئها بعد التسع سنين، فإنه لا يكون عليه الدية، وإنما يلزمه الإجراء عليها ما دامت حية، لأنها لا تصلح للرجال، ولا ينافي هذا التأويل قوله في الخبر الأول: إن شاء طلق وإن شاء أمسك، إذا كان الدخول بعد تسع سنين، لأنه قد ثبت له الخيار بين إمساكها وطلاقها، ولا يجب عليه واحد منهما، وإن كان يلزمه النفقة عليها على كلّ حال لما قدّمناه.

وأما الخبر الذي رواه محمد بن يعقوب، عن عدّة من أصحابنا، عن سهل

١- الاستبصار ٤: ٢٩٤.

٢- المصدر السابق نفسه.

بن زياد، عن يعقوب بن يزيد، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا خطب الرجل المرأة قبل أن تبلغ تسع سنين فرّق بينهما ولم تحلّ له أبداً^(١).

فلا ينافي ما تضمّنه خبر بريد من قوله: فإن أمسكها ولم يطلقها فلا شيء عليه، لأنّ الوجه أن نحمله على المرأة إذا اختارت المقام معه واختار هو أيضاً ذلك، ورضيت بذلك عن الدية، كان ذلك جائزاً، ولا يجوز له وطؤها على حال، على ما تضمّنه الخبر الأوّل حتى نعمل بالأخبار كلّها^(٢).

فهذه الأخبار جميعها والتأويلات والألفاظ أيراد شيخنا أبي جعفر وقوله وتأويله، من غير زيادة ولا نقصان، ألا تراه قد أجمع في آخر تأويله الأخبار، بين أنّها لا تحلّ له أبداً وبين إمساكها زوجة مع اختيار الزوج، وفي ألفاظ الأخبار التي أوردها التخيير بين إمساكها وطلاقها، وأورد في نهايته^(٣) الخبر المرسل الذي أورده في استبصاره وردّه وتأوّله، الذي رواه محمد بن يعقوب، عن عدّة من أصحابنا، عن سهل بن زياد، عن يعقوب بن يزيد، عن بعض أصحابنا، وهذا

١- الاستبصار ٤: ٢٩٥. في نسخة الرضوية يعقوب عن بريد... إلّا أنّ في المصدر وكذا في الكافي ٥:

٤٢٩ وباقى نسخ المتن التي رأيتها هو ما أثبتته، وهو الصحيح حيث لم توجد رواية واحدة يرويها يعقوب عن بريد، فلا هذا ممن روى عن ذلك ولا ذاك ممن يروي عنه هذا، لاحظ معجم رجال الحديث في ترجمة يعقوب بن يزيد، وبريد.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- النهاية: ٤٥٣، ولاحظ ما أشار إليه المؤلّف بأنّ ما ذكره في النهاية هو عين ما أخرجه من خبر محمد بن يعقوب، فثمة تفاوت في اللفظ.

كما تراه خبر واحد مرسل، والمراسيل لا يعمل بها من يعمل بأخبار الأحاد، فكيف من لا يعمل بأخبار الأحاد جملة، ولو أورد غيره في نهايته من جملة ما أورده من الأخبار في استبصاره كان أوضح في البيان.

وقد قدّمنا أن من عقد على امرأة في عدتها ودخل بها فرق بينهما، ولم تحلّ له أبداً، سواء كان عالماً أو جاهلاً، وكان لها المهر بما استحلت من فرجها^(١) إذا لم تكن عالة بأن ذلك لا يجوز، فأما إذا كانت عالة بتحريم ذلك، فلا مهر لها، وكان عليها عدتان تمام العدة الأولى من الزوج الأول، وعدة أخرى من الزوج الثاني، فإن كانت العدة التي عقد فيها الثاني رجعية فالنفقة على زوجها الأول، وإن أراد مراجعتها كان له ذلك.

فإن قيل: كيف تكون عليه النفقة، والنفقة لا تحب إلا بتمكين الاستمتاع بها والوطء، وهذا ممنوع من ذلك.

قلنا: المرأة غير مائعة له، وإنما المنع من جهة الشارع دونها، لأن المنع لو كان منها سقطت نفقتها، وهذا ليس هو منعاً منها، كما أنّها لو كانت مريضة فإنّه ممنوع من وطئها، ويجب عليه النفقة عليها، وأيضاً فهي زوجة، والنفقة تحب على الزوجات من الأزواج بغير خلاف.

فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر كان لاحقاً بالأول، فإن كان لسته أشهر فصاعداً كان لاحقاً بالثاني^(٢).

١- قارن النهاية: ٤٥٣.

٢- قارن النهاية: ٤٥٤.

ومتى قذفها زوجها أو غيره مما فعلته من الفعل، فإن كانت عالة بذلك لم يكن عليه شيء، وإن كانت جاهلة وجب عليه حد القاذف^(١).

الوطء المباح بعقد غير عقد الشبهة، والوطء بملك اليمين ينشر تحريم المصاهرة، ويثبت به حرمة المحرم، فأما الوطء الحرام فعلى الصحيح من المذهب لا ينشر تحريم المصاهرة، ولا خلاف أنه لا يثبت به حرمة المحرم.

ومعنى حرمة المحرم أن أمهات الموطوءة وبناتها يحل النظر إليهن، مثلاً حماة الرجل يحل النظر إليها كما يحل له النظر إلى أمه وبنته، وكذلك بنت امرأته من غيره، هذا في العقد الصحيح، والوطء المباح فهذا معنى حرمة المحرم.

أما معنى تحريم المصاهرة، فإن الإنسان لا يحل له أن يتزوج بأم امرأته ولا بنتها، إذا كان قد دخل بالأم تحريم أبداً، ولا بأختها تحريم جمع، فهذا معنى تحريم المصاهرة.

فأما عقد الشبهة ووطء الشبهة، فعندنا لا ينشر الحرمة، ولا يثبت به تحريم المصاهرة بحال، وإنما أصحابنا رَوَوْا أنه يلحق به الولد ولا يحد فاعله، لقوله عليه السلام: «ادروا الحدود بالشبهات»^(٢) وما سوى هذين الحكمين فحكمه

١- المصدر السابق نفسه.

٢- من لا يحضره الفقيه ٤: ٥٠٣ «ادروا الحدود ما استطعتم» وفي مختصر اتحاف السادة المهرة بزوائد

المسانيد العشرة بلفظ: «ادروا الحدود عن عباد الله عليهم السلام» ورواه ابن حجر في المطالب العالية برقم

١٨٠٦ وعزاه لمسند. ويوجد في مصادر كثيرة أخرى.

حكم الوطء الحرام، وعند الشافعي ينشر تحريم المصاهرة ولا يثبت به حرمة، وإن كان شيخنا قد أورد ذلك في مبسوطه^(١) فهو رأي الشافعي لا رأي الإمامي، وقد قلنا إنه لا يجوز أن يجمع بين الأختين في نكاح الدوام، ولا النكاح المؤجل، فإن عقد عليهما في حالة واحدة كان مخيراً في أن يمسك أيتهما شاء، على ما روى في بعض الأخبار، أوردته شيخنا أبو جعفر في نهايته^(٢).

والذي تقتضيه أصول المذهب أن العقد باطل، يحتاج أن يستأنف عقداً على أيهما شاء، على ما قدّمناه، لأنه منهي عنه، والنهي يدلّ على فساد المنهي عنه، بلا خلاف بين محققي أصحاب أصول الفقه، ومحضلي هذا الشأن، وشيخنا فقد رجع في مبسوطه^(٣) عما أوردته في نهايته، وهو محجوج بقوله: فإن عقد على امرأة ثم عقد على اختها كان العقد على الثانية باطلاً، فإن وطئ الثانية فرّق بينهما، وروي: أنه لا يرجع إلى نكاح الأوّلة حتى تخرج التي وطئها من عدّة.

ولا دليل على صحّة هذه الرواية، والذي تقتضيه أصول المذهب أنه لا يمتنع من وطء امرأته الأولى، لأنه غير جامع بين الأختين، لأنّ عدّة الثانية لغيره، وهي عدّة بائنة لا رجعة له عليها فيها، فإذا لم يكن مانع من كتاب ولا إجماع ولا سنّة ولا دليل عقل، بل الكتاب والعقل والسنّة يحكم بما ذكرناه،

١- المبسوط ٤: ٢٠٩.

٢- النهاية: ٤٥٤.

٣- المبسوط ٤: ٢٠٦.

لأن الأصل الإباحة، وقوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَلِإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ فنفي اللوم عن وطء زوجته.

ومتى عقد على امرأة ثم عقد على أمها أو أختها أو بنتها بجهالة فرق بينهما، فإن وطئها وجاءت بولد كان لاحقاً به، وروي أنه لا يقرب الزوجة الأولى حتى تنقضي عدتها^(١)، وقد قلنا ما عندنا في مثل ذلك فلا وجه لإعادته.

ومتى طلق الرجل امرأته طلاقاً يملك فيه الرجعة، لم يجوز له العقد على أختها حتى تنقضي عدتها، فإن كانت التطليقة لا رجعة له عليها في تلك العدة وبعد تلك التطليقة جاز له العقد على أختها في الحال^(٢).

وكذلك كل عدة لا رجعة للزوج على الزوجة فيها، يجوز له العقد على أخت المعتدة في الحال، متمتعة كانت أو مفسوخاً نكاحها، أو مطلقة مباراة أو مختلعة.

وقد روي في المتمتعة: إذا انقضى أجلها أنه لا يجوز العقد على أختها حتى تنقضي عدتها^(٣)، وهي رواية شاذة مخالفة لأصول المذهب لا يلتفت إليها، ولا يجوز التعرّيج عليها.

١- قارن النهاية: ٤٥٤.

٢- قارن النهاية: ٤٥٤، فستجد أن المؤلف غير عبارة النهاية بتطويل لا طائل معه، فإن العبارة فيها هكذا: فإن كانت تطليقة بائنة جاز له العقد على أختها في الحال.

٣- قارن النهاية: ٤٥٥.

فإن قيل: لا يجوز العقد على أختها، لأنه يجوز له أن يعقد عليها قبل خروجها من عدتها، وغيره لا يجوز له أن يعقد عليها، ولا أن يطأها إلا بعد خروجها من عدتها، والعقد عليها، فقد صارت كأختها في عدتها.

قلنا: هذا قول بعيد من الصواب، لأن المختلعة يجوز له العقد على أختها في الحال بغير خلاف، وإن كان يجوز له العقد عليها قبل الخروج من عدتها إذا تراضيا بذلك، وإن كان غيره لا يجوز له ذلك بحال، فلا فرق بينهما من هذا الوجه، وأيضاً هذه عدّة لا رجعة للزوج على الزوجة فيها بغير خلاف، فخرجت من أن تكون زوجة له، فلم يكن جامعاً في حباله بين الأختين بحال.

وإذا ماتت إحدى الأختين جاز له أن يعقد على أختها في الحال^(١).

ولا بأس أن يجمع الرجل بين الأختين في الملك، لكنّه لا يجمع بينهما في الوطء، لأنّ حكم الجمع بينهما في الوطء حكم الجمع بينهما في العقد، فمتى ملك الأختين فوطئ واحدة منهما لم يجز له وطء الأخرى، حتى يخرج تلك من ملكه، بالهبة أو البيع أو غيرها^(٢).

وقد روي أنّه إن وطئ الأخرى بعد وطئه الأولى وكان عالماً بتحريم ذلك، حرمت عليه الأولى حتى تموت الثانية، فإن أخرج الثانية عن ملكه ليرجع إلى الأولى، لم يجز له الرجوع إليها، وإن أخرجها من ملكه لا لذلك، جاز له الرجوع

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

إلى الأولى، وإن لم يعلم تحريم ذلك عليه، جاز له الرجوع إلى الأولى على كل حال إذا أخرج الثانية من ملكه^(١).

والرواية بهذا الذي سطرناه قليلة، لم يوردها في كتابه وتصانيفه إلا القليل من أصحابنا، والذي تقتضيه أصول المذهب ويقوى في نفسي إذا أخرج إحديهما من ملكه حلت الأخرى، سواء أخرجها ليعود إلى من هي باقية في ملكه أو لا ليعود، عالماً كان بالتحريم أو غير عالم، لأنه إذا أخرج إحداها لم يبق جامعاً بين الأختين بلا خلاف، فأما تحريم الأولى إذا وطئ الثانية فيه نظر، فإن كان على ذلك إجماع منعقد أو كتاب أو سنة متواترة رجع إليه، وإلا فلا يعرج عليه، لأن الأصل الإباحة للأولى، وإنها التحريم يتعلّق بوطن الثانية بعد وطئه الأولى، لأنه بوطنه الثانية يكون جامعاً بين الأختين، فكيف تحرم الأولى وهي المباحة الوطء، وتحل المحرمة الوطء؟ وقد قلنا: إنها رواية أوردها شيخنا في نهايته إيراداً لا اعتقاداً، مثل ما أورد كثيراً من الأخبار في كتابه المشار إليه إيراداً لا اعتقاداً^(٢).

ولا يجوز للرجل الحرّ أن يعقد على أكثر من أربع من الحرائر أو أمتين، ولا بأس أن يجمع بين حرة وأمتين أو حرتين وأمتين بالعقد، فأما بملك اليمين

١- المصدر السابق نفسه.

٢- ناقش العلامة الحلي في المختلف ٣: ٧٩ المصنّف بقوله: والجواب: الأدلة غير منحصرة فيما ذكره، وقيل أن يوجد شيء منها في الفروع، والأصول إنما يصار إليه مع عدم دليل يخرج عنه، ولا امتناع في اقتضاء وطء الثانية تحريم الأولى، فإذا وجدت الروايات الخالية عن المعارض، وجب الحكم به، وما ذكره استحسان لا يجوز العمل به.

فيجمع ما شاء منهنّ، مع العقد على أربع حرائر.

فإن كان الرجل عنده ثلاث نسوة وعقد على اثنتين في عقد واحد، أمسك أيتهما شاء ويخلى سبيل الأخرى^(١)، على ما روي في بعض الأخبار، وقد قلنا ما عندنا في ذلك، وإنّ العقد باطل، لأنّه منهيّ عنه بغير خلاف.

فإن كان قد عقد عليهما بلفظتين، ثمّ دخل بالتي بدأ باسمها كان عقدها صحيحاً، فإن دخل بالتي ذكرها ثانياً كان نكاحها باطلاً، وتلزمها العدة لأجل الدخول^(٢) ويلزمه المهر، فإن حملت لحق به الولد.

والذمي إذا كان عنده أكثر من أربع نساء، ثمّ أسلم فليمسك منهنّ أربعاً، وليخلّ سبيل الأخرى^(٣)، ويكون خيرته على الفور، لئلا يكون جامعاً بين أكثر من أربع حرائر.

وإذا طلق الرجل واحدة من الأربع طلاقاً يملك فيه الرجعة، فلا يجوز له العقد على أخرى حتى تخرج تلك من العدة، فإن كان طلاقاً لا يملك فيه الرجعة جاز له العقد على أخرى في الحال^(٤)، وإن كان فسخاً لا طلاقاً جاز له العقد على الأخرى في الحال.

١- قارن النهاية: ٤٥٥.

٢- قارن النهاية: ٤٥٦.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

والمملوك لا يجمع بين أكثر من حرتين أو أربع إماء بالعقد^(١)، ولا بأس أن يعقد على حرّة أو أمتين، لأنّ الحرّة في حقّه بمنزلة الأمتين، ولا يعقد على حرتين ويضيف إليهما العقد على أمة^(٢).

لأنّا قد قدّمنا أنّ الحرّة في حقّه بمنزلة الأمتين، فيصير حيثنّذ كأنّه قد عقد على خامسة، وقد قدّمنا أنّ جميع المحرمات من جهة النسب يحرم من جهة الرضاع.

ولو أنّ رجلاً عقد على جارية رضیعة، فأرضعتها امرأته حرمتا جميعاً عليه إذا كان قد دخل بالمرأة المرضعة، لأنّ الجارية المرضعة صارت ربيبة من نسائه اللاتي دخل بهنّ وحرمت الكبيرة المرضعة، لأنّها صارت من جملة أمهات نسائه، فإن لم يكن دخل بالكبيرة، فإنّ الجارية المرضعة تحلّ له، لأنّها ممن لم يدخل بأمرها، فأما الكبيرة فهي محرّمة عليه على كلّ حال، وشيخنا أبو جعفر أطلق ذلك في نهايته من غير تفصيل.

فإنّه قال: ولو أنّ رجلاً عقد على جارية رضیعة فأرضعتها امرأته حرمتا عليه جميعاً، وإن أرضعت الجارية امرأتان له حرمت عليه الجارية والمرأة التي أرضعتها أولاً، ولم تحرم عليه التي أرضعتها ثانياً^(٣)، لأنّها بعد رضاعها من المرأة

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- النهاية: ٤٥٦.

الأولى صارت بنته، فإذا أرضعتها المرأة الأخيرة فقد أرضعت بنته، ولا بأس بأن ترضع امرأة الرجل بنته بغير خلاف، وهذه رواية شاذة أوردها بعض أصحابنا، والصحيح أن الأخيرة تحرم عليه أيضاً، لأنها أم من كانت زوجته، فهي داخله تحت عموم قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ فالتمسك بالقرآن وعمومه أولى من التمسك برواية شاذة، أو قول مصنف وإيراده في سواد كتابه.

وإن عقد على جارتين رضيعتين، فإن أرضعتها امرأة له حرمت عليه المرضعة والجارتان معاً، فإن أرضعت امرأته له لهاتين الجارتين حرمن عليه كلهن^(١).

هذا كله بشرط اعتبار الدخول بالكبار المرضعات، فإن لم يكن دخل بالكبار حرمن الكبار ولا يحرم من الصغار، على ما قدمناه وحررناه، فأما مهورهن، فإن دخل بالكبار فقد استقرّ مهورهنّ عليه، فأما مهور الصغار فهي أيضاً عليه، لأنّ الفسخ جاء لا من قبلهنّ.

وقال بعض أصحابنا: يعود به على الكبار، ولا أرى لهذا القول وجهاً، والأصل براءة الذمة من العود به عليهنّ، فإن لم يدخل بالكبار فلا يستحقن عليه مهراً، لأنّ الفسخ جاء من قبلهنّ قبل الدخول بهنّ، وكلّ فسخ جاء من قبل النساء قبل الدخول بهنّ أبطل مهورهنّ بغير خلاف.

فأما الصغار فقد قلنا إنهنّ لا يحرم عليه، فمهورهنّ ثابتة في ذمته

لا تسقط، وقد قدّمنا أنّه لا يجوز للرجل المسلم أن يعقد على الكافرات على اختلافهنّ، فإن اضطر إلى العقد عليهنّ، عقد على اليهودية والنصرانية، وذلك جائز عند الضرورة^(١) على ما روي في بعض الأخبار.

ولا بأس أن يعقد على هذين الجنسيتين عقد المتعة مع الاختيار، لكنّه يمنعهنّ من شرب الخمر ولحم الخنزير^(٢).

وقال بعض أصحابنا: إنّهُ لا يجوز العقد على هذين الجنسيتين عقد متعة ولا عقد دوام، وتمسّك بظاهر الآية، وهو قوي يمكن الاعتماد عليه، والركون إليه وجميع المحرّمات في شريعة الإسلام.

ولا بأس بوطء الجنسيتين أيضاً في حال الاختيار بملك اليمين، ولا بأس باستدامة العقد الدائم أيضاً على الجنسيتين أيضاً دون ابتدائه واستئنافه، لأنّه يحلّ في الاستدامة ما لا يحلّ في الابتداء.

ولا يجوز وطء ما عدا الجنسيتين بملك اليمين ولا بأحد العقود، سواء كان العقد دائماً مبدئياً، أو مستداماً، أو مؤجّلاً.

وقد روي رواية شاذّة أنّه يكره وطء المجوسية بملك اليمين وعقد المتعة، وليس ذلك بمحظور، أوردها شيخنا أبو جعفر في نهايته^(٣) إيراداً لا اعتقاداً،

١- قارن النهاية: ٤٥٧.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- النهاية: ٤٥٧.

ورجع عن ذلك في كتابه التبيان في تفسير قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾ فإنه قال: فأما المجوسية فلا يجوز نكاحها إجماعاً^(١).

وشيخنا المفيد في مقننته يحرم ذلك، ولا يجوز^(٢) وهو الصحيح الذي لا خلاف فيه، وتقتضيه أصول المذهب، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفَرِ﴾، ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾.

وإذا أسلم اليهودي والنصراني ولم تسلم امرأته جاز له أن يمسكها بالعقد الأول ويطأها^(٣) على ما قدمناه، فإن أسلمت المرأة ولم يسلم الرجل، فإنه ينتظر به عدتها، فإن أسلم قبل انقضاء عدتها فإنه يملك عقدها، وإن أسلم بعد انقضاء العدة فلا سبيل له عليها^(٤)، وسواء كان بشرائط الذمة أو لم يكن لم يختلف الحكم فيه بحال، على الصحيح من الأقوال.

وكذلك الحكم فيمن لا ذمة له من سائر أصناف الكفار، فإنه ينتظر به انقضاء العدة، فإن أسلم كان مالكا للعقد، وإن لم يسلم إلا بعد ذلك فقد بانت منه وملكت نفسها^(٥).

وقال شيخنا في نهايته: فإن أسلمت المرأة ولم يسلم الرجل، وكان الرجل

١- التبيان ٢: ٢١٨.

٢- المقنعة: ٧٦.

٣- قارن النهاية: ٤٥٧.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- المصدر السابق نفسه.

على شرائط الذمة فإنه يملك عقدها، غير أنه لا يمكن من الدخول إليها ليلاً ولا نهاراً ولا من الخلوة بها، ولا من إخراجها من دار الهجرة إلى دار الحرب، وإن لم يكن بشرائط الذمة، فإنه ينتظر به عدتها، فإن أسلم قبل انقضائها فإنه يملك عقدها، وإن أسلم بعد انقضاء العدة فلا سبيل له عليها^(١)، إلا أنه رجع عما ذكره وأورده في نهايته إيراداً لا اعتقاداً من أخبار الأحاد في مسائل خلافه ومبسوطه.

فقال في مسائل خلافه: مسألة، إذا كانا وثنيين أو مجوسيين أو أحدهما مجوسياً والآخر وثنياً، فأتيها أسلم، فإن كان قبل الدخول بها وقع الفسخ في الحال، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة، فإن أسلمها قبل انقضائها فهما على النكاح، وإن انقضت العدة انفسخ النكاح، وهكذا إذا كانا كتابيين فأسلمت الزوجة سواء كان في دار الحرب أو في دار الإسلام.

ثم قال ﷺ: دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم^(٢)، هذا آخر كلامه ﷺ في مسائل خلافه في الجزء الثاني، وهو الذي اخترناه، ويقوى عندنا، لأن الأدلة تعضده من الكتاب والسنة والإجماع، وليس على ما أورده من الرواية الشاذة في نهايته دليل.

وقال في مبسوطه: وروي في بعض أخبارنا: أنها إذا أسلمت لم ينفسخ

١- النهاية: ٤٥٧.

٢- الخلاف ٢: ١٧٢.

النكاح بحال^(١)، فجعل القول الذي اعتمده في نهايته وفي استبصاره^(٢) رواية، ثم ضعفها بقوله في بعض أخبارنا، ومعظم ما يسطره ويطلقه على هذه المنهاج والصفة، وأيضاً لو كانت عنده صحيحة لما قال في استدلاله في مسائل خلافه: دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم، وأيضاً فيها ما يقضي على وهنها وضعفها، لأنه قال: فإن كان الرجل بشرائط الذمة فإنه يملك عقدها، غير أنه لا يتمكن من الدخول إليها ليلاً ولا نهاراً ولا من الخلوة بها، وهذا مما يضحك الشكلى، إن كانت زوجته فلا يحل له أن يمنع منها، ثم إن منع منها ومن الدخول إليها، فإن نفقتها تسقط، لأن النفقة عندنا في مقابلة الاستمتاع، وهذا لا يتمكن من ذلك، فتسقط النفقة عنه^(٣)، والدليل على صحة ما ذهبنا إليه قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(٤) ومن ملكه عقدها فقد جعل له من أعظم السبيل عليها، والله تعالى نفى ذلك على طريق الأبد بقوله: ﴿وَلَنْ﴾.

وأيضاً فالإجماع منعقد على تحريم إمساكها، ولن يجعل للكافر عليها السبيل، وشيخنا أبو جعفر في نهايته محجوج بقوله في مسائل خلافه ومبسوطه. ويكره للرجل أن يتزوج بامرأة فاجرة معروفة بذلك، فإن تزوج بها

١- المبسوط ٤: ٢١٢.

٢- الاستبصار ٣: ١٨٣.

٣- وللعلامة الحلي في المختلف ٣: ٨٢ مناقشة في المقام يحسن مراجعته.

٤- النساء: ١٤١.

فليمنعها من ذلك^(١).

وإذا فجرت المرأة عند الرجل لا ينفسخ نكاحها، وكان مخيراً بين إمساكها وطلاقها، والأفضل له طلاقها^(٢).

وقد قلنا: إن شيخنا أبا جعفر ذكر في نهايته أن الرجل إذا فجر بامرأة غير ذات بعل، فلا يجوز له العقد عليها ما دامت مصرة على مثل ذلك الفعل، فإن ظهر له منها التوبة جاز له العقد عليها، وتعتبر توبتها بأن يدعوها إلى مثل ما كان منه، فإن أجابت امتنع من العقد عليها، وإن امتنعت عرف بذلك توبتها^(٣)، إلا أنه رجع عن ذلك في مسائل خلافه فقال:

مسألة، إذا زنى بامرأة جاز له نكاحها فيما بعد، وبه قال عامة أهل العلم، وقال الحسن البصري: لا يجوز، وقال قتاده وأحمد: إن تابت جاز وإلا لم يجوز، وروى ذلك في أخبارنا.

دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضاً الأصل الإباحة، وأيضاً قوله تعالى: **﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾** ولم يفصل، وقال تعالى: **﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾** ولم يفصل، وروى عائشة أن النبي ﷺ قال: الحرام لا يُحرّم الحلال، وعليه إجماع الصحابة، وروى ذلك عن أبي بكر وعمر وابن عباس، ولا يخالف

١- قارن النهاية: ٤٥٨.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- النهاية: ٤٥٨.

لهم^(١)، هذا آخر كلامهم ﷺ في المسألة وهو الذي اخترناه فيها مضى.

لا عدة على الزانية ويجوز لها أن تتزوج، سواء كانت حاملاً أو حائلاً، لأن الأصل براءة الذمة من العدة عليها.

وقد قلنا: إنه لا يجوز العقد على امرأة وعند الرجل عمتها أو خالتها إلا برضى منهما، فإن عقد عليها كانت العمة والخالة مخيرة بين إمضاء العقد وبين الاعتزال، فإن أمضت كان ماضياً على ما روي، أورد ذلك شيخنا أبو جعفر في نهايته^(٢).

والذي تقتضيه أصول مذهبنا أنه يحتاج إلى عقد ثان، إذا عقد من غير إذنها ثم رضيت، لا يكفي رضاها، بل يحتاج إلى عقد مستأنف، فإن ذلك العقد الأول منهى عنه، والنهي يدل على فساد المنهي عنه، فإن اعتزلت واعتدت كان ذلك فراقاً بينها وبين الزوج ومغنياً عن الطلاق، ولا تستحق في هذه العدة عليه نفقة، لأنها عدة فسخ، وله أن يتزوج بأختها في الحال.

ولا يجوز له أن يستبيح وطء بنت الأخ أو بنت الأخت، إلا بعقد مستأنف على ما قدمناه، لأن العقد الأول وقع فاسداً.

ولا بأس بالعقد على العمة والخالة وعنده بنت الأخ وبنت الأخت، وإن لم ترضيا بذلك، على ما قدمناه، وحكم العمة والخالة من جهة الرضاع حكمهما

١- الخلاف ٢: ١٦٢.

٢- النهاية: ٤٥٩.

من جهة النسب على السواء^(١).

ولا يجوز للرجل أن يعقد على أمة وعنده حرّة إلا برضاها، فإن عقد عليها من غير رضاها كان العقد باطلاً بغير خلاف، فإن أمضت الحرّة العقد مضى، ولم يكن لها بعد ذلك اختيار - وقد قلنا ما عندنا في ذلك - وإن أبت واعتزلت وصبرت إلى انقضاء عدتها كان ذلك فراقاً بينها وبين الزوج^(٢)، ولا تحلّ له الأمة بالعقد الأول، بل لابدّ من عقد ثان، لأنّ الأوّل وقع باطلاً، لأنّه قبل الرضا والإذن، وذلك منهى عنه، والنهي يدلّ على فساد المنهيّ عنه.

وقال شيخنا أبو جعفر في التبيان: من شرط صحة العقد على الأمة عند أكثر الفقهاء ألا يكون عنده حرّة، وهكذا عندنا إلا أن ترضى الحرّة بأن يتزوج عليها أمة، فإن أذنت كان العقد صحيحاً عندنا، ومتى عقد عليها بغير إذن الحرّة كان العقد على الأمة باطلاً، وروى أصحابنا أنّ الحرّة تكون بالخيار بين أن تفسخ عقد الأمة أو تفسخ عقد نفسها، والأوّل أظهر، لأنّه إذا كان العقد باطلاً يحتاج إلى فسخه^(٣)، هذا آخر كلامه.

قال محمّد بن إدريس: نعم ما قال وحقق هاهنا رحمته الله.

ثمّ قال: فأما تزويج الحرّة على الأمة فجائز، وبه قال الجبائي، وفي الفقهاء

١- قارن النهاية: ٤٥٩.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- التبيان ٣: ١٦٩.

من منع منه، غير أن عندنا لا يجوز ذلك إلا بإذن الحرّة، فإن لم تعلم الحرّة بذلك كان لها أن تفسخ نكاحها أو نكاح الأمة^(١)، هذا آخر كلامه رحمه الله.

قال محمّد بن إدريس: ليس لها أن تفسخ نكاح الأمة، إذا كان عقد الأمة متقدّماً على عقدها، بل لها أن تفسخ عقد نفسها فحسب، دون عقد الأمة المتقدّم على عقدها، بغير خلاف بيننا في ذلك، وهو مذهب شيخنا في نهايته ومبسوطه وجميع كتبه، وهو الحقّ اليقين لأنّ فسخه يحتاج إلى دلالة، والذي اعتمد عليه وأفتي به: أن الحرّة إذا كان عقدها متقدّماً، فالعقد على الأمة باطل، ولا تكون الحرّة بين ثلاث اختيارات، على ما روي في بعض الروايات، وهو خبر واحد ضعيف عن زرعة عن سماعة وهما فطحيان أورده شيخنا في نهايته، ورجع عنه في تبيانه.

وقال في مبسوطه: ونكاح الأمة باطل إجماعاً^(٢).

فإن عقد في حالة واحدة على حرّة وأمة، كان العقد على الحرّة ماضياً والعقد على الأمة باطلاً^(٣) على ما روي في الأخبار.

فإن عقد على حرّة وعنده أمة زوجة، والحرّة غير عالمة بذلك، فإذا علمت أنّ له امرأة أمة كانت مخيرة في فسخ نكاحها دون نكاح الأمة على ما قدّمناه،

١- التبيان ٣: ١٧٠.

٢- المبسوط ٤: ٢١٥.

٣- قارن النهاية: ٤٥٩ بتفاوت في الثاني.

فمتى رضيت بذلك ولم تفسخ النكاح لم يكن لها بعد ذلك فسخ ولا اختيار^(١).

وقال شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه: إذا عقد الكافر في حال كفره على امرأة وبنتها في حالة واحدة، أو واحدة بعد أخرى، ثم أسلم قبل الدخول بواحدة منها، أمسك أيتها شاء^(٢).

قال محمد بن إدريس: الذي تقتضيه أصول مذهبنا أن الأم قد حرمت عليه أبداً لأنها من أمهات نسائه، فأما البنت فله أن يختارها ويمسكها زوجة، لأنها بنت من لم يدخل بها، وإنما اختار شيخنا قول بعض المخالفين، وإن كان لهم فيه قول آخر.

ويكره العقد على الأمة مع وجود الطول لنكاح الحرّة، فأما مع عدمه فلا بأس بالعقد عليها^(٣).

ومتى عقد على الأمة مع وجود الطول كان العقد ماضياً، غير أنه يكون قد ترك الأفضل، وهذا مذهب شيخنا أبو جعفر في نهايته^(٤)، وشيخنا المفيد في مقنعة^(٥).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- الخلاف: ٢: ١٧٥.

٣- قارن النهاية: ٤٦٠.

٤- النهاية: ٤٦٠.

٥- المقنعة: ٧٧.

وذهب شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه^(١) إلى أن ذلك لا يجوز وأنه غير ماضٍ، واستدلّ بعموم الآية.

وقال في كتاب التبيان في تفسير قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ﴾، قال الله: وهذه الآية على عمومها عندنا في تحريم مناكحة جميع الكفار، وليست منسوخة ولا مخصوصة، فأما المجوسية فلا يجوز نكاحها إجماعاً.

ثم قال: وفي الآية دلالة على جواز نكاح الأمة المؤمنة مع وجود الطول لقوله تعالى: ﴿وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ﴾ فأما الآية التي في النساء وهي قوله: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً﴾ فإنها هي على التنزيه دون التحريم^(٢)، هذا آخر كلامه الله في التبيان.

والأظهر من أقاويل أصحابنا أن العقد ماضٍ، وقد يخصّ العموم بالأدلة، وأيضاً قوله: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ وأيضاً الأصل الإباحة، فالمنع يحتاج إلى دليل.

وقد روي أنه يكره العقد على القابلة وابنتها^(٣).

ولا بأس أن يجمع الرجل بين امرأة قد عقد عليها، وبين امرأة أبيها أو

١- الخلاف ٢: ١٦٧.

٢- التبيان ٢: ٢١٧ و ٢١٨.

٣- قارن النهاية: ٤٦٠.

سريته إذا لم تكن أمها^(١)، ويكره أن يزوّج الرجل ابنه بنت امرأة كانت زوجته وقد دخل بها، إذا كانت البنت قد ولدت بعد مفارقتها إياه، وليس ذلك بمحظور، فإن كانت البنت ولدت قبل عقد الرجل عليها لم يكن بذلك بأس^(٢)، على ما روي في الأخبار من الكراهة في المسألة الأولى.

ولا بأس للمريض أن يتزوّج في حال مرضه، فإن تزوّج ودخل بها، ثمّ مات كان العقد ماضياً وتوارثا، وإن مات قبل الدخول بها والبُراء، كان العقد باطلاً^(٣) على ما رواه أصحابنا وأجمعوا عليه.

فإذا أقام الرجل بيّنة على العقد على امرأة، وأقامت أخت المرأة البيّنة بأثباتها امرأة الرجل، كانت البيّنة بيّنة الرجل، ولا يلتفت إلى بيّنتها إلا أن يكون بيّنتها قبل بيّنة الرجل، أو يحصل دخول بها، فإن ثبت لها إحدى هاتين البيّنتين أبطلت بيّنة الرجل^(٤).

وإذا عقد الرجل على امرأة فجاء آخر فادعى أنها زوجته، لم يلتفت إلى دعواه، إلا أن يقيم البيّنة^(٥).

وقال شيخنا أبو جعفر في مبسوطه: وإن تزوّج أمة وعنده حرّة، فنكاح

١- قارن النهاية: ٤٦٠.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- المصدر السابق نفسه.

الأمة باطل إجماعاً^(١)، هذا آخر كلامه.

قال محمد بن إدريس: ونعم ما قال، وحققنا ما عندنا في ذلك، وقلنا لا خيار لها لأنّ العقد باطل، فمن جعل لها الخيار يحتاج إلى دليل قاهر، لأنّ الأصل صحّة عقدها، ولا يرجع في ذلك إلى خبر سماعه الفطحي في مثل ذلك، لأنّ أخبار الأحاد لا توجب علماً ولا عملاً.

ولا بأس أن يتزوّج الرجل أخت أخيه إذا لم تكن اختاً له، وقد روي أنّ تركه أفضل^(٢)، وقد روى كراهية أن يتزوّج الرجل بضرّة أمه التي كانت مع غير أبيه^(٣).

وقد قلنا إنّ نكاح بنات المرأة المدخول بها حرام محظور بغير خلاف، سواء كنّ ربائب في حجره أو لم يكنّ، وكذلك بنات البنت وإن نزلن، ونكاح بنات ابن البنت وإن نزلن محرم أيضاً بلا خلاف، لتناول الظاهر لهنّ، ولمكان الإجماع على ذلك.



١- المبسوط ٤: ٢١٥.

٢- قارن النهاية: ٤٦٠.

٣- المصدر السابق نفسه.

باب أقسام النكاح

النكاح المباح على ثلاثة أقسام: قسم منها هو النكاح المستدام الذي يسمى نكاح الغبطة، ومعناها وحقيقة لغتها الدوام والإقامة، يقال: أغبطت السماء بالمطر، وأغبطت الحمى على الإنسان إذا دامت وأقامت، وكذلك المطر، فكان معناه نكاح الإقامة والدوام.

وقال كثير:

فلم أر داراً مثلها دار غبطة وهو إذا التفت الحبيج بمجمع^(١)
يريد بذلك دار إقامة.

ولا يكون مؤجلاً بأيام معلومة، ولا شهور معينة، ويجب فيه النفقة مع التمكن من الاستمتاع، ويستحب فيه الإعلان والإشهاد عند العقد، وليست الشهادة عند أهل البيت عليه السلام شرطاً في صحته، بل من مستحباته، وبه تجب الموارثة، وهو نكاح لا يزول إلا بالطلاق، أو ما يقوم مقامه من أنواع الفرقة.

ونكاح المتعة وهو المؤجل بالسنين والأعوام أو الشهور والأيام، والمهر المعين، ومن شرط صحته ذكر الأجل المحروس، والمهر المعين أو الموصوف،

١- ديوان كثير عزة: ٤١٠ وفيه: وملقى إذا التف الحبيج بمجمع.

وبهذين الحكمين متميز من نكاح الغبطة، ومتى لم يذكر فيه الأجل وذكر المهر وإن سُمّي ونطق عند العقد بالمتعة، كان النكاح دائماً، هكذا ذكره شيخنا في نهايته^(١).

والذي يقوى في نفسي وتقتضيه أصول المذهب أن النكاح غير صحيح، لأن العقد الدائم لا ينعقد إلاً بلفظين (زوجت وأنكحت) وما عداهما لا ينعقد به، وفي هذا الموضع لم يأت بأحد اللفظين.

ويمكن أن يقال: يكون العقد دائماً إذا لم يذكر الأجل وذكر المهر، إذا كان الإيجاب بلفظ التزويج أو النكاح دون لفظ التمتع، وأيضاً لا خلاف بيننا في أنه إذا لم يذكر المهر والأجل في لفظ عقد المتعة كان العقد باطلاً، ولم يبطل إلاً من حيث التلفّظ بالتمتع في الإيجاب، فلو ذكر التزويج أو النكاح مثلاً قالت زوجتك أو أنكحتك ولم تذكر المهر والأجل، أو تلفّظ الرجل في إيجابه بلفظ النكاح أو التزويج ولم يذكر المهر والأجل، فإن العقد يكون صحيحاً بغير خلاف بين أصحابنا، فما المؤثر في فساد العقد إلاً التلفّظ بالتمتع والإخلال بالمهر والأجل أو بهما.

وقد ذهب بعض أصحابنا إلى أن عقد الدوام ينعقد بثلاثة ألفاظ: زوجتك، وأنكحتك، ومتعتك، فعلى هذا المذهب يصحّ ما قاله شيخنا رحمته الله، والأوّل هو الأظهر بين أصحابنا.

ومتى لم يذكر المهر مع الأجل كان العقد غير صحيح.

ونكاح بملك الايمان: وهو يختص الإمام دون الحرائر، وستقف إن شاء الله تعالى على شرائط هذه الأقسام الثلاثة من النكاح، فإننا نفرد لكل قسم منها باباً إن شاء الله^(١)، وليس يخرج عن هذه الأقسام الثلاثة ما روى أصحابنا من تحليل الرجل جاريته لأخيه، لأن هذا داخل في جملة الملك، لأنه متى أحل جاريته له، فقد ملكه وطأها، وهو مستبيح للفرج بالتملك حسب ما قدّمناه.

* * *

باب الرضاع ومقدار ما يحرم من ذلك وأحكامه

الذي يحرم من الرضاع ما أنبت اللحم وشدّ العظم على ما قدّمناه، فإن علم ذلك، وإلا كان الاعتبار بخمس عشرة رضعة^(١) على الأظهر من الأقوال، وقد حكينا الخلاف في ذلك فيما مضى فلا وجه لإعادته، إلا أننا اخترنا هناك التحريم بعشر رضعات وقوّيناه، والذي أفتي به وأعمل عليه الخمس عشرة رضعة، لأنّ العموم قد خصّصه جميع أصحابنا المحصّلين، والأصل الإباحة، والتحريم طارٍ، فبالإجماع من الكلّ يحرم الخمس عشرة رضعة، فالتمسك بالإجماع أولى وأظهر، فإنّ الحق أحق أن يتبع^(٢).

وحّد الرضعة ما يروي الصبي دون المصّة، وتكون الرضعات متواليات لم يفصل بينهما برضاع أخرى^(٣)، فإن لم يفصل برضاع امرأة أخرى، بل

١- قارن النهاية: ٤٦١.

٢- سبق من المؤلف في: ٢٨٥ اختيار القول بعشر رضعات، وعزا القول بالخمس عشرة إلى رواية عمار الساباطي الخ، وعمار فطحي لا يعمل المصنّف برواياته، لكنّه هنا اختار القول بالخمس عشرة رضعة، ولذلك ناقشه العلامة الحلي في المختلف ٣: ٧٠ مناقشة حادّة لا تخلو من قسوة فلتراجع.

٣- قارن النهاية: ٤٦١.

فصل بينهنّ بوجور الصبي اللبن أو بحقته ذلك، فلا يعتد بذلك في الفصل.

فإن لم ينضبط العدد اعتبر برضاع يوم وليلة إذا لم ترضع امرأة أخرى، فمتى كان الرضاع أقلّ مما ذكرناه ممّا لا ينبت اللحم ولا يشدّ العظم، أو كان أقلّ من خمس عشرة رضعة، أو مع استيفاء العدد، وقد فصل بينهنّ برضاع امرأة أخرى، أو كان أقلّ من يوم وليلة لمن لا يراعي العدد، أو مع تمام يوم وليلة دخل بينه وبين رضاع امرأة أخرى، فإنّ ذلك لا يحرم ولا تأثير له في التحريم^(١).

والمحرّم من ذلك أن يكون الرضّاع في مدّة الحولين من عمر الصبي المرتضع، فإن كان بعض الرضعات في مدّة الحولين وبعضها بعدها فلا تأثير لذلك في التحريم، وكذلك إن كانت المرأة المرضعة قد ماتت ثمّ تمّ العدد بعد موتها، فلا تأثير أيضاً لذلك في التحريم.

فإن حصل الرضاع أو بعضه بعد الحولين، سواء كان قبل فطام المرتضع أو بعده، قليلاً كان أو كثيراً، فإنّه لا يحرم، وكذلك إن درّ لبن امرأة ليست مرضعة، فأرضعت صبيّاً أو صبية، فإنّ ذلك لا تأثير له في التحريم^(٢).

وإنّما التأثير للبن الولادة من النكاح المشروع فحسب، دون النكاح المحرّم والفساد ووطء الشبهة، لأنّ نكاح الشبهة عند أصحابنا لا يفصلون بينه وبين الفاسد إلّا في إلحاق الولد ورفع الحدّ فحسب، وإن قلنا في وطاء الشبهة بالتحريم

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

كان قوياً، لأنّ نسبه عندنا نسب صحيح شرعي، والرسول ﷺ قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(١) فجعله أصلاً للرضاع، ولي في ذلك نظر فتأمل^(٢).

ومتى حصل الرضاع على الصفة التي ذكرناها فإنّه بمنزلة النسب يحرم منه ما يحرم من النسب، إلّا أنّ النسب منه مراعى من جهة الأب خاصّة دون الأم، ومعنى ذلك أنّ المرأة إذا أرضعت صبيّاً بلبن بعل لها، وكان لزوجها عدّة أولاد من أمهات شتى، فإنّهم يحرمون كلّهم على الصبي المرتضع، ولادة كانوا أو رضاعاً^(٣).

فأمّا اخوته المتسبون إلى أمه المرضعة فإنّها يحرم عليه منهم من كان منها ولادة دون الرضاع، لاختلاف لبن الفحلين، مثاله أنّه لو أرضعت امرأة صبيّاً من غيرها بلبن بعل لها، وكان للمرأة بنت برضاع من غير ذلك البعل لحلّ التناكح بين الأبْن والبنت، ولم يحرم ذلك الرضاع لاختلاف لبن الفحلين، فإن كان رضاعها لابن القوم بلبن من أبي بنتها التي هي منسوبة إليها بالرضاع دون

١- الكافي ٥: ٤٣٧، من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٠٥، وفي صحيح البخاري ٧: ٩ ط بولاق، وصحيح مسلم ٤: ١٦٢، وموطأ مالك: ٣٧٢، ومسند أحمد ٦: ٤٤ و ٥١، وسنن الدارمي والنسائي وغيرها بلفظ: «يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة».

٢- وعقب العلامة الخلي في المختلف ٣: ٧٢ على ذلك بقوله: وهو يدلّ على تردّد في ذلك، والوجه ما قاله الشيخ عملاً بالعموم، وقول ابن إدريس ممنوع، ولا حجة عليه سوى الإباحة الأصلية، وهي لا تخلو من منع.

٣- قارن النهاية: ٤٦١.

الولادة، حرم ذلك التناكح بينهما على ما بيّناه، لأنّ اللبن هاهنا لبن فحل واحد.
 وإن كان لأمه من الرضاع بنت من غير أبيه من الرضاع فهي أخته لأمه
 عند المخالفين من العامة لا يجوز له أن يتزوجها، وقال أصحابنا الإمامية
 بأجمعهم: يحلّ له تزويجها، لأنّ الفحل غير الأب، وبهذا فسروا قول الأئمة عليهم السلام
 في ظواهر النصوص وألفاظ الأخبار المتواترة: «إنّ اللبن للفحل»^(١) يريدون
 بذلك لبن فحل واحد، فأما إذا كان فحلان ولبنان فلا تحريم.

فأما إذا كانت لها بنت من غير هذا الفحل ولادة، فلا خلاف أنّها تحرم،
 وإن كان لها بنت من زوجها فهي أخته لأبيه وأمه^(٢).

وأما زوج المرضعة فهو الفحل - الذي له اللبن - وهو أبوه من الرضاع
 وأخوه عمه، وأخته عمته، وآباؤه أجداده، فإن كان لهذا الفحل ولد من غير هذه
 المرضعة فهو أخوه لأبيه، وإن كان له ولد من هذه المرضعة فهو أخوه لأبيه وأمه،
 وهذا معنى قولهم عليهم السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(٣).

فعلى هذا التقدير يحرم أولاد الفحل على هذا المرتضع ولادة ورضاعاً،
 فأما أولاد الأم المرضعة، فإنّه لا يحرم على المرتضع إلا أولادها ولادة، فأما
 أولادها المتنسبون إليها بالرضاع فلا يحرمون عليه بحال.

١- قارن المبسوط ٥: ٢٩٤.

٢- قارن المبسوط ٥: ٢٩٣.

٣- راجع الوسائل ٢٠: ٣٧١. كتاب النكاح الباب الأول من أبواب ما يحرم من الرضاع.

والذي يدور عقد الرضاع عليه، وجملة بابه: أن امرأة الرجل إذا كان بها لبن منه، فأرضعت مولوداً الرضعات على الصفة المقدم ذكرها صار كأنه ابنهما من النسب، فكل من يحرم على ابنهما من النسب حرّم على هذا، لأنّ الحرمة انتشرت منه إليهما، ومنهما إليه^(١).

فالتى انتشرت منه إليهما، أنّه صار كأنه ابنهما من النسب، والحرمة التي انتشرت منهما إليه وقفت عليه وعلى نسله، دون من هو في طبقته من اخوانه وأخواته، أو أعلى منه من آبائه وأمهاته.

فيجوز للفحل أن يتزوج بأمّ هذا المرتضع وبأخته وبجدته، ويجوز لوالد هذا المرتضع أن يتزوج بالتي أرضعته، لأنّه لا نسب بينهما ولا رضاع، ولأنّه لما جاز أن يتزوج أمّ ولده من النسب، فبأن يجوز أن يتزوج أمّ ولده من الرضاع^(٢) أولى. فإن قيل: أليس لا يجوز له أن يتزوج أمّ أمّ ولده من النسب، ويجوز أن يتزوج بأمّ أمّ ولده من الرضاع، فكيف جاز هذا وقد رويتم وقلتم أنّه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب؟

قلنا: أمّ أمّ ولده من النسب ما حرمت بالنسب، إنّما حرمت بالمصاهرة قبل وجود النسب، والنبي ﷺ: «إنّما قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» ولم يقل يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة، هكذا أورده شيخنا أبو جعفر في

١- قارن المبسوط ٥: ٣٠٥.

٢- المصدر السابق نفسه. وفيه: فإنّه يجوز أن يتزوج أمّ ولده من الرضاع.

مبسوطه^(١) من قولنا، والذي يدور عقد الرضاع عليه، وهو كلام الشافعي ومذهبه وسؤاله بنفسه وجواباته عنها في قوله: فيجوز للفحل أن يتزوج بأم هذا المرتضع وبأخته وجدته.

قال محمد بن إدريس مصنف هذا الكتاب: أما تزويجه بأخته وجدته فلا يجوز بحال، لأننا في النسب لا نجوز أن يتزوج الإنسان بأخت ابنه، ولا بأم امرأته بحال، وإنما الشافعي علّل ذلك بالمصاهرة، وليس هاهنا مصاهرة، وكذا في قوله وسؤاله نفسه: أليس لا يجوز له أم أم ولده من النسب، ويجوز أن يتزوج أم أم ولده من الرضاع، أجاب بأن أم أم ولده من النسب ما حرمت بالنسب، وإنما حرمت بالمصاهرة قبل وجود النسب، وعلّل ذلك بالمصاهرة، فلا يظن ظاناً بأن ما قلناه كلام شيخنا أبو جعفر.

والذي يقتضيه مذهبنا أن أم أم ولده من الرضاع محرمة عليه، كما أنّها محرمة عليه من النسب، لأنّه أصل في التحريم من غير تعليل.

فعلى هذا: امرأة لها لبن أرضعت بنتاً لقوم الرضاع المحرّم، ولتلك البنت المرضعة أخت، فإنّه يحلّ لابن المرضعة الذي قد شربت هذه البنت المرضعة منه أن يتزوج بأختها وهي أخت أخته من الرضاع لما مضى من الأصل، وهو أنّه إنّما يحرم هذا المرتضع وحده ومن كان من نسله، دون من كان في طبقته، لأنّه لا نسب بينه وبين أخت أخته، ولا رضاع.

مثاله في النسب رجل له ابن، وتزوج امرأة لها بنت، فولدت منه بنتاً فهذه البنت أخت ابنه من أبيه، فله أن يتزوج بأختها التي هي بنت زوجة أبيه من غير أمه، وهي أخت أخته من النسب لأنه لا نسب بينهما ولا رضاع.

وهكذا يجوز له أن يتزوج أخت أخيه من رضاع، بيانه: امرأة لها ابن كبير وابن صغير، ثم إن أجنبية لها بنت أرضعت هذا الصغير، فإن هذا الصغير أخو هذه الصغيرة من الرضاع، ولهذا الإبن الكبير أن يتزوج بهذه الصغيرة وهي أخت أخيه كما قلنا في النسب، وعلى هذا يدور كتاب الرضاع، فكلما نزلت بك حادثة فارجع إليه، واعتبر هذا به.

إذا كان له أربع زوجات إحداهن صغيرة لها دون الحولين، وثلاث كبار لهن لبن، فأرضعت إحدى الكبار هذه الصغيرة، انفسخ نكاحها معاً، فإذا أرضعتها الثانية من الكبار انفسخ نكاحها لأنها أم من كانت زوجته، فإن أرضعتها الثالثة انفسخ نكاحها لأنها أم من كانت زوجته.

وروي في أخبارنا أن هذه لا تحرم، لأنها ليست زوجة في هذه الحال، وإنما هي بنته^(١)، والذي قدمناه هو الذي تقتضيه أصولنا، لأنها من أمهات نسائه، وقد حرم الله تعالى (أمهات النساء)، وهذه كانت زوجته بلا خلاف.

والرضاع لا يثبت إلا ببيّنة عادلة^(٢)، ولا يقبل فيه شهادة النساء، على

١- قارن المبسوط ٣٠١: ٥.

٢- قارن النهاية: ٣٦٢.

الصحيح من أقوال أصحابنا، قال شيخنا أبو جعفر في نهايته: وإذا ادّعت المرأة أنها أرضعت صبيّاً لم يقبل قولها، وكان الأمر على أصل الإباحة^(١).

قال محمد بن إدريس: إن أراد بذلك بعد العقد عليها فصحيح ما قال، لأنها ادّعت شيئاً بفسخ عقده عليها، فلا يقبل إقرارها في حقه، فأما إن ادّعت وأقرت قبل العقد عليها بأنّه ابنها من الرضاع وأنها محرمة عليه، فلا يجوز العقد وتزويجه بحال، لأنّ هذا إقرار على نفسها.

وإذا أرضعت المرأة صبيّين، ولكل واحد منهما اخوة وأخوات ولادة أو رضاعاً من غير الرجل الذي رضعا من لبنه، جاز التناكح بين اخوة وأخوات هذا وإخوة وأخوات ذاك، ولا يجوز التناكح بينهما لأنفسهما ولا بين أخويهما وأخواتهما من جهة لبن الرجل الذي رضعا من لبنه حسب ما قدّمناه^(٢).

وروي أنّه إذا ربّت المرأة جدياً بلبنها، فإنّه يكره لحمه ولحم كلّ ما كان من نسله عليها، وليس ذلك بمحظور^(٣).

وذكر شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه في أوّل كتاب الرضاع: مسألة، إذا حصل الرضاع المحرّم لم يحلّ للفحل نكاح أخت هذا المولود المرتضع بلبنه، ولا لأحد من أولاده من غير هذه المرضعة ومنها، لأنّ إخوته وأخواته صاروا

١- النهاية: ٤٦٢.

٢- قارن النهاية: ٤٦٢.

٣- المصدر السابق نفسه.

بمنزلة أولاده^(١).

قال محمد بن إدريس مصنف هذا الكتاب: قول شيخنا عليه السلام في ذلك غير واضح، وأيّ تحریم حصل بين أخت هذا المولود المرتضع وبين أولاد الفحل؟ وليس هي بأختهم لا من أهمهم ولا من أبيهم، والنبی عليه السلام جعل النسب أصلاً للرضاع المحرم والتحریم فقال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، وفي النسب لا يحرم على الإنسان نكاح أخت أخيه التي لا من أمه ولا من أبيه، فليحظ ذلك ويتأمل^(٢).

* * *

١- الخلاف ٢: ٣١٨.

٢- قال العلامة الحلي في المختلف ٣: ٧٢ وهذا قول ابن إدريس لا بأس به، فإنّ النظر يقتضيه، لكنّه لا يجمع ما قاله أولاً، ولا ما قاله في المسألة السابقة التي حكم فيها بتحريم أم الولد وأخته كما حرمتا في النسب، وقد عرفت هناك أنّ التحريم ليس من جهة النسب، بل من جهة المصاهرة، لأنّ الأئمة عليهم السلام حكموا بالتحريم في الرضاع وإن اختلفت العلّة، وقد قال أبو جعفر الثاني عليه السلام: «ولو كنّ عشر متفرقات ما حلّ لك منهنّ شيء، وكنّ في مواضع بناتك»، وكذا ما رواه أيوب ابن نوح في الصحيح قال: كتب عليّ بن شعيب إلى أبي الحسن عليه السلام: امرأة أرضعت بعض ولدي هل يجوز لي أن أتزوج بعض ولدها؟ فكتب: لا يجوز ذلك، لأنّ ولدها صارت بمنزلة ولدك، وهذا التعليل يعطي صيرورة أولادها أخوة لأولاده فنشر الحرمة، ونحن في ذلك من المتوقّفين.

باب الكفاءة في النكاح واختيار الأزواج

قال الجوهري في كتاب الصحاح:

الكفى النظير، وكذلك الكفاء والكفو على فُعل وفِعول، والمصدر الكفاءة بالفتح والمد^(١).

فعندنا أنَّ الكفاءة المعتبرة في النكاح أمران: الإيمان، واليسار بقدر ما يقوم بأمرها والإنفاق عليها، ولا يراعى ما وراء ذلك من الأنساب والصنائع.

والأولى أن يقال: إنَّ اليسار ليس بشرط في صحّة العقد، وإنَّها للمرأة الخيار إذا لم يكن موسراً بنفقتها، ولا يكون العقد باطلاً بل الخيار إليها، وليس كذلك خلاف الإيمان الذي هو الكفر، إذا بان كافراً فإنَّ العقد باطل، ولا يكون للمرأة الخيار، كما كان لها في اليسار، فليحظ ذلك ويتأمل، فقد يوجد في كثير من الكتب المصنّفة إطلاق ذلك، وإنَّ الكفاءة المعتبرة في صحّة النكاح عندنا أمران: الإيمان والنفقة، وتحريره ما ذكرناه وبيناه.

فعلى هذا التحرير يجوز للعجمي أن يتزوّج بالعربية، وللعامي أن يتزوّج بالهاشمية، لأنَّ الرسول ﷺ زوّج ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب بن هاشم

ابن عبد مناف^(١) وهي بنت عمه عليه السلام المقداد بن عمرو^(٢) وهو عامي النسب بغير خلاف، وكذلك يجوز للعبد أن يتزوج بحرة، ويجوز للفاسق أن يتزوج بالعفيفة، ولا يفسد العقد، وإن كان تركه أفضل.

ولا بأس أن يتزوج أرباب الصنائع الدنية من الحياكة والحجامة والحراسة وغير ذلك بأهل المروآت والبيوتات كالتجار والتّناء^(٣) والولاة ونحو ذلك، لقول الرسول والأئمة عليهم السلام: «المؤمنون بعضهم أكفأ لبعض»^(٤) في عقد النكاح، كما أنّهم متكافئون في الدماء إلا ما خرج بالدليل من أنّ العبد ليس بكفو للحر في القصاص.

وروي: أنّه إذا خطب المؤمن إلى غيره بته وكان عنده يسار بقدر نفقتها، وكان ممن يرضى أفعاله وأمانته، ولا يكون مرتكباً لشيء يدخل به في جملة الفساق، وإن كان حقيراً في نسبه، قليل المال فلم يزوجه إياها، كان عاصياً لله

١- سبقت ترجمتها.

٢- المقداد بن عمرو البهراني، وكان الأسود بن عبد يغوث قد تبناه فنسب إليه، صحابي جليل عظيم القدر، قديم الإسلام، وهاجر إلى أرض الحبشة ثم عاد إلى مكة، شهد بدرًا وكان له فيها مقام مشهور، ولم يكن فيها صاحب فرس غيره، قال ابن مسعود: أول من أظهر الإسلام بمكة سبعة منهم المقداد، وشهد أحداً والمشاهد كلها مع الرسول ﷺ، توفي في خلافة عثمان بأرض له بالجراف وحل إلى المدينة وكان عمره سبعين سنة وأوصى إلى الزبير بن العوام. أسد الغابة ٤: ٤٠٩ - ٤١١.

٣- التّناء كشكان جمع تاني الدهتان (قاموس: تنأ).

٤- من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٤٩، التهذيب ٧: ٣٩٨، وفي مسند أحمد ١: ١١٩ و ٢: ٢١١، ونصب

الراية ٣: ٣٩٤ - ٣٩٥، ومجمع الزوائد ٦: ٢٩٢ بلفظ: «المؤمنون تنكافأ دماؤهم وأموالهم...».

تعالى، مخالفاً لسنة نبيّه محمد ﷺ^(١).

ووجه الحديث في ذلك أنّه إنّما يكون عاصياً إذا رده ولم يزوجه لما هو عليه من الفقر والأنفة منه لذلك، واعتقاده أنّ ذلك ليس بكفو في الشرع، فأما إن رده ولم يزوجه لا لذلك، بل لأمر آخر، وغرض غير ذلك من مصالح دنياه فلا حرج عليه، ولا يكون عاصياً، فهذا فقه الحديث.

ويستحب للإنسان إذا أراد التزويج أن يطلب ذوات الدين والأبوات والبيوتات والأصول الكريمة على الشيعاء والمتعارف بين الناس، لقول الرسول ﷺ: «تَحَيَّرُوا لِنُطْفِكُمْ فَإِنَّ الْعِرْقَ دَسَّاسٌ»^(٢).

وقوله ﷺ: «اسْتَجِيدُوا الْخَالَ»^(٣).

١- قارن النهاية: ٤٦٣.

٢- في كشف الخفاء للعجلوني ٢: ٥٩: العرق دساس، وقال: رواه الديلمي والبيهقي عن ابن عباس مرفوعاً في حديث أوله: الناس معادن، والعرق دساس، وأدب السوء كعرق السوء، وللمديني في كتاب تضييع العمر والأيام في اصطناع المعروف إلى اللثام عن أنس بلفظ: تزوجوا في الحجر الصالح فإن العرق دساس، وذكر أيضاً في ١: ٣٠٢ عن الديلمي: وفي لفظ عن عمر مرفوعاً، كما ذكره أبو موسى المديني في كتاب تضييع العمر الخ بلفظ تحيروا لنطفكم فانظر في أي نصاب تضع ولذلك فإن العرق دساس ثم قال: وكلها ضعيفة. وقد أخرج السيوطي في الجامع الصغير ١: ٣٢٥: تزوجوا في الحجر الصالح فإن العرق دساس. وورد تحيروا لنطفكم في دعائم الإسلام ٢: ٢٠٠ ط الثانية.

٣- جاء في نهاية ابن الأثير (دسس): «استجيدوا الخال فإن العرق دساس»، أي دخال، لأنه ينزع في خفاء ولطف.

وقوله عليه السلام: «عليك بذات الدين تربت يداك»^(١) وهذا دعاء بمعنى الدعاء له والمدح على فعله إن فعل، على مذهب كلام العرب، فإنهم إذا أرادوا مدح المجود في الرمي، قالوا: قد قطعت يداه ما أرماء، قال امرؤ القيس:

فهُوَ لَا تُنْمِي رَمِيئُهُ مَالَهُ لَا عَدَّ مِنْ نَفَرِهِ^(٢)
معناه أماته الله حتى لا يعدّ في الأحياء من قومه، ومعنى هذا القول منه التعجب، أي لله درّه، كما يقال أهلكه الله ما أفرسه.

قال أبو عبيد: ترى أنّ النبي صلى الله عليه وآله لم يتعمد الدعاء عليه بالفقر، ولكنها كلمة جارية على السنة العرب، يقولونها وهم لا يريدون وقوع الأمر، وقال غيره: أراد تربت يداك إن لم تفعل ما أمرتك، وقال ابن الأنباري: معناه الله درك إن استعملت ما أمرتك به واتعظت بعظتي.

ويجتنب من لا أصل له ولا عقل، ولا تزوّج المرأة لجمالها ومالها إذا لم تكن مرضية في الاعتقاد^(٣) والأصل والعقل.

فقد روي عنه عليه السلام أنّه قال: «إياكم وخضراء الدّمن»، فقيل وما خضراء الدّمن يا رسول الله؟

١- فروع الكافي ٢: ٨٦، والتهذيب ٧: ٤٠١. وفي التراث السنّي راجع سنن الترمذي، وأبي داود،

وابن ماجة في كتاب النكاح.

٢- البيت من قصيدة في ديوانه: ٨٧ جمع السندوي.

٣- قارن النهاية: ٤٦٣.

فقال: «المرأة الحسناء في منبت السوء»^(١) وهذا من الفصاحة والإستعارة إلى حد تجاوز الغاية والنهاية، وكيف لا يكون ذلك وهو أفصح العرب، كما قال عليه السلام^(٢).

وقد قدّمنا أنّه لا يجوز أن يتزوَّج مخالفة له في الاعتقاد بغير هذه العبارة، ولا بأس بنكاح المستضعفات ممن يتشهدن الشهادتين، ولا يعرف منها انحراف عن الحق، وحدّ المستضعف من لا يعرف اختلاف الناس في المذاهب، ولا يبغض أهل الحق على اعتقاده.

وإذا وجد امرأة لها دين وأصل كريم، فلا يمتنع من مناكحتها لأجل فقرها، فإن الله يقول: ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾^(٣).

ويختار من النساء الولود وإن كانت شوهاء قبيحة المنظر، ويُجتنب العقيم منهنّ وإن كانت حسناء جميلة المنظر^(٤).

ويستحب التزويج بالأبكار، فقد روي أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال: «اتهنّ أطيب

١- فروع الكافي ٢: ٥، والتهذيب ٧: ٤٠٣، والفقيه ٣: ٢٤٨ ومصادر أخرى. وفي المجازات النبوية للشريف الرضي: ٦٩ - ٧٠ كلام في توضيح ذلك.

٢- يشير المؤلف إلى قوله صلى الله عليه وآله: «أنا أفصح العرب بيد آتي من قريش». موسوعة أطراف الحديث النبوي الشريف ٢: ٥٠٧. وقد رواه المفيد في الاختصاص: ١٨٣، ط النجف ولكن في ص ١٨٧ ط إيران سلسلة مؤلفات الشيخ المفيد (ميد آبي) وهو غلط لم ينبّه عليه.

٣- قارن النهاية: ٤٦٣، والآية في سورة النور: ٣٢.

٤- المصدر السابق نفسه.

شيء أفواها، وأدر شيء أخلاقاً، وأحسن شيء أخلاقاً، وأفتخ - بالخاء المعجمة - شيء أرحاماً، ومعنى أفتخ ألين وأنعم^(١).

وروي كراهية التزويج بالأكراد، ويكره تزويج المجنونة^(٢)، ولا بأس أن يتزوج الرجل بامرأة قد علم منها الفجور إذا تابت وأقلعت^(٣).

وقد روي: أنه إذا عقد على امرأة ثم علم بعد ذلك العقد أنها كانت زنت، كان له أن يرجع على وليها بالمهر إذا كان عالماً بحالها ما لم يدخل بها، فإن دخل بها كان لها المهر عما استحل من فرجها، ولا يكون له فسخ النكاح، فإن أراد طلاقها فهو مخير فيه^(٤)، ولا تبين منه إلا بالطلاق، أو ما يجري مجراه، وقال بعض أصحابنا: هو من جملة العيوب التي ترد به النساء.

* * *

١- فارن النهاية: ٤٦٤.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

باب من يتولّى العقد على النساء

عندنا أنّه لا ولاية على النساء الصغار اللاتي لم تبلغن تسع سنين، إلّا للأب والجد من قبله، إلّا أنّ لولاية الجد رجحاناً وأولوية هنا، بغير خلاف بين أصحابنا، إلّا من شيخنا أبي جعفر في نهايته^(١)، فإنّه يجعل ولاية الجد مرتبطة بحياة الأب في هذه الحال، والصحيح أنّ ولايته بعد الأب باقية ثابتة في مالها وغيره، والأصل بقاؤها، فمن أزالها يحتاج إلى دليل قاهر، والجد له مزية في هذه الحال بأن يختار هو رجلاً ويختار أبوها رجلاً، فالأولى أن يقدم من اختاره الجد، فإن بادر الأب في هذه الحال وعقد من اختاره فعقده ماض، فأما إن عقدا معاً لرجلين في حالة واحدة، فإنّ العقد عقد الجد، ويبطل عقد الأب، بغير خلاف في ذلك أجمع، فأما عقدهما عليها بعد بلوغها التسع سنين، وهي رشيدة مالكة لأمرها، وهي بكر غير ثيب، فإن أصحابنا مختلفون في ذلك على قولين:

منهم من يقول: عقدهما ماض، وولايتها باقية ثابتة لم تزل، ويسوى بين الحالين، إلّا أنّ هاهنا ولاية الجد مرتبطة بحياة الأب، فإذا مات الأب عند هذه الحال بطلت ولاية الجد وصار كالأجنبي، فليحظ ذلك ويتأمل، ففيه غموض،

وهو قول شيخنا أبي جعفر في نهايته^(١) ومعظم كتبه.

ومنهم من يفرّق بين الحالين، ويزيل ولايتهما في هذه الحال، وهم الأكثرون المحصلون من أصحابنا، ويجعلون أمرها بيدها، ولا يُمضون عقدهما عليها والحال ما ذكرناه إلا برضاها، فإن لم ترض وأظهرت الكراهة بطل العقد وانفسخ، وهو قول شيخنا المفيد في كتابه أحكام النساء، وهو قول السيّد المرتضى، وإلى هذا القول أذهب، وعليه أعتمد، وبه أفتي، لوضوحه عندي، ويقوّيه النظر والاعتبار، والمحقق من الأخبار، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾^(٢) فجعل النكاح في الولاية بيدها، وأضافه إليها فالظاهر أنها تتولاه، وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٣) فأباح فعلها في نفسها من غير اشتراط أحد من الأب والجد، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾ فأضاف

١- المصدر السابق نفسه.

٢- البقرة: ٢٣٠.

٣- البقرة: ٢٣٤، أقول: وقد تفضّل ساحة سيدنا البهشتي دام ظله فأفادنا: بعد أن كان محل النزاع هي البالغة الرشيدة وهي بكر غير ثيب حسب نص العبارة في السطر الأخير من الصفحة السابقة، لا وجه للتمسك بهذه الجملة من الآية المباركة، فإنّها في تلك الحالة غير بكر لا محالة، لا اشتراط الدخول في عقد المحلل حتى تحلّ للزوج السابق بعد الطلاق وانقضاء العدة بلا خلاف في هذا الشرط بيننا، كما يشير إليه في الصحيحة: «فيذوق عسيلتها وتذوق عسيلته» وحيث إنّ هي خارجة عن موضوع الخلاف حتى يستدل لاستقلالها بالآية الشريفة.

التراجع إليهما، وهو عقد، لأنه لو أراد الرجعة من الزوج وحده لما أضافه إليهما معاً.

وأيضاً فلا خلاف بين أصحابنا المخالف في المسألة والمؤلف أن الأب بعد البلوغ والرشد تخرج الولاية منه عن المال، ويجب تسليمه إليها، والإنفاق حاصل أن العاقل لا يجترّ عليه في ماله ونفسه، إلا ما خرج بالدليل من المفلس، ولا خلاف بينهم أن بالبلوغ يكمل عقلها، ويجب تسليم مالها إليها، ويصح عقود بيوعها ونذرها وأيمانها لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْتُمْ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ومن جملة فعلها بنفسها عقدها عليها عقدة النكاح، وقد أباحها الله تعالى ذلك بصريح لفظ الآية ما تفعله في نفسها، وذلك عام في جميع الأفعال، فمن ادعى التخصيص يحتاج إلى دليل.

فعلى هذا التقرير والتحريم، إذا لم ترض بعقد أبيها وأظهرت كراهية عقده، فإنه يكون باطلاً مفسوخاً، وإن رضيت به وأمضته فإنه يكون صحيحاً، ويجري مجرى غيره من الأجانب، لأن العقد عندنا في النكاح يقف على الإجازة بغير خلاف بيننا، إلاّ تمنّ شدّ وعُرف اسمه ونسبه، وسنذكر ذلك فيما بعد إن شاء الله تعالى.

وأيضاً فلا خلاف بين المخالف والمؤلف من أصحابنا في المسألة، أن ولاية الأب تزول عن البكر البالغ في عقد النكاح المؤجل، فبالإجماع قد زالت ولايته هاهنا في النكاح المؤجل، فلو كانت ولايته ثابتة في النكاح بعد البلوغ، لم تنزل في

أحد قسميه وثبت في الآخر، فمن ادّعى ثبوت ولايته في القسم الآخر الذي هو الدائم فعليه الدليل، لأنه موافق في خروج الولاية من يده في العقود كلّها من البيع وغيره، وفي أحد قسمي النكاح.

وأيضاً فشيخنا أبو جعفر قال في مسائل خلافه: مسألة، إذا كان أولى الأولياء مفقوداً أو غائباً غيبة منقطعة، أو على مسافة قريبة أو بعيدة وكلت وزوّجت نفسها.

ثم قال في استدلاله: دليلنا ما قدّمناه في المسألة الأولى سواء، من أنّه لا ولاية لغير الأب والجد، ومتى كان أحدهما غائباً كان للآخر تزويجها، وإن غابا جميعاً وكانت بالغاً كان لها أن تعقد على نفسها، وتوكل من شاءت من باقي الأولياء^(١)، هذا آخر كلام شيخنا في المسألة.

فانظر أرشدك الله إلى كلامه، فهل ترى للخلاف معنى؟ لأنّ من جعل له الولاية لا يقول: إنّ مع الغيبة تسقط، لأنّ ولي الصغيرة من الأب والجد إذا غابا لا تسقط ولايتهما عنها بحال، ولا يجوز تزويجها إلا بإذنهما، لأنّ لهما عليها الولاية بغير خلاف، وكذلك حالها عند البلوغ لا تزول ولايتهما عنها عند من ذهب إلى ذلك من أصحابنا، إذ لا فرق بين الموضعين.

وأيضاً فشيخنا أبو جعفر الطوسي قد رجع وسلّم للمذهب بالكلية في كتابه كتاب التبيان، ورجع عما ذكره في نهايته وسائر كتبه، لأنّ كتاب التبيان

صنّفه بعد كتبه جميعها، واستحكام علمه وسبره للأشياء، ووقوفه عليها، وتحقيقه لها، فقال في تفسيره: قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾^(١) فإنه قال: لا ولاية لأحد عندنا إلاّ للأب، والجد على البكر غير البالغ، فأما من عداهما، فلا ولاية له^(٢)، فهذا قوله في كتاب التبيان، المشتمل على تفسير القرآن، وإذا كان لا إجماع في المسألة من أصحابنا، والأصول من الأدلة شاهدة لما ذهبنا إليه واخترناه، فلا معدل عنه، وشيخنا أبو جعفر الطوسي محجوج بقوله هذا الذي حكيناه عنه في التبيان.

وقال السيّد المرتضى في كتابه الانتصار: مسألة، ومما يظن قبل الاختبار، أنّ الإمامية تنفرد به القول بأنّه ليس للأب أن يزوّج بنته البكر البالغة إلاّ بإذنها، وأبو حنيفة يوافق في ذلك، وقال مالك والشافعي: للأب أن يزوّجها بغير إذنها ثم قال ﷺ في استدلاله: دليلنا الإجماع المتردد^(٣).

وشيخنا المفيد قال في كتابه أحكام النساء، قال في باب أحكام النساء في النكاح: والمرأة إذا كانت كاملة العقل سديدة الرأي، كانت أولى بنفسها في العقد عليها للأزواج من غيرها، كما أنّها أولى بالعقد على نفسها في البيع والابتاع، والتملك والهبات والوقوف والصدقات وغير ذلك من وجوه

١- البقرة: ٢٣٧.

٢- التبيان ٢: ٢٧٣.

٣- الانتصار: ١٢٢.

التصرّفات، غير أنّها إذا كانت بكرّاً ولها أب أو جد لأب، فمن السنّة أن يتولّى العقد عليها أبوها، أو جدّها لأبيها إن لم يكن لها أب، بعد أن يستأذنها في ذلك فتأذن فيه أو ترضى به، ولو عقدت على نفسها بغير إذن أبيها لكان العقد ماضياً. هذا آخر كلام شيخنا المفيد رحمته الله.

وأيضاً فقد قال شيخنا أبو جعفر رحمته الله في مبسوطه في فصل في ذكر أولياء المرأة والمالك:

إذا بلغت الحرّة رشيدة ملكت كلّ عقد من النكاح والبيع وغير ذلك، وفي أصحابنا من قال: إذا كانت بكرّاً لا يجوز لها العقد على نفسها إلا بإذن أبيها، وفي المخالفين من قال: لا يجوز نكاح إلا بوليّ، وفيه خلاف.

ثمّ قال رحمته الله: إذا تزوّج من ذكرنا بغير وليّ كان العقد صحيحاً^(١)، فقد وافق هاهنا أيضاً، ولا يرجع إلى أخبار الآحاد التي لا توجب علماً ولا عملاً في هذه المسألة.

النكاح عندنا يقف على الإجازة، مثل أن يزوّج رجل امرأة من غير إذن وليّها لرجل ولم يأذن له في ذلك، يقف العقد على إجازة الزوج والوليّ.

ولو زوّج رجل بنت غيره وهي غير بالغ من رجل فقبل الزوج، وقف العقد على إجازة الوليّ، وكذلك لو زوّج الرجل بنته الثيّب الكبيرة الرشيدة، أو أخته الكبيرة الرشيدة أو غير الكبيرة، وقف العقد على إجازتها.

وكذلك لو تزوّج العبد بغير إذن سيده، والأمة بغير إذن سيدها^(١) وقف العقد على إجازتهما، بغير خلاف في ذلك كلّه عند أصحابنا، ما خلا العبد والأمة، فإنّ بعضهم يوقف العقد على إجازة الموليين، وبعضهم يبطله ويفسده، ويحتج بأنّه عقد منهّي عنه، والنهي يدلّ على فساد المنهيّ عنه، وما عداه لا خلاف بينهم فيه، إلّا ما ذهب إليه شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه^(٢)، فإنّه خالف أصحابه في ذلك واختار مذهب الشافعي، وإن كان موافقاً لباقي أصحابنا في نهايته^(٣) واستبصاره^(٤) وتهذيبه^(٥).

دلّلنا إجماع أصحابنا المتعقد على ما اخترناه، فإنّ من ذكرناه معروف الاسم والنسب، وإن كان محجوجاً بقوله في مسائل الخلاف، والأخبار متواترة عن الأئمة الأطهار بذلك، يوقفون عقد النكاح على الإجازة.

وقال السيّد في الناصريات في المسألة الرابعة والخمسين والمائة: ويقف النكاح على الفسخ والإجازة في أحد القولين، ولا يقف في القول الآخر، هذا صحيح، ويجوز أن يقف النكاح عندنا على الإجازة، ووافقنا على ذلك أبو حنيفة، وقال الشافعي: لا يصحّ النكاح الموقوف على الإجازة، سواء كان

١- قارن الخلاف ٢: ١٤٣.

٢- الخلاف ٢: ١٤٣.

٣- النهاية: ٤٧٨.

٤- الاستبصار ٣: ٢١٦.

٥- التهذيب ٧: ٣٤٨.

موقوفاً على إجازة الزوج أو الولي أو المنكوحه.

وقال في استدلاله: دليلنا على صحّة مذهبنا: الإجماع المتردد، وما رواه ابن عباس: أنّ جاريةً بكراً أتت النبي ﷺ، فذكرت أنّ أباهما زوجها وهي كارهة فخيّرهما النبي ﷺ^(١)، وهذا يدلّ على أنّ النكاح يقف على الإجازة والفسخ.

وأيضاً ما روي في خبر آخر: أنّ رجلاً زوج ابنته وهي كارهة، فجاءت إلى النبي ﷺ فقالت: زوجني أبي - ونعم الأب - من ابن أخيه يريد أن يرفع بي خسيسته، فجعل النبي ﷺ أمرها إليها، فقالت: أجزت ما صنع بي أبي، وإنّما أردت أن أعلم النساء أنّه ليس إلى الآباء من أمر النساء شيء^(٢).

وروي في بعض الأخبار أنّه ﷺ قال لها: أجزني ما صنع أبوك^(٣).

وأبوها ما صنع إلّا العقد، فدلّ على أنّه كان موقوفاً على الإجازة^(٤). هذا آخر كلام السيّد المرتضى رضي الله عنه وأرضاه.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: ومتى عقد الأبوان على ولديهما قبل أن يبلغا ثَمّ ماتا فإنّهما يتوارثان، ترث الجارية الصبي، والصبيّ الجارية^(٥).

١- سنن ابن ماجه ١: ٢٩٦.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- لم أقف على مصدر له فيها بحث عاجلاً.

٤- المسائل الناصريات المسألة: ١٥٤ ضمن الجوامع الفقهيّة.

٥- النهاية: ٤٦٦.

قال محمد بن إدريس: هذا صحيح بغير خلاف بين أصحابنا.

ثم قال: ومتى عقد عليها غير أبويها، ثم مات واحد منهما، فإن كان الذي مات الجارية، فلا يرث الصبي، سواء بلغ أو لم يبلغ، لأن لها الاختيار عند البلوغ، وإن كان الذي مات الزوج قبل أن يبلغ فلا ميراث لها أيضاً، لأن الخيار عند البلوغ وإن كان موته عند بلوغه ورضاه بالعقد قبل أن تبلغ الجارية، فإنه يعزل ما ترثه إلى أن تبلغ، فإذا بلغت عرض عليها العقد، فإن رضيت به حلفت بالله تعالى أنها ما دعاها إلى الرضا الطمع في الميراث، فإذا حلفت أعطيت الميراث، وإن أبت لم يكن لها شيء^(١).

قال محمد بن إدريس (رحمة الله عليه): وهذا تسليم منه ﷺ أن العقد يقف على الإجازة والفسخ.

ثم قال ﷺ: ومتى عقد على صبية لم تبلغ، غير الأب أو الجد مع وجود الأب، كان لها الخيار إذا بلغت، سواء كان ذلك العاقد جداً مع عدم الأب، أو الأخ، أو العم، أو الأم^(٢)، وهذا أيضاً تسليم للمسألة.

وقال شيخنا في نهايته: وإذا لم يكن لها جد وكان لها أخ، يستحب لها أن تجعل الأمر إلى أخيها الكبير، وإن كان لها أخوان فجعلت الأمر إليهما، ثم عقد كل واحد منهما عليها لرجل، كان الذي عقد له عليها أخوها الأكبر أولى بها من

١- المصدر السابق نفسه.

٢- النهاية: ٤٦٧.

الآخر^(١).

قال محمد بن إدريس عليه السلام: إن أراد بذلك أتمها عقداً في حالة واحدة معاً الإيجابان والقبولان^(٢) في دفعة واحدة، فالعقدان باطلان، لأن ذلك منهى عنه، والنهي يدل على فساد المنهي عنه، وحمل ذلك على الأب والجد قياس، ونحن لا نقول به، وإن أراد أنه تقدم عقد الأخ الصغير عليها فكيف يكون الذي عقد له عليها أخوها الأكبر أولى، وإن أراد أن الأكبر كان عقده متقدماً، فالعقد صحيح ولا معنى للأولوية هاهنا.

ثم قال عليه السلام: فإن دخل بها الذي عقد عليها أخوها الصغير كان العقد ماضياً، ولم يكن للأخ الكبير أمر مع الدخول بها^(٣).

قال محمد بن إدريس عليه السلام: إذا كان الصغير قد سبق بالعقد، فسواء دخل بها المعقود له عليها أو لم يدخل لا أمر للكبير.

فإن كان الأخ الكبير سبق بالعقد ودخل الذي عقد له الأخ الصغير بها، فإنها ترد إلى الأول، وكان لها الصداق بما استحل من فرجها وعليها العدة - ولا نفقة لها على من دخل بها، لأنها تعتد لغيره، بل النفقة على زوجها لأنها في حباله، وإنها يمنعها الشرع من وطئها - فإن جاءت بولد كان لاحقاً بأبيه^(٤).

١- النهاية: ٤٦٦.

٢- هكذا في جميع ما رأيت من النسخ مع أن الصواب: (الإيجابين والقبولين) لأنها مفعولان لعقداً.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- قارن النهاية: ٤٦٦.

وذهب شيخنا في نهايته: إلى أنه إن كان دخل بها الذي عقد له عليها أخوها الأصغر، وإن كان عقده بعد عقد أخيها الأكبر عليها فهي زوجة مع الدخول، إلا أنه رجع في مسائل خلافه^(١) وفي مبسوطه^(٢) عن ذلك، وقال: وروي في بعض أخبارنا ذلك، ورجوعه هو الصحيح.

ومتى عقد الرجل لابنه على جارية وهو غير بالغ، كان له الخيار إذا بلغ^(٣)، وليس كذلك إذا عقد على بنته غير البالغ، لأنها إذا بلغت لا خيار لها. وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: وإذا أراد الأخ العقد على أخته البكر استأمرها، فإن سكنت كان ذلك رضئ منها^(٤)، قال محمد بن إدريس: المراد بذلك أنها تكون قد وكلته في العقد.

فإن قيل: إذا وكلته في العقد فلا حاجة به إلى استئمارها.

قلنا: بل يستحب أن يستأمرها عند العقد بعد ذلك، وكذلك الأب إذا لم يكن ولياً عليها، ولا له إجبارها على النكاح، وولت أمرها إليه، فإنه يستحب له أن يستأمرها إذا أراد العقد عليها، وهذا معنى ما روي أن إذهنها صماتها^(٥)، وإلاّ السكوت لا يدلّ في موضع من المواضع على الرضا، إلا إذا لم يكن له وجه إلاّ

١- الخلاف ٢: ١٥٣.

٢- المبسوط ٤: ١٨٢.

٣- قارن النهاية: ٤٦٧.

٤- النهاية: ٤٦٧.

٥- الكافي ٥: ٣٩٤، قرب الاسناد: ١٥٩.

الرضا، فإنه يدلّ حيثنّذ على الرضا.

وذهب شيخنا أبو جعفر في مبسوطه في فصل في ذكر أولياء المرأة إلى ما ذكرناه وحقق ما حرّره، فقال: وأمّا الأبكار فلا يخلو إما أن تكون صغيرة أو كبيرة، فإن كانت صغيرة كان لأبيها وجدها أبي أبيها وإن علا أن يزوّجها لا غير، وإن كانت كبيرة فالظاهر في الروايات أنّ للأب والجد أن يجبراها على النكاح، ويستحب له أن يستأذنها وإذنها صماتها، وإن لم يفعل فلا حاجة به إليها^(١)، هذا آخر قول شيخنا في مبسوطه.

وإذا ولت المرأة غيرها العقد عليها، وسمت له رجلاً بعينه، لم يجوز له العقد لغيره عليها، فإن عقد لغيره كان العقد باطلاً^(٢).

وإذا عقد الرجل على ابنه وهو صغير، وسمّى مهرأثمّ مات الأب، كان المهر من أصل تركته قبل القسمة - سواء رضي الابن بالعقد بعد بلوغه أو لم يرض لآثمه لما عقد عليه ولا مال للإبن، فقد ضمن الأب المهر، فانتقاله إلى الابن بعد بلوغه ورضاه يحتاج إلى دليل - إلا أن يكون للصبي مال في حال العقد، فيكون المهر من مال الابن دون الأب^(٣) لآثمه الناظر في مصالحه، والوالي عليه في تلك الحال.

١- المبسوط ٤: ١٦٢.

٢- قارن النهاية: ٤٦٧.

٣- المصدر السابق نفسه.

فأمّا الموضع الذي أوجبنا المهر في مال الأب، فدلّيله إجماع الفرقة وأخبارهم، وأيضاً فإنّه لما قبل النكاح لولده مع علمه بإعساره، وعلمه بلزوم الصداق بعقد النكاح، علمنا من حيث العرف والعادة أنّه دخل على أن يضمن، فقام العرف في هذا مقام نطقه.

وحّد الجارية التي يجوز لها العقد على نفسها، أو يجوز لها أن تويّ من يعقد عليها تسع سنين فصاعداً^(١) مع الرشد والسلامة من زوال العقل، فإن بلغت إلى ذلك الحد وهي مجنونة أو زائلة العقل، فإن ولاية الأب غير زائلة.

ومتى عقدت الأم لابن لها على امرأة كان مخيراً في قبول العقد والامتناع منه، فإن قبل لزمه المهر، وإن أبى ذلك لزمها هي المهر، على ما روي في بعض الأخبار أورده شيخنا أبو جعفر في نهايته^(٢).

قال محمّد بن إدريس: حمل ذلك على الأب قياساً، فإنّ الأم غير والية على الأب، وإنّما هذا النكاح موقوف على الإجازة والفسخ، فإن بلغ الابن ورضي لزمه المهر، وإن أبى انفسخ النكاح، ولا يلزم الأم من المهر شيء بحال، إذ هي والأجانب سواء.

ولو عقد عليه أجنبي، كان الحكم ما ذكرناه بغير خلاف، فلا دليل على لزوم الأم المهر، لأنّ الأصل براءة الذمّة، وشغلها يحتاج إلى دليل، ولا دليل على

١- قارن النهاية: ٤٦٨.

٢- النهاية: ٤٦٨.

ذلك من كتاب ولا سنة مقطوع بها، ولا إجماع منعقد فبقينا على حكم الأصل.

وقد روي أنّ المرأة إذا عقدت على نفسها عقدة النكاح وهي سكرى، كان العقد باطلاً، فإن أفادت ورضيت بفعلها كان العقد ماضياً، وإن دخل بها الزوج في حال السكر، ثم أفادت الجارية فأقرته على ذلك، كان ذلك أيضاً ماضياً، هكذا أورده شيخنا في نهايته^(١).

والذي يقوى عندي أنّ هذا العقد باطل، فإذا كان باطلاً فلا يقف على الرضا والإجازة، لأنّه لو كان موقوفاً وقف على الفسخ والإجازة، وشيخنا قال: كان العقد باطلاً، فإذا كان باطلاً، فكيف يكون في نفسه بعد الافاقه والرضا ماضياً؟

وأيضاً العقد حكم شرعي، يحتاج في إثباته إلى دليل شرعي، ولا دليل على ذلك من كتاب، ولا سنة متواترة، ولا إجماع، ولا يرجع في مثل ذلك إلى اخبار الأحاد.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: والذي بيده عقدة النكاح: الأب، والجدّ مع وجود الأب، أو الأخ، إذا جعلت الأخت أمرها إليه، أو من وكلّته في أمرها، فأَيّ هؤلاء كان جاز أن يعفو عن بعض المهر، وليس له أن يعفو عن جميعه^(٢).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

وقال في مسائل خلافه: الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ عِنْدَنَا هُوَ الْوَلِيُّ، الَّذِي هُوَ الْأَبُ أَوْ الْجَدُّ، ثُمَّ قَالَ: إِلَّا أَنَّ عِنْدَنَا لَهُ أَنْ يَغْفُو عَنْ بَعْضِهِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَغْفُو عَنْ جَمِيعِهِ^(١).

وقال في كتاب التبيان في تفسير قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَتَغْفُونَ أَوْ يَغْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ قال: ﷺ قوله: «يَتَغْفُونَ»، معناه من يصحّ عفوها من الحرابر البالغات غير الموتى عليها لفساد عقلها، فترك ما يجب لها من نصف الصداق، وهو قول ابن عباس ومجاهد وجميع أهل العلم.

وقوله: «أَوْ يَغْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ» قال مجاهد^(٢)، والحسن^(٣)، وعلقمة^(٤) إنه الولي، وهو المروي عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليه السلام، غير أنه لا ولاية لأحد عندنا إلا للأب والجدّ على البكر غير البالغ، فأما من عداها فلا ولاية له إلا بتولية منها، ورؤي عن علي عليه السلام، وسعيد بن المسيب^(٥)،

١- الخلاف ٢: ٢٠٠.

٢- مجاهد بن جبر أبو الحجاج المخزومي مولاهم المكي، إمام في التفسير وفي العلم مات سنة ١ أو ٢ أو ٣ أو ٤ وله ثلاث وثلاثون سنة. تقريب التهذيب ٢: ٢٢٩.

٣- الحسن البصري سبقت ترجمته.

٤- علقمة هو ابن قيس بن عبد الله النخعي الكوفي، ثقة ثبت فقيه عابد، مات بعد الستين، وقيل بعد السبعين والمائة.

٥- سعيد بن المسيب المخزومي، أحد العلماء الاثبات الفقهاء الكبار، قال ابن المديني: لا أعلم في التابعين أوسع علماً منه، مات بعد التسعين، وقد ناهز الثمانين. تقريب التهذيب ١: ٣٠٦.

وشريح^(١)، وحامد^(٢)، وإبراهيم^(٣)، وأبي حذيفة^(٤)، وابن شبرمة^(٥) أنه الزوج، وروي ذلك أيضاً في أخبارنا، غير أن الأول أظهر، وهو المذهب، وفيه خلاف بين الفقهاء.

ومن جعل العفو للزوج قال: له أن يعفو عن جميع نصفه، ومن جعله للولي قال أصحابنا: له أن يعفو عن بعضه، وليس له أن يعفو عن جميعه. وإن امتنعت المرأة من ذلك، لم يكن لها ذلك إذا اقتضت المصلحة ذلك عن أبي عبد الله صلوات الله وسلامه عليه وعلى آبائه صلوات الله عليهم أجمعين، واختار الجبائي أن يكون المراد به الزوج قال: لأنه ليس للولي أن يهب مال المرأة^(٦). هذا آخر كلامه في التبيان.

١- شريح بن الحارث بن قيس الكوفي النخعي القاضي، قيل له صحبة، مات قبل الثمانين أو بعدها، وسبق التعريف.

٢- حماد هو ابن زيد الجهضمي البصري، أبو إسماعيل الأزرق، سمع ثابثاً وأيوب، مات: ١٧٩. التاريخ الكبير للبخاري ٣: ٢٥.

٣- إبراهيم هو ابن يزيد قيس بن الأسود النخعي، أبو عمران الكوفي الفقيه، قال ابن حجر: ثقة إلا أنه يرسل كثيراً، مات سنة ست وتسعين وهو ابن خمسين أو نحوها. تقريب التهذيب ١: ٤٦.

٤- أبو حذيفة لا يبعد أن يكون هو موسى بن مسعود النهدي البصري قال ابن حجر: صدوق سيء الحفظ وكان يصحّف، من صغار التاسعة، مات سنة عشرين أو بعدها، وقد جاوز التسعين، وحديثه عند البخاري في المتابعات. تقريب التهذيب ٢: ٢٨٨.

٥- هو عبد الله بن شبرمة الضبي، أبو شبرمة القاضي الكوفي قال ابن حجر: ثقة فقيه، من الخامسة مات سنة أربع وأربعين أي بعد المائتين. عن تقريب التهذيب ١: ٤٢٢.

٦- التبيان ٢: ٢٧٣ - ٢٧٤.

والذي يقوى في نفسي وتقتضيه أصول المذهب، والذي يشهد بصحته النظر والاعتبار، والأدلة القاهرة والآثار: أنّ الأب أو الجد من قبله مع حياته أو موته إذا عقدا على غير البالغ فلهما أن يعفوا عما تستحقه من نصف المهر بعد الطلاق إذا رأيا ذلك مصلحة لها، وتكون المرأة وقت عفوها غير بالغ، فأما من عداها أو هما مع بلوغها رُشدها، فلا يجوز لهما العفو عن النصف وصارا كالأجانب، لأنهما في هذه الحال لا ولاية لهما عليها، وهي الوالية على نفسها، ولا يجوز التصرف لأحد في مالها بالهبة والعفو وغير ذلك إلا عن إذنهما، لأنّ التصرف في مال الغير لا يجوز عقلاً وسمعاً إلا بإذنه.

وليس في الآية إن تعلّق بها متعلّق سوى ما ذكرناه، لأنه يقال: قال: ﴿إلا أن يعفون﴾ فدلّ بهذا القول إنهنّ ممّن هنّ العفو، وهنّ الحرائر البالغات الواليات على أنفسهنّ في العقد والعفو والبيع والشراء وغير ذلك، ثمّ قال: ﴿أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾ معناه إن لم يكنّ بالغات ولا واليات على أنفسهنّ، فعند هذه الحال لا يلي عندنا سوى الأب والجد بغير خلاف بيننا، وهما الواليان عليهنّ، والناظران في عقد نكاحهنّ، فلهما العفو بعد الطلاق عما تستحقه، ولأنّ الإجماع حاصل منعقد على ما ذكرناه، وفيما عداه خلاف، فالإحتياط يقتضي ما ذكرناه، ودليل العقل يعضد ما اخترناه، إذ لا إجماع من أصحابنا على خلاف ما شرحناه، ولا تواتر من الأخبار على ضد ما بيناه، وقول شيخنا أبي جعفر الطوسي رحمته الله يختلف على ما بيناه في كتبه وحكيانه، وأقوال المفسرين مختلفة على ما سطرناه، ولولا الإجماع من أصحابنا على أنّ الذي بيده عقدة النكاح الأب

والجد على غير البالغ لكان قول الجبائي^(١) قوياً، مع أنّه قد روي في بعض أخبارنا أنّه الزوج.

وروي أنّه إذا كان لرجل عدّة بنات، فعقد لرجل على واحدة منهنّ، ولم يسمّها بعينها لا للزوج ولا للشهود، فإن كان الزوج قد رآهنّ كلّهنّ كان القول قول الأب، وعلى الأب أن يسلمّ إليه التي نوى العقد عليها عند عقدة النكاح، وإن كان الزوج لم يرهّن كلّهنّ كان العقد باطلاً، ذكر ذلك شيخنا أبو جعفر في نهايته^(٢)، وعاد عنه في مبسوطه وضعفه وقال: النكاح باطل في الموضعين^(٣).

وهو الذي يقوى في نفسي، لأنّ العقد حكم شرعي يحتاج في إثباته إلى دليل شرعي، ومن شرط صحّته تميّز المعقود عليها، ولأنّه إذا ميّزها من غيرها صحّ العقد بلا خلاف، وإذا لم يميّزها ليس على صحّته دليل وفيه خلاف، فالإحتياط يقتضي ما قلناه واخترناه، وأنّها أورد الخبر شيخنا أبو جعفر في نهايته إيراداً لا إعتقاداً، كما أورد أمثاله ممّا لا يعمل به، رواها أبو عبيدة فحسب^(٤).

١- يطلق على أبي عليّ وابنه أبي هاشم، وكلاهما من أئمة المعتزلة في القرن الثالث الهجري، ولكلّ منهما مصنفات، وممن أخذ عن أبي عليّ الجبائي أبو الحسن الأشعري وله معه مناظرات، ولكل منها ترجمة مفصلة في كثير من المصادر، لاحظ وفيات الأعيان وطبقات المعتزلة والوفائي بالوفيات وغيرها.

٢- النهاية: ٤٦٨.

٣- المبسوط ٤: ١٩٢.

٤- فروع الكافي ٢: ٣١، والفتاوى ٣: ٢٦٧، والتهذيب ٧: ٣٩٣.

وقال شيخنا أبو جعفر في مبسوطه في فصل فيما ينعقد به النكاح: لا يصحّ النكاح حتى تكون المنكوحة معروفة بعينها على صفة تكون متميِّزة عن غيرها، وذلك بالإشارة إليها، أو التسمية أو الصفة^(١).

وقال شيخنا أبو جعفر في مبسوطه: ولا يصحّ نكاح الثيب إلا بإذنها، وإذنها نطقها بغير خلاف، وأمّا البكر فإن كان لها ولي له الإجماع مثل الأب والجد، فلا يفتقر نكاحها إلى إذنها ولا إلى نطقها، فإن لم يكن له الإجماع كالأخ وابن الأخ والعم فلا بدّ من إذنها، والأحوط أن يراعى نطقها، وهو الأقوى عند الجميع، وقال قوم: يكفي سكوتها، لعموم الخبر وهو قوي^(٢). هذا آخر كلامه رحمته الله.

والذي يقوى في نفسي أنّه لابدّ من نطقها على ما قدّمناه، لأنّنا قد بيّنا أنّه لا ولاية لأحد بعد البلوغ عليها بحال.

لا ينعقد النكاح إلا بلفظ النكاح أو التزويج، وهو أن يقع الإيجاب والقبول بلفظة واحدة، أو الإيجاب بإحدهما والقبول بالأخرى، فتقول: أنكحتك، فيقول: قبلت النكاح، أو تقول: زوّجتك، فيقول: قبلت التزويج، أو تقول: أنكحتك، فيقول: قبلت التزويج، أو تقول: زوّجتك، فيقول: قبلت النكاح، وما عدا هذا فلا ينعقد به النكاح الدائم بحال^(٣).

١- المبسوط ٤: ١٩٢.

٢- المبسوط ٤: ١٨٣.

٣- قارن المبسوط ٤: ١٩٣.

فأمّا النكاح المؤجّل ينعقد بلفظة أخرى زائدة على اللفظتين، وهي: متعتك نفسي بكذا إلى أجل كذا، إلّا أنّ عقد النكاح الدائم ليس شرط صحّته ذكر المهر، بل ينعقد من دونه بغير خلاف، والمؤجّل من شرط صحّته ذكر المهر والأجل.

وإذا قال رجل في عقد الدوام: أنكحتك أو زوّجتك بنتي، فقال الزوج: قبلت ولم يزد على ذلك، فعندنا يصحّ العقد، لأنّ معنى قوله: قبلت أي قبلت هذا الإيجاب أو هذا العقد.

إذا قال: زوّجتك حمل هذه المرأة كان باطلاً.

ولا بأس أن يتقدّم القبول على الإيجاب في عقد النكاح عندنا، ولا يجوز ذلك في عقد البيع، ولا بدّ أن يأتي بلفظ الإخبار في الإيجاب، ولا يجوز أن يأتي بلفظ الأمر أو الإستفهام، لأنّه لا خلاف في صحّته أن يأتي به على ما قلناه، وفيما عداه خلاف، وأيضاً فالعقد حكم شرعي يحتاج في ثبوته إلى دليل شرعي.

عقد النكاح لا يدخله خيار المجلس ولا خيار الشرط، لأنّه عقد لازم من الطرفين، فإن شرط ذلك فيه بطل الشرط وصحّ العقد، وقال شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه^(١) ومبسوطه^(٢): إذا شرط ذلك بطل العقد.

قال محمّد بن إدريس رحمته الله: لا دليل على بطلان العقد من كتاب، ولا سنة، ولا إجماع لأنّ العقود الشرعية إذا ضامتها شروط غير شرعية، بطلت الشروط

١- الخلاف ٢: ١٥٨.

٢- المبسوط ٤: ١٩٤.

وصحّت العقود، وهذا شرط غير شرعي، والذي يدلّ على صحّة العقد قوله تعالى: **(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)** وهذا عقد يجب الوفاء به.

والذي اختاره شيخنا تخريجات المخالفين وفروعهم، وهو مذهب الشافعي، وأحد من أصحابنا لم يذهب إلى ذلك، ولا ذكر المسألة في مسطور له، ولا وردت به رواية من جهة أصحابنا لا آحاداً ولا تواتراً، وشيخنا لما استدلّ على ما اختاره لم يتعرّض للإجماع، ولا بالأخبار، بل بشيء أو هن من بيت العنكبوت، ولم يتعرّض لها في سائر تصنيفه، إلّا في هذين الكتابين، لأنهما فروع المخالفين وتخريجاتهم^(١).



١- وقال العلامة الحلي في المختلف ٣: ٩١ وهذا... من ابن إدريس وتسرع في حق شيخنا الأقدم، البالغ في العلوم العقلية إلى أقصاها، والمترقي في العلوم النقلية إلى غايتها ومتهاها، وارتفع عن تقليد من سبقه من موافقيه، فكيف هو من مخالفيه، ولا يلزم من تطابق المذهبين نسبة أحدهما إلى تقليد الآخر وإن تأخر عنه زماناً، والشيخ عليه السلام إنّما انتفى في ذلك ما قاده النظر إليه، ولا يلزم من استدلاله في بعض مطالبه بالإجماع والأخبار انسحاب ذلك في جميع المسائل، ولا يلزم من عدم ذكر الأصحاب لهذه المسألة أن لا ينه عليها ويسطرها في كتبه، فإن أكثر المسائل وضعها الشيخ وبرهن عليها بدلائل عقلية ونقلية حسب ما آذاه إليه اجتهاده، ثم دافع عن أدلة الشيخ، إلى أن قال: والحق ما قاله الشيخ في ذلك، ويبيّن الوجه فيه فراجع.

باب المهور وما ينعقد به النكاح وما لا ينعقد^(١)

الأصل في الصداق كتاب الله وسنة نبيه ﷺ، وقال الله تعالى: ﴿وَأَتُوا
النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾^(٢) فإن قيل: كيف سمّاه الله نحلة، وهو عوض عن
النكاح؟ أجيب عنه بثلاثة أجوبة:

أحدها اشتقاقه من الإنتحال الذي هو التدّين، يقال: فلان يتنحل مذهب
كذا، فكان قوله نحلة معناه تدّيناً.

والثاني أنّه في الحقيقة نحلة منه لها، لأنّ حظّ الاستمتاع من كلّ واحد منهما
لصاحبه كحظّ صاحبه.

والثالث قيل: إنّ الصّداق كان للأولياء في شرع من قبلنا بدلالة قول
شعيب حين زوّج موسى ابنته: ﴿عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَةَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا
فَمِنْ عِنْدِكَ﴾^(٣) ولم يقل تأجر بتي ثماني حجاج، فكان معنى قوله نحلة أي إنّ الله
أعطاك هذا في شرعنا نحلة^(٤).

١- قارن النهاية: ٤٦٨.

٢- النساء: ٤.

٣- القصص: ٢٧.

٤- قارن المبسوط ٤: ٢٧١ - ٢٧٢.

فإذا ثبت هذا فالمستحب أن لا يعرى نكاح عن ذكر مهر^(١)، ومتى ترك ذكر المهر وعقد النكاح بغير ذكره، فالنكاح صحيح إجماعاً على ما قدّمناه لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾^(٢) معناه ولم تفرضوا لهنّ فريضة بدلالة قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ﴾^(٣) ولا متعة لمن طلقها قبل الدخول، إلا التي لم يسم لها مهراً^(٤).

والصداق ما تراضى عليه الزوجان مما له قيمة في شرع الإسلام، ويحلّ تملكه قليلاً كان أو كثيراً^(٥) بلا خلاف بين المسلمين، إلا ما ذهب إليه السيّد المرتضى في انتصاره^(٦) فإنه قال: إذا زاد على خمسين ديناراً لا يلزم إلا الخمسون.

والصحيح ما قدّمناه لأنّ هذا خلاف لظاهر القرآن، والمتواتر من الأخبار وإجماع أهل الأعصار، لأنّه لا خلاف في أنّ الأئمة الأطهار عليهم السلام والصحابة

١- قارن المبسوط ٤: ٢٧٢.

٢- البقرة: ٢٣٦.

٣- نفس الآية السابقة.

٤- قارن المبسوط ٤: ٢٧٢.

٥- قارن النهاية: ٤٦٨.

٦- الانتصار: ١٢٤، وفيه إلا الخمسين، وكذا في النسخة المصورة ونسخة في هامش المطبوعة، وإنّما

أبقينا ما في المتن كما هو (إلا الخمسون) فإنه استثناء مفرغ بدل عن الفاعل المحذوف، وكان ذلك

أيضاً في نسخة بخط المنجم الشيرازي

والتابعين وتابعي التابعين تزوجوا بأكثر من خمسين ديناراً.

ولا يجوز في المهر ما لا يحل تملكه للمسلم، من خمر أو نبيذ أو خنزير وما أشبه ذلك، فإن عقد على شيء من هذه المحرمات، قال شيخنا أبو جعفر في نهايته: كان العقد باطلاً^(١)، وكذلك يقول شيخنا المفيد في مقنعته^(٢)، إلا أن شيخنا أبا جعفر رجع عن ذلك في مسائل خلافه في كتاب الصداق، فقال: مسألة، إذا عقد على مهر فاسد، مثل الخمر والخنزير والميتة وما أشبهه فسد المهر، ولم يفسد النكاح، ووجب لها مهر المثل، وبه قال جميع الفقهاء إلا مالكا، فإن عنه روايتين أحدهما مثل ما قلناه، والأخرى يفسد النكاح، وبه قال قوم من أصحابنا.

ثم قال في استدلاله على صحة ما اختاره عليه السلام: دليلنا إن ذكر المهر ليس من شرط صحة العقد، فإذا ذكر ما هو فاسد لم يكن أكثر من أن لم يذكره أصلاً، فلا يؤثر ذلك في فساد العقد^(٣). وهذا آخر كلامه.

قال محمد بن إدريس: الذي يقوى في نفسي ما ذكره في مسائل خلافه، والدليل عليه ما استدلل به عليه السلام، فإنه استدلال مرضي، ولا إجماع على فساد هذا

١- النهاية: ٤٦٩.

٢- المقنعة: ٧٨ والموجود فيها: ولا يجوز النكاح على ما لا قيمة له من كلب أو خنزير أو خمر وأشباه ذلك، ومن عقد على شيء منه ثبت النكاح بالعقد ووجب في ذمة المعقود له المهر بقدر مهر مثل المعقود عليها من نساء قومها، دون ما شمي من الحرام.

٣- الخلاف ٢: ١٨٨.

العقد، ولا كتاب الله تعالى، ولا دليل عقل، ولا سنة متواترة، بل قوله تعالى يعصدا ما ذكرناه وهو قوله: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ والنكاح قد يَبَيَّنُ أَنَّهُ العقد من الإيجاب والقبول، وقد حصل ذلك، وقد يَبَيَّنُ أيضاً أَنَّ ذكر المهر ليس من شرط صحة عقد الدوام، ويجوز أن يكون منافع الحر مهراً، مثل تعليم قرآن، أو شعر مباح، أو بناء، أو خياطة ثوب وغير ذلك مما له أجره، لأنَّ كُلَّ ذلك له أجر معيَّن وقيمة مقدّرة.

واستثنى بعض أصحابنا من جملة ذلك الإجارة، فإذا كانت معيَّنة يعملها الزوج بنفسه، قال: لأنَّ ذلك كان مخصوصاً بموسى عليه السلام.

والوجه في ذلك أَنَّ الإجارة إذا كانت معيَّنة لا تكون مضمونة، بل إذا مات المستأجر لا يؤخذ من تركته ويستأجر لتمام العمل، وإذا كانت في الذمة يؤخذ من تركته ويستأجر لتمام العمل.

والذي اعتمده وأعمل عليه وأفتي به: أَنَّ منافع الحرّ ينعقد بها عقود النكاح، وتصحّ الإجارة والأجرة على ذلك، سواء كانت الإجارة في الذمة أو معيَّنة، لأنَّ الأخبار على عمومها، وما ذكره بعض أصحابنا من استثنائه الإجارة وقوله: كانت مخصوصة بموسى عليه السلام، فكلام في غير موضعه، واعتداد على خبر شاذ نادر، فإذا تَوَقَّلَ حق التأمل بان ووضح أَنَّ شعيباً عليه السلام استأجر موسى ليرعى له لا ليرعى لبنته، وذلك كان في شرعه وملته أَنَّ المهر للأب دون البنت، على ما قدّمناه في صدر الباب، فإذا كان كذلك، فإنّه لا يجوز في شرعنا ما جاز في شرع شعيب عليه السلام.

فأما إذا عقد على إجارة ليعمل فالعقد صحيح، سواء كانت الإجارة معيّنة أو في الذمة.

وقد أورد شيخنا أبو جعفر في كتاب تهذيب الأحكام خبراً وهو: محمد بن يعقوب، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن النوفلي، عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يحل النكاح اليوم في الإسلام بإجارة، بأن يقول: أعمل عندك كذا وكذا سنة على أن تزوّجني أختك أو ابنتك، قال: حرام لأنّه ثمن رقبتها وهي أحق بمهرها^(١).

فهذا يدلّك على ما حرّراه وبيناه، فمن استثنى من أصحابنا الإجارة التي فعلها شعيب مع موسى عليه السلام فصحيح، وإن أراد غير ذلك فباطل.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: ولا يجوز العقد على إجارة وهو أن يعقد الرجل على امرأة على أن يعمل لها أو لوليّها أياماً معلومة أو سنين معيّنة^(٢).

وقال في مسائل خلافه: مسألة، يجوز أن يكون منافع الحرّ مهراً مثل تعليم قرآن، أو شعر مباح، أو بناء، أو خياطة ثوب، أو غير ذلك ممّا له أجره، فاستثنى أصحابنا من جملة ذلك الإجارة وقالوا: لا يجوز، لأنّه كان يختصّ بموسى عليه السلام.

ثمّ قال في استدلاله: دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم، وأيضاً روى سهل ابن سعد الساعدي أنّ امرأة أتت النبي صلى الله عليه وآله فقالت: يا رسول الله إنّني قد وهبت

١- فروع الكافي ٢: ٣٢، والفقهاء ٣: ٢٦٨، والتهذيب ٧: ٣٦٧.

٢- النهاية: ٤٦٩.

نفسى لك فقامت قياماً طويلاً، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوّجنيها إن لم يكن لك فيها حاجة ؟ فقال رسول الله ﷺ: هل عندك من شيء تصدقها إياه ؟ فقال: ما عندي إلا إزارى هذا، فقال النبي ﷺ: إن أعطيتها إياه جلست ولا إزار لك، فالتمس شيئاً، فقال: ما أجد شيئاً، فقال له رسول الله: هل معك من القرآن شيء ؟ قال: نعم سورة كذا وسورة كذا وسماهما، فقال رسول الله ﷺ: قد زوّجتكها بما معك من القرآن.

وظاهره أنّه جعل القرآن الذي معه صداقها، وهذا لا يمكن، فثبت أنّه إنّما جعل الصداق تعليمها إياه.

وروى عطا عن أبي هريرة: أنّ النبي ﷺ قال لرجل: ما تحفظ من القرآن ؟ قال: سورة البقرة والتي تليها، قال: قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك^(١). هذا آخر كلامه في مسائل خلافه.

قال محمد بن إدريس: ما بين قوله ﷻ في نهايته وبين قوله في مسائل خلافه تضاد ولا تناف، لأنّه قال في نهايته: ولا يجوز العقد على إجارة، وهو أن يعقد الرجل على امرأة على أن يعمل لها أو لوليّها أياماً معلومة أو سنين معيّنة، فأضاف العمل اليه بعينه، على ما قدّمناه وحرّرناه، فأما قوله في مسائل خلافه: يجوز أن يكون منافع الحر مهراً مثل تعلّم القرآن، أو شعر مباح، أو بناء، أو خياطة ثوب، أو غير ذلك ممّا له أجرة، يريد بذلك أن لا تكون الإجارة معيّنة بنفس الرجل، بل

تكون في ذمته، يحصلها إما بنفسه أو بغيره، وذلك جائز على ما بيناه، فليلاحظ ذلك.

ولا يجوز نكاح الشغار - بالشين والغين المعجمتين - وهو أن يزوّج الرجل بنته أو أخته لغيره، ويتزوّج بنت المزوّج أو أخته، ولا يكون بينهما سوى تزويج هذا من هذه، وهذه من ذاك^(١)، ويجعلان المهر التزويج فحسب.

ومتى عقد على هذا، كان العقد باطلاً^(٢) بغير خلاف بيننا، لأنه عقد منهي عنه، والنهي مجرّده يقتضي فساد المنهي عنه.

قال بعض محققي اللّغويين: معنى شغر رجله رفعهما، أصله في الكلب إذا رفع رجله للبول، فأما نكاح الشغار بالفتح والكسر: هو أن يزوّج الرجل من هو وليها من بنت أو غيرها رجلاً غيره، على أن يزوجه بنته بغير مهر، وكانت العرب في الجاهلية يقول أحدهم للآخر شاغري: أي زوّجني حتى أزوّجك، وهو من رفع الرجل، لأنّ النكاح فيه معنى الشغر، فسمّي هذا العقد شغاراً ومشاعرة لإفضائه في كلّ واحد من الزوجين إلى معنى الشغر، وصار اسماً لهذا النكاح، كما قيل في الزنا سفاح، لأنّ الزانيين يتسافحان الماء أي يسكبانه، والماء هو النطفة.

ومن الشغر الذي هو رفع الرجل قول زياد لبنت معاوية التي كانت عند

١- قارن النهاية: ٤٦٩.

٢- المصدر السابق نفسه.

ابنه، فافتخرت يوماً عليه وتناولت، فشكاها إلى أبيه زياد، فدخل عليها بالدرة فضرى بها ويقول لها: أَشَغِرْ أَوْ فَخِرْ أ.

ويستحب في النساء تقليل المهور لما روى في ذلك من الآثار.

ويستحب أن لا يتجاوز بالمهر السنة المحمدية ؟ وهو خمسمائة درهم جياذ^(١) وهو اثنتا عشرة أوقية ونش - وهو بالنون المفتوحة والشين المعجمة المشددة - وهو عشرون درهماً، وهو نصف الأوقية من الدراهم، لأن الأوقية من الدراهم عند أهل اللغة أربعون درهماً، فإني سألت ابن العصار^(٢) ببغداد - وهو إمام اللغة في عصره - فأخبرني بذلك، وقال: النش نصف الأوقية، والأوقية من الدراهم أربعون درهماً.

ومتى عقد الرجل على أكثر من ذلك بأضعاف كثيرة لزمه الوفاء به على الكمال^(٣)، على ما قدّمناه فيما مضى.

وروي أنه يستحب للرجل ألا يدخل بامرأته حتى يقدم لها مهرها، فإن لم يفعل قدّم لها شيئاً من ذلك، أو من غيره من الهدية، يستبجح به فرجها، ويجعل

١- المصدر السابق نفسه.

٢- ترجم له الذهبي في العبر ٤: ٢٢٩ ط الكويت، وفي سير أعلام النبلاء ١٥: ٢٦٦ ط دار الفكر وصفه بقوله: كان علامة في اللغة، حجة في العربية، وإليه انتهى علم اللغة، وكان عجباً في اللغة، ثبتاً في النقل... ولد سنة ٥٠٨ ومات ٥٧٦، وترجم له أيضاً الصنفدي في الوافي بالوفيات ١٢:

٣- المصدر السابق نفسه.

الباقى ديناً عليه، هكذا ذكره شيخنا في نهايته^(١).

قال محمد بن إدريس: قوله ﷺ يستبيح به فرجها غير واضح، وإنما الذي يستبيح به الفرج وهو العقد من الإيجاب والقبول، دون ما يقدمه من المال المذكور، فإن تقديمه كتأخيرها بلا خلاف.

ومتى سُمي المهر حال العقد ودخل بها، كان في ذمته، وإن لم يكن سُمي لها مهرأ وأعطاها شيئاً قبل دخوله بها، ثم دخل بها بعد ذلك، لم تستحق عليه شيئاً سوى ما أخذته منه قبل الدخول، سواء كان ذلك قليلاً أو كثيراً، على ما رواه أصحابنا وأجمعوا عليه، فإن دليل هذه المسألة هو الإجماع المتعقد منهم بغير خلاف، وفيه الحجة لا وجه لذلك إلا الإجماع.

فإن لم يعطها شيئاً قبل الدخول بها، ولم يسم مهرأ في حال العقد ثم دخل بها، لزمه مهر المثل، والمعتبر بمهر المثل راجع إلى النساء في الشرف، والجمال، والأحوال، والعادات، والبلدان، والأزمان، والثيوبة، والبركة، ما لم يتجاوز بذلك خمسمائة درهم جياداً^(٢)، فإن كان مهوراً أمثالها أكثر من الخمسمائة وإلى الخمسمائة.

ومتى طلق الرجل امرأته التي قد سُمي لها مهرأ قبل الدخول بها، كان عليه نصف الصداق المسمى، فإن كان قد قدم لها المهر كَمَلًا، رجع عليها بنصف

١- النهاية: ٤٦٩.

٢- قارن النهاية: ٤٧٠ بتفاوت يسير.

ما أعطاها^(١) إذا لم يزد زيادة منفصلة، فإن كان ذلك قد زاد زيادة منفصلة رجع عليها في العين دون النماء، إلا أن يكون العين حاملة وقت التسليم، فإنه يرجع إليه بنصف الجميع الحامل والمحمول معاً، إلا أن يكون قد حمل عندها، فلا يرجع إلا بالعين دون الحمل.

وكذلك إن كان قد زاد ثمنه بنماء متصل، وكان حدوث النماء عندها، فالأولى أن لا يرجع عليها إلا بمثل قيمة العين وقت التسليم، لأن النماء حدث على ملكها دون ملكه، لأن ملكه ما تجدد إلا بعد الطلاق، مثل أن يكون الصداق حملاً فصار كبشاً، أو فصيلاً فصار حملاً كبيراً، أو ما أشبه ذلك.

فأما إن كان الزايد في ثمنه لزيادة السوق، فإنه يرجع في العين بغير خلاف، لأنه لا أثر لهذه الزيادة إلا العين.

فإن وهبت المرأة صداقها المستمى قبل تطليقه لها، ثم طلقها الزوج، فإن له أن يرجع عليها بمثل نصف المهر إن كان له مثل، فإن لم يكن له مثل فله أن يرجع عليها بمثل نصف قيمته، وإن كان المهر ممّا له أجرة، مثل تعليم شيء من القرآن، أو صناعة معروفة، ثم طلقها قبل الدخول بها، رجع عليها بمثل نصف أجرة ذلك على ما جرت به العادة.

ومتى ادّعت المرأة مهرأ على زوجها لم يلتفت إلى دعواها، سواء كان قبل الدخول أو بعده.

وعقد الباب وجملة الأمر: أنَّ الزوجين إذا اختلفا في المهر أو في قدره مثل أن يقول الزوج تزوّجتك بألف، فقالت بل بألفين، أو اختلفا في جنس المهر، فقال: تزوّجتك بألف درهم، فقالت: بل بألف دينار، فالقول قول الزوج في جميع ذلك^(١) سواء كان قبل الدخول أو بعده، لأنّها المدّعية والزوج المنكر، والرسول ﷺ قال: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه».

فإن اختلفا في قبض المهر بعد اتفاقهما عليه، فقال الزوج: قد أقبضتك المهر، وقالت: ما قبضته، فالقول قولها^(٢) في ذلك، عكس ما قلناه في المسألة الأولى، لأنّ الزوج هاهنا مدع للقبض، فعليه البينة وعليها اليمين.

إذا كان مهرها ألفاً وأعطها ألفاً واختلفا، فقالت: قلت لي خذي هذا الألف هدية، أو هبة، أو صدقة، وقال: ما قلتُ ذلك، بل قلتُ خذيها مهرأ، فالقول قول الزوج^(٣) بكلّ حال، لأنّها قد أقرّت له بالتسليم وادّعت الهبة والهدية والصدقة، فتحتاج إلى البينة، وإلا فعلى الزوج اليمين.

ومتى طلق الإنسان زوجته قبل الدخول بها، ولم يكن قد سمّى لها مهرأ كان عليه أن يتمتعها إن كان موسراً، بجارية أو دابة أو عشرة دنانير، على قدر حاله وزمانه وعرفه وعادة أمثاله، وإن كان متوسطاً بخمسة دنانير أو ثوب

١- قارن المبسوط ٤: ٣٠٠.

٢- قارن المبسوط ٤: ٣٠١.

٣- المصدر السابق نفسه.

قيمتة ذلك، وأدنى ذلك ثلاثة دنائير، والإعتبار أيضاً بالعرف والحال، وعادة الأمثال، وإن كان فقيراً فبدون ذلك من الدينار ودونه، ويرجع أيضاً في ذلك إلى حاله وزمانه وعادة أمثاله.

والمعتبر في المتعة التي تستحقها المرأة المطلقة قبل الدخول بها التي لم يسم لها مهر، لأنه لا تستحق المتعة غير من ذكرناها بالأزواج، لأن الله تعالى قال: **﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾**^(١) فالمرجع في ذلك إلى العرف، لأن الخطاب إذا أطلق رجع في تقييده إلى عرف الشرع إن وجد، وإلا رجع إلى عرف العادة إن وجد، وإلا رجع إلى عرف اللغة، فالمقدم عرف الشرع، وهذا الحكم بخلاف مهر المثل، لأن الاعتبار في ذلك بالنساء دون الرجال.

المدخول بها إذا طلقت لا متعة لها بحال، بل يجب لها المسمى إن كان قد سمي، وإن لم يكن سمي المهر، وجب مهر أمثاله من عمتها وخالاتها وأخواتها، سواء كن من عصبات الرجال أو عصبات النساء.

والموضع الذي تجب فيه المتعة، فإنها ثبتت، سواء كان الزوج حراً أو عبداً، والزوجة حرة أو أمة، لأن الآية عامة، وكل فرقة تحصل بين الزوجين، سواء كان من قبله أو من قبلها، أو من قبل أجنبي، أو من قبلها، فلا يجب لها المتعة، إلا المطلقة قبل الدخول بها التي لم يسم لها مهر فحسب.

إذا طلق الرجل زوجته بعد أن خلا بها وقبل أن يطأها، فالذي تقتضيه أصول مذهبنا، والمعتمد عند محصلي أصحابنا أنّ وجود هذه الخلوة وعدمها سواء، وترجع عليه بنصف الصداق إن كان مسمى، أو المتعة إن لم يكن مسمى، ولا عدة عليها.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: ومتى خلا الرجل بامرأته فأرخصى الستر ثم طلقها وجب عليه المهر على ظاهر الحال، وكان على الحاكم أن يحكم بذلك، وإن لم يكن قد دخل بها، إلاّ أنّه لا يحلّ للمرأة أن تأخذ أكثر من نصف المهر ما لم يدخل بها، فإن أمكن الزوج إقامة البيّنة على أنّه لم يدخل بها، مثل أن تكون المرأة بكراً فتوجد على هيئتها، لم يلزمه أكثر من نصف المهر^(١).

وقال شيخنا في خلافه: مسألة، إذا طلقها بعد أن خلا بها وقبل أن يمسيها، اختلف الناس فيها على ثلاثة مذاهب: فذهب طائفة إلى أنّ وجود هذه الخلوة وعدمها سواء، وترجع عليه بنصف الصداق، ولا عدة عليها، وهو الظاهر من روايات أصحابنا^(٢).

وذهب طائفة إلى أنّ الخلوة كالدخول يستقرّ بها المسمى، وتجب عليها العدة، وبه قال قوم من أصحابنا، وروي في ذلك أخبار من طريق أصحابنا^(٣).

١- النهاية: ٤٧١.

٢- الكافي: ٦: ١٠٩، التهذيب: ٧: ٤٦٧، الاستبصار: ٣: ٢٢٩.

٣- الكافي: ٦: ١٠٩، التهذيب: ٧: ٤٦٤، الاستبصار: ٣: ٢٢٧.

«وذهبت طائفة إلى أنها إن كانت خلوة تامة فالقول قول من يدعي الإصابة»، ثم قال في استدلاله على ما اختاره عليه السلام في صدر المسألة: دليلنا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾^(١) ولم يستثن الخلوة، فوجب حملها على عمومها.

قال: ووجه الدلالة من الآية لا يخلو من أن يكون المسيس عبارة عن اللمس باليد أو الخلوة أو الوطء، فبطل أن يراد بها اللمس باليد، لأن ذلك لم يقل به أحد، ولا اعتبره، وبطل أن يراد به الخلوة لأنه لا يعبر به عن الخلوة لا حقيقة ولا مجازاً، ويعبر به عن الجماع بلا خلاف، فوجب حمله عليه، على أنه اجتمعت الصحابة على أن المراد باللمس في الآية الجماع، روي ذلك عن ابن مسعود وابن عباس^(٢)، وروي عن عمر أنه قال: إذا أغلق الباب وأرخي الستر فقد وجب المهر، ما ذنبهن إن جاء العجز من قبلكم، ومعلوم أن العجز من الزوج، ولا يكون عن الخلوة، ولا عن اللمس باليد، ثبت أنه أراد به الإصابة.

وأيضاً قال تعالى في آية العدة: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ﴾^(٣) ولم يفصل، وأيضاً روايات أصحابنا قد ذكرناها في ذلك في الكتاب المذكور، وبيّنّا الوجه فيها بخالفها أيضاً والأصل براءة الذمة، فمن

١- البقرة: ٢٣٧.

٢- تفسير الطبري ٥: ٦٥.

٣- الأحزاب: ٤٩.

أوجب جميع المهر على الرجل، أو العدة على المرأة بالخلوة، فعليه الدلالة^(١). هذا آخر كلام شيخنا في مسائل خلافه.

والذي ذهب إليه عليه السلام في مسائل الخلاف هو الصحيح، للأدلة التي استدلت بها، فإنها أدلة مرضية لا اعتراض عليها، وما ذكره في نهايته أورده إيراداً لا اعتقاداً، من طريق أخبار الآحاد، لا ترك بها الأدلة القاطعة للأعذار.

ومتى مات أحد الزوجين قبل الدخول استقرّ المهر جميعه، لأنّ الموت عند محصلي أصحابنا يجري مجرى الدخول في استقرار المهر جميعه، وهو اختيار شيخنا المفيد في أحكام النساء^(٢) وهو الصحيح، لأنّنا قد بينّا بغير خلاف بيننا، أنّ بالعقد تستحق المرأة جميع المهر المسمّى، ويسقط الطلاق قبل الدخول نصفه، فالطلاق غير حاصل إذا مات، فبقينا على ما كنّا عليه من استحقاقه، فمن ادّعى سقوط شيء منه يحتاج إلى دليل، ولا دليل على ذلك من إجماع، لأنّ أصحابنا يختلفون في ذلك، ولا من كتاب الله تعالى، ولا تواتر أخبار، ولا دليل عقل، بل الكتاب قاضٍ بما قلناه، والعقل حاكم بما اخترناه.

وقال شيخنا في نهايته: ومتى مات الرجل عن زوجته قبل الدخول بها وجب على ورثته أن يعطوا المرأة المهر كاملاً، ويستحب لها أن تترك نصف المهر، فإن لم تفعل كان لها المهر كلّّه^(٣).

١- الخلاف ٢: ٢٠٣ - ٢٠٤، وما بين القوسين من المصدر.

٢- لم تحصل بيدي نسخة منه للمراجعة فعلاً.

٣- النهاية: ٤٧١.

وإن ماتت المرأة قبل الدخول بها، كان لأوليائها نصف المهر^(١)، وإن ماتت المرأة بعد الدخول بها، ولم تكن قبضت المهر على الوفاء، ولا طالبت به مدة حياتها، فإنه يكره لأوليائها المطالبة بعدها، فإن طالبوا به كان لهم ذلك، ولم يكن محظوراً^(٢).

وهذه أخبار آحاد أوردها رحمته في نهايته إيراداً لا اعتقاداً، فلا يرجع عن الأدلة القاهرة اللانحة، والبراهين الواضحة بأخبار الآحاد، التي لا توجب علماً ولا عملاً^(٣).

ومتى تزوج الرجل امرأة على كتاب الله وسنة نبيه، ولم يسم مهراً، كان مهرها خمسمائة درهم لا غير^(٤).

فإن تزوج الرجل امرأة على حكمها، فحكمت بدرهم فما فوقه إلى خمسمائة درهم، كان حكمها ماضياً، فإن حكمت بأكثر من ذلك ردت إلى الخمسمائة درهم^(٥) لأنه حكمها فلا تتعدى السنة، وهذا إجماع من أصحابنا.

وإن تزوجها على حكمه، فبأي شيء حكم به كان له، قليلاً كان أو

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- ناقش العلامة الحلي في المختلف ٣: ٩٦ المصنف ورد عليه دعوى الإجماع وأن خبر الواحد لا يوجب العمل، وأنصفه أخيراً بقوله: وقول ابن إدريس قوي.

٤- قارن النهاية: ٤٧٢.

٥- المصدر السابق نفسه.

كثيراً^(١).

فإن طلقها قبل الدخول بها وكان قد تزوجها على حكمها، كان لها نصف ما تحكم به إلى خمسمائة درهم.

وإن كان قد تزوجها على حكمه، كان لها نصف ما يحكم الرجل به قليلاً كان أو كثيراً^(٢).

وقد روي أنه إذا مات الرجل أو ماتت المرأة قبل أن يحكما في ذلك بشيء، لم يكن لها مهر وكان لها المتعة^(٣)، وهذه رواية شاذة أوردها شيخنا في نهايته إيراداً لا اعتقاداً، والصحيح ما ذهب إليه في مسائل الخلاف: أن المتعة لا تستحقها إلا المطلقة قبل الدخول بها التي لم يسم لها مهر فحسب، دون جميع المفارقات بفسخ أو طلاق أو غير ذلك.

وأيضاً فلا خلاف في ذلك وإلحاق غير المطلقة المذكورة بها قياساً، ونحن لا نقول به بغير خلاف بيننا، لأن ذلك حكم شرعي يحتاج في إثباته إلى دليل شرعي، والإجماع فغير منعقد على ذلك، ولا به سنة متواترة ولا كتاب الله تعالى، والأصل براءة الدمة، والأولى القول بأنه لا يلزم الزوج شيء بعد موت المرأة، إذا كان قد تزوجها على حكمها، وإن كان قد تزوجها على حكمه لزمه جميع ما يحكم به، فيرثه هو وورثتها على كتاب الله تعالى.

١- قارن النهاية: ٤٧٢.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- النهاية: ٤٧٢.

ومتى عقد الرجل على مهر معلوم، وأعطاهما بذلك عبداً أبقاً وشيئاً آخر معه على جملة البيع أو الصلح، ورضيت به ثم طلقها قبل الدخول بها، رجع عليها بنصف المهر المسمى، دون المبيع الذي هو العبد الأبق والشيء الآخر، لأن المهر هو الثمن دون المثلث فوجه الفقه في ذلك ما ذكرناه.

وإن لم يجعل في مقابلة المهر سوى العبد الأبق كان ذلك غير صحيح، لأن بيع العبد الأبق منفرداً غير صحيح عند أصحابنا، وكان لها في هذه الحال أن ترجع على زوجها بنصف المهر المسمى^(١).

وقد روي: أن الإنسان إذا عقد على دار ولم يعينها، أو خادم ولم يذكره بعينه ولا وصفه، كان للمرأة دار وسط من الدور، وخادم وسط من الخدم^(٢).

وقد روي أيضاً: أنه إذا عقد لها على جارية له مدبرة ورضيت المرأة بذلك، ثم طلقها قبل الدخول بها، كان لها يوم من خدمتها وله يوم، فإذا مات المدبر صارت حرة ولم يكن لها عليها سبيل، وإن ماتت المدبرة وكان لها مال، كان نصفه للرجل ونصفه للمرأة، أورد ذلك شيخنا في نهايته^(٣) من طريق أخبار الأحاد.

والذي تقتضيه أصول مذهبنا أن يقال في هذه الرواية: أن العقد على

١- قارن النهاية: ٤٧٢.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- النهاية: ٤٧٣.

المُدَبِّرَة صحيح، ونخرج من كونها مُدَبِّرَة، وتستحقها المرأة لأن التدبير بغير خلاف بيننا بمنزلة الوصية، بل هو وصية حقيقة، ومن أوصى لرجل ببعض من أملاكه ثم أخرج من ملكه قبل موته، فلا خلاف أن الوصية تبطل بذلك الشيء عند إخراجها من ملكه، والمُدَبِّرَة قد أخرجها بجعلها مهراً عن ملكه.

ومما يضعف هذه الرواية قوله^(١): وإذا مات المدبر صارت حرّة، وأطلق ذلك، وإنما تصير حرّة إذا أخرجت من الثلث بغير خلاف، ويزيد الرواية ضعفاً آخر قوله: وإن ماتت المدبرة وكان لها مال كان نصفه للرجل ونصفه للمرأة، ولا خلاف بيننا وعند المحصلين من أصحابنا أن العبد والمدبر لا يملكان شيئاً بحال، فأبى مال للمدبر مع قوله تعالى: ﴿عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾^(٢) فنفى تعالى قدرته على شيء، ومن حمله على ذلك المال، ولا خلاف أن المدبر عبد، اللهم إلا أن يكون التدبير المذكور واجباً على وجه النذر ولا رجوع للمدبر فيه، فحينئذ يصح ما قاله شيخنا^(٣).

وإذا عقد الرجل على امرأة وسمى لها مهراً، ولأبيها شيئاً، لم يلزمه ما سماه لأبيها^(٤).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- النحل: ٧٥.

٣- قال العلامة الحلي في المختلف ٣: ٩٧ وتأويل ابن إدريس بالنذر ليس بجيد لبطلان جعلها مهراً حينئذ، نعم لو أصدقها المدبرة وشرط إبقاء التدبير فالوجه ما قاله الشيخ^(٤).

٤- قارن النهاية: ٤٧٣.

وإذا عقد الرجل على امرأة، وشرط لها في الحال شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة، كان العقد صحيحاً والشرط باطلاً، مثل إن شرط لها أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى ولا يتزوج بعد موتها وما أشبه ذلك^(١).

وقد روي: أنه إن شرطت عليه في حال العقد أن لا يفتضها لم يكن له افتضاؤها، فإن أذنت له بعد ذلك في الافتضاض جاز له ذلك، أورد هذا شيخنا أبو جعفر في نهايته^(٢) ايراداً لا اعتقاداً، إلا أنه رجع عنه في مبسوطه.

وقال: ينبغي أن يخص هذه الرواية بالنكاح المؤجل، دون النكاح الدائم، لأن المقصود من ذلك الافتضاض^(٣)، والذي تقتضيه أصول المذهب أن الشرط باطل، لأنه مخالف لموضوع الكتاب والسنة، لأن الأصل براءة الذمة من لزوم هذا الشرط، والإجماع فغير منعقد عليه، بل ما يورد ذلك إلا في شواذ الأخبار.

وإن شرط ألا نفقة لها لزمته النفقة مع التمكن من الاستمتاع، إذا كان النكاح دائماً، وإن كان النكاح مؤجلاً فالشرط صحيح، لأنه تأكيد لموضوع هذا العقد. ومتى عقد الرجل وسمى المهر إلى أجل معلوم إن جاء به، وإلا لكان العقد باطلاً، ثبت العقد، وكان المهر في ذمته وإن تأخر عن الوقت المذكور^(٤).

وروي: أنه متى شرط الرجل لامرأته في حال العقد أن لا يخرجها من

١- المصدر السابق نفسه.

٢- النهاية: ٤٧٤.

٣- المبسوط ٤: ٣٠٣ - ٣٠٤.

٤- قارن النهاية: ٤٧٤.

بلدها، لم يكن له أن يخرجها إلا برضاها، فإن شرط عليها أنه إن أخرجها إلى بلده كان عليه المهر مائة دينار، وإن لم يخرجها كان مهرها خمسين ديناراً، فمتى أراد إخراجها إلى بلد الشرك فلا شرط له عليها ولزمه المهر كمالاً، وليس عليها الخروج معه، وإن أراد إخراجها إلى بلاد الإسلام كان له ما اشترط عليها.

وهذه رواية شاذة، لأنها مخالفة لما يقتضيه أصول المذهب، لأنها يجب عليها مطاوعة زوجها، والخروج معه إلى حيث شاء، فإن لم تجبه إلى ذلك كانت عاصية لله، وسقطت عنه نفقتها، وإن كان قد ذكرها وأوردها شيخنا أبو جعفر في نهايته^(١) فقد رجع عنها في مسائل خلافه.

فقال: مسألة، إذا أصدقها ألفاً وشرط لها أن لا يسافر بها، أو لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى عليها، كان النكاح والصداق صحيحاً، والشرط باطلاً، وقال الشافعي: المهر فاسد، ويجب مهر المثل، فأما النكاح فصحيح، دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم.

وأيضاً روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» ولم يقل الصداق باطل^(٢).

١- النهاية: ٤٧٤.

٢- الخلاف ٢: ١٩٩. والحديث في صحيح البخاري ٣: ١٩٢ باب الشروط في الولاة، وفي مختصر إتحاف السادة المهرة بزوائد المسانيد العشرة ٧: ١٦٨ برقم ٥٦٧١، وقال: أصله في الصحيحين وغيرهما.

هذا آخر كلامه ﷺ وهو الصحيح، وإنما أورد ما أورده في نهايته إيراداً لا اعتقاداً. وروي: أنه لا يجوز للمرأة أن تبرئ زوجها من صداقها في حال مرضها إذا لم تملك غيره، فإن أبرأته سقط عن الزوج ثلث المهر، وكان الباقي لورثتها. أورد هذه الرواية شيخنا في نهايته^(١) إيراداً لا اعتقاداً، كما أورد أمثالها مما لا يعمل هو به، ورجع عنه، لأنها مخالفة للأدلة، لأن الإنسان العاقل الغير مولى عليه مسلط على التصرف في ماله، يتصرف فيه كيف شاء، والصحيح أنها إذا أبرأته من مهرها سقط جميعه وصح الإبراء، لأن هذا جميعه ليس بوصية، وإنما هو منجز قبل الموت، والوصية بعد الموت، وإنما هذه الرواية على مذهب من قال من أصحابنا: إن العطاء في المرض وإن كان منجزاً يخرج من الثلث مثل العطاء بعد الموت، والصحيح من المذهب أن العطاء المنجز في حال مرض الموت يخرج من أصل المال لا من الثلث، لأنه قد أبانها من ماله وتسلمها المعطى له، وخرجت من ملك المعطى، لأنه لا خلاف أن له أن ينفق جميع ماله في حال مرضه، فلو كان ما قاله بعض أصحابنا صحيحاً لما جاز ذلك، ولما كان يصح منه النفقة بحال^(٢).

ومتى تزوج الرجل بامرأة على أنها بكر فوجدها ثيباً فقد روي: أنه يجوز له

١- النهاية: ٤٧٥.

٢- قال العلامة الحلي في المختلف ٣: ٩٨ والمعتمد اختيار الشيخ لما قدمناه، وما رواه الجلبي في الصحيح قال: سئل أبو عبد الله ﷺ عن امرأة تبرئ زوجها صداقها في مرضها قال: لا.

أن ينقص من مهرها شيئاً^(١)، والصحيح أنه ينقص من المسمى مقدار مثل ما بين مهر البكر إلى مهر الثيب، وذلك يختلف باختلاف الجمال والسن والشرف، وغير ذلك، فلأجل هذا قيل ينقص من مهرها شيء منكّر غير معرّف.

والذمي متى عقد على امرأة بما لا يحلّ للمسلمين تملكه من خمر أو خنزير أو غير ذلك من المحظورات، ثم أسلمها قبل تسليم المهر إليها، لم يجز له أن يسلم إليها ما فرضه لها ومهرها إياه من المحظورات، كان عليه قيمته عند مستحلّيه^(٢).

وللمرأة أن تمتنع من زوجها حتى تقبض منه المهر، إذا كان غير مؤجل، والزوج موسراً به، قادراً على أدائه، وطالبته به قبل الدخول بها، فإذا قبضته لم يكن لها الإمتناع بعد ذلك، فإن امتنعت بعد استيفاء مهرها كانت ناشزاً، ولم يكن لها عليه نفقة ولا سكنى ولا كسوة، فأما إذا دخل بها فلها المطالبة بالمهر، وليس لها الامتناع حتى تقبضه، وشيخنا أبو جعفر في نهايته^(٣) أطلق ذلك إطلاقاً، ولم يفرّق بين قبل الدخول أو بعده، والصحيح ما ذكرناه، لأنّ الإجماع منعقد على ذلك، وهو مذهب السيّد المرتضى في انتصاره^(٤)، وشيخنا أبو جعفر محجوج بقوله في مسائل خلافه، فإنّه رجع عمّا ذكره وأطلقه في نهايته.

فقال: مسألة، إذا سمى الصداق ودخل بها قبل أن يعطيها شيئاً لم يكن لها

١- قارن النهاية: ٤٧٥.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- النهاية: ٤٧٥.

٤- الانتصار: ١٢٢.

بعد ذلك الامتناع من تسليم نفسها حتى تستوفي، بل لها المطالبة بالمهر، ويجب عليها تسليم نفسه، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لها أن تمتنع حتى تقبض المهر، لأن المهر في مقابلة كل وطء في النكاح.

دليلنا إن البضع حقه، واستحققه، والمهر حق عليه، وليس إذا كان عليه حق جاز أن يمنع حقه، لأن جواز ذلك محتاج إلى دليل^(١). هذا آخر كلامه ﷺ.

وإن لم يقم الرجل بنفقة زوجته وكسوتها وسكنائها، وكان متمكناً من ذلك ألزمه الإمام الثقة والقيام بجميع ذلك، أو الطلاق، فإن لم يكن متمكناً، أنظر حتى يوسع الله عليه^(٢) على الأظهر من أقوال أصحابنا، وقال بعضهم: بينها الحاكم منه، والأول هو المذهب، لأن الله تعالى قال: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾^(٣) وذلك عام في جميع الأشياء والأحكام.

وإذا أصدقها تعليم سورة، فلا بد أن يعينها، وكذلك الآية لا بد من تعيينها، فإن لم يعين السورة والآية، كان لها مهر المثل بعد الدخول، فإذا ثبت وجوب تعيين السورة والآية فلقنها فلم تحفظ منه، أو حفظتها من غيره، فالحكم واحد.

وكذلك إن أصدقها عبداً فهلك قبل القبض، فالكل واحد، فإن لها عندنا

١- الخلاف ٢: ٢٠٢.

٢- قارن النهاية: ٤٧٥.

٣- البقرة: ٢٨٠.

بدل الصداق، وهو أجرة مثل تعليم السورة وقيمة العبد^(١)، لأنه إذا أصدقها ملكته بالعقد، وكان من ضمان الزوج إن تلف قبل القبض، ومن ضمانها إن تلف بعد القبض، فإن دخل بها استقر، وإن طلقها قبل الدخول رجع بنصف العين، دون نياتها إن كان لها نهاء.

وإذا قال: أصدقته هذا الخل فبان خمرًا، كان لها قيمتها عند مستحلها، هكذا ذكره شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه^(٢).

والذي يقوى في نفسي: أنه يجب عليه مثل الخل، لأن الخل له مثل، فمن نقله إلى قيمة الخمر يحتاج إلى دليل، ولا يجب لها أيضاً مهر المثل على ما يذهب الشافعي إليه، لأنه عقد على مهر مسمى مما يحل للمسلمين تملكه وهو الخل.

إذا تزوجها في السر بمهر ذكره وعقدا عليه، ثم بعد ذلك عقدا في العلانية بخلافه، فالمهر هو الأول^(٣).

المفوضة إذا طلقها زوجها قبل الفرض وقبل الدخول بها، فلا مهر لها، لكن يجب لها المتعة^(٤) على ما قدمناه.

مفوضة البضع إذا فرض لها المهر بعد العقد، كان كالمسمى بالعقد، تملك

١- قارن الخلاف ٢: ١٩٠.

٢- الخلاف ٢: ١٩٢.

٣- قارن الخلاف ٢: ١٩٢.

٤- قارن الخلاف ٢: ١٩٣.

المطالبة به، فإن دخل بها أو مات استقرّ ذلك، وإن طلقها قبل الدخول سقط نصفه ولها نصفه، ولا متعة عليه^(١). فإن مات أحدهما قبل الفرض وقبل الدخول، فلا مهر لها ولا متعة، لأن الأصل براءة الذمة، وشغلها بذلك يحتاج إلى دليل^(٢)، وعندنا لا يجب بالعقد مهر المثل إلا بالدخول^(٣).

مفوضة المهر وهو أن يذكر مهراً ولا يذكر مبلغه، فيقول: تزوّجتك على أن يكون المهر ما شئنا أو شاء أحدنا، فإذا تزوّجها على ذلك، فإن قال: على أن يكون المهر ما شئتُ أنا، فإنه مهما يحكم به وجب عليها الرضا به، قليلاً كان أو كثيراً، وإن قال: على أن يكون المهر ما شئت أنت، فإنه يلزمه أن يعطيها ما تحكم المرأة به ما لم تتجاوز به خمسمائة درهم^(٤) على ما قدّمنا القول في معناه، لأن إجماعنا منعقد على ذلك، وأخبارنا متواترة به.

وإذا دخل بمفوضة المهر استقرّ ما يحكم به واحد منهما على ما فصلناه، وإن طلقها قبل الدخول بها وجب نصف ما يحكم به واحد منهما^(٥).

إذا تزوّج امرأة ودخل بها، ثم خالعهما فلزوجهما المخالعة نكاحها في عدتها، فإن فعل وأمهرها مهراً، فإن دخل بها في العقد الثاني استقرّ الصداق الثاني، وإن

١- قارن الخلاف ٢: ١٩٤.

٢- قارن الخلاف ٢: ١٩٥.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- قارن الخلاف ٢: ١٩٦.

٥- المصدر السابق نفسه.

طلّقها قبل الدخول ثبت نصف المهر وسقط نصفه^(١).

إذا أصدقها صداقاً ثمّ وهبته له، ثمّ طلّقها قبل الدخول فإنّه يرجع عليها بنصفه، وكذلك إذا أصدقها عبداً فوهبت له نصفه، ثمّ طلّقها قبل الدخول بها، فإنّه يرجع عليها بنصف العبد الذي وهبته له^(٢).

إذا أصدقها ألفاً ثمّ خالعهما على خمسمائة منها قبل الدخول بها، فإنّه يسقط عنه جميع المهر^(٣).

إذا تزوّج الإنسان أمة من سيدها ولم يسمّ لها مهرأ، فاشتراها من سيدها، انفسخ النكاح، ولا متعة لها عندنا^(٤).

إذا أصدقها إنائين فانكسر أحدهما، ثمّ طلّقها قبل الدخول بها، كان لها نصف الموجود ونصف قيمة التالف^(٥).

إذا أصدقها صداقاً فأصابته به عيباً، كان لها ردّه بالعيب، سواء كان العيب يسيراً أو كثيراً^(٦) بغير خلاف بين أصحابنا.

ولا يجب بمجرد العقد مهر المثل، وأتيمها مات قبل الفرض وقبل الدخول، لا مهر لها بغير خلاف بين أصحابنا، وإن كان قد اختلف فقهاء العامة فيها

١- قارن الخلاف ٢: ١٩٩.

٢- قارن الخلاف ٢: ٢٠١.

٣- قارن الخلاف ٢: ٢٠٢.

٤- قارن الخلاف ٢: ٢٠٦.

٥- المصدر السابق نفسه.

٦- المصدر السابق نفسه.

والصحابه، وقال بما قلناه عليّ عليه السلام وعبد الله بن عباس رضي الله عنه وزيد بن ثابت
والزهري وربيعه^(١) ومالك والأوزاعي^(٢)، وخالف فيه من الصحابة عبد الله
ابن مسعود واستدلّ بقول ناس من أشجع في قصة بروع بنت واشق، على ما
أورده شيخنا في مسائل خلافه^(٣).

قال محمد بن إدريس: بروع بالباء المفتوحة المنقطة نقطة واحدة من تحتها،
والراء غير المعجمة المسكنة والواو، والعين غير المعجمة، وأصحاب الحديث
يكسرون الباء من بروع، والصواب فتحها، ذكر ذلك الجوهر في كتاب
الصحيح^(٤) وحققه.



١- هو ربيعة بن أبي عبد الرحمن، مولى التميميين المدني، واسم أبيه فروخ، ويعرف بريعة الرأي، لاقه
كان يقول به، ذكر البخاري في تاريخه ٣: ٢٨٦ أنه كان يقول لابن شهاب: إنّ حالتي ليس تشبه
حالك، أنا أقول برأيي من شاء أخذه، وأنت تحدث عن النبي ﷺ فتحفظ....

٢- الاوزاعي هو عبد الرحمن بن عمرو بن محمد، ولد ببعلبك سنة ٨٨ هـ وتوفي ببغداد سنة
١٥٧ هـ، فقيه اشتهر بالزهد والانقطاع إلى العلم. عن القاموس الاسلامي ١: ٢١٦.

٣- الخلاف ٢: ١٩٥.

٤- الصحيح: ١١٨٤. وبروع بنت واشق الرواسية الكلابية والأشجعية زوج هلال بن مرة، لها ذكر
في الصداق من حديث معقل الأشجعي نخرج في السنن، وأكثر النسائي من تحريج طرده وبيان
الاختلاف من رواته، ورواه أحمد من طريق زائدة وغيره رواه بطريق آخر. الإصابة ٤: ٢٤٤
والاستيعاب بهامش الإصابة ٤: ط مصطفى محمد.

باب العقد على الإمام والعبيد وما في ذلك من الأحكام

متى أراد الإنسان العقد على أمة غيره فلا يعقد عليها إلا بإذن مولاهما، سواء كان المولى رجلاً أو امرأة، وسواء كان العقد دائماً أو مؤجلاً، على الصحيح من المذهب، لقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾^(١).

وشيخنا أبو جعفر في نهايته قال: يجوز له أن يعقد على أمة المرأة عقد المتعة من غير استئذان^(٢) معتمداً على خبر رواه سيف بن عميرة، إلا أنه رجع شيخنا في جواب المسائل الحائريات لما ذكره في نهايته، واعتمد على الآية، وهذا هو الصحيح الحق اليقين، لأنه لا يجوز العدول عن كتاب الله تعالى بأخبار الآحاد، وأيضاً فالتصرّف في ملك الغير قبيح عقلاً وسمعاً إلا بإذنه.

ومتى عقد بإذن المولى وجب عليه أن يعطيه المهر، قليلاً كان أو كثيراً، فإن رزق منها أولاداً كانوا أحراراً لاحقين به، لا سبيل لأحد عليهم^(٣) لأنّ عندنا يلحق الولد بالحرية، من أيّ الزوجين كانت، مع تعرّي العقد من الإشتراط لرقّ

١- النساء: ٢٥.

٢- النهاية: ٤٩٠.

٣- قارن النهاية: ٤٧٦.

الولد، فإن اشترط المولى استرقاق الولد، كانوا أرقاء لا سبيل لأبيهم عليهم^(١). ولا يبطل هذا العقد إلا بطلاق الزوج لها، وبيع مولاها لها، أو عتقها^(٢) سواء عتقت تحت حر أو عبد، على الصحيح من المذهب. وقال بعض أصحابنا: إن عتقت تحت عبد، كان لها الخيار، وإن عتقت تحت حر، لم يكن لها الخيار، والأول هو الأظهر من الأقوال، لأن هذا تخصيص من غير دليل.

فإن باعها السيد كان الذي اشتراها بالخيار بين إقرار العقد وفسخه، فإن أقر العبد لم يكن له بعد ذلك خيار، وكذلك إن أعتقها مولاها، كانت مخيرة بين الرضا بالعقد وبين فسخه، فإن رضيت بعد العتق بالعقد، لم يكن لها خيار بعد ذلك^(٣).

ومتى عقد على أمة غيره بغير إذنه، كان العقد موقوفاً على رضاه، فإن رضي المولى بذلك كان العقد ماضياً، فإن لم يرض انفسخ العقد.

وقال شيخنا في نهايته: ومتى عقد على أمة غيره بغير إذن مولاها كان العقد باطلاً، فإن رضي المولى بذلك العقد كان رضاه به كالعقد المستأنف، يستباح به الفرج^(٤)، وهذا بناء منه عليه السلام على مذهب له، في أن العقد في النكاح

١- قارن النهاية: ٤٧٦.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- النهاية: ٤٧٦.

لا يقف على الإجازة، وقد بيّنّا فساد ذلك فيما مضى.

والذي ينبغي تحصيله في ذلك، أن يكون العقد باطلاً، وإلى هذا ذهب إمامنا، فإذا قال: إنه باطل فسواء رضي المولى بذلك أو لم يرض، ولا يكون رضاه كالعقد المستأنف، لأنه عقد منهى عنه، والنهي يدلّ على فساد المنهي عنه، على مذهب من قال بالاجازة، وعلى قول من لم يقل بذلك.

فإن عقد عليها بغير إذن مولاهما عالماً بذلك، كان أولاده رقاً لمولاهما، لا سبيل له عليهم^(١)، ويجب عليه المهر إن اعتقد تحليل ذلك، واشتبه عليه الأمر فيه، ولا حدّ عليه لاشتباه الأمر فيه، ولقوله عليه السلام: «أدروا الحدود بالشبهات».

وإن عقد عليها على ظاهر الأمر بشهادة شاهدين لها بالحرية، ورزق منها أولاداً، كانوا أحراراً^(٢) ويجب على الشاهدين ضمان المهر، إن كان الزوج سلّمه إليها، وقيمة الأولاد يوم وضعهم أحياء، لأنّ شهود الزور يضمنون ما يتلفون بشهادتهم، بغير خلاف بيننا، بل الإجماع منعقد على ذلك.

وإن عقد عليها على ظاهر الحال، ولم تقم عنده بيّنة بحرّيتها، ثمّ تبين أنّها كانت رقاً، كان أولادها رقاً لمولاهما، ويجب عليه أن يعطيهم إياهم بالقيمة، وعلى الأب أن يعطيهم قيمتهم، فإن لم يكن له مال استسعى في قيمتهم، على ما روي في الأخبار، وأورده شيخنا في نهايته^(٣).

١- قارن النهاية: ٤٧٦.

٢- قارن النهاية: ٤٧٧.

٣- النهاية: ٤٧٧.

فإن أبى ذلك كان على الإمام أن يعطي مولى الجارية قيمتهم من سهم الرقاب^(١) من الزكاة، فإن لم يكن الإمام ظاهراً، جاز أن يشتروا من سهم الرقاب، ولا يسترق ولد حر^(٢) بدين الوالد.

وإن كان قد أعطاها مهرأ فلا سبيل له عليها، ووجب عليه المهر لمولاها، وكان له أن يرجع على وليها بالمهر كله^(٣).

وقد روي: أن عليه لمولى الجارية عشر قيمتها إن كانت بكرأ، وإن لم تكن بكرأ فنصف عشر قيمتها، أورد ذلك شيخنا أبو جعفر في نهايته^(٤) إيراداً لا اعتقاداً، من طريق أخبار الأحاد، التي لا توجب علماً ولا عملاً.

والذي تقتضيه أصول المذهب: أن الإمام لا يعطي مولى الجارية قيمتهم من سهم الرقاب، ولا يجوز أن يشتروا من سهم الرقاب من الزكاة، لأن ذلك السهم مخصوص بالعبيد والمكاتبين، وهؤلاء غير عبيد ولا مكاتبين، بل هم أحرار في الأصل، انعقدوا كذلك ما مسهم رق أبداً، لأنه قال ﷺ: ولا يسترق ولد حرّ، فوصفه بأنه حرّ، فكيف يشتري الحرّ من سهم الرقاب؟ وإثنا اثناهم في ذمة أبيهم، لأن من حقهم أن يكونوا رقاً لمولى أمهم، فلما حال بينه وبينهم

١- قارن النهاية: ٤٧٧.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- النهاية: ٤٧٧.

بالحرية، وجب عليه قيمتهم يوم وضعهم أحياء، وهو وقت الحيلولة، فليلاحظ ذلك ويتأمل.

إذا عقد الرجل على امرأة يظن أنها حرة، وإذا الذي عقد له عليها كان قد دلسها وكانت أمته، كان له الرجوع عليه بمهرها - إن كان قد أقبضه - فإن رزق منها أولاداً كانوا أحراراً^(١)، والحرّة لا يجوز لها أن تتزوج بمملوك إلا بإذن مولاه، فإن تزوّجت به بإذن مولاه فرزق منها أولاداً كانوا أحراراً^(٢)، على ما قدّمناه، من أن الولد يلحق بالحرّة من أيّ الطرفين كان أحد الزوجين، بغير اختلاف بين أصحابنا، والمخالف يلحقه من طرف واحد.

اللهمّ إلا أن يشترط مولى العبد استرقاق الولد - فيكون الولد رقاً مع الاشتراط، ومع تعري العقد من الشرط يكون الولد حراً - وكان الطلاق بيد الزوج دون مولاه - والمهر على المولى وكذلك النفقة، لأنّه أذن في شيء فيلزمه توابعه - فإن طلقها الزوج كان طلاقه واقعاً، فإن لم يطلق كان العقد ثابتاً إلا أن يبيعه مولاه^(٣).

فإن باعه كان الذي يشتريه بالخيار بين الإقرار على العقد، وبين فسخه، فإن أقرّ العقد لم يكن له بعد ذلك اختيار، هكذا أورد شيخنا في

١- قارن النهاية: ٤٧٧.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه. وما بين الخططين زيادة من المؤلف.

نهایتہ^(١)، وأورده إيراداً من جهة أخبار الأحاد، فقد روي رواية شاذة بذلك.
والذي تقتضيه الأدلة^(٢) أن العقد ثابت، ولم يكن للمشتري الخيار، لأنّ
قياسه على بيع الأمة باطل، لأنّ القياس باطل.
وقد رجع شيخنا في مبسوطه فقال: وإن كان للعبد زوجة فباعه مولاه،
فالنكاح باق بالإجماع^(٣)، هذا آخر كلامه.
والعقد صحيح، فمن أبطله يحتاج إلى دليل.
وإن عتق العبد لم يكن للحرّة اختيار، لأنّها رضيت به وهو عبد، فإذا صار
حرّاً كانت أولى بالرضا به^(٤).

١- النهاية: ٤٧٧.

٢- علّق المنجم الشيرازي في المقام بقوله: الأدلة التي يتمسك بها المؤلف ليست إلا أن ثبوت الخيار على
خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين. أقول: لا فرق بين أن يكون الزوجة حرّة أو أمة،
لأنّ تجرّد ملك المشتري إمّا أن يقتضي ثبوت الخيار له أولاً، وأمّا ما كان لم يفرّق بين مشتري العبد
والأمة لاشتراكهما في المقتضي على تقدير الاقتضاء، وعدمه على تقدير العدم، فإذا ثبت الخيار
للمشتري إذا اشترى الأمة وتعلّق بها حق الزوج الحر ثبت له الخيار بطريق أولى إذا اشترى العبد
وتحت حرّة، ولأنّ الضرر المتوقع في تجرّد الملك مع كون الزوجة أمة ثابت إذا كانت حرّة،
والإجماع إن ثبت يثبت في صورتين معاً، لعدم القائل بالفرق، وإلحاقه بالأمة ليس بقياس لوجود
النص، ولو فرضنا فقد النص في هذا الباب لأمكن استفادة مساواة العبد للأمة في ذلك من أنّ
الشارع لم يفرّق بينهما في مثل هذه الأحكام كما لم يفرّق في التقويم وغيره، وقول الشيخ في المبسوط
ليس رجوعاً عمّا قاله في النهاية، لأنّ بقاء النكاح لا ينافي الخيار للمشتري.

٣- المبسوط ٤: ٢٥٧.

٤- قارن النهاية: ٤٧٧.

فإن عقد العبد على حرّة بغير إذن مولاه، كان العقد موقوفاً على رضى مولاه، فإن أمضاه كان ماضياً، ولم يكن له بعد ذلك فسخه، إلا أن يطلق العبد أو يبيع هو عبده^(١)، وقد قلنا ما عندنا في ذلك، ولولا الإجماع من أصحابنا على الجارية وأن يبيعها يكون المشتري مخيراً لما قلنا به، ولم يوافقنا عليه أحد سوى ابن عباس، فكيف يلحق العبد بغير دليل، وهل هذا إلا محض القياس، ولم يذهب أحد من مصنفى أصحابنا إلى ذلك، سوى الرواية التي أوردناها شيخنا في نهايته إيراداً لا اعتقاداً وعاد عنها في مبسوطه، على ما حكيناه عنه.

فإنه قال: وإن كان للعبد زوجة فباعه مولاه، فالنكاح باقٍ بالإجماع، فليلاحظ ذلك ويتأمل.

فإن طلق العبد كان طلاقه واقعاً، وليس لمولاه عليه اختيار، فإن فسخه كان مفسوخاً، وإن رزق منها أولاداً وكانت عالة بأن مولاه لم يأذن له في التزويج، كان أولاده رقاً لمولى العبد - ولا صداق لها على السيد ولا نفقة - وإن لم تكن عالة بآته عبد كان أولادها أحراراً لا سبيل لمولى العبد عليهم^(٢).

والأمة إذا تزوّجت بغير إذن مولاهابعد، كان أولادها رقاً لمولاهابعد إذا كان العبد مأذوناً له في التزويج، فإن لم يكن مأذوناً له في ذلك كان الأولاد رقاً لمولى العبد ومولى الأمة بينهما بالسوية^(٣).

١- قارن النهاية: ٤٧٨.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

وإذا زوّج الرجل جاريته عبده، فعليه أن يعطيها شيئاً من ماله مهرأ لها، وكان الفراق بينهما بيده، وليس للزوج طلاق على حال، فمتى شاء المولى أن يفرّق بينهما أمره باعتزالها وأمرها باعتزاله، ويقول: قد فرّقت بينكما، وإن كان قد وطئها العبد استبرأها بحيضة إن كانت مستقيمة الحيض، وإن كانت مسترابة وفي سنّها من تحبض استبرأها بخمسة وأربعين يوماً ثمّ يطأها إن شاء، فإن لم يكن وطئها العبد جاز وطؤها في الحال^(١).

فإن باعها كان الذي يشتريها بالخيار بين إمضاء العقد وفسخه، فإن رضي بالعقد كان حكمه حكم المولى الأوّل، وإن أبى لم يثبت بينهما عقد على حال^(٢).

وإن باع المولى أحدهما كان ذلك أيضاً فراقاً بينهما، ولا يثبت العقد إلاّ أن يشاء هو ثبات العقد على الذي بقي عنده، ويشاء الذي اشترى أحدهما ثباته على الذي اشتراه، فإن أبى واحد منهما ذلك لم يثبت العقد، وإن رزق منهما أولاداً كانوا رقباً لمولاهما، ومتى أعتقهما جميعاً، كانت الجارية بالخيار بين الرضا بالعقد الأوّل وبين إيبائه، فإن رضيت كان ماضياً، وإن أبت كان مفسوخاً، هذا أجمع أورده شيخنا أبو جعفر في نهايته^(٣) فحكينا عنه هاهنا.

والذي يقوى في نفسي: أنّه إذا زوّج الرجل عبده أمته، فإن السيّد لا يجب

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- النهاية: ٤٧٩.

عليه أن يعطيها شيئاً، وإنّ هذا الفعّال من المولى إباحة للعبد فرج جاريته، دون أن يكون ذلك عقد نكاح، وإن سُمّي تزويجاً وعقداً فعلى طريق الإستعارة والمجاز، وكذلك تفريق المولى بينهما بأمر العبد باعتزالها أو أمرها باعتزاله سُمّي طلاقاً مجازاً، لأنّه لو كان طلاقاً لروعي فيه أحكام الطلاق وشروطه وألفاظه، ولا كان يقع إلاّ أن يتلفّظ به الزوج، لأنّ الرسول ﷺ قال: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»^(١) وهذا قد وقع ممّن لم يأخذ بالساق، وهو المولى.

وهذا أدلّ دليل، وأصدق قيل، على أنّ هذا العقد والفعّال من المولى إباحة للعبد وطء جاريته، لأنّه لو كان عقد نكاح لروعي فيه الإيجاب والقبول من موجب وقابل، ولا يصحّ ذلك بين الإنسان وبين نفسه، وكان يراعى فيه ألفاظ ما يتعقد به النكاح، وأيضاً العقد حكم شرعي يحتاج إلى دليل شرعي، ولا يرجع في مثل ذلك إلى أخبار الآحاد التي لا توجب علماً ولا عملاً، وإن كان شيخنا أبو جعفر عليه السلام أورد ذلك في نهايته، فعلى طريق الايراد لأجل الرواية، لئلاّ يشذّ شيء من الروايات، على ما اعتذر لنفسه في عدّته، دون الاعتقاد والعمل بصحّته، وكتاب الله خالٍ من ذلك، والسنة المقطوع بها كذلك، والإجماع فغير منعقد بذلك والأصل براءة الذمّة، ونفي الحكم المدّعى إلى أن يقوم بصحّته دليل قاطع

١- المعجم الكبير للطبراني ١١: ٢٣٩ برقم ١١٨١٠ ط الموصل، وفي الهامش جملة من مصادره، وهو من حديث ابن عباس قال ابن القيم: إنّ حديث ابن عباس وإن كان في إسناده ما فيه، فالقرآن يعضده وعليه عمل الناس.

للاعتذار فحيثئذ يجب المصير إليه، والمعول عليه.

ومتى عقد الرجل لعبده على أمة غيره بإذنه، جاز العقد، وكان الطلاق بيد العبد، فمتى طلق جاز طلاقه، وليس لمولاه أن يطلق عليه^(١) لما بيّناه.

فإن باعه كان ذلك فراقاً بينه وبينها إلا أن يشاء المشتري إقراره على العقد، ويرضى بذلك مولى الجارية، فإن أبى واحد منهما ذلك، لم يثبت العقد على حال^(٢).

وكذلك إن باع مولى الجارية جاريته كان ذلك فراقاً بينهما، إلا أن يشاء الذي اشتراها إقرارها على العقد، ورضي بذلك مولى العبد، فإن أبى واحد منهما كان العقد مفسوخاً^(٣).

قال محمد بن إدريس رحمته الله: لا أرى لرضي الذي لم يبع وجهاً، لأن الخيار في إقرار العبد وفسخه للمشتري، في جميع أصول هذا الباب، وإنها الشارع جعل لمن لم يحضر العقد، ولا كان مالكا لأحدهما - وإنها انتقل إليه الملك - الخيار، لأنه لم يرض بشيء من ذلك الفعال، لا الإيجاب ولا القبول، ولا كان له حكم فيهما، والموجب والقابل أعني السيدين المالكين الأولين، رضيا وأوجبا وقبلا، فمن جعل لهما الخيار أو لأحدهما يحتاج إلى دليل، لأنه حكم شرعي يحتاج مثبتته إلى

١- قارن النهاية: ٤٧٩.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

دليل شرعي، وإنّما أوجبنا الخيار للمشتري، لأنّه انتقل الملك إليه، وليس هو واحداً منهما، وإن كان المخالف لأصحابنا من العامة لا يجعل للمشتري الخيار في فسخ العقد، بل العقد ثابت عندهم لا يصحّ للمشتري فسخه.

ويمكن أن يقال: إنّ المراد بذلك أنّ من باع من السيّدين الموجب والقابل كان للمشتري الخيار، وإن باع سيد العبد عبده كان لمشتريه فيه الخيار، وإن باع سيد الجارية جاريته كان لمشتريها منه الخيار، وليس المراد أنّ في مسألة واحدة وبيع أحدهما يكون الخيار للآخرين للمشتري ولمن بقي عنده أحدهما، كما قال شيخنا في نهايته في السمسار والدلال والمنادي.

قال: فإن كان من يبيع ويشترى للناس فأجره على من يبيع له وأجره على من يشتري له^(١)، والمقصود أجره واحدة على مبيع واحد أو مشتري واحد، وليس المقصود أنّه يستحقّ أجرتين على مبيع واحد، على ما حرّره في موضعه. ومتى عتق مولى الجارية جاريته، كانت بالخيار على ما قدّمناه^(٢).

وإن أعتق المولى عبده لم يكن لمولى الجارية خيار، ولا يفسخ العقد إلّا ببيعها أو عتقها^(٣).

١- واللفظ في النهاية: ٤٠٦ هكذا: فإن كان ممن يبيع ويشترى للناس كان له أجره على ما يبيع من جهة البائع، وأجره على ما يشتري من جهة المبتاع. اهـ وهو أوضح بياناً ممّا نقله المؤلف.

٢- قارن النهاية: ٤٧٩.

٣- المصدر السابق نفسه.

ومتى رزق بينهما ولد، فإن كان بين مولييهما شرط كان على ما شرطاه، وإن لم يحصل بينهما شرط كان الأولاد بينهما على السواء، ولا توارث بين الزوجين، إذا كان أحدهما رقاً، لا يرث الرجل المرأة ولا المرأة الرجل^(١).

وإذا كانت الجارية بين شريكين أحدهما غائب والآخر حاضر، فعقد عليها الحاضر لرجل، كان العقد موقوفاً على رضى الغائب^(٢).

وإذا تزوج رجل جارية بين شريكين، ثم اشترى نصيب أحدهما حرمت عليه إلا أن يشتري النصف الآخر أو يرضى مالك نصفها بالعقد، فيكون ذلك عقداً مستأنفاً هكذا أورده شيخنا في نهايته^(٣).

والأولى أن يقال: أو يرضى مالك نصفها بأن يبيحه وطاء ما يملكه منها، فيطأها بالملكية وبالإباحة، دون العقد، لأن الفرج لا يتبعض، فيكون بعضه بالملك وبعضه بالعقد، بل لا يجتمع الملك والعقد معاً في نكاح ووطء واحد، فليلاحظ ذلك.

* * *

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن النهاية: ٤٨٠.

٣- النهاية: ٤٨٠.

باب ما يستحب فعله لمن أراد العقد والزفاف، وآداب الخلوة والجماع، والقسمة بين الأزواج، وما في ذلك

يستحب لمن عزم على عقد النكاح أن يستخير الله تعالى، بأن يسأله أن يخير له فيما قد عزم عليه، ويصلي ركعتين ويقول: اللهم إني أريد أن أتزوج، اللهم قدر لي من النساء أعفهن فرجاً، وأحفظهن لي في نفسها وفي مالي، وأوسعهن رزقاً، وأعظمهن بركة، وقدر لي منها ولداً طيباً، تجعله خلفاً صالحاً في حياتي وبعد مماتي^(١).

وإذا أراد العقد الدائم يستحب له أن يكون ذلك بالإعلان والإشهار، والخطبة فيه بذكر الله تعالى^(٢)، والمسنون بذلك خطبة واحدة، تتقدم الإيجاب والقبول.

فإن أخل بشيء من ذلك أو بجميعه لم يفسد العقد وكان ثابتاً، إلا أنه يكون قد ترك الأفضل^(٣).

١- قارن النهاية: ٤٨٠.

٢- قارن النهاية: ٤٨١.

٣- المصدر السابق نفسه.

ويستحب الوليمة عند الزفاف يوماً أو يومين يُدعى فيه المؤمنون، ويكره تفرّد الأغنياء بذلك، والوليمة مستحبة غير واجبة، وحضورها مستحب إذا دعي إليها، وليس بواجب عليه الحضور، إلاّ أن يكون فيها شيء من المناكير، ولا يقدر من يحضر على إنكاره، فلا يجوز حضورها في حال الاختيار، فإن كانت لكافر بأيّ أنواع الكفر كان، فلا يجوز للمسلم حضورها وإن دعي إليها، لأنّ ذبائحهم محرّمة، وطعامهم الذي يباشرونه بأيديهم نجس، لا يجوز أكله، لقوله تعالى: ﴿إِنَّهَا الْمُسْرِكُونَ نَجَسٌ﴾.

وإذا حضر المسلم وليمة المسلم بعد دعائه إليها، فلا يجب عليه الأكل، وإنّما يستحب له ذلك.

ونثر السكر والجوز واللوز وغير ذلك في الولائم مكروه، إذا أخذ على طريق الانتهاب، فإذا لم يؤخذ ذلك على طريق الانتهاب فلا بأس بذلك، إذا علم بشاهد الحال من قصد فاعله الإباحة، وإن لم ينطق بلسانه، ولا يجوز لأحد من الحاضرين الإستبداد به.

وإذا قرب تحوّل المرأة إلى بيت الزوج فقد روي: أنّه يستحب أن يأمرها بأن تصلي ركعتين، وتكون على طهارة إذا دخلت عليه، ويصلي أيضاً مثل ذلك، ويكون على طهارة إذا دخلت عليه امرأته، ويدعو الله تعالى عقيب الركعتين، ويسأله أن يرزقه إلفها ووّدها ورضاها^(١).

فإذا أدخلت عليه، فيستحب أن يضع يده على ناصيتها - وهي مقدم شعر الرأس - ويقول: اللهم على كتابك تزوجتها، وفي أمانتك أخذتها، وبكلماتك استحلت فرجها، فإن قضيت في رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سويّاً، ولا تجعله شرك شيطان^(١).

ويستحب أن يكون عقد التزويج والزفاف بالليل، ويكون الإطعام والوليمة بالنهار^(٢).

ولا يجوز للرجل أن يطأ امرأة قبل أن يأتي لها تسع سنين، فإن دخل بها قبل ذلك فعابت كان ضامناً لعيبها، ولا يحلّ له وطؤها أبداً^(٣)، فإن أفضاها وجب عليه ديتها ومهرها ونفقتها ما داماً حيّين، فإن مات أحدهما سقطت النفقة. ومعنى الإفضاء لها، أن صير مدخل الذكر ومخرج البول شيئاً واحداً أفضى ما بينهما.

وقال شيخنا في مسائل خلافه: هذا إذا كان في عقد صحيح أو عقد شبهة، فأما إذا كان مكرهاً لها فإنه يلزمه ديتها على كلّ حال، ولا مهر لها^(٤). قال محمد بن إدريس: عقد الشبهة لا يلزمه النفقة، وإنها أوجب أصحابنا النفقة على من فعل ذلك بزوجه، وهذه ليست زوجته، فلا ينبغي أن يتعدّى

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- الخلاف ٢: ٢٠٣.

ما أجمعوا عليه، لأن الأصل براءة الذمة، وثبوت ذلك يحتاج إلى دليل، ولم يذهب أحد من أصحابنا إلى ما قاله عليه السلام.

فأما قوله: إذا كان مكرهاً فإنه يلزمه ديتها ولا مهر لها فغير واضح، لأننا نجمع عليه الأمرين معاً المهر والدية، لأن أحدهما لا يدخل في الآخر، لأنه قد دخل بها فيجب عليه المهر لأجل دخوله، والدية لأنه إجماع، وهذه ليست ببغي، وإنما نهي عن مهر البغي، فليلاحظ ذلك.

ويستحب التسمية عند الجماع، ويكره الجماع ليلة الكسوف ويومه، وفيما بين غروب الشمس إلى مغيب الشفق، ومن طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، وفي الريح السوداء والصفراء، وعند الزلازل وفي محاق الشهر^(١) بكسر الميم وضمها، وهنّ الثلاث ليالٍ أو آخر من الشهر، سمّيت بذلك لمحاق القمر فيها أو الشهر.

قال الشاعر:

عجوز نرجي أن تكون فتية وقد لحب الجنان واحدودب الظهر
تدس إلى العطار سلعة أهلها وهل يصلح العطار ما أفسد الدهر
تزوجتها قبل المحاق بليلة فكان محاقاً كله ذلك الشهر^(٢)

١- قارن الخلاف ٢: ٤٨٢.

٢- اختلف الرواة في نسبة الأبيات إلى قائلها، كما اختلفوا في روايتها، ويحسن مراجعة الحماسة

البصرية ٢: ٣١٥ وما جاء في الهامش للاستزادة.

والعرب تسمي ليالي الشهر كل ثلاث منها باسم، فيقول ثلاث غرر جمع غرة، وغرة كل شيء أوله، وثلاث نفل، وقيل لها نفل من زيادة القمر من النفل الزيادة والعطاء، وثلاث تسع لأن آخر يوم منها اليوم التاسع، وثلاث عشر لأن أول يوم منها اليوم العاشر، وثلاث بيض لأنها تبيض بطلوع القمر من أولها إلى آخرها، وثلاث درع سميت بذلك لاسوداد أوائلها وابتضااض سائرها، ومنه قيل شاة درعاء إذا أسود رأسها وعنقها وابتض سائرها، وثلاث ظلم لإظلامها، وثلاث حنادس، وثلاث دأدي^(١) لأنها بقايا، وثلاث محاق لإحراق القمر أو الشهر^(٢).

ويكره الجماع في أول ليلة من الشهر إلا شهر رمضان، ويكره في ليلة النصف.

ويكره أن يجامع الرجل وهو عريان، أو مستقبل القبلة أو مستدبرها، ويكره الجماع بعد الاحتلام حتى يغتسل.

ولا يجوز للرجل أن يترك المرأة لا يقربها بجماع لا من عذر، أكثر من أربعة أشهر، فإن تركها أكثر من ذلك كان مأثوماً^(٣)، ويكره للرجل النظر إلى فرج

١- الداء والدنداء والدؤدؤ آخر الشهر، أو ليلة خمس وست وسبع وعشرين، أو ثمان وتسع وعشرين، أو ثلاث ليال من آخره جمع الدأدي. القاموس المحيط.

٢- ذكر المرزوقي في كتابه الأزمنة والأمكنة ٢: ٥٨ - ٥٩ فصل في أسماء ليال من أول الشهر، متفاوت عما ذكره المصنف في المتن فليراجعه من شاء الاستزادة في ذلك، ويبدو أن المصنف تبع ابن سيده فيما ذكره في كتابه المخصص في أسماء الليالي فراجع ٩: ٣٠.

٣- قارن النهاية: ٤٨٢.

امراته^(١)، ويكره الكلام في حال الجماع سوى ذكر الله^(٢).

ويكره للرجل أن يأتي النساء في غير الفروج المعتادة للجماع، وهي أحشاشهن من غير حظر ولا تحريم عند فقهاء أهل البيت عليهم السلام، لقوله تعالى: **(نَسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ)**^(٣) ومن قال أراد بذلك موضع النسل، فهو مبعد، لأنه لا يمتنع أن يسمي النساء حرثاً، لأنه يكون منهن الولد، ثم يبيح الوطء فيها لا يكون منه الولد، يدل على ذلك أنه لا خلاف أنه يجوز الوطء بين الفخذين وإن لم يكن هناك ولد.

وثاني متمسكات المخالف قالوا: قال الله تعالى: **(فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ)**^(٤) وهو الفرج، والإجماع على أن الآية الثانية ليست ناسخة للأولى، وهذا أيضاً لا دلالة فيه، لأن قوله: **(مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ)** معناه من حيث أباحه الله لكم، أو من الجهة التي شرعها لكم، على ما حكى عن الزجاج، فإنه قال: معنى الآية: **(نَسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ)** ويدخل في ذلك الموضعان معاً.

وثالثها: قالوا إن معناه من أين شئتم أي اتوا الفرج من أين شئتم، وليس في ذلك إباحة لغير الفرج وهذا أيضاً ضعيف، لأننا لا نسلم أن معناه اتوا الفرج،

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- البقرة: ٢٢٣.

٤- البقرة: ٢٢٢.

بل عندنا معناه اتوا النساء واتوا الحرث من حيث شئتم، ويدخل فيه جميع ذلك.

ورابعها قالوا: قوله وفي المحيض: **(قُلْ هُوَ أَذَىٰ فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ)** فإذا حرم الأذى بالدم، فالأذى بالنجو أعظم، وهذا أيضاً ليس بشيء، لأن هذا حمل الشيء على غيره من غير علّة، على أنّه لا يمتنع من أن يكون المراد بقوله: **(قُلْ هُوَ أَذَىٰ)** غير النجاسة، بل المراد بقوله في ذلك مفسدة، ولا يجب أن يحمل على ذلك غيره إلاّ بدليل يوجب العلم، على أنّ الأذى بمعنى النجاسة حاصل في البول ودم الاستحاضة، ومع هذا فليس بمنهيّ عن الوطء في الفرج، ويقال: إنّ الآية نزلت ردّاً على اليهود، فإنهم قالوا: الرجل إذا أتى المرأة من خلف في قبلها خرج الولد أحول، فأكذبهم الله في ذلك، ذكره ابن عباس عن جابر، ورواه أيضاً أصحابنا.

ويكره للرجل أن يعزل عن امرأته الحرّة، فإن عزل لم يكن بذلك مأثوماً، غير أنّه يكون تاركاً فضلاً^(١) على الصحيح من أقوال أصحابنا، والأظهر في رواياتهم، لأنّه روي أنّ ذلك محظور، وعليه دية ضياع النطفة عشرة دنائير، والأصل براءة الذمة، ومن شغلها بواجب يحتاج إلى دليل ولا يرجع في هذا إلى أخبار الآحاد، وأمّا الأمة فلا بأس بالعزل عنها على كلّ حال.

وإذا كان للرجل امرأة واحدة، فعليه أن يبيت عندها في كلّ أربع ليال

ليلة، وإذا كانت امرأتان جاز له أن يبيت عند واحدة منهن ثلاث ليالٍ وعند الأخرى ليلة واحدة، وإن كانت عنده ثلاث نسوة جاز له أن يبيت عند واحدة منهن ليلتين وعند كل واحدة منهن ليلة ليلة، فإن كان عنده أربع نساء بعقد الدوام، فلا يجوز له أن يبيت عند كل واحدة منهن أكثر من ليلة ليلة، ويجب عليه أن يسوي بينهن في المبيت، اللهم إلا أن تترك واحدة منهن ليلتها لامرأة أخرى، فيجوز أن يبيت حينئذٍ عند الموهوب لها الليلة ليلتين، فإن وهبت له ليلتها فله أن يبيت عند من شاء منهن ليلتين، وإذا بات ليلة عند كل واحدة منهن إذا كن أربعاً وسوى بينهن في قسم الليالي والمبيت فليس يلزمه جماعها، بل هو مخير في ذلك^(١).

وإذا عقد على امرأة بكر، جاز له تفضيلها بسبع ليالٍ، ويعود إلى التسوية^(٢) فإن كانت ثيباً فضّلها بثلاث ليالٍ.

وروي: أنه إذا اجتمع عند الرجل حرّة وأمة زوجية، كان للحرّة ليلتان وللأمة ليلة من القسم، فأما إذا كانت الأمة ملك يمينه، فليس لها قسمة مع الحرّ^(٣).

وروي أن حكم اليهوديّة والنصرانيّة إذا كانتا زوجتين في الموضع الذي يحلّ ذلك فيه حكم الإماء على السواء^(٤).

١- قارن النهاية: ٤٨٣.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

ولا بأس أن يفضل الرجل بعض نسائه على بعض في النفقة والكسوة، وإن سوى بينهما وعدل كان أفضل^(١).

لا يجوز للرجل الأجنبي من المرأة أن ينظر إليها مختاراً، فأما النظر إليها لضرورة أو حاجة فجائز، فالضرورة مثل نظر الطبيب إليها، وذلك يجوز بكل حال، وإن نظر إلى عورتها لأنه نظر مع ضرورة، لأنه لا يمكن العلاج إلا بعد الوقوف عليه والحاجة، مثل أن يتحمل شهادة على امرأة فله أن يرى وجهها من غير ريبة ليعرفها ويحققها، وكذلك لو كانت بينه وبينها معاملة أو مباينة فيعرف وجهها ليعلم من التي يعطيها الثمن إن كانت بائعة، أو المثلث إن كانت مبتاعة، ومثل الحاكم إذا حكم عليها فإنه يرى وجهها ليعرفها ويحبها^(٢).

وروي أن امرأة أتت النبي ﷺ لتبايعه فأخرجت يدها، فقال النبي ﷺ: أيد امرأة أم يد رجل؟ فقالت: يد امرأة، فقال: أين الحنا؟^(٣).
فدل هذا الخبر على أن عند الحاجة يجوز النظر إليها، لأنه إن عرف أنه لا حياء على يدها بالنظر إليها مكشوفة^(٤).

فأما إذا نظر إلى جملتها يريد أن يتزوجها، فعندنا يجوز أن ينظر إلى وجهها

١- قارن النهاية: ٤٨٤.

٢- قارن المبسوط ٤: ١٦٠.

٣- أتحاف السادة المتقين للزبيدي ٤: ٣٣٥ نقلاً عن موسوعة أطراف الحديث النبوي الشريف ٤:

١٧٥، ط عالم التراث بيروت.

٤- قارن المبسوط ٤: ١٦١.

وكفيها فحسب، وله أن يكرّر النظر إليها سواء أذنت أو لم تأذن، إذا كانت استجابت إلى النكاح^(١)، فأما إذا لم توافق على التزويج، فلا يجوز له النظر إلى ما كان يجوز له النظر إليه عند استجابتها، وظهور العلم بموافقتها.

فأما إذا ملكت المرأة فحلاً أو خصياً، فهل يكون محرماً لها حتى يجوز له أن يخلو بها، ويسافر معها، فيه وجهان: أحدهما وهو مذهبنّا أنّه لا يكون محرماً لها، ولا يجوز له النظر إلى ما يجوز لذوي محارمها النظر إليه.

والقول الآخر يكون محرماً ويحلّ له النظر إليها، وهو مذهب المخالف، وتمسك بقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ إلى قوله ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾^(٢) فنهاهنّ عن إظهار زينتهنّ لأحد إلا من استثنى، واستثنى ملك اليمين.

وروا أنّ الرسول ﷺ دخل على فاطمة عليها السلام وهي فُضِّل - بالفاء المضمومة والضاد المعجمة المضمومة أيضاً، يقال: تفضلت المرأة في بيتها، إذا كانت في ثوب واحد كالخيلع ونحوه.

والخيلع: بالخاء المعجمة والياء المنقطة من تحتها نقطتين والعين غير المعجمة، قميص لا كميّ له، وذلك الثوب مفضل بكسر الميم، والمرأة فَضَّل بالضم، - مثال جنب - فأرادت أن تستتر، فقال عليه السلام: لا عليك أبوك وخادمك،

١- المصدر السابق نفسه.

٢- النور: ٣١.

وروي أبوك وزوجك وخادمك^(١).

قال محمد بن إدريس: أما الآية فقد روى أصحابنا عن الأئمة عليهم السلام في تفسيرها: أن المراد به الإماماء دون الذكران^(٢).

فأما الخبر فرواية المخالف، وهو خبر واحد، وأخبار الأحاد عندنا لا توجب علماً ولا عملاً، ولو صح لما كان فيه ما ينافي مذهبنا، لأن الخادم ينطلق على الأنثى أيضاً فهو محتمل.

ولا بأس أن ينظر إلى أمة يريد شراءها، وينظر إلى شعرها ومحاسنها ووجهها ويديها فحسب، ولا يجوز له النظر إلى ذلك إذا لم يرد ابتياعها^(٣).

وقد روي جواز النظر إلى نساء أهل الكتاب وشعورهن، لأنهن بمنزلة الإماماء إذا لم يكن النظر لريبة أو تلذذ، فأما إذا كان لذلك فلا يجوز له النظر إليهن على حال^(٤).

والذي يقوى في نفسي ترك هذه الرواية، والعدول عنها، والتمسك بقوله

١- قارن المبسوط ٤: ١٦١. في بعض النسخ (لا كم له) وفي بعضها (لا كمين له) والصواب ما أثبتناه عن نسخة مكتبة المشهد الرضوي، وهو الذي في اللغة قال في الصحاح: الخيل: قميص لا كُمي له، وإثنا أسقطت النون من كمين للإضافة، لأن اللام كالمقمة لا يعتد بها في مثل هذا الموضع. ونحوه في لسان العرب (خمل).

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- قارن النهاية: ٤٨٤.

٤- المصدر السابق نفسه.

تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾^(١) وقال تعالى: ﴿وَلَا تَمْدَنَّ عَيْنَيْكَ إِلَى مَا مَتَّعْنَا بِهِ أَزْوَاجًا مِنْهُمْ زَهْرَةَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾^(٢) وإن كان قد ذكرها وأوردها شيخنا في نهايته^(٣) فعلى جهة الإبراد لا الاعتقاد.

* * *



١- النور: ٣٠.

٢- طه: ١٣١.

٣- النهاية: ٤٨٤.

باب العيوب والتدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد

وما في ذلك من الأحكام

العيوب التي يردّ النكاح بها تنقسم إلى قسمين: منها ما يرجع إلى الرجال، ومنها ما يرجع إلى النساء.

فالرجل يرد ويفسخ عليه النكاح من أربعة عيوب: من العنة والخصاء - بالمد وكسر الحاء - والجلب، والجنون، سواء كان يعقل معه أوقات الصلاة أو لا يعقل معه ذلك، إذا كان ذلك قبل العقد، فأما الجنون الحادث بعد العقد، فإن كان يعقل معه أوقات الصلوات الخمس، فلا خيار للمرأة، ولا يفسخ النكاح به، وإن كان لا يعقل أوقات الصلوات الخمس معه، فالمرأة بالخيار، ولها فسخ النكاح بذلك.

فأما إن دلّس نفسه بالحرية فخرج عبداً، فلها الخيار والفسخ إلا أن هذا ليس بعيب في خلقته، بل هو تدليس، فلاجل هذا ما أضفناه إلى العيوب الأربعة، وقلنا يردّ الرجل من أربعة عيوب.

وقد روي: أن الرجل إذا انتسب إلى قبيلة، فخرج من غيرها سواء كان أرذل منها أو أعلا منها، يكون للمرأة الخيار في فسخ النكاح^(١)، والأظهر أنه

لا يفسخ بذلك النكاح، لأن الله تعالى قال: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فأما الإجماع فغير متعقد على خلاف ما اخترناه، ولا تواترت به الأخبار.

وشيخنا أبو جعفر وإن كان قد أورد ذلك وذكره في نهايته^(١) فعلى جهة الإيراد لأخبار الآحاد لا الاعتقاد بصحتها والعمل بها، فإنه رجع في مبسوطه ويبيّن أن ذلك رواية، فقال عليه السلام: وإن كان الغرور بالنسب فهل لها الخيار أم لا؟ فالأقوى أنه لا خيار لها، وفي الناس من قال لها الخيار، وقد روي ذلك في الأخبار^(٢). هذا آخر كلامه في مبسوطه.

فدلّ ذلك على أنه إن ما أورده في نهايته رواية شاذّة من طريق أخبار الآحاد، إلا أن هذا وإن لم يكن عيباً فإنه يردّ به، لأنه تدليس فرددناه من حيث التدليس بالإشتراط، إلا من حيث أنه عيب يردّ به من غير اشتراط، لأن العيوب التي هي في الخلقة يردّ بها النكاح وإن لم يشترط السلامة في حال العقد، بل بمجرد العقد يردّ النكاح بعيب الخلقة، فأما التدليس فإنه إذا شرط أنه حرّ فخرج عبداً، أو انتسب إلى قبيلة فخرج بخلافها، سواء كان أعلا منها أو أدنى، وكذلك السواد والبياض إذا شرطه فخرج بخلافه وما أشبه ذلك، فلا يردّ به النكاح إلا إذا اشترط خلافه، فأما بمجرد العقد دون تقدّم الشرط فلا يردّ به النكاح، وهذا الفرق بين عيب الخلقة وبين عيب التدليس، فليلاحظ ذلك وليتأمل.

١- النهاية: ٤٨٩.

٢- المبسوط ٤: ١٨٩.

إذا حدث بالرجل جبّ أو خصاء بعد العقد، فلا خيار للمرأة في فسخ النكاح، فإن حدثت العتّة بعد وطئها فلا خيار لها، وإن حدثت قبل وطئها وبعد العقد، ولم يظأ غيرها ولا هي مدّة سنة، فلها الخيار، فإن وطئها أو وطئ غيرها في هذه السنة لم يكن لها خيار.

وأما الجنون الحادث فقد قلنا ما فيه فأغنى عن إعادته.

فأمّا العيوب الراجعة إلى النساء فسبعة عيوب: الجنون المتقدّم على العقد، دون الحادث بعده، والجذام كذلك، والرّق، والبرص كذلك، والقرن - بفتح القاف وسكون الراء - والإفضاء وهو ذهاب الحاجز الذي بين مخرج البول ومدخل الذكر، والعمى على الأظهر من أقوال أصحابنا، وهو مذهب شيخنا في نهايته^(١).

وقال في مسائل خلافه: وفي أصحابنا من ألحق به العمى، وكونها محدودة^(٢) بعد أن ذكر ستة عيوب فحسب.

والذي يقوى في نفسي، أنّ المحدودة لا تردّ، بل يرجع على وليّها بالمهر إذا كان عالماً بدخيلة أمرها، فإن أراد فراقها طلقها، وألحق أصحابنا عيباً ثامناً، وهو العرج البيّن، ذهب إليه شيخنا في نهايته^(٣) ولم يذهب إليه في مسائل خلافه.

١- النهاية: ٤٨٥.

٢- الخلاف ٢: ١٨٢.

٣- النهاية: ٤٨٥.

وقال شيخنا أبو جعفر الطوسي في مسائل خلافه^(١): مسألة، إذا حدث بالمرأة أحد العيوب التي ترد به، ولم يكن في حال العقد، فإنه يثبت به الفسخ.
قال محمد بن إدريس مصنف هذا الكتاب: الصحيح أن كل عيب حادث بعد العقد من عيوب النساء لا يرد به النكاح، والذي ذهب إليه شيخنا مذهب الشافعي وأحد قوليه، اختاره شيخنا، فليلاحظ ذلك.

وترد المرأة من التدليس، وهو إذا عقد الرجل على امرأة يظن أنها حرة، فوجدها أمة، فإن كان قد دخل بها كان لها المهر بما استحل من فرجها، وللرجل أن يرجع على وليها الذي تولى العقد عليها ودّلسها بالمهر، فإن كان الولي لم يعلم دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء^(٢)، فإن كانت هي المدّلسة والمتولّية بالعقد على نفسها يرجع عليها إذا لحقها العتاق.

فإن كان لم يدخل بها لم يكن لها مهر، فإن كان قد أعطاها المهر كان له الرجوع عليها به إذا كان قائم العين، فإن كان قد أتلّفته رجع عليها إذا لحقها العتاق، فإذا ردّها كان ردّه لها فراقاً بينه وبينها، ولا يحتاج مع ذلك إلى طلاق^(٣)، وكذلك إذا تزوّجت المرأة برجل على أنه حرّ فوجده عبيداً، كانت بالخيار بين إقراره على العقد، وبين اعتزاله، فإن اعتزلته كان ذلك فراقاً بينه وبينها، فإن

١- الخلاف ٢: ١٨٣.

٢- قارن النهاية: ٤٨٤.

٣- المصدر السابق نفسه.

استقرت معه لم يكن لها بعد علمها بحاله خيار، فإن كان قد دخل بها، كان لها الصداق بما استحل من فرجها، وإن لم يكن دخل بها لم يكن لها شيء^(١).

وقال شيخنا أبو جعفر الطوسي رحمته الله في مسائل خلافه: مسألة، إذا عقد الحر على امرأة على أنها حرة فبانت أمة، كان العقد باطلاً، ثم استدلّ، فقال: دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم^(٢). هذا آخر كلامه.

قال محمد بن إدريس رحمته الله: العقد صحيح إلا أن له الخيار بين فسخه وامضائه، بلا خلاف بين أصحابنا، وما استدلّ به فمرغوب عنه، لأن العقد على الأمة عندنا جائز صحيح منعقد على نكاحها، وليس هي كالكافرة الأصلية، فليلاحظ ذلك ويتأمل.

وإذا عقد الرجل على بنت رجل على أنها بنت مهيّرة فوجدها بنت أمة، كان له ردها، فإن لم يكن دخل بها لم يكن لها عليه شيء، وروي أن المهر على أبيها^(٣)، وليس عليه دليل من كتاب، ولا سنة مقطوع بها، ولا إجماع، والأصل براءة الذمة، فمن شغل ذمة الأب بالمهر يحتاج إلى دليل، فإن كان قد دخل بها كان المهر عليه لها بما استحل من فرجها ورجع على أبيها به، فإن رضي بعد ذلك بالعقد، لم يكن له بعد رضاه الرجوع بالمهر، ولا خيار الرد^(٤).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- الخلاف ٢: ١٨٤.

٣- قارن النهاية: ٤٨٥.

٤- المصدر السابق نفسه.

ومتى كان لرجل بتان أحدهما بنت مهيّرة والأخرى بنت أمة، فعقد للرجل على بنته من المهيّرة ثم أدخلت عليه ابنته من الأمة، كان له ردّها - لأنّها ليست زوجة له، سواء رضي بها أو لم يرض - فإن كان قد دخل بها فأعطاها المهر كان لها ذلك إن كان وفق مهر أمثالها، وإن كان أنقص فعليه تمامه، وإن كان أكثر فله الرجوع عليها بما يزيد على مهور أمثالها، تستحقّه - بما استحلّ من فرجها ورجع على من أدخلها عليه - فإن لم يكن قد دخل بها، فليس لها عليه مهر، وعلى الأب أن يسوق إليه ابنته من المهيّرة^(١).

وإذا تزوّج الرجل بامرأة فوجدها برصاء أو جذماء أو عمياء أو رتقاء أو قرناء أو مفضاة أو عرجاء أو مجنونة، كان له ردّها من غير طلاق، فإن كان قد دخل بها كان لها المهر بما استحلّ من فرجها، وله أن يرجع على وليّها بالمهر الذي أعطاها، إذا كان الوليّ عالماً بحالها، فإن لم يكن عالماً بحالها لم يكن عليه شيء - ورجع عليها به إذا كانت هي المدّلسة نفسها - فإن لم يكن دخل بها لم يكن عليه مهر، فإن كان قد أعطاها المهر كان له الرجوع عليها به^(٢).

ومتى وطئها بعد العلم بحالها، أو علم بحالها ورضي، لم يكن له بعد ذلك ردّها، فإن أراد فراقها بعد ذلك فارقها بالطلاق^(٣).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

فأما ما عدا ما ذكرناه من العيوب، فليس يوجب شيء منها للرد، مثل العور وما أشبه ذلك^(١).

وإذا عقد على امرأة على أتمها بكر، فوجدها ثيباً لم يكن له ردها، غير أن له أن ينقص من مهرها بمقدار مهر أمثالها^(٢) على ما قدّمناه فيما مضى وحرّراه. ومتى عقد الرجل على امرأة على أنه صحيح فوجدته عنيئاً، ولا يعلم ذلك إلا من جهة الرجل بإقراره فحسب، وروي أنّه يعرف ذلك بأن يقام في ماء بارد، فإن تشنّج أي تقبض العضو، فليس بعنين، وإن بقي على حاله فهو عنيئ، وهذا قول ابن بابويه في رسالته^(٣)، والأول هو المعمول عليه.

فإن كان كذلك انتظر به سنة، فإن وصل إليها في مدّة السنة ولو مرة واحدة أو إلى غيرها، لم يكن لها عليه خيار، وإن لم يصل إليها ولا إلى غيرها أصلاً، كانت مخيرة بين المقام معه وبين مفارقتها، فإن رضيت لم يكن لها بعد ذلك خيار، وإن اختارت فراقه كان لها نصف الصداق، وليس عليها عدّة^(٤).

قال شيخنا أبو جعفر عليه السلام في نهايته: وإن حدث بالرجل عتّة كان الحكم في ذلك مثل ما قدّمناه^(٥).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن النهاية: ٤٨٦، وفيها ينقص له من مهرها شيئاً.

٣- أخرج الصدوق في الفقيه ٣: ٣٥٧ خبراً عن الصادق عليه السلام تضمن الاختبار بذلك.

٤- قارن النهاية: ٤٨٦.

٥- النهاية: ٤٨٦.

المراد بذلك أنها حدثت بعد العقد على المرأة وقبل وطئها ووطء غيرها بعد أن عقد عليها، وإن كان قد وطئ قبل العقد عليها عدة نساء، فأما إذا كان بعد العقد عليها وبعد وطئها ووطء غيرها بعد العقد عليها فلا خيار لها بحال.

وإذا اختلف الزوج والمرأة فادعى الزوج قربها وأنكرت المرأة ذلك، فإن كانت بكرًا فإن ذلك مما يعرف بالنظر إليها، فإن وجدت مثل ما كانت، لم يكن لإدعاء الرجل تأثير، وإن لم توجد كذلك لم يكن لإنكار المرأة تأثير^(١)، لأن هذا لا يصح إلا أن تكون دعواه بأنه قربها في قبلها، فإن افتض عذرتها فيكون الحكم ما قدمناه، فأما إن ادعى أنه وطئها في غير قبلها، فلا اعتبار بالحكم الذي قدمناه، لأنه ليس لنا طريق إلى تكذيبه، ويكون القول قوله، ولا يلزم بأحكام العنين في المسألتين معاً، لأنها ما ادعت عليه العنة، ولا أقر بالعنة، وأكثر ما في ذلك أنه ما وطئها، ولو أقر بأنه ما افتضها ما يثبت عليه أحكام العنين، لأننا قد بينا أنه لا يثبت كونه عنيماً إلا بإقراره. فإن كانت المرأة ثيباً كان القول قول الرجل مع يمينه بالله، وقد روي أنها تؤمر بأن تحشي قبلها خلوقاً، ثم يأمر الحاكم الرجل بوطئها، فإن وطئها فخرج على ذكره أثر الخلوق صدق وكذبت، وإن لم يكن الأثر موجوداً صدقت وكذب الرجل^(٢).

وذهب شيخنا في نهايته^(٣) إلى أن أمرها بالخلوق رواية، وذهب في مسائل

١- قارن النهاية: ٤٨٧.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- النهاية: ٤٨٧.

خلافه إلى أنّه المعمول عليه^(١)، والصحيح ما قدّمناه وحرّرناه، والأظهر ما ذكره في نهايته. فإن تزوّجت المرأة رجلاً على أنّه صحيح فوجدته خصياً، كانت بالخيار بين الرضا بالمقام معه وبين مفارقتها، فإن رضيت بالمقام معه لم يكن لها بعد ذلك خيار، وإن أبت فرّق بينهما^(٢).

وقد روي: أنّه إن كان خلا بها كان للمرأة صداقها منه، وعلى الإمام أن يعزّره لئلاّ يعود إلى مثل ذلك^(٣)، ولا دليل على صحّة هذه الرواية من كتاب، ولا سنة مقطوع بها، ولا إجماع، والأصل براءة الذمّة، وإن كان قد أورد ذلك شيخنا في نهايته إيراداً لا اعتقاداً.

ومتى عقد رجلان على امرأتين، فدخلت امرأة هذا على هذا، والأخرى على الآخر، ثم علم بعد ذلك، فإن لم يكونا دخلا بهما ردّت كلّ واحدة منهما إلى زوجها، وإن كان قد دخلا بهما، كان لكلّ واحدة منهما الصداق^(٤) لا المسمى، بل مهر المثل، لأنّ كلّ واحد من الزوجين ما سمى صداقاً لمن دخل بها، وإنما هو وطء شبهة، فيجب على كلّ واحد منهما مهر المثل.

فإن كان الوليّ تعمّد ذلك غرم ما غرمه الرجل، وهو مهر المثل، ولا يقرب كلّ واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدّتها، فإذا انقضت صارت كلّ واحدة منهما

١- الخلاف ٢: ١٨٦.

٢- قارن النهاية: ٤٨٦.

٣- النهاية: ٤٨٧.

٤- قارن النهاية: ٤٨٨.

إلى زوجها بالعقد الأول، فإن ماتا قبل انقضاء العدة^(١)، فقد روي أنّ الرجلين الزوجين يرجعان بمثل الصداق على ورثتهما وورثانها، والصحيح من الأقوال: أنّ بموت أحد الزوجين إما المرأة أو الرجل يستقرّ جميع المهر كمالاً، سواء دخل الرجل بها أو لم يدخل، على ما قدّمناه قبل هذا.

فإن مات الرجلان وهما في العدة فإنّهما ترثانها، ولهما المهر المسمّى حسب ما قدّمناه في المتوفّى عنها زوجها، ولم يدخل بها، وعليهما العدة ما تفرغان من العدة الأولى، تعتدان عدة المتوفّى عنها زوجها^(٢).

ومتى أقام الرجل بيّنة على أنّه تزوّج بامرأة، وعقد عليها عقداً صحيحاً، وأقامت أختها بيّنة على هذا الرجل أنّه عقد عليها، فإنّ البيّنة بيّنة الرجل، ولا يلتفت إلى بيّنة المرأة، اللّهمّ إلّا أن تقيم البيّنة بأنّه عقد عليها قبل عقده على أختها، فإذا كان الأمر كذلك قبل بيّنتها وبطلت بيّنة الرجل^(٣) أو يكون قد دخل بها، فمتى كان مع بيّنة المرأة أحد هذين الأمرين، إمّا الدخول بها أو تاريخ متقدّم، سُمِعت بيّنتها وأبطلت بيّنة الرجل.

* * *

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- قارن النهاية: ٤٨٨. نظراً لروم الوراق في ترتيب أصل النسخة المصوّرة عنها فوقع تفديده وتأخير فجاءت النسخة المصوّرة كذلك، وهذا ما اقتضى تنبيه القارئ عليه.

باب النكاح المؤجل وما في ذلك من الأحكام

النكاح المؤجل مباح في شريعة الإسلام، مأذون فيه، مشروع بالكتاب والسنة المتواترة، وبإجماع المسلمين، إلا أن بعضهم ادعى نسخه، فيحتاج في دعواه إلى تصحيحها، ودون ذلك خرط القتاد.

وأيضاً فقد ثبت بالأدلة الصحيحة أن كل منفعة لا ضرر فيها في عاجل ولا آجل مباحة، بضرورة العقل، وهذه صفة نكاح المتعة، فيجب إباحته بضرورة العقل^(١).

فإن قيل: فمن أين لكم نفي المضرة عن هذا النكاح في الآجل والخلاف في ذلك؟ قلنا: من ادعى ضرراً في الآجل فعليه الدليل^(٢).

وأيضاً فقد قلنا: إنه لا خلاف في إباحتها، من حيث أنه قد ثبت بإجماع المسلمين أنه لا خلاف في إباحة هذا النكاح في عهد النبي ﷺ بغير شبهة، ثم ادعى تحريمها من بعد ونسخها، ولم يثبت النسخ، وقد ثبتت الإباحة بالإجماع، فعلى من ادعى الحظر والنسخ الدلالة.

١- قارن الانتصار: ١٠٩.

٢- المصدر السابق نفسه.

فإن ذكروا الأخبار التي رووها أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَرَّمَهَا وَنَهَى عَنْهَا، فالجواب عن ذلك: أَنَّ جميع ما يروونه من هذه الأخبار، إذا سلمت من المطاعن والتضعيف أخبار آحاد، وقد ثبت أنها لا توجب علماً ولا عملاً في الشريعة، ولا يرجع بمثلها عما عَلِمَ وقطع عليه^(١).

وأيضاً قوله تعالى بعد ذكر المحرمات من النساء: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾ ولفظة استمتعتم لا تعدوا وجهين: إما أن يراد بها الانتفاع والالتذاذ الذي هو أصل موضوع اللفظة، أو العقد المؤجل المخصوص، الذي اقتضاه عرف الشرع^(٢).

ولا يجوز أن يكون المراد هو الوجه الأول لأمرين: أحدهما أنه لا خلاف بين محصلي من تكلم في أصول الفقه في أن لفظ القرآن إذا ورد وهو محتمل لأمرين أحدهما وضع اللغة، والآخر عرف الشريعة، فإنه يجب حمله على عرف الشريعة، ولهذا حملوا كلهم لفظ صلاة وزكاة وصيام وحج على العرف الشرعي، دون الوضع اللغوي^(٣).

والأمر الآخر أنه لا خلاف في أن المهر لا يجب بالالتذاذ، لأن رجلاً لو

١- قارن الانتصار: ١٠٩ - ١١٠.

٢- قارن الانتصار: ١١٠.

٣- المصدر السابق نفسه.

وطئ زوجته ولم يتلذذ بوطئها، لأن نفسه عافتها أو كرهتها أو لغير ذلك من الأسباب، لكان دفع المهر واجباً، وإن كان الالتذاذ مرتفعاً، فعلمنا أن لفظ الاستمتاع في الآية إنما أريد به العقد المخصوص، دون غيره^(١).

وأيضاً فقد سبق إلى القول بإباحة ذلك جماعة معروفة الأقوال من الصحابة والتابعين: كأمر المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام، وابن عباس، ومناظرته لابن الزبير عليها معروفة، رواها الناس كلهم^(٢)، ونظم الشعراء فيها الأشعار، فقال بعضهم:

أقول للشيخ لما طال مجلسه يا شيخ هل لك في فتوى ابن عباس
هل لك في قينة بيضاء بهكنة تكون مشواك حتى يصدر الناس^(٣)

وعبد الله بن مسعود، ومجاهد، وعطاء، وجابر بن عبد الله الأنصاري،
وسلمة بن الأكوع^(٤)،

١- قارن الانتصار: ١١١.

٢- لاحظ سنن البيهقي ٦: ٢١، وصحيح مسلم ٤: ١٣٣، وشرح الفتح لابن الهمام الحنفي ٢: ٣٨٦، وشرح النهج للمعتزلي ٤: ٤٨٩ و ٤٩١، ومروج الذهب ٣: ٩٠، ومحاضرات الراغب ٢: ٩٤، ونصب الراية للزليعي: ٣، والعقد الفريد ٣: ١٥٧ وغيرها وغيرها.

٣- قارن الخلاف ٢: ١٧٩.

٤- سلمة بن الأكوع وقيل سلمة بن عمرو بن الأكوع الأسلمي، صحابي جليل عن بايع تحت الشجرة مرتين، سكن المدينة ثم انتقل فسكن الربرة، وكان شجاعاً رامياً محسناً خيراً فاضلاً، مات سنة ٧٤ بالمدينة وهو ابن ثمانين سنة، وقيل توفي سنة ٦٤. أسد الغابة ٢: ٣٣٣.

وأبي سعيد الخدري^(١)، والمغيرة بن شعبة^(٢)، وسعيد بن جبير^(٣)، وابن جريج^(٤)، وأتتهم كانوا يفتون بها، فادعاء الخصم الاتفاق على حظر النكاح المؤجل باطل^(٥).
وأيضاً فإجماع أصحابنا حجة على إباحة هذا النكاح، وهو ما قدّمنا ذكره،
من عقد الرجل على امرأة مدّة معلومة بمهر معلوم، ولا بدّ من هذين الشرطين،

١- أبو سعيد الخدري، وهو سعد بن مالك الأنصاري، قال ابن الأثير في أسد الغابة ٥: ٢١١ وكان من الحفاظ لحديث رسول الله ﷺ الكثيرين، ومن العلماء والفضلاء العقلاء، مات سنة ٧٤.

٢- المغيرة بن شعبة الثقفي، أسلم عام الخندق، قال ابن الأثير في أسد الغابة ٤: ٤٠٧ ولده عمر ابن الخطاب البصرة ولم يزل عليها حتى شهد عليه بالزنى فعزله، ثم ولده الكوفة فلم يزل عليها حتى قتل عمر فأقره عثمان عليها ثم عزله، وشهد اليمامة وفتح الشام وذهبت عينه يوم اليرموك، وشهد القادسية، وشهد فتح نهاوند، وشهد فتح همدان، وهو أول من وضع ديوان البصرة، وأول من رعى في الإسلام اعطى يرفاً حاجب عمر شيئاً حتى أدخله إلى دار عمر، توفي سنة ٥٠ بالكوفة.

٣- سعيد بن جبير من موالي بني البية، ولد عام ٤٥، وأخذ الفقه عن ابن عباس وابن عمر، واشترك في ثورة ابن الأشعث للخلاص من حكم الحجاج على العراق، وبعد مقتل ابن الأشعث انتقل ابن جبير إلى مكة، ولكن واليها من قبله قبض عليه وأرسله إليه فأمر بقتله بواسط عام ٩٥ هـ، قال الإمام أحمد بن حنبل: قتل الحجاج سعيداً وما على وجه الأرض أحد إلا وهو مفتقر إلى علمه. القاموس الإسلامي ١: ٥٨٢.

٤- هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الأموي مولا هم المكي، قال ابن حجر: ثقة فقيه فاضل، وكان يذّلس ويُرسل مات سنة ١٥٠ أو بعدها وقد جاوز السبعين. تقريب التهذيب ١: ٥٢٠.

٥- لقد اقتبس المغفور له الشيخ كاشف الغطاء في أصل الشيعة وأصولها ٢٦٦ - ٢٦٨ تحقيق علاء آل جعفر، مؤسسة الإمام علي (ع) (كلام ابن إدريس من أول الباب إلى هنا ثم قال: وكلّ ذي بصيرة يعرف ما فيه من المقارنة والرصانة وقوة الحجة والمعارضة.

فإن لم يذكر المدة كان النكاح دائماً، إذا كان الإيجاب بلفظ التزويج أو النكاح، على ما حرّره فيها تقدّم، فإن كان بلفظ التمتع بطل العقد، وإن ذكر الأجل ولم يذكر المهر بطل النكاح، وإن ذكر مدة مجهولة لم يصحّ العقد على الصحيح من المذهب^(١).

فأمّا ما عدا الشرطين فمستحب ذكره، دون أن يكون ذلك من الشرائط الواجبة^(٢).

وأما الإشهار والإعلان فمسنونان في النكاح الدوام، فأمّا النكاح المؤجل فليس بمسنونين فيه ولا واجبين، اللهمّ إلا أن يخاف الإنسان التهمة بالزنا، فمستحب له حينئذ أن يشهد على العقد شاهدين^(٣).

والمستحب له إذا أراد هذا العقد أن يطلب امرأة عفيفة مؤمنة مستبصرة، فإن لم يجد بهذه الصفة ووجد مستضعفة جاز أن يعقد عليها^(٤).

ولا بأس أن يعقد على اليهودية والنصرانية هذا النكاح^(٥) في حال الاختيار، فأمّا من عدا هذين الجنسين من سائر الكفار سواء كانت مجوسية أو غيرها، كافرة أصل أو مرتدة أو كافرة ملّة، فلا يجوز العقد عليها ولا وطؤها

١- قارن الخلاف ٢: ١٧٩.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- قارن النهاية: ٤٨٩.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- قارن النهاية: ٤٩٠.

حتى تتوب من كفرها.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: ويكره التمتع بالمجوسية، وليس ذلك بمحظور^(١)، وهذا خبر أورده إيراداً لا اعتقاداً، لأن إجماع أصحابنا بخلافه. وشيخنا المفيد في مقننته^(٢) يقول: لا يجوز العقد على المجوسية، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ﴾^(٣) وقوله: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾^(٤) وهما عام، وخصصنا اليهودية والنصرانية بدليل الإجماع، وبقي الباقي على عمومته، ورجع شيخنا عما ذكره في نهايته في نبيانه^(٥).

وبعض أصحابنا يحظر العقد على اليهودية والنصرانية، سواء كان العقد مؤجلاً أو دائماً، وهو الأظهر والأقوى عندي، لعموم الآيتين، فمن خصصهما يحتاج إلى دليل من إجماع أو تواتر، وكلاهما غير موجودين، إلا أنه متى عقد على أحد الجنسين، منعها من شرب الخمر وأكل لحم الخنزير، على ما روي^(٦). ولا بأس أن يتمتع الرجل بالفاجرة، إلا أنه يمنعها بعد العقد عليها من الفجور، ولا يجب على الرجل سؤالها هل لها زوج أم لا؟ لأن ذلك لا يمكن أن

١- النهاية: ٤٩٠.

٢- المقننة: ٨٤.

٣- الممتحنة: ١٠.

٤- البقرة: ٢٢١.

٥- التبيان ٢: ٢١٨.

٦- النهاية: ٤٩٠ وللعلامة الحلبي في المختلف مناقشة مع المصنف فراجعها في ٩: ٤.

تقوم له بيّنة - والأولى في الديانة سؤالها عن ذلك إن كانت مصدقة على نفسها - فإن اتهمها في ذلك احتاط في التفتيش عن أمرها^(١) استحباباً لا إيجاباً.

ولا بأس أن يتزوج الرجل نكاحاً مؤجلاً بكرة ليس لها أب من غير ولي، كما أنّ له ذلك في عقد الدوام، وإن كانت البكر بين أبيها جاز ذلك أيضاً، فإن كانت دون البلوغ لم يجر له العقد عليها إلا بإذن أبيها، فإن كانت بالغاً جاز العقد عليها من غير استئذانه^(٢) على ما قدّمناه.

ولا بأس أن يتمتع الرجل بأمة غيره بإذنه، وإن كانت الأمة لامرأة فكذلك، ولا يجوز نكاحها ولا العقد عليها إلا بإذن مولاتها، بغير خلاف، إلا رواية شاذة رواها سيف بن عميرة أوردها شيخنا في نهايته^(٣)، ورجع عنها في جواب المسائل الحائريات على ما قدّمناه.

وقد سئل الشيخ المفيد محمد بن محمد بن النعمان رحمهم الله في جملة المسائل التي سأله عنها محمد بن محمد الرمي الحائري وهي معروفة مشهورة عند الأصحاب: سؤال: وعن الرجل يتمتع بجارية غيره بغير علم منه، هل يجوز له ذلك أم لا؟ فأجاب: لا يجوز له ذلك وإن فعله كان آثماً غاصباً، ووجب عليه بذلك الحد.

١- قارن النهاية: ٤٩٠.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- النهاية: ٤٩٠.

وقد ظنّ قوم لا بصيرة لهم ممن يعتزّي إلى الشيعة، ويميل إلى الإمامية أنّ ذلك جائز، لحديث روه: ولا بأس أن يستمتع الرجل من جارية امرأة غير إذنّها، وهذا حديث شاذ، والوجه أنّه يطأها بعد العقد عليها بغير إذنّها من أن يستأذنّها في الوطء، لموضع الاستبراء لها، فأما جارية الرجل فلم يأت فيه حديث، ومن جوّزه فقد خالف حكم الشرع، وفارق الحق، وقال ما يردّه عليه كافة العلماء، ويضلّله جماعة الفقهاء.

قال محمّد بن إدريس: فانظر أرشدك الله إلى فتوى هذا الشيخ المجمع على فضله ورئاسته ومعرفته، وقد رجّع إلى حديث يخالف الكتاب والسنة وإجماع الأمة، فكيف يجعل ما يورد ويوجد في شواذ الكتب دليلاً، ونفتي به من غير حجة تعضده، وهل هذا إلّا تغفيل من قائله.

وإذا كانت عند الرجل امرأة حرّة بعقد دوام، فلا يجوز له أن يتمتع بأمة إلّا بعد رضاها واستئذانها، وكان الحكم في هذا العقد حكم نكاح الدوام^(١).

فإذا أراد العقد فليذكر من المهر والأجل ما تراضيا عليه^(٢) قليلاً كان أو كثيراً، بعد أن يكون معلوماً غير مجهول كلّ واحد منهما، ويكون المهر ممّا يجوز تملكه للمسلمين.

فإن ذكر لها مهراً معلوماً، وأجلاً معلوماً، ثمّ أراد مفارقتها قبل الدخول

١- قارن النهاية: ٤٩٠.

٢- قارن النهاية: ٤٩١.

بها، فليهب لها أيامها، ويلزمه نصف المهر^(١) على ما رواه أصحابنا وأجمعوا عليه، قولاً وعملاً، لأنهم يجرون هبة الأجل قبل الدخول بها مجرى الطلاق قبل الدخول.

فإن كان قد أعطاه المهر رجع عليها بنصفه، فإن وهبت مهرها له قبل أن يفارقها، كان له أن يرجع عليها بمثل نصف المهر بعد تخلّيته إياها، فإن أعطاه شيئاً من مهرها ودخل بها، لزمه ما بقي عليه من مهرها على كماله إذا وفّت له بأيامه، فإن أخّلت بشيء من أيامه - من غير عذر - جاز له أن ينقصها بحساب ذلك من المهر^(٢).

فإن تبين له بعد الدخول بها أنّ لها زوجاً، أو هي في عدّة، لا يلزمه أن يعطيها شيئاً وكان ما أخذت منه حراماً عليها.

ويجوز أن يشترط عليها أن يأتيها ليلاً أو نهاراً، أو في أسبوع دفعة أو يوماً بعينه، أيّ ذلك شاء فعل ولم يكن عليه شيء^(٣).

وقد روي: أنّه إذا عقد عليها شهراً ولم يذكر الشهر بعينه كان له شهر من ذلك الوقت، فإذا مضى عليها شهر ثمّ طالبها بعد ذلك بها عقد عليها، لم يكن له عليها سبيل^(٤).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- قارن النهاية: ٤٩١.

٤- قارن النهاية: ٤٩٢.

والصحيح ترك هذه الرواية، لأنّ هذا أجل مجهول إلا أن يقول شهراً من هذا الوقت فيصح ذلك، لأنّه يكون معلوماً، فإن كان قد سمى الشهر بعينه كان له شهره الذي عبّنه.

فإذا ثبت ذلك فلا يجوز لهذه المرأة أن تعقد على نفسها لأحد من عالم الله إن لم تحضر ذلك الشهر المعين، لأنّ عليها عقد ولها زوج، فلا يجوز أن يكون للمرأة زوجان، ولا يكون عليها عقدان بإجماع المسلمين.

ولا يجوز أيضاً لمن عقد عليها العقد الأوّل أن يعقد على أختها قبل حلول شهره المعين وحضوره، لأنّه يكون جامعاً بين الأختين.

واختلف أصحابنا في توارث نكاح المؤجل، فقال قوم منهم: ترث وتورث إذا لم يشترطاً نفي التوارث مثل نكاح الدوام، وقال آخرون منهم: لا ترث ولا يورث إلا أن يشترطاً التوارث، فإن شرطاً ذلك توارثا.

وقال الباقر المحصلون: لا توارث في هذا النكاح، شرطاً التوارث أو لم يشترطاً، لأنّها إن شرطاً كان الشرط باطلاً، لأنّه شرط يخالف السنة.

فهذا الذي أفتي به وأعمل عليه، لأنّ التوارث حكم شرعي، يحتاج في إثباته إلى دليل شرعي.

وقد أجمعنا على تخصيص عموم آيات موارث الأزواج في النكاح الدائم، واختلف أصحابنا في توريث الأزواج في النكاح المؤجل، والأصل براءة الذمة.

ولا خلاف أنّه لا يتعلّق بها حكم الإيلاء، ولا يقع بها طلاق، ولا يصحّ

بينها وبين الزوج لعان، ويصحّ الظهار منها عند بعض أصحابنا، وكذلك اللعان عند السيّد المرتضى، والأظهر أنّه لا يصحّ ذلك بينهما في هذا العقد.

وانقضاء الأجل يقوم في الفراق مقام الطلاق، ولا سكنى لها ولا نفقة، ويجوز الجمع بغير خلاف بين أصحابنا في هذا النكاح بين أكثر من أربع، لأنّهنّ بمنزلة الإماء عندنا، ولا يلزم العدل بينهما في البيت.

ويلحق الولد بالزوج، ويلزمه الاعتراف به، ويجب عليه الحاقه به، ولا يحلّ له نفية إذا قطع على أنّه منه، إلّا أنّه إن نفاه أثمّ وكان معاقباً عند الله تعالى، إلّا أنّه لا يحتاج مع نفية إلى لعان، بخلاف النكاح الدائم لأنّ النكاح الدائم متى علم أنّه ولد على فراشه احتاج في نفية إلى لعان.

فمتى وطئ في القبل الواطئ في النكاح المؤجل لزمه الاعتراف به، وإن كان يعزل الماء.

ولا بأس أن يعقد الرجل على امرأة واحدة مرات كثيرة، واحدة بعد أخرى، لأنّه لا طلاق في هذا النكاح، وإذا انقضى الأجل فيما بينهما جاز له أن يعقد عليها عقداً مستأنفاً في الحال^(١) قبل خروجها من العدة، ولا يجوز لغيره ذلك ما دامت في العدة.

وكذلك يجوز له أن يعقد على أختها قبل خروجها من عدّتها، وبعد خروجها من أجله، فإن أراد أن يزيدّها في الأجل قبل انقضاء أجلها الذي له

عليها لم يكن له ذلك العقد، فإن أَراده فليهب لها ما بقي عليها من الأيام، ثمَّ ليعقد عليها على ما شاء من الأيام^(١).

وعدة المرأة في هذا النكاح - إذا كانت ممن تحيض حيضاً مستقيماً أو لا تحيض وفي سنّها من تحيض - إذا انقضى أجلها، أو وهب لها زوجها أيامها على ما قدّمناه وقلناه إنّه عند أصحابنا بمنزلة الطلاق في هذا النكاح بغير خلاف بينهم، قرءان وهما طهران للمستقيمة الحيض، وخمسة وأربعون يوماً إذا كانت ممن لا تحيض ومثلها تحيض، فأما إذا كانت لا تحيض وليس في سنّها من تحيض، فلا عدة عليها إلاّ إذا توفي عنها زوجها قبل خروجها من أجله.

فإذا توفي عن المتمتع بها زوجها قبل انقضاء أجلها، كانت عدتها مثل عدة المعقود عليها عقد الدوام^(٢) على الصحيح من المذهب.

وقال قوم من أصحابنا: عدتها شهران وخمسة أيام، والأوّل هو الظاهر، لأنّه يعضده القرآن، والمتواتر من الأخبار، سواء كانت أمة أو حرة، لظاهر القرآن وهو قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(٣) وذلك عام في كلّ من توفي عنها زوجها، ولا إجماع منعقد على تخصيص ذلك، فيجب العمل بالعموم، لأنّه الظاهر، ولا يجوز

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- البقرة: ٢٣٤.

العدول عنه إلا بدليل.

وقال شيخنا في نهايته: عدتها إذا انقضى أجلها، أو وهب لها زوجها أيامها حيضتان، أو خمسة وأربعون يوماً إذا كانت لا تحيض وفي سنّها من تحيض^(١).

أما قوله: حيضتان يريد بذلك المستقيمة الحيض تعتدّ بالأقراء وهي قرءآن فعبر عن القرئين بالحيضتين، فأما قوله: أو خمسة وأربعون يوماً، فمراده من لا تحيض وفي سنّها من تحيض.

وقد روي: أنّه إذا اشترط في حال العقد ألا يطأها في فرجها، لم يكن له وطؤها فيه، فإن رضيت بعد العقد بذلك كان جائزاً^(٢).

وقال شيخنا في نهايته: وكل شرط يشترطه الرجل على المرأة إنّا يكون له تأثير بعد ذكر العقد، فإن ذكر الشروط وذكر بعدها العقد كانت الشروط التي قدّم ذكرها باطلة لا تأثير لها، فإن كرّرها بعد العقد ثبتت على ما شرط^(٣).

قال محمد بن إدريس رحمته الله: لا شرط يجب ذكره ويلزم إلا شرطان، وهما ذكر الأجل المحروس من الزيادة والنقصان إما بالشهور والأيام، أو السنين والأعوام، والمهر المعلوم إن كان من الموزون فبالوزن، والإخبار عن الوزن، وإن كان مكيلاً فبالكيل أو الإخبار عن الكيل، وإن كان غير موزون ولا مكيل

١- النهاية: ٤٩٢.

٢- قارن النهاية: ٤٩٣.

٣- النهاية: ٤٩٣.

فبالمشاهدة، أو الوصف في غير المشاهد، وما عدهما من الشروط لا يلزم ولا تأثير له في صحة هذا النكاح.

وأيضاً فالمؤثر لا يكون له تأثير إلا إذا قارن وصاحب، فكيف يؤثر الشرط المذكور بعد العقد، فكان الأولى إن كانت الشروط مؤثرة ولازمة أن يكون ما يلزم منها مصاحباً للعقد لها، مقارناً له لا يتقدم عليه ولا يتأخر عنه، وشيخنا أورد ذلك من طريق أخبار الآحاد دون الاعتقاد.

قال محمد بن إدريس: يروى في بعض أخبارنا^(١) في أبواب المتعة عن أمير المؤمنين عليه السلام: لولا ما سبقني إليه ابن الخطاب ما زنى إلا شفى - بالشين المعجمة والفاء - ومعناه إلا قليل^(٢)، والدليل عليه حديث ابن عباس ذكره الهروي في الغريين: ما كانت المتعة إلا رحمة رحم الله بها أمة محمد ﷺ، ولولا نهيها عنها ما احتاج إلى الزنا إلا شفى^(٣).

١- مستدرک الوسائل ١٤: ٤٣٩ برقم ١٧٢٤١ نقلاً عن كتاب عاصم بن حميد الحنات في ص ٢٤١ برقم ١٧٢٥٠ نقلاً عن نوادر أحمد بن محمد بن عيسى.

٢- قال الأزهرى: قوله إلا شفى، أي إلا أن يشفى، يعني يشرف على الزنا ولا يواقعه، فأقام الاسم وهو الشفى مقام المصدر الحقيقي وهو الإشفاء على الشيء، وحرف كل شيء شفاه. نهاية اللغة ٢: ٤٨٨.

٣- النهاية لابن الأثير ٢: ٤٨٨ أي إلا قليل من الناس من قوتهم: غابت الشمس إلا شفى أي إلا قليلاً من ضوءها عند غروبها... وفي الهامش عن الهروي واللسان: أي إلا خطيئة من الناس قليلة لا يجدون شيئاً يستحلون به الفروج.

وقد أورده الهروي في باب الشين والفاء، لأنّ الشفا عند أهل اللغة القليل بلا خلاف بينهم، وبعض أصحابنا ربما صحّف ذلك قاله وتكلّم به - بالقاف والياء المشدّدة - وما ذكرناه هو وضع أهل اللغة، وإليهم المرجع، وعليهم المعوّل في أمثال ذلك، وتعضده الرواية عن ابن عباس رضي الله عنه.

وقال شيخنا أبو جعفر في الاستبصار في باب التمتع بالأبكار أورد خبراً فيه: ما يقول هؤلاء الأقباش^(١) بالقاف والشين المعجمة.

قال عمّد بن إدريس: الأقباش الأخلاط وهو ذم لهم، والذي ورد في كتب اللغة: أوشاب من الناس بالواو وهم الأخلاط^(٢).

١- الاستبصار ٣: ١٤٥.

٢- زيادة في هامش المطبوعة. ونسخة بخط المتجم الشيرازي.

باب السراي وملك الأيمان وما في ذلك من الأحكام

يستباح وطء الإمام من ثلاث طرق:

أحدها العقد عليهن بإذن أهلهن كما قال تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾^(١) وقد سلف ذكر ذلك فيما مضى من كتابنا.

الثاني بتحليل مالكهن أو إباحة الرجل من وطنهن، وإن لم يكن هناك عقد^(٢) متضمن لفظ التزويج أو النكاح.

وجملة الأمر وعقد الباب في ذلك أنّ تحليل الإنسان جاريته لغيره من غير عقد فهو جائز، عند أكثر أصحابنا المحضلين، وبه تواترت الأخبار، وهو الأظهر بين الطائفة، والعمل عليه، والفتوى به، وفيهم من منع منه، فمن أجازة اختلفوا فمنهم من قال: هو عقد والإباحة والتحليل عبارة عنه، وهو مذهب السيّد المرتضى ذكره في انتصاره^(٣).

والباقون الأكثرون قالوا: هو تمليك منفعة مع بقاء الأصل، وهو مذهب

١- النساء: ٢٥.

٢- قارن النهاية: ٤٩٣.

٣- الانتصار: ١١٨.

شيخنا أبي جعفر الطوسي عليه السلام وشيخنا المفيد وغيرهما من المشيخة، وهو الذي يقوى في نفسي، وبه أفتي، ويجري ذلك مجرى إسكان الدار وإباحة منافع الحيوان، إذ لا يمنع من ذلك مانع من كتاب ولا سنة، ولا دليل عقل، ولا إجماع منعقد، إلا أنّ شيخنا أبا جعفر في مبسوطه يجعل من شروطه أن تكون المدة معلومة، ويكون الولد لاحقاً بأمه، ويكون رقاً إلا أن يشترط الرجل الحرية^(١).

والصحيح من المذهب والأقوال، والذي تقتضيه الأدلة: أنّ الولد بمجرد العقد في المعقود عليها من الإماء، أو المباحة المحللة بمجرد الإباحة والتحليل يكون الولد حرّاً، إلا أن يشترطه المولى، لأنّ إجماع أصحابنا منعقد على أنّ كلّ وطء مباح حلال يلحق الولد بالحرية من أيّ طرفي المتعاقدين الزوجين كانت، سواء كان بعقد أو إباحة أو نكاح فاسد أو وطء شبهة.

والمخالف يلحقه بأمه ولا يلحقه بآبيه، فإن كانت حرة كان حرّاً، ولا يعتد بآبيه، وإن كانت أمة كان رقاً ولا يلتفت إلى آبيه وإن كان أبوه حرّاً، وأصحابنا على خلاف مذهب المخالف.

ومما يتفردون به من القوم وقد سأل السيّد المرتضى نفسه فقال: مسألة في خبر الواحد، إن سأل سائل فقال: كيف تنكرون أن تكون أخبار الآحاد في الأحكام الشرعية ما لم تقم الحجة بالعمل بها، فقد وجدنا الإمامية مختلفون فيما بينهم في أحكام شرعية معروفة، ويستند كلّ فريق منهم إلى أخبار آحاد في

مذهبه، ولا يخرج كل فريق من موالاة الفريق الآخر وإن خالفه، ولا يحكم بتكفيره وتضليله، وهذا يقتضي أنه إنَّما يرجع عن مكانه عن موالاته، لأنه استند فيما ذهب إليه إلى ما هو حجة.

والجواب أن أخبار الأحاد مما لم يقم بها دلالة شرعية على وجوب العمل بها، ولا انقطع العذر بذلك، وإذا كان خبر الواحد لا يوجب علماً ولا عملاً، وإنَّما يقتضي إذا كان راويه على غاية العدالة ظناً فالتجوز لكونه كاذباً ثابت، والعمل بقوله يقتضي الإقدام على ما يعلم قبحه، فأما الاستدلال على أن الحجة ثابتة بقبول أخبار الأحاد بآثان لا نكفر من خالفنا في بعض الأحكام الشرعية من الإمامية، ولا نرجع عن موالاته فلا شبهة في بعده، لأننا لا نكفر ولا نرجع عن موالاته من خالف من أصحابنا في بعض الشرعيات، وإن استند في ذلك المذهب إلى التقليد، أو رجع فيه إلى شبهة معلوم بطلانها، ولم يدل عدولنا عن تكفيره، وتمسكنا بموالاته، على أن التقليد الذي تمسك به، واعتمد في مذهبه ذلك عليه حق، وأن فيه الحجة، فكذلك ما ظنَّه السائل.

وبعد فلو كنَّا إنَّما عدلنا عن تكفيره، وأقمنا على موالاته من حيث استند من أخبار الأحاد إلى ما قامت به الحجة في الشريعة، لكنَّا لا نخطئه ولا نأمره بالرجوع عمَّا ذهب إليه، لأن من عوّل على مذهب ما فيه الحجة، لا يستنزل عنه، ونحن نخطئ من أصحابنا من خالفنا فيما قامت الأدلة الصحيحة عليه من الأحكام الشرعية، ونأمره بالرجوع إلى الحق، وترك ما هو عليه، وإنَّما لا نضيف

إلى هذه التخطئة التكفير والرجوع عن الموالاة، وليس كل مخطئ كافراً وغير مسلم.

إنّ المحق من أصحابنا في الأحكام الشرعية إنّما عوّل فيها ذهب إليه على أخبار الآحاد، ومن عوّل على خبر الواحد وهو لا يوجب علماً، كيف يكون عالماً قاطعاً.

وما بقي ممّا نحتاج إليه في هذا الكلام إلّا أن نبين من أيّ وجه لم نكفر من خالفنا في بعض الشرعيات من أصحابنا مع العلم بأنّه مبطل، والوجه في ذلك أنّ التكفير يقتضي تعلّق أحكام شرعية كنفي الموالاة والتوارث والتناكح وما يجري مجرى ذلك، وهذا إنّما يعلم بالأدلة القاطعة، وقد قامت الدلالة وأجمعت الفرقة المحقّة على كفر من خالفنا في الأصول كالتوحيد والعدل والنبوة والإمامة، فأما خلاف بعض أصحابنا لبعض في فروع الشرعيات، فما لم يقدّم دليل على كفر المخطئ، ولو كان كفراً لقامت الدلالة على ذلك من حاله، وكونه معصية وذنباً، لا يوجب عندنا الرجوع عن الموالاة كما نقول ذلك في معصيته ليست بكفر.

فإن قيل: فلو خالف بعض أصحابكم في مسح الرجلين، وذهب إلى غسلها، وفي أنّ الطلاق الثلاث يقع جميعه، أكنتم تقيمون على موالاته؟

قلنا: هذا ممّا لا يجوز أن يخالف فيها إمامي، لأنّ هذه الأحكام وما أشبهها معلوم ضرورة أنّه مذهب الأئمة عليهم السلام، وعليه إجماع الفرقة المحقّة، فلا يخالف

فيها من وافق في أصول مذهب الإمامية ومن خالف في اصولهم كفر بذلك.

فان قيل: أفلستم تكفّرون مخالفيكم من خالف في صغير فروع الشرعيات وكبيرها، فكيف يكفر المخالف بما لا يكفر به الموافق ؟

قلنا: نحن لا نكفر مخالفنا إذا خالف في فروع لو خالف فيه موافق من أصحابنا لم نكفّره، وإنما نكفر المخالف في ذلك الفرع بما ذهب إليه من المذاهب التي تقتضي تكفيره.

مثال ذلك: أنّ من خالف من أصحابنا وقال: إنّ ولد الحرّ من المملوكة مملوك إذا لم يشترط لم يكن بذلك كافراً، وكان هذا القول باطلاً، وكذلك المخالف لنا في الأصول إذا خالف في هذه المسألة وقال: إنّ الولد مملوك لا يكون بهذا القول بعينه كافراً، وإنما نكفّره على الجملة بما خالف فيه مما يقتضي الأدلة أن يكون كافراً، هذا آخر كلام السيّد المرتضى^(١) احتجنا أن نورد المسألة والجواب على وجهها لنبيّن مقصودنا من ذلك، وهو قوله: مثال ذلك أنّ من خالف من أصحابنا وقال: إنّ ولد الحرّ من المملوكة مملوك إذا لم يشترط لم يكن بذلك كافراً، وكان هذا القول باطلاً فدلّ على أنّ الولد حرّ إذا كان أبوه حرّاً وأمه مملوكة وكان الوطء حلالاً مباحاً، وارتفع الشرط، سواء كان هذا الوطء بعقد أو بإباحة المولى، لأنّ اطلاق كلام السيّد المرتضى يقتضي ذلك، ويدلّ عليه، فدلّ على أنّه إجماع منعقد من أصحابنا.

وقال شيخنا أبو جعفر الطوسي في الجزء الخامس في المبسوط، في فصل في حد القاذف: إذا قذف رجلاً ثم اختلفا، فقال القاذف: أنت رق فلا حدّ عليّ، وقال المذدوف: أنا حرّ فعليك الحد، لم يخل المذدوف من ثلاثة أحوال: إمّا أن يعلم أنّه حرّ أو عبد أو يشك فيه، فإن عرف أنّه حرّ مثل إن علم أنّ أحد أبويه حرّ عندنا، أو يعلم أنّ أمه حرّة عندهم وإن كان عبداً فأعتق، فعلى القاذف الحد، وإن عرف أنّه مملوك فلا حدّ على القاذف وعليه التعزير، وإن أشكل الأمر كالرجل الغريب لا يعرف ولا يخبر، أو كاللقط قال قوم: القول قول القاذف^(١)، إلى هاهنا كلام الشيخ في المبسوط.

مقصودي منه قوله: فإن عرف أنّه حرّ، مثل إن علم أنّ أحد أبويه حرّ عندنا، ولم يشترط في الوطء بعقد أو إباحة، بل أطلق القول بذلك، وأنّه متى كان أحد أبويه حرّاً فهو حرّ عندنا، يعني عند أصحابنا الإمامية.

وقال في الجزء الخامس أيضاً في فصل دية الجنين: ديته مائة دينار، ويجب ذلك في الجنين الكامل، وكما له بالاسلام والحرية، أما إسلامه بأبويه أو بأحدهما، وأما الحرية فمن وجوه: أن تكون أمّه حرّة، أو تحبل الأمة في ملكه، أو يتزوّج امرأة على أنّها حرّة فإذا هي أمة، أو يطأ على فراشه امرأة يعتقدها زوجته الحرّة، فإذا هي أمة، ففي كلّ هذا يكون حرّاً بلا خلاف، وعندنا إذا كان أبوه أيضاً حرّاً، وإن كانت الأم مملوكة، فإنّ الولد يلحق بالحرّة عندنا، وفي كلّ هذه المواضع

ما تقدّم ذكره من مائة دينار^(١).

وقال أيضاً شيخنا أبو جعفر الطوسي في الجزء الثاني من مسائل خلافه في كتاب الرهن: مسألة، إذا أتت هذه الجارية الموطوءة بإذن الراهن بولد كان حرّاً لاحقاً بالمرتهن بالاجماع، فلا يلزمه عندنا قيمته، وللشافعي فيه قولان: أحدهما يجب عليه قيمته وبه قال المروزي، والآخر لا يجب.

دلّلنا ما قدّمناه من أنّ الأصل براءة الذمّة، ووجوب القيمة يحتاج إلى دليل^(٢)، هذا آخر كلام شيخنا.

ألا ترى إلى قوله: كان حرّاً لاحقاً بالمرتهن بالاجماع، ولا يلزمه عندنا قيمته، ولم يتعرّض للشرط، ولا ذكره جملة، فقد رجّع عمّا ذكره في نهايته ومبسوطه، فهو محجوج بهذا القول الذي ذهب إليه، وحكيناه عنه في مسائل خلافه، وما أورده في نهايته فمن طريق أخبار الأحاد، لا على جهة العمل والاعتقاد، وهو خبر واحد رواية ضريس الكناسي^(٣) وبأزائه أخبار كثيرة معارضة له، تنضمّن أنّ الولد حرّ بمجرد الإباحة والتحليل، وأصول المذهب تقتضي أنّ الولد يلحق بأبيه، إلّا ما قام عليه الدليل، رجعنا إلى تقسيمنا.

١- المبسوط ٧: ١٩٣.

٢- الخلاف ١: ٦٠٦.

٣- ضريس بن عبد الملك بن أعين الشيباني الكوفي، وإنّما قيل له الكناسي لأنّ محل تجارته كان بالكناسة، وكان صهر عمه حمران بن أعين، خبر فاضل ثقة كما في الكشي وغيره. جامع الرواة ٤١٨: ١، وخبره المشار إليه في المتن وهو مروى في التهذيب ٧: ٢٤٦.

والثالث أن يملكهن فيستبيح وطأهن بملك اليمين، وإذا أحل وأباح الرجل جاريته لأخيه والمرأة لأخيها أو لزوجها حلّ له منها ما أحله له مالكةا، وإن أحلّ له وطأها أحلّ له كلّ شيء منها - ممّا يرجع إلى الاستمتاع من تقبيل ولمس وعناق وغير ذلك - وإن أحلّ له ما دون الوطء فليس له إلّا ما جعله منه في حلّ، إن أحلّ له خدمتها لم يكن له سوى الخدمة شيء، وإن أحلّ له مباشرتها وتقبيلها كان له ذلك ولم يكن له وطؤها، فإن وطئها في هذه الحال كان عاصياً، وإن أتت بولد كان رقاً لمولاهها، ويلزمه مهر أمثالها^(١).

وقال بعض أصحابنا وهو شيخنا أبو جعفر في نهايته: يلزمه عشر قيمتها إن كانت بكرًا، وإن كانت غير بكر لزمه نصف عشر قيمتها^(٢).

وقال أيضاً: ومتى جعله في حلّ من وطئها وأتت بولد كان لمولاهها، وعلى أبيه أن يشتريه بهاله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال استسعى في ثمنه^(٣).

قال محمد بن إدريس رحمته الله: وقد قلنا ما عندنا في ذلك، وحكي لنا رجوعه في مسائل خلافه، وأيضاً فلا يجب على الإنسان أن يشتري ولده إذا كان الولد مملوكاً بغير خلاف، فكيف أوجب عليه شراؤه، ولا يجب عليه أن يستسعى في فك رقبة ولده من الرق، بغير خلاف بيننا.

١- قارن النهاية: ٤٩٣.

٢- النهاية: ٤٩٤.

٣- قارن النهاية: ٤٩٤.

ثم قال أيضاً في نهايته: ولا يجوز للرجل أن يجعل عبده في حل من وطء جاريته، فإن أراد ذلك عقد له عليها عقداً^(١).

قال محمد بن إدريس رحمته الله: لا مانع من تحليل عبده وطء جاريته من كتاب ولا سنة ولا إجماع، والأصل الإباحة، بل قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ وقوله: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ دليل على صحة ذلك.

ثم قال أيضاً في نهايته: وينبغي أن يراعى فيما ذكرناه لفظ التحليل، هو أن يقول الرجل المالك للامة لمن يحملها له: جعلتك في حل من وطء هذه الجارية، أو احللت لك وطءها^(٢).

قال محمد بن إدريس: ليس قول شيخنا ينبغي أن يراعى فيما ذكرناه لفظ التحليل بمانع من غيره من الألفاظ، وهو قوله: أبحتك وطءها ولا منع منه، وإنما قال: ولا يجوز لفظة العارية في ذلك^(٣) لشناعة المخالف علينا، فإثمهم يقولون هؤلاء يعيرون الفروج، يريدون بذلك في الحرائر، ومعاذ الله أن نقول ذلك، وإنما يتخرون علينا بما لا نقوله، ولا نذهب بحمد الله إليه، فتحرز أصحابنا خوفاً من الشناعة فقالوا: ولا يجوز لفظ العارية في ذلك حراسة من التشنيع، وقد قلنا

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

فيها مضى إن ذلك تمليك منافع كتمليك منافع الدار والفرس.

وقد ذهب شيخنا في مبسوطه في باب العارية إلى ما اخترناه فقال:
ولا يجوز إعارة الجارية للإستمتاع بها، لأنّ البضع لا يستباح بالعارية، وحكي
عن مالك جواز ذلك، وعندنا يجوز ذلك بلفظ الإباحة، ولا يجوز بلفظ
العارية^(١)، هذا آخر كلامه في مبسوطه.

وإذا كان الرجل مالكا لنصف الجارية، والنصف الآخر منها يكون حراً،
لم يجوز له وطؤها، بل يكون له من خدمتها يوم ولها من نفسها يوم.
وروي أنّه إذا أراد العقد عليها في يومها عقد عليها عقد المؤجل، وكان
ذلك جائزاً^(٢).

ومتى ملك الرجل جارية بأحد وجوه التمليكات من بيع أو هبة أو سبي
أو غير ذلك، لم يجوز له وطؤها في قبلها إلّا بعد أن يستبرأها بحیضة إن كانت ممن
تحیض، وإن لم تكن ممن تحیض ومثلها تحیض استبرأها بخمسة وأربعين يوماً،
وإن كانت قد يشست من المحيض أو لم تكن قد بلغت لم يكن عليه استبراء^(٣).

وكذلك يجب على الذي يريد بيع جارية كان يطأها أن يستبرأها إمّا
بحیضة أو بخمسة وأربعين يوماً^(٤)، فإن استبرأها البائع ثمّ باعها لم يسقط عن

١- المبسوط ٣: ٥٧.

٢- قارن النهاية: ٤٩٤.

٣- قارن النهاية: ٤٩٥.

٤- اضافة من المصدر.

المشتري الاستبراء الذي يجب عليه، وقد روي أنه إن كان البائع موثقاً به جاز للذي يشتريها أن يطأها من غير استبراء، أورد هذه الرواية شيخنا أبو جعفر في نهايته^(١) رجع عنه في مسائل خلافه^(٢) وهو الصحيح، لأن فعل البائع لا يسقط عن المشتري ما يجب عليه من الاستبراء.

وكذلك إن كانت المملوكة لامرأة فيستحب للمشتري استبراؤها عند بعض أصحابنا، والأولى عندي وجوب استبرائها.

فإن اشترى جارية فأعتقها قبل أن يستبرأها، جاز له العقد عليها من دون استبراء، وحل له وطؤها، والأفضل أن لا يطأها إلا بعد الاستبراء، ومتى أعتقها وكان قد وطئها جاز له العقد عليها ووطؤها ولم يكن عليه استبراء على حال، فإن أراد غيره العقد عليها لم يجوز له ذلك إلا بعد خروجها من عدتها^(٣) على ما رواه بعض أصحابنا، إما بثلاثة أشهر^(٤) أو ثلاثة أقراء، وعلى حسب حالها.

ومتى اشترى رجل جارية وهي حائض تركها حتى تطهر، لم يحل له وطؤها، وكان ذلك كافياً في استبراء رجمها^(٥) على ما روي في بعض الأخبار، والأظهر الصحيح وجوب الاستبراء بقرنين.

١- النهاية: ٤٩٥.

٢- الخلاف: ١: ٥٦٣.

٣- قارن النهاية: ٤٩٥.

٤- كما في النهاية: ٤٩٥.

٥- قارن النهاية: ٤٩٦.

ومتى اشترى رجل جارية حاملاً كره له وطؤها في القبل، دون أن يكون ذلك محرماً محظوراً على الأظهر من أقوال أصحابنا، وهو الذي يقتضيه أصول المذهب، سواء مضى أربعة أشهر أو أقل منها.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: ومتى اشترى جارية حاملاً لم يجز له وطؤها إلا بعد وضعها الحمل، أو يمضي عليها أربعة أشهر وعشرة أيام، فإن أراد طؤها قبل ذلك وطئها فيها دون الفرج^(١).

وكذلك من اشترى جارية وأراد طؤها قبل الإستبراء، جاز له فيها دون الفرج^(٢)، وذهب شيخنا المفيد في مقننته إلى مضى أربعة أشهر فحسب^(٣)، إلا أن شيخنا أبا جعفر^(٤) رجع في مسائل خلافه عما ذكره في نهايته فقال: مسألة، إذا اشترى أمة حاملاً كره له وطؤها قبل أن يصير لها أربعة أشهر، فإن مضى لها ذلك لم يكره له وطؤها، حتى تضع، وقال الشافعي وغيره: لا يجوز وطؤها في الفرج، دليلنا إجماع الفرقة، والأصل الإباحة وعدم المانع^(٥)، وهذا آخر كلامه^(٦).

قال محمد بن إدريس: دليلنا نحن على صحة ما اخترناه قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ فأباحنا تعالى وطء ما ملكت أيماننا بمجرد الملكية، والآية عامة، فمن خصصها يحتاج إلى دليل، وأيضاً الأصل الإباحة، ولا مانع من ذلك من

١- النهاية: ٤٩٦.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المقننة: ٨٥.

٤- الخلاف ٢: ٣١٦.

كتاب، أو سنة مقطوع بها، أو إجماع.

وإذا باع جارية من غيره ثم استقال المشتري فأقاله، فإن كان قد قبضها إتياء وجب عليه الإستبراء، وإن لم يكن قبضها لم يجب عليه ذلك^(١) إذا أراد وطأها.

إذا طلقت الأمة المزوجة بعد الدخول بها، وأخذت في العدة ثم باعها مولاهما فالواجب عليها إتمام العدة، ولم يميز للمشتري وطؤها إلا بعد استبرائها بعد العدة، لأنهما حكمان لمكلفين لا يتداخلان، فإسقاط أحدهما بالآخر يحتاج إلى دليل، وهذا القول مذهب شيخنا أبي جعفر في مبسوطه^(٢) وهو الصحيح الحق اليقين.

إذا باع جارية فظهر بها حمل فادعى البائع أنه منه، ولم يكن أقر بوطئها عند البيع، ولم يصدقه المشتري، لا خلاف أن إقراره لا يقبل فيما يؤدي إلى فساد البيع، وهل يقبل إقراره في الحاق هذا النسب أم لا؟ عندنا أنه يقبل إقراره لأن إقرار العاقل على نفسه مقبول ما لم يؤد إلى ضرر على غيره، وليس في هذا ضرر على غيره، فوجب قبوله وجوازه^(٣).

ولا بأس أن يجمع الرجل بملك اليمين ما شاء من العدد، مباح له ذلك،

١- قارن الخلاف ٢: ٣١٥.

٢- المبسوط ٥: ٢٦٩ باقتضاب. ولكن في الخلاف أطلق القول بعدم الحاجة إلى استبراء ثان والاكتفاء بعدة الطلاق راجع ٢: ٣١٦.

٣- قارن الخلاف ٢: ٣١٦.

ولا يجمع بين الأختين في الوطء، ويجوز أن يجمع بينهما في الملك والاستخدام^(١). وكذلك لا بأس أن يجمع بين الأم والبنت في الملك، ولا يجمع بينهما في الوطء، فمتى وطئ واحدة منهما حرم عليه وطء الأخرى تحريم أبدي^(٢)، فأما الاختان فمتى وطئ إحداها حرم عليه وطء الأخرى تحريم جمع، إلى أن يخرج الموطوءة من ملكه، فإن وطئ الأخرى بعد وطئه الأولى قبل إخراجها من ملكه، كان معاقباً ماثوماً، ولا يحرم عليه وطء الأولى، بل التحريم باق في الأخرى، كما كان قبل وطئه لها.

وقال بعض أصحابنا: إذا وطئ الأخرى بعد وطئه الأولى، حرمت عليه الأولى إلى أن تخرج الأخيرة من ملكه، ولا وجه لهذا القول، لأنه لا دليل عليه من كتاب، ولا سنة مقطوع بها، ولا إجماع منعقد، والأصل الإباحة، وقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ يعضد ذلك، ولا يرجع عن الأدلة بأخبار الآحاد التي لا توجب علماً ولا عملاً.

ولا يجوز للإنسان أن يطأ جارية قد وطئها أبوه وطءاً حلالاً، ويجوز له أن يملكها وإن وطئها أبوه، وحكم الابن في هذا حكم الأب سواء.

وقد روي: أن الأب إذا قبل جاريته بشهوة، أو نظر منها إلى ما يحرم على غير مالئها النظر إليه من غير وطء حرمت على ابنه، وكذلك الابن حكمه في

١- قارن النهاية: ٤٩٦.

٢- المصدر السابق نفسه.

هذا سواء، وهو الذي أورده شيخنا في نهايته^(١).

وقال شيخنا المفيد في مقننته: أنّ جارية الأب بعد التقبيل بالشهوة أو النظر منها إلى ما يحرم على غير مالکها النظر إليه قبل الوطء تحرم على ابنه، وليس كذلك جارية الابن عند هذه الحال^(٢).

والفقيه سلّار قال في رسالته: لا تحرم الجارية على كلّ واحد من الأب والابن بالنظر بالشهوة والتقبيل^(٣).

والذي تقتضيه أصول مذهبنا أنّ الجاريتين عند هذه الحال غير محرّمتين على كلّ واحد من الأب والابن، إذا ملکها كلّ واحد منهما ووطئها وطءاً شرعياً لقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ وهذه ملك يمين إذا صارت إليه، وقال تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ وهذه قد طابت، ولا دليل يعدلنا عن هاتين الآيتين من كتاب، ولا سنة مقطوع بها، ولا إجماع منعقد، بل الخلاف بين أصحابنا ظاهر في ذلك، والأصل الإباحة، فمن ادّعى الحظر يحتاج إلى دليل، ولا يرجع عن ظاهر الكتاب بأخبار الآحاد، وجميع المحرّمات اللواتي قدّمنا ذكرهنّ بالنسب والسبب في العقد يحرم أيضاً وطؤهنّ بملك الأيوان.

١- النهاية: ٤٩٦.

٢- المقننة: ٧٧.

٣- الموجود في المراسم في ذكر شرائط الانكحة وقد روي: أنّ الأب إذا نظر من أمته إلى ما يحرم على غيره النظر إليه بشهوة لا تحلّ لابنه أبداً.

ولا يجوز للرجل وطء جاريته إذا كان قد زوّجها من غيره، إلا بعد مفارقة الزوج لها، وانقضاء عدّتها إن كانت مدخولاً بها، ولا يجوز له أن يطأ جارية له معه فيها شريك^(١).

وإذا زوّج الرجل جاريته من غيره، فلا يجوز له النظر إليها منكشفة ولا متجردة من ثيابها، إلا بعد مفارقة الزوج لها^(٢) وانقضاء عدّتها على ما قدّمناه.

ومن اشترى جارية كان لها زوج زوّجها مولاها، لم يكن عليه الإمتناع من وطئها إلا مدة استبراء رحمها ما لم يرض بذلك العقد، فإن رضي به لم يجز له وطؤها إلا بعد مفارقة الزوج لها بالطلاق أو الموت^(٣) وانقضاء عدّتها.

ولا بأس أن يشتري الرجل امرأة لها زوج من دار الحرب.

وكذلك لا بأس أن يشتري بنت الرجل أو ابنه إذا كانوا مستحقين للسبي، وكذلك لا بأس أن يشتريهم إن كانوا قد سباهم أهل الضلال إذا كانوا مستحقين للسبي^(٤).

وإذا كان للرجل جارية وأراد أن يعتقها ويجعل عتقها مهرها جاز له ذلك، إلا أنه متى أراحه ينبغي أن يقدم لفظ العقد على العتق، بأن يقول: تزوّجتك

١- قارن النهاية: ٤٩٧.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

وجعلت مهر ك عتقك، فإن قدّم العتق على التزويج بأن يقول: أعتقتك وتزوّجتك وجعلت مهر ك عتقك مضى العتق، وكانت خيرة بين الرضا بالعقد والامتناع من قبوله^(١) فإن قبلته مضى، وكان لها عليه إذا دخل بها مهر المثل، وهذا جميعه حكم شرعي، دليل صحته انعقاد الإجماع من أصحابنا عليه، وإلا فكيف يصحّ تزويج الإنسان نفسه من جاريته قبل عتقها.

فإن طلق التي جعل عتقها مهرها قبل الدخول بها رجع نصفها رقاً، واستسعت في ذلك النصف، فإن لم تستع فيه كان له منها يوم ولها من نفسها يوم في الخدمة^(٢).

ويجوز أن تشتري من سهم الرقاب، هكذا أورد شيخنا في نهايته^(٣) من طريق أخبار الأحاد إيراداً لا اعتقاداً.

والذي تقتضيه أصول المذهب أنّه إذا طلقها قبل الدخول بها يكون له عليها نصف قيمتها وقت العقد عليها، لأنّ عندنا بلا خلاف بيننا أنّ المهر يستحق بنفس العقد جميعه، وتملكه الزوجة، والمهر هاهنا نفسها فقد ملكت نفسها جميعها، وصارت حرة، فكيف يعود بعضها مملوكاً والحر لا يصير مملوكاً،

١- قارن النهاية: ٤٩٧.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- لعلّ المصنف يشير إلى ما ورد في النهاية: ٥٥٢ من قوله: وإذا كان المكاتب غير مشروط عليه وعجز عن توفية ثمنه كان على الإمام أن يفكّ رقبته من سهم الرقاب. ولم أقف على ما ذكره في نسق الفروع السابقة، كما لم أجدها فيما احتملت في مظانها من كتاب الزكاة.

وإلى هذا يذهب ابن البراج في المذهب^(١).

وقد روي: أنه إن كان لها ولد، له مال ألزم أن يؤدّي عنها النصف الباقي، ولا دليل على هذه الرواية من كتاب ولا سنة ولا إجماع، والأصل براءة الذمة، وإن كان قد أوردتها شيخنا في نهايته^(٢) إيراداً لا اعتقاداً.

وقد روي: إذا جعل عتقها صداقها ولم يكن أدّى ثمنها، ثمّ مات فإن كان له مال يحيط بثمان رقبته أدّى عنه، وكان العتق والنكاح ماضيين، وإن لم يترك غيرها كان العتق والنكاح فاسدين، وترجع الأمة إلى مولاهما الأول، وإن كانت قد علقت منه كان حكم ولدها حكمها في كونها رقاً^(٣).

والذي تقتضيه أصول المذهب ترك العمل بهذه الرواية، والعدول عنها، لأنّها مخالفة للأدلة القاهرة، لا يعضدها كتاب، ولا سنة، ولا إجماع بل الكتاب مخالف لها، والسنة تضادّها، والإجماع ينافيها، لأنّ الحرّ لا يعود رقاً والعتق صحيح بالإجماع، وكذلك النكاح، والولد انعقد حرّاً بالإجماع فكيف يعود رقاً؟ فإن قيل: البائع يعود في عين سلعته إذا مات المشتري ولم يترك وفاء للأيمان.

قلنا: إذا مات والسلع باقٍ على ملكه، وهذه الأمة قد خرجت عن ملكه

١- لم تحصل بيدي نسخة منه فعلاً.

٢- النهاية: ٤٩٨.

٣- قارن النهاية: ٤٩٨.

بالتعق، كما لو باعها من آخر ثم مات فبالإجماع لا يرجع فيها البائع، ثم الولد كيف يرجع فيه، وهو نماء منفصل، وإثنا البائع يرجع في عين السلعة دون نوائها المنفصل بلا خلاف، فلا نعدل عن الأدلة بأخبار الأحاد التي لا توجب علماً ولا عملاً، وإثنا أورد ذلك شيخنا في نهايته إيراداً من طريق أخبار الأحاد دون العمل والاعتقاد.

وإذا كان للرجل ولد كبير وله جارية، لم يجوز له وطؤها إلا بإذن ولده^(١) في نكاحها أو العقد عليها، فإن عقد له عليها أو أذن له في وطئها وأنت بولد من أبيه، فإنها لا تنعتق على مولاه، فإن كان الولد ذكراً فهو ملك لأخيه، لأن الإنسان إذا ملك أخاه لا ينعتق عليه، وإن كان الولد انثى، فإنها تنعتق على أخيها الذي هو مولى أمها، لأن الإنسان إذا ملك من يحرم عليه وطؤها من الأنساب فإنه ينعتق عليه بلا خلاف، هذا إذا شرط مولى الجارية في حال العقد على والده كون الولد رقاً له، فأما إذا لم يشترط على أبيه كون الولد رقاً فالولد حرّ بلا خلاف بيننا.

وإن كان مولى الجارية الذي هو الولد صغيراً جاز لأبيه وطؤها بعد تقويمها على نفسه، وشرائها من نفسه، ويكون ضامناً للثمن، ولا يجوز له وطؤها قبل ذلك^(٢).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

والمرأة الحرّة إذا كان لها زوج مملوك فورثته واشترته بطل ذلك العقد، فإن أرادته لم يكن لها ذلك إلا بأن تعتقه وتزوّج به^(١).

إذا أذن الرجل لعبده التزويج فتزوّج وجب على السيّد المهر إذا عقد العبد على مهر المثل، وتجب عليه النفقة - أعني السيّد - بشرط التمكين للعبد من الاستمتاع، فإن أبقى بعد ذلك لم يكن لها على مولاه نفقة، وقد بانّت من الزوج، وكان عليها العدة منه، فإن رجع العبد قبل خروجها من العدة كان أملك برجعته، فإن عاد بعد انقضاء عدتها لم يكن له عليها سبيل، على ما روي في بعض الأخبار، أورده شيخنا في نهايته^(٢) ولم يورده غيره، وقد اعتذرنا له بما اعتذر لنفسه فيها يورده في كتاب النهاية.

والذي تقتضيه الأدلة أنّ النفقة ثابتة على السيّد، وأنها لا تبين من الزوج، والزوجية بينهما باقية، لأنها الأصل، والبيّنة تحتاج إلى دليل قاطع به، من طلاق الزوج، أو موته، أو بيع سيده له وفسخ المشتري، أو لعان، أو ارتداد، وليس الإباق واحداً من ذلك.

وإذا كان العبد بين شريكين، وأذن له أحدهما في التزويج فتزوّج، ثم علم الآخر كان مخيراً بين إمضاء العقد وبين فسخه^(٣).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- النهاية: ٤٩٨.

٣- قارن النهاية: ٤٩٨.

ولا بأس أن يطاء الرجل جاريته وفي البيت معه غيره، وكذلك لا بأس أن ينام بين جاريتين، ويكره جميع ذلك في الحرائر من النساء^(١).

وقد روي: أنه إذا اشترى الرجل جارية ومضى عليها ستة أشهر لم تحض فيها ولم تكن حاملاً، كان له ردّها لأنّه عيب يوجب الرد^(٢).

وإذا زوج الرجل أمته من غيره وسمّى لها مهرًا معينًا، ثم باع المولى الجارية قبل الدخول بها لم يكن له المطالبة بشيء من المهر، لأنّ كلّ فسخ جاء من قبل النساء قبل الدخول بهنّ فإنّه يبطل مهورهنّ، وهذا فسخ جاء من قبل مولى الجارية.

وكذلك ليس لمن يشتريها أيضاً المطالبة بالمهر، إلّا أن يرضى بالعقد^(٣)، فإن رضي المشتري بالعقد كان رضاه كالعقد المستأنف، وله حيثنّ المطالبة بالمهر كملًا، فإن طلقها الزوج قبل الدخول استحقّ المشتري نصفه، وإن طلقها بعد الدخول استحقّه كلّّه، فإن كان الزوج قد دخل بها قبل أن يبيعهها مولاها الأوّل، فإنّ المهر للمولى الأوّل ويستحقّه جميعه، لأنّ بالدخول يستقرّ جميع المهر، وله المطالبة به، فإن رضي المولى الثاني الذي هو المشتري بالعقد الأوّل لم يكن له مهر على الزوج، لأنّ عقداً واحداً لا يستحقّ عليه مهراّن، وإن لم يرض بالعقد الأوّل

١- قارن النهاية: ٤٩٩.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

انفسخ النكاح، وكان للمولى الأول المطالبة بكمال المهر، وإن لم يكن استوفاه ولا قبضه، فهذا تحرير الفتيا.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: وإذا زوّج الرجل أمته من غيره، وسمّى لها مهرًا معيّنًا، وقدم الرجل من جملة المهر شيئاً معيّنًا ثمّ باع الرجل الجارية لم يكن له المطالبة بباقي المهر، ولا لمن يشتريها، إلّا أن يرضى بالعقد^(١)، وأطلق الكلام ولم يفصّله.

وقال في مبسوطه: إذا زوّج الرجل أمته كان له بيعها، فإذا باعها كان بيعها طلاقها عندنا، وخالف الجميع في ذلك وقالوا العقد باق بحاله^(٢).

ثمّ قال: فأما المهر فإن كان الرجل قد دخل بها فقد استقرّ المهر، كان السيّد الأول قبضه فذلك له، وإلا كان للثاني مطالبة الزوج به، وإن لم يكن دخل بها لم يجب على الزوج تسليم المهر، وإن كان الزوج قد أقبضه استردّه، وإن لم يكن أقبضه لم يكن عليه إقباضه^(٣).

ثمّ قال: والمهر لا يخلو من ثلاثة أحوال: إما أن يكون صحيحاً، أو فاسداً، أو مفروضة، فإن كان صحيحاً وهو المسمّى بالعقد كان للسيّد الأول، لأنّه وجب بالعقد، وكانت حين العقد في ملكه^(٤).

١- النهاية: ٤٩٩.

٢- المبسوط ٤: ١٩٧.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

وأما المفوضة وهو أن يكون نكاح بلا مهر، أو يقول زوجتكها على أن لا مهر لها، فالمهر لا يجب بالعقد، لكن السيد يفرض مهرأ، فإذا فرض لها المهر، فإن كان قبل البيع فهو للأول لأنه وجب والملك له، فإن كان الفرض بعد البيع، قيل فيه وجهان: أحدهما أنه للثاني، والثاني أنه للأول^(١).

وهكذا: إذا زوج أمته مفوضة ثم اعتقها، ثم فرض المهر فيه وجهان: أحدهما أنه لها، الثاني كان لسيدها على ما قلناه، وعلى ما قدمناه من أن بيعها طلاقها، فالمهر إن كان قد قبضه الأول فهو له، فإن كان بعد الدخول فقد استقر، وإن كان قبل الدخول فعليه أن يرد نصفه، وإن لم يقبضه فلا مهر لها لا للأول ولا للثاني^(٢).

فإن اختار المشتري إمضاء العقد، ولم يكن قد قبض الأول المهر كان للثاني، لأنه يحدث في ملكه، فإن دخل بها بعد الشراء استقر له الكل، وإن طلقها قبل الدخول كان عليه نصف المهر للثاني، وإن كان الأول قد قبض المهر ورضي الثاني بالعقد لم يكن له شيء، لأنه لا يكون مهران في عقد واحد^(٣). هذا آخر كلام شيخنا أبي جعفر في مبسوطه، فأوردته هاهنا ليقف عليه ويتأمل، والذي حررناه واخترناه هو الذي تقتضيه أصول مذهبنا.

وإذا زوج الرجل مملوكاً له بامرأة حرة، كان المهر لازماً في ذمة المولى، فإن

١- المبسوط ٤: ١٩٨.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

باع العبد قبل الدخول بها وجب على المولى كمال المهر، وروي نصف المهر، أورد ذلك شيخنا أبو جعفر في نهايته^(١)، والذي تقتضيه أصول المذهب وجوب المهر كُملًا على المولى، لأنَّ عندنا يجب المهر بمجرد العقد، ويسقط نصفه بالطلاق قبل الدخول، وما عدا الطلاق فلا يُسقط منه شيئاً، وهذا ما طلق، وحمل ذلك على الطلاق قياس، وأيضاً حقوق الأدميين إذا وجبت لا تسقط إلاً بدليل، وأجمعنا على سقوط نصفه بالطلاق، فأما غيره فلا إجماع عليه.

وإذا زوّج الرجل جاريته من رجل حرّ ثمّ أعتقها، فإن مات زوّجها ورثته ولزمتها عدّة الحرّة المتوفّى عنها زوجها^(٢).

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: وإن علّق عتقها بموت زوجها، ثمّ مات الزوج لم يكن لها ميراث، وكان عليها عدّة الحرّة المتوفّى عنها زوجها^(٣).

قال محمّد بن إدريس عليه السلام: هذه رواية شاذّة أوردها إيراداً لا اعتقاداً، والذي تقتضيه أصول مذهبنا أنّ العتق باطل، لأنّ العتق بشرط بإجماعنا غير صحيح، وليس هذا تدبيراً، لأنّ حقيقة التدبير تعليق عتق المملوك بموت سيده دون موت غيره، لأنّه بغير خلاف عندنا بمنزلة الوصيّة، وإلاً ما كان يصحّ ذلك أيضاً لو لا الإجماع المنعقد عليه، فإذا لم يعتق كان يلزمه على مذهبه أن تكون

١- النهاية: ٤٩٩.

٢- قارن النهاية: ٤٩٩.

٣- النهاية: ٤٩٩.

عدتها شهرين وخمسة أيام، على ما ذهب إليه في نهايته، والأظهر أن عدّة الأمة المتوفى عنها زوجها عدّة الحرّة سواء، على ما سنبينه فيما بعد إن شاء الله.

وقال أيضاً في نهايته: فإن أعتق الرجل أم ولده، فارتدت بعد ذلك، وتزوّجت رجلاً ذمياً، ورزقت منه أولاداً، كان أولادها من الذمي رقاً للذي أعتقها، فإن لم يكن حياً كانوا رقاً لأولاده، ويعرض عليها الإسلام، فإن رجعت وإلاّ وجب عليها ما يجب على المرتدة عن الإسلام^(١).

قال محمد بن إدريس رحمه الله: الذي يقتضيه مذهبن أن أولادها لا يكونون رقاً، لأنه لا دليل على ذلك من كتاب أو سنة أو إجماع، بل الإجماع بخلافه، لأن ولد الحرّين حرّ بلا خلاف، وإنها هذه رواية شاذّة أوردها شيخنا إيراداً لا اعتقاداً، كما أورد أمثالها ممّا لا يعمل عليه، ولا يلتفت إليه.

وإذا كان للرجل جارية رزق منها ولداً، لم يجوز له بيعها ما دام الولد باقياً، فإن مات الولد جاز له بيعها، ويجوز بيعها مع وجود الولد في ثمن رقبته، إذا لم يكن مع المولى غيرها^(٢) وكان ثمنها بعينه ديناً عليه، فحينئذٍ يجوز بيعها عند أصحابنا، ودليل ذلك إجماعهم عليه، وأيضاً الأصل الملكية، فمن أخرجها من الملك يحتاج إلى دليل.

وأيضاً لا خلاف أن ديتها لو قتلت دية المالك، وهي قيمتها ما لم تتجاوز

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن النهاية: ٥٠٠.

دية الحرائر، وأيضاً لا خلاف في جواز وطئها للسيد، والوطء لا يحلّ إلا بعقد أو بملك يمين، فإن كان ولدها أعتقها فلا يحلّ لمولاها وطؤها إلا بعقد، والإجماع حاصل منعقد على أنّه يحلّ وطؤها من غير عقد، وأيضاً يصحّ كتابتها بإجماع المسلمين، وجميع أحكامها أحكام المالك.

وذهب السيد المرتضى من أصحابنا في كتابه الانتصار فقال: مسألة، ومما انفردت به الإمامية القول بجواز بيع أمهات الأولاد بعد وفاة أولادهنّ، ولا يجوز بيع أم الولد ولدها حيّ، وهذا هو موضع الانفراد^(١). وهذا آخر كلام المرتضى رحمته. فإن مات الرجل ولم يخلف غيرها، وكان ثمن رقبته ديناً على مولاها، بيعت وقضى بثمانها دينه، فإن كان له مال غيرها قضى الدين به، وجعلت في نصيب ولدها وتنتق^(٢).

ولا يجوز للرجل أن يتزوَّج بمكاتبته غيره، قبل أن تنقضي مكاتبته^(٣) سواء كانت المكاتبه مطلقة أو مشروطة، لأنّها لم تخلص للحرية، وحق السيد متعلّق بها، والفرج لا يتبعّض، فالمشروطة جميعها رق، والمطلقة لم يتحرّر جميعها، بل يتحرّر منها بمقدار ما أدّت فحسب.

* * *

١- الانتصار: ١٧٥.

٢- قارن النهاية: ٥٠٠.

٣- المصدر السابق نفسه.

باب أحكام الولادة والعقيقة والسنة فيهما وحكم الرضاع

إذا حضر المرأة الولادة فليتول أمرها النساء، ولا يقربها أحد من الرجال إلا عند عدم النساء، فإذا عدم النساء^(١) فذووا المحارم منها من الرجال.

وإذا ولد المولود يستحب أن يغسل بالماء، ويؤذن في أذنه اليمنى ويقام في أذنه اليسرى، ويحْتَك بِمَاءِ الْفِرَاتِ - المتشعب من أنهار شتى - إن وجد، فإن لم يوجد فبماء عذب، فإن لم يوجد إلا ماء ملح، مرس فيه شيء من العسل أو التمر ثم يحْتَك به، ويستحب أن يحْتَك بترية الحسين عليه السلام^(٢).

ومن حق الولد على والده أن يحسن إسمه، ويستحب من الأسماء أسماء الأنبياء والأئمة عليهم السلام، وأفضلها اسم نبينا والأئمة من ذريته عليهم السلام^(٣)، وبعد ذلك العبودية لله تعالى دون خلقه.

ولا بأس أن يكنّي الرجل ابنه في حال صغره، ولا يكنّه أبا القاسم إذا كان اسمه محمداً^(٤)، لأن هذه الكنية مخصوصة بالنبي، والقائم ابن الحسن عليه السلام.

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- قارن النهاية: ٥٠١.

٤- المصدر السابق نفسه.

وروي أنّه يكره أن يسمّي الرجل ابنه حكماً أو حكيماً أو خالداً أو مالكاً أو حارثاً^(١).

وإذا كان يوم السابع يستحب للإنسان أن يعقّ عن ولده بكبش إذا كان ذكراً، أو نعجة إن كان أنثى، والعقيقة سنة مؤكّدة، لا يتركها مع الاختيار^(٢) فهي شديدة الاستحباب، وقد ذهب بعض أصحابنا إلى أنّها على الإيجاب، وهو اختيار السيد المرتضى^(٣)، والمذهب الأوّل، لأنّ الأصل براءة الذمّة، ولا إجماع على ذلك.

فإن لم يعقّ الوالد عن ولده، ثمّ أدرك استحبّ له أن يعقّ عن نفسه، ولا يقوم في الاستحباب مقام العقيقة الصدقة بشمنها.

وإذا لم يتمكّن من العقيقة يوم السابع، استحب له قضاؤها إذا تمكّن منها^(٤).

ويستحب أيضاً أن يُخلق رأس الصبي يوم السابع، ويتصدّق بوزن شعره ذهباً أو فضّة، ويكون ذلك مع العقيقة في موضع واحد^(٥).

١- قارن النهاية: ٥٠١، وقد ورد في منتخب كنز العمال بهامش مسند أحمد ٦: ٤٣٠: نهى أن يسمّي الرجل حرباً أو وليداً أو مرة أو الحكم أو أبا الحكم، أو أفلق أو نجيحاً أو يساراً، عن ابن مسعود، قال: وقد أخرجه الطبراني.

٢- قارن النهاية: ٥٠١.

٣- الانتصار: ١٩١.

٤- قارن النهاية: ٥٠١.

٥- المصدر السابق نفسه.

وكل ما يجزي في الأضحية فهو جائز في العقيقة، إلا أن الأفضل ما قدمناه أن يعق عن الذكر بالذكر، وعن الأنثى بالأنثى، فإن لم يوجد ووجد حمل كبير جاز ذلك أيضاً^(١).

وإذا ذبح العقيقة فيستحب أن يعطي القابلة ريعها الذي يلي الورك بالفخذ، فإن لم يكن له قابلة أعطى أمه ذلك تتصدق به ولا تأكل منه، وإن كانت القابلة ذمية، أعطيت ثمن الربع، وإن كانت القابلة أم الوالد أو من هو في عياله لم تعط من العقيقة شيئاً^(٢).

ويستحب أن يطبخ اللحم ويدعى عليه جماعة من المؤمنين أقلهم عشرة أنفس ويكره أن يكونوا كلهم أغنياء وكلما كثر عددهم كان أفضل، فإن لم يطبخ اللحم وفرق على الفقراء كان أيضاً جائزاً^(٣) إلا أن الأول أفضل، لأنه السنة المؤكدة.

ويكره للوالدين أن يأكلا من العقيقة كراهية شديدة، دون أن يكون محظوراً، وقال ابن بابويه من أصحابنا: إن أكلت الأم منها فلا ترضعه^(٤). وقال شيخنا في نهايته: ولا يجوز للوالدين أن يأكلا من العقيقة البتة^(٥).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- قارن النهاية: ٥٠٢.

٤- الفقيه ٣: ٣١٣.

٥- النهاية: ٥٠٢.

وذلك منه ﷺ على طريق تأكيد الكراهة، لأنَّ الشيء إذا كان شديد الكراهة قيل لا يجوز.

ولا ينبغي أن يكسر العظم فيها، بل تفصل الأعضاء^(١) تفولاً بالسلامة. ويستحب أن يخنن الصبي يوم السابع، ولا يؤخره، فإن أخر لم يكن فيه حرج إلى وقت بلوغه، فإذا بلغ وجب - عندنا - ختانه، ولا يجوز تركه على حال^(٢).

وأما خفض الجواني فإن فُعل كان فيه فضل، وإن لم يفعل لم يكن بذلك بأس^(٣).

ومنى أسلم الرجل وهو غير مختن يخنن وإن كان شيخاً كبيراً^(٤). وإذا مات الصبي يوم السابع، فإن مات قبل الظهر لم يعق عنه، وإن مات بعد الظهر استحب أن يعق عنه^(٥).

وقد روي كراهة أن يترك للمصبيان القنازع، وهو أن يحلق موضع من رأسه ويترك موضع، ولا بأس بحلق الرأس كله للرجال^(٦) بل ذلك مستحب.

١- قارن النهاية: ٥٠٢.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- المصدر السابق نفسه.

٦- المصدر السابق نفسه.

وكذلك إزالة الشعر من جميع البدن^(١) على ما روي في الأخبار، وروي أنّ ذلك مكروه للشباب، أورد ذلك الصفواني في كتابه، فقال: وقد روي أنّ خلق الرأس مثله بالشباب، ووقار بالشيخ.

وإذا ولد الصبي فمن السنة أن يرضع حولين كاملين، لا أقلّ منهما ولا أكثر، فإن نقص عن الحولين مدة ثلاثة أشهر، لم يكن به بأس، فإن نقص عن ذلك لم يجز، وكان جوراً للصبي^(٢)، وفقه ذلك أنّ أقلّ الحمل عندنا ستة أشهر، وأكثره على الصحيح من المذهب تسعة أشهر، قال الله تعالى: ﴿وَحَلْهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾^(٣). ولا بأس أن يزداد على الحولين في الرضاع، إلّا أنّه لا يكون أكثر من شهرين^(٤) على ما روي، ولا تستحق المرضعة الأجر على ما يزيد على الحولين^(٥) في الرضاع.

وأفضل الألبان التي يرضع بها الصبي لبان الأم - اللبن بالكسر كالرضاع، يقال: هو أخوه بلبان أمه، قال ابن السكيت: ولا يقال بلبن أمه إنّما اللبن الذي يشرب من ناقة أو شاة أو بقرة، واللّبان بالفتح ما جرى عليه اللّبن من صدر الفرس، واللّبان بالضم الكندر - فإن كانت أمه حرة واختارت رضاعه

١- قارن النهاية: ٥٠٣.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- الأحقاف: ١٥.

٤- قارن النهاية: ٥٠٣.

٥- المصدر السابق نفسه.

كان لها ذلك، وإن لم تختَر فلا تجبر على رضاع ولدها^(١).

فإن طلبت الأجر على رضاعه وكانت في حبال أبيه غير مطلقة منه طلاقاً لا رجعة فيه فلا تستحق أجراً، ولا يتعقد بينها وبين زوجها عقد إجارة، لأن منافعها في كل وقت مستحقة للزوج بعقد النكاح، فيما يرجع إلى أحكام الوطء وتوابعه على ما قدّمناه في باب الإجارة وحرّناه.

وإن كانت مطلقة طلاقاً لا يملك الزوج الرجعة فيه، فلها أن تعقد على نفسها لرضاع ولدها، وسيجيئ بيان ذلك.

وقد روي أنّه إن كانت أمه جارية جاز أن تجبر على رضاعه^(٢).

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: وإن طلبت الحرّة أجر الرضاع كان لها ذلك على أب الولد، فإن كان أبوه مات كان أجراها من مال الصبي^(٣)، وأطلق ذلك إطلاقاً.

وقال في مسائل خلافه في الجزء الثالث في كتاب الرضاع^(٤): مسألة، ليس للرجل أن يجبر زوجته على الرضاع لولدها منه، شريفة كانت أو مشروفة، موسرة أو معسورة، دنية أو نبيلة، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك: له إجبارها

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- النهاية: ٥٠٣.

٤- وجدت المسألة في كتاب النفقات وليست في كتاب الرضاع فراجع.

إذا كانت معسرة دنية، وليس له ذلك إذا كانت شريفة موسرة، وقال أبو ثور^(١):
 له إجبارها عليه على كل حال، لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾^(٢) وهذا خبر معناه الأمر، فإذا ثبت وجوبه عليها ثبت أنه يملك
 إجبارها، لأنه إجبار على واجب.

دليلنا أن الأصل براءة الذمة، والإجبار يحتاج إلى دليل، والآية محمولة على
 الاستحباب، وعليه إجماع الفرق، وأخبارهم تشهد بذلك^(٣).

ثم قال بعد هذه المسألة: مسألة، البائن إذا كان لها ولد يرضع، ووجد
 الزوج من يرضعه تطوعاً، وقالت الأم أريد أجره المثل، كان له نقل الولد عنها،
 وبه قال أبو حنيفة وقوم من أصحاب الشافعي، ومن أصحابه من قال: المسألة
 على قولين: أحدهما مثل ما قلناه، والثاني ليس له نقله عنها، ويلزمه أجره المثل،
 وهو اختيار أبي حامد^(٤).

١- هو أبو ثور إبراهيم بن خالد بن البيان الكلبي، فقيه شافعي ببغداد، عاصر من الخلفاء المأمون
 وحتى الواثق. له مؤلفات منها كتاب ذكر فيه اختلاف ما بين مالك والشافعي، توفي سنة ٢٤٠.
 القاموس الإسلامي ١: ٥٤٦.

٢- البقرة: ٢٣٣.

٣- الخلاف ٢: ٣٣٥.

٤- أبو حامد الاسفرايني ويعرف بابن أبي طاهر فقيه شافعي، قدم بغداد وانتهت إليه رئاسة الدنيا
 والدين بها، وكان يحضر مجلسه أكثر من ثلاثمائة فقيه، توفي ببغداد سنة ٤٠٦ ودفن بباب حرب،
 من مصنفاته: شرح المزني في تعليقه نحواً من خمسين مجلداً، ذكر فيها مذاهب العلماء وبسط أدلتها
 والجواب عنها، وله تعليقة أخرى في أصول الفقه، وكتاب البستان. معجم المؤلفين ٢: ٦٥.

دليلنا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَاسْتَزِضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾ وهذه إذا طلبت الأجرة وغيرها يتطوع فقد تعاسرا، واستدل أبو حامد بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ فأوجب لها الأجرة إذا أرضعته ولم يفصل، وهذا ليس بصحيح، لأن الآية تفيد لرفع الأجرة إن رضعت وذلك لا خلاف فيه، وإنما الكلام في أنه يجب دفع المولود إليها ليرضع أم لا، وليس كذلك في الآية^(١)، هذا آخر كلامه ﷺ، ففصل القول في مسائل خلافه، وذكر البائن وغير البائن.

قال محمد بن إدريس رحمته الله: ما تمسك به أبو حامد قوي، وبه أفتي، وعليه أعمل، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ فأوجب لها الأجرة إذا أرضعته، ولم يفصل بين من هي في حباله أو بائلة عنه، وهو الظاهر من أقوال أصحابنا، أعني استحقاقها الأجرة، وصحة العقد عليها للرضاع، سواء كانت بائلة عنه أو في حبال زوجها، إلا أنه لا يجبرها على الرضاع، وهذا اختيار السيد المرتضى، وما ذكرناه أولاً مذهب شيخنا أبي جعفر في مبسوطه^(٢)، والذي اخترناه مذهبه في نهايته، وهو المنصوص عن الأئمة الأطهار.

ومتي وجد الرجل من يرضع ولده بأجرة مخصوصة ورضيت الأم بذلك كانت هي أولى به من غيرها، فإن طلبت أكثر من ذلك انتزعه منها.

وإذا بانَّت المرأة من الرجل ولها ولد منه، فإن كان ذكراً فالأم أولى

١- الخلاف ٢: ٣٣٥.

٢- المبسوط ٦: ٣٦.

بحضانتها من الأب وأحقّ به مدّة حولين، فإذا زاد على الحولين فالوالد أحقّ به منها، فإن كان الولد أنثى فالأم أحقّ بها إلى سبع سنين ما لم تتزوج الأم، فإن تزوّجت سقط حقّها من حضانتها الذكر والأنثى.

فإن طلقها من تزوّج بها طلاقاً رجعيّاً لم يعد حقّها من الحضانة، وإن كان بائناً فالأولى أنّه لا يعود، لأنّ عوده يحتاج إلى دليل.

وقال بعض أصحابنا^(١): يعود حقّها من الحضانة، واحتج بأنّ الرسول ﷺ علّق حقّها بالتزويج، فإذا زال التزويج فالحق باقٍ على ما كان، وهذا ليس بمعتمد، لأنّ الرسول ﷺ لما سألته المرأة عن الولد وأنّ أباه طلقني وأراد أن يتزوّعه، فقال له رسول الله ﷺ: أنتِ أحقّ به ما لم تنكحي.

وروى أبو هريرة عنه ﷺ أنّه قال: الأم أحقّ بحضانة ابنها ما لم تتزوج، فجعل ﷺ غاية الاستحقاق للحضانة التي تستحقها الأم تزويجها، وهذه قد تزوّجت، فخرج الحق منها، ويحتاج في عوده إليها إلى شرع.

ولا خلاف أيضاً في أنّ المعتدّة عدّة رجعية لها السكنى على الزوج، ولا يحلّ له إخراجها من المنزل إلّا أن تأتي بفاحشة مبينة، فإذا أتت بها أخرجها، فإذا أقيم عليها الحدّ لا يعود حقّها من السكنى بلا خلاف.

وكذلك إذا أذت أهل الزوج فله إخراجها، فإذا تركت أذاهم لا يعود

١- لعلّ المراد به الشيخ الطوسي، فقد ذهب إلى ذلك في كتابه الخلاف ٢: ٣٣٦ حيث ذكر المسألة وذكر ما استدّل به من الحديث النبوي في مسألة قبلها.

حقها إليها من السكنى بلا خلاف.

والحضانة غير الرضاع، لأنّ الأم إذا لم ترض في أجرة الرضاع بما يرضاه الغير انتزعه الأب منها مع ثبوت الحضانة لها في هذه الحال، فإذا أرضعته الأجنبية التي رضيت بدون ما رضيت به أمه، كان للأم حضانتها، ثمّ إذا احتاج إلى اللبن ترضعه المرضعة ثمّ تأخذه الأم بحق الحضانة إذا روي من اللبن ثمّ هكذا، فليلاحظ ذلك.

وإن كان الوالد قد مات كانت الأم أحقّ بحضانتها من الوصيّ إلى أن يبلغ، ذكرًا كان أو أنثى^(١)، تزوّجت أو لم تتزوّج، لقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ ولا خلاف في أنّ الأم أقرب إليه بعد الأب من كلّ واحد.

فإن كان الأب مملوكًا والأم حرة كانت هي أحقّ بولدها من الأب، وإن تزوّجت إلى أن يعتق الأب، فإذا أعتق كان أحقّ به منها^(٢) على الاعتبار الذي قدّمناه. وينبغي إذا أراد الإنسان أن يسترضع لولده، فلا يسترضع إلاّ امرأة عاقلة مسلمة عفيفة وضيئة الوجه^(٣)، فإنه روي أنّ اللبن يعدي^(٤).

١- قارن النهاية: ٥٠٤.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- كما في حديث أبي جعفر (عليه السلام): استرضع لولدك بلبن الحسان، وإياك والقباح فإنّ اللبن يعدي.

ولا يسترضع كافرة مع الاختيار، فإن اضطر إليها فليسترضع يهودية أو نصرانية، ويمنعها من شرب الخمر وأكل لحم الخنزير، وتكون معه في منزله، ولا يسلم الولد إليها لتحمله إلى منزلها^(١).

ولا يسترضع من ولد من الزنا مع الاختيار أيضاً^(٢)، ولا بأس باسترضاع الإمام، وقد روي أنه إذا كانت له أمة قد ولدت، وكانت ولدت من الزنا، واحتاج إلى لبنها، فليجعلها في حل من فعلها، لطيب بذلك لبنها^(٣).

وإذا سلم الرجل ولده إلى ظئر ثم جاءت به بعد أن فطمته فأنكره الرجل، وقال: هذا ليس بولدي، لم يكن له ذلك، لأنّ الظئر مأمونة^(٤).

ومتى تسلمت الظئر الولد وسلمته إلى ظئر أخرى، كانت ضامنة إلى أن تحجب به، فإن لم تحجب به كان عليها الدية^(٥).

وقال شيخنا المفيد في مقننته: الأم أحق بالولد الذكر مدة الحولين، وبالأُنثى مدة تسع سنين^(٦)، وقال شيخنا في نهايته: سبع سنين في الأنثى^(٧).

١- قارن النهاية: ٥٠٤.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- المصدر السابق نفسه.

٦- المقننة: ٨٣.

٧- النهاية: ٥٠٤.

وقال في مسائل خلافه: مسألة، إذا بانّت المرأة من الرجل ولها ولد منه، فإن كان طفلاً لا يميّز فهي أحق به بلا خلاف، وإن كان طفلاً يميّز، وهو إذا بلغ سبع سنين أو ثمان سنين فما فوقها إلى حد البلوغ، فإن كان ذكراً فالأب أحق به، وإن كان أنثى فالأم أحق بها ما لم تتزوج، فإن تزوّجت فالأب أحق بها، ثم قال: دليلنا، إجماع الفرق وأخبارهم^(١)، هذا آخر كلامه ﷺ.

قال محمّد بن إدريس رحمته الله: ما ذكره شيخنا في مسائل خلافه بعضه قول بعض المخالفين، وما اخترناه هو الصحيح، لأنّه لا خلاف أنّ الأب أحق بالولد في جميع الأحوال، وهو الوالي عليه، والقيّم بأمره، فأخرجنا بالإجماع الحولين في الذكر، وفي الأنثى السبع، فمن ادّعى أكثر من ذلك يحتاج فيه إلى دليل قاطع، وهو مذهب شيخنا في نهايته، والعجب قوله في آخر المسألة: دليلنا إجماع الفرق وأخبارهم، وهذا ممّا يضحك الثكلى، من أجمع منهم معه ؟

وأيّ أخبار لهم في ذلك ! ؟ بل أخبارنا بخلافه واردة، وإجماعنا بضد ما قاله رحمته الله.

قال بعض أصحابنا: الأخت من الأب أولى بالحضانة من الأخت للأم،

١- الخلاف ٢: ٣٣٥، وقد ناقش العلامة الحلي في المختلف ٤: ٢٧ المصنّف في تعقيبه على كلام الشيخ مناقشة لا تخلو من عنف، ثم قال: ولملّ هذه المسألة كانت اجماعية في زمن الشيخ رحمته الله أفى بها من كان في زمانه من المعتبرين، والصدوق ابن بابويه وابن الجنيد من أكابر علمائنا قالوا بذلك، وقد تلونا الخبر الدالّ عليه.

ثم استدلل بآية الميراث، لأن لها النصف، ولهذه السدس فكانت أولى، لقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾^(١) وهذا ليس بمعتمد، لأنهما جميعاً مسميتان، كل واحدة بنفسها تتقرب إليه.

والجدات أولى بالولد وبحضائنه من الأخوات^(٢)، وأم الأب أولى من الخالة بحضانة الولد^(٣).

ولأب الأم وأم أب الأم حضانة^(٤) إذا لم يكن هناك أم وكان هناك أم أم أو جدة أم أم وهناك أب فالأب أولى، وقال الشافعي: أم الأم وجداتها أولى من الأب وإن علون.

دليلنا قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ فالأب أقرب بلا شك، لأن يدي بنفسه^(٥)، وكذلك إذا كان مع الأب أخت من أم أو خالة أسقطها^(٦).

والعمة والخالة إذا اجتمعتا تساويا^(٧) بلا خلاف، وإن كانت العمة أكثر

١- القائل بذلك هو الشيخ الطوسي في الخلاف ٢: ٣٣٧، ومن الغريب إيهام المصنف لاسمه، مع أن المسألة المذكورة بلفظها مع جملة المسائل الآتية، والتي ذكرها ولم يصرح باقتباسها منه فلاحظ.

٢- قارن الخلاف ٢: ٣٣٧.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- المصدر السابق نفسه.

٦- المصدر السابق نفسه.

٧- قارن الخلاف ٢: ٣٣٨.

من الخالة في الميراث، وهذا دليل على بطلان القول بأنّ الأخت للأب أولى بالحضانة من الأخت للأم، بالاعتبار الذي اعتبره. وإذا اجتمع أم أب وجدّ تساوى في الحضانة، وأخت لأب وجدّ منها متساويان أيضاً^(١).

ولا حضانة لأحد من العصابة مع الأم لقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ﴾ والأم أقرب من العصابة، هكذا أورده شيخنا أبو جعفر الطوسي في مسائل خلافه^(٢)، وهو من تحريجات المخالفين ومعظمه قول الشافعي، وبنائهم على القول بالعصابة، وذلك عندنا باطل.

ولا حضانة عندنا إلاّ للأم نفسها والأب، فأما غيرهما فليس لأحد ولاية عليه سوى الجد من قبل الأب خاصة^(٣).

وإذا مرض المملوك مرضاً يرجى زواله فعلى مالكة نفقته بلا خلاف، فأما إذا زمن زمانة مقعدة أو عمي أو جذم، فعند أصحابنا أنّه يصير حراً وينعتق على مولاه من غير اختياره، فحيثيذ لا يلزم المولى نفقته بلا خلاف، لأنّه ليس بعبده^(٤).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- الخلاف ٢: ٣٣٨.

٣- ناقش العلامة الحلي في المختلف ٤: ٢٨ مقالة المصنّف وتحامل عليه بها لا حاجة إلى ذكره، ثم ذكر جماعة من العلماء ذهبوا إلى مقالة الشيخ الطوسي، وإنّها ليست من تحريجات المخالفين، كما قاله المصنّف.

٤- قارن الخلاف ٢: ٣٣٩.

وقد قلنا فيما مضى إنّ بمجرد عقد النكاح يجب المهر المستمى، فأما النفقة للزوجة فإنّها تجب يوماً بيوم في مقابلة التمكين من الاستمتاع^(١).

فإذا ثبت ما قلناه، فإذا استوفت نفقة هذا اليوم فلا كلام، وإن لم تستوف استقرّت في ذمّته، وعلى هذا أبداً، هذا إذا كانت ممكنة من الاستمتاع^(٢).

وإذا أسلف زوجته نفقة شهر ثمّ مات أو طلقها باتناً، فلها نفقة يومها، وعليها ردّ ما زاد على اليوم^(٣).

نفقات الزوجات عندنا غير مقدّرة بلا خلاف إلّا من شيخنا أبي جعفر في مسائل خلافه^(٤)، فإنّه ذهب إلى أنّها مقدّرة، ومبلغها مدّ، وقدره رطلان وربيع، ثمّ استدلّ الله بإجماع الفرقة وأخبارهم، وهذا عجيب منه عليه السلام والسير بيننا وبينه، فإنّ أخبارنا لم يرد منها خبر بتقدير نفقة.

وأما أصحابنا المصنّفون فما يوجد لأحد منهم في تصنيف له تقدير النفقة، إلّا من قلّده وتابعه أخيراً.

والدليل على أصل المسألة قوله تعالى: ﴿وَعَاثِرُوهُنَّ بِالمَعْرُوفِ﴾ أي بما يتعارف الناس، وأيضاً الأصل براءة الذمّة من التقدير، فمن ادّعى شيئاً بعينه

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن الخلاف ٢: ٣٤٠.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- الخلاف ٢: ٣٢٦.

فإنّه يحتاج إلى دليل، ولا دليل عليه من كتاب ولا سنة ولا إجماع، والأصل براءة الذمة.

وإذا كان الزوج كبيراً والمرأة صغيرة لا يجامعُ مثلها لا نفقة لها^(١)، وكذلك إذا كانت الزوجة كبيرة والزوج صغير لا نفقة لها، وإن بذلت التمكين من الاستمتاع، هكذا أورده شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه^(٢).

والأولى عندي أنّ على الكبير النفقة لزوجته الصغيرة لعموم وجوب النفقة على الزوجة، ودخوله مع العلم بحالها، وهذه ليست ناشزة، والإجماع مُنعقد على وجوب نفقة الزوجات، فليتأمل ذلك.

وإذا كانا صغيرين لا نفقة لها^(٣).

وإذا أحرمت بغير إذن الزوج، فإن كان في حجة الإسلام لم تسقط نفقتها عنه، وإن كانت الحجة تطوّعاً سقطت^(٤)، وكذلك إذا نشزت المرأة سقطت نفقتها^(٥).

وإذا اختلف الزوجان بعد أن سلّمت نفسها إليه في حال قبض المهر أو النفقة، فالقول قولها مع يمينها، لأنّها المنكرة والزوج المدّعي، فيحتاج إلى بيّنة،

١- الخلاف ٢: ٣٢٧.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- قارن الخلاف ٢: ٣٢٧.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- قارن الخلاف ٢: ٣٢٨.

لقوله **عَلَيْهَا** : «على المدّعي البينة وعلى المنكر اليمين».

وقال شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه في الجزء الثالث من كتاب النفقات: مسألة، إذا اختلف الزوجان بعد أن سلّمت نفسها إليه في حال قبض المهر أو النفقة، فالذي رواه أصحابنا أنّ القول قول الزوج وعليها البينة^(١)، إلّا أنّه رجع عن هذا في الجزء الثاني في كتاب الصداق^(٢) وقال: إذا اختلفا في قبض المهر فإنّ على الزوج البينة وعلى المرأة اليمين، وهذا هو الصحيح الحقّ اليقين.

إذا ارتدّت الزوجة سقطت النفقة ووقف النكاح على انقضاء العدة، فإنّ عادت في زمان العدة وجبت نفقتها في المستأنف، ولا يجب لها شيء من النفقة لما فات في الزمان الذي كانت مرتدة فيه^(٣).

وإذا أعسر الزوج ولم يقدر على النفقة على زوجته، لم تملك الفسخ عليه وعليها الصبر إلى أن يسر^(٤).

المطلّقة البائن لانفقة لها في عدّتها، فإن كانت حاملاً فلها النفقة بلا خلاف، لقوله تعالى: **(وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)** والأمر

١- الخلاف ٢: ٣٢٨.

٢- الخلاف ٢: ١٩٨، وكان الأولى تقديم حكاية هذا القول عن الشيخ على سابقه، ليصح قول المصنّف: إلّا أنّه رجع الخ، لأنّ كتاب الصداق مقدّم على كتاب النفقات فلاحظ.

٣- قارن الخلاف ٢: ٣٢٨.

٤- قارن الخلاف ٢: ٣٢٩.

يقتضي الفور^(١).

ويجب على الوالد نفقة الولد إن كان موسراً، وإن لم يكن أو كان وهو معسر فعلى جده، فإن لم يكن أو كان وهو معسر، فعلى أب الجد، وعلى هذا أبداً^(٢)، وإذا لم يكن أب ولا جد أو كانا وهما معسران فنفقته على أمه^(٣).

وإذا اجتمع جدّه أبو أب وإن علا وأم كانت النفقة على الجدّ دون الأم، لأنّ الجد يتناوله اسم الأب، والأب أولى بالنفقة على ولده من الأم بالاتفاق^(٤). وإذا اجتمع أم الأم وأم الأب وأبو أم وأم أب فهما سواء، لأنّهما تساويا في الدرجة^(٥).

وتجب النفقة على الأب والجد معاً^(٦)، وكذلك يجب على الإنسان أن ينفق على أمه، وأمهاتها وإن علون^(٧).

إذا كان أبواه معسرين، وليس يفضل عن كفايته إلا نفقة أحدهما، كان بينهما بالسوية^(٨).

١- قارن الخلاف ٢: ٣٣٠.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- قارن الخلاف ٢: ٣٣١.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- المصدر السابق نفسه.

٦- المصدر السابق نفسه.

٧- قارن الخلاف ٢: ٣٣٢.

٨- المصدر السابق نفسه.

وكذلك إذا كان له أب وابن ومعه ما يفضل لنفقة أحدهما، قسّم بينهما بالسوية، لأنهما متساويان في النسب الموجب للنفقة، وتقديم أحدهما على صاحبه يحتاج إلى دليل^(١)، إذا كان له أب وأبو أب معسر أو ابن وابن ابن معسرين، ومعه ما يكفي لنفقة أحدهما أنفق على الأب دون الجد، وعلى الابن دون ابن الابن لقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾^(٢).

إذا كان الرجل معسراً وله أب وابن موسران، كانت نفقته عليهما بالسوية^(٣).

* * *

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن الخلاف ٢: ٣٣٣.

٣- المصدر السابق نفسه.

باب إلحاق الأولاد بالآباء وأحكامهم وما في ذلك

إذا ولدت امرأة الرجل ولداً على فراشه، ومعنى ذلك أن تلد منذ دخل بها بعد مضي ستة أشهر فصاعداً - لزمه الإقرار به - فإن اختلفا في الولادة فالقول قوله، لأنه يمكن أن يقيم عليه البينة، فإن اتفقا على الولادة واختلفا في النسب، فالقول قولها ويلحق به الولد ولا يجوز له نفيه^(١) فإن نفاه فيحتاج إلى اللعان.

فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر حياً سليماً، فإنه يجب عليه نفيه، لأنه ليس بولد له، وكذلك إن جاءت بولد لأكثر من تسعة أشهر كان له نفيه، إلا أنه متى نفاه ورفعت المرأة إلى الحاكم بعد دخوله بها كان عليه ملاءمتها^(٢) إذا جاءت به لأكثر من مدة الحمل.

فأما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ يوم العقد والدخول، فلا يجب عليه ملاءمتها، لأن هذا الولد مقطوع محكوم من جهة الشارع أنه ليس بابن له.

ومتى أقر الرجل بولد وقبله ثم نفاه بعد ذلك لم يقبل نفيه وألزم بالولد^(٣).

ومتى طلق امرأته، أو باع جاريته وتزوجت المرأة ووطئت الجارية، ثم

١- قارن النهاية: ٥٠٥.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

أتت بولد لأقل من ستة أشهر، فإن كان منذ وطء الثاني كان لاحقاً بالأول، وإن كان الولد لسته أشهر فصاعداً كان لاحقاً بمن عنده المرأة والجارية^(١).

ومتى كانت للرجل جارية فوطئها، ثم باعها من آخر فوطئها أيضاً قبل أن يستبرئها كل ذلك في طهر واحد، ثم جاءت بولد كان لاحقاً بالآخر الذي عنده الجارية^(٢). وإذا كانت الجارية بين شريكين أو أكثر منهما، فوطئها جميعاً في طهر واحد وجاءت بولد أقرع بينهما الحاكم، فمن خرج اسمه الحق الولد به وغرم نصف ثمنه للشريك الآخر^(٣)، وكذلك يغرم ما يخصه من الجارية.

ومتى وطئ امرأته أو جاريته وكان يعزل عنهما وكان الوطء في القبل، وجاءت المرأة بولد وجب عليه الإقرار به، ولا يجوز له نفيه لمكان العزل^(٤) فإن نفاه كان عليه اللعان، فأما جاريته إذا نفاه نفاه فالقول قوله من غير لعان.

وحكم ما يولد له من النكاح المؤجل حكم الجارية السرية، في أنه إذا عزل عنها وكان يطأها في قبلها وجاءت بولد يجب عليه إلحاقه والإقرار به، ولا يجوز له غير ذلك، ولا يحل له سواه، فإن نفاه أثم وكان معاقباً، ولا يجب عليه اللعان كما يجب في نفي أولاد النكاح الدائم، فهذا فرق بين النكاحين، فليلاحظ ذلك.

وإذا كان للرجل امرأة لم يدخل بها، أو يكون قد دخل بها غير أنه يكون قد

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- قارن النهاية: ٥٠٦.

غاب عنها غيبة تزيد على زمان الحمل، وجاءت امرأته أو جاريتها بولد، لم يكن ذلك ولدًا له، ووجب عليه نفيه عن نفسه^(١).

وإذا نسي الرجل إلى امرأته، أو خبرت بطلاق زوجها لها، فاعتدت وتزوجت ورزقت أولادًا، ثم جاء زوجها الأول المنعى أو الزوج المطلق وأنكر الطلاق، وعلم أن شهادة من شهد بالطلاق كانت شهادة غير مقبولة - بأن يكونوا فساقًا وقت التحمل، أو وقت الأداء^(٢)، أو يعلم كذبهم بأن تقوم البيّنة بذلك عليهم بالكذب لا بإقرارهم على أنفسهم بالكذب - فُرق بينها وبين الزوج الأخير، ثم تعتد منه وترجع إلى الأول بالعقد الأول - ولا نفقة على الزوج

١- قارن النهاية: ٥٠٦.

٢- وقد أفادنا ساحة سيدنا البهشتي دام ظله في هذا المقام بما يلي: (بأن يكونوا فساقًا وقت التحمل أو وقت الأداء).

إن شرط العدالة معتبر عند أدائها في المشهود ولا أثر للفسق وعدم العدالة فيهم وقت التحمل إذا كانوا وقت الأداء عدولًا، لتحفظهم من الكذب لو احتمل التعمد به، كما أن النص والإجماع على الاعتبار كذلك فقط، ويدل عليه من القرآن الكريم الآية الشريفة من الاستثناء في حق القاذف: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ إلخ، فقررت قبول الشهادة منهم بعد التوبة وإن تحملوها حين فسقهم وقبل التوبة، ويدل أيضاً قول الشيخ رحمته الله في النهاية في كتاب الشهادة باب تعديل الشهود ومن تقبل شهادته ومن لا تقبل قال: العدل الذي يجوز شهادته للمسلمين وعليهم إلى أن قال قبل سطرين من نهاية كلامه: والفاقد إذا أشهد على غيره في حال فسقه ثم أقام الشهادة وهو عدل قبلت شهادته. وهذا كلام أرسله إرسال المسلمات، وهو كذلك اعتباراً، فما في المتن من عطف الأداء على التحمل به (أو) - المشعر بعدم القبول وإن كانوا عدولاً حين الأداء - في غير محله.

الأخير في هذه العدة لأنها لغيره، بل على الأول لأنها زوجته - ويكون الأولاد للزوج الأخير دون الأول^(١).

فأما إن أكذب شهود الطلاق أنفسهم عزّروا، ولا ينقض الحاكم حكمه، ولا تعود الزوجة إلى زوجها الأول، على ما شرحناه وحرّراه في باب شهادات الزور، فلينظر من هناك ويحقّق، فليس بين المسألتين تضاد ولا تناف، لأنّه إذا أكذب الشهود أنفسهم، وأقروا على أنفسهم بالكذب في شهادتهم لا يرد الحكم المشهود به، بل يرجع عليهم بدرك ما شهدوا به، فأما إذا بان أنّهم كذبة من غير إقرارهم، فإنّ الحاكم يرد الحكم المشهود به بغير خلاف، فليلاحظ الفرق بين الأمرين، فإنّه غامض على غير المتأمل المحصل، والله الموفق للصواب.

ومنى كان للرجل امرأة فوطئها، ووطئها بعده غيره فجوراً بلا فصل، كان الولد لاحقاً به، ولم يجوز له نفيه^(٢) لقوله عليه السلام: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» فإن نفاه لا عن أمّه.

وإن كانت له جارية فوطئها ووطئها غيره بعده فجوراً كان الولد أيضاً لاحقاً به^(٣)، لم يجوز له نفيه إذا اشتبه عليه الأمر، فإن نفاه لا يجب عليه اللعان.

وقد روي أنّه إذا اشترى الرجل جارية حبلى، فوطئها قبل أن يمضي لها أربعة أشهر وعشرة أيام، فلا يبيع ذلك الولد، لأنّه غذاه بنطفته، وكان عليه أن

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

يعزل له من ماله شيئاً ويعتقه، وإن كان وطؤه لها بعد انقضاء الأربعة الأشهر والعشرة الأيام جاز له بيع الولد على كل حال^(١). وكذلك إن كان الوطء قبل انقضاء الأربعة الأشهر والعشرة الأيام، غير أنه يكون قد عزل عنها جاز له بيع ولدها على كل حال، ذكر ذلك شيخنا أبو جعفر الطوسي في نهايته^(٢) وأورده.

والذي تقتضيه أصول مذهبنا أن له بيعه على كل حال، لأن ليس بولد له بغير خلاف، وهذه الرواية لا يلتفت إليها، ولا يعرج عليها، ولا يترك لها الأدلة القاهرة، والبراهين الظاهرة، لأننا قد بينّا أن أخبار الآحاد لا توجب علماً ولا عملاً. ولا يجوز للرجل أن ينفي ولد جارية أو امرأة يتهمها بالفجور، بل يلزمه الإقرار به على ما قدّمناه، وإنّما يسوغ له نفيه مع اليقين والعلم^(٣).

إذا طلق الإنسان امرأته واعتدت، ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من وقت انقضاء العدة لم يلحقه، إذا كانت العدة بالشهور الثلاثة، لأننا قد دللنا على أن زمان الحمل لا يكون أكثر من تسعة أشهر، على الصحيح من الأقوال، فإن كانت قد تزوّجت بعد مضيّ الثلاثة الأشهر، ودخل بها الثاني، وجاءت بولد ألحقناه بالثاني، على ما حرّرناه فيما مضى وشرحناه.

* * *

١- قارن النهاية: ٥٠٧.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.



كتاب الطلاق





[كتاب الطلاق]

الطلاق جائز لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾^(١) فأبان بها عدد الطلاق، لأنه كان في صدر الإسلام بغير عدد^(٢).

وروى عروة عن قتادة قال: كان الرجل في صدر الإسلام يطلق ما شاء امرأته من واحد إلى عشرة، ويراجعها في العدة، فنزل قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ فيبين أن عدد الطلاق ثلاث، فقلوه مرتان إخبار بمعنى الأمر، لأنه لو كان إخباراً محضاً لكان كذباً، لأنه قد يطلق أقل من مرتين، بل معناه فطلقوا مرتين، واختلف الناس في الثالثة فقال ابن عباس: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ الثالثة، وقال غيره: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ الثالثة، وهذا مذهبننا^(٣).

وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾^(٤) أي

١- البقرة: ٢٢٩.

٢- قارن المبسوط ٥: ٢.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- الطلاق: ١.

استقبال عدّتهنّ في طهر لم يجامعها فيه إذا كانت مدخولاً بها بلا خلاف^(١)، والأولى أن يكون اللام بمعنى (في)، لأنّه عندنا لا يجوز طلاق الطاهر التي وطئها زوجها في طهرها، بل في طهر لم يطأها فيه، فإذا طلقها فيه حسب من جملة الأطهار، فصار الطلاق واقعاً هاهنا في بعض العدة.

وقال السيّد المرتضى في الناصريات لما قال: إنّ الطلاق الثلاث في مجلس واحد من دون تخلّل المراجعة بين التطليقات لا يجوز، ثمّ قال: وإخراج الزوج نفسه من التمكين من مراجعة المرأة مكروه له، ومن طلق ثلاثاً في ثلاثة أطهار لا تحلّ له هذه المرأة إلّا بعد نكاحها لغيره، وهو لا يدري ما ينقلب به قلبه.

قال: ولهذا حمل العلماء قوله: **(فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ)** بأنّه أراد به الواحدة لتملك المراجعة، بدلالة قوله: **(لَا تَذَرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا)**^(٢).

ومن أبان زوجته بالتطليقات الثلاث في الأطهار الثلاثة، والمراجعة بينها، فقد حرّمها على نفسه إلّا بعد أن تنكح زوجاً غيره، ويكره له ذلك^(٣). هذا آخر كلام المرتضى، فأحببت إيراده، ليعلم القول في معنى: **(فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ)**.

فإذا ثبت ذلك من جواز الطلاق، فإنّه يجوز طلاق الصغيرة التي لم تحض، والكبيرة التي يئست من المحيض - وليس في سنّها من تحيض، والتي يئست من

١- قارن المبسوط ٥: ٢.

٢- الطلاق: ١.

٣- المسائل الناصريات المسألة: ١٦١، ضمن الجوامع الفقهية.

المحيض وفي سنها من تحيض - والحائِل، والحامل، والمدخول بها وغير المدخول بها بلا خلاف، لعموم آيات الطلاق^(١).

وهو على أربعة أضرب: واجب، ومحذور، ومندوب، ومكروه.

فالواجب: طلاق المولي بعد الترتيب، لأنّ عليه أن يفِيء أو يطلق، أيهما فعل فهو واجب، فإن امتنع منها حبسه الحاكم، ولا يطلق عليه عندنا^(٢).

والمحذور: طلاق الحائض بعد الدخول، أو في طهر قد قربها فيه قبل أن يظهر بها حمل بلا خلاف، وإنما الخلاف في وقوعه^(٣) فعندنا لا يقع، وعند المخالف يقع، مع كونه بدعة.

فأما المكروه: فإذا كانت الحال بينهما عامرة والأخلاق ملتزمة، وكل واحد منهما قيم بحق صاحبه^(٤).

والمندوب: إذا كانت الحال بينهما فاسدة بالشقاق، وتعذر الاتفاق، وكل واحد منهما يعجز عن القيام بما يجب عليه لصاحبه، فالمستحب الفرقة، فهذه أقسام الطلاق^(٥).

فأما أقسام النكاح فثلاثة: محذور، ومستحب، ومكروه، لأنّه لا واجب

١- قارن المبسوط ٥ : ٢.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- قارن المبسوط ٥ : ٣.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- المصدر السابق نفسه.

فيه عندنا.

فالمحظور حال العدة، والردة، والإحرام، والمستحب إذا كان بالرجل إليه حاجة، وله ما ينفق عليها، والمكروه إذا لم يكن به إليه حاجة، ولاله ما ينفق عليها، خوفاً من الإثم^(١).

فإذا تقرر أقسام الطلاق، فكل طلاق واقع يوجب تحريماً، ويسزل ذلك التحريم بثلاثة أشياء: مراجعة، ونكاح قبل زوج، ونكاح بعد زوج.

فالمراجعة إذا طلقها بعد الدخول دون الثلاث بغير عوض، والمراجعة أن يقول راجعتك أو يلمسها بشهوة، أو يقبلها أو يطأها، أو ينكر طلاقها، هذا كله قبل خروجها من العدة، ولا تفتقر مراجعتها إلى رضاها، ولا ولي ولا عقد بلا خلاف، ولا إلى إشهاد عندنا، وزواله بنكاح من غير زوج إذا بانت منه بأقل من ثلاث، وهو أن يطلقها طليقة أو طليقتين قبل الدخول أو بعده، بعوض أو بغير عوض، وصبرت حتى انقضت عدتها، وكذلك إذا زال النكاح بالفسخ، حلّت له قبل زوج غيره^(٢).

وأما التحريم الذي لا يسزل إلا بزواج، ونكاح جديد - مخصوص، ودخول مخصوص - فإن تبين بالثلاث، مدخولاً بها أو غير مدخول بها، فلا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره^(٣).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

وصحة الطلاق الشرعي يفتقر إلى شروط يثبت حكمه بتكاملها، ويرتفع بإخلال واحدتها:

منها كون المطلق مَن يصحّ تصرّفه، ولا يكون ممن رُفع القلم عنه، بأن يكون عاقلاً بالغاً، لأنّ طلاق المجنون والصبيّ ما لم يبلغ غير صحيح.

ومنها إثارة الطلاق، ومنها قصده إليه، ومنها تلفّظه بصريحه دون كناياته، ومنها كونه مطلقاً من الشروط، ومنها توجّهه إلى معقود عليها، ومنها تعيينها، ومنها الإشهاد بعدلين مجتمعين في مكان واحد، ومنها إيقاعه في طهر لا مساس فيه، بحيث يمكن اعتباره، ومنها أن لا يقع على غضب ولا حرد، ولا يجعله يميناً.

اشتربنا صحة التصرف احترازاً من الصبي والمجنون والسكران وفاقد التحصيل بأحد الآفات، واشتربنا الإيثار احترازاً من المجر والمكره، واشتربنا القصد احترازاً من الحلف واللغو والسّهو وإيقاعه بغير نية الطلاق.

واشتربنا باطلاق اللفظ احترازاً من مقارنة الشرط، كقوله: أنت طالق إن دخلت الدار، أو جاء رأس الشهر.

واشتربنا صريح قوله أنتِ طالق، أو هي طالق، أو فلانة طالق، احترازاً من الكنايات، كقوله: أنتِ حرام، أو بائنة، أو بتلة، أو بثة أو خلية، أو بريّة، أو حبلك على غاربك، أو الحقّي بأهلك وأشباه ذلك.

واشتربنا العقد، احترازاً من إيقاعه قبله، كقوله: إن تزوجتُ فلانة فهي

طالق، واشترطنا تعيين المطلقة احترازاً من قوله: زوجتي طالق، وله عدة أزواج، أو إحدى زوجاتي طالق من غير تعيين لها بقول، واشترطنا الإشهاد احترازاً من وقوعه بغير شهادة عدلين مجتمعين.

واشترطنا الطهر الخالص إحترازاً من الحيض والنفاس، ومما حصل فيه مباشرة، وقلنا بحيث يمكن اعتباره لصحته ممن لا يمكن ذلك فيها، وهي التي لم يدخل بها، أو دخل بها وغاب عنها زوجها غيبة مخصوصة، والتي لم تبلغ، والآيسة المخصوصة، والحامل، والغائبة على ما قدمناه.

ويبطل تعليق الطلاق بالأبعض، لأنه ليس من الألفاظ المشروعة في الطلاق فيجب أن لا يقع، وأيضاً قوله تعالى: **(وَأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ)** يدل على ذلك، لأنه علّق الطلاق بما يتناوله اسم النساء، واليد والرجل لا يتناولها ذلك.

ويخص اعتبار الشهادة قوله تعالى: **(فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ)** إلى قوله **(وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ)** لأن ظاهر الأمر في الشرع يقتضي الوجوب، وهذا يوجب عود ذلك إلى الطلاق وإن بعد عنه، لأنه لا يليق إلا به، دون الرجعة التي عبر عنها بالإمساك، لأنه لا خلاف في أن الإشهاد عليها غير واجب، كما وجب عود التسبيح إليه تعالى، مع بعد ما بينهما في اللفظ في قوله تعالى: **(إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ شَاهِدًا وَمُبَشِّرًا وَنَذِيرًا * لَتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ وَتُسَبِّحُوهُ)** ^(١)

من حيث لا يليق إلا به تعالى، وحمل الإشهاد على الاستحباب ليعود إلى الرجعة، عدول عن الظاهر في عرف الشرع بغير دليل، ولا يجوز أن يكون الأمر بالإشهاد متعلقاً بقوله: **(أَوْ قَارِئُوهُنَّ بِمَعْرِوفٍ)** لأنّ المراد بذلك هاهنا ترك المراجعة والاستمرار على موجب الطلاق، المقتضي للفرقة وليس بشيء يتجدّد فعله، فيفتقر إلى إشهاد.

ويخص اعتبار الطهر أنّه لا خلاف في أنّ الطلاق في الحيض بدعة ومعصية، وقد فسر العلماء قوله تعالى: **(فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ)** بالطهر الذي لا جماع فيه، على ما حرّره وذكرناه فيها مضى، وإذا ثبت أنّه مخالف لما أمر الله تعالى لم يقع، ولم يتعلّق به حكم شرعي^(١).

والنساء في الطلاق على ضربين: فيهنّ من ليس في طلاقها سنة ولا بدعة، وفيهنّ من في طلاقها ذلك، فالضرب الأوّل الآيسة من المحيض بصغر أو كبر، والحامل، وغير المدخول بها، والغائب عنها زوجها غيبة مخصوصة.

والثاني المدخول بها لا غير، إذا كانت حائلاً من ذوات الاقراء وطلاقها للسنة في طهر لا جماع فيه، والبدعة في حيض، أو في طهر فيه جماع^(٢).

واعلم أنّ الطلاق على ضربين: رجعي وبائن، والبائن على ضروب أربعة: طلاق غير المدخول بها، وطلاق من لم تبلغ الحيض، ومن تجاوزت خمسين سنة

١- قارن الغنية: ٩١ - ٩٢.

٢- قارن الغنية: ٩٢.

مع تغير عاداتها، سواء كانت قرشية أو عامية أو نبطية، على الصحيح من الأقوال، وفي بعض الأخبار إعتبار القرشية والنبطية بستين سنة، ومن عداهما بخمسين سنة، والأول هو المذهب المعمول عليه، وكل طلاق كان في مقابلته بذل وعوض من المرأة، وهو المسمى بالخلع والمباراة^(١)، ونحن نذكر أحكامهما فيما بعد إن شاء الله تعالى.

فأما الطلاق الرجعي: فهو أن يطلق المدخول بها واحدة، ويدعها تعتد، ويجب عليه السكنى لها، والنفقة والكسوة، ولا يحرم عليه النظر إليها ووطؤها، ويحرم عليه العقد على اختها، وعلى خامسته إذا كانت هي رابعة، وعقد الباب اثنا عندنا زوجة، وقال المخالف: حكمها حكم الزوجة.

وقال شيخنا أبو جعفر في مبسوطه: بل هي عندنا زوجة، لأن المخالف قال حكمها حكم الزوجات، قال هو رداً عليه: بل هي عندنا زوجة^(٢)، ونعم ما قال رحمته الله.

وله مراجعتها ما دامت في العدة، وإن لم تؤثر هي ذلك، وليس لها عليه في ذلك خيار.

وتجوز المراجعة من غير إشهاد، والإشهاد أولى، وتصح عندنا المراجعة

١- المصدر السابق نفسه.

٢- مع أنه قال في المبسوط ٥: ١٣٤ إذا آلى من الرجعية صح الإيلاء، لأنها في حكم الزوجات بلا خلاف.

بالقول أو بالفعل، فالقول أن يقول قد راجعتك، فإن لم يقل ووطئها أو قبلها أو لامسها أو ضمها بشهوة، فقد راجعها، وروى أصحابنا أو ينكر طلاقها، والدليل على ذلك أجمع إجماعنا وقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾^(١).

فسمي المطلق طلاقاً رجعياً بعلاً، ولا يكون كذلك إلا والمرأة بعلة، وهذا يقتضي ثبوت الإباحة، ولم يشترط الشهادة ولا لفظ المراجعة قولاً، فإن خرجت من العدة ملكت نفسها، فإن أثر مراجعتها كان ذلك بعقد جديد، ومهر جديد، وتبقى معه على طلقين آخرين، فإن كمل طلاقها ثلاث مرات في ثلاثة أطهار، مع تخلل مراجعتها على ما سندل عليه، ولم تكن تزوجت فيما بينها بسواه، لم تحل له حتى تنكح غيره بنكاح دوام، ويكون بالغاً، ويدخل بها واطئاً في قبلها، ويفارقها وتنقضي عدتها منه، ويهدم الزوج الثاني التطليقات الثلاث وإن تكررت من الأول أبداً^(٢)، إلا أن يكون طلاق عدة بعد تسع تطليقات، ينكحها بينها زوجان.

وتبيح المرأة بالعقد المستأنف، وكذا إن تزوجت فيما بين الأولى والثانية، أو الثانية والثالثة هدم ذلك ما تقدم من الطلاق على الأظهر الأكثر المعمول عليه من أقوال أصحابنا ورواياتهم، لأن في بعضها لا يهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث^(٣)، وتمسك به بعضهم.

١- قارن الغنية: ٩٢.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- القائل بذلك هو ابن زهرة كما في الغنية: ٩٢.

وقال: متى رجعت إلى الأول كانت معه على ما بقي من تمام الثلاث، وظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ معه، لأنه يدل على تحريمها عليه بالثالثة حتى تنكح زوجاً غيره^(١) من غير تفصيل، إلا إن الإجماع من المحصلين على ما اخترناه، والأخبار المتواترة مخصصة لما قدمناه.

فأما غير المدخول بها فإنه إذا طلقها واحدة بانت منه وملكت نفسها في الحال، فإن اختار مراجعتها ورضيت هي كان ذلك بعقد جديد ومهر جديد^(٢)، ولو قلنا بعقد جديد كان كافياً وإن لم نقل بمهر جديد، غير أننا اتبعنا ألفاظ أصحابنا المصنفين.

فإن راجعها وطلقها قبل الدخول بها تمام ثلاث مرات لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، وهذا مختص بحرائر النساء^(٣).

فأما الإماء فأقصى طلاقهن، حرّاً كان الزوج أو عبداً، طلقتان^(٤) لأن الاعتبار عندنا بعدد الطلاقات بالنساء، فأما إيقاعه فييد الرجال.

فأما طلاق العدة فيختص بالمدخول بها، المستقيمة الطهر والحيض، وصفته أن يطلقها في طهر لا جماع فيه، ثم يراجعها قبل أن تخرج من عدتها ولو

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن الغنية: ٩٢.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

بساعة واحدة، فإذا أراد طلاقها ثانياً طلاق العدة وطئها، فإذا حاضت وطهرت طلقها، ثم يراجعها قبل خروجها من عدتها ولو بساعة واحدة، فإذا راجعها حيثئذٍ وأراد طلاقها ثالثاً وطئها، فإذا حاضت وطهرت طلقها، فإذا فعل ذلك حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره^(١) بالصفات التي ذكرناها أولاً.

ولا يهدم الزوج الثاني هذه التطليقات الثلاث أبداً، بل متى طلقها مطلقاً على هذا الوجه والكيفية تسع تطليقات، ينكحها بينها زوجان، حرمت عليه أبداً، على ما قلناه فيها مضي^(٢).

فالفرق بين طلاق العدة وطلاق غير العدة، المسمى عند أصحابنا بطلاق السنة، وإن كان الكل عند التحقيق في التسمية طلاق السنة: هو أن طلاق العدة لا بد لمن أراد بعد طلاقها الأول أن يراجعها قبل خروجها من العدة، فإذا أراد طلاقها ثانياً أو ثالثاً، فلا بد من وطئها، وليس كذلك طلاق السنة، لأنه إن أراد طلاقها بعد طلاقها الأول فليس من شرطه مراجعتها قبل خروجها من عدتها، ولا وطؤها إذا أراد طلاقها ثانياً وثالثاً، فيتفق طلاق العدة وطلاق السنة في المرة الأولى من الطلاق، ويختلفان في الطلاق الثاني والثالث، فليلاحظ ذلك.

وشيء آخر وهو أن الإنسان يمكنه أن يبين زوجته في طلاق السنة، ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره في مجلس واحد ويوم واحد وأقل من ذلك، بعد

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

تحليل المراجعة بين الطلقات الثلاث، بأن يطلقها بمحضر من الشاهدين العدلين، ثم يراجعها بالقول أو التقبيل على ما مضى، ثم يطلقها ثم يراجعها، ثم يطلقها وقد بانّت منه ساعة طلقها، ولا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره، وإن كان ذلك في يوم واحد ومجلس واحد.

فإن قيل: فأصحابكم لا يجيزون ولا يوقعون الثلاث طلقات في مجلس واحد، بل يوقعون منها واحدة، وبعضهم لا يوقع شيئاً منها، فكيف ذهبتم إلى إيقاع الثلاث في مجلس واحد؟

قلنا: أصحابنا ما منعوا من ذلك إلا من دون تحلل المراجعة بين التطليقات الثلاث، أو قولهم أنت طالق ثلاثاً، لأنّه إذا طلقها ولم يراجعها، ثم يطلقها ثانياً وثالثاً لا يقع الطلاق، لأنّ طلاق الطالق لا يقع، وليس كذلك ما ذهبنا إليه، لأنّا اعتبرنا المراجعة بين التطليقات الثلاث، فليتأمل ذلك ويلحظ.

وما أورده شيخنا أبو جعفر في نهايته من كيفية طلاق السنة وقوله: إذا أراد الرجل أن يطلق امرأته التي دخل بها وهو غير غائب عنها طلاق السنة فليطلقها وهي طاهر طهرأ لم يقر بها فيه بجماع، ويشهد على ذلك شاهدين بطلقة واحدة ثم يتركها حتى تخرج من العدة، فإذا خرجت من العدة ملكت نفسها، وكان خاطباً من الخطاب، وما لم تخرج من عدتها فهو أملك برجعتها، فمتى خرجت من عدتها وأراد أن يتزوجها عقد عليها عقداً جديداً بمهر جديد^(١).

فإن أراد بعد ذلك طلاقها فعل معها ما فعل في الأول من استيفاء الشروط، فيطلقها طليقة أخرى، ويتركها حتى تخرج من العدة، فإذا خرجت من العدة ملكت نفسها مثل الأول، فإن أراد أن يعقد عليها عقداً آخر فعل كما فعل في الأولتين بمهر جديد وعقد جديد^(١).

فإذا أراد بعد ذلك طلاقها طلقها على ما ذكرناه، ويستوفي شرائط الطلاق، فإذا طلقها الثالثة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، فإن تزوجت فيما بين التطليقة الأولى أو الثانية أو الثالثة زوجاً بالغاً ودخل بها، ويكون التزويج دائماً هدم ما تقدم من الطلاق، وكذلك إن تزوجت بعد التطليقات الثلاث هدم الزوج الثلاث تطليقات، وجاز لها أن ترجع إلى الأول أبداً بعقد جديد ومهر جديد^(٢). هذا آخر كلام شيخنا في نهايته في كيفية طلاق السنة.

قال محمد بن إدريس: هذا منه عليه السلام على جهة التقريب، وعلى لفظ الخبر دون أن يكون من طلق للسنة على غير ذلك الوجه لا يسمى طلاق السنة، وقد حقق القول في الاستبصار، وأورد أخباراً بأنه يجوز على خلاف الوجه والكيفية التي أوردتها في نهايته، وأنها تبين منه في يوم واحد إذا تحللت المراجعة.

ثم ذكر في نهايته وقال: الطلاق على ضربين، طلاق السنة وطلاق العدة^(٣).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- النهاية: ٥١٣.

٣- النهاية: ٥٠٨.

ثم قال: وهو ينقسم أقساماً منها طلاق التي لم يدخل بها، والتي دخل بها، ومن لم تبلغ المحيض ولا في سنّها من تحيض، والتي لم تبلغ الحيض وفي سنّها من تحيض، والمستحاضة، والمستقيمة الحيض، والحامل المستتين حملها، والآيسة من المحيض وفي سنّها من تحيض، والآيسة من المحيض وفي سنّها من لا تحيض^(١) وعدّد أقساماً آخر.

وهذه أجمع راجعة إلى قوله: الطلاق على ضربين طلاق السنة وطلاق العدة، لأن كلّ واحد من الأقسام التي ذكرها، لابدّ فيه من أن يكون إمّا للسنة أو للعدة^(٢)، وإنّما ذلك راجع إلى من يطلق أو إلى من لا يطلق، لا إلى جنس الطلاق، بل إلى عدد المطلّق أو المطلّقة.

ثم قال ﷺ: وما يلحق بالطلاق وإن لم يكن طلاقاً في الحقيقة على ضربين: ضربٌ منه يوجب البيّنة مثل الطلاق، وضرب آخر يوجب التحريم وإن لم تقع فرقة، فالقسم الأوّل اللعان، والارتداد عن الإسلام، والقسم الثاني الظهار، والإيلاء، ويدخل في هذا الباب ما يؤثر في بعض أنواع الطلاق، وهو الخلع والمباراة^(٣).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- وقد أفادنا سيدنا البهشتي دام ظله في هذا المقام تعليقاً على قول المصنّف أمّا للسنة أو للعدة فقال:

عدا الأولى وهي التي لم يدخل بها، والثالثة وهي التي لم تبلغ المحيض، والأخيرة وهي التي ينست عن المحيض فإنّهن لا يتحملن تفصيل طلاق السنة، ولا عدة عليهنّ أيضاً، فينبّ بمحض الطلاق.

٣- المصدر السابق نفسه.

قوله ﷺ: «ويدخل في هذا الباب ما يؤثر في بعض أنواع الطلاق» على رأيه واختياره في أنّ الخلع بمجرّده لا يقع به فرقة ولا بينونة، إلّا أن يتبع بالطلاق، فلاجل هذا قال ما قال، ولا نجعله حكماً منفرداً عن الطلاق، فأما على ما يذهب إليه غيره من أصحابنا مثل السيّد المرتضى وغيره، فإنّ الخلع بمجرّده تقع به البينونة والفرقة، وسنبيّن ذلك عند المصير إليه إن شاء الله تعالى، ويدخل فيه أيضاً ما يكون كالسبب للطلاق وهو التشويز والشقاق.

وشرائط الطلاق على ضربين: ضرب منه عام في سائر أنواعه، وضرب منه خاص في بعضه.

فأما الذي هو عام: فهو أن يكون الرجل غير زائل العقل ويكون مريداً للطلاق، غير مكره عليه ولا مجبر، ويكون طلاقه بمحضر من عدلين، ويتلفظ بلفظ مخصوص، أو ما يقوم مقامه إذا لم يمكنه^(١) على ما نبينه.

والضرب الآخر وهو أن لا تكون المرأة حائضاً، لأنّ هذا خاص مراعى في المدخول بها، غير غائب عنها زوجها غيبة مخصوصة، على ما نبينه فيما بعد^(٢)، ومعظم هذه الشروط قدّمناها فيما مضى.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: فإن طلق الرجل امرأته وهو زائل العقل بالسكر أو المرة أو الجنون أو ما أشبهها كان طلاقها غير واقع، فإن احتاج من

١- قارن النهاية: ٥٠٩.

٢- المصدر السابق نفسه.

هذه صورته - إلا السكران - إلى الطلاق طلق عنه وليه، فإن لم يكن له ولي طلق عنه الإمام أو من نصبه الإمام^(١).

وذهب في مسائل خلافه في كتاب الخلع إلى غير ما ذهب إليه في نهايته، فقال: مسألة، ليس للولي أن يطلق عمن له عليه ولاية، لا بعوض ولا بغير عوض، ثم استدلل، فقال: دليلنا إجماع الفرقة، وأيضاً الأصل بقاء العقد وصحته، وأيضاً قوله **إِنَّمَا**: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» والزوج هو الذي له ذلك دون غيره^(٢). هذا آخر كلام **عليه السلام**.

قال محمد بن إدريس: الأولى أن يكون غير السكران مثل السكران، وأن لا يلي غير الزوج الطلاق لقوله تعالى: **﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾** فأضاف الطلاق إلى الزوج، فمن جعل لغيره الطلاق يحتاج إلى دليل.

وأيضاً فالرسول **صلى الله عليه وآله** قال: **«الطلاق بيد من أخذ بالساق»** والذي يأخذ بالساق الزوج، فمن جعله بيد غيره يحتاج إلى دليل، وأيضاً الأصل بقاء الزوجية بينهما فمن أبانها منه بطلاق غيره يحتاج إلى دليل.

فإن قيل: هذا وال عليه، ناظر في مصالحه، فله أن يفعل ما شاء مما هو راجع إلى مصالحه.

١- النهاية: ٥٠٩.

٢- الخلاف ٢: ٢٢٢.

قلنا: لا خلاف أن الصبي لا يطلق عنه وليه وهو ناظر في أموره، وأيضاً فالطلاق من شرطه مقارنة نية المطلق الذي هو الزوج له، وهذا غير موجود في هؤلاء، ولنا في هذه المسألة نظر.

والذي وقع التحقيق لنا من ذلك: أنه لا يجوز طلاق غيره عليه بحال، لما قدّمناه من الأخبار، وبقاء الزوجية بينهما، فمن أبانها منه بطلاق غيره يحتاج إلى دليل^(١).

وقال شيخنا في نهايته أيضاً: وإذا طلق الرجل امرأته وهو مريض فبأنها يتوارثان ما دامت في العدة، فإذا انقضت عدتها ورثته ما بينها وبين سنة ما لم تتزوج، فإن تزوجت فلا ميراث لها، وإذا زاد على السنة يوم واحد لم يكن لها ميراث.

ولا فرق في جميع هذه الأحكام بين أن يكون التولية هي الأولى أو الثانية أو الثالثة، وسواء كان له عليها رجعة أو لم تكن، فإن الموارثة ثابتة بينهما على ما قدّمناه^(٢). هذا إذا كان المريض يستمر به إلى أن يتوفى، فإن صحّ من مرضه ذلك ثم مات، لم يكن لها ميراث، إلا إذا كان طلاقاً يملك فيه رجعتها، فإنها

١- قال العلامة الحلي في المختلف ٤: ٣١ وكلام ابن إدريس في غاية السقوط، فإن الآية تدلّ على التحريم ثم مع الطلاق المستند إلى الزوج، والمباشرة والتسبيب سواء، ولو ثبت الفرق لكن لاتدلّ على حكم التسبيب بنفي ولا اثبات، فلا يجوز جعله دليلاً على النفي، كما لا يجعل دليلاً على الثبوت، واشترط نية المطلق ثابت كالوكيل، والتحقيق الذي ظهر له بعد النظر فاسد.

ترثه ما لم تخرج من العدة^(١). هذا آخر كلامه عليه السلام في نهايته.

قال محمد بن إدريس: والذي تقتضيه أصول مذهبنا أن الطلاق إذا كان رجعيًا ورثها الرجل ما دامت في العدة، فإذا خرجت من العدة لا يرثها وهي ترثه بعد خروجها من العدة إلى سنة ما لم تتزوج أو يبرأ من مرضه ذلك.

فأما إذا كان الطلاق غير رجعي وهو الطلاق البائن، فإنه لا يرثها ساعة طلقها، وإن كانت في العدة، وهي ترثه مدة السنة على ما قدمناه، لأنها بعد الطلاق البائن غير زوجة له، والعصمة انقطعت بينهما، ولولا الإجماع لما ورثته، ولا إجماع معنا على أنه يرثها بعد الطلاق البائن، وشيخنا أبو جعفر فقد رجع عما قاله في نهايته في مسائل خلافه.

فقال: مسألة، المطلقة التطليقة الثالثة في حال المرض ترث ما بينها وبين سنة إذا لم يصح من ذلك المرض ما لم تتزوج، فإن تزوجت فلا ميراث لها، والرجل يرثها ما دامت في العدة الرجعية، فأما في البائنة فلا يرثها على حال.

دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم، وقد ذكرناها في الكتاب الكبير^(٢). هذا آخر كلامه في الجزء الثاني من مسائل خلافه في كتاب المواريث.

وأيضاً قال في الجزء الثالث من كتاب الطلاق: مسألة، المريض إذا طلقها طليقة لا يملك رجعتها، فإن مات لم يرثها بلا خلاف، وإن مات هو من ذلك

١- النهاية: ٥١٠.

٢- الخلاف ٢: ٧٤.

المرض ورثته، ما بينها وبين سنة ما لم تتزوج، فإن تزوجت بعد انقضاء عدتها لم ترثه، وإن زاد على السنة يوم واحد لم ترثه^(١).

ثم قال: مسألة، إذا سألته أن يطلقها في مرضه فطلقها، لم يقطع ذلك الميراث منه، ثم قال: دليلنا عموم الأخبار الواردة بأنها ترثه إذا طلقها في المرض، ولم يفصلوا، فوجب حملها على عمومها^(٢).

ثم قال في الجزء الثالث من استبصاره في باب طلاق المريض لما أورد الأخبار في أنها ترثه إذا طلقها في حال مرضه ما بينها وبين سنة ما لم تتزوج أو يبرأ من مرضه ذلك.

ثم قال: دليلنا على أن الذي اختاره هو أنه إنَّها ترثه بعد انقضاء العدة إذا طلقها للإضرار بها، ويحمل على هذا التفصيل جميع ما تقدّم من الأخبار المجملة، يدلّ على ذلك ما رواه الحسين بن سعيد، عن أخيه الحسن، عن زرعة، عن سماعة قال: سألته عليه السلام عن رجل طلق امرأته وهو مريض، قال: ترثه ما دامت في عدتها، وإن طلقها في حال إضرار فهي ترثه إلى سنة، فإن زاد على السنة يوم واحد لم ترثه، وتعتد أربعة أشهر وعشراً عدة المتوفى عنها زوجها^(٣).

قال محمد بن إدريس: الصحيح ما ذهب إليه في مسائل خلافه من قوله إذا

١- الخلاف ٢: ٢٤٢.

٢- الخلاف ٢: ٢٤٣.

٣- الاستبصار ٣: ٣٠٧.

سألته أن يطلقها في مرضه فطلقها لم يقطع ذلك الميراث منه، والدليل عليه ما استدلَّ به عليه السلام من قوله عموم الأخبار يقتضي ذلك، ولم يفصلوا، فوجب حملها على عمومها.

ومن العجب أنه يخصص العموم في استبصاره بخبر سماعة الذي رواه زرعة، وهما فطحيان، فإن كان يعمل بأخبار الآحاد، فلا خلاف بين من يعمل بها أن من شرط العمل بذلك أن يكون راوي الخبر عدلاً، والفتحي كافر، فكيف يعمل بخبره، ويخصص بخبره العموم المعلوم، والمخصص (لابد أن) يكون دليلاً معلوماً، فهذا لا يجوز عند الجميع، لا عند من يعمل بأخبار الآحاد، ولا عند من لا يعمل بها، ومتى جعل إليها الخيار فاختارت نفسها فقد اختلف أصحابنا في ذلك، فبعض يوقع الفرقة بذلك، وبعض لا يوقعها، ولا يعتد بهذا القول، ويخص هذا الحكم بالرسول عليه السلام، وهذا هو الأظهر الأكثر المعمول عليه بين الطائفة، وهو خيرة شيخنا أبي جعفر، والأول خيرة السيد المرتضى، دليلنا أن الأصل بقاء العقد.

وقال شيخنا أيضاً: إجماع الفرقة على هذا وأخبارهم، وقد ذكرناها في الكتابين المقدم ذكرهما، وبيّنا الوجه في الأخبار المخالفة لها، ومن خالف في ذلك لا يعتد به، لأنه شاذ منهم^(١).

١- ما بين القوسين إضافة متأقريباً للعبارة.

وإذا قال: أنت عليّ حرام لا يحصل بذلك طلاق، ولا ظهاراً، ولا إيلاء، ولا يمين بلا خلاف بين أصحابنا في ذلك ولا تحرم عليه^(١).

فإن قيل للرجل: هل طَلَّقت فلانة؟ فقال: نعم، كان ذلك إقراراً منه بطلاق شرعي، وما ينوب مناب قوله أنت طالق بغير العربية بأيّ لسان كان، فإنه يحصل به الفرقة^(٢) إذا تعذر عليه لفظ العربية، فأما إذا كان قادراً على التلفّظ بالطلاق بالعربية، وطلّق بلسان غيرها، فلا تقع الفرقة بذلك، لأنّه ليس عليه دليل، والأصل بقاء العقد.

ولا يقع الطلاق إلّا باللسان^(٣)، قال شيخنا أبو جعفر في نهايته: فإن كتب بيده أنّه طلق امرأته وهو حاضر ليس بغائب لم يقع الطلاق، فإن كان غائباً فكتب بيده إنّ فلانة طالق وقع الطلاق، وإن قال لغيره: اكتب إلى فلانة امرأتي بطلاقها لم يقع الطلاق، فإن طلقها بالقول ثمّ قال لغيره: اكتب إليها بالطلاق، كان الطلاق واقعاً بالقول دون الأمر^(٤).

قال محمّد بن إدريس: لا يقع الطلاق إذا كتب بخطه إنّ فلانة طالق، وإن كان غائباً بغير خلاف من محصّل، لأنّا نراعي لفظاً مخصوصاً يتلفّظ به المطلق.

١- قارن النهاية: ٥١٠.

٢- قارن النهاية: ٥١١.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- النهاية: ٥١١.

ومن كتب فيما تلفظ بغير خلاف، والأصل بقاء العقد وثبوته، فمن أوقع بالكتابة طلاقاً وفرقة، يحتاج إلى دليل، وشيخنا أبو جعفر فقد رجع عما قاله في نهايته في مسائل خلافه.

فقال: مسألة، إذا كتب بطلاق زوجته ولم يقصد الطلاق، لا يقع بلا خلاف، فإن قصد به الطلاق فعندنا أنه لا يقع به شيء.

ثم قال: دليلنا إجماع الفرقة، وأيضاً الأصل بقاء العقد، ولا دليل على وقوع الطلاق بالكتابة^(١). هذا آخر كلامه في مسائل خلافه.

وقال في نهايته: وإذا وكل الرجل غيره بأن يطلق عنه لم يقع طلاقه إذا كان حاضراً في البلد، فإن كان غائباً جاز توكيله في الطلاق^(٢).

قال محمد بن إدريس: يصح التوكيل في الطلاق حاضراً كان الموكل أو غائباً، بغير خلاف بين المسلمين، وقد استوفينا الكلام على ذلك في باب الوكالة بما أغنى عن إعادته.

ومتى أراد عزل الوكيل فليعلمه ذلك، فإن لم يمكنه فليشهد شاهدين على عزله، فإن طلق الوكيل وكان طلاقه قبل العزل وقع طلاقه، وإن كان بعد العزل كان باطلاً^(٣).

١- الخلاف ٢: ٢٣٦.

٢- النهاية: ٥١١.

٣- قارن النهاية: ٥١١.

ومتى وكل رجلين على الطلاق - ولم يشرط في وكالتهما الانفراد والاجتماع - لم يميز لأحدهما أن يطلق، فإن طلق بانفراده لم يقع طلاقه، فإذا اجتمعا عليه وقع^(١).

ومن لم يتمكن من الكلام مثل أن يكون أخرس فليكتب الطلاق بيده إن كان ممن يحسن الكتابة، فإن لم يحسن فليوم إلى الطلاق كما يومي إلى بعض ما يحتاج إليه، فمتى فهم من إيمائه ذلك وقع طلاقه^(٢).

وقد روي: أنه ينبغي أن يأخذ المقتنة فيضعها على رأسها ويتنحى، فيكون ذلك منه طلاقاً، فإذا أراد مراجعتها أخذ القناع من رأسها^(٣)، وهذه الرواية يمكن حلها على من لم يكن له كتابة مفهومة، ولا إشارة معقولة.

ومتى علق الإنسان الطلاق بشرط من الشروط أو صفة من الصفات، وكذلك العتاق كان باطلاً على ما قدّمناه^(٤).

ومن شرائط الطلاق العامة أن يطلقها تطليقة واحدة، فإن طلقها اثنتين أو ثلاثاً، بأن يقول: أنت طالق ثلاثاً لغير المدخول بها، أو قال ذلك للمدخول بها، لم يقع على الصحيح من المذهب إلا واحدة.

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- قارن النهاية: ٥١٢.

وقال بعض أصحابنا^(١): لا يقع من ذلك شيء، والأول الأظهر من المذهب، فإن قال غير المدخول بها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، بانت عنه بالأولى، وبطل الطلاق الثاني والثالث بغير خلاف.

فإن قال ذلك للمدخول بها لا يقع إلا الطلاق الأول، دون الثاني والثالث، لأن طلاق الطالق لا يصح. فإن تخللت المراجعة صحّ على ما قدمناه.

وقد كتب إليّ بعض الفقهاء الشافعية - وكان بيني وبينه مؤانسة ومكاتبة - هل يقع الطلاق الثلاث عندكم؟ وما القول في ذلك عند فقهاء أهل البيت عليهم السلام؟ فأجبت: أمّا مذهب أهل البيت فإنهم يرون أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد في مجلس واحد وحالة واحدة من دون تخلّل المراجعة لا يقع منه إلا واحدة. ومن طلق امرأته تطليقة واحدة وكانت مدخولاً بها، كان له مراجعتها بغير خلاف بين المسلمين.

وقد روي أن ابن عباس وطاووساً يذهبان إلى ما يقوله الشيعة^(٢).

وقال الطحاوي في كتاب الاختلاف أن الحجاج بن أرطاة كان يقول: ليس الطلاق الثلاث بشيء.

وحكى في هذا الكتاب عن محمد بن اسحق أن الطلاق الثلاث يرد إلى واحدة، ودليل الشيعة على ما ذهب إليه - بعد إجماع أهل البيت عليهم السلام - فإن فيه

١- لعل المراد به هو السيّد المرتضى حيث ذهب إلى ذلك في الانتصار: ١٣٤.

٢- قارن الانتصار: ١٣٤.

الحجة - من وجوه يطول شرحها، لا يحتمل هذا الموضع ذكرها^(١)، لأنه يوحش المبتدي بسماعه، ولقول الرسول ﷺ المتفق عليه: «خَلَقْتُ فِيكُمْ الثَّقَلَيْنِ كِتَابَ اللَّهِ وَعِزَّتِي أَهْلَ بَيْتِي مَا إِنْ تَمَسَّكْتُمْ بِهِمَا لَنْ تَضَلُّوا»^(٢) فقرن ﷺ العترة إلى الكتاب الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، وجعل حكمها حكمه.

وقال ﷺ: «مِثْلُ أَهْلِ بَيْتِي فِيكُمْ كَسَفِينَةِ نُوحٍ مِنْ آتَاهَا نَجَا وَمَنْ تَخَلَّفَ عَنْهَا هَلَكَ»^(٣).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- حديث مشهور متواتر رواه مسلم في الصحيح، والترمذي في جامعه، والدارمي في سننه، وأحمد في مسنده، ومناقبه، والطبراني في معاجمه، والبيهقي في سننه وفي الاعتقاد، وابن سعد في الطبقات، والحاكم في المستدرک، وابن المغازلي في مناقبه، والفسوي في المعرفة والتاريخ، والهيثمي في مجمع الزوائد، وأبو يعلى في مسنده، والسيوطي في الخصائص، وابن حجر في الصواعق وغيرهم وغيرهم، وحسبك قول ابن حجر: «ولهذا الحديث طرق كثيرة عن بضعة وعشرين من الصحابة، لا حاجة لنا ببسطها»، وقد كُتِبَ فيه كتب ورسائل طبع منها رسالة الثقلان للمرحوم الحجة الشيخ محمد حسين آل المظفر، وخير ما كتب إحاطة وشمولاً ما كتبه سيدنا صاحب العباقيات فيها، ولي فيه رسالة لم تطبع.

٣- روى الحديث من الصحابة أبو ذر، وابن عباس، وسلمة الأکوع وغيرهم، وعنهم أخرجه الحفاظ بطرق كثيرة فراجع مسند أحمد، ومسند البزار، ومستدرک الحاكم، ومجمع الزوائد للهيثمي، وتاريخ بغداد للخطيب، وحلية الأولياء لابي نعيم، ومناقب ابن المغازلي، والمعاجم الثلاثة - الكبير والأوسط والصغير - للطبراني، وذخائر العقبى للمحب الطبري، والجامع الصغير للسيوطي، وميزان الاعتدال للذهبي، ومشكاة المصابيح للخطيب التبريزي، والصواعق المحرقة لابن حجر وغيرهم وغيرهم، وراجع عباقيات الأنوار ففيها مجلد خاص بحديث السفينة.

مطابقاً لقوله تعالى: **﴿فَأَنْجَيْنَاهُ وَأَصْحَابَ السَّفِينَةِ﴾**^(١).

وقد دلّوا على أنّ المشروع في الطلاق إيقاعه متفرقاً، وقد وافقهم مالك وأبو حنيفة على أنّ الطلاق الثلاث في الحال الواحدة محرّم مخالف للسنة، إلا أنّهما يذهبان مع ذلك إلى وقوعه^(٢)، وفي هذا القول ما فيه.

والذي يدلّ على صحّة ما ذهب إليه الشيعة قوله تعالى: **﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾** ومن المعلوم أنّه تعالى لم يرد بذلك الخبر، لأنّه لو أراده لكان كذباً، وإنّما أراد الأمر فكأنّه قال تعالى طلقوا مرتين، وجرى مجرى قوله تعالى: **﴿وَالطَّلَاقُ يَتَرَبُّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾** وكقوله تعالى: **﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِناً﴾** والمراد بذلك يجب أن يؤمنوه، والمرتان لا تكونان إلا واحدة بعد أخرى، ومن جمع الطلاق في كلمة واحدة لا يكون مطلقاً مرتين، كما أنّ من أعطى درهمين مرّة واحدة لم يعطهما مرّتين^(٣).

فإن احتج من يذهب إلى أنّ الطلاق الثلاث يقع، وإن كان بدعة بما روي في حديث ابن عمر أنّه قال للنبي: رأيت لو طلقها ثلاثاً، فقال **﴿إِنِّهَا عَصِيَتْ رَبَّكَ، وَبَانَ مِنْكَ أَمْرُكَ﴾** فالذي يبطل ذلك أنّه لا تصريح في قوله رأيت لو طلقها ثلاثاً فإنّي كنت أفعل ذلك بكلمة واحدة وحالة واحدة، ويجوز

١- العنكبوت: ١٥.

٢- قارن الانتصار: ١٣٤.

٣- المصدر السابق نفسه.

أن يكون مراده أنني لو طَلَّقْتُها ثلاثاً في ثلاثة أطهار تَحَلَّلَها المراجعة، ولا شبهة في أن من طَلَّق امرأته ثلاثاً في ثلاثة أطهار أنه يسمّى مطلقاً ثلاثاً^(١).

فإن قيل: لا فائدة على هذا الوجه في قوله عَلَيْهَا: «إذن عصيت ربك، وبانت منك امرأتك»؟

قلنا: يحتمل ذكر المعصية أمرين: أحدهما أن يكون النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يعلم من زوجة ابن عمر خيراً أو برأ يقتضيان المعصية بفراقها، والأمر الآخر أنه مكروه للزوج أن يخرج نفسه من التمكين من مراجعة المرأة، لأنه لا يدري كيف ينقلب قلبه، فربما دعت الدواعي القوية إلى مراجعتها، فإذا خرج أمرها من يده ربما همَّ بالمعصية^(٢).

فإن احتجوا أيضاً بما روه من أن عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق طَلَّق امرأته تهاضر - بضم التاء وكسر الضاد - ثلاثاً، قلنا: يجوز أن يكون طَلَّقَها في أطهار ثلاثة مع مراجعة تَحَلَّلَتْ، وليس في ظاهر الخبر أنه طَلَّقَها ثلاثة بلفظ واحد وحالة واحدة.

وهذه الطريقة التي سلكناها يمكن أن تطرّد في جميع أخبارهم التي يتعلّقون بها، فما يتضمّن وقوع طلاق ثلاث، فقد فتحنا طريق الكلام على ذلك كلّ ونهجناء، فلا معنى للتطويل بذكر جميع الأخبار^(٣).

١- قارن الانتصار: ١٣٦.

٢- قارن الانتصار: ١٣٧.

٣- المصدر السابق نفسه.

وعلى أنَّ أخبارهم معارضة بأخبار موجودة في رواياتهم وكتبهم تقتضي أنَّ الطلاق الثلاث لا يقع، منها ما رواه ابن سيرين أنَّه قال: حَدَّثَنِي مَنْ لَا أَتُهُمْ أَنَّ ابن عمر طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا وَهِيَ حَائِضٌ، فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يَرَجِعَهَا^(١).

وبما رواه الحسن أنَّه أتى عمر برجل قد طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا بِفَمٍ وَاحِدٍ فَرَدَّهَا عَلَيْهِ، ثُمَّ أَتَى بَعْدَ ذَلِكَ بِرَجُلٍ آخَرَ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا بِفَمٍ وَاحِدٍ فَأَبَانَهَا مِنْهُ، فَقِيلَ لَهُ: إِنَّكَ بِالْأَمْسِ رَدَدْتَهَا عَلَيْهِ، فَقَالَ: خَشِيتُ أَنْ يَتَّيَعَ - بِالْبَاءِ الْمُنْقَطَةِ مِنْ تَحْتِ نَقْطَتَيْنِ، يُقَالُ: يَتَّيَعُ النَّاسُ فِي الشَّرِّ، وَتَتَّيَعُ النَّاسُ فِي الْخَيْرِ، بِالْبَاءِ الْمُنْقَطَةِ مِنْ تَحْتِهَا نَقْطَةٌ وَاحِدَةٌ الَّتِي قَبْلَ الْعَيْنِ، وَفِي الشَّرِّ بِنَقْطَتَيْنِ قَبْلَ الْعَيْنِ - فِيهِ السَّكْرَانُ وَالْغَيْرَانُ^(٢).

روي عن ابن عباس ؓ كان يقول: إِنَّ الطَّلَاقَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَعَهْدِ أَبِي بَكْرٍ وَصَدْرٍ مِنْ إِمَارَةِ عُمَرَ طَّلَاقُ الثَّلَاثِ وَاحِدَةٌ، ثُمَّ جَعَلَهَا عُمَرُ بَعْدَ ذَلِكَ ثَلَاثًا^(٣).

وروى عكرمة عن ابن عباس قال: طَلَّقَ رَكَاةً - بِالرَّاءِ الْمَضْمُومَةِ وَالنُّونَ -

١- أخرج حديث طلاق ابن عمر لامرأته وهي حائض كثير من الحفاظ وأئمة الحديث، ففي صحيح مسلم ٤: ١٧٩ - ١٨٣ وحده نحو من عشرين حديثاً في ذلك، وراجع الحديث في الوسائل ١٥: ٢٧٧ وما بعدها.

٢- غير أن كسكران صفة مشبهة بمعنى ذي الغيرة والحمية على امرأته ولو بالوهم الموجب لايجاد الفرقه عنها.

٣- صحيح مسلم ٤: ١٨٣.

ابن عبد ربه امرأته ثلاثاً في مجلس واحد، فحزن عليها حزناً شديداً، فسأله رسول الله ﷺ كيف طَلَّقْتَهَا ثلاثاً؟ فقال: في مجلس واحد؟ قال: نعم، قال ﷺ: إِنَّمَا تِلْكَ وَاحِدَةٌ، فَرَاغْتَهَا إِنْ شِئْتَ، قال: فَرَاغْتَهَا^(١). والأخبار المعارضة لأخبارهم أكثر من أن تحصى^(٢) وتستقصى.

ودليل آخر على أصل المسألة: وهو أن يقال: الطلاق الثلاث بلفظ واحد في حالة واحدة من غير أن يتخلله مراجعة لا يقع منها إلا واحدة، والدليل على ذلك من كتاب الله تعالى، ومن سنة نبيه ﷺ، ومن إجماع المسلمين، ومن قول أمير المؤمنين ﷺ، ومن قول ابن عباس رضي الله عنهما، ومن قول عمر بن الخطاب.

أما كتاب الله فقد تقرر أنه نزل بلسان العرب، وعلى مذاهبها في الكلام، قال الله جلّت عظمته: ﴿قَرَأْنَا عَرَبِيًّا غَيْرَ ذِي عِوَجٍ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَّسُولٍ إِلَّا بِلِسَانٍ قَوْمِهِ لِيُبَيِّنَ لَهُمْ﴾ ثم قال سبحانه في آية الطلاق: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ فكانت الثالثة في قوله تعالى: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ على قول ابن عباس.

وفي قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ فوجدنا للمطلق إذا قال لامرأته أنت طالق أتى بلفظ واحد يتضمن تطلقته واحدة، وإذا قال عقيب هذا اللفظ ثلاثاً، لم يخل من أن تكون أشار به إلى طلاق

١- سنن البيهقي ٧: ٣٣٩.

٢- قارن الانتصار: ١٣٧ - ١٣٨.

وقع فيها سلف ثلاث مرات، أو إلى طلاق يكون في المستقبل ثلاثاً، أو إلى الحال، فإن كان أخبر عن الماضي فلم يقع الطلاق إذن بالذي أورده في الحال، وإنما أخبر عن أمر كان، وإن كان أخبر عن المستقبل فيجب ألا يقع بها طلاق حتى يأتي الوقت، ثم يطلقها ثلاثاً على مفهوم اللفظ والكلام، وليس هذان القسمان مما جرى الحكم عليهما، ولا يتضمّنهما المقال، فلم يبق إلا أنه خبر عن الحال، وذلك كذب ولغو بلا اشكال، لأن الواحدة لا تكون أبداً ثلاثاً، فلاجل ذلك حكمنا عليه بتطبيقه واحدة، من حيث تضمّنه اللفظ الذي أورده، وأسقطنا ما لغا فيه واطرحناه، إذا كان على مفهوم اللغة التي نطق بها القرآن فاسداً وكان مضاداً لأحكام الكتاب.

وأما السنّة فإن النبي ﷺ قال: «كلّ ما لم يكن على أمرنا هذا فهو رده»^(١).

قال ابن القيم: ما وافق الكتاب فخذوه، وما خالفه فاطرحوه^(٢) وقد بيّنا أنّ المرة لا تكون مرتين وأنّ الواحدة لا تكون ثلاثاً، فأوجبنا السنّة بإبطال طلاق الثلاث.

١- سبق في ٢: ٢٢٤ بلفظ: كلّ شيء لا يكون على أمرنا فهو مردود، وذكرت أنّي لم أقف عليه بذلك اللفظ، كما أنّي لم أقف عليه بهذا اللفظ، نعم ورد في الوسائل نقلاً عن الكافي ١: ٦٩ حديث عن الإمام الصادق عليه السلام: كلّ شيء مردود إلى الكتاب والسنّة. كما ورد في الكافي والتهذيب والاستبصار قوله ﷺ: كلّ شيء خالف كتاب الله فهو رد إلى كتاب الله. راجع التهذيب ٨: ٥٥، وورد في البخاري وغيره من حديث عائشة مرفوعاً: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فأمره ردّ).

٢- ورد عنه ﷺ قوله: على كلّ حق حقيقة وعلى كلّ صواب نوراً، فما وافق كتاب الله فخذوه وما خالف كتاب الله فدعوه، الوسائل ١٨: ٧٨ نقلاً عن الكافي والمحاسن وأمالى الصدوق.

وأما الإجماع من الأمة فإنهم مطبقون على أن كل ما خالف القرآن والسنة فهو باطل، وقد تقدّم وصف خلاف الطلاق الثلاث للقرآن والسنة، فحصل الإجماع على إبطاله.

وأما قول أمير المؤمنين عليه السلام فإنه قد تظاهر عنه الخبر المستفيض أنه قال: «إياكم والمطلقات ثلاثاً في مجلس واحد فإنهن ذوات أزواج»^(١).

وأما قول ابن عباس رضي الله عنه فإنه كان يقول: ألا تعجبون من قوم يحلون المرأة لرجل واحد وهي تحرم عليه، ويحرّمونها على آخر وهي حلال له، فقالوا له: يا ابن عباس ومن هؤلاء القوم؟ فقال: هم الذين يقولون للمطلق ثلاثاً في مجلس واحد قد حرمت عليك امرأتك.

وأما قول عمر بن الخطاب فلا خلاف أنه رفع إليه رجل قد طلق امرأته ثلاثاً، فأوجع ظهره ورذّها عليه، وبعد ذلك رفع إليه رجل قد طلق كالأول فأبأنها منه، فقبل له في اختلاف حكمه في الرجلين فقال: قد أردت أن أحمله على كتاب الله تعالى، فخشيت أن يتبايع فيه السكران والغيران.

فاعترف بأن المطلقة ثلاثاً ترد إلى واحدة على حكم الكتاب، وأنه إنما أبأنها منه بالرأي والاستحسان، فعملنا من قوله على ما وافق القرآن، ورغبنا عما ذهب إليه من جهة الرأي والاستحسان، على أنه لا خلاف بين أهل اللسان العربي

١- ورد الحديث بهذا اللفظ عن الإمام الصادق عليه السلام في فروع الكافي ٢: ٣٤ والتهذيب ٨: ٥٦ والاستبصار ٣: ٢٨٩ وفي الفقيه ٣: ٢٥٧ بتفاوت.

وأهل الإسلام، أنّ المصلّي لو قال في ركوعه: سبحان ربّي العظيم فقط، ثمّ قال في عقبه ثلاثاً لم يكن مستحبّاً ثلاثاً، ولو قرأ الحمد مرة، ثمّ قال في آخرها بلفظ عشرّاً لم يكن قارئاً لها عشرّاً، وقد أجمعت الأمة على أنّ الملاعن لو قال في شهادته: أشهد بالله أربعاً أيّ لمن الصادقين، لم يكن شاهداً أربع مرّات على الحقيقة حتى يفصلها، ولو أنّ حاجاً رمى بسبع حصيات في دفعة واحدة لم يجزه ذلك عن سبع متفرقات، فهذا بيّن، واضح لمن تدبره، وأعطى النظر حقّه وحرّره، وأنصف من نفسه، ووزن الحق بميزان عقله، وترك التقليد جانباً، وحب المذهب والنشوء والعادة وراء ظهره، واعتقد المعاد والحساب، وسؤال منكر ونكير في رسمه، واستدرك في يومه ما قرّط في أمسه.

وأيضاً فقد قال الله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَخْصُوا الْعِدَّةَ﴾ فأمره بإحصاء العدة، ثبت أنّه أراد في كلّ قرء طليقة، لأنّه لو أمكن الجمع بين الثلاث لما احتاج إلى إحصاء العدة في غير المدخول بها، وذلك خلاف الظاهر^(١).

فإن قيل: العدد إذا ذكر عقيب الاسم لم يقتض التفريق، مثاله إذا قال: له عليّ مائة درهم مرتان، وإذا ذكر عقيب فعل اقتضى التفريق، مثاله أدخل الدار مرتين أو ضربت مرتين، والعدد في آية الطلاق وهو قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ عقيب الاسم لا الفعل.

١- قارن الخلاف ٢: ٢٢٧. والآية في سورة الطلاق: ١.

قلنا: قوله: الطلاق يعني مرتان طلقوا مرتين، لأنه لو كان خبراً كان كذباً، فالعدد المذكور عقيب فعل لا اسم^(١) فهذا آخر الجواب، أحبت إيراده هاهنا لثلاً يشذ.

وقد روى أصحابنا روايات متظاهرة بينهم، متناصرة، وأجمعوا عليها قولاً وعملاً، أنه إن كان المطلق مخالفاً وكان ممن يعتقد وقوع الطلاق الثلاث لزمه ذلك، ووقعت الفرقة به، وإنما لا يقع إذا كان الرجل معتقداً للحق^(٢).

فأما الشرائط الخاصة فهو الحيض، لأن الحائض لا يقع طلاقها إذا كان الرجل حاضراً، ويكون قد دخل بها، فإن طلقها وهي حائض كان طلاقه باطلاً، وكذلك إن طلقها في طهر قد قربها فيه لم يقع الطلاق، ومتى لم يكن دخل بالمرأة وطلقها وقع الطلاق وإن كانت حائضاً، وكذلك إن كان عنها غائباً، بمقدار ما يعرف من حالها وعادتها وقع طلاقه.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: شهراً فصاعداً وقع طلاقه إذا طلقها، وإن كانت حائضاً^(٣).

وليس الاعتبار بالشهر الذي اعتبره الله، بل الاعتبار بما يعرفه من حال امرأته إما شهراً أو شهرين أو ثلاثة، على قدر عادتها، وقد حقق هذا في

١- قارن الخلاف ٢: ٢٢٧.

٢- قارن النهاية: ٥١٢.

٣- المصدر السابق نفسه.

استبصاره^(١)، ورجع عن إطلاق ما في نهايته في المكان الذي أشرنا إليه.

ومتى عاد من غيبته وصادف امرأته حائضاً، وإن لم يكن واقعها لم يجز طلاقها حتى تطهر^(٢) لأنه صار حاضراً، ولا يجوز للحاضر أن يطلق امرأته وهي حائض، بغير خلاف بيننا، فهذا فقه المسألة.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: ومتى كان للرجل زوجة معه في البلد، غير أنه لا يصل إليها فهو بمنزلة الغائب عن زوجته، فإذا أراد طلاقها فليصبر إلى أن يمضي ما بين شهر إلى ثلاثة أشهر ثم يطلقها إن شاء^(٣).

قال محمد بن إدريس: الذي تقتضيه أصول مذهبنا، وإجماعنا منعقد عليه، أنه لا يجوز للحاضر أن يطلق زوجته المدخول بها وهي حائض بغير خلاف بيننا على ما قدمناه، إذا كانت مستقيمة الحيض غير مسترابة، ولو بقي لا يقربها ولا يطأها سنة أو أكثر من ذلك، وإنها الاستبراء لمن لا تحيض وفي سنّها من تحيض، على ما بيناه، وحل الحاضر والحاضرة على تلك قياس، وهو باطل عندنا والأصل الزوجية، فمن أوقع الطلاق يحتاج إلى دليل قاهر، وما ذكره شيخنا خبر واحد أورده إيراداً لا اعتقاداً، كما أورد أمثاله مما لا يعمل عليه، ولو لا إجماعنا على طلاق الغائب وكانت زوجته حائضاً لما صحّ، فلا نتعداه ونتخطاه.

١- الاستبصار ٣: ٢٩٤.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- النهاية: ٥١٨.

وقد قلنا إنه يستحب الإشهاد على المراجعة، فإن لم يفعل كان جائزاً^(١).

وأدنى ما تكون به المراجعة أن ينكر طلاقها أو يقول ما نويت الطلاق، فيقبل قوله في الحكم - ما لم تخرج من العدة، فإن خرجت من العدة لم يقبل منه في الحكم - يقبلها أو يلمسها، فإن بذلك أجمع ترجع إليه^(٢) وتنقطع العدة.

وإنما يستحب الإشهاد، لأنه متى لم يشهد فيها على المراجعة، وأنكرت المرأة ذلك، وشهد لها بالطلاق شاهدان، فإن الحاكم يبينها منه، ولم يكن عليه سبيل، فإن لم يشهد في حال المراجعة ثم أشهد بعد ذلك كان أيضاً جائزاً^(٣).

ومتى أنكر الطلاق وكان ذلك قبل انقضاء العدة، كان ذلك أيضاً رجعة^(٤) على ما قدمناه، فإن كان ذلك بعد انقضاء العدة فلا سبيل له عليها، ولا يقبل قوله على ما ذكرناه.

ومتى راجعها لم يحز له أن يطلقها تطليقة أخرى طلاق العدة، إلا بعد أن يواقعها أو يستبرئها بحيضة، فإن لم يواقعها أو عجز عن وطئها وأراد طلاقها طلقها طلاق السنة^(٥) على ما حررناه فيما مضى وشرحناه.

١- قارن النهاية: ٥١٤.

٢- قارن النهاية: ٥١٥.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- المصدر السابق نفسه.

ومتى واقعها وارتفع حيضها - وهي في سن من تحيض - وأراد طلاقها استبرأها بثلاثة أشهر ثم يطلقها بعد ذلك^(١).

وإذا أراد أن يطلق امرأة قد دخل بها، ولم تكن قد بلغت مبلغ النساء، ولا مثلها في السن قد بلغ، وحد ذلك دون تسع سنين، فيطلقها أي وقت شاء، فإذا طلقها فقد بانت منه في الحال^(٢) على الصحيح من المذهب.

وقال بعض أصحابنا: يجب عليها العدة ثلاثة أشهر، وهو اختيار السيد المرتضى^(٣)، والأول أظهر بين الطائفة وعملهم عليه، وفتاويهم به، وصائرة إليه. وقد تكلمنا في باب النكاح في هذه المسألة^(٤)، وبلغنا فيها أبعد الغايات، وأقصى النهايات، وقلنا: إن قيل إنَّ عندكم إذا دخل بالمرأة زوجها ولم تبلغ تسع سنين فقد حرمت عليه أبداً، فكيف يطلقها؟ وأزلنا الشبهة المعترضة في ذلك بما لا معنى لإعادته.

ومتى كان لها تسع سنين فصاعداً، ولم تكن حاضت بعد وأراد طلاقها، فليصبر عليها ثلاثة أشهر، ثم يطلقها بعد ذلك^(٥).

وحكم الأيسة من المحيض ومثلها لا تحيض، حكم التي لم تبلغ مبلغ

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن النهاية: ٥١٦.

٣- الانتصار: ١٤٦.

٤- راجع ص ١٥١.

٥- قارن النهاية: ٥١٦.

النساء سواء، في أنّه يطلقها أيّ وقت شاء، وحدّ ذلك خمسون سنة^(١) على ما قدّمناه.

ومتى كانت آيسة من المحيض ومثلها تحيض، استبرأها بثلاثة أشهر، ثمّ يطلقها بعد ذلك، وحدّ ذلك إذا نقص سنّها عن خمسين سنة^(٢).

وإذا أراد أن يطلق امرأته وهي حبلى مستتين حملها، فيطلقها أيّ وقت شاء^(٣) بغير خلاف بين أصحابنا، على خلاف بينهم هل الحبلى المستتين حملها تحيض أم لا؟ وأدّل دليل، وأوضح قيل، على أنّها لا تحيض إجماعهم على صحّة طلاقها، سواء كان ذلك في حال رؤية دم أو حال نقاء، فلو كانت تحيض ما صحّ طلاقها في حال رؤية الدم، لأنّ إجماعهم منعقد على أنّ طلاق الحائض لا يقع ولا يصحّ فيحقق ما قلناه.

فإذا طلقها واحدة كان أملك بمراجعتها ما لم تضع ما في بطنها، فإذا راجعها وأراد طلاقها للسنة، قال شيخنا أبو جعفر في نهايته: لم يجز له ذلك حتى تضع ما في بطنها^(٤).

قال محمّد بن ادريس: ولا أرى لمنعه وجهاً، ولا مانعاً يمنع منه من كتاب،

١- قارن النهاية: ٥١٦.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- النهاية: ٥١٧.

ولا سنة متواترة، ولا إجماع منعقد، والأصل الصحة، والمنع يحتاج إلى دليل، مع قوله تعالى: **(فَإِنْ طَلَّقَهَا)** و **(الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ)** وغير ذلك من عمومات آيات الطلاق وإنّما هو خبر واحد أوردته في نهايته إيراداً لا اعتقاداً، وقد بيّنا ما في أخبار الأحاد.

فإن أراد طلاقها للعدّة واقعها، ثم يطلقها بعد الواقعة، فإذا فعل ذلك فقد بانّت منه بتطليقتين، وهو أملك برجعتهما، فإن راجعها وأراد طلاقها ثالثة، واقعها ثم يطلقها، فإذا طلقها الثالثة لم تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره، ولا يجوز لها أن تتزوج حتى تضع ما في بطنها^(١).

فإن كانت حاملاً بائنين فإنّها لا تبين من الرجل إلا بعد وضع الأخير منها، لقوله تعالى: **(وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ خَمْلُهُنَّ)** فإذا وضعت الأول ما وضعت حملها جميعه.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: فإن كانت حاملاً بائنين فإنّها تبين من الرجل عند وضعها الأول، ولا تحلّ للأزواج حتى تضع جميع ما في بطنها^(٢)، وهذا قول عجيب لأنّه لو كانت قد بانّت من الرجل بوضعها الأول وانقضت العدّة حلّت للأزواج، فلو لم تكن بعد في العدّة لما كان التزويج محظوراً، ولا انتظار وضع جميع ما في بطنها معتبراً في تحليل العقد عليها غيره.

١- قارن النهاية: ٥١٧.

٢- النهاية: ٥١٧.

إِلَّا أَنْ شَيْخُنَا أَبَا جَعْفَرٍ رَجَعَ عَمَّا ذَكَرَهُ فِي نَهَايَتِهِ فِي الْجُزْءِ الثَّالِثِ مِنْ مَسَائِلِ خِلَافِهِ، فَقَالَ: مَسْأَلَةٌ، إِذَا طَلَّقَهَا وَهِيَ حَامِلٌ فَوَلَدَتْ تَوَامِينَ بَيْنَهُمَا أَقَلٌّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَإِنَّ عَدَّتَهَا لَا تَنْقُضِي حَتَّى تَضَعَ الثَّانِي مِنْهُمَا، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ وَمَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ وَعَامَّةُ أَهْلِ الْعِلْمِ، وَقَالَ عِكْرَمَةُ: تَنْقُضِي عَدَّتَهَا بِوَضْعِ الْأَوَّلِ، وَقَدْ رَوَى أَصْحَابُنَا أَنَّهَا تَبِينُ بِوَضْعِ الْأَوَّلِ، غَيْرَ أَنَّهَا لَا تَحُلُّ لِلْأَزْوَاجِ حَتَّى تَضَعَ الثَّانِي، وَالْمُعْتَمَدُ الْأَوَّلُ.

دَلِيلُنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ وَهَذِهِ مَا وَضَعَتْ حَمْلَهَا^(١). هَذَا آخِرُ كَلَامِهِ ﷺ.

وَقَدْ ذَهَبَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا: إِلَى أَنَّ الْحَامِلَ أَقْرَبَ عَدَّتَهَا أَقْرَبَ الْأَجَلِينَ، مِنْ جَمَلَتِهِمْ ابْنُ بَابُوَيْهٍ^(٢)، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهَا إِنْ مَرَّتْ بِهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ فَقَدْ انْقَضَتْ عَدَّتُهَا، وَلَا تَحُلُّ لِلْأَزْوَاجِ حَتَّى تَضَعَ مَا فِي بَطْنِهَا، وَإِنْ وَضَعَتْ الْحَمْلَ بَعْدَ طَلَاقِهِ بِلَا فَضْلِ بَانَتْ مِنْهُ وَحَلَّتْ لِلْأَزْوَاجِ.

وَهَذَا الْمَذْهَبُ فِي الْعَجَبِ كَالْأَوَّلِ، وَالصَّحِيحُ مِنَ الْأَقْوَالِ، وَالْأَظْهَرُ بَيْنَ الطَّائِفَةِ أَنَّ عَدَّتَهَا بِوَضْعِ الْحَمْلِ، يَعْضُدُ ذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾.

وَإِذَا أَرَادَ الرَّجُلُ طَلَاقَ زَوْجَتِهِ وَهُوَ غَائِبٌ عَنْهَا، فَإِنْ خَرَجَ إِلَى السَّفَرِ وَقَدْ

١- الخلاف ٢: ٣٠٤.

٢- المقنع: ٢٩، ط حجرية ضمن الجوامع الفقهية.

كانت طاهراً طاهراً لم يقربها فيه بجماع، جاز له أن يطلقها أي وقت شاء^(١).

ومتى كانت طاهراً طاهراً قد قربها فيه بجماع، فلا يطلقها حتى يمضي زمان يعرف من حالها أنها حاضت وطهرت فيه، وذلك بحسب ما يعرف من عاداتها في حيضها، إما شهراً أو شهرين أو ثلاثة أشهر.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: فلا يطلقها حتى يمضي ما بين شهر إلى ثلاثة أشهر أو أربعة أشهر، ثم قال: يطلقها بعد ذلك أي وقت شاء^(٢).

إلا أنه ﷺ حرّر ما أجمله في كتابه الاستبصار في الجزء الثالث فقال في باب طلاق الغائب، لما أورد الأخبار واختلف في التحديد، فقال: الوجه في الجمع بين هذين الخبرين والخبر الأول أن نقول: الحكم يختلف باختلاف عادة النساء في الحيض، فمن علم من حال امرأته أنها تحيض في كل شهر حيضة يجوز له أن يطلق بعد انقضاء الشهر، ومن يعلم أنها لا تحيض إلا كل ثلاثة أشهر أو أربعة أشهر أو خمسة أشهر، لم يجوز له أن يطلقها إلا بعد مضي هذه المدة، فكان المراعى في جواز ذلك مضي حيضة وانتقالها إلى طهر لم يقربها فيه بجماع، وذلك يختلف على ما قلناه، هذا آخر كلامه في باب طلاق الغائب في الاستبصار^(٣).

ونعم ما قال وحرّر، وأوضح المسألة تغمّده الله برحمته، وحشره مع أئمة.

١- قارن النهاية: ٥١٧.

٢- النهاية: ٥١٧.

٣- الاستبصار ٣: ٢٩٥.

فإذا قيل: إذا مضى ثلاثة أشهر بيض فلا حاجة به إلى الاستبراء إلى أكثر منها، لأن بها تخرج من العدة، وإن كانت من ذوات الأقراء المستقيمة الحيض. قلنا: الاستبراء غير العدة، لأن الإجماع منعقد على أن من وطئ زوجته في طهرها، فلا يجوز له أن يطلقها فيه حتى تحيض وتطهر، ثم يطلقها في الطهر الذي لم يقربها فيه بجماع، فإذا تحقق ما قلناه، وإن كان أكثر من ثلاثة أشهر. ومتى أراد الغائب أن يطلق امرأته وراعى ما قلناه، فليطلقها تطليقة واحدة، ويكون هو أملك برجعتها ما لم تخرج من عدتها، إما بالأقراء إن كانت مستقيمة الحيض، أو بالشهور إن كانت مسترابة وفي سنّها من تحيض، وهي ثلاثة أشهر.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: ويكون هو أملك برجعتها ما لم يمض لها ثلاثة أشهر، وهي في عدتها إذا كانت من ذوات الحيض^(١).

ولا أرى لقوله هذا وجهاً يستند إليه، ولا دليل يعوّل عليه، فكيف صارت هذه على كلّ حال تعتدّ بالأشهر الثلاثة، مع قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ ولا خلاف بيننا أنّها إذا شهد لها شهود بالطلاق وتاريخه، وكان قد مضى لها من يوم طلقها ثلاثة قروء فإنّها تحلّ للأزواج.

فإذا أراد الغائب الذي طلق زوجته مراجعتها قبل خروجها من عدتها أشهد على المراجعة، كما أشهد على الطلاق، فإن لم يشهد على المراجعة وبلغ

الزوجة الطلاق فاعتدت وتزوّجت لم يكن له عليها سبيل^(١).

وكذلك إن انقضت عدّتها ولم تتزوّج، لم يكن عليها سبيل إلاّ بعقد مستأنف^(٢).

ومتى طلقها وأشهد على طلاقها ثمّ قدم أهله وأقام معها ودخل بها وأتت المرأة بولد، ثمّ ادّعى أنّه كان طلقها لم يقبل قوله ولا بيّته، وكان الولد لاحقاً به^(٣).

وفقه ذلك: أنّ ظاهر حاله ودخوله عليها، ووطأه لها، والمقام عندها بعد طلاقه أنّه راجعها وأنها زوجته، فلا يلتفت إلى دعواه ولا بيّته بالطلاق، لأنّ له مراجعتها بعد طلاقه، وقد رأيناه مراجعاً له، وفاعلاً لجميع ما يفعله الزوج المراجع، فحكمنا عليه بالظاهر.

ومتى كان عند الرجل أربع نساء وهو غائب عنهنّ وطلق واحدة منهنّ، لم يجوز له أن يعقد على أخرى إلاّ بعد أن تمضي تسعة أشهر، لأنّ في ذلك مدّة الأجلين، فساد الحيض، ووضع الحمل^(٤).

هذا إذا كان طلاق المطلّقة أوّل طلاقها أو ثاني طلاقها، فأما إن كان طلاقها ثالثاً، فلا بأس أن يعقد على أخرى بعد طلاقها الثالث بلا فصل، لأنّها قد

١- قارن النهاية: ٥١٧.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- قارن النهاية: ٥١٨.

٤- المصدر السابق نفسه.

بانت منه في الحال، ولا يكون جامعاً بين خمس نساء، وليس كذلك إذا كان الرجل مسافراً أو تحت امرأة واحدة، وطلّقها طلاقاً شرعياً وأراد أن يعقد على أختها في حال سفره، فإذا انقضت عدّتها على ما يعلمه من عاداتها، فله العقد على أختها، ولا يلزمه أن يصبر تسعة أشهر، لأنّ القياس عندنا باطل وكذلك التعليل، فليحظ الفرق بين المسألتين ويتأمل.

وكذلك إذا كانت المطلقة التي هي الرابعة غير مدخول بها، أو مدخولاً بها وهي لم تبلغ تسع سنين، أو لها من السنين أكثر من خمسين سنة أو خمسون وقد تغيّرت عاداتها، فإنّ هاتين المرأتين لا يجب عليهما العدة على الأظهر من الأقوال، فليحظ ذلك^(١).

ومتى كان للرجل زوجة معه في البلد غير أنّه لا يصل إليها، فهو بمنزلة الغائب عن زوجته إذا أراد طلاقها، وقد قدمنا حكمه فلا وجه لإعادته، هكذا أورده شيخنا في نهايته^(٢).

والصحيح أنّ من كان حاضراً في البلد لا يجوز له أن يطلق زوجته وهي حائض بلا خلاف بين أصحابنا.

١- وناقش العلامة الحلي في المختلف ٤: ٣٨ فقال: وهو خطأ إذ لا فرق بين الأمرين، وكما تحرم الخامسة كذا تحرم الأخت في العدة، وكما أوجبنا الصبر تسعة أشهر في الخامسة استظهاراً كذا يجب في الأخت، وقوله فإذا انقضت عدّتها على ما يعلمه من عاداتها فله العقد على أختها يومه أنّه مع علمه بخروج العدة لا يجوز في الخامسة، وليس بجيد، بل الصبر إنّما يجب في الخامسة مع الاشتباه.

وإذا أراد الرجل أن يطلق المسترابة التي لا تحيض وفي سنّها من تحيض، بعد دخوله بها، صبر عليها مستبرئاً لها بثلاثة أشهر، ثم يطلقها بعد ذلك، أي وقت شاء^(١).

وقد روي أنّ الغلام إذا طلق، وكان ممن يحسن الطلاق، وقد أتى عليه عشر سنين فصاعداً جاز طلاقه، وكذلك عتقه وصدقته ووصيته^(٢).

ومتى كان سنّه أقل من ذلك، ولا يكون ممن يحسن الطلاق، فإنّه لا يجوز طلاقه، ولا يجوز لوليّه أن يطلق عنه^(٣).

والأولى ترك العمل بهذه الرواية، لأنّها مخالفة لأصول المذهب، والأدلة المتظاهرة، لقول الرسول ﷺ: «رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم» ورفع القلم عنه، يدلّ على أنّه لا حكم لأفعاله، وأيضاً فقد بيّنا أنّ أخبار الأحاد لا يعمل عليها، ولا يلتفت إليها، لأنّها لا توجب علماً ولا عملاً، وإن كان قد أوردها شيخنا أبو جعفر في نهايته، فعلى جهة الإيراد دون الاعتقاد، كما أورد أمثالها ممّا لا يعمل هو عليه.

ثم قال شيخنا في نهايته: ومتى كان سنّه أقل من ذلك، أو لا يكون ممن يحسن الطلاق فإنّه لا يجوز طلاقه، ولا يجوز لوليّه أن يطلق عنه، اللهم إلا أن

١- قارن النهاية: ٥١٨.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

يكون قد بلغ وكان فاسد العقل، فإنه والحال ما ذكرناه جاز طلاق الولي عنه^(١).
قال محمد بن إدريس: إذا كان يعقل أوقات الصلوات فإنه يطلق بنفسه، ولا خيار لزوجته، وإن لم يعقل ذلك كان لزوجته الخيار، فإن اختارت الفسخ فلا حاجة إلى طلاق الولي، وإن لم تفسخ فلا يجوز للولي أن يطلق عنه، لقول النبي ﷺ: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»^(٢).

والحر إذا كان تحت أمة فطلاقها تطليقتان - لأن المعتبر في الطلاق بالزوجة إن كانت حرة فطلاقها ثلاث، سواء كانت تحت حر أو عبد، وإن كانت أمة فطلاقها اثنتان، سواء كانت تحت حر أو عبد - فإذا طلقها طلقين لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، فإن وطئها مولاهم لم يكن ذلك محلاً للزوج من وطئها، حتى يدخل في مثل ما خرجت منه من نكاح^(٣).

فإن اشتراها الذي كان تزوجها لم يجز وطؤها حتى يزوجه رجلاً ويدخل بها، ويكون التزويج دائماً ويطأها في قبلها - ثم يطلقها أو يموت عنها - وتنقضي العدة، فإذا حصل ذلك جاز له حينئذ وطؤها بالملك^(٤).

١- النهاية: ٥١٨.

٢- مسنن ابن ماجه: ١: ٦٧٢ بلفظ (إنما الطلاق لمن أخذ بالساق) وفي مجمع الزوائد ٤: ٣٣٤ (إنما الطلاق بيد من أخذ بالساق) وفي كنز العمال ٩: ٣٨١ ط حيدر آباد الثانية أول كتاب الطلاق (الطلاق بيد من أخذ بالساق) نقلاً عن الطبراني.

٣- قارن النهاية: ٥١٩.

٤- المصدر السابق نفسه.

ومتى طلقها واحدة ثم اعتقت بقيت معه على تطليقة واحدة، فإن تزوجها بعد ذلك وطلقها الثانية لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره^(١).

والعبد إذا كانت تحته حرة فطلاقها ثلاث تطليقات - على ما بيناه - فإن كان تحته أمة فطلاقها تطليقتان، حسب ما قدّمناه^(٢).

فإن طلقها واحدة ثم اعتقا بقيت معه على تطليقة واحدة^(٣)، على ما رواه أصحابنا في الأخبار، وتحقيق الفتوى بذلك لي فيه نظر، وإن كان على الرواية إجماع عملنا بها، وإلا طلبنا دليلاً غيره ليعمل به.

فإن اعتقا جميعاً قبل أن يطلقها شيئاً، كان حكمها حكم الحرة، من كونها على ثلاث تطليقات^(٤).

وقد قلنا إن طلاق المكره لا يقع، وكذلك سائر عقود، بخير خلاف بين أصحابنا، وروي عن الرسول ﷺ أنه: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق»^(٥) - بكسر الألف وسكون الغين المعجمة، قال أبو عبيد القاسم بن سلام: الإغلاق الإكراه.

قال شيخنا أبو جعفر الطوسي في مسائل خلافه في الجزء الثالث من كتاب الطلاق: مسألة، الاستثناء بمشيئة الله تعالى يدخل في الطلاق والعتاق، سواء كانا

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- أخرجه أحمد في المسند: ٦، ٢٧٦، وابن ماجه في سننه: ٢٠٤٦، وأبو يعلى في مسنده: ٤، ٧٣ و ١٣٨.

مباشرين أو معلقين بصفة، وفي اليمين بهما أو في الإقرار وفي اليمين بالله فيوقف الكلام، ومن خالفه لم يلزمه حكم ذلك، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، والشافعي وطاووس والحكم^(١)، وقال مالك والليث بن سعد^(٢): لا يدخل في غير اليمين بالله، وهو ينحل بالكفارة وهو اليمين بالله فقط.

ثم استدلل على ما اختاره فقال: دليلنا إن الأصل براءة الذمة، وثبت العقد، وإذا عقب كلامه بلفظ إن شاء الله في هذه المواضع، فلا دليل على زوال العقد في النكاح أو العتق، ولا على تعلق حكم بذمته، فمن ادعى خلافه فعليه الدلالة، وروى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «من حلف على يمين وقال في أثرها إن شاء الله لم يحنث فيما يحلف عليه»، وهو على العموم في كل الأيمان بالله وبغيره^(٣).

وقال محمد بن إدريس: لا يدخل الاستثناء بمشيئة الله تعالى - عندنا بغير

١- هو الحكم بن عتيبة، عدّه الشيخ الطوسي في رجاله من أصحاب الأئمة الثلاثة السجاد والباقر والصادق عليهم السلام، ووصفه بقوله: أبو محمد الكندي مولى زيدي بترى. رجال الشيخ: ١٧١، وقال: توفي سنة أربع عشرة وقيل خمس عشرة ومائة. رجال الشيخ: ٨٧، ووصفه ابن حجر في التقریب بأنه ثقة ثبت فقيه إلا أنه ربما دلس.

٢- الليث بن سعد الفهمي أبو الحارث المصري ثقة ثبت فقيه، إمام مشهور، كذا وصفه ابن حجر في التقریب ٢: ١٣٨، وذكره البخاري في تاريخه ٧: ٢٤٦ وقال: مات سنة ١٧٥.

٣- الخلاف ٢: ٢٤٢. والحديث في سنن الترمذي ٤: ١٠٨، ومستدرک الحاکم ٤: ٣٠٣، ومسند البيهقي الكبرى ١٠: ٤٦، والجامع الصغير ٢: ٥٩٧، وفيض القدير ٦: ١٢١ بتفاوت يسير في اللفظ.

خلاف بين أصحابنا معشر الإمامية - إلا في اليمين بالله حسب، لأنه لا أحد من أصحابنا قديماً وحديثاً يتجاسر ويقدم على أن رجلاً أقر عند الحاكم بمال لرجل آخر، وقال بعد إقراره إن شاء الله لا يلزمه ما أقر به.

فأما شيخنا أبو جعفر فهو محجوج بقوله فإنه رجع عما حكيناه عنه في الجزء الثالث، أيضاً في كتاب الأيمان، فقال: مسألة، لا يدخل الاستثناء بمشيئة الله تعالى في اليمين فحسب، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: يدخل في اليمين بالله والطلاق وبالعناق والنذور والإقرار، دليلنا أن ما ذكرناه مجمع على دخوله فيه، وما قالوه ليس عليه دليل^(١). هذا آخر كلامه.

قال محمد بن إدريس رحمته الله: اختار في المسألة الأولى مذهب أبي حنيفة، واختار في المسألة الثانية مذهب مالك، واستدل على صحة المسألتين، ولعمري أن الأدلة لا تتناقض، وإنما حدها على ذلك الدخول مع القوم في فروعهم وكلامهم، ولو لزم طريقة أصحابه من التمسك بأصول مذهبهم وترك فروع مخالفه كان أولى وأحوط، وأسلم له ولمن يقف على كتبه وتصنيفه، ممن يقلده ويتبع أقواله نسأل الله التوفيق.

باب اللعان والارتداد

اللعان مشتق من اللعن، وهو الإبعاد والطرْد، يقال: لعن الله فلاناً، يعني أبعدَه وطرده، فسَمي المتلاعنان بهذا الاسم بما يتعقَّب اللعن من المأثم والإبعاد والطرْد، فإنَّ أحدهما لا بدَّ من أن يكون كاذباً فيلحقه المأثم، ويتعلَّق عليه الإبعاد والطرْد^(١) من رحمة الله تعالى ورضاه. فإذا ثبت هذا فنُبوت حكمه في الشرع بالكتاب والسنة والإجماع.

قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ﴾^(٢) إلى آخر الآيات، فذكر تعالى اللعان وكيفيته وترتيبه^(٣).

فموجب القذف عندنا في حق الزوج الحد، وله إسقاطه باللعان، وموجب القذف في حق المرأة الحد، ولها إسقاطه باللعان^(٤).

وتقف صحّة اللعان بين الزوجين على أمور: منها أن يكونا مكلفين سواء

١- قارن المبسوط ٥: ١٨١.

٢- النور: ٦.

٣- قارن المبسوط ٥: ١٨١.

٤- قارن المبسوط ٥: ١٨٢.

كانا أو واحد منهما من أهل الشهادة أو الجزية أم لا^(١) إذا كان اللعان بنفي الولد، فأما إذا كان اللعان بزنا، أضافه الزوج القاذف إلى مشاهدة ومعاينة، فلا يثبت إلا بين الحرّ والحرّة والمسلم والمسلمة، لأنّ بين أصحابنا في ذلك خلافاً.

فذهب شيخنا المفيد في مقننته^(٢) إلى أنّ اللعان لا يثبت بين الحرّ والمملوكة، ولا بين المسلم والكافرة.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: وإذا كان الزوج مملوكاً والمرأة حرّة، أو يكون الرجل حرّاً والمرأة مملوكة أو يهودية أو نصرانية ثبت بينهما اللعان^(٣).

وأطلق كلّ واحد منهما ما ذهب إليه، ويمكن العمل بقول كلّ واحد منهما على ما حرّراه، فنقول: لا يثبت بينهما لعان إذا كان بالقذف وادعى المشاهدة للزنا، ويثبت إذا كان بنفي الولد، على ما ذهب شيخنا أبو جعفر إليه، وما اخترناه وذهبنا إليه اختاره شيخنا أبو جعفر في استبصاره، لما اختلفت الأخبار عليه، فحرّره على ما حرّراه.

وقال في الجزء الثالث من الاستبصار في باب اللعان: يثبت بين الحرّ والمملوكة، والحرّة والمملوك، فأورد الأخبار في ذلك، ثمّ جاء بخبر أورده في آخر الباب مخالف لتلك الأخبار.

١- قارن الغنية: ٩٣، ضمن الجوامع الفقهية.

٢- المقننة: ٨٤ ط، حجرية و ٥٤٢ ط سلسلة مؤلفات الشيخ المفيد.

٣- النهاية: ٥٢٣.

فقال ﷺ: فالوجه في هذا الخبر أحد شيئين: أحدهما أن يكون محمولاً على التقية، لأن ذلك مذهب بعض العامة على ما قدّمنا القول فيه، والآخر أن نقول بمجرد القذف لا يثبت اللعان بين اليهودية والمسلم ولا بينه وبين الأمة، وإنها يثبت بمجرد القذف اللعان في الموضع الذي إن لم يلاعن وجب عليه حدّ الفرية، وذلك غير موجود في المسلم مع اليهودية ولا مع الأمة، لأنه لا يضرب حدّ القاذف إذا قذفها، ولكن يعزّر على ما نبّينه في كتاب الحدود إن شاء الله تعالى، فكان اللعان يثبت بين هؤلاء بنفي الولد لا غير^(١). هذا آخر كلامه ﷺ.

وبهذا القول أعمل وأفتي، لأنّ اللعان حكم شرعي يحتاج مثبته إلى دليل شرعي، والأصل براءة الذمة في الموضع الذي نفيناه، ولا معنا إجماع من طائفتنا على ذلك.

ومنها أن يكون النكاح دواماً. ومنها أن تكون الزوجة مدخولاً بها^(٢) عند بعض أصحابنا، والأظهر الأصحّ أنّ اللعان يقع بالمدخول بها وغير المدخول بها لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ﴾ الآية، هذا إذا كان بقذف يدّعي فيه المشاهدة، فأما إذا كان بنفي الولد والحمل، فلا يقع اللعان بينهما بذلك، لأنّ قبل الدخول القول قول الزوج مع يمينه، ولا يلحق الولد به بلا خلاف بين أصحابنا في ذلك، ولا يحتاج في نفيه إلى لعان، فعلى هذا التحرير

١- الاستبصار ٣: ٣٧٥.

٢- قارن الغنية: ٩٣، ضمن الجوامع الفقهية.

من قال من أصحابنا لا يصح اللعان إلا بعد الدخول، يريد بنفسه الولد، ومن قال يصح اللعان قبل الدخول، يريد بالقذف وإدعاء المشاهدة له، فليلاحظ ذلك ويتأمل.

وحكم المطلقة طلاقاً رجعيّاً إذا كانت في العدة كذلك^(١).

ومنها أن لا تكون صمّاً ولا خرساء^(٢).

ومنها أن يقذفها الزوج بزنا يضيفه إلى مشاهدة، بأن يقول: رأيتك تزنين، ولو قال: يا زانية لم يثبت بينهما لعان، أو ينكر حملها، أو يحدد ولدها، ولا يقيم أربعة من الشهود بما قذفها به وأن تكون منكراً لذلك^(٣).

وصفة اللعان: أن يجلس الحاكم بينهما مستدبر القبلة ويوقفهما بين يديه، المرأة عن يمين زوجها، موجهين إلى القبلة، ويقول للرجل: قل أشهد بالله إنّي فيما ذكرته عن هذه المرأة من الفجور لمن الصادقين، فإذا قال ذلك أمره أن يعيده تمام أربع مرات، فإذا شهد الرابعة قال له الحاكم: اتق الله ﷻ واعلم أن لعنة الله شديدة، وعذابه أليم، فإن كان حملك على ما قلت غير - بفتح الغين - أو سبب من الأسباب فراجع التوبة، فإن عقاب الدنيا أهون من عقاب الآخرة^(٤).

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

وبالدأ بالرجل واجبة مراعاة، والترتيب في الشهادة ولفظها أيضاً مراعى، فإن بدأ بلعان المرأة أولاً لا يعتد بذلك.

فإن رجع عن قوله في قذفه جلده حد المفتري، وإن أصر على ما ادّعاه قال له: قل إن لعنة الله عليّ إن كنت لمن الكاذبين، فإذا قالها أقبل على المرأة^(١) وأقامها، لأنها تكون قاعدة عند لعان زوجها، وقال بعض أصحابنا: تكون قائمة عند لعان الزوج، والأول الأظهر، وهو الذي اختاره شيخنا في مبسوطه^(٢).

وقال لها: ما تقولين فيما رماك به ؟ فإن اعترفت رجها، لأنها بتصديقها له في أربع شهاداته كأنها قد أقرت أربع مرّات بالزنا، وإجماع أصحابنا أيضاً عليه.

وإن أقامت على الإنكار قال لها: قولي أشهد بالله إنّه فيما رماني به لمن الكاذبين، فإذا قالت ذلك طالبها بإتمام أربع شهادات كذلك، فإذا شهدت الرابعة وعظها كما وعظ الرجل، فإن اعترفت رجها، وإن أصرّت على الإنكار قال لها: قولي إن غضب الله عليّ إن كان من الصادقين، فإذا قالت ذلك فرّق الحاكم بينهما ولم تحلّ له أبدأ^(٣) على ما قدّمناه فيما مضى من الكتاب.

ولفظ الشهادة، وعدد الشهادات، والترتيب واجب في اللعان وشرط فيه،

على ما قدّمناه.

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المبسوط ٥: ١٩٨.

٣- قارن الغنية: ٩٣.

فلو قال: أحلف بالله وأقسم بالله، أو نقص شيئاً من العدد، أو بدأ الحاكم بالمرأة أولاً، لم يعتد باللعان، ولم يحصل الفرقة به وإن حكم الحاكم بذلك، لأن ما قلناه يجمع على صحته، وليس على صحّة ما خالفه دليل، ولأنّ ما عدا ما ذكرناه مخالف لظاهر القرآن، لأنّه تعالى ذكر لفظ الشهادة والعدد والترتيب من حيث أخبر أنّها تدرأ عن نفسها العذاب بلعانها، والمراد بالعذاب عندنا الحد، وعند أبي حنيفة الحبس، ولا يثبت واحد منهما إلّا بعد لعان الزوج فصَحّ ما قلناه^(١).

وإذا استوفى اللعانَ الحاكمُ بينهما فرّق بينهما، ولم تحلّ له أبداً، وكان عليها العدة من وقت لعانها^(٢).

ومتى نكل الرجل عن اللعان قبل استكمال الشهادات كان عليه الحد إذا كان قذفاً، فإن أكذب نفسه بعد مضي اللعان لم يكن عليه شيء، ولا ترجع إليه امرأته.

وإن اعترف بالولد إن كان اللعان بنفيه بعد انقضاء اللعان لم يكن عليه شيء ولا ترجع إليه امرأته^(٣).

وإن اعترف بالولد قبل انقضاء اللعان ألحق به وورثه أبوه وهو يرث أباه

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن النهاية: ٥٢١.

٣- المصدر السابق نفسه.

وليس عليه الحد، وإن اعترف به بعد مضي اللعان ألحق به ويرثه ولده وهو لا يرث ولده، ويكون ميراث الولد لأمه أو لمن يتقرب إليه من جهتها، دون الأب ومن يتقرب إليه به، ولا يجب عليه الحد^(١).

وروي أنه يجب عليه الحد^(٢)، والأظهر ما ذكرناه لأن الأصل براءة الذمة. ومتى اعترفت المرأة بالزنا قبل شروع الزوج في اللعان، فلا ترجم إلا أن تعترف وتقر أربع مرّات.

ومتى نكلت عن اللعان قبل استيفاء شهاداتها ولعانها كان عليها الرجم، فإن اعترفت بالفجور بعد مضي اللعان لم يكن عليها شيء، إلا أن تقر أربع مرّات على نفسها بالفجور، فإذا أقرت أربع مرّات أنها زنت في حال إحصائها كان عليها الرجم، وإن كانت غير محصن كان عليها الحدّ مائة جلدة^(٣).

وإذا قذف امرأته بما يجب فيه الملاعة على ما قدّمناه، وكانت خرساء أو صماء لا تسمع شيئاً، فرّق بينهما وجلد الحد إن قامت عليه البيّنة، وإن لم يقم عليه بيّنة لم يكن عليه حد، ولم تحلّ له أبداً، ولم يثبت أيضاً بينهما لعان^(٤).

فأمّا إن كان الزوج أخرس والمرأة غير خرساء، فقد قال شيخنا أبو جعفر

١- قارن النهاية: ٥٢١. وقارن الكافي: ٦: ١٦٣، والتهذيب: ٨: ١٨٧، والاستبصار: ٣: ٣٧٦.

٢- قارن النهاية: ٥٢١. وقارن الكافي: ٧: ٢١١، والتهذيب: ٨: ١٩٦.

٣- قارن النهاية: ٥٢١.

٤- قارن النهاية: ٥٢٢.

في مسائل خلافه: مسألة، الأخرس إذا كان له إشارة معقولة، أو كناية مفهومة يصحّ قذفه ولعانه ونكاحه وطلاقه ويمينه وسائر عقود، ثم استدلّ فقال: دليلنا قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاحَهُمْ﴾ الآية، ولم يفرّق، وأيضاً إجماع الفرقه وأخبارهم على ذلك^(١) هذا آخر كلامه.

ولا أقدم على أنّ الأخرس المذكور يصحّ لعانه، لأنّ أحداً من أصحابنا غير من ذكرناه لم يوردها في كتابه، ولا وقفت على خبر بذلك، ولا إجماع عليه، والقائل بهذا غير معلوم، فأما الآية التي استشهد شيخنا بها، فالتمسك بها بعيد، لأنّه لا خلاف أنّه غير قاذف ولا زام على الحقيقة، فالنطق منه بالشهادات في حال اللعان متعذر، والأصل براءة الذمّة، واللعان حكم شرعي يحتاج في إثباته إلى دليل شرعي، وأيضاً لو رجع عن اللعان عند من جوزه له وجب عليه الحد، والرسول ﷺ قال: «ادروا الحدود بالشبهات»^(٢)، ومن المعلوم أنّ في إيمائه وإشارته بالقذف شبهة، هل أراد به القذف أو غيره، وذلك غير معلوم يقيناً كالناطق بلا خلاف، وإن قلنا يصحّ منه اللعان كان قوياً معتمداً، لأنّه يصحّ منه الإقرار والأيمان وأداء الشهادات وغير ذلك من الأحكام.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: وإذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول بها فادعت عليه أنّها حامل منه، فإن أقامت البيّنة أنّه أرخى سترها أو خلاها، ثمّ

١- الخلاف ٢: ٢٨١.

٢- من لا يحضره الفقيه ٤: ٥٣، ونصب الراية ٣: ٣٣٣، وكنز العمال ٥: ٣٠٥ وغيرها.

أنكر الولد، لاعنها ثم بانت منه، وعليه المهر كاملاً، وإن لم تقم بذلك بينة كان عليه نصف المهر، ووجب عليه مائة سوط بعد أن يحلف بالله أنه ما دخل بها^(١).

قال محمد بن إدريس مصنف هذا الكتاب: ما ذكره عليه السلام ذهباً إلى قول من يذهب إلى أن الخلوة بمنزلة الدخول، والأظهر الأصح عند المحصلين من أصحابنا أن الخلوة وإرخاء الستر لا تأثير لهما، والقول قول الزوج، ولا يلزمه سوى نصف المهر، ولا لعان بينهما.

وإلى هذا يذهب شيخنا في مسائل خلافه في الجزء الثاني في كتاب الصداق، فقال: مسألة، إذا طلقها بعد أن خلا بها وقبل أن يمسه اختلف الناس فيه على ثلاثة مذاهب: فذهب طائفة إلى أن وجود الخلوة وعدمها سواء، وترجع عليه بنصف الصداق، ولا عدة عليها، وهو الظاهر من روايات أصحابنا^(٢)، ثم استدلل بأدلة ظاهرة قوية على صحة ذلك، وقد أوردنا نحن ذلك في كتابنا هذا في كتاب الصداق ورجحنا القول في ذلك.

وإذا انتفى الرجل من ولد امرأته الحامل منه، جاز أن يتلاعنا إلا أنها إن اعترفت ونكلت عن الشهادات لم يقم عليها الحد إلا بعد وضع ما في بطنها^(٣).

وإذا قذف الرجل امرأته فترافعا إلى الحاكم، فهات المرأة قبل أن يتلاعنا

١- النهاية: ٥٢٣.

٢- الخلاف ٢: ٢٠٣.

٣- قارن النهاية: ٥٢٣.

فقد ماتت على حكم الزوجية، ويرثها الزوج ويرث وارثها من جهة النسب، والحدّ على الزوج، لأنّ حدّ القذف عندنا موروث، لأنّه من حقوق الأديين إلا أنّه لا يرثه إلا ذووا الأنساب، فإن عفا الوارث إلا واحداً استحقه جميعه، لأنّه لا يتبعض.

وقد روي: أنّه إذا قذف الرجل امرأته، فترافعا إلى الحاكم فماتت المرأة قبل أن يتلاعنا، فإن قام رجل من أهلها مقامها ولا عنه فلا ميراث له، وإن أبى أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الزوج الميراث وكان عليه الحد ثمانين سوطاً. أورد هذه الرواية شيخنا أبو جعفر في نهايته^(١) إيراداً لا اعتقاداً، كما أورد أمثالها، ولم يوردها غيره من أصحابنا، ولا أودعها كتابه، ولا ضمّنها تصنيفه، لا شيخنا المفيد، ولا السيّد المرتضى، ولا غيرها من الجلّة المشيخة المتقدّمين، وشيخنا أبو جعفر قد لوّح بالرجوع، بل صرّح عمّا أورده في نهايته في مبسوطه، ومسائل خلافه.

فقال في مبسوطه: الأحكام المتعلّقة باللعان أربعة: سقوط الحد عن الزوج، وانتفاء النسب، وزوال الفراش، والتحريم على التأبيد، فهذه الأحكام عند قوم تتعلّق بلعان الزوج، فإذا وجد منه اللعان بكماله سقط الحدّ، وانتفى النسب، وزال الفراش، وحرمت المرأة على التأبيد، ويتعلّق به أيضاً وجوب الحد على المرأة.

فأمّا لعان المرأة فإنه لا يتعلّق به أكثر من سقوط حدّ الزنا عنها، وحكم الحاكم لا تأثير له في إيجاب شيء من هذه الأحكام، فإذا حكم بالفرقة، فإنّها تنفذ الفرقة التي كانت وقعت بلعان الزوج، لا أنّه يتبدّى إيقاع فرقة.

وقال قوم - وهو الذي يقتضيه مذهبنا - إنّ هذه الأحكام لا تتعلّق إلاّ بلعان الزوجين معاً، فما لم يحصل اللعان بينهما فإنه لا يثبت شيء من ذلك^(١). هذا آخر كلامه في مبسوطه.

وقال في مسائل خلافه: مسألة، إذا قذف الرجل زوجته ووجب عليه الحدّ فأراد اللعان، فماتت المقدوفة، انتقل ما كان لها من المطالبة بالحدّ إلى ورثتها، ويقومون مقامها في المطالبة، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: ليس لهم ذلك، بناءً على أصله أنّ ذلك من حقوق الله دون الآدميين.

دليلنا ما تقدّم من أنّ ذلك من حقوق الآدميين، فإذا ثبت ذلك فكُلّ من قال بذلك قال بهذا، ولم يفرّق^(٢) هذا آخر المسألة.

وقال أيضاً: مسألة، إذا لعن الزوج تعلّق بلعانه سقوط الحدّ عنه، وانتفاء النسب، وزوال الفراش، وحرمة المرأة على التأبيد، ويجب على المرأة الحدّ، ولعان المرأة لا يتعلّق به أكثر من سقوط حدّ الزنا عنها، وحكم الحاكم لا تأثير له في إيجاب شيء من هذه الأحكام، فإذا حكم بالفرقة، فإنّها تنفذ الفرقة التي كانت

١- المبسوط ٥: ١٩٩.

٢- الخلاف ٢: ٢٨١.

وقعت بلعان الزوج، لا أنه يتدئ ايقاع فرقة، وبهذا قال الشافعي، وذهبت طائفة إلى أن هذه الأحكام تتعلق بلعان الزوجين معاً، فما لم يوجد اللعان بينهما لم يثبت شيء، وذهب إليه مالك وأحمد وداود، وهو الذي يقتضيه مذهبنا.

ثم استدلّ فقال: دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم، فإنها دالة على ما قلناه، وروى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»^(١) هذا آخر استدلاله في مسأله ﷺ، وهذا مثل ما ذكره في مبسوطه.

وأيضاً الرواية التي أوردتها في نهايته مخالفة لأصول المذهب، وقد بينّا أن أخبار الآحاد لا يعمل بها، لأنها لا توجب علماً ولا عملاً.

وأيضاً فإن الله تعالى قال: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ * وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ ثم قال: ﴿وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ﴾ وما قال أن يشهد وليها فعلق تعالى الأحكام بشهادته وشهادتها، فمن قال يقوم غيرها مقامها يحتاج إلى دليل.

وأيضاً فعندنا أنها أيمان وليست شهادات، لقول الرسول ﷺ: «لو لا الأيمان لكان لي ولها شأن»^(٢) فسمى اللعان يمينا، والأيمان عندنا لا تدخلها النيابة بغير خلاف، فكيف يحلف وليها عنها؟!

١- الخلاف ٢: ٢٨٦.

٢- سنن البيهقي ٧: ٤٠٩.

وقال في التبيان: وفُرقة اللعان تحصل عندنا بتمام اللعان، من غير حكم الحاكم، وتمام اللعان إنَّما يكون إذا تلاعن الرجل والمرأة معاً، وقال قوم: تحصل بلعان الزوج الفرقة، وقال أهل العراق: لا تقع الفرقة إلا بتفريق الحاكم بينهما، ومتى رجعت عند النكول ورثها الزوج، لأنَّ زناها لا يوجب التفرقة بينهما، وإذا جلدت إذا لم يكن دخل بها فهما على الزوجية، وذلك يدلُّ على أنَّ الفرقة إنَّما تقع بلعان الرجل والمرأة معاً^(١). هذا آخر كلامه في التبيان تفسير القرآن.

وإذا قال الرجل لامرأته: لم أجذك عذراء، لم يكن عليه الحد تاماً وكان عليه التعزير^(٢).

ذكر شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه في كتاب اللعان فقال: مسألة، إذا قال رجل لرجل زناً في الجبل، فظاهر هذا أنَّه أراد صعَّدت في الجبل، ولا يكون صريحاً في القذف، بل يحمل على الصعود، فإن ادَّعى عليه القذف كان القول قوله مع يمينه، فإن نكل ردَّت على المقذوف، فإن حلف حدَّ، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: هو قذف بظاهره، يجب به الحد.

دللنا أنَّ الأصل براءة الذمة، وشغلها يحتاج إلى دليل، وأيضاً قوله زناً في الجبل، حقيقته في الصعود، فأما الرمي بالزنا، فإنَّما يقال فيه زنيته ولا يقال زناً، ألا ترى أنَّ القائل يقول: زناً أزنو زناً يعني صعَّدت، وزنيته أزني زناً

١- التبيان ٧: ٤١٢.

٢- قارن النهاية: ٥٢٣.

وزناء - بالمد والقصر لغتان - يعني فعلت الزنا، فأحدى الصيغتين تخالف الأخرى، وقال الشاعر - وهي امرأة - :

اشبه أبا أمك أو أشبه عمل ولا تكونن كهلوف وكل
يصح في مضجعه قد انجدل وارق إلى الخيرات زناً في الجبل

وأيضاً لو كانت هذه اللفظة تحتمل، لوجب ألا تحمل على القذف بالمحتمل، لأن الحدود موضوعة على أنها تدرأ بالشبهات^(١). هذا آخر المسألة.
قال الجوهري في كتابه كتاب الصحاح^(٢): وعَمَل اسم رجل، وقالت امرأة ترقص ولدها:

اشبه أبا أمك أو أشبه عمل (ولا تكونن كهلوف وكل)
وارق إلى الخيرات زناً في الجبل

عمل اسم لرجل، وهو خاله، تقول لا تجاوزنا في الشبه.

وقال السيد المرتضى في الدرر والغرر لما أنشد البيت، قال: روى أبو زيد: أن قيس بن عاصم المنقري^(٣) أخذ صبياً له يرقصه، وأم ذلك الصبي منفوسة،

١- الخلاف ٢: ٢٩٢.

٢- الصحاح ٥: ١٧٧٥ بزيادة ما بين القوسين، وفي الهامش نقل المحقق عن ابن بري قول أبي زيد وهو كما يأتي عن المرتضى في أماليه، ونحوه أيضاً في لسان العرب. زناً - عمل.

٣- قيس بن عاصم المنقري أحد أمراء العرب وعقلائهم والموصوفين بالحلم والشجاعة فيهم، وفد على النبي ﷺ في وفد غيم سنة ٩ فأسلم وقال النبي ﷺ لما رآه: هذا سيد أهل الدير، واستعمله =

وهي بنت زيد الفوارس بن ضرار الضبي، فجعل قيس يقول له:

أشبه أبا أمك أو أشبه عمَل ولا تكونن كهْلُوفٍ وَكَل

يريد عملي، والوكل الجبان، والهْلُوف - بكسر الهاء وفتح اللام وتشديد هاء
والفاء - الهرم المسن، وهو أيضاً الكبير اللحية^(١).

فعلى قول المرتضى الشعر لقيس بن عاصم، وعلى قول الشيخ أبي جعفر
والجوهري الشعر لامرأة، وعلى قول المرتضى لا يكون عمل اسم لرجل، وعلى
قول الجوهري: هو اسم رجل وهو الأولى والأشبه.

فأما المرتد عن الإسلام فعلى ضربين: فإن كان مسلماً ولد على فطرة
الإسلام فقد بانّت منه امرأته في الحال، وقسّم ماله بين ورثته، ووجب عليه
القتل من غير أن يستتاب، وكان على المرأة منه عدّة المتوفى عنها زوجها^(٢).

فعلى هذا تكون وارثة من جملة الورثة، لأنّه ساعة ارتد صار بمنزلة الميت،
وإن لم يقتل بأن هرب إلى بلد أهل الحرب، فلاجل هذا لزمها عدّة المتوفى عنها
زوجها.

= على صدقات قومه، ثم نزل البصرة في آخر أيامه، وبها توفي نحو سنة ٢٠ من الهجرة، وفيه يقول
عبد بن الطيب:

وما كان قيس هلكه هلك واحد ولكنه بنيان قوم همدًا

باقتضاب عن الأعلام ٥٧: ٦

١- أمالي المرتضى ٢: ٢٨٦.

٢- قارن النهاية: ٥٢٤.

فإن كان المرتد عن قد أسلم عن كفر ثم ارتد استتيب، فإن عاد إلى الإسلام كان العقد ثابتاً بينه وبين امرأته، وإن لم يرجع كان عليه القتل^(١).

ومتى لحق هذا المرتد بدار الحرب، ثم رجع إلى الإسلام قبل انقضاء عدّة المرأة - وهي إمّا بثلاثة أقرء أو ثلاثة أشهر بحسب حالها - كان أملك بها، فإن رجع بعد انقضاء عدّتها لم يكن له عليها سبيل^(٢).

فإن مات الرجل وهو مرتد قبل انقضاء العدّة ورثته المرأة، وكان عليها عدّة المتوفى عنها زوجها^(٣)، وإن ماتت هي لم يرثها وهو مرتد عن الإسلام^(٤).

ولا تقتل المرتدة بل تحبس، وإن كانت قد ارتدت عن فطرة الإسلام حتى تسلم أو تموت.

والزنديق من يبطن الكفر ويظهر الإيمان يقتل، ولا تقبل نوبته على ما رواه أصحابنا، وأجمعوا عليه^(٥).

١- قارن النهاية: ٥٢٤.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- قارن الخلاف ٥: ٤٣٣.

باب الظهار والإيلاء

تفتقر صحّة الظهار الشرعي إلى شروط:

منها أن يكون المظاهر بالغاً كامل العقل، لأنّه لا يصحّ من صبي ولا مجنون ولا سكران،^(١) وفي صحّته من الكافر خلاف.

فقال شيخنا أبو جعفر: لا يصحّ الظهار من الكافر، ولا التكفير، ثمّ قال في استدلاله: دليلنا أنّ الظهار حكم شرعي، لا يصحّ ممّن لا يقرّ بالشرع، كما لا تصحّ منه الصلاة وغيرها، وأيضاً فإنّ الكفّارة لا تصحّ منه، لأنّها تحتاج إلى نيّة القربة، ولا يصحّ ذلك مع الكفر، وإذا لم يصحّ منه الكفّارة لم يصحّ منه الظهار، لأنّ أحداً لا يفرق بينهما^(٢).

وقال الله: يصحّ الإيلاء من الذميّ كما يصحّ من المسلم، ثمّ استدلّ فقال: دليلنا قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْثِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصًا﴾ وذلك عام في المسلم والذمي^(٣).

١- قارن الغنية: ٩١، ضمن الجوامع الفقهية.

٢- الخلاف: ٢: ٢٥٨.

٣- الخلاف: ٢: ٢٥٧.

قال محمد بن ادريس: فرق بين المسألتين فرق عجيب، واستدلّاه عليهما ظريف، ولو قلب وعكس كان أولى، وههنا يحسن قول: أقلب تصب، لأن الإيلاء لا يكون إلا بالله تعالى وبأسماؤه، والكافر لا يعرف الله تعالى، فلا ينعقد يمينه، ولا نيته في تكفيره، فالأولى أن لا يصحّ منه الإيلاء، لأن ما احتج به شيخنا على أن الظهار لا يصحّ من الكافر، قائم في إيلاء الكافر.

والذي يقوى في نفسي أن الظهار يصحّ من الكافر لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ وهذا عام في جميع من يظاهر، وفي مقدوره الخروج منه بالكفارة بأن يسلم ويعرف الله تعالى، كما أنّه مخاطب بالصلاة والطهارة، وكذلك المحدث مخاطب بالصلاة، لأنّ في مقدوره الطهارة، وإنّما وجب هذا الحكم لحزمة اللفظ، وهو قوله أنت عليّ كظهر أمي، فهذا اللفظ الذي سمّاه الله تعالى منكراً من القول وزوراً، وقد تلفّظ به الكافر وقاله، فيجب أن تتعلّق به أحكامه. ومنها: أن يكون مؤثراً له، فلا يصحّ من مكروه ولا غضبان لا يملك نفسه^(١).

ومنها: أن يكون قاصداً به التحريم، فلا يقع يمين ولا مع السهو ولا اللغو^(٢).

ومنها: أن يكون متلفظاً بقوله: أنت عليّ كظهر أمي^(٣) على الصحيح من

١- قارن الغنية: ٩١.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

أقوال أصحابنا، لأنّ الظهار حكم شرعي، وقد ثبت وقوعه ولزومه إذا علّق بالظهر وأضيف إلى الأم، ولم يثبت ذلك في باقي الأعضاء، ولا المحرمات، وأيضاً فإنّ الظهار مشتق من لفظة الظهر، فإذا علّق بالبطن وما أشبهها بطل الاسم المشتق من الظهر، ولم يجر إجراءه.

وقد قال بعض أصحابنا: إذا ذكر لفظة الظهر وقع إذا أضافه إلى بعض محرمات بالنسب، كأن يقول: أنت عليّ كظهر بنتي أو عمّتي أو أختي، فإن لم يذكر لفظة الظهر، بل ذكر الأم كأن يقول: أنت عليّ كبطن أُمّي وقع الظهار، وإن تعرّى من ذكر اللفظتين معاً فلا يقع الظهار، ولا يتعلّق بذلك أحكامه، والأوّل هو الذي تقتضيه الأدلّة وأصول مذهبنا، وهو اختيار السيّد المرتضى^(١)، والثاني اختيار شيخنا أبي جعفر الطوسي^(٢) ومذهبه.

ومنها: أن يكون ذلك مطلقاً من الاشتراط^(٣) على الأظهر من المذهب، لأنّ بعض أصحابنا يوقعه مشروطاً، ويجعله على ضربين مشروطاً وغير مشروط، وهو مذهب شيخنا أبي جعفر في نهايته^(٤) والأوّل هو المذهب، والأظهر بين أصحابنا الذي تقتضيه أصول مذهبهم، لأنّه لا خلاف بينهم أنّ حكمه حكم الطلاق، ولا خلاف بينهم أنّ الطلاق لا يقع إذا كان مشروطاً، وهو اختيار

١- كما في الانتصار: ١٤٢.

٢- كما في المبسوط ٥: ١٤٨.

٣- قارن الغنية: ٩١.

٤- النهاية: ٥٢٥.

السيد المرتضى، وشيخنا المفيد، وجلة المشيخة من أصحابنا، والأصل براءة الذمة، وتحليل الزوجة، فمن حرّم وطأها يحتاج إلى دليل، وإجماعنا منعقد على الموضوع الذي أجمعنا عليه، وما عداه لا دلالة على وقوع الظهار معه، لأنّه حكم شرعي يحتاج في إثباته إلى دليل شرعي.

ومنها: أن يكون ذلك موجّهاً إلى معقود عليها، سواء كانت حرة أو أمة، دائماً نكاحها^(١). وقال بعض أصحابنا: أو مؤجّلاً^(٢)، ولا يقع بملك اليمين على الصحيح من المذهب.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: أنّه يقع الظهار بملك اليمين^(٣)، والأوّل اختيار السيد المرتضى وشيخنا المفيد^(٤) وهو الحقّ اليقين، يعضده قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ وملك يمين المظاهر ما هي من جملة نسائه.

ومنها: أن يكون معيّناً لها، فلو قال - وله عدّة أزواج - زوجتي أو أحد زوجاتي عليّ كظهر أمي من غير تمييز لها بنية أو إشارة أو تسمية لم يصحّ^(٥).

ومنها: أن تكون طاهراً من الحيض والنفاس، طهراً لم يقربها فيه بجماع، إلّا أن تكون حاملاً، أو ليست ممن تحيض ولا في سنّها من تحيض، أو غير

١- قارن الغنية: ٩١.

٢- القائل هو ابن زهرة في الغنية: ٩١.

٣- النهاية: ٥٢٧.

٤- كما في المنفعة: ٨١.

٥- قارن الغنية: ٩١.

مدخول بها^(١) على الصحيح من مذهب أصحابنا، والأظهر من أقوالهم.
وقد ذهب بعض أصحابنا - وهو شيخنا أبو جعفر في نهايته - إلى أن
الظهار لا يقع بغير المدخول بها^(٢)، والقرآن قاضي بصحة ما اخترناه، لأن الآية
على عمومها وهو قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ وهي قبل
الدخول بها يتناولها هذا الاسم، بغير خلاف، وما اخترناه اختيار السيد المرتضى
وشيخنا المفيد.

أو مدخولاً بها وهي غائبة عن زوجها غيبة مخصوصة، على ما قدّمناه في
أحكام الطلاق، لأننا قد بينّا أن أحكام الظهار أحكام الطلاق، وشرائطه شرائطه،
في جميع الأشياء إلا ما أخرجه الدليل.

ومنها: أن يكون الظهار منها بمحضر من شاهدي عدل، يدلّ على ذلك
كلّه إجماع أصحابنا، ونفي الدليل الشرعي على وقوعه مع اختلال بعض
الشروط، ولا يقدر فيها اعتمدناه من الإجماع خلاف من خالف من أصحابنا،
بوقوع الظهار مع الشروط، وثبوت حكمه مع تعلّق اللفظ بغير الظهر، وإضافته
إلى غير الأم من المحرّمات، ونفي وقوعه بغير المدخول بها، ووقوعه بملك
اليمن، لتميّزه من جملة المجمعين اسمه ونسبه، على أن قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ
يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ ينافي تعليقه بغير الظهر، وعدم وقوعه بغير المدخول بها،

١- المصدر السابق نفسه.

لأنّ الظهار مشتق من لفظة الظهر على ما قدّمناه، وغير المدخول بها توصف بأنها من نساء الزوج حسب ما بيّناه^(١).

فإذا تكاملت شروط الظهار حرمت الزوجة عليه، فإن عاد لما قال، بأن يريد استباحة الوطء، لزمه أن يكفر قبله بعقوبة رقة، فإن لم يجد صيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع أطعم ستين مسكيناً^(٢)، لأنّ هذه الكفارة عندنا على الترتيب، ولا يحرم عليه تقبيلها، ولا ضمّها، ولا عناقها.

وقال بعض أصحابنا: يحرم عليه تقبيلها قبل أن يكفر، كما يحرم وطؤها، واستدلّ بقوله تعالى: ﴿مَنْ قَبِلَ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ وهذا لا دلالة فيه، لأنّ المسيس هاهنا - بلا خلاف بيننا - المراد به الوطء.

ويستدلّ على أنّ العود شرط في وجوب الكفارة بظاهر القرآن، لأنّه لا خلاف أنّ المظاهر لو طلق قبل الوطء لا تلزمه الكفارة، وهذا يدلّ على أنّ الكفارة لا تجب بنفس الظهار^(٣).

ويدلّ على العود ما ذكرناه، أنّ الظهار إذا اقتضى التحريم وأراد المظاهر الاستباحة وآثر رفعه، كان عائداً لما قال، ومعنى قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ أي للمقول فيه كقوله سبحانه: ﴿وَاعْبُدْ رَبَّكَ حَتَّى يَأْتِيَكَ الْيَقِينُ﴾^(٤) أي

١- قارن الغنية: ٩١.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- الحجر: ٩٩.

الموقن به، كقوله **إِلَّا**: «الراجع في هبته»^(١) أي في الموهوب، وكذا يقال: **اللَّهِمَّ** أنت رجأونا أي مرجؤنا، ولا يجوز أن يكون المراد بالعود الوطء، على ما ذهب إليه قوم، لأنه تعالى قال: **(فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا)** فأوجب الكفارة بعد العود قبل الوطء، فدلّ على أنّه غيره، ولا يجوز أن يكون العود إمساكها زوجة مع القدرة على الطلاق، على ما قاله الشافعي، لأنّ العود يجب أن يكون رجوعاً إلى ما يخالف مقتضى الظهار، وإذا لم يقتض فسخ النكاح لم يكن العود الإمساك عليه، ولأنّ تعالى قال: **(ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا)** وذلك يقتضي التراخي، والقول بأنّ العود هو البقاء على النكاح قول بحصوله عقب الظهار من غير فصل، وهو بخلاف الظاهر^(٢).

وإذا جامع المظاهر قبل التكفير، فعليه كفارتان: إحداها كفارة العود، والأخرى عقوبة الوطء قبل التكفير، بدليل إجماعنا، ولأنّ بذلك يحصل اليقين لبراءة الذمة^(٣).

وإن استمرّ المظاهر على التحريم، فزوجه في الدوام بالخيار بين الصبر على ذلك، وبين المرافعة إلى الحاكم، وعلى الحاكم أن يخيره بين التكفير وإستباحة الجماع، وبين الطلاق، فإن لم يجب إلى شيء من ذلك أنظره إلى ثلاثة أشهر، فإن

١- لفظ الحديث كما في الصحيحين وغيرهما: العائد في هبته راجع سنن البيهقي ٦: ١٨٠. ومختصر

إتحاف السادة المهرة بزوائد المسانيد العشرة ٥: ٣٥ برقم ٣٥٥٦.

٢- قارن الغنية: ٩١.

٣- المصدر السابق نفسه.

فاء إلى أمر الله تعالى في ذلك، وإلا ضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يفيس، ولا يلزمه الحاكم بالطلاق^(١) ولا يطلق عليه.

وإذا طلق قبل التكفير سقطت عنه الكفارة، فإن راجع في العدة لم يجز له الوطء حتى يكفر، وإن خرجت من العدة واستأنف العقد عليها جاز له الوطء من غير تكفير، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز له الوطء حتى يكفر على كل حال، وظاهر القرآن معه، لأنه يوجب الكفارة بالعود من غير فصل^(٢)، والأكثر بين الطائفة الأول.

وإذا ظاهر من زوجتين له فصاعداً، لزمه مع العود لكل واحدة منهن كفارة، سواء ظاهر من كل واحدة على الإنفراد، أو جمع بينهما في ذلك كله بكلمة واحدة^(٣).

وإذا كرّر كلمة الظهار لزمه بكل دفعة كفارة، فإن وطئ التي كرّر القول عليها قبل أن يكفر، يلزمه كفارة واحدة عن الوطء، وكفارات التكرار^(٤). وفرض العبد في كفارة الظهار والصوم، وفرضه فيه كفرض الحر لظاهر القرآن، ومن أصحابنا من قال: يلزمه شهر واحد^(٥)، والأول هو الأظهر.

١- قارن الغنية: ٩١.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

٥- المصدر السابق نفسه.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: ومتى ظاهر الرجل من امرأته مرة بعد أخرى، كان عليه بعدد كل مرة كفارة، فإن عجز عن ذلك لكثرتة فرّق الحاكم بينه وبين امرأته^(١).

قال محمد بن إدريس: والأولى أنّه يستغفر الله تعالى بدلاً عن الكفارة، ولا يفرّق الحاكم بينه وبين زوجته، لأنّ التفريق بينهما يحتاج إلى دليل، ولا دليل على ذلك، إلاّ أنّ شيخنا رجع في استبصاره وقال: يستغفر الله، ويطأ زوجته، وتكون الكفارة في ذمته إذا قدر عليها كفر^(٢).

والصحيح أنّ الاستغفار كفارة لمن لا يقدر على الكفارة رأساً.

وإذا حلف الرجل بالظهار لم يلزمه حكمه^(٣)، إذا قال: أنت عليّ كظهر أمي، ولم ينو الظهار لم يقع^(٤).

وكذلك إذا قال: أنت عليّ كظهر أمي، ونوى به الطلاق، لم يكن طلاقاً ولا ظهاراً^(٥)، وإذا قال: أنت عليّ حرام لم يتعلّق بذلك - عند أصحابنا - حكم من الأحكام، لا ظهار ولا طلاق، ولا إيلاء، ولا يمين، ولا غير ذلك^(٦) على

١- النهاية: ٥٢٦.

٢- الاستبصار ٤: ٥٦.

٣- قارن النهاية: ٥٢٦.

٤- قارن الخلاف ٢: ٢٦١.

٥- المصدر السابق نفسه.

٦- قارن المبسوط ٥: ١٢٤.

ما قدّمناه.

قال شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه في كتاب الظهار: مسألة، المكفر بالصوم إذا وطئ زوجته التي ظاهر منها في حال الصوم عامداً نهاراً كان أو ليلاً، بطل صومه، ولزمه استئناف الكفارتين، فإن كان وطؤه ناسياً مضى في صومه، ولم يلزمه شيء، ثم استدّل، فقال: دليلنا إجماع الفرق، وطريقة الاحتياط، وأيضاً فإن الله تعالى قال: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ وهذا قد وطئ قبل الشهرين، فيلزمه كفارتان على ما مضى القول فيه^(١). هذا آخر استدلاله ﷺ.

قال محمد بن إدريس: أما وجوب الكفارة الأخرى فصحيح، وأما استئناف الكفارة المأخوذ فيها بالصوم، إذا وطئ ليلاً فبعيد لا وجه له، ولا دليل على استئناف الصيام، لأن الاستئناف ما جاءنا إلا في المواضع المعروفة المجمع عليها، وهي إن وطئ بالنهار عامداً من غير عذر المرض قبل أن يصوم من الشهر الثاني شيئاً، فيجب عليه الاستئناف للكفارة التي موجبها الظهار، وكفارة أخرى للوطء عقوبة على ما قدّمناه، فأما إذا وطئ ليلاً فعليه كفارة الوطء، ولا يجب عليه استئناف ما أخذ فيه، لأنه لا دليل عليه من كتاب ولا سنة ولا إجماع، والأصل براءة الذمة، فأما إذا وطئ بالنهار عامداً بعد أن صام من الشهر الثاني شيئاً فعليه كفارة الوطء فحسب، ويبنى على ما صام، ولا يجب عليه الاستئناف، فليلاحظ ذلك، فهذا الذي تقتضيه أصول مذهبنا.

وقال شيخنا في مسائل خلافه: مسألة، إذا وجبت عليه الكفارة بعثت رقبة في كفارة ظهار، أو قتل، أو جماع، أو يمين، أو يكون قد نذر عتق رقبة، فإنه يجزي في جميع ذلك أن لا تكون مؤمنة إلا في القتل خاصة^(١).

قال محمد بن إدريس: اختلف أصحابنا في ذلك، والأظهر الذي تقتضيه أصول المذهب أن جميع الرقاب في الكفارات وغيرها لا تجزي إلا المؤمنة، أو بحكم المؤمنة، ولا تجزي الكافرة، لأن الله تعالى قال: ﴿وَلَا تَيْمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ﴾ والكافر خبيث بغير خلاف، والنهي يدل على فساد المنهي عنه، والإعتاق يسمى إنفاقاً، وأيضاً طريقة الاحتياط تقتضيه، لأن الذمة مشغولة بالكفارة بغير خلاف، ولا تبرأ بيقين إلا إذا كفر بالمؤمنة، لأن غيرها فيه خلاف، وهذا اختيار السيد المرتضى وغيره من المشيخة، والأول اختيار شيخنا أبي جعفر الطوسي إلا أنه رجع عنه في التبيان.

فقال في تفسير قوله: ﴿وَلَا تَيْمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ﴾ وفي الفقهاء من استدل بهذه الآية على أن الرقبة الكافرة لا تجزي في الكفارة، وضعفه قوم وقالوا: العتق ليس بإنفاق، والأولى أن يكون ذلك صحيحاً، لأن الإنفاق يقع على كل ما يخرج لوجه الله تعالى، عتقاً كان أو غيره^(٢). هذا آخر كلامه ﷺ في كتاب التبيان لتفسير القرآن.

وقال شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه: مسألة، عتق المكاتب لا يجزي في الكفارة سواء أدى من مكاتبته شيئاً أو لم يؤد^(١).

قال محمد بن إدريس: الصحيح أنه إذا لم يؤد شيئاً من مكاتبته يجوز عتقه، ويجزي في الكفارة، لأنه بعد عبد لم يتحرر منه شيء بغير خلاف، وبهذا قال في نهايته^(٢) هذا إذا كانت المكاتبه مطلقة، فأما إن كانت مشروطة، فإنه يجوز إعتاقه سواء أدى من مكاتبته شيئاً أو لم يؤد، لأنه عندنا رقب، وأحكامه أحكام الرقب في جميع الأشياء، إلا ما خرج بالدليل.

وعتق أم الولد عندنا جائز في الكفارات^(٣)، وكذلك عتق المدبر الذي يبتدىء بتدبيره لا عن نذر، قد حصل شرطه، لأنه إذا حصل شرطه فقد انعتق.

وقال الله في مسائل خلافه: مسألة، إذا أعتق عبداً مرهوناً، وكان موسراً أجزأه، وإن كان معسراً لا يجزيه^(٤).

قال محمد بن إدريس: لا يجزي عتق العبد المرهون قبل فكّه من الرهن، سواء كان الراهن موسراً أو معسراً، لأن العتق تصرف بغير خلاف، وإجماع

١- الخلاف ٢: ٢٦٦.

٢- النهاية: ٥٦٩.

٣- قارن الخلاف ٢: ٢٦٦.

٤- الخلاف ٢: ٢٦٦.

أصحابنا على أن تصرف الراهن في الرهن غير صحيح ولا ماض، وأنه لا يجوز له التصرف فيه بغير خلاف بينهم، وأنه منهي عن التصرف فيه، وكل تصرف فيه فإنه باطل، والنهي يدل على فساد المنهي عنه.

ثم ما قال بهذا أحد من أصحابنا، ولا وجدته مسطوراً في تصنيف أحد منهم، وشيخنا إن كان قال هذا عن أثر ورواية تُلقَى بالقبول، أو أخبار متواترة جاز العمل به، إذا لم يمكن تأويله، وإن كان قاله من تلقاء نفسه، على سبيل الاستدلال والاستحسان فلا يعول على ذلك، فكيف ولم ترد به رواية لا من طريق الأحاد ولا من طريق التواتر.

ثم استدلل الله على ما ذهب إليه في صدر المسألة فقال: دليلنا على أن عتق الموسر جائز قوله تعالى: ﴿فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ ولم يفصل، وعلى أن عتق المعسر لا يجوزي أن ذلك يؤدي إلى إبطال حق الغير فلا يجوز ذلك، وعليه إجماع الفرق، لأنهم أجمعوا على أنه لا يجوز من الراهن التصرف في الرهن، وذلك عام في جميع ذلك^(١). هذا آخر استدلاله.

وهذا الاستدلال قاضي عليه، وحاكم على فساد ما ذهب إليه، لأن جميع ما استدلل به على أن عتق المعسر لا يجوزي، لازم له في عتق الموسر، حذو النعل بالنعل، والقذة بالقذة، والمخصّص يحتاج إلى دليل، فإني ما استجملت له الله مع جلالة قدره هذا القول.

ثم قال ﷺ في مسائل خلافه: إذا كان له عبد قد جنى جنابة عمد، فإنه لا يجزي إعتاقه في الكفارة، وإن كان خطأ جاز ذلك.

ثم قال في استدلاله: دليلنا إجماع الفرقة، لأنه لا خلاف بينهم إذا كانت جنابته عمداً إنه يتنقل ملكه إلى المجني عليه، فإن كانت خطأ فدية ما جناه على مولاه لأنه عاقلته، وعلى هذا لا بد مما قلناه^(١). هذا آخر استدلاله.

قال محمد بن إدريس: ما قاله ﷺ في صدر المسألة غير واضح، وكذلك ما قاله في استدلاله، لأنه قال: وإن كان خطأ جاز، وأطلق الكلام، والصحيح أنه لا يجزي إلا إذا ضمن دية الجنابة، فأما قبل التزامه وضمانه فلا يجوز، لأنه قد تعلّق برقة العبد الجاني حق الغير، فلا يجوز إبطاله، وما قاله في استدلاله أن مولاه عاقلته فغير صحيح، لأنه لا خلاف بين أصحابنا أن السيد غير عاقلة للعبد، وإجماعهم منعقد على هذا، وشيخنا قائل به أيضاً في غير كتابه هذا في هذا الموضع.

وقال في مبسوطه في كتاب الظهار: إذا كان له عبد قد جنى فاعتقه قال بعضهم: إن كان جنى عمداً نفذ العتق، وإن كان خطأ فعلى قولين، ومنهم من عكس هذا فقال: إن كان خطأ لم ينفذ العتق، وإن كان عمداً فعلى قولين، والذي يقتضيه مذهبنا أنه إن كان عمداً نفذ العتق، لأن القود لا يبطل بكونه حرّاً، وإن كان خطأ فلا ينفذ لأنه يتعلّق برقبته، والسيد بالخيار بين أن

يفديه أو يسلمه^(١). هذا آخر كلامه ﷺ في مبسوطه، وهذا بخلاف ما ذكر في مسائل خلافه، وهو قوي يمكن القول به^(٢) والاعتماد عليه.

وقال أيضاً في مسائل خلافه: مسألة، إذا كان له عبد غائب يعرف خبره وحياته، فإن إعتاقه جائز في الكفارة بلا خلاف، وإن لم يعرف خبره ولا حياته لا يجزيه^(٣).

قال محمد بن إدريس: وأخبار أصحابنا المتواترة عن الأئمة الأطهار، وإجماعهم منعقد على أن العبد الغائب يجوز عتقه في الكفارة، إذا لم يعلم منه موت، لأن الأصل الحياة، وهو موافق في نهايته على ذلك وقائل به^(٤)، ولا يلتفت إلى خلاف ما عليه الإجماع.

إذا كان عليه كفارتان من جنس واحد، فأعتق عنهما أو صام بنية التكفير، دون التعيين أجزاء بلا خلاف، وإن كانت من أجناس مختلفة، فلا بدّ فيها من نية التعيين عن كلّ كفارة، وإن لم يعين لم يجزه^(٥).

١- المبسوط ٥: ١٦١.

٢- حيث أنّ في القتل العمدي يتعلّق برقبته حق أولياء المقتول، وهم مخيرون بين القصاص والاسترقاق، فلا وجه لإبطال حق الاسترقاق عنهم بالعتق، وإن لم يفت عنهم حق القصاص، فذهاب الحق الأول كاف في عدم صحّة عتقه لعدم رجحانه ولزوم قصد القرية في العتق. (من إفادات سيدنا البهشتي دام ظلّه في هذا المقام).

٣- الخلاف ٢: ٢٦٧.

٤- النهاية: ٥٤٦، ط دار الكتاب العربي.

٥- قارن الخلاف ٢: ٢٦٨.

إذا أدخل الطعام والشراب في حلقه بالإكراه، لم يفطر بلا خلاف، وإن ضرب حتى أكل أو شرب فعندنا لا يفطر، ولا يقطع التتابع^(١) ولا يلزمه أن ينوي التتابع في الصوم، بل يكفي نية الصوم فحسب.

والمعتبر في وجوب الكفّارات المرتبة حال الأداء، دون حال الوجوب، فمن قدر حال الأداء على الإعتاق لم يجزه الصوم، وإن كان غير واجد لها حين الوجوب^(٢).

ويجب أن يطعم في كفارة اليمين خاصة ما يغلب على قوته وقوت عياله، لا من غالب قوت البلد، فأما غيرها من الكفّارات فلا يلزم من قوت أهله، بل الواجب عليه الإطعام مما يستمى طعاماً وإطعاماً، لأن دليل كفارة اليمين قوله تعالى: ﴿مَنْ أَوْسَطَ مَا تَطْعُمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ لم يذكر في غيرها من الكفّارات ذلك.

ولا يجوز إخراج القيم في الكفّارات، ويجوز إخراج القيم عندنا في الزكوات.

إذا كسى خمسة وأطعم خمسة في كفارة اليمين لم يجزه^(٣)، لأنه لم يمثل ظاهر الآية.

وقال شيخنا أبو جعفر في التبيان في تفسير آية الظهار: والرقبة ينبغي أن

١- قارن الخلاف ٢: ٢٧٢.

٢- قارن الخلاف ٢: ٢٧٣.

٣- قارن الخلاف ٢: ٢٧٥.

تكون مؤمنة سواء كانت ذكراً أو أنثى، صغيرة أو كبيرة، إذا كانت صحيحة الأعضاء، فإن الإجماع واقع على أنه يقع الاجزاء بها، وقال الحسن وكثير من الفقهاء: إن كانت كافرة أجزأت^(١). فهذا يدلّك على رجوعه عمّا قاله في نهايته من أنّها تجزي وإن كانت كافرة.

* * *

باب الإيلاء

يفتقر الإيلاء الشرعي الذي يتعلّق به إلزام الزوج بالفئة - بفتح الفاء - أو الطلاق بعد مطالبة الزوجة بذلك إلى شروط:

منها: أن يكون الخالف بالغاً كامل العقل.

ومنها: أن يكون المولى منها زوجة دوام.

ومنها: أن يكون الخالف بها ينعقد به الأيمان عند أهل البيت عليه السلام ، لأنّه لا ينعقد اليمين عندهم إلّا بأساء الله تعالى، دون سائر المحدثات.

ومنها: أن يكون ذلك مطلقاً من الشروط.

ومنها: أن يكون مع النية والاختيار من غير غضب ولا إكراه ولا إجبار.

ومنها: أن تكون المدة التي حلف ألا يطأ الزوجة فيها أكثر من أربعة أشهر.

ومنها: أن تكون الزوجة مدخولاً بها.

ومنها: ألا يكون إيلاؤه في صلاحه لمرض يضرّ به الجماع، أو في صلاح الزوجة لمرض أو حمل أو رضاع، لأنّه لا خلاف في ثبوت ذلك مع تكامل

ما ذكرناه، وليس على ثبوته مع اختلال بعضها دليل، فوجب نفيه^(١).
ومتى تكاملت هذه الشروط في الإيلاء، فمتى جامع حنث ولزمته كفارة
يمين، وإن استمرّ اعتزاله لها فهي بالخيار، بين الصبر عليه، وبين مرافعته إلى
الحاكم، فإن رافعته إليه - ولو بعد الإيلاء بلا فصل أو بعده، ولو تطاول الزمان -
أمره بالجماع والتكفير^(٢)، فإن أبى أنظره أربعة أشهر من حين المرافعة لا من حين
اليمين، ليراجع نفسه، ويرتأي في أمره، فإن مضت هذه المدة ولم يجب إلى ما أمره،
فعليه أن يلزمه الفئة أو الطلاق، فإن أبى ضيق عليه في التصرف والمطعم
والمشرب حتى يفعل أيهما اختار، ولا تقع الفرقة بين الزوجين بانقضاء المدة، وإنما
تقع بالطلاق، بدليل قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾^(٣) فأضاف الطلاق إلى
الزوج، كما أضاف الفئة إليه، فكما أنّ الفئة لا تقع إلا بفعله، فكذلك الطلاق،
وأيضاً الأصل بقاء العقد، فمن ادّعى أنّ انقضاء المدة طلاقه بئنه أو رجعية،
فعليه الدليل^(٤).

ويخصّ ما اشترطناه من كونها زوجة دوام بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا
الطَّلَاقَ﴾ والنكاح المؤجل لا طلاق فيه^(٥).

١- قارن الغنية: ٩١، ضمن الجوامع الفقهية.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- البقرة: ٢٢٧.

٤- قارن الغنية: ٩١.

٥- المصدر السابق نفسه.

ويحتج على المخالف فيما اعتبرناه من كون اليمين بأسماء الله تعالى خاصة، بما رواه من قوله ﷺ: «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت»^(١).

ونحتج عليه في النية بقوله ﷺ: «الأعمال بالنية»^(٢) والمراد أن أحكام الأعمال إنما تثبت بالنية، لما علمنا من حصول الأعمال في أنفسها من غير نية^(٣)، ويحتج عليه في الإكراه بما رواه من قوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه»^(٤) ويدخل في ذلك رفع الحكم والمأثم، لأنه لا تنافي بينهما^(٥).

ويخصّ كون المدة أكثر من أربعة أشهر قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾^(٦) فأخبر سبحانه أن له التربص بهذه المدة، فثبت أن ما يلزمه من الفئة أو الطلاق يكون بعدها.

ويخصّ كونها مدخولاً بها قوله تعالى: ﴿فَإِنْ قَاءُوا فَلْيَنِّ اللَّهُ عَفْوَ رَحِيمٌ﴾ لأنّ المراد بالفئة العود إلى الجماع بلا خلاف، ولا يقال عاد إلى الجماع إلا لمن تقدّم

١- سنن البيهقي ٢٨: ١٠، ذيل حديث ابن عمر وهو في صحيح مسلم الأيمان.

٢- صحيح البخاري ٢: ١، وصحيح مسلم ٢: ١٠٣، كتاب الإمارة، وسنن البيهقي ١: ٢٩٨ و ٧: ٢١٦ وغيرها.

٣- قارن الغنية: ٩١، ضمن الجوامع الفقهية.

٤- الوسائل ١: ٣٢ باب ٤ اشتراط التكليف بالرجوب الخ.

٥- قارن الغنية: ٩١.

٦- البقرة: ٢٢٦.

منه فعله، وهذا لا يكون إلا بالمدخول بها.

ومتى آلى ألا يقرب زوجته وهي مرضعة خوفاً من حملها، فيضّر ذلك بالولد، لم يلزمه الحاكم حكم الإيلاء، لأنه حلف في صلاح^(١) والإيلاء لا يكون إلا في إضرار بالمرأة، وكذلك إن حلف ألا يقربها في الموضع المكروه، فلا يلزمه الحاكم حكم الإيلاء، لأن هذا ليس بإضرار للمرأة.

وإذا ادّعت المرأة على الرجل أنه لا يقربها، وزعم أنه يقربها، كان عليه اليمين بالله تعالى أن الأمر على ما قال، ويخلى بينه وبينها، وليس عليه شيء^(٢).

إذا قال: والله لا جامعتك، ولا أصبتك، ولا وطئتك، وقصد به الإيلاء، كان إيلاءً، وإن لم يقصد لم يكن مولياً، وهي حقيقة في العرف في الكناية عن الجماع^(٣).

وكذلك إذا قال: والله لا باشرتك، ولا لامستك، ولا باضعتك، وقصد بها الإيلاء والعبارة عن الوطء كان مولياً، وإن لم يقصد لم يكن مولياً^(٤).

فإن قال: والله لا جمع رأسي ورأسك شيء، لا ساقف رأسي ورأسك شيء، لا جمع رأسي ورأسك مخدّة، كلّ هذا لا ينعقد بها الإيلاء، ولا حكم لها،

١- قارن النهاية: ٥٢٨.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- قارن الخلاف ٢: ٢٥٤.

٤- المصدر السابق نفسه.

لأن الأصل براءة الذمة، وثبوت الإيلاء وحكمه بهذه الألفاظ يحتاج إلى دليل، ولا دليل على ذلك^(١).

إذا طلق المولي طلاقاً رجعية^(٢).

إذا قال: إن أصبتك فأنت عليّ حرام، ولم يكن مولىً، ولا يتعلّق به حكم^(٣) على ما بيّناه، إذا قال: إن أصبتك فلله عليّ أن أعتق عبدي، لا يكون مولىً^(٤)، وعندنا أنّ الإيلاء لا يقع بشرط، لأنّ ثبوت الإيلاء بشرط يحتاج إلى دليل^(٥).

الإيلاء يقع بالرجعية، لأنّها زوجة عندنا، ويحتسب من مدّتها زمان العدة^(٦).

إذا آلى من أربع نسوة فقال: والله لا وطئتكنّ، فلا يحنث بوطء واحدة منهنّ، وكذلك إن وطئ اثنتين أو ثلاثاً منهنّ، فإن وطئ الرابعة حنث، ولزمته اليمين، وكذلك لا يوقف إلّا للأخيرة.

فأمّا إن قال: والله لا وطئت واحدة منكنّ، فأبى واحدة وطئ انحلت

١- قارن الخلاف ٢: ٢٥٤.

٢- قارن الخلاف ٢: ٢٥٥.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- المصدر السابق نفسه.

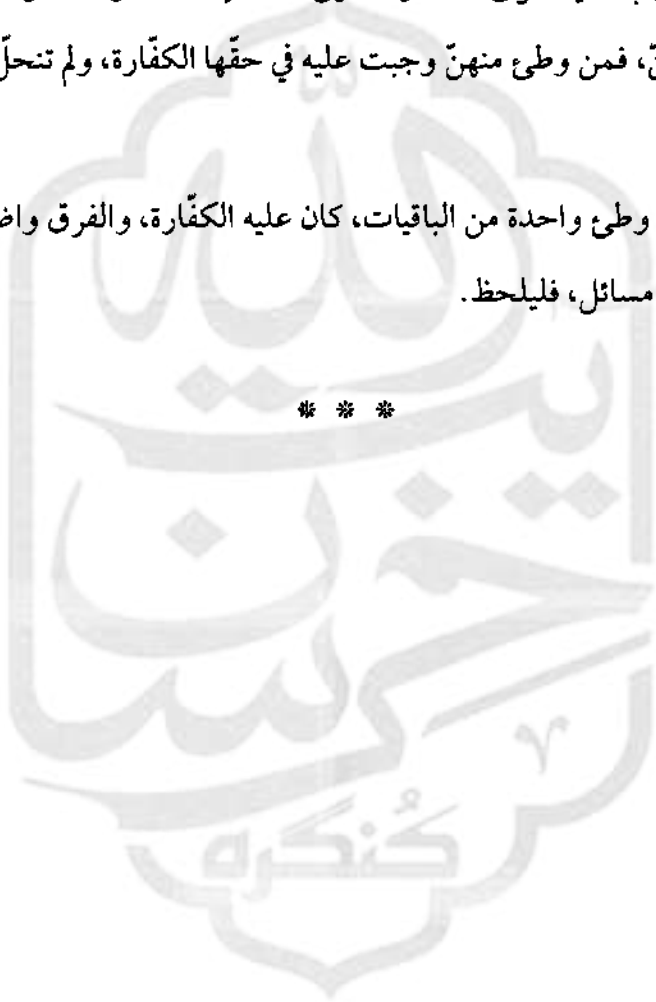
٥- قارن الخلاف ٢: ٢٥٦.

٦- قارن الخلاف ٢: ٢٥٧.

اليمين، ووجبت عليه الكفارة، وانحلت في حق الباقيات، فإن وطئ بعدها أخرى، لا يجب عليه سوى الكفارة الأولى، فأما إن قال: والله لا وطئت كل واحدة منكن، فمن وطئ منهن وجبت عليه في حقها الكفارة، ولم تنحل في حق الباقيات.

ومتى وطئ واحدة من الباقيات، كان عليه الكفارة، والفرق واضح بين هذه الثلاث مسائل، فليلاحظ.

* * *



باب الخلع والمباراة والنشوز والشقاق

سمى الله تعالى الخلع في كتابه افتداء فقال: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(١) والفدية العوض الذي تبذله المرأة لزوجها تفتدي نفسها منه به، ومنه فداك أبي وأمي، أي هما فداؤك، ومنه يقال فُدي الأسير، إذا افتدى من المال، فإن فودي رجل برجل قيل مفادة، هذا حقيقة الخلع في الشرع^(٢).

فأما اللغة: فهو الخلع، واشتقاقه من خلع يخلع، وإنما استعمل هذا في الزوجين، لأن كل واحد منهما لباس لصاحبه قال الله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ هُنَّ﴾^(٣) فلما كان كل واحد منهما لباساً لصاحبه استعمل الخلع في كل واحد منهما لصاحبه^(٤).

والأصل في الخلع الكتاب والسنة، فالكتاب قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا

١- البقرة: ٢٢٩.

٢- قارن المبسوط ٤: ٣٤٢.

٣- البقرة: ١٨٧.

٤- قارن المبسوط ٤: ٣٤٢.

حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴿١﴾ فرفع الجناح في أخذ الفدية منها، عند خوف التقصير في إقامة الحدود المحدودة في حقوق الزوجية، فدلّ على جواز الفدية^(١).

والخلع والمباراة مما يؤثران في كيفية الطلاق، وهو أنّ كلّ واحد منهما متى حصل مع الطلاق كانت التطليقة بائنة^(٢)، لا رجعة للزوج على المرأة في العدة، إلاّ أن ترجع فيها بذلته وافتدت به قبل خروجها من العدة، فله حينئذ الرجوع في بضعها، على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

وفرق أصحابنا بين الخلع والمباراة، فلم يختلفوا في أنّ المباراة لا تقع إلاّ بلفظ الطلاق، واختلفوا في الخلع، فقال المحصلون منهم فيه مثل ذلك، وقال قوم منهم: يقع بلفظ الخلع، وفرّقوا أيضاً بين حكميهما، فقالوا: الخلع لا يكون إلاّ بکراهة من جهة المرأة دون الرجل، ويجوز أن يأخذ منها مهر مثلها وزيادة، أو المهر المسمّى وزيادة، أو أنقص من ذلك، كيف ما اتفقا عليه من قليل وكثير^(٣).

والمباراة تكون الكراهة منهما جميعاً، ولا يجوز أن يأخذ منها أكثر من المهر، وقال بعضهم: دون المهر، فأما مثل المهر أو أكثر فلا يجوز^(٤)، والصحيح أنّه يجوز أن يأخذ مثل المهر، فأما أكثر منه فلا يجوز.

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن النهاية: ٥٢٨.

٣- قارن المبسوط ٤: ٣٧٣.

٤- المصدر السابق نفسه.

فأما إذا كانت الحال بين الزوجين عامرة، والأخلاق ملتزمة، واتفقا على الخلع فبدلت له شيئاً على طلاقها، لم يحل ذلك وكان محظوراً، لإجماع أصحابنا على أنه لا يجوز له خلعها إلا بعد أن يسمع منها ما لا يحل لها ذكره، من قولها: لا أغتسل لك من جنابة، ولا أقيم لك حداً، ولأوطن فراشك من تكرهه، أو يعلم ذلك منها فعلاً، وهذا مفقود هاهنا، فيجب أن لا يجوز الخلع.

وأيضاً قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ وهذا نص فإنه حرم الأخذ منها إلا عند الخوف من إقامة الحدود^(١).

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: وإنها يجب الخلع، إذا قالت المرأة لزوجها: إنّي لا أطيع لك أمراً، ولا أقيم لك حداً، ولا أغتسل لك من جنابة، ولأوطن فراشك من تكرهه، إن لم تطلقني، فمتى سمع منها هذا القول، أو علم من حالها عصيانه في شيء من ذلك وإن لم تنطق به وجب عليه خلعها^(٢).

قال محمد بن إدريس: قوله ﷺ: «وجب عليه خلعها»، على طريق تأكيد الاستحباب، دون الفرض والإيجاب، لأن الشيء إذا كان عندهم شديد الاستحباب أتوا به بلفظ الوجوب، على ما بيّناه في غير موضع، وإلا فهو مخير بين خلعها وطلاقها، وإن سمع منها ما سمع بغير خلاف، لأن الطلاق بيده،

١- قارن الخلاف ٢: ٢١٣. والآية في سورة البقرة: ٢٢٩.

٢- النهاية: ٥٢٩.

ولا أحد يجبره على ذلك.

فإذا أراد خلعها اقترح عليها مهماً أراد، على ما ذكرناه، ولا يصح البذل إلا على ما يملكه المسلمون، فإن خلعها على ما لا يملكه المسلمون وكان عالماً بذلك، كان الخلع غير صحيح، فأما إن خلعها على ما في هذه الجرة من الخل فخرج خمرأً، كان الخلع صحيحاً، وله عليها مثل ملأ الجرة من الخل إن وجد، وإلا فقيمتها، وكذلك إذا تزوّجها على ذلك، حرفاً فحرفاً.

فإذا تقرّر بينهما على شيء معلوم طلقها بعد ذلك، وتكون التولية بائنة لا يملك رجعتها، اللهم إلا أن ترجع المرأة فيها بذلته من مالها، فإن رجعت شيء من ذلك كان له الرجوع في بضعها، ما لم تخرج من العدة، فإن خرجت من العدة، ثم رجعت في شيء مما بذلته لم يلتفت إليها، ولم يكن له عليها أيضاً رجعة، فإن أراد مراجعتها قبل انقضاء عدتها، إذا لم ترجع فيها بذلته بعد انقضائها، كان ذلك بعقد مستأنف^(١).

فإن رجعت في البذل قبل خروجها من عدتها فقد قلنا له الرجوع في بضعها، إلا أن يكون قد تزوّج بأختها، أو بربعة مع الثلاث الباقيات عنده، فلا يجوز له الرجوع في بضعها وإن كان لها الرجوع في البذل، لأن الشارع جوّز لها الرجوع فيما بذلته قبل خروجها من عدتها، وهذه قد رجعت قبل خروجها من عدتها، وجوّز له الرجوع في بضعها إذا أمكنه ذلك وحلّ له، وهذا لم يحلّ له

هاهنا الرجوع، لأنه أتى من قبل نفسه بفعاله، والمنع لها من الرجوع فيها بذلته يحتاج إلى دليل، ولا دليل عليه.

والخلع لا يقع إلا أن تكون المرأة طاهرة طهراً، لم يقربها فيه بجماع، أو تكون غير مدخول بها، أو يكون غائباً عنها زوجها غيبة مخصوصة، على ما قدّمناه في أحكام الطلاق^(١) لأنّ حكمه حكمه، أو تكون قد أيسّت من المحيض، وليس في سنّها من تحيض، وأن يحضر الشاهدان العدلان، وجميع أحكام الطلاق معتبرة في الخلع، لأنه طلاق، إلا أنّ في مقابلته عوضاً تبذله المرأة، لكرائهاها المقام مع الزوج، فإن قدّم لفظ الخلع وعقّب بلفظ الطلاق كان جائزاً، وإن لم يقدّم لفظ الخلع، بل مجرد لفظ الطلاق في مقابلة العرض، وقعت أحكام الخلع على كلّ حال.

فأمّا ما ذهب إليه بعض أصحابنا إلاّ أنّه تقع الفرقة بمجرد الخلع دون أن يتبع بطلاق، على ما حكيناه عنهم، فغير معتمد، لأنّ الأصل الزوجية، فمن أبانها بهذا يحتاج إلى دليل، ولا دليل له من كتاب ولا سنة ولا إجماع، والأصل بقاء الزوجية.

فإن مات الرجل أو المرأة بعد الخلع، وقبل انقضاء العدة، لم يقع بينهما توارث، لأنه قد انقطعت العصمة بينهما، سواء كان ذلك من الرجل في حال مرضه أو لم يكن، وليس هذا الحكم حكم الطلاق في المرض لا عن عوض،

وحمله على ذلك قياس، ونحن لا نقول به، فليلاحظ ذلك، وإلى هذا القول يذهب شيخنا أبو جعفر في استبصاره، لما توسط بين الأخبار^(١) ولنا في ذلك نظر.

وأما المباراة فأحكامها أحكام الخلع سواء، حرفاً فحرفاً، إلا ما قدمناه من الفرق الذي فَرَّق به أصحابنا، فلا حاجة بنا إلى تفصيل أحكامها، لأن أحكام الخلع قد فصلناها، فهي خلع إلا العبارة، والفرق المقدم ذكرها فحسب.

قال شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه: مسألة، الصحيح من مذهب أصحابنا أن الخلع بمجرد لا يقع، ولا بدّ معه من التلفّظ بالطلاق، وفي أصحابنا من قال: لا يحتاج معه إلى ذلك، بل نفس الخلع كافٍ، إلا أنهم لم يبيّنوا أنّه طلاق أو فسخ^(٢). هذا آخر كلامه عليه السلام.

قال محمد بن إدريس: من ذهب من أصحابنا إلى أنّه لا يحتاج معه إلى طلاق بل نفس الخلع كافٍ، قالوا أنّه يجري مجرى الطلاق، وأنها تبقى معه إذا تزوّجها على طلقتين.

من جملة من ذهب إلى ذلك السيّد المرتضى رحمته الله ذكر في الناصريات في المسألة الخامسة والستين والمائة فقال: الخلع من فرقة بائنة، وليست كلّ فرقة طلاقاً كفرقة الردة واللعان.

قال السيّد المرتضى: عندنا أن الخلع إذا تجرّد عن لفظ الطلاق بانّت به

١- الاستبصار ٣: ٣٠٨.

٢- الخلاف ٢: ٢١٣.

المرأة، وجرى مجرى الطلاق في أنّه ينقص من عدد الطلاق، فهذه فائدة اختلاف الفقهاء في أنّه طلاق أو فسخ، لأنّ من جعله فسخاً، لا ينقص به من عدد الطلاق شيئاً فتحلّ، وإن خالعه ثلاثاً، وقال أبو حنيفة وأصحابه، ومالك، والثوري، والأوزاعي، والمزني^(١)، والشافعي في أحد قوليه: الخلع تطليقة بائنة، وللشافعي قول آخر: أنّه فسخ، وروي ذلك عن ابن عباس، وهو قول أحمد وإسحاق.

والدليل على صحّة ما ذهبنا إليه الإجماع المتقدم ذكره، ويدلّ على ذلك أيضاً ما روي من أنّ ثابت بن قيس^(٢) لما خلع زوجته^(٣) بين يدي النبي ﷺ لم يأمره بلفظ الطلاق، فلما خالعهما قال لها رسول الله ﷺ: اعتدي، ثم التفت إلى أصحابه فقال: هي واحدة، فهذا دلالة على أنّه طلاق وليس بفسخ، على أنّ الفسخ لا يصحّ في النكاح ولا الإقالة^(٤). هذا آخر كلام السيّد المرتضى.

ألا تراه قد جعله طلاقاً، فكيف قال شيخنا أبو جعفر ما قاله، مع إطلاعه على مقالات أصحابنا، وهذا السيّد المرتضى من أعيانهم، وكثيراً يحكى عنه

١- في هامش المطبوعة المزني، والموجود في الناصريات البتي، والصواب المزني وهو إسماعيل بن يحيى من كبار أصحاب الشافعي توفي سنة ٢٦٤ أحد رواة الجديد عن الشافعي، وأمّا البتي فلم أقف على فقيه يعرف بذلك اللقب وأحمد بن عليّ البتي كاتب أديب مشارك لم يذكر له كتاب فقه.

٢- ثابت بن قيس بن شماس الخزرجي الأنصاري، كان خطيب الأنصار، قتل شهيداً يوم اليمامة.

٣- حديث الخلع مع زوجته وهي أما حبيبة بنت سهل أو جميلة بنت السلول راجع سنن البيهقي ٧:

شيخنا مقالاته واختياراته.

الخلع جائز بين الزوجين ولا يفتقر إلى حاكم^(١).

ومتى اختلفا في النقد واتفقا في القدر والجنس واختلفا في تعيين القدر، أو اطلاق اللفظ واختلفا في الإرادة بلفظ القدر من الجنس والنقد، فعلى الرجل البيّنة، فإذا عدها كان القول قول المرأة مع يمينها، لأنها الغارمة المدّعى عليها^(٢). ولا يقع الخلع بشرط ولا صفة^(٣) لأنّا قد بيّنا أنّه طلاق، وأنّ أحكامه أحكام الطلاق.

إذا اختلعا أجنبي من زوجها بعوض بغير إذنهما لم يصحّ ذلك^(٤)، إذا خالع أربع نسوة صفقة واحدة بألف، أو تزوّج أربعاً بمهر مسمّى، فالذي يقتضيه مذهبنا أنّ المهر صحيح، ويقسم بينهما بالسوية، وكذلك في الخلع، ويكون الفداء صحيحاً، ويلزم كلّ واحدة منهنّ حصّتها بالسوية.

فأمّا النشوز: فهو أن يكره الرجل المرأة، وتريد المرأة المقام معه وتكره مفارقتها، ويريد الرجل طلاقها فتقول له: لا تفعل إنّي أكره أن تشمت بي، ولكن أنظر ليلتي فاصنع فيها ما شئت، وما كان سوى ذلك من نفقة وغيرها فهي لك،

١- قارن الخلاف ٢: ٢١٤.

٢- قارن الخلاف ٢: ٢١٩.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- قارن الخلاف ٢: ٢٢٢.

وأعطيك أيضاً من مالي شيئاً ودعني على حالتي، فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما على هذا الصلح^(١).

وقال بعض أصحابنا: وهو ابن بابويه في رسالته^(٢)، وقد يكون النشوز من قبل المرأة لقوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ وهذا القول أقوى من الأول لظاهر القرآن، والأول مذهب شيخنا أبي جعفر في نهايته^(٣).

ويحل للزوج ضربها بنفس النشوز عندنا، بعد الوعظ لها، والهجران في المضجع، لظاهر التنزيل، وهو قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ فاقتضى ظاهره متى خاف النشوز منها، حل له الموعظة والهجران والضرب.

وأما الموعظة فإنه يخوفها بالله تعالى، ويعرفها أن عليها طاعة زوجها، ويقول: اتق الله وراقبيه، وأطيعيني ولا تمنعيني حقي عليك^(٤).

والهجران في المضجع أن يعتزل فراشها، وروي من طريق أصحابنا: أن الهجران هو أن يحول ظهره إليها في المضجع^(٥).

١- قارن النهاية: ٥٣٠.

٢- الموجود في الفقيه ٣: ٣٣٦: النشوز قد يكون من الرجل أو المرأة جميعاً.

٣- النهاية: ٥٣٠.

٤- قارن المبسوط ٤: ٣٣٨.

٥- المصدر السابق نفسه. وقارن التبيان ٣: ١٩٠.

وأما الضرب فهو أن يضربها ضرب تأديب كما يضرب الصبيان على التأديب، ولا يضربها ضرباً مبرحاً، ولا مدمياً ولا مزمنياً، وروى في بعض أخبارنا أنه يضربها بالسواك^(١)، وذلك على جهة الاستحباب، وإلا له أن يضربها بالسوط ضرب أدب، لأن ظاهر الآية يقتضي ذلك.

وقال شيخنا في مبسوطه: وروى بعض الصحابة قال: كنا معاشر قريش يغلب رجالنا نساءنا، فقدما المدينة فكانت نساؤهم تغلب رجالهم، فاختلطت نساؤنا بنسائهم فذئبون على أزواجهن، فقلت: يا رسول الله ذئب النساء على أزواجهن، فرخص في ضربهن^(٢).

قال محمد بن إدريس: ذئب بالذال المعجمة المفتوحة والياء المنقطة بنقطتين من تحتها الهمزة المكسورة والراء الغير المعجمة، ومعناه اجترأ واجترأ.

قال عبيد بن الأبرص:

ولقد أتانا عن ثميم أنهم ذئبوا لقتلى عامر وتغضبوا^(٣)

وأما الشقاق، فاشتقاقه من الشق وهو الناحية والجانب، فكان كل واحد من الزوجين في ناحية من الآخر وجانب، وفي عرف الشرع فهو أنه إذا كره كل واحد من الزوجين الآخر، ووقع بينهما الخصومة ولا يصطلحان لا على المقام

١- المصدر السابق نفسه.

٢- المبسوط ٤: ٣٣٨.

٣- ديوانه تحقيق دكتور حسين نصار: ٦.

ولا على الفراق والطلاق، فالواجب على الحاكم أن يبعث حكماً من أهل الزوج، وحكماً من أهل المرأة، وبعثهما على طريق التحكيم عندنا، لا على طريق التوكيل على ما يذهب إليه بعض المخالفين، فإن رأيا من الصلاح الإصلاح ما بينهما فعلا، من غير استئذان، وإن رأيا الفراق والطلاق فليس لهما ذلك، وأعلما الحاكم ليذر الأمر فيما بينهما، إلا أن يكون الرجل قد وكل الحكم المبعوث من أهله في طلاق الزوجة، فللحكم حينئذ أن يطلق قبل الاستئذان إن رأى ذلك صلاحاً، وكذلك المرأة إن وكلت الحكم المبعوث من أهلها في البذل، فله ذلك من دون إعلامها.

وقال شيخنا أبو جعفر في مبسوطه: والمستحب أن يكون حكم الزوج من أهله وحكم المرأة من أهلها للظاهر، وإن بعث من غير أهلها جاز^(١). قال محمد بن إدريس: ذلك على طريق الإيجاب دون الاستحباب، لظاهر القرآن، ويكون الحكمان حزين ذكرين عدلين.

ذكر سائر في رسالته فقال: وشروط الخلع والمباراة شروط الطلاق، إلا أنهما يقعان بكل زوجة^(٢).

قال محمد بن إدريس: معنى قوله: يقعان بكل زوجة، يريد أنه بائن لا رجعة مع واحد منهما، سواء كان الخلع أو المباراة مصاحباً للطلقة الأولى أو

١- المبسوط ٤: ٣٤٠.

٢- المراسم: ٢٠، ضمن الجوامع الفقهية.

الثانية، لأنه لما عدّد البوائن ذكر ذلك.

وقال الراوندي من أصحابنا^(١) أراد المتمتع بها، وهذا خطأ محض، لأنّ المباراة لا بدّ فيها من طلاق، والمتمتع بها لا يقع بها طلاق^(٢).

* * *

-
- ١- هو قطب الدين سعيد بن هبة الله بن الحسن الراوندي، الشيخ الإمام العالم المتبحر النقاد الفقيه المفسر المحدث المحقق صاحب المؤلفات النافعة الشائعة، توفي سنة ٥٧٣. هدية الأحياب: ٢١٨.
 - ٢- ناقش العلامة الحلي في المختلف ٤: ٤٤ المصنّف وقال: وكلام ابن إدريس في تفسيره لا يعطي معنى، وقول الراوندي مشكل، ولو صحّ حمله على ما ذكره صارت المسألة خلافية وإلّا فلا.

باب العِدَّة

إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول بها لم يكن عليها منه عِدَّة، وحلَّت للأزواج في الحال، فإن كان قد فرض لها مهرأ وسمَّاه كان عليه نصف ما فرض، وإن لم يكن سمَّى لها مهرأ كان عليه أن يمتَّعها على قدر حاله وزمانه، إن كان مؤسراً بجارية أو ثوب تبلغ قيمته عشرة دنانير أو خمسة فصاعداً، وإن كان متوسطاً فما بين الثلاثة دنانير إلى ما زاد عليها، وإن كان معسراً بدينار وبخاتم وما أشبهه على قدر حاله، كما قال الله تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾^(١).

فالمعتبر بالمتعة حال الرجل دون النساء، وبمهر المثل حال النساء دون حال الرجال.

وجملة الأمر وعقد الباب أن يقال: العِدَّة على ضربين: عِدَّة طلاق وما يقوم مقامه، وعِدَّة وفاة أو ما يجري مجراها^(٢).

والمطلقة على ضربين: مدخول بها وغير مدخول بها، فغير المدخول بها

١- قارن النهاية: ٥٣١، والآية في سورة البقرة: ٢٣٦.

٢- قارن الغنية: ٩٣، ضمن الجوامع الفقهية.

لا عدة عليها بلا خلاف، على ما بيناه وقدّمناه، والمدخول بها لا تخلو إما أن تكون حاملاً أو حائلاً، فإن كانت حاملاً فعدتها أن تضع جميع حملها على ما بيناه في أبواب الطلاق وشرحناه، وحكي لنا مقالة بعض أصحابنا في ذلك، حرّة كانت أو أمة بغير خلاف يعتدّ به، وقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(١) يدلّ على ذلك، ولا يعارض هذه الآية قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾^(٢) لأنّ آية وضع الحمل عامّة في المطلقة وغيرها، وناسخة لما تقدّمها بلا خلاف، يبيّن ذلك أنّ قوله سبحانه: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ في غير الحوامل لأنّه تعالى قال: ﴿وَلَا يَحِلُّ لهنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ ومن كانت مستبينة الحمل، لا يقال فيها ذلك إذا كانت خاصّة في غير الحوامل، لم تعارض آية الحمل، لأنّها عامّة في المطلقة وغيرها^(٣).

وإن كانت حائلاً فلا تخلو إما أن تكون ممن تحيض أو لا تحيض، فإن كانت ممن تحيض، فعدتها إن كانت حرّة ثلاثة قروء بلا خلاف، وإن كانت أمة فعدتها قرءان بلا خلاف عندنا، وعند باقي الفقهاء إلّا من داود^(٤)، فإن عتقت في العدة وكانت العدة رجعية تممتها عدة الحرّة، وإن كانت العدة بائنة فلا يجب عليها تمام

١- الطلاق: ٤.

٢- البقرة: ٢٢٨.

٣- قارن الغنية: ٩٣، ضمن الجوامع الفقهية.

٤- المصدر السابق نفسه.

عدّة الحرّة، بل يجب عليها الخروج مما أخذت فيه من عدّة الأمة.

والقرء - بفتح القاف - عندنا هو الطهر بين الحيضتين، فإن كانت لا تحيض ومثلها تحيض، فعدها إن كانت حرّة ثلاثة أشهر بلا خلاف، وإن كانت أمة فخمسة وأربعون يوماً، وإن كانت لا تحيض لصغير لم تبلغ تسع سنين، أو لكبير بلغ خمسين سنة مع تغير عاداتها، وهما اللتان ليس في سنّهما من تحيض، فقد اختلف أصحابنا في وجوب العدّة عليها، فمنهم من قال: لا تجب، ومنهم من قال: يجب أن تعتدّ بالشهور وهي ثلاثة أشهر، وهو اختيار السيّد المرتضى وبه قال جميع المخالفين^(١).

ويحتج لصحة ما ذهب إليه بأن قال: طريقة الاحتياط تقتضي ذلك، وأيضاً قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَسْنَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ﴾ وهذا نص، وقوله تعالى: ﴿إِنْ ارْتَبْتُمْ﴾ معناه على ما ذكره جمهور المفسرين إن كنتم مرتابين في عدّة هؤلاء النساء، غير عالمين بمقدارها، فقد روي أن أبي بن كعب قال: يا رسول الله، إن عدداً من عدد من النساء لم تذكر في كتاب، الصغار والكبار وأولات الأحمال، فأنزل الله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَسْنَنَ مِنَ الْمَحِيضِ﴾ إلى قوله: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٢).

ولا يجوز أن يكون الإرتياب بأنها آيسة من المحيض أو غير آيسة، لأنه

١- قارن الغنية: ٩٤.

٢- المصدر السابق نفسه.

تعالى قطع فيمن تَضَمَّنَت الآية باليأس من الحيض بقوله: **(وَاللَّائِي يَئْسَنَ)** والمرتأب في أمرها لا تكون آيسة، وإذا كان المرجع في حصول حيض المرأة وارتفاعه إلى قولها، كانت مصدقة فيها تخبر به من ذلك، واخبرت بأحد الأمرين لم يبق للإرتياب في ذلك معنى، وكان يجب لو كانت الريبة راجعة إلى ذلك أن يقول إن ارتبن، لأن الحكم في ذلك يرجع إلى النساء ويتعلق بهن.

ولا يجوز أن يكون الارتياب بمن تحيض أو لا تحيض ممن هو في سنّها، لأنّه لا ريب في ذلك، من حيث كان المرجع فيه إلى العادة، على أنّه لا بدّ فيها علّقنا به الشرط وجعلنا الريبة واقعة فيه، من مقدار عدّة من تَضَمَّنَت الآية، من أن يكون مراداً، من حيث لم يكن معلوماً لنا قبل الآية، وإذا كانت الريبة حاصلة بلا خلاف، تعلّق الشرط به، واستقلّ بذلك الكلام، مع استقلاله يتعلّق الشرط بما ذكرناه، ولا يجوز أن يتعلّق بشيء آخر، كما لا يجوز فيه لو كان مستقلاً اشراطه^(١)، فهذا جملة ما يتمسك به من نصر اختيار المرتضى.

والقول الآخر أكثر وأظهر بين أصحابنا، وعليه يعمل العامل منهم، وبه يفتي المفتي، والروايات بذلك ظاهرة متواترة، وأيضاً الأصل براءة الذمّة من هذا التكليف، فمن علّق عليها شيئاً يحتاج إلى دليل، وهو مذهب شيخنا المفيد وشيخنا أبي جعفر في سائر كتبه، فأما الآية فلا تعلّق فيها بحال، لا تصريحاً ولا تلويحاً، لأنّه تعالى شرط في إيجاب العدّة ثلاثة أشهر إن ارتابت، والريبة

لا تكون إلا فيمن تحيض مثلها، فأما من لا تحيض مثلها فلا رية عليها، فلا يتناولها الشرط المؤثر.

وأما ما يقوم مقام الطلاق فانقضاء أجل المتمتع بها، وعدتها قرءان إن كانت ممن تحيض، وخمسة وأربعون يوماً إن كانت ممن لا تحيض^(١).

فأما عدة المتوفى عنها زوجها إن كانت حرة حائلاً فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام، سواء كانت صغيرة أو كبيرة، مدخولاً بها أو غير مدخول بها بلا خلاف، وقد دخل في هذا الحكم المطلقة طلاقاً رجعيّاً إذا توفي زوجها وهي في العدة، لأنها زوجة، على ما بيّناه^(٢)، ولا تتم على ما مضى بها من عدتها قبل موت الزوج، بل يجب عليها استئناف عدة الوفاة، وهي أربعة أشهر وعشرة أيام من وقت موته، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ﴾ أراد تعالى يتربصن بعد الموت لا قبل الموت.

وهذه عدة المتمتع بها إذا توفي عنها زوجها قبل انقضاء أيامها على الصحيح من المذهب.

وقد ذهب بعض أصحابنا إلى أنّ عدة المتمتع بها إذا مات عنها زوجها، وهي في حباله شهران وخمسة أيام^(٣) والقرءان قاض عليه، وإن مات

١- قارن الغنية: ٩٤.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- المصدر السابق نفسه.

بعد خروجها من حباله وانقضاء أيامه قبل خروجها من عدتها، فلا يجب عليها إلا تمام العدة التي أخذت فيها، دون عدة الوفاة، لأنها ليست زوجة للميت.

وكذلك المطلقة طلاقاً بائناً لا رجعة للمطلق فيه، ومات زوجها عنها قبل خروجها من عدتها التي لا رجعة له عليها فيها، فإنها تتم العدة التي أخذت فيها دون عدة الوفاة، لأنها ليست زوجة للميت على ما قدمناه.

وقد روي: أن عدة أم الولد لوفاة سيدها، وعدتها لزوجها الذي زوجها سيدها وتوفي عنها زوجها، أربعة أشهر وعشرة أيام، والأولى في أم الولد أن لا عدة عليها في موت مولاهما، لأنه لا دليل عليه من كتاب ولا سنة مقطوع بها ولا إجماع، والأصل براءة الذمة، وهذه ليست زوجة، بل باقية على الملك والعبودية إلى حين وفاته.

فأما عدة الأمة المتوفى عنها زوجها، سواء كانت أم ولد أو لم تكن فأربعة أشهر وعشرة أيام، على الصحيح من المذهب، والذي تقتضيه أصول مذهبنا، ويعضده ظاهر القرآن لأن الله تعالى قال: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ وهذه زوجة بلا خلاف.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: عدتها إذا لم تكن أم ولد شهران وخمسة أيام، على النصف من عدة الحرة المتوفى عنها زوجها^(١)، إلا أنه رجع عن هذا في

كتابه التبيان لتفسير القرآن^(١) واختار ما اخترناه.

فإن توفي زوج الجارية وكان قد طلقها وهي في العدة، فإن كان أول طلاقها وله عليها الرجعة، فالواجب عليها أن تعتد من وقت موته أربعة أشهر وعشرة أيام تستأنف ذلك، ولا تعتد بها مضي من الأيام، ولا تبني عليها، وإن كان ثاني طلاقها وهي في العدة التي لا رجعة له عليها فتتم ما أخذت فيه، ولا تستأنف عدة الوفاة. فإن كانت مطلقة وأخذت في العدة، ثم أعتقها مولاهما وهي في العدة، فإن كانت لا رجعة للزوج عليها فيها، بنت على عدة الأمة، وإن كان له فيها عليها الرجعة تمت عدة الحرّة.

وإن كانت المتوفى عنها زوجها حاملاً، فعليها أن تعتد عندنا خاصة بأبعد الأجلين، فإن وضعت قبل انقضاء أربعة أشهر وعشرة أيام، لم تنقض عدتها حتى تكمل تلك المدة، وإن كملت المدة قبل وضع الحمل لم تنقض عدتها حتى تضع حملها، لإجماع أصحابنا على ذلك، وطريقة الاحتياط لأن العدة عبادة وتكليف تستحق عليها الثواب، وإذا كان الثواب فيما ذهبنا إليه أوفر، لأن المشقة فيه أكثر، كان أولى من غيره، وقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْصَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ معارض بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(٢) فإذا عملنا بما ذهبنا إليه نكون عاملين بالآيتين معاً،

١- التبيان ٢: ٢٦٢.

٢- قارن الغنية: ٩٤.

والمخالف لا يمكنه العمل بأية عدة المتوفى عنها زوجها، وهي الأربعة أشهر والعشرة الأيام إذا كانت حاملاً ووضعت قبل مضيّ المدة فترك الآية هاهنا رأساً. وأما ما يجري مجرى الموت فشيئان: أحدهما غيبة الزوج التي لا تعرف الزوجة معها له خبراً، ولا لها نفقة، فإذا لم تختبر الصبر على ذلك، ورفعت أمرها إلى الإمام في حال ظهوره، أو إلى نوابه في هذه الحال، ولم يكن له وليّ يمكنه الإنفاق، ولا له مال ينفق عليها منه، أنفق الإمام عليها من بيت المال، وبعث من يتعرف خبره في الآفاق والجهات التي سافر إلى نحوها، فإن لم يعرف له خبر حتى انقضت أربع سنين من يوم رفعت أمرها إلى الإمام، أمرها الإمام بالاعتداد عنه أربعة أشهر وعشرة أيام عدة المتوفى عنها زوجها^(١).

فإن قدم وهي في العدة قبل خروجها منها فهو أملك بها بالعقد الأول، وإن جاء بعد خروجها من العدة، فقد اختلف قول أصحابنا في ذلك، فقال بعضهم: الزوج أملك بها، وقال آخرون: هي أملك بنفسها، وهو خاطب من الخطاب، لأنّ لها أن تتزوج بعد خروجها من العدة بلا فصل، فلو كان أملك بها لما جاز لها التزويج، وهذا اختيار شيخنا أبي جعفر في مبسوطه^(٢)، فإنه رجع عما ذكره في نهايته^(٣)، وهذا الذي يقوى في نفسي، لأنّها قد خرجت من العدة خروجاً

١- قارن النهاية: ٩٤.

٢- المبسوط ٥: ٢٨٠.

٣- النهاية: ٥٣٨.

شرعياً من عدّة شرعية، فقد بانت منه، وحلّت للأزواج بغير خلاف، ولا دلالة على عودها إليه من غير عقد جديد، فإنّ عودها إليه وكونه أملك بها حكم شرعي، يحتاج في اثباته إلى دليل شرعي، ولا دلالة على ذلك من كتاب، ولا سنة، ولا إجماع منعقد، لاتّقاد بيّن أنّ أصحابنا يختلفون في ذلك، والأصل براءة الذمّة.

فأمّا إذا تزوّجت فلا خلاف بينهم في أنّ الثاني أحقّ بها من الأوّل، وهذا حكم باطل في حال غيبة الإمام عليه السلام، وقصور يده، فإنّها مبتلاة، وعليها الصبر إلى أن تعرف موته أو طلاقه، على ما وردت به الأخبار عن الأئمّة الأطهار^(١).

والثاني الارتداد عن الإسلام على الوجه الذي لا تقبل التوبة منه^(٢).

وحكم العدّة في الطلاق الرجعي ألاّ تخرج من بيت مطلقها إلاّ بإذنه، ولا يجوز له إخراجها منه^(٣) وهي أحقّ بالسكنى فيه، فإن باعه وكانت عدّتها بالأقراء التي هي الأطهار أو بالحمل فالبيع غير صحيح، وإن كانت عدّتها بالشهور فالبيع صحيح، وتكون مدّة الشهور مستثناة، ولا يجوز له إخراجها منه إلاّ أن تؤذي أهله، أو تأتي فيه بما يوجب الحد، فيخرجها لإقامته، ولا يجب عليه ردّها إليها.

وقال بعض أصحابنا^(٤): يخرجها لإقامته، ويردّها ولا تبنت إلاّ فيه،

١- الكافي ٦: ١٤٧، والفتاوى ٣: ٣٥٤، والتهذيب ٧: ٤٧٩.

٢- قارن الغنية: ٩٤.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- القائل هو ابن زهرة راجع الغنية: ٩٤.

ولا يردها إذا أخرجها للأذى، والأظهر أن لا يردها في الموضعين، لأن ردها يحتاج إلى دليل.

ويجب عليه النفقة في عدة الطلاق الرجعي، ولا يجب في عدة البائن إلا أن تكون حاملاً، فإن النفقة تجب على الزوج لها بلا خلاف لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(١) ولا نفقة لبائن حامل غير المطلقة الحامل فحسب، لدليل الآية، وإلحاق غيرها بها قياساً، ونحن لا نقول به، لا لامتنع بها ولا لمفسوخ نكاحها وغير ذلك.

ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها إذا كانت حائلاً بلا خلاف، وإن كانت حاملاً أنفق عليها عندنا خاصة، من مال ولدها الذي يعزل له حتى تضع، على ما روي في الأخبار^(٢)، وذهب إليه شيخنا أبو جعفر في جميع كتبه.

والذي يقوى في نفسي وتقتضيه أصول مذهبنا أن لا ينفق عليها من المال المعزول، لأن الانفاق حكم شرعي، يحتاج إلى دليل شرعي، والأصل أن لا إنفاق، وأيضاً النفقة لا تجب للوالدة الموسرة، وهذه الأم لها مال، فكيف تجب النفقة عليها؟ فإن كان على المسألة إجماع منعقد من أصحابنا قلنا به، وإلا بقينا على نفي الأحكام الشرعية إلا بأدلة شرعية، وما اخترناه وحررناه مذهب شيخنا محمد بن محمد بن النعمان المفيد في كتابه التمهيد فإنه قال: إن الولد إنَّها يكون له مال عند

١- الطلاق: ٦.

٢- الكافي: ٦: ١١٥، والتهذيب: ٨: ١٥٢، والاستبصار: ٣: ٣٤٥.

خروجه إلى الأرض حياً، فأما وهو جنين لا يعرف له موت من حياة فلا ميراث له ولا مال على الإنفاق، فكيف ينفق على الحبل من مال من لا مال له، لولا السهو في الرواية، أو الإدغال فيها، هذا آخر كلامه عليه السلام، وقد أشيع القول فيه، وجنح الكلام والإحتجاج، فمن أراد الوقوف عليه وقف من كتابه الذي أشرنا إليه، ونبهنا عليه، وهو كتاب التمهيد، فإنّ فيه أشياء حسنة، ومناظرات شافية.

وتبيت المتوفى عنها زوجها حيث شاءت، ويلزمها الإحداد بلا خلاف^(١) إذا كانت حرة، صغيرة كانت أو كبيرة.

قال محمد بن إدريس: ولي في الصغيرة نظراً، لأنّ لزوم الحداد حكم شرعي، وتكليف سمعي، والتكاليف لا تتوجّه إلّا إلى العقلاء، وإنّما ذهب شيخنا في مسائل خلافه إلى أنّ الصغيرة يلزمها الحداد، ولم يدلّ بإجماع الفرق، ولا بالأخبار^(٢)، وهذه المسألة لا نصّ لأصحابنا عليها ولا إجماع.

والحداد هو اجتناب الزينة في الهيئة، ومس الطيب واللباس^(٣)، وكلّ ما تدعو النفس إليه، سواء كان طيباً أو غيره.

١- قارن الغنية: ٩٤.

٢- ذكر الشيخ في الخلاف ٢: ٣١٠ فقال: دليلنا عموم الخبر (الأخبار) وطريقة الاحتياط، وروي أنّ امرأة أتت النبي صلى الله عليه وآله فقالت: يا رسول الله إنّ ابنتي توفّي زوجها وقد اشتكت عينها أفأفكحلها؟ فقال: لا، ولم يسأل هل هي صغيرة كبيرة، فدلّ على أنّ الحكم لا يختلف.

٣- قارن الغنية: ٩٤.

ولا يلزم المطلقة إن كانت بائناً، كل ذلك بدليل إجماع الطائفة، ودلالة الأصل، وقوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ﴾^(١).

ويلزم عدة الوفاة للغائب عنها زوجها من يوم يبلغها الخبر، لا من يوم الوفاة بغير خلاف بين أصحابنا^(٢)، وذهب بعض أصحابنا إلى أن حكم المعتدة من طلاق زوجها الغائب كذلك، والأكثر المعمول عليه الفرق بين الموضعين، وهو أن في عدة الطلاق تعتد من يوم طلقها إذا قامت بينة عدول بضبط التاريخ. وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: وإذا كانت المرأة مسترابة فإنها تراعي الشهور والحيض، فإن مرت بها ثلاثة أشهر بيض، لم تر فيها دمًا، فقد بانّت بالشهور، وإن مرت بها ثلاثة أشهر إلا يومًا، ثم رأت الدم كان عليها أن تعتد بالأقراء، فإن تأخرت عنها الحيضة الثانية فلتصبر من يوم طلقها إلى تمام التسعة أشهر، فإن لم تر دمًا، فلتعتد بعد ذلك بثلاثة أشهر، وقد بانّت منه، وإن رأت الدم فيما بينها وبين التسعة أشهر ثانيًا، واحتبس عليها الدم الثالث، فلتصبر تمام السنة، ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة أشهر تمام الخمسة عشر شهرًا، وقد بانّت منه، وأيّها مات بينه وبين الخمسة عشر شهرًا ورثه صاحبه^(٣).

١- الأعراف: ٣٢.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- النهاية: ٥٣٢.

قال محمد بن إدريس: والذي يقوى في نفسي أنها إذا احتبس الدم الثالث بعد مضي تسعة أشهر اعتدت بعدها بثلاثة أشهر تمام السنة، لأنها تستبرئ بتسعة أشهر، وهي أقصى مدة الحمل، فيعلم أنها ليست حاملاً، ثم تعتد بعد ذلك عدتها، وهي ثلاثة أشهر، وشيخنا أبو جعفر رجع عما ذكره في نهايته، في الجزء الثالث من استبصاره، وقال بما اخترناه.

فإنه قال في باب أن المرأة إذا حاضت فيما دون الثلاثة أشهر: كان عدتها بالأقراء، فأورد الخبر الذي ذكره في نهايته، وهو عن عمار الساباطي الذي قال فيه تكون عدتها إلى تمام خمسة عشر شهراً^(١).

ثم أورد خبراً بعده عن ابن محبوب، عن مالك بن عطية، عن سورة بن كليب قال: سئل أبو عبد الله عن رجل طلق امرأته تطليقة على طهر من غير جماع بشهود طلاق السنة، وهي ممن تحيض، فمضى ثلاثة أشهر فلم تحض إلا حيضة واحدة، ثم ارتفعت حيضتها حتى مضت ثلاثة أشهر أخرى، ولم تدر ما رفع حيضتها، قال: إن كانت شابة مستقيمة الطمث، فلم تطمث في ثلاثة أشهر إلا حيضة ثم ارتفع طمثها، ولا تدري ما رفعها، فإنها تربص تسعة أشهر من يوم طلقها، ثم تعتد بعد ذلك ثلاثة أشهر، ثم تزوج إن شاءت^(٢).

قال محمد بن الحسن: هذا الخبر ينبغي أن يكون العمل عليه، لأنها تستبرأ

١- الاستبصار ٣: ٣٢٢.

٢- الاستبصار ٣: ٣٢٣.

بتسعة أشهر، وهو أقصى مدّة الحمل، فيعلم أنّها ليست حاملاً، ثمّ تعتدّ بعد ذلك عدّتها وهي ثلاثة أشهر، والخبر الأوّل نحمله على ضرب من الفضل والاحتياط، بأنّ تعتدّ إلى خمسة عشر شهراً^(١). هذا آخر كلام شيخنا أبي جعفر في استبصاره.

وإذا حاضت المرأة حيضة واحدة، ثمّ ارتفع حيضها وعلمت أنّها لا تحيض بعد ذلك - لكبر - فلتعتدّ بعد ذلك بشهرين، وقد بانّت منه^(٢) على ما رواه أصحابنا.

وإذا كانت المطلقة مستحاضة وتعرف أيام حيضها فلتعتدّ بالأقراء، وإن لم تعرف أيام حيضها اعتبرت صفة الدم، واعتدّت أيضاً بالأقراء، فإن اشتبّه عليها دم الحيض بدم الاستحاضة، ولم يكن لها طريق إلى الفرق بينهما، اعتبرت عادة نساءها في الحيض فتعتدّ على عاداتهنّ في الأقراء، هكذا ذكره شيخنا في نهايته^(٣).

والأولى تقديم العادة على اعتبار صفة الدم، لأنّ العادة أقوى، فإن لم يكن لها نساء لها عادة، رجعت إلى اعتبار صفة الدم، وهذا مذهبه في جملة عقوده.

فإن لم يكن لها نساء، أو كنّ مختلفات العادة اعتدّت بثلاثة أشهر، وقد

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن النهاية: ٥٣٣.

٣- النهاية: ٥٣٣.

بانت منه^(١)، هذا على قول من يقول بكون حيض هذه في كل شهر ثلاثة أيام أو عشرة أيام أو سبعة أيام، ففي الثلاثة الأشهر يحصل لها ثلاثة أطهار.

فأما على قول من يقول تجعل عشرة أيام طهراً وعشرة أيام حيضاً، فتكون عدتها أربعين يوماً ولحظتين.

ومتى كانت المرأة لها عادة بالحيض في حال الاستقامة ثم اضطربت أيامها، فصارت مثلاً بعد أن كانت تحيض كل شهر لا تحيض إلا في شهرين أو ثلاثة أشهر، وصار ذلك عادة لها، فلتعتد بالأقراء التي قد صارت عادة لها، لا بالعادة الأولى وقد بانت منه.

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته: ومتى كانت المرأة لها عادة بالحيض في حال الاستقامة ثم اضطربت أيامها، فصارت مثلاً بعد أن كانت تحيض كل شهر لا تحيض إلا في شهرين أو ثلاثة أو ما زاد عليه، فلتعتد بالأقراء على ما جرت به عادتها في حال الاستقامة، وقد بانت منه^(٢).

قال محمد بن إدريس: قوله ﷺ: «فلتعتد بالأقراء على ما جرت به عادتها في حال الاستقامة»، إن أراد بذلك في الشهر والشهرين والثلاثة من غير تجاوز الثلاثة الأشهر ولم يصر ذلك عادة لها، بل هي عارفة بعادتها الأولى، فلتعتد بها قال من عادتها الأولى في حال استقامة أقرائها، وإن أراد أن العادة الأولى

١- قارن النهاية: ٥٣٣.

٢- النهاية: ٥٣٣.

اضطربت عليها واختلفت، وصارت ناسية لأوقاتها وأيامها، غير عالمة بها، ثم صار حيضها في الشهرين والثلاثة عادة لها، ثابتة مستمرة توالى عليها شهران متتابعان، ترى الدم فيها أياماً سواء، في أوقات سواء، فلتجعل ذلك عادة لها، وتعتد بذلك، لا بالعادة الأولى التي نسيته واضطربت عليها، فأما ما زاد على الثلاثة الأشهر فصارت لا ترى الدم إلا بعد ثلاثة أشهر، فإن هذه تعتد بالأشهر الثلاثة البيض، بغير خلاف لقولهم عليه السلام : «أمران أيها سبق فقد بانث منه، وكان ذلك عدة لها» ^(١) وقد سبقت الثلاثة الأشهر البيض، فهذا تحرير الحديث وفقهه.

وإذا كانت المرأة لا تحيض إلا في ثلاث سنين أو أربع سنين مرة واحدة، وكان ذلك عادة لها فلتعتد بثلاثة أشهر، وقد بانث منه، وليس عليها أكثر من ذلك ^(٢) لما قدمناه، من سبق الأشهر الثلاثة البيض.

وإذا طلق امرأة فإن ارتابت بالحمل بعد أن طلقها أو ادّعت ذلك، صبر عليها تسعة أشهر، ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة أشهر، وقد بانث منه، فإن ادّعت بعد انقضاء هذه المدة حملاً، لم يلتفت إلى دعواها، وكانت باطلة، هكذا أورده شيخنا في نهايته ^(٣).

والأولى عندي أنها تبين، وتنقضي عدتها بعد التسعة الأشهر، ولا يحتاج إلى

١- الكافي ٦: ٩٨، والتهذيب ٨: ٦٨، والخصال: ٤٧.

٢- قارن النهاية: ٥٣٤.

٣- النهاية: ٥٣٤.

استئناف عدّة أخرى بثلاثة أشهر، لأنّه لا دليل عليه، لأنّ في ذلك المطلوب من سبق الأشهر البيض الثلاثة، أو وضع الحمل، وإنّما ذلك خبر واحد، وأورده شيخنا في نهايته إيراداً لا اعتقاداً.

وقال شيخنا في نهايته: وعدّة المتوفّي عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام، إذا كانت حرّة، سواء كانت زوجة على طريق الدوام، أو متمتعاً بها، وسواء دخل بها الزوج أو لم يدخل.

وإن كانت أمة فإن كانت أم ولد لمولاهها، فعّدتها أيضاً مثل عدّة الحرّة أربعة أشهر وعشرة أيام، وإن كانت مملوكة ليست أم ولد، فعّدتها شهران وخمسة أيام^(١).

وقد قلنا إنّ الصحيح من الأقوال والأظهر بين أصحابنا: أنّ عدّة المتوفّي عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام، سواء كانت حرّة أو أمة، أم ولد كانت أو غير أم ولد، لظاهر القرآن، وشيخنا فقد رجّع عمّا ذكره في نهايته في كتاب التبيان لتفسير القرآن^(٢).

وقال الله ﷻ في نهايته: فإن طلقها الرجل ثمّ مات عنها، فإن كان طلاقاً يملك فيه رجعتها، كان عدّتها أربعة أشهر وعشرة أيام، إذا كانت أم ولد، وإن لم تكن أم ولد كانت عدّتها شهرين وخمسة أيام، حسب ما قدّمناه^(٣)، وقد قلنا نحن

١- النهاية: ٥٣٦.

٢- راجع التبيان ٢: ٢٦٦.

٣- المصدر السابق نفسه.

ما عندنا في ذلك.

وقال: وإن لم يملك رجعتها، فعَدَّتْها عَدَّة المطلقَّة، حسب ما قدَّمناه^(١)، وإذا مات عنها زوجها ثم عتقت كان عَدَّتْها أربعة أشهر وعشرة أيَّام^(٢).

وكذلك إن كانت الأمة يطأها بملك اليمين وأعتقها بعد وفاته، كان عليها أن تعتدَّ أربعة أشهر وعشرة أيَّام، فإن أعتقها في حال حياته كان عَدَّتْها ثلاثة قروء، أو ثلاثة أشهر حسب ما قدَّمناه^(٣).

قال محمَّد بن إدريس: قد ورد حديث بها ذكره عليه السلام^(٤)، فإن كان مجمعاً عليه، فالإجماع هو الحجة، وإن لم يكن مجمعاً عليه، فلا دلالة على ذلك، والأصل براءة ذمتها من العدة، لأنَّ إحداها غير متوقِّف عنها زوجها - أعني من جعل عتقها بعد موته، فلا يلزمها عَدَّة الوفاة - والأخرى غير مطلقَّة - أعني من أعتقها في حال حياته فلا يلزمها عَدَّة المطلقَّة - ولزوم العدة حكم شرعي، يحتاج في إثباته إلى دليل شرعي، ولا دلالة على ذلك من كتاب، ولا سنَّة مقطوع بها، ولا إجماع منعقد، والأصل براءة الذمَّة.

وقال عليه السلام في نهايته: وإذا طلق الرجل زوجته الحرَّة، ثم مات عنها، فإن كان

١- المصدر السابق نفسه.

٢- قارن النهاية: ٥٣٦.

٣- المصدر السابق نفسه.

٤- الكافي ٦: ١٧٢، والتهذيب ٧: ٤٨٣، والاستبصار ٣: ٣٤٩.

طلاقاً يملك فيه الرجعة، فعَدَّتْها أبعد الأجلين أربعة أشهر وعشرة أيام، وإن لم يملك رجعتها كان عَدَّتْها عَدَّة المطلقَة^(١).

قال محمد بن إدريس رحمته الله: فعَدَّتْها أبعد الأجلين، عبارة غير متعارفة بين الفقهاء في هذا الموضع، وإنَّما يقال ذلك عندنا في الحامل المتوفى عنها زوجها فحسب^(٢)، وإنَّما مقصوده رحمته الله أنَّ الطلاق إن كان يملك المطلق فيه الرجعة ثم مات وهي في العَدَّة، فالواجب عليها أن تعتدَّ منذ يوم مات أربعة أشهر وعشرة أيام، ولا تحتسب بما اعتدت به، ولا تبني عليه، وتستأنف عَدَّة الوفاة التي هي أطول من العَدَّة التي كانت فيها، أعني عَدَّة الطلاق، فلأجل ذلك قال أبعد

١- النهاية: ٥٣٧.

٢- قال المنجم الشيرازي رحمته الله في تعليقه في المقام: قوله رحمته الله عبارة غير متعارفة بين الفقهاء في هذا الموضع لا يخلو من شيء، لأنَّ المفيد رحمته الله قال في مقننه: ومتى طلق الرجل امرأته ثم مات عنها، فإن كان طلاقاً يملك معه رجعتها كان عليها أن تعتدَّ أبعد الأجلين عَدَّة المتوفى عنها زوجها، وما دعاهما رحمتهما الله بإيرادها إلا ورود الرواية بها، لأنَّ الشيخ قدس الله روحه بعد ما عنون كلام المفيد رحمته الله في التهذيب استدللَّ بها رواه محمد بن يعقوب في الحسن عن بعض أصحابنا عن أحمدهما رحمتهما الله في رجل طلق امرأته طلاقاً يملك فيه الرجعة ثم مات عنها قال: تعتدَّ أبعد الأجلين أربعة أشهر وعشرًا.

وعنه عن محمد بن يحيى، عن عبد الله بن محمد بن عيسى، عن ابن أبي عمير، عن هشام بن سالم، عن أبي عبد الله رحمته الله في رجل كانت تحته امرأة فطلقها ثم مات قبل أن تنقضي عَدَّتْها قال: تعتدَّ أبعد الأجلين.

وبعد ورود الرواية بها وإيراد الشيخين في تصانيفهما كيف يحكم رحمته الله بأنَّها عبارة غير متعارفة؟ راجع التهذيب ٨: ١٤٩.

الأجلين، لأن الرجعية عندنا زوجة فتناولها إذا مات عنها زوجها ظاهر القرآن من قوله: ﴿وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ وهذا وذَر زوجة، فيجب عليها التربص منذ يوم مات أربعة أشهر وعشرًا، لأنه تعالى أراد أن يتربص منذ يوم مات، فإذا بنت على ما اعتدت من عدة الطلاق، ما تربصت منذ يوم مات أربعة أشهر وعشرًا، فأما إذا كان الطلاق لا يملك فيه الرجعة فتم على ما اعتدت إلى أن تستوفي عدة الطلاق، دون عدة الوفاة، لأنه ما مات عن زوجة، ولا مات لها زوج هي في حباله، بل هو أجنبي منها، وهي أجنبية منه، فهذا الفرق بين الموضعين والمميز بين المسألتين.

وعدة اليهودية والنصرانية مثل عدة الحرة المسلمة إذا مات عنها زوجها، أربعة أشهر وعشرة أيام^(١).

وقد قدّمنا أنّ المتوفى عنها زوجها، عليها الحداد إذا كانت حرة، فإن كانت أمة لم يكن عليها حداد، هكذا ذكره شيخنا في نهايته^(٢) ورجع عنه في مبسوطه، وقال: يلزمها الحداد لعموم الخبر المروي عن الرسول ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على أحد فوق ثلاث إلا على زوج، فإنها تحد أربعة أشهر وعشرًا»^(٣) وهذا عام، وبه أفتي.

١- قارن النهاية: ٥٣٨.

٢- النهاية: ٥٣٧.

٣- صحيح البخاري ٥٩: ٧ ط بولاق، وصحيح مسلم ٤: ٢٠٢ ط صيغ، وفيها (أن تحد على

ميت...) وله مصادر أخرى.

والحداد^(١) هو ترك الزينة، وأكل^(٢) ما فيه الرائحة الطيبة وشمّه، ولبس الثياب المزعفرات والملونات، التي تدعو النفس إليها، وتميل الطباع نحوها، والكحل بأنواع ما يحسن العين، وكذلك ما يرجل الشعر ويحسنه، لأن الحداد هو المنع، يقال حدّت المرأة على زوجها أي امتنعت ممّا ذكرناه، وأحدث بالرباعي والثلاثي، فمصدر الثلاثي حداداً والرباعي إحداداً، سواء كانت صغيرة أو كبيرة. ويجب على وليّ الصغيرة أن يمنعها ممّا ذكرناه، وقد قلنا ما عندنا في ذلك، وحرّره فيها تقدّم وبيّناه. ولا حداد على مطلّقة عندنا، سواء كان بائناً طلاقها أو رجعيّاً.

الأقراء عندنا: الاطهار دون الحيض، فإذا رأت المطلّقة المستقيمة الحيض الدم من الحيضة الثالثة فقد انقضت عدّتها.

وأقلّ ما يمكن أن ينقضي به بدء عدد ذوات الأقراء إذا كانت حرّة غير متمتع بها ستة وعشرون يوماً ولحظتان، والمتمتع بها والأمة ثلاثة عشر يوماً ولحظتان، لأننا قد بيّنا في كتاب الحيض: أنّ أقلّ الحيض ثلاثة أيّام، وأقلّ الطهر عشرة أيّام، فإذا ثبت ذلك ثبت ما قلناه، وبيان ما قدرناه، ويكون التقدير أن يطلقها في آخر جزء من طهرها، ثم ترى الدم بعد لحظة، فيحصل لها قرء واحد، فترى بعد ذلك الدم ثلاثة أيّام، ثم ترى الطهر عشرة أيّام، ثم ترى الدم ثلاثة

١- المبسوط ٥: ٢٦٥.

٢- وكلّ، خ ل.

أيام، ثم ترى الطهر عشرة أيام، ثم ترى الدم لحظة، فقد مضى بها ستة وعشرون يوماً ولحظتان، وقد انقضت عدتها.

وفي الأمة إذا طلقها في آخر طهرها، ثم ترى الدم ثلاثة أيام، ثم ترى الطهر عشرة أيام، ثم ترى الدم لحظة، فقد انقضت عدتها في ثلاثة عشر يوماً ولحظتين، هكذا أورده شيخنا أبو جعفر في مسائل خلافه^(١).

والذي يجب تحصيله وتحقيقه أن يقال: أقل ما تنقضي به عدّة من ذكرناه في ستة وعشرين يوماً ولحظة في الحرّة المطلقة، فأما الأمة المطلقة والحرّة المستمتع بها ثلاثة عشرة يوماً ولحظة فحسب في الموضعين، وما بنا حاجة إلى اللحظتين، لأنّ اللحظة التي ترى فيها الدم الثالث ليست من جملة العدّة التي هي الأطهار، بلا خلاف بيننا.

فإذا ثبت ذلك فاللحظة التي رأت فيها الدم غير داخلة في جملة العدّة، فلا حاجة بنا إلى دخولها في جملة العدّة، وإلى هذا يذهب السيّد المرتضى في كتابه الانتصار^(٢)، ونعم ما قال، فإنّ الصحيح معه في ذلك، على ما حرّرهنا وأوضحناه، فليلاحظ ببصر التأمل.

إذا زوّج صبي صغير امرأة فمات عنها، لزمتهَا عدّة الوفاة أربعة أشهر وعشر^(٣).

١- الخلاف ٢: ٣٠٢.

٢- الانتصار: ١٥٠.

٣- قارن الخلاف ٢: ٣٠٣.

المعتدة بالأشهر إذا طَلَّقت في آخر الشهر اعتدت بالأهلة بلا خلاف، فإن طَلَّقت في وسط الشهر سقط اعتبار الهلال في هذا الشهر، واحتسبت بالعدد، فتنظر قدر ما بقي من الشهر وتعيد بعده هلالين، ثم تتم من الشهر الرابع ثلاثين يوماً وتلفق الأنصاف والساعات^(١).

إذا طَلَّقها واعتدت، ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من وقت انقضاء العدة، إذا كانت العدة بالأشهر الثلاثة لم تلحقه، لأننا قد دللنا على أن زمان الحمل لا يكون أكثر من تسعة أشهر^(٢).

إذا خلا بها ولم يدخل بها لم يجب عليها العدة ولا يجب لها جميع المسمى، إذا طَلَّقها بعد ذلك، سواء كانت ثيباً أو بكرًا، لأنه الذي تقتضيه أصول مذهبنا، ولا يلتفت إلى رواية ترد بخلاف ذلك، لأن الأصل براءة الدمة من المهر والعدة، وشغلها يحتاج إلى دليل.

الأمه إذا كانت تحت عبد، وطلَّقها طليقة، ثم اعتقت، ثبت له عليها رجعة بلا خلاف، ولها اختيار الفسخ، فإن اختارت الفسخ بطل حق الرجعة بلا خلاف، وعندنا أنها تتم عدة الحرة ثلاثة أقراء على ما قدمناه.

إذا تزوج امرأة ودخل بها، ثم خلعها ثم تزوجها وطلَّقها قبل الدخول بها، لا عدة عليها لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ

١- قارن الخلاف ٢: ٣٠٤.

٢- المصدر السابق نفسه.

مِنْ عِدَّةٍ) وهذه طَلَّقَهَا في العقد الثاني قبل المسيس^(١).

وإذا طَلَّقَهَا طَلْقَةً رَجْعِيَّةً، ثُمَّ رَاجَعَهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا بَعْدَ الدُّخُولِ، فَعَلَيْهَا اسْتِنَافُ الْعِدَّةِ بِلَا خِلَافٍ، وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَانِيًا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا، فَعَلَيْهَا أَيْضًا اسْتِنَافُ الْعِدَّةِ، لِأَنَّ الْعِدَّةَ الْأُولَى قَدْ انْقَضَتْ بِالرَّجْعَةِ^(٢).

كُلُّ مَوْضِعٍ يَجْتَمِعُ عَلَى الْمَرْأَةِ عِدَّتَانِ فَلِإِتْمَا لَا يَتَدَاخِلَانِ، بَلْ تَأْتِي بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عَلَى الْكَمَالِ، تَقْدُمُ الْأُولَى ثُمَّ الثَّانِيَّةُ.

أَقَلُّ الْحَمْلِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ بِلَا خِلَافٍ، وَأَكْثَرُهُ عِنْدَ الْمُحْصِّلِينَ مِنْ أَصْحَابِنَا تِسْعَةُ أَشْهُرٍ، وَقَالَ بَعْضُ مِنْهُمْ: أَكْثَرُهُ سَنَةٌ، وَهُوَ اخْتِيَارُ السَّيِّدِ الْمُرْتَضَى فِي انْتِصَارِهِ^(٣)، إِلَّا أَنَّهُ رَجَعَ عَنْهُ فِي جَوَابِ الْمَسَائِلِ الْأُولَى الْمُوصَلِيَّاتِ، وَأَشْبَعَ الْقَوْلَ وَاسْتَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَتَجَاوَزُ الْحَمْلَ أَكْثَرَ مِنْ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ، وَذَهَبَ بَعْضُهُمْ إِلَى أَنَّ أَكْثَرَهُ عَشْرَةُ أَشْهُرٍ، وَهُوَ اخْتِيَارُ سَلَّارٍ مِنْ أَصْحَابِنَا^(٤).

وَقَالَ شَيْخُنَا أَبُو جَعْفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي مَبْسُوطِهِ: إِذَا طَلَّقَهَا فِي آخِرِ الطَّهَرِ، وَبَقِيَ بَعْدَ التَّلَفُّظِ بِالطَّلَاقِ جُزْءٌ وَقَعَ فِيهِ الطَّلَاقُ، وَهُوَ مُبَاحٌ، وَتَعَدَّتْ بِالْجُزْءِ الَّذِي بَقِيَ

١- قارن الخلاف ٢: ٣٠٧.

٢- المصدر السابق نفسه.

٣- الانتصار: ١٥٤.

٤- الموجود في المراسم: ١٩ ضمن الجوامع الفقهية: وأقلُّ الحمل ستة أشهر، والأكثر تسعة أشهر، وقيل عشرة أشهر. أقول: وهذا لا يظهر منه اختيار القول بالعشرة، بل يبدو أنَّ سَلَّارَ يَخْتَارُ غَيْرَهُ، لِنِسْبَتِهِ إِلَى الْقِيلِ، وَهُوَ مُشْعَرٌ بِالْتَمَرِ يَضُ فَلَاحِظٌ.

طهراً، إذا كان طهراً لم يجامعها فيه، فإن قال لها: أنت طالق ثم حاضت عقيب هذا اللفظ، قال ﷺ: يقوى في نفسي أن الطلاق يقع، لأنه وقع في حال الطهر، إلا أنها لا تعتد بالطهر الذي يلي الحيض، لأنه ما بقي هناك جزء تعتد به^(١).

قال محمد بن إدريس: قوله ﷺ: «إلا أنها لا تعتد بالطهر الذي يلي الحيض» عجيب^(٢)، وكيف لا تعتد بالطهر الذي يتعقب هذا الحيض، بل هذا الطهر الذي يأتي بعد حيضها هذا هو أول اقرائها.

ثم قال ﷺ: لأنه ما بقي هناك جزء تعتد به، مناقضة لما قاله، لأنه قال لا تعتد بالطهر الذي يلي الحيض، فأني طهر بقي وأي جزء من الطهر الذي طلقها فيه، لأنه قال أنه بعد التلفظ بالطلاق بلا فصل حاضت، فلا يتقدر جزء من ذلك الطهر يلي حيضها، بل طهر غير ذلك، وإذا كان طهر غير ذلك فإنها تعتد به

١- المبسوط ٥: ٢٣٥.

٢- وقد رد المرحوم المنجم الشيرازي على هذا بقوله:

الظاهر مناقشته ﷺ مع رئيس الطائفة قدس الله روحه لفظية، لأن لفظ (يلي الحيض) الذي يكون في قوله لا تعتد بالطهر الذي يلي الحيض، كما يجوز أن يحمل على الطهر الذي بعد الحيض، يجوز أن يحمل على الطهر الذي قبل الحيض، لأن الشيء الذي يقع بين الشئين يصدق على كل واحد من الطرفين أن يكون يلي هذا الشيء ويميز بالقربة، والقربة موجودة، لأن الشيخ ﷺ علل بقوله: لأنه ما بقي هناك جزء تعتد به، وهذا صريح بأن مراده ﷺ يكون الطهر الذي قبل الحيض ويقع فيه الطلاق، لأنه قال: إن الطلاق يقع لأنه وقع في حال الطهر ولا تعتد بهذا الطهر لأنه حاضت بلا فصل بعد الطلاق، وما بقي من الطهر جزء تعتد به، فإذا ثبت هذا اندفع ما أورده ﷺ من التناقض بين كلامه، لأنه حمل كلامه على الطهر الذي بعد الحيض وأورد ما أورده عليه.

بلا خلاف، فليلاحظ ما نبهنا عليه ويتأمل.

وإذا طلقها واختلفا، فقالت: طلقتنني وقد بقي من الطهر جزءان فاعتددت بذلك قرءاً، وقال الزوج: لم يبق شيء تعتدين به، فالقول قول المرأة، لأن قولها يقبل في الحيض والطهر^(١) عندنا.

وقال شيخنا في مبسوطه: إذا رأت الدم من الحيضة الثالثة فقد انقضت عدتها، وقال قوم: لا تنقضي حتى يمضي أقل أيام الحيض.

قال عليه السلام: والذي أقوله إن كان لها عادة مستقيمة، فإذا رأت الدم من الحيضة الثالثة فقد انقضت عدتها، وإن كان قد تقدّم رؤية دمها على ما جرت به العادة لم تنقض حتى يمضي أقل أيام الحيض^(٢).

وفي مسائل خلافه ونهايته أطلق القول وقال: إذا رأت الدم من الحيضة الثالثة فقد انقضت عدتها^(٣). ولم يفصل ما فصل في مبسوطه، ونعم ما قال في مبسوطه وحرّره، فإنّ فيه الاحتياط واليقين، لأن أخبارنا مختلفة في ذلك، فيحمل ما ورد منها بأنها تنقضي برؤية الدم من الحيضة الثالثة على من تكون لها عادة مستقيمة، وما ورد منها بأن لا تنقضي حتى يمضي أقل أيام الحيض على من رأت الدم قبل عاداتها، لأن ذلك دم غير متيقن بأنّه دم الحيضة الثالثة، لأنّه ربما انقطع لدون ثلاثة أيام، فيكون من باقي الطهر الأخير، فأما المستقيمة الحيض

١- قارن المبسوط ٥: ٢٣٥.

٢- المبسوط ٥: ٢٣٥.

٣- الخلاف ٢: ٣٠٢، والنهية: ٥٣٢.

فتجعل المعتاد كالمتيقن.

فتحريره ﷺ مستقيم واضح، بخلاف ما ذهب إليه، وناظر عليه في مسائل خلافه، لأنه ذهب فيها إلى انقضاء العدة برؤية الدم، سواء كانت لها عادة أو لم تكن، وقال الشافعي: إن كانت لها عدة بانت برؤية الدم وإلا يمضي أقل الحيض. إذا طلقها وهي من ذوات الاقراء، فادعت أن عدتها انقضت في مدة يمكن انقضاء العدة - على ما بيّناه فيما مضى وشرحناه - قبل قولها في ذلك، لأن إقامة البيّنة لا يمكن على ذلك^(١)، ولأنها مصدقة على الحيض والطهر، فإن ادعت انقضاء عدتها في زمان لا يمكن ذلك فيه، لم يقبل قولها؛ لأننا نعلم كذبها.

ثم الجزء الثاني من كتاب السرائر، ويتلوه الجزء الثالث: كتاب العتق والتدبير والمكاتبة إن شاء الله تعالى والحمد لله، حسبي الله وكفى^(٢).



١- قارن المبسوط ٥: ٢٣٦.

٢- هكذا ورد في آخر المطبوعة والمصورات عن المخطوطة، مما يشعر بأن تقسيم الأجزاء للمصنف ﷺ. ونحن أيضاً ختمنا هذا الجزء من حيث ختم المؤلف الجزء الثاني ونسأل الله أن ينفع القراء بما علقناه على هامشه ويفضل بالقبول أنه نعم المسؤول، وذلك في يوم الثلاثاء الخامس من شهر رجب المرجب سنة ١٤٠٠ من الهجرة النبوية على مهاجرها الصلاة والتحية.

الفهرس

تمة كتاب المتاجر والبوع

٥	(١٤) باب الشفعة وأحكامها
٢٣	(١٥) باب الشركة
٣٩	(١٦) باب المضاربة وهي القراض
٥٤	(١٧) باب الرهون وأحكامها
٧٦	(١٨) باب العارية
٨٣	(١٩) باب الوديعة
٩٤	(٢٠) باب المزارعة
١١٠	(٢١) باب المساقاة
١١٨	(٢٢) باب الإجازات
١٥٥	(٢٣) باب الغصب
١٨٣	المقبوض عن بيع فاسد
٢١٣	(٢٤) باب الإقرار

كتاب النكاح

٢١٣	[كتاب النكاح]
٢٥٦	باب أقسام النكاح
٢٥٩	باب الرضاع ومقدار ما يحرم من ذلك وأحكامه

٢٦٨	باب الكفاءة في النكاح واختيار الأزواج
٢٧٤	باب من يتولى العقد على النساء
٢٩٥	باب المهور وما ينعقد به النكاح وما لا ينعقد
٣٢٣	باب العقد على الإماء والعبيد وما في ذلك من الأحكام
٣٣٥	باب ما يستحب فعله لمن أراد العقد والزفاف، وآداب الخلوة
٣٤٧	باب العيوب والتدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد
٣٥٧	باب النكاح المؤجل وما في ذلك من الأحكام
٣٧٢	باب السراري وملك الأيمان وما في ذلك من الأحكام
٣٩٨	باب أحكام الولادة والعقيقة والسنة فيها وحكم الرضاع
٤١٧	باب إحقاق الأولاد بالآباء وأحكامهم

كتاب الطلاق

٤٢٥	[كتاب الطلاق]
٤٧٣	باب اللعان والارتداد
٤٨٩	باب الظهار والإيلاء
٥٠٦	باب الإيلاء
٥١٢	باب الخلع والمباراة والنشوز والشقاق
٥٢٤	باب العُدَّة
٥٥١	فهرس الكتاب