



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغفلة



الرعد
عليه صاب

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir

التحفة الصغرى

في شرح ألفاظها

للأخوة الكريمة والأصوليين المحترمين

أبو زيد بن علي بن أحمد بن علي بن عبد الله بن علي بن أبي طالب

١١٦٦ - ١١٦٦ هـ

إبراهيم بن محمد بن علي

مكتبة
الشيخ محمد بن علي

مكتبة
الشيخ محمد بن علي

مكتبة
الشيخ محمد بن علي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الشرح الصغير فى شرح المختصر النافع

كاتب:

حسن بن يوسف بن مطهر علامه حلى

نشرت فى الطباعة:

مكتبه آيه الله المرعشى النجفى العامه - قم

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٨	الشرح الصغبر فى شرح المختصر النافع المجلد ٢
١٨	اشاره
١٨	اشاره
٢٢	كتاب التجاره
٢٢	اشاره
٢٤	الفصل الأول: فيما يكتسب به
٢٤	اشاره
٢٤	المكاسب المحرمه:
٣٣	المكاسب المكروهه:
٣٥	مسائل ست:
٣٨	الفصل الثانى
٣٨	اشاره
٣٩	ما يشترط فى البيع:
٣٩	اشاره
٣٩	يشترط فى الإيجاب و القبول وقوعهما بلفظ الماضى، و الترتيب بينهما
٤٢	اشتراط تعيين العوضين:
٤٥	ما يشترط فى بيع العين الحاضره:
٤٨	اشتراط تعيين الثمن:
٤٩	اشتراط القدره على العوضين:
٥٠	أما الآداب
٥٠	ما يستحب فى التجاره:
٥١	ما يكره فى التجاره:
٥٦	الفصل الثالث

٥٦	اشاره
٥٦	أقسام الخيارات:
٥٦	الأول: خيار المجلس
٥٧	الثاني: خيار الحيوان
٥٧	الثالث: خيار الشرط
٥٩	الرابع: خيار الغبن
٦٠	الخامس: خيار التأخير
٦٢	السادس: خيار الرؤية
٦٣	أحكام الخيارات:
٦٦	الفصل الرابع
٦٦	اشاره
٦٦	أحكام النقد و النسيئه:
٦٦	اشاره
٧٠	و هنامسألتان:
٧١	ما يدخل فى المبيع:
٧٣	أحكام القبض:
٧٦	ما يصح اشتراطه فى العقد:
٧٨	العيوب المجوزه للرد:
٧٨	اشاره
٨٢	مسائل تتعلق بالعيب:
٨٢	الأولى: التصريه
٨٣	الثانيه: الشيبويه
٨٣	الثالثه: لا يرد العبد بل المملوك مطلقا بالإباق الحادث عند المشتري
٨٤	الرابعه: لو اشترى امه لا تحيض فى سته أشهر فصاعدا و مثلها تحيض فله الرد
٨٤	الخامسه: لا يرد البزر
٨٤	السادسه: لو تنازعا فى شىء من مسقطات الخيار

السابعه: لو ادعى المشتري تقدم العيب المتحقق و أنكره البائع - ٨٤

الثامنه: فى كيفيه أخذ الأرش - ٨٥

التاسعه: لو حدث العيب بعد العقد و قبل القبض، كان للمشتري الرد - ٨٦

الفصل الخامس - ٨٦

اشاره - ٨٦

أحكام بيع الصرف: - ٩٣

اشاره - ٩٣

مسائل تتعلق بالصرف: - ٩٦

الفصل السادس - ١٠٠

الفصل السابع - ١٠٧

اشاره - ١٠٧

مسائل تتعلق ببيع الحيوان: - ١١٠

الفصل الثامن - ١٢٠

اشاره - ١٢٠

شروط بيع السلف: - ١٢٠

أحكام بيع السلف: - ١٢٣

فى لواحقه - ١٢٧

اشاره - ١٢٧

احكام دين المملوك: - ١٢٧

أحكام القرض: - ١٢٩

خاتمه: - ١٣٤

كتاب الرهن - ١٣٦

اشاره - ١٣٦

أحكام الرهن: - ١٣٨

أحكام الحق المرهون: - ١٤١

أحكام الراهن: - ١٤٢

- أحكام المرتهن: ١٤٣
- أحكام المتخالفين فى الرهن: ١٤٧
- كتاب الحجر ١٥٠
- كتاب الضمان ١٥٨
- اشاره ١٥٨
- أحكام ضمان المال: ١٦٠
- أحكام الحوالة: ١٦٣
- أحكام الكفاله: ١٦٥
- كتاب الصلح ١٦٨
- كتاب الشركه ١٧٤
- كتاب المضاربه ١٨٢
- كتاب المزارعه و المساقاه ١٩٤
- اشاره ١٩٤
- أحكام المزارعه: ١٩٤
- أحكام المساقاه: ٢٠١
- كتاب الوديعه و العاريه ٢٠٤
- اشاره ٢٠٤
- أحكام الوديعه: ٢٠٨
- أحكام العاريه: ٢١٧
- كتاب الإجاره ٢٢٢
- اشاره ٢٢٢
- ما يشترط فى صحه الإجاره: ٢٢٥
- كتاب الوكاله ٢٣٤
- اشاره ٢٣٤
- ما تصح الوكاله فيه: ٢٤١
- ما يشترط فى الموكل: ٢٤٣

- ٢٤٥ ما يشترط في الوكيل:
- ٢٤٦ مسائل تتعلق بالوكيل و الموكل:
- ٢٥٠ كتاب الوقوف و الصدقات و الهبات
- ٢٥٠ اشاره
- ٢٥٢ أما الوقف
- ٢٥٢ اشاره
- ٢٥٤ ما يشترط في أصل الوقف:
- ٢٥٧ ما يشترط في الموقوف:
- ٢٥٧ ما يشترط في الواقف:
- ٢٥٩ ما يشترط في الموقوف عليه و أحكامه:
- ٢٦٦ مسائل في أحكام الوقف:
- ٢٦٦ اشاره
- ٢٦٦ الأولى: إذا وقف في سبيل الله، انصرف الى مطلق القرب
- ٢٦٦ الثانيه: إذا وقف على موالیه دخل فيهم الأعلون و الأدنون
- ٢٦٦ الثالثه: إذا وقف على أولاده اختص بأولاد صلبه
- ٢٦٧ الرابعه: إذا وقف على الفقراء، انصرف نماء الوقف الى فقراء البلد
- ٢٦٧ الخامسه: لا يجوز إخراج الوقف عن شرطه
- ٢٦٨ السادسه: إطلاق الوقف يقتضى التسويه بين ذكورهم و إناثهم في الحصة
- ٢٦٨ السابعه: إذا وقف على الفقراء أو نحوه و كان الواقف منهم
- ٢٦٩ أحكام السكنى و العمرى:
- ٢٧٣ أحكام الصدقه:
- ٢٧٤ أحكام الهبه:
- ٢٧٨ كتاب السبق و الرمايه
- ٢٨٦ كتاب الوصايا
- ٢٨٦ اشاره
- ٢٨٨ ما يعتبر في الوصيه:

٢٩١ ما يعتبر فى الموصى:
٢٩٢ ما يعتبر فى الموصى له:
٢٩٤ ما يعتبر فى الأوصياء:
٣٠٤ ما تصح الوصيه به:
٣٠٤ اشاره
٣٠٤ فى متعلق الوصيه
٣٠٤ حكم الوصايا المبهمه:
٣٠٨ مسائل فى الوصيه:
٣٠٨ اشاره
٣٠٨ الأولى: إذا أوصى بوصيه، ثم عقبها بمضاده لها
٣٠٩ الثانيه: تثبت الوصيه بالمال بشهاده رجلين
٣٠٩ الثالثه: لو أشهد عبيدين له على أن حمل المملوكه منه، ثم ورثهما غير الحمل فأعتقا فشهدا للحمل بالبنيه صح
٣١٠ الرابعه: لا تقبل شهاده الوصى فيما هو وصى فيه و لا ما يجربه نفعا
٣١٠ الخامسه: إذا أوصى بعثق عبده، أو أعتقه عند الوفاه و ليس له سواه انعتق ثلثه
٣١١ السادسه: إذا أوصى بعثق رقبه و أطلق و لم يكن ثمه قرينه معينه
٣١١ السابعه: إذا أوصى بعثق رقبه بثمن معين
٣١١ الثامنه: تصرفات المريض، ان كانت مشروطه بالوفاه
٣١٢ التاسعه: أرش الجراح و ديه النفس، يتعلق بهما الديون و الوصايا
٣١٤ كتاب النكاح
٣١٤ اشاره
٣١٤ أقسامه ثلاثه
٣١٤ اشاره
٣١٤ النكاح الدائم
٣١٤ اشاره
٣١٤ الفصل الأول
٣١٤ اشاره

- أما الصيغه ٣١٦
- و أما الأحكام فمسائل: ٣١٩
- و أما الآداب فقسمان: ٣٢١
- الأول: آداب العقد ٣٢١
- الثاني: فى آداب الخلوه ٣٢٢
- و هنامسائل: ٣٢٥
- الأولى: يجوز النظر الى وجه امرأه يريد نكاحها و الى كفيها ٣٢٥
- الثانيه: فى جواز الوطء فى الدبر مطلقا لزوجه كانت أو أمه ٣٢٧
- الثالثه: اختلف الأصحاب فى جواز العزل عن الحره بغير إذنها ٣٢٧
- الرابعه: لا يجوز أن يدخل الرجل بالمرأه حتى يمضى لها تسع سنين ٣٢٨
- الخامسه: لا يجوز للرجل ترك وطئ المرأه أكثر من أربعه أشهر ٣٢٨
- السادسه: يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلا أكثر من أربعه أشهر ٣٢٨
- السابعه: إذا دخل الزوج بصبية لم تبلغ تسعا فأفضاها حرم عليه وطئها ٣٢٩
- الفصل الثانى ٣٢٩
- اشاره ٣٢٩
- و يلحق بهذا الباب مسائل: ٣٣٣
- الأولى: الوكيل فى النكاح لا يزوجه من نفسه ٣٣٣
- الثانيه: النكاح الفضولى يقف على الإجازة ٣٣٣
- الثالثه: لا تنكح الأمه إلا بإذن المولى، رجلا كان المولى أو امرأه ٣٣٤
- الرابعه: إذا زوج الأبوان الصغيرين صح ٣٣٤
- الخامسه: إذا زوجها الاخوان برجلين ٣٣٥
- السادسه: لا ولاية للأم فلو زوجت الولد فأجاز صح ٣٣٦
- الفصل الثالث ٣٣٧
- اشاره ٣٣٧
- الأول: النسب ٣٣٧
- الثانى: الرضاع ٣٣٩

- شروط الرضاع المحرم أربعة ٣٤٠
- الأول: أن يكون اللبن عن نكاح ٣٤٠
- الثاني: الكمية ٣٤٠
- الثالث: أن يكون الرضاع في الحولين ٣٤٢
- الرابع: أن يكون اللبن لفحل واحد ٣٤٣
- و هنا مسائل ثلاث: ٣٤٥
- الأولى: إذا أكملت الشروط صارت المرضعه أما و صاحب اللبن أبا ٣٤٥
- الثانية: لا يجوز أن ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن ولاده و رضاعا ٣٤٥
- الثالثة: لا خلاف في أنه كما يمنع الرضاع من النكاح سابقا، كذا يبطله لاحقا ٣٤٦
- السبب الثالث: المصاهرة ٣٤٧
- و يلحق بهذا الفصل مسائل: ٣٥٠
- الأولى: لو ملك أختين فوطئ واحدة حرمت عليه و طئ الأخرى ٣٥٠
- الثانية: يكره أن يعقد الحر على الأمه ٣٥٢
- الثالثة: لا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من حرتين أو حره و أمتين ٣٥٢
- الرابعة: لا يجوز نكاح الأمه على الحره إلا بإذنها ٣٥٣
- الخامسة: لا يحل العقد على ذات البعل و لا تحرم ٣٥٤
- السادسة: من تزوج امرأه في عدتها جاهلا فالعقد فاسد ٣٥٤
- السابعة: من لاط بغلام فأوقبه حرمت عليه أم الغلام و بنته ٣٥٥
- السبب الرابع: استيفاء عدد الزوجات ٣٥٦
- السبب الخامس: اللعان ٣٥٩
- السبب السادس: الكفر ٣٦٠
- و هنا مسائل سبع: ٣٦٣
- الأولى: التساوى في الإسلام ٣٦٣
- الثانية: إذا انتسب إلى قبيله فبان من غيرها ينفسخ النكاح ٣٦٥
- الثالثة: إذا تزوج امرأه ثم علم أنها كانت زنت فليس له الفسخ و لا الرجوع على الولي بالمهر ٣٦٥
- الرابعة: لا يجوز التعريض بالخطبه ٣٦٥

- الخامسة: إذا خطب فأجابته كره لغيره خطبتها و لا تحرم ٣٦٦
- السادسة: نكاح الشغار باطل ٣٦٦
- السابعة: يكره العقد على القابله المريبه و بنتها ٣٦٦
- القسم الثانى ٣٦٨
- اشاره ٣٦٨
- أركانہ أربعه ٣٦٨
- و أما الأحكام فمسائل: ٣٧٢
- القسم الثالث ٣٧٥
- اشاره ٣٧٥
- النظر الأول فى العقد ٣٧٥
- اشاره ٣٧٥
- الكلام فى الطوائى ثلاثه ٣٨١
- أما العتق ٣٨١
- أما البيع ٣٨٣
- أما الطلاق ٣٨٥
- النظر الثانى: فى الملك، و هو نوعان: ٣٨٦
- اشاره ٣٨٦
- الأول: ملك الرقبه ٣٨٦
- النوع الثانى: ملك المنفعه ٣٨٧
- و يلحق بالنكاح النظر فى أمور خمسہ: ٣٩٠
- اشاره ٣٩٠
- النظر الأول ٣٩٠
- اشاره ٣٩٠
- و أما الأحكام المتعلقة بالعيوب ٣٩٣
- تتمه: ٣٩٦
- النظر الثانى ٣٩٩

٣٩٩	اشاره
٣٩٩	الأول: كل ما صح أن يملكه المسلم جاز أن يكون مهرا
٤٠٢	الطرف الثاني: في التفويض
٤٠٥	الطرف الثالث: في الأحكام
٤١١	النظر الثالث
٤١١	اشاره
٤١١	أما القسم
٤١٤	أما النشوز
٤١٤	أما الشقاق
٤١٨	النظر الرابع
٤١٨	اشاره
٤٢٤	التوابع:
٤٢٤	الرضاع
٤٢٧	الحضانة
٤٢٩	النظر الخامس
٤٢٩	اشاره
٤٣٠	الزوجيه
٤٣٣	القرابه
٤٣٤	المملوك
٤٣٩	كتاب الطلاق
٤٣٩	اشاره
٤٤١	أركانه
٤٤١	الركن الأول: في المطلق
٤٤٢	الركن الثاني: في المطلقه
٤٤٥	الركن الثالث: في الصيغه
٤٤٤	الركن الرابع: في الإشهاد

- النظر الثاني-في أقسامه: ٤٤٧
- اشاره ٤٤٧
- و هنا مسائل: ٤٥٠
- الاولى:لا يهدم استيفاء العده تحريم الثالثه - ٤٥٠
- الثانيه:يصح طلاق الحامل - ٤٥٠
- الثالثه:يصح أن يطلق ثانيه في الطهر الذى طلق فيه و راجع و لم يظأ ٤٥٠
- الرابعه:لو طلق غائبا ثم حضر و دخل بها ثم ادعى الطلاق لم يقبل دعواه ٤٥١
- الخامسه:إذا طلق الغائب و أراد العقد على أختها أو على خامسه و احتمل حمل المطلقه ٤٥١
- النظر الثالث-في اللواحق: ٤٥٢
- المقصد الأول:يكره الطلاق للمريض ٤٥٢
- المقصد الثاني:في المحلل ٤٥٢
- المقصد الثالث:في الرجعه ٤٥٣
- المقصد الرابع-في العدد: ٤٥٥
- اشاره ٤٥٥
- تتمه: ٤٦٦
- كتاب الخلع و المباره ٤٦٩
- اشاره ٤٦٩
- الخلع ٤٧١
- اشاره ٤٧١
- العقد ٤٧١
- الشرائط ٤٧٣
- اللواحق ٤٧٤
- المباراه ٤٧٥
- كتاب الظهار ٤٧٧
- اشاره ٤٧٧
- و هنا مسائل: ٤٨١

- الأولى: الكفاره تجب بالعود ٤٨١
- الثانيه: لو طلقها و راجع في العده لم تحل حتى يكفر ٤٨٢
- الثالثه: لو ظاهر من أربع بلفظ واحد لزمه أربع كفارات ٤٨٢
- الرابعه: يحرم الوطء قبل التكفير ٤٨٢
- الخامسه: إذا أطلق الظهر حرمت مجامعتها حتى يكفر ٤٨٣
- السادسه: إذا عجز عن الكفاره ٤٨٣
- كتاب الإيلاء ٤٨٥
- اشاره ٤٨٥
- في بيان الكفارات ٤٩٠
- اشاره ٤٩٠
- المقصد الأول في بيان أقسامها ٤٩٠
- اشاره ٤٩٠
- هنا مسائل ثلاث ٤٩١
- اشاره ٤٩١
- الأولى من حلف بالبراءه لزمته كفاره ظهار ٤٩٢
- الثانيه: في جز المرأة شعر رأسها في المصاب كفاره شهر رمضان ٤٩٣
- الثالثه: من نذر صوم يوم فعجز عنه، تصدق بإطعام مسكين مدين من طعام ٤٩٤
- المقصد الثاني: في بيان خصال الكفاره و أحكامها ٤٩٥
- اشاره ٤٩٥
- هنا مسائل ٥٠٠
- اشاره ٥٠٠
- الأولى: كسوه الفقير ثوبان مع القدره ٥٠٠
- الثانيه: من عجز عن العتق فدخل في الصيام ثم تمكن من العتق، لم يلزمه العود ٥٠١
- الثالثه: كل من وجب عليه صوم شهرين متتابعين فعجز عنها ٥٠١
- الرابعه: ما يشترط في المكفر ٥٠٢
- كتاب اللعان ٥٠٣

٥٠٣ ----- اشارة

٥٠٥ ----- الأول:السبب

٥٠٦ ----- الثاني:فى الشروط

٥٠٨ ----- الثالث:فى الكيفيه

٥٠٩ ----- الرابع:فى الأحكام

٥١٣ ----- تعريف مركز

الشرح الصغير في شرح المختصر النافع المجلد ٢

اشاره

سرشناسه: محقق حلي، جعفر بن حسن، ق ٦٧٦ - ٦٠٢

عنوان قراردادى: [المختصر النافع. شرح]

عنوان و نام پديد آور: الشرح الصغير في شرح المختصر النافع / تاليف المير سيدعلى محمدعلى الطباطبائى الحائرى؛ تحقيق مهدى الرجائى

مشخصات نشر: قم: مكتبه آيه الله المرعشى العامه، ١٤٠٩ق. = - ١٣٦٧.

مشخصات ظاهرى: ج. نمونه

فروست: (مخطوطات مكتبه آيه الله المرعشى العامه ٣٤)

يادداشت: كتابنامه به صورت زيرنويس

عنوان ديگر: شرح المختصر النافع

موضوع: فقه جعفرى

شناسه افزوده: طباطبائى كربلايى، على بن محمدعلى، ١٢٣١ - ١١٦١ق.، شارح

شناسه افزوده: رجائى، مهدى، ١٣٣٦ - ، مصحح

رده بندى كنگره: BP١٨٢/م٣٠٢١٦٣٠٢١٦٣٦٧

رده بندى ديويى: ٢٩٧/٣٤٢

شماره كتابشناسى ملي: م ٦٨-١٧١٣

ص: ١

اشاره

الشرح الصغير فى شرح المختصر النافع المجلد ٢

مير سيدعلى محمدعلى الطباطبائى الحائرى

تحقيق مهدي الرجايى

ص: ٣

كتاب التجاره

اشاره

ص: ٥

(كتاب التجاره) (1) و هي لغه:الكسب. و شرعا:عقد المعاوضه بقصد الاكتساب عند التملك.

على ما ذكره جماعه،و المراد بها هنا الأعم منه و من الخالى من القصد، كالمعاوضه للقوت و الادخار.

و فيه فصول:-

الفصل الأول: فيما يكتسب به

اشاره

بيع أو غيره، و ينقسم الى: محرم، و مكروه، و مباح. و ربما قسم إلى خمس:

بزياده الواجب، و المستحب. و لعل تركهما أجود، لأنهما من عوارض التجاره.

المكاسب المحرمه:

و المحرم منه أنواع:

الأول: الأعيان النجسه، كالخمر المتخذ من العنب و الأنبذه

ص: ٧

١ - ١) قال في هامش نسخه «ن»: أسقط الشارح - دام ظلّه - هنا من الترتيب كتاب الجهاد، و هو أعلم بإسقاطه.

جمع نبيذ، و هو الشراب المتخذ من التمر. و يلحق بهما غيرهما، كالبتع (١) و المزر (٢) و الجعه (٣) و الفضيح (٤).

و ضابطها: المسكر و ان لم يكن مائعا، كالحشيشه و فرض لها نفع آخر محلل و قصد ببيعها على الأحوط الاولى و الفقاع و ان لم يكن مسكرا و الميته، و الدم و لو مما يؤكل لحمه، و كان لهما نفع محلل.

و الأرواث، و الأبوال مما لا يؤكل لحمه شرعا و لو أكل عادة، أما هما مما يؤكل لحمه فيجوز مطلقا، وفاقا لظاهر العبارة و جماعه.

و قيل: بالمنع من الأبوال إلا- بول الإبل للاستشفاء مع الضروره اليه، و القائل الشيخ فى النهايه (٥) كما نسب اليه و المفيد و الديلمى، إلا أنهما ألحقا بالأبوال الأرواث أيضا، و هو أحوط.

و الخنزير، و الكلب عدا كلب الصيد المعلم، فيجوز التكبس به إجماعا، سواء فى ذلك السلوقى (٦) و غيره على الأقوى، و ربما خص بالأول، و هو أحوط.

و فى كلب الماشيه و الحائط أى البستان و الدار و الزرع قولان و الأحوط المنع.

و المائعات النجسه بالذات، كآليات الميته، و المبانه من حى. أو بالعرض، كما لو وقع فيه نجاسه و قلنا بعدم قبوله للطهاره، كما هو أصح القولين فى غير الماء النجس عدا الدهن بجميع أصنافه، فيجوز بيعه مع الاعلام

ص: ٨

١- ١) البتع: بكسر الباء و سكون التاء المثناه أو فتحها، نبيذ العسل.

٢- ٢) المزر: بكسر الميم و الزاء المعجمه فالمهمله، نبيذ من الذره.

٣- ٣) الجعه: كعده، نبيذ الشعير.

٤- ٤) الفضيح: ما يعمل من الشعير.

٥- ٥) النهايه ص ٣٦٤.

٦- ٦) السلوقى من الكلاب: نوع منها و هى من كلاب الصيد و من أحسن الكلاب و أخفها.

لفائده الاستصباح به تحت السماء، وفاقاً للأكثر، وفي السرائر (١) الإجماع.

وقيل: تحت الظلال أيضاً. ولا يخلو عن قوه، ولو لا ما مر من الإجماع المعتضد بالشهره، وروايه مرسله في المبسوط (٢) مرويه.

و هل يجوز بيعه ليعمل صابوناً، أو ليدهن به الأجر ب؟ الأحوط المنع، و الجواز مختص بالدهن المتنجس.

و الا ف لا يجوز أن يباع و لا يستصبح بما يذاب من شحوم الميتة و ألياتها (٣) قطعاً.

الثاني: الآلات المحرمه، كالعود، و الطبل، و الزمر، و هياكل العباده المبتدعه، كالصنم، و الصليب، و آلات القمار، كالنرد و الشطرنج إجماعاً، إلا إذا فرض لها نفع محلل مقصود ببيعها و شرائها، بحيث لا يعد في العرف سفاهه، أو كان لمكسورها قيمه و بيعت ممن يوثق به، فيجوز حينئذ بيعها، و ان كان المنع مطلقاً أحوط و أولى. و نحوه أواني الذهب و الفضة.

الثالث: ما يقصد به المساعدة على المحرم، كبيع السلاح بكسر السين، من السيف و الرمح و القوس و السهام و نحوها لا عداء الدين مسلمين كانوا أم كفاراً، و منهم قطاع الطريق في حال الحرب مع أهله إجماعاً، و كذا التهيؤ له، لا مطلقاً على الأقوى.

وقيل: يحرم مطلقاً و لو في غير حال الحرب أو التهيؤ له، و هو أحوط، و القائل الشيخان و الحلبي و الديلمي. و في إلحاق ما يعد جنه للقتال، كالدرع و البيضة بالسلاح قولان، أحوطهما بل و أظهرهما: نعم.

ص: ٩

١-١) السرائر ص ٢٠٨.

٢-٢) المبسوط ٢-١٦٧.

٣-٣) في المطبوع من المتن: و ألبانها.

و ظاهر العبارة اختصاص المنع بقصد المساعدة و الإعانة، و الأظهر التحريم مطلقا، الا مع الجهل بالجدال فينتفى المنع بلا اشكال.

و اجاره المساكن و الحمولات بفتح الحاء، و هى الحيوان الذى يصلح للحمل، كالإبل و البغال و الحمير. و السفن داخله فيها تبعا للمحرمات كالخمر و ركوب الظلمه و إسكانهم لأجله.

و فى معنى الإجاره بيعها و بيع العنب و التمر و غيرهما مما يعمل منه المسكر ليعمل خمرا أو مسكرا و الخشب ليعمل صنما سواء شرطه فى العقد أم حصل الاتفاق عليه إجماعا.

و يكره بيعه ممن يعمله مع عدم الشرط و الاتفاق مطلقا و لو مع العلم، على الأشهر. و الأحوط المنع مطلقا الا مع الجهل بالحال.

الرابع: ما لا- ينتفع به أصلا، أو ينتفع نادرا و يعد بذل الثمن لأجله سفاهه عرفا إجماعا كالمسوخ، بريه كانت كالدب و القرد، أو بحريه كالجرى (١) و السلاحف (٢) و كذا الضفادع و الطافى. (٣)

و قد أطلق المنع عن جميع ذلك أكثر المتقدمين، و وجهه غير واضح فيما ينتفع به نفعا معتدا به عند العقلاء، كالفيل و نحوه للانتفاع بعظمه، فالجواز فيه أظهر، وفاقا لأكثر من تأخر.

و لا بأس بسباع الطير كالصقر و لآب الهرة و الفهد لطهارتها و الانتفاع بها نفعا معتدا به عند العقلاء، و مضافا الى الصحاح (٤) و الإجماع الظاهر

ص: ١٠

-
- ١- ١) الجرى: نوع من السمك النهري الطويل، و ليس له عظم الا عظم الرأس و السلسله.
 - ٢- ٢) دابه بريه و بحريه و نهريه، لها أربع قوائم تختفى بين طبقتين عظيمتين.
 - ٣- ٣) السمك الطافى، و هو الذى يموت فى الماء فيعلو و يظهر.
 - ٤- ٤) وسائل الشيعه ١٢-١٢٣، ب ٣٧.

من العبارة في الثلاثه،و المنقول عن ظاهر التذكرة في الهره.

و في بقيه السباع كالأسد و الذئب و النمر و نحوها قولان، أشبههما و أشهرهما بين المتأخرين، وفاقا للحلى و القاضى الجواز لما مر،و لكن المنع أحوط.

الخامس:الاعمال المحرمه فى نفسها كعمل الصور المجسمه ذوات الأرواح بلا- خلاف،و لا- بأس بغيرها من صوره النخله و الشجره و نحوهما مطلقا،على الأشهر الأقوى.

و احترز ب«المجسمه»عن الصور المنقوشه على نحو الورق و الوساده فلا- تحرم عند الأ-كثرو. و يحتمل التحريم مطلقا، كما عليه جمع.و يمكن حمل العبارة و مضاهيها (1) عليه،بحمل الصفه على الممثل دون المثال،و لا ريب أنه أحوط و ان كان فى تعينه نظر.

و الغناء بالمد،و هو الصوت المشتمل على الترجيع المطرب،أو ما يسمى فى العرف غناء و ان لم يطرب،سواء كان فى شعر أو قرآن أو نحوهما.

عدا ما استثنى كغناء المغنيه لرف العرائس إذا لم تتغن بالباطل و لم تدخل عليها الرجال و لم تلعب بالملاهى،فلا يحرم وفاقا للنهايه (2) و جماعه خلافا لآخرين فيحرم أيضا،و هو أحوط و أولى.و لا يستثنى غير ذلك قطعا و ان اشتهر فى الحداء.

و النوح بالباطل بأن يصف الميت بما ليس فيه إجماعا،و أما بالحق فجائز إذا لم يسمعها الأجانب،على الأشهر الأقوى.و قيل:بالمنع منه مطلقا و هو أحوط و أولى.

ص: ١١

١- ١) فى «ن»:و مضاهياتها.

٢- ٢) النهايه ص ٣٦٥.

و هجاء المؤمنين بكسر الهاء و المد، و هو ذكر معايبهم بالشعر. و لا فرق في المؤمن بين الفاسق و غيره، و يجوز هجاء غيرهم كما يجوز لعنهم.

و حفظ كتب الضلال عن التلف، أو عن ظهر القلب و نسخها و تعليمها و تعلمها لغير النقض لها، و الحجج على أربابها بما اشتملت عليه مما يصلح دليلاً لإثبات الحق، أو نقض الباطل لمن كان من أهلها.

و يلحق به الحفظ للتقيه، أو لغرض الاطلاع على المذاهب و الآراء ليكون على بصيره، و تمييز الصحيح من الفاسد، أو لغرض الإعانة على التحقيق، أو تحصيل ملكه البحث و الاطلاع على الطرق الفاسده ليحترز عنها، أو غير ذلك من الأغراض الصحيحه، كما ذكره جماعه.

و ينبغي تقييده بشرط الأمن على نفسه من الميل الى الباطن بسببها، و أما بدونها فمشكل جدا.

و تعلم السحر بلا خلاف، و انما اختلفت العبارات في تعريفه على أنحاء ذكرناها في الشرح المبسوط (١).

و قد استثنى للتوقى و دفع المتنبى، و لا بأس به بل ربما وجب كفايه، و بجواز الحل به نصوص (٢)، و ربما خصت بغير السحر من الذكر و التعويد و القرآن و نحوها، و هو أحوط.

و الكهانه بكسر الكاف و القيافه، و الشعبده و عرف الأولى: بأنها عمل يوجب طاعه بعض الجان له فيما يأمره به، و هو قريب من السحر أو أخص منه.

و الثانيه: بأنها الاستناد الى علامات و أمارات يترتب عليها إلحاق نسب

ص: ١٢

١-١) رياض المسائل ١-٥٠٣.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٢-١٠٥، ب ٢٥.

و نحوه.

و الثالثه: بأنها الافعال العجيبه المترتبه على سرعه اليد بالحركه فتلبس على الحسن.

و لا- خلاف فى تحريم الثلاثه، بل عليه فى الأوليين الإجماع فى كلام جماعه و ربما خص فى الثانيه بما إذا ترتب عليه محرم أو جزم بها، و لا بأس به، و ان كان الأحوط تركها مطلقا.

و القمار بالآلات المعده له كالنرد و الشطرنج و الأربعة عشر و اللعب بالخاتم و البيض و الجوز بلا خلاف، و لا يملك ما يترتب عليه من الكسب، بل هو سحت.

فان وقع من غير المكلف، و جب رده الى مالكة. و لو قبضه غير مكلف، فالمخاطب برده وليه. فان جهل مالكة، و جب الفحص عنه، و مع اليأس تصدق به عنه. و لو انحصر فى محصورين، و جب التخلص منهم و لو بالصلح.

و يستفاد من بعض الاخبار (١) الاجتناب عنه بعد الأكل بالتقيؤ، و من آخر منها حرمة الحضور فى المجالس التى يلعب بها فيها و النظر إليها، و هو مستفيض.

و الغش بكسر الغين بما يخفى كشوب اللبن بالماء لا بغيره، كمزج الحنطه بالتبن و التراب، و جيدها برديها، فيجوز على كراهيه فى ظاهر الأصحاب.

و لو غش لا بقصده، بل بقصد إصلاح المال، جاز مطلقا.

و تدليس الماشطه باظهارها فى المرأه محاسن ليست فيها، من تحمير وجهه و وصل شعره و نحوهما، اراده منها لترويج كسادها، و مثله فعل المرأه ذلك بنفسها.

و لا بأس بكسبها مع عدمه أى التدليس، كما لو كانت مزوجه بل يستحب

ص: ١٣

كما يستفاد من كثير من المعتمره (١).

و تزيين كل من الرجل و المرأه بما يحرم عليه كلبس الرجل السوار و الخلخال و الثياب المختص بها عاده، و منه تزيينه بالذهب و ان قل، و الحرير الا- ما استثنى. و كلبس المرأه ما يختص بالرجل كالعمامه و المنطقه و نحوهما مما يوجب الشهره و الخزي بين الناس، و هو الضابط، و يختلف باختلاف الأزمان و الأصقاع.

و زخرفه المساجد أى نقشها بالذهب و تعشير المصاحف به، و الأظهر الجواز فيهما مع الكراهه و فاقا لجماعه.

و معونه الظالم كالكتابه للظلمه و إحضار المظلوم لديهم، و نحو ذلك مما يكون اعانه لهم على ظلمهم، بل يستفاد من كثير من النصوص (٢) حرمة إعانتهم و لو فى المباحات و الطاعات، و العمل بها أحوط، إلا فى التقيه و الضروره، و ان كان ظاهر الأصحاب بغير خلاف يعرف، اختصاص المنع بالإعانه فى المحرم.

و يدخل فى إعانتهم المحرمه اختيار التوليه عنهم بلا خلاف إلا لضروره، فلا بأس بها بشرط أن يحسن الى إخوانه ليكون واحده بواحد، بلا خلاف فيه أيضا فتوى و نصاب، و هو مستفيض و ان اختلف فى الإباحه و الرجحان و الإثابه.

و ربما يجمع بينهما بحمل الاولى (٣) على الداخلى معهم لحب الدنيا و الرئاسه مازجا ذلك بفعل الطاعات و قضاء حوائج المؤمنين و فعل الخيرات. و الثانيه على الداخلى معهم لا لذلك بل لمجرد ما ذكر من الطاعه.

و أجره الزانيه فإنها سحت، كما فى المعتمره. (٤)

ص: ١٤

١- ١) و سائل الشيعه ١٢-٩٣، ب ١٩.

٢- ٢) و سائل الشيعه ١٢-١٢٧، ب ٤٢.

٣- ٣) فى «ن»: الأوله.

٤- ٤) و سائل الشيعه ١٢-٦١، ح ١ ب ٥.

السادس: أخذ الأجره على القدر الواجب من تغسيل الأموات و تكفينهم و حملهم و دفنهم و نحوها الواجبات الأخر التي تجب على الأجير عينا أو كفايه وجوبا أصليا إجماعا، أما التوصلى كأكثر الصناعات الواجبه كفايه، فلا يحرم أخذ الأجره عليها قطعا.

و يستفاد من العبارة جوازه على الأمور المندوبه، كالتغسيل ثلاثا، و التكفين بالقطع المستحبه، و لا ريب فيه وفاقا للأكثر.

و أخذ الرشا بضم أوله و كسره مقصورا، جمع رشوه بهما فى الحكم و لا فرق بين أن يكون الحكم للراشى أو عليه، و يَأثم الدافع لها أيضا، إلا إذا لم يمكن الوصول إلى الحق بدونها، فيجوز حينئذ الدفع، و يحرم على المدفوع اليه مطلقا.

قيل: و كذا يحرم على الحاكم قبول الهديه إذا كان للمهدى خصومه فى المال، و كذا إذا كان لم يعهد منه الهديه له قبل تولى القضاء. و هو أحوط، و ان كان فى تعينه نظر.

و الأظهر فى الفرق بينهما أن الرشوه ما كان دفعه لغرض التوصل الى القضاء و الهديه ما كان دفعه لغرض التودد و التوصل لحاجه من العلم و نحوه.

و الأجره على الصلاه بالناس جماعه، وفاقا لجماعه و على القضاء و الحكم بينهم، سواء تعين عليه أم لا، مع الحاجه إليها و عدمها على الأقوى.

و لا بأس فى صوره المنع بالرزق من بيت المال و ما أعد للمصالح من خراج الأرض و مقاسمتها قولا واحدا.

و الصحيح (١) المانع عنه محمول على ما أخذ على جهه الأجر، و الفرق بينهما ما قيل: من توقف العمل عليه دون الرزق، أو أن الأجر يتوقف على تقدير العمل و العوض و ضبط المده و الصيغه المخصوصه، بخلاف الرزق، لإناطته بنظر الحاكم و عدم تقدره بقدر.

و كذا يحرم أخذ الأجره على الأذان على الأظهر الأشهر، بل فى كلام جماعه الإجماع.

و لا بأس بالرزق من بيت المال كما مر، و لا ب أخذ الأجره على عقد النكاح و غيره من العقود، بأن يكون العاقد وكيلا من أحد المتعاقدين.

أما تعليم الصيغه و إلقاؤها على الوجه اللازم فلا يجوز عليه للوجوب. نعم يجوز على الخطبه و الخطبه فى الاملاك.

المكاسب المكروهه:

و المكروه: اما لا فضائه الى المحرم أو المكروه غالبا ك اتخاذ الصرف حرفه، فان فاعله لا يسلم من الربا.

و بيع الأكفان فإنه يتمنى الربا.

و بيع الطعام فإنه يتمنى الغلاء، و لا يسلم من الاحتكار غالبا.

و بيع الرقيق و المماليك، فإنه يكون أقل الناس خيرا، فان شر الناس من باع الناس.

و الصباغه (٢) لأنه يذكر الدنيا و ينسى الآخره و الذباجه فإنه يسلب

ص: ١٦

١ - ١) و هو صحيح عبد الله بن سنان قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء

الرزق، فقال: ذلك السحت. وسائل الشيعه ١٨-١٦٢، ح ١.

٢ - ٢) كذا فى النسخ، و فى المطبوع من المتن: الصباغه.

من قلبه الرحمه.

و بيع ما يكن من السلاح لأهل الحرب، كالخفين و الدرع فان فيه نوع ركون إليهم و موده.

و اما لضعته و رداءته كالحياكه و النساجه، ففي الخبر: ولد الحائك لا ينجب إلى سبعة بطون (١).

و الحجامة إذا شرط الأجره لا بدونه، و يحتمل الكراهه مطلقا، إلا أن التقييد أشهر و أقوى.

و ضراب الفحل بأن يؤجره لذلك.

و اعلم أن النصوص (٢) و الفتاوى و ان أطلقت المنع عن الأمور المزبوره و نحوها تحريما و كراهه، إلا أنه ينبغي تقييده بعدم احتياج الناس إليها، و الا فتجب عينا أو كفايه.

و لا بأس بالختانه و خفض الجوارى.

و اما لتطرق الشبهه المرغب الى تركها فى النصوص (٣) المستفيضة ككسب الصبيان المجهول أصله أو مطلقا من حلال أو حرام، و مع العلم بالأول فلا - كراهه، و بالثانى فحرام بلا شبهه، و محل الكراهه تكسب الولى به، أو أخذه منه، أو الصبى بعد رفع الحجر عنه.

و نحوه كسب من لا يجتنب المحارم المتعلقة بالمال لا مطلقا.

و من المكروه أخذ الأجره على تعليم القرآن و نسخه، و كسب القابله مع الشرط، و لا بأس به لو تجرد عنه وفاقا للأكثر.

ص: ١٧

١- ١) لم أعثر عليه فى كتب الحديث راجع جواهر الكلام ٢٢-١٣٢.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٢-٦٩ و ٧١ و ٧٥ و ٧٧.

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٢-١١٨، ب ٣٣.

وقيل: بتحريم الأولين، أما مطلقاً أو مع الشرط خاصة. وهما أحوط و إن كان في تعيينهما ضعف. نعم لا بأس بإطلاق الكراهه فيهما و لو من غير شرط كما عليه جماعه، مع احتمال انتفائها كذلك، لظهور بعض المعبره (١) بورود المنع المتقيه.

و لا- بأس بأجره تعليم الحكم و الآداب كالكتابه و الحساب بلا خلاف فيه و فيه وسيله إلى الفرار عما يترتب على تعليم القرآن من الكراهه، فليتخذ المعلمون وسيله للخروج عن الشبهه الناشئه عن القول بالحرمة، إن كان الأطفال من أهل القابليه لمعرفة ما فى العبارة، و الافعلى الحفظ و التأديب و نحوهما.

و قد يكره الاكتساب بأشياء أخر تأتي ذكرها إن شاء الله تعالى فى تضاعيف الأبحاث الآتية.

مسائل ست:-

الاولى: لا- يجوز أن يؤخذ ما ينثر فى الاملا-ك و الأعراس إلا ما يعرف منه الإباحه فلا حرمة و لا كراهه، إلا إذا كان فى أخذه مهانه للنفس و مخالفه المروه فيكره، و عليه يحمل الصحيح: يكره أكل كل ما انتهب (٢). أو على الحرمة و يخص بما إذا لم يعرف منه الإباحه.

الثانية: لا بأس ببيع عظام الفيل، و اتخاذ الأمشاط و نحوها منها.

الثالثه: يجوز أن يشتري من السلطان الجائر المخالف لا مطلقا على الأقوى ما يأخذه باسم المقاسمه و الخراج و اسم الزكاه من ثمره و حبوب و نعم و ان لم يكن مستحقا له بشرط أن لا يزيد فى الأخذ على ما لو كان الامام العادل

ص: ١٨

(١-١) وسائل الشيعه ١٢-١١٢، ب ٢٩.

(٢-٢) وسائل الشيعه ١٢-١٢٢، ح ٢.

لأخذه، و هو فى الزكاه مقدر مضبوط، و قدر فى غيرها بما يتراضى عليه السلطان و ملاك الأرضين فى ذلك الزمان، فلو أخذ زياده على ذلك حرم الزائد بعينه ان تميز، و الا الكل من باب المقدمه.

و لا- فرق فى الجواز بين الشراء و غيره من سائر المعاوزات، و لا بين قبض الجائر أو و كيله لها و عدمه، حتى لو أحاله بها و قبل الثلاثه (١)، أو و كله فى قبضها أو باعها و هى فى يد المالك أو فى ذمته جاز.

الرابعه: لو دفع إليه أحد مالا ليصرفه فى المحاويج و كان منهم و بصفتهم فلا يأخذ منه الا بإذنه الصريح أو الفحوى مطلقا، و جدت القرائن على المنع أم لا- إجماعا فى الأول كما على الجواز فى مقابله، و على الأصح فى الثانى عند المصنف و جماعه، و هو أحوط و ان كان الجواز أظهر، و فاقا للأكثر.

و لو أعطى عياله و أقاربه جاز بلا خلاف إذا كانوا بالصفه و للصحيح (٢)، و ليس فيه التقييد بعدم التفاضل، و لا ريب فيه فى نحو الزكاه الجائر فيه ذلك بلا خلاف. و يحتمل فى غيره عملا بالإطلاق، الا أن يكون هناك قرينه فتتبع.

و نحوه الكلام فى الأخذ لنفسه حيث جوزناه، لو لا- النص و الإجماع المحكى فى كلام جماعه على عدم التفاضل، مع إمكان التأمل فيهما، و لكن كان مراعاة التسويه بل عدم الأخذ بالكلية أحوط و أولى.

و لو عين له المصارف دونه، أو عين له شيئا مخصوصا لم يجز له أن يتجاوز عما عين له إجماعا كما مضى.

ص: ١٩

١- ١) الجائر المحيل، و المحال عليه، و المحتال.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٦، ح ٢.

الخامسة:جوائز السلطان (١)و عطاياه و كذا مطلق الظلمه محرمه ان علمت بعينها أنها للغير،فان قبضها حينئذ أعادها على المالك ان عرفه و أمكنه، و لا يجوز الى غيره مهما أمكنه.

و لو أخذه الظالم منه قهرا،ففى الضمان و عدمه قولان،أحوطهما:نعم سيما مع القبض بعد العلم بكونها مضمونه.

و الا- يعلم بعينها فهى حلاله مطلقا،و ان علم أن فى ماله مظالم، بلا- خلاف فيه و لا- فى جواز المعامله معه حينئذ،للصاح (٢)المستفيضة و غيرها، و لكن الأفضل التورع عنها بلا خلاف،إلا إذا علم خلوصها عن الحرام فلا بأس بها.و كذا لو أخبر به أو أخرج منه الخمس.

و إطلاق النص (٣)و الفتوى يقتضى الحليه فى صورتها مطلقا،علم بأن للمجيز مالا حلالا أم لا بل اشبه الحال،الا أن المستفاد من بعض الاخبار (٤)الاشتراط بالأول،و هو أحوط،و ان كان فى تعيينه نظر.

السادسه:الولاية للقضاء و الحكم بين الناس و غيره عن السلطان العادل جائزه،و ربما وجبت فى بعض الصور.

و عن الجائر محرمه إلا- مع الخوف و التقيه على النفس،أو المال، أو العرض له،أو للمؤمنين كلا- أو بعضا،على وجه لا- ينبغى تحمله عادة بحسب حال المكروه فى الرفعه و الضعه بالنسبه إلى الإهانه،فيجوز حينئذ بل وجبت.

نعم لو تيقن التخلص به من المآثم و التمكن من الأمر بالمعروف

ص: ٢٠

١- ١) فى المطبوع من المتن:الظالم.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٢-١٥٦، ب ٥١.

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٢-١٥٦، ح ٢.

٤- ٤) وسائل الشيعه ١٢-١٦٠، ح ١٥.

و النهى عن المنكر جازت و لو اختيارا إجماعا، بل قال جماعه:

استحبت بل قيل: وجبت، و هو أحوط بل لعله أظهر.

و لو أكره على الولايه و تنفيذ الاحكام لا مع ذلك التيقن و التخلص و التمكّن أجب إلى الإطاعه وجوبا دفعا للضرر، و ينفذ أمره و نهيه و جميع ما يحكم به و لو كان محرما إجماعا، متحريا (1) به الأسهل فالأسهل، و متدرجا من الأدنى إلى الأعلى، كمراتب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

و لو انحصر فى الأعلى جاز بل وجبت إلا فى قتل المسلم المحقون الدم فلا يجوز إجماعا.

و فى إلحاق الجرح بالقتل قولان، و الأحوط الإلحاق إلا مع الخوف بتركه على النفس، فينبغى القطع بالعدم.

و هل يشمل المسلم المخالف أم يختص المؤمن؟ إشكال، و الاحتياط يقتضى المصير إلى الأول، إذا كان الخوف بترك القتل على نحو المال، و لا سيما القليل منه خاصة. و أما إذا كان على النفس المؤمنه فإشكال، و لا يبعد المصير الى الثانى.

الفصل الثانى

إشاره

(فى البيع و آدابه)

أما البيع فهو الإيجاب و القبول اللذان تنتقل بهما العين المملوكة من مالك الى غيره بعوض مقدر و ربما عرف بنفس الانتقال، و الأول أشهر.

و كل منهما كسائر ما قيل فى تعريفه لا يخلو عن نقض، و لكن بعد وضوح المطلب الأمر سهل.

ص: ٢١

و لا يكفى المعاطاه على الأظهر الأشهر، حتى أن فى صريح الغنيه (١) و ظاهر المسالك و الروضه (٢) الإجماع عليه. نعم يباح بها التصرف بلا خلاف، الا من بعضهم و قد رجح عنه.

و يجوز الرجوع فيها مع بقاء العين و لا مع ذهابها، و يصدق بتلف العينين و إحداهما و بعض كل واحده منهما، و نقلها عن ملكه قطعا، و بتغيرها كطحن الحنطه و صبغها و قصرها و تفصيلها و خياطتها، و نحو ذلك من التصرفات المغيره للصفه مع بقاء الحقيقه على اشكال. أما لبس الثوب مع عدم تغيره، فلا أثر له جدا.

ما يشترط فى البيع:

اشاره

و له أى للبيع شروط بعضها يتعلق بالعقد، و بعضها بالمتعاقدين، و آخر بالعوضين.

يشترط فى الإيجاب و القبول وقوعهما بلفظ الماضى، و الترتيب بينهما

الأول: يشترط فى الإيجاب و القبول وقوعهما بلفظ الماضى، و الترتيب بينهما بتقديم الأول على الثانى، على الأشهر الأقوى، و لا يعتبر العربيه على الأظهر و ان كان أحوط.

و يشترط فى المتعاقدين كمال العقل بالبلوغ و الرشده و الاختيار و القصد فلا- يجوز بيع المجنون و لو أدواريا إذا كان حال جنونه، و لا- المغمى عليه، و لا- السكران و لا- الصبى، و لا- السفیه، و لا- المكره بغير حق، و لا- الغافل، و لا- النائم، و لا- الذاهل، و لا الهاذل، بلا- خلاف أجده إلا فى الصبى، فقيل فيه: بالجواز إذا بلغ عشرا، و الأول أشهر و أظهر، إلا فيما جرت العاده ببيعهم له، فلا بأس به.

و لا فرق فى المنع عن بيع هؤلاء، بين كونه لهم أو لغيرهم، أذن لهم الولى

ص: ٢٢

١- ١) الغنيه ص ٥٢٤.

٢- ٢) الروضه ٣- ٢٢٢.

أم لا، أجازته بعد الكمال أم لا عدا السفية، فإنما يمنع عن البيع لنفسه دون غيره، و المكره فيصح بيعه و لو لنفسه بعد الإجازة.

و أن يكون (1) كل منهما مالكا للعوضين أو وليا شرعيا لهما مع صغرهما أو جنونهما الأصلي أو الطارى، و هو كالأب و الجد له و ان على، دون الام و أبيها على الأشهر الأقوى.

و الحاكم الشرعى و أمينه المنصوب من قبله لذلك أو مطلقا، و لكن ولايتهما بعد فقد الأبوين.

و الوصى لهما، كما أن ولايه الوصى لأحدهما بعد فقد الآخر.

أو و كيلا عن المالك، أو عن من له الولاية عنه حيث يجوز له التوكيل.

و لا خلاف في ثبوت الولاية لهؤلاء، و في ثبوتها للعدول من المؤمنين مع فقدهم خلاف، و الأشهر الأظهر ثبوتها.

و اعلم أن الشرائط المتقدمة عدا الملكيه و عدم الكراهه شرط الصحة، بلا خلاف فيه و لا في كون الملكيه و ما في معناها-من الولاية و الوكاله- شرط للزوم و انما اختلفوا في كونهما شرط الصحة أيضا أم لا، و اليه أشار بقوله:

و لو باع الفضولى أى من لا يملك ملك غيره بغير إذن شرعى ف في صحته قولان، أشبههما و أشهرهما بين المتأخرين، بل مطلقا كما في كلام جماعه بل قيل: كاد أن يكون إجماعا الصحة و وقوفه على الإجازة من المالك و من في حكمه، فإن حصلت و الا انفسخت.

و هل الإجازة كاشفه عن صحة العقد من حين وقوعه أم ناقله من حين وقوعها؟ قولان، أشهرهما و أظهرهما: الأول.

و تظهر الفائدة في النماء المتخلل بينهما و بين العقد الحاصل من المبيع، فهو

ص: ٢٣

١-١) في المطبوع من المتن: و أن يكون البائع.

للمشترى على الأول، كما أن نماء الثمن المعين للبائع، و هما للمالك المجيز على الثانى.

و لو لم يجز المالك، رجع فى عين ماله و نمائه مطلقا، و عوض منافعها المستوفاه و غيرها، و قيمه التالف من ذلك أو مثله على المشترى، و يرجع هو بذلك كله على البائع، إذا لم يحصل له نفع فى مقابله، و مع حصوله اشكال.

كل ذا إذا لم يكن عالما أنه لغير البائع، أو ادعى البائع الاذن، و الا لم يرجع بما اغترم.

و هل يرجع بالثمن؟ المشهور لا مطلقا، و قيده شيخنا الشهيد الثانى بما إذا تلف، قال: أما مع بقائه فله الرجوع، لانه ماله و هو مسلط عليه بمقتضى النص (1) و لو لم يحصل منه ما يوجب النقل عن ملكه، لأنه إنما دفعه عوضا عن شىء لم يسلم له لا مجانا، بل يحتمل الرجوع مطلقا، وفاقا للمحقق فى بعض فتاويه، لتحريم تصرف البائع فيه، لأنه أكل مال بالباطل فيكون مضمونا عليه. و لو لا ادعاء العلامة فى التذكرة الإجماع على عدم جواز الرجوع مع تلف العين لكان فى غايه القوه، و هو حسن.

و لو باع مالا يملكه مالك فى العرف و العاده كالحر و فضلات الإنسان من شعره و وسخه و الخنافس و البق و البرغوث و القمل و الديدان المتعارفه لم ينعقد البيع، و ان لو حظ بعض المنافع الموصوفه له فى مواضعها.

و لو جمع بين ما يملك بصيغه المبنى للفاعل و ما لا يملك بها فى عقد واحد، كعبده و عبد غيره، صح البيع و لزم فى عبده خاصه بلا خلاف و وقف فى الآخر على الإجازة على المختار فى الفضولى، و يفسد على غيره.

ص: ٢٤

(١-١) و هو قوله عليه السلام: الناس مسلطون على أموالهم.

ثم انه ان أجاز صح البيع و لا خيار،و ان رد تخير المشتري مع جهله بالحال بين الفسخ و الإمضاء.

فإن فسخ رجع كل مال الى مالكة،و ان أمضى صح فى المملوك للبائع بحصه من الثمن.و يعلم مقدارها بتقويمها جميعا،ثم تقويم أحدهما منفردا،ثم نسبة قيمته إلى قيمه المجموع،فيخصه من الثمن بمثل تلك النسبه.

و انما يعتبر قيمتها مجتمعين إذا لم يكن لاجتماعهما مدخل فى زياده قيمه كل واحده.أما لو استلزم ذلك-كمصراعى باب-لم يقوم مجتمعين بل منفردين بلا اشكال مع علم المشتري بالحال،و يشكل مع جهله بها،و الاحتياط لا يترك على حال.

أما لو باع العبد و الحر،أو الشاه و الخنزير و الخمر صح البيع فيما يملك و بطل فى الآخر و يثبت الخيار للمشتري مع الجهل.

و يقومان جميعا ثم يقوم أحدهما منفردا عن الآخر،ثم ينسب قيمته إلى قيمه المجموع و يسقط من الثمن بقدر ما قابل الفاسد بتلك النسبه.

و طريق التقويم فى المملوك ظاهر،و فى غيره فالحر يقوم لو كان عبدا على ما عليه من الصفات و الكيفيات،و الخمر و الخنزير يقومان بقيمتها عند مستحليهما إما بإخبار جماعه منهم كثيره يؤمن من اجتماعهم على الكذب و يحصل من قولهم العلم أو الظن المتآخم له،أو بإخبار عدلين من المسلمين يطلعان على حاله عندهم لا منهم مطلقا.

اشراط تعيين العوضين:

الثانى: تعيين العوضين بما قرر لتعيينهما عادة،بحيث ترتفع الجهاله

منهما من الكيل أو الوزن أو العدد أو الذرع أو المشاهده.

فلو باع ما يكال عادة أو يوزن أو يعد أو يذرع أو يشاهد لا كذلك بطل للغرر.والمعتبر صاع البلد و مكياله المشهور، فلا يجوز بالنادر.و يجوز الاعتماد فى الكيل و الوزن على اخبار البائع.

و لو تعذر (١)الوزن فيما يوزن و العد فيما يعد اعتبر مكيال واحد أولا و أخذ الباقي بعد ذلك بحسابه بلا خلاف فى الجواز.

و انما اختلفوا فى اشتراطه بالتعذر، كما فى المتن و كثير، تبعا لمورد النص (٢)أو التعسر كما قيل، جمعا بينه و بين عموم ما دل على نفيه، أو عدم الاشتراط بشيء منهما كما عليه شيخنا الشهيد الثانى و غيره، لزوال الغرر و حصول العلم و اغتفار التفاوت و للخبرين (٣)، و الأحوط الأول، و الثانى لا يخلو عن وجه.

ثم ان المحكى عن الأصحاب اعتبار الكيل و الوزن فيما بيع بهما فى زمان الشرع مطلقا، و ان لم يبع الان كذلك، و إثباته من النص مشكل، الا أن الأمر فيه هين بناء على عدم معلوميه مثله فى زمانه لنا الان، إلا فى نحو الطعام و الزيت و الجص و أمثالها مما تباع الان كذلك، و ان غير الكيل بالوزن فى بعض و عكس فى آخر و لا- بأس فى المشهور لا- ضبطيه الوزن و يحتاط فى العكس، و ان أحقه جماعه بالأول، للخبر (٤)و فيه ضعف سندا و دلالة، مع أن فى السرائر (٥)نفى الخلاف عن عدم جوازه.

و يتفرع على الشرط أنه لا يكفى مشاهده الصبره المجهوله و لا

ص: ٢٤

١- ١) فى المطبوع من المتن: تعسر.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٢-٢٥٨، ب، ٧.

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٢-٢٥٥، ح ١ و ٢.

٤- ٤) وسائل الشيعه ١٣-٦٣، ح ١.

٥- ٥) السرائر ص ٢١٤.

المكيال المجهول كقصعه حاضره و ان تراضيا عليه، و لا الوزن المجهول كالا اعتماد على صخره معينه و ان عرفا قدره تخميناً أو كالا ه أو و زناه بعد ذلك.

و لا العد المجهول، بأن عولا على ملء اليد، أو آله يجهل ما تشتمل عليه، ثم اعتبر العد به.

و يجوز ابتياع جزء مشاع معلوم بالنسبه كالنصف و الثلث من معلوم بالكيل أو الوزن مطلقا و ان اختلفت أجزاءه كالجواهر و الحيوان بلا خلاف، فيجوز بيع نصف الصبره المعلومه المقدار و الوصف، و الشاه المعلومه بالمشاهده أو الوصف.

و اعلم أن أقسام بيع الصبره عشره، ذكر الماتن منها بعضا منطوقا و بعضها مفهوما.

و جملتها: أنها اما أن تكون معلومه المقدار، أو مجهولته، فان كانت معلومه صح بيعها أجمع، و بيع جزء منها معلوم مشاع، و بيع مقدار معين علم اشتمالها عليه كقفيز و بيعها كل قفيز بكذا، لا بيع كل قفيز منها بكذا.

و المجهوله يبطل بيعها في الأقسام الخمسه، إلا في الثالث بشرط العلم باشتمالها على المقدار كما عن الأكثر، أو مطلقا على قول من يجبر نقص المبيع فيه، إذا تحقق بالخيار بين أخذ الموجود منها بحصه من الثمن و بين الفسخ.

و لا- خلاف فيما عداه، إلا- ما يحكى عن الشيخ من الحكم بالصحه في القسم الرابع، و لو كان الصبره مجهوله، و هو ضعيف كاحتمال الفاضل فيها الصحه في القفيز الواحد لا الجميع.

و هل ينزل القدر المعلوم على الإشاعه، أو يكون المبيع ذلك المقدار في الجملة؟ و جهان، أجودهما: الثاني عند جماعه، و يعضده روايه (1) صحيحه.

ص: ٢٧

و تظهر الفائده فيما لو تلف بعضها، فعلى الأول يتلف من المبيع بالنسبه، و على الثانى يبقى المبيع ما بقى قدره.

ما يشترط فى بيع العين الحاضره:

الثالث: لاتباع العين الحاضره إلا مع المشاهده لها أو الوصف الرافع للجهاله، و يكون فى كل شىء بحسب ما يراد فى المعامله به فى العاده، بحيث تكون المعامله بدونه غررا و مجازفه.

ففى نحو الفرس بنحو الصغر و الكبير دون مقدار اللحم، و فى نحو الغنم المطلوب من شرائه مقداره به، و فى نحو الفيل المطلوب طوله و عرضه كما قيل بهما و فى الثوب المطلوب به أوصافه التى تتفاوت قيمه بتفاوتها بها و هكذا.

و لو كان المراد بيعها طعمها كالدبس مثلا أو ريحها كالمشك و العنبر و نحوهما فلا بد من اختيارها بهما أو الوصف، هذا إذا لم يفسد المبيع به بالاختبار، و الا فيجوز بيعه من دونه، كما يأتى.

و لو بيع مثلهما و لما يختبر بالأمرين و لم يوصف بهما، أو وصف و صفا لم تزل معه الجهاله، بناء على أصاله الصحه من الافه فيما هى الأصل فيه ف فى الجواز و عدمه قولان و لكن أشبههما و أشهرهما الجواز مع العلم به من غير هذه الجهه، كاللون و القوام و نحوهما مما يختلف باختلافه قيمه و له الخيار لو خرج معينا بين الرد و الأرش ان لم يحدث فيه حدثا زائدا على اختباره.

و يتعين الأرش بعد الاحداث فيه الزائد، كما فى غيره من أنواع البيوع، و ان كان المشتري المحدث أعمى على الأقوى، و القول الثانى بالعدم، الا بالاختبار أو الوصف لجماعه من القدماء، و هو أحوط و أولى.

و لو أدى اختباره إلى إفساده كالجوز و البطيخ و شبههما جاز شراؤه بدونه، بعد تعيينه بوجه آخر كما مضى، بل الجواز هنا أولى، و لذا لم يختلفوا فيه هنا، و ان اختلفوا في إطلاقه أو تقييده، بشرط الصحة أو مع البراءة من الالفه أو أحدهما على أقوال، أشهرها و أظهرها أولها، بل قيل: مراد المشترطين جواز البيع بالشرطين لا اشتراطهما، فلا خلاف في المعنى.

و يثبت مع الصحة الأرش لو خرج معيبا لا- الرد لمكان التصرف و يرجع بالثمن كله لو لم يكن لمكسوره قيمه تبذل له عادة، كالجوز الفارغ و البيض الفاسد مطلقا، و لو اشترط البائع البراءة من العيب على الأقوى، و الأظهر الأشهر انفساخ العقد من أصله.

و كذا يجوز بيع المسك في فأره و نافجته (١)، و هي الجلده المشتمله عليه و ان لم تفتق فتختبر، بشرط العلم بمقداره و نحوه مما يعتبر في شرائه و يتفاوت قيمته باختلافه، و لكن فتقه بأن يدخل فيه خيط يابره ثم يخرج و يشم أحوط.

و لا يجوز بيع سمك الإجام من دون ضميمه، إذا لم يكن محصورا مشاهدا لجهالته و لو بعضا، بلا خلاف فيه و لا في الجواز، كما قيل مع الحصر و المشاهده، لانتفاء الجهاله. و الحكم بالمنع مطلق و ان ضم اليه القصب و نحوه على الأصح الأشهر.

و كذلك اللبن في الضرع بفتح الضاد أى الثدي، لم يجز بيعه و لو ضم اليه ما يحتلب منه على الأشهر، خلافا للنهائيه (٢) و جماعه فالجواز فيهما،

ص: ٢٩

١- (١) النافجه: وعاء المسك، الجلده التي يجتمع فيها المسك، و هي سره غزال المسك.

٢- (٢) النهائيه ص ٤٠٠.

و عليه الإجماع فى الغنيه (١)، و له شواهد من المعتبره (٢)، فلا يخلو عن قوه، و لكن المنع أحوط، هذا إذا لم تكن الضميمه مقصوده بالذات فى المعامله، و الا فيجوز قطعاً، كما صرح به جماعه.

و كذا القول فى كل مجهول ضم الى معلوم، ك أصواف الغنم على ظهورها إذا بيعت مع ما فى بطونها خاصه، دونها ان قلنا بمعلوميه الأصواف و الا فلا يجوز مطلقاً و لو كانت الضميمه مقصوده، لمجهوليتهما على هذا التقدير قطعاً، خلافاً للشيخ و جماعه فجزوا بيعها لروايه (٣) ضعيفه.

و كذا لا يجوز بيع كل واحد منهما أى من الأصواف و ما فى البطون منفرداً عن الآخر عند جماعه، و الأظهر الأشهر الجواز فى الأصواف مع المشاهده، لاندفاع الغرر بها و الجهاله، و ان هى إلا كالثمره على الشجره ليست بمكيله و لا موزونه.

و المشهور اشتراط الجز أو كونها مستجزه بالغه أو انه، و هو أحوط و ان كان فى تعيينه نظر.

و لو شرط تأخيرها عن وقت البيع مده معلومه و تبعيه المتجدد لها فى البيع، بنى على القاعده، فإن كان المقصود بالذات هو الموجود صح و الا فلا.

و كذا لا يجوز بيع ما يلقح الفحل و هو ما تحمله الناقه منفرداً إجماعاً.

و كذا بيع ما يضرب الصياد بشبكته منفرداً للجهاله. و كذا منضمماً فيهما، الا أن تكون الضميمه مقصوده بالأصاله.

ص: ٣٠

١- ١) الغنيه ص ٥٢٤.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٢-٢٥٩، ح ٢.

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٢-٢٦١، ح ١.

اشتراط تعيين الثمن:

الرابع: تقدير الثمن و تعيينه و تعيين جنسه و وصفه.

فلو اشتراه بحكم أحدهما أو أجنبى فالبيع باطل بلا خلاف.

و كذا لو اشتراه بثمان مجهول القدر و ان شوهده، أو الصفه كمائه درهم و ان كانت مشاهده لا- يعلم وصفها مع تعدد النقد الموجود، أو الجنس و ان علم قدره، لتحقق الجهاله فى الجميع، فيكون الشراء فاسدا و ان اتصل به القبض. و ليس كالمعاطاه، لأن شرطها اجتماع شرائط البيع، سوى العقد الخاص بلا خلاف.

و حيث بطل البيع يضمن المشتري تلف المبيع مع قبضه و نقصانه بفتح النون الثانيه عطف على تلفه، أى يضمن نقصانه. عينا أو منفعه، بالمثل ان كان مثليا، و الا- فبالقيمه يوم التلف على الأشهر، و قيل: يوم القبض. و قيل: الأعلى منه اليه، و هو أحوط، سيما إذا كانت التفاوت بسبب نقص فى العين أو زياده، بل هو فيه متعين.

و كذا الكلام فى كل بيع فاسد فيضمن القابض التلف و النقصان و ألحق به فى المشهور المأخوذ بالسوم، و فيه اشكال و الاحتياط واضح.

و يجب على البائع أن يرد عليه أى على المشتري ما زاد فى المبيع بفعله مطلقا منفعه كانت الزيادة كتعليم الصنعه أو عينا و هى المشار إليها ب الصبغ على الأشبه الأشهر.

و فيه قولان آخران بعدم وجوب الرد مطلقا، أو فى المنفعه خاصه. أما العين فيجب ردها مع إمكان الفصل، و الا- كان شريكا بالنسبه من قيمه.

و لا يخلو عن وجه و ان كان الأول أحوط، بل و أظهر ان جهل القابض بالفساد و الا فهو حينئذ كالغاصب الذى ليس له الرجوع الى المنفعه بالإجماع، كما فى

المهذب.

و إذا أطلق النقد انصرف الى نقد البلد فلا- يجب التعيين فى اللفظ، و ذلك واضح مع الوحده. و أما مع التعدد فلا- بد من التعيين، الا أن يكون هناك فرد غالب ينصرف إليه الإطلاق فكالواحد.

هذا إذا اختلفت الافراد بحسب قيمه، و ان اختلف بحسب الرغبه خاصه، فالتعيين أيضا أحوط و ان كان فى تعينه نظر.

و ان عين نقدا فى متن العقد لزم كائنا ما كان.

و لو اختلفا فى قدر الثمن فادعى البائع الأ-كثر و المشتري الأقل فالقول قول البائع مع يمينه، ان كان المبيع قائما بعينه و قول المشتري مع يمينه ان كان تالفا على الأظهر الأشهر، و فى الخلاف (١) و ظاهر الغنيه (٢) و غيره الإجماع، و فى المسأله أقوال أخر.

و على المختار لو كانت العين قائمه بعينها، لكنها قد انتقلت عن المشتري انتقالا- لازما، ففى تنزيله منزله التلف و عدمه قولان، أجمدهما: الأول. و لو تلف بعضه، فالظاهر تنزيله منزله الجميع، فالقول فيه و فى سابقه قول المشتري. و كذا لو امتزج بغيره امتزجا لا يمكن تخليصه.

و يجوز أن يوضع و يسقط لظروف السمن و الزيت و نحوهما بعد بيعهما و هما فيها و وزنهما معها ما كان وضعه لها معتادا سواء كان ما جرت به العاده زائدا عن وزن الظروف أم ناقصا لا زائدا عن المعتاد، فإنه لا يجوز الا مع التراضى، كما لو لم تطرد العاده.

اشتراط القدره على العوضين:

الخامس: القدره على تسليمه أى العوض من الثمن أو المثل.

ص: ٣٢

١- ١) الخلاف فى ١-٥٧٠، مسأله ٢٣٦.

٢- ٢) الغنيه ص ٥٢٧.

فلو باع الآبق المتعذر تسليمه منفردا لم يصح إجماعا، إلا إذا قدر المشتري على تحصيله دون البائع فيصح، وفاقا لجماعه، خلافا للشيخ و من تبعه فأطلقوا المنع، و مراعاته أحوط. و على المختار لو باع مع الضميمة، لم يلحقها أحكامها الآتية.

و يصح بيعه لو ضم إليه شيء يصح بيعه منفردا، سواء كان مقصودا بالذات أم لا.

فان وجده المشتري و قدر على إثبات يده عليه، و الا كان الثمن بإزاء الضميمة سواء كان عدم القدره للتلف أو غيره، و لا خيار له بذلك مع علمه بإباقه، أما لو جهل جاز الفسخ.

و يشترط فى بيعه ما يشترط فى غيره من الشروط، سوى القدره على تسليمه.

و لا- يلحق به غيره مما فى معناه، كالبيعير الشارد و الفرس الغابر (1)، على الأشهر الأقوى، بل المملوك المتعذر تسليمه بغير الإباق أيضا، فلا يجوز بيعه منفردا و لا منضمًا، الا أن تكون الضميمة مقصوده بالذات، و كذلك المجحود و الضال على الأقوى.

أما الآداب

ما يستحب فى التجاره:

و أما الآداب: فالمستحب التفقه و لو بالتقليد للعارف الفقيه فيما يتولاه بنفسه، ليعرف صحيح العقد من فاسده، و يسلم من الربا و غايلته.

و التسويه بين المبتاعين بتقديم الباء الموحده من تحت على التاء المثناه من فوق، جمع مبتاع، فى الانصاف و حسن المعامله، فلا يفرق بين المماكس و غيره، و لا بين الوضيع و الشريف. نعم لو فاوت بينهم بسبب فضيله و ديانه فلا

ص: ٣٣

(١-١) غير غبورا الغابر: الماضى.

بأس، كما ذكره جماعة.

و الإقالة و فسخ المعامله لمن استقال و طلبها إذا كان مؤمنا، مشتريا كان أو بائعا.

و الشهاداتان بالتوحيد و الرساله.

و التكبير عند الابتياح قائلا بعدهما: «اللهم انى اشتريته التمس فيه من فضلك فاجعل لى فيه فضلا، اللهم انى اشتريته التمس فيه من رزقك فاجعل لى فيه رزقا» كما فى الصحيحين، و فيهما: ثم أعد كل واحد ثلاث مرات (1).

و ظاهر الدعاء اختصاص استحبابه للشراء للتجاره لا مطلقا، و مع ذلك استحباب التكبير بهذه الكيفيه لا مطلقا، و إلحاق الشهادتين به و الحكم باستحبابهما من دونها، كما فى العبارة و غيرها، لم أفهما من الأثر على خبر، و لعلهما للميمنه و البركه و لا بأس به.

و أن يأخذ ناقصا و يعطى راجحا نقصانا و رجحانا لا يؤدى الى الجهاله بأن يزيد كثيرا بحيث يجهل مقداره تقريبا. و لو تنازعا فى تحصيل الفضيله، قيل:

قدم من بيده الميزان و المكيال.

ما يكره فى التجاره:

و المكروه: مدح البائع سلعته و ذم المشتري له.

و الحلف على البيع و الشراء إذا كان صادقا، و الا فعليه لعنه الله تعالى.

و البيع فى موضع يستر فيه العيب من غير قصد اليه، و الا فيحرم.

و التماس الربح على المؤمن إلا مع الضروره فأخذ نفقه يوم له و ليله موزعه على المعاملين معه فى ذلك اليوم مع انضباطهم، و الا ترك الربح على

ص: ٣٤

المعامل بعد تحصيل قوت يومه. كل ذلك مع شرائهم للقوت، أما للتجاره فلا كراهه مع الرفق، كما فى روايه (١).

و على من يعده بالإحسان كأن يقول: هلم أحسن إليك، فيجعل إحسانه الموعود به ترك الربح عليه.

و السوم و هو الاشتغال بالتجاره ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس، و دخول السوق أولا و الخروج آخرا، بل يبادر الى قضاء حاجته منه و يخرج سريعا، و لا فرق فى ذلك بين التاجر و غيره، و لا بين أهل السوق عاده و غيرهم.

و مبيعه الأدينين و السفله، قيل: و هم الذين يحاسبون على الشئء الدون، أو من لا يسره الإحسان و لا يسوؤه الإساءه، أو من لا يبالي بما قال و لا ما قيل له. و فى الفقيه (٢) نسب التفاسير الثلاثه الى الاخبار، لكن فى تفسير السفله.

و ذوى العاهات و النقص فى الأبدان، كالجنون و البرص و العمى و العرج و الجذام و الأكراد و هم معروفون.

و التعرض ل مباشره الكيل أو الوزن إذا لم يحسن شيئا منهما.

و الاستحطاط أى طلب الوضيعه من الثمن بعد الصفقه و لزوم المعامله.

و الزيادة فى السلعه وقت النداء عليها من الدلال، بل يصبر حتى يسكت ثم يزيد.

و دخوله فى سوم أخيه المؤمن يباع أو شراء، بأن يطلب ابتياع الذى يريد أن يشتريه و يبذل زياده عنه، ليقدمه البائع أو يبذل للمشتري متاعا غير ما اتفق عليه هو و البائع. و قيل: بالمنع عنه. و هو أحوط.

ص: ٣٥

١-١) وسائل الشيعه ١٢-٢٩٣، ب ١٠.

٢-٢) من لا يحضره الفقيه ٣-١٠٠.

و انما يكره أو يحرم بعد التراضى أو ما يقرب منه، فلو ظهر منه ما يدل على عدمه فلا منع أصلاً. و لو كان السوم بين اثنين، سواء دخل أحدهما على النهى أم لا، بأن ابتداءً فيه معاً قبل محل النهى، لم يجعل نفسه بدلاً عن أحدهما.

و لا- كراهه فيما يكون فى الدلالة، لأنها عرفاً موضوعه لطلب الزيادة ما دام الدلال يطلبها، فإذا حصل الاتفاق بينه و بين الغريم، تعلق الكراهه و ان كان بيد الدلال.

و لا كراهه فى طلب المشتري من بعض الطالبين الترك، الا أن يستلزم لجبر الوجه فيكرهه، مع احتمال العدم.

و لا كراهه فى ترك الملتمس منه قطعاً، بل ربما يستحب، لان فيه قضاء حاجه لأخيه.

و أن يتوكل فى بيع المال الحاضر للبادى و هو الغريب الجالب للبلد و ان كان قروياً، و لا يحرم وفاقاً للأكثر.

و قيل: يحرم و القائل الشيخ فى المبسوط (١) و الخلاف (٢) و الحلّى و ابن حمزه، و هو أحوط.

و يشترط فى المنع مطلقاً علم الحضرى بالنهى كما فى كل تكليف، و جهل الغريب بسعر البلد، فلو علم بسعر البلد لم يكرهه، كما يشعر به بعض النصوص (٣)، و لا دليل على اشتراط غير ذلك.

قيل: و لا بأس بشراء البلدى له. و لا بأس به، و ان كانت الكراهه فيه أيضاً محتمله.

و تلقى الركبان القاصدين الى بلد البيع، و الخروج إليهم للبيع عليهم

ص: ٣٦

١-١ (١) المبسوط ٢-١٦٠.

٢-٢ (٢) الخلاف ١-٥٨١، مسأله ٢٨١.

٣-٣ (٣) وسائل الشيعه ١٢-٣٢٧، ب ٣٧.

و الشراء منهم.

و قيل: بتحريمه، و فى الخلاف (١) الإجماع عليه، و هو أظهر خلافاً للأكثر.

وحده أربعة فراسخ فما دون أما ما زاد فإنه تجاره.

و يشترط فى المنع مطلقاً: القصد الى الخروج، و جهل الركب القادم بالمتاع بسعر البلد. فلو صادف الركب فى خروجه لغرض آخر، لم يكن به بأس. و كذا لو خرج قاصداً مع الندامة و الرجوع عما قصده. و كذا لو علم الركب بالسعر لم يكره.

و يستفاد من بعض الاخبار (٢) انتفاء الكراهة بعد وصوله الى حدود البلد، و لا بأس به و ان كانت الكراهة هنا محتملة أيضاً.

و لو باع فى محل المنع، صح على الأصح. و قيل: لا، و هو أحوط.

و على الصحة يثبت الخيار للركب ان ثبت الغبن الفاحش، على الأظهر الأشهر.

و هل هو على التراخى أم الفور؟ مقتضى الأصل الأول، خلافاً للأكثر فالثانى و هو أحوط.

و الزيادة على السلعة موأطأه للبائع يعنى: لا يقدم على شىء لا يريد به ما فوق ثمنه ترغيباً للمشتري، و الأصح تحريمه، وفاقاً للأكثر، و عن جماعه الإجماع عليه.

و هو المسمى ب النجش بالنون و الجيم و الشين المعجمه (٣)، و لا يبطل به البيع، و ان تخير المشتري مع الغبن الفاحش، وفاقاً للأكثر فى الأول

ص: ٣٧

١-١) الخلاف ١-٥٨١، مسأله ٢٨٢.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٢-٣٢٦.

٣-٣) فى «ن»: المعجمات.

و فى الخلاف نفى الخلاف عنه، و لجماعه فى الثانى.

و الاحتكار، و هو حبس الطعام كما عن الجوهرى، أو مطلق الأقوات يتربص به الغلاء، للنهى عنه فى الصحيح (١) و غيره.

و قيل: يحرم و القائل الصدوق و القاضى و الحلى و الحلبى فى أحد قوليه و جماعه من المتأخرين، و لا يخلو عن قوه، خلافاً للشيخين و الفاضل فاختاروا الكراهه.

و انما يكون الاحتكار فى خمس:

الحنطه و الشعير، و التمر و الزبيب و السمن على الأشهر. و قبل: بزيادة الزيت، و لا يخلو عن قوه.

و قيل: بثبوتها فى الملح أيضاً، و القائل الشيخ و ابن حمزه، و لا بأس به على القول بالكراهه.

و انما تتحقق الكراهيه إذا اشتراه و استبقاه لزيادة الثمن مع فقده فى البلد و احتياج الناس اليه و لم يوجد بائع و لا باذل مطلقاً غيره فلو لم يشتره، بل كان من غلته أو استبقاه لقوته، أو وجد فى البلد غيره، أو لم يحتج اليه الناس فلا كراهه. و يحتمل ثبوتها مع انتفاء الشرط الأول أيضاً، و لا حد له غير احتياج الناس مع عدم باذل وفاقاً للأكثر.

و قيل: له حد و هو أن يستبقاه فى زمان الرخص أربعين يوماً، و فى الغلاء ثلاثه أيام، فلا حكره قبل الزمانين، و القائل الشيخ و القاضى.

و يجبر المحتكر على البيع مع الحاجة إجماعاً و هل يسعر الحاكم عليه؟ الأصح الأشهر لا مطلقاً. نعم لو أجهف أمره بالنزول الى ما دونه.

ص: ٣٨

(فى الخيار)

و النظر تاره فى أقسامه، و أخرى فى أحكامه:

و أقسامه على ما فى الكتاب سبعة:

أقسام الخيارات:

الأول: خيار المجلس

الأول: خيار المجلس أضافه الى المجلس مع كونه غير معتبر فى ثبوته بالإجماع، و انما المعتبر عدم التفرق بالأبدان، إما تجوزا فى إطلاق بعض أفراد الحقيقة، أو لأنه حقيقه عرفيه.

و هو ثابت بعد العقد للمتبايعين أى طرفيه مطلقا، كان العقد لهما أو لغيرهما، أو على التفريق على بعض الوجوه فى الأخيرين فى كل بيع ما لم يشترط فيه أى فى العقد سقوطه.

فيسقط به، و بإسقاطه بعد العقد و قبله إذا وقع عليه العقد، لا مطلقا على الأقوى، و بالتصرف مطلقا فى ظاهر الأصحاب، فإن تم إجماعا، و الا ففيه اشكال حيث يكون تصرف كل فى ماله، الا أن يدل على الفسخ.

و جملة ما ذكر من المسقطان ثلاثه، و مع عدم شىء منها يثبت الخيار ما لم يفترقا بأبدانهما، فلو افترقا أو أحدهما عن صاحبه - و لو بخطوه - لزم البيع.

و ظاهر النص (1) و الفتوى اعتبار المباشرة و الاختيار فى الافتراق، فلو فرق بينهما أو افترقا كرها، لم يسقط مع منعهما من التخايير. فإذا زال الإكراه، فلهما الخيار فى مجلس الزوال، فلو لم يمنعا من التخايير لزم العقد.

ص: ٣٩

و لو التزما بالعقد قبل التفرق، أو أحدهما بموجب الالتزام، كائنا ما كان من الثلاثة، سقط خيار الملتزم، و لو كان أحدهما و بقى خيار الآخر.

و لو فسخ أحدهما و أجاز الآخر، قدم الفاسخ و ان تأخر فسخه عن الإجازة.

و هذا الحكم عام فى كل خيار مشترك.

و لو خيره فسكت، بقى خيار الساكت إجماعاً، و كذا المخير على الأشهر الأقوى.

الثانى: خيار الحيوان

الثانى: خيار الحيوان حتى المملوك مطلقاً.

و هو ثلاثة أيام من حين العقد للمشتري خاصة دون البائع على الأصح الأشهر، بل فى الغنيه (1) الإجماع عليه، و عليه عامه من تأخر، و لا فرق بين أن يكون الثمن حيواناً أو غيره.

و يسقط هذا الخيار لو شرط البائع سقوطه فى العقد أو أسقطه المشتري بعد العقد، أو تصرف فيه المشتري بعده سواء كان تصرفاً ناقلاً - لازماً كالبيع، أو غير لازم كالوصية و الهبة قبل القبض أو غير ناقل مما يسمى تصرفاً و حدثاً عرفياً، كأن لامس الأمه، أو نظر منها الى ما كان محرماً عليه قبل الشراء، فيسقط به الخيار، إلا إذا قصد به الاختبار دون الالتزام، فيبقى الخيار وفاقاً لبعض المحققين.

الثالث: خيار الشرط

الثالث: خيار الشرط الثابت به.

و هو بحسب ما يشترط لأحدهما، أو لكل منهما، أو لأجنبى عنهما، أو عن أحدهما، أو له مع أحدهما عنه و عن الآخر، أو له معهما.

و اشتراط الأجنبى تحكيم لا توكيل عمن جعله عنه، فلا خيار له معه.

و كما يجوز اشتراط الخيار له، يجوز اشتراط مؤامرتة و الرجوع الى أمره

ص: ٤٠

و يلزم العقد من جهة المبتاعين في المقامين، و يتوقف على خياره في الأول و أمره في الثاني. فإن أمر بالفسخ، جاز للمشروط له استثماره الفسخ و لا يتعين عليه، و ليس كذلك لو أمر بالالتزام فإنه ليس له الفسخ و ان كان أصلح.

و لا بد أن تكون مدته أي الخيار و كذا الاستثمار مضبوطة غير محتملة للزيادة و النقيصه، متصله بالعقد كانت أو منفصله. و يصير العقد على الثاني جائزا بعد لزومه مع تأخره عن المجلس.

فلو شرطا خيارا و أطلقا من دون بيان مدته، بطل الشرط على الأشهر بين من تأخر، خلافا لكثير من القدماء فيصح، و لكن الخيار إلى ثلاثة أيام، و في الانتصار (١) و الخلاف (٢) و الغنيه (٣) الإجماع عليه فهو أقوى، هذا إذا اشترطه و لم يذكر له مدته.

و أما لو ذكرها مبهمه بحيث كانت محتمله للزيادة و النقيصه لم تجز قولاً واحداً، و ذلك كقدوم الغراه و إدراك الثمرات و نحو ذلك.

و يجوز اشتراط مدته معينه يرد فيها البائع الثمن أو مثله و يرتجع المبيع و انما أفردته بالذكر مع دخوله في السابق لامتيازه عنه، باشتراط الفسخ فيه برد الثمن دونه.

فلو انقضت المده المشترطه و لما يرد الثمن لزم البيع.

و لو تلف المبيع في المده كان من المشتري دون البائع و كذا لو حصل له نماء و فائده كان له دونه.

ص: ٤١

١- ١) الانتصار ص ٢١١.

٢- ٢) الخلاف ١- ٥١٢، مسأله ٢٥.

٣- ٣) الغنيه ص ٥٢٥.

و ظاهر النص (١) و العبارة انفساخ البيع برد الثمن خاصه، و لو تجرد عن الفسخ قبله، خلافا لظاهر الأصحاب كما قيل فاشترطوه، و هو أحوط.

و يسقط هذا الخيار بالإسقاط فى المده و بالتصرف كما يأتى.

الرابع: خيار الغبن

الرابع: خيار الغبن بسكون الباء، و أصله الخديعه، و المراد به هنا البيع و الشراء بغير قيمه.

و اعلم أن مع ثبوته وقت العقد باعتراف الغابن أو البينه بما لا يتغابن به و لا يتسامح فيه غالبا و المرجع فيه الى العاده و ثبوت جهاله المغبون بالغبن بأحد الأمرين قطعاً، و بقوله مع يمينه بشرط إمكانها فى حقه على احتمال قوى يثبت له أى للمغبون كائنا من كان الخيار بين الفسخ و الإمضاء.

و ظاهر العبارة كصريح الجماعه أنه لا أرش مع الإمضاء، و عليه الإجماع فى التذكرة.

و فى سقوط الخيار ببذل الغابن التفاوت قولان، أجودهما و أشهرهما:

العدم.

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

الا- أن يكون المغبون المشتري و قد أخرج عن ملكه، أو عرض له مانع من رده و ان لم يخرج عن ملكه، فيسقط خياره، إذ لا يمكنه حينئذ رد العين المنتقله إليه ليأخذ الثمن، خلافا لجماعه فتنظروا فى إطلاق الاستثناء.

قيل: للضرر على المشتري مع تصرفه فيه على وجه يمنع من رده، لو قلنا

ص: ٤٢

بسقوط خياره به مع الجهل بالغبن أو بالخيار، و الضرر منفي بالخبر، بل هو مستند هذا الخيار، إذ لا نص فيه بخصوصه، و حينئذ فيمكن الفسخ مع تصرفه كذلك، و إلزامه بالقيمة ان كان قيميا و المثل ان كان مثليا، جمعا بين الحقين، و كذا لو تلفت العين أو استولدت الأمه كما يثبت ذلك لو كان المتصرف المشتري و المغبون البائع، فإنه إذا فسخ فلم يجد العين، يرجع الى المثل أو القيمة.

و استوجه هذا الاحتمال شيخنا في الروضه، الا أنه قال: لكن لم أقف على قائل به. نعم لو عاد الى ملكه بفسخ أو إقاله أو غيرهما أو موت الولد، جاز له الفسخ ان لم ينافى الفوريه (١).

الخامس: خيار التأخير

الخامس: خيار التأخير أى تأخير إقباض الثمن و المثل.

ف من باع و لم يقبض الثمن و لا قبض بتشديد الباء المبيع و لا اشترط التأخير فيهما، احترز به عن النسيه و السلف فالبيع لازم للمتبايعين ليس لهما الخيار إلى ثلاثة أيام.

و مع انقضاءها و الحال هذه يثبت الخيار بين الفسخ و الإمضاء للبائع خاصه.

و لا فرق فى المبيع بالإضافه إلى مدته الخيار بين الأمه و غيرها فى إطلاق النصوص (٢) و الفتاوى.

و قيل: الخيار فيها الى شهر للصحيح (٣). و هو فى الجملة أحوط، و ان كان الأول مطلقا أجود.

و المعتبر قبض الكل، فلا عبره بالبعض و كونه بإذن المالك، فلا أثر لما يقع

ص: ٤٣

١- (١) الروضه ٣-٤٦٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢-٣٥٦، ب ٩.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٢-٣٥٧، ح ٦.

بدونه، كما لو ظهر الثمن مستحقا كلاً أو بعضاً.

ولا يسقط هذا الخيار بمطالبه البائع الثمن بعد الثلاثه، وان كان قرينه للرضا بالعقد، على اشكال مع القرينه. ولا يسقط ببذل المشتري الثمن بعدها على الأقوى.

فإن تلف المبيع بعد ثبوت الخيار بانقضاء الثلاثه مع شروطه، كان من البائع إجماعاً.

وقد اختلف فيما لو تلف في الثلاثه، ف قال المفيد: و كثير ممن تبعه يتلف في الثلاثه من المشتري و بعدها من البائع و عليه الإجماع في الانتصار (١) و الغنيه (٢).

و الوجه تلفه من البائع في الحالين، لان التقدير أنه لم يقبض و قد قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله:

كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه (٣). و عليه استقر رأى المتأخرين كافة، بحيث كاد أن يكون إجماعاً، كما صرح به في الخلاف. و في المسأله قول آخر بالتفصيل، و لا وجه له.

و لو اشترى ما يفسد من يومه و لو بنقص الوصف و فوات الرغبه، كما في الخضراوات و اللحم و العنب و كثير من الفواكه ففي روايه (٤) مرسله عمل بها الأصحاب كافة، كما في المهذب مؤذنا بدعوى الإجماع كما في صريح الغنيه أنه يلزم البيع الى الليل، فان لم يأت المشتري بالثمن فلا بيع له و يثبت الخيار للبائع.

و في نسبه الحكم إلى الروايه إشعار بالتردد في المسأله، و لعله ليس لضعف السند أو الدلاله، بل لان الظاهر أن هذا الخيار انما شرع لدفع الضرر.

ص: ٤٤

١-١ (١) الانتصار ص ٢١٠.

٢-٢ (٢) الغنيه ص ٥٢٥.

٣-٣ (٣) مستدرک الوسائل ٢-٤٧٣.

٤-٤ (٤) وسائل الشيعه ١٢-٣٥٨، ح ١ ب ١١.

و إذا توقف ثبوته على دخول الليل مع كون الفساد يحصل من يومه- كما فرض في الخبر- لا يندفع به الضرر، و انما يندفع به قبل الفساد.

و لذا فرضه شيخنا في الدروس (١) خيار ما يفسده المبيت، و هو حسن و ان كان فيه خروج عن ظاهر النص، لتلافيه بخبر نفى الضرر (٢)، مع أن حملة عليه بإرادته الليلة أيضا من اليوم محتمل.

و الأقرب تعديه الى كل ما يتسارع اليه الفساد عند خوفه، و لا يتقيد بالليل. فلو كان مما يفسد في يومين، تأخر الخيار عن الليل الى حين خوفه.

و في إلحاق خوف فوات السوق بخوف الفساد وجهان، و الأحوط بل الأظهر العدم.

و ظاهر العبارة و صريح جماعه- كالغنية مدعيا الإجماع عليه- كون هذا الخيار من جملة أفراد خيار التأخير، فيشترط فيه ما يشترط فيه من الأمور الثلاثة.

السادس: خيار الرؤية

السادس: خيار الرؤية و هو انما يثبت في بيع الأعيان الحاضرة أى المشخصه الموجوده في الخارج إذا كان بالوصف من غير مشاهدته مع عدم المطابقه. و كذا لو بيعت برؤيه قديمه، لو ظهرت بخلاف ما رآه، الا أنه ليس من أفراد هذا القسم، بقريته قوله: و لا يصح البيع في مثلها حتى يذكر الجنس و الوصف الرافعين للجهاله و يشير الى معين، و ذلك لان ما ذكر من الشرط مقصور على ما لم ير أصلا إذ لا يشترط وصف ما سبقت رؤيته.

و يتفرع على الشرط أنه لو انتفى بطل، و لو انتفت الإشارة كان البيع كليا لا

ص: ٤٥

١-١) الدروس ص ٣٦٢.

٢-٢) و هو الخبر المتفق عليه بين الفريقين قوله عليه السلام: لا ضرر و لا ضرار.

يوجب الخيار لو لم يطابق المدفوع بل عليه الابدال.

و حيث وقع البيع على المشار اليه الموصوف فان كان موافقا للوصف من دون زياده و نقيصه لزم البيع و الا يوافق بأن نقص عنه كان للمشتري الرد إذا كان هو الموصوف له دون البائع.

و كذا لو لم يره أى المبيع البائع و باعه و اشترى المشتري منه بالوصف من غير رؤيه،سواء كان الموصف له المشتري أو الأجنبي كان الخيار للبائع لو كان المبيع بخلاف الصفه و ليس للمشتري خيار مع الرؤيه.و ان اشترى هو بالوصف أيضا،فله الخيار كالبائع إذا زاد و نقص باعتبارين و يقدم الفاسخ منهما كما مضى.

و هل هذا الخيار على الفور أو التراخي؟قولان،أشهرهما و أحوطهما الأول و ان كان أجودهما الثانى،الا إذا استلزم الضرر فيلزم بالاختيار.

و سيأتى خيار العيب إن شاء الله تعالى و هو السابع،و انما أخره لكثره مباحته،فحسن جعله أصلا برأسه.

أحكام الخيارات:

و أما الأحكام المتعلقة بالخيار فمسائل:

الأولى:خيار المجلس يختص بالبيع و يجرى فى جميع أنواعه دون غيره من سائر العقود.

الثانية:التصرف ممن له الخيار يسقط خيار الشرط سواء كان التصرف فى ماله أو المنتقل إليه،فان فى الأول فسخ للعقد،و فى الثانى التزام به بلا- خلاف و لا إشكال،إلا إذا اقترن بما يدل على عدم الفسخ و الالتزام فلا يسقط، كبيع الشرط المشترط فيه الفسخ برد مثل الثمن.

الثالثة: الخيار بأنواعه يورث، مشروطا كان أو لازما بالأصل أى بأصل الشرع، بلا خلاف و لا إشكال، إلا فى خيار المجلس فوجهان و قولان، إلا أن ظاهر السرائر الإجماع على أنه يورث، فإن كان الخيار خيار الشرط مثلا، يثبت للوارث بقيه المده المضروبه كما للمورث. فلو كان غائبا أو حاضرا و لم يبلغه الخبر حتى انقضت المده، سقط خياره.

و لو تعددت الورثه و اختلفوا فى الفسخ و الإجازة، قيل: قدم الفاسخ. و فيه نظر. و على تقديره ففى انفساخ الجميع أو فى حصته، ثم يتخير الآخر لتبعض الصنفه و جهان. و لو جن، قام وليه مقامه.

الرابعه: المبيع يملك بالعقد على الأظهر الأشهر، و فى السرائر الإجماع.

و قيل: به و بانقضاء الخيار مع عدم الفسخ، اما مطلقا كما عن الإسكافى أو بشرط كون الخيار للبائع، أو لهما. و الا فكالأول كما عن الشيخ فى نقل، و فى آخر أنه يخرج عن ملك البائع خاصة، و ان لم يدخل فى ملك المشتري.

و على هذا القول فهل الانقضاء مع عدم الفسخ ناقل كما عن الأول، أو كاشف كما عن الثانى؟ أجودهما الثانى.

و تظهر الثمره فى صور منها: فى النماء المتخلل المنفصل كاللبن و الحمل، و الثمره المتجدده فى زمن الخيار، فللمشتري على المختار مطلقا، و كذا على الكشف ان لم يفسخ، و للبائع مطلقا على القول الآخر.

و منها: فى الأخذ بالشفعه زمن الخيار، و فى جريانه فى حول الزكاه لو كان زكويا.

و منها: ما أشار إليه بقوله:

و إذا كان الخيار للمشتري، جاز له التصرف فى المبيع و ان لم يوجب البيع على نفسه قبله على المختار، و توقف على الإيجاب، أو انقضاء مده الخيار على غيره. و لا فرق فى التصرف بين

أنواعه.

و كذا إذا كان الخيار للبائع، فله التصرف في الثمن مطلقاً، وليس للمشتري التصرف في المبيع حينئذ، إذا كان ناقلاً كالبيع و الوقف و الهبة، إلا بإذن الآخر.

نعم له الاستخدام و المنافع و الوطى على اشكال فيه. فان حبلت، فالأقرب الانتقال إلى قيمه الأمه مع فسخ البائع، لا قيمه الولد و العقر، خلافاً للشيخ فإليهما بناء على عدم الانتقال الموجب لعدم الاستيلاء.

الخامسة: إذا تلف المبيع المشخص قبل قبضه، فهو من مال بائعه بالنص (1) و الإجماع.

و ظاهرهما اختصاص الحكم بالتلف بآفه منه سبحانه لا بجنايه جان، فيرجع في التلف بها إلى مقتضى القاعده، و النماء بعد العقد قبل التلف بالآفه للمشتري لوقوع الفسخ بالتلف من حينه على الأصح.

و كذا لو تلف بالآفه بعد قبضه و قبل انقضاء خيار المشتري فإنه من البائع إذا لم يكن له خيار، فان التلف زمن الخيار ممن لا خيار له بلا خلاف، و إذا كان له خيار أيضاً فمن المشتري بلا خلاف يعرف.

و لو تلف بعد ذلك أى بعد انقضاء الخيار كان من المشتري.

و كل ما ذكر في هذه المسألة من الاحكام في تلف المبيع، فهي بعينها جاريه في تلف الثمن، فإنه قبل قبضه من مال المشتري مطلقاً، و كذا بعده قبل انقضاء خيار البائع. و منه إذا كان الخيار لهما، أو كان التلف بعد انقضاء خيار المشتري.

السادسه: لو اشترى ضيعه رأى بعضها و وصف له سائرهما، كان له الخيار فيها أجمع، إذا لم تكن على الوصف الذى وقع عليه العقد، و لا يجوز له الفسخ في البعض.

ص: ٤٨

١-١) وسائل الشيعه ١٢-٣٥٨، ب ١٠ من أبواب الخيار، و النبوى المروى فى المستدرک ٢-٤٧٣.

إشاره

(فى لواحق البيع)

و هى خمسہ:

أحكام النقد و النسيئہ:

إشاره

الأول: فى بيان النقد و النسيئہ و أحكامهما.

اعلم أن البيع بالنسبه إلى تعجيل الثمن و المثلن و تأخيرهما، و التفريق بتعجيل الأول و تأخير الثانى و بالعكس أربعة أقسام: فالأول النقد، و الثانى بيع الكالى بالكالى، و الثالث السلف، و الرابع النسيئہ.

و كلها صحيحه عدا الثانى، هذا إذا شرط أحد الأمور الأربعة فى ضمن العقد.

و أما لو تجرد عنها ك من باع شيئاً مطلقاً من دون اشتراط تأجيل فى أحد العوضين و لا تعجيل فالثلثن و كذا المثلثن حال، كما لو شرط تعجيله فيجب التسليم فى الحال.

و اشتراط التعجيل ان كان من دون تعيين زمان أفاد التأكيد خاصه فى المشهور و ان كان معه بأن شرط تعجيله فى هذا اليوم مثلاً، تخير المشروط له- لو لم يحصل الشرط فى الوقت المعين- بين الفسخ و الإمضاء، وفاقاً للشهيدىن، بل استحسناً ثانيهما ثبوت الخيار مع الإطلاق أيضاً، لو أخل به عن أول وقته للإخلال بالشرط و لا بأس به.

و لو شرط التأجيل فى الثمن مع تعيين المده صح و لا فرق فيها

بين القصيره و الطويله،حتى نحو ألف سنه مما يعلم المتعاقدان عدم بقائهما إليه عاده.

و لو لم يعين المده بطل البيع و كذا يبطل لو عين أجلا- محتملا للزيادة و النقيصه كقدوم الغزاه و إدراك الثمرات،أو مشتركا بينهما و ان كان فى الجملة معينا،كنفرهم من منى و شهر ربيع أو يوم جمعه أو خميس مثلا.

و قيل:فى الأخير يصح،و يحمل على الأول،لكن يعتبر علمهما بذلك قبل العقد،ليتوجه قصدهما إلى أجل مضبوط،فلا يكفى ذلك شرعا مع جهلهما أو أحدهما به.و مع القصد لا إشكال فى الصحه،و ان لم يكن الإطلاق منصرفا إليه عاده.

و كذا يبطل البيع لو قال: بعتك هذا بكذا و كذا نقدا و بكذا و كذا نسيئه على الأظهر الأشهر.

و لكن فى روايه (١) أن له أقل الثمنين نسيئه إلى أبعد الأجلين و عمل بها الشيخ فى النهايه (٢)،و لكنه قد رجع عنها فى المبسوط (٣)،فتكون شاذه و مع ذلك قاصره السند،بل ضعيفه مخالفه للأصول الشرعيه.

ثم على المختار هل لهذا البيع حكم البيع الفاسد؟فيرجع مع تلف المبيع الى المثل أو قيمه،أم لا؟بل يرجع معه الى ما فى هذه الروايه،أشهرهما بين المتأخرين الأول،و بين المتقدمين الثانى للصحيح (٤)،و عليه الإجماع فى الغنيه،و لا بأس به.

ص: ٥٠

١- ١) و هى خبر السكونى وسائل الشيعه ١٢-٣٦٧، ح ٢.

٢- ٢) النهايه ص ٣٨٨.

٣- ٣) المبسوط ٢-١٤١.

٤- ٤) وسائل الشيعه ١٢-٣٦٧، ح ١.

و ظاهر الأصحاب عدم الفرق فى الحكم صحه و بطلانا بين ما تقدم و بين ما لو كان المبيع المتردد فى ثمنه إلى أجلين كشهر
بدينار و شهرين بدينارين، فان كان إجماع، و الا كما يقتضيه قوله:

بطل من دون إشاره إلى خلاف من فتوى أو روايه، كان المختار هنا أقوى منه فيما مضى، لفقد المعارض فيه أصلا.

و يصح أن يتناع البائع ما باعه من المشتري نسيئه قبل الأجل بزياده من الثمن الذى باعه به و نقصان بجنس الثمن و غيره، حالا و
مؤجلا بلا خلاف إذا لم يشترط البائع فى البيع الأول ذلك أى بيعه منه ثانيا، و لا يصح إذا اشترط بلا خلاف.

و لو حل الأجل فابتاعه من المشتري بغير جنس الثمن أو بجنسه من غير زياده و لا نقصان صح بلا خلاف يظهر.

و لو زاد عن الثمن الذى باع أولا أو نقص عنه ففيه روايتان (1) و قولان أشبههما و أشهرهما الجواز نعم يكره خروج من شبهه
الخلافاً.

و لا يجب على المشتري دفع الثمن قبل حلوله و ان طلب البائع إجماعاً.

و لو تبرع بالدفع حينئذ لم يجب على البائع القبض منه.

و لو حل الأجل و كان الثمن غير مؤجل مطلقاً، فى الذمه كان أو معيناً فدفعه المشتري و جب على البائع القبض منه إجماعاً.

و لو امتنع البائع منه فى المقامين فهلك من غير تفريط من البازل فيه تلف من البائع مطلقاً وفاقاً لجماعه، خلافاً لآخرين فخصوه
بما إذا لم

ص: ٥١

يتمكن من الدفع الى الحاكم،و لا يخلو عن قوه،بل ادعى عليه الشهره،لكنه غير ملازم لوجوب الدفع بعد امتناع البائع من القبض أول مره،فله التصرف فيه،و التأخير بدفعه و لو الى الحاكم حيث يكون كليا الى أن يطالبه المالك، أو من يقوم مقامه،الا أن الإيصال إليه مهما أمكن أحوط،مسارعه إلى إبراء الذمه و تفصيا عن فتوى الجماعه.

و كذا الكلام فيما مر من الاحكام فى طرف البائع لو باع سلما و سلفا،فلا يجب عليه الدفع قبل الأجل و يجب بعده،و على المشتري قبوله هنا لا فى سابقه،و مع عدم قبوله حيث يجب عليه فالتلف منه مطلقا،أو على التفصيل المتقدم.

و كذا الحكم فى كل حق واجب امتنع مستحقه عن قبضه.

و اعلم أن البيع بالنسبه الى الاخبار بالثمن و عدمه أربعة أقسام:لأنه اما أن يخبر به أولا،و الثانى المساومه،و الأول:ان بيع معه برأس المال فتوليه،أو زياده عليه فمراجه،أو بنقصان عنه فمواضعه،و الجميع جائز،و لكن الأول أفضل،و يجب فيما عداه ذكر رأس المال من غير زياده و لا نقصان،و كذا الأجل ان كان.

و عليه ف لو ابتاع بأجل و باع مراجه أو توليه أو مواضعه فليخبر المشتري بالأجل.

و لو لم يخبره صح البيع بلا-خلاف،و لكن كان للمشتري الخيار بين الرد و الإمساك بالثمن حالا و لو لم يكن له من الأجل المذكور شىء أصلا،وفاقا للمشهور.

و كذا الحكم فيما لو ظهر كذبه فى الاخبار بقدر الثمن أو بجنسه أو وصفه، أو غلظه فيه بينه أو إقرار.

و لكن فى روايه بل روايات (١) معتبره الأسانيد، عمل بها الشيخ و جماعه أن للمشتري من الأجل مثله و لا يخلو عن قوه، و لكن المسأله بعد محل الشبهه و فيها قول آخر بالتفصيل لا وجه له.

و هنا مسائلتان:

الأولى: إذا باع مرابحه فلينسب الربح إلى السلعه كأن يقول: بعتكها بكذا و ربح كذا.

و لو نسبه الى المال كأن يقول: بعتكها بمائه و ربح المائه عشر مثلاً ف فيه قولان، أصحهما و أشهرهما بين المتأخرين الجواز مع الكراهيه و القول الثانى الحرمه، ذهب اليه الشيخ فى النهايه (٢)، و لكنه قد رجع عنه فى المبسوط (٣) و الخلاف (٤) الى الجواز مدعياً عليه الإجماع.

الثانيه: من اشترى أمتعه صفقه أى فى عقد واحد، و سمي بذلك اعتباراً بما كانوا يصنعونه من وضع أحدهما يده فى يد صاحبه حال البيع، أو أنه يصفق أحدهما على يد الآخر عند انتهاء العقد لم يجز بيع بعضها مرابحه و توليه و مواضعه سواء قومها أو بسط الثمن عليها و باع خيارها بلا خلاف فيما إذا كانت متفاضله، و كذا إذا كانت متساويه على الأقوى.

و لو أخبر بذلك أى ببيعه الأول و تقويمه المبيع بما يقابله من الثمن جاز مطلقاً بلا خلاف، و لكن يخرج بذلك عن وضع المرابحه لأنه

ص: ٥٣

١-١) وسائل الشيعه ١٢-١٠٠، ب ٢٥.

٢-٢) النهايه ص ٣٨٩.

٣-٣) المبسوط ٢-١٤١.

٤-٤) الخلاف ١-٥٦٤، مسأله ٢٢٣.

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

و لو قوم التاجر على الدلال متاعا بقيمه معينه و لم يواجهه البيع بإجراء الصيغه و جعل له الزائد عنها أو شاركه فيه،أو جعل لنفسه قسطا و شيئا معيناً و للدلال الزائد عليه لم يجز للدلال بيع ذلك المتاع مرابحه بلا خلاف،لانه كاذب في اخباره،إذ مجرد التقويم لا يوجهه.

و يجوز لو أخبر بالصوره الا أنه خارج عن وضع المرابحه كما قلناه في الأول.

و لو باع زائدا يكون للدلال الأجره أجره المثل و تكون الفائده الزائده المشترطه له للتاجر مطلقا سواء كان التاجر دعاه أولا كأن قال له:بيع هذا بكذا و لك ما زاد أو ابتدأه الدلال فقال:أخبرني بثمان هذا المتاع و أربح على فيه شيئا لا-بيعه ففعل ذلك التاجر،هذا هو المشهور.

و من الأصحاب كالشيخين و القاضى من فرق بين الصورتين،فوافق الأ-كثر في الثانيه،و خالفهم في الأول فأبأ حواله الزيادة،للمعتبره (١)المستفيضه،و حملها على صوره الجعاله جماعه،و الاولى حملها على المراضاه،و نفى البأس معها لا ينافى جواز رجوع رب المال عما قال أولا.

ما يدخل فى المبيع:

الثانى:فى بيان ما يدخل فى المبيع عند إطلاق لفظه.

من باع أرضا مقتصرا على لفظها لم يدخل فيها نخلها و شجرها

ص:٥٤

بلا خلاف الا أن يشترط الدخول فيدخل إجماعاً، أو يقول بحقوقها عند جماعه.

و لا يدخل على الأقوى الا أن يكون هناك عاده تحكم بالدخول بمجرد ذلك فيدخل قطعاً، كما في كل موضع تكون فيه عاده فإنها قرينه. و انما الكلام في هذه المباحث فيما تجرد عنها.

و في روايه (١) صحيحه أنه إذا ابتاع المشتري الأرض قائلاً بحدودها و ما أغلق عليه بابها فله جميع ما فيها من نخل أو أشجار و غيرهما.

و ظاهر العبارة التردد فيها، و لا وجه له بعد صحه السند، و موافقه المضمون منطوقاً لمقتضى اللفظ لغه و عرفاً، مع أن في التنقيح (٢) لا خلاف فيها.

و كما لا يدخل في الأرض النخل و الشجر الا مع الشرط فكذا الزرع، سواء كان مجزوراً (٣) أم لا على الأقوى.

و لو ابتاع داراً دخل في مفهومها العرصه، و الحيطان، و الأبواب، و الاغلاق المنصوبه، و الأخشاب المستدخله، و السلم المثبت، و المفتاح على قول، و بيت الأعلى و الأسفل لاقتضاء العرف ذلك كله الا أن يتغير و تشهد العاده للأعلى بالانفراد كما في بعض البلاد فتخرج حينئذ.

و لو باع نخلاً مؤبراً بتشقيق طلع الإناث و ذر طلع الذكور فيه ليجيء الثمره أصلح فالثمره للبائع على الأشهر الأصح الا أن يشترط أو يكون هناك عاده فنتبع.

و كذا لو باع شجره مثمره و فيها ثمرتها مطلقاً، سواء كان قطناً قد خرج جوزقه و لم يتشقق، أو ورداً لم يفتح أو غيرهما على الأقوى أو دابه حاملاً لم

ص: ٥٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٢-٤٠٥، ب ٢٩.

٢- (٢) التنقيح الرائع ٢-٦٢.

٣- (٣) أي مقطوعاً.

يدخل الثمره و لا الحمل فيهما على الأظهر الأقوى.

وقيل: بالدخول، وهو ضعيف، إلا مع العاده أو الشرط فيصح، سواء قال: بعثك هذه الجارية و حملها، أو شرطت لك و حملها، أو بعثتها بكذا و حملها بلا- خلاف فيما عدا الصورة الأولى، على قول جماعة فيها أيضا، لقاعده الضميمة خلافا للتذكرة فيبطل للجها له.

و لو لم تؤبر النخلة و بيعت فالطلع للمشتري بلا- خلاف فتوى و نصا (1). و هل يختص ذلك بالبيع أم يعم سائر وجوه الانتقالات كالهبة و الصلح و نحوهما؟ قولان، أجودهما: الأول، إلا مع العرف أو الشرط، وهو الأشهر، و فى كلام بعض الإجماع عليه.

أحكام القبض:

الثالث: فى بيان القبض و أحكامه:

إطلاق العقد و تجريدته من شرط تأخير أحد العوضين، أو تأخيرهما إذا كانا عينين أو أحدهما يقتضى وجوب تسليم المبيع و الثمن على المتبايعين فورا، فيتقاضان معا لو تمانعا من التقديم، سواء كان الثمن عينا أو دينا، على الأشهر الأقوى. فإن امتنعا أجبرهما الحاكم معا مع إمكانه، كما يجبر الممتنع من قبض ماله.

و يجوز اشتراط تأخير قباض أحد العوضين مده معينه و الانتفاع به منفعه معينه.

و لا يجب على المشروط له فوريه الإقباض، بل له التأخير إلى الأجل، و لا كذلك

ص: ٥٦

غيره، فيجب عليه الإقباض فوراً.

و القبض هنا و فى كل موضع يعتبر هو التخليه بين العين و مستحقها بعد رفع اليد عنها فيما لا ينقل كالعقار اتفاقاً و كذا فيما ينقل عند المصنف هنا و فى الشرائع (١).

و قيل: فى القماش و نحوه مما يتناول باليد كالدراهم و الدنانير و الجواهر هو الإمساك باليد، و فى الحيوان كالعبد و البهيمه هو نقله و فى المكيل و الموزون الكيل و الوزن مع رفع اليد عنه، و القائل الأكثر.

و هنا أقوال أخر، أجودها ما فى المختلف من أنه فى المنقول هو النقل أو الأخذ باليد، و فى المكيل و الموزون هو ذلك أو الكيل و الوزن.

و الفرق بينه و بين المشهور من وجهين: الاكتفاء عليه فى المنقول بأخذ اليد من غير احتياج الى النقل، و فى المكيل و الموزون بهما من غير احتياج الى الكيل و الوزن. و عدم الاكتفاء بشيء من ذلك على المشهور فى المقامين، بل لا بد من النقل فى الأول، و من الكيل و الوزن فى الثانى.

فلو قبض باليد فيهما، لم يحصل القبض مطلقاً، و العرف ياباه و يوجب المصير الى هذا القول لموافقته له ظاهراً، فالقول به أقوى، و يمكن تنزيل قول الأكثر و أدلته عليه، و ان كان المصير الى قولهم فى بعض الأحيان أحوط.

و حيث اعتبرنا الكيل و الوزن، ففى الافتقار الى اعتباره للقبض ثانياً أو الاكتفاء بالاعتبار السابق و جهان، أجودهما: الأول، وفاقاً لجمع.

و يجب عند الإقباض تسليم المبيع حال كونه مفرغاً من أمتعته البائع و غيرها مما لا يدخل فى المبيع فلو كان فيه متاع فعلى البائع إزالته و إخراجه فوراً.

ص: ٥٧

و لو كان مشغولا بزرع لم يبلغ، ووجب الصبر إلى أوان بلوغه ان اختاره البائع، ثم ان كان المشتري عالما بالحال، و الا تخير بين الفسخ و الصبر، و ان احتاج الى مضي زمان يفوت فيه شيء من النفع المعتد به.

و لو كان فيه ما لا يخرج الا بهدم، ووجب أرشه على البائع.

ثم ان التفريغ و ان كان واجبا، الا أن الظاهر عدم توقف القبض عليه، بل لو رضى المشتري بتسليمه مشغولا تم و وجب التفريغ بعده.

و لا بأس ببيع المشتري ما لم يقبض إذا لم يكن مكيلا و لا موزونا بلا خلاف.

و يكره فيما يكال أو يوزن مطلقا و تتأكد الكراهيه فى الطعام وفاقا لجماعه، بل المشهور كما قيل.

و قيل: يحرم اما مطلقا طعاما كان أو غيره، بتوليه أو غيرها كما عن العماني أو إذا كان طعاما خاصه، كما عن الصدوق و القاضى و المبسوط (١) و الغنيه، مدعين عليه الإجماع، و لا يخلو عن قوه.

و فى روايه صحيحه بل روايات (٢) لا تتبعه حتى تقبضه، الا أن توليه و سياق العبارة يشعر بعدم قائل بها، و هو كذلك قبل زمانه، و أما بعده فقد اختاره الفاضل و شيخنا الشهيد الثانى فى جملة من كتبهما، و بها جمعا بين الاخبار المختلفه.

و الجمع بينها بما ذكرناه من الكراهه مطلقه فيما عدا الطعام و مؤكده فيه، الا مع التوليه فتخف الكراهه أولى.

و لو قبض المشتري المكيل فادعى نقصانه، فان حضر الاعتبار أى الكيل و شهدته فالقول قول البائع مع يمينه بلا خلاف أجده، هذا ان ادعى الغلط.

ص: ٥٨

١- ١) المبسوط ٢- ١١٩.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٢- ٣٨٧، ب ١٦.

و ان ادعى عدم وصول الحق، أو لم يحضره أى الاعتبار فالقول قوله أى المشتري مع يمينه قطعاً.

و كذا القول بالتفصيل بين صورتي الحضور و دعوى الغلط فالأول و غيرها، فالثاني فى الموزون و المذروع و المعدود.

ما يصح اشتراطه فى العقد:

الرابع: فى بيان أحكام الشروط المسوقه فى متن العقد التى لم يعلق عليها.

و يصح منها ما كان سائغاً لم يمنع عنه كتاب و لا- سنه، و يدخل فيه اشتراط أن لا- يؤدى الى الجهالة و داخلاً تحت قدره للمشروط عليه كقصاره الثوب و نحوها و غير مناف لمقتضى العقد، و يجب الوفاء بها مطلقاً على الأشهر الأقوى و فى الغنيه و السرائر الإجماع.

و لا- يجوز اشتراط غير السائغ، و ضابطه: ما أحل حراماً أو حرم حلالاً بأصل الشرع لا بتوسط العقد، و لا غير المقذور، كبيع الزرع على أن يصيره سنبلًا و الدابه على أن تصير حاملاً و نحو ذلك، سواء شرط أن يبلغ ذلك بفعله أم بفعل الله تعالى.

و لا بأس باشتراط تبقية أى الزرع فى الأرض، إذا بيع أحدهما دون الآخر، إلى أوان السنبل. و لا يعتبر تعيين مده البقاء، بل يحمل على المتعارف لانه منضبط.

و يلزم البائع حينئذ التبقية إلى الغايه، كما أن مع إطلاق الابتياح من دون اشتراط التبقية يلزم البائع أيضاً إبقاؤه إلى إدراكه.

و كذا لو اشترى الثمره منفرده عن الأصول مطلقاً، أو بشرط التبقية

يلزم البائع التبعيه ما لم يشترط على المشتري الإزالة و على المشتري إزالتها مع اشتراطها.

و يصح بيع الرقيق مع اشتراط العتق مطلقا، أو عن المشتري بلا- خلاف، و عن البائع فيه قولان، أجودهما: الصحه كما عن التذكرة مؤذنا بدعوى الإجماع و كذا التدبير و الكتابه يصح اشتراطهما، فان وفا بالشروط، و الا تخير البائع بين فسخ البيع و إمضائه، فإن فسخ استرده و ان انتقل قبله عن ملك المشتري.

و كذا يتخير لو مات قبل العتق، فان فسخ رجع بقيمه يوم التلف على قول.

و كذا لو انعتق قهرا.

و لو اختار الإمضاء فهل يرجع على المشتري بما يقتضيه شرط العتق من القيمة فإنه يقتضى نقصانا من الثمن أم يلزم ما عين له منه خاصه؟ قولان، و لعل أجودهما:

الثانى.

و على الأول طريقه معرفه الشرط أن يقوم العبد بدونه و يقوم معه، و ينظر التفاوت بين القيمتين، و ينسب إلى القيمة التى هى مع الشرط، و يؤخذ من المشتري مضافا الى الثمن بمقدار تلك النسبه. و كذا كل شرط لم يسلم لمشرطه، فإنه يفيد تخيره بين فسخ العقد المشروط فيه و إمضائه.

و لو اشترط أن لا يعتق أو لا يطاء الأمه بطل الشرط فى المشهور، فان كان إجماعا، و الا فالأظهر الصحه.

و على المشهور قيل: يبطل الشرط خاصه دون البيع و القائل الإسكافى و القاضى و الحلى و ابن زهره، مدعيا عليه الإجماع، و هو الأصح. خلافا لأكثر المتأخرين فيبطل البيع أيضا، و هو ضعيف جدا. و كذا الكلام فى كل عقد شرط فيه شرط فاسد.

ص: ٦٠

و لو اشترط فى الأمه أن لا تباع و لا توهب، فالمرورى فى الصحيحين (١) و غيرهما الجواز و لا بأس به، خلافا لجماعه فمنعوا عن الشرط و أفسدوه، و زاد بعضهم: فأفسد البيع أيضا.

و لو باع أرضا مشاهده أو موصوفه على كونها جربانا معينه فنقصت، فللمشترى الخيار بين الفسخ و الإمضاء ب تمام الثمن و فاقا لجماعه.

و لكن فى روايه (٢) معتبره الأسانيد أن له أن يفسخ أو يمضى البيع بحصتها من الثمن و عمل بها آخرون، بل المشهور كما قيل.

و فى هذه الروايه (٣) أنه ان كان للبائع أرض بجنب تلك الأرض لزم البائع أن يوفيه منها و به أفتى الشيخ فى النهايه (٤)، خلافا للأكثر فأطلقوا الخيار، و لا ريب أن العمل بها أحوط للمشترى مطلقا.

و يجوز أن يبيع مختلفين كثوب و حيوان فى صفقه واحده و عقد واحد.

و أن يجمع بين سلف و بيع و نكاح و اجاره، فيقول: بعثك هذا الثوب و طغارا من حنطه إلى سنه، و زوجتك ابنتى فلانته و أجرتك دارى هذه إلى سنه، فقال: قبلت، صح عندنا بلا خلاف. ثم ان احتيج الى التقسيط، قسط الثمن على قيمه المبيع و أجره المثل و مهر المثل.

العيوب المجوزه للرد:

اشاره

الخامس: فى بيان العيوب المجوزه للرد.

و ضابطها: ما كان زائدا عن الخلقة الأصلية و هى خلقه أكثر النوع الذى

ص: ٦١

١-١) و سائل الشيعه ١٣-٤٣، ب ١٥.

٢-٢) و سائل الشيعه ١٢-٣٦١، ب ١٤.

٣-٣) و سائل الشيعه ١٢-٣٦١، ب ١٤.

٤-٤) النهايه ص ٤٢٠.

يعتبر فيه ذلك ذاتا و صفه أو ناقصا عنها، عينا كان الزائد أو الناقص، كالإصبع زائده على الخمس، أو ناقصه عنها، أو صفه كالحمى و لو يوما بأن يشتره فيجده محموما، أو يحم قبل القبض و ان برأ ليومه كما قيل.

و هل يعتبر مع ذلك كون الزيادة و النقصان موجبين لنقص المالىه أم لا؟ قولان إطلاق النص و الاتفاق على أن الخصى عيب مع إيجابه زياده المالىه، و كذا عدم الشعر على الركب و العانه، كما يدل عليه بعض المعتبره (1) المنجبره قصور سنده بعمل الطائفه يقتضى الثانى.

و إطلاق العقد يقتضى السلامه من العيب فى مطلق العوض.

فلو ظهر عيب فى المبيع سابق على العقد تخير المشتري بين الرد و استرداد الثمن و الإمضاء مع أخذ الأرش و هذا هو السابع من أقسام الخيار المطوى ذكره مفصلا سابقا.

و لا خيره للبائع فى هذه الصوره، و ان ثبت له دون المشتري فيما لو انعكست، كما لو خرج الثمن معيبا.

و يسقط الرد: بالبراءه من العيب مطلقا و لو إجمالا كأن يقول: بعثك هذا بكل عيب. على الأشهر الأقوى، و فى الغنيه الإجماع.

و لا- فرق بين علم المتبايعين بالعيب و جهلهما و التفريق، و لا- بين الحيوان و غيره، و لا- بين العيوب الباطنه و الحادثه، و عليه الإجماع فى كلام جماعه. و لا بين الموجوده حاله العقد و المتجدده بعده حيث تكون على البائع مضمونه، و عليه الإجماع فى التذكرة.

و بالعلم به ممن لولاه لثبت له الخيار قبل العقد.

و بالرضا منه بعده و أولى منه التصريح بإسقاطه، بلا خلاف فيهما

ص: ٦٢

١- ١) وسائل الشيعه ١٢-٤١٠، ب ١.

و لا فى السقوط بتأخير الرد مع العلم بالعيب كما فى الغنيه.

الا- أن ظاهر أصحابنا المتأخرين كافة الخلاف فى الثالث، فنفوا الفوريه عن هذا الخيار، من غير خلاف يعرف كما صرح به جماعه، بل ربما احتمله بعضهم إجماعاً فهو أقوى.

و بحدوث عيب عنده مضمون عليه، سواء كان حدوثه من جهته أم لا بلا خلاف، بل عليه الإجماع فى الخلاف (1).

و احتزنا بالقييد عما لو كان حيواناً و حدث العيب فيه فى الثلاثه من غير جهه المشتري، فإنه حينئذ لا يمنع الرد و لا الأرش، لأنه مضمون على البائع. و لو رضى البائع برده مجبوراً بالأرش أو غير مجبور جاز.

و فى حكمه ما لو اشترى صفقه متعددا فظهر فيه عيب فتلف أحدهما، أو اشترى اثنان صفقه فامتنع أحدهما من الرد، فإن الآخر يمنع منه و له الأرش و ان أسقطه الآخر، سواء اتحدت العين أو تعددت، اقتسماها أم لا.

و بإحداثه فى المبيع حدثاً يعد فى العرف تصرفاً كركوب الدابه و لو فى طريق الرد، و نعلها، و حلب ما يحلب، و لبس الثوب و قصارته، و سكنى الدار و نحو ذلك، و ينبغى تقييده بما لم يظهر دلالة على عدم الرضاء، و الا فلا يسقط به كما مضى.

و إطلاق النص يشمل التصرف الناقل كالبيع و غيره و المغير للعين و غيره و ما لو كان قبل العلم بالعيب و بعده و عاد اليه بعد خروجه عن ملكه أم لا، خلافاً للمحكى عن الشيخ فى التصرف قبل العلم، فلم يسقط به الخيار و هو ضعيف. ثم كل ذا فى سقوط الرد.

و أما الأرش: فيسقط بالثلاثه الأول من المسقطات للرد بلا خلاف

ص: ٦٣

دون الأخيرين على الأظهر الأشهر، و في الغنيه الإجماع.

و يجوز بيع المعيب و ان لم يذكر عيبه مع عدم الغش، بلا خلاف في الظاهر، للأصل و فقد المانع، لاندفاع الضرر بالخيار و الأرش و لكن ذكره مفصلا أفضل بتقييد احتمال الغش المنهى عنه، و احتمال الضرر بغفله المشتري من العيب حال البيع أو بعده.

و لو ابتاع شيئين فصاعدا صفقه واحده فظهر العيب في البعض، فليس له رد المعيب منفردا، و لكن له رد الجميع أو أخذ الأرش خاصه بلا خلاف.

و كذا لو اشترى اثنان فصاعدا شيئا مطلقا من بائع كذلك في عقد واحد و صفقه واحده فلهما الرد بالعيب أو أخذ الأرش، و ليس لأحدهما الانفراد بالرد دون الأرش على الأظهر الأشهر.

و الوطاء يمنع رد الأمه المعيبه بالنص (1) و الإجماع الا- من عيب الحبل فترد به اما مطلقا كما عليه الأكثر، أو بشرط كونه من المولى، و الا فلا ترد كما عليه جمع.

و عليه فلا- إشكال في الحكم بأنه يرد معها نصف عشر قيمتها إذا كانت ثيبا، و عشرها إذا كانت بكرة، كما يستفاد من النصوص (2) المعتبره الوارد أكثرها بالتقدير الأول مطلقا، و بعضها بالثاني كذلك، بعد تنزيلها على التفصيل المتقدم، جمعا بينها و بين القاعده.

و يشكل على قول الأكثر، بناء على أن المنافع قبل الفسخ للمشتري، فلا وجه لغرامته شيئا مطلقا.

ص: ٦٤

١- ١) و سائل الشيعه ١٢-٤١٣، ب ٤.

٢- ٢) و سائل الشيعه ١٢-٤١٥، ب ٥.

و يمكن جعل ذلك دليلا على القول الثاني، مضافا الى الأصول مع سلامتهما عما يدل على قول الأكثر، الا أن يكون إجماعا كما عن الانتصار (1) والغنيه فلا محيص عنه، و ينزل الحكم بالغرامه حينئذ على كونه تعبدا أو استحبابا، و لا ريب أن عدم الرد حينئذ أحوط و أولى.

مسائل تتعلق بالعيب:

الأولى: التصريه

و هنا مسائل:

الأولى: التصريه و هى جمع لبن الشاه و ما فى حكمها من البقره و الناقه دون الأمه، على الأشهر الأقوى فيهما، فى ضرعها بتركها بغير حلب و لا رضاع، فيظن الجاهل بحالها كثره ما يحل به، فيرغب فى شرائها بزياده تدليس محرم.

و يثبت بها خيار للمشتري بين الرد و الإمضاء بدون أرش.

و ثبت-ان لم يعترف بها البائع و لم يقم بها بينه- باختبارها ثلاثه أيام، فإن اتفقت فيها الحلبات عاده أو زادت اللاحقه فلا تصريه. و ان اختلفت فى الثلاثه و كان بعضها ناقصا عن الحلبه الأولى نقصانا خارجا عن العاده، و ان زاد بعدها فى الثلاثه، ثبت الخيار بعد الثلاثه بلا فصل من غير تأخير، على اختلاف الوجهين بل القولين.

و لو ثبت بالاعتراف أو البيئه، جاز الفسخ من حين الثبوت مدته الثلاثه ما لم يتصرف بغير الاختبار بشرط النقصان، فلو تساوت أو زادت هبه من الله سبحانه، فالأقوى زواله.

و الفرق بين مدته التصريه و خيار الحيوان على الأول ظاهر، فان الخيار فى

ص: ٦٥

ثلاثة الحيوان فيها و فى التصريه بعدها، و كذا على الثانى ان قلنا بفوريه هذا الخيار، فيسقط بالإخلال بها دون خيار الحيوان، و كذا ان لم نقل بها لجواز تعدد الأسباب. و تظهر الفائده فيما لو أسقط أحدهما.

و حيث اختار ردها يرد معها عين لبنها الموجوده حين العقد دون المتجدد على الأقوى، و ان كان رده أيضا أحوط و أولى.

و لو تعذر رد العين انتقل الضمان الى مثل لبنها مع الإمكان أو قيمته مع التعذر على الأظهر الأشهر.

و قيل: يرد معها صاع من بر مطلقا، و القائل الشيخ فى أحد قولييه، و فى قوله الآخر بدل البر بالتمر، و أفتى بهما على التخيير ابن زهره مدعيا عليه الإجماع جمعا بين النبويين (1). و لضعفهما نزلهما الأصحاب على ما إذا تعذر و كان ذلك هو القيمه السوقيه، و لا بأس به جمعا بين الأدله.

الثانيه: الثيوبه

الثانيه: الثيوبه فى الإمام ليست عيبا مطلقا على الأشهر الأقوى و فى التحرير لا نعلم فيه خلافا.

نعم لو شرط البكاره فى متن العقد فثبت سبق الثيوبه باليينه، أو إقرار البائع، أو قرب زمان الاختبار لزمان البيع، بحيث لا يمكن فيه تجددها عاده كان له الرد على الأظهر الأشهر، لا لكونه عيبا بل لمكان الشرط، فليس له مع الإمضاء الأرش، و ان كان بذله أحوط بل قيل أشهر.

و لو لم يثبت التقدم فلا رد بلا خلاف لانه قد تذهب ب العله و النزوه.

الثالثه: لا يرد العبد بل المملوك مطلقا بالإباق الحادث عند المشتري

الثالثه: لا يرد العبد بل المملوك مطلقا بالإباق الحادث عند المشتري.

و يرد ب الإباق السابق عند البائع و لو مره، على الأشهر الأقوى.

ص: ٦٦

الرابعة: لو اشترى امه لا تحيض في ستة أشهر فصاعدا و مثلها تحيض فله الرد

الرابعة: لو اشترى امه لا تحيض في ستة أشهر فصاعدا و مثلها تحيض فله الرد بذلك على الأشهر الأقوى للصحيح (١)، و لان ذلك لا يكون الا لعارض غير طبيعي فيكون عيبا.

و مقتضى الدليلين أنه لا يعتبر في ثبوت عيب الحيض مضى ستة أشهر، بل يثبت بمضى مده تحيض فيها ذوات أسنانها في تلك البلاد.

و أن عدم تحيض الحديثه البلوغ في المده المزبوره ليس عيبا يوجب الرد فإن أمثالها لم يحضن غالبا عاده، و يمكن أن ينزل على ذلك نحو العباره.

الخامسة: لا يرد البزر

الخامسة: لا يرد البزر بفتح الباء و كسرهما، حب يؤخذ منه دهن يقال له دهن الكتان. كأنه بتقدير المضاف، أي دهن البزر. و يطلق على الدهن كما عن الجوهرى و الزيت بما يوجد فيه من الثفل (٢) المعتاد بضم المثله هو الثافل ما استقر من كدره تحت المائع.

نعم لو خرج بالكثرة عن القدر الذى جرت به العاده جاز رده به إذا لم يعلم به قبل العقد، و أما مع العلم به فلا.

السادسة: لو تنازعا في شيء من مسقطات الخيار

السادسة: لو تنازعا في شيء من مسقطات الخيار ك التبرى من العيب و نحوه و لا- بينه فقال: بعثك به مثلا، فقال: لا فالقول قول منكره مع يمينه بلا خلاف، و الخبر (٣) الوارد بخلاف ذلك شاذ مع ضعفه سندا و دلالة.

السابعة: لو ادعى المشتري تقدم العيب المتحقق و أنكره البائع

السابعة: لو ادعى المشتري تقدم العيب المتحقق و أنكره البائع و لا- بينه للمشتري فالقول قول البائع مع يمينه على القطع بعدم العيب عنده، مع اختباره المبيع قبل البيع و اطلاعه على خفايا أمره قولا واحدا، و على نفي العلم به مع

ص: ٦٧

١-١) وسائل الشيعه ١٢-٤١٣، ب ٣.

٢-٢) فى المطبوع من المتن: التفل.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٢-٤١٩، ب ٨.

العدم على قول، و على القطع كالأول على آخر. و فيهما نظر، الا أن يقيد نفى العلم بما إذا ادعى عليه العلم بالسبق، فيتوجه الحلف حينئذ على نفيه، كما عليه القول الأول.

ما لم يكن هناك قرينه حال قطعيه تشهد لأحدهما كزياده الإصبع و اندمال الجرح، مع قصر زمان البيع بحيث لا يحتمل التأخر عادة، فيحكم للمشتري أو طراوه الجرح مع تطاول زمان البيع، فيحكم للبائع من دون يمينه.

الثامنة: في كيفية أخذ الأرش

الثامنة: في كيفية أخذ الأرش.

و هو أن يقوم المبيع في حال فرضها صحيحا تاره و معييا أخرى و يرجع المشتري على البائع بنسبه ذلك التفاوت من الثمن لا نفس تفاوت المعيب، لانه قد يحيط بالثمن أو يزيد عليه، فيلزم أخذ العوض و المعوض معا.

و لو تعدد القيم بأن اختلف أهل الخبره بقيمه ذلك المبيع فيها، أو اختلف قيمه أفراد ذلك النوع المساويه للمبيع رجع الى قيمه الوسطى المتساويه النسبه إلى الجميع، المنتزعه منها نسبتها إليه بالسويه. فمن القيمتين يؤخذ نصفها، و من الثلاث ثلثها، و من الأربع ربعها، و هكذا.

و ضابطه: أخذ قيمه منتزعه من المجموع نسبتها إليه كنسبه الواحد الى تلك القيم.

و طريقه: أن تجمع القيم الصحيحه على حده و المعيبه كذلك، و ينسب إحداهما إلى الأخرى، و تؤخذ بتلك النسبه.

و لا فرق بين اختلاف المقومين في قيمته صحيحا و معييا و في إحداهما.

و قيل: ينسب معيب كل قيمه إلى صحيحها، و يجمع قدر النسبه، و يؤخذ من المجتمع بنسبتها. و في الأكثر يتحد الطريقتان، و قد يختلفان في يسير.

التاسعة: لو حدث العيب بعد العقد و قبل القبض، كان للمشتري الرد

التاسعة: لو حدث العيب بعد العقد و قبل القبض، كان للمشتري الرد بلا خلاف.

و فى جواز أخذ الأرش مع الإمضاء، كما فى العيب السابق قولان أشبههما و أشهرهما بين المتأخرين وفاقا لجماعه من القدماء الثبوت خلافا للمبسوط (١) و الخلاف (٢) و السرائر حاكيا له عن المفيد فنفوا الثبوت، و فى الكتابين الأخيرين عليه الإجماع، فهو أقرب و بالأصل أوفق، مع أنه للمشتري أحوط.

و كذا لو قبض المشتري بعضا من المبيع و حدث عيب فى الباقي كان الحكم المتقدم ثابتا فيما لم يقبض منه، فله الخيار بين الرد و الإمضاء مع الأرش أو بدونه على الاختلاف، و الأقوى عدم جواز رد المعيب خاصة، بل اما الجميع، أو إمساكه بتمام الثمن، أو مع الأرش.

الفصل الخامس

إشارة

(فى الربا)

(٣)

و قد يقلب واوه ألفاء، و هو لغه: الزيادة مطلقا. و شرعا: معاوضه أحد المتماثلين المقدرين بالكيل و الوزن فى عهد صاحب الشرع أو فى العادة بالآخر، مع زيادة فى أحدهما حقيقه أو حكما، أو اقتراض أحدهما معها مطلقا و ان لم يكونا مقدرين بالأمرين، إذا لم يكن باذل الزيادة حريبا، و لا المتعاقدين والدا مع ولده، و لا زوجا مع زوجه.

ص: ٦٩

١-١ (١) المبسوط ٢-١٣٠.

٢-٢ (٢) الخلاف ١-٥٥٥.

٣-٣ (٣) فى «خ» الربو.

و تحريمه معلوم من الشرع المبين، و هو من أعظم الكبائر حتى أن الدرهم منه أعظم من سبعين زنيه بذات المحرم، كما ورد في النص الصحيح (١) وفيه: آكل الربا و موكله و كاتبه و شاهده فيه سواء (٢).

و يثبت في كل مكيل أو موزون في عهد صاحب الشرع ان عرفا فيه مطلقا و ان لم يقدر بهما عندنا بلا خلاف، و ان لم يعرفا فيه فالمتجه دوران الحكم معهما حيث دارا نفيا و إثباتا مطلقا، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

و انما يثبت الربا في ذلك مع اتحاد العوضين في الجنسيه فلا ربا مع المخالفه.

و المراد بالجنسيه هنا الحقيقه النوعيه باصطلاح أهل المنطق، فإنه يسمى «جنسا» لغيره.

و ضابط الجنس: ما يتناوله اسم خاص، كالحنطه بالحنطه و الأرز بالارز و يستثنى منه الشعير مع الحنطه كما يأتي.

و يشترط في جواز بيع المثليين المتجانسين المقدرين بأحد التقديرين التساوى في القدر و الحلول فلو بيع بزيادة حرم سواء كان البيع نقدا أو نسيئه.

و يصح متساويا إذا كان يدا بيد أى نقدا و يحرم إذا كان نسيئه و مع التساوى لا بأس بنحو عقد التبن (٣) و الزوان اليسير الذى جرت به العاده في أحد العوضين دون الآخر، أو زياده عنه. و لو خرج عن المعتاد حرم.

ص: ٧٠

١-١) وسائل الشيعه ١٢-٤٢٢، ح ١ ب ١.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٢-٤٢٩، ح ١ ب ٤.

٣-٣) التبن: ما قطع من سنابل الزرع كالبر و نحوه.

و تجب اعاده الربا لو أخذ على المالك مع العلم بالتحريم حين المعاوضه بلا خلاف.

و ان جهل صاحبه و مالكه بحيث حصل اليأس عنه و عرف مقدار الربا مفصلا كالربع و الثلث، كان له حكم المال المجهول المالك المشار اليه بقوله:

تصدق به عنه.

و لو علم قدره جملة لا- مفصله، قيل: فان علم أنه يزيد عن الخمس خمسة و تصدق بالزائد و لو ظنا، و يحتمل قويا كون الجميع صدقه.

و لو علم نقصانه عنه، اقتصر على ما يتقن به البراءه صدقه على الظاهر و خمسا في وجهه، و هو أحوط.

و ان انعكس الفرض ف عرفه و لو في جملة قوم محصورين و جهل مقدار الربا أصلا صالحه عليه و لا خمس هنا، فان أبي عن الصلح، فالأحوط دفع ما يحصل به يقين البراءه.

و ان مزجه بالحلال و جهل المالك و القدر تصدق بخمسه على أهله.

و لو جهل التحريم حين المعاوضه كفاه الانتهاء عنه و التوبه بعد معرفه، فلا يجب عليه شيء من الأمور المذكوره في الصوره السابقه، وفاقا لجماعه، خلافا للحلى و كثير من المتأخرين فأوجبوا الرد هنا أيضا، و هو أحوط و أولى.

و إذا اختلف أجناس العروض الربويه أى المكيله و الموزنه، فبيعت إحداها بمخالفتها منها في الجنسيه جاز التفاضل إذا بيعت نقدا إجماعا.

و فى النسئته قولان، أشبههما و أشهرهما: الجواز مع الكراهيه و فى الغنيه الإجماع، خلافا للإسكافى و جماعه فالمنع، و هو أحوط.

ص: ٧١

كل إذا كانت الأجناس المختلفه عروضاً، فلو كانت أثماناً أو ملفقاً منهما اختلف الحكم فيهما بالمنع عن النسيئه في الأول مطلقاً كما يأتي، والجواز في الثاني كذلك إجماعاً.

والحنطه والشعير جنس واحد في الربا وان اختلفا في غيره، فلا يباع أحدهما بالآخر متفاضلاً، نسيئه كان أو عينا على الأشهر الأقوى، وفي كلام الشيخ وابن زهره الإجماع.

وكذا ما يكون منهما، كالسويق والدقيق والخبز والهريسه ونحوها.

و ثمره النخل بأنواعها وما يعمل منها كاللبس ونحوه جنس واحد في الربا، فلا يباع أحدهما بالآخر متفاضلاً مطلقاً.

وكذا ثمره الكرم وما يكون منه كاللبس والعصير والبختج (1) ونحوها جنس واحد، لا يجوز فيه ما ذكر.

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

واللحوم والألبان تابعه للحيوان في الاختلاف فلحم الضأن والمعز ولبنهما جنس واحد، لشمول الغنم لهما. والبقر والجاموس ولبنهما جنس واحد وكذا العراب والبخاتي ولبنهما جنس واحد، وهكذا بلا خلاف.

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

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

ص: ٧٢

(١-١) البختج: العصير المطبوخ معرب «مى پخته».

و الطيور عندهم أجناس، فالحمام كله جنس على قول، وقيل: ما يختص من أنواعه باسم فهو جنس مغاير.

و ما لا كيل و لا وزن و لا عد فيه فليس بربوى، كالثوب بالثوبين و العبد بالعبدین فلا يمنع من التفاضل فيه نقدا إجماعا.

و فى النسبته خلاف، و الأشبهه فيها بالأصول عند المتأخرين كافة الجواز مع الكراهيه وفاقا لجماعه من القدماء، و عن التذكرة الإجماع، خلافا لآخرين منهم فالمنع، و هو أحوط، و لكن الأول لعله أرجح.

و فى ثبوت الربا فى المعدود مع التجانس مطلقا نقدا و نسبته تردد و قولان، ينشأ: من تعارض الأدله من الطرفين، و لكن أشبهه بالأصول الانتفاء و عليه الأكثر، و عن الخلاف (١) و السرائر الإجماع.

و لو بيع شىء فى بلد كيلاً أو وزناً، و فى بلد آخر جزافاً، فللكل بلد دون أهله حكم نفسه من ثبوت الربا ان بيع بأحدهما، و عدمه ان بيع جزافاً مطلقاً، على الأشهر الأقوى.

و قيل: يغلب تحريم التفاضل اما مطلقاً كما عن النهايه (٢) و غيره، أو إذا كان البيع بهما غالباً أو مساوياً، دون ما إذا كان نادراً، كما عن الحلّى و غيره.

و فى جواز بيع الرطب بالتمر مع التساوى روايتان (٣) أشهرهما و أظهرهما المنع و عليه فى المختلف و الغنيه الإجماع، و علل فيها بأن التمر يابس و الرطب رطب فإذا جف نقص.

و هل تسرى هذه العله المنصوصه فى غيره أى غير التمر كالزبيب

ص: ٧٣

١-١ (١) الخلاف ١-٥٢٦، مسأله ٧٢.

٢-٢ (٢) النهايه ص ٣٧٨.

٣-٣ (٣) وسائل الشيعه ١٢-٤٤٥، ح ١ و ٢.

بالعنب، والبسر بالرطب؟ الأشبه عند الماتن لا وفاقا لجماعه من أصحابنا، ومنهم الحلبي نافيا الخلاف عنه، خلافا لآخرين فنعم، وهو أحوط.

ولا- يثبت الربا بين الوالد والولد، ولا بين الزوج والزوجه، ولا بين المالك والمملوك، ولا بين المسلم والحربي فلكل منهما أخذه من صاحبه بالنص (1) والإجماع، إلا- الحربي فلا يجوز له أخذ الربا من المسلم، وفاقا للأكثر، وعن صريح الخلاف (2) وظاهر السرائر الإجماع.

وفي شمول الوالد لمن على والولد لمن سفلى، والزوجه للمنقطعه والمملوك للمكاتب نظر، والأحوط المنع.

وهل يثبت بينه أى المسلم وبين الذمى إذا كان بشرائط الذمه؟ فيه روايتان (3)، أشهرهما بل وأظهرهما أنه يثبت وعمل بالأخرى المرتضى وجماعه مدعيا عليه الإجماع، وحملها الأكثر على ما إذا خرج الذمى عن شرائط الذمه، ولا بأس به جمعا بين الأدلة.

ويجوز أن يباع الثوب بالغزل مطلقا ولو تفاضلا وكذا كل فرع لا يوافق أصله فى البيع كيلا ووزنا.

ويكره بيع الحيوان باللحم مطلقا ولو تماثلا واتحدا جنسا نقدا ونسيئه حيا كان المبيع أو مذبوحا، على ما يقتضيه إطلاق العبارة.

وفاقا للحلى و عليه الفاضل فى بعض كتبه، وتبعهما المحقق الثانى و شيخنا الشهيد الثانى، لكنهما خصا المسأله بالمجانس والجواز بالحى. واختار الحرمة فى غيره.

ص: ٧٤

١- ١) وسائل الشيعه ١٢-٤٣٦، ب ٧.

٢- ٢) الخلاف ١-٥٣٩، مسأله ١٢٨.

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٢-٤٣٦، ح ٣ و ٥.

خلافاً للأكثر فأطلقوا المنع، و إن اختلفت عبارتهم فى الاختصاص بالمجانس و العموم له و لغيره، و لا يبعد إرادتهم الأول، فقد ادعى الإجماع على الجواز فى الثانى فى كلام جماعه، و لا بأس به و لكن مع الكراهه، كما فى ظاهر العبارة لإطلاق بعض الأدله بالمنع. و أما فى المجانس فالأقوى فيه التحريم و لو كان المبيع حيا.

و مقتضى النص (١) المنع عن مطلق المعاوضه، و لا- كذلك عبارات الجماعه، فإنها فى المبيع خاصه. و حمل كل منهما على الآخر ممكن، إلا أن الوجه الاختصاص بالبيع فى الحى و العموم فى المذبوح، لوجود شرط الربا فيه.

و قد يتخلص من الربا حيث يراد بيع أحد الربويين بالآخر متفاضلاً بالضميمه بأن يجعل مع الناقص منهما أو معهما ان اشتبه ناقصهما متاع من غير جنسه أى الناقص، فتكون الضميمه فى مقابله الزياده.

و ذلك مثل بيع درهم و مد من تمر مثلاً بمدين منه أو درهمين و أمداد و دراهم، و لا يشترط كون الضميمه ذات وقع فى مقابل الزياده، و لا قصد صرف كل الى ما يخالفه.

أو ببيع أحدهما سلعته لصاحبه بجنس غيرها و يشتري الأخرى بذلك الثمن فيسقط اعتبار المساواه. و كذا لو وهبه سلعته ثم وهبه الأخر أو أقرضه و يتبارء أو يتبايعا و وهبه الزياده، و لكن من غير شرط فى الكل، لان الشرط حيثئذ زياده فى العوض المصاحب له.

و لا يقدر فى ذلك كون هذه الأمور غير مقصوده بالذات، و العقود تابعه للقصد لان القصد الى عقد صحيح و غايه صحيحه كاف فى الصحه، و لا يشترط قصد جميع

ص: ٧٥

الغايات المترتبة عليه، ولا خلاف في شيء من ذلك فتوى و نصا (١).

أحكام بيع الصرف:

أشاره

و من هذا الباب الكلام في الصرف، وهو لغه: الصوت، و شرعا بيع الأثمان و هى الذهب و الفضة مسكوكين كانا أم لا بالأثمان. و يشترط فيه صحه زياده على ما يشترط في مطلق البيع و الربا التقابض في المجلس و المراد به الأعم من مجلس العقد كما يأتي، و ان اعتبر بالتقابض قبل التفرق.

و يبطل لو افترقا قبله على الأشهر الأظهر، و قد استفاض نقل الإجماع عليه. و مقتضى الأصل و اختصاص الميثب لهذا الشرط من الفتوى و النص (٢) بالبيع عدمه فيما عداه من مطلق المعاوضه، و ليس كالربا في ظاهر الجماعه.

و لو قبض البعض خاصه قبل التفرق صح فيما قبض و بطل في الباقي و تخيرا معا في إجازة ما يصح فيه و فسخه، إذا لم يكن من أحدهما تفريط في تأخير القبض. و لو كان تأخيره بتفريطهما، فلا خيار لهما. و لو اختص به أحدهما سقط خياره خاصه.

و لو فارق المجلس الذى وقع فيه العقد حال كونهما مصطحبين لم يبطل الصرف.

و لو و كل أحدهما صاحبه أو أجنبيا في القبض و افترقا قبله بطل و ان حصل القبض بعد الافتراق، لعدم الشرط و هو التقابض قبل تفارق المتعاقدين.

هذا إذا و كله في القبض دون الصرف، و لو و كله فيه خاصه أو مع القبض، فالمعتبر مفارقه الوكيل لمن وقع معه العقد دون المالك.

ص: ٧٤

١-١) وسائل الشيعه ١٢-٤٥٥، ب ٢٠.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٢-٤٥٧، ب ٢.

و الضابط: ان المعتبر فى التقابض قبل تفرق المتعاقدين، سواء كانا مالكين أو وكيلين.

و لو اشترى منه دراهم بدنانير أو بالعكس ثم اشترى بها أى بتلك النقود المبتاعه قبل القبض لها من البائع دنانير أو دراهم لم يصح البيع الثانى مطلقا، و كذا الأول ان تفرقا قبل التقابض أيضا على الأشهر، خلافا لثانى المحققين و الشهيدين فى الأول، فصحاه مع التقابض قبل التفرق كالثانى، إلحاقا له بالفضولى، و لا بأس به، و ان كان استيناف العقد من الرأس أحوط، و للحلى فى المسأله قول آخر بالتفصيل ضعيف.

و لو كان له أى لزيد مثلا- عليه أى على عمرو دنانير أو دراهم فأمره أن يحوله الى الدراهم أو الدنانير فى ذمته و ساعره على ذلك، بأن عين كلا من العوضين بإزاء الآخر فقبل عمرو صح و ان لم يقبض النقود المبتاعه، للموثقين (١) المعلل أحدهما الحكم بما يرجع حاصله الى ما أشار إليه بقوله:

لان النقدين من شخص واحد.

و عمل بهما الأ-كثر، و ان اختلفوا فى التعبير بظاهرهما كالمتن و غيره، أو جعل الأمر بالتحويل فيهما كناية عن التوكيل فى طرفى العقد، و بنائه على صحته و صحه القبض إذا توقف البيع عليه بمجرد التوكيل فى البيع، و لا ريب فيه على هذا التعبير بشرط قبض عين العوضين بعد العقد.

و يحتمل مطلقا، و لا بعد فيه على التعبير الأول بعد ورود النص المعتبر، فخلاف الحلى و مصيره الى البطلان مطلقا مع ندرته كما قيل ضعيف، و ان كان مراعاته أحوط.

و لا يجوز التفاضل فى الجنس الواحد منهما بشئء منهما أو غيرهما

ص: ٧٧

لكونه ربا.

و يجوز التفاضل فى المختلف منهما جنسا، كذهب بفضه و بالعكس بشرط التقابض قبل التفرق.

و يستوى فى اعتبار التماثل المشترط فى صحه بيع الربويات مطلقا الصحيح منها و المكسور، و المصوغ و غيره، فان جيد كل جنس و رديه واحد، فلا ربا مع التماثل فى المقدار.

و إذا كان فى أحدهما غش لم يبع بجنسه الخالص الا- أن يعلم زياده الصافى، و لو على فرض الندره، أو مقدار ما فيه أى فى المغشوش من الجوهر الخالص فيزاد الثمن عن قدر ذلك الجوهر بما يقابل الغش و لو يسيرا لم يكن بقيمته (1) بعد أن يكون متمولا عاده.

و تقييد منع البيع بالجنس يقتضى الجواز بغيره على الإطلاق، و لو حاله الجهل بمقدار المغشوش، و هو كذلك.

و يجوز بيع أحد المغشوشين المتجانسين بالآخر مطلقا، و لو كان مقدار الخالص منهما مجهولا، بل و لو علم بزياده الخالص فى أحدهما على الخالص فى الآخر.

و لا يباع تراب معدن الذهب بالذهب. و لا تراب معدن الفضة بالفضه أى ترابهما الخليط بخالصهما مع جهالتهما.

و لو علم زياده الثمن عما فى التراب من جنسه، لم يصح و ان صح فى المغشوش، بناء على أن التراب لا قيمه له لتصلح فى مقابل الزائد.

و منه يعلم جواز بيع التراب بالخالص مع مساواه مقدار جوهر يهما، لعدم الزياده أصلا و التراب لعدم قيمه له وجوده كعدمه.

ص: ٧٨

و يباع أحد الترابين بغيره أى بغير جنسه، نقدا كان أم لا مطلقا.

و لو جمعا أى الترابان، بأن خلطا و مزجا أو أريد بيعهما فى صفقه واحده معا جاز بيعه أى المجموع بهما أى بخالصهما معا، و ان جهل مساواه مقدار الثمن و المثلثن منهما للآخر.

و يجوز بيعهما معا أيضا بأحدهما، مع العلم بزيادة الثمن على مجانيته، بما يصح عوضا عن الآخر، و أولى منهما بيعهما بغيرهما.

و يباع جوهر الرصاص بفتح الراء و النحاس بضم النون بالذهب أو الفضة، و ان كان فيه يسير من ذلك مطلقا، و ان لم يعلم زياده الثمن عن ذلك اليسير، و لم يقبض قبل التفرق ما يساويه، لانه لقلته مضمحل و تابع غير مقصود بالبيع. و مثله المنقوش منهما على الجدران و السقوف، بحيث لا يحصل منهما شىء يعتد به على تقدير نزعه منهما.

و يجوز إخراج الدراهم و الدنانير المغشوشه بنحو من الصفر و الرصاص إذا كانت معلومه الصفر و الرواج بين الناس.

و لو لم تكن كذلك بل كانت مهجوره لا- يتعاملون بها لم يجز إنفاقها إلا بعد بيانها و إظهار غشها، إذا كان مما لا يتساهل به عادة، بلا خلاف فى المقامين.

مسائل تتعلق بالصرف:

و هنا مسائل:

الأولى: إذا ابتاع دينارا بدينار مثلا و دفع زياده عما يجب عليه للبائع أو بالعكس صح معامله، إذا وقعت على العوضين فى الذمه، و لا كذلك لو وقعت على معينين، من حيث اشتغال أحد العوضين على زياده

ص: ٧٩

عينيه، و كذلك لو كان الزائد معيناً و المطلق مخصوصاً بقدر ينقص عن المعين بحسب نوعه.

و حيث صحت المعامله تكون الزيادة أمانه فى يد من وقعت فى يده، و لا يضمنها الا بتعد أو تفريط، إذا علم أن الدفع بطريق الاستئمان بلا خلاف.

و كذا لو جهل الحال بأن فيه زياده خارجة عن العاده لا يكون الا غلطا أو تعمداً لا مسامحة عند الأكثر، خلافاً لبعضهم فيضمنها، و هو أحوط و أولى ان لم يكن أقوى.

و لو كانت الزيادة مما يتفاوت به الموازين و يتسامح به عاده لم تجب إعادته إجماعاً، و لكن يستحب، بل و ربما يتعين لو علم من عادته عدم الزيادة بمثلها الا سهواً، و ان كانت معتاده من غيره، فيرجع الى حكم المسأله السابقه.

الثانيه: يجوز أن يبذل له درهما بدرهم، و يشترط عليه صياغه خاتم عند الشيخ و جماعه، خلافاً لآخرين فتبطل المعامله، و لا يخلو عن قوه.

و على قول الشيخ لا- يتعدى الحكم الى غير ما فى العبارة قطعاً لمخالفته القاعده، و اختصاص النص (١) المثبت له- على تقدير تسليمه- بما فيها خاصه.

و يجوز أن يقرضه الدراهم و الدينير و يشترط عليه أن ينقدها بأرض أخرى و ليس ذلك ربا.

الثالثه: الضابط فى جواز بيع الأوانى المصوغه من الذهب و الفضة معا بأحدهما، أن يكون فى الثمن زياده على ما فى المصوغ من جنسه يقابل الجنس الآخر و ان قلت، بعد أن يكون متموله.

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

ص: ٨٠

النقد الأقل في المصوغ أم الأ-كثر، وفاقا لأكثر من تأخر، عملا بالقواعد المتقدمه المقتضيه له و لجواز بيعهما معا بهما كذلك مطلقا (١)، و بغيرهما كذلك.

خلافًا للنهايه (٢) و جماعه فقالوا: ان كان كل واحد منهما معلوما، جاز بيعه بجنسه من غير زياده، و بغير الجنس مطلقا (٣).

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

و ان تعذر التخليص و كان الأغلب أحدهما بيعت بالأقل منهما خاصه و ان تساويا قدرًا بيعت بهما معا أو بغيرهما، و هذا التفصيل لم نجد له مستندا.

و هل تكفى غلبه الظن في زياده الثمن على مجانسته أم لا يعتبر العلم بها؟ قولان، أجودهما: الثاني، الا إذا احتيج الى البيع و تعسر العلم و البيع بغير الجنس فلا بأس بالظن دفعا لضرر الحاجه و التخليص.

الرابعه: المراكب و السيوف و نحوهما المحلاه بأحد النقيدين ان علم ما فيها من مقدار الحليه أو ظن على الخلاف بيعت بالجنس المحلاه به، لكن مع زياده تقابل المراكب أو النصل و هو حديده السيف.

و ينبغي أن يكون بيعهما بالجنس نقدا، و لو بيعت نسيئه نقد من الثمن ما قابل الحليه و لا بأس بتأخير ما يقابل النصل و المركب.

و الظاهر انسحاب الحكم فيما شابه المسأله من الأواني المصوغه من الذهب أو الفضة و ضابطه المنع عن بيع أحد النقيدين بالآخر نسيئه مطلقا، ضم إليهما من غير

ص: ٨١

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

٢- ٢) النهايه ص ٣٨٣.

٣- ٣) و ان زاد «منه».

جنسهما أم لا.

و ان جهل مقدار الحليه بيعت بغير الجنس مطلقا إجماعا،و به أيضا حالا إذا علم زيادته عن الحليه،و ان جهل قدرها مفصلا،فقد يتفق ذلك أحيانا.

وقيل: انه ان أراد بيعها أى المراكب المحلاه بالجنس المحلاه به ضم إليها شيئا آخر،و القائل الشيخ فى النهايه (١).

و حيث ان ظاهره ضمه الى ما فيه الحليه أو إليها،نسبه المصنف كالاصحاب الى القيل مشعرين بتمريضه،و ذلك من حيث زياده المحذور فيه،فان المحتاج إلى الضميمه انما هو الثمن خاصه،لتقابل ما زاد عن الحليه،و مع ذلك فلم نقف له على روايه.

الخامسه:لا يجوز بيع شىء مطلقا نقدا كان أو ثيابا بدينار مثلا غير درهم إذا لم يعرف نسبه الدرهم الى الدينار،نقدا كان أو نسيئه بلا خلاف لأنه أى الثمن حيثئذ مجهول.

السادسه:ما يجتمع من تراب الصياغه من الذهب و الفضة كتراب المعدن يباع مع اجتماعهما بالذهب و الفضة أو بجنس غيرهما معا،و بأحدهما بشرط العلم بزياده الثمن عن مجانسته،و مع الانفراد بغير جنسه.

و على الصائغ أن يتصدق به عن مالكة مع الضمان،بلا خلاف فى الأول لأن أربابه لا يتميزون فى الغالب،و لو بنحو من العلم بهم فى محصورين فلا يمكن التخلص من حقهم الا بذلك فيجب،و على الأحوط فى الثانى لو ظهر المالك و لم يرض به.

و مصرف هذه الصدقه الفقراء،و يجوز الدفع إلى القرابه و العيال إذا كانوا بالصفه،بل يستفاد من بعض الاخبار (٢)جواز أخذها لنفسه مع فقره أيضا.

ص: ٨٢

١-١) النهايه ص ٣٨٤.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٢-٤٨٤،ب ١٦.

و يلحق بالصياغه ما شابهها من الصنائع الموجه لتخلف أثر المال، كالحداده و الطحن و الخياطة و الخبازه.

كل ذا إذا لم يعلم اعراض المالك عنه، و الا جاز التملك له و التصرف فيه من غير تصدق.

الفصل السادس

(فى بيع الثمار)

لا يجوز (١) بيع ثمره النخل قبل ظهورها و بروزها الى الوجود عاما واحدا إجماعا، و كذا عامين فصاعدا على الأشهر الأقوى، و فى السرائر الإجماع.

و لا بعد ظهورها بشرط التبقية أو مطلقا ما لم يبد صلاحها، و هو أن يحمر أو يصفر خاصه على الأشهر الأظهر فى كل من الحكم و التفسير، و فى الغنيه و المبسوط (٢) و الخلاف (٣) الإجماع على الحكم.

و يقابل الأشهر فى قول جماعه من القدماء و المتأخرين بالجواز مع الكراهه.

و فى التفسير قول بعضهم زياده على ما فى العبارة: ببلوغه غايه يؤمن عليها الفساد. و اختاره المصنف فى الشرائع (٤) و الفاضل فى المختلف، و هما ضعيفان.

نعم لو ضم إليها شيء يجوز بيعه منفردا أو يبعث أزيد من سنه أو بشرط القطع جاز إجماعا.

هذا إذا بيعت كذلك بعد الظهور، و أما قبله فلا يجوز على الأقوى مطلقا، إلا إذا

ص: ٨٣

١- ١) فى المطبوع من المتن: لا يصح.

٢- ٢) المبسوط ٢-١١٣.

٣- ٣) الخلاف ١-٥٤٢، مسأله ١٣٩.

٤- ٤) الشرائع ٢-٥٢.

كانت الضميمة مقصوده بالذات فيجوز قطعاً، و يحتمل مطلقاً و لو كانت غير مقصوده الا أن التقييد أحوط و أولى.

و يجوز بيعها مع أصولها مطلقاً و ان لم يبد صلاحها و كان عارياً من الشرائط الثلاثة المتقدمه إجماعاً.

و كذا لا يجوز بيع ثمره الشجره قبل ظهورها مطلقاً حتى تظهر و لا بعد ظهورها سنه حتى يبدو صلاحها و يجوز سنتين فصاعداً مطلقاً.

و هو أى بدو الصلاح هنا أن ينعقد الحب و ان كان فى كمام. و الأظهر بل الأشهر أنه تناثر الزهر بعد الانعقاد، و به يحصل الفرق بين الظهور و البدو دون الأول.

و فيه قول آخر: انه تلون الثمره، أو صفاء لونها، أو الحلاوه، و طيب الأكل فى مثل التفاح، أو النضج فى مثل البطيخ، أو تناهى عظم بعضه فى مثل القثاء، و هو أحوط.

و إذا أدرك بعض ثمره البستان، جاز بيع ثمرته أجمع بلا خلاف.

و إطلاق النص و الفتوى يقتضى عدم الفرق فى [الضميمة (1)] المدرك بين أن يكون متبوعه أو تابعه، و لا - ريب فى الأول للقاعد، و كذا الثانيه هنا بناء على أن المقصود من الضميمة هنا انما هو الخروج عن المنع تعبداً، لا لدفع الغرر لاندفاعه بعد الظهور بالمشاهده.

و لو أدرك ثمره بستان، ففى جواز بيع بستان آخر لم يدرك منضمماً اليه تردد ينشأ من تعارض أدله الجواز، و المنع عن البيع قبل البدو عموماً و خصوصاً و لكن الجواز أشبه بالأصول، و مع ذلك بين المتأخرين مشهور، و ان كان الأحوط المنع.

و يصح بيع ثمره الشجره بعد انعقاد الحب مطلقاً و لو كان فى الأكمام

ص: ٨٤

جمع كمام بكسر الكاف، وهى غطاء الثمره من النور كالرمان منضمما إلى أصوله كانت أو منفردا بلا خلاف.

و كذا يجوز بيع الزرع حال كونه قائما على أصوله مطلقا قصد فصله (١) أم لا و كذا حصيدا أى محصودا و ان لم يعلم ما فيه بلا خلاف ظاهر فى شىء من ذلك، الا من الصدوق فى المقنع (٢) فى الأول، حيث اشترط الفصل أو كونه سنبلًا، و مراعاته أحوط و أولى.

و ظاهر أكثر النصوص (٣) و الفتاوى أن للمشتري الإبقاء إلى أوان البلوغ، و على البائع الصبر اليه مطلقا و ان لم يشترطه، خلافا لبعض الاخبار فقيده بصوره الشرط و لعله أحوط.

و يجوز بيع الخضر كالقثاء و الباذنجان و البطيخ و الخيار بعد انعقادها و ظهورها و ان لم يتناه عظمها لقطه و لقطات معينه معلومه العدد، كما يجوز شراء الثمره الظاهره و ما يتجدد تلك السنه و فى غيرها مع ضبط السنين.

و المرجع فى اللقطه العرف، فما دل على صلاحيته للقطع يقطع و ما دل على عدمه لصغره أو شك فيه لا يدخل.

و كذا يجوز بيع ما يجز كالرطبه بفتح الراء و سكون الطاء نبت خاص قيل: له أوراق صغار ذو بسط فى الجمله، يقال له بالفارسيه اسبست كما عن الصحاح و المغرب جزه و جزات.

و كذا ما يخرط و أصل الخرط أن يقبض باليد على أعلى القضيبي، ثم يمرها عليه إلى أسفله يأخذ منه الورق و المراد هنا ما يقصد من ثمرته ورقه كالحناء

ص: ٨٥

١- ١) فصل قصلا الشىء: قطعه.

٢- ٢) المقنع ص ١٣٢.

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٣-٢٠، ب ١١.

و التوت بالتائين من فوق خرطه و خرطات.

و لو باع الأصول من النخل بعد التأبير، فالثمره للبائع.

و كذا لو باع الشجره بعد انعقاد الثمره كانت للبائع، مستوره كانت أم بارزه ما لم يشترطها أى الثمره المشتري فتدخل فى المقامين، و قد مر الكلام فيهما فلا وجه لإعادته هنا.

و حيث ما كانت الثمره للبائع وجب عليه أى على المشتري تبقيتها إلى أوان بلوغها و أخذها عرفا بحسب تلك النخله و الشجره، من بسر أو رطب، أو تمر، أو عنب، أو زبيب.

و ان اضطرب العرف فالأغلب، و مع التساوى ففى الحمل على الأقل أو الأ-كثر أو اعتبار التعيين و ال- فيبطل أوجه، و الاحتياط واضح.

و يجوز أن يستثنى البائع ثمره شجره معينه، أو شجرات بعينها، أو حصه مشاعه كالنصف و الثلث أو أرطالا معلومه بحيث يزيد عنها بقدر ما يقابل الثمن بلا خلاف، إلا من الحلبي فى الأخير فممنوع عنه، و هو ضعيف، و ان كان مراعاته أحوط.

و لو خاست الثمره بأمر منه سبحانه سقط من الثنيا أى المستثنى بحسابه و نسبته الى الأصل فى الصورتين الأخيرتين، بخلاف الأولى فإن استثنائها كبيع الباقي منفردا، لا امتياز حق كل عن صاحبه، بخلاف الأخيرتين فإنه فيهما شائع فى الجميع، فيوزع الناقص عليهما إذا كان التلف بغير تفريط.

و طريق توزيع النقص على الحصه المشاعه جعل الذاهب عليهما و الباقي لهما و أما فى الأبطال المعلومه فيعتبر الجملة بالتخمين و ينسب إليها المستثنى، ثم ينظر الذاهب فيسقط منه بتلك النسبه.

و لا يجوز بيع ثمره النخل بتمر منها إجماعا و هى المزابنه.

و هل يجوز بيعها بتمر من غيرها؟ فيه قولان، أظهرهما و أشهرهما سيما بين المتأخرين المنع.

و كذا لا يجوز بيع السنبل بحب منه إجماعا و هى المحاقلة.

و فى جواز بيعه بحب من غيره قولان، أظهرهما وفاقا للمرتضى التحريم و القول الثانى فى المقامين للنهاية (١) و جماعه.

و هل يختص المنع بالمزابه و المحاقلة أم يعم ما يشابهها؟ فلا- يحل بيع باقى الثمار على أصولها مطلقا منها أو من غيرها قولان، أحوطهما: الثانى، و ان كان الأظهر الأول وفاقا لجمع.

و يجوز بيع العريه بخرصها إجماعا نصا (٢) و فتوى، و بهما يخص عموم أدله المنع عن المزابه.

و هى النخله الواحده التى تكون للرجل فى دار رجل آخر فيجوز له أن يبيعها بخرصها، و اكتفى عنه المصنف بقوله فيشترىها صاحب المنزل بخرصها تمرا من غيرها.

و ظاهر النص و المتن أن العريه ما تكون فى الدار خاصه، و الأظهر تعميمها لما تكون فى البستان، كما عليه الأكثر و فى كلام جمع الإجماع، و حكى عن جماعه من أهل اللغه، بل و يمكن التعديه إلى الخان و نحوه، و الى مستعير الدار و مستأجرها. نعم لا بد من البيع من صاحب الدار دون غيره، كما هو ظاهر الأصحاب.

و لا عريه فيما عدا النخله، و لا فى المتعدده منها، الا مع تعدد الموضوع أو المالك لا العقد و لا بتمر منها مطلقا وفاقا للأكثر.

و المراد بخرصها البيع بمقدارها، فلو اشتراها بزائد أو ناقص لم يجز

ص: ٨٧

١-١) النهايه ص ٤١٦.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٣-٢٥، ب ١٤.

اتفاقا.

والمعتبر فيه المماثلة بين ثمره النخلة عند صيرورتها تمرا و بين التمر الذى هو الثمن، وقيل: بين ما عليها رطبا و بين التمر. و الأول أشهر.

و لا يعتبر مطابقه ثمرتها جافه لثمنها فى الواقع، بل فى ظن الخارص عند العقد فلو زادت عند الجفاف عنه أو نقصت لم يقدر فى الصحه، وقيل: يقدر.

و الأول أظهر.

و لا يشترط التقابض فى المجلس على الأظهر الأشهر، وقيل: نعم، و لعله أحوط.

و يجوز بيع الزرع قصيلا أى مقطوعا بالقوه، بأن شرط قطعه قبل حصاده و على المشتري قطعه عملا بالشرط.

و لو امتنع فلبائع إزالته و تفرغ أرضه منه، اما مطلقا كما عند جماعه، أو بشرط الاذن من الحاكم، أو تعذره كما هو الأقوى، وفاقا لشيخنا الشهيد الثانى.

و له المطالبه بأجره أرضه عن المده التى بقى فيها، بعد إمكان قصله مع الإطلاق و بعد المده التى شرطا قصله فيها مع التعيين.

و لو كان شراؤه قبل أوان قصله، ووجب على البائع الصبر إلى أوان بلوغه مع الإطلاق، كما لو باع الثمره و الزرع للحصاد.

و لو تركه أى البائع القصل كان له ذلك و أن يطالبه أى المشتري بأجره أرضه عن زمان العدوان و أرش النقص فى الأرض ان حصل بسببه، إذا كان التأخير بغير رضاه.

و يجوز أن يبيع ما ابتاعه من الثمره على أصولها بزياده أو نقص عن الثمن قبل قبضها بلا خلاف هنا، و ان قيل بالمنع فيما عداه على كراهيه

ص: ٨٨

و لعله لإطلاق بعض الاخبار (١) و الفتاوى بالمنع.

و لو كان بين اثنين أو جماعه نخل أو زرع أو شجر فتقبل أحدهما بحصه صاحبها أى الثمره المدلول عليها بالنخل، مع أن فى بعض النسخ صاحبه (٢) من نفس الثمره خاصه، كما يستفاد من جماعه، أو من ثمره مطلقا و لو من غيرها كما من آخرين بوزن معلوم صح للصحاح (٣).

و بها مضافا الى عدم الخلاف الأمن الحلى يقيّد أخبار المنع عن المزائنه و المحاقله ان جعلنا هذا التقييل بيعا، و الا فهى معامله خاصه.

و ظاهرها تأديتها بما دل على ما اتفقا عليه بأى عباره، خلافا للمحكى عن الجماعه فاشترطوا فى صيغتها الوقوع بلفظ القباله، و هو غير ظاهر المستند، و ان كان أحوط.

و ظاهر بعضها أن المتقبل يملك الزائد و عليه الناقص.

و أما الحكم بأن قرارها مشروطه بسلامه الثمره من الافه الإلهيه، بحيث لو حصلت فسدت و رجع الأمر الى ما كان عليه من الشركه، فلم أقف له على حجه و ان ذكره جماعه.

فالمتمجه- وفاقا لجماعه- عدم اشتراط السلامه فى الصحه، ان لم يشترط كون الثمن من نفس الثمره، أو اشترط و لم ينزل على الإشاعه.

و لو كان النقص لا بآفه بل بخلل فى الخرص، لم ينقص شىء و كذا لو كان بتفريط المتقبل.

و الأظهر أن هذه معامله لازمه لا يجوز الرجوع فيها بعد جريان الصيغه، كسائر العقود اللازمه.

و إذا مر الإنسان بثمره النخل و الفواكه جاز له أن يأكل ما لم يضر

ص: ٨٩

١-١) وسائل الشيعه ١٣-١٣، ب ٧.

٢-٢) كما فى المطبوع من المتن.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٣-١٨، ب ١٠.

به و يفسده، بأن يأكل منه كثيرا بحيث يؤثر فيها أثرا بينا، و يصدق معه مسماه عرفا.

و يختلف ذلك بكثره المادة و قلتها، و ليس من هذا الشرط الإفساد بكسر الغصن.

أو يقصد المرور اليه، بل يكون مروره اليه اتفاقا، بأن يكون الطريق قريبا منها، بحيث يصدق المرور عرفا، لا أن يكون طريقه على نفس الشجره.

و لا يجوز أن يأخذ معه شيئا إجماعا، و قد جعل هذا أيضا جماعه شرطا و لا دليل عليه بل و لا على الثاني ان لم يكن إجماعا، و لكن اشتراطهما بل و اشتراط عدم العلم بكراهه المالك و عدم ظنها و كون الثمره على الشجره أيضا أحوط و أولى.

و فى جواز ذلك أى الأكل مع الشروط فى غير النخل من الزرع و الخضر تردد ينشأ: من اختلاف النصوص (1)، و اعتضاد المانع منها بنص الكتاب و الاعتبار، و المجوز منها بالشهره بين الأصحاب، و الأول أحوط و ان كان الثاني أظهر.

و المنشأ جار فى النخل أيضا، إلا أن الجواز فيه أقوى منه هنا، لقوه الشهره فيه حتى ادعى فيه جماعه الإجماع، و لا كذلك المقام. و لا ريب أن التورع عنهما أحوط و أولى، و ان كان وجهه هنا أكد و أقوى.

الفصل السابع

إشاره

(فى بيع الحيوان)

إذا تلف الحيوان المبيع فى الثلاثه أيام التى هى مدته الخيار فيه فهو من مال البائع مطلقا و لو كان بعد القبض له من المشتري إذا لم يكن التلف بسببه أى المشتري و لا عن تفريط منه فان التلف

ص: ٩٠

فى زمن الخيار ممن لا خيار له كما مر.

و لا- يمنع العيب الحادث فيه من غير جهة المشتري فى زمن الخيار من الرد ب أصل الخيار مطلقا بلا خلاف،لانه مضمون على البائع بالإجماع.و فى جواز الرد بالعيب السابق أيضا قولان،الأظهر وفاقا للأكثر نعم و ان كان الأحوط لا.

و تظهر الثمره فيما لو أسقط الخيار الأصلي و المشتري أو مضى الثلاثة،فله الرد على المختار،و لا على غيره.

و لو كان حدوثه بعد الثلاثة،منع الرد بالعيب السابق،لكونه غير مضمون على البائع مع تغيير المبيع،فان رده مشروط بعدمه،فله الأرش حينئذ خاصة بالعيب السابق.

و إذا بيعت الحامل فالولد للبائع على الأظهر الأشهر ما لم يشترط المشتري دخوله فيدخل كما مر.

و يجوز ابتياع بعض الحيوان مشاعا مع التعيين كالنصف و الربع، و لا يجوز مفروضا،و لو كان رأسا أو جلدا،و لا غيره كشيء أو جزء إجماعا فى الجميع.

و أما لو باع الشاه مثلا و استثنى الرأس أو الجلد منها ففى روايه (١)السكونى و غيرها أن البائع يكون شريكا بنسبه قيمه ثنيه أى مستثناه.فلو قوم الشاه جميعها بعشره و بدون المستثنى بتسعه،يكون البائع شريكا بالعشر.

ص: ٩١

و أفتى بها الشيخ فى النهايه (١) و المبسوط (٢) و الخلاف و فيه الإجماع، و تبعه القاضى.

و لضعفها سندا و مخالفتها لأصول طرحها الأصحاب رأسا، و ان اختلفوا فى المسأله بعد ذلك على أقوال، ثالثها التفصيل بين مذبوح الحيوان فيصح البيع و الشرط معا و حيه فيفسدان، و هو الأقوى.

و لو اشترك جماعة فى شراء الحيوان و اشترط أحدهم الرأس و الجلد بماله من الثمن كان له منه أى من المبيع بنسبه ما نقد لا ما شرط للحسن (٣)، بل ربما عد من الصحيح.

و لا خلاف فيه الا من شيخنا الشهيد الثانى و بعض متابعيه، فجعلوا الحكم فيه و فيما سبق واحدا، و هو حسن ان لم يكن انعقد الإجماع على خلافه، و ربما احتمله المحقق الثانى، و لعله وجه الفرق بينهما فى العبارة و نحوها من التردد فى الأول و الجزم بالحكم هنا، و هو حسن ان تم، و الا فمجرد صحه السند غير كاف فى الخروج عن مقتضى الأصول، و مع ذلك فالأحوط مراعاتها.

و لو قال: اشتر حيوانا بشركتى أو بيننا صح البيع لهما و على كل واحد منهما نصف الثمن لا غير، و ان أدى أحدهما الجميع بإذن الآخر صريحا أو فحوى، و لو بمقتضى العاده لهما فى الإنقاذ عنه لزمه العقد له و الا فلا.

و لو تلف المبيع بعد قبضه بإذن الآخر و لو فحوى، فهو منهما و يرجع على الآخر بما نقد عنه، إذا كان باذنه لا مطلقا.

و لو زاد على ذلك و قال: اشتر على أن يكون الربح لنا أى

ص: ٩٢

١-١) النهايه ص ٤١٣.

٢-٢) المبسوط ص ١٦٥.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٣-٤٩، ح ١.

بيننا و لا خسران عليك ان حصل لم يلزم الشرط عند جماعه، خلافا لآخرين فأجازوه.

و بعضهم زياده على العمومات ما فى روايه (1) صحيحه من أنه إذا شارك رجل فى جاريه له و شرط للشريك الربح دون الخساره جاز إذا طابت نفس صاحب الجاريه، و نحوها أخرى. لكن الدلاله ضعيفه، و سيأتى الكلام فى نظير المسأله فى كتاب الشركه.

و يجوز النظر الى وجه المملوكه و محاسنها إذا أراد شراءها إذا لم يكن بتلذذ و ريبه إجماعا، بل جوز فى التذكره النظر الى ما عدا العوره، و لكن الأحوط خلافه.

و يستحب لمن اشترى رأسا أى رقيقا، ذكرا كان أو أنثى أن يغير اسمه عند شرائه، بل قيل: مطلقا و لو بالانتقال بنحو من الهبه و الصلح.

و أن يطعمه شيئا حلوا، و يتصدق عنه بأربعة دراهم شرعيه.

و يكره أن يريه ثمنه فى الميزان بل قيل: بالكراهه حيث كان.

مسائل تتعلق ببيع الحيوان:

و يلحق بهذا الباب مسائل:

الأولى: المملوك يملك فاضل الضريبه فعليه بمعنى المفعول، و المراد بها ما يؤدى العبد الى سيده من الخراج المقدر عليه، كما عن الصدوق و الإسكافى و غيرهما.

و قيل: انه لا يملك شيئا مطلقا، الا- أن يأذن له المولى فى التصرف فيحصل له إباحته خاصه، و القائل الأكثر، و فى كلام جمع الإجماع، و هو الأظهر.

الثانيه: من اشترى عبدا مثلا و كان له مال، كان ماله للبائع مطلقا الا مع الشرط للمشتري فيكون له، على الأظهر الأشهر.

ص: ٩٣

وقيل: بأنه للبائع مع جهله، وللمشتري مع علمه، وهو ضعيف.

و على تقدير الدخول ينبغي أن يراعى فيه شروط البيع، من كونه معلوما لهما أو ما فى حكمه، و سلامته من الربا، بأن يكون الثمن مخالفاً لجنسه الربوى أو زائداً عليه و قبض مقابل الربوى فى المجلس ان كان صرفاً، و غيرها من الشروط.

الثالثة: يجب على البائع و من فى حكمه ان قلنا بإلحاقه به استبراء الأمه الموطوءه له حال بلوغها، فى قبل أو دبر عزل أم لا قبل بيعها بل مطلق الانتقال، على الأشهر الأقوى، بترك وطئها مطلقاً و لو دبراً، دون سائر الاستمتاعات فى زمان يأتى عليها بحيضه واحده ان لم تبع فى أثنائها، و الا فى كفى تمامها على الأشهر الأقوى ان كانت ممن تحيض و حدها شرعاً البالغه تسع سنين.

و بخمسه و أربعين يوماً من حين الوطى ان لم تحض بعد أو انقطع عنها حيضها و كانت فى سن من تحيض.

و كذا يجب الاستبراء كما و كيفاً على المشتري إذا لم يستبرئها البائع مطلقاً علم بوطئها أو جهل، و لا يجب إذا علم العدم.

هذا، و الأحوط ترك سائر الاستمتاعات و عدم الاكتفاء بتمام الحيضه حيث تباع فى الأثناء، بل حتى تستأنف أخرى، بل و حيضتين مطلقاً كما فى الصحيحين (1) و لا بخمسه و أربعين يوماً حيث تكون هى المقدر، بل حتى تمضى عليها ثلاثه أشهر.

و ما ذكرناه من تعميم الوطى للدبر مطلقاً أشهر و أحوط، و ان كان فى تعينه على إطلاقه نظر.

و يسقط الاستبراء عن الصغيره الغير البالغه و اليائسه عن المحيض

ص: ٩٤

(١-١) وسائل الشيعه ١٤-٥٠٤ ح ٥ و ٥٠٨ ح ١.

بالبلوغ الى سن اليأس و المستبرأه بلا خلاف فى الثلاثه و عن الأمه المرأه إلا مع العلم بالدخول عندها المحرم أو المطلق، فيجب الاستبراء على الأقوى.

و يقبل قول البائع العدل إذا أخبر بالاستبراء أو عدم الوطى.

و قيل: لا يقبل، بل لا بد من الاستبراء. و هو أحوط، و ان كان القبول أظهر وفاقاً للأكثر.

و هل المعتبر العدالة كما فى ظاهر العبارة أم يكفى الوثوق و الأمانه؟ الأحوط الأول، و ان كان الثانى لا يخلو عن قوه.

و لا يجوز أن توطأ الأمه الحامل قبلاً حتى تمضى لحملها أربعة أشهر كما عليه جماعه، و زاد آخرون عشرة.

و لا- ريب فى الحرمة قبل انقضاء هذه المده، و ان قيل بالجواز مع الكراهه لضعفه فى الغايه. و فيها بعدها أقوال مختلفه، أظهرها ثبوتها الى الوضع وفاقاً لجماعه.

و يختص المنع بالوطى قبلاً وفاقاً للأكثر، و ان كان مطلقاً- و لو دبراً كما قيل به- أحوط و أولى.

و لو وطئها عزل عنها استحباباً و لو لم يعزل كره له بيع ولدها بل حرم وفاقاً لجمع و فى الغنيه الإجماع.

و استحب أن يعتقه و يعزل له من ميراثه قسطاً يعيش به، و الأحوط وجوبهما.

الرابعه: يكره التفرقه بين الأطفال و أمهاتهم حتى يستغنوا عنهن.

و اختلف فى حده أى الاستغناء، فقيل:

سبع سنين مطلقاً و قيل: أن يستغنى عن الرضاع كذلك. و قيل: بالتفصيل بين الأنثى فالأول

و الذكر فالثانى. و قيل فيه أقوال آخر مبنيه عند جماعه على الاختلاف فى الحضانه.

و سيأتى إن شاء الله سبحانه ترجيح الثالث ثمه، الا أنه لا إشعار فى شىء من نصوص (١) المسأله بشىء من الأقوال المزبوره، بل هى بخلاف بعضها ظاهره.

و لا يترك الاحتياط فى المسأله سيما على القول بالحرمة المشار اليه:

و منهم كالاسكافى و المفيد و القاضى و غيرهم بل المشهور كما قيل من حرم التفرقه، و لا يخلو عن قوه.

و الأصح تعميم المنع الى غير الام من الأرحام المشاركه لها فى الشفقه و الاستيناس، كالأب و الأخ و البنت و العمه و الخاله، و تخصيصه بصوره عدم المراضاه.

و لا يتعدى المنع إلى البهيمه، بل يجوز التفرقه بينهما بعد الاستغناء عن اللبن مطلقا، و قبله ان كان مما يقع عليه الزكاه، أو كان له ما يمونه من غير لبن أمه.

قيل: و موضع الخلاف بعد سقى الأم اللبأ (٢)، أما قبله فلا يجوز مطلقا.

الخامسه: إذا وطئ المشتري الأمه المبتاعه جهلا منه بالغصبيه ثم بان و ظهر استحقاتها لغير البائع بالبينه و نحوها انتزعتها المالك المستحق لها.

و له أى للمالك عقرها أى نصف العشر من ثمنها ان كانت ثيبا، و العشر منه ان كانت بكرًا على الأشهر، و فى الخلاف الإجماع.

و قيل: يلزمه مهر أمثالها و القائل الشيخ و الحلّى، و الأول أقوى.

و لا فرق فى ثبوت العقر أو المهر بالوطى، بين علم الأمه بالحاله و جهلها بها على الأقوى.

ص: ٩٤

(١-١) وسائل الشيعه ١٣-٤١، ب ١٣.

(٢-٢) اللبأ: أول اللبن فى النتاج.

و عليه اجره المنافع المستوفاه له منها و قيمه الولد يوم سقط حيا ان كان قد أولدها وفاقا للأكثر، و في الخلاف الإجماع. و قيل: برقيه الولد.

و فيه ضعف.

و يرجع بالثمن و قيمه الولد على البائع مع جهله بالاستحقاق، و لا يرجع مع العلم به، و لو علم مع ذلك بتحريم الوطى، كان زانيا و الولد رق، و عليه الحد بموجب الزنا و المهر اتفاقا.

و لو اختلف حاله، بأن كان جاهلا عند البيع ثم تجدد له العلم، رجع بما غرمه حال الجهل و سقط الباقي.

و في رجوعه بالعقر مع الجهل قولان، أشبههما عند المصنف الرجوع و لكن الأحوط العدم.

السادسه: يجوز ابتياع ما يسيبه الظالم مطلقا مسلما كان أو كافرا و ان كان للإمام عليه السلام بعضه فيما لو أخذ غيله و نحوها مما لا قتال فيه، فإنه لأخذه و عليه الخمس أو كله فيما لو أخذ بالقتال بغير اذنه عليه السلام، فإنه حينئذ له عليه السلام على الأظهر الأشهر، كما مر في بحث الخمس، و هو مباح أما الان كما مضى، و اما غيرنا، فعن الأصحاب أنه تقر يده عليه و يحكم له بظاهر الملك، فلا يؤخذ من دون رضاه مطلقا، فان كان إجماع و الا فما ذكروه محل شبهه، الا أن الأحوط ما ذكروه.

و لو اشترى أمه سرقت من أرض الصلح ردها على البائع و استعاد ثمنها منه ان كان حيا.

فان مات البائع و لا عقب و لا وارث له سعت الأمه في ثمن

رقيتها (١) على روايه (٢) مسكين السمان الصحيحه إليه القاصره بجهالته، و لكن عمل بها النهايه (٣) و القاضى و الشهيد الأول، و فيها مضافا الى ضعف السند مخالفته للأصول الشرعيه.

و قيل: يحفظها وجوبا كاللقطه و القائل الحلى.

و لو قيل: تدفع الى الحاكم الشرعى بعد تعذر الدفع الى المالك و نائبه و لا تكلف الأمه السعى لأداء الثمن كان حسنا و عليه أكثر المتأخرين، أخذنا بالأصول و طرحا للخبر بما فيه من القصور، و يجب على الحاكم حفظها ليوصلها الى مالكها.

السابعه: إذا دفع رجل الى عبد لغيره مأذون منه للتجاره مالا ليشتري ببعضه نسمة و يعتقها عنه و يحج عنه ببقية المال، فاشترى المأذون أباه و تحاق أى تخالف فى الحق كل من مولاه و مولى الأب المعتق و ورثه الأمر بعد العتق و الحج، و كل يقول: اشترى العبد بمالى، ففى روايه (٤) ابن أشيم بفتح الهمزه و سكون الشين المعجمه و فتح الياء المنقطه تحتها عن أبى جعفر عليه السلام الوارده فى القضييه أنه مضت الحججه و يرد المعتق على مولاه رقا، ثم أى الفريقين أقام البيئه، كان له رقا.

و فى المستند ضعف بجهاله الراوى أو غلوه، و مخالفه المتن لأصول المذهب و لذلك حصل فى صورته الفتوى فى المسأله اضطراب و اختلاف فبين من عكف على ظاهر الروايه كالقاضى و النهايه (٥)، و بين من حكم لمولى

ص: ٩٨

١- ١) فى المطبوع من المتن: قيمتها.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٣-٥٠، ح ١.

٣- ٣) النهايه ص ٤١٤.

٤- ٤) وسائل الشيعه ١٣-٥٢، ب ٢٥.

٥- ٥) النهايه ص ٤١٤.

المأذون بعد حلفه باسترقاق العبد المعتقد كالمصنف فى الشرائع (١) وجماعه.

وقال هنا: انه يناسب الأصل فى المسأله الحكم بامضاء ما فعله المأذون ما لم تقم بينه تنافيه و تبعه ابن فهد فى الشرح، و قواه فى الدروس إذا أقر بذلك، قال: الا أن فيه طرحا للروايه المشهوره. و فيه مناقشه.

هذا كله مع عدم البينه، و معها تقدم ان كانت لو أحد، و ان كانت لاثنين أو للجميع بنى على تقديم بينه الداخلى أو الخارج عند التعارض، فعلى الأول الحكم لمولى المأذون من غير يمين، و على الثانى يتعارض الخارجان، و الأقوى تقديم بينه الدافع مع احتمال تقديم بينه مولى الأب.

الثامنه: إذا اشترى رجل من غيره عبدا فى الذمه فدفعت البائع إليه عبدين ليختار أحدهما، فأبقى واحد منهما من يده من دون تفريط قيل: كما عن الطوسى و القاضى يرتجع المشتري نصف الثمن من البائع، و يأخذ فى الفحص عن الآبق.

ثم ان وجدته رد الثمن المرتجع و تخير بينهما و اختار أيهما شاء و الا- يجده كان العبد الآخر الموجود بينهما نصفين لروايه السكونى (٢) و فى الروايه ضعف من حيث السند بالراوى، و المتن بمخالفته لأصول المذهب.

و حينئذ المعتمد الرجوع الى ما يناسب الأصل و هو ان يضمن المشتري له أى للبائع الآبق ان فرط فيه قطعاً، أو مطلقاً ان قلنا بضمان نحو المقبوض بالسوم و يطالبه بما ابتاعه منه فى الذمه.

و لو ابتاع عبدا من عبدين أى أحدهما كلياً لم يصح على الأشهر

ص: ٩٩

١-١) شرائع الإسلام ٢-٦٠.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٣-٤٤، ب ١٦.

الأقوى. ولا فرق بين أن يكونا متساويين في القيمة و الصفات أم مختلفين فيهما، للاشتراك في العله المقتضيه للبطلان.

و حكى الشيخ في الخلاف (١) في باب البيوع عن روايه الأصحاب الجواز على الإطلاق، مدعياً عليه الإجماع، لكنه رجع عنه في باب السلم.

التاسعه: إذا وطئ أحد الشريكين مثلاً الأمه المشتركه بينهما فعل حراماً و سقط من الحد ما قابل نصيبه و نصيب شريكه إذا كان بحكمه، كالولد فإنه لا حد على الأب في نصيب ابنه، كما لا حد عليه لو كانت بأجمعها لابنه.

و حد للباقي مع انتفاء الشبهه بما قابله، و هو النصف في المثال، و قس عليه الغير.

و طريقه مع عدم الاحتياج الى تبعض الجلوده الواحده واضح، و أما معه فالأظهر الأخذ بنصف السوط أو ربعه و هكذا، و مع الشبهه بنحو من توهم حل الوطئ من حيث الشركه يدرأ الحد عنه بالكلية.

ثم ان حملت منه قومت عليه حصص الشركاء و أخذت منه خاصه دون ما قابل نصيبه.

و مقتضى النص (٢) الأخذ مع اختلاف القيم بأعلاها، من قيمه الشراء و قيمتها يوم الوطئ. و فيه أقوال أخر، و دوران الإلزام بالقيمه مدار إفساد الأمه، و ليس إلا الاحبال لا الوطئ خاصه، و على هذا الأكثر.

ص: ١٠٠

١-١) الخلاف ١-٦٠٠، مسأله ٣٨.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٣-٤٥، ب ١٧.

وقيل: كما عن النهاية (١) أنها تقوم بمجرد الوطى و الأول أظهر، و لكن الثانى مع رضاء الطرفين أحوط.

و ينعقد الولد حرا مطلقا و لو كان الوطى عن زنا فى ظاهر إطلاق العبارة و صريح جماعه، و هو ظاهر النصوص. و لعله وجه الحكمه أنه ليس زنا محضا، بسبب ملكه لبعضها الموجب للفراش، كما صرح فى بعضها، و من هنا حكم جماعه بأن الواجب هنا من الحد الجلد خاصه و ان كان محصنا، لأنه الذى يقبل التبويض، و هو حسن.

و يجب على الواطى قيمه حصص الشركاء منه أى من الولد، و المعتبر قيمته عند الولاده و السقوط حيا، و أرش العقر بسبب الوطى، سواء كانت بكرا أم ثيبا، و هو العشر أو نصفه مستثنى منهما قدر نصيبه، وفاقا لجماعه و ان خلت عنه العبارة، أخذنا بظاهر النصوص (٢)، و ليس فيها إضافه أرش البكاره، بل ظاهرها التداخل، و أنه هو الزائد على عقر الثيبه.

و لا تدخل الأمه فى ملك الواطى بمجرد الحمل، بل بالتقويم و دفع القيمه أو الضمان مع رضاء الشريك فكسبها قبل ذلك للجميع، و كذا حق الاستخدام.

و لو سقط الولد قبل التقويم، استقر ملك الشركاء.

العاشره: المملوكان المأذونان لهما فى التجاره إذا ابتاع كل منهما لمولاه صاحبه من مولاه حكم للسابق منهما عقدا، و لو بتقديم قبوله على قبول الآخر من غير توقف على اجازته، و للآخر أيضا إذا كان معها، و إلا بطل، لبطلان الاذن بزوال الملك، إلا أن يكون بطريق الوكاله، فيصح مطلقا.

و الفرق بين الاذن و الوكاله أن الاذن ما جعلت الاستنابه فيه تابعه للملك، يزول عرفا بزواله بالبيع و نحوه. و الوكاله ما أباحت التصرف المأذون فيه مطلقا.

ص: ١٠١

١-١) النهاية ص ٤١٢.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٨-٣٨٩، ب ٢٢.

و الفارق بينهما مع اشتراكهما فى الاذن المطلق اما تصريح المولى بالخصوصيين أو دلالة القرائن عليه، و مع عدمها فالظاهر حملة على الاذن.

و على ما ذكرنا يحمل إطلاق العبارة ببطلان اللاحق، بحمله على عدم اللزوم المطلق المتردد بين البطلان بالمعنى الأخص و الأعم.

و لو اشتبه السابق أو السبق مسحت الطريق التى سلكها كل واحد منهما الى مولى الأخر و حكم بالسبق للأقرب منهما طريقاً، مع تساويهما فى المشى قوه و ضعفاً، وفاقاً للشيخ للخبر (١).

و ضعف سنده يمنع عن العمل به، و لذا أعرض عنه الحلّى و أكثر المتأخرين فأوجبوا الرجوع الى مقتضى الأصل، و ان اختلفوا فيه قولين:

أحدهما-القرعة من غير فرق بين صورتى الاشتباه فى السبق أو السابق، و قيل بها فى الثانية و بالبطلان فى الأولى كصوره الاقتران، و الأولى أقوى، و عليه تستخرج فى الصورة الثانية برقعتين يكتب فى إحدهما السابق و فى الأخرى المسبوق، و فى الأولى بثلاث رقع يكتب فى الثالثة الاقتران.

فان اتفقا طريقاً بطل العقدان معاً، كصوره الاقتران، وفاقاً للحلّى و كثير من المتأخرين، و ان اختلفوا فى إطلاق البطلان كما عن الأول و تقييده بصوره عدم الإجازة أو الوكاله، كما عليه الباقون و هو الأقوى.

و فى روايه (٢) مرسله عمل بها النهايه (٣) و بعض من تبعه أنه يقرع بينهما و ضعف سندها و مخالفتها الأصل يمنع عن العمل بها، و هنا قول آخر.

ثم ان هذا كله إذا كان شراؤها لمولاهما كما فرضنا، أما لو كان لأنفسهما، فإن

ص: ١٠٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٣-٤٦، ب ١٨.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٣-٤٦، ح ٢.

٣- (٣) النهايه ص ٤١٢.

أحلنا ملكه بطلا، و ان أجزناه صح السابق و بطل المقارن و اللاحق قطعاً.

الفصل الثامن

إشاره

(فى السلف)

هو و السلم عبارتان عن معنى واحد.

و هو ابتياع مال موصوف مضمون فى الذمه إلى أجل معلوم بمال كذلك حاضر مقبوض أو فى حكمه مما لم يكن حاضرا فى المجلس ثم أحضر و قبض فيه قبل التفرق، و كذا ما كان حاضرا فيه موصوفا غير معين إذا عين فيه، و ما كان دينا على البائع على قوله، فإنه فى حكم الحاضر بل المقبوض.

و ينعقد بقول المسلم و هو المشتري: أسلمت إليك، أو أسلفتك، أو سلفتك بالتضعيف، و فى سلمتك وجه متروك، كذا فى كذا. و يقبل المسلم اليه بقوله: قبلت و شبهه.

و لو جعل الإيجاب منه بلفظ: أسلمت منك، و استلفت، و تسلفت و نحوها جاز و القبول من المسلم هنا قبلت و شبهه.

و النظر فيه فى أمور ثلاثة:

شروطه، و أحكامه، و لواحقه.

شرائط بيع السلف:

الأولى فى الشروط للصحة و هى خمسة:

الأول: ذكر الجنس و المراد به هنا الحقيقه النوعيه، كالشعير و الحنطه و الوصف الرافع للجهاله، الفارق بين أصناف ذلك النوع بعبارات معلومه

ص: ١٠٣

عند المتعاقدين ظاهره الدلاله.

و ليس المراد مطلق الوصف، بل الذى يختلف لأجله الثمن اختلافا ظاهرا لا يتسامح بمثله فى السلم عادة.

و المرجع فى الأوصاف إلى العرف، و ربما كان العامى أعرف بها من الفقيه و حظه منها الإجمال.

و المعتبر من الوصف ما يتناوله الاسم المزيل لاختلاف أثمان الأفراد الداخلة فى المعين و لا يبلغ فيه الغايه، فإن بلغها و أفضى الى عزه الوجود بطل بلا خلاف يظهر.

فلا- يصح السلم فيما لا يضبطه الوصف كاللحم نيه و مشويه و الخبز بأنواعه و الجلود بلا خلاف فى الأولين، و فى كلام جماعه الإجماع، و على المشهور فى الأخير. خلافا للشيخ و القاضى فيصلح، لإمكان الضبط بالمشاهده. و فيه خروج عن وضع السلف، فان المبيع فيه أمر كلى فى الذمه مؤجل إلى مده، فلا يمكن ضبطه بالمشاهده.

و قيل: يمكن الجمع بمشاهده جمله يدخل المسلم فيه فى ضمنها من غير تعيين، و هو غير مخرج عن وضعه، كاشتراطه من غله قريه معينه لا تخيس عادة، و حينئذ فتكفى مشاهده الحيوان عن الإمعان فى الوصف و هو حسن، الا أن المشهور أحوط.

و نحو المذكورات الجواهر مطلقا و اللثالى الكبار دون الصغار التى لا تشمل على أوصاف كثيره يختلف باختلافها القيمه، فيجوز السلف فيها مع ضبط ما يعتبر فيها من الوزن و العدد و بعض الصفات.

و ضابطها: كل ما يباع بالوزن و لا يلاحظ فيه الأوصاف الكثيره عرفا.

و يجوز فى الأمتعه و الحيوان كله صامتا كان أو ناطقا و الحبوب و الفواكه

و الطيب و نحو ذلك و بالجمله كل ما يمكن ضبطه بالوصف المعتبر.

الثانى: قبض رأس المال أى الثمن قبل التفرق بالبدن، فلو لم يقبض قبله بطل.

و لو قبض بعض الثمن ثم افترقا صح فى المقبوض و بطل فى غيره، و يتخير البائع فى الفسخ، إلا إذا كان التأخير بتفريطه فلا خيار له.

و لو كان الثمن ديناً على البائع فبيع المسلم فيه به صح على الأشبه وفاقاً للنهائية (١)، خلافاً للأكثر. و أولى بالجواز ما لو حوسب به عن الثمن الكلى و عليه الأكثر، خلافاً لبعض فأبطل، و هو فى المقامين أحوط، و هو الوجه فى قوله:

لكنه يكره.

الثالث: تقدير المبيع المسلم فيه و تعيينه بالكيل أو الوزن المعلومين فيما يعتبر بهما و ما لا يضبط إلا بأحدهما فى بيعه سلفاً، و ان جاز بيعه نقداً جزافاً.

و لا- يكفى التقدير ب العدد فى المقدر بأحدهما إجماعاً و كذا لو كان مما يعد و يباع بالعدد نقداً مطلقاً، وفاقاً للشيخ، خلافاً للإسكافى فيجوز مطلقاً، و للشهيدى و غيرهما بالتفصيل بين ما يقل فيه التفاوت فالجواز و ما يكثر فالمنع، و لعله أقوى.

و الضابط فى الصحة: الضبط الراجع لاختلاف الثمن، فحيث حصل بالعدد صح و الا بطل. و عليه يتعين الضبط بالوزن أو الكيل فى المقدر بهما، و بالأول فى غيره مطلقاً و بالثانى فيما لا يتجافى فى المكيال كالجوز و اللوز، دون ما يتجافى كالبطيخ و الباذنجان و الرمان، فيتعين فيه الأول.

و يعتبر فى مثل الثوب ضبطه بالذرع، و ان جاز بيعه بدون نقداً مع المشاهدة.

ص: ١٠٥

و لا يصح السلم فى نحو القصب أطنانا (١)، و لا فى الحطب حزما، و لا فى الماء قريبا لعدم انضباطها سلفا الا بالوزن أو الكيل، و ان جاز بيعها جزافا نقدا.

و كذا يشترط التقدير و التعيين فى الثمن بما يقدر به فى مطلق البيع حتى لو كان مما يباع جزافا جاز الاقتصار على مشاهدته، كما لو بيع.

و قيل: يكفى هنا التقدير ب المشاهده مطلقا، و القائل المرتضى و الأول أشهر و أقوى.

الرابع: تعيين الأجل المشترط بما يرفع احتمال زياده فيه و النقصان عند المتعاقدين إجماعا.

الخامس: أن يكون وجوده أى المسلم فيه غالبا حين حلوله أى الأجل المشترط فيه فى البلد الذى يشترط تسليمه فيه، أو بلد العقد حيث يطلق العقد أو فيما قاربهما بحيث ينتقل منه إليهما عادة.

و لا تكفى غلبه وجوده فيما لا يعتاد نقله اليه الا نادرا. و لا يشترط الوجود فى زمن العقد، بل يصح مع غلبته بعد الأجل مطلقا و لو كان معدوما وقت العقد إجماعا.

أحكام بيع السلف:

الثانى: فى أحكامه، و هى خمسة مسائل:

الاولى: لا يجوز بيع السلم أى المسلم فيه قبل حلوله على من هو عليه كان أو غيره، حالا أو مؤجلا.

و يجوز بيعه بعده و بعد القبض بلا خلاف و كذا ان لم

ص: ١٠٦

١- ١) الأطنان: وزن مقداره ألف كيلو، و فى «ن»: أطنابا.

يقبضه مطلقا و لو بمجانس الثمن، ربويين كانا أم غيره، مساويين كانا أم لا على الأشهر بين المتأخرين، خلافا لأكثر القدماء فيما لو بيع بالدرهم و اشترى به متفاضلا فمنعوا عنه، و لا- ريب فيه مع الفسخ، و أما مع البيع كما هو الفرض فالمسألة محل اشكال، و الأحوط المنع.

و حيث قلنا بالجواز فهو على كراهيه فى الطعام مطلقا على من هو عليه و هو المسلم اليه و على غيره بل ظاهر الغنيه الحرمة مدعيا عليه الإجماع، لكنه معارض بالصحيح (1) الداله هنا على جواز بيعه على من هو عليه قبل القبض من غير كراهيه، لكن لا بأس بها خروجا عن الشبهه.

و كما يجوز بيعه كملا مطلقا كذا يجوز بيع بعضه كذلك، و يجوز توليته و توليه بعضه أى بيعهما برأس المال، و كذا بزياده عنه أو نقصان، بلا خلاف إلا فى الأخيرين على بعض الوجوه كما مر.

و ربما يعزى الى الشيخ المنع عن التوليه أيضا إذا كان الثمن دراهم و بيع المسلم فيه بها، لبعض الاخبار. و هو ضعيف.

و كذا حكم بيع الدين فلا يجوز قبل الأجل مطلقا، و يجوز بعده كذلك بلا خلاف فى الأخير الا من الحلّى فيما لو بيع على غير من هو عليه، فمنع عنه مدعيا عليه الإجماع، و هو أحوط، و ان كان الجواز مطلقا أظهر و أشهر، و فى الأول خلاف و لعل الجواز أقرب، و ان كان المنع عنه كالسلف أحوط.

و حيث جاز فان باعه بما هو حاضر مشخص بنحو الإشاره صح بلا خلاف و كذا ان باعه بمضمون حال صح من غير فرق بين ما لو كان المضمون مؤجلا ثم حل أجله، أو كان غير مؤجل فى الأصل، كما إذا بيع بدينار كلّى غير مستقر فى الذمه قبل البيع، على ما يقتضيه إطلاق العبارة، فإن كان عليه إجماع، و الا فالأقرب

ص: ١٠٧

فى الأول المنع، مع أنه أيضا أحوط.

و لو شرط تأجيل الثمن قيل: يحرم و القائل الحلى و تبعه كثير لانه بيع دين بدين منهى عنه بالنص و الإجماع، و فيه نظر.

و قيل: يكره و القائل الشيخ فى النهايه (1) و هو الأشبه بالأصل السليم عما يصلح للمعارضه. هذا إذا كان الثمن دينا بالعقد، كما هو فرض الأصحاب و المتن.

و أما لو باع دينا فى ذمه زيد بدين للمشتري فى ذمه عمرو فلم يجز قولاً واحداً لانه بيع دين بدين منهى عنه بلا إشكال.

الثانيه: إذا دفع المسلم اليه المسلم فيه دون الصفه أو المقدار المشترطين لا- يجب على المسلم قبوله، و ان كان أجود من وجه آخر.

و لو رضى المسلم بذلك صح و لو كان ذلك لأجل التعجيل بلا خلاف.

و لو دفع بالصفه و جب القبول أو إبراء المسلم اليه بعد حلول الأجل. و لو امتنع قبضه الحاكم، و الا فيخلى بينه و بينه و يبرأ بمجردة على الظاهر.

و كذا يجب القبول أو الإبراء بعد الحلول لو دفع اليه فوق الصفه فى المشهور. قيل: لأنه إحسان محض فالامتناع عنه عناد، و لأن الجوده صفه لا يمكن فصلها، فهى تابعه.

و لا كذلك لو دفع أكثر قدرا يمكن فصله و لو فى ثوب. و فيهما نظر بل عدم وجوب القبول كما عن الإسكافى لعله أظهر، و ان كان الأحوط للمسلم ما عليه الأكثر.

الثالثه: إذا تعذر المسلم فيه عند الحلول أو انقطع حيث يكون مؤجلا

ص: ١٠٨

يمكن (١) الحصول بعد الأجل عادة، فاتفق عدمه ابتداء أو بعد وجوده فطالب المسلم البائع إياه كان مخيرا بين الفسخ و استرداد الثمن أو مثله و الصبر الى وجوده و لم يفسخ العقد، بلا خلاف فى الأخير، و على الأشهر الأظهر فى الأول و له أيضا أن لا يفسخ بل يأخذ قيمته.

و ليس هذا الخيار فوريا، فله الرجوع بعد الصبر الى أحد الأمرين المخير بينهما ما لم يصرح بإسقاط الخيار فيسقط.

و لو كان أحد موجبي الخيار من التعذر و الانقطاع بعد بذله له و رضاه بالتأخير سقط خياره، و لا كذلك لو كان بعدم المطالبة أو بمنع البائع مع إمكانه.

و فى حكم انقطاعه عند الحلول، موت المسلم اليه قبل الأجل و قبل وجوده و لا- كذلك العلم قبل الأجل بعدم المسلم فيه بعده، بل يتوقف الخيار على الحلول.

و لو قبض البعض و تأخر الباقي، تخير بين الصبر و الفسخ فى الجميع و فى البعض. و فى تخير المسلم إليه حينئذ وجه قوى، إلا أن يكون التأخير بتقصيره فلا خيار له.

الرابعة: إذا دفع المديون الى المدين من غير الجنس الذى استدانه على أنه قضاء منه و رضى الغريم به عن الدين و لم يساعره وقت الدفع احتسب بقيمه يوم الإقباض سلفا كان الدين أم لا، كان المدفوع عروضاً أم غيرها، بالنص (٢) و الإجماع.

الخامسة: عقد السلف قابل لاشتراط ما هو معلوم غير موجب للجها له.

فلا يبطل باشتراط بيع فيه أو هبه شىء أو عمل محلل أو صنعه كأن يقول: أسلمت إليك هذه العشرة دراهم فى خمسين منا من تمر الى

ص: ١٠٩

١- ١) فى «ن» ممكن.

٢- ٢) وسائل الشيعة ١٢-٤٠٢، ح ٥.

مده كذا، بشرط أن تبيع منى، أو توهب لى كذا، أو تعلمنى الصنعه الفلانيه، أو نحو ذلك مما يصح اشتراطه.

و لو أسلف فى غنم و شرط أصواف نعجات بعينها كأن يقول: أسلمت إليك هذه المائه فى عشرين شاه مؤجلا الى كذا، بشرط أن تعطينى أصواف هذه النعجات بعينها قيل: و القائل الشيخ يصح هذا الشرط و تبعه الفاضل.

و الأشبه عند المصنف تبعاً للحلى المنع عنه للجهاله أى جهاله الأصواف. و فيها منع، لارتفاعها بالمشاهده، فاذن الأقرب الصحه.

قيل: و موضع النزاع أن يكون شرط الأصواف أن تجز حالاً، فلو عينها و شرط تأخير الجز إلى أمد السلف، أو شرط أصواف نعجات فى الذمه غير مشاهده، لم يصح قولاً واحداً.

و لو شرط ثوبا من غزل امرأه معينه، أو غله من قراح أى مزرعه معينه لم يضمن و لا يصح، لان تشخيص المسلم فيه بأحد الأمرين خروج عن حقيقه السلف كما سلف، نعم لو استند الى معين قابل للإشاعه، و لا يفضى التعسر فيه الى عسر التسليم عاده جاز، كما لو أسلف على مائه رطل من تمر البصره، فإن ذلك يجرى مجرى الصفات المشترطه فى السلف فى الحداره و الصرايه.

فى لواحقه

إشاره

النظر الثالث: فى لواحقه، و هى قسمان:

احكام دين المملوك:

الأول: فى دين المملوك اعلم أنه ليس له ذلك أى أخذ الدين مطلقاً و لو لمولاه الامع الاذن منه له فيه.

فلو بادر إلى الاستدانه من دون اذن من المولى بالكلية لزم فى

ذمته و يتبع به إذا أعتق و لا يلزم المولى شىء لا فى ذمته و لا فى كسب العبد، إلا إذا علم باستدانته و لم يمنع، فيسعى حينئذ كما فى المعتبره (١).

و لو اذن له المولى فى الاستدانه لزمه دون المملوك بلا خلاف ان استبقاه أو باعه سواء كان الدين للمولى أو للعبد فيما يتعلق بنفقته اللازمه على مولاه أو غيره.

و أما لو أعتقه و كانت الاستدانه للعبد فيما لا يتعلق بنفقته اللازمه له، بل كانت لغيرها من مصالحه ف فيه روايتان (٢): إحداهما أنه يسعى فى الدين و يؤخذ به، و قد عمل بها النهايه، و تبعه القاضى و جماعه، و فيها قصور سندا بالضعف و الجهاله، مضافا الى القصور فى الدلاله.

و فى الروايه (٣) الأخرى أنه لا يسقط عن ذمه المولى و هى أى هذه الروايه أشهر فى الفتوى، و أصح سندا، و أوفق بالأصول جدا، فالعمل بها أقوى، و ان كان العمل بالأولى للعبد أحوط و أولى.

و لو مات المولى كان الدين أى دين العبد الذى لزم مولاه فى تركته.

و لو كان له غرماء كان غريم المملوك كأحدهم لا يقدم أحدهم على الآخر.

و لو كان مأذونا فى التجاره خاصه دون الاستدانه فاستدان لم يلزم دينه المولى مطلقا.

و هل يسعى العبد فيه؟ أى فى الدين قيل: نعم مطلقا كما عن

ص: ١١١

١-١) وسائل الشيعه ١٣-١١٨، ح ١.

٢-٢) نفس المصدر.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٣-١١٨، ح ٢.

وقيل: كما عن الحلبي وجماعه يتبع به إذا أعتق و هو أشبهه و أشهر، و في الخلاف عليه الإجماع، و مع ذلك أوفق بالأصل، و هنا قولان آخران مفصلان.

أحكام القرض:

القسم الثاني في القرض، و فيه أجر عظيم و ثواب جسيم.

ينشأ من معونه المحتاج تطوعا و تقربا الى الله تعالى، و هو أفضل من الصدقه، فهو بعشرين و هي بعشره. و لا بد لإفادته انتقال الملك من عقد يتضمن الإيجاب و القبول، فلا يكفي المواطاه و ان أباحت التصرف.

و الصيغه: أقرضتك، و انتفع به، أو تصرف فيه، أو ملكتك، أو خذ هذا، أو اصرفه و عليك عوضه، أو ما أدى هذا المعنى، لانه عندهم من العقود الجائزه.

و لا تنحصر في لفظ، بل تتأدى بما أفاد معناها، و انما يحتاج إلى ضميمة «و عليك عوضه» ما عدا الصيغه الأولى، فإنها صريحه في معناه لا تفتقر إليها.

فيقول المقرض: قبلت و شبهه مما دل على الرضا بالإيجاب، و لا يكفي القبض في إفاده الملك، و ان كفى لإباحه التصرف.

و يجب الاقتصار على أخذ العوض مثلا- أو قيمه من دون زياده، عينا كانت أو صفه، ربويه كانت العين المستقرضه أم غيرها إجماعا، إلا إذا لم يشترطها المقرض، فلا بأس بها مطلقا.

و لو شرط النفع يعنى الزيادة و لو بزياده الوصف كالصحيح عوض المكسره حرم حتى في المثال، على الأشهر الأقوى.

نعم لو تبرع المقرض بزياده في العين أو الصفه لم يحرم إجماعا، فإن

ص: ١١٢

خير القرض ما جر المنفعه.

هذا بالنسبه إلى المقترض، و أما المقرض فيكره له أخذ الزيادة. و لا فرق في جواز الأخذ مع عدم الشرط بين أن يكون من نيتها ذلك أم لا.

و يفسد القرض مع شرط النفع، فلا يجوز التصرف فيه و لو بالقبض، و معه و مع العلم يكون مضمونا عليه كالبيع الفاسد.

و حيث حلت الزيادة بالتبرع بها، فلا يخلو: اما أن تكون حكميه، كما لو دفع الجيد بدل الردى أو الكبير بدل الصغير، فالظاهر أنه يملكه المقرض ملكا مستقرا بقبضه كما قيل، و ان كانت عينيه، ففي كون المجموع وفاء، أو يكون الزائد بمنزله الهبه فيلزمها أحكامها نظر، و لعل الثاني أظهر.

و اعلم أن ما يصح إقراضه، و هو كل ما صح إحصاء قدره و وصفه، فيجوز أن يقترض الذهب و الفضة و زنا، و الحبوب كالحنطه و الشعير و التمر و الزبيب كيلا و وزنا، و الخبز و زنا بلا خلاف و عددا على الأظهر الأشهر.

و النص (١) صريح في جواز اقتراضه عددا و الرد متفاوتا، خلافا للدروس (٢) فاشترط فيه عدم العلم به، و لعل المراد التفاوت الذي لا يتسامح به عادة.

و كل ما يتساوى أجزاءه قيمه و منفعه و يتفاوت صفاته، و يعبر عنه ب«المثلى» يثبت في الذمه مثله كالحبوب. و يلحق به العين المستقرضه للأولويه.

و إذا تعذر ينتقل الى قيمته يوم المطالبه على قول، و وقت القرض على آخر و وقت التعذر على ثالث، و لا ريب أن العمل بأعلى القيم منها للمقترض أحوط، كما أن العكس للمقرض أحوط.

ص: ١١٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٣-١٠٩، ب ٢١.

٢- (٢) الدروس ص ٣٧٦.

و ما ليس كذلك، و يعبر عنه ب«القيمي» يثبت في الذمه قيمته، وفاقا للمشهور و قيل: بل مثله. و قيل: بضمان المثل الصوري فيما يضبطه الوصف، و هو ما يصح السلم فيه، و ضمان ما ليس كذلك كالجوهر بالقيمه.

و على اعتبار القيمه مطلقا أو على بعض الوجوه، فهل المعتبر قيمه وقت التسليم، أو وقت القرض، أو وقت التصرف فيه؟ أقوال، و الاحتياط هنا كما سبق.

قيل: و لا- اعتبار لقيمه يوم المطالبه هنا قولاً واحداً، الا على القول بضمانه بالمثل فتعذر، فيعتبر يوم المطالبه كالمثل على أصح الأقوال.

و يملك الشيء المستقرض المقترض ب مجرد القبض على الأظهر الأشهر، حتى أن في ظاهر السرائر و التذكرة الإجماع، و قيل: به و بالتصرف.

و تظهر الثمره: في جواز رجوع المقرض في العين ما دامت باقيه، و في وجوب قبولها لو دفعها المقترض، و في النماء قبل التصرف، ان قلنا بكون التصرف ناقلاً للملك حقيقه أو ضمناً، يعنى: قبل التصرف بلحظه يسيره، كما في العبد المأمور بعثقه عن الأمر غير المالك، فإنه للمقترض على المختار و للمقرض على غيره، و لو قيل فيه بالكشف ففيه احتمالان.

و ليس للمقرض الرجوع في العين على المختار وفاقاً للأكثر، و لا ينافيه الإجماع على جواز العقد، لما بينته في الشرح الكبير (1).

و لا يلزم اشتراط الأجل فيه و ان صح، و انما فائدته جواز الدفع اليه و وجوبه بعده.

و كذا لا يتأجل الدين الحال بتأجيله، بأن يعبر عنه صاحب الدين بعبارته تدل عليه، من غير ذكره في عقد لازم، بأن يقول: أجلتلك في هذا الدين

ص: ١١٤

مده كذا. إذ ليس ذلك عقداً يجب الوفاء به، بل وعد يستحب فيه الإيفاء، والحكم فيه مطلق مهراً كان الدين أو غيره.

و لو غاب صاحب الدين غيبه منقطعه نوى المستدين قضاءه وجوباً، و الا كان بمنزله السارق، كما فى النص (١). و كذا الحكم فى كل حق، سواء كان ذو الحق غائباً أو حاضراً.

و انما ذكر الوجوب مع الغيبه المنقطعه تأكيداً، و فى روايه: من كان عليه دين ينوى قضاءه كان معه من الله عز و جل حافظان يعينانه على الأداء من أمانته، فإن قصرت نيته عن الأداء قصر عنه عن المعونه بقدر ما قصر عن نيته (٢).

و يجب عليه عزله عند وفاته وفاقاً للنهائية (٣) و جماعه، خلافاً للحلى فلا يجب، و الأول أحوط، و أحوط منه العزل مطلقاً فقد حكى قولاً، لكن لا يلزم منه انتقال الضمان، بل عليه الضمان مع التلف على الإطلاق.

و أن يكون موصياً به عند الوفاء إلى ثقته.

و لو لم يعرفه اجتهد فى طلبه ببذل الوسع فى الفحص عنه فى الأمكنه التى يتوقع كونه أو خبره بها، و يستمر كذلك على وجه لو كان لظهر.

و مع اليأس عنه عادة، بحيث لا يحتمل الوقوف عليه قيل: يجب أن يتصدق به عنه و القائل الشيخ و القاضى و جماعه بل الأكثر و المشهور كما ذكره جماعه، و به روايات (٤) بعضها صحيحه لا بأس بالعمل بها، و ان أنكره الحلى رأساً و أوجب الدفع الى الحاكم، و هو أحوط.

ص: ١١٥

١-١) و مسائل الشيعة ١٣-٨٥ ح ١.

٢-٢) و مسائل الشيعة ١٣-٨٦ ح ٣.

٣-٣) النهائية ص ٣٠٧.

٤-٤) و مسائل الشيعة ١٣-١١٠.

و لا يصح المضاربه بالدين حتى يقبض مطلقا و لو كان من هو عليه عاملا إجماعا فتوى و نصا (١).

و لو باع الذمي ما لا يملكه المسلم كالخمر و الخنزير و قبض ثمنه جاز أن يقبضه المسلم عن حقه الذي عليه.

و ظاهر العبارة و صريح جماعه اختصاص الحكم بالذمي دون الحربى، و هو كذلك.

و يشترط فى الذمي أن يكون فى بيعه مستترا، فإنه مع عدم الاستتار يلحق بالحربى.

و لو أسلم الذمي قبل بيعه ما لا يملكه حال إسلامه قيل: و القائل الشيخ يتولاه غيره ممن يجوز له بيعه، للخبر (٢) و هو ضعيف مخالف للأصول.

و لو كان لاثنين فصاعدا ديون مشتركه بينهما فاقتهماها، فما حصل كان لهما، و ما توى بالمشناه من فوق بمعنى هلك كان منهما على الأشهر الأقوى، و ادعى الشيخ و ابن زهره عليه الإجماع.

و قد يحتال للقسمه بأن يحيل كل منهما صاحبه بحصه التى يريد إعطاؤها إياه و يقبل الآخر، بناء على صحه الحواله من البرى، أو فرض سبق دين عليه، أو يصطلحا على ما فى الذمم بعضا ببعض.

و لو باع (٣) الدين بأقل منه عينا أو قيمه، على وجه لا يحصل فيه الربا، و لا الإخلال بشروط الصرف لو كان العوضان من الأثمان لم يلزم الغريم أن يدفع إليه أى إلى المشتري أكثر مما دفع الى البائع على تردد من النص (٤).

ص: ١١٤

١-١) وسائل الشيعه ١٣-١٨٧، ب ٥.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٢-١٦٧، ح ٢.

٣-٣) فى المطبوع من المتن: بيع.

٤-٤) وسائل الشيعه ١٣-٩٩، ب ١٥.

الوارد بذلك المعمول به عند الشيخ والقاضى، و من ضعف سنده و مخالفته الأصول الشرعيه، و هذا أولى و أشهر أيضا.

خاتمه:

أجره الكيال و وزان المتاع على البائع الأمر له بهما، لأنها لمصلحته فتعلق الأجره به.

و كذا أجره بائع الأمتعه تتعلق به، إذا كان بائعها دلالة ناصبا نفسه لذلك.

و أجره الناقد و وزان الثمن أى الصراف على المشتري الأمر له بذلك.

و كذا أجره من يشتري الأمتعه عليه بالشرط المتقدم.

و لو تبرع الواسطه بكل من الأمور المزبوره من دون أمر من البائع، أو المشتري له بذلك و لا ما يقوم مقامه من الدلاله لم يستحق أجره على من تلزمه الأجره مع أمره، أو ما فى حكمه و لو أجاز البيع و الشراء و غيرهما.

و إذا جمع أى الواسطه بين الابتياح و البيع و نصب نفسه لذلك و يعبر عنه ب«السمسار» فباع أمتعه لشخص و اشترى غيرها لآخر فأجره كل عمل على الأمر به لعدم المنافاه.

و لا- يجمع بينهما أى بين العمليين لواحد أى لشيء واحد، بأن يبيعه لأحد و يشتريه لآخر، إلا إذا كان السعر مضبوطا بحيث لا يحتاج إلى المماكسه عاده أو كانا اتفقا على قدر معلوم و أرادا توليه طرفى العقد، فيجوز له الجمع بينهما.

و حينئذ يكون عليهما أجره واحده بالسويه، سواء اقترنا فى الأمر أم تلاحقا، مع احتمال كون الأجره على السابق، و لا يجب أجرتان، وفاقا لجماعه، خلافا لآخرين

فتجبان، و لعله غير بعيد، سيما مع كون متعلق الأمرين طرفى الإيجاب و القبول و جهل أحدهما بأمر الآخر.

هذا إذا جوزنا للواحد تولى طرفى العقد، و الا فعدم استحقاق الواحد لهما واضح.

و يحتمل على بعد أن يكون الضمير المجرور عائد إلى الإيجاب و القبول المدلول عليهما بالمقام تضمنا أو بالبيع و الابتياح، فيكون ذهابا الى المنع، أو يعود الضمير إلى الأخرتين، بناء على المنع عن تولى طرفى العقد أو غيره.

و لا يضمن الدلال و لا السمسار ما يتلف فى يده ما لم يفرض أو يتعد، لأنه أمين.

و لو اختلفا فى التفريط أو التعدى و لا بينه، فالقول قول الدلال مع يمينه لأنه منكر.

و كذا لو اختلفا فى القيمة أى قيمة التالف.

كتاب الرهن

اشاره

ص: ١١٩

(كتاب الرهن) و أركانه أربعه:

أحكام الرهن:

الأول: في بيان حقيقه الرهن و شرائطه:

و هو لغه: الثبات و الدوام، و يطلق على الحبس بأى سبب كان، و شرعا وثيقه لدين المرتهن إذا تعذر استيفأؤه ممن هو عليه استوفى منه أو من ثمنه، و لا يشترط فى صحته السفر بإجماعنا.

و لا بد فيه من الإيجاب و القبول الدالين على الرهن.

فالإيجاب: رهنتك، أو وثقتك بالتضعيف، أو أرهنتك بالهمزه، أو هذا رهن عندك، أو على مالك، أو وثيقه عندك، أو خذه بمالك، أو على مالك، أو أمسكه حتى أعطيك مالك بقصد الرهن، و شبهه بما أدى المعنى.

و تكفى الإشاره المفهمه فى الأخرس و ان كان عارضا، أو الكتابه معها بما يدل على قصد الرهن لا بمجرد الكتابه.

و القبول: قبلت، و شبهه من الألفاظ الداله على الرضا بالإيجاب.

و هل يشترط الإقباض فيه؟ الأظهر الأشهر نعم و ادعى الشيخ

ص: ١٢١

و ابن زهره عليه الإجماع.

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

و انما يشترط فى صحته ابتداء لا استدامه، فلو أقبضها الراهن ثم ارتجعها صح الرهن و لزم إجماعا.

و من شرطه أن يكون المرهون عينا فلا يصح رهن المنافع اتفاقا كما قيل، و لا الدين مطلقا على الأقوى.

و أن يكون مملوكا فلا يصح رهن الحر إجماعا، من مسلم أو كافر عند مسلم أو كافر، و لا الخمر و الخنزير بلا خلاف، إذا كان الراهن مسلما، و كذا إذا كان المرتهن كذلك و لم يضعهما عند ذمى، و مع الوضع عنده فكذلك مطلقا وفاقا للأكثر خلافا للشيخ فصححه حينئذ إذا كان الراهن ذميا، و لا رهن المصحف و العبد المسلم عند كافر، و لو وضع عند مسلم على الأحوط (1) بل الأظهر.

و أن يكون مما يمكن قبضه و يبعه فلا يصح رهن الطير فى الهواء، و لا السمك فى الماء، إلا إذا اعتيد عود الأول و شوهد الثاني و انحصر فى محل، بحيث لا يتعذر قبضهما عادة، فيصح رهنهما حينئذ مع الإقباض.

و حيث اجتمعت الشروط المزبوره، جاز الرهن مطلقا منفردا كان بملك الراهن أو مشاعا بينه و بين غيره، و يتوقف الإقباض فى الثانى على اذن الشريك إذا كان مما لا يكتفى فى قبضه بتخليته، لا مطلقا على الأقوى.

و لو قبضه بدون اذن الشريك، تم القبض و صح على الأصح و ان فعل المحرم.

و لو رهن مالا يملكه فان كان بإذن المالك صح إجماعا، و الا وقف على الإجازة على الأقوى.

و لو كان يملك بعضه مضى الرهن و يصح فى ما يملكه و توقف فى

ص: ١٢٢

(١-١) خ ل: الأشهر.

و حيث أجاز المالك قيل: يضمه الراهن و ان تلف بغير تفريط، و فيه إشكال الا أن ظاهر بعضهم الإجماع عليه.

و للمالك إجباره على افتكاكه مع قدرته منه و الحلول، أما قبل الحلول فليس له ذلك إذا أذن فيه كما قالوه.

و للمرتهن مع الحلول و إعسار الراهن أن يبيعه و يستوفى دينه منه ان كان و كيلا- فى البيع، و الا- باعه الحاكم إذا ثبت عنده الرهن، سواء رضى بذلك المالك أو لا.

و هو أى الرهن لازم من جهة الراهن و جائز من طرف المرتهن فله فسخه. و يستعقب اللزوم عدم جواز الانتزاع إلا- بإسقاط المرتهن الحق من الارتهان بفسخ العقد أو حصول براءة ذمه الراهن من جميع ما عليه من حق المرتهن بأحد موجباتها.

و فى إلحاق حصول البراءة من بعض الحق بها من الجميع فى جواز انتزاع مجموع الرهن قولان، أجمعهما: الثانى عملا بالأصل، و فى المبسوط (1) الإجماع إلا إذا شرط كونه رهنا على المجموع لا على كل جزء، فلا ريب فى الأول.

و فى المسألة احتمال بل قول ثالث بالتقسيط، و فيه ضعف.

و لو شرطه أى الرهن أن يكون مبيعا للمرتهن بذلك الدين أو بقدر مخصوص ان لم يؤده عند حلول الأجل لم يصح كل من البيع و الرهن و لو قبضه كذلك ضمنه بعد الأجل لا قبله.

و لا يدخل حمل الدابة و لا ثمره النخل و الشجر و نحوهما الموجوده حاله العقد فى الرهن الا بالاشتراط، أو الاتصال الغير القابل للانفصال عند الأكثر،

ص: ١٢٣

و هو الأظهر إلا إذا حكم العرف بالدخول فيدخل.

نعم لو تجدد النماء بعد الارتهان دخل ان كان متصلا لا يقبل الانفصال كالطول و السمن اتفقا. و كذا ان كان منفصلا كأمثله العبارة، أو ما يقبله كالشعر و الصوف على الأقوى وفاقا للمشهور.

و لو اشترط المرتهن الدخول أو الراهن الخروج، تبع الشرط و لزم.

و فائده الرهن مطلقا للراهن عندنا، كما أن تلفه عليه إجماعا.

و لو رهن رهنين بدينين، ثم أدى عن أحدهما و فك ما بإزائه من الرهن لم يجز إمساكه ب الدين الآخر.

و كذا لو كان له دينان و أخذ بأحدهما رهن دون الآخر لم يجز إمساكه بهما و لا بدين ثالث.

و لا يدخل زرع الأرض المرهونه في الرهن مطلقا سابقا كان على العقد أو متجددا بعده.

أحكام الحق المرهون:

الثاني: في بيان الحق المرهون به.

و يشترط ثبوته في الذمه بمعنى استحقاقه فيها مطلقا و ان لم يكن مستقرا كالقرض و ثمن المبيع في زمن الخيار ما لا- كان كالأمثله أو منفعه كالعمل و نحوه من المنافع المستأجره.

فلا يصح الرهن على ما لا يثبت، كأن يستدينه بعد أو يستأجره. و لا على ما حصل سببه و لم يثبت كاليديه قبل استقرار الجنايه و ان حصل الجرح. و لا على مال الجعالة و ان حصل البذل قبل الرد.

و أما العين فلا يصح الرهن عليها ان كانت أمانه اتفقا، و كذا ان كانت العين

مضمونه وفاقاً للأكثر، وقيل: فيها بالجواز، وليس بذلك البعيد.

و في اشتراط ثبوت الدين و استقراره في الذمه قبل الرهن أم الاكتفاء بالمقارنه كأن يقول: بعثك هذا العبد بألف و ارتهنت هذا الثوب به، فقال المشتري: اشتريت و رهنت قولان، و حكى الأول عن الأكثر، و مراعاته أحوط.

و لو رهن على مال ثم استدان مالا آخر، فجعله رهنا عليهما صح و لا يشترط الفسخ ثم التجديد، بل يضم بعقد جديد، و كذا لو رهن على المال الواحد رهنا آخر فصاعداً جاز، و ان كان قيمه الأول يفى بالدين.

أحكام الرهن:

الثالث: في بيان الرهن:

و يشترط فيه كمال العقل بالبلوغ و الرشد و جواز التصرف برفع الحجر عنه في التصرفات الماليه، كما في سائر العقود.

و للولى الشرع أن يرهن لمصلحه المولى عليه ماله، كما إذا افتقر إلى الاستدانه لنفقتة أو إصلاح ماله، و لم يكن بيع شيء من ماله أعود، أو لم يمكن و توقف على الرهن. و يجب كونه على يد ثقة يجوز إيداعه منه.

و كذا يجوز بل قيل: يجب أخذ الرهن له، كما إذا أسلف ماله مع ظهور الغبطه، أو خيف على ماله من غرق أو حرق أو نهب.

و يعتبر كون الرهن مساوياً للحق أو أزيد، و كونه بيد الولي أو يد عدل، و الاشهاد على الحق لمن يثبت به عند الحاجه إليه عادة. فلو أخل ببعض هذه مع الإمكان ضمن كما قالوه، و لا ريب أن فيه احتياطاً لمال اليتيم المبني جواز التصرف فيه عندهم على المصلحه و الغبطه، فضلاً عن عدم دخول نقص عليه.

و ليس للرهن التصرف في الرهن ببيع أو وقف أو نحوهما مما يوجب

أزاله الملك، و لا- بإجاره و لا- سكنى و لا- غيرهما مما يوجب نقصه اتفاقاً، و أما غيرهما مما لا يوجب الأمرين، فكذلك على الأشهر الأقوى.

و لا- بوطء إجماعاً لأنه تعريض للإبطال فى الرهن بالاستيلاء المانع عن البيع، بل ربما حصل معه الموت بسبب الوضع فى بعض الأحيان.

و فيه روايه (١) صحيحه متعدده بالجواز لكنها مهجوره مخالفه للإجماع، كما يستفاد من العبارة و غيرها، و صرح به فى المبسوط (٢) و الخلاف (٣) فتكون مطرحه أو محموله على التقيه.

و لو باعه الراهن بدون اذن المرتهن صح و ان أتم، و لكن وقف على اجازة المرتهن فان حصلت و الا بطل.

و فى وقوف العتق أى عتق الراهن العبد المرهون بغير الاذن على اجازة المرتهن أم بطلانه من رأس تردد من كون العتق إيقاعاً فلا- يتوقف لاعتبار التنجيز فيه، و من عموم أدله العتق السليمه عن المعارض، بناء على أن المانع حق المرتهن و قد زال بالإجازة أشبهه: الجواز و الصحه مع الإجازة وفاقاً للنهايه (٤) و جماعه.

أحكام المرتهن:

الرابع: فى بيان المرتهن:

و يشترط فيه ما اشترط فى الراهن من كمال العقل و جواز التصرف

ص: ١٢٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٣-١٣٣، ب ١١.

٢- (٢) المبسوط ٢-٢٠٦.

٣- (٣) الخلاف ١-٦٠٥، مسأله ٢٠.

٤- (٤) النهايه ص ٤٣٣.

و اعلم أن إطلاق الرهن لا يقتضى كون المرتهن وكيلًا- فى البيع و لكن يجوز اشتراط الوكالة فى بيعه عند حلول الدين له و لوارثه و غيره فى عقد الرهن و غيره من العقود اللازمة.

و لو عزل الراهن المشروطه له الوكالة، مرتهنًا كان أو غيره لم يعزل عنها على الأقوى، وفاقًا لجماعه، خلافًا لنادر فينعزل.

و تبطل الوكالة المشروطه فيه أى فى عقد الرهن بموت الموكل و كذا بموت الوكيل دون الرهانه، فلا تبطل مطلقًا بلا خلاف. و إذا مات الراهن أو المرتهن، كان للآخر الامتناع من تسليمه الى وارثه، و كذا للوارث الامتناع من تسليمه اليه. و ان تشاحا فللحاكم تسليمه أو تسليمه الى عدل ليقبضه لهما.

و يجوز للمرتهن ابتياع الرهن لنفسه برضى المالك مطلقًا، كان وكيلًا فى بيعه أم لا إجماعًا.

و فى جوازه بمجرد وكالته فى بيعه مع عدم معلوميه رضى المالك به و بعدمه قولان، و لا ريب أن الترك و الاستيدان أحوط. و الأشهر الأظهر جواز ابتياعه لولده و شريكه و من يجرى مجراهما.

و المرتهن أحق من غيره باستيفاء دينه من الرهن مطلقًا سواء كان الراهن حيا أو ميتًا بلا خلاف فى الأول، و على الأشهر الأقوى فى الثانى.

و فى الميت روايه (١) أخرى بقسمته بين الغرماء بنسبه ديونهم إذا لم تف التركة بها، و هى مع قصور سندها شاذه مخالفه للأصول، لا يعرف قائل صريح بها.

و لو قصر الرهن عن الدين المرهون به ضرب المرتهن مع باقى الغرماء فى الفاضل من دينه، و لو زاد عنه صرفه إلى الورثه أو الغرماء.

ص: ١٢٧

و الرهن أمانه فى يد المرتهن، و لا- يسقط بتلفه شىء من ماله ما لم يتلف بتعد أو تفريط بالنص و الإجماع، و النصوص (١) المعارضه بسقوط الحق بتلفه محموله على صورته التعدى أو التقيه، كما يشعر بكل منهما روايه.

و مع ذلك الحكم بسقوط الحق بالتلف مشكل فيما إذا لم يكن من جنس ما يضمن به التالف، و ان فهم من العبارة و نحوها لاختلاف الحقيين، الا أن يحمل على صورتى التراضى أو التقاص القهرى.

و ليس له أى المرتهن التصرف فيه أى الرهن بغير اذن الراهن بالنص (٢) و الإجماع.

و لو تصرف فيه من غير اذن مطلقا ضمن العين مع التلف بالمثل فى المثل و القيمه فى القيمى، و ضمن الأجره أيضا ان تصرف فى المنفعه بدونه، أو معه على وجه العوض.

و لو كان الرهن دابه قام المرتهن بمؤنتها حيث لا يقوم الراهن بها وجوبا.

و إذا أنفق تقاصا و رجع كل ذى فضل بفضله مع الإنفاق بنيه الرجوع لا مطلقا إجماعا.

و هل يشترط مع النيه اذن المالك أو الحاكم أو الإشهاد بعد تعذرهما أم لا؟ قولان، و الأحوط الأول.

هذا و يأتى فى التقاص على إطلاقه ما مر، و لذا إن الحلى ذكر الرجوع الى ما أنفق من دون ذكره، و هو الأوفق بالأصل حيث يمكن الرجوع إليه.

ص: ١٢٨

١-١) وسائل الشيعه ١٣-١٢٥، ب ٥.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٣-١٣٠، ب ٨.

و فى روايه (١):الظهر ىركب و الدر ىشرب،و على الذى ىركب و ىشرب النفقه رواها السكونى فى الموثق اليه.

و قريب منها أخرى صحيحه (٢)،و عمل بها الشيخ و الحلبي،الا أن الأشهر الأظهر ما قدمنا من عدم جواز التصرف فى الرهن بغير الاذن،و رجوع المنفق بما أنفق على الراهن و تسليم منافع الرهن اليه،عملا بالأصول و حملا للروايه على صوره الاذن و مساواه الحقيقين جمعا.

و للمرتهن استيفاء دينه من الرهن و ان لم يكن و كيلا- فى البيع،أو انفسخت الوكاله بموت الراهن ان خاف جحود الراهن أو الورثه للحق و لم يتمكن من إثباته عند الحاكم بعدم بينه أو غيره من العوارض.

و المرجع فى الخوف إلى القرائن الموجهه للظن الغالب بالجحود،و ربما احتمل كفايه مطلق الاحتمال.

و لو اعترف المرتهن بالرهن و ادعى الدين على الراهن و لا- بينه له فالقول قول الوارث و له أى للمرتهن إحلافه أى الوارث ان ادعى عليه العلم بثبوت الحق.

و لو باع المرتهن الرهن بدون اذن الراهن وقف على الإجازة و صح البيع و لزم بعدها على الأشهر الأقوى و بطل الرهن،كما لو أذن ابتداء أو باع هو بإذن المرتهن مطلقا.

و لا- يجب جعل الثمن رهنا،الا- مع اشتراطه قبل،أما إذا أتلفه متلف إتلافا يقتضى العوض كان العوض رهنا،لكنه يبطل و كاله المرتهن فى الحفظ و البيع ان كانت،و فى الفرق نظر.

ص:١٢٩

١- ١) و سائل الشيعه ١٣-١٣٤،ح ٢ ب ١٢.

٢- ٢) و سائل الشيعه ١٣-١٣٤،ح ١ ب ١٢.

و لو كان المرتهن وكيلا في بيع الرهن فباع بعد الحلول صح البيع و جاز له استيفاء الدين مطلقا، كما عليه جماعة، و قيده آخرون بصوره توافق الدين مع الثمن في الجنس و الوصف، و هو أحوط، و أحوط منه عدم الاستيفاء منه الا بالاذن.

و لو أذن الراهن في البيع قبل الحلول فباع جاز البيع، و لكن لم يستوف دينه من الثمن حتى يحل الأجل.

و اعلم أنه إذا حل الدين، فان كان المرتهن وكيلا في البيع و الاستيفاء معا جازا له، و الا طلبهما منه أو الاذن فيهما، فان فعل و الا رفع أمره الى الحاكم ليلزمه بهما، فان أبي كان له حبسه، فان أبي باعه و أدى عنه دينه.

و لو لم يمكن الوصول الى الحاكم لعدمه أو بعده، احتمال جواز استقلاله بالبيع بنفسه و استيفاء دينه، كما لو ظفر بغير جنس حقه من مال المديون الجاحد مع عدم البيئه، وفاقا لجماعه.

أحكام المتخالفين في الرهن:

و يلحق به مسائل النزاع، و هي أربع: - الأولى: يضمن المرتهن قيمه الرهن إذا تلف بتعد أو تفريط منه، و ثبت بإقراره أو البيئه.

و المعتبر قيمه يوم تلفه عند الأ-كثر. و قيل: يوم قبضه و قيل: أعلى القيم من حين القبض الى حين التلف و القائل به الشيخ في المبسوط (1) كما في عبارات جمع، و ربما قيل: انه مشهور، و لعله أحوط بل و أجود. و في المسأله أقوال آخر.

ص: ١٣٠

ثم ان هذا إذا كان قيميا، و ان كان مثليا ضمنه بمثله ان وجد، و الا فقيمه المثل عند الأداء، وفاقا لجماعه.

و لو اختلفا فى قيمه فالقول قول الراهن عند جماعه من القدماء و ربما ادعى بعضهم كونه إجماعا.

و قيل: القول قول المرتهن مع يمينه، و القائل الحلى و تبعه كثير من المتأخرين و هو أشبه بالأصول.

الثانيه: لو اختلفا فيما عليه الرهن من الدين، فادعى المرتهن زيادته و الراهن نقصه فالقول قول الراهن وفاقا للأكثر فتوى و روايه (١).

و فى روايه (٢) أخرى عمل بها الإسكافى فيما حكى ان القول قول المرتهن ما لم يدع زياده عن قيمه الرهن و هى قاصره السند، ضعيفه التكافؤ عن المقاومه لمعارضها من وجوه شتى محموله على التقيه.

الثالثه: لو اختلفا فى الرهن ف قال المرتهن القابض له:

هو رهن، و قال الراهن المالك له:

هو وديعه، فالقول قول المالك مع يمينه مطلقا وفاقا للأكثر.

و فيه روايه (٣) أخرى بل روايات (٤) بالعكس، و عمل بها الصدوق، الا أنها الان متروكه مهجوره.

و فى المسأله قولان آخران بالتفصيل، لا مستند لهما ظاهرا سوى الجمع بين الاخبار المختلفه من غير شاهد و حجه، فلا عبره به.

الرابعه: لو اختلفا فى التفريط، فالقول قول المرتهن مع يمينه بلا خلاف.

ص: ١٣١

١- ١) وسائل الشيعه ١٣-١٣٧، ب ١٧.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٣-١٣٨، ح ٤.

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٣-١٣٥، ب ١٦.

٤- ٤) وسائل الشيعه ١٣-١٣٥، ب ١٦.

كتاب الحجر و هو لغه:المنع،و شرعا ما أشار إليه في تعريف المحجور من أنه هو الممنوع من التصرف في ماله شرعا.

و أسباب الحجر بحسب ما جرت عاده الأصحاب بذكره في الكتاب سته و الالفه أزيد الصغر،و الجنون،و الرق،و المرض،و الفلس و السفه.

و لا يزول حجر الصغير الا بوصفين:- الأول:البلوغ،و هو يعلم بإنبات الشعر الخشن على العانه بلا خلاف،بل نحو الوجه أيضا من المواضع المعهودة في أصح القولين.و في كونه اماره البلوغ أو سبقه قولان،ظاهر الأصول الأول،و لكن الثانى محكى عن الأكثر.

أو خروج المنى و هو الماء الذى يتكون منه الولد من الموضع المعتاد و لا فرق بين أن يكون الخروج فى نوم أو يقظه و يشترك فى هذين الدليلين الذكور و الإناث.

أو السن،و هو فى الذكر بلوغ خمس عشره سنه على الأطهر الأشهر.

ص: ١٣٥

و فى روايه (١) ضعيفه السند غير معروفه القائل، أنه من ثلاث عشر إلى أربع عشر سنه، و فى جملة من المعتبره (٢)، أنه ثلاث عشر سنه، إلا أنها كالسابقه شاذه محتمله للحمل على التقيه.

و أولى منها بالضعف ما فى روايه (٣) أخرى من حصول الإدراك ب بلوغ عشره و هى كثيره وارده فى الطلاق و الوصيه، فإنها غير صريحه فى تحقق البلوغ به، بل و لا ظاهره، لاحتمال اراده رفع الحجر عنه فى الأمور المذكوره خاصه كما ذهب إليه جماعه، و مع ذلك معارضه بأقوى منها فى الطلاق.

و فى الأثنى ب بلوغ تسع سنين، بلا خلاف روايه (٤) على الأصح الأشهر فتوى.

و يعتبر فى التسع و فى الخمسه عشر كمالها، و لا يكفى الطعن فيهما.

الثانى: الرشده، و هو أن يكون مصلحا لماله بحيث تكون له ملكه نفسانيه تقتضى إصلاحه و تمنع عن إفساده و صرفه فى غير الوجه اللائقه بأفعال العقلاء، لا مطلق الإصلاح.

و فى اعتبار العدالة فى الرشده تردد و اختلاف بين الأصحاب، إلا أن عدم اعتبارها أظهر، وفاقا للأكثر.

و على القول باعتبارها فإنما تعتبر ابتداء لا دائما، فلو كان عادلا فأعطى المال ثم فسق لم يحجر عليه قولا واحدا.

و مع عدم الوصفين البلوغ و الرشده أو أحدهما استمر الحجر عليه و لو طعن فى السن و بلغ خمسه و عشرين سنه فصاعدا بإجماعنا.

ص: ١٣٦

١-١) تهذيب الأحكام ٦-٣١٠.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٣-٤٣١، ح ١٢.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٣-٤٢٨، ب ٤٤.

٤-٤) وسائل الشيعه ١٣-٤٣١، ح ١٢.

و يعلم رشد الصبى باختباره بما يلائمه من التصرفات و الاعمال ليظهر اتصافه بالملكه و عدمه، فمن تكرر منه الإصلاح و الحفظ عن التلف و الفساد و الانخداع على وجه الملكه ثبت رشده و الا فلا.

و لا يقدر فيها وقوع ما ينافيها نادرا من السهو و الانخداع فى بعض الأحيان لوقوعه من الكاملين كثيرا.

و وقت الاختبار قبل البلوغ، عملا بظاهر الآيه، و حذرا من منع رب المال من التصرفات فيه مع بلوغه و رشده.

و ثبت الرشد بشهاده رجلين فى الرجال، بلا اشكال فيه، و لا فى ثبوت غيره من أنواع أمارات البلوغ بهما أيضا، و ان كان الفرض مع عداله الشهود نادرا، أو بشهاده الرجال منفردين أو النساء كذلك، أو ملففا منهن و منهم كرجل و امرأتين فى النساء.

و يعتبر فى الثبوت بالشهاده ما يذكر من الشرائط فى بحثها، من العداله و قيامها عند الحاكم و حكمه به.

و السفه هو الذى يصرف أمواله فى غير الأغراض الصحيحه و يفسدها و لا يصلحها، فيمنع عن التصرف فيها مطلقا و ان حدث سفهه بعد رشده.

و لا يتوقف الحجر عليه و لا زواله على حكم الحاكم على أصح الأقوال.

فلو باع و الحال هذه أى بعد ثبوت حجره بسففه لم يمض بيعه و ان ناسب أفعال العقلاء، الا مع اجازة الولي، فيضمن على القول بالفضولى، و جواز بيع السفه بإذن الولي، كما هما الأقوى.

و كذا لو وهب أو أقر على نفسه بمال لغيره لم يمضيا مطلقا.

و يصح تصرفاته فى غير المال من نحو طلاقه و ظهاره و إقراره بما لا يوجب

مالا- كالإقرار بالجنايه الموجهه للقصاص و ان كان نفسا،و كالنسب و ان أوجب النفقه على الأصح،فيقبل فى أحدهما دون الأخر،كالإقرار بالسرقه على وجه يؤخذ بالمال دون القطع.و عليه ففى الإنفاق على المقر له من المال المقر أو بيت المال قولان.

و المملوك و لو أنثى ممنوع من جميع التصرفات الماليه و غيرها و لا يصح شىء منها الا بإذن المولى و يستثنى منها الطلاق إذا كان زوجته غير أمه المولى،فان ذلك اليه دون مولاه،على الأشهر الأقوى كما يأتى.و عن التذكرة استثناء الظهار أيضا،و لا أعرف له مستندا واضحا.

و المريض ممنوع من الوصيه بما زاد عن الثلث أى ثلث تركته اتفاقا كما يأتى فى كتاب الوصيه.

و كذا الكلام فى التبرعات المنجزه الغير المعلقه على الوفاء،كالهبة و الوقف و الصدقه و المحاباه فى البيع و الإجاره أو نحو ذلك،فيمنع عن الزائد منها عن الثلث كالوصيه على الخلاف الآتى ثمه.

و حيث منع فتصرف وقف على اجازة الورثه،و لا يقع فاسدا من أصله بلا خلاف.

و الأب و الجد للأب و ان على يلىان على الصغير و المجنون بلا خلاف فيه،و لا فى نفوذ تصرفات أحدهما مع فقد الأخر،أو الموافقه و عدم المخالفه،أو سبق تصرف المتصرف منهما.و أما مع التقارن،ففى تقديم الأب أو الجد أو البطلان أو وجه بل و أقوال،أو سطرها:الوسط.

فان فقدا فالوصى لأحدهما فإن فقد الوصى فالحاكم الشرعى بلا خلاف فيهما،و لا فى الترتيب بين الأولياء.فإن فقد،فالمؤمنون حسبه.

ثم الولايه فى مال السفيه الذى لم يسبق له رشد كذلك للأب و الجد له الى آخر

ما مر، وفاقا لجمع، خلافا للأكثر فللحاكم مطلقا، و في الدليل نظر.

نعم له الولاية عليه دونهم ان سبق رشده و ارتفع عنه الحجر ثم لحقه السفه، لشبهه الإجماع ان تم، و الا فهو أيضا محل نظر.

ص: ١٣٩

كتاب الضمان

اشاره

ص: ١٤١

(كتاب الضمان) و هو يطلق على معينين: أحدهما أخص من الآخر، والأعم عبارته عن عقد شرع للتعهد بنفس أو مال و الأول الكفاله، والثاني الحواله ان كان ممن في ذمته مال، والا فالضمان بالمعنى الأخص و لذا صار الأعم أقسامه ثلاثه:

أحكام ضمان المال:

الأول: ضمان المال و هو المراد منه حيث يطلق بلا قيد، بخلاف الآخرين فلا يطلق عليهما إلا بأحد القيدين.

و يشترط في الضامن التكليف بالبلوغ و كمال العقل، فلا يصح من الصبي مطلقا، و من المجنون كذلك إلا إذا كان أدواريا و قد ضمن حال إفاقته.

و جواز التصرف برفع الحجر عنه، و لقد كان فيه غنى عن ذكر الشرط السابق، لاندراجه تحت هذا الشرط، فلا يصح من السفیه، و لا المملوك بدون اذن السيد على الأقرب، و يصح مع الاذن بلا خلاف. و في لزوم المال حينئذ لذمته فيتبع به بعد عتقه، أو بكسبه، أو بمال المولى مطلقا أقوال و إشكال، إلا أن يكون

ص: ١٤٣

هناك معهود فيتبع، بلا اشكال فيه ولا فى لزوم كل من الاحتمالات مع اشتراطه.

ولا بد فى اللزوم من رضا المضمون له وفاقا للأكثر، خلافا للشيخ.

و على المختار فهل يكفى الرضا كيف اتفق أم لا بد فيه من وقوعه بصيغه القبول؟ أحوطهما: الثانى.

ولا عبره بالمضمون عنه أى برضاه، فلا يشترط.

ولو علم المضمون عنه بالضمان فأنكر و لم يرض به لم يبطل الضمان على الأصح الأشهر.

ولا يعتبر العلم بالمضمون عنه و المضمون له مطلقا على أصح الأقوال، فيصح الضمان مع جهالتهما مطلقا.

و هو أى الضمان ينقل المال المضمون من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن و تبرأ ذمه المضمون عنه بإجماعنا، خلافا للعامه، فجعلوا فائدته ضم ذمته إلى أخرى، و خيروا لذلك المضمون له بين مطالبه أيهما شاء.

فيجوز عندنا فيه الدور، كأن يضمن اثنان كل ما على صاحبه، أو يضمن الأصيل ضامنه بما يضمنه عنه بعينه، أو ضامن ضامنه و هكذا.

أو التسلسل، كأن يضمن أجنبى عن الضامن و هكذا، فيرجع كل ضامن مع الاذن بما أداه على مضمونه لا على الأصيل فى الثانى.

و فى الأول يسقط الضمان و يعود الحق كما كان. نعم يترتب عليه أحكامه، كظهور إعسار الأصيل الذى صار ضامنا الموجب لخيار المضمون له فى فسخ ضمانه، و الرجوع الى المضمون عنه الذى صار ضامنا عنه.

و كذلك تصح وحده الضمان و تعدد المضمون عنه و بالعكس مع الاقتران، أما بدونه فى مال واحد فيصح الأول خاصة.

و يشترط فيه أى الضامن الملاءه بأن يكون مالكا لما يوفى به الحق

المضمون فاضلا عن المستثنيات في وفاء الدين أو علم المضمون له بإعساره حين الضمان، وهذا الشرط معتبر في اللزوم دون الصحة.

و عليه ف لو لم يعلم بإعساره حتى ضمن، ثم بان إعساره كان المضمون له مخيرا بين الفسخ و الرجوع الى المضمون عنه، و بين الالتزام بالعقد و مطالبه الضامن. و هذا الخيار على التراخي على الأقرب.

و انما تعتبر الملاءة في الابتداء دون الاستداه، فلو تجدد إعساره بعد الضمان لم يكن له الفسخ.

و كما لا يقدر تجدد إعساره فكذا تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر.

و الضمان المؤجل للدين الحال جائز مطلقا تبرعا كان أو بالسؤال.

و في جواز العكس، و هو الضمان المعجل للدين المؤجل قولان أصحهما: الجواز مطلقا، و عليه أكثر المتأخرين، و فاقا لجماعه من القدماء خلافا لآخرين.

و كذا يجوز في باقى الصور الغير المفروضه في المتن، و هو ثمان الضمان المؤجل للدين المؤجل مع تساوى الأجلين، أو اختلافهما بالزيادة و النقصان، بسؤال المضمون عنه كان أو تبرعا، فهذه ست، و الضمان المعجل للدين المعجل بالسؤال أو التبرع، فهذه ثمان.

و يمكن إدراجها في المتن بحذف ما ذكرناه في صورتيه من الصلته، الا أن الظاهر من ذكر القولين فيه في الصورة الثانية يقتضى ما ذكرناه من الصلته.

و يرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه عنه ان ضمن بسؤاله و ان لم يؤده باذنه بلا خلاف.

و لا يجب على المضمون عنه أن يؤدي الى الضامن أكثر مما دفعه الى المضمون له.

و لو وهبه أى الضامن المضمون له، أو أبرأه عن المضمون لم يرجع الضامن على المضمون عنه بشيء و لو كان الضمان باذنه و كذا لم يرجع المضمون له عليه به عندنا.

و إذا تبرع الضامن بالضمان فلا رجوع له على المضمون عنه بما أداه مطلقا و ان كان الأداء باذنه.

و لو ضمن ما عليه صح و ان لم يعلم كميته و مقداره حال الضمان على الأظهر الأشهر، و فى الغنيه الإجماع، خلافا للشيخ و غيره فاختاروا المنع.

هذا إذا أمكن العلم به بعد ذلك كمثال المتن، و أما لو لم يمكن كضمنت لك شيئا بما فى ذمته لم يصح قولاً واحداً.

و على المختار يثبت عليه أى على الضامن ما تقوم به البيه أنه كان لازماً للمضمون عنه وقت الضمان لا ما يتجدد (١) أو يوجد فى دفتر أو حساب، و لا ما يقر به المضمون عنه أو يحلف عليه المضمون له برد اليمين من المضمون عنه.

أحكام الحوالة:

القسم الثانى - الحوالة:

و هى مشروعه بالنص (٢) و الإجماع لتحويل المال من ذمه إلى ذمه أخرى مشغوله بمثله جنسا و وصفاً.

هذا هو القدر المتفق عليه منها، و إلا - فالأظهر الأشهر جوازها على البرىء و فى السرائر الإجماع، لكنه حينئذ يكون بالضمان أشبه، فكان المحال عليه بقبوله

ص: ١٤٦

١- ١) لا ما يثبت، كذا فى المطبوع من المتن.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٣-١٥٨، ب ١١ و غيره.

لها ضامن لدين المحتال على المحيل، و لكنها لا تخرج بهذا الشبه عن أصل الحواله فيلحق أحكامها.

و في اشتراط تماثل المالكين في الأمرين قولان، أجودهما: العدم.

و يشترط في صحتها كون المال معلوما عند المحيل، ان كانت الحواله اعتياضا و ان كانت استيفاء احتمل الصحة و لو مع الجهاله.

و ثابتا في ذمته، فان لم يستقر فلا- تجوز الحواله من البرىء، بل هي و كاله اما في اقتراض ان كانت على برىء، أو في استيفاء ان كانت على غيره، و لا فرق بين أن يكون مثليا أو قيميا.

و رضا الثلاثه أى المحيل و المحتال و المحال عليه على الأشهر.

و ربما اقتصر بعض و هو الحلبي بل الشيخان أيضا كما حكى على رضا المحيل و المحتال دون المحال عليه، و هو الحق الا في الحواله على البرىء إن جوزناها، فيعتبر رضاه قطعا. و كذا لو كان المالكان مختلفان و كان الفرض استيفاء مثل حق المحتال، توجه اعتبار رضاه أيضا، لأن ذلك بمنزله المعاوضه الجديده فلا بد من رضا المتعاقدين.

و لو رضى المحتال بأخذ جنس ما على المحال عليه، زال المحذور.

قيل: و على تقدير اعتبار رضاه ليس هو على حد رضاهما، فيكفى كيف اتفق متقدما على العقد و متأخرا عنه و مقارنا.

و لا- يجب قبول الحواله و لو كان على ملى بلا- خلاف بيننا نعم لو قبل الحواله لزمتم، و لا- يرجع حينئذ المحتال على المحيل بالمال المحال به مطلقا و لو افتقر المحال عليه بعد يساره، لأنها توجب البراءه إجماعا. و لا فرق فيه بين أخذ المحتال شيئا من المال أم لا على الأشهر الأقوى.

و يشترط ملاءته أى المحال عليه وقت الحواله، أو علم المحتال

بإعساره بلا خلاف بيننا.

و لو احتيل و رضى لظنه ملاءته، ثم بان فقره عند الحوالة رجوع على المحيل و فسخ العقد ان شاء.

و العبره ببساره و إعساره عند الحوالة، فلو كان مليا فيه ثم تجدد الإعسار فلا رجوع.

و لو انعكس فتجدد له اليسار بعد الإعسار قبل أن يرجع المحتال، ففي جواز الرجوع حينئذ وجهان، أجودهما: نعم عملا بالاستصحاب.

و لو استجمعت الحوالة شرائطها المتقدمة يبرأ المحيل من المال الذى أحال به مطلقا و ان لم يبرأه المحتال على الأشهر الأظهر.

و لكن فى روايه (١) بل روايتين إحداهما صحيحه أنه ان لم يبرأه المحتال فله الرجوع عليه بالمال، و قد عمل بها جماعه من الأصحاب، الا أنها قاصره دلالة و مقاومه لما قابلها من الأدله، فلتطرح، أو تحمل على التقيه ان صحت الدلاله.

أحكام الكفاله:

القسم الثالث فى الكفاله:

و هى التعهد بالنفس و الالتزام بإحضار المكفول متى طلبه المكفول له.

و يعتبر فيها رضا الكافل أى الكفيل و المكفول له و بهما يتم العقد دون من عليه الحق المعبر عنه ب المكفول عنه فلا- يعتبر رضاه على الأظهر الأشهر، و فى التذكرة الإجماع.

و فى اشتراط التأجيل فيها، فلا يصح حالا أم لا فيصح قولان أجودهما:

ص: ١٤٨

فإن اشترط أجلا فلا بد من كونه معلوما بلا خلاف بيننا.

و إذا دفع الكافل الغريم و هو المكفول الى المكفول له، و سلمه إليه تسليما تاما، بأن لا يكون هناك مانع من تسلمه، كتغلب و حبس ظالم. و كونه فى مكان لا يتمكن من وضع يده عليه، لقوه المكفول و ضعف المكفول له. و فى المكان المعين ان بيناه فى العقد، و فى بلد العقد ان أطلقاه. و بعد الأجل ان كانت مؤجلاه فى الحال متى شاء ان كانت حاله فقد برىء من عهده اتفاقا.

و لو امتنع من تسلمه قيل: سلمه حينئذ إلى الحاكم و برىء أيضا. و هو أحوط و كذا الأشهاد عليه و على الامتناع فى قبضه، فإنهما أحوط، و ان كان فى وجوبهما - كالسابق لحصول البراءة - نظر.

و ان امتنع الكفيل من تسليمه ألزمه الحاكم به، فان أبى كان للمكفول له طلب حبسه منه حتى يحضر الغريم، أو يؤدى ما عليه ان أمكن أدائه عنه كالدين.

و لو لم يمكن كالتقصاص و الزوجيه و الدعوى لعقوبه توجب حدا أو تعزيرا الزم بإحضاره حتما مع الإمكان، و للحاكم عقوبته عليه، كما فى كل ممتنع من أداء الحق مع قدرته.

و ان لم يمكنه الإحضار و كان له بدل كالديه فى القتل و ان كان عمدا و مهر الزوجه و جب عليه البدل.

و لا خلاف فى شىء من ذلك حتى فى جواز الاكتفاء عن الإحضار بأداء ما عليه إذا رضى به المكفول له، و أما مع عدم رضاه به و مطالبه الإحضار، ففي الاكتفاء به حينئذ قولان، أجودهما: العدم وفاقا لجمع.

ثم على تقدير كون الحق مالا و أداه الكفيل برضا المكفول له أو مطلقا، فان

كان قد أدى بإذن المكفول عنه رجوع عليه بما أدى. وكذا ان أدى بغير اذنه، ومقدار إحضاره و المراجعة اليه.

و لو تكفل رجل برجل ف قال: ان لم أحضره إلى مده كذا كان على كذا كان كفيلا أبدا و لم يلزمه المال بل عليه الإحضار.

و لو قال: على كذا الى كذا ان لم أحضره كان ضامنا للمال ان لم يحضره فى الأجل.

و الفارق بين المسألتين النص (١)المعتبر المعتضد بالعمل.

و من خلى غريما و أخلصه من يد غريمه قهرا لزمه إعادته أو أداء ما عليه ان أمكن، كما فى الدين دون القصاص و نحوه مطلقا، أو بعد تعذر الإحضار على المختار فى الكفيل، و المخلص بحكمه، لكن هنا حيث يؤخذ منه المال لا رجوع له على الغريم إذا لم يأمره بدفعه عنه.

و لو كان الغريم قاتلا عمدا كان أو شبهه أعاده أو دفع الدية و لا يقتص عنه فى العمد.

ثم ان استمر القاتل هاربا ذهب المال على المخلص. و ان تمكن ولى المقتول منه فى العمد و جب عليه رد الدية على الغارم و ان لم يقتص من القاتل.

و لو كان تخليصه الغريم من يد كفيله و تعذر استيفاء الحق من قصاص أو مال و أخذ الحق من الكفيل، كان له الرجوع على الذى خلصه من يد المستحق.

و تبطل الكفاله بموت المكفول قبل إحضاره بلا خلاف، إلا إذا كان الغرض من الكفاله إحضاره للشهادة على عينه، ليحكم عليه بإتلافه أو المعامله له إذا كان قد شهد عليه من لا يعرف نسبه بل شهد على صورته، فيجب إحضاره ميتا حيث يمكن الشهاده عليه، بأن لا- يكون قد تغير بحيث لا- يعرف. و لا فرق حينئذ بين كونه قد دفن أم لا كذا قيل، و فيه على إطلاقه إشكال، و لكنه أحوط.

ص: ١٥٠

كتاب الصلح و هو مشروع فى الأصل لقطع المنازعه المتحققه أو المتوقعه.

و لا يشترط فيه عندنا سبق خصومه، فلو وقع ابتداء على عين بعوض معلوم، صح و أفاد نقل كل من العوضين، كما فى البيع.

و يجوز مع الإقرار من المدعى عليه بالدين و الإنكار له.

ثم ان كان المدعى محقاً، استباح ما دفع اليه المنكر صلحاً، و الا فهو حرام باطنا عينا كان أم ديناً، حتى لو صالح عن العين بمال فهى بأجمعها حرام، و لا يستثنى له منها مقدار ما دفع اليه من العوض.

نعم لو استندت الدعوى إلى قرينه، كما لو وجد بخط مورثه أن له حقاً على أحد، فأنكر و صالحه على إسقاطها بمال، فالمتجه صحه الصلح. و مثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمه، لأن اليمين حق يصح الصلح على إسقاطه.

إلا ما حرم حلالاً أو حلل حراماً فلا يصح اتفاقاً.

و يصح الصلح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعه فيه، و مع جهالتهمما به مطلقاً ديناً كان ما تنازعا فيه أو عينا إرثاً كان أو غيره.

ص: ١٥٣

و إطلاق النص (١) و المتن يشمل صور كون المتنازع فيه مما يتعذر معرفتهما له مطلقا، أو لا أمكن معرفته في الحال، أم لا لعدم مكيال أو ميزان و نحوهما من أسباب المعرفة، و لا خلاف في الأولى و لا اشكال، و كذا في الثالثه عند جماعه، لتعذر العلم به في الحال، مع اقتضاء الضروره و مساس الحاجه لوقوعه و الضرر بتأخيره، و انحصار الطريق في نقله فيه.

و من هذا القبيل أيضا الصلح على نصيب، من ميراث، أو عين يتعذر العلم بقدره في الحال، مع إمكان الرجوع في وقت آخر الى عالم به، مع مسيس الحاجه الى نقله في الحال، و يشكل في الثانيه، و الأحوط فيها المنع، وفاقا لجماعه.

و لو اختص الجهل بأحدهما، فإن كان المستحق لم يصح الصلح في نفس الأمر، الا أن يعلمه الآخر بالقدر، أو كان المصطلح به بقدر الحق مع كونه غير متعين و يصح في الظاهر الا أن ينكشف الأمر بعد الصلح، بحيث يعلم مقدار الحق و زيادته على ما صالح عليه بالبينه، أو اعتراف من عليه الحق بذلك، فيتجه بطلانه ظاهرا و باطنا.

هذا إذا لم يكن من له الحق قد رضى بالصلح بالأقل باطنا، أما لو رضى به كذلك كان صحيحا مطلقا، وفاقا لجماعه فلا يجوز للمستحق حينئذ أخذ ما زاد عن مال الصلح و ان علم الزيادة. و ان كان الغريم و أراد التخلص عن الحق، فإن كان ما دفعه عنه بقدره أو دونه جاز إجماعا، و كذا إذا كان زائدا عليه مع رضا الغريم به باطنا، و أما مع عدمه فلا يصح باطنا.

و هو عقد لازم من طرفيه مستقل بنفسه مطلقا على الأقوى، و لا يبطل الا بالتقاييل.

ص: ١٥٤

و لو اصطالح الشريكان على أن يكون الخسران على أحدهما و الربح له، و للآخر رأس ماله خاصه صح بلا- خلاف و لا إشكال، إذا كان ذلك بعد انقضاء الشركه و اراده فسخها، فتكون الزيادة مع من هي معه بمنزله الهبه و الخسران على من هو عليه بمنزله الإبراء. و أما إذا كان ذلك في عقد الشركه أو بعده و لم يرد القسمة ففيه خلاف و اشكال، و الأقوى عدم الصحه وفاقا لجماعه.

و لو كان بيد اثنين درهمان، فقال أحدهما: هما لي، و قال الآخر: هما بيني و بينك و لا بينه لهما فلمدعى الكل درهم و نصف و للآخر ما بقى.

و إطلاق النص (١) و المتن يشمل صورتى دعوى الثانى للدرهم معينا أو مشاعا و كذا وقوع القسمة بعد حلف كل منهما على استحقاقه النصف الذى يأخذه أو قبله و هو الأقوى.

و إذا كانا بيد أحدهما أو ثالث، حكم بهما لذى اليد مع الحلف على عدم استحقاق الآخر، فإن كان مدعى الدرهمين كانا له، مع حلفه للآخر على عدم استحقاقه شيئا، و كذا ان كان مدعى الدرهم، لكن يرد درهما و يحلف على عدم استحقاق الآخر الدرهم الثانى. و ان كان ثالثا فكهما ان كذبهما، فيحلف لهما و يقر فى يده الدرهمان و كأحدهما ان أقر له و صدقه.

و كذا لو أودعه إنسان درهمين و آخر درهما، فامتزجت الدراهم لا عن تفريط من الودعى و تلف واحد منها، و لم يعلم من أيهما بينه و لا- بإقرار فلصاحب الاثنين درهم و نصف، و للآخر ما بقى على المشهور بين الأصحاب للخبر (٢) المنجبر بعملهم، و لولاه لكان المتجه الرجوع الى القرعه.

و احترز بالمزج لا عن تفريط عما لو كان بتفريط، فإن الودعى يضمن التالف،

ص: ١٥٥

١- ١) وسائل الشيعه ١٣-١٦٩، ب ٩.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٣-١٧١، ب ١٢.

فيضم إليهما و يقتسمانها من غير نقص، و قد يقع مع ذلك التعاسر على العين فيتجه القرعه.

و لو كان بدل الدرهم مالا يمتزج أجزاءه، بحيث لا يتميز و هما متساويان كالحنطه و الشعير، و كان لأحدهما قفيزان مثلا و للآخر قفيز، و تلف قفيز بعد امتزاجها بغير تفريط، فالتالف على نسبة المالين و كذا الباقي، فيكون لصاحب القفيزين قفيز و ثلث و للآخر ثلثا قفيز. و الفرق أن الذاهب هنا عليهما معا، بخلاف الدرهم فإنه مختص بأحدهما قطعا.

و لو كان لواحد ثوب اشتراه بعشرين درهما، و للآخر ثوب اشتراه بثلاثين درهما، فاشتبهها، فان خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه، و الا يتخير بل تعاسرا بيعا و قسم الثمن بينهما أخماسا و يعطى صاحب الثلاثين ثلثه و الآخر اثنين على الأشهر لأظهر، للخبر (1) المنجبر بالعمل، و لولاه لاتجه القول بالقرعه، كما هو المعمول في غير مورد المتن و النص من الثياب المتعدده و الأثمان و الأمتعه.

و إذا ظهر استحقاق أحد العوضين للغير، أو عدم صحه تملكه و نحوه بطل الصلح ان كان معينا في العقد و صح و استحق البدل إذا كان مطلقا كالبيع.

و لو ظهر فيه عيب فله الفسخ دفعا للضرر، و في تخيره بينه و بين الأرش إشكال و الأصل يقتضى العدم.

و لو ظهر غبن لا يتسامح بمثله، ففي ثبوت الخيار و جهان، أجودهما:

نعم.

ص: ١٥٦

(كتاب الشركه) بكسر الشين و سكون الراء و فتحها و كسرهما.

و هي تطلق على معنيين: أحدهما:

اجتماع حق مالكين فصاعدا في الشئ الواحد على سبيل الشيع.

و ثانيهما: عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشئ الواحد على سبيل الشيع.

و هذا هو الذى يندرج به الشركه فى جمله العقود، و يلحقه الحكم بالصحه و البطلان دون الأول.

و لا تصح الشركه فى الأموال إلا مع امتزاج المالين المتجانسين على وجه لا يمتاز أحدهما عن الآخر بأن يتفقا فى الوصف زياده على الاتفاق فى الجنس، فلو لم يمتزجا أو امتزجا بحيث يمكن التميز و ان عسر كالحنطه و الشعير، أو الحمراء من الحنطه بغيرها، أو الكبيره الحب بالصغيره و نحو ذلك، فلا اشتراك.

و لا- فرق فى الامتراج بين وقوعه اختيارا أو اتفاقا، و لا- فى المالين بين كونها من الأثمان أو العروض إجماعا من الأمه فى الأثمان، و من الأصحاب فى العروض

و لا فى العروض بين ذوات القيم منها و الأمثال على الأقوى، و عن ظاهر التذكرة الإجماع.

و متى تحققت الشركة فى ذوات القيم منها، فان علم قيمه ما لكل واحد منهما، كان الاشتراك على نسبه القيمه، و الا فالأقوى الرجوع الى الصلح، الا مع التعاسر فيمكن الحكم بالتساوى.

و لو قلنا بمنع الشركة فى القيمى بالمزج، فطريق التخليص من المنع و الحيله لتحصيل الشركة فيه و فى المثلى حيث لا- يقبل الشركة بالمزج بتغاير الجنس أو الوصف: أن يبيع كل منهما حصته مما فى يده بحصته مما فى يد الآخر أو يتواها الحصص، أو يبيع حصته بثمان معين من الآخر، و يشتري حصه الآخر بذلك الثمن، أو غير ذلك من الحيل.

و هذه الشركة حيث كانت على جهه الاختيار و قصد التجاره هى الشركة العنانيه و صحتها مجمع عليها بين المسلمين كافه.

و لا ينعقد عندنا ما عداها من الشركة بالأبدان و الأعمال بأن يتعاقدا على أن يعمل كل منهما بنفسه و يشتركا فى الحاصل، سواء اتفق عملهما قدرا أو نوعا، أم اختلف فيهما أو فى أحدهما، و سواء عملا فى مال مملوك أو فى تحصيل مباح.

و لو اشتركا كذلك فحصولا كان لكل واحد ما حصل و هو أجره عمله ان تميز أحد المحصولين عن الآخر، و الا فالحاصل لهما و يصطلحان.

و كذلك لا أصل لشركة الوجوه و هى: أن يشتركا و جيهان لا مال لهما بعقد لفظى لبيتاعا فى الذمه، على أن ما يبتاعه كل منهما يكون بينهما، فيبيعان و يؤديان الأثمان و ما فضل فهو بينهما.

أو أن يتتاع وجيه في الذمه و يفوض بيعه الى خامل (١)،على أن يكون الربح بينهما.

أو أن يشترك وجيه لا- مال له و خامل ذو مال،ليكون العمل من الوجيه و المال من الخامل،و يكون المال في يده لا يسلمه الى الوجيه و الربح بينهما.

أو أن يبيع الوجيه مال الخامل بزياده ربح،ليكون بعضه له.

و لا المفاوضات و هي: أن يشترك شخصان فصاعدا بعقد لفظي على أن يكون بينهما ما يكتسبان و يربحان و يلتزمان من غرم و يحصل لها من غنم، فيلتزم كل منهما للآخر مثل ما يلتزمه من أرش جنايه و ضمان غصب و قيمه متلف و غرامه ضمان و كفاله،و يقاسمه فيما يحصل له من ميراث أو يجده من لقطه و ركاز (٢)و يكتسبه في تجاره و نحو ذلك،و لا يستثنيان من ذلك الا قوت يوم و ثياب بدن و جاريه يتسرى بها.

و هذه الثلاثه بمعانيها باطله بإجماعنا،فلكل منهما ما اكتسبه ليس للآخر منه شيء إلا- برضاه باطنا لا ظاهرا،بتوهم صحه الشركه،فإنه لا يفيد شيئا حتى الإباحه.

نعم لو علما بالفساد و تشاركوا في تناول،الا أن لهما الرجوع ما دامت العين باقيه،و مع ذلك ليست الإباحه من جهه الشركه.

و إذا تشاركوا شركه العنان و تساوى المالان في القدر فالربح بينهما سواء،و لو تفاوتتا فيه فالربح كذلك أى متفاوت بحسب تفاوت المالين، فالزائد منه لرب الزائد منهما.

و كذلك الخسران يوزع على المتشاركين بالنسبه إلى ماليهما،

ص: ١٦١

١- (١) الخامل من الرجال:الساقط لا نباهه له.

٢- (٢) الركاز:ما ركزه الله،أى أحدثه و دفنه في المعادن من ذهب أو فضه و غيرهما.

فيتساويا مع التساوى، و بالنسبه مع التفاوت.

و لا- فرق فى المقامين بين تساويهما فى العمل و تفاوتهما فيه قله و كثره، فيتساويان فى الربح و الخسران فى الأول، و يختلفان فيهما بنسبه اختلاف المالمين فى الثانى مطلقا، و فى ظاهر المسالك عليه اتفاقنا.

و لو شرط أحدهما فى الربح زياده عما يستحقه بنسبه ماله فالأشبه الأشهر أن الشرط لا يلزم و فى الغنيه الإجماع. و يقابل الأشهر القول بأنه يلزم، و عليه المرتضى مدعيا عليه الإجماع، و هو معارض بأجود منه، و به يخصص عموم الأمر بالوفاء.

و على المختار فهل يختص البطلان بالشرط أم يعم الشركه بمعنى الاذن فى التصرف؟ الأجود الثانى، وفاقا لجماعه، خلافا لظاهر العبارة و جماعه، فان عملا كذلك فالربح تابع للمال و ان خالف الشرط، و يكون لكل منهما أجره عمله بعد وضع ما قابله فى ماله.

هذا ان اشتركا فى العمل و تساويا فيه، و أما لو كان العامل أحدهما و شرط له الزيادة، صح بلا خلاف فيه و لا فى الصحه، لو كان لصاحب الزيادة زياده عمل، كما حكاه جماعه، و لكن الأول بالقراض أشبه، لاعتبار العمل من الجانبين فى الشركه.

و مع الامتراج ليس لأحد الشركاء التصرف فى المال المشترك الا مع الاذن من الباقين.

و هذا الحكم جار فى مطلق الشركه حتى بالمعنى الأول، و سواء كان سببها المزج أو غيره، باختيارهما كانت أم بدونه، فإن الاذن فى التصرف أمر زائد على مفهوم الشركه بهذا المعنى.

و يجب أن يقتصر المأذون فى التصرف على ما يتناوله الاذن

فلا يجوز له التعدي و يضمن معه.

و لو كان الاذن له فى التصرف فى التجاره مطلقا غير مقيد بنوع خاص منه صح تصرفه كذلك، بأى نوع شاء من أنواع التجاره و ما فيه مصلحة الشركه من البيع و الشراء، مرابحه و مساومه و توليه و مواضعه حيث تقتضيها المصلحه، و قبض الثمن و اقباض المثلث و الحواله و الاحتيال و الرد بالعيب و نحو ذلك، كما فى الوكيل المطلق.

و لا يجوز له إقراض شىء من المال الا مع المصلحه، و لا المحاببات فى البيع و لا المضاربه عليه، لان ذلك ليس من توابع التجاره فلا يتناوله الإطلاق.

و لو شرط فى التصرف الاجتماع أى اجتماع الاذن أو غيره مع المأذون فى التصرف لزم الشرط، اقتصارا على مورد الاذن.

و هى أى الشركه بالمعنى الأول جائزه من الطرفين. و كذا الشركه بالمعنى الثانى الممتاز عن الأول، مع اشتراكه له فى الأصل بتضمنه الاذن فى التصرف فلكل منهما فسخها بمعنيها و مطالبه القسمة و المنع عن التصرف المأذون فيه بالكلية أو فى الجملة.

و ليس لأحد الشركاء الامتناع من القسمة عند المطالبه أى مطالبه غيره إياها، بل تجب عليه، و مع امتناعه فللحاكم إجباره عليها الا أن يتضمن القسمة ضررا على الممتنع أو عليهما، فلا- يجبر عليها فى المقامين مطلقا، الا- إذا حصل للطالب ضرر من غير جهه القسمة، أو كان ضرره أقوى، و يقرع مع التساوى.

و يلحق بالضرر المانع عن الجبر، اشتمال القسمة على الرد، لأنه معاوضه محضه تستدعى التراضى من الطرفين، و تسمى «قسمة تراض» و ما فيه الجبر «قسمة إجبار» و يتحقق الضرر الدافع للجبر بنقصان قيمه مطلقا على الأقوى.

و لا يلزم أحد الشريكين اقامه رأس المال و إنضاضه، بل له المطالبه

بالقسمه قبله مطلقا طلبه الآخر منه أم لا.

و لا ضمان على أحد الشركاء حيث يتلف المال المشترك ما لم يكن التلف بتعد و هو فعل ما لا يجوز فعله فى المال أو تفريط و هو التقصير فى حفظه و ما يتم به صلاحه. و القول فى التلف قوله مع يمينه، و لو ادعى شراء شىء لنفسه أو لهما حلف و قبل يمينه.

و لا تصح مؤجله قيل: أى لا يلزم الأجل فيها، بل لكل منهما فسخها قبل الأجل.

و انما فائده التأجيل فيها عدم جواز تصرفهما بعد الأجل، و ظاهره بقاء الشركه بمعنى جواز التصرف بالإذن إلى المده المضروبه، لا أنها فاسده كما هو ظاهر نحو العبارة.

و هو حسن حيث يظهر أن مرادهما من التأجيل تحديد الاذن الى المده خاصه و الا- فلو كان مرادهما منه لزوم الشركه إلى المده، فالمتوجه ظاهر العبارة من فساد الشركه من أصلها و بطلان الاذن فى التصرف المستفاد منها، لمنافاه التأجيل بهذا المعنى لمقتضاها فتفسد هى أيضا، لأن الإذن منهما فى التصرف مبنى على اشتراطهما اللزوم و توهمهما صحه الشرط، و حيث فسد فسد المبنى عليه.

و تبطل الشركه بالمعنى الثانى بالموت مطلقا، و كذا بالجنون و الحجر لفلس أو سفه.

و تكره مشاركه الذمى بل الكافر مطلقا و إبضاعه و هو: أن يدفع اليه مالا ليتجر به لصاحب المال خاصه و إيداعه أى دفع المال إليه وديعه.

(كتاب المضاربه) و هى أن يدفع الإنسان إلى غيره مالا مخصوصا ليعمل فيه بحصه معينه من ربحه من نصف أو ثلث أو نحوهما بحسب ما يشترطانه.

و لو اشترط جميعه للمالك،فهو بضاعه.و لو انعكس،فقرض و مداينه.

و ان لم يشترط شيئا و كان العمل مما له أجره فى العرف و العاده،فالربح كله للمالك و للعامل أجره المثل،و كذا لو فسد العقد بفساد بعض شروطه،كما ذكره جماعه.

و يجوز لكل منهما الرجوع و فسخ العقد سواء كان المال ناضا منقودا دراهم و دنانير أو مشتغلا بالعروض.

ثم ان كان الفاسخ العامل و لم يظهر ربح،فلا شىء له.و ان كان المالك،ضمن للعامل أجره المثل الى ذلك الوقت،و يحتمل ضعيفا العدم.و لو ظهر ربح فى المقامين فهو على الشرط.

قيل:و من لوازم جوازها وقوعها بكل لفظ يدل عليه.

و فى اشتراط وقوع قبوله لفظيا أو جوازه بالفعل أيضا قولان،قوى ثانيهما فى

الروضه (١) تبعاً للتذكرة، و يظهر فيها عدم خلاف بيننا فيه و لا فى جواز الاكتفاء فى طرفى الإيجاب و القبول بكل لفظ.

فان تم إجماعاً و الا فالأولى خلافهما، اقتصاراً فيما خالف الأصل الدال على أن الربح تابع للمال و للعامل أجره المثل المنطبقه مع ربح تلك المضاربه تاره و المتخلفه عنها اخرى على المتيقن، و لعله لذا اعتبر فيها التواصل بين الإيجابين و التنجيز و عدم التعليق على شرط أو صفه.

و لا- يلزم فيها اشتراط الأجل اما بمعنى أنه لا يجب أن يشترط فيها الأجل، بل يجوز مطلقه عنه. أو بمعنى أن الأجل إذا شرط فيها فهو غير لازم، بل يجوز لكل منهما الرجوع فيه كما فى أصله. و كلا المعنيين صحيحان.

و فى التعبير بعدم اللزوم حيث يراد من العبارة ثانيهما، إشاره إلى ثبوت الصحه.

و الوجه فيه أنه يثمر المنع من التصرف بعد الأجل إلا بإذن جديد، و كذلك لو أجل بعض التصرفات، كالبيع و الشراء خاصه، أو نوعاً خاصاً من التجاره، و لا كذلك اشتراط لزومها إلى أجل أو مطلقاً، فإنه باطل و مبطل لها على الأشهر الأقوى.

و يجب على العامل أن يقتصر فى التجاره على ما يعين له المالك من التصرف بحسب نوعها و مكانها، و من يشتري منه أو يبيع عليه أو غير ذلك.

و لو أطلق له الاذن تصرف فى الاستنماء و الاسترباح كيف شاء من وجوه التصرفات، و لو بغير نقد البلد و ثمن المثل بشرط المصلحه، وفاقاً لجماعه أو التصريح بهما ان لم يتضمن الاذن بذلك سفاهه، و الا فيفسد أصل المضاربه.

ص: ١٤٨

و يتولى ما اعتيد تولى المالك له بنفسه، من عرض القماش، و نشره، و طيه، و إحرازه، و بيعه و شرائه، و قبض ثمنه و إيداعه الصندوق، و نحو ذلك، و لا أجره له على مثل هذه الاعمال.

و لو استأجر عليها و ما جرت العادة باستئجاره عليه، كالدلالة عليه، و الحمل و الكيل و الوزن، و نقل الأمتعه الثقيله التي لم تجر عادة التجار بمباشرتهم لها بأنفسهم بحسب حال تلك التجاره من ذلك التاجر، جاز له الاستئجار عليه.

و لو عمل بنفسه، لم يستحق أجره بحسب ما يقتضيه إطلاق كلامهم، لكن لو قصد بالعمل الأجره كما يأخذ غيره أو أقل، و قلنا بجواز أن يستأجر الوكيل فى الاستئجار نفسه، لم يبعد القول باستحقاقه الأجره سيما فى الأول للأولويه.

و يشترط فى صحتها كون الربح مشتركا بينهما و الوضيعه على المال إجماعا فتوى و نصا (١)، و لأنه لو اختص الربح بأحدهما كان بضاعه أو قرضا كما مضى لكن ذلك إذا لم يكن الدفع بصيغه المضاربه، و الا فيحتملها و عدمها، و على الثانى يكون الربح كله للمالك و للعامل أجره المثل حيث تعتاد له عرفا، و كذا على الأول فى صوره البضاعه، لكن لا أجره للعامل مطلقا، و عليه فى الصوره الثانيه يكون الربح كله للعامل و للمالك رأس المال اتفاقا.

و يثبت للعامل ما شرط له المالك من الربح من النصف أو الثلث أو نحوهما ما لم يستغرقه على الأشهر الأقوى.

و قيل: للعامل أجره المثل و الربح كله للمالك، و القائل الشيخ فى النهايه (٢) و جماعه، و حجتهم ضعيفه اجتهادات فى مقابله النص غير مسموعه.

و يجوز أن ينفق العامل فى السفر الذى يعمل فيه للتجاره من أصل

ص: ١٦٩

١- ١) وسائل الشيعه ١٣-١٨١، ح ٢.

٢- ٢) النهايه ص ٤٢٨.

المال كمال النفقه المحتاج إليها فيه، من مأكول و ملبوس و مشروب و مركوب و آلات ذلك، كالتقريبه و الجواليق و نحوها، و أجره المسكن و نحو ذلك، على الأظهر الأشهر، و عن الخلاف الإجماع.

و قيل: بل الزائد عن نفقه الحضر خاصه، و هو أحوط، و أحوط منه عدم الإنفاق منه مطلقا، كما فى قول آخر.

و حيث قلنا بجواز الإنفاق، و جب عليه أن يراعى فيها ما يلىق به عادة مقتصدا فإن أسرف حسب عليه، و ان اقتصر لم يحسب له.

و إذا عاد من السفر فما بقى من أعيانها- و لو من الزاد- و جب رده الى التجاره أو تركه الى أن يسافر ان كان ممن يعود اليه قبل فساد.

ثم ان القول بجواز الإنفاق مخصوص ب ما إذا لم يشترط عدمه و لو شرطه لزم، و لو اذن بعده فهو تبرع، و لو شرطه فهو تأكيد، الا أن يزيد المشترط على ماله إنفاقه، و يشترط حينئذ تعيينه لثلاث جهل الشرط، بخلاف ما ثبت بأصل الشرع.

و لا- يعتبر فى ثبوته حصول الربح، بل ينفق و لو من الأصل، لا- طلاق الفتوى و النص و مقتضاهما الإنفاق من الأصل و لو مع حصول الربح، و لكن ذكر جماعه إنفاقها منه دون الأصل، و عليه فلتقدم على حصته و مئونه المرض فى السفر، و كذا المده التى لم يشتغل فيها بالتجاره على العامل، و كذا سفر لم يؤذن فيه و ان استحق الحصة.

و المراد بالسفر العرفى لا الشرعى، فينفق من الأصل و ان فقد شرائط القصر، الا أن يخرج عن اسم المسافر فى العرف، أو يزيد عما يحتاج التجاره اليه، فينفق من ماله الى أن يصدق الوصف.

و لو كان لنفسه أو لغيره غير هذا المال، فالوجه التقييط. و قيل: انه لا نفقه على

مال المضاربه حينئذ، و هو أحوط.

و على الأول فهل هو على نسبة المالين أو العملين؟ فيه وجهان.

و لما كان المقصود من عقد المضاربه أن يكون ربح المال بينهما، و يجب أن لا يشتري العامل إلا بعين المال.

و عليه ف لو اشترى في الذمه وقع الشراء له و الربح له ظاهر أو باطنا ان عين ذمته أو أطلق و لم يعين ذمه، و للمالك ان عين ذمته لفظا مع اذنه سابقا أو لاحقا و الا بطل بالإضافه اليه.

و في حكم بعض هذه الصور إشكال أشرنا إلى وجهه في الشرح الكبير (١).

و لو أذن له المالك في الشراء في ذمته تعلق به ما يستعقبه من تعلق عهده الثمن بدمته، و وجوب أدائه عليه دون العامل، بقي مال المضاربه أم لا. و عليه يكون المبيع مالا للمضاربه ان أدى الثمن من مالها، وفاقا لجماعه. قيل: و فيه أقوال آخر.

و لو أمره بالسفر إلى جهه معينه فقصدها غيرها ضمن مع التلف إجماعا.

و لو ربح كان الربح بينهما على حسب ما شرطا من نصف أو ثلث أو غيرهما.

و كذا لو أمره بابتياح شيء معين فعدل الى غيره ضمن مع التلف.

و لو ربح كان بينهما، و لا- إشكال في الحكم الأول، و يشكل في الثاني، لمخالفته الأصول لكنها مخصصه بالإجماع الظاهر و النصوص (٢).

و قيل: و موردها ما في العبارة، و يتعدى منه الى غيره من أنواع التصرفات

ص: ١٧١

(١-١) رياض المسائل ١-٦٠٧.

(٢-٢) وسائل الشيعه ١٣-١٨٢، ح ٨.

التي نهى عنها المالك بالإضافة إلى الحكم الأول قطعاً، ولا بالإضافة إلى الثاني، بل تقف على الإجازة فتبطل مع عدمها، والربح كله للمالك وليس للعامل شيء، اقتصاراً فيما خالف الأصل على مورد النص، والأقوى التعديده إلى الحكم الثاني أيضاً، أخذاً بعموم جملة من الصحاح (١).

و بموت كل واحد منهما تبطل المضاربه و كذا بكل ما يوجب الخروج عن أهليه التصرف، كالجنون و الإغماء و الحجر عليه لسفه.

ثم ان كان الميت المالك و كان المال ناضا لا ربح فيه،أخذه الوارث،و ان حصل فيه ربح اقتسماه بالشرط،و يقدم حصه العامل على جميع الغرماء.

و ان كان المال عرضا فللعامل بيعه مع رجاء الربح،لكن مع اذن الوارث أو وليه لا مطلقا و ان قيل به.و أما مع عدم الرجاء فلا بدون الاذن اتفاقا،و للوارث إلزامه بالإنضاض ان شاء مطلقا.

و ان كان العامل،فان كان المال ناضا و لا ربح أخذه المالك،و ان كان فيه ربح دفع الى الورثه حصتهم منه.

و لو كان هناك متاع و احتيج الى بيعه،فان أذن المالك للوارث جاز،و الا نصب الحاكم له أمينا يبيعه،فان ظهر فيه ربح دفع حصه الوارث اليه،و الا سلم الثمن الى المالك.

و حيث حكم ببطلان المضاربه بالموت و أريد تجديدها مع وارث أحدهما، اشترط في الثانيه ما اشترط في الاولى.

و يشترط في مال المضاربه أن يكون عيناً فلا- يجوز ديناً كما يأتي دنائير أو دراهم إجماعاً، و عليه ف لا تصح بالعروض و لا الفلوس و لا غيرها حتى النقره على الأقوى.

ص: ١٧٢

و لو قوم عروضاً و شرط للعامل حصه من الربح فسد المضاربه لفقد شرطها و كان الربح للمالك و للعامل الأجره كما فى كل مضاربه فاسده.

و يشترط فيه أيضا كونه معلوم القدر على الأشهر الأقوى ف لا تكفى مشاهدته رأس مال المضاربه ما لم يكن معلوم القدر، و فيه قول بالجواز معها منقول عن المرتضى، و هو ضعيف، و أضعف منه الاكتفاء بالجزاف و ان حكاه فى المختلف عن الشيخ و قواه.

و لو اختلفا فى قدر رأس المال فادعى العامل النقصان و المالك الزيادة و لا بينه له فالقول قول العامل مع يمينه ان لم يرجع الاختلاف فى مقدار الربح الحاصل، و الا فالقول قول المالك، لتبعيه النماء للملك، فجميعه له الا ما أقر به للعامل.

و بملك العامل نصيبه من الربح ب مجرد ظهوره و ان لم ينض على المشهور بين الأصحاب، بل لا يكاد يتحقق فيه بيننا خلاف. و للعامه فيه أقوال.

و على مذهبنا ليس الملك على قرار، لان الربح وقايه لرأس المال، فلا بد للاستقرار من إنضاض المال أجمع، أو بقدر رأس المال مع الفسخ أو القسمة أو لا معهما على قول، و بدونه يجبر ما يقع فى تجاره من تلف أو خسران.

و لا فرق فى ذلك بين كون الربح و الخسران فى مره واحده أو مرتين، و فى صفقه أو اثنتين، و فى سفره أو سفرات.

و لا خسران على العامل حيث يقع الا أن يكون عن تعد منه أو تفريط.

و قوله أى العامل مقبول فى دعوى التلف مطلقا بأمر ظاهر كان كالحرق أو خفى كالسرقة، أمكنه إقامه اليينه عليه أم لا، لأنه أمين بلا خلاف فيه و لا فى قبول قوله فى دعوى عدم التفريط و الخساره و رأس المال، كما مر.

و لا يقبل قوله فى الرد أى رد المال إلا بينه على الأشبه الأشهر، و يقابله قول الشيخ فى المبسوط بقبول قوله دون المالك. و فيه ضعف.

و لو اشترى العامل أباه فظهر فيه ربح عتق نصيب العامل من الربح و سعى العبد فى أداء باقى ثمنه للمالك، بالنص (١) و الإجماع، و إطلاقهما يشمل صور يسار العامل و إعساره، و ظهور الربح حال الشراء و عقبيه.

و ربما فصل بين الصور بوجوه تخريجه لا- تعارض النص، و مورده صور جهل العامل بأن العبد أبوه، و عليه فلو علم بأبوته حين الشراء، و جب القطع بفساد البيع و بطلانه، لمنافاته لمقصود القراض، إلا- أن يأذن المالك فيه، فلا بأس به. لكن هذا التفصيل غير ظاهر من الفتاوى و الإجماع المحكى.

و متى فسخ المالك المضاربه قبل العمل أو بعده مطلقا، كان المال ناضا أم لا حصل فيه ربح أم لا صح و كان للعامل أجرته الى ذلك الوقت الذى وقع فيه الفسخ ان لم يكن ظهر ربح، و الا فله حصته منه.

هذا إذا وقع الفسخ بعد العمل، و أما إذا وقع قبله فليس للعامل فيه شىء.

و ربما يستشكل فى الحكم بالأجره على تقدير عدم ظهور الربح، و لعله فى محله ان لم ينعقد الإجماع على خلافه.

و متى فسخ العامل أو هما معا، فان ظهر ربح أخذ الحصة، و الا فلا أجره له و لو عمل، خلافا للتذكرة فأثبتها له معه، و لا وجه له سيما ان قلنا بنفى الأجره له فى المسأله السابقه.

و لو ضمن صاحب المال العامل أى جعله ضامنا لمال المضاربه متى تلف انفسخت و صار الربح له أى للعامل، للمعتبره (٢)، و إطلاقها يشمل صورتى قصدهما القرض أو المضاربه.

ص: ١٧٤

١- ١) وسائل الشيعه ١٣-١٨٨، ب ٨.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٣-١٨٦، ب ٤.

ولا- يطاء المضارب بكسر الراء و هو العامل جاريه اشترت بمال القراض إجماعا إذا لم يكن أذن له فى وطئها و كذا لو كان المالك أذن له فيه مطلقا، سابقا على الشراء أو لاحقا، مع ظهور الريح على الأشهر الأحوط، و ان كان القول بالجواز فى الصوره الثانيه لعله أقوى.

و فيه أى فى وطئها بالإذن السابق روايه (1) بالجواز هى مع قصورها سندا و دلالة متروكه مهجوره، لتضمنها جواز الوطى بمجرد اذن المالك فى شرائها و كونها معه، و هو أعم من تحليله الوطى و لا دلالة للعام على الخاص بالبديهه مع عدم فتوى أحد بها عدا الشيخ فى النهايه، و لم يوافقه أحد ممن بعده بل و من قبله.

و هنا صوره ثالثه هى: الإذن فى الوطى بعد الشراء مع عدم ظهور ربح أصلا و حكمها الجواز عند جماعه مطلقا، و ينبغى القطع به مع القطع بالعدم، و يشكل مع عدم القطع به و احتمال ظهوره ان قلنا بالمنع فى صورته، و ان كان الجواز كما قالوه لعله أولى.

ولا- تصح المضاربه بالدين حتى يقبض بلا خلاف، و فى التذكرة الإجماع و مثله ما لو أذن للعامل فى قبضه من الغريم، فإنه لا يخرج بذلك عن وقوع المضاربه بالدين، إلا أن يجدد عقدها بعد القبض.

و لو كان فى يده أموال مضاربه لمتعددین فمات، فان كان عينها لواحد منهم بعينه أو عرفت له منفرده بالقرائن المفيده للعلم فلا بحث و الاتحاص فيه فى المجتمع من أموال المضاربه الغرماء و أرباب الأموال على نسبه أموالهم.

هذا إذا كانت مجتمعه فى يده على حده، أما إذا كانت ممتزجه مع جملة

ص: ١٧٥

ماله مع العلم بكونه موجودا قيل: فالغرماء بالنسبه الى جميع التركة كالشريك ان وسعت التركة أموالهم أخذوها، وان قصرت تحاصوا. ويشكل بتوقف ذلك على معرفه مال الميت و معلوميه نسبهه بالإضافة إلى أموالهم. و لو جهل أشكال الحكم في ضربهم معهم في التحاص.

ثم كل ذا مع العلم ببقاء أموال المضاربه، و أما مع الجهل به و احتمال تلفها، يحكم بكون التركة ميراثا، عملا بظاهر اليد. و الوجه الحكم بعدم ضمانه لأموال المضاربه، عملا بالأصل و كون يده امانه، فلعلها تلفت بغير تفريط منه فلا ضمان.

ص: ١٧٦

أحكام المزارعه:

أما المزارعه، فهي لغه مفاعله من الزرع، و هي تقتضى وقوعه منهما، لكنها فى الشرع صارت معامله على الأرض بحصه معينه من حاصلها سواء كان كل من البذر و العوامل للمالك، أو العامل، أو مشتركاً. و سواء كان كل من العمل و الأرض مختصاً بأحدهما، أو مشتركاً بينهما.

و يعتبر فيها الصيغه، و هي من العقود اللازمه، فالأ-حوط بل الأ-جود اعتبار الماضويه و القبول اللفظى، و سائر ما يعتبر فى العقود اللازمه هنا.

و تلزم المتعاقدين، لكن لو تقايلا و تفاسخا صح الفسخ (1) و جاز و لا- تبطل بالموت و لا- بالبيع، فان مات المالك أتم العمل العامل، و ان مات العامل قام وارثه مقامه، و الا استأجر الحاكم من ماله أو من حصته من يقوم به، الا إذا شرط على العامل أن يعمل بنفسه و مات قبل ظهور الثمره، فتبطل حينئذ بموته، و لا كذلك إذا كان بعده.

و شروطها ثلاثه:

ص: ١٧٩

أحدها : أن يكون النماء مشاعا بينهما تساويا فيه أم تفاضلا فلو شرط لأحدهما شيء معين و ان كان البذر و للآخر الباقي أو لهما بطل، سواء كان الغالب أن يخرج منها ما يزيد على المشروط أم لا على الأقوى، و في الغنية الإجماع.

و لو شرط أحدهما على الآخر شيئا يضمنه، مضافا الى الحصه من ذهب أو فضه، صح على الأشهر الأقوى، بل ظاهر جماعه أنه لا خلاف فيه.

و حيث صح يكون قراره مشروطا بالسلامه، كاستثناء أرطال معلومه من الثمره في المبايعه.

و لو تلف البعض سقط من الشرط بحسابه، و يحتمل قويا أن لا يسقط شيء بذلك، عملا بإطلاق الشرط، الا أن يكون هناك عرف يوجب الصرف فيتبع.

و ثانيها : أن تقدر لها مده معلومه يدرك فيها الزرع علما أو ظنا، فلو لم يعين مده أو عين أقل من ذلك بطل على الأظهر.

و حيث عينت و مضت و الزرع باق لم يدرك لفساد الظن، كان للمالك إزالته و فيه قول بالعدم مطلقا، و آخر به مع عدم الأرش، و أما معه فالأول و هو أحوط و أحوط منه العدم مطلقا. و عليه ففي استحقاق المالك الأجره أم العدم قولان أجودهما: الأول.

و أما لو اتفقا على التبقية جاز بعوض و غيره، الا أنها مع العوض يفتقر الى تعيين مده زائده كالإجاره.

و لو ترك الزراعه حتى انقضت المده، لزمه أجره المثل مع تمكين المالك له منها كالإجاره، و لا فرق في ذلك عند الأكثر بين الترك اختيارا و عدمه، و قيل بالاختصاص بالأول و لا يبعد.

و ثالثها : أن تكون الأرض مما يمكن الانتفاع بها في الزراعه المقصوده منها، أو في نوع منها مع الإطلاق، بأن يكون لها ماء من بئر أو نهر أو مصنع، أو يسقيها الغيوث غالبا، أو الزيادة كالنيل.

و الضابط: إمكان الانتفاع بزرعها المقصود منها، فان لم يمكن بطلت المزارعه و ان رضى العامل.

و لو جمع العقد الشرط ثم فقد فى الأثناء، فهل الصحه باقيه و للعامل الخيار بين الفسخ و الإمضاء أم تبطل؟ اختيار الفاضلان و الشهيديان الأول، و فيه نظر قالوا: فان فسخ فعليه من الأجره بنسبه ما سلف من المده. و فيه أيضا نظر.

و ينبغى أن تكون الأرض مملوكه و لو منفعه، كما استفيد من حقيقه المزارعه و صرح جماعه بكفايه الأولويه الحاصله فى الأرض الخراجيه و بالإحياء، ان لم نقل بكونه مفيدا للملكيه. و فى النصوص ما يدل على جواز تقبيل الأراضى الخراجيه للزراعه.

و له أى للعامل أن يزرع الأرض بنفسه و غيره و مع غيره و ان لم يأذن المالك له، سواء كان ذلك بعنوان التوكيل، أو الاستتابه، أو نقل بعض الحصه بعنوان الشركه و المزارعه الثانيه.

و قيل: لا يجوز له تسليم الأرض الا بإذن المالك.

و قيل: انما تجوز مزارعه غيره أو مشاركته له إذا كان البذر منه، و أما المساقاه فليس للعامل أن يساقيه.

و هما أحوط فى الجملة، و ان كان القول بعدم اشتراط كون البذر منه فى الجواز لا يخلو عن قوه مع كونه أشهر، و عليه الإجماع فى الغنيه.

الا أن يشترط عليه زرعها بنفسه فلا يجوز له التعدى.

و كذا له مع إطلاق الزراعه أن يزرع ما شاء على الأشهر الأقوى و فى الغنيه الإجماع الا أن يعين له المالك شيئا من الزراعه، فلا يجوز التعدى عنه، سواء كان المعين شخصا كهذا الحب، أو صنفا كالحنطه الفلانيه أم نوعيا.

و لو خالف و زرع الأخر، فالأ-جود بطلان المزارعه مع انقضاء المده، و لزوم أجره المثل عما زرعه. و قيل: بل يتخير المالك بين الفسخ فله الأجره، و الإبقاء فله المسمى و الأرش.

و كذا لو خالف و زرع الأقل ضررا، الأجود فيه البطلان، و قيل: بالصحه فله المسمى من الحصه، و لا أرش و لا خيار لعدم الضرر، و فيه نظر.

و خراج الأرض و أجرتها على صاحبها بلا خلاف الا أن يشترطه على الزارع كلا أو بعضا، فيجب عليه مع تعيينه عملا بالشرط و كذا لو زاد السلطان فيه زياده و طلبها من الزرع و جب على صاحب الزرع دفعها اليه، للخبر (1).

و يستفاد منه عموم الحكم لكل موضع يشابه الغرض، كما يتفق كثيرا في عصرنا من الظلم على سكنه الدور بمال يكتب عليها لا عليهم، فيؤخذ منهم لا من أربابها. و لكن فيه قصور سندا و متنا، لمخالفته الأصول جدا.

و لو شرط على العامل الخراج كملا فزاد السلطان فيه زياده، فهي على صاحب الأرض على الأقوى.

و نحو الخراج المئونه التي يتوقف عليها العمل و لا- يتعلق بنفس العمل، و التنميه كإصلاح النهر و الحائط و اقامه الدولاب. و بالجمله ما لا يتكرر كل سنه، فهي كلها على صاحب الأرض. و ما يتكرر كل سنه، كالحرث و السقى و آلاتهما و تنقيه النهر و حفظ الزرع و حصاده كله على العامل.

و لو شرط من عليه المئونه إياها على الأخر كلا أو بعضا لزم، عملا بالشرط.

و يجوز لصاحب الأرض و كذا الأصول أن يخرص على الزارع بعد انعقاد الحب و ظهور الثمره، بأن يقدر ما يخصه من الحصه تخمينا

ص: ١٨٢

و يقبله به بحب و لو منه بما خرصه منه.

و الزارع بالخيار فى القبول و لا يلزمه فان قبل لزم و كان فى المشهور بل قيل: لا يكاد يتحقق فيه خلاف استقراره مشروطا بسلامه الزرع و الثمره من الافه الإلهيه.

فلو تلف أجمع فلا شىء على الزارع.

و لو تلف البعض سقط منه بحسابه. و لا نص فيه و لا قاعده، فإن كان إجماع، و الا ففيه كلام مضى الإشاره اليه.

و أما لو أتلفه متلف ضامن، لم يتغير معامله قولاً واحداً و طالب المتقبل المتلف، و لو زاد فالزائد للمتقبل.

و لو نقص بسبب الخرص، لم يسقط بسببه شىء، و يشترط فى الخرص بلوغ الزرع.

و تثبت أجره المثل فى كل موضع تبطل فيه المزارعه لصاحب الأرض ان كان البذر من الزارع، و الحاصل له ان كان البذر منه و عليه أجره مثل العامل و العوامل و الآلات.

و لو كان البذر منهما فالحاصل بينهما، و لكل منهما على الآخر أجره مثل ما يخصه على نسبة ما للآخر من الحصه.

و لو كان البذر من ثالث، فالحاصل له و عليه أجره مثل الأرض و باقى الأعمال و آلاتها لصاحبها.

و لا فرق فى ثبوت الأجره لمن ليس له البذر على الآخر فى مقابله أرضه أو عمله أن يكون هناك حاصل أم لا.

و تكره إجاره الأرض للزراع بالحنطه أو الشعير مطلقاً منها كانا أو من غيرها، زرعت بجنسهما أم لا، على ما يقتضيه إطلاق العبارة.

و لكن تحقيق المسأله أنه لا- خلاف فى جواز إجارتها بالطعام من غيرها مع تغايره لجنس ما تزرع به على كراهيه، و كذا مع اتحادهما على الأشهر الأقوى، خلافا للقاضى فحرمها، و لا فى حرمتها به منها مع اتحاده لجنس ما تزرع به الا من العبارة، و هو مع ندرته حجته غير واضح.

و أن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به، الا أن يحدث فيها حدثا و لو لم يقابل الزيادة.

أو يؤجرها بغير الجنس الذى استأجرها به بلا- خلاف فى الجواز فى صورتى الاستثناء، و على الأشهر الأقوى فى غيرهما، خلافا لجماعه من أعيان القدماء فتحرم، و هو أحوط و أولى.

ثم ان ظاهر الفريقين عدم الفرق فى الحكم مطلقا، بين الأرض و غيرها من الأعيان المستأجره، فإن كان إجماعا كان القول بالكراهه مطلقا متعينا، و الا- كما هو الظاهر- كان القول بالحرمة فى الدار و الأجير و الحانوت متجها كما فى الشرائع (1).

أحكام المساقاه:

و أما المساقاه، فهى لغه: مفاعله من السقى و اشتق منه دون باقى أعمالها لانه أنفعها فى أصل الشرعيه، و هو نخل الحجاز الذى يسقى من الآبار مع كثره مئونه.

و شرعا معاملة على الأصول الثابته كالنخل و الرمان بحصه من ثمرها و المراد بالثمر معناه المتعارف، و ان قلنا بالمنع عن المساقاه فيما يقصد ورقه و وردة، و الا فالمراد به نماء الشجره مطلقا.

ص: ١٨٤

و تلزم المتعاقدين كالإجاره فلا تنفسخ الا بالتقاييل.

و تصح قبل ظهور الثمره إجماعا و كذا بعدها إذا بقى للعامل عمل فيه المستزاد فى الثمره على الأشهر الأقوى، و لو كان العمل بحيث لولاه لاختل حال الثمره، لكن لا تحصل به زياده، كحفظها من فساد الوحش و الافه، فمقتضى الأصل عدم الصحه.

و المراد بما فيه مستزاد الثمره، نحو الحرث و السقى و رفع أغصان الكرم على الخشب، و تأبير ثمره النخل. دون نحو الجذاذ و الحفظ و النقل و قطع الحطب الذى يعمل به الدبس، من الأعمال التى لا تستزاد بها الثمره، فإن المساقاه لا تصح بها إجماعا. و حيث لا تصح صحت الإجاره بجزء معين من الثمره و بغيره و الصلح و الجعالة.

و لا- تبطل بموت أحدهما و لا- بموتهما على الأشبه الأشهر، و يقابل الأشبه قول المبسوط بالبطلان، و هو نادر الا أن يشترط المالك تعيين العامل بلا خلاف، و أما الأحكام المترتبة على موت كل منهما، ففى المزارعه قد مضى.

و انما تصح المساقاه على كل أصل ثابت له ثمره ينتفع بها مع بقاءه فتصح على النخل و الكرم و شجر الفواكه، بلا خلاف فيها و لا فى عدم الصحه فى الشجر الغير الثابت، و لا فى نحو الودى و البطيخ و الباذنجان و قصب السكر و البقول. و فيما لا ثمره له إذا كان له ورق ينتفع به، كالتوت الذكر الذى يقصد به الورق و الحناء، وجه للصحه عند جماعه، و فيه اشكال.

قالوا: و لو ساقاه على ودى مغروس إلى مده يحمل مثله فيها غالبا، صح و لو لم يحمل فيها. و ان قصرت المده المشترطه عن ذلك غالبا، أو كان الاحتمال على السواء، لم يصح، و فى الاولى لا أجره له على جميع العمل، و فى الثانيه

له اجره المثل مع جهله بالفساد، كما قالوه فى هذه المعامله و نحوها حيث ما خرجت فاسده.

و يشترط فيها ذكر المده المعلومه التى يمكن حصول الثمره فيها غالبا و لو بالمظنه.

و فى اشتراط تعيين المده بما لا يحتمل النقصان و الزياده أم الاكتفاء بتقديرها بالثمره المساقى عليها قولان، الا أن الأول أشهر و أقوى.

و يلزم العامل من العمل مع إطلاق العقد ما دل عليه العرف و العاده من ما فيه مستراد الثمره خاصه كما قيل، و يشعر به العبارة، و إصلاحها أيضا كما عليه الأكثر.

و ضابطه عندهم: ما يتكرر كل سنه كإصلاح الأجاجين (١)، و ازاله الحشيش المضر بالأصول، و قطع ما يحتاج الى القطع من أغصان الشجره و النخل، و إصلاح الأرض بالحرث و الحفر حسب ما يحتاج اليه، و السقى و التلقيح و العمل بالناضح، و تعديل الثمره بإزاله ما يضر بها من الأغصان و الأوراق، لا يصال الهواء إليها و ما يحتاج اليه من الشمس، و لقاط الثمره بمجرى العاده و حفظها، الى غير ذلك.

و على المالك القيام بما يقتضى العرف و العاده قيامه به.

و ضابطه كما ذكره: ما لا يتكرر كل سنه و ان عرض له فى بعض الأحوال التكرار بما يتعلق نفعه بالأصول بالذات، و ان حصل منه النفع للثمره بالعرض، فإنه على المالك، ك بناء الجدران و عمل النواضح و حفر الآبار و الأنهار، و ما يسقى بها من داليه أو دولاب و نحو ذلك.

و الأكثر كما قيل: ان على المالك الكش (٢) للتلقيح. و قيل: انه على العامل.

ص: ١٨٤

١- ١) أج أجوجا الماء: صار أجاجا، أى ملحا مرا.

٢- ٢) الكش: بالضم الذى يلحق به النخل.

و قيل: ان شراء الزبل (١) و أجره نقله على رب المال. و الأقوى في ذلك كله الرجوع الى عرف المتعاقدين، فإنه الأصل في أمثال هذه المسائل.

و كذا خراج الأرض على المالك الا أن يشترط شيء من ذلك على العامل فيلزمه بعد أن يكون معلوما.

و لا- فرق فيه بين أن يكون المشتراط عليه جميعه أو بعضه على الأظهر الأشهر، و كذا لو اشترط على المالك بعض ما على العامل، فيلزم لا كله لمنافاته لمقتضى العقد.

و لا- فرق فيه بين ما إذا ساقاه بالنصف على أن يعمل معه رب المال، أو ساقاه على أن أجره الأجراء الذين يعملون معه و يستعان بهم من الثمره، إذا بقي للعامل من العمل ما فيه مستزادها، لا مطلقا أو غيرهما على الأقوى.

و لا بد أن تكون الفائده مشاعه كما في المزارعه فلو اختص بها أحدهما لم تصح لفقد شرطها، لكن يختلف الحكم في ذلك بين ما لو كان المشروط له جميعها العامل أو المالك، فان كان الأول كان الثمره كلها للمالك، و للعامل أجره المثل مع جهله بالفساد، كما في كل مساقاه باطله. و ان كان الثاني، فالأقوى أنه لا أجره له.

و نحو اختصاص أحدهما بالفائده ما لو شرط لنفسه منها شيئا معيناً و ما زاد بينهما، أو قدر لنفسه أرطالا أو ثمره نخله معينه، كما مر في المزارعه.

و يجوز اختلاف الصحه في الأنواع، كالنصف من العنب و الثلث من الرطب مثلا، إذا علما الأنواع.

و لو ساقاه بالنصف ان سقى بالناضح و بالثلث ان سقى بالسبح مرددا بينهما حين العقد، بطل على الأشهر الأظهر.

ص: ١٨٧

١-١) زبل الأرض: سمدها و أصلحها بوضع الزبل فيها.

و تملك الفائده بالظهور من غير توقف على بدو الصلاح.

ولا- تجب الزكاه على أحدهما إلا إذا بلغ نصيبه الزكاه، فتجب و لو فى نصيب العامل، إذا كان تملكه له قبل تعلق الوجوب، كما هو المفروض، و إذا كان بعده فلا زكاه. و أطلق ابن زهره نفيها عنه و لم يفصل بين الصورتين، و هو نادر.

و إذا اختل أحد شروط المساقاه المعتبره فى صحتها كانت الفائده للمالك لأنها تابعه للأصل و للعامل الأجره المثل إذا لم يكن عالما بالفساد، و لم يكن الفساد بشرط عدم الحصه له، و أما مع أحدهما فلا أجره له.

و يكره أن يشترط المالك على العامل مع الحصه شيئاً من ذهب أو فضه.

و لكن يجب الوفاء به لو شرط ما لم تتلف الثمره و لو تلفت لم يجب الوفاء، و كذا لو عدت.

و لو كان الشرط للعامل على المالك، فالوجه لزومه و وجوب الوفاء مطلقاً. و لو كان التالف فى الصوره الأولى البعض خاصه، فهل يسقط من المشروط بالنسبه أو لا؟ قولان، أجودهما: الثانى.

و هل يلحق باشرط الذهب و الفضه فى الجواز مع الكراهه اشتراط حصه من الأصول الثابته؟ قولان، أشهرهما: المنع، و هو أحوط ان لم يكن أظهر.

أحكام الوديعه:

أما الوديعه،فهى استنابه فى الاحتفاظ خاصه دون التصرف.

و تفتقر إلى الإيجاب و القبول قولاً- كان كل منهما أو فعلاً و لا يشترط فى القبول الصراحه،بل يكتفى فيه بنحو من التلويح و الإشاره إذا كان لمعناها مفهمه،و لا مقارنته للإيجاب بلا خلاف مطلقاً.

و لو طرحه عنده من غير ما يدل على الإيداع من قرينه و لو حاله و لم يحصل القبول فعلاً،لم يلزم الحفظ مطلقاً،سواء حصل القبول لفظياً أم لا.

و لو ذهب المستودع حينئذ و تركه فلا ضمان عليه،لكن قيل:يأثم ان كان ذهابه بعد غيبه المالك،لوجوب الحفظ عليه من باب الإعانه على البر و معاونه المحتاج على الكفايه.

و فى كونه فسخاً للوديعه حيث ثبت قول جزم به فى التذكره،و لا بأس به ان قرنه ما يدل عليه،و الا ففيه اشكال،سيما إذا كان القبول فعلاً.و لو حصل ذلك بعد غيبه المالك،ضمن قولاً واحداً.

و يشترط فيهما الاختيار فلو أكره المودع فى الإيداع لم يؤثر،و كذا

لو أكره المستودع على القبض لم يضمن مطلقا، الا مع الإلتلاف أو وضع يده عليه بعد ذلك مختارا فيضمن حينئذ.

و هل تصير بذلك حينئذ وديعه لا يجب ردها الا مع طلب المالك أو من يقوم مقامه، أو أمانه شرعيه يجب إيصالها إلى المالك فوراً و بدونه يضمن مطلقاً؟ وجهان.

و ربما يفرق بين وضع اليد عليه اختيارا بنيه الاستيداع و عدمه، فيضمن على الثاني مع الإخلال بما يجب عليه دون الأول، و لا يخلو عن وجه، و ان كان الثاني أوجه مع أنه أحوط.

و يجب على المستودع أن يحفظ كل وديعه قبلها لفظاً أو فعلاً، سواء فسخ عقدها و خرج عن الاستيداع أم لا، فيجب الحفظ الى أن يردّها الى مالكها بما جرت به العاده من مكان الوديعة و زمانها، فيحرز نحو الثوب و النقد في الصندوق المقفل، أو الموضوع في بيت محرز ممن يخاف منه عليه عاده، لا- عن الغير مطلقاً على الأقوى. و قيل: عن الغير مطلقاً، و هو أحوط و أولى. و الدابه في الإصطبل المضبوط بالغلق، و الشاه في المراح كذلك، أو المحفوظ بنظر المستودع.

و الضابط: ما يعد به في العرف حافظاً غير مقصر في الحفظ، و هو يختلف باختلاف الأحوال و العادات.

و لا- فرق في وجوب الحفظ بين من يملكه و غيره، و لا- بين من يعلم المودع أنه لا حرز له و غيره، فلو أودعه دابه مع علمه أنه لا إصطبل له، أو مالا مع علمه أنه لا صندوق له، لم يكن عذراً فيضمن مع ترك الحفظ.

ثم ان كل ذا إذا لم يعين المالك حرزا و لو عين المالك حرزا اقتصر المستودع عليه وجوبا و لو نقلها إلى أدون أو أحرز ضمن إجماعاً في الأول، و على الأظهر الأشهر في الثاني، خلافاً للشيخ، و هو قياس الا مع العلم

بالقرائن أن المراد من التعيين نفس الحفظ دون الخصوصية فيتوجه، وضمن عند جماعه في الثالث، خلافاً للأكثر فنقوا الضمان فيه، وهو أظهر حيث يكون المقصود من التعيين نفس الحفظ دون الخصوصية، أو لم يعلم المقصود منه أصلاً.

و لو علم قصد الخصوصية ضمن بلا- خلاف الا- مع الخوف ببقائها فيه من التلف و نحوه، سواء علم أو ظن ظنا متاخماً له أو مطلقاً، لا مع الشك. و أولى منه دونه فيجوز النقل في الأولين و لا ضمان بلا خلاف و لو قال: و لو تلفت، بل يجب النقل إليه على الظاهر حينئذ، و يضمن لو لم ينقله إليه الا- في صورته قول المالك: و لو تلفت، فلا يضمن عندهم و ان أثم، و هو حسن مع عدم سفاهه المودع، و الا فالضمان مطلقاً متعين.

و لو احتاج النقل حيث جاز إلى الأ-جره، ففي جواز الرجوع بها للمستودع إلى المالك مع نيته أو لا- مطلقاً وجهان، بل قولان أجودهما: الأول، و هو أحوط للمالك، و ان كان العدم أحوط للمستودع.

و في اشتراط كون المنقول إليه أحرز أو مساوياً مع إمكانهما بالترتيب ثم الأدون أم لا- بل يجوز إلى الآ-خرين مطلقاً وجهان، الأحوط الأول، بل قيل:

بتعيينه، و هو جيد لو كان المقصود من التعيين الأحرزيه.

و هي جائزه من الطرفين للمودع مطالبته متى شاء، و للمستودع ردها كذلك، لكن مع وجود المالك أو وكيله لا يبرأ إلا بردها عليه دون الحاكم.

و مع فقدها يجوز دفعها إليه مع العذر، كالعجز عن حفظها، أو الخوف عليها من التلف لا بدونه، لالتزامه الحفظ بنفسه، فلا يبرأ إلا بدفعها إلى المالك أو وكيله.

و حيث جاز له الدفع إلى الحاكم، جاز الدفع إلى ثقة مع تعذره، أما مع قدره عليه فلا.

و في وجوب قبول الحاكم إياها حيث جاز ردها إليه أم العدم وجهان،

أحوطهما:الأول،و يأتيان مع الاحتياط فيما لو حمل الدائن إليه الدين مع غيبه المدين،و الغاصب المغصوب أو بدله عند تلفه،و غير ذلك من الأمانات التي يليها الحاكم.

و يجوز السفر بها بعد ذلك كله لا مطلقا،الا أن يخاف عليه مع الإيداع، فيقدم السفر بها عليه هنا،و في التذكرة الإجماع.

و حيث جاز السفر بها أو وجب،يشترط فيه عدم ظهور اماره الخوف،و أما معه فلا يجوز مطلقا و ان خيف عليها في الحضر.و لا يجوز السفر بها من دون ضروره، و به مع الإجماع عليه صرح في التذكرة معللا بالتزامه الحفظ في الحضر،فليؤخر السفر أو يلتزم خطر الضمان.

و من التعليل يظهر انسحاب الحكم بالمنع عنه في صوره التمكن من دفعها الى الحاكم أو الثقة أيضا،لالتزامه الحفظ بنفسه،فلا يجوز من دون ضروره، الا أن ظاهره الجواز في هذه الصوره،لأن النبي صَلَّى الله عليه و آله كانت عنده ودائع،فلما أراد الهجره سلمها إلى أم أيمن و أمر عليها عليه السلام أن يردھا.و في السند و الدلاله نظر، فان كان إجماع،و الا فالأول أظهر و أحوط.

و كما تبطل بالفسخ تبطل بموت كل واحد منهما و بما يوجب الخروج عن أهليه التصرف،كالجنون و الإغماء.

و حيث بطلت تصير أمانه شرعيه تجب المبادره بردها فورا الى مالکھا.

و لا يقبل قول من هي في يده في ردها الى المالك و لو مع يمينه هنا،بخلاف الوديعه.

و مثلها في البطلان و ديعه الطفل و المجنون،لعدم أهليتهما،فيضمن القابض و لا يبرأ بردها إليهما بل الى وليهما أو الحاكم.

و لو علم تلفها في أيديهما ان لم يقبض،فقبض بنيه الحسبه في الحفظ لم

يضمن، لكن يجب مراجعته الولي في ذلك مع الإمكان.

و لو استودعا لم يضمننا بالإهمال، نعم لو تعديا فيه فتلف، فهل يضمنان مطلقا أم المميز خاصه أم لا مطلقا وجوه. وكذا القول في كل ما يتلفانه من مال الغير، والأحوط الضمان مطلقا.

و لو كانت الوديعة دابه أو مملوكا أو شجرا أو نحو ذلك مما يحتاج بقاؤه إلى إنفاق وجب على المستودع علفها و سقيها و جميع ما يحتاج إليه حفظها ان لم يتكفلها المودع.

والمعتبر فيه ما يعتاد لأمثالها، فالنقصان عنه تفريط، فيضمنها حينئذ و ان تلفت بغيره، ولا يعود حكم الوديعة لو عاد إلى الإنفاق المعتبر إلا بإذن جديده، كما قالوه في كل تعد و تفريط.

و لا- فرق في ذلك بين أن يأمره المالك بالإنفاق أو يطلق أو ينهاه، لوجوب حفظ المال عن التلف، فيضمن لو خالف في الصور على قول، و لا في الأخيره على آخر. و هو حسن حيث يثبت حكم الوديعة في هذه الصوره بعدم تضمنها على المالك سفاهه، و الا فهو محل مناقشه.

و اعلم أن مستودع الحيوان ان أمره المالك بالإنفاق أنفق و رجع عليه ما غرم.

و إذا أطلق توسل إلى استيذانه، فان تعذر رفع أمره إلى الحاكم ليأمره، أو يستدين عليه، أو يبيع بعضه للنفقه، أو ينصب أمينا.

فإن تعذر أنفق هو و أشهد عليه و يرجع به على المالك و لو تعذر الأشهاد، اقتصر على نيه الرجوع، و كذا الحكم مع نهى المالك له عنه.

و الوديعة أمانه لا يضمنها المستودع الا مع التفريط أو العدوان بالنص (1) و الإجماع.

ص: ١٩٥

والتفريط هو: ترك ما يجب فعله، كما لو أخر الإحراز زياده على المعتاد، أو طرحها فيما ليس بحرز و ذهب عنها، أو كان المحل غير صالح للحرز، أو ترك نشر الثوب المحتاج إليه، أو لبسه حيث يحتاج إليه، أو ترك سقى الدابه أو علفها، أو غيرهما مما يحتاج إليه بحسب المعتاد، أو يودعها من غير ضروره و لا اذن، أو يسافر بها كذلك و لو كان الطريق أمنا، أو نحو ذلك. و ضابطه: ما يعد تفريطا في الحفظ و التعدى عكسه، مثل أن يلبس الثوب، أو يركب الدابه، أو يجحد مع مطالبه المالك، أو مطلقا على قول، أو يخالطها بمال آخر مطلقا و لو من المالك بحيث لا يتميز، أو يفتح الختم الذى ختمه المالك، أو هو بأمره لا مطلقا، أو ينسخ من الكتاب، أو نحو ذلك بدون الاذن. و ضابطه: ما يعد به خائنا.

و لو تصرف المستودع فيها باكتساب بأن دفعها من عين مبتاعه للاسترباح ضمن و كان الربح للمالك بلا خلاف.

و لا فرق فى استحقاق المالك الربح، بين أن يأذن للودعى فى التجاره بشرط الضمان أم لا، على الأشهر الأقوى. و قيل: انه للودعى فى الأول، و لا يخلو عن نظر.

هذا إذا اشترى بعين الوديعه أو فى ذمه مالكةا، أما لو اشترى فى ذمته و عوضها عما يتعلق بها، ففى صحه المعامله إشكال، و لكن مقتضى القواعد الصحه سيما و أن يكون البائع ممن لا يبالى بأخذ العوض كيف كان من حلال أو حرام، و الربح حينئذ للودعى لا للمالك، لانه نماء ملكه، و لكنه آثم بدفع مال الغير عوضا عما فى الذمه.

و ربما يقال: انه للمالك، لا طلاق النصوص، و لا يخلو عن وجه، و لكن المختار للمالك أحوط.

و حيث صارت الوديعه مضمونه على المستودع بأحد أسباب الضمان لا يبرأ الودعي عنه بردها الى الحرز حيث كان الإخراج منه هو السبب و فى حكمه ترك الخيانه و السبب الموجب كائنا ما كان.

و كذا لو تلفت الوديعه فى يده بتعد أو تفريط فرد مثلها الى الحرز لا يبرأ إلا بالتسليم الى المالك أو من يقوم مقامه أو يجدد له المالك الاستئمان أو يسقط عنه الضمان،على الأشهر الأظهر.

و لا يضمناها لو قهره عليها ظالم إذا لم يكن سببا للأخذ القهرى،بأن يسعى بها اليه،أو أظهرها فوصل اليه خبرها.و مثله ما لو أخبر بمكانها اللص فسرقها و لا فرق بين أخذ القاهر لها بيده،أو أمره له بدفعها اليه كرها،على الأشهر الأقوى.

لكن ان أمكنه الدفع عنها بما يوجب سلامتها و جب ما لم يؤد الى الضرر الكثير،كالجرح و أخذ المال،فيجوز تسليمها حينئذ و ان قدر على تحمله.

و المرجع فى الكثره و القله الى حال الودعي،فمنهم من تعد الكلمه اليسيره من الأذى كثيره فى حقه،لكونه جليلا لا يليق بحاله،و منهم من لا يعتد بمثله و أمثاله.

و أما أخذ المال،فان كان من المستودع قيل:لم يجب بذله مطلقا.و فيه نظر فالأحوط دفعه ثم الرجوع به الى المالك،لأنه لمصلحته.و ان كان من الوديعه، فان لم يستوعبها و جب دفعه اليه و لو من باب المقدمه مع الممكنه،و لو تركها معها فأخذ الجميع،ضمن ما يمكن فيه السلامه قطعا لا الجميع،و يحتمله و ان لم يكن الدفع عنها إلا بأخذها أجمع،فلا تقصير.

و لو أحلفه الظالم على أنها ليست عنده حلف وجوبا لكن موريا بما يخرجه عن الكذب،بأن يحلف ما استودع من فلان،و يخصه بوقت أو جنس

أو مكان أو نحو ذلك مغايرا لما استودعه.

و انما تجب التوريه عليه مع علمه بها و تمكنه منها،و الا سقطت،لانه كذب مستثنى للضروره اتفاقا.

و تجب على المستودع إعادتها على المالك بمعنى رفع يده عنها و التخليه بينه و بينها مع المطالبه سواء كان مسلما أم كافرا ذميا أم حربيا، على الأشهر الأقوى.

و يجب الرد فورا مع الإمكان،الا أن ينضم إلى المطالبه من عرف أو عاده ما يدل على التوسعه و بقاء الاذن الى حين الرد متى ما اتفق.

و فى جواز التأخير إلى الإسهاد مطلقا،أو العدم كذلك،أو التفصيل بين الإيداع بالإسهاد فالأول و الا فالثانى أقوال،أجودها الأول،لكن تجب المبادره إلى الاشهاد.

و لو كانت الوديعه غصبا منعه أى الغاصب أو وارثه من أخذها و توصل فى وصولها الى المستحق لها ان عرفه.

و لو جهله عرفها كاللقطه حولاء فان وجدته و الا- تصدق بها عن المالك ان شاء،و يضمن ان لم يرض و الأجر له على الأظهر الأشهر.

و فى المسأله أقوال آخر،منها وجوب ردها الى الحاكم،و مع التعذر تبقى أمانه فى يده ثم يوصى بها الى عدل الى حين التمكن من المستحق،و هو أحوط.

و انما يجب منع الغاصب مع الإمكان،و الا سلمها اليه و لا ضمان على الأقرب.

و لو كانت الوديعه مختلطه بمال الغاصب المودع ردها الودعى عليه أى على الغاصب ان لم يتميز عن ماله فيما قطع به الأصحاب،

ص: ١٩٨

و فى الغنيه و السرائر و غيرهما عليه الإجماع، و لولاه لكان الحكم محل اشكال.

و إذا اختلفا فادعى الودعى التلف و أنكره المالك، أو اتفقا عليه و لكن ادعى المالك التفريط و الودعى عدمه فالقول قول المستودع مع يمينه بلا خلاف فى الأخير الا من حيث اليمين، و لكن الأظهر الأشهر لزومه، و على الأشهر الأظهر فى الأول.

و لو اختلفا فى مال هو فى يد المستودع و لو بإقراره أنه هل هو وديعه عنده أو دين عليه فالقول قول المالك مع يمينه على أنه لم يودع بلا خلاف للنص (١).

و يفهم من قوله: إذا تعذر الرد أو تلف العين أن مع عدم تعذر الرد القول قول الودعى، و لا ريب فيه، فله رد نفس العين، و مورد النص صورته التلف.

و لو اختلفا فى قيمه بعد الاتفاق على التلف بالتفريط فالقول قول المالك مع يمينه عند الشيخين و جماعه.

و قيل: ان القول قول المستودع و القائل جماعه من القدماء و هو أشبه و أشهر، بل عليه عامه من تأخر.

و لو اختلفا فى الرد فادعاه الودعى و أنكره المالك فالقول قول المستودع و ان كان مدعيا بكل وجه على المشهور، و فى كلام جماعه الإجماع عليه.

هذا إذا ادعى ردها على من ائتمنه، أما لو ادعى الرد على الوارث، فكغيره من الأئمناء يكلف البيئه، بلا خلاف فيه و لا فى أن دعوى ردها على الوكيل كدعوى ردها على الموكل، لان يده كيد و كيله.

ص: ١٩٩

و لو مات المودع سلمها المستودع الى الوارث، أو من يقوم مقامه من وكيل أو ولي ان اتحد، و إذا كان الوارث جماعه دفعها إليهم جميعا ان اتفقوا في الأهليه، و الا فيلى الأهل و ولي الناقص أو الى من يرتضونه.

و لو دفعها الى البعض بغير اذن ضمن حصص الباقين لتعديه فيها بدفعها الى غير المالك. و تجب المبادره إلى ردها عليهم، علموا بها أم لا.

أحكام العاربه:

و أما العاربه بتشديد الياء و قد تخفف فهي شرعا الاذن في الانتفاع بالعين تبرعا.

و هي جائزه و ليست بلازمه لأحد المتعاقدين فلكل منهما فسخها متى شاء، سواء أطلق أو جعل لها مده، إلا إذا أعارها للرهن فرهن فيلزم كما مر، أو لدفن مسلم و من في حكمه فدفن فيه، فيلزم ما لم يصير رميما.

و لو رجع قبل الدفن، جاز و ان كان الميت قد وضع على الأقوى، و مئونه الحفر لازمه لولى الميت الى أن يتعذر عليه غيره مما لا يزيد عنه عوضه، فيقوى كونه من مال الميت، و لا يلزم وليه طمه، أو حصل بالرجوع ضرر على المستعير لا يستدرك، كما إذا أعار لوحا ليرقع به السفينه، فرقع ثم لجج في البحر و لم يمكن الخروج بها الى الشاطئ و لا الإصلاح مع النزاع من غير ضرر.

خلافًا للشهيد الثاني فجوزه و قال: بثبوت المثل أو القيمه مع تعذره، لما في ذلك من الجمع بين المصلحتين، و هو قوى ان لم يكن إجبار رب السفينه على بذل البدل يوجب الضرر عليه، و الا فعدم الرجوع لعله أقرب، الا أن يقال: بجوازه و عدم وجوب تعجيل التسليم حينئذ الى أن يزول الضرر، و لا بأس به.

و تظهر الفائده في وجوب المبادره حينئذ بالرد بعد زوال الضرر من غير

مطالبه جديده، و لا كذلك لو لم يرجع، فإنه لا تجب المبادره إلا بعد المطالبه.

أو أعار حائطا ليضع أطراف خشبه عليه و كان طرفه الآخر فى ملكه، عند الشيخ. أو أرضا للزرع و لم يدرك بعد، عنده و عند الحلبي. أو الغرس و البناء مده معلومه، عند الإسكافى.

و أكثر المتأخرين على جواز مطالبه المعير بالإزاله فى هذه الثلاثه مع الأرض و هو تفاوت ما بين كونه منزوعا و ثابتا، و هو قوى. و ليس له الإزاله حيث جازت له بنفسه و لا قبل دفع الأرض.

و يشترط فيها ما يدل على الإيجاب و القبول و ان لم يكن لفظا، كما لو فرش لضيغه فراشا فجلس عليه، و كأكل الطعام من القصعه المبعوث فيها على الأقوى و منهم من اشترط لفظا، و هو أوفق بالأصل و أحوط، إلا إذا أفاد ما عدا اللفظ القطع بالأذن فلا يشترط قطعا، و لو أفاد الظن فإشكال.

و فى المعير المالكيه و لو للمنفعه خاصه، فلا- يجوز للغاصب الإعاره، و فى معناه المستأجر الذى اشترط عليه استيفاء المنفعه بنفسه، و كمال العقل بالبلوغ و عدم الجنون و جواز التصرف فى المال برفع الحجر عنه فيه.

فلا- يجوز إعاره فاقدى الشروط، كالصبي و السفیه و المجنون إلا- بإذن الولي بالإعاره لمالهم أو ماله، فيجوز إذا علم المستعير بأذنه، و الا فلا يقبل قول الصبي فى حقه الا أن تنضم إليه قرينه مفيده للعلم أو الظن المتآخم له، كما إذا طالبها من الولي، فجاء بها الصبي و أخبر أنه أرسلها و نحو ذلك، كما يقبل قوله فى الهديه و الاذن فى دخول الدار بالقرينه.

و لا بد مع اذن الولي لهم فى إعاره مالهم من وجود المصلحه بها، بأن يكون يد المستعير أضبط من يد الولي فى ذلك الوقت، أو لانتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد عن منفعه ماله، أو تكون العين ينفعها الاستعمال و يضرها الإهمال و نحو ذلك.

و للمستعير الانتفاع بالعين المعاره حيث يطلق له بما جرت به العاده نوعا و قدرا و مكانا و زمانا، و لا يجوز التعدى عن شىء من ذلك بعد ثبوته فيها.

و لا يضمن المستعير التلف و النقصان لو اتفق كل منهما بالانتفاع المأذون فيه، الا إذا كان الاذن فيه مطلقا غير منصرف الى ذلك الشخص من التصرف المتلف فيشكل، الا- مع القرينه المصرحه من عرف أو عاده فلا يضمن كما لو أذن له باستعماله باللفظ الصريح.

بل لا يضمن و لو تلف من غير استعمال الا مع تفريط أو عدوان أو اشتراط للضمان مع التلف و لو بدونهما الا أن تكون العين المعاره، هذا استثناء من قوله «لا يضمن» أى لو كانت ذهبا أو فضه فالضمان يلزم على أى حال و ان لم يشترط بل أطلق و لم يتعد فيهما و لم يفرض.

و إطلاق بعض الاخبار (1)- كالعباره و نحوها- يقتضى انسحاب الحكم بالضمان فى مطلقهما، و لو كانا مصوغين لا نقدين، و به أفتى جماعه صريحا، خلافا لآخرين فخصوه بالنقدين و لعله الأقوى.

ثم ان ضمانهما يسقط باشتراط سقوطه بلا خلاف.

و لو استعار من الغاصب مع العلم بالغصب ضمن كلا من العين و المنفعه مع التلف مطلقا و لو لم يكن عاربه مضمونه.

و كذا لو كان جاهلا، لكن استقرار الضمان هنا على الغاصب، إلا إذا كانت عاربه مضمونه، فيضمن العين خاصه، و للمالك فى المقامين إلزام أيهما شاء بالعين التالفه و ما استوفاه من المنفعه.

فإن ألزم المستعير كان له أن يرجع هو على المعير بما غرم مع جهله بالغصب لا مع علمه، لاستقرار الضمان عليه حينئذ، فليس له الرجوع بما

ص: ٢٠٢

و ان أُلزم الغاصب، لم يرجع على المستعير، الا مع علمه أو كون العين مضمونه، فيرجع عليه فيهما في العين و المنفعه في الأول، و في العين خاصه في الثاني.

و كل ما يصح الانتفاع به مع بقاءه كالعقارات و الثياب و الدواب و الأقمشه و الأمتعه و الصفر و الحلى و نحو ذلك تصح إعارته دون غيره مما لا يتم الانتفاع به الا بإتلاف عينه، كالأطعمه و الأشربه، فإنه لا تجوز إعارتها.

و كذا ما لا يجوز الانتفاع به شرعا لا تصح إعارته، كأواني الذهب و الفضة للأكل و الشرب فيها، و كذا كلب الصيد إذا استعير للهو و الطرب، و الجوارى للاستمتاع.

و يستثنى من مورد المنع حيث ثبت المنحه بالكسر، و هى الشاه المعاره للانتفاع بلبنها، و قد أجمعوا عليه، ثم منهم من جمد على المجمع عليه، و منهم من عدى الحكم الى غيره من الانعام و الى غير اللبن من الصوف و الشعر، و الأول أظهر.

و يجب أن يقتصر المستعير فى الانتفاع على ما يؤذن له منه، فلو عين له جهه لم يتجاوزها و لو الى المساوى و الأدنى على الأحوط مطلقا، بل الأقوى فى المساوى دون الأدنى، إلا إذا علم إرادته الخصوصيه من تعيين الأعلى، فيتوجه المنع عن التجاوز إلى الأدنى أيضا، كما لو نهاه عن غير المعين مطلقا.

و حيث يتعين المعين فتعدى الى غيره، ضمن العين و لزمه الأجره لمجموع ما فعل من غير أن يسقط منه ما قابل المأذون على الأصح، الا أن يكون المأذون فيه داخلا فى ضمن المنهى عنه، كما لو أذن له فى تحميل الدابه قدرا معيناً فتجاوزته، أو فى ركوبه بنفسه فأردف غيره، فيتوجه إسقاط قدر المأذون منه.

و لو اختلفا فى التلف أو التفريط، فالقول قول المستعير مع يمينه على الأقرب.

و لو اختلفا فى الرد فادعاه المستعير فالقول قول المعير بلا خلاف فيما أعلم.

و معنى عدم قبول قول المستعير فيه، الحكم بضمان المثل أو قيمه حيث يتعذر العين، لا الحكم بها مطلقاً، للزوم إيداعه الحبس دائماً.

و لو اختلفا فى قيمه بعد اتفاقهما على التلف بالتفريط ف فى تقديم قول المستعير أو المعير قولان و لكن أشبههما تقديم قول المستعير الغارم مع يمينه.

و لو استعار للانتفاع و رهن المستعار من غير اذن المالك بالرهن انتزع المالك العين و رجع المرتهن بماله على الراهن حيث أخذت منه العين بل مطلقاً، لعدم الاستيثاق بما لمالكه الرجوع فيه متى شاء.

ص: ٢٠٤

كتاب الإجاره

اشاره

ص: ٢٠٥

(كتاب الإجاره) و هى لغه:الأجره،و شرعا تمليك منفعه معلومه بعوض معلوم و قيل:

عقد ثمرته ذلك.

و يشترط فيها بعد أهليه المتعاقدين ما يدل على الإيجاب و القبول، كآجرتك أو أكربتك أو ملكتك منفعتها سنه مثلا فيقول:قبلت أو استأجرت أو نحوهما.

و أما اشتراط العرييه و الماضويه و نحوهما من الأمور المختلف فى اعتبارها فى العقود اللازمه فكما تقرر فى البيع، فإنهما كسائر العقود اللازمه من باب واحد.

و حيث انعقدت بشرائطها المعبره تلزم من الطرفين الموجر و المستأجر.

و تنفسخ بالتقاييل و بكل من الأسباب المقتضيه له مما يأتى، و لا تبطل بالبيع و لا بالسكنى. نعم للمشتري مع جهله بالحال الخيار بين الفسخ و الإمضاء و الأحوط إعلام المشتري بالحال، و لا فرق فى الحكم بعدم البطلان به بين كونه من المستأجر أو غيره.

و كما لا- تبطل بالبيع كذا لا- تبطل بالعتق، و هل تبطل بالموت مطلقا أم لا مطلقا أم بموت المستأجر دون المؤجر أقوال، و قال الشيخان: نعم

ص: ٢٠٧

تبطل مطلقا و تبعهما جماعه من القدماء و قال المرتضى و جماعه منهم أيضا:

لا تبطل كذلك و هو أشبه بالأصول و أشهر بين المتأخرين، بحيث كاد أن يكون ذلك منهم إجماعا، و هو الأقوى.

هذا إذا لم يشترط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه، و إلا بطلت بموته قولاً واحداً.

و تبطل أيضا عند جماعه بموت الموجر، حيث تكون العين المستأجره موقوفه عليه و على من بعده من البطون، فيؤجرها مده و يتفق موته قبلها، قالوا:

نعم لو كان ناظرا و آجرها لمصلحة البطون لم تبطل بموته، و لا بأس به.

و كل ما تصح إعارته شرعا من الأعيان المنتفع بها مع بقائها تصح إجارته دون ما ليس كذلك، و لو فى نحو المنحه إجماعا.

و اجاره المشاع جائزه مطلقا، استأجره من شريكه أو غيره عندنا، لإمكان استيفاء المنفعة بموافقه الشريك، لكن لا تسلم العين المشتركه إلا باذنه.

و لو أبى رفع الأمر إلى الحاكم، كما إذا تنازع الشريكان. ثم انه إذا كان المستأجر عالما بالحال، و الا فله الفسخ دفعا للضرر.

و العين المستأجره أمانه لا يضمنها المستأجر و لا ما ينقص منها، الا مع تعد أو تفريط و كذلك الأجير إذا هلك، صغيرا كان أو كبيرا، حرا كان أو مملوكا. و لا فرق فى الحكمين بين التلف فى المده أو بعدها على الأقوى.

و فى جواز اشتراط الضمان حيث لم يثبت بأصل العقد أم العدم قولان، و الثانى أشهر، و الأول أظهر.

ما يشترط فى صحه الإجاره:

و شروطها أى الإجاره خمسه بل سته:

ص: ٢٠٨

أحدها : أن يكون المتعاقدان كاملين جائزى التصرف برفع الحجر عنهما، فلا تصح إجاره الصبى مطلقا، و ان كان مميزا أو أذن له الولي على الأقوى، و لا المجنون مطلقا، و لا المحجور عليه بدون اذن الولي و من فى حكمه لا مطلقا.

و ثانيها : أن تكون الأجره معلومه، كيلا أو وزنا أو عدا ان كانت مما يعتبر بها فى البيع، أو مشاهده ان لم تكن كذلك.

و قيل: تكفى المشاهده مطلقا و لو كان الأجره مما يكال أو يوزن و الأول أشهر و أقوى.

و تملك الأجره بنفس العقد لكن لا- يجب تسليمها الا- بتسليم العين المستعاره أو العمل ان وقعت عليه الإجاره، الا أن يكون هناك عادة تقتضى التعجيل فيجب، كما لو اشترطه.

و فائده التملك مع عدم وجوب التسليم تبعيه النماء لها، متصلا لها أو منفصلا ان وقع العقد على عينها.

و حيث سلمت العين المستأجره أو العمل، وجبت الأجره معجمله مع الإطلاع فى العقد و عدم تقييد فيه بتأجيلها أو اشتراط التعجيل.

و فائده الشرط مع استفادته من نفس العقد، هو التأكيد لا تسلط الموجر على الفسخ مع الإخلال به و ان قيل به.

و يصح تأجيلها بالشرط نجوما و أشهرا معينه، بأن يجعل لكل منها شىء منها لا يستحق الموجر مطالبته قبل مجيئه.

و كذا يصح إلى أجل واحد و لا فرق بين الإجاره الوارده على عين معينه و الوارده على ما فى الذمه.

و فى توقف استحقاق المطالبه بالأجره بعد العمل على تسليم العين المعمول فيها مطلقا، أم العدم كذلك، أم الفرق بين ما إذا كان العمل فى ملك الأجير فالأول

أو ملك المستأجر فالثاني أقوال،خيرها أوسطها.

و لو استأجر من يحمل له متاعا مثلا- الى موضع معين فى وقت معين بأجره معينه،فان لم يفعل ذلك و لم يبلغه فى ذلك الوقت،أى:شرط عليه أنه ان لم يفعل ذلك نقص من أجرته شيئا معيننا فتراضيا عليه صح كل من العقد و الشرط على الأظهر الأشهر ما لم يحط المشترط نقصه عن أصل الأجره على تقدير المخالفه بتمام الأجره،و يفسد مع الإحاطه،و يتبعه فساد العقد،فيثبت له أجره المثل،بلا خلاف الا من نادر،فأوجب المصالحه و من آخر فنفى الأجره بالكلية.

و ثالثها : أن تكون المنفعه مملوكه للموَجِر أو لمن يوجر عنه و كاله أو وصايه،أو ولايه خاصه أو عامه.

فلو آجر غير المالك و من فى حكمه،وقفت الإجاره على الاذن منه،فان أذن صح على الأقوى،و الا فسد اتفاقا.

و على المختار يكون هذا الشرط معتبرا فى الزوم دون الصحه،بخلاف باقى الشروط.و لا فرق بين أن تكون مملوكه تبعا للعين أو منفرده.

و يجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجره الا أن يشترط الموَجِر عليه استيفاء المنفعه بنفسه فلا يجوز له أن يوجر حينئذ،الا أن يشترط المستأجر الأول على الثانى استيفاء المنفعه له بنفسه،فيجوز الا- أن ينهاه الموَجِر الأول عن نفس الإجاره من الغير بالشرط،فلا يجوز كالأول و ان استوفى هو المنفعه.

و حيث جاز له الإجاره من غيره،فهل يتوقف تسليم العين على اذن المالك أم لا؟قولان،أصحهما الثانى.

و رابعها : أن تكون المنفعه مقدره إما بنفسها كخياطه الثوب

المعين و ركوب الدابه إلى موضع معين أو بالمده المعينه كسكنى الدار سنه و خياطه الثوب شهرا مثلا.

و بالجمله لا بد من تقدير المنفعه بما يتقدر به عاده، فإن اتحد كما لا يمكن الا بالزمان، كسكنى الدار و الإرضاع الغير المقدرين الا- بالزمان لزم التقدير به، و ان تعدد تخير بين التقدير بأيهما شاء، كالخياطه و ركوب الدابه و نحوهما مما يتقدر تاره بالزمان كفعلهما فى شهر مثلا، و أخرى باضافتهما الى معين كما مر فى المتن.

و الضابط: هو العلم بالمنفعه على أحد الوجهين.

و لو قدرت بالعمل و المده معا، كأن يخطط هذا الثوب فى هذا اليوم مثلا، فالأشهر الأظهر البطلان ان قصد التطبيق، و ان قصد الظرفيه المطلقه و أمكن وقوع الفعل فيها جاز.

و يملك المستأجر المنفعه المعقود عليها بالعقد كما يملك به الموجر الأجره. و لا فرق بينهما الا من حيث أن تسليم الأجره يتوقف على تمام العمل، أو دفع العين المستأجره. و لا كذلك المنفعه، فإنه يجب تسليمها مع المطالبه بتسليم العمل أو العين التى وقع عليها الإجاره.

و وقت تسليمها فى المقدره بالمده عند الفراغ من العقد مع إطلاقه و ابتداء الزمان المشترط مع تقييده به، متصلا كان أم منفصلا، و تصح الإجاره فيه بقسميه، و كذا فى الأول على الأظهر الأشهر. نعم ينبغى تقييد الصحه فى صورته الإطلاق بصوره دلالة العرف على الاتصال، و الا كانت باطله.

و فى المقدره بغير المده عند المطالبه، و قيل: عند الفراغ من العقد مطلقا كالسابق، لانصراف الإطلاق إلى التعجيل، و لم يثبت فى مثله، إلا إذا كان ثمة قرينه من عرف أو عاده و لا كلام معها.

و لو مضت مده يمكن استيفاء المنفعة المعقود عليها بنفسه و كانت العين في يد المستأجر، استقرت الأجره على المستأجر و لو لم ينتفع بها بلا خلاف، و لا فرق في ثبوتها عليه بالتسليم بين كون الإجاره صحيحه أو فاسده.

و في حكم التسليم ما لو بذل الموجر العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المده، أو مضت مده يمكنه الاستيفاء، فتستقر الأجره هنا أيضا، لكن لا بد فيه من تقييده بالصحيحه.

و إذا عين حين العقد جهه الانتفاع فيما يتعدد فيه لم يتعدها المستأجر و يضمن مع التعدى.

و لو تلفت العين المعين في العقد استيفاء المنفعة منها قبل القبض أو بعده بلا- فصل أو امتنع الموجر من التسليم مده الإجاره، بطلت الإجاره بلا خلاف في الأول، على الظاهر المصرح به في التنقيح (١)، و لولاه لأمكن المناقشه فيه على إطلاقه بل مطلقا.

و في حكم تلف الجميع تلف البعض، الا- أن البطلان هنا يختص بالتلف (٢)، و يتخير في الباقي بين الفسخ و إمساك الحصه بقسطها من الأجره.

و طريق التقسيط في العين المتساويه الا- جزاء ظاهر، و في غيرها بأن تقوم أجره مثل جميع المده، ثم تقوم الأجزاء السابقه على التلف، و ينسب الى المجموع، فيؤخذ من المسمى بتلك النسبه.

و على اشكال في الأخير، من أن التسليم شرط للاستحقاق بالانفاق، فليس لأحدهما على الآخر شىء، و يفسخ العقد بنفسه، لأنه بمنزله تلف المبيع و العين قبل التسليم. و من أن المنفعه مملوكه و قد منعه عنها، و هى مضمونه كالأعيان،

ص: ٢١٢

١- ١) التنقيح الرائع ٢- ٢٧١.

٢- ٢) في «ن»: التالف.

و كما إذا غضب العين غاصب، فللمستأجر الخيار بين الفسخ و الإلزام بالتسليم، و له أجره المثل مع عدم الفسخ، و المسمى معه، و هذا هو الوجه وفاقا لجماعه.

و لا فرق فيه كالسابق بين الامتناع من تسليم الجميع أو البعض، فله الفسخ.

و ذكر جماعه من غير خلاف بينهم أجده أنه لو منعه أى المستأجر الظالم عن الانتفاع بالعين المستأجره بعد القبض لها لم تبطل الإجاره و كان الدرك أى درك المنفعه و ضمانها على الظالم فيرجع المستأجر عليه بأجره مثل المنفعه التالفه فى يده. و لا فرق فى وقوع الغصب فى ابتداء المده أو خلالها.

و لو كان المنع قبل القبض، لم تبطل أيضا، إلا أن للمستأجر الخيار بين الفسخ و مطالبه المؤجر بالمسمى، و الرضا بالإجاره و انتظار زوال المانع، أو مطالبه المانع بأجره المثل. قيل: بل يحتمل مطالبه المؤجر بها، لكون العين مضمونه عليه حتى يقبض. و لا يسقط التخيير بزوال المانع فى أثناء المده.

و كثير من هذه الاحكام منظور فيه ان لم ينعقد الإجماع عليه، و لكن عدم ظهور الخلاف لعله كاف فى إثباته، إلا أن ظاهر العبارة البطلان مع المنع قبل القبض، و وجهه غير واضح مع أن الأكثر على خلافه.

و لو انهدم المسكن المستأجر تخير المستأجر فى الفسخ و ان كان بعد استيفاء شىء من المنفعه.

و إطلاق العبارة يقتضى ثبوت الخيار مطلقا، و لو خرج المسكن بالانهدام عن إمكان الانتفاع به أصلا، أو أمكن إعادته بحيث لا يفوت عليه شىء معتد به، و الأول لا ينطبق على ما ذكره من أن تلف العين يبطل الإجاره، و للثانى وجه من حيث ثبوت الخيار بالانهدام فيستصحب، و الأحوط بل الأوجه عدم الخيار و لزوم العقد.

و حيث لم يفسخ كان له إلزام المالك باصلاحه و يحتمل قويا العدم، وفاقا لبعضهم.

و لا يسقط من مال الإجاره شىء و لو كان الهدم بفعل المستأجر مطلقا كان على جهه الانتفاع أو غيرها، ما لم يكن فيه من جهه المؤجر تعد أو تفريط، و مع أحدهما يتقاصان إذا كان هناك شرائط التقاص، و الا فعلى المالك الأجره للمستأجر و عليه بدل التالف للمالك.

و خامسها: أن تكون المنفعه مباحه فى الشريعه.

فلو آجره دابه أو مسكنا مثلا ليحمل أو يحرز فيه الخمر المتخذة للشرب، أو دكانا لبيع فيه آله محرمة، أو أجيرا ليحمل مسكرا أو ليعلمه الغناء أو نحو ذلك لم تنعقد الإجاره، على الأظهر الأشهر.

و ما فى بعض الصحاح من الجواز مطروح، أو مأول بالحمل على التقيه، أو على صوره الجهل بأن المستأجر يفعل ذلك، أو على أن الحمل للتخيل و نحوه.

و كما لا تنعقد تحرم أيضا إجماعا فيما إذا أوجر ليعمل الحرام، و أما لو أوجر ممن يعمل ذلك فجائز إجماعا مع الجهل بالحال، و أما مع العلم فإشكال، و الأحوط المنع.

و سادسها: القدره على التسليم، المستفاد من قوله: و لا تصح اجاره العبد الآبق و الجمل الشارد، و الذى لا يتمكن من تسليمه و تسلمه، أو المغصوب الذى لا يملك الماجر التصرف فيه.

و هو شرط إجماعا، فلا تصح الإجاره بدونه، الا أن ينضم إليه ضميمه مقصوده بالذات فتصح كالبيع. بل قيل: بالصحه معها مطلقا فى العبد الآبق، و لو لم تكن بالذات مقصوده بالبيع. و الوجه المنع وفاقا لجمع.

ثم ان كل ذا إذا لم يقدر كل منهما على تسليم العين و تسلمها، و لو آجره

ممن يقدر على تحصيلها صح و لو من غير ضميمه.

و لا- يضمن صاحب الحمام الثياب و ان شاهدها عند النزاع، و قيل له احفظها و سكت الا أن يودع و يقبل فيفرط في الحفظ فيضمن.

و لو تنازعا في أصل الاستئجار، فادعاه أحدهما و أنكره الآخر فالقول قول المنكر مع يمينه و لا فرق بين كون المنكر المالك أم الآخر.

ثم ان كان النزاع قبل استيفاء شيء من المنافع، رجع كل مال الى صاحبه.

و ان كان بعد استيفاء شيء منها، أو الجميع الذي يزعم من يدعى وقوع الإجاره أنها تعلقت به و كان المنكر المالك، فإن أنكر مع ذلك الاذن في التصرف و حلف، استحق اجره المثل و ان زادت عن المسمى بزعم الآخر.

و لو كان المتصرف يزعم تعيينها في مال مخصوص و كان من جنس النقد الغالب، ألزم المالك قبضه عن اجره المثل، و لا تسلط له على إلزامه بأخذ النادر، فان ساواها أخذه، و ان نقص و جب على المتصرف الإكمال، و ان زاد صار الباقي مجهول المالك.

و ان كان مغايرا له و لم يرض المالك به، و جب عليه الدفع من الغالب، و لا- يجوز له إلزام المالك بأخذ النادر، و يبقى ذاك بأجمعه مجهولا. و يضمن العين بإنكار الاذن، و لو اعترف به فلا ضمان.

و ان كان المنكر المتصرف و حلف، و جب عليه أجره المثل، فان كانت أزيد من المسمى بزعم المالك، لم يكن له المطالبه به ان كان دفعه، و و جب عليه دفعه ان لم يكن دفعه و ليس للمالك قبضه. و ان زاد المسمى عن أجره المثل، كان للمنكر المطالبه بالزائد ان كان دفعه و إلا سقط، و العين ليست مضمونه عليه هنا.

و لو اختلفا في رد العين المستأجره، فادعاه المستأجر و لا بينه فالقول قول المالك مع يمينه بلا خلاف.

و كذا القول قول المالك مع يمينه لو كان الاختلاف في قدر الشيء المستأجر بفتح الجيم يعنى العين المستأجره، بأن قال: آجرتك البيت بمائه، فقال: بل الدار أجمع بها، ولا بينه، على الأشهر الأظهر. وقيل: بالتحالف.

و فيه ضعف.

و لو اختلفا في قدر الأجره بعد اتفاقهما على العين و المده، فادعى المستأجر النقصان و الآخر الزيادة فالقول قول المستأجر مع يمينه على أشهر الأقوال و أظهرها في المسأله.

هذا إذا لم يكن بينه لأحدهما، و الا فيحكم لمن له البينه مطلقا. و لو أقامها كل منهما، فالأقرب تقديم بينه المدعى.

و كذا يقدم قول المستأجر مع يمينه لو ادعى الموجر عليه التفريط و لا بينه له.

و تثبت أجره المثل في كل موضع تبطل فيه الإجاره مع استيفاء المنفعه أو بعضها مطلقا، زادت عن المسمى أم نقصت عنه، قيل: الا أن يكون البطلان باشتراط عدم الأجره أو السكوت عنها في العقد، فتسقط بالكلية. و لا بأس به في الشق الأول، و يشكل في الثانى، بل الوجه فيه ثبوت الأجره، الا أن ينضم الى السكوت ما يدل على أن المقصود به إسقاط الأجره، و أنه ليس عن نسيان أو غفله.

ثم ان كل ذا مع جهلها بالفساد، و أما مع علمها به فلا يستحق المؤجر شيئا و لا يجب على المستأجر دفع الأجره، فلو دفعها و الحال هذه كان بمنزله التبرع و الهبه و له الرجوع فيها ما دامت العين باقيه و لم يكن هناك ما يلزم الهبه.

و لو اختص بالجهل، كان له الرجوع مطلقا، و لو كانت تالفه و وجدت شرائط لزوم الهبه.

و لو اختص الموجر بالجهل، كان له أجره المثل، كما إذا شاركه الآخر في

الجهل. و العين مضمونه فى يد المستأجر مطلقا، كما نسب إلى الأصحاب. و يشكل فى صورته دفع الموجر لها من المستأجر مع علمه بالفساد دون المستأجر، بل و يحتمل مع علمه أيضا، لرجوع الإجاره فى هذه الصوره إلى العاريه، و ليست العين فيها بمضمونه، و لعل مراد الأصحاب غير هذه الصوره.

و لو تعدى المستأجر بالدابه المستأجره، فسار بها زياده على المسافه المشترطه له فى العقد ضمن قيمتها مع التلف و الأرش مع النقص و لزمه فى الزائد أجره المثل له مضافا الى المسمى، و لو مع الأمرين على الأظهر، وفاقا لجمع.

و هل المعتبر قيمه يوم التفريط أو يوم التلف أو أعلى القيمتين؟ أقوال، أحوطها الأخير ان لم يكن أظهرها.

و موضع الاختلاف ما إذا كان الاختلاف بتفاوت القيمه، أما لو كان بسبب نقص فى العين، فلا ريب فى ضمان الناقص.

فان اختلفا فى قيمه الدابه أو أرش نقصها فالقول قول الغارم وفاقا للأكثر و فى روايه (١) صحيحه عمل بها الشيخ فى النهايه (٢): ان القول قول المالك.

و لو لا إطباق متأخرى الأصحاب على طرحها، لكان المصير إليها لصحتها فى غايه القوه و ان خالفت القاعده، و لهذا اقتصر فى النهايه على موردها و هى الدابه و وافق القاعده فيما عداها من الأعيان المستأجره.

و يستحب أن يقاطع المستأجر من يستعمله على الأجره قبل العمل للأمر به فى المعتبره (٣).

ص: ٢١٧

١- ١) وسائل الشيعه ١٣-٢٥٥، ح ١ ب ١٧.

٢- ٢) النهايه ص ٤٤٦.

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٣-٢٤٥، ح ٢.

و يجب ايفاؤه أجرته عند فراغه من العمل اللازم عليه. و قيل: يستحب و الوجوب أحوط بل و أظهر.

و لا يعمل الأجير الخاص و هو الذى يستأجر للعمل بنفسه مده معينه حقيقه أو حكما، كما إذا استأجر لعمل معين أول زمانه اليوم المعين، بحيث لا يتوانى فيه بعده لغير المستأجر إلا بإذنه، لانحصار المنفعة المستحقه للمستأجر فيه بالنسبه إلى الوقت الذى جرت عادته فيه كالنهار مثلا، فلا يجوز له التصرف فيه بغير إذنه أما غيره كالليل فى المثال، فيجوز له العمل فيه إذا لم يؤد الى ضعف فى العمل المستأجر عليه بلا خلاف.

و كذا يجوز له العمل فى المعين عملا لا ينافى حق المستأجر، كإيقاع عقد فى حال اشتغاله بحقه فى أصح القولين.

و احترز بالخاص عن المطلق، و هو الذى يستأجر لعمل مجرد عن المباشره مع تعيين المده كتحصيل الخياطه يوما أو عن المده مع تعيين المباشره، كأن يخطط له ثوبا بنفسه من غير تعرض للوقت. أو مجردا عنهما كخياطه ثوب مجردة عن التعيين مطلقا، فإنه بأقسامه يجوز أن يعمل لغير المستأجر و يوجر نفسه منه استتجارا لا ينافى الأول.

أما الاستتجار المنافى، كأن يوجر نفسه مده حياته مع تعيين المباشره فلا، و هو فى معنى الخاص بالإضافة إلى قدر المده للعمل الأول.

ثم الخاص مطلقا ان عمل لغير المستأجر فى الوقت المختص به، فله صور استوفينا أحكامها فى الشرح (١).

ص: ٢١٨

كتاب الوكالة

اشاره

ص: ٢١٩

(كتاب الوكالة) و هي تستدعى أن نذكر فصولاً:

الأول: الوكالة بفتح الواو و كسرهما عبارته عن الإيجاب و القبول الدالين على الاستنابه فى التصرف فى شىء، للموجب أن يتولاه بنفسه و بغيره.

و يكفى فىهما هنا ما يدل عليهما، و لو بالإشارة المفهمه فى الأول، و الفعل الدال على الرضا فى الثانى.

و لا يشترط فيه الفوريه، فلو تراخى عن الإيجاب مده طويله كانت الوكالة صحيحه.

و فى اشتراط عدم الرد أم لا- وجهان، أجودهما: الثانى الامع علم الموجب بالرد و حصول الشك به فى بقاء الاذن المستفاد من الإيجاب، فللاشتراط هنا وجه.

و لا- حكم لو كاله المتبرع بقبولها بعدم اشتراطه جعلاً أو أجره على عمله الذى ليس له أجره فى العاده كبرئه القلم، فلا يستحق شيئاً مطلقاً و لو نواه.

و يحتمل عبارته معنى آخر مبني على اراده التوكيل من الوكالة، أى: لا حكم لتوكيل المتبرع بتوكيله، بأن و كل أحداً فى التصرف فى مال غيره مثلاً فضولياً

ص: ٢٢١

و هو خلاف الظاهر، و ان كان أنسب بالمقام من الأول.

و من شرطها أن تقع منجزه، فلا تصح لو كانت معلقه على شرط متوقع كقدوم الحاج و لا صفه مترقبه كطلوع الشمس.

و لكن يجوز تنجزها و اشتراط تأخير التصرف إلى مده بأن يقول: و كنتك الان في كذا و لكن لا تصرف الا بعد شهر مثلا، بلا خلاف في المقامين.

و في صحه التصرف حيث فسدت بالتعليق بعد حصول المعلق عليه من أحد الأمرين بالإذن الضمني قولان، أجمدهما: نعم، و لكن الاحتياط مهما أمكن لا يترك.

و ليست الوكالة لازمه لأحدهما فلكل منهما إبطالهما في حضور الآخر و غيبته، لكن ان عزل الوكيل نفسه بطلت مطلقا، و في صحه التصرف بالإذن الضمني ما مضى من احتمالها مطلقا و عدمها كذلك. و ربما فرق هنا بين اعلام الموكل بالعزل فالثاني و الا فالأول، و الثاني أشهر، و في ظاهر الغنيه الإجماع عليه.

و لا ينزل الوكيل بعزل الموكل ما لم يعلم العزل مطلقا و ان أشهد بالعزل على الأصح الأشهر و عليه ف تصرفه قبل العلم بالعزل ماض على الموكل ليس له رده و ان أشهد عليه.

و المستفاد من هذه العبارة و غيرها عدم اعتبار الظن، و هو كذلك الا الظن المستفاد من أخبار الثقة فيعتبر، لروايه (1) صحيحه، و به صرح جماعه. و يمكن أن ينزل عليه العبارة بحمل العلم فيها على ما يعم الظن القائم مقامه شرعا.

و تبطل الوكالة حيث أنها من العقود الجائزه بالموت و الجنون مطلقا و لو أدواريا و الإغماء قليلا كان أو كثيرا من كل منهما كان هذه الثلاثه

ص: ٢٢٢

بلا خلاف. و لو تصرف و الحال هذه لم يصح.

قيل: و يجىء على جواز تصرفه مع رده و مع بطلان الوكالة بتعليقها على شرط، جواز تصرفه هنا بعد زوال المانع بالاذن العام، و فيه نظر، بل القول بالمنع هنا أظهر.

و كذا تبطل ب تلف ما يتعلق به يعنى ما دل عليه لفظها مطابقه، كموت العبد الموكل فى بيعه، و الزوجه الموكله فى طلاقها. أو تضمنا كتلف الدينار الموكل فى الشراء به. و لا فرق بين أن ينص على الشراء بعينه، أو يطلق بأن يقول: اشتر به.

و فى حكم التلف انتقاله عن ملكه، كما لو أعتق العبد الموكل فى بيعه، أو باع العبد الموكل فى عتقه.

و كذا تبطل بالحجر على الموكل فيما و كل فيه بالسفه أو الفلوس، و فى حكم الحجر بها طرو الرق على الموكل، بأن كان حرا فاسترق، و لو كان و كيلا صار بمنزله توكيل عبد الغير.

و لا تبطل بالنوم و ان تناول ما لم يؤد الى الإغماء، فتبطل من جهته لا من جهه النوم.

و حيث بطلت الوكالة لم تبطل الامانه، فلو تلف العين الموكل فيها فى يده بغير تفريط لم يضمن.

و كذا لو كان و كيلا فى قبض حق، فقبضه بعد الموت مثلا و قبل العلم به و تلف فى يده بغير تفريط، لكن يجب عليه المبادره إلى إيصال العين الى الوارث، فإن آخر ضمن كسائر الأمانات الشرعيه.

و لو باع الوكيل العين الموكل فى بيعها بثمان، فأنكر الموكل الاذن فى البيع بذلك القدر، فالقول قول الموكل مع يمينه بلا خلاف.

ثم لو حلف المالك بطل البيع و تستعاد العين المبيعه ممن هي في يده ان كانت موجوده، و مثلها أو قيمتها ان كانت مفقوده.

و كذا تستعاد بمثلها أو قيمتها لو تعذر استعادتها بغير تلف كتغلب أو غيبه، كل ذا على الأشهر الأظهر، وفاقا للمبسوط، خلافا للنهائيه فقال: ان على الوكيل إتمام ما حلف عليه المالك، و وجهه غير واضح.

ما تصح الوكالة فيه:

الثانى: فى بيان ما تصح فيه الوكالة شرعا.

و هو كل فعل يتكامل فيه شروط ثلاثه:

أحدها- أن يكون مملوكا له، بمعنى كون مباشرته له ممكنه بحسب العقل و الشرع، فلا تجوز الوكالة فى الأمور المستحيله بالذات عقلا و الممنوعه شرعا، فلا تجوز فى المعاصى كالغصب و السرقة و القتل مثلا، و أحكامها تلزم المباشر.

و يعتبر الإمكان المزبور من حين الوكالة إلى وقت التصرف، فلا- تجوز فى طلاق زوجته سينكحها، و لا عتق عبد سيشتريه. نعم تجوز فى الطلاق فى طهر المواقعه و الحيض، و فى تزويج امرأه ثم طلاقها و شراء عبد ثم عتقه، و نحو ذلك مما يقع التوكيل فيه تبعا لما يجوز التوكيل مستقلا فيه.

و ثانيها: أن لا- يتعلق غرض الشارع فيه ب وقوعه من مباشر معين كالعتق، فان الغرض فيه فك الرقبه، سواء أحدثه المالك أم غيره، و الطلاق فان الغرض فيه رفع الزوجيه كذلك و البيع و النكاح و غيرهما من العقود و الإيقاعات. و لا- تجوز فيما يتعلق غرضه بإيقاعه من مباشر معين.

و لا- خلاف فى شىء من ذلك و لا خفاء، و انما الخفاء فى مرجع معرفه الغرض فى ذلك، و الظاهر أنه النقل، إذ لا قاعده له لم تنخرم، و قد علم تعلق غرضه بجمله

من العبادات، كالطهارة و الصلاة الواجبه فى حال الحياه، فلا يستتاب فيها مطلقا الا ما استثنى من نحو الطواف الواجب بشرط ذكر فى محله، و ركعتى الطواف حيث تجوز استنابه الحى فى الحج الواجب و الندب، و أداء الزكاه، و كالايمان و النذور و القسم بين الزوجات و الشهادات الا على سبيل الشهاده، و الظهار و اللعان و الجنايه.

و فى صحه التوكيل بإثبات اليد على المباحات، كالاصطياد و الاحتطاب و الاحتشاش قولان.

و ثالثها: أن يكون معلوما، فلا يصح فى المبهم و المجهول.

و تصح الوكاله فى الطلاق للغائب إجماعا و فى الحاضر على الأصح الأشهر، خلافا للشيخ و التقى فمنعا عنها فى الحاضر، قيل: و على قول الشيخ يتحقق الغيبه بمفارقة مجلس الطلاق. و فيه نظر، لان كلامه صريح فى اشتراط عدم الحضور فى البلد.

و يجب أن يقتصر الوكيل فى تصرفاته على ما عينه الموكل أو ما يشهد العاده بالإذن مع اطرادها أو دلالة القرائن، كما لو أذن بالبيع نسيئه بقدر، فباع نقدا به أو بأزيد، الا أن يكون له غرض فى التعيين و لو احتمالا، فلا يجوز التعدى حينئذ عنه، الا أن يكون احتمالا بعيدا، بلا خلاف فى شىء من ذلك و لا إشكال، إلا فيما حكموا به من صحه المعامله مع المخالفه حيث جازت له، بدلاله القرائن أو اطراد العاده مع ضمان العين، لو عين لها محلا تباع فيه فعدل الى آخر فباعها فيه، فربما يستشكل فيه، و لكن ليس فى محله.

و لو عمم الوكاله صح إذا خصها من وجه مال أو غيره بلا خلاف، و كذا لو لم يخصصها بوجه، كما إذا و كله فى كل قليل و كثير مما له فعله، على الأشهر الأقوى.

نعم يشترط فى تصرفاته المصلحه، فيمضى تصرفاته معها الا ما يقتضيه الإقرار بمال، أو ما يوجب حداً أو تعزيراً، فلا يمضى فيه على الأشهر الأقوى، فلا يلزم الموكل بما و كل فى الإقرار به. و لا فرق فى ذلك بين أن يطلق الوكاله بحيث تعم الإقرار بذلك، أو يصرح بالتوكيل فيه على الأقوى، كما مضى.

ما يشترط فى الموكل:

الثالث: فى بيان الموكل:

و يشترط كونه مكلفاً كاملاً- بالبلوغ و العقل، فلا- تصح و كاله الصبى و المجنون مطلقاً، بإذن الولى كان أم لا بلا خلاف، إلا فى المميز البالغ عشراً، فجوز جماعه توكله و توكيله فى نحو الصدقه و الوصيه و الطلاق مما دلت الروايات (1) على جوازها منه، و هو حسن ان جاز الاعتماد عليها و الا فلا.

جائز التصرف فيما يوكل فيه برفع الحجر عنه فيه، فلا تجوز و كاله السفیه و لا المفلس فيما حجر عليهما فيه، و تصح فى غيره. و لقد كان فى ذكر هذا الشرط غنى عن الأول.

و لا- يوكل العبد القن أحداً فيما ليس له التصرف فيه الا- بإذن مولاه و يصح له التوكيل فى طلاق زوجته ان لم تكن أمه مولاه، على الأشهر الأقوى.

ثم المراد بالاذن ما يعم الصريح و ما فى حكمه. فلو كان مأذوناً فى التجاره، جاز أن يوكل فيما جرت العاده فيه بالوكاله.

و كذا لا- يجوز أن يوكل الوكيل فيما و كل فيه الا أن يؤذن له بالتوكيل فيه و لو بالتعميم كاصنع ما شئت، أو بالفحوى كاتساع متعلقها بحيث تدل القرائن على الاذن له فيه، كالزراعه فى أماكن متباعده لا تقوم لها إلا

ص: ٢٢٤

بمساعدة. ومثله عجزه عن مباشرته و ان لم يكن متسعا مع علم الموكل به، و كترفع الوكيل عما وكل فيه عادة، فإن توكله حينئذ دال بفحواه على الاذن له فيه مع علم الموكل بترفعه عن مثله و الا لم يجوز.

و حيث أذن له بالتوكيل، فان صرح بكون وكيله وكيلا- عنه أو عن الموكل لزمه حكم من يوكله، فينعزل في الأول بانعزاله، لانه فرعه، و يعزل كل منهما له.

و في الثاني لا ينعزل الا بعزل الموكل، أو بما أبطل توكيله من جنون أو إغماء و نحوهما.

و ان أطلق ففي كونه وكيلا عنه، أو عن الموكل، أو تخير الوكيل في توكيله عن أيهما شاء أوجه. و كذا مع استفادته من العموم أو الفحوى، الا أن كونه وكيلا عن الوكيل أقوى.

و اعلم أن لفظه «يوكل» في العبارة في المقامين ربما قرأ بفتح الكاف، فمعناها حينئذ: لا يجوز للإنسان أن يوكل عبدا غيره و لا وكيل غيره الا باذنه.

و هذا مع عدم مناسبه لسياق الكلام غير تام الحكم فيه في المقام الثاني على إطلاقه.

و يجوز للأب و الجد له و وصيهما أن يوكلوا عمن له الولاية عليهم.

و للحاكم الشرعي أيضا أن يوكل عن السفهاء و البله و المجانين و الصبيان الذين لا ولي لهم غيره.

و يشترط في الوصي أن لا يمنعه الموصى عن التوكيل، و معه لا يجوز له.

و يكره لذوى المروات و هم أهل الشرف و الرفعه أن يتولوا المنازعه بنفوسهم بل ينبغي لهم التوكيل فيها.

ما يشترط فى الوكيل:

الرابع: فى بيان الوكيل:

و يشترط فيه كمال العقل بالبلوغ و رفع الحجر عنه بالجنون، فلا تصح وكالة الصبى و المجنون.

و فى اقتضائه على هذا الشرط دون الآخر الذى فى الموكل، قد مر دلالة على جواز كون المحجور عليه لغير نقص العقل فى الجملة و كيلا لغيره فيما حجر عليه من التصرف، كالمفلس و السفيفه مطلقا و لو لم يأذن لهما الولى و العبد لكن مع اذن السيد.

و يجوز أن تلى المرأه عقد النكاح لنفسها و لغيرها و كذا طلاق غيرها بإجماعنا، أما طلاق نفسها فقولان، و المنع فى الجملة أحوط، و ان كان الجواز أجود.

و المسلم يجوز أن يتوكل للمسلم على المسلم و على الذمى، و للذمى على الذمى بلا خلاف.

و فى جواز وكالته له أى وكالة المسلم للذمى على المسلم تردد و اختلاف، فأكثر القدماء على المنع، حتى ادعى ابن زهره عليه الإجماع، و عامه المتأخرين على الجواز لكن مع الكراهه، حتى ادعى الفاضل عليه الإجماع فى التذكرة، و لا يخلو عن قوه، و ان كان الاولى أحوط بلا شبهه.

و الذمى يتوكل على الذمى للمسلم و الذمى، و لا يجوز أن يتوكل الذمى على مسلم مطلقا لمسلم أو ذمى إجماعا.

و كذا الحربى لا يتوكل على مسلم مطلقا، بل بطريق أولى. و انما اقتصر الأصحاب على الذمى للتنبيه بالأدنى على الأعلى.

ثم ان ظاهرهم اختصاص المنع بما إذا تضمن الوكالة نوعا من القهر

و السلطنه،فلو و كل لان يوقع عقدا لمسلم أو يعطيه دينارا مثلا صح،و به صرح جماعه الا أن ابن زهره صار الى المنع عن توكله على تزويج المسلمه من المسلم و عن توكل المسلم على تزويج المشركه من الكافر،مدعيا عليه الإجماع.
و الوكيل أمين لا يضمن الامع تعد أو تفريط و لا فرق فى الوكيل بين كونه بجعل أو غيره.

مسائل تتعلق بالوكيل و الموكل:

الخامس:فى بيان الاحكام،و هى مسائل:

الاولى:لو أمره الموكل بالبيع حالا فباع مؤجلا و لو بزيادة الثمن عن المثل أو ما عين لم تصح أى لم تلزم و وقف على الإجازة فإن أجاز صح و لزم و الا فلا.

و كذا لم تصح و وقف على الإجازة لو أمره ببيعه مؤجلا بثمان فباع بأقل منه عاجلا.

هذا مع عدم اطراد العاده و فقد القرائن الداله على الاذن فيما خالف اليه، كما هو الغالب فى المقامين،و أما مع أحدهما فالوجه صحه البيع كما مضى.

و لذا قالوا: لو باع فى الصوره الثانيه بمثله أى بمثل الثمن الذى عين له أو أكثر منه صح و لزم،لانه زاده خيرا و به يحصل اذن الفحوى قطعا الا أن يتعلق بالأجل غرض و لو احتمالا لم يكن نادرا، كأن يخاف على الثمن ذهابه فى النفقه مع احتياجه اليه بعده.

و لو أمره بالبيع فى موضع معين فباع فى غيره بذلك الثمن المعين له أو بالمثل مع الإطلاق أو زائدا عليهما صح الا أن يعلم أو يظن غرض فى تعيينه،من جوده النقد،أو كثرته،أو حله،أو صلاح أهله،أو موده بينهم و بين

موكله، فلا يصح و يقف على الإجازة.

و لا كذا لو أمره ببيعه من إنسان معين فباع من غيره، فإنه لم يلزم بل يقف على الإجازة مطلقا و لو باع بأزيد من الثمن المعين أو المثل، إلا- إذا علم عدم تعلق غرض له بتعيينه و أن المقصود منه حصول الثمن كيف اتفق فيمكن الصحة، هذا كسابقه إلا- أن إطلاق العبارة و غيرها يقتضى انسحاب الحكم هنا أيضا، فإن كان إجماع، و إلا فالأجود الصحة كما ذكرنا.

الثانية: فى بيان مسائل النزاع. إذا اختلفا فى الوكالة و لا بينه فالقول قول المنكر مع يمينه و لا فرق فى المنكر بين كونه الوكيل و الموكل.

و لو اتفقا عليه و لكن اختلفا فى العزل أو فى الإعلام أو فى التفريط أو قيمة التالف بعد الاتفاق عليه و لا بينه فالقول فى جميع ذلك قول الوكيل بلا خلاف و كذا لو اختلفا فى التلف فالقول فيه أيضا قول الوكيل، سواء ادعاه بأمر ظاهر أو خفى.

و لو اختلفا فى الرد فقولا، أحدهما: ان القول قول الموكل مع يمينه ذهب إليه الحلى و الفاضلان و الشهيدان و غيرهم. و الثانى: ان القول قول الوكيل مع يمينه ما لم يكن وكالته بجعل، و هو أشبه وفاقا للمشهور و اعتبار اليمين كما ذكرنا مما لا خلاف فيه، و فى المسالك الإجماع.

الثالثة: إذا زوج امرأه مدعيا وكالته على تزويجها خصوصا أو عموما فأنكرها الموكل، فالقول قول المنكر مع يمينه و عدم بينه للمدعى بلا خلاف و على الوكيل مهرها كملا وفاقا للنهائية (١) و جماعه.

و روى (٢) أن لها عليه نصف مهرها و نحوها رواه أخرى، و زيد

ص: ٢٣٠

١-١) النهاية ص ٣١٩.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٣-٢٨٨، ب ٤.

فيها التعليل بما أشار إليه بقوله: لانه ضيع بترك الاشهاد بضعها (١) و هو أقوى، بل قيل أشهر.

و هنا قول آخر بفساد أصل العقد الموجب لنفى أصل المهر، و هو موافق للأصل، إلا أنه يجب تخصيصه بما مر من النص المعتبر.

و كيف كان يجب على الزوج المنكر للوكاله أن يطلقها سرا ان أبى عن الجهاز ان كان و كل حقيقه، فان لم يفعل كان مأثوما و كان الحكم الظاهر حكم الإسلام، و قد أباح لها أن تتزوج كما فيما مر من النص، و عليه كافه الأصحاب، لكن صرح جماعه باشتراطه بعدم تصديقها الوكيل على الوكاله، و الا فليس لها التزويج باعترافها و هو كذلك.

و لو امتنع من الطلاق لم يجبر عليه، و حينئذ ففى تسلطها على الفسخ دفعا للضرر، أو تسلط الحاكم عليه أو على الطلاق، أو بقائها كذلك حتى يموت أوجه.

و لو أوقع الطلاق معلقا على شرط، كقوله: «ان كانت فلانه زوجتى فهى طالق» صح و لم يكن إقرارا و لا تعليفا مانعا.

ص: ٢٣١

١-١) كذا فى النسخ، و لكن فى الروايه و المطبوع من المتن: حقها.

كتاب الوقوف والصدقات والهبات

اشاره

ص: ٢٣٣

(كتاب الوقوف و الصدقات و الهبات) أما الوقف: فهو تحييس الأصل و إطلاق المنفعه و إباحتها للجبهه الموقوف عليها، بحيث يتصرف فيه كيف شاء كغيرها من الاملاك.

و المراد ب«تحييس الأصل» المنع عن التصرف فيه تصرفا ناقلا لملكه.

و لفظه الصريح الذى لا يفتقر فى دلالة عليه الى ضم قرينه و قفت، و أما ما عداه ف يفتقر إلى القرينه الداله على التأيد كاللفظ الدال عليه، أو على نفي البيع و الهبه و الإرث، فيصير بذلك صريحا، سواء كان تصدقت، أو حرمت أو أبدت، أو حبست، أو سبلت.

و لا- يحكم بالوقف بشىء منها مجردا عن القرينه و فاقا للأكثر، خلافا لجماعه فى الأخيرين فجعلوهما صريحا كلفظ الوقف، و فيه قول آخر غير ظاهر الوجه.

أما الثلاثة الأول، فلا خلاف فى عدم صراحتها. هذا كله فى الحكم عليه بالظاهر، و الا فلو نوى الوقف فيما يفتقر إلى القرينه وقع باطنا و دين بنيته لو ادعاه.

و ظاهر العبارة عدم اعتبار شىء آخر حتى القبول و القرينه، و الأصح اعتبارهما و القابل هو الموقوف عليه إذا كان خاصا و الا فالحاكم، و لا يعتبر قبول البطن الثانى.

و يعتبر فيه أى فى صحته القبض من الموقوف عليه أو من فى حكمه، بمعنى أن الانتقال مشروط به، وقبله يكون العقد صحيحا فى نفسه لكنه ليس بناقل فيجوز للواقف الفسخ قبله بلا خلاف.

و يفسخ بموت الواقف قبله أيضا على الأشهر الأقوى. و كذا بموت الموقوف عليه على الأقرب، سواء قبض البطن الثانى أم لا. و النماء المتخلل بينه و بين الوقف للواقف.

و لا يشترط فى الورثة القبض (١)، و لا خلاف فى سقوط اعتباره فى بقية الطبقات.

ثم لو وقف على الفقراء أو الفقهاء، فلا بد من نصب قيم لقبض الوقوف، و النصب الى الحاكم، قيل: و الأقرب جوازه للواقف مطلقا، سيما مع فقد الحاكم و منصوبه، و لا بأس به.

و لو كان الوقف على مصلحة عامه كالقناطر أو موضع عباده كالمساجد قالوا: قبضه الناظر فيها أى: فى تلك المصلحه، فإن كان لها ناظر شرعى من قبله تولى القبض، و الا فالحاكم.

و أطلق بعضهم حصول القبض فى نحو المساجد و المقابر بصلاحه واحده و دفن واحد فيها، و قيده آخر بوقوع ذلك بإذن الواقف، و قيده ثالث بوقوعها بنيه الإقباض أيضا، فلو أوقعا لا بنيه، كما لو أوقعا قبل العلم، أو بعده قبل الاذن فيهما، أو بعدهما لا بنيه القبض: اما للذهول منه أو لغير ذلك، لم يلزم. قالوا: هذا إذا لم يقبضه الحاكم الشرعى أو منصوبه، و الا فالأقوى الاكتفاء به إذا وقع بإذن الواقف، لأنه نائب المسلمين. و هو حسن.

و لو كان الوقف على طفل أو مجنون قبضه الولي لهما كالأب

ص: ٢٣٦

١- ١) فى «ن»: و لا يشترط فوريه القبض.

و الجدل للأب بلا خلاف أو الوصى لأحدهما مع عدمهما على الأقوى.

و لو وقف عليه أى على الطفل و من فى معناه الأب أو الجد له صحح و لزم و لم يحتج الى اقباض من أحد بلا-خلاف لانه مقبوض بيده كما فى الصحيح (1). و إطلاقه كعبارة المتن و كثير يقتضى الاكتفاء بقبضهما و ان تجرد عن نيه القبض عنهما، و احتمال بعضهم اعتبار ذلك.

و فى معناه ما إذا كان الموقوف تحت يد الموقوف عليه بوديعه أو عاريه أو نحوهما، و لا بأس به.

و لو كان القبض واقعا بغير اذن الواقف، كالمقبوض بالغصب و الشراء الفاسد فى الاكتفاء به نظر و لعل العدم هنا أظهر.

و النظر فى هذا الكتاب اما فى الشروط أو فى اللواحق.

و الشروط زياده على ما مر أربعة أقسام من حيث أن أركانه أربعة، كل قسم منها يتعلق بأحدها.

ما يشترط فى أصل الوقف:

الأول: فى ما يتعلق ب الوقف.

و يشترط فيه التنجيز فلو علقه على شرط متوقع، أو صفه مترقبه، أو جعل له الخيار فى فسخه متى شاء من دون حاجه، بطل، بلا خلاف فيه و لا فى الصحة، لو كان المعلق عليه واقعا و الواقف عالم بوقوعه، كقوله: وقفت ان كان اليوم الجمعة مثلا.

و الدوام و الإقباض من الموقوف عليه و من فى حكمه، و الأقوى أن الإقباض فى كل شىء بحسبه كما مر.

و إخراجة عن نفسه. فلو كان وقفه إلى أمد كشهر أو سنه مثلا بطل

ص: ٢٣٧

لاشتراط التأيد في صحته، وفاقا للأكثر، و في الغنيه الإجماع. و حيث بطل وقفا كان حبسا على الأشهر الأقوى.

هذا إذا قصده بلفظ الوقف. و لو قصد الوقف الحقيقي، ووجب القطع بالبطلان مطلقا.

و لو جعله لمن ينقرض غالبا و لم يذكر المصرف بعده و اقتصر على بطن أو بطون صح حبسا أيضا وفاقا لجماعه.

و يرجع الوقف بعد موت الموقوف عليه إلى ورثه الواقف طلقا أى ملكا ان مات قبل الموقوف عليه، و الا فإليه ثم إليهم.

و قيل: انه ينتقل إلى ورثه الموقوف عليه و القائل المفيد و الحلبي و هو ضعيف، سيما على المختار من صحته حبسا، فقد نفى الخلاف و الاشكال عن المختار في المسالك على تقديره. و مع ذلك الأول و هو المختار هنا مروى (1).

ثم على المختار من العود الى الواقف أو ورثته، هل المراد بهم ورثته حين انقراض الموقوف عليه، أو الورثه عند موته و يسترسل فيه الى أن يصادف الانقراض؟ قولان، و الثانى أقوى.

و تظهر الثمره فيما لو مات الواقف عن ولدين، ثم مات أحدهما عن ولد قبل الانقراض، فعلى الأول يرجع الى الولد الباقي خاصه، و على الثانى يشترك هو و ابن أخيه بتلقيه من أبيه كما لو كان حيا.

و اعلم أن هذا الوقف يسمى «منقطع الأخر» و يتفرع على الشرط الثانى ما مر فلا وجه لإعاده ذكره.

و أما ما يتفرع على الثالث أنه لو وقفه على نفسه، بطل بالإضافه إليه مطلقا،

ص: ٢٣٨

و ان عقبه بما يصح الوقف عليه بلا- خلاف. و فى صحته بالإضافة إلى عقبه حيث يذكره قولان، أظهرهما: العدم، وفاقا للأكثر، و يسمى هذا الوقف ب«منقطع الأول».

و لو وقفه على من يصح الوقف عليه، ثم على نفسه، ثم على غيره ممن يصح الوقف عليه، سمي ب«منقطع الوسط».

و فى حكم الوقف على نفسه الوقف من لا يصح الوقف عليه، كالمعدوم و الميت و المملوك و المختار فى الجميع بطلان ما بعد الانتفاع.

و لو وقف على نفسه و غيره جمعا بالواو، ففى صحه الوقف على الغير فى النصف، أو الجميع، أو البطلان من أصله أوجه.

و كذا فيما لو وقف على نفسه و الفقراء، ففى صحه النصف، أو الثلاثة الأرباع، أو الجميع، أو البطلان من الأصل أوجه، أو جهها فى المقامين البطلان.

و يتفرع على هذا الشرط عدم صحه الوقف إذا شرط قضاء ديونه أو ادراء مئونه منه و نحو ذلك. و لو شرط أكل أهله منه، صح الشرط.

و لو وقف و شرط عوده إليه عند الحاجة، ف فى صحه الوقف و الشرط، أو فسادهما قولان، أشبههما: البطلان رأسا، وفاقا لجماعه، خلافا لآخرين، و لا يخلو عن قوه، مع أنه أحوط فى الجملة، و عليه فلا ريب فى الرجوع مع الحاجة.

و لو مات و لم يحتج، فهل يرجع الى ورثه الواقف فيكون حبسا، أم لا يرجع و يكون وقفا؟ قولان، أظهرهما: الأول.

و هل يعود بالاحتياج أو يقف على اختياره؟ وجهان، و الظاهر الأول.

و المرجع فى الحاجة إليه إلى العرف، و ذكر جماعه أن مستحق الزكاه محتاج، و فى إطلاقه نظر. و نحوه تفسيرها بقصور المال عن قوت يومه و ليلته و بسؤاله لغيره، و لكنه أحوط.

ما يشترط فى الموقوف:

الثانى: فى ما يتعلق ب الموقوف و يشترط أن يكون عينا معلومه مملوكه ينتفع بها مع بقاء عينها انتفاعا محللا فلا يصح وقف المنفعه، و لا الدين، و لا المبهم، و لا الخمر و الخنزير و نحوهما من المسلم، و لا ملك الغير و ان أجاز على الأقوى، و لا ما لا ينتفع بها، أو ينتفع مع ذهاب العين، كالخبز و الطعام و الفاكهه و نحوها، و لا ما ينتفع به انتفاعا محرما مطلقا، كآلات اللهو و هياكل العباده المبتدعه.

و لا- يعتبر فى الانتفاع فعليته، بل يكفى المتوقع، كالعبد و الجحش الصغيرين، و الزمن الذى يرجى زوال زمانته. و لا- طول زمانه، فيصح وقف ريحان يسرع فساده، وفاقا للأكثر.

و يصح إقباضها فلا يصح وقف الطير فى الهواء، و لا السمك فى الماء، و لا الأبق، و لا المغصوب و نحوهما.

و لو وقفها على من يتمكن من قبضها، صح على الأقوى.

و حيث اجتمعت فى العين الشرائط المعتره، صح وقفها مشاعه كانت أو مقسومه إجماعا منا.

ما يشترط فى الواقف:

الثالث: فى ما يتعلق ب الواقف و يشترط فيه البلوغ و كمال العقل و جواز التصرف برفع الحجر فى التصرفات الماليه، فلا يصح من الصغير و المجنون و السفيه و المفلس.

و فى صحه وقف من بلغ عشا تردد و اختلاف بين الأصحاب،

و المروى فى النصوص (١)المستفبضه جواز صدقته و إطلاق الصدقه فىها أو عمومها يشمل الوقف أيضا،مضافا الى عدم قائل بالفرق ظاهرا.

و الاولى المنع وفاقا للأكثر،بل عليه عامه من تأخر،لقوه الأدله المانع،و رجحانها على هذه المستفبضه من وجوه عديده منها شذوذها،كما صرح به جماعه.

و يجوز أن يجعل الوقف النظر فى الموقوف لنفسه و يشترطه فى متن العقد على الأشبه الأشهر،و نفى عنه الخلاف جمع،و فى المختلف الإجماع،خلافه للحلى فممنع،و هو شاذ.و يجوز أن يجعله لغيره قولاً واحداً.

و ان أطلق العقد و لم يشترط النظاره لنفسه و لا لغيره فالنظر لأرباب الوقف الموقوف عليهم.

و لا فرق بين كون الموقوف عليه خاصاً أو عاماً.و بنى الحكم هنا جماعه على انتقال الملك،فقالوا:ان جعلناه للواقف أو الموقوف عليه مطلقاً،فالنظر له،و ان جعلناه للموقوف عليه ان كان معيناً،و لله سبحانه ان كان عاماً،فالنظر فى الأول إلى الموقوف عليه،و للحاكم الشرعى فى الثانى،لأنه الناظر العام،و هو حسن.

و يكون الوقف حيث لا يكون النظر اليه بعد العقد كالأجنبى.

و حيث اشترط النظر لنفسه،فقد اختلف الأصحاب فى اعتبار عدالته على قولين،بعد اتفاهم على اعتبارها فى الغير إذا اشترط النظر له،و الأصل يقتضى العدم.

قالوا:و يشترط فى الناظر-مضافاً الى العداله-الاهتداء الى التصرف،و أنه لو عرض له الفسق انعزل،فان عاد عادت ان كان مشروطاً من الوقف.و لا يجب على المشروط له القبول،و لو قبل لم يجب عليه الاستمرار.و حيث يبطل النظر

ص:٢٤١

يصير كما لو لم يشترط.

و وظيفه الناظر مع الإطلاق العماره و الإجاره و تحصيل الغله و قسمتها على مستحقها.

و لو فرض اليه بعضها، لم يتعده. و لو جعله لاثنين و أطلق، لم يستقل أحدهما بالتصرف.

و ليس للواقف عزل المشروط له النظاره فى العقد، و له عزل المنصوب من قبله لو شرط النظر لنفسه فولاه. و لو آجر الناظر مده، فزادت الأجره فيها، أو ظهر طالب بالزياده، لم يفسخ العقد، الا أن يكون فى زمن خياره فيتعين عليه الفسخ.

ثم ان شرط له شيئاً عوضاً عن عمله، لزم و ليس له غيره، و الا - فله أجره المثل عن عمله، مع قصده الأجره به و قضاء العاده بعدم تبرعه به. و لا يجوز لغير الناظر التصرف فيه الا باذنه، و لو كان مستحقاً و الناظر غير مستحق.

ما يشترط فى الموقوف عليه و أحكامه:

الرابع: فى ما يتعلق ب الموقوف عليه.

و يشترط وجوده أو إمكانه مع تبعيته لموجود حين العقد و تعيينه بالشخص أو الوصف المميز، كالمسلم، أو المؤمن، أو العالم، أو نحو ذلك.

و أن يكون ممن يملك، و أن لا يكون الوقف عليه محرماً.

فلو وقف على من سيوجد من المعدوم المحض، أو غير ممكن الوجود فى العاده كالميت و ان جعله تابعاً، أو غير المعين كأحد هذين، أو رجل من بنى آدم أو نحو ذلك، أو من لم يكن قابلاً للملك كالجمل و العبد بناء على الأظهر الأشهر لم يصح.

ص: ٢٤٢

نعم العبد على القول بتملكه يصح الوقف عليه إذا قبل مولاه، و إن كان محجورا عليه. و حيث لا يصح الوقف عليه لا يكون وقفا على سيده عندنا.

و يستثنى منه العبد المعد لخدمه الكعبه و المشهد و المسجد و نحوها من المصالح العامه، و نحوه الدابه المعده لذلك.

و يصح الوقف على المساجد و القناطر بحسب اللفظ، و لا- يصح على الزناه و العصاه من حيث هم كذلك. أما لو وقف على شخص متصف بذلك، لا من حيث كون الوصف مناط الموقف، صح، سواء أطلق أو قصد جهه محلله.

و لو وقف على موجود ممن يصح الوقف عليه و بعده على من يوجد مثله صح.

و الوقف على البر مع الإطلاق و عدم تعيين وجه منها فى متن العقد يصرف الى الفقراء و وجوه القرب كنفع طلبه العلم، و عماره المساجد و القناطر و المدارس و المشاهد، و اعانه الحاج و الزائرين و نحو ذلك. و فى جواز صرفه فى مطلق نفع المسلمين وجه قوى.

و لا يصح وقف المسلم على البيع و الكنائس أى معابد اليهود و النصارى و ان قلنا بجواز الوقف عليهم.

و لو وقف على ذلك أى البيع و الكنائس الكافر الذى يعتقد صحه الوقف عليهما و يحصل منه بمعتقده التقرب الى الله تعالى صح على الأصح الأشهر، بل لم أقف على مخالف سوى الماتن هنا. فقال: و فيه وجه آخر بالعدم، و فيه ضعف. و فى جواز وقف الكافر على بيوت النيران قولان.

و لا يقف المسلم على الحربى مطلقا و لو كان له رحما قريبا على الأقوى.

و يقف المسلم على الذمى و لو كان أجنبيا على قول اختاره المصنف

هنا و فى الشرائع (١) خاصه، و لم أجد قائلا به غيره، و هو ضعيف غايته، كالقول بالمنع مطلقا و لو كان ذا قرابه.

و الأ-جود التفصيل بينه فالصحه و بين الأ-جنبى فالفساد كما عليه جماعه، و ظاهر الغنيه عدم الخلاف فى الأول، و فى صريح الخلاف الإجماع. و من الأدله على هذا التفصيل يتعدى الحكم إلى سائر معاندى الحق منعا و جوازا.

و لو وقف المسلم على الفقراء أو العلماء أو نحوهما مما يدل على وصف مع العموم لغه انصرف الى ذى الوصف من فقراء المسلمين و علمائهم.

و لو كان الواقف المتلفظ بتلك اللفظه كافرا، انصرف الى ذى الوصف من فقراء نحلته و ملته بلا خلاف، عملا بالعرف و شهاده الحال المخصصين للعموم، و مع فقدهما يتجه الأخذ بالعموم.

و مقتضى القاعده انصراف الوصف إلى ذى الوصف من أهل مذهب الواقف لا مطلقا. فلو وقف امامى على الفقراء، انصرف الى فقراء الإماميه، دون سائر فرق الإسلام الباطله، و كذا فى صورته العكس، و لعله مراد الأصحاب، و ان كان عبائهم مطلقه، لكن سيأتى من الخلاف ما ربما يعارضه.

و المسلمون حيث يوقف عليهم يراد بهم من صلى إلى القبلة و فسر فى المشهور بمن اعتقد الصلاه إليها و ان لم يصل لا مستحلا، خلافا للمفيد فاعتبر فعليه الصلاه إليها. و لا فرق عندهم بين كون الواقف محقا أو مبطلا، خلافا للحلى فى الأول فخصهم فيه بالمؤمنين، و هو أقوى. و يستثنى منهم الفرق المحكوم بكفرهم اتفاقا شرعا.

و المؤمنون حيث يوقف عليهم الاثنا عشرىه أى القائلون بالأئمه الاثنا عشر سلام الله تعالى عليهم و هم الإماميه الان الذين لا يعتبر فى صدق

ص: ٢٤٤

الإماميه عليهم اجتنابهم الكبائر اتفاقا. كما حكاه جماعه على الأظهر.

وقيل: هم مجتنبو الكبائر منهم خاصه فلا يشمل الوقف عليهم الفسقه، و القائل جماعه من القدماء.

و منشأ الاختلاف، هو اختلاف النصوص، و الجمع بينها يقتضى المصير إلى الأول، و الأولى الرجوع الى عرف الواقف و شهاده حاله، حتى لو كان ممن يذهب الى الثانى، و ظهر من قرائن أحواله إرادته مطلق الإمامى حتى الفسقه منهم عم وقفه لهم، و إذا جهل عرفه و انتفت القرائن فالمذهب هو الأول، و ان كان الثانى لعله أحوط.

ثم كل ذا إذا كان الواقف منهم، و يشكل لو كان من غيرهم، و ان كان إطلاق العبارة و غيرها يقتضى عدم الفرق، و لكن المصير إليه أحوط، إذا لم يكن ثمة حال، و الا تبع بلا اشكال.

و لو وقف على الشيعة انصرف الى من شائع عليا عليه السلام و قدمه على غيره فى الإمامه، و ان لم يوافق على امامه باقى الأئمه عليهم السلام، فيدخل فيهم الإماميه و الجاروديه من الزيديه و الإسماعيليه غير الملاحده منهم و غيرهم من الفرق الآتية.

و خص الجاروديه من الفرق الزيديه، لأنه لا يقول منهم بإمامته عليه السلام دون غيره من المشايخ سواهم، فان الصالحيه منهم و السليمانيه و البترية يقولون بامامه الشيخين، و ان اختلفوا فى غيرهما.

و انصرف الشيعة إلى هاتين الطائفتين هو المشهور، خلافا للحلى و غيره فيتبع مذهب الواقف، فلو كان من الإماميه انصرف وقفه إليهم خاصه، و كذا لو كان من الجاروديه انصرف إليهم، و هكذا لو كان من سائر الفرق الباقية فينصرف الى أهل مذهبه، عملا بشاهد الحال، و لا ريب فيه مع حصوله، و الا فاللازم

دوران الأمر مدار اللفظ و عمومه.

و لو وقف على الزيديه انصرف الى كل من يقول بامامه زيد ابن على عليه السلام و من خرج من ولد فاطمه عليها الصلاه و السلام عالما زاهدا شجاعا داعيا الى نفسه بالسيف.

و لو وقف على الفطحيه انصرف الى من قال ب امامه الأفتح عبد الله بن جعفر بن محمد عليهما السلام.

و لو وقف على الإسماعيليه انصرف الى كل من قال ب امامه إسماعيل بن جعفر بن محمد عليهما السلام، قيل: و هم فرق.

و لو وقف على الناوسيه انصرف الى من وقف فى عداد الأئمه عليهم السلام على جعفر بن محمد الصادق عليهما السلام، و قالوا: انه حى لن يموت حتى يظهر و يظهر أمره، و هو القائم المهدي.

و لو وقف على الواقفيه انصرف الى كل من وقف بالإمامه على موسى بن جعفر عليهما السلام و ينكر موته و يدعى أنه قائم الأئمه عليهم السلام.

و لو وقف على الكيسانيه انصرف الى كل من قال بامامه محمد ابن الحنفية بعد الحسين عليه السلام و أنه حى غائب فى جبل رضوى.

و لو وصفهم الواقف بنسبه الى عالم، كان لمن دان و قال بمقالته و مذهبه كالحنفيه و الشافعيه و المالكيه و الحنبلية.

و لو نسبهم إلى أب كالأئمه الآتية كان الوقف منصرفا لمن انتسب إليه أى الى ذلك الأب بالأبناء دون البنات على الأشهر الأحوط بل الأظهر، و ذلك ك ما لو وقف على الطائفة العلويه و الهاشميه فينصرف الى من ولده على و هاشم بأبيه، أى من اتصل إليهما بالأب و ان على دون الام.

و يتساوى فيه أى فى ذلك الوقف استحقاقا و قدرا الذكور و الإناث و ان وقع بلفظ الذكور كالأشميمين و العلويين.

و إذا وقف على قومه انصرف الى أهل لغته على الأشهر، و ان اختلفوا فى الإطلاق و التقييد بالذكور منهم خاصة، و هو أحوط بل و أظهر.

و قيل: بالرجوع الى المعلوم من قصده مع إمكانه، و الا فى المعروف من ذلك الإطلاق عند قومه، و لا ريب فيه مع إمكانه، و انما الإشكال مع عدمه.

و قيل: بالرجوع الى الرجال من قبيلته ممن يطلق العرف بأنهم أهله و عشيرته و لا ريب أنه أحوط إذا كان عشيرته من أهل لغته، و لم يكن ثمة شاهد حال ينصرف الوقف الى غيرهم. و يشكل إذا كانوا من غير أهل لغته أو وجد شاهد حال يصرف الى غيرهم مع عدم تعيينهم، و الاولى فيه الرجوع الى الأشهر.

و إذا وقف على عشيرته انصرف الى الخاص من قومه الذين هم الأدنون و القريبون منه فى نسبه على الأشهر الأظهر.

و يرجع فى الجيران إذا وقف عليهم الى العرف لانه المحكم فيما لم يرد به من الشرع بيان، و لكن لم أقف على قائل به عدا الفاضلين، و لا ريب فيه مع معلوميته و شهاده الحال بانصراف الوقف اليه، و لعله لا نزاع فيه، بل هو مختص بصورة فقد الشاهد.

و الأقوى فيه ما قيل: من أنه هو من يلى داره أى دار الوقف إلى أربعين ذراعا بالذراع الشرعى من كل جانب، و فى الغنيه الإجماع عليه.

و قيل: هو من يلى داره إلى أربعين دارا، و هو مع جهاله قائله شاذ مطروح و لكن دل عليه روايات (1) معتبره، لكنها شاذه موافقه لمذهب عائشه.

ص: ٢٤٧

و لو وقف على مصلحة خاصة من مصالح المسلمين، كالمساجد و القناطر و شبهها فبطلت و اندرس رسمها قيل: يصرف في وجوه البر و القائل الشيخ و باقى الجماعه، من غير خلاف بينهم أجده، و فى جملة من العبارات إيماء إلى الإجماع.

و فى وجوب صرفه فى الأقرب الى تلك المصلحة، فيصرف وقف المسجد الى مسجد آخر، و المدرسه إلى مثلها، و جوازه فى مطلق القرب و جهان، أحوطهما:

الأول.

ثم ان أصل الحكم لا- ريب فيه لو كان المذكور بخصوصه من المصلحة الخاصة مما لا- يعلم بانقطاعه غالباً، كما ذكرنا من الأمثله. و لو علم انقطاعها كذلك، ففى انسحاب الحكم فيه أو لحقوقه بالوقف المنقطع الآخر و جهان، و الاحتياط لا ينبغي تركه فى نحو المقام.

و إذا وقف على جماعه و شرط إدخال من يوجد من الموجود منهم صحح و لا كذلك لو شرط إخراج من يريد منهم، أو نقله عنهم الى من سيوجد فلا يصح الوقف بلا خلاف فى الأول، و على الأشهر الأظهر فى الثانى، و ان كان الصحة فى الجملة أحوط.

و لو أطلق الوقف و جرده عن هذا الشرط و أقبض الموقوف من الموقوف عليه أو من فى حكمه لم يصح إدخال غيرهم معهم مطلقاً أو لاداً كانوا أو أجنب على الأشهر الأظهر.

و هل له مع الإطلاق و عدم الشرط ذلك أى الإدخال مع أصغر ولده لو وقف عليهم؟ فيه خلاف بين الأصحاب و الجواز مروى [\(١\)](#) فى أخبار لا يخلو عن قصور فى سنده أو ضعف فى دلالتة، و يمكن حملها على صورته

ص: ٢٤٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٣-٣٠١، ح ٢ و غيره.

عدم الإقباض، و الأشهر الأظهر عدم الجواز مطلقا.

أما النقل عنهم أى عن الموقوف عليهم أولادا كانوا أو أجنب فغير جائز قولاً واحداً.

مسائل فى أحكام الوقف:

إشاره

و أما اللواحق فمسائل:

الأولى: إذا وقف فى سبيل الله، انصرف الى مطلق القرب

الأولى :إذا وقف فى سبيل الله، انصرف الى مطلق القرب، كالحج و الجهاد و العمره و بناء المساجد و القناطر و نفع المحاويع و غير ذلك، على الأظهر الأشهر، و فيه قولان آخران شاذان و لا فرق فيه عند الأكثر بين أن يقتصر على سبيل الله، أو يضم الثواب و سبيل الخير.

و لا تجب قسمه الفائده أثلاثاً، خلافاً للشيخ فى أحد قوليه، و هو أيضاً شاذ.

الثانية: إذا وقف على موالیه دخل فيهم الأعلون و الأذنون

الثانية :إذا وقف على موالیه دخل فيهم الأعلون المعتقون له و الأذنون الذين أعتقهم، و لا ريب فيه مع القرينه الداله على دخولهم أجمع كما لا ريب فى دخول بعضهم بها خاصه دون الآخر، و فى حكمها تفسيره حيث انتفت، فيرجع الى ما يفسره. و انما الإشكال مع عدمهما، كأن وقف على مدلول هذه اللفظه، و الأصح القول بالبطلان، وفاقاً لجماعه.

الثالثه: إذا وقف على أولاده اختص بأولاد صلبه

الثالثه :إذا وقف على أولاده اختص فى المشهور- كما قيل- بأولاد صلبه دون أولاد أولاده، و لا- بأس به حيث يتبادرون هم دونهم، و الا فالعموم لهم مقتضى الأصل اللغوى.

و حيثما دخل أولاد الأولاد بذلك، أو بالتصريح بالوقف عليهم اشترك أولاد البنين و البنات، الذكور منهم و الإناث بالسويه.

و كما يدخل الإناث فى أولاد الواقف، كذا يدخل الخناثى مطلقاً، حصرناهم

فى البنين و البنات أم جعلناهم طبقه ثالثه. و لا- كذلك لو وقف على أولاد البنين خاصه أو البنات كذلك، فلا يدخل أولاد الخناثى.

و لو جمع بينهما كأن وقف على أولاد البنين و البنات، ففى دخول أولادهم قولان.

الرابعه: إذا وقف على الفقراء، انصرف نماء الوقف الى فقراء البلد

الرابعه: إذا وقف على الفقراء، انصرف نماء الوقف الى فقراء البلد أى بلد الواقف و من يحضره منهم خاصه.

و كذا لو وقف على كل قبيله متبده غير منحصره ممن يكون الوقف عليهم وقفاً على الجهه المخصوصه لا- على أشخاصها كالعلويه و الهاشميه و التميميه و نحوهم من الطوائف الغير المنحصره، فمن حضر منهم بلد الوقف صرف النماء إليهم.

و لا- يجب تتبع من لم يحضره منهم بغير خلاف للنص (١)، و ظاهره النهى عن التتبع، و به أفتى بعضهم، لكن قيده بصوره وجود المستحق فى البلد، و هو أحوط، خلافاً للشهيدين فجوازه مطلقاً، كما هو ظاهر المتن و لعله أقوى.

ثم ان ظاهره كالمتمن و كثير وجوب الصرف الى جميع من فى البلد، و هو أحوط، و ان كان فى تعيينه نظر. و لا تجب التسويه فى القسمه على تقديره، بلا خلاف يظهر.

و على المختار فهل يجب استيعاب الثلاثه، أو يجوز الاقتصار على اثنين، أو الواحد أقوال، أجودها الأخير، و ان كان أحوطها الأول حيث لا يحتاط باستيعاب جميع من فى البلد.

الخامسه: لا يجوز إخراج الوقف عن شرطه

الخامسه: لا- يجوز إخراج الوقف عن شرطه الذى شرط فيه مع شرعيته، فتجب مراعاته من ترتيب، أو تشريك، أو تفضيل فى المنافع، أو تسويه فيها.

ص: ٢٥٠

و كذا لا يجوز بيعه و لا هبته، و لا غير ذلك من الأسباب الناقله للعين، بلا خلاف فيه فى الجملة، و بالإجماع عليه كذلك صرح جماعه، فلا شبهه فى ذلك الا أن يقع خلف و نزاع بين أربابه يؤدى الى فساده و خرابه، فيجوز بيعه حينئذ على تردد و اختلاف بين الأصحاب، و لكن الأشهر بل الأظهر الجواز، و ينبغى صرف ثمنه الى وقف آخر يضاهاى وقف المالك، توصلنا الى غرضه أو ما يقرب منه مهما أمكن.

و ربما يستثنى من المنع عن البيع صورتان أخريان:

إحداهما: إذا أحدث بالموقوف عليهم ما يمنع الشرع به عن معونتهم و القربه الى الله تعالى بصلتهم.

و الثانيه: ما لو خرج الموقوف عن الانتفاع به فيما وقف عليه، كجذع منكسر و حصير خلق و نحوهما، فيتولى المتولى الخاص بيعه، أو الحاكم مع عدمه، أو سائر عدول المؤمنين و شراء ما ينتفع به.

و لا بأس باستثناء هذه الصوره حيث لا ينتفع به بوجه من الوجوه، و أما الأولى فالأظهر عدم استثنائها، و يلحقها حينئذ حكم الوقف على مصلحه بطل رسمها، فيصرف فى وجوه البر.

السادسه: إطلاق الوقف يقتضى التسويه بين ذكورهم و إناثهم فى الحصه

السادسه: إطلاق الوقف على نحو الأولاد أو الأخواه أو الأعمام أو الأخوال أو مطلق ذى القرابه يقتضى التسويه بين ذكورهم و إناثهم فى الحصه لا يفضل بعضهم على بعض بالكليه، على الأشهر الأظهر.

فإن فضل الذكور على الإناث، أو بالعكس، أو بعضا منهما على بعض لزم بلا خلاف. و كذا لو قال: على كتاب الله تعالى و سنه نبيه صلى الله عليه و آله فى الميراث كما لو صرح بالعكس.

السابعه: إذا وقف على الفقراء أو نحوه و كان الواقف منهم

السابعه: إذا وقف على الفقراء أو الفقهاء أو العلماء أو نحوهما من ذوى

الأوصاف الذين جعل الوقف لهم من حيث الوصف دون الشخص و كان الواقف منهم أى بصفتهم حال الوقف،أو اتصف بها بعده جاز أن يشركهم فيه مطلقا على الأظهر الأشهر،حتى أن فى الغنيه و غيره الإجماع.

أحكام السكنى و العمرى:

و من اللواحق:مسائل تتعلق ب السكنى و العمرى و الرقبى،و الثلاثه ثابتة بالنص (١)و الإجماع.

و هى تفتقر إلى الإيجاب و القبول و القبض بلا-خلاف،إلا- فى اشتراط القبول فى السكنى المطلقه الغير المقيده بعمر و لا مداه،ف قيل:يمكن القول بعدم اشتراطه فيها،و فى دليله مناقشه،و لا يشترط فيه القربه على الأقوى.نعم يشترط فى حصول الثواب دون الصحه.

و فائدتها التسليط على استيفاء المنفعه تبرعا مع بقاء الملك للمالك بغير خلاف فيه عندنا كما قيل.و نحوهما فى الإفاده لهذه الفائده الرقبى،و لا فرق بينها فى هذه الفائده،و ان اختلف بحسب اختلاف الإضافه.

فإذا قرنت بالإسكان قيل:سكنى،كأن يقول:أسكنتك هذه الدار و لك سكتناها و بالعمر قيل:عمرى،كأن يقول:أعمرتك هذه الأرض عمرك مثلا.و بالمده قيل:

رقبى،كأن يقول:أرقتك هذا المتاع مداه كذا،من الارتقاب و هو الانتظار للأمد أو من رقبه الملك بمعنى إعطاء الرقبه للانتفاع بها.

كل ذا على المشهور كما فى كلام جماعه،فيكون بين العمرى و الرقبى تباين.

و قيل:بترادفهما و الاولى من العمر و الثانيه من الرقوب،كأن كل واحد منهما يرتقب موت صاحبه،و ربما أشعر به العبارة حيث اقتصر بذكر الاولى

ص:٢٥٢

خاصه.

وقيل: في الرقبي أن يقول: جعلت خدمه هذا العبد لك. و الأمر في ذلك سهل، لكونها أمور اصطلاحيه ليس فيها مشاحه.

و تلزم السكنى بعد القبض لو عين المده فلا رجوع فيما دونها و ان مات المالك على الأشهر الأظهر.

و كذا تلزم لو قال له: أسكنتك عمرك و لم تبطل بموت المالك، و انما تبطل بموت الساكن خاصه على الأشهر الأظهر.

و لو قال: أسكنتك عمرى، و اليه الإشاره بقوله: حياه المالك، لم تبطل بموت الساكن، و انتقل ما كان له من الحق إلى ورثته بغير خلاف.

و هذه الاحكام فى العبارة و ان اختصت بالسكنى المختصه بنحو الدار، الا أن مقتضى الأصول عمومها لكل رقبى و عمرى و لو كانت بغير متعلق السكنى متعلقه، كالمتاع و ما أشبهه.

و مورد المتن و النص (١) مختص بجعل الغايه عمر المالك أو المعمر، و يضاف الى ذلك عقب المعمر كما فى الثانى.

و هل يجوز التعليق بعمر غيرهما؟ قال الشهيد: نعم. و يحتمل قويا العدم، و لكن الأول أجود.

و ان أطلق السكنى و لم يعين لها مده معلومه و لا عمرا أصلا، صح السكنى بلا خلاف و تخير المالك فى إخراجها مطلقا أى متى شاء بلا خلاف، للمعتبرين (٢)، و ليس فيهما كالمتمن لزوم الإسكان فى الجملة، كيوم و نحوه مما يسمى إسكانا عرفا و عاده و لا عدمه، و عن الأكثر الثانى.

ص: ٢٥٣

١- ١) و سائل الشيعه ١٣-٣٣١، ب ٨.

٢- ٢) و سائل الشيعه ١٣-٣٢٧، ب ٤.

و أنه من العقود الجائزه، فله الرجوع متى شاء و لو قبل الإسكان بالكلية.

و يمكن أن ينزل عليه المتن و الروايه، و يجعل متعلق الإخراج فيهما هو الإسكان المتعلق به العقد دون الدار، خلافا لجماعه فحكموا بالأول، و هو أحوط و ان كان الثاني لعله أظهر.

و مقتضى القاعده فساد العمرى و الرقبى لو خلتا عن ذكر العمر و المده، كما لو قرنتا بعمر مجهول أو مده مجهوله.

و لو مات المالك و الحال هذه يعنى تكون السكنى غير لازمه كان المسكن ميراثا لورثته أى المالك و بطلت السكنى بالمره، بغير خلاف و لا اشكال. و أولى بالحكمين ما لو كانت السكنى أو العمرى أو الرقبى من أصلها فاسده.

و إطلاق السكنى بأقسامها الثلاثه حيث تتعلق بالمسكن يقتضى أن يسكن الساكن معه من جرت العاده أى عاده الساكن به، كالولد و الزوجه و الخادم و الضيف و الدابه، ان كان فى المسكن موضع معد لمثلها. و كذا وضع ما جرت العاده بوضعه فيها من الأمتعه و الغله بحسب حالها.

و ليس له أن يسكن معه غيره ممن لم يحكم العرف بإسكانه معه، و لا الإجاره و غيرها من التصرفات الناقله و لو للمنفعه خاصه إلا بإذن المالك على الأظهر الأشهر.

و لو باع مالك الأصل المسكن لم تبطل السكنى، ان وقتت بأمد أو عمر بغير خلاف، للصحيح (1)، و صريحه كجماعه و ظاهر المتن و غيره صحه البيع، و لعلها مختار الأكثر، و هو أظهر مطلقا حتى فى الموقتة بالعمر، سواء بيع على المعمر أو غيره، أقتت بعمر المعمر خاصه أو عقبه مطلقا أو بعضه.

ص: ٢٥٤

و حيث صح البيع، فان كان المشتري عالما بالحال، فلا خيار له و وجب عليه الصبر، و الا تخير بين الفسخ و الصبر.

و احترز بالشرطيه فى العبارة عن السكنى المطلقة، فإنها تبطل بالبيع مطلقا الا إذا قلنا بلزومها فى الجملة، فتبطل به إذا كان بعد مضى زمان استيفاء مسمى الإسكان خاصة. و نحوها العمرى و الرقبى حيث لم توقتا بعمر و لا مده و قلنا بالصحة و الا كانتا باطلتين من أصلها.

و يجوز حبس نحو البعير و الفرس فى سبيل الله تعالى لنقل الماء الى المسجد و السقايه و مئونه الحاج و الزائرين و طلاب العلم و المتعبدين و الغلام و الجارية فى خدمه بيوت العباده.

و يلزم كل ذلك ما دامت العين باقيه بغير خلاف.

ثم ان المصنف و كثيرا من الأصحاب قد أهملوا ذكر كثير من أحكام الحبس و ذكر بعضهم أن الظاهر أن مورده مورد الوقف، فيصح فى كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها بالشرائط السابقه على الإنسان مطلقا، و على القرب حيث يمكن الانتفاع بها فيها، كحبس الدابه لما مضى، و الكتب على المتفقهين، و البيت على الساكنين، و غير ذلك.

و أنه لا بد فيه بعد أهليه التصرف من إيجاب و قبول و قصد القربه كما عن جماعه، و القبض كما عن التذكرة.

و أنه ان كان على إنسان، فإن أطلق بطل بموت الحابس اتفاقا، و له الرجوع حينئذ متى شاء كما فى القواعد، و ان عين مده لزمه فيها أجمع، ثم يرد الى المالك. و الظاهر أنه لا خلاف فيه أيضا و ان كانت المده عمر أحدهما فكالمده المعينه كما فى التحرير.

و أما الصدقة: فهي التطوع أى التبرع بتمليك العين من الغير بغير عوض دنيوى، والنصوص (١) فى فضلها متواتره، مضافا الى الآيات (٢) المتكاثرة.

و يشترط فيها بعد أهليه التصرف من المصدق ما يدل على الإيجاب و القبول و لو فعلا على الأقوى، خلافا لجماعه فاشترطوا فيها ما يشترط فى العقود اللازمه و قصد القربه و القبض كالوقف بغير خلاف.

و لا حكم لها من لزوم أو صحه ما لم تقبض بإذن المالك بغير خلاف.

و تلزم بعد القبض و ان لم يعوض عنها على الأشهر الأقوى، و عن الحلئ الإجماع.

و مفروضها محرم على بنى هاشم إلا صدقه أمثالهم فتحل على بعضهم أو مع الضروره، و لا بأس بالمندوبه كما تقدم كل ذلك فى كتاب الزكاه، مع بسط الكلام فيما يتفرع على هذه الاحكام.

و الصدقه سرا أفضل منها جهرا كتابا (٣) و سنه (٤) إلا أن يتهم بترك المواساه فالاجهار أولى، أو يقصد اقتداء الناس به تحريصا على نفع الفقراء.

هذا كله فى المندوب، و أما المفروضه فليظهرها، لعدم تطرق الرياء إليها، و تصريح المعبرين (٥) بذلك أيضا.

ص: ٢٥٦

١- (١) وسائل الشيعه ٦-٢٥٥، ب ١.

٢- (٢) منها قوله تعالى «وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ» سورة البقره: ٢٨٠.

٣- (٣) سورة آل عمران: ١٣٤.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٦-٢٧٥، ب ١٣.

٥- (٥) وسائل الشيعه ٦-٢١٥، ب ٥٤.

و أما الهبه: فهي تملك العين تبرعا مجردا عن قصد القربة أى من دون اشتراط بهما، و الا- لا تنتقض بالهبه المعوض عنها و المتقرب بها الى الله تعالى، فإنها هبه أيضا إجماعا، و لذا صارت أعم من الصدقه، لاشتراطها بالقربة دونها، كما أنها أعم من الهديه، لافتقارها الى قيد دون الهبه.

و هي: أن يحمل من مكان الى مكان الموهوب له إعظاما له، و لهذا يطلق لفظها على العقارات الممنوع نقلها، و يعبر عنها تارة بها و أخرى بالنحله و العطيّه.

و يطلق كل منهما على مطلق الإعطاء المتبرع به، فيشملان الوقف و الصدقه و الهبه و السكنى، فهما أعم منها.

و لا- بد فيها بعد أهليه التصرف فى الواهب و قابليه الملك فى الموهوب له من الإيجاب الدال على تملك العين و لو من غير عوض، كوهبتك، و ملكتك، و أعطيتك، و نحلتك، و أهديت إليك، و هذا لك مع نيتها، و نحو ذلك.

و القبول الدال على الرضا، كقبلت و رضيت، بغير خلاف و لا اشكال، ان أريد مطلق ما يدل عليهما و لو فعلا، و يشكل إذا أريد لفظا، الا أن ظاهر الأصحاب الاتفاق على اعتبار العقد القولى، كما فى ظاهر الكفايه و صريح المسالك، و فيه:

فعلى هذا ما يقع بين الناس على وجه الهديه من غير لفظ يدل على إيجابها و قبولها لا يفيد الملك، بل مجرد الإباحه، حتى لو كان جاريه لم يحل له الاستمتاع بها، لأن الإباحه لا تدخل فى الاستمتاع انتهى.

و حينئذ لا إشكال فى اعتبار اللفظ و سائر ما وقع عليه الاتفاق أو يحكى عليه، من العرييه و الفوريه دون الماضويه، فإنه لا يشترط فيه هنا قولاً واحداً، كما حكاه

بعض أصحابنا، و دون الهبه لعدم الاتفاق على ذلك، فقد احتمل في الدروس (1) وفاقا لظاهر التذكرة و صريح التحرير عدم اعتبار اللفظ فيها، و هو حسن.

و لا بد فيها من القبض و هو شرط في صحتها لا لزومها، على الأشهر الأقوى، و نقل الإجماع عليه مستفيضا، خلافا للمحكي عن ظاهر جماعه من القدماء.

و تظهر الثمره في النماء المتخلل بين العقد و القبض، فإنه للواهب على المختار، و للموهوب له على غيره. و فيما لو مات قبل الإقباض، فإنها تبطل على الأول، و يتخير الوارث بين الإقباض و عدمه على الثاني. و فطره المملوك الموهوب قبل الهلال الغير المقبوض لا بعده، فإنها على الواهب على الأول، و على الموهوب له على الثاني. و نفقه الحيوان في المده المتخلله.

و يشترط اذن الواهب في القبض فلا يصح لو قبض بدونه. هذا إذا لم يكن مقبوضا بيده من قبل، فلو وهبه ما بيده لم يفتقر الى قبض جديد و لا اذن منه و لا مضى زمان يمكنه قبضه، على الأشهر الأظهر، بل كاد أن يكون إجماعا ممن تأخر. و لا يشترط كونه بنيه الهبه، نعم ينبغي عدم التصريح بكون القبض لغير الهبه، كما قيده به بعضهم.

و لو وهب الأب أو الجد له للولد الصغير الذي توليا عليه ما هو ملكهما و مقبوضهما قبل الهبه لزم بغير خلاف لانه مقبوض بيد الولي فيغنى عن القبض الجديد، كما مر في الوقف، و يكفي مطلق القبض السابق و لو خلى حين العقد و بعده عن نيته عن المتهب، على الأشهر الأظهر. نعم ينبغي عدم القصد لغيره.

و لو وهب ما ليس بيدهما، كالمال الذي ورثاه و لم يقبضاه، أو اشترياه كذلك،

ص: ٢٥٨

(١ - ١) الدروس ص ٢٣٨.

أو آجراه للغير، افتقر الى القبض عنه بغير خلاف. أما الوديعه فلا تخرج بها عن قبض المالك. و في العاربه وجهان.

و احترز ب«الصغير» عن الولد الكبير، فإنه يشترط فيه الإقباض ذكرا أو أنثى، بلا خلاف الا من شاذ في الأنثى.

و إذا وهب غير الولي للطفل، فلا- بد من القبض، و يتولاه الولي أو الحاكم على الترتيب. و في الوصى تردد، و لعل الأظهر أن له الولايه أيضا.

و هبه المشاع مطلقا جائزه كالمقسوم عندنا، و قبضه كقبض البيع، فيخلى بينه و بين الموهوب إذا كان غير منقول، و ينقله الى الموهوب له إذا كان منقولا، و في الأول لا- يحتاج إلى اذن الشريك حيث يكون، بخلاف الثاني فيتوقف تسليم الكل حيث لا يكون باقى الحصه للواهب على اذنه، فان رضى و الا لم يجز للمتهب إثبات اليد عليه، بل يوكل الشريك فى القبض ان أمكن.

و ان تعاسرا رفع أمره الى الحاكم لينصب أمينا لقبض الجميع، نصيب الهبه لها و الباقي أمانه للشريك حتى يتم عقد الهبه على الأقوى. خلافا للمختلف فاكتفى هنا فى القبض بالتخليه و لو فى المنقول، و له مع فقد الحاكم المجبر وجه، دفعا للعسر و الضرر.

ثم لو قبض فى محل النهى بإذن الواهب، صح على الأصح.

و لا يرجع فى الهبه لأحد الوالدين و ان على بعد القبض و كذا غيرهما من ذوى الرحم على الخلاف فيهم بين الأصحاب، الا أن الأظهر إلحاقهم بالأبوين، و فى الغنيه الإجماع على هذا الإطلاق، و فى كلام جماعه على الأولاد مطلقا، كما فى كلام بعض بل جمع. و مقيدا بالصغير كما فى كلام آخر.

و المراد بالرحم فى هذا الباب و غيره، كالرحم الذى يجب صلته و يحرم قطعه، مطلق القريب المعروف بالنسب و ان بعدت لحمته و جاز نكاحه.

و لو وهب أحد الزوجين الأجنبيين الآخر شيئا و أقبضه منه ففى جواز الرجوع له فيه تردد و اختلاف بين الأصحاب، إلا أن أشبهه:

الجواز مع الكراهيه الشديده، وفاقا لجماعه، و عليه الإجماع فى الغنيه.

و يجوز أن يرجع فى هبه الأجنبى ما دامت العين الموهوبه باقيه و لم يتصرف فيها بشىء بالكلية ما لم يعوض عنها أو يقصد بها التقرب الى الله تعالى إجماعا فيه، و فى لزوم الهبه التالفه و المعوض عنها، و المتقرب بها الى الله تعالى بعد القبض و ان لم يتصرف فيها.

و لا فرق فى اللزوم فى التالفه بين كون التلف من المتهب أو من الله سبحانه و لا بين كون التلف تمام الهبه أو بعضها، إذا صدق على الهبه مع تلفه أنها غير قائمه بعينها لا ما لا يصدق معه ذلك عليها، كسقوط ظفر أو نحوه من العبد الموهوب مثلا.

و لا فى المعوضه بين كون العوض مشروطا فى العقد أو واقعا بعده اتفاقا لا شرطا، لكنهم كما قيل: صرحوا بعدم حصول التعويض بمجرد البذل، بل لا بد من قبول الواهب له و كون البذل عوضا عن الموهوب. و لا بين كونه قليلا و كثيرا، و فى المسالك من بعض الموهوب أو غيره. و فيه نظر، فان كان ما ذكره إجماعا، و الا فإن للمناقشه فيه مجالا.

و فى جواز الرجوع للواهب فى هبته للأجنبى بعد القبض مع التصرف فيها فى غير الصور الثلاث المستثناه قولان، أشبههما: الجواز مطلقا، و فى الغنيه الإجماع، و لكن الأحوط العدم مطلقا.

(كتاب السبق و الرمايه) السبق: و هو بسكون الباء المصدر، و المسابقه هي: إجراء الخيل و شبهها في حلبه (١) السباق، ليعلم الأجود منها و إلا فرس من الرجال و المتسابقين. و بتحريك الباء العوض المجعول رهنا، و يسمى الخطر و الندب.

و الرمايه و هي: المناضله بالسهم ليعرف حذق الرامى و معرفته بمواقع الرمى.

و مستند شرعيه هما بعد قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله المروى (٢) من طرق العامه و الخاصه بأسانيد معتبره تضمنت الصحيح و غيره لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر الكتاب (٣) و إجماع الأمة، و السنه بهما-زياده على ما مر-مستفيضه.

و فائدتهما: بعث النفس على الاستعداد للقتال و الهدايه لممارسه النضال.

و يدخل تحت النصل، السهام و الحراب جمع حربه، و هي الإله و السيف و لا يدخل فيه الدبوس و العصا و المرافق إذا جعل في رأسها حديده

ص: ٢٤٣

١-١) الحلبه: الدفعه من الخيل في الرهان خاصه، الخيل تجمع للسباق.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٣-٣٤٨، ب ٣، سنن ابن ماجه ٢-٩٦٠ الرقم ٢٨٧٨.

٣-٣) قوله تعالى «وَ أَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَ مِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ» سورة الأنفال: ٦٠.

على اشكال.

و يدخل تحت الخف الإبل قطعاً، و الفيله على اشكال فيها، و الأحوط ترك المسابقه عليها.

و يدخل تحت الحافر الخيل قطعاً و البغال و الحمير على اشكال فيهما، و الترك أولى.

و لا- تصح المسابقه فى غيرها أى غير الثلاثه المزبوره، بل يحرم مع العوض بإجماعنا، و كذا بدونه على الأشهر الأقوى. و ظاهر جماعه بل صريح بعضهم كونه إجماعاً.

و يفتقر انعقادها الى صدورها من كاملين بالبلوغ و العقل الخاليتين من الحجر حيث تتضمن العوض و إيجاب و قبول قطعاً فى الأول، و على الأقوى فى الثانى.

و فى لزومها تردد و اختلاف بين الأصحاب، الا أن أشبهه: اللزوم ان أريد به لزوم بذل العوض بعد حصول السبق خاصه. و ان أريد به لزومها من أول الأمر بمعنى وجوب العمل ثم بذل العوض ان حصل السبق و عدم جواز الفسخ قبل التلبس بالعمل و لا بعده، فالجواز أشبه.

و يصح أن يكون السبق بفتح العين عينا أو دينا حالاً و مؤجلاً.

و لو بذل السبق غير المتسابقين جاز مطلقاً اماما كان أو غيره.

و كذا لو بذله أحدهما بأن قال لصاحبه: ان سبقت فلك عشره، و ان سبقت أنا فلا شىء لى عليك أو بذل من بيت المال جاز.

و لا يشترط المحلل عندنا و هو الذى يدخل بين المتراهنين بالشرط فى عقده، فيسابق معهما من غير عوض يبذله ليعتبر السابق منهما. ثم ان سبق أخذ العوض و ان سبق لم يغرم، و هو بينهما كالأمين، و حيث شرط لزوم، فيجربى دابته بينهما أو

ص: ٢٦٤

الى أحد الجانبين مع الإطلاق، و الى ما شرط مع التعيين.

و يجوز جعل السبق للسابق منهما، أو للمحلل ان سبق لا- لأ-جنبي، و لا- للمسبق منهما و من المحلل، و لا جعل القسط الأوفر للمتأخر أو المصلى و الأقل للسابق.

و تفتقر المسابقه عند الأصحاب إلى شروط ذكر المصنف منها جمله و أنهاها الفاضل الى اثنا عشر فى التذكرة.

منها تقدير المسافه التى يستبقان فيها، و تعيينها ابتداء و انتهاء.

و تعيين الخطر بالخاء المعجمه و الطاء المهمله المفتوحين، ان شرطاه أو مطلقا على القول باشتراطه فى صحه العقد، كما هو ظاهر بعضهم، و عن التذكرة انه ليس بشرط، و لا يخلو عن قوه.

و تعيين ما يسابق عليه من فرس و بعير بالمشاهده، فلا يكفى الإطلاق و لا التعيين بالوصف.

و تساوى ما به السباق فى احتمال السبق بمعنى احتمال كون كل واحد يسبق صاحبه، فلو علم قصور أحدهما بطل.

و منها: ما مر من جعل السبق لأحدهما أو المحلل لا غير، فلو جعل له بطل.

و منها: تساوى الدابتين فى الجنس، فلا تجوز المسابقه بين الخيل و الإبل.

و منها: إرسالهما دفعه، فلو أرسل أحدهما دابته قبل الآخر ليعلم هل يدركه أم لا لم يصح.

و منها: أن يستبقا عليه بالركوب، فلو شرط إرسالهما ليجريا بنفسهما لم يجز.

و منها: أن يجعل المسافه بحيث يحتمل الفرسان قطعها و لا ينقطعان دونها.

و منها: أن يكون ما ورد عليه عدّه للقتال (١)، فلا يجوز السبق و الرمی فی النساء.

و منها: العقد المشتمل علی أركانہ.

و منها: عدم تضمينه شرطاً فاسداً.

هذه جمله ما عن التذکره، و اعتبارها جمع أحوط، و ان كان الحجه فی بعضها غير واضحہ.

و فی اشتراط التساوی فی الموقف تردد و لكن عدم أشهر و أظهر.

و يتحقق السبق بالسكون بتقدم الهادی أی العنق، علی الأظهر الأشهر. و ظاهر المتن اعتبار السبق بجميع العنق، و قيل: بكفايه بعضه. و هو حسن حيث يساعده العرف.

ثم ان اتفاقاً فی طول العنق و قصره أو سبق الأتصر عنقا ببعضه، و الا اعتبر سبق الطويل بأكثر من قدر الزائد. و لو سبق بأقل من قدره، فالقصير هو السابق.

و تفتقر المراماه إلى شروط سته:

منها تقدير الرشق و هو بكسر الراء عدد الرمی الذي ينفقان عليه كعشرين، و بالفتح مصدر بمعنی الرمی.

و منها تعيين عدد الإصابه كخمس من عشره.

و منها تعيين صفتها من المارق و الجاسق و الخارق و الخاصر و الخارم و الحابی و القارع، ألی غير ذلك من الأوصاف الكثيره، حتى أنها ذكر لها بحسب أوصافها تسعه عشر اسماً فی كتاب فقه اللغه (٢). و اشتراط الشرطين الأولين مشهور و تأمل فيهما و فی هذا و بعض ما يأتي بعض، و له وجه.

ص: ٢٦٦

(١-١) فی «خ» النضال.

(٢-٢) فقه اللغه ص ٢٠٢ و ٢١٠.

و عن التذكرة أنه لا يشترط الاعلام بصفه الإصابه،و أنه إذا أطلق حمل على مجردها،لأنه المتعارف،و المطلق معنى فيحمل عليه المطلق لفظا.نعم ان شرطا نوعا معينا تعين،و هو حسن.

و منها تشخيص قدر المسافه التى يرميان فيها،و هى ما بين موقف الرامى و الهدف،أو ما فى معناه،أو بالمشاهده،أو المساحه كمائه أذرع.

و منها تعيين الغرض و هو ما يقصد اصابتة من قرطاس أو جلد أو غيرهما.و يشترط العلم بموضعه من الهدف،و هو ما يجعل فيه الغرض من تراب أو غيره.

و منها تعيين قدر السبق أى العوض المبذول للسابق.

و فى اشتراط المبادره و هى اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابه عدد معين من مقدار رشق معين مع تساويهما فى الرشق،كخمسه من عشرين و المحاطه و هى اشتراط استحقاقه لمن خلص له من الإصابه عدد معلوم،بعد مقابله إصابات أحدهما باصابات الأخر،فطرح ما اشتركا فيه تردد و اختلاف و لا-ريب فى الاشتراط مع انتفاء القرينه من العرف و العاده على تعيين أحدهما و لعله فرض المسأله.و أما معها فالأجود العدم عملا بالقرينه،فإنها فى حكم التعيين.

و على القول بعدم الاشتراط،ففى حمل المطلق على المحاطه أو المبادره قولان،و الأول أشهر،و الأقوى الرجوع الى عاده المتناضلين،فان كانت تبعت و الا بطل العقد من أصله.

و لا يشترط تعيين السهم و لا القوس أى شخصهما على المشهور،دون النوع كالقوس العربى،فيشترط تعيينه.

و عن جماعه أنه لا- يشترط تعيين السهم،بخلاف القوس و أنه لو لم يعين نوعهما انصرف الى الأغلب فى العاده،و لا يخلو عن قوه،لجريانها مجرى التقييد اللفظى

فإن اضطربت وجب التعيين، فإن لم يتعين فسد العقد.

و تجوز المناضله على الإصابه للغرض مع الشرائط المتقدمه و كذا يجوز معها على التباعد بأن يرميا من موضع معين الى آخر كذلك، و يشترط أن من بعد سهمه عن الأخر فله السبق.

و لو فضل أحدهما على الأخر فى عدد الإصابه فقال: اطرح الفضل بكذا و كذا درهما مثلا لم تصح، لانه مناف للغرض من النضال و لا خلاف فيه كما قيل، و فيه وجه بالصحه لا يخلو عن قوه، ان لم ينعقد الإجماع على خلافه.

ص: ٢٤٨

كتاب الوصايا

اشاره

ص: ٢٦٩

(كتاب الوصايا) و هي جمع وصيه. و النصوص في فضلها مستفيضه، في جمله منها: انها حق على كل مسلم (١). و منها: لا ينبغي لامرئ مسلم أن يبيت ليله الا و وصيته تحت رأسه (٢) و منها: من مات بغير وصيه مات ميتة جاهليه (٣).

و حمل ما ظاهره الوجوب منها على تأكيد الفضيله أو الوصيه بالأمر الواجب كالحج و الخمس و الزكاه المفروضه.

و هو أي الكتاب يستدعى فصولاً:

ما يعتبر في الوصيه:

الأول: الوصيه لغه: الوصله، سميت بها لما فيها من وصله التصرف في حال الحياه به بعد الوفاه.

و شرعاً: تملك عين أو منفعه فالتملك بمنزله الجنس يشمل سائر

ص: ٢٧١

١-١) وسائل الشيعه ١٣-٣٥٢ ح ٢ و ٤ و ٦.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٣-٣٥٢ ح ٧.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٣-٣٥٢ ح ٨.

التصرفات المملكه من البيع و الوقف و الهبه.

و فى ذكر العين و المنفعه تنبيه على متعلق الوصيه، و يندرج فى العين الموجود منها بالفعل كالشجره، و بالقوه كالثمره المتجدده. و فى المنفعه المؤبده منها و الموقته و المطلقه.

و اقتصر على ما فى عباره جماعه، و لما كان منتقضا فى عكسه بالوصيه عليهم زاد الماتن هنا و الشهيد فى اللمعه (1):

أو تسليط على تصرف بعد الوفاء و بالقييد تخرج الهبه و غيرها من التصرفات المنجزه فى حال الحياه المتعلقه بالعين أو المنفعه و الوكاله، لأنها تسليط على التصرف فى الحياه.

و ربما يزيد فيه غير ذلك مما لا يحتاج اليه، بل و لا الى ما ذكره، و الأمر سهل.

و تفتقر الوصيه إلى الإيجاب إجماعا و القبول مطلقا، و لو فى الوصيه فى جهه عامه أو لغير معين، خلافا لجماعه فيهما، و الأول أقوى ان لم يكن الإجماع على خلافه منعقدا كما فى الروضه.

و يتولاه ان شرطناه الناظر فى تلك المصلحه أو حاكم الشريعه.

و ليست المقارنه بينهما بشرط هنا إجماعا، بل فى صحه القبول قبل الموت مطلقا قولان، أشهرهما و أظهرهما: العدم. و لا يشترط فيها شىء آخر غيرهما حتى القبض على الأقوى.

و إيجابها كل لفظ دل على المعنى المطلوب منها، كأوصيت لفلان بكذا، أو افعلوا بعد وفاتي كذا و نحوهما. و القبول الرضا بما دل عليه الإيجاب و لو فعلا

ص: ٢٧٢

كالأخذ و التصرف.

و تكفى فى الإيجاب الإشاره و كذا الكتابه الداله على المقصود مع تعذر اللفظ بخرس أو اعتقال لسان إجماعا.

و لا- تكفى الكتابه و كذا الإشاره ما لم تنضم إليهما القرينه الحاليه الداله على الإراده إجماعا. و ظاهر العبارة كفايتها مع القرينه مطلقا و لو لم يكن حال ضروره، و احتمله فى التذكرة، و لا يخلو عن قوه حيث تكون القرينه قطعيه.

و لا يجب العمل بما يوجد بخط الميت و ان علم أنه خطه مع التجرد عن القرينه الداله على وصيته بما فيه مطلقا و ان عمل ببعضه الورثه على الأشهر الأظهر.

و قيل: كما عن النهايه (١) انه ان عمل الورثه ببعضها لزمهم العمل بجميعها، و هو ضعيف لما فى النص (٢) الدال عليه من القصور متنا و دلالة و ان صح سندا.

و لا تصح الوصيه فى معصيه كمساعده الظالم فى ظلمه و كذا وصيه المسلم للبيع و الكنائس بلا خلاف.

و فى صحه وصيه الكافر لهما و جهان، ظاهر المصنف هنا نعم، و فى الشرائع (٣) العدم و هو الأظهر، لكن قيل: يقرون عليهما لو ترافعا إلينا اجراءهم على أحكامهم و هو معنى الصحه ظاهرا، و ان كان فى نفسه باطلا.

ص: ٢٧٣

١-١) النهايه ص ٦٢٢.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٣-٤٣٧، ح ٢، ب ٤٨.

٣-٣) شرائع الإسلام ٢-٢٤٤.

ما يعتبر في الموصى:

الثانى: فى الموصى، و يعتبر فيه كمال العقل فلا تصح من المجنون و لو كان أدواريا إذا كانت حال جنونه إجماعا، و تصح من السفية مطلقا و لو فى غير وجوه البر على الأقوى.

و الحريه فلا- تصح وصيه المملوك مطلقا، الا المكاتب إذا أدى من مكاتبته شيئا، فتصح فيها بقدر ما أدى. ثم ان المنع إذا مات على العبوديه، و أما لو عتق و ملك ففي صحه وصيته حال الرقيه و جهان، أجودهما: العدم استصحابا له.

و فى صحه وصيه من بلغ بحسب السن عشرا و كان مميزا صارفا لها فى البر و المعروف، كبناء المساجد و القناطر و صدقه ذوى الأرحام تردد و اختلاف و لكن المروى (1) فى المعتبره المستفيضه الجواز و هى مع ذلك مشهوره، حتى أن عليه الإجماع فى الغنيه، و الحلّى المخالف شاذ فلا مسرح عنه و لا مندوحه.

و يشترط فيه زياده على التمييز وضع الوصيه فى محلها، كما يفعله العقلاء.

و لو جرح الموصى نفسه بما فيه هلاكها عمدا ثم أوصى لم تقبل وصيته على الأظهر الأشهر.

و لو أوصى ثم جرح نفسه قبلت وصيته مطلقا و لو عمدا بلا خلاف.

و فى حكمه ما لو أوصى ثم جن أو صار سفيا ان منعنا وصيته فتقبل.

و للموصى الرجوع فى الوصيه متى شاء فى مرض أو صحه بغير خلاف.

و يتحقق تاره بالقول، كرجعت، أو نقضت، أو أبطلت، أو فسخت، أو هذا لوارثي، أو ميراثي، أو حرام على الموصى له، أو لا تفعلوا كذا، أو نحو ذلك

ص: ٢٧٤

و أخرى بالفعل، كبيع العين الموصى بها و ان لم يقبضها، أو رهنها مع الإقباض قطعا و بدونه على قول، أو هبتها كذلك، أو الوصيه بها لغير من أوصى له أولا أو فعل ما يبطل الاسم.

و يدل على الرجوع مثل طحن الطعام، و عجن الدقيق، و غزل القطن، و نسج مغزوله، أو خلطه بالأجود، أو مطلقا على الخلاف بحيث لا يتميز.

قيل: و الأقوى أن مجرد العرض على البيع و التوكيل فيه و إيجابه و إيجاب العقود الجائزه، كاف في الفسخ لدلالته عليه، لا تزويج العبد و الأمه، و إجاتهما و ختانهما، و تعليمهما، و وطئ الأمه بدون إحبالها. و هو حسن.

و لو حصل منه ما يشك في الرجوع، فالأصل عدمه.

و الحكم بالرجوع فيما مر مشروط بكون العين متعلق الوصيه دون الكلى، فلو أوصى به ثم تصرف في أفراده، لم يكن ذلك رجوعا الا مع القرينه.

ما يعتبر في الموصى له:

الثالث: في الموصى له، و يشترط وجوده عند الوصيه فلا تصح للمعدوم، و لا لمن ظن بقاؤه أو وجوده وقت الوصيه فبان ميتا في تلك الحاله أو غير موجود.

و تصح الوصيه للوارث عندنا كما تصح للأجنبي إجماعا.

و تصح للحمل بشرط وقوعه حيا و العلم بوجوده حال الوصيه.

و يتحقق بوضعه لدون سته أشهر منذ حين الوصيه، أو لأقصى مده الحمل فما دون إذا لم يكن هناك زوج و لا مولى. و يتفرع على الشرط الأول بطلانها لو وضع ميتا، و لو مات بعد انفصاله حيا كانت لوارثه.

و في اعتبار قبوله هنا وجه قوى، و ان لم نعتبره من ولى الحمل، مع أن

الأقوى اعتبار قبوله وفاقا للحلى.

ثم ان اتحد فهى له، و ان تعدد قسم الموصى به على العدد، و ان اختلفوا بالذكوره و الأنوثة، و لا فرق بين أن تلدهما معا فى المده المشترطه، للعلم بوجودهما حال الوصيه، أو على التعاقب بأن تلد الأول فى أقل من سته أشهر من حين الوصيه و الثانى فى أقل منهما من حين الولاده، كما صرح به فى التذكرة، قال: و ان زاد ما بين الثانى و الوصيه على سته أشهر و كانت المرأه فراشا، لأنهما حمل واحد إجماعا.

و تصح للذمى الملتزم بالشرائط مطلقا و لو كان من الموصى أجنبيا على الأقوى.

و فيه أقوال أخر أنهاها بعضهم إلى سبعة، و لا دليل على شىء منها سوى القول بالمنع مطلقا.

و لا تصح للحربى على الأظهر الأشهر و لا لمملوك غير الموصى مطلقا و لو كان مدبرا أو أم ولد أو مكاتبا مشروطا أو مطلقا و لم يؤد شيئا على الأقوى.

نعم لو أوصى لمكاتب الغير و قد تحرر بعضه مضت الوصيه و صحت فى قدر نصيبه من الحريه و كذا لو كان بعضه محررا من غير جهه الكتابه.

و تصح لعبد الموصى و مدبره و مكاتبه مطلقا و أم ولده بلا خلاف.

و يعتبر ما يوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث، فان كان بقدر قيمته أعتق و كان الموصى به للورثه حيث يكون معيناً و ان زاد أعطى العبد الزائد كائنا ما كان و ان نقص عن قيمته و لم تبلغ ضعفه عتق منه بحسابه و سعى فى الباقي بغير خلاف، و كذا إذا بلغت ضعفه على الأشهر الأظهر، و فى

وقيل: إن كانت قيمته ضعف الوصيه بطلت للنص (٢) وفي المستند ضعف دلالة بل و سندا أيضا. ولا فرق في ذلك بين صورتى الوصيه له بالثلث المشاع أو المعين.

ولو أعتقه عند موته و ليس له غيره و عليه دين، فإن كان قيمته بقدر الدين مرتين صح العتق فيما يخصه من الثلث بعد الدين، و استسعى فى الخمسه الأساس الباقية، ثلاثه منها للديان و الباقى للورثه، بلا- خلاف و الا- بطل وفاقا لجماعه. وقيل: تصح هنا كالأول.

و فيه أى فى المقام وجه آخر بنفوذ العتق من الأصل و سقوط الدين من رأس للحلى، و هو ضعيف.

و هل الحكم بذلك مختص بالمنجز، كما فى ظاهر العبارة و صريح الشرائع (٣) أو يعمه و الوصيه، كما هو ظاهر الجماعه القائلين بما فى العبارة؟ قولان، و الثانى لا يخلو عن قوه.

و لو أوصى لأم و لده صح بلا خلاف و هل تعتق من الوصيه؟ كما عليه جماعه أو من نصيب الولد؟ كما عليه آخرون قولان مشهوران، أقواهما الأول. و فيه قول آخر بالتخيير بين الأمرين ضعيف. فإن أعتقت من نصيب الولد كان لها الوصيه.

و فى روايه (٤) صحيحه أنها تعتق من الثلث و لها الوصيه و هى مخالفه للأصول و الإجماع، فحمل تاره على صورته عتقها فى المرض قبل الموت

ص: ٢٧٧

١-١ (١) الخلاف ٢-٣١٢.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعه ١٣-٤٦٧، ح ٢.

٣-٣ (٣) شرائع الإسلام ٢-٢٥٣.

٤-٤ (٤) وسائل الشيعه ١٣-٤٦٩، ب ٨٢.

ثم الوصيه لها بعده، و هو بعيد. و أخرى على أن المراد من الثلث العتق من الوصيه و تعطى ما فضل منها، و هو قريب.

و إطلاق الوصيه لجماعه يقتضى التسويه بينهم فى الحصه، و ان اختلفوا ذكره و أنوثه و كانوا أجنب أو ورثه، بغير خلاف و لا إشكال إلا فى الوصيه لأخواله و أعمامه فإن فيها روايه (١) بالفضل للأعمام الثلثان و للأخوال الثلث كالميراث ذهب إليها الشيخ و القاضى.

و الأشبه التسويه فيهم أيضا، و فاقا للحلى و عامه المتأخرين، و الروايه شاذه مهجوره، كما صرح به المصنف فى الشرائع (٢).

كل ذا ما لم ينص الموصى على التفضيل و أما معه فيتبع كيف كان بلا خلاف، و ان كان المفضل أنثى أو خالا و قلنا بمفضوليته مع العم.

و إذا أوصى لقرابته و أطلق فهم المعروفون بنسبه مطلقا على الأشهر الأقوى.

و قيل: كما فى الغنيه و عن المفيد و النهايه (٣) انه لمن يتقرب اليه بآخر أب و أم له فى الإسلام بمعنى الارتقاء بالقرابه من الأدنى الى ما قبله، و هكذا الى أبعد جد و جده له فى الإسلام و فروعهما، و يحكم للجميع بالقرابه.

و لا يرتقى بآباء الشرك و ان عرفوا بقرابته، و فيه أقوال آخر كلها ضعيفه.

ثم على أى معنى حمل، يعم الذكر و الأنثى و الفقير و الغنى و القريب و البعيد. و لا- فرق بين قوله: أوصيت لأقاربي و قرابتي و ذوى رحمتي، لا شراك الجميع فى المعنى، و ينصرف الوصيه إلى الموجود منهم مطلقا اتحد أو تعدد، ذكروا فى الوصيه بصيغه الجمع أو المفرد.

ص: ٢٧٨

١-١ (١) وسائل الشيعه ١٣-٤٥٤، ب ٦٢.

٢-٢ (٢) شرائع الإسلام ٢-٢٥٤.

٣-٣ (٣) النهايه ص ٦١٤.

و لو أوصى لأهل بيته دخل فيهم الإباء و ان علو و الأولاد و ان نزلوا، و فسرهم في التذكرة بالقرايه، فيدخل فيهم الأعمام و الأخواال و فروعهما أيضا، و لا يخلو عن قوه حيث لا يمكن الرجوع الى عرف بلد الموصى، و مع الإمكان فيتبع و لو كان أخص مما في المتن.

و أما القول في الوصيه ل العشيره و الجيران و السبيل و البر و الفقراء ف كما مر في الوقف عليهم.

و إذا مات الموصى له قبل الموصى انتقل ما كان للموصى له من الوصيه إلى ورثته دون ورثه الموصى ما لم يرجع الموصى عنها على الأشهر الأقوى، و كذا إذا مات بعده و قبل القبول على الأشهر الأقوى. و ظاهر التذكرة كون الحكم هنا إجماعا، و أن الخلاف مختص بالصوره الأولى.

كل ذا إذا خلف الموصى له وارثا خاصا و لو لم يخلف وارثا كذلك رجعت الوصيه إلى ورثه الموصى وفاقا للمعظم، خلافا للحلى فألحق به الامام عليه السلام، و هو نادر.

و إذا قال: أعطوا فلانا كذا و لم يعين عليه مصرفا دفع اليه يصنع به ما شاء و لا كذلك لو عين عليه المصرف فإنه يتعين عليه.

و تستحب الوصيه لذوى القرايه مطلقا وارثا كان أو غيره و تتأكد في الثاني، فقد ورد: ان من لم يوص لذوى القرايه ممن لا يرثه، فقد ختم عمله بمعصيته (١).

ما يعتبر في الأوصياء:

الرابع: في الأوصياء، و يعتبر في الوصى التكليف بالبلوغ و العقل

ص: ٢٧٩

فلا تصح إلى صبي بحيث يتصرف حال صباه مطلقا و لو كان الى البالغ منضمًا، و لا الى مجنون كذلك.

و الإسلام فلا تصح الى كافر و ان كان رحما، الا أن يوصى اليه مثله كما يأتي.

و في اعتبار العدالة فيه تردد و اختلاف، الا أن أشبهه عند المصنف هنا و في غيره وفاقا للحلى أنها لا تعتبر خلافا للأكثر، حتى أن عليه الإجماع في الغنيه، و لا يخلو عن قوه.

و هذا الشرط انما يعتبر ليحصل الوثوق بفعل الموصى به و يقبل خبره به، لا في صحه الفعل (١) في نفسه، فلو أوصى الى من ظاهره العدالة و هو فاسق في نفسه ففعل مقتضى الوصيه، فالظاهر نفوذ فعله و خروجه عن العهد، و يمكن أن يكون ظاهر الفسق كذلك لو أوصى اليه فيما بينه و بينه و فعل مقتضاها، بل لو أوصى اليه ظاهرا أو فعله كذلك، لم يبعد الصحه و ان حكم ظاهرا بعدم وقوعه و ضمانه ما ادعى فعله.

و تظهر الفائدة لو فعل مقتضى الوصيه باطلاع عدلين أو حاكم الشريعه، نبه بذلك في التذكرة و الروضه (٢).

أما لو أوصى الى عدل ففسق، بطلت وصيته إجماعا، الا من الحلى كما قيل، و لا ريب فيه على المختار من اشتراط العدالة، و كذا على غيره ان ظهر كون الباعث على نصبه عدالته، و الا فإشكال.

و لا فرق في البطلان على القول به بين فسقه بعد وفاه الموصى أو في حياته، علم أو جهل به، كما يقتضيه إطلاق العبارة، و ربما يستشكل فيه في الثاني مع العلم

ص: ٢٨٠

١- ١) في «خ»: القول.

٢- ٢) الروضه البهيه في شرح اللمعه ٥-٧١.

بفسقه و عدم عزله، و هو على القول بعدم اشتراط العدالة ابتداء فى محله.

و هل تبطل الوصيه بطرو الفسق و من حينه أم يتوقف علم حكم الحاكم و عزله؟ وجهان.

و تظهر الفائده فى تصرفه قبل أن يعزله، فينفذ على الثانى دون الأول، و هو الوجه حيث يظهر أن الباعث للوصيه إليه هو العدالة.

و هل تعود الوصيه بعوده عدلا؟ الأشهر كما قيل و الأقوى لا.

و يعتبر فيه الحريه أيضا ف لا- يوصى الى المملوك إلا- بإذن المولى فيصح عندنا و ليس للمولى الرجوع فى الاذن بعد موت الموصى، و يصح قبله، كما إذا قبل الحر نفسه.

و لا- فرق فى محل المنع بين كون العبد قنا أو مدبرا أو مكاتبا أو مبعضا للموصى أو غيره عند جماعه، خلافا لآخرين فجوزوا الوصيه الى من عدا القن مطلقا، كما يظهر من جمع، أو إذا كان عبد نفسه، كما صرح به بعضهم، و لا يخلو عن قوه.

و تصح الوصيه إلى الصبى حال كونه منضمما الى كامل لا منفردا بغير خلاف و يتصرف الكامل حتى يبلغ الصبى مطلقا و لو لم يكن التصرف فى الأمر الضرورى ثم بعد بلوغه كاملا جائز التصرف يشتركان فى التصرف مجتمعين.

و ليس له نقض ما أنفذه الكامل قبل (1) بلوغه الا ما تضمن من تغيير و تبديل نعم لو شرط عدم تصرف الكامل الى أن يبلغ الصبى تبع شرطه.

و قوله «لا منفردا» يدل على المنع عن الوصيه إليه مستقلا، و ان شرط فى تصرفه البلوغ و كان ذلك فى معنى الضم.

ثم لو مات أو بلغ فاسد العقل، فهل للكامل الانفراد بالتصرف أم لا بل يداخله

ص: ٢٨١

١- ١) كذا فى النسخ، و فى المطبوع من المتن: بعد.

الحاكم؟ وجهان، و لعل الأظهر الثاني. و ينبغي القطع به فيما إذا بلغ الصبي رشيدا ثم مات بعده و لو بلحظه.

و لا تصح وصيه المسلم الى الكافر مطلقا و تصح اليه من مثله كذلك ان لم نشترط العدالة، و أما مع اشتراطها فهل تكفى عدالته فى دينه أم تبطل مطلقا؟ وجهان، أجودهما: الأول.

و تصح الوصيه إلى المرأه إذا اجتمع فيها الشرائط المتقدمه بإجماعنا.

و لو أوصى الى اثنين فصاعدا جاز فإن أطلق أو شرط الاجتماع فى التصرف فليس لأحدهما الانفراد به، بل عليهما الاجتماع فيه بمعنى صدوره عن رأيهما و نظرهما و ان باشره أحدهما إجماعا فى الأخير، و على الأظهر الأشهر فى الأول.

و لو تشاحا و تعاسرا، فأراد أحدهما نوعا من التصرف و منعه الآخر لم يمض تصرفه الا ما لا بد منه و تدعو الحاجه اليه، و لا يمكن تأخيره إلى وقت الاتفاق كمثونه اليتيم و الرقيق و الدواب و إصلاح العقار و شراء كفن الميت. و زاد بعضهم قضاء ديونه، و إنفاذ الوصيه المعينه، و قبول الهبه عن الصغير مع خوف فوات النفع، و الخصومه عن الميت و له و عن الطفل، و له مع الحاجه، و ورد الوديعه المعينه، و العين المغصوبه. و قيل: لم يمض تصرفه مطلقا، و هو أوفق بالأصل.

و للحاكم الشرعى جبرهما على الاجتماع من غير أن يستبدل بهما مع الإمكان.

فإن تعذر عليه جمعهما جاز له الاستبدال بهما و لو التمس القسمه حيث وجب عليهما الاجتماع لم يجز.

و لو عجز أحدهما عن القيام بتمام ما يجب عليه من العمل بالوصيه بمرض و نحوه ضم إليه أى إلى العاجز أمين من طرف الحاكم.

و لو عجز عن القيام به أصلا بموت أو فسق أو جنون أو نحوهما، ضم الأمين الى الآخر، وفاقا للأكثر فى الأول، و خلافا لهم فى الثانى، فاختاروا استقلال الآخر من دون ضم.

و على المختار فهل للحاكم أن يفوض جميع الولاية الى الثانى منهما بدلا عن الضميمة أم لا؟ وجهان، أجودهما: الثانى.

و لو عجزا معا أصلا، فللحاكم أن ينصب و لو واحدا.

و كل ذا إذا أوصى إليهما مطلقا أو مشترطا عليهما اجتماعهما معا أما لو شرط لهما الانفراد، تصرف كل واحد منهما و ان انفرد عن الآخر بغير خلاف.

و فى جواز الاجتماع حينئذ نظر، و الجواز أظهر حيث تقوم قرينه على كون اشتراط الانفراد رخصه لا - عزيمه، و الا - فالمنع أظهر عملا بمقتضى الشرط، خصوصا إذا حصل لهما فى حال الاجتماع نظر مخالف للنظر حال الانفراد، فينبغى القطع بالمنع هنا، و كذا لو نهاهما عن الاجتماع.

و يجوز لهما فى هذه الحالة أن يقتسما بالتنصيف و التفاوت حيث لا يحصل بالقسمه ضرر و لا يكون الموصى منع عنها، و الا فلا. ثم بعدها لكل منهما التصرف فى نصيب الآخر و ان كان فى يد صاحبه.

و للموصى تغيير الأوصياء، و للموصى إليه رد الوصيه و عدم قبولها مطلقا و ان كان الموصى أباء، أو كان الموصى إليه فيه منحصر، على ما يقتضيه إطلاق العبارة و نحوها، خلافا للصدوق فأوجب القبول فى المقامين، و هو أقوى ان لم يكن خلافه إجماعا.

و يصح رد الوصيه مطلقا و لو قبلها، ما دام الموصى حيا ان بلغ الرد

اليه، و تمكن من اقامه وصى غيره إجماعا. و ان لم يتمكن فوجهان، أجودهما:

أنه لم يجز له الرد.

و لو مات الموصى قبل بلوغه أى الرد اليه لزم الوصيه فليس للموصى إليه ردها إجماعا إذا قبلها، و على الأشهر الأقوى مطلقا، و فى صريح الغنيه و ظاهر غيره الإجماع.

و لو ظهر من الوصى المتحد أو المتعدد خيانه أو فسق آخر انعزل بمجردة، أو بعزل الحاكم، على اختلاف القولين المتقدمين، و استبدل به الحاكم أمينا مستقلا ان كان المعزول واحدا، أو منضمنا إلى الباقي ان كان أكثر.

و انما أعاد المسأله مع سبقها، لبيان جواز الاستبدال، إذ لم يتقدم له ذكر سابقا.

و الوصى أمين لا يضمن الا بتعد أو تفريط.

و يجوز للوصى أن يستوفى دينه مما فى يده من مال الموصى مطلقا و لو من دون بينه، عجز عنها أم لا على الأقوى، لكن فى الوصى المتحد أو المتعدد على الانفراد مطلقا، أو الاجتماع مع علم الآخر بثبوت الحق، بناء على جواز أداء الوصى من دين الموصى ما يعلم ثبوته الى حين الأداء اتفاقا.

و أن يقوم مال اليتيم على نفسه بثمن المثل فصاعدا، إذا لم يكن هناك غيره باذلا على الأقوى.

و أن يقترضه إذا كان أى الوصى مليا على الأشهر الأقوى، و لا يجوز مع فقد الشرط قولاً واحدا. و شرط بعضهم الرهن عليه، و ليس فى النصوص مع ورودها فى مقام الحاجه دلالة عليه، و لكن التحفظ فى مال اليتيم بقدر الإمكان طريق الاحتياط.

و الأظهر الأحوط فى تفسير الملاءه ما قيل: من أن يكون المتصرف قادرا

على أداء المال المأخوذ من ماله إذا تلف بحسب حاله. و الظاهر اعتبار الاشهاد كما قيل.

و يشترط فى كل من التقويم على نفسه و الاقتراض من ماله عدم لحوق ضرر بالطفل بهما، بل قيل: فى الأول يشترط أيضا أن يكون بيع ماله مصلحه له مطلقا و هو أحوط و أولى.

و تختص ولاية الوصى بما عين له الموصى من التصرفات و الولايات عموما كان ما عين له، كأنت وصى فى كل قليل أو كثير، أو فى كل مالى فيه، و نحو ذلك أو خصوصا بشىء معين، كأنت وصى فيما أوصيت به يوم الدفن مثلا، أو بوقت كأنت و صبى إلى سنه أو الى أن يبلغ ابنى فلان و شبه ذلك، أو بالأحوال كأن يوصى الى زوجته الى أن تتزوج، و غير ذلك.

و لو قال: أنت وصى و أطلق، كان لغوا كما عزى إلى الأصحاب. قيل: و لا يبعد كونه وصيا على الأطفال، لأنه المفهوم المتعارف. و هو حسن حيث يثبت، و الا فالأول أثبت.

و لو قال: أنت وصى على أطفالى، ففى انصراف الوصيه إلى التصرف فى مالهم بما فيه الغبطه، أو الى حفظه خاصة، أو عدم الصحه ما لم يبين ما فوض إليه أوجه ثلاثه، أو جهها: الأول وفاقا للكفايه.

و يجوز أن يأخذ الوصى أجره المثل لعمله، ان عينها له الموصى مطلقا، و كذا زياده لو وافقت الثلث، و الا فيتوقف على اجازة الورثه، و كذا ان لم يعينها، بشرط أن يكون بعمله متبرعا، وفاقا لجماعه.

و قيل: كما عن النهايه و الحلى يأخذ قدر الكفايه له خاصة أو و لعياله أيضا على اختلاف الوجهين. و لا ريب أن الأول أحوط، و ان كان الثانى لا يخلو عن وجه. و الأحوط و الاولى أن له أقل الأمرين من أجره المثل و قدر الكفايه،

هذا مع الحاجة فى الوصى و فقره، و أما مع غناه فالأظهر أن لا يأخذ شيئا.

و حيث جاز الأخذ، فهل يشترط فيه كثره المال و صرف العمل كله فى مال اليتيم، كما فى جملة من الاخبار (٢) أم لا، كما يقتضيه نحو إطلاق الآيه (٣) و كثير من الروايات؟ وجهان، أحوطهما: الأول.

و إذا كان الوصى قد أذن له الموصى فى الوصيه إلى الغير فيما أوصى به اليه جاز له الإيصاء فيه اليه، بغير خلاف فيه و لا فى المنع مع المنع.

و لو أطلق الوصيه ف لم يأذن له و لم يمنع فقولان، أشبههما و أشهرهما بين المتأخرين أنه لا يصح له أن يوصى بها الى الغير.

و من لا- وصى له، فالحاكم ولى تركته بلا خلاف فيه، و لا فى أن المراد بالحاكم الامام عليه السلام ان كان، و الا فالفقيه الجامع لشرائط الفتوى، و مع عدمه فالتوليه لعدول المؤمنين، وفاقا للشيخ و أكثر المتأخرين. و يستثنى من محل المنع على تقديره ما يضطر إليه الأطفال و الدواب من المئونه، و صيانه المال المشرف على التلف.

و لو كان الحاكم بعيدا و أمكن المراجعة اليه و لو بعد مده، اقتصروا فى التصرف على ما لا بد منه و أخروا ما يسع تأخيره.

ص: ٢٨٦

١- ١) التبيان ٣-١١٩.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٢-١٨٤، ب ٧٢.

٣- ٣) و هى قوله تعالى «مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْعِفْ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ» سورة النساء: ٦.

الخامس: فى الموصى به، و فى أطراف:

فى متعلق الوصيه

الأول: فى متعلق الوصيه، و يعتبر فيه أن يكون له قابليه الملك لكل من الموصى و الموصى له.

فلا تصح الوصيه بالخمير الغير المحترمه، كالمتخذة لغير التخلييل و لا بآلات اللهو و لا الخنزير و لا كلب الهراش و نحو ذلك بغير خلاف، و فى التذكرة الإجماع عليه، و على جواز الوصيه بالكلاب الأربعة.

و يجوز أن يوصى بالثلث من تركته فما نقص و لو بغير رضا الورثة إجماعاً، لا زائداً بغير رضاهم على الأشهر الأقوى، و فى كلام جماعه عليه إجماع العلماء. و لا فرق بين أن يكون له وارث خاص أم لا على الأشهر الأقوى، فيصرف على الثانى فى مصارف أموال الإمام عليه السلام.

و على المختار ف لو أوصى بزياده من الثلث تبرعاً صح الوصيه فى الثلث و بطل فى الزائد بمعنى أنه لا يلزم فيه بل يكون مراعى.

فإن أجاز الورثة بعد الوفاه صح الوصيه بتمامه و ان أجاز بعض الورثة صح فى حصته دون الباقيين بلا خلاف.

و لو أجازوا قبل الوفاه ففى لزومه قولان و المروى فى المعتبره (1) اللزوم و عليها فتوى المشهور و هو المنصور. و لا فرق بين وصيه المريض و الصحيح فى ذلك.

و يعتبر فى المجيز جواز التصرف، فلا عبره بإجازه الصبى و المجنون و السفيه أما المفلس فان كانت اجازته حال الحياه نفذت، و إذا كانت بعد الموت ففى

ص: ٢٨٧

و هل الإجازه تنفيذ أو ابتداء عطيه؟ظاهر أصحابنا الأول فلا تحتاج إلى إيجاب و قبول،و لا توجب ولاء للمجيز إذا كان الوصيه فى عتق،و لا يعتبر فى إجازه المريض خروجها من الثلث.

و يملك الموصى به بعد الموت لا قبله،و هل يحصل به الملك قهرا كالإرث و ان كان متزلزلا حتى يقبل،أم به و بالقبول معا،أم القبول كاشف بالموت؟ أقوال،و الأخير لعله أظهر و أشهر كما قيل،و يتفرع على الخلاف فروع جليله هى فى المطولات المذكوره.

و تصح الوصيه بالمضاربه بمال ولده الا صاغر على أن يكون الربح بينهم و بين الوصى العامل مطلقا،وفاقا للأكثر.و لا يلزم مراعاة المده التى شرطها الموصى،بل تصح ما دام الوارث صغيرا،فإذا كمل كان له الفسخ.

و انما فائده التحديد بالمده المنع من التصرف فيما زاد عليها،لا الالتزام بالمضاربه فيها.

و احترز ب«الا صاغر»عن الكبار،إذ لا تصح إلا بإجازتهم على الأظهر،خلافه للأكثر.

و فائده الصحه حيث ثبت أن الوارث إذا لم يفسخ و عمل الموصى له فى المال،استحق الحصه المعينه له.

و لو أوصى بواجب و غيره و أطلق أخرج الواجب من الأصل إذا كان ماليا كالدين و الباقي من الثلث بغير خلاف،و فى الغنيه الإجماع.

و يلحق بالدين ما يشبهه من جميع الماليات المحضه،كالزكاه و الكفارات و نذر المال.و المشوبه بالبدن،كالحج.و إذا كان بدنيا محضا كالصوم و الصلاه و نحوهما أخرج من الثلث بغير خلاف،الا من ظاهر إطلاق المتن،و هو شاذ.

و لو حصر الجميع أى جميع ما أوصى به من الواجب وغيره فى الثلث بأن صرح بالإخراج منه بدئ بالواجب و قدم على غيره و ان تأخرت الوصيه به، سواء كان الواجب ماليا أو غيره، و بدأ بعده بالأول فالأول، وفاقا لإطلاق العبارة و جماعه.

و لو أوصى بأشياء تطوعا، فان رتب بينها بدأ بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث و بطل فيما زاد عليه ان لم يجز الورثه بلا خلاف فى الأخير، و لا فى الأول أيضا إذا كان الوصيه بها فى وقت واحد و لم يكن فيها عتق، و أما مع فقد الشرطين فكذلك على الأشهر الأقوى.

و المراد بالأول الذى تجب البدأه به ما يقدمه الموصى فى الذكر و لم يعقبه بما ينافيه، سواء عطف عليه الثانى ب«ثم» أو الفاء أو الواو أو قطعه عنه، بأن قال:

أعطوا فلانا مائه، أعطوا فلانا خمسين.

و ان جمع بينها و لم يرتب بأن ذكرها دفعه، فقال: أعطوا فلانا و فلانا مائه. أو رتب باللفظ ثم نص على عدم التقديم أخرجت من الثلث و وزع النقص على الجميع، فيبطل من كل وصيه بحسابها.

و لو أوصى بعتق مماليكه دخل فى ذلك المنفرد و المشترك و يستفاد من النص (١) أنه يقوم عليه حصه شريكه ان احتمله ثلثه كما عليه جماعه، خلافا للمتأخرين فاختروا عدم السرايه، و لا يخلو عن قوه.

حكم الوصايا المبهمة:

الثانى: فى الوصايا المبهمة:

من أوصى بجزء من ماله و لم يكن ثمة قرينه من عرف أو عاده على تعيينه

ص: ٢٨٩

كان الموصى به هو العشر من أصل التركة لا من الثلث، إلا أن يضيفه إليه كما عليه جماعه.

و فى روايه (١) أنه السبع منه و عمل بها الأكثر، حتى أن فى الغنيه الإجماع، و لعله الأظهر.

و فى روايه (٢) أخرى أنه سبع الثلث و هى مهجوره.

و لو أوصى بسهم من ماله و لم يكن ثمه قرينه على تعيينه كان ثمنا على الأشهر الأظهر، خلافا لجماعه فالسدس. و فى روايه (٣) شاذه العشر.

و لو كان أوصى بشيء من ماله كان سدسا بغير خلاف.

و لو أوصى بوجوه معينه فنسى الوصى وجها منها أو أكثر صرف المنسى فى وجوه البر بلا خلاف الا من نادر أشار الى قوله: و قيل:

يرجع ميراثا و لا ريب فى ضعفه، و القائل الحلى و الشيخ فى بعض فتاويه.

و لو أوصى بسيف و هو فى جفن بفتح الأول و هو الغمد بالكسر و عليه حليه، دخل الجميع فى الوصيه على روايه (٤) يجبر ضعفها الشهره العظيمه التى كادت تكون إجماعا، بل قيل: ان الأصحاب مطبقون على العمل بها.

و كذا لو أوصى بصندوق و فيه مال، دخل المال أيضا فى الوصيه فإن فيه أيضا تلك الروايه (٥) المجبوره، اللهم الا أن يوجد قرينه على عدم الدخول ففتح، و كذلك فى المسأله السابقه وفاقا للمعه.

ص: ٢٩٠

١-١) و سائل الشيعه ١٣-٤٤٤، ح ٥.

٢-٢) و سائل الشيعه ١٣-٤٤٧، ح ١٤.

٣-٣) و سائل الشيعه ١٣-٤٤٩، ح ٤.

٤-٤) و سائل الشيعه ١٣-٤٥١، ب ٥٧.

٥-٥) و سائل الشيعه ١٣-٤٥٢، ب ٥٨.

و كذا قيل: و القائل المشهور لو أوصى بسفينه و فيها طعام دخل الطعام فيها استنادا الى فحوى روايه (١)ضعيفه السند و الدلاله،و ان اجبرت فى الأول بالشهره،فالأصح عدم الدخول الا مع قرينه عليه من عرف أو عاده.

و لا فرق فى الحكم بالدخول حيث يثبت بين كون الموصى عدلا أم لا،و لا بين كون الصندوق مقفلا أم لا على الأقوى.

و لا يجوز لأحد الوصيه بإخراج الولد من الإرث مطلقا و لو كان من أوصى بذلك الأب على الأظهر الأشهر،و الأشهر الأظهر بطلان الوصيه من الأصل.

و قيل:يجرى مجرى الوصيه بجميع المال لمن عداه،فإن أجاز مضى فى الكل،و الا فى الثلث.

و فيه أى فى المقام روايه (٢)بصحه الوصيه بذلك من رجل وقع ابنه على أم ولد له و عمل بها الصدوق،و لكنها لضعف سندها و مخالفتها الأصول مطرحه عند المتأخرين.

و لا فرق فى البطلان بين كون الموصى بإخراجه الولد أم غيره من الورثه دون الصحه،فيختص عند القائل بها بالولد خاصه،تبعاً لمورد الروايه.

مسائل فى الوصيه:

اشاره

الطرف الثالث:فى أحكام الوصيه،و فيه مسائل:

الأولى:إذا أوصى بوصيه،ثم عقبها بمضاده لها

الأولى:إذا أوصى بوصيه،ثم عقبها بمضاده لها بأن أوصى بعين مخصوصه لزيد ثم بها لعمره،أو بمائه درهم مطلقاً لزيد،ثم قال:المائه التى

ص:٢٩١

١-١) وسائل الشيعه ١٣-٤٥٢،ب ٥٩.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٣-٤٧٦،ب ٩٠.

أوصيت بها لزيد قد أوصيت بها لعمرو عمل بالأخيره و لو لم تضادها الثانيه بأن أوصى لزيد بمائه، ثم أوصى لعمرو بمائه، أو أوصى لزيد بدار و لعمرو بدار و نحو ذلك عمل بالجميع ان و فى به الثلث.

فان قصر الثلث عنه بدأ بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث كما مر.

الثانيه:تثبت الوصيه بالمال بشهاده رجلين

الثانيه:تثبت الوصيه بالمال بشهاده رجلين مسلمين،و مع الضروره تقبل شهاده رجلين من عدول أهل الذمه،و لا يشترط فى قبولها منهم السفر وفاقا للأكثر،و الأحوط وجوب تحليفها بعد صلاه العصر بصوره الآيه كما عليه العلامه.

و بشهاده أربع نساء،و بشهاده الواحده فى الربع و الاثنتين فى النصف و هكذا بلا خلاف.و لا يتوقف قبول شهادتهن على اليمين مطلقا،على الأشهر الأقوى و لو فرض انضمام اليمين الى الاثنتين أو الثلاث ثبت الجميع على الأقوى،أما الواحده فلا يثبت بها سوى الربع مطلقا.و لا على فقد الرجال وفاقا للأكثر عملا بإطلاق النص (١).

و فى ثبوتها أى الوصيه بالمال ب شهاده شاهد و يمين تردد عند المصنف،و لا وجه له يعتد به،و الأصح الثبوت وفاقا للمشهور،و فى كلام جمع الإجماع.

و أما الوصيه ب الولايه فلا تثبت إلا بشهاده رجلين مسلمين،بلا خلاف الأمن المصنف فى الشرائع (٢)،فأثبتها بشهاده شاهد و يمين،لكن على تردد و لا وجه له كترده السابق.

الثالثه:لو أشهد عبيدين له على أن حمل المملوكه منه،ثم ورثهما غير الحمل فأعتقا فشهدا للحمل بالبنيه صح

الثالثه:لو أشهد الموصى عبيدين له على أن حمل المملوكه له

ص:٢٩٢

١-١) وسائل الشيعه ١٣-٣٩٥،ب ٢٢.

٢-٢) شرائع الإسلام ٢-٢٥١.

منه، ثم ورثهما غير الحمل فأعتقا فشهدا للحمل بالبنوه للموصى صح شهادتهما و حكم له أى للحمل برقيتهما مطلقا و لو لم يوص بأن يشهدا، بلا خلاف مع الإيضاء، و كذلك مع عدم الإيضاء على الأشهر الأقوى.

و يكره له تملكهما و يستحب له أن يعتقهما.

الرابعة: لا تقبل شهادة الوصى فيما هو وصى فيه و لا ما يجربه نفعاً

الرابعة: لا تقبل شهادة الوصى فيما هو وصى فيه و لا ما يجربه نفعاً، أو يستفيد منه ولايه على المشهور، بل قيل: لا خلاف فيه الا من الإسكافي، فجوز شهادته لليتيم فى حجره، و ان كان هو المتخاصم لليتيم و لم يكن بينه و بين المشهود عليه ما يرشد شهادته عليه. و مال اليه جمع، و لعله أجود حيث يسلم شهادته من التهمة، للمكاتبه (1) الصحيحة الصريحه.

و تقبل شهادته للموصى فى غير ذلك بغير خلاف، كما فى كلام جمع و عليه كما فى المكاتبه الصحيحه.

الخامسه: إذا أوصى بعق عبده، أو أعتقه عند الوفاء و ليس له سواه انعتق ثلثه

الخامسه: إذا أوصى بعق عبده، أو أعتقه عند الوفاء و ليس له سواه انعتق ثلثه و سعى فى باقى قيمته للورثه، بلا- خلاف فيه فى الوصيه، و أما فى المنجز فيبنى على الخلاف الآتى فى احتسابه من الثلث أو الأصل.

و لو أعتق ثلثه عند الوفاء و له مال غيره أعتق الباقي من ثلثه أى ثلث المال سرايه عليه ان و فى به، و ان لم يف أو لم يكن له مال سعى فيه للورثه، بلا- خلاف فيه ظاهراً إلا فى إعتاق الباقي من الثلث خاصه، فإنه يبنى على إخراج المنجز منه لا من أصل التركه، و يأتى على غيره انعتاق الباقي منه دون الثلث خاصه.

و لو أعتق مماليكه عند الوفاء، أو أوصى بعقهم و لا مال له سواهم و لم يجز الورثه أعتقهم ثلثهم بالقرعه بتعديلهم أثلاثا بالقيمه و عتق ما أخرجته القرعه، بغير خلاف فى الوصيه، و أما المنجز فكما عرفته. و لو استلزم ذلك

ص: ٢٩٣

عتق جزء من أحدهم، سعى فى باقيه للورثه.

و لو رتبهم فى الإعتاق أو الوصيه أعتق الأول فالأول حتى يستوفى الثلث و بطل الزائد بغير خلاف الا فيما عرفته.

السادسه: إذا أوصى بعتق رقبه و أطلق و لم يكن ثمه قرينه معينه

السادسه: إذا أوصى بعتق رقبه و أطلق و لم يكن ثمه قرينه معينه أجزاء الذكر و الأنثى و الصغير و الكبير للإطلاق و النص (١).

و لو قال: مؤمنه لزم، فان لم يجد أعتق من لا- يعرف بنصب و عداوه لأهل العصمه-سلام الله تعالى عليهم-على الأشهر الأظهر، خلافا لجماعه فيتوقع الممكنه، و هو أحوط ان لم يوجب التأخر الإخلال بالوصيه.

و لو ظنها أى الرقبه المؤمنه الموصى بعتقها مؤمنه فأعتقها، ثم بانث بخلافه أجزاء بغير خلاف أجده.

السابعه: إذا أوصى بعتق رقبه بثمن معين

السابعه: إذا أوصى بعتق رقبه بثمن معين و جب شراؤها به فان لم توجد أو وجدت لكن بأزيد توقع الممكنه أى التمكن من الشراء به، و لم يجب بذل الزيادة، بل لم يجز.

و ان وجدها بأقل من ذلك الثمن أعتقها و دفع إليها الفاضل منه، مع اليأس من الرقبه الموصى بها بغير خلاف.

الثامنه: تصرفات المريض، ان كانت مشروطه بالفاه

الثامنه: تصرفات المريض، ان كانت مشروطه بالفاه و يعبر عنها بالوصيه فهى محسوبه من الثلث مع عدم اجازة الورثه.

و ان كانت منجزه غير معلقه بها و كان فيها محاباه فى المعاوضه من البيع بأقل من ثمن المثل و الشراء بأزيد منه أو عطيه محضه أو الوقف و العتق و الصدقه ف فى احتسابها من الأصل أو الثلث قولان، أشبههما و أشهرهما بين المتأخرين أنها من الثلث و بين القدماء أنها من الأصل، حتى ادعى السيدان عليه الإجماع. و المسأله محل اشكال، و ان كان القول الثانى أقرب

ص: ٢٩٤

الى الصواب، و لكن الاحتياط فيها مهما أمكن لا يترك على حال. و على الأول يختص الحكم بالمرض المخوف على الأصح. و محل الخلاف ما إذا مات فى المرض، أما لو برىء منه حسب من الأصل مطلقا و لو مات فى مرض آخر قولاً، هذا حكم الوصيه و المنجز.

أما الإقرار للأجنبي بدين فان كان فى إقراره ذلك متهما على الورثه مريدا الإضرار بهم بإقراره ذلك، و ظهر ذلك من القرائن الحاليه فهو من الثلث، و الا فمن الأصل.

و الإقرار للوارث بذلك من الثلث على التقديرين أى مع التهمه و عدمها عند المصنف خاصه، استنادا فى كل من القسم الأول و الثانى إلى الصحيح (١).

و منهم من سوى بين القسمين و هم الأكثرون، و ان اختلفوا من وجه آخر، فيبين من حكم بنفوذه من الأصل فيهما مطلقا، كالديلمى و الحلّى مدعيا عليه الإجماع. و من فصل بين صورتى التهمه فمن الثلث، و عدمها فمن الأصل، و عليه الأكثر كما فى كلام جمع، و هو الأظهر.

التاسعه: أرش الجراح و ديه النفس، يتعلق بهما الديون و الوصايا

التاسعه: أرش الجراح و ديه النفس، يتعلق بهما الديون و الوصايا فتخرج منهما كسائر أموال الميت على الأشهر الأقوى، و فى كلام جمع الإجماع عليه، لكن فى ديه الخطأ خاصه.

و يلحق بها ديه العمد، على الأظهر الأشهر، خلافا للحلى فخص الحكم بديه الخطأ، و لنادر فنفاه فيهما أيضا. و هما و لا سيما الثانى ضعيفان جدا (٢).

ص: ٢٩٥

١- ١) وسائل الشيعه ١٣-٣٧٧.

٢- ٢) قال فى آخر احدى نسخ «خ»: و الحمد لله تعالى قد وقع الفراغ من تسويد هذا الكتاب فى يوم احدى الأربعاء من عشر الثانى من شهر شعبان، أعنى أربعة و عشرون من سنه احدى و ثلاثون بعد الالف و المائتان من الهجره النبويه المصطفويه، بيد أقل عباد الله و أضعف خلق الله، و أقل الطاعه و كثير المعصيه، و تراب أقدام الطلاب ابن زين العابدين عوض محمد الرازى فى مشهد الرضا عليه آلاف التحيه و الثناء فى مدرسه ميرزا جعفر.

كتاب النكاح

اشاره

ص: ٢٩٧

(كتاب النكاح) و هو لغه:الوطى على الأشهر.و شرعا:العقد إجماعا، كما فى كلام جمع.

أقسامه ثلاثة

اشاره

و أقسامه أى الكتاب ثلاثة:

النكاح الدائم

اشاره

الأول:فى النكاح الدائم:

و هو يستدعى فصولا:

الفصل الأول

اشاره

(فى صيغه العقد و أحكامه و آدابه)

أما الصيغه

أما الصيغه:ف هى الإيجاب و القبول.

و يشترط فى الأول النطق بأحد الألفاظ الثلاثة التى هى: زوجتك و أنكحتك، و متعتك و الاكتفاء بأحد الأولين مجمع عليه، و بالثالث مختلف فيه، و الأكثر على المنع، و هو أحوط ان لم يكن أظهر.

و القبول هو اللفظ الدال على الرضا بالإيجاب مطلقا وافقه فى اللفظ أم لا، بشرط الموافقه له معنى، اقتصر على لفظه أم اتبع بالإيجاب عندنا.

ص: ٢٩٩

و هل يشترط وقوع تلك الألفاظ المعتمده فى الأمرين بلفظ الماضى؟ الأحوط على بعض الوجوه بل الأظهر الأشهر نعم مطلقا، للإجماع على وقوعه به، و لانه صريح فى الإنشاء عرفا، عاما أو خاصا، و لا كذلك غيره.

و عليه ف لو أتى بلفظ الأمر قاصدا به الإنشاء المعتمده هنا، المعبر عنه بالرضا الباطنى بالنكاح بالفعل كقوله أى الزوج و من فى حكمه لها أو للولى: زوجنى نفسك، أو زوجنيها فقال: زوجتك نفسى أو زوجتكها لم يصح.

و قيل: يصح، كما فى قضيه سهل الساعدى المرويه (١) بطريق العامه و الخاصه، و فيها قصور دلالة.

و كذا لو أتى بلفظ المستقبل قاصدا به الإنشاء كقوله: أتزوجك فقالت: زوجتك نفسى. لم يجز.

و قيل: يجوز، كما فى خبر (٢) أبان ابن تغلب عن مولانا الصادق عليه السلام الوارد فى المتعه: أتزوجك، فإذا قالت: نعم، فهى امرأتك و نحوه أخبار آخر كلها مشتركه فى ضعف السند بالقطع فى بعض و غيره فى آخر، و الاختصاص بالمتعه مع عدم دليل على التعديه.

و القائل فى الأول الشيخ، و فى الثانى العمانى، و تبعهما جماعه و منهم المصنف فى غير الكتاب.

و لو قال مستفهم للولى: زوجت بنتك من فلان، فقال: نعم بقصد اعاده اللفظ تقديرا أو إقامه ل«نعم» مقامه للإنشاء لا بقصد جواب الاستفهام

ص: ٣٠٠

١- ١) السنن للبيهقى ٧-٢٤٢، كنز العمال ١٦-٥٣٩، و المستدرک الباب-٢- من أبواب المهور ح ٢.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٤-٤٦٦، ح ١.

فقال الزوج بعد ذلك بغير فصل: قبلت، صح عند المصنف وفاقا لجمع لأنه أى لفظ نعم يتضمن السؤال و جار مجراه اتفقا، فكأنه قال:زوجتها منه.و فى الاكتفاء به نظر،فاذن الأقوى المنع وفاقا للأكثر.

و لا يشترط تقديم الإيجاب على القبول فى المشهور،بل عليه الإجماع من السرائر (١)و المبسوط (٢).

و حيث ما قدم القبول يعتبر كونه بغير قبلت و رضيت،كنكحت و تزوجت، و هو حينئذ بمعنى الإيجاب،و ذلك لعدم صدق المعنى بذلك.

و يجب إيقاع الركنين بالعريه و لا تجزئ الترجمة عنهما،أو عن أحدهما بالفارسيه و نحوها مع القدره على النطق بالعريه،على الأظهر الأشهر،و عن المبسوط (٣)و التذكرة الإجماع.

و تجزئ مع العذر كالأعجم الذى لا يتمكن من العريه و يشق عليه التعلم،أو يفوته بعض الأغراض المقصوده له.

و لا فرق فى ذلك بين العجز فى الركنين أو أحدهما،و لكن يختص الرخصه فى الأخير بالعاجز،و يلزم بالعريه غيره،و يصح حينئذ كما فى اختلاف الترجمتين بشرط فهم كل منهما كلام الأخر،و لو بترجمين عدلين أو عدل واحد ان حصل العلم باخباره.و لا يجب التوكيل و لو مع التمكن منه.

و كذا تجزئ الإشاره المفهمه للمراد للأخرس موجبا كان أو قابلا،أصليا كان أو طارئا،و لا يجب التوكيل هنا أيضا.

ص:٣٠١

١-١) السرائر ص ٢٩٩.

٢-٢) المبسوط ٤-١٩٤.

٣-٣) المبسوط ٤-١٩٤.

(١)

الاولى :لا حكم لعباره الصبى و الصبيه مطلقا و لو كانا مميزين و رخصهما الولى.

و لا المجنون و المجنونه كذلك و ان كان أدواريا، بشرط عدم الإفاقه حين العقد، بلا خلاف فيهما.

و لا السكران حينه موجبا كان أو قابلا، أجاز بعده أم لا، على الأشهر الأقوى.

و لكن فى روايه (٢) صحيحه عمل بها الشيخ فى النهايه (٣) و ابن حمزه أنه إذا زوجت السكرى نفسها ثم أفاقت فرضيت به أو دخل بها فأفاقت و أقرته كان ماضيا و فى مقاومتها للأصول المعتضده بالشهره إشكال، و ان كان الأحوط مراعاتها، لكن مع عقد آخر ثانيا.

الثانيه :لا يشترط فى صحه العقد عندنا حضور شاهدين عدلين و ان استحب، دائما كان أو منقطعا، تحليلا أو تملিকা.

و لا حضور ولى مطلقا إذا كانت الزوجه بالغه عاقله رشيده على الأصح الأشهر كما سيذكر.

الثالثه :لو ادعى رجل زوجه امرأه و ادعت أختها زوجيته، فالحكم لبينه الرجل مطلقا (٤) الا- أن يكون مع بينه المرأه المدعيه ترجيح

ص: ٣٠٢

١- ١) فى المطبوع من المتن: الحكم.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٤-٢٢١، ح ١.

٣- ٣) النهايه ص ٢٦٨.

٤- ٤) سواء كانت البينتان مطلقتين أو مؤرختين بتاريخين متساويين «منه».

على بينه الرجل من دخول أو سبق تاريخ فيقدم بينها، كل ذلك للنص (١) المنجبر بالعمل، لكنه مختص بما إذا أنكرت المرأة أخت المدعيه دعواه، فاعتبار بينته حينئذ حيث لا مرجح لبينه المدعيه انما هو لدفع إنكار المرأة، وان أشكل الحكم بترجيح بينته على بينتها حينئذ، لكنه يدفع في هذه الصورة بالنص.

و يزيد الإشكال في غيرها مما عمه إطلاق العبارة، وهو ما إذا وافقته على دعواه، فإنه لا- اعتبار لبينته هنا أصلاً، لأنه منكر خاصه، فكيف تقبل؟ فضلاً من أن ترجح و لذا يستشكل في تعدى الحكم الى مثل البنت و الام من التساوى و الخروج عن مورد النص، لكنه معلل بما يوجب التعديه الى جميع ما خرج عن مورده.

و ظاهر إطلاقه كإطلاق الأكثر الاكتفاء في التقديم مطلقاً بالبينه من غير احتياج الى حلف، وقيل: لا بد منه في الرجل حيث تقدم بينته، فيحلف على البت و في المدعيه حيث تقدم بينها، فتحلف على نفي العلم بما يدعيه لو قدم بينتها بالدخول و أما بسبق التاريخ فيكفي بينها، وهذا القول أحوط و أولى.

هذا إذا أقاما معا البينه، و إذا اختص بها أحدهما حكم له مع الحلف على البت على نفي ما تدعيه المدعيه ان كان الرجل، و على نفي العلم بما يدعيه ان كان المدعيه. و لا فرق بين دخوله بها و عدمه في الصورتين.

و ان لم يكن لهما بينه حكم للرجل في قطع دعوى الأخت مع اليمين، سواء دخل بها أم لا على الأقوى. و لها مع الرد فتحلف على الدعوى و على نفي العلم بما ادعى.

و لو عقد رجل على امرأه و ادعى آخر زوجيتها لم يلتفت الى دعواه الا مع البينه فلو أتى بها حكم له بها و الا فلا، سواء أقرت له بها أم لا، و لا يمين عليها مطلقاً، و لو لدفع ما يترتب على الزوجيه، بلا خلاف إلا في الأخير، فقيل: عليها

ص: ٣٠٣

اليمين لدفع ما يترتب عليها دون نفسها، فإنه لا يمين عليها لقطعها قولاً واحداً، والأقوى ما قدمناه.

الرابعه : يشترط تعيين الزوج و الزوجه بالاسم، أو الإشاره، أو الوصف القاطع للشركه إجماعاً، و عليه ف لو كان لرجل عده بنات فزوج واحده منهن و لم يسمها باسمها و لا- ميزها بغيره، فان لم يقصد معينه بطل النكاح مطلقاً، قصد الزوج إحداهن أم لا بلا خلاف، و كذا لو قصدا معا و لكن قصد الأب واحده و الزوج أخرى.

و ان قصدا معينه ثم اختلفا فى المعقود عليها بعد الاتفاق على صحه العقد المستلزم لتواردهما على واحده بالنيه المتفق عليها بينهما فالقول قول الأب، و عليه أن يسلم إليه التى قصدها فى العقد ان كان الزوج رآهن هذا شرط للتقديم لا وجوب التسليم. و ان لم يكن رآهن فالعقد باطل كما فى الصحيح (١)، و لا خلاف فى الأخير، و فى الأول خلاف، و الأقرب ذلك وفاقاً للأكثر عملاً بالصحيح خلافاً للحلى فيبطل كالأخير بناء على أصله فى الآحاد، و هو ضعيف.

و أما الآداب فقسمان:

الأول: آداب العقد

الأول: آداب العقد:

و يستحب أن يتخير من النساء البكر فإنهن أطيب شىء أفواها، و أدر شىء أخلاقاً، و أحسن شىء أخلاقاً، و أفتح شىء أرحاماً. العفيفه فرجا الكريمه الأصل الغير الناشئه هى و آبائها و أمهاتها عن حيض أو شبهه أو زنا البعيده عن الألسن.

و أن يقصد بتزويجه متابعه السنه لا الجمال و المال و الثروه فربما

ص: ٣٠٤

حرمهما فقد ورد: أنه إذا قصدهما و كل الى ذلك،و أنه إذا تزوجها لدينها رزقه الله تعالى إياهما (١).

و أن يصلى قبل تعيين المرأة ركعتين يحمد الله تعالى بعدهما و يسأل الله تعالى أن يرزقه من النساء أعفهن فرجا و أحفظهن له ما عليها نفسا و مالا و أوسعهن رزقا و أعظمن بركه فى نفسها و ولدها،و أن يقدر له منها ولدا طيبا يجعله خلفا صالحا حيا و موتا.

و يستحب الاشهاد و الإعلان و لا يجب كما مر قريبا و الخطبه بضم الخاء أمام العقد و أقلها الحمد لله،و أكملها الخطب المرويه (٢) عنهم عليهم السلام و إيقاعه ليلا.

و يكره إيقاعه و القمر فى العقب فقد ورد: أن من تزوج فيه لم ير الحسنى (٣).

و أن يتزوج العقيم التى لم تلد،بل يتزوج ولودا،فقد قال صلى الله عليه و آله:انى أباهى بكم الأمم يوم القيامة و لو بالسقط يجيء محبظنا على باب الجنة،فيقول الله عز و جل:أدخل الجنة فيقول:لا،حتى يدخل أبواى قبلى،فيقول الله تبارك و تعالى لملك من الملائكة ائتني بأبويه،فيأمر بهما إلى الجنة،فيقول:هذا بفضل رحمتى لك (٤).

الثانى: فى آداب الخلوه

الثانى: فى آداب الخلوه و الدخول بالمرأه:

يستحب صلاه ركعتين إذا أراد الدخول بها و الدعاء بعدهما،بعد

ص: ٣٠٥

١- ١) وسائل الشيعه ١٤-٣٠، ح ١.

٢- ٢) المستدرک الباب-٣٣-من أبواب مقدمات النكاح.

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٤-٨٠، ح ١.

٤- ٤) وسائل الشيعه ١٤-٣٤، ب ١٧.

أن يحمد الله تعالى و يصلى على النبي صلى الله عليه و آله بقوله: اللهم ارزقنى ألفها و ودها و رضاها و أرضنى بها، و اجمع بيننا بأحسن اجتماع و آنس ايتلاف، فإنك تحب الحلال و تكره الحرام. أو غيره من الدعاء.

و أن يأمرها بذلك أيضا عند الانتقال فتصلى ركعتين و تدعو الله سبحانه بما دعا مذكوره لضميرها.

و أن يجعل يده على ناصيتها عند دخولها عليه مستقبل القبلة و يكونا على طهر، و يقول: اللهم على كتابك تزوجتها و فى أمانتك أخذتها، و بكلماتك استحللت فرجها، فان قضيت لى فى رحمها شيئا فاجعله مسلما سويا، و لا تجعله شرك الشيطان.

و أن يكون الزفاف و الدخول بها ليلا.

و أن يسمى عند الجماع و يتعوذ بالله من الشيطان الرجيم.

و يسأل الله تعالى أن يرزقه ولدا ذكرا تقيا زكيا، ليس فى خلقته زيادة و لا نقصان، و يجعل عاقبته الى خير.

و يكره الجماع ليلا الخسوف و يوم الكسوف فقد ورد: أن من جامع فيهما فرزق ولدا لم يرفيه ما يجب (١).

و عند الزوال فقد ورد: ان قضى بينكما ولد فى ذلك الوقت يكون أحول و الشيطان يفرح بالحول فى الإنسان (٢). و يستثنى منه زوال الخميس، فقد ورد:

ان قضى بينكما لم يقربه الشيطان حتى يشيب و يكون قيما، و يرزقه الله عز و جل السلامه فى الدين و الدنيا (٣).

ص: ٣٠٦

١-١) و سائل الشيعة ١٤-٨٩ ح ١.

٢-٢) و سائل الشيعة ١٤-١٨٧ ح ١.

٣-٣) و سائل الشيعة ١٤-١٩٠ ح ١.

و عند الغروب حتى يذهب الشفق فقد ورد فيه ما فى الكسوف (١).

و فى المحاق و هو الثلاثة أيام من آخر الشهر، فقد ورد: أن من رزق فيه ولدا فليسلم للسقط (٢). و يتأكد الكراهه فى الليله الأخيره منه.

و بعد الفجر حتى تطلع الشمس و فيه ما فى الكسوف.

و فى أول ليله من كل شهر الا شهر رمضان فإنه يستحب فيه.

و فى ليله النصف من كل شهر و آخره، فقد ورد: ان الجنون و الجذام و الخبل يسرع إلى المرأه و الى ولدها (٣).

و فى السفر إذا لم يكن معه ماء للغسل إلا إذا خاف على نفسه الضرر.

و عند الزلزله و الريح الصفراء و السوداء فقد ورد فيها ما فى الكسوف.

و مستقبل القبله و مستدبرها، و فى السفينه، و عاريا، و عقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء فان فعل ذلك و خرج الولد مجنوننا فلا يلومن الا نفسه، كما فى النبوى (٤) و ليس فيه الاجتزاء بالوضوء، و لذا اقتصر الحل على الغسل، و هو أحوط. و لا يكره معاوده الجماع بغير غسل فى وجهه، و يكره على آخره، و هو أحوط.

و الجماع و لحال أن عنده من ينظر اليه بحيث لا- ينظر الى عورته و الا- فيحرم، مميزا كان الناظر أم لا على الأقوى، فقد ورد: ان رزقت ولدا كان شهره و علما فى الفسق و الفجور (٥) و فى آخر: فى الناظر ما أفلح أبدا، ان كان غلاما كان زانيا، و ان كانت جاريه كانت زانيه (٦).

ص: ٣٠٧

- ١- ١) و سائل الشيعه ١٤-٨٩ ح ٢.
- ١- ٢) و سائل الشيعه ١٤-٩٠ ح ١ ب ٦٣.
- ٣- ٣) و سائل الشيعه ١٤-٩١ ح ٥.
- ٤- ٤) و سائل الشيعه ١٤-٩٩ ح ١.
- ٥- ٥) و سائل الشيعه ١٤-٩٥ ح ٨.
- ٦- ٦) و سائل الشيعه ١٤-٩٤ ح ٢.

و النظر الى فرج المرأة مطلقا و حال الجماع أشد كراهه و الى الباطن أقوى.

و الكلام بغير ذكر الله تعالى عند الجماع فقد ورد: أنه يورث الخرس (١) و من الرجل مع كثرته أكد. و تعليل الكراهه بالعلل السابقة فى النصوص ربما يفيد اختصاصها بصوره احتمال تكون الولد، الا أن عبارات الأصحاب مطلقه.

و هنا مسائل:

الأولى: يجوز النظر الى وجه امرأه يريد نكاحها و الى كفيها

الأولى: يجوز النظر الى وجه امرأه يريد نكاحها و الى كفيها ظاهرهما و باطنهما من رءوس الأصابع إلى المعصم، بشرط العلم بصلاحيته بخلوها من البعل و العده و التحريم و تجويز إجابتها، و مباشره المرید بنفسه، فلا يجوز استنابه الأجنبى و ان كان المرید أعمى.

و ربما اشترط أن يستفاد بالنظر ما لم يعرف قبله، و لا بأس به الا إذا نسى ما استفاده أو احتمل تغيرها قبله.

و فى اشتراط عدم الريبه و التلذذ نظر، أقرب به العدم، الا- مع خوف الوقوع فى الفتنة قبل العقد فيشترط. و ظاهر العبارة الجواز المطلق، و ربما قيل بالاستحباب و لا بأس به.

و لا تلحق المرأة بالرجل، فلا يجوز لها النظر مطلقا على الأقرب، و المشهور اختصاص الجواز بالموضوعين.

و لكن فى روايه مرسله (٢) جواز النظر الى شعرها و محاسنها و مثلها الموثق (٣) فى الثانى و الصحيح (٤) و غيره فى الأول، و بها عمل جماعه من

ص: ٣٠٨

١-١) وسائل الشيعه ١٤-١٦، ب ٦٠.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٤-٥٩، ب ٣٦، ح ٥.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٤-٥٩، ب ٣٦، ح ٧.

٤-٤) وسائل الشيعه ١٤-٥٩، ب ٣٦، ح ٨.

الأصحاب، ولا بأس به، وإن كان الترك أحوط.

و كذا يجوز النظر الى وجه أمه يريد شراءها و كفيها اتفاقا و الى شعرها و محاسنها على الأقوى، و يحتمل ما عدا العوره وفاقا للتذكرة.

و كذا يجوز النظر الى أهل الذمه و شعورهن على الأشهر لأنهن بمنزلة الإمام لأنهن مماليك الامام، و قيل: بالمنع، و لعله أحوط و إن كان الجواز أظهر ما لم يكن لتلذذ أو ريبه فيحرم.

و يجوز أن ينظر الرجل و السيد الى جسد زوجته و أمته الغير المزوجه مطلقا باطنا و ظاهرا، و الى محارمه و هن اللاتي يحرم نكاحهن مؤبدا بنسب أو رضاع أو مصاهره فيما قطع به الأصحاب ما خلا العوره و هى هنا القبل و الدبر على الأظهر الأشهر.

و قيل: بالمنع فيما عدا الوجه و الكفين و القدمين. و ربما خصت الإباحه بالمحاسن خاصه، و هى مواضع الزينه، و هو أحوط، و أحوط منه ما سبق. كل ذا مع عدم التلذذ و الريبه و الا فيحرم مطلقا.

و فى جواز النظر الى الوجه و الكفين و القدمين من الأجنبيه من غير تلذذ و ريبه مطلقا، أم العدم كذلك، أم الجواز مره و المنع مرتين فصاعدا أقوال، أجودها الأول، و إن كان الثانى ثم الثالث أحوطها.

و تتحد المرأة مع الرجل فتمنع من النظر فى محل المنع و لا- فى غيره بالنص و الإجماع، و يستثنى من المنع (1) مطلقا محل الضروره اتفاقا، و القواعد من النساء، و الصغير الغير المميز و الصغيره، فيجوز النظر منهن و إليهن مطلقا على الأقوى.

و فى جواز نظر المميز إلى المرأة إن لم يكن محل ثوران تشوق و شهره

ص: ٣٠٩

(١-١) خ ل: من الحكم.

قولان، أحوطهما: المنع، فيمنعه الولي عنه.

و في جواز نظر المرأة إلى الخصى المملوك لها و العكس خلاف، و الأشهر المنع، و في الخلاف الإجماع، فهو أحوط، و أولى بالمنع نظر الخصى إلى غير مالكته.

و ليس للرجل مطلقا حتى الأعمى سماع صوت الأجنبية بتلذذ أو خوف فتنه إجماعا، و بدونهما أيضا عند جماعه، و هو أحوط، و ان كان الجواز أظهر وفاقا لجمع.

هذا في حال الاختيار، و أما مع الضرورة فيجوز قولاً واحداً و لو أزيد من خمس كلمات، و النهي عنه في بعض الأخبار محمول على تأكيد الكراهة في حال الاختيار.

الثانية: في جواز الوطء في الدبر مطلقاً لزوجته كانت أو أمه

الثانية: في جواز الوطء في الدبر مطلقاً لزوجته كانت أو أمه خلاف بين الأصحاب، و فيه أيضاً روايتان (1) مختلفتان، إلا أن أشهرهما الجواز على الكراهية الشديدة، و هو أيضاً أظهرهما، و ان كان المنع أحوط و أولى.

الثالثة: اختلف الأصحاب في جواز العزل عن الحره بغير إذنها

الثالثة: اختلف الأصحاب في جواز العزل و إفراغ المنى خارج الفرج بعد المجامعة عن الحره مطلقاً اختياراً بغير إذنها و لو بالشرط حال العقد على قولين، ف قيل: انه محرم و تجب به ديه النطفه عشره دنانير و القائل الشيخ.

و قيل: و القائل الأكثر انه مكروه غير محرم و هو الأشبه الأظهر، و لا تجب به الديه، و ان قلنا بالمنع على الأصح و ان كان أحوط، و كذا التورع عنه.

ص: ٣١٠

و كما يكره له العزل يكره لها أيضا بدون اذنه، و هل يحرم عليها لو قلنا به منه؟ مقتضى بعض الأدله ذلك. و كذا القول فى ديه النطفه له كذا قيل، و الاخبار خاليه عنه.

و احترز بالقيود عن غير الحره، فقد رخص فى العزل فى الإمام فتوى و نصا (١) و عن حالتى الاضطراب و الاذن بجوازه فيهما اتفقا.

الرابعه: لا يجوز أن يدخل الرجل بالمرأه حتى يمضى لها تسع سنين

الرابعه: لا يجوز أن يدخل الرجل بالمرأه مطلقا حتى يمضى لها تسع سنين هلاليه.

و لو دخل بها قبل ذلك أثم و لكن لم تحرم عليه مطلقا الا إذا أفضاها فيحرم وطئها كما يأتى على الأصح الأشهر. و يقابله القول بأنها تحرم عليه بذلك مطلقا، كما يعزى الى ظاهر إطلاق النهايه (٢)، و فى مستنده ضعف مع أنه قد رجع عنه.

الخامسه: لا يجوز للرجل ترك وطئ المرأه أكثر من أربعة أشهر

الخامسه: لا- يجوز للرجل الحاضر المتمكن من الوطاء ترك وطئ المرأه المعقوده له بالدوام على الأصح أكثر من أربعة أشهر مطلقا شابه كانت المرأه أم غيرها.

السادسه: يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلا أكثر من أربعة أشهر

السادسه: يكره للمسافر أن يطرق أهله أى يدخل عليهم من سفره ليلا مطلقا، و قيل: بشرط عدم الاعلام.

و فى تعلق الحكم بمجموع الليل أو اختصاصه بما بعد المبيت و غلق الأبواب نظر، و الأحوط الأول.

و ظاهر إطلاق النص (٣) و الفتوى عدم الفرق بين الزوجه و غيرها، و ان كان

ص: ٣١١

١-١) وسائل الشيعه ١٤-١٠٦، ح ١.

٢-٢) النهايه ص ٤٨١.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٤-٩٣، ب ٦٥.

الحكم فيها أكد و بياب النكاح أنسب.

السابعه: إذا دخل الزوج بصبيه لم تبلغ تسعا فأفضاها حرم عليه وطئها

السابعه: إذا دخل الزوج بصبيه لم تبلغ تسعا فأفضاها بالوطى، بأن صير مسلك الحيض و البول أو الغائط واحدا حرم عليه وطئها بل مطلق الاستمتاع على الأحوط مؤبدا بالنص (١)، و الإجماع، و المخالف شاذ و لكن لم تخرج من حالته.

و لو لم يفضها لم يحرم على الأصح بل هى زوجته الى أن يطلقها على الأقوى، فتحرم عليه قبله أختها و الخامسة، و عليه الإنفاق عليها فى الجملة إجماعا و الوجه وجوبه حتى مع الطلاق و لو بائنا، بل و لو تزوجت بغيره فى وجه، و لا- فى آخر، الا- أن الأول أحوط، و أولى منه بالوجوب ما لو طلقها الثانى بائنا أو رجعيًا و تم عدتها. و كذا لو تعذر إنفاقه عليها، لغيبه أو فقر أو نحوهما.

قيل: و لا فرق فى الحكم بين الدائم و المتمتع بها، و هو أحوط و ان كان فى العموم للثانيه نظر، و نحوها الأجنبيه و الأمه.

و لو أفضى الزوجه بعد التسع ففى تحريمها وجهان، أجودهما: العدم، و أولى به إفضاء الأجنبى كذلك.

و الأقرب عدم تعدى الحكم فى الإفضاء بغير الوطاء و ان أوجبت الديه فى الجميع.

الفصل الثانى

إشاره

(فى بيان أولياء العقد)

أى الذين يتولونه عن الزوجين بغير إذنهما لولايتهم عليهما.

ص: ٣١٢

لا ولاية في النكاح لغير الأب و الجد للأب و ان علا و الوصى و المولى و الحاكم الشرعى بإجماعنا فيما عدا الام و أبيها حتى الأخ و العم، و ان كان الاولى استيذانهما، و كذا الام و أبوها فلا ولاية لهما مطلقا على الأشهر الأقوى، و ان كان استيذانهما أولى.

و ولاية الأب و الجد ثابتة على الصغير و الصغيره و لو ذهبت بكارتها بزنا أو غيره عندنا.

و لا- يشترط فى ولاية الجد عليها بقاء الأب و حياته على الأقوى و قيل: يشترط عكس ما عليه العامة العمياء، و القائل جماعه من القدماء و مراعاته أحوط و ان كان فى المستند أى الخبر (١) الذى تمسك لهم به ضعف دلالة و قصور سنداً و تكافؤ لما دل على الأقوى.

و لا خيار للصبيه فى فسخ عقد الولى مع البلوغ أى بعده لو زوجها قبله إجماعاً و فى الصبى قولان، أظهرهما و أشهرهما فتوى و روايه (٢) أنه كذلك ليس له الخيار فى فسحه.

و لو كان الأب و الجد زوجها من رجلين و اختلفا زمانا فالعقد للسابق منهما و ان كان أباً و ان اقترنا ثبت عقد الجد و كذا لو تشاحا قدم الجد على الأب. و فى تعدى الحكم الى الجد مع جد الأب و هكذا وجه، و لكن الأقرب العدم.

و يثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله بسفه أو جنون مطلقاً ذكرًا كان أو أنثى إجماعاً فيما إذا اتصل الفساد بالصغر، و كذا إذا تجدد على الأقرب و قيل: للحاكم، و مراعاته بالجمع أحوط.

ص: ٣١٣

١-١) وسائل الشيعه ١٤-٢١٨، ح ٤.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٤-٢٢٠، ب ١٢.

و حيث ثبت ولايتهما و زوجه ف لا خيار له بعد الإفاهه إجماعا.

و الثيب المنكوحه بالتزويج تزوج نفسها باختيارها من شاءت بشرط بلوغها و رشدها و لا- ولايه عليها للأب و لا لغيره مطلقا عندنا، و ان استحب لها استيدان الأبوين.

و على هذا لو زوجها أبوها أو جدتها من غير اذنها كان فضوليا وقف على إجازتها فإن أذنت لزم و الا فسد.

و أما البكر البالغه الرشیده فأمرها فيما عدا التزويج من التصرفات الماليه بيدها مطلقا و لو كان أبوها حيا كارها لما فعلته، و كذا فيه لو كان ميتا أو فاقدًا لشرائط الولايه قولًا واحداً.

و انما اختلفوا فيما لو كان أبوها حيا مستجمعا لشرائط الولايه، ف قيل:

ان لها الانفراد بالعقد مطلقا دائما كان أو منقطعا و القائل الأكثر، و في الغنيه (١) الإجماع، و في الانتصار (٢) عليه الإجماع مطلقا، و كذا في السرائر (٣) لكن في المنقطع.

و قيل: أمر العقد مشترك بينها و بين الأب، فلا ينفرد أحدهما به بل يستأمر كل منهما الآخر، و القائل الحلبيان.

و قيل: ان أمرها إلى الأب بالانفراد و ليس لها معه أمر حتى لو زوجها ممن كرهته صح و لزم، و القائل الصدوق و الشيخ و جماعه.

و من الأصحاب من أذن لها في تزويج المتعه دون الدائم و هو

ص: ٣١٤

١-١) الغنيه ص ٥٤٩.

٢-٢) الانتصار ص ١٢٠.

٣-٣) السرائر ص ٢٩٥.

المفيد في ظاهر المقنعه (١) وتبعه الشيخ في التهذيبين (٢).

و منهم من عكس فجوز لها الانفراد بالدوام دون المتعه، والقائل غير معروف.

و القول الأول من هذه الأقوال أولى و أظهر، و ان كان القول بالتشريك أحوط.

كل ذا إذا أراد الولي تزويجها من كفو و أما لو عضلها الولي و منعها عن ذلك أو مطلقا مع رغبتها سقط اعتبار رضاه إجماعا
منا، و في حكمه الغيبه المنقطعه التي تحصل معها المشقه الشديده.

و لو زوج الصغيره غير الأب و الجد له ممن لا ولاية له عليها كان فضوليا و توقف على رضاها عند البلوغ، و كذا لو زوج الصغير.

و للمولى أن يزوج المملوكه له صغيره كانت أو كبيره، بكرا أو ثيبا عاقله أو مجنونه، و لا خير له لها أصلا و كذا لو زوج العبد له لا
خير له مطلقا.

و ليس له الولاية على المبعوض منهما بمعنى إجباره عليه، و ان كان له الولاية عليه بمعنى عدم استقلاله به بدون اذنه.

و للولي تزويج أمه المولى عليه و عبده مطلقا مع المصلحه عندنا، و لا يكون له الفسخ بعد الكمال كما في تزويج نفسه.

و لا يزوج الوصي للأب أو الجد من صغيريهما و لو نسا له بالولاية في التزويج على الأشهر الأقوى الا من بلغ منهما فاسد العقل
فله تزويجه مع اعتبار المصلحه فيه على الأشهر، و في المستند نظر، بل ثبوت الولاية

ص: ٣١٥

١-١) المقنعه ص ٧٨.

٢-٢) تهذيب الاحكام ٧-٣٨٠ و الاستبصار ٣-٢٣٦.

للحاكم حينئذ لعله أظهر، إلا مع مسيس الحاجة الى النكاح و عدم إمكان الوصول اليه فيتعين الأشهر.

و كذا الحاكم الشرعى، و هو الامام العادل أو منصوبه خصوصا أو عموما، و منه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى، لا يزوج الصغيرين الا- من بلغ منهما فاسد العقل و ليس له أب و لا جد، بلا خلاف فى حكم المستثنى و لا اشكال، و أما حكم المستثنى منه فهو مشهور، فان تم إجماعا و الا ففیه نظر.

و يلحق بهذا الباب مسائل:

الأولى: الوكيل فى النكاح لا يزوجه من نفسه

الأولى: الوكيل عن الزوجه أو وليها فى النكاح للغير لا- يزوجه من نفسه قطعاً، و كذا لو وكلاه فى التزويج على الإطلاق على الأشهر الأقوى و كذا مع العموم كزوجنى ممن شئت، و لا يكون هناك قرينه حال على اراده الغير على الأحوط ان لم يكن أظهر.

و لو أذنت له فى ذلك أى التزويج لنفسه فالأشبه الأشهر الجواز أى جواز توليه بنفسه الإيجاب من جهتها و القبول من جهته.

و قيل: لا و القائل الشيخ و القاضى، لروايه (1) قاصره عن الصحه و هى روايه عمار بن موسى الساباطى الموثقه، و لكن مراعاتها أحوط. و ينبغى تخصيص المنع بموردها، و هو تزويج الموكله لنفسه، فيجوز أن يتولى طرفى العقد بنفسه لغيره.

الثانيه: النكاح الفضولى يقف على الإجازة

الثانيه: النكاح الفضولى صحيح و يقف على الإجازة من ولى العقل، فإن أجاز لزم و الا بطل على الأشهر الأقوى، و لا فرق فى ذلك بين الحر و العبد.

ص: ٣١٤

و يكفى فى الإجازة سكوت البكر عند عرضه عليها حيث تكون هى المعقود عليها، كما فى الاذن ابتداء على الأشهر الأقوى.

و يعتبر فى إجازة الثيب و اذنها النطق به، فلا يكفى السكوت هنا إجماعاً، و لا ريب فى ذلك مع حصول الثيبه بالوطى مطلقاً، و أما مع حصولها بغيره من أسباب زوال البكاره فإشكال، و الأحوط أنه كالأول فى اعتبار النطق بالاذن، و كذا الموطوءه دبراً و ان لم تصدق عليها الثيب.

ثم ان الاكتفاء بالسكوت مشروط بالتجرد عن القرينه المعريه عن عدم الرضا، فان محله انما هو صورته الشك فى رضاها و عدمه لا مطلقاً.

الثالثه: لا تنكح الأمه إلا بإذن المولى، رجلاً كان المولى أو امرأه

الثالثه: لا تنكح الأمه إلا بإذن المولى، رجلاً كان المولى أو امرأه دائماً كان النكاح أو متعه، على الأشهر الأقوى.

و لكن فى روايه (١) سيف بن عميره الصحيحه أنه يجوز نكاح أمه المرأه من غير إذنها متعه و عمل بها الشيخ فى النهايه (٢)، لكنه قد رجع عنها فهى شاذه و هى مع ذلك منافية للأصل من تحريم التصرف فى ملك الغير بغير الاذن المستفاد من الاعتبار و الكتاب و السنه بالعموم و الخصوص.

الرابعه: إذا زوج الأبوان الصغيرين صح

الرابعه: إذا زوج الأبوان أى الأب و الجد الصغيرين صح كما مر و توارثا بلا خلاف حتى ممن خير الصبى عند الإدراك و لا خيره لهما فى فسخ النكاح عند البلوغ كما مضى.

و لو زوجهما غير الأبوين ممن لا ولايه له عليهما كان فضولياً و وقف على الإجازة كما عرفت.

فلو ماتا أو مات أحدهما بطل العقد مطلقاً أجاز الباقي أم لا.

ص: ٣١٧

١-١ (١) وسائل الشيعه ١٤-٤٦٣، ب ١٤.

٢-٢ (٢) النهايه ص ٤٩٠.

و لو بلغ أحدهما فأجاز ثم مات عزل من تركته نصيب الباقي الى أن يبلغ فإذا بلغ فلم يجز بطل العقد، و ان أجاز أحلف أنه لم يجز للرجعة في الميراث و أعطى نصيبه من التركة.

و اعتبر الحلف دفعا للثمة في أكثر موارد المسألة، و أما الباقي المنتفيه فيه ككون الباقي الزوج و المهر بقدر الميراث أو أزيد، فالأجود عدم الحلف ان لم يتعلق غرض بإثبات أعيان التركة، بحيث يترجح على ما ثبت عليه من الدين، أو يخاف امتناعه من أدائه، أو هربه، أو نحو ذلك مما يوجب التهمة، و لكن فتوى الأصحاب مطلقه في إثبات الحلف لأخذ التركة، فإن كان إجماع و الا فالمتجه ما عرفت.

و في المسألة فروع جليله بسطنا الكلام فيها في الشرح (١).

الخامسة: إذا زوجها الاخوان برجلين

الخامسة: إذا زوجها الأخوان أو الاجنيان برجلين، فان تبرعا بالعقد و لم يو كلا فيه فالعقدان فضوليان اختارت أيهما شاءت و فسخت الأخر أو فسختهما، اقترنا زمانا أو اختلفا، و لكن ينبغي لها اختيار من عقد عليه أكبر الأخوين مع تساوى المعقود عليهما في الرجحان، و الا فمن ترجح منهما و لو كان من عقد عليه الأصغر.

و ان اختص التبرع بأحدهما، كان العقد للوكيل مطلقا تقارنا أو اختلفا، كان المتبرع أو الوكيل الأخ الكبير أم الصغير أم غيرهما.

و ان كانا معا و كيلين و سبق أحدهما بالنكاح فالعقد له مطلقا على الأشهر الأقوى و بطل المتأخر، سواء دخل بها أم لا، لوقوع الأول صحيحا و الثاني باطلا، لوقوعه عليها و هي في عصمه الأول، و تسلم الزوجه اليه مع عدم الدخول.

ص: ٣١٨

و لو دخلت بالآخر فهو زنا منهما ان علما بالحال فلا مهر لها، و لا يلحق الولد بأحدهما و منها خاصة ان علمت هي به دونه فلا مهر لها و لحق به الولد و منه ان علم هو دونها فلها المهر و الولد دونه، و وطئ شبهه ان جهلا فيلحقهما الولد و أعيدت إلى الأول بعد انقضاء العده من الثانى و لها المهر هنا كما فى الصورة الثالثه للشبهه و هل المراد به المثل أم المسمى؟ قولان، أجمدهما: الأول.

و ان اقترنا زمانا باقترانهما فى القبول بطلا معا إجماعا فيما عدا الأخوين، و كذا فيهما على الأشهر الأقوى.

و قيل: العقد عقد الأكبر منهما مطلقا، اقترن العقدان أم اختلفا، الا مع دخول من عقد عليه الأصغر فيكون له حينئذ، إلا مع سبق عقد الأكبر كما عن الشيخ و القاضى، أو مع الاتفاق زمانا خاصة بشرط أن لا يدخل من عقد عليه الأصغر كما عن التهذيبين (١) و جماعه، لروايه (٢) هي مع قصور سندها لا دلالة لها على شىء من القولين.

ثم ان جميع ما ذكر مع معلوميه السبق و الاقتران. و أما مع جهلهما مطلقا و لو كان طارئا، ففى وقوف النكاح إلى الاستبانة أم العدم قولان، أجمدهما: الثانى، و عليه فالأجود أنه يصار حينئذ إلى القرعه مع أمر من وقعت له بتجديد النكاح، و من لم تقع له بالطلاق احتياطا فى الفروج.

السادسه: لا ولاية للأم فلو زوجت الولد فأجاز صح

السادسه: مر فى أول الفصل أنه لا ولاية للأم و لا لأبيها على الولد مطلقا.

فلو زوجت الولد فأجاز صح مطلقا ذكرا كان أو أنثى، وقع التزويج

ص: ٣١٩

١- ١) تهذيب الأحكام ٧-٣٨٧، الإستبصار ٣-٢٤٠.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٤-٢١١، ح ٤.

فى الصغر أو الكبر و لو أنكر بطل العقد و المهر إجماعاً، فيما لو كان المعقود عليه فضولاً أنثى، و كذا لو كان ذكراً على الأشهر الأقوى.

و قيل: يلزمها أى الأم المهر للمعقود عليها تماماً، لروايه (١) هى مع ضعفها لا دلالة عليه صريحاً.

و يمكن حملة أى لزوم المهر فى كل من القول و الروايه على صورته دعوى الام الوكاله عنه فيتوجه حينئذ لزومه، لتضمنه التغير الموجب للضمان، و فيه نظر.

و يستحب للمرأة أن تستأذن أبها و جدّها مطلقاً بكرة كانت أو ثيباً، و أن توكل أو تستأذن أخاها إذا لم يكن لها أب و لا جد أو كانا و تعسر استيذانهما بعضل أو غيبه منقطعه أو طويله.

و أن تعول مع التعدد على الأكبر من الاخوه.

و أن تختار خيرته من الأزواج بشرط التساوى فى الرجحان أو رجحان رأى الأكبر، و الا فرأى من ترجح كما مر.

الفصل الثالث

إشارة

(فى بيان أسباب التحريم و موجباته)

و هى ستة:

الأول: النسب

الأول: النسب، و يحرم به على الذكر سبع نسوه مذكورات فى الآيه (٢) الشريفه، و هن:

ص: ٣٢٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٤-٢١١، ح ٣.

٢- (٢) سوره النساء: ٢٣.

الام و ان علت و هي كل امرأه ولدته أو انتهى نسبه إليها من العلو بالولاده، لأب كانت أم لأم.

و البنت و ان سفلت و تشتمل السافلات بنت البنت و بنت الابن. و ضابطهما:

من ينتهى اليه نسبه بالتولد و لو بوسائط.

و الأخت و بناتها و ان سفلن و هي كل امرأه ولدها أبواه أو أحدهما، أو انتهى نسبه إليهما أو الى أحدهما بالتولد.

و العمه و ان ارتفعت و هي كل أنثى هي أخت ذكر ولده بواسطه أو غيرها من جهه الأب أو الأم أو منهما.

و كذا الخاله تحرم و ان ارتفعت، و هي كل أنثى هي أخت أنثى ولدته بواسطه أو غيرها، و قد تكون من جهه الأب كأخت أم الأب.

و المراد بالمرتفع فيهما عمه الأب و الام و خالتهما، و عمه الجد و الجد و خالتهما و هكذا، لا عمه العمه و خاله الخاله، فإنهما قد لا تكونان محرمتين، كما لو كانت العمه القريبه عمه للأم خاصه أى أخت أبيه من أمه، لان عمته حينئذ تكون أخت زوج جدته أم أبيه، و أخت زوج الام لا تحرم فأخت زوج الجد أولى.

و كما لو كانت الخاله القريبه خاله الأب خاصه، أى أخت أمه من أبيها، فإن خالتها تكون أخت امرأه الجد، و أخت امرأه الأب لا تحرم فأخت امرأه الجد أولى.

و بنات الأخ لأب أو لام أو لهما و ان هبطن و ضابطها: كل امرأه ولدها أخوه مطلقا بواسطه أو غيرها.

و حرمه المذكورات على قريبهن الذكر يستلزم العكس، و لذا اكتفى بتحريمهن فى الآيه.

و انما يثبت النسب بالوطى الصحيح بنكاح أو تحليل، و لو عرضه التحريم بوقوعه فى حيض و نفاس و شبههما، و بالوطى لشبهه بأن يكون غير مستحق فى

الواقع مع عدم العلم بالتحريم أو بمتعلقه.

و يختص النسب هنا بمن اختصت به، و أما الزنا فلا يثبت به إجماعا إلا في تحريم النكاح المتعلق به، فان ظاهر أصحابنا ثبوته به، و عليه الإجماع في التذكرة و غيرها.

و لا يلحق الزنا بالنسب في حل النظر، و الاعتاق بملك الفرع أو الأصل، و الشهاده على الأب ان قبلت منه على غيره، و القود به من الأب، و تحريم الحليله و غير ذلك من توابع النسب على الأقرب، و ان كان الاحتياط فيما يتعلق بالدماء و النكاح أجود، و لو احتيط في الجميع كان أحسن.

و لو اجتمع الوطى الصحيح و الشبهه مع انقطاع الفراش بنحو من الطلاق يثبت النسب لمن أمكن في حقه دون غيره و مع الإمكان فيهما، كما لو كان الولاده لسته أشهر من وطئ الثاني للشبهه و للأقل من أقصى الحمل من وطئ الأول للنكاح فالأظهر الأشهر الحاقه بالثاني.

الثاني: الرضاع

الثاني: الرضاع، و يحرم منه ما يحرم من النسب بالنص (١) و الإجماع فكل موضع يثبت فيه من جهة النسب المحرميه يثبت من جهة الرضاع بمثل تلك القرابه، فالمحرمات من الرضاع أيضا سبعة:

الأم، و هي كل امرأه أرضعتك، أو رجعتك من نسب من أرضعتك أو صاحب اللبن إليها، أو أرضعت من يرجع نسبك اليه من ذكر أو أنثى و ان على، كمرضعه أحد أبويك أو أجدادك أو جداتك، و أختها خالتك من الرضاعه. و أخوها خالك، و أبوها جدك، و ابنها أخوك، و بنتها أختك.

و البنت كل أنثى رضعت من لبنك أو لبن من ولدته، أو أرضعتها امرأه ولدتها.

و كذا بناتها من النسب و الرضاع و العمات و الخالات أخوات الفحل و المرضعه

ص: ٣٢٢

و أخوات من ولدهما من النسب و الرضاع و بنات الأخ و بنات الأخت و بنات أولاد المرضعه و الفحل من النسب و الرضاع.
و كذا كل أنثى أرضعتها أختك و بنت أخيك و بنات كل ذكر أرضعته أمك أو ارتضع بلبن أبيك.

شروط الرضاع المحرم أربعة

و شروطه أى الرضاع المحرم أربعة:

الأول: أن يكون اللبن عن نكاح

الأول: أن يكون اللبن عن نكاح أى وطئ صحيح و ان كان شبيهه على الأشهر و عليه العمل. و يختص النشر بمن اختصت به، فلا نشر فى الآخر لا لحاقه بالزنا الغير الناشر إجماعاً.

و يعتبر مع صحه النكاح صدور اللبن عن ذات حمل أو ولد بالنكاح المذكور فلو در اللبن من الخاليه منهما و ان كانت منكوحه نكاحاً صحيحاً شرعياً، فغير المنكوحه أصلاً أولى أو كان من زنا لم ينشر الحرمة و فى اشتراط الولاده أم الاكتفاء بالحمل قولان، أصحابهما: الأول.

و لا يشترط البقاء على الحباله، فلو طلقها أو مات عنها و هى حامل أو مرضع فأرضعت ولدا رضعته ناشره للحرمة لنشر الحرمة، كما لو كانت فى حبالته و ان تزوجت بغيره مطلقاً، حبلت منه أم لا، بقى اللبن بحاله أم زاد بعد الانقطاع، إلا أن تلد منه و ترضع بلبنها المستمر إلى الولاده، فلا تنشر الحرمة فى حق من خرجت من حبالته.

و يعتبر فى النشر حياه المرضعه، فلو ماتت فى أثناء الرضاع فأكمل النصاب منها و هى ميتة فلا تنشر الحرمة.

الثانى: الكمية

الثانى: الكمية بإجماعنا، فالرضعه الحاصله بأقل المسمى غير كافيه.

و هو أى المقدار المدلول عليه بالكمية يعتبر بأحد أمور ثلاثه:

أما ما أنبت اللحم و شد العظم و هو تقدير بالأثر المترتب عليه، و ظاهر

النص (١) و المتن اعتبار الأمرين معا كما عليه الأكثر. و قيل: بالاكْتفاء بأحدهما.

و لعله الأظهر ان لم يتلازما، و الا فلا ثمره للخلاف أصلا.

و المرجع فيهما الى أهل الخبره، و لا ريب في اشتراط عداله المخبر.

و في اشتراط التعدد اشكال، و لعل الوجه الاشتراط، و الأظهر كونهما أصلا في ثبوت النشر و كون الأمرين الآتين علامتين لهما.

أو رضاع يوم و ليله بحيث يشرب كل ما أراد حتى يروى و يصدر مطلقا على الأشهر الأقوى، أو بشرط عدم انضباط العدد. و إطلاق النص (٢) مع الأول، و تظهر الثمره في نقصان العدد في اليوم و الليله، كما إذا رضع فيهما سبعة أو ثمانية، فلا ينشر على الثاني و نعم على الأول. و لا فرق بين اليوم الطويل و غيره.

و في الاكتفاء بالملفق منهما لو ابتداء في أثناء أحدهما أم العدم اشكال، و لعل الثاني أظهر. أو خمسه عشر رضعه متواليه كما يأتي.

و لا حكم لما دون العشر رضعات إجماعا في الرضعه القاصره، و على الأشهر الأقوى مطلقا.

و في ثبوت النشر العشر روايتان (٣)، أشهرهما بين المتأخرين و أظهرهما أنها لا تنشر و لو رضع خمس عشر رضعه نشر الحرمة إجماعا كما حكاها جماعه.

و يعتبر في الرضعات العدديه و الزمانيه قيود ثلاثه:

كمال الرضعه المفسر عند بعضهم بأن يرضع حتى يتضلع و يتملى و ينهى نفسه، و اعتمد الباقون على العرف، و لعلهما متقاربان. فلا عبره بالناقصه،

ص: ٣٢٤

١-١) و سائل الشيعه ١٤-٢٨٩، ب ٣.

٢-٢) و سائل الشيعه ١٤-٢٨٢، ب ٢.

٣-٣) و سائل الشيعه ١٤-٢٨٣.

واحدته كانت أم متعدده، إلا مع حصول الإنبات بها فتعتبر من هذه الجبهه، و تحسب الرضعات المتخلل بينها لفظ الثديين للتنفس أو الملاعبه، أو المنع من المرضعه مع المعاوده و حصول الكماله بها رضعه واحده ان لم يطل الفصل، و الا احتسب الجميع كالأحاد رضعه ناقصه غير ناشره للحرمة.

و امتصاصه أى الرضيع اللبن من الثدي فلا عبره بالموجور فى حلقه على الأشهر الأظهر.

و أن لا ينفصل بين الرضعات برضاع غير المرضعه و لا بالمأكول و لا المشروب، لكن فى الزمانه خاصه دون العدديه، فيمنع فيها الفصل برضاع غير المرضعه خاصه.

و إطلاق النص (١) يقتضى حصول الفصل بمسماه و لو قل، الا أن حملة على الفرد الأكمل يقتضى العدم.

و يشترط فى التوالى اتحاد المرضعه، فلو ارتضع من امرأه خمسا كامله مثلا ثم ارتضع من الآخر كذلك ثم أكمل من الأولى أو منهما أو من ثالثه لم ينشر عندنا خلافا للعامه.

الثالث: أن يكون الرضاع فى الحولين

الثالث: أن يكون الرضاع الناشر بكماله و تمامه فى الحولين اللذين ابتداءهما من انفصال تمام الولد الى الجزء الأخير من الشهر الرابع و العشرين إن ابتداء فى أول الهلال، و ألا يحسب الثلاثه و العشرون هلاليه و يتم المنكسر من الشهر الخامس و العشرين كما فى سائر الآجال.

و يكفى فى حصول الشرط تمام الجزء الأخير من الرضاع بتمام مثله من الحولين، فالمراد عدم وقوع شىء من الرضاع بعد تمامهما.

ص: ٣٢٥

و يستفاد من النص (١) حصول التحريم بالرضاع فى الحولين مطلقا و لو فطم قبلهما، و عدمه به بعدهما كذلك، و الأمران مقطوع بهما فى كلام الأصحاب عدا النادر منهم.

و هو أى كون الرضاع قبل الحولين مطلقا يراعى و يشترط فى المرتضع خاصه دون ولد المرضعه على الأصح الأشهر الأظهر، فلو ارتضع المرتضع قبل تمام حويله الرضاع المعتبر و اتفق تمامه أو بعضه بعد حولى ولد المرضعه نشر الحرمة، و لو انعكس لم ينشر.

الرابع: أن يكون اللبن لفحل واحد

الرابع: أن يكون اللبن الناشر لفحل واحد و لاعتبار هذا الشرط وجهان:

أحدهما: و هو المناسب للمقام اعتباره لثبوت أصل التحريم بين الرضيع و المرضعه و صاحب اللبن، و لا خلاف فيه بيننا، فلو ارتضع من امرأه بعض العدد من لبن فحل و منها بعينها تمامه من لبن آخر بعد تزويجها منه و مفارقتها الأول لم ينشر حرمة أصلا، فتحل له المرضعه و صاحب اللبن ان كان أنثى، و يفرض المثل فيما لو استقل الولد بالمأكول أو اللبن المؤجور فى فيه و لو منها فى المده المتخلله بين الرضاعين، بحيث لا يفصل بينهما برضاع أجنبيه.

و الثانيه: و هو المقصود من عبارته و المتداول فى كلام جماعه الذى صار محل النزاع و المشاجره بين الخاصه و العامه اعتباره لحرمة أحد الرضيعين على الآخر بعد حصولها لكل منهما مع المرضعه و صاحب لبنه.

فيحرم الصبيان أحدهما على الآخر كما يحرمان على المرضعه و الفحل إذا كانا يرتضعان بلبن فحل واحد بلا كلام فيه مطلقا و لو اختلفت المرضعتان.

ص: ٣٢٤

ولا يحرم أحدهما على الآخر لو رضع كل واحد منهما من لبن فحل غير فحل آخر و ان اتحدت المرضعه، فيكفى في النشر الاخوه من جهه الأبوه، ولا يكفى من جهه الأمومه على الأظهر الأشهر، وفي كلام جماعه عليه الإجماع.

و يستحب للمسترضع المختار أن يتخير للرضاع المسلمه دون الكافره بأقسامها حتى اليهوديه و النصرانيه و المجوسيه الوضيئه العفيفه الكريمه الأصل العاقله كل ذلك للنصوص (1) و شهاده التجربه، و في جمله منها: ان اللبن يعدى و الرضاع يؤثر في الطباع (2).

و لو اضطر إلى الكافره استرضع الذميه أو غيرها انتفت الكراهه.

و حيث استرضع الكافره يمنعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير.

و يكره تمكينها أى الكافره من حمل الولد الى منزلها.

و يكره استرضاع المجوسيه أشد كراهه إلا عند الضروره و نحوه استرضاع من لبنها عن زنا سواء كانت حره أو مملوكه، أحلها مولاها بعد الزنا أم لا بلا خلاف.

و لكن فى روايه (3) مرويه بعده طرق معتبره، أن المملوكه إذا أحلها مولاها من الزنا طاب لبنها و زال بذلك كراهه استرضاعها، و هى شاذه قد أعرض عنها الأصحاب كاهه فيجب طرحها أو حملها على ما إذا كانت الأمه تزوجت بدون اذن مولاها، فإن الاولى له اجازة عقدها ليطيب لبنها.

ص: ٣٢٧

١- ١) وسائل الشيعه ١٥-١٨٧، ب ٧٨ و غيره.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٥-١٨٨، ح ٢.

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٥-١٨٥، ح ٥.

الأولى: إذا أكملت الشرائط صارت المرضعه أما و صاحب اللبن أبا

الأولى: إذا أكملت الشرائط المعتبره فى تحريم الرضاع صارت المرضعه أما للرضيع و صاحب اللبن أبا له، و آباءهما مطلقا أجداد و جدات و أختها و أخت الوالدات للفحل خاله و إخوتها و إخوه الوالدات لها أخوالا، و إخوه صاحب اللبن و أخواته و إخوه آباءه و آباءها و أخواتهم أعماما و عماتا و بنتها و ابنها و ابن الفحل و ابنته أختا و أخا، فيحرم الرضيع و فروعه خاصه على الجميع مطلقا و لو انتسبوا إلى المرضعه و بعلمها بالرضاع، بشرط اتحاد فحلهم و فحلها، فالأعمام و العمات و الأخوال و الخالات مثلا للأبوين الرضاعيين يحرمون على الرضيع و لو انتسبوا إليهما من غير نسب، بشرط اتحاد فحلهم.

و كما يحرم الرضيع عليهم، كذا يحرم الجميع و منهم أولاد صاحب اللبن مطلقا ولاده و رضاعا على المرتضع و فروعه و كذا أولاد المرضعه ولاده لا رضاعا على الأشهر الأقوى.

الثانية: لا يجوز أن ينكح أب المرتضع فى أولاد صاحب اللبن ولاده و رضاعا

الثانية: لا يجوز أن ينكح أب المرتضع فى أولاد صاحب اللبن ولاده و رضاعا و أولاد المرضعه ولاده لا رضاعا على الأشهر الأحوط بل الأظهر لأنهم صاروا فى حكم ولده كما فى الصحيح (١).

و هل ينكح أولاده أى أولاد أب المرتضع الذين لم يرتضعوا من لبن الفحل فى أولاد هذا الفحل؟ مطلقا نسبا و رضاعا، و فى أولاد المرضعه نسبا إذا لم يرتضعوا من لبنها أصلا قال الشيخ فى النهاية (٢) و

ص: ٣٢٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٤-٣٠٦، ب ١٦.

٢- (٢) النهاية ص ٤٦٢.

الخلافاً (١): لا يجوز و الوجه الأظهر الجواز فى هذه المسأله و مسألتين أخريين إحداهما تزويج أب المرتضع بأم المرضعه نسا و رضاعاً، و الثانيه تزويج الفحل فى أخوات المرتضع وفاقاً للأكثر. و قيل: بالتحريم فيها أجمع، و هو فى الجملة أحوط.

و أما ما عدا هذه المسائل الأربع، فلا خلاف يعتد به بين الأصحاب فى لزوم الاقتصار فيها على أصله الإباحه و عدم الحكم بالحرمة، إلا- حيث يصدق بالرضاع العنوانات المذكوره فى آيه تحريم النسوة، من نحو الأمومه و البنتيه و الأختيه، بناء على أن الرضاع انما يحرم به ما يحرم من النسب.

و ليس المحرم من جهته إلا- من صدق عليه عنوانات النسوة السبع المذكورات فى الآيه الشريفه دون غيرهن، فالأصل فيهن الإباحه.

الثالثه: لا خلاف فى أنه كما يمنع الرضاع من النكاح سابقاً، كذا يبطله لاحقاً

الثالثه: لا- خلاف فى أنه كما يمنع الرضاع من النكاح سابقاً، كذا يبطله لا- حقاً. و أن المصاهره تتعلق بالرضاع كتعلقها بالنسب، بمعنى أن كل من يحرم من جهه النسب بالمصاهره كذا يحرم من جهه الرضاع بها أيضاً، فكما يحرم أم الزوجه النسبيه و ابن الزوج النسبى، كذا يحرم بها نظيرهما من جهه الرضاع.

ف لو تزوج رضيعه فأرضعتها امرأته بلبنه حرمتا أى الرضيعه و المرضعه عليه مؤبداً مطلقاً، و كذا لو أرضعتها بلبن غيره كانت فى حبالته، كما إذا استمر لبن الاولى الى أن تزوجت به، أم لا ان كان دخل بالمرضعه على الأظهر الأشهر فيهما، من تحريم الام بمجرد العقد على بنتها كما يأتى إن شاء الله تعالى. و على القول الآخر يختص التحريم بالرضيعه، لكونها اما بنتا كما فى الأول، أو بنت الزوجه المدخول بها كما فى الثانى.

و الا يكن دخل بها حرمت المرضعه حسب فلا تحرم الرضيعه،

ص: ٣٢٩

لأنها ربيته لم يدخل بأمرها، ولا الأم أيضا على القول الآخر من اعتبار الدخول بالبنت في حرمة الأم، ولكنه ضعيف.

وينسخ نكاح الجميع مطلقا هنا وفي صورتين السابقتين، أما فيهما فواضح لحرمة كليهما جمعا و انفرادا، وأما هنا فلامتناع الجمع بينهما كالعقدين المتقاربين زمانا، فيبطلان معا لعدم إمكان الترجيح من غير مرجح، فيجدد نكاح الرضيع لو أرادها.

ولو كان له زوجتان كبيرتان فأرضعتها أى الزوجه الصغيره واحده من الكبيرتين حرمتا مع الدخول أى الرضيعه والمرضعه بالتفصيل المتقدم، ولا إشكال فى هذا.

وإنما الإشكال فيما لو أرضعته الكبيره الأخرى بعد حصول التحريم بإرضاع الأولى ف فيه قولان، أشبههما عند المصنف و أكثر المتأخرين أنها تحرم أيضا ولكن الأقوى أنها لا تحرم، وفاقا لجمله من أعيان القدماء.

ولو تزوج رضيعتين فأرضعتها امرأته بلبنه حرمن كلهن مطلقا اجتماعا فى الارتضاع (1) أم تعاقبا، دخل بالمرضعه أم لا، وكذا لو أرضعتها بلبن الغير ان كان دخل بالمرضعه، والى يكون دخل بها حرمت المرضعه خاصه دونهما.

السبب الثالث: المصاهرة

السبب الثالث: المصاهرة وهى علاقه تحدث بين الزوجين و أقرباء كل منهما بسبب النكاح توجب الحرمة.

و يلحق بالنظر فى النكاح النظر فى الوطاء، والنظر، واللمس على وجه مخصوص.

ص: ٣٣٠

(١ - ١) فى «ن»: الرضعتان.

أما الأول: فمن وطئ امرأه بالعقد مطلقاً أو الملك، حرمت عليه أم الموطوءة و ان علت من الطرفين و بناتها و ان سفن مطلقاً سواء كن قبل الوطء أو وجدن بعده و كن فى حجره و حضانتة أم لا إجماعاً.

و حرمت الموطوءة و المعقود عليها على أب الواطئ و ان على و أولاده و ان نزلوا.

و لو تجرد العقد على البنت عن الوطء، حرمت أمها عليه عينا فلا يجدى فراقها لاستحلال أمها على الأصح الأشهر، بل كاد أن يكون إجماعاً، و به صرح جماعه، خلافاً للعماني فسوى بينها و بين الأم فى اشتراط الدخول للتحريم عينا.

و تحرم عليه بنتها أى بنت المعقود عليها من غير وطئ جمعا بينهما لا عينا إجماعاً فلو فارق الام حلت البنت.

و لا- تحرم مملوكه الابن على الأب ب مجرد الملك، و تحرم بالوطئ، و كذلك مملوكه الأب لا تحرم على الابن بالملك بل بالوطئ.

و لا يجوز لأحدهما أن يطأ مملوكه الآخر ما لم يكن عقد أو تحليل. نعم يجوز أن يقوم الأب مملوكه ابنه الصغير و ابنته الصغيره على نفسه بقيمه عادله ثم يطؤها و إطلاق النص (1) يقتضى عدم الفرق بين وجود مصلحه أم لا كما ذهب إليه جماعه، خلافاً لآخرين فاشتروطها، و الأول أقوى. نعم يشترط عدم المفسده إجماعاً. و فى تعديده الحكم الى الجد اشكال، و الأقوى نعم.

و من توابع هذا الفصل تحريم أخت الزوجه لأب أو لام أولهما جمعا لا عينا و لا فرق بين الدائم و المنقطع و ملك اليمين.

و كذا تحرم جمعا لا عينا بنت أخت الزوجه و بنت أخيها و ان نزلت،

ص: ٣٣١

هذا مع عدم الاذن، و الا فان اذنت إحداهما أى العمه و الخاله صح على الأصح الأشهر.

و فى اختصاص الحكم بالزوجه فلا يحرم الجمع بالوطى بملك اليمين، أو العموم له أيضا وجهان، و الأشهر الأظهر الأول. و أولى منه بالجواز إدخال البنيتين المملوكتين عليهما بالملك، فلا- يعتبر استيذانهما فيه. و أولى منه عدم اعتبار استيذانهما فى صورته العكس.

و لا- كذا لو أدخلت العمه أو الخاله على بنت الأخ أو الأخت فيحل الجمع بينهما هنا مطلقا و ان كرهت البنتان على الأشهر. و لا فرق فى الجواز بين علم الداخلة بكون المدخول عليها بنت أخ أو أخت أم لا وفاقا للأكثر.

و لو كان عنده العمه أو الخاله فبادر بالعقد على بنت الأخ أو الأخت بدون إذنهما كان العقد باطلا إذا لم تأذنا إجماعا، و كذا لو أذنتا عند المصنف و غيره.

و قيل: تتخير العمه أو الخاله بين الفسخ لعقد أنفسهما و الإمضاء له و لعقد البنيتين أو إمضاء عقد أنفسهما خاصة و فسخ عقدها أى البنت خاصة.

و فى المسألة أقوال أجودها لزوم عقد العمه و الخاله و تزلزل عقد البنت و الحاقه بالفضولى، و لكن مراعاة الاحتياط أولى بالنكاح مره أخرى بعد الرضا من الطرفين و الطلاق ان لم ترض به البنتان أيضا.

و فى تحريم المصاهره بوطء الشبهه تردد، أشبهه عند المصنف وفاقا للحلى أنه لا تحرم خلافا للأكثر فنعم، و هو الأظهر.

أما الزنا فلا تحرم الزانيه على الزانى بها و غيره بعد التوبه إجماعا، و كذا قبلها و ان كره على الأشهر الأقوى، و تتأكد الكراهه فى المشهوره بالزنا.

و كذا لا تحرم الزوجه الزانيه و ان أصرت على الأشبه الأشهر خلافا للمفيد و غيره فتحرم مع الإصرار، و فى الدليل نظر.

و هل تنشر الزنا حرمه المصاهره؟ فتحرم المزنى بها على أب الزانى و أولاده و أمها و بنتها عينا و أختها جمعا قيل: نعم ان كان الزنا سابقا على العقد و لا تنشر إذا كان لاحقا له، و القائل جماعه من القدماء و أكثر المتأخرين و الوجه أنه لا ينشر مطلقا حتى إذا كان سابقا، وفاقا لجماعه من أعيان القدماء و لكن الأول أحوط و مراعاته أولى.

و على المختار يستثنى منه ما لو زنى بالعمه أو الخاله له، فإنه لو فعل ذلك حرمت عليه بناتهما بلا خلاف يعتد به.

و أما اللمس و النظر بشهوه بما لا يجوز لغير المالك لمسه و النظر اليه فقد اختلف الأصحاب فيه فمنهم من ينشر به الحرمة على أب اللامس و الناظر و ولده و هم الأكثرون.

و منهم من خص التحريم بمنظوره الأب دون الابن، و هو المفيد و غيره.

و الوجه عند المصنف و غيره الكراهه فى ذلك كله و أظهر هذه الأقوال هو الأول مع أنه أحوط.

و لا يتعدى التحريم إلى أم الملموسه و المنظوره و لا بنتيهما على الأشهر الأقوى، و لا فرق بين المملوكه و أم الزوجه.

و يلحق بهذا الفصل مسائل:

الاولى: لو ملك أختين فوطئ واحده حرمت عليه وطئ الأخرى

الاولى: لو ملك أختين فوطئ واحده منهما حرمت عليه وطئ الأخرى الى أن يخرج الاولى عن ملكه ببيع أو هبه أو نحوهما من نواقل الملك

ص: ٣٣٣

فإذا خرجت حلت إجماعاً.

و هل يكفى مطلق العقد الناقل أم يشترط لزومه فلا- يكفى البيع بخياره و لا- الهبه التى يجوز الرجوع فيها؟
وجهان، أحوطهما:الثانى.

و فى الاكتفاء بفعل ما يقتضى تحريمها عليه كالتزويج و الرهن و الكتابة و جهان أجودهما:العدم مع أنه أحوط.و لا فرق فى
تحريم الثانى بين وطئ الاولى قبلاً أو دبراً.

و فى إلحاق مقدماته من اللمس و القبلة و النظر بشهوه به نظر،و الأحوط الأول و ان كان العدم أظهر.

و لو وطئ الثانى و الحال هذه أثم إجماعاً و لم تحرم عليه الاولى وفاقاً للشيخ و الحلى و أكثر المتأخرين،و عليه فمتى أخرج
إحداهما عن ملكه حلت له الأخرى،سواء أخرجها للعود إليها أم لا.و ان لم يخرج إحداهما حرمت عليه الثانى دون الاولى،عملاً
فى ذلك كله بالأصول.

و لكن اضطربت الروايه (1)فى المسأله بعد اتفاقها على تحريم الاولى مع العلم بتحريم الثانى و تحليلها بإخراج الثانى عن ملكه لا
بنيه العود إلى الأولى.

ففى بعضها كالصحيحين و غيرهما أنه، تحرم عليه الاولى حتى تخرج الثانى عن ملكه لا للعود إلى الاولى.

و فى روايه أخرى صحيحه أنه ان كان جاهلاً لم تحرم الاولى و ان كان عالماً حرمتا عليه معاً،و نحوها روايه أخرى موثقه.

و وجه الاضطراب فيها أن ظاهر الاخبار الأوله تحريم الأولى خاصه إلى موت الثانى أو إخراجها عن الملك لا- للعود إلى
الأولى،فإن حملت على صورته وقوع

ص: ٣٣٤

الوطء بجهاله،حصلت المنافاه بينها و بين الأخيرتين صريحا،للتصريح فيهما بعدم حرمة الاولى فى هذه الصورة.و ان حملت على صورته وقوع الوطء مع العلم بالحرمة،حصلت المنافاه بينهما،من حيث أن الاستفادة من الاخبار الأوله تحريم الأولى خاصه و منهما تحريمهما معا.

و يمكن الجمع بحمل الأوله على الصورة الثانيه،و يدفع المنافاه بأن حكمه عليه السلام بحرمة الاولى لا يقتضى حل الثانيه،و المسأله مشكله،لكن تحريم الاولى مع العلم بحرمة الثانيه إلى خروجها عن الملك لا بنيه العود إلى الاولى ليس محل ريبه،و انما هو فى حل الاولى فى صورته الجهل بحرمة الثانيه و تحريم الثانيه فى صورته العلم مع بقاءهما على الملكيه،و لا يبعد المصير اليه وفاقا لجماعه.

و محصله:انه متى وطئ الثانيه عالما بالحرمة حرمتا معا الى موت الأخيره أو خروجها عن الملك لا للعود إلى الأولى،فإن اتفق إخراجها لا- لذلك حلت له الاولى،و ان أخرجها للرجوع إليها فالتحريم باق.و ان وطئ الثانيه جاهلا بالتحريم لم يحرم عليه الاولى و بقيت الثانيه فى ملكه أم لا.

الثانيه:يكراه أن يعقد الحر على الأمه

الثانيه:يكراه أن يعقد الحر على الأمه دواما أو متعه مطلقا على الأشهر الأقوى،و فى الغنيه (١)الإجماع.

و قيل:يحرم،الا أن يعدم الطول و هو القدره على المهر،كما يفيد المرسل (٢)و زيد على النفقه و لو بالقوه،لظاهر إطلاق الطول و يخشى العنت و هو مشقه الترك،و فسر بالزنا و خوف الوقوع فيه،و القائل جماعه من القدماء و لا ريب أنه أحوط و أولى.

الثالثه:لا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من حرتين أو حره و أميتين

الثالثه:لا يجوز للعبد أن يتزوج دائما أكثر من حرتين أو حره و أميتين

ص:٣٣٥

١-١) الغنيه ص ٥٤٨.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٤-٣٩١، ح ٥.

أو أربع إماء ياجماعنا و أخبارنا (١).

الرابعة: لا يجوز نكاح الأمه على الحره إلا بإذنها

الرابعة: لا يجوز عندنا نكاح الأمه على الحره إلا بإذنها و لا فرق فيه بين الدائم و المنقطع، و لو أذنت جاز مطلقا.

و لو بادر فعقد عليها من غير إذن الحره كان العقد باطلا. أذنت بعد ذلك أم لا، على الأشهر الأقوى، و فى عبائر جمع عليه الإجماع.

و قيل: كان للحره الخيره بين اجازته أى عقد الأمه و فسخه و نسب الى الشيخين و جماعه من القدماء.

و فى روايه (٢) موثقه أن الحره لها أن تفسخ عقد نفسها دون عقد الأمه و فى الروايه ضعف عن المقاومه لما قدمناه من المختار من الأدله.

كل ذا إذا تزوج الأمه على الحره و لو انعكس الفرض ف أدخل الحره على الأمه جاز و لزم مع علم الحره بأن تحته أمه إجماعا و للحره الخيار فى فسخ عقد نفسها و إمضائه ان لم تعلم بذلك، و لا خيره لها فى فسخ عقد الأمه على الأشهر الأقوى، و فى السرائر (٣) و الخلاف (٤) الإجماع.

و لو جمع بينهما فى العقد بأن تزوج بنت رجل و أمته فى عقد واحد صح عقد الحره و الأمه إذا علمت بها و رضيت، و الا صح عقد الحره خاصه دون عقد الأمه.

و ظاهر العبارة البطلان كما عليه جماعه، و فى المستند نظر، بل الإلحاق بالفضولى لعله أظهر، و ان كان العقد عليها ثانيا ان رضيت الحره أحوط.

ص: ٣٣٦

١- ١) وسائل الشيعه ١٤-٥٢٠، ب ٢٢.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٤-٣٩٤، ح ٣.

٣- ٣) السرائر ص ٢٩٢.

٤- ٤) الخلاف ٢-٣٨٣.

الخامسة: لا يحل العقد على ذات البعل و لا تحرم

الخامسة: لا- يحل العقد على ذات البعل ضروره و لكن لا تحرم به مؤبدا مع الجهاله و عدم الدخول إجماعا، و أما مع العلم أو الدخول فالأكثر على أنها لا تحرم كالسابق، و فيه اشكال. و الأحوط بل الأظهر التحريم، و أما معهما معا فهو زنا، و اليه أشار بقوله:

و لو زنى بها حرمت مؤبدا و كذا لو زنى بها فى العده الرجعيه بلا خلاف يعرف كما صرح به جمع، و بالإجماع صرح آخرون، و به نص الرضوى (١) و غيره، فلا وجه للتردد فيه و ان اتفق لبعض المتأخرين تبعا للمصنف فى الشرائع (٢).

و لا- يلحق به الزنا بذات العده البائنه، و عده الوفاء، و لا بذات البعل الموطوءه بالشبهه، و لا الموطوءه بالملك، للأصل فى غير موضع الوفاق، مع فقد الصارف فيهن. و قيل: بالإلحاق فى ذات العدد المزبور. و لا يخلو عن قوه.

السادسة: من تزوج امرأه فى عدتها جاهلا فالعقد فاسد

السادسة: من تزوج امرأه دائما أو منقطعا فى عدتها بائنه كانت أو رجعيه، أو عده وفاه أو شبهه فيما قطع به الأصحاب حال كونه جاهلا بالعهده أو التحريم أو بهما معا فالعقد فاسد بالضروره.

و لو دخل بها قبلا أو دبرا فى العده أو خارجها على الأقوى حرمت عليه مؤبدا إجماعا فيهما و لحق به الولد مع الإمكان، بأن يأتى به لأقل الحمل فما زاد إلى أقصاه من حين الوطاء و لها المهر بوطء الشبهه الموجب له، و هل المراد به المسمى أم المثل؟ قولان، أقربهما الثانى.

و يجب عليها أن تتم العده للأول و تستأنف عده أخرى للثانى على الأشهر.

ص: ٣٣٧

١- ١) المستدرک الباب- ١١- من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٨.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٢- ٢٩٢.

وقيل: تجزئ عده واحده عنهما، والقائل الإسكافي للمعتبره (١)، وفيها الصحيح وغيره، ولا يخلو عن قوه لو لا الشهره.

و لو كان فى تزويجها عالما بالأمرين معا حرمت عليه مؤبدا ب مجرد العقد و لو خلا عن الدخول إجماعا، و لا يلحق به الولد، و ليس لها مهر مع علمها مطلقا و لو دخل بها، و الا فلها مهر المثل مع الدخول بما استحل من فرجها.

و فى إلحاق مده الاستبراء بالعهده فتحرم بوطئها فيها وجهان، أجودهما: العدم و كذا الوجهان فى العقد عليها مع الوفاه المجهوله ظاهرًا للمرأه خاصه قبل العده مع وقوعه بعد الوفاه فى نفس الأمر أو الدخول مع الجهل، و الحرمة هنا لا يخلو عن قوه مع أنها أحوط.

و لو تزوج حال كونه محرما بفرض أو نفل، بحج أو عمره، بعد إفساده أو قبله عالما بالحرمة حرمت عليه المعقود عليها أبدا مطلقا و ان لم يدخل بها إجماعا.

و لو كان جاهلا بها فسد العقد إجماعا و لم تحرم عليه مطلقا و لو دخل بها على الأشهر الأقوى.

ثم المعتبر فى العقد المحرم صحته لو لا الإحرام، فلا عبره بالفاسد.

و لو انعكس فرض المسأله فتزوج المحل المحرمه، فالأصل الإباحه كما عليه الأكثر. وقيل: بالحرمة. و هو أحوط. و لا تحرم الزوجه بوطئها فى الإحرام مطلقا إجماعا.

السابعه: من لاط بغلام فأوقبه حرمت عليه أم الغلام و بنته

السابعه: من لاط بغلام أو رجل فأوقبه و لو بإدخال بعض الحشفه حرمت عليه أم الغلام و الرجل و ان علت و بنته و ان سفلت من ذكر أو

ص: ٣٣٨

أنثى من النسب اتفاقا و من الرضاع على الأقوى و أخته دون بناتها اتفاقا.

و مورد النص (١) الرجل و الموطوءه الحى، فلا يلحق بهما الواطئ الصغير و لا الموطوءه الميت، نعم الأحوط ذلك.

و هل تحرم المذكورات بذلك مطلقا أم بشرط سبق الوطء على العقد عليهن و الا لم تحرمن؟ وجهان بل قولان، أحوطهما: الأول ان لم يكن أظهر.

و على عدم التحريم قيل: الظاهر عدم الفرق بين مفارقه من سبق عقدها بعد الفعل و عدمه، فيجوز له نكاحها بعده مع احتمال عدمه انتهى. و الاحتمال لعله أقوى مع أنه أحوط و أولى. و لا يحرم على المفعول بسببه شيء عندنا.

السبب الرابع استيفاء عدد الزوجات

السبب الرابع من أسباب التحريم استيفاء العدد عدد الزوجات و عدد الطلاق.

أما الأول: ف إذا استكمل الحر أربعا من النسوة بالغبطه أى الدوام حرم عليه ما زاد عليهن، هذا فى الحرائر.

و أما غيرهن ف يحرم عليه أن يتزوج من الإماء ما زاد على أمتين مطلقا كانت معهما حرائر أم لا بإجماعنا.

و إذا استكمل العبد حرتين أو أربعا من الإماء خاصه أو حره و أمتين حرم عليه ما زاد على ذلك من الإماء و الحرائر بإجماعنا أيضا.

قيل: و المعتق بعضه كالحرة فى حق الإماء فلا يتجاوز اثنتين، و كالعبد فى حق الحرائر فلا يتجاوز حرتين. كما أن المعتق بعضها كالحرة فى حق العبد فلا ينكح أكثر من اثنتين، و كالأمة فى حق الحر فلا يتجاوزهما.

و لكل منهما أى من الحر و العبد أن يضيف الى ذلك تزويج النسوة و وطئهن بالعقد المنقطع و ملك اليمين ما شاء و لو ألفا حتى فى العقد، على

ص: ٣٣٩

و إذا طلق واحده من الأربع حرم عليه ما زاد غبطه و دواما حتى يخرج المطلقة من العده الرجعيه بلا- خلاف أو تكون المطلقة بائنه فيتزوج و ان لم تنقض عدتها ان كانت ذات عده، كالمختلعه مثلا على الأشهر، خلافا للمفيد فأطلق المنع عن التزويج فى العده، و لم يفصل بين الرجعيه و البائنه، كما هو ظاهر أخبار (١) المسأله، و هو أحوط بل لا يخلو عن قوه، لو لا الشهره العظيمه على التفصيل كما عرفت، و لعله لذا أفتى بالكراهه الشديده جماعه، و الاجتناب مهما أمكن أولى و فى بعض الروايات تصريح بالجواز فى البائن مع عدم العده كغير المدخول بها و ليس محل خلاف.

و كذا لو طلق امرأه و أراد نكاح أختها فليس له ذلك حتى تخرج المطلقة من العده الرجعيه، أو تكون طلقها بائنه كانت ذات عده أم لا إجماعا، و الأشهر الأظهر إلحاق عده المتعه بالعهده البائنه، خلافا للمقنع (٢) فألحقها بالرجعيه، و هو أحوط فى الجمله.

و لو تزوجهما أى الأختين فى عقد واحد أو متعدد مع التقارن بطل من أصله و قيل: يتخير إحداهما و يخلو سبيل الأخرى، و القائل جماعه من القدماء و الروايه به مقطوعه أى مرسله، و فيه نظر لأنها فى التهذيب (٣) و الكافى (٤) كذلك، و الا فى الفقيه (٥) مستنده صحيحه، الا أنها غير واضحه الدلاله فلا يخصص بها الأصول المعتضده بالشهره.

ص: ٣٤٠

١- ١) وسائل الشيعه ١٤-٤٠٠، ب ٣.

٢- ٢) المقنع ص ١١٥.

٣- ٣) تهذيب الاحكام ٧-٢٨٥، ح ٣٩.

٤- ٤) فروع الكافى ٥-٤٣١ ح ٣.

٥- ٥) من لا يحضره الفقيه ٣-٢٦٥، ح ٤٥.

و لو كان معه ثلاث نسوه دائمت فتزوج اثنتين فى عقد، فان سبق بإحدهما صح عقدها دون اللاحقه اتفاقا و ان قرن بينهما بطلا معا على الأشهر الأقوى.

و قيل: يتخير أيتهما شاء و القائل جماعه من القدماء و لا شاهد لهم سوى القياس بما فى روايه (١) جميل الحسنه المتضمنه لأنه لو تزوج خمسا فى عقد واحد يتخير أربعا و يخلى باقيهن لكن الظاهر عدم قائل بالفرق بين المسألتين كما صرح به بعض، لكن يرد بضعف الدلاله باحتمال عدم وقوع التزويج حال الإسلام، و التخيير هنا ليس محل كلام، و لا يترك الاحتياط هنا و سابقا بالعقد على المختاره مجددا أو الاختيار، ثم الطلاق و إعطاء مهر المختار ان بدا له فى نكاحها.

ثم المتبادر من إطلاق النصوص (٢) و الفتاوى فى المقامين اختصاص الحكم نفيا و إثباتا بالجاهل بحرمه الجمع دون العالم بها. و إذا استكملت الحره طلاقات ثلاثا يتخللها رجعتان بأى أنواع الطلاق كان حرمت على زوجها حتى تنكح زوجا غيره نكاحا محلا مطلقا و لو كانت تحت عبد.

و إذا استكملت الأمه طلقتين حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره كذلك و لو كانت تحت حر لان الاعتبار فى عدد الطلاقات بالزوجه بإجماعنا.

و المطلقه تسعا للعهده ينكحها بينها رجلان، بأن طلقت بالشرائط ثم ارتجعت فى العده فوطئت، ثم طلقت كذلك ثم ارتجعت فوطئت، ثم طلقت فنكحت زوجا غيره بعد انقضاء العده فوطئت، ثم طلقت فتزوجها الأول بعد انقضاء العده، ثم طلقت كذلك حتى استكملت تسعا تحرم على المطلق أبدا بإجماعنا.

ص: ٣٤١

١- ١) وسائل الشيعه ١٤-٤٠٣، ب ٤.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٤-٤٠٣، ب ٥.

ثم ان إطلاق العده على التسع المترتبة مجازاً، لأن الثالثه من كل ثلاث ليست للعده، فإطلاقه عليها اما إطلاق لاسم الأكثر على الأقل أو باعتبار المجاوره.

و حيث أن ظاهر النصوص (١) هو اعتبار التسع للعده مترتبة، فالحكم باعتبار التسع المتفرقه محل اشكال ان لم يكن إجماع، و على تقديره فيقتصر على مورده و قوفا عليه فى الخروج عن مقتضى الأصل. و الظاهر عدمه فى الأمه مطلقا حتى لو طلقت للعده تسعا مرتبه، كما يستفاد من المتعرضين لحكمها هنا حيث احتملوا العدم فيها مطلقا، و لو ثبت الإجماع لم يحتمل فيها كما لم يحتمل فى الحره، فالرجوع الى الأصل أولى.

السبب الخامس اللعان

السبب الخامس من أسباب التحريم اللعان:

و يثبت به التحريم المؤبد بالنص (٢) و الإجماع، و سيأتى الكلام فى تحقيق حكمه و شرائطه فى بحثه إن شاء الله تعالى.

و كذا يحرم بالأبد لو قذف الزوج امرأته الصماء و الخرساء بما يوجب اللعان لو لا الالفه برميها بالزنا مع دعوى المشاهده و عدم البينه، فلا حرمة مع عدمهما و مع انتفاء الأول دون الثانى.

و فى إلحاق نفى الولد هنا على وجه يثبت به اللعان لو لا الالفه بالقذف وجهان أجودهما: العدم.

و مقتضى إطلاق النص و فتوى الأصحاب و صريح بعضهم عدم الفرق فى ثبوت الحكم بين المدخول بها و غيرها، و عليه فمتى حرمت قبل الدخول فالأجود ثبوت جميع المهر، و لا يلحق بذلك قذف المرأة زوجها الأصم على الأشهر الأقوى خلافا للصدوق فألحقه بقذف الزوج امرأته، و هو أحوط و أولى.

ص: ٣٤٢

١-١) وسائل الشيعه ١٤-٤٠٨، ب ١١.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٥-٥٨٦، ب ١.

السبب السادس: الكفر، ولا يجوز للمسلم أن ينكح غير الكتابيه ابتداء و استدامه.

و فى جواز نكاح الكتابيه قولان بل أقوال منتشره، الا أن أظهرهما و أشهرهما أنه لا يجوز غبطه و دواما مطلقا حتى فى المجوسيه و يجوز متعه و بالملك فى اليهوديه و النصرانيه و أحوطهما المنع مطلقا.

و فى جوازه بالتمتع و ملك اليمين ب المجوسيه قولان، أشبههما عند المصنف تبعا للنهايه (١) الجواز على كراهيه شديده، و لكن الأقوى المنع عن العقد مطلقا.

و لو ارتد أحد الزوجين أو هما معا دفعه عن الإسلام قبل الدخول بالزوجه وقع الفسخ فى الحال مطلقا فطريا كان الارتداد أم مليا. و يجب على الزوج نصف المهر ان كان الارتداد منه لمجىء الفسخ من قبله فأشبهه الطلاق. ثم ان كانت التسميه صحيحه فنصف المسمى و الا فنصف المثل، و مع عدم التسميه فالمتعته. و قيل: يجب جميع المهر. و هو أظهر.

و لو كان الارتداد منها، فلا مهر لها لما مضى.

و لو كان الارتداد بعد الدخول وقف انفساخ النكاح على انقضاء العده عدّه الطلاق. و ان كان الارتداد من الزوجه مطلقا أو من الزوج من غير فطره، فإن رجع المرتد قبل انقضائها و الا انفسخ الا أن يكون المرتد هو الزوج و كان مولودا على الفطره، فإنه لا يقبل عوده و لو فى العده و تعتد زوجته عدّه الوفاة إجماعا، و لا يسقط من المهر هنا و فيما سبق شىء.

و إذا أسلم زوج الكتابيه دونها فهو على نكاحه، سواء كان قبل الدخول أو بعده دائما كان النكاح أو منقطعاً، كتابيا كان الزوج أو وثنيا، جوزنا

ص: ٣٤٣

نكاحها للمسلم أم لا.

و لو أسلمت زوجته أى الكافر دونه انفسخ النكاح فى الحال، ان كان الإسلام قبل الدخول و لا مهر لها لمجىء الفرقه من قبلها و وقف الفسخ على انقضاء العده عدّه الطلاق، كما ذكروه من حين الإسلام ان كان بعده فإذا انقضت و لم يسلم تبين بينونها منه حين الإسلام كما ذكروه، و ان أسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح، و جميع ذلك موضع وفاق فى الوثنى و مشهور فى الكتابى.

و قيل: لا يفسخ النكاح بانقضاء العده مطلقاً، بل ان كان الزوج ذمياً قائماً بشرائط الذمه كان نكاحه باقياً بحاله و لكن لا يمكن الدخول عليها ليلاً- و لا- من الخلوه بها نهاراً و لا من إخراجها إلى دار الحرب، و القائل الشيخ فى النهايه (١)، و قد رجع عنه فى الخلاف (٢) مدعياً على خلافه الوفاق، فاذن المذهب هو الأول.

و لو أسلما معا ثبت النكاح و لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين معا أو من بحكمهما من الكفار غير الكتابيين و كان الإسلام قبل الدخول بطل النكاح مطلقاً، و يجب نصف المهر أو الجميع بإسلام الزوج دون إسلامها فيسقط لما مر و بعد الدخول يقف الفسخ على انقضاء العده بإسلام أيهما اتفق فان انقضت و لم يسلم الأخر، تبين انفساخه من حين الإسلام، و ان أسلم فيها استمر النكاح، كل ذلك بغير خلاف.

و لو أسلم الوثنى و من فى حكمها أو الذمى و عنده أربع فما دون كتابيات مطلقاً أو وثنيات أسلمن معه لم يتخير.

ص: ٣٤٤

١-١) النهايه ص ٤٥٧.

٢-٢) الخلاف ٢-٣٨٧.

و لو كان عنده أكثر من أربع منهن تخير أربعاً منهن من دون تجديد عقد بشرط جواز نكاحهن، و فارق سائرهن من دون طلاق ان كان حراً و هن حرائر و الا- اختار ما عين له سابقاً من حرتين و أمتين، أو أمه و ثلاث حرائر، و العبد يختار حرتين أو أربع إماء أو حره و أمتين، ثم يتخير الحره في فسخ عقد الأمه و إجازته ان قلنا به، و الا بطل عقد الأمه خاصه.

و لو شرطاً في نكاح الأمه الشرطين توجه انفساخ نكاحها هنا إذا جمعت حره، الا أن المحكى عن جماعه الإجماع على اختصاص المنع بصوره الابتداء دون الاستدامه، و هو الأوفق بظاهر الأدله.

و على المنع مطلقاً لو تعددت الحرائر اعتبر رضاهن جمع ما لم يزدن على أربع، فيعتبر رضا من يختارهن من النصاب، و لا فرق في التخيير بين من ترتب عقدهن أو اقترن، و لا بين اختيار الأوائل و الأواخر. و لا بين من دخل بهن و غيرهن.

و لو أسلم معه أربع و بقى أربع، فالأقوى بقاء التخيير لإطلاق النص، و فيه نظر. و قيل: يتعين المسلمات. و هو أحوط.

و روى عمار في الموثق عن مولانا أبي عبد الله عليه السلام: أن إباق العبد بمنزله الارتداد، فان رجع و الزوجه في العده فهو أحق بها، فان خرجت من العده فلا سبيل له عليها (1). و ليس في هذه الروايه ضعف بالمعنى المصطلح لوثاقه عمار و ان كان فطحياً، و عمل بها جماعه، خلافاً للأكثر بل كاد أن يكون الان إجماعاً و لعله الأظهر. فتبقى الزوجيه إلى وقوع البينونه بطلاق و نحوه.

ص: ٣٤٥

الأولى: التساوى فى الإسلام

الأولى: التساوى بين الزوجين المعبر عنه بالكفاءة فى الإسلام بالمعنى العام، وهو الإقرار بالشهادتين مع عدم إنكار ما يلحق منكره بالكفار شرط فى صحة العقد فلا يجوز للمسلمه التزويج بالكافر مطلقا، ولا للمسلم بالوثنيه كذلك، وبالكتاييه دائما ابتداء على الأصح كما مر. ويجوز له تزويجها متعه و بملك اليمين و استدامه إجماعا فى الأخير و على الأقرب فى الأولين.

و هل يشترط التساوى فى الايمان؟ بالمعنى الخاص، و المراد منه الإقرار بالأئمه الاثنا عشر بالشرط المتقدم (1)، فيه أقوال ثالثها: اختصاصه بالزوج دون الزوجه، و هو الأظهر الأشهر، و عليه الإجماع فى كلام جمع.

و الأظهر عند المصنف تبعا للمفيد و غيره أنه لا يشترط مطلقا لكنه يستحب مطلقا و يتأكد الاستحباب فى المؤمنه يعنى يستحب لها مؤكدا أن لا تتزوج من المخالف، و الأقوى ما قدمناه من المنع إلا لتقيه فيجوز قول واحد.

و حيث أن المصنف اكتفى بالإسلام و لم يشترط الايمان، و ربما يتوهم شموله لمطلق من حصل له الإسلام أراد إخراج من أجمع على كفره منهم، فقال:

نعم لا يصح نكاح الناصب و لا الناصبه لعداوه أهل البيت عليهم السلام إجماعا.

و لا يشترط فى صحة النكاح تمكن الزوج من المهر بالفعل عندنا و لا من النفقه فعلا أو قوه على الأشهر الأقوى، خصوصا مع علم المرأة بالحال و رضاها، ففى كلام جماعه الإجماع على الصحة هنا، خلافا للشيخين و غيرهما

ص: ٣٤٦

فاشترطوه، و هو ضعيف.

و على المختار فهل للجاهله بالفقر المعقود عليها الخيار بعد العلم؟ وجهان الأجود لا.

و لا تتخير الزوجه لو تجدد العجز للزوج عن الإنفاق عليها فى فسخ العقد، على الأشهر الأقوى.

و يجوز نكاح الحره بالعبد و الهاشميه بغير الهاشميه و العربيه بالعجمى و بالعكس اتفاقا، الا من الإسكافي فاعتبر فيمن يحرم عليهم الصدقه أن لا يتزوج فيهم الا منهم، و هو نادر.

و إذا خطب المؤمن القادر على النفقه و جب على من بيده عقده النكاح إجابته و ان كان أخفض نسبا، و ان منعه الولي كان عاصيا فى ظاهر الأصحاب عملا بظاهر الأمر و صريح الخبر (١).

و انما يكون عاصيا بالامتناع إذا لم يكن هناك طالب آخر مكافئا له و ان كان أدون منه، و الا جاز العدول اليه و كان وجوب الإجابة حينئذ تخييرا.

و يدخل فيمن بيده عقده النكاح - كما قدمنا - المخطوبه الثيبه، أو البكر البالغه الرشيده، فتجب عليها الإجابة على الأصح.

و هل يعتبر فى وجوب الإجابة بلوغ المرأه أم تجب الإجابة على الولي و ان كانت صغيره؟ وجهان، أجودهما: الأول و ان كان الثانى أحوط.

و يكره أن يتزوج المؤمنه الفاسق مطلقا، بل ربما قيل بالمنع و تتأكد الكراهه فى شارب الخمر.

و أن تتزوج المؤمنه بالمخالف عند المصنف، و الأظهر التحريم كما مر.

و لا بأس بالمستضعف و المستضعفه و من لا يعرف بعناد على كراهيه غير مؤكده، و لا بالغه حد تلك الكراهيه.

ص: ٣٤٧

الثانية: إذا انتسب الى قبيله فبان من غيرها يفسخ النكاح

الثانية: إذا انتسب الى قبيله فبان من غيرها، ففي روايه (١) الحلبي الصحيحه أنه يفسخ النكاح كما في نسخه، و في أخرى أنها تتخير. و فيها زياده على اختلاف النسخ وجوه من الضعف، و لذا اختار الأكثر عدم الانفساخ و لزومه على الإطلاق، و لعله أظهر.

الثالثه: إذا تزوج امرأه ثم علم أنها كانت زنت فليس له الفسخ و لا الرجوع على الولي بالمهر

الثالثه: إذا تزوج امرأه ثم علم أنها كانت زنت قبل العقد فليس له الفسخ و لا الرجوع على الولي بالمهر على الأشهر، خلافا للمقنع فأوجب الفسخ و نفى الصداق، و وافقه المفيد و جماعه في المحدود خاصه.

و في روايه صحيحه في الخلاف (٢) و غيره أن لها الصداق بما استحل من فرجها و يرجع الزوج به أى بالمهر على الولي، و ان شاء تركها (٣) و بإطلاقها في الرجوع بالمهر على الولي أفتى الشيخ، و قيده الحلبي بصوره تدليس الولي، أى علمه بالزنا و ستره عن الزوج، و هو قوى.

الرابعه: لا يجوز التعريض بالخطبه

الرابعه: لا يجوز التعريض بالخطبه بالكسر، و هو الإتيان بلفظ يحتمل الرغبه في النكاح و غيرها مع ظهور ارادتها، كرب راغب فيك و حريص عليك، أو أنى راغب فيك، أو أنت على كريمه أو عزيزه، أو نحو ذلك لذات البعل، و كذا لذات العده الرجعيه الا من الزوج خاصه، فيجوز لها التعريض لها فيها.

و يجوز له و لغيره التعريض في عده غيرها كالعده البائنه، على الأشهر الأقوى في الأخير مطلقا، سواء حرمت على زوجها مؤبدا أم لا، و إجماعا في الأول إذا لم تحرم عليه مؤبدا، أو حلت له بعد العده من دون احتياج الى محلل، و كذا لو احتاج اليه على الأشهر الأقوى.

ص: ٣٤٨

١-١) وسائل الشيعه ١٤-١٤٠٤، ح ١.

٢-٢) الاستبصار ٣-٢٤٥، ح ٢.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٤-١٤٠١، ح ٤.

و يحرم التصريح بها أى بالخطبه، و هو الإتيان بلفظ لا يحتمل الا النكاح، كأريد أن أتزوجك بعد عدتك فى الحالين أى فى كل من العده الرجعيه و البائنه بأنواعه مطلقا فى غير الزوج، و مقيدا فيه بصوره تحريمها عليه مؤيدا.

و يجوز له فيما عداها كالرجعيه و البائنه التى هى عنده على تطليقتين أو تطليقه، و الإجابته تابعه للخطبه حلا و حرمة كما قالوه.

و لو عرض أو صرح بها فى محل المنع لم يحرم نكاحها قطعا.

الخامسه: إذا خطب فأجابته كره لغيره خطبتها و لا تحرم

الخامسه: إذا خطب فأجابته هى أو وكيلها أو وليها كره لغيره خطبتها و لا تحرم على أصح القولين، إلا إذا استلزم اثاره الشحاء و أذيه المؤمن فتحرم، و قيل: بالتحريم مطلقا. و هو أحوط و أولى. و لو ردت لم تحرم إجماعا.

و لو انتفى الأمر ان فالكرهه أيضا.

هذا كله فى الخطاب المسلم، أما الذمى إذا خطب الذميه لم تحرم خطبه المسلم لها قطعا. و حيث تحرم لو خالف و خطب و عقد، صحح و ان فعل محرما.

السادسه: نكاح الشغار باطل

السادسه: نكاح الشغار باطل و حرام و هو أن تتزوج امرأتان برجلين، على أن يكون مهر كل واحده نكاح الأخرى قيل: و لو خلى المهر من أحد الجانبين بطل خاصه.

و لو شرط كل منهما تزوج الأخرى بمهر معلوم، صح العقدان و بطل المسمى.

و كذا لو زوجه بمهر و شرط أن يزوجه و لم يذكر مهرا. و فى إطلاق الحكم بفساد الشرط نظر، للزوم الوفاء به مع الإمكان لكونه سائغا، فافساد المسمى و الرجوع الى المهر مطلقا لا وجه له.

السابعه: يكره العقد على القابله المريبه و بنتها

السابعه: يكره العقد على القابله المريبه و بنتها للنهى المحمول عليها جمعا، على الأشهر الأقوى، و قيل: بالتحريم. و هو أحوط. و فى ظاهر النص (1)

الكراهه مطلقا و ان لم تكن مريبه، و لكن التقييد بها ورد فى الموثق (١)، و هو أظهر وفاقا للمتن و جماعه.

و أن يزوج ابنه بنت زوجته إذا ولدتها بعد مفارقتها لها و مقتضى النص (٢) تعديده الحكم الى ابنه مطلق المنكوحه، و عكس فرض العبارة من تزويج ابنته من ابن المنكوحه، أما لو ولدتها قبل تزويجه فلا كراهه و اليه أشار بقوله: و لا بأس بمن ولدتها قبل ذلك.

و أن يتزوج بمن كانت ضره لاهه مع غير أبيه و النص (٣) شامل لما إذا كان تزويج ذلك الغير قبل أبيه و بعده.

و تكره الزانيه قبل أن تتوب مطلقا على الأقوى كما مضى.

القسم الثانى

إشاره

(فى نكاح المنقطع)

و هو نكاح المتعه.

و النظر فيه فى أركانه و أحكامه، و أركانه أربعه:

أركانه أربعه

الأول: الصيغه، و هو أى النكاح المنقطع ينعقد بأحد الألفاظ الثلاثه يعنى: أنكحتك و زوجتك و متعتك بلا خلاف، و ينبغى الاقتصار عليها خاصه فى المشهور، فلا ينعقد بالتمليك و الهبه و البيع و الإجاره و الإباحه.

و قال علم الهدى: أنه ينعقد فى التمتع ب الإماء بلفظ الإباحه و التحليل و هو ضعيف.

ص: ٣٥٠

١-١) و سائل الشيعه ١٤-٣٨٦، ح ٢.

٢-٢) و سائل الشيعه ١٤-٣٦٣، ب ٢٣.

٣-٣) و سائل الشيعه ١٤-٣٨٩، ب ٤٢.

و يعتبر فيها جميع ما اعتبر فى صيغه الدوام عدا كون الإيجاب و القبول بصيغه الماضى، فيجوز الاستقبال مع قصد الإنشاء هنا، وفاقا لجماعه، و ان كان الأحوط اعتبار الماضويه فى كل من طرفى الصيغه.

الثانى : فى الزوجه المتمتع بها و يشترط كونها مسلمه أو كتابيه فلا يجوز بالوثنيه و المجوسيه، و يجوز بالكتابه على أصح الأقوال المتقدمه.

و لا يصح التمتع بالمشركه و الناصبيه و الخارجيه لكفرهن، أما المخالفه غير الناصبه فيجوز كما فى الدوام.

و لكن يستحب اختيار المؤمنه العارفه العفيفه، و أن يسألها بل غيرها عن حالها أ هى ذات بعل أو فى عده أم لا؟ مع التهمه بالبعل و العده لا- مطلقا و ليس السؤال شرطا فى الجواز إجماعا، بل و لا واجبا، بل ربما يستفاد من بعض النصوص (1) كراهيته، و لكن مورده السؤال بعد الترويج.

و يكره التمتع بالزانيه كما سبق و ليس شرطا.

و أن يستمتع ببكر ليس لها أب بل مطلقا، فإنها عار على أهلها فإن فعل فلا يقتضها، و ليس ذلك محرما على الأشهر الأقوى، و قيل: يحرم إذا كان بغير إذن أبيها، و هو جيد لو استلزم الفساد، و الا فهو أحوط.

و لا حصر فى عددهن فله التمتع بما شاء منهن.

و يحرم أن يتمتع أمه على حره مطلقا و لو كانت متمتعاً بها إلا بإذنها فيصح على الأقوى.

و أن يدخل على المرأه بنت أخيها أو بنت أختها ما لم تأذن المرأه.

الثالث: المهر، و ذكره فى ضمن العقد شرط هنا فى الصحه إجماعا،

ص: ٣٥١

فيبطل بالإخلال به عمداً أو سهواً، بخلاف الدائم فليس فيه ركناً إجماعاً، ويشترط فيه الملكيه و العلم فيه بالمقدار و الكميّه.

و يكفي فيه المشاهده صحه فيما لا يكتفى فيه بها من المعاوضات الصرفيه بشرط الحضور، و مع الغيبه فلا بد من الوصف بما يرفع الجهاله.

و يتقدر بالتراضى بكل ما يقع عليه مما يتمول و لو بكف من بر على الأشهر الأظهر.

و لو لم يدخل بها و وهبها ما بقى من المده المضروبه كملا فلها النصف من المسمى، فتأخذه منه مع عدم الأداء و يرجع الزوج بالنصف عليها لو كان دفع المهر إليها، و لا رجوع فى هبه البعض و إيفاء الباقي مطلقاً و لو قسطاً. و المراد بهبه المرأه إبراء الذمه عنها.

ثم كل إذا لم يدخل بها و وهبها و إذا دخل بها استقر المهر فى ذمته كملا بشرط الوفاء بكمال المده أو هبته لها.

و مع فقد الشرطين كما لو أخلت بشيء من المده من دون هبه اختياراً قاصها من المهر بنسبه ما أخلت به من المده، بأن يبسط المهر على جميعها و يسقط منه بحسابه، حتى لو أخلت بها أجمع سقط عنه المهر، و يتصور ذلك بالإخلال بها قبل الدخول.

و لا فرق فى الحكم المذكور بينه و بين بعده، و يستثنى منه أيام الطمث. و فى إلحاق ما عداه من الاعذار من المرض و الخوف من ظالم و جهان، أو جههما العدم.

و يجوز تأخير المهر، و لا تجب المبادره إلى دفعه إليها بعد العقد على الأقوى، خلافاً لجماعه فأوجبوها، و هو أحوط و أولى.

و لو بان فساد العقد اما بظهور زوج أو عده، أو كونها محرمة عليه جمعا

أو عينا، أو غير ذلك من المفسدات فلا مهر لها ان لم يدخل بها مطلقا إجماعا.

و لو دخل بها فلها ما أخذت منه و تمنع ما بقى مطلقا فيهما، قليلا كان أو كثيرا، كانا بقدر ما مضى من المده و ما بقى منها أم لا، لكن بشرط جهلها بالفساد لا مطلقا على الأقوى.

و هنا أقوال آخر، منها: ان الوجه أنها تستوفيه أى المسمى جميعا مع جهالتها مطلقا، انقضت المده بكمالها أم لا، أخذت منه شيئا أم لا. و هو ضعيف جدا و على القولين بل الأقوال يستعاد منها مع الأخذ، أو لا تعطى شيئا مع العدم مع علمها.

و منها: ما اختاره المصنف بقوله: و لو قيل: بمهر المثل مع الدخول و جهلها و عدم المهر مع عدم الدخول أو علمها مطلقا كان حسنا أما الثانى فلإجماع، و أما الأول فلأنه الأصل فى كل عقد فاسد و وطئ شبهه قطعا، و هو جيد لو لا النص (1)المعتبر على القول الأول.

ثم ان قلنا بالمثل، فهل المراد به مهر المثل لتلك المده أو مهر المثل للنكاح الدائم؟ قولان، أجودهما: الثانى، فلو قبل بأقل الأمرين لم يكن بعيدا.

الرابع: الأجل، و هو أى ذكره شرط فى صحه العقد إجماعا.

و لا تقدير له شرعا بل يتقدر بتراضيهما عليه كائنا ما كان كالיום و السنه و الشهر و الشهرين، و لا فرق فى الزمان الطويل بين صورتى العلم بإمكان البقاء إلى الغايه و عدمه، و فى الزمان القصير بين إمكان الجماع فيه و عدمه.

و لا بد من تعيينه بأن يكون محروسا من الزيادة و النقصان، و فى اعتبار

ص: ٣٥٣

اتصال المده المضروبه بالعقد أم جواز انفصالها قولان، أجودهما: الثاني.

و عليه ففي جواز العقد عليها فى المده المتخلله بين العقد و مبدأ المده المشترطه أم العدم قولان، أجودهما: الأول إذا وقت المده المتخلله بالأجل المعقود عليه ثانيا و العده بالنسبه اليه، و الاحتياط هنا و فيما سبق سبيله واضح.

ثم كل ذا مع تعيين المبدأ، و مع الإطلاق ينصرف الى الاتصال على الأشهر الأظهر.

و لا يصح ذكر المره و المرات مجردة عن زمان مقدر لهما على الأشهر الأقوى.

و فيه روايه بل روايات (1) بالجواز و لكن فيها ضعف و شذوذ فإن القائل بها غير معروف، و يمكن حملها على صورته ذكرهما مع تقدير الزمان الذى هو ظرف لهما و الأجل للعقد، فإنه لا يجوز له الزيادة على العدد المشروط بغير اذنها، و لا يتعين عليه فعله قطعا.

و يجوز له الاستمتاع منها بعد استيفاء العدد المشترط بغير الوطاء، حيث يزيد الأجل على العدد فى جواز الوطاء بها حينئذ مع الاذن قولان، أشهرهما و أظهرهما: الأول.

و أما الأحكام فمسائل:

الأولى: الإخلال بذكر المهر مع ذكر الأجل يبطل العقد و لا ينقلب دائما هنا إجماعا.

و لو عكس ف ذكر المهر من دون الأجل ففيه أقوال، أشهرها أنه ينقلب دائما و قيل: يبطل كالسابق و هو الأقوى و فاقا لجماعه.

ص: ٣٥٤

هذا مع توافقهما على قصدهما التمتع أو كان من الخارج معلوما، و إلا فما عليه الأكثر متعين في ظاهر الشرع دون نفس الأمر.

الثانية: لا حكم للشروط إذا كانت قبل العقد مطلقا سائغه كانت أم لا إجماعا، وكذا إذا كانت بعده.

و تلزم لو ذكرت فيه إذا كانت سائغه و لم يجب ذكرها بعد العقد ثانيه.

الثالثة: يجوز لكل منهما اشتراط إتيانها ليلا أو نهارا أو وقتا دون وقت آخر، أو تمتعا مخصوصا لا مطلقا إجماعا و أن لا يطأها في الفرج.

و يجوز إتيانها في الوقت المستثنى مع الرضا على الأقوى، وفاقا لجماعه و منهم المصنف بقوله: و لو رضيت به أى بالوطى بعد العقد جاز و لعله الأشهر بين الأصحاب.

و يجوز العزل عنها و لو من دون إذنها إجماعا.

و يلحق به الولد مع الإمكان و ان عزل و كذا فى كل وطئ صحيح، فإن المنى سباق و الولد للفراش، و ظاهرهم الوفاق عليه، و لكن لو نفاه انتفى و لم يحتج الى اللعان هنا مطلقا و لو لم يعزل، و ليس له النفى إلا مع العلم بالانتفاء مطلقا و ان عزل أو اتهمها أو ظن الانتفاء.

الرابعة: لا يقع بالمتعه طلاق إجماعا بل تبين بهبه المده أو بانقضائها و لا لعان على الأظهر الأشهر فى القذف و نفى الولد، و فى الغنية الإجماع.

و يقع الظهار على الأشهر الأقوى، و تردد فيه المصنف دون بحثه فحكم بالوقوع ثمه بدونه.

الخامسة: لا يثبت بالمتعه ميراث بينهما مطلقا اشترط الثبوت أو العدم أم لا كما عن الأكثر.

و قال المرتضى: انه يثبت التوارث بينهما مطلقا ما لم يشترط

السقوط و هو ضعيف جدا.

نعم لو شرط الميراث بينهما لزم الشرط و توارثا على الأقوى، وفاقا لكثير من الأصحاب، حتى كاد أن يكون بينهم مشهورا، و عليه فان اشترطاه لهما فعلى ما اشترطاه أو لأحدهما، احتمال كونه كذلك و البطلان، و الأول أقوى.

السادسه: إذا انقضى أجلها أو وهب و كانت مدخولا بها غير يائسه، و جب عليها العده منه لغيره دونه، حره كانت أو أمه إجماعا، و قد اختلف في قدرها على أقوال أربعه:

منها ما أشار إليه بقوله: فالعده من انقضاء الأجل أو هبته دون الوفاه حيضتان كاملتان على الأشهر الأقوى، و هو مع ذلك أحوط و أولى، هذا إذا كانت ممن تحيض.

و ان كانت ممن تحيض و لكن لم تحض لآفه ف عدتها خمسه و أربعون يوما إجماعا.

و لو مات عنها و هي حره حائل ففى مقدار العده فيها روايتان (1)، أشبههما و أشهرهما أنها أربعه أشهر و عشره أيام مطلقا مدخولا بها كانت أم لا، و الروايه الثانيه أنها شهران و خمسه أيام، و عليها جماعه من القدماء. و إذا كانت حاملا فأبعد الأجلين إجماعا.

السابعه: لا يصح تجديد العقد عليها مطلقا دائما كان أو منقطعا قبل انقضاء الأجل على الأشهر الأقوى.

و لو أراد العقد عليها دائما أو منقطعا و هبها ما بقى من المده و استأنف العقد و ليس عليها منه عده.

ص: ٣٥٤

إشارة

(في نكاح الإماء و العبيد)

و النظر فيه اما فى العقد و اما فى الملك:

النظر الأول فى العقد

إشارة

أما العقد: فليس للعبد و لا للأمة أن يعقدا لأنفسهما نكاحا مطلقا ما لم يأذن المولى.

و لو بادر أحدهما فعقد لنفسه بغير إذنه ففى وقوفه على الإجازة و صحته معها أو العدم و البطلان رأسا قولان، و لكن وقوفه على الإجازة أشبه و أشهر، و هى كاشفه عن الصحة من حين الصيغه، كغيره من العقود الفضولية خلافا للنهايه (١) فكصيغه مستأنفه.

و ظاهر النص (٢) الاكتفاء فى الإجازة بالسكوت، كما عن الإسكافى و صرح به جماعه، و لا بأس به، إلا أن مراعاة الألفاظ الصريحه فيها أحوط و أولى.

و لو أذن المولى ابتداء أو أخيرا ثبت فى ذمه مولى العبد المهر و النفقه على الأشهر الأقوى، خلافا لأحد قولى الشيخ تعلقه بكسب العبد، و عن العلامة احتمال تعلقه برقبه العبد، و هما ضعيفان.

و يثبت لمولى الأمة المهر بلا خلاف.

و لو تزوج عبد بأمة غير مولاه ف لم يأذنا أو إذنا معا فالولد ان حصل لهما بينهما نصفين.

و لو أذن أحدهما كان الولد للآخر الذى لم يأذن فى ظاهر الأصحاب، فإن تم إجماعا كما فى ظاهر المسالك، أو وجد نص كما يظهر عن

ص: ٣٥٧

١-١) النهايه ص ٤٧٦.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٤-٥٢٥، ب ٢٦.

بعض، و الافيه اشكال. و أولى به ما لو اشترك أحد الزوجين بين اثنين، فاذن مولى المختص أو أحد الشريكين أو تعدد مولى كل منهما، فإنه خارج عن موضع النص المدعى و الفتوى، و اشتراك الجميع دون الاختصاص بمن لم يأذن لعله هنا أقوى.

و ولد المملوكين رق لمولاهما.

و لو كانا لاثنين ف قد عرفت أن الولد بينهما بالسويه و لكن لا مطلقا بل ما دام لم يشترط أحدهما الانفراد بالولد أو بأكثره، و الا فعلى ما اشترط.

و إذا كان أحد الأبوين أى الزوج و الزوجه حرا فالولد حر مطلقا على الأشهر الأقوى، بل كاد أن يكون إجماعا. و لا فرق بين الولد المعقوده و المحلله الا- أن يشترط المولى على الحر رقيته أى الولد، فيجوز و يصير رقا على قول مشهور بين الأصحاب ضعيف المأخذ، و لعله لذا تردد المصنف فى الشرائع (1) ظاهرا و هنا صريحا.

ثم على تقدير اشتراط رقيته فى العقد أو التحليل، و قلنا بعدم صحه الشرط هل يحكم بفساد العقد أم يصح و يبطل الشرط خاصة؟ و جهان، و أولى بعدم الصحه لو قلنا به لو كان تحليلا. و على هذا لو دخل مع فساد الشرط و حكمنا بفساد العقد كان زانيا مع علمه بالفساد و انعقد الولد رقا كظائره. نعم لو جهل الفساد كان حرا للشبهه، و ان قلنا بصحه الشرط لزم العقد به و لم يسقط بالإسقاط بعد العقد مع احتمالاه تغليبا للحريه، و لا يخلو عن قوه.

و لو تزوج الحر أمه من غير اذن مالكها، فإن وطئها قبل الإجازة عالما بالحرمة و لا شبهه فهو زان و الولد رق للمولى و عليه الحد بموجب الزنا،

ص: ٣٥٨

كما أن عليها ذلك لو علمت بالحرمة ولا شبهه.

و كذا عليه المهر اتفاقا ان كانت جاهله بالحكم أو موضوعه،و كذا ان كانت عالمه على ما يقتضيه إطلاق العبارة و ظاهر جماعه،خلافًا لآخرين فلا شيء لها لكونها بغيا،و الأجود أن عليه العشر مع البكاره و نصفه مع الثيبوبه وفاقا لابن حمزه.

و يسقط عنه الحد لو كان جاهلا- بالحكم أو الموضوع بالشبهه الدارئة و لا تحد الأمه لو كانت كذلك دون المهر فيثبت مع جهلها اتفاقا،و هل هو المسمى أو المثل أو العشر أو نصفه؟أقوال،أجودها الأخير،و كذا مع علمها على الاختلاف المتقدم قريبا و يلحقه الولد إجماعا و عليه قيمته يوم سقط حيا للمولى.

هذا كله مع عدم اجازة المولى العقد،أو معها و قلنا بأنها مصححه للعقد من حينها،أما لو قلنا بأنها كاشفه- كما هو الأشهر الأقوى- فيلحق به الولد مطلقا، و يسقط عنه الحد و ان كان قد وطئ محرما فى صوره العلم فيلزم التعزير و يلزم المهر المسمى.

و كذا يسقط عنه الحد و يلزمه المهر و يلحق به الولد مع قيمته يوم ولد حيا لو ادعت الحريه فتزوجها على ذلك مع جهله بالحال،و لا ريب فى سقوط الحد عنه.و كذا عنها ان كانت جاهله.

و أما لزوم المهر فهو ظاهر إطلاق الأصحاب،بل ادعى بعضهم إجماع المسلمين و لم يفرقوا هنا بين كونها جاهله أو عالمه،و اختلفوا فى تقديره بالمسمى أو المثل أو العشر و نصفه على أقوال،أجودها الأخير كما مضى،لروايه صحيحه أشار إليها بقوله:

و فى روايه (١): يلزمه بالوطى عشر القيمه ان كانت بکرا، و نصف العشر ان كانت ثيبا و حملها على ما إذا طابق أحد الأمرين المثل أو المسمى بعيد جدا.

و ظاهر التشبيه فى العبارة حرية الولد تبعا لأبيه، كما فى المسأله السابقه و عليه جماعه، خلافا لآخرين فاختروا فيه الرقيه، و الجمع بين الروايات المختلفه بهذا تاره و بالحرية أخرى يقتضى المصير إلى الحرية مع قيام البينه حين التزويج بما ادعته من الحرية و الرقيه مع عدمه، و اليه ذهب الشيخ فى النهايه (٢) و القاضى و ابن حمزه.

و لو أولدها أولادا فكهم بالقيمه يوم السقوط حيا و جوبا، و وجب على مولى الجاربه قبولها و دفع الولد بها قولاً واحداً، و لا تظهر ثمره الخلاف المتقدم هنا، بل فيما لو لم يدفع القيمه لفقر و غيره، فعلى القول بالحرية يبقى ديناً فى ذمته و الولد حر، و على القول الأخير يتوقف الحرية على دفع القيمه.

و لو عجز عن القيمه سعى فى قيمتهم و جوبا، بلا- خلاف بين القائلين بالرقيه كما قيل، و كذا عند بعض القائلين بالحرية، للموثقه (٣) الصريحه فى ذلك و العمل بها متجه على القول الأول بل مطلقاً، و لكن الاحتياط لا يخفى.

و لو أبى الأب عن السعى قيل: انه يفديهم الامام عليه السلام كما فى الموثقه (٤)، و القائل الشيخ و ابن حمزه.

و أجاب عنها المصنف بأنه فى المستند ضعف و ليس كذلك بل

ص: ٣٦٠

١-١) وسائل الشيعه ١٤-٥٣٧، ح ١.

٢-٢) النهايه ص ٤٧٧.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٤-٥٧٩، ح ٥.

٤-٤) وسائل الشيعه ١٤-٥٧٩، ح ٥.

هو موثق كما عرفت، فالعمل بها موجه، وليس فيها بيان لما يفكك به الامام عليه السلام أهي من سهام الرقاب كما عليه القائلان، أم من بيت المال كما عليه العلامة، وهو أوفق بالأصول المقرره على تقدير القول بالحرية، لكونه معدا لمصالح المسلمين والمقام منها.

و لو لم يدخل بها فلا مهر.

و لو تزوجت الحره عبدا مع العلم منها بالرقية و الحرية فلا مهر لها و لو مع الدخول و ولدها رق لمولى العبد، و فى ثبوت الحد وجهان و مع الجهل منها و لو بأحد الأمرين يكون الولد حرا تبعا لا شرف الأبوين و لا يلزمها قيمه الولد.

و يلزم العبد مع الدخول مهرها المثل دون المسمى ان لم يكن فى تزويجه بها مأذونا من المولى فيتبع به إذا عتق و مع الإجازة فالمسمى قطعا و فى السابق أيضا، و فى سقوط الحد ان أوجبناه فيه و لحوق الولد معها وجهان مبنيان على أنها كاشفه أم ناقله، و الحكم بالحرية للولد هو الأشهر الأظهر، خلافا للمفيد فحكم بالرقية مطلقا و لو هنا، لروايه (1) ضعيفه السند بالجهالة، و ضعيفه الدلاله بعدم الصراحه.

و لو تسامح المملوكان و زنيا فلا مهر و الولد رق لمولى الأمه اتفاقا هنا كما حكى.

و كذا الحكم لو زنى بها أى بالأمه المملوكه للغير الحر بغير إشكال، إلا فى نفى المهر فقد قيل: بثبوت العقر هنا، و هو أحوط و أولى.

و لو اشترى الحر المتزوج بأمه بين شريكين بإذنهما نصيب أحد

ص: ٣٤١

الشريكين من زوجته بطل العقد رأساً، فيحرم عليه الوطء مطلقاً.

و لو أمضى الشريك الآخر المالك العقد فإنه لا يحل وطؤها على الأشهر الأقوى و قيل: بالحل مع الإمضاء، و هو ضعيف جداً إذا وقع الرضا بالوطى بإمضاء العقد السابق.

و أما مع وقوعه بالتحليل المتجدد ففيه روايه (١) بالحل، ليس فيها ضعف بل هي صحيحه مرويه فى الكتب الثلاثه، فالقول بمضمونها متجه وفاقاً للحلى و جماعه، خلافاً للأكثر كما قيل، فالمنع كما سبق و هو أحوط.

و كذا لو كان بعضها أى الأمه المملوكه نصفها لزوجها أو غيره حرام فيحرم عليه وطؤها مطلقاً، لأن الحر لا يستباح بملك البعض، و لا بالعقد الدائم اتفاقاً لتبعض السبب، و لا بالمنقطع لذلك، و لا بالتحليل للإجماع، و الصحيح (٢) صريح.

و لو هأياها مولاها على الزمان، ففي جواز العقد منه عليها متعه فى زمانها تردد من لزوم تبعض السبب، فإنها لم تخرج بالمهاياه عن كون المولى مالكا للبعض، على أن منافع البضع لا يتعلق بها المهاياه، و الا يحل لها المتعه بغيره فى أيامها، و هو باطل اتفاقاً كما فى المسالك و غيره و من الصحيح الصريح أشبهه عند الماتن المنع و هو أشهر و أحوط، و ان كان الجواز لعله أظهر وفاقاً لجمع.

و يستحب على الأشهر لمن زوج عبده أمته أن يعطيها شيئاً من ماله أو من مال العبد، خلافاً لجماعه فأوجبوا الإعطاء، و هو أحوط ان لم يكن أظهر.

ثم المستفاد من جمله من النصوص (٣) المعتبره أنه يكفى فى تزويج عبده لأمته مجرد اللفظ الدال على الاذن فيه، و لا يشترط قبول العبد و لا المولى لفظاً.

ص: ٣٦٢

١-١) وسائل الشيعه ١٤-٥٤٥، ح ١.

٢-٢) نفس المصدر.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٤-٥٢٥، ب ٢٦.

وقيل: يعتبر القبول من العبد. وقيل: من المولى. واعتبارهما أحوط و أولى.

و على المختار ينبغي الاقتصار فى لفظ الإيجاب على قوله «أنكحتك» وفاقا للعلامه، خلافا للحلى فاكتفى بكل ما يدل على الإباحه.

و لو مات المولى المزوج أحدهما من الآخر كان للورثه الخيار فى الإجازه و الفسخ، و لا خيار فى ذلك للأمه و لا للعبد قطعاً.

الكلام فى الطوارئ ثلاثه

ثم الكلام فى الطوارئ و مفسدات نكاح المماليك و الجوارى ثلاثه:

العتق، و البيع، و الطلاق.

أما العتق

أما العتق: فإذا أعتقت الأمه التى زوجها مولها قبل العتق تخيرت فى فسخ نكاحها مطلقاً كان العتق قبل الدخول أو بعده إذا كانت تحت عبد إجماعاً.

و كذا ان كان زوجها حراً على الأشهر الأظهر سيما إذا كانت مكرهه و استمر.

و الخيار هنا على الفور اتفاقاً، كما فى كلام جمع. و لو أخرت الفسخ لجهلها بالعتق أو الخيار، فالظاهر عدم سقوطه، كما قطع به الأصحاب. و فى الجهل بالفوريه و جهان، و لعل الأقوى عدم السقوط، و كذا لو نسيت أحدهما.

و الظاهر أنه تقبل دعواها الجهل أو النسيان مع اليمين بشرط الإمكان فى حقها و لو أعتق بعضها فلا خيار لها.

و لو كانت صغيره أو مجنونه، ثبت لها الخيار عند الكمال. و ليس للولى هنا تولى الاختيار، و للزوج الوطاء قبله، و كذا القول قبل اختيارها و هى كامله، حيث لا ينافى الفوريه، كما لو لم يعلم بالعتق.

و لا خيره للعبد إذا عتق فى فسخ نكاحه مطلقاً و لو كان نكاحه مكرهاً- على الأشهر الأقوى و لا لزوجه مطلقاً و ان كانت حره.

و كما تتخير الأمه بعقتها فيما مضى كذا تتخير الأمه لو كانا أى هى مع زوجها لمالك واحد أو مالكين مطلقا بالتشريك كانا أم لا فأعتقا معا مقارنا كان عتقهما أم لا، بشرط عدم ما ينافى الفوريه قطعا أو أعتقت هى خاصه بلا خلاف فيهما.

ولا- يجوز للمولى أن يتزوج بأمته بمهر مطلقا اتفقا، إلا- فى صوره واحده إجماعيه، و هى أن يتزوجها و يجعل العتق صداقها فيقول: قد تزوجتك و أعتقتك و جعلت مهرك عتقك.

و يشترط فى صحه هذا التزويج تقديم لفظ التزويج على العتق فى العقد كما عبرنا فى المثال.

و قيل: يشترط تقديم العتق على التزويج، فيقول: أعتقتك و تزوجتك و جعلت صداقك عتقك و القائل الشيخان، و مستند القولين شاذ و ضعيف، و الأظهر جواز الأمرين وفاقا لأكثر المتأخرين و لو احتيط بالأشهر كان أجود، لقوه الشبهه فيه دون القول الآخر.

و فى وجوب قبول الأمه بعد تمام الصيغه أم العدم قولان، أجودهما: الثانى وفاقا للأكثر، و لكن الأحوط الأول.

ثم ان ظاهر إطلاق النصوص (1) و الفتاوى الاكتفاء فى عتق الممهوره به، بذكره فى الصيغه بغير لفظ الإعتاق، كقوله: جعلت عتقك صداقك.

و قيل: باعتبار لفظ الإعتاق و نحوه من الألفاظ الصريحه فى العتق. و هو أحوط.

و حيث كان الحكم فى هذه الصوره مخالفا للأصول المقرره، و جب الاقتصار فيها على القدر المتيقن من النص و الفتوى، و هو عتقها أجمع لا بعضها.

ص: ٣٦٤

و أم الولد للمولى رق له إجماعاً و لكن ان كان ولدها باقيا تشبثت بذيل الحرية فى الجملة.

و لو مات الولد فى حياه أبيه جاز بيعها لعودها إلى الرقيه المحضه.

و تعتق بموت المولى من نصيب ولدها من نفسها ان و فى بها، أو منها و من غيرها من التركة ان كان مع عدم الوفاء.

و لو عجز النصيب له منها و من أصل التركة عن فكها كلا سعت هى خاصه فى فك المتخلف منها.

و لا- يلزم الولد شراؤه و فكه من ماله من غير التركة، خلافا للمبسوط (١) فأوجبته، و لا السعى فى فكه مع عدم المال على الأشبه الأشهر هنا و فى السابق، خلافا لابن حمزه فأوجب السعى عليه.

و تباع مع وجود الولد فى ثمن رقبته إذا لم يكن للمولى مال غيرها بلا خلاف عندنا مع وفاه المولى، و كذا مع حياته على الأشهر الأقوى.

و لو اشترى الأمه نسيئه فأعتقها و تزوجها و جعل عتقها مهرها فحملت ثم مات و لم يترك ما يقوم بثمنها فالأشبه الأشهر أن العتق لا يبطل و كذا الترويح و لا يرق الولد.

و قيل: تباع فى ثمنها و يكون حملها كهيئتها فى الرقيه، و القائل الشيخ و الإسكافى و القاضى لروايه (٢) هشام بن سالم الصحيحه، و هى مخالفه للأصول القطعيه المعتضده بالشهره، فلتكن مطروحه أو مأوله.

أما البيع

و أما البيع: فإذا بيعت الأمه ذات البعل حرا كان أو عبدا، كان لمالك أو مالكين بينهما أو بالانفراد تخير المشتري مطلقا فى الإجازة

ص: ٣٤٥

١-١) راجع النهايه ص ٥٤٧.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٦-٣٠، ب ٢٥.

للنكاح السابق و الفسخ مطلقا، كان البيع قبل الدخول أم بعده إجماعا تخيرا على الفور بلا خلاف، الا مع الجهل بالخيار فله ذلك بعد العلم به على الفور بغير خلاف. و فى إلحاق الجهل بالفوريه به قولان، و الأصل يقتضى الأول، و الثانى مقتضى إطلاق النص (١)، و هذا أحوط.

و كذا لو بيع العبد و تحته أمه فالمشترى الخيار فى فسخ النكاح و إبقائه.

و كذا قيل: يتخير المشتري لو كان تحته حره، لروايه (٢) فيها ضعف لكنها مجبوره بالشهره، و بإطلاق بعض الاخبار، و بالتعليل فى جملة من المعتبره خلافا لجماعه فقالوا: انه لا خير له.

ثم ان ظاهر الحكم بالخيار للمشتري فى العبد و الأمه إذا كان الآخر رقا اختصاص الخيار بالمشتري، فليس للآخر اعتراض، و هو أحد القولين فى المسأله و أشهرهما و أظهرهما خلافا لجماعه.

و لو كانا أى المملوكان المزوج أحدهما من الآخر لمالك واحد فباعهما لاثنين بالتشريك أو الانفراد فلكل واحد منهما الخيار فان اتفقا على الإبقاء لزم، و لو فسخا أو أحدهما انفسخ.

و كذا لو باع المالك الواحد لهما أحدهما لم يثبت العقد بل مترلزل ما لم يرض كل واحد منهما بالنكاح، أى كل من المشتري و البائع.

و يملك المولى للأمه المهر لها بالعقد، فان دخل الزوج استقر به و لا يسقط لو باع بعده مطلقا، إجازة المشتري أم لا، هذا فى الدائم، و يشكل فى المنقطع لتوزع المهر على البضع، و توقف استحقاقها أو المولى منه على

ص: ٣٦٦

١- ١) وسائل الشيعه ١٤-٥٥٥، ب ٤٨.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٤-٥٧٤، ح ٤.

استيفاء القدر المقابل له، ومقتضاه كونه بإزاء البضع شيئاً فشيئاً، فاستحقاق المولى تمام المهر لا وجه له مطلقاً، مع عدم استيفاء البضع بفسخ المشتري، أو مع الاستيفاء و عدم فسخ المشتري و إمضائه، بل ينبغي أن لا يكون له الا ما قابل البضع المستوفى فى ملكه، و أما الباقي فينبغى أن لا يستحقه أحد أصلاً على الأول، أو يأخذه المشتري خاصة على الثانى، و لعل مرادهم الدائم خاصة.

أما لو باع قبل الدخول سقط المهر ان لم يجز المشتري، لأنه بمنزله الفسخ و قد جاء من قبل المستحق له و هو المولى، فلا شىء له منه قطعاً، قبض منه شيئاً أم لا، و يسترد منه الزوج مع القبض فى المشهور، خلافاً للمبسوط فأطلق أنه ان قبض المهر كان له النصف ورد النصف، لان البيع طلاق كما فى النصوص (1)، و الأول أظهر.

و ان أجاز المشتري كان المهر له، لأن الإجازة كالعقد على الأشهر بين من تأخر، و قيل: يحتمل قويا القول بكون المهر للأول، و يؤيده اتفاق الأصحاب على أن الأمه المزوجه لو أعتقت قبل الدخول فأجازت العقد يكون للسيد المهر، و الحكم فى إجازة الأمه بعد العتق و اجازة المشتري واحد.

و فى المسألة أقوال آخر مشتركه فى الضعف، و الاحتياط فيها لا يترك.

أما الطلاق

و أما الطلاق: فإذا كانت زوجة العبد التى تزوجها بإذن السيد ابتداء أو أخيراً حرة أو أمه لغير مولاه فالطلاق بيده، و ليس لمولاه إجباره عليه على الأشهر الأقوى، نعم الأحوط و جوب استيذان العبد من مولاه.

و لو كانت زوجة العبد أمه لمولاه المزوج لها منه كان التفريق الى المولى إجماعاً.

و لا يشترط فى الفراق لفظ الطلاق بل يكفى فيه كل ما دل عليه من

ص: ٣٦٧

الأمر بالاعتزال و الافتراق. و لو أتى بلفظ الطلاق انفسخ النكاح، لكنه لا يعد طلاقا شرعيا و لا يلحقه أحكامه ظاهرا مطلقا.

النظر الثاني: في الملك، و هو نوعان:

اشاره

النظر الثاني: في بيان جواز استباحه الرجل بضع المرأه ب الملك، و هو نوعان:

الأول: ملك الرقبه

الأول: ملك الرقبه و هو موضع وفاق و لا حصر في عددن ب النكاح به ما دامت في العقد و العده إجماعا، و في تخصيص الاستباحه بالرجل إشاره إلى عدمها للمرأه، و هو إجماع.

و إذا زوج أمته من عبده أو غيره حرمت عليه به وجوه الاستمتاع منها وطئا و لمسا و نظرا إليها بشهوه ما دامت في العقد مطلقا، و بدونها فيما عدا الوجه و الكفين كما أطلقه جماعه، بل قيل: إجماعا، و هو أحوط و أولى. قبل:

و في معنى الأمه المزوجه المحلل وطئها للغير.

و لو حلل منها ما دون الوطء، ففي تحريمها بذلك على المالك نظر، و مقتضى الأصول العدم. ثم غايه التحريم في المقامين خروجها من النكاح و العده، سواء كانت بائنه أو رجعيه.

و ليس للمولى انتزاعها منه أى من الزوج إذا لم يكن عبده مطلقا (1) بغير خلاف و لو باعها تخير المشتري دونه.

و لا يحل لأحد الشريكين وطئ الأمه المشتركه بينهما، الا بتحليل أحدهما للآخر فيحل على الأظهر كما مر.

و يجوز ابتياع ذوات الأزواج اللواتي هن من أهل الحرب و يدخل فيهم أهل الذمه إذا لم يقوموا بشرائط الذمه و أبناءهم و بناتهم من أزواجهن أو آبائهن، و غيرهم من أهل الضلال السابين لهم بغير خلاف.

ص: ٣٤٨

و لو ملك الأمه بأحد الوجوه المملكه لها،وجب عليه الاستبراء مع عدم العلم بعدم الوطء المحرم مطلقا كان عالما به أم لا،إلا في صور مضى أكثرها في بحث البيع،و بقى منها ما لو تملكها فأعتقها فظاهر الأصحاب أنه لو فعل ذلك حل له وطؤها بالعقد و التزويج بعده و ان لم يستبرئها و عليه الوفاق في المسالك،للنصوص (1)،و إطلاقها كالمتن و كلام الأكثر يقتضى عدم الفرق بين العلم بالوطى المحرم و عدمه مطلقا،وقيده جماعه بما عدا الأول و أوجبوا فيه الاستبراء،و هو أحوط و أولى.ثم مقتضى إطلاقها أيضا عموم الحكم لصورتى دخوله بها و عدمه،مضافا الى الصحيحين فى الأول،و استفاد من الصحيح و غيره أفضلية الاستبراء مطلقا،و عليه فتوى الأصحاب.

و لكن لا- تحل لغيره إذا أراد أن يزوجه منهن حتى تعتد كالحره و لا فرق بين العلم بوطء المولى لها أو الجهل بها،و يشكل فى صوره العلم بعدم وطئه لها،وقد حكم جماعه بأن لا- عده لها هنا،و هو حسن مع العلم بعدم وطئه لها و لا من انتقلت منه إليه أصلا،و يشكل كل فيما عداه و هو العلم بوطء الثانى لها و عدم الاستبراء،بل يتعين عليه الاستبراء و لكنه غير العده كما فى النص (2)و العبارة، و لكن مراعاتها مطلقا كما يقتضيه إطلاقهما لعله أحوط و أولى.

و يملك الأب مطلقا موطوءه ابنه كذلك و ان حرم عليه وطؤها، و كذا الكلام فى الابن إجماعا و قد مضى.

النوع الثانى:ملك المنفعه

النوع الثانى: من نوعى جواز النكاح ب ملك المنفعه خاصه بتحليل الأمه دون الهبه و العاريه،بشرط كون التحليل من المالك و لمن يجوز له التزويج بها،و كونه مؤمنا فى المؤمنه و مسلما فى المسلمه،و كونه كتابيا لو كانت

ص: ٣٦٩

١-١) وسائل الشيعه ١٤-٥١٤،ب ١٦.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٤-٥١١،ب ١٣.

كافره، و غير ذلك من أحكام النسب و المصاهره و غيرها.

و خلاف في اعتبار صيغته و هي قسمان وفاقه و خلافه، فالأول أن يقول: أحللت لك وطأها، أو جعلتك في حل من وطنها، و لم يتعدهما الشيخ و اتباعه و المرتضى و أكثر الأصحاب.

و لكن اتسع آخرون فجوزه بلفظ الإباحه أيضا، و هو القسم الثاني، و الأول أحوط و أولى ان لم يكن أقوى، و على الثاني قيل: كفى أذنت و تسوغت و ملكت و وهبت و نحوها.

و منع الجميع لفظ العاريه فلا يجوز التحليل به اتفاقا.

و هل هو أى التحليل إباحه مختصه و تمليك منفعه كما هو المشهور أو عقد متعه كما قال به علم الهدى قولان، أصحابهما: الأول، ف هو ليس ب عقد متعه و لا دوام، لتوقف الأول على المهر و الأجل المنتفين هنا وفاقا للخصم، و توقف رفع الثاني على الطلاق في غير الفسخ بأمور محصوره ليس هذا منها، و لزوم المهر فيه بالدخول و غير ذلك من لوازمه المنتفيه هنا وفاقا للخصم.

و على القولين كما قيل لا بد من القبول، و النصوص (1) خاليه من اعتباره، و مع ذلك عن الأكثر عدم اعتباره، و عن الحل ما يدل على تفرع ذلك على مذهب المرتضى، فالوجه العدم و ان كان الاعتبار أحوط.

و في جواز تحليل أمته لمملوكه أو مملوك غيره أيضا تردد و اختلاف و لكن مساواته أى العبد للأجنبي في جواز تحليل المولى أمته له أشبه و ان كان الاقتصار في تزويج المولى عبده أمته على نحو قوله «أنكحتك فلانه» و اعطاءها شيئا من قبله أحوط و أولى.

ص: ٣٧٠

و لو ملك بعض الأمه التي هي في البعض الآخر حره فأحلت نفسها له لم يصح كما مر.

و في جواز تحليل الشريك حصته منها لشريكه تردد و اختلاف و قد مر أن الوجه الجواز و أن المنع كما عليه الأكثر أحوط.

و لا يستبيح الا ما يتناوله اللفظ عرفا.

فلو أحل له التقبيل أو النظر أو غير ذلك من مقدمات الوطء اقتصر عليه و لم يحل له الوطء و لا الآخر مما لا يتناوله اللفظ أو غير ذلك من المقدمات و كذا لو أحل له اللمس خاصة اقتصر عليه.

و لكن لو أحل له الوطء حل له ما دونه من المقدمات لشهادته الحال و عدم انفكاكه عنها غالبا، و لا موقع له بدونها.

و لو أحل القبلة فهل يدخل فيه اللمس بشهوه؟ نظر و العدم أحوط ان لم يكن أظهر.

و لو أحل الخدمه منها لم يتعرض للوطى و لا يستبيحه بذلك و كذا لا تستبيح الخدمه بتحليل الوطء له خاصة.

و ولد المحلله من العبد ان جوزنا التحليل له رق إجماعا، و من الحر مع اشتراطه الحرية حر كذلك، و مع العدم رق مع اشتراط الرقيه ان قلنا بصحته، و الا فكالاطلاق، و فيه الخلاف، و الأصح الأشهر أنه كالأول.

فإن شرط الأب في العقد الحرية، فلا- سبيل لمولى الجارية على الأب من جهة القيمة إجماعا. و ان لم يشترط ذلك ففي إزمه قيمه الولد روايتان (1)، أشبههما و أشهرهما أنها لا تلزم و الأخرى أنها تلزم، و هو أحوط.

و لا بأس بأن يطأ الأمه و في البيت غيره و ربما قيل: بالكراهه هنا في

ص: ٣٧١

الجملة أو مطلقا، ولا بأس به مسامحة في أدلتها و للخبر (1)و أن ينام بين أمتين.

و يكره كل من الأمرين في الحرائر، وكذا يكره وطئ الفاجره الزانية و من ولدت من الزنا و لا يحرم على الأظهر.

و يلحق بالنكاح النظر في أمور خمسة:

اشاره

و يلحق بالنكاح النظر في أمور خمسة:

النظر الأول

اشاره

(في العيوب)

المجوزه للفسخ لأحد الزوجين، إذا حصل منها في الآخر.

و البحث فيه في أقسامها و أحكامها:

عيوب الرجل المسلمه زوجته على فسخ نكاحها أربعه:

الجنون المطبق و الأدوارى الذى لا يعقل معه أوقات الصلاه إجماعا، كما يظهر من جمع. و كذا الذى يعقل معه أوقات الصلاه مطلقا، كان قبل العقد أو تجدد بعده مطلقا، على الأشهر الأقوى فى الأول، بل كاد أن يكون إجماعا و صرح به بعض أصحابنا، خلافا لابن حمزه فأطلق اشتراط عدم التعقل، و هو أحوط. و على قول فى الأخير، خلافا لأكثر القدماء، و هو الأقوى.

و الخصاء بكسر الخاء و المد، و هو سل الأثنين و إخراجهما، و الخيار به ثابت مطلقا و ان أمكن الوطاء، على الأشهر الأقوى، خلافا للشيخ فى صورته الإمكان فنفاه، و هو أحوط و أولى. و على المختار ينبغى تقييده بالخصاء السابق على العقد دون المتجدد بعده، فلا يثبت به الخيار مطلقا و لو تجدد قبل الدخول على أصح الأقوال.

ص: ٣٧٢

و فى حكم الخضاء الوجود بالكسر و المد، و هو رض الأثنىين، بل قيل:

انه من أفرادة و حكى عن بعض أهل اللغة، و هو حسن ان تم القول، و الا فالإقتصار على الأصل حسن.

و العنز و هو على ما حكى عن الأصحاب: من يعجز عن الإيلاج، لضعف الذكر عن الانتشار، من دون تقييد بعدم اراده النساء. و ربما يوجد فى كلام بعض أهل اللغة اعتباره، و ظاهر النصوص (١) الأول.

و إطلاقها بالخيار يشمل صورته تقدم العيب على العقد و تجدده بعده، قبل الدخول أو بعده، و على الأول الإجماع، و فى البواقي خلاف و سيأتى.

و الجب و هو قطع الذكر كلاً أو بعضاً، بحيث لا يبقى معه قدر الحشفه و لو بقى فلا خيار إجماعاً. و ثبوت الخيار بغيره هو الأظهر الأشهر، بل كاد أن يكون إجماعاً، و عن المبسوط (٢) و الخلاف (٣) نفى الخلاف عنه. و الأشهر ثبوت الخيار به مطلقاً و لو تجدد بعد العقد بل الدخول، و قيل: باختصاصه بقبل العقد. و هو أحوط ان لم نقل بكونه أظهر.

ثم ان حصر عيوبه فى الأربعة هو الأشهر الأظهر، خلافاً للقاضى فرد بالجذام و البرص و العمى. و للإسكافى فرد بها و بالعرج و الزنا، و وافقهما الشهيد الثانى فى الأولين، و فى مستنده ضعف.

و عيوب المرأة سبعة: الجنون و هو فساد العقل المستقر الغير المستند الى السهو السريع الزوال و الإغماء العارض مع غلبه المره.

و الجذام بضم الجيم، و هو مرض يظهر معه يبس الأعضاء و تناثر اللحم

ص: ٣٧٣

١-١) و سائل الشيعه ١٤-١٠، ب ١٤.

٢-٢) المبسوط ٤-٢٥٢.

٣-٣) الخلاف ٢-٣٩٧.

بشرط التحقق بظهوره على البدن، أو شهاده عدلين، أو تصادقهما عليه. لا- مجرد ظهور اماراته من تعجر الوجه و احمراره أو اسوداده و استداره العين و كمودتها إلى حمرة و ضيق النفس و بحة الصوت و نتن العرق و تساقط الشعر، فإنها قد تعرض من غيره.

و البرص و هو البياض أو السواد الظاهران على صفحة البدن، لغلبه البلغم أو السوداء، و يعتبر منه المتحقق دون المشتبه بالبهق و غيره.

و القرن بسكون الراء و فتحها، قيل: و هو عظم كالسن في الفرج يمنع الوطاء. و لو كان لحما فهو العفل بتحريك الراء. و في اتحادهما أو تغايرهما خلاف و الأشهر الأظهر الأول، بل يستفاد من التعليل الوارد في النص (١) دوران الحكم مدار عدم إمكان الوطاء أو عسره، حيثما تحقق في قرن أو عفل أو رتق، فلا ثمره للخلاف هنا، و الأحوط مراعاة عدم الإمكان دون العسر، كما عليه الأكثر و ان كان في تعينه نظر.

و الإفضاء و قد مر تفسيره و الاختلاف فيه. و لا خلاف في ثبوت الخيار بهذه الخمسه، و النصوص (٢) به مع ذلك مستفيضة، و يستفاد من جملة منها ثبوته مطلقا و لو علم بها بعد الدخول، مع أنه لا- خلاف فيه يعتد به، الا- أن المستفاد من جملة أخرى اختصاصه بقبل الدخول، لكنها محمولة على صورته حصول العلم بالعيب قبله و لا كلام فيه.

و هل يثبت الخيار بهذه العيوب و ما سيأتى مطلقا، أو بشرط سبقها العقد، أو الدخول حتى لو حدث بعده لم يثبت بها الخيار؟ اشكال.

و ينبغي القطع بانتفاء الخيار بحدوثها بعد الدخول و عليه الأكثر، بل قيل: لا

ص: ٣٧٤

١- ١) وسائل الشيعه ١٤-٥٩٢، ب ١.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٤-٥٩٦، ح ١.

خلاف فيه، و يبقى الكلام فى ثبوته بحدوثها بعد العقد قبل الدخول، و الأحوط المنع ان لم نقل بكونه أظهر.

و العمى و الإقعاد، و فى ثبوت الخيار ب الرتق بالتحريك، و هو التحام الفرج بحيث لم يكن للذكر فيه مدخل تردد و لكن أشبهه ثبوته عيبا يوجب الرد لانه يمنع الوطاء فيعمه التعليل المثبت للحكم فى القرن و العفل كما مر، و عليه الأكثر حتى ادعى جماعه الإجماع.

و لا ترد المرأة و لا الرجل بالعمور مطلقا بلا خلاف و لا بالزنا مطلقا و لو فى المرأة و حدث فيه وفاقا لأكثر المتأخرين كما مر و لا بالعرج على الأشبه وفاقا لجماعه، خلافا للأكثر، و فى الغنيه الإجماع، و هو الأظهر و لكن الأول أحوط.

و أما الأحكام المتعلقة بالعيوب

و أما الأحكام المتعلقة بالعيوب فمسائل سبع:

الأول: لا يفسخ النكاح بالعيب المتجدد بعد الدخول مطلقا فى امرأه كان أو رجل.

و فى العيب المتجدد بعد العقد تردد عدا العنن فلا ترد له فيه كما يأتى.

و قيل: تفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لأوقات الصلاه و ان تجدد بعد العقد مطلقا، و قد مضى تفصيل الكلام فى ذلك و فى ذيل كل عيب، و يظهر منه أن إطلاق العبارة ليس فى محله بل الأجود ما قدمناه.

الثانيه: الخيار فيه مطلقا على الفور، و كذا فى التذليل بلا خلاف و فى كلام جمع الإجماع، فلو آخر من اليه الفسخ مختارا مع علمه بها بطل خياره سواء الرجل أو المرأة.

و لو جهل الخيار أو الفوريه، فالأقوى أنه عذر فيختار بعد العلم على الفور.

و كذا لو نسيهما، أو منع منه بالقبض على فيه، أو التهديد على وجه يعد اكرهاها، فالخيار بحاله إلى زوال المانع، ثم يعتبر الفوريه حينئذ.

الثالثة: الفسخ فيه أى فى العيب بأنواعه ليس طلاقا شرعيا إجماعا، فلا يعتبر فيه ما يعتبر فى الطلاق و لا يعد من الثلاث فلا يترد معه تنصيف المهر قبل الدخول، و ان ثبت فى بعض مواردّه كما يأتى.

الرابعه: لا يفتقر الفسخ بالعيوب الثابته عندهما فى أيهما كانت الى الحاكم على الأشهر الأقوى، بل كاد أن يكون إجماعا و لكن يفتقر إليه فى العنن لضرب الأجل و تعيينه لا فى فسخها بعده بل يستقل به حينئذ.

الخامسه: إذا فسخ الزوج قبل الدخول فلا مهر عليه للزوجه إجماعا.

و لو فسخ بعده فلها المسمى على الأشهر الأقوى و يرجع به أى بالمهر الزوج على المدلس مطلقا و ليا كان أو غيره، حتى لو كان المدلس هو المرأة رجع به عليها.

و يستفاد من الصحيح (1) و غيره الرجوع بالمهر عليها من دون استثناء شىء مطلقا، و به صرح جماعه، خلافا للمحكى عن الأكثر فاستثنوا منه شيئا، أما مهر أمثالها كما عن الإسكافى، و أقل ما يتمول كما عن الأكثر، لئلا يخلو البضع عن العوض، و هو أحوط و ان كان فى تعيينه نظر.

ثم ان إطلاق إثبات المهر لها و الحكم بالرجوع به الى المدلس يقتضى ثبوته به حيث لا- مدلس، و هو كذلك، و مقتضى النصوص ثبوت المسمى لها لا المثل ظاهر.

و إذا فسخ الزوج قبل الدخول فلا مهر لها إلا فى العنن فلها نصف المسمى على الأشهر الأقوى كما يأتى و لو كان الفسخ بعده أى

ص: ٣٧٤

بعد الدخول فلها المسمى إجماعاً.

و لو فسخت الزوجه بالخصاء فالأشهر الأقوى أنه يثبت لها المهر كمالاً مع الخلوه و الدخول بها، و أما مع العدم ففي ثبوت المهر كمالاً- بمجرد الخلوه أو نصفه قولاً، و الأ-كثر على الأول، و هو أحوط، و ان كان الثاني قد ورد به النص (١)المعتبر. و يعزر المدلس، لثلاً يعود الى مثله.

السادسه: لو ادعت عننه أو غيره فأنكر، فالقول قوله مع يمينه فان حلف استقر النكاح، و ان نكل عنه و عن رده إليها ثبت العيب لو حكم بالنكول، و الا- ردت اليمين على المرأة، فإن حلفت ثبت العيب، و ليس لها ذلك الا- مع العلم به بممارستها له على وجه يحصل لها ذلك بتعاوض القرائن الموجه له.

و مع ثبوته يثبت لها الخيار إذا سبق العقد إجماعاً و كذا لو كان متجدداً بعده مطلقاً على قول و مقيداً بقبل الدخول على الأظهر و عليه الأكثر، و في الغنيه الإجماع.

و يتوقف الخيار على ما إذا عجز عن وطئها قبلاً أو دبراً و عن وطئ غيرها أيضاً على الأشهر الأقوى، خلافاً للمفيد فاكتفى بالعجز عنها خاصة، حتى لو قدر على وطئ غيرها أثبت لها الخيار أيضاً.

و لو ادعى الوطاء قبلاً- و دبراً منها أو من غيرها فأنكرت ذلك فالقول قوله مع يمينه مطلقاً، كان الدعوى قبل ثبوت العنن أو بعده على الأشهر، و هو أظهر في الأول، و في الثاني محل نظر.

و لا فرق في الحكم بين البكر و الثيب عند الأكثر، و مقتضى النص (٢)الصحيح اختصاصه بالثيب، و لزوم العمل بشهادته النسوة في الباكره، و ينبغى

ص: ٣٧٧

١- ١) وسائل الشيعه ١٤-٦٠٩، ح ٥.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٤-٦١٣، ب ١٥.

تقييده بما إذا ادعى وطئها قبلا- لا- دبرا و لا وطئ غيرها مطلقا، فان العمل فى هاتين الصورتين بما عليه الأكثر متعين جدا، بل لا يبعد المصير اليه مطلقا.

السابعه: ان صبرت الزوجه مع العنن من دون مرافعه إلى الحاكم فلا بحث فى لزوم العقد لفوريه المرافعه و ان لم تصبر بل رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها سنه ابتداءها من حين الترافع بلا خلاف.

فان عجز عن وطئها مطلقا و عن غيرها كذلك فلها الفسخ و نصف المهر مطلقا، على الأشهر الأقوى، خلافا للإسكافى فنفى التأجيل و أجاز الفسخ من دونه إذا سبق العنن بالعقد، فأوجب المهر كاملا إذا خلى بها و ان لم يدخل بها.

تتمه:

لو تزوج امرأه على أنها حره و شرط ذلك فى ضمن العقد فبانت أمه كالا أو بعضا صح العقد، على الأشهر الأقوى، و عن السرائر الإجماع و عليه فله الفسخ و الإمضاء و ان دخل بها، إذا كان الزوج ممن يجوز له نكاح الأمه و وقع بإذن مواليتها أو مباشرتهم، و الا بطل فى الأول ان قلنا فيه بالبطلان و وقع موقوفا على الإجازة فى الثانى على الأقوى.

و لو لم يشترط الحريه فى متن العقد، بل تزوجها على أنها حره، و أخبرته بها قبله أو أخبره مخبر، ففى إلحاقه بما لو شرط نظر، و العدم لعله أظهر، خلافا لظاهر عبارته المتن و الأكثر.

و لا مهر لها مطلقا مع الفسخ لو لم يدخل بها.

و لو فسخ بعد ما دخل بها فلها المهر المسمى على الأشبه الأشهر و يرجع به أى بالمهر حيث غرمه على المدلس و ان كان هو المرأه، الا أنه انما يرجع عليها على تقدير عتقها و يسارها. و فى لزوم استثناء أقل

ما يتمول أو المهر المثل أو العدم مطلقا أقوال، أجودها الأخير كما مر.

وقيل: كما عن الصدوق و النهاية (1) وغيرهما ان لمولاه العشر أو نصف العشر ان لم يكن مدلسا و لا يخلو عن قوه هنا و فيما إذا تزوجها بغير اذن مولاه كما مضى.

هذا إذا لم تكن عالمه بالتحريم، و الا جاء فيه الخلاف أيضا فى مهر البغى إذا كانت مملوكه، و الأظهر عدم الفرق كما مر.

و كذا تفسخ الحره لو بان زوجها الذى تزوجته على أنه حر بالشرط فى متن العقد أو قبله مملوكا تزوج بإذن مولاه.

و لا مهر لها لو فسخت قبل الدخول بها قطعا و لها المهر المسمى بعده على المولى لو تزوجت باذنه و الا فعلى المملوك يتبع به بعد عتقه.

و لو تزوج امرأه و اشترط عليها أو على وليها كونها بنت مهيره بفتح الميم و كسر الهاء، فعليه بمعنى مفعوله، أى بنت حره تنكح بمهر و ان كانت معتقه فى أظهر الوجهين، خلاف الأمه فإنها قد توطأ بالملك فبانت بنت أمه فله الفسخ إجماعا، و تقييد الحكم بالشرط ليخرج المدعى هو الأشهر الأظهر و لا مهر لها لو فسخ قبل الدخول بها على الزوج إجماعا، و كذا على الولي ان زوجها على الأشهر الأقوى.

و يثبت المسمى لو فسخ بعد ما دخل و يرجع الزوج به على من دلسها، أبا كان أو غيره، حتى لو كانت هى المدلسه فلا شىء لها على الأقوى، و يأتى فيه ما مر من القولين.

و لو تزوج بنت المهيره فأدخلت عليه بنت الأمه حرم عليه و طؤها بعد معرفتها و لزمه ردها و لها مع جهلها المهر مع الوطاء بها إجماعا

ص: ٣٧٩

للشبهه و هل المراد بالمهر المثل أو المسمى للأولى؟ قولان، والأظهر الأول وفاقا للأكثر.

و يرجع. الزوج به أى بالذى دفعه على من ساقها إليه لأنه غره و أضره و له زوجته و عليه مهرها المسمى، ثم لا- اختصاص لما مضى هنا، بل جار فى كل موضع أدخل على الزوج غير زوجته.

و لو تزوج اثنان امرأتين فأدخل كل منهما على الآخر، كان لكل موطوءه مع جهلها بالحكم أو الحال مهر المثل على الواطئ، للشبهه الموجهه لذلك حيثما حصلت، و يرجع به على الغار لو كان هناك، و حتى لو كانت هى الغار يرجع به إليها، و لا مهر لها مطلقا هنا قطعا و اتفاقا.

و عليها أى الموطوءه العده، و تعاد كل من المرأتين إلى زوجها و عليه مهرها الأصلى المسمى فى متن العقد. و لو مات أحد الزوجين ورثه لآخر سواء كانت المرأه فى عده الشبهه أم لا بلا خلاف.

و لو تزوجها طانا كونها بكرا أو مخبرا به أو مشترطا إياها فوجدها ثيبا فلا رد مع عدم العلم بسبقها العقد و احتمال التجدد.

و لو تزوجها مشترطا بكارتها فوجدها ثيبا قبل العقد بإقرارها، أو بينه، أو القرائن المفيده للقطع به، فالأصح أن له الفسخ وفاقا لجمع، خلافا للأكثر و هو أحوط.

ثم ان فسخ قبل الدخول فلا مهر، و بعده يجب المسمى و يرجع به على المدلس و هو العاقد، و كذلك العالم بحالها، و الا فعليها ان تدلست من دون استثناء شىء على الأقوى كما مضى، و حيث لم يفسخ اما لعدمه أو لاختياره البقاء، ففى ثبوتها نقص المهر أم العدم قولان.

و فى روايه (1) صحيحه أنها ينقص مهرها و بها أفتى الأكثر و هو الأقوى

ص: ٣٨٠

و عليه ففى تقدير النقص بشىء مطلقا أو السدس أو بنسبه ما بين الثيب و البكر لا- مجموع تفاوت ما بينهما، لئلا يسقط جميع المسمى فى بعض الفروض، أو بما يعينه الحاكم أقوال، و لعل الثالث أقرب.

النظر الثانى

إشاره

(فى المهور)

و فيه أطراف:

الأول: كل ما صح أن يملكه المسلم جاز أن يكون مهرا

الأول: فى ما يصح الامهار به، فنقول: كل ما صح أن يملكه المسلم و ان قل بعد أن يكون متمولا- جاز أن يكون مهرا، عينا مشخضا كان أو دينا فى الذمه أو منفعه للعقار أو الحيوان أو العبد أو الأجير، أجنبيا كان أو زوجا كتعليم الصنعه أو السوره أو علم غير واجب، أو شىء من الحكم و الآداب أو شعر، أو غيرها من الأعمال المحلله المقصوده.

و يستوى فيه أى فى التعليم الزوج و الأجنبى بلا خلاف فى الأخير مطلقا و فى الأول، إلا فى إجارته نفسه مدته معينه، ففیه خلاف أشار إليه بقوله:

أما لو جعلت الزوجه المهر استتجاره أى الزوج مدته معينه، كشهرا أو شهرين أو سنه ف فى الصحه قولان، أشبههما و أشهرهما الصحه و الجواز خلافا للنهايه (١) فأبطله، و قد رجع عنه فى المبسوط (٢) و الخلاف (٣).

ص: ٣٨١

١-١) النهايه ص ٤٦٩.

٢-٢) المبسوط ٤-٢٧٣.

٣-٣) الخلاف ٢-٤٠٤.

مدعيا فى الأخير على جواز جعل الإجاره مهرا على الإطلاق الوفاق.

ولا تقدير للمهر فى القله ما لم يقصر عن التقييم كحبه حنطه و لا فى الكثره على الأشبه الأشهر ل يتقدر بالتراضى بينهما، خلافا للمرتضى فممنوع عن الزيادة على مهر السنه و هو خمسمائه درهم، و هو ضعيف. نعم يستحب ذلك و لو احتيط مع إرادته الزيادة بجعل الصداق السنه و ما زاد نحلته تأسيا بمولانا الجواد عليه السلام كان حسنا.

ولا- بد من تعيينه إذا ذكر فى متن العقد بالوصف المعين له و لو فى الجملة، و لا- يعتبر فيه ما يعتبر فى السلم من استقصاء الأوصاف المعتمره أو بالإشاره كهذا الثوب و هذه الدابه.

و تكفى المشاهده عن اعتبار كيله أو وزنه أو عده، كقطعه من ذهب مشاهده لا- يعلم وزنها، و صبره من طعام لا- يعلم كيلها. و يشكل الحال لو تلفت قبل التسليم، أو بعده و طلقها قبل الدخول ليرجع بنصفه، ففى الرجوع الى الصلح مطلقا أو تضمينه مهر المثل فى الأول قولان، و الأشهر الأظهر الأول.

و يتفرع على اشتراط صحه المهر بالتعيين- و لو فى الجملة- تعيين الفساد مع عدمه بالكلية و الرجوع الى مهر المثل بلا خلاف، و مقتضاه اطراد الحكم فيما لو تزوجها على خادم و الحال أنه لم يتعين أصلا، و عليه فتوى جماعه، و الأصح وفاقا للأكثر ما اختاره المصنف بقوله: فلها الوسط.

و كذا لو قال: دار أو بيت و عليه عن الخلاف الوفاق، و لكن الأحوط المصير الى ما ذكره ان لم يعقد بمثل ذلك، و الرجوع الى الصلح معه ان لم يحصل التراضى إلا به.

و لو قال: أتزوجك على السنه، كان المهر خمسمائه درهم قطعا لو قصداها عالمين بها، و مطلقا على الأشهر الأقوى، بل قيل: إجماعا.

ثم مقتضى الحكم و المستند ثبوت المهر بالعقد كالمعين بالذكر فيه لا بالدخول فيه، كمهر السنه الثابت به للمفوضه على بعض الوجوه.

و لو تزوجها و سمي لها مهرا معيناً و لأبيها أو غيره واسطه أو أجنبي شيئاً خارجاً عنه، بحيث يكون المجموع بإزاء البضع لا عطيه فى البعض أو جعله فيه لجوازهما مع لزوم الثانى قطعاً لزم مهرها و سقط ما سمي له إجماعاً، كما عن الخلاف فى اللزوم و الغنيه فى السقوط. و لا فرق بين أن يتسبب تسميه الشئ للأب لتقليل المهر بزعمها لزومه بذكره فى العقد أم لا.

و لو جعل المسمى للأب جزءاً من المهر كأن أمهرها شيئاً و شرط أن يعطى أباهاً منه شيئاً، لزم الشرط لو كان على اختيار من دون شائبه إكراه و إجبار وفقاً لجمع، خلافاً للأكثر فيفسد الشرط خاصه كالسابق، و على المختار يرجع بنصف المجموع بالطلاق.

و لو عقد الذميان أو غيرهما من الكفار على خمر أو خنزير و نحوهما مما لا يملك فى شرعنا صح العقد و المهر بلا خلاف، لأنهما يملكانه فى شرعهما.

و لو أسلما أو أحدهما قبل القبض فلها قيمه عند مستحليه على الأشهر الأقوى عينا كان أو مضمونا و قيل: يجب مهر المثل. و لو كان قبضها إياه قبل الإسلام برىء، و لو كان الإسلام بعد قبض بعضه سقط بقدر المقبوض و وجب قيمه الباقي على المختار، و على القول الثانى يجب بنسبته من مهر المثل.

و لا يجوز عقد المسلم على الخمر و نحوها مما لا يملكه إجماعاً و لو عقد عليهما فسد المهر إجماعاً و صح العقد على الأشهر.

و عليه فهل لها مع الدخول بها مهر المثل مطلقاً كان للمسمى قيمه أم لا، أو القيمه كذلك و لكن يقدر ما لا قيمه له ذات قيمه كالحر عبداً، أو فى ما له قيمه، و أما ما لا قيمه له فمهر المثل؟ أقوال، أشهرها و أظهرها الأول، و ان كان

اعتبار أكثر الأمرين من قيمه المسمى و المثل أحوط.

و قيل: كما عن الشيخين و القاضي و التقى يبطل العقد رأسا و ما مر مع كونه أشهر و أظهر.

الطرف الثاني: في التفويض

الطرف الثاني: في التفويض و هو لغه:رد الأمر إلى الغير ثم الإهمال.و شرعا رد أمر المهر أو البضع الى أحد الزوجين أو ثالث، أو إهمال ذكره في العقد،فهو قسمان،الأول ما أشار إليه بقوله:

لا يشترط في الصحة أى في صحة عقد النكاح ذكر المهر في متنه.

فلو عقد و أغفله أو شرط أن لا مهر لها في الحال أو مطلقا فالعقد صحيح إجماعا،و يسمى ب«تفويض البضع»و«المرأه مفوضه البضع» بكسر الواو و فتحها.

أما لو صرح بنفيه في الحال و المآل على وجه يشمل ما بعد الدخول،ففي فساد العقد،أم الصحة قياسا له بالنفي المطلق،أم فساد التفويض دون العقد، فيجب مهر المثل كما لو شرط في المهر ما يفسده أقوال،أشهرها الأول،ثم من أحكامه عندنا عدم وجوب شيء لها متعه كان أو مهر مثل بمجرد العقد،فلو مات أحدهما قبل الدخول و الطلاق فلا شيء لها.

و لو طلق المفوضه فلها المتعه خاصه ان طلقها قبل الدخول و الفرض،و ان طلقها بعد الفرض و قبل الدخول فلها نصف المفروض.و لو طلقها بعدهما أو لم يطلق و قد فرض،فجميع ما فرض لها،زاد عن مهر المثل أم قصر عنه أم ساواه.

هذا ان اتفقا على الفرض،و ان اختلفا فيه قيل:للحاكم فرضه بمهر المثل.

و يحتمل قويا إبقاء الحال الى حصول أحد الأمور الموجبه للقدر أو المسقطه للحق.

ثم ان فى ثبوت المتعه بغير الطلاق من أقسام بينونه أقوال، أشهرها و أظهرها العدم مطلقا، و ان كان مراعاتها أحوط و أولى، و الحق بالمفوضه من سمي لها مهر فاسد، فيثبت لها المتعه، و لا بأس به استحبابا.

و يجب بعده أى بعد الدخول و قبل الفرض لها مهر المثل إجماعا. و إطلاق جملة [من النصوص (١)] كالعباره و صريح بعضهم يقتضى ثبوت المثل مطلقا و لو زاد على السنه، خلافا للأكثر فى الزائد عليها فيرد إليها، و عن جماعه الإجماع و لعله الأقوى.

و يعتبر فى مهر المثل حالها فى الشرف، و الجمال و العقل، و الأدب، و البكاره، و صراحه النسب، و اليسار، و حسن التدبير، و كثره العشائر، و عاده نسائها و أمثال ذلك.

و المعتبر من أقاربها من الطرفين على الأشهر الأقوى، و عن ظاهر المبسوط (٢) الإجماع.

و يعتبر فى الأقارب أن يكونوا من أهل بلدها أو بلد لا يخالف عاداتها عاده بلدها على الأقوى.

و يعتبر حاله خاصه فى المتعه على الأشهر الأقوى، و فى الغنيه الإجماع.

ثم المتعه بالنظر الى المتمتع على ثلاثه أقسام: متعه يسار، و توسط، و إعسار و عين الأصحاب لكل مرتبه ما يليق بها فى العرف و العاده.

فالغنى يمتع بالدابه، و هى الفرس، و المعتبر ما يقع عليه اسمها صغيره أم كبيره، برذونا كانت أم عتيقا، قاربت قيمتها الثوب و العشره الدنانير أم لا، أو

ص: ٣٨٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٥-٢٤، ب ١٢.

٢- (٢) المبسوط ٤-٢٩٩.

بالثوب المرتفع عادة، ناسبت قيمته قسيمه أم لا أو عشره دنانير و هي المثاقيل الشرعيه.

و يمتع الفقير بالخاتم ذهباً كان أو فضه معتدا به عادة أو الدرهم و فى الصحيح (١) بالخمار و شبههه، و فى الموثق (٢) بالحنطه و الزبيب و الثوب.

و يمتع المتوسط بينهما بما بينهما، كخمسه دنانير و الثوب المتوسط و نحو ذلك.

و بالجملة المرجع فى الأحوال الثلاثة إلى العرف بحسب زمانه و مكانه و شأنه.

و لكن لو جعل الحكم و التعيين لأحدهما فى تقدير المهر المذكور صح العقد و التفويض إجماعاً. و هذا هو القسم الثانى من قسمى التفويض، و يسمى ب«مفوضه المهر» و مورد النص (٣) و الفتوى هو خصوص الحكم بالتفويض إلى أحدهما، ففى غيره من التفويض الى غيرهما أو إليهما معا و جهان و الوقوف مع النص طريق اليقين.

و يحكم الزوج المفوض اليه المهر بما شاء و ان قل.

و ان عكس الأمر و حكمت المرأة و فوض إليها لم يجز لها أن تتجاوز مهر السنه إجماعاً فى المقامين.

ثم لو طلق قبل الدخول أزم الحاكم بالحكم و لها نصف ما يحكم به، سواء وقع الحكم قبل الطلاق أو بعده. و كذا لو طلقها بعد الدخول لزم الحاكم الفرض و استقر فى ذمه الزوج.

ص: ٣٨٤

١-١) و سائل الشيعه ١٥-٥٧، ح ٢.

٢-٢) و سائل الشيعه ١٥-٥٦، ح ١.

٣-٣) و سائل الشيعه ١٥-٣١، ب ٢١.

و لو مات الحاكم منهما قبل الدخول و قبل الحكم، فالمرؤى فى الصحيح (١) أن لها المتعه دون المهر، و هو الأشهر الأظهر. و لا فرق مع موت الحاكم بين موت المحكوم عليه معه و عدمه.

و لو مات المحكوم عليه وحده، فللحاكم الحكم.

و لو مات الحاكم قبل الحكم و بعد الدخول ثبت مهر المثل، و به صرح بعضهم من غير نقل خلاف، و لم يتعرض له الباقر.

و لو مات المحكوم عليه حينئذ أُلزم الحاكم بالحكم، فان كانت المرأه لا يتجاوز السنه، و الا فللزواج الحكم بما يشاء كما مضى.

الطرف الثالث: فى الأحكام

الطرف الثالث: فى الأحكام المتعلقة بالمهر و هى عشره:

الأول: تملك المرأه المهر جميعه بالعقد و ان لم يستقر التملك الا بعد الدخول، على الأشهر الأقوى، و عن الحلى نفى الخلاف عنه. و قيل: تملك نصفه به و النصف الآخر بالدخول. و على المختار لها التصرف قبل القبض على الأقرب.

و ينتصف بالطلاق بالكتاب (٢) و النص (٣) و الإجماع.

و يستقر الجميع بأحد أمور أربعه: بالدخول، و هو الوطء قبلا أو دبرا إجماعا فى كلام جماعه. و برده الزوج على الأشهر الأقوى. و بموت الزوج على الأشهر، و عن المرتضى الإجماع، خلافا لجماعه فالنصف كالطلاق، و لا يخلو عن قوه، لأخبار (٤) قريبه من التواتر بل متواتره، و قيل: انه الأشهر بين القدماء

ص: ٣٨٧

١-١) و سائل الشيعة ١٥-٣٢، ح ٢.

٢-٢) سوره البقره: ٢٣٧.

٣-٣) و سائل الشيعة ١٥-٦١، ب ٥١.

٤-٤) و سائل الشيعة ١٥-٧١، ب ٥٨.

و الطائفه. و كذا الكلام فى موت الزوجه.

و لا- يسقط شىء من المهر عاجلا- كان أم آجلا- معه أى مع الدخول لو لم يقبض على الأشهر الأظهر، و عن ظاهر الانتصار الإجماع. و قيل:

بالسقوط به مطلقا، سواء قبضت منه شيئا أم لا، طال مدتھا أم قصرت، طالبت به أم لا، للصحيح (١) المستفيضه، و أولت لشذوذھا بتأويلات غير بعيده فى مقام الجمع بين الأدله.

و لا- يستقر المهر بجميعة بمجرد الخلوه بالمراه و إرخاء الستر على وجه ينتفى معه المانع مطلقا على الأشهر الأقوى، و فيه قول آخر.

الثانى: قيل: إذا تزوجها و لم يسم لها مهرا و قدم إليها شيئا قبل الدخول كان ذلك مهرا ما لم يشترط قبل الدخول أن المهر غيره بكونه بعض المهر أو مائنا له، و القائل المشهور، حتى ادعى جماعه عليه الإجماع، و لا بأس به، و توقف فيه جماعه كما هو ظاهر المصنف.

و اختلفوا بعد ذلك فبين من جمد على الأصول و أثبت مهر المثل كما فى المعتبره (٢)، و بين من فصل بالعادة و حكم بالسقوط بدفع الشىء قبل الدخول ان استقرت على تقديم المهر عليه و عدمه ان لم تستقر.

الثالث: إذا طلق الزوجه قبل الدخول و كان قد سمي لها مهرا برىء ذمته من نصف المسمى ان كان دينا و رجح بالنصف ان كان أقبضها و استقر ملكه عليه ان كان عينا دفعه إليها إجماعا أو طالبت مطلقا بالنصف ان لم يكن أقبضها المهر.

و لا يستعيد منها الزوج ما تجدد من النماء بين العقد و الطلاق، متصلا

ص: ٣٨٨

١-١) وسائل الشيعه ١٥-٦٥.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٥-٢٤، ب ١٢.

كان النماء كالسمن، أو منفصلا كالولد على الأشهر الأقوى.

ثم ان اذا إذا وجده باقيا، وان وجده تالفا أو منتقلا- عن ملكها فله نصف مثله ان كان مثليا، أو قيمته على الأظهر، أو نصف قيمه المهر على الأشهر ان كان قيميا.

ثم ان اتفقت قيمه و الا فله الأقل من حين العقد الى حين التسليم (١).

و ان وجده معيبا رجع فى نصف العين مع الأرش على الأظهر، خلافا للأكثر فيتخير الزوج بين الرجوع بنصف قيمه و بين أخذ نصف العين من غير أرش، و فيه قول آخر.

و لو نقصت قيمه للسوق، فله نصف العين خاصة، كصوره الزيادة و هى باقيه.

و لو زادت زياده متصله عينا كانت أو صفه، تخيرت بين دفع نصف العين الزائده و نصف قيمتها مجردة عن الزيادة على أظهر الأقوال و أشهرها فى المسأله.

و لو اختارت الأول، ووجب على الزوج القبول فى أظهر الوجهين. و كذا لو تغيرت فى يدها بما أوجب زياده قيمه، كصياغه الفضه و خياطه الثوب، و يجبر على العين لو بذلتها فى الفضه، لقبولها ما يريد منها دون الثوب، الا أن يكون مفصلا على ذلك الوجه قبل دفعه إليها من دون تصرفها فيه بما لا يتأتى معه حصول مقصوده.

و لو كان النماء موجودا حال العقد رجع بنصفه أيضا كالحمل مع دخوله فى المهر بالشرط أو التبغ مطلقا حصل الوضع قبل الطلاق أو بعده على الأقوى.

و لو كان المهر تعليم صنعه أو علم مثلا و طلقها قبل الدخول بعد أن علمها إياهما كملا رجع عليها بنصف أجرته المثليه. و لو

ص: ٣٨٩

١- (١) أى تسليم المهر من الزوجه «منه».

كان قبل التعليم رجعت هي عليه في نصف الأجره في تعليم الصنعه قطعاً مطلقاً، و كذا في تعليم السوره إذا استلزم المحرم شرعاً، و الا فعليه تعليم نصفها.

و لو أبرأته من جميع الصداق المسمى لها، ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه و كذا لو وهبته إياه مطلقاً قبضته أم لا إجماعاً في الأخير كما قيل، و على الأظهر الأشهر فيهما بل كاد أن يكون إجماعاً.

و لو وهبته النصف مشاعاً، ثم طلقها قبل الدخول، فله الباقي على الأقوى، صرفاً للهبه إلى حقها منه، كما لو وهبته لغيره فإنهما فيه سواء، و فيه قولان آخران.

الرابع: لو أمهرها أمه مدبره أو عبداً كذلك ثم طلق قبل الدخول صارت بينهما نصفين فيتناوبان في خدمتها، فيوم له و يوم لها بلا خلاف، و لكن في بطلان التدبير فتملك الزوجه رقبتها أو العدم فحره بعد السبب و انما ينصرف الامهار إلى الخدمه قولان، و الى الأول أشار بقوله:

و قيل: و القائل الحلّي انه يبطل التدبير بجعلها مهراً، و هو أشبه و أشهر، و القول الثاني للنهائيه (1) و القاضي، و في مستنده ضعف.

الخامس: لو أعطها المهر المسمى متاعاً أو عبداً آبقاً و شيئاً ثم طلق قبل الدخول رجع بنصف مثل المسمى أو قيمته دون نصف المسمى نفسه و العوض.

السادس: إذا شرط في العقد ما يخالف المشروع و لا يخل بمقصود النكاح و ان كان عرضاً مقصوداً في الجمله فسد الشرط اتفاقاً دون العقد و المهر فيصحان بلا خلاف يوجد هنا. و ذلك كما لو شرطت أن لا يتزوج أو لا يتسرى، و كذا لو شرطت تسليم المهر في أجل و أنه ان تأخر عنه فلا عقد.

ص: ٣٩٠

أما لو شرطت أن لا يقتضها أو لا يطأها صح كل من العقد و الشرط مطلقا وفاقا لجماعه.

و لو أذنت له بعده فى الوطء جاز على الأشهر الأظهر كما مر.

و منهم من خص الجواز فى كل من العقد و الشرط بالمتع و منعه فى الدوام و المخصص الأكثر، و لعله الأظهر، و فى المسألة قولان آخران.

السابع: لو شرط أن لا يخرجها من بلدها لزم على الأشهر الأقوى، خلافا للحلى و جماعه فأبطلوا الشرط و صححوا العقد. و المورد النص (1) البلد و يلحق به المنزل على الأصح، و متى حكمنا بصحته صح إسقاطه إجماعا كما قيل.

و لو تزوجها بمائه و لكن شرط لها بقاء استحقاقها المائه ان خرجت معه الى بلاده و انتقاص خمسين منها ان لم تخرج معه إليها فإن أخرجها الى بلده و كان بلد الشرك فلا شرط له عليها و لم تجب اطاعته عليها فى الخروج اليه و لزمته المائه التى عقدها عليها و لا ينقص شىء منها و ان أرادها إلى بلد الإسلام فله الشرط الذى اشترطه فان طاوعته لزمته المائه و الا فالخمسون على الأشهر الأظهر.

الثامن: لو اختلفا الزوجان فى أصل المهر بأن ادعته المرأة و أنكره الزوج فالقول قول الزوج مع يمينه ان كان الاختلاف قبل الدخول بلا خلاف و كذا لو كان بعد الدخول على الأشهر الأظهر قطعا مع ثبوت انتفاء الفويض باتفاقهما عليه أو بالبينة أو ما فى معناها، و كذا مع احتمالها على الأظهر.

و لو اتفقا على التفويض ترتب عليه حكمه من ثبوت مهر المثل مع الدخول و المتعه مع الطلاق قبله.

و لو ادعى أحد الزوجين التفويض و الآخر التسميه، فالأظهر أن القول قول من

ص: ٣٩١

يدعى التفويض، لكن ليس للمرأة المطالبة بزياده ما تدعيه من مهر المثل أو التسميه.

و لو ثبت تسميه قدر معين اما بإقراره أو البيئه أو الشياح أو ما فى معناه مما يفيد العلم، ثم ادعى تسليمه و لا بينه، كان القول قول الزوجه مع يمينها على الأشهر الأقوى.

و لو اختلفا فى المقدار، فالقول قول المنكر للزياده مطلقا على الأشهر الأقوى.

و كذا لو خلا بها فادعت المواقعه و أنكرها الزوج، فالقول قوله مع يمينه على الأشهر الأظهر.

التاسع: يضمن الأب مهر زوجته ولده الصغير الذى زوجها منه ان لم يكن له أى للولد مال وقت العقد أو كان و لكن ضمنه الأب و لو كان له مال و لم يكن ضمن كان على الولد اتفاقا.

و إطلاق النص (١) و الفتوى يقتضى ضمان الأب مع إعسار الولد مطلقا و لو تبرأ عن ضمانه، خلافا للفاضل فاستثنى منه صورته التبرى، و لا يخلو عن وجه.

ثم مع ضمانه صريحا لو أدى فهل يرجع به على الطفل؟ الأصح لا. و كذا لو أدى تبرعا عن الموسر كالأجنبى.

و لو دفعه عنه، ثم بلغ الصبى و طلق قبل الدخول، استعاد الولد النصف دون الوالد بلا خلاف، و كذا لو أدى عن الكبير تبرعا بلا خلاف كما قيل، فان تم إجماعا و الا فالتوقف فيه مجال، كما صرح به فى الشرائع (٢) و تبعه قوم.

و لو لم يكن دفعه قبل الطلاق قيل: تبرأ ذمه الأب عن النصف و لزمه النصف للزوجه. و قيل: يلزمه الكل مع إعسار الزوج، فيدفع النصف الآخر إليه.

العاشر: للمرأة أن تمنع من تسليم نفسها الى الزوج قبل الدخول بها

ص: ٣٩٢

١-١) وسائل الشيعه ١٥-٣٩، ح ٢.

٢-٢) شرائع الإسلام ٢-٣٣٢.

حتى تقبض مهرها ان كان حالا، عينا كان أو منفعه، معينا كان أم في الذمه، موسرا كان الزوج أو معسرا، إجماعا فيما عدا الأخير، و أما الأخير فالأشهر الأظهر أنه كذلك خلافا للحلى و هو نادر. و ان كان مؤجلا فليس لها الامتناع إجماعا.

و لو أقدمت على فعل المحرم و امتنعت به عن التسليم الى أن حل الأجل، فهل لها الامتناع حينئذ تنزيلا له منزله الحال ابتداء أو عدمه؟ وجهان، أجودهما:

الثانى.

و لو كان بعضه حالا و بعضه مؤجلا، كان لكل منهما حكم مماثله.

ثم انه انما يجب على الزوج تسليم المهر إذا كانت مهياه للاستمتاع، فلو كانت ممنوعه بعدر- و ان كان شرعيا- لم يلزم، نعم لو كانت صغيره يحرم وطئها، فالأقوى و جوب دفع مهرها إذا طلبه الولي.

و هل لها ذلك أى الامتناع بعد الدخول بها؟ قولان، أشبههما:

أنه ليس لها ذلك و هو الأشهر، و فى السرائر (1) و الغنيه الإجماع.

النظر الثالث

إشاره

(فى القسم و النشوز و الشقاق)

أما القسم

أما القسم: بفتح القاف، و المراد به قسمه الليالى بين الأزواج. أما بالكسر فهو الحظ و النصيب، و لا خلاف فى وجوبه.

ف يجب للزوجه الواحده ليله من أربع و للاثنتين ليلتان، و للثلاث ثلاث، و الفاضل من تمام الأربع لىالى له أن يضعه حيث شاء فى الزوجات أو غيرهن.

ص: ٣٩٣

و لو كن أربعاً فلكل واحد ليله و هل يجب بنفس العقد و التمكين أم يتوقف على الشروع فى القسمة فلا يجب الا للمتعدد خاصة الا- أن ينقضى الدور فيحل تركه؟ قولان، أشهرهما: الأول، و هو أحوط و ان كان فى تعيينه نظر. كل ذا فى المتعدده، و أما الزوجه الواحده فينبغى القطع بعدم استحقاقها القسمة بالمره.

ثم ان تعددن ابتداءً بالقرعه، فإن كانتا اثنتين و الا افتقر إلى قرعه للثانيه و هكذا و قيل: يتخير.

و لا- تجوز الزيادة فى القسمة على ليله بدون رضاهن مطلقاً على الأشهر الأحوط و قيل: بالجواز مطلقاً، و ربما قيل به مقيداً بالضروره، كما لو كن فى أماكن متعدده و يتوقف ما زاد على رضاهن. و هو حسن ان لم يمكن دفع الضرر بنحو آخر، كرفع التباعد و تقريب الأماكن، و يشكل مع الإمكان.

و لا يجوز الإخلال بالمبيت الواجب الا مع العذر كنشوزها الى أن ترجع إلى الطاعه أو السفر مطلقاً أو الاذن منهن أو من بعضهن فيما يختص الاذن به.

و الواجب فى البيوته هو المضاجعه خاصه، و هى أن ينام معها قريباً منها عاده معطياً لها وجهه دائماً أو أكثرياً بحيث لا يعد هاجراً و ان لم يتلاحق الجسمان. و لا يعتبر فيها حصولها فى جميع الليل، بل يكفى فيه ما يتحقق معه المعاشره بالمعروف.

و لا تجب فيها المواقع لها، و انما تجب فى كل أربعة أشهر مره.

و يختص الوجوب بالليل على الأشهر الأظهر، فلا تجب بالنهار أيضاً و ان كان أحوط.

و فى روايه (1) إبراهيم الكرخى الصحيحه إليه أنه انما يجب

ص: ٣٩٤

عليه أن يكون عندها في ليلتها و بظل عندها في صبيحتها و ليس عليه أن يجامعها إذا لم يرد ذلك، و عليها الإسكافي، و في سندها ضعف بجهاله الراوى، فلا يمكن الخروج عن الأصل بها، و ان كان الأجود العمل بها احتياطاً.

ثم انه ليس المراد بيتوته معها في الليلة قيامه معها في جميعها، بل ما يعتاد منها، و هو بعد قضاء الوطر من الصلاة في المسجد و مجالسه الضيف و نحوهما.

نعم ليس له الدخول في تلك الليلة على الضره إلا للضرورة، و منها عيادتها إذا كانت مريضه، و قيده في المبسوط بثقل المرض و الا لم يجز، فان مكث و جب قضاء زمانه ما لم يقصر بحيث لا يعد اقامه عرفاً فيأثم خاصة.

ثم تخصيص المبيت بالليل جار مجرى الغالب، و هو من يكون معاشه نهاراً.

و لو انعكس كالوقاد و الحارس و البزار فعماد قسمته النهار خاصة بلا خلاف. و لو كان مسافراً معه زوجته فعماد قسمته وقت النزول، قليلاً كان أو كثيراً، ليلاً كان أم نهاراً.

و إذا اجتمع مع الزوجه الحره أمه بالعقد الدائم حيث جوزناه فللحره ليلتان و للأمه ليله على الأظهر الأشهر، حتى عن الخلاف و غيره الإجماع خلافاً للمفيد فلا قسمه للأمه، و هو نادر.

ثم ان التثليث و ان كان يتحقق بتنصيف الليل للأمه و تميمها للحره، فلهما ليله و نصف من أربه ليالى و ليلتان و نصف له يضعهما حيث يشاء، الا أن الأظهر الأشهر تخصيصه بتثليث الليالى، فللامه ليله و ضعفها للحره و يكون ذلك من ثمان، فيكون الذى للزوج منها خمس يضعها حيث شاء و لهما ثلث، و عن الخلاف و غيره الإجماع.

و الكتاييه الحره كالأمه المسلمه، فللحره المسلمه ليلتان و لها ليله، بلا خلاف يعبأ به.

و الكتاييه المملوكه لها ربع القسمه، لثلاثاً تتساوى الأمه المسلمه.

و لا قسمه للموطوءه بالملك إجماعا.

و يختص البكر عند حدثان عرسها و الدخول عليها استحبابا بثلاث ليل الى سبع وفاقا للشيخ فى كتابى الاخبار، و صريحه فىهما أفضلية الأول خلافا للأكثر فالثانى و هو أظهر، و لا خلاف فى جواز التخصيص بالسبع.

و هل هو على سبيل الاستحقاق خاصه فلا يقضى منها شيئا لغيرها أم لا تستحق منها سوى الثلاث و أما البواقى فلا بل غايه الأمر جواز تقديمها و معه فيقضيتها للباقيات؟ قولان، ظاهر إطلاق النص (١) و الفتوى الأول، كل ذا فى البكر.

و أما الثيب فتختص عند حدثان عرسها بثلاث وفاقا للأكثر و المتبادر من إطلاق النص (٢) و الفتوى توالى الليالى و حريه المرأتين، إلا أن ظاهر الأصحاب الاتفاق على العموم للأمه، و لكن اختلفوا فى المساواه فى التقدير أو التنصيف لها على القولين، و الأشهر الأول، و الأظهر الثانى، و لا فرق فى الثيب بين الزائل بكارتها بالجماع أو غيره.

و تستحب التسويه بين الزوجات فى الإنفاق و إطلاق الوجه و الجماع استحبابا مؤكدا و ليس بواجب اتفاقا و أن يكون فى صبيحه كل ليله عند صاحبها كما مر.

أما النشوز

و أما النشوز: و أصله الارتفاع فهو هنا بل و ربما يطلق عليه فى اللغه أيضا ارتفاع أحد الزوجين و خروجه عن طاعه صاحبه فيما يجب له عليه.

فمتى ظهر من المرأه أماره العصيان بتقطبها فى وجهه و الضجر و السأم

ص: ٣٩٦

١-١) وسائل الشيعه ١٥-٨١، ح ١.

٢-٢) نفس المصدر.

بحوائجه التي يجب عليها فعلها من مقدمات الاستمتاع، بأن تمنع أو تتناقل إذا دعاها اليه، لا مطلق حوائجه، إذ لا يجب عليها قضاء حاجته التي لا تتعلق بالاستمتاع أو تغير عاداتها في أدبها معه، قولاً كأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلبن، أو غير مقبله بوجهها بعد أن كانت تقبل، أو فعلاً كأن يجد أعراضاً أو عبوساً بعد لطف و طلاقه و نحو ذلك وعظها أولاً بلا هجر و لا ضرب، فلعلها تبدى عذراً أو تتوب عما جرى منها من غير عذر.

و الوعظ كأن تقول: اتقى الله في الحق الواجب لي عليك و احذرى العقوبه و يبين لها ما يترتب على ذلك من عذاب الله سبحانه في الآخرة و سقوط النفقه و القسم في الدنيا.

فان لم ينجع فيها ذلك هجرها في المضجع بكسر الجيم، و يتحقق بأن يولها ظهره في الفراش أو يعتزل فراشها مخيراً بينهما على أصح الأقوال و أظهرها، و ان كان اختيار الأول أحوط و أولى.

فان لم ينجع فيها ذلك أيضاً ضربها مقتصرًا في الضرب على ما يؤمل معه طاعتها فلا تجوز الزيادة عليه مع حصول الغرض به، و الا تدرج إلى الأقوى فالأقوى ما لم يكن مدعياً و لا مبرحاً أى شديداً كثيراً.

و تفسير الضرب بذلك هو الأشهر الأظهر، و روى: أنه الضرب بالسواك (1) و هو أحوط.

و هل الأمور الثلاثة على التخيير أو الجمع أو الترتيب بالتدرج من الأخف الى الأثقل كمراتب النهي عن المنكر؟ و على التقادير فهل هي مع تحقق النشوز أو ظهور امارته قبل وقوعه أو معهما بمعنى أن الوعظ و الهجر مع الثاني و الضرب مع الأول؟ أقوال، أقواها الثالث في المقامين، و هو الترتيب بين الأمور

ص: ٣٩٧

الثلاثة، و اختصاص الأولين منها مرتبا بينهما بظهور اماره النشوز و ثالثها بتحقق النشوز.

و هنا قول آخر و هو: ما قال بعض العلماء فى تفسير الآيه «و اللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ» (١) فان نشزن فاهجروهن فى المضاجع، فان أصررن فاضربوهن و هو أحوط.

و لو كان النشوز منه أى من الزوج، بأن يتعدى عليها بمنع بعض حقوقها الواجبه عليه من نفقه أو إساءه خلق معها، أو أذيه و ضرب لها من غير سبب فلها المطالبه بحقوقها التى أخل بها، و لها وعظه لا- هجره و ضربه، فإن أصر على الامتناع رفعت أمرها إلى الحاكم.

و لو امتنع عن الإنفاق جاز للحاكم الإنفاق عليها من ماله و لو بيع شىء من عقاره إذا توقف الأمر عليه.

و لو لم يمنعها شيئا من حقوقها الواجبه و لا يؤذيها بضرب و لا سب و لكن يكره صحبتها لمرض أو كبر فلا يدعوها الى فراشه أو يهيم بطلاقها فلا شىء عليه.

و لو تركت حينئذ بعض ما يجب لها عليه أو كله استماله له جاز لها و له القبول و كذا لو أخل الزوج ببعض حقوقها الواجبه أو كلها، فلها ترك ذلك استماله له، و له القبول أيضا لو تركته بطيب نفسها لا مطلقا.

أما الشقاق

و أما الشقاق: فهو أن يكره كل منهما صاحبه سمي به لكون كل منهما فى شق غير شق الآخر.

فإذا خشى الاستمرار على الشقاق بعث وجوبا على الأقوى كل منهما وفاقا للصدوقين خلافا للأكثر فالحاكم و لنادر فأهلها
حكما من

ص: ٣٩٨

أهله و حكما من أهلها وفاقا للسرائر (١).

و لو امتنع الزوجان بعثهما الحاكم و لا دليل عليه سوى الجمع بين الروايات (٢)، و الأولى إجباره لهما عليه.

و يجوز أن يكونا أى الحكمان أجنبيين اما مطلقا كما هو ظاهر المتن، أو مقيدا بعدم الأهل كما هو الأقوى، و مع ذلك ليس لهما حكم المبعوث من أهلها من إمضاء ما حكما عليهما، و يكون حكمهما حينئذ الاقتصار على ما أذن به الزوجان و فيه و كلا، و ليس لهما من التحكيم الذى هو من حكم الحكامين شىء، و فى حكم فقد الأهل توقف الإصلاح على الأجنبيين.

و بعثهما تحكيم لا- توكيل على الأظهر الأشهر، حتى أنه عن ظاهر المبسوط (٣) و السرائر (٤) و غيرهما الإجماع فيصلحان أى الحكمان ان اتفقا من غير معاودة الى من بعثهما مطلقا و يمضى عليهما ما حكما بلا خلاف ظاهرا.

و لا يفرقان الا مع اذن الزوج فى الطلاق و المرأه فى البذل فى المشهور بل قيل: بلا خلاف.

و لو اختلف الحكمان لم يمض لهما حكم عليهما بلا إشكال.

ص: ٣٩٩

١-١) السرائر ص ٣٣٨.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٥-٨٩، ب ١٠ و ١٣.

٣-٣) المبسوط ٤-٣٣٩.

٤-٤) السرائر ص ٣٣٨.

(في أحكام الأولاد)

ولد الزوجه الدائمة التام خلقتة يلحق به أى بالزوج الذى يمكن التولد منه عادة و لو احتمالا بعيدا مع شروط ثلاثه:

أحدها: الدخول بها دخولا- يمكن فيه ذلك و لو بعيدا،قبلا كان أو دبرا إجماعا،و فى غيره اشكال و ان حكى عن الأصحاب الإطلاق و احتمال الإجماع، مع أن المحكى عن جماعه عدم العبره بالوطى دبرا و استوجهه من المتأخرين جماعه،و هو حسن الا مع الأمناء و احتمال السبق و عدم الشعور لا مطلقا.

و ثانيها: مضى سته أشهر هلاليه أو عدديه من حين الوطاء فلا عبره بالأقل فى الولد الكامل إجماعا،و فى غيره مما تسقطه المرأه يرجع فى إلحاقه بالزوج حيث يحتاج اليه ليجب عليه التكفين و مئونه التجهيز،و نحو ذلك من الاحكام الغير المترتبه على حياته الى المعتاد لمثله من الأيام و الأشهر و ان نقصت عن السته أشهر،فإن أمكن عادة كونه منه لحقه حكمه،و ان علم عادة انتفاؤه عنه لغيبته عنه مده تزيد عن تخلفه عادة انتفى عنه.

و ثالثها: وضعه لمدته أقصى الحمل أو أقل منها إجماعا و هى تسعه أشهر على الأشهر الأظهر،و فى المبسوط (1) و الخلاف (2) و غيرهما الإجماع.

و قيل:عشره أشهر و اختاره المصنف بقوله: و هو حسن و دليله

ص: ٤٠٠

١-١) المبسوط ٨-٣٠٥.

٢-٢) الخلاف ٣-٦٥.

غير واضح.

وقيل: انها سنه كامله و هو متروك و فيه اشعار بانعقاد الإجماع على خلافه.

و كيف كان ف يتفرع على الخلاف ما لو اعتزلها أو غاب عنها عشره أشهر فولدت بعدها لم يلحق به على الأظهر، وكذا على القول بالعشر، ويلحق به على القول الآخر. وتظهر ثمره الخلاف بين القولين الأولين ما لو ولدته لعشر، فيلحق به على القول به و لا على الأظهر.

و لو أنكر الزوج الدخول بها بعد احتمالها و ادعته الزوجه فالقول قوله مع يمينه.

و لو اعترف به أى بالدخول ثم أنكر الولد لم ينتف عنه الا باللعان إجماعا.

و لو اتهمها بالفجور أو شاهد زناها لم يجز له نفيه مع احتمال اللحوق به و لحق به إجماعا و لو نفاه لم ينتف عنه الا- باللعان إجماعا، ولا فرق فى ذلك بين كون الولد يشبه الزانى و عدمه.

و لو وطئت الزوجه شبهه و أمكن تولد الولد من الزوج و ذلك الواطئ أقرع بينهما، سواء وقع الوطئان فى طهر واحد أو طهرين. و لو انتفى عن أحدهما ألحق بالآخر من غير قرعه.

و كذا يلحق به الولد و لا- ينتفى عنه الا- باللعان لو اختلفا فى مدة الولاده فادعى ولادته لدون سته أشهر، أو لأزيد من أقصى الحمل، بلا- إشكال فى الثانى، و أما الأول فيحتمل فيه قبول قوله وفاقا لجماعه و لكنه ضعيف، و حيث قدمنا قولها فالمتجه عند جماعه توجه اليمين عليها، و هو أحوط حيث ترضى بها، و الا فعدم التوجه أقوى.

ص: ٤٠١

و لو زنى بامرأه فأحبلها لم يجز الحاقه بنفسه و ان تزوج بها بعد ذلك و كذا لو أحبل أمه غيره بزنا ثم ملكها أو يضعها و ألحقنا الولد به مع الشرط أو مطلقا إجماعا فى المقامين.

و لو طلق زوجته المدخول بها فاعتدت و تزوجت أو وطئت لشبهه و أنت بولد فان لم يمكن لحوقه بالثانى و أمكن لحوقه بالأول كما لو ولدته لدون سته أشهر من وطئ الثانى و لتمامها من غير أن يتجاوز أقصى الحمل من وطئ الأول فهو للأول و تبين بطلان النكاح الثانى لوقوعه فى العده، و حرمت عليه مؤبدا.

و لو انعكس الأمر، بأن ولدته لأزيد من أكثر الحمل من وطئ الأول و لا قله إلى الأقصى من وطئ الثانى لحق بالثانى.

و ان لم يمكن لحوقه بهما، بأن ولدته لأزيد من أكثر الحمل من وطئ الأول و لدون سته أشهر من وطئ الثانى انتفى عنهما قطعا.

و ان أمكن إلحاقه بهما كما لو كان ولدتها لسته أشهر من وطئ الثانى و لسبعه فصاعدا إلى أقصى الحمل من وطئ الأول فهو للأخير وفاقا للنهائيه (١) و جماعه، خلافا للمبسوط (٢) فالقرعه.

و لو لم تتزوج و لم توطأ بعد الطلاق و ولدت فهو للأول ما لم يتجاوز أقصى الحمل و لو لم ينقص عن أدناه بلا خلاف.

و كذا الحكم فى الأمه لو باعها سيدها بعد الوطء فى جميع الصور المفروضه، و لكن على تقدير ولادتها لدون سته أشهر من وطئ الثانى، و الحكم بلحوق الولد للبائع يتبين فساد البيع لأنها أم الولد.

ص: ٤٠٢

١-١) النهائيه ص ٥٠٥.

٢-٢) المبسوط ٨-٣٠٥.

و ولد الموطوءه بالملك يلحق بالمولى الواطئ لها إذا أتت به لسته أشهر فصاعدا إلى الأقصى اتفاقا و حينئذ يلزمه الإقرار به إذا لم يعلم انتفاؤه عنه و لم يكن هناك اماره يغلب معها الظن بخلافه، لا مطلقا عند المصنف و غيره كما يأتي.

لكن لو نفاه انتفى ظاهرا إجماعا و لا يثبت بينهما لعان كما يأتي فى بحثه.

و لو اعترف به بعد النفى ألحق به و يترتب عليه من أحكام النسب ما عليه بلا اشكال و فيما له إشكال الا أن يكون إجماع.

و فى حكمه أى ولد الأمه و ولد المتعه فيترتب عليه الأحكام المذكوره من اللقوق به، و لزوم الاعتراف به مع عدم العلم بانتفائه عنه، و انتفاؤه عنه ظاهرا إذا نفاه من غير لعان، و اللقوق به بالاعتراف به بعد الإنكار.

و كل من أقر بولد ثم نفاه لم يقبل نفيه إجماعا.

و لو وطأها المولى وطيا يمكن لحوق الولد به و أجنبي آخر معه فجورا لا شبهه يمكن اللقوق فى حقه أيضا حكم به للمولى مع عدم الأماره التى يغلب معها الظن بالعدم إجماعا.

فإن حصلت فيه اماره يغلب معها الظن أنه ليس منه لم يجز له الحاقه به و لا نفيه عنه بل يستحب له أن يوصى له بشيء و لا يورثه ميراث الأولاد وفاقا للأكثر كما فى كلام جمع، خلافا لجماعه فأثبتوا لها الفراش مطلقا و لو مع الاماره، و هو فى غايه القوه.

و لو وطئها البائع و المشتري فأنت بولد فالولد للمشتري بلا خلاف هنا الا أن يقصر الزمان أى زمان مده الحمل عن سته أشهر من وطئه، فيلحق بالسابق ان لم يقصر و لم يتجاوز أقصى الحمل و ان قصر فيه أيضا أو تجاوز انتفى

عنه أيضا بلا خلاف هنا.

و لو وطأها المشتركون فعلوا حراما، و لو حبلت حيثئذ فولدت و تداعوه فقال كل منهم: هو ولدى أقرع بينهم و ألحق بمن خرج اسمه، و قد يغرم الملحق به حصص الباقيين من قيمته أى الولد يوم سقط حيا و قيمه أمه لصيروتها بظاهر الشرع بالقرعه أم ولده، و لا يجوز لهم رفع التداعى للولد إلا بالقرعه.

و لا- يجوز نفى الولد لمكان العزل عن أمه مطلقا، دائمه كانت أو متعه أو أمه حصل العلم بعدم سبق المنى فرجها أم لا، على اشكال فى هذه الإطلاق و ان كان ظاهر الأصحاب.

و لا مع التهمه بالزنا.

و الموطوءه بالشبهه يلحق ولدها بالواطئ بالشروط الثلاثه المتقدمه، و عدم الزوج الحاضر الداخل بها حيث يمكن الحاقه به، و المولى بحكم الزوج لكن لو انتفى عن المولى و لحق الواطئ أغرم قيمه الولد يوم سقط حيا لمولاها.

و لو تزوج امرأه لظنه خلوها من الزوج و المولى فبانة محصنه ذات زوج أو مولى ردت على الأول بعد الاعتداد من الثانى و لا رجوع عليها بمهر أو نفقه إن اشتركت معه فى الظن و الأولاد للواطئ الثانى مع الشرائط للإلحاق.

و ينبغى تقييد الحكم باعتقاد الزوج جواز التعويل على ذلك الظن ليصير الوطء شبهه، فلو كان الظن مما لا يجوز التعويل عليه و علم بذلك، فان الوطء يكون زنا و ينتفى الولد عن الواطئ قطعاً و عن الموطوءه أيضا إذا اشتركت معه فى العلم بعدم جواز التعويل على مثل ذلك الظن، و الا فيلحق بها كما يلحق بالواطئ أيضا ان اختص باعتقاد جواز التعويل عليه.

ص: ٤٠٤

و يلحق بذلك أى بحكم الأولاد أحكام الولاده، و سنتها و المراد بها الآداب العامه للواجب و المندوب:

فالأول: استبداد النساء و انفرادهن بالمرأه للإعانه لها عند المخاض و جوبا كفاثيا بلا خلاف فيه و لا فى عدم جواز الرجال ممن عدا الزوج مطلقا الا مع عدمهن فجاز لهم إعانتهم بل و جب للضروره و لا بأس بالزوج مطلقا و ان وجدن أى النسوه و يتعين لو فقدن ان حصلت به المساعده، و الاتعين الرجال المحارم، فان تعذروا فغيرهم.

و الثانى: ما أشار إليه بقوله: و يستحب غسل المولود بضم الغين، و فى اعتبار الترتيب فيه و جهان، و وقته حين الولاده.

و الأذان فى أذنه اليمنى و الإقامه فى أذنه اليسرى و لا يتعينان قبل قطع السره كما قيل، بل يجوز التأخير و لو الى اليوم السابع.

و تحنيكه بتربه الحسين عليه السلام و بماء الفرات و هو النهر المعروف، و المراد بالتحنيك إدخال ذلك الى حنكه و هو أعلى داخل الفم، قيل: و يكفى ذلك بكل من الحنكين و ان كان المتبادر ذلك الأعلى.

و مع عدمه أى عدم ماء الفرات بماء فرات أى عذب، و الاولى التحنيك بماء السماء مع تعذر ماء الفرات و ان لم يوجد الماء الفرات و لا غيره الإماء ملح خلط بالعسل أو التمر.

و تسميته بالأسماء المستحسنه كاسم محمد و على و فاطمه و الحسن و الحسين و جعفر و طالب و عبد الله و فاطمه من النساء كما فى النص، و فيه: انه لا يدخل الفقر بيتا فيه اسم أحد هؤلاء (١)، و نحوها أسماء الأنبياء.

و أن يكنيه مخافه النبز و يكره أن يكنى محمدا بأبى القاسم للنص (٢)

ص: ٤٠٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٥-١٢٨، ح ١ ب ٢٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٥-١٣١، ح ٢.

و فيه النهى عن التكنى بأبى العباس و أبى الحكم و أبى المالك و أن يسمى حكما أو حكيما أو خالدا أو حارثا أو مالكا أو ضرارا أو حربا أو ظالما.

و يستحب حلق رأسه يوم السابع من ولادته و لو فى آخر جزء من النهار و لا- فرق بين الذكر و الأنثى على ما يقتضيه إطلاق النص (١) و الفتوى، و ينبغى أن يكون مقدا على العقيقه.

و التصديق بالرفع عطف على «حلق» أى يستحب التصديق بوزن شعره ذهباً أو فضه و لا يستحب الحلق بمضى السابع.

و يكره القنازع جمع قنزع، و هو أن يحلق من الرأس موضعا و يترك موضعا فى أى جانب كان كما فى الخبر (٢)، و فى آخر: أن يحلق الرأس إلا قليلا فى وسطه.

و يستحب ثقب أذنه بإجماعنا و أخبارنا (٣)، و إطلاق أكثرها يقتضى الاكتفاء بالواحد، و فى بعضها ثقبها معا، و لعله أكد. و يستفاد من بعضها فى كيفية ثقبها ثقب الأذن اليمنى فى شحمتها و اليسرى فى أعلاها.

و ختانه فيه أى فى اليوم السابع بلا خلاف و لو أخر عنه جاز إجماعا.

و لو بلغ غير مختون و جب عليه الأختان بإجماع علماء الإسلام، و فى وجوبه على الولى قبل البلوغ قولان، أشهرهما و أظهرهما العدم. و يدخل فىمن بلغ غير مختون الكافر إذا أسلم بلا خلاف و ان طعن فى السن.

و خفض الجوارى و ختانهن مستحب شرعا.

و أن يعق عنه أيضا بذكر ان كان ذكرا و الا فأنثى، و ليست المماثلة واجبه

ص: ٤٠٦

١- ١) و سائل الشيعة ١٥-١٦٩، ح ١ ب ٦٠.

٢- ٢) و سائل الشيعة ١٥-١٧٣، ب ٦٦.

٣- ٣) و سائل الشيعة ١٥-١٥٩، ب ٥١.

إجماعاً كما قيل، ولا خلاف في رجحان العقيقه في الجملة، وإنما الخلاف في الوجوب، والأشهر الأظهر العدم، وفي الخلاف (١) الإجماع.

ولا تجزئ الصدقه بئمنها ولو اضطرارا ولو عجز عنها توقع الممكنه من شرائها.

و يستحب فيها شروط الأضحيه من كونها سليمه من العيوب سمينه و أن تخص القابله بالرجل و الورك كما في بعض الاخبار (٢)، وفي بعضها: تعطى الربع (٣). وفي آخر: الثلث. و الجمع بتفاوت مراتب الفضل ممكن، وان كان الأخذ بالأول لشهرته بين الأصحاب أجود.

و لو كانت القابله ذميه لا تأكل ذبيحه المسلم أعطيت ثمن الربع.

و لو لم تكن ثمة قابله تصدقت به أى بالربع الأم الى من شاءت من فقير أو غنى.

و إذا لم يعق الوالد عنه استحب للولد أن يعق عن نفسه إذا بلغ و ان طعن في السن.

و لو مات الصبي بل الطفل مطلقا في اليوم السابع قبل الزوال سقط، و لو مات بعد الزوال لم يسقط الاستحباب بلا خلاف.

و يكره أن يأكل منها الوالدان بل و من في عيالهما، و الكراهه في الأم أشد، و لا يحرم الأكل على الأشهر الأظهر، و لو أكلت منه الام كره لها إرضاعه.

و أن يكسر شيء من عظامها، بل يفصل مفاصل الأعضاء بلا خلاف، و ليس

ص: ٤٠٧

١- ١) الخلاف ٣-٢٦٣.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٥-١٤٩، ب ٤٤.

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٥-١٥١، ح ١٠.

بمحظور إجماعاً، و ما اشتهر بين الناس من استحباب دفن العظام بل و لفها فى خرقة فلم نقف على مستند فيه و لا قول فيه.

التوابع:

الرضاع

و من التوابع: الرضاع بكسر الراء و فتحها مصدر رضع كسمع و ضرب و هو امتصاص الثدي.

و الحضانه بالفتح، و هى ولاية عن الطفل و المجنون لفائده تربيته و ما يتعلق بها من مصلحته من حفظه و جعله فى مهده و دفعه و كحله و دهنه و تنظيفه و غسل خرقة و ثيابه، و نحو ذلك من خدماته.

و أفضل ما يرضع به الولد لبن أمه لأوفقيته بمزاجه، لتغذيته به فى بطن أمه.

و لا- تجبر الأم الحرة و كذا الأمه للغير على إرضاع ولدها إلا إذا لم يكن للولد مرضعه أخرى، أو كان و لم تمكن لعدم وجود الأب أو إعساره و عدم تمكنه منه مع عدم مال للولد يمكن إرضاعه به من غيرها، فيجب عليها حينئذ بلا خلاف، كوجوب إنفاقها عليه فى هاتين الصورتين.

و هل يجب عليها إرضاع اللبأ، و هو أول اللبن؟ الأكثر لا، و هو أقوى إلا مع ثبوت الضرر بتركه فيجب، و يتقدر حينئذ بمقدار اندفاع الضرر، و ربما قيد بثلاثة أيام، و عليه ففى لزوم الأجره قولان، و الأشهر الأظهر نعم.

و يجبر الأمه مولاهها على إرضاع ولدها بل مطلقاً.

و للحرة المستأجره للإرضاع بنفسها أو غيرها، أو على الإطلاق و لو أرضعته من الغير كما عن الأكثر الأجره المضروبه لها على الأب الموسر مطلقاً و ان اختارت إرضاعه بعد استيجارها لذلك. و كذا لو أرضعته خادمتها المملوكه لها مطلقاً بلا خلاف.

و هل يجوز استيجار الام لذلك و هى فى حبالته؟ الأشهر نعم، و هو الأظهر

إذا كان المستأجر الزوج أو غيره و لم يمنع الإرضاع حق الزوج، و الا فالمنع أظهر.

و لو كان الأب ميتا أو معسرا فمن مال الرضيع بلا خلاف فى الأول و فى الأخير خلاف، فظاهر إطلاق العبارة وجوب أجره على الأب، و استشكله جماعة، و هو فى محله، و لكن الوجوب أحوط إن أمكن باقتراض و نحوه، و الا فلا ريب فى سقوطه، بل و لعله لا خلاف فيه.

و نهايه مده الإرضاع حولان كاملان و يجوز الاقتصار على أحد و عشرين شهرا بإجماعنا لا أقل من ذلك على الأظهر الأشهر، بل كاد أن يكون إجماعا و حكى صريحا.

و تجوز الزيادة عن الحولين بشهر أو شهرين لا أكثر على الأشهر، و المنع عن الزائد على الشهرين محل نظر و ان كان أحوط.

و لا يلزم الوالد أجره ما زاد على الحولين من رضاع الولد مع عدم الضروره إليه قطعا، و كذا معها على إطلاق النصوص (1)، و لكن اللزوم حينئذ أحوط و أولى.

و الام أحق بإرضاعه إذا تبرعت أو قنعت بما تطلب غيرها إجماعا و لو طلبت زياده عن ما يقنع به فللأب نزعه عنها و استرضاع غيرها مطلقا، و ان لم تطلب أزيد من أجره المثل على الأظهر الأشهر، و قيل: بل هى أولى مطلقا إذا لم تطلب أكثر من أجره المثل، و هو أحوط و أولى.

الحضانه

و أما الحضانه: فالأم أحق بالولد و تربيته مده الرضاع مطلقا ذكرا كان أو أنثى أو غيرهما، إجماعا فيما إذا أرضعته، و الا فقولان أجودهما: أنها حينئذ لا حضانه لها، و فيه قول آخر ضعيف.

ص: ٤٠٩

ثم حضانه الأم حيث ما ثبتت لها مشروطه بما إذا كانت حره مسلمه عاقله غير مزوجه بلا خلاف، فلا حضانه للأمه و لا للكافره إذا كان الولد مسلما، و لا للمجنونه.

و فى إلحاق المرض المزمّن الذى لا يرجى زواله، كالسل و الفالج بحيث تشتغل بالألم عن كفالتة و تدبير أمره وجهان، و نحوه المرض المعدى.

و لا- للمزوجه إجماعا كما فى الروضه (١)، و لو طلقت من الثانى بائنا أو رجعا انقضت عدتها، ففى عود ولايتها قولان، و الأصل يقتضى الثانى.

و لا اختصاص للشروط بالأم، فإن الأب شريك لها فيها حيث له الحضانه إجماعا إلا فى الشرط الرابع، فلا ينافيها فى حقه تزويجه بامرأه أخرى.

و إذا فصل الولد عن الرضاع فالحره أحق بالبت الى سبع سنين من حين الولاده على الأظهر الأشهر، و عن جماعه الإجماع.

و قيل: كما عن جماعه من القدماء أنها أحق بها الى تسع سنين و فى مستنده نظر.

و الأب أحق بالابن بعد الفطام على الأظهر الأشهر، و عن الغنيه (٢) الإجماع، و الأحوط السبع هنا، و فى البنت [ما زاد عليها] (٣) ما لم تتزوج أمها و ان بلغت تسعا.

و لو تزوجت الام سقطت حضانتها.

و لو مات الأب فالأم أحق به أى بالولد مطلقا ذكرا أو أنثى من الوصى للأب أو الجد له أو غيره مطلقا، انقطعت حضانتها عنه قبل موت الأب أم لا الى أن يبلغا، و لا فرق حينئذ بين كونها مزوجه أم لا.

ص: ٤١٠

١- ١) الروضه ٥-٤٦٣.

٢- ٢) الغنيه ص ٥٥٤.

٣- ٣) الزيادة من «خ».

و كذا لو كان الأب مملوكا أو كافرا كانت الأم الحره المسلمه أحق به حضانه و لو تزوجت أو لم يكن لها ولايه مع حره الأب و إسلامه.

و لو أعتق الأب فالحضانه له إذا صحت له الحضانه، بأن كان العتق بعد الفطام فى الذكر و بعد السبع فى الأنثى.

فإن فقد الأبوان فقيل: إن الحضانه لأب الأب و يكون أولى من غيره من الأقارب، و فى تقديمه على غيره ممن فى درجته إشكال.

فإن فقد أب الأب أو لم ترجحه فلاقارب من الأرحام إلى الولد فالأقرب منهم على الأظهر الأشهر.

ثم إن اتحد الأقرب فالحضانه له، و إن تعدد أقرع بينهم.

و لو اجتمع ذكر و أنثى فى تقديم الأنثى قول، و الدليل يقتضى التسويه بينهما، كما يقتضى التسويه بين كثير النصيب و قليله و من يمت بالأبوين و بالأم خاصه.

ثم إذا بلغ الولد رشيدا سقطت الحضانه بلا خلاف، سواء فى ذلك الذكر و الأنثى البكر و الثيب، لكن قيل: يستحب أن لا يفارق أمه خصوصا الأنثى إلى أن تتزوج.

و الحضانه حق لمن ذكر لا واجبه عليه، فله إسقاطه إلا إذا استلزم تضييع الولد فتجب حضانتته لكن كفايه.

النظر الخامس

إشاره

(فى النفقات) [و أسبابها ثلاثه]

و أسبابها الموجه لها ثلاثه: الزوجيه، و القرابه، و الملك إجماعا.

ص: ٤١١

أما الزوجية: فيشترط في وجوب نفقتها شرطان: العقد الدائم، فلا نفقه لمستمتع بها إجماعاً.

و التمكين الكامل المعروف في الشرائع (١) وغيره بالتخليه بينها وبينه بحيث لا يخص موضعاً ولا زماناً. و الظاهر تحققه ببذلها نفسها في كل زمان و مكان يريد فيه الاستمتاع و حل له مع عدم مانع شرعى لها أو له، فلا يحتاج الى اللفظ الدال عليه من قبلها، خلافاً للتحريم (٢) فأوجب، و لا دليل عليه الا إذا توقف معرفته عليه، و اشتراط هذا الشرط هو الأشهر الأقوى بلا كاد أن يكون إجماعاً.

فلا- نفقه لناشره خارجه عن طاعه الزوج، لعدم التمكين التام المشتراط و كذلك لا نفقه لها و لو قلنا بعدم اشتراطه، بناء على أن النشوز مانع إجماعاً.

و على هذا فيعود الخلاف السابق لو كان الى أن التمكين هل هو شرط أو النشوز مانع؟ و يتفرع عليه فروع:

منها: الإنفاق بعد النكاح قبل الزفاف، فلا يجب على المختار و نعم على غيره و لا نشوز هنا قطعاً.

و منها: الإنفاق على الصغيره التى لم تبلغ سنا يجوز الاستمتاع بها، فلا- يجب على المختار دون غيره فى أشهر القولين و أظهرهما، خلافاً للحلى فيجب، و هو أحوط و أولى.

و لو انعكس الفرض بأن كانت كبيره ممكنه و الزوج صغيراً و جبت النفقه على الأشهر، و ان كان العدم- كما عليه الشيخ و جماعه- لعله أظهر.

و لو امتنعت عن الاستمتاع بها لعذر شرعى أو عقلى ثابت بينهما

ص: ٤١٢

١- ١) شرائع الإسلام ٢- ٣٤٧.

٢- ٢) التحرير ٢- ٤٥.

بإقرارها (١) أو بينتها لا تسقط النفقه، وذلك كالمرض المانع عما تمتنع عنه و الحيض إذا أراد وطأها قبلا، وكذا دبرا ان منعنا عنه في الحيض أو مطلقا و نحوهما فعل الواجب المضيق أو الموسع إجماعا، و لو في الأخير إذا فعلته في آخر أوقاته و مطلقا على الأشهر، خلافا للشيخ و علامه فاعتبرا فيها الضيق و حكما بتحقيق النشوز بدونه، و لا يخلو عن قوه، إلا في الصلاه فلا يعتبر فيها الضيق إجماعا كما قيل.

أما فعل المندوب: فان كان مما يتوقف على اذن الزوج كالصوم و الحج فان فعلته بدون اذنه فسد و لا تسقط النفقه، لأنه بمجرد غير مانع إلا إذا فرض منعها منه فتسقط لذلك لا لأجل التلبس به وفاقا للأشهر، خلافا للشيخ فأطلق السقوط بالتلبس، و مستنده بعد لم يظهر، و ان كان مما لا يتوقف على اذنه جاز لها فعله بغيره و ليس له منعها، الا أن يطلب منها الاستمتاع في ذلك الوقت فيجب عليه اطاعته.

و لو استمرت على الامتناع و الحال هذه سقطت نفقتها.

و تستحق الزوجه النفقه مطلقا و لو كانت ذميه أو أمه أرسلها اليه مولها ليلا و نهارا، بخلاف ما إذا لم يرسل إلا في أحد الزمانين فلا تستحق. و لا كذلك الحره البالغه إذا منعها الأب أو غيره عن زوجها، فإنه لا عبره به و لا تسقط نفقتها إذا كانت ممكنه بنفسها.

و كذا تستحقها الزوجه المطلقه الرجعيه ما دامت هي في عدتها إجماعا و للنصوص (٢)، و هي مطلقه لإثبات النفقه حتى ما يتعلق بآله التنظيف.

و لا تسقط نفقه المعتده الا بمسقطات نفقه الزوجيه و تستمر الى انقضاء

ص: ٤١٣

١- ١) في «ن» بإقراره.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٥-٢٣١ ب ٨ من أبواب النفقات.

و لو ظهر حمل بعد الطلاق بالمرأه، فعليه الإنفاق إلى الوضع و لو تجاوز العده.

و لو بان فقد الحمل بعد الإنفاق ففي ارتجاع المدفوع إليها تردد، أظهره العدم إلا إذا دلست عليه الحمل فيرتجع.

و في التقييد ب«الرجعيه» إظهار اختصاص وجوب الإنفاق بها دون البائن و المتوفى عنها زوجها فإنه لا يجب الإنفاق عليهما إجماعا الا- أن تكون كل منهما حاملا منه فتثبت نفقتها في الاولى و هي المطلقة ب الطلاق البائن على الزوج حتى تضع خاصه دون الولد مطلقا كان له مال أم لا.

و هل الإنفاق لها أو لولدها؟ قولان، و الثاني أظهرهما، بل قيل: أشهرهما، و يتفرع على الخلاف فروع:

منها: ما إذا تزوج الحر أمه مشترطا مولاه رقيه الولد، و قلنا بجواز هذا الشرط. أو تزوج العبد أمه مشترطا في الولد الانفراد بالرقيه، فلا نفقه فيهما على الزوج على الأشهر، و نعم على القول الآخر، و تكون النفقه في الثاني في ذمه المولى و كسب العبد.

و منها: ما لو لم ينفق عليها حتى مضت المده أو بعضها، فلا يجب القضاء على الأشهر و نعم على الآخر.

و منها: ما لو أتلفها متلف بعد القبض من دون تفريط، فتسقط النفقه على الثاني دون الأول، و كذا لو ارتدت بعد الطلاق.

و في الثانيه، و هي المعتده في الوفاة في نصيب الحمل على احدى الروايتين (1) المعول عليهما، و عمل بهذه الصدوق و جماعه، و لضعف سندها

ص: ٤١٤

أعرض عنها المتأخرون، و عملوا بالثانيه أنها لا- نفقه لها، و هى مستفيضه و لعلها الأقوى، و ان كانت الاولى فى الجمله أحوط و أولى.

و فى المسأله قولان آخران و روايه ثالثه لا عمل عليها.

و نفقه الإنسان على نفسه مقدمه على نفقه الزوجه و نفقتها مقدمه على نفقه الأقارب حتى واجبى النفقه و تقضى نفقتها لو فاتت دون نفقتهم، بلا خلاف فى شىء من ذلك.

القرباه

و أما القرباه: فالنفقه على الأبوين و الأولاد لازمه بالشروط الآتیه بالإجماع.

و فى دخول من علا- من الإباء و الأمهات فى الإباء تردد من الأصل و الشك فى صدق الإطلاق عليه، و من الإطلاق عليه كثيرًا، و أطباق الفقهاء عليه هنا ظاهر، فاذن أشبهه اللزوم.

و لا- تجب النفقه على غيرهم من الأقارب كالأخ و الأخت و العم و العمه و الخال و الخاله و من ينتمى إليهم من الأولاد و الأحفاد بل تستحب و يتأكد الاستحباب فى الوارث حتى قيل: بوجوبه، و لكنه ضعيف.

و يشترط فى الوجوب أى وجوب الإنفاق على القرباه دون الزوجه الفقر فى المنفق عليه و عدم شىء يتقوت به، أو عدم وفاء ماله بقوته.

و اشتراطه و اشتراط اليسار فى المنفق موضع وفاق، قالوا: و المراد باليسار هو أن يفضل عن قوته و قوت زوجته و خادمها ليوم و ليله شىء. و فى حكم القوت ما يحتاج اليه من الكسوه فى ذلك الفضل و غيرها.

و لو فضل عن قوته أو قوت زوجته شىء، ففى وجوب الإنفاق أو جواز التزويج المانع عنه قولان، و الأشهر الثانى، و لا ريب فيه ان اضطر اليه.

و فى اشتراط العجز أى عجز المنفق عليه عن الاكتساب فى وجوب الإنفاق عليه قولان، أشهرهما ذلك. نعم يعتبر لياقه الكسب بحاله و لا

يشترط نقصان الخلقه بنحو الزمانه، و لا الحكم بنحو الصغر و الجنون على الأشهر الأقوى.

و لو بلغ الصغير حدا يمكن أن يتعلم حرفه أو يحمل على الاكتساب، قيل:

للمولى حملة عليه و الإنفاق عليه من كسبه، لكن لو هرب و ترك الاكتساب فى بعض الأيام فعلى الأب الإنفاق عليه، بخلاف المكلف.

و لا يشترط عدالته و لا إسلامه، بل تجب نفقته و ان كان فاسقا، قيل: و يجب تقييد الكافر بكونه محقون الدم، فلو كان حربيا لم يجب إنفاقه. أما الحرية فهى شرط إجماعا و نفقه المملوك على المولى.

و لو امتنع عن الإنفاق عليه أو كان معسرا، أمكن وجوبه على قريبه، و قيل:

لا يجب مطلقا، بل يلزم ببيعه أو الإنفاق عليه كما يأتى ان شاء الله، و هو حسن.

و لا- تقدير للنفقة الواجبه بل يجب بذل الكفايه من الطعام و الكسوه و المسكن بلا- خلاف فيه فى نفقه الأقارب، أما الزوجه فكذلك على الأظهر الأشهر، خلافا للخلاف (1) فقدر الطعام بمد مطلقا، و للمبسوط (2) فقدره بمدين للموسر و مد و نصف للمتوسط و مد للمعسر، و دليلهما غير واضح.

و المعتر من المسكن الإمتاع اتفاقا و من المئونه التملك فى صبيحه كل يوم لا أزيد اتفاقا، بشرط بقائها ممكنه الى آخره، فلو نشزت فى الأثناء استحققت بالنسبه.

و فى الكسوه قولان، أشهرهما و أجودهما أنها كالأول، و عليه فليس لها بيعها و لا التصرف فيها بغير اللبس من أنواع التصرفات الخارجه عن العاده، و لا لبسها زياده عن المعتاد كيفيه و كميه، فإن فعلت و أبلتها قبل المده التى تبلى

ص: ٤١٤

١-١) الخلاف ٣-٧٤.

٢-٢) المبسوط ٦-٦.

فيها عادة لم يجب عليه إبدالها، وكذا لو أبقتها زياده على المده، و له إبدالها بغيرها مطلقا، و تحصيلها بالاستيجار و العاريه و غيرهما.

و لو طلقها أو مات أو ماتت أو نشزت، استحق ما يجده منها مطلقا، و أما ما يحتاج اليه من الفراش و آلات فهو في حكم الكسوه.

و نفقه الولد على الأب مع وجوده و يساره، دون الام و لو شاركته في الوصفين إجماعا.

و مع عدمه أو فقره فعلى أب الأب و ان علا مرتبا الأقرب فالأقرب إجماعا كما حكاها جماعه.

و مع عدمهم تجب على الأم خاصه إلا مع إعسارها و تكون حينئذ على آباءها و أمهاتها بالسويه إن اشتركوا في الدرجه، و الا قدم الأقرب فالأقرب إلى المنفق عليه إجماعا.

و لم يتعرض المصنف لحكم الإباء و الأمهات من قبل أم الأب، و المحكى عن الشيخ و سائر الجماعه ان أم الأب بمنزله أم الأم و آباءها و أمهاتها بمنزله آباءها و أمهاتها، فيتشاركون مع التساوى في الدرجه بالسويه، و يختص الأقرب من الطرفين الى المحتاج بوجوب الإنفاق عليه، كل ذا في الأصول خاصه.

و أما الفروع فلو وجدوا بشرائط الإنفاق دون الأصول، فإن اتحد تعين، و ان تعدد في درجه واحده وجب عليهم بالسويه، و ان اختلف درجاتهم وجب على الأقرب فالأقرب، و لا فرق في ذلك بين الذكور و الأئني على الأشهر الأقوى.

و لو اجتمع العمودان الأصول و الفروع، فمع وحده الدرجه فهم شركاء في الإنفاق بالسويه كما في الأب و الابن، و مع اختلافهما وجب على الأقرب فالأقرب كما في الأب و ابن الأب فالأب متعين.

و لو كان الفروع أئني أو كان الأصل هو الام، ففيه احتمالات، و الذي استظهره

جماعه هو استواء الابن و البنت، و كذا الام مع الولد مطلقا.

ثم لو كان الأقرب معسرا، فأنفق إلا بعد، ثم أيسر الأقرب، تعلق الوجوب به حينئذ، ولا يرجع إلا بعد عليه بما أنفق. ولو كان له ولدان و لم يقدر إلا على نفقه أحدهما و له أب، و جب على الأب نفقه الآخر. و لو تشاحا فى اختيار أحدهما، استخرج بالقرعه.

ثم كل ذا حكم المنفق، أما المنفق عليه: فإن كانوا من جهة واحدة كالآباء و الأجداد، و جب الإنفاق على الجميع مع السعه، و إلا فالأقرب إليه فالأقرب، و لا فرق فى كل مرتبه بين الذكر و الأنثى، و لا بين المتقرب بالأب من الأب و الام و المتقرب بالأم كذلك و ان كانوا من الجهتين اعتبرت المراتب، فإن تساوت عدده الدرجات فيهما اشتركا، و إلا اختص الأقرب.

و لو لم يسع ما له من فى درجه واحده لقله و كثرتهم، ففى الاقتسام أو القرعه وجهان أقواهما: الثانى، و ربما احتتمل ترجيح الأوج لصغر أو مرض بدون القرعه، و لا بأس به.

و لا تقضى نفقه الأقارب لو فاتت بلا خلاف، إلا أنه ذكر الجماعه و جوب القضاء فيما لو استدانه القريب بأمر الحاكم لغيبه المنفق أو امتناعه، فإنه يستقر الدين فى ذمته كسائر ديونه.

المملوك

و أما المملوك: فنفقته واجبه على مولاه ذكرًا كان أو أنثى أو غيرهما و كذا الأمه بإجماع الأمه، و لا فرق فيهما بين الصغير و الكبير و القن و أم الولد و المدبر و المكاتب، إلا أن نفقته فى كسبه ان وفا به، و إلا أتمه المولى من غير فرق بين كونه مشروطا أو مطلقا لم يؤد شيئا.

ثم ان اتحد المالك و إلا وزعت النفقه عليهم بحسب الشركه.

و يرجع فى قدر النفقه و جنسها و كفيته إلى عاده ممالك أمثال

المولى من أهل بلده بحسب شرفه وضعته و يساره و إعساره، و لا- فرق بين كون نفقه السيد على نفسه دون الغالب فى نفقه المملوك عادة أو تقثيرا أو بخلا أو رياضه و فوقه، فليس للمولى الاقتصار بالعبد على وجه نفقه نفسه فى الأول.

و لا- عبره فى الكمية بالغالب فى نفقه المملوك، بل تجب الكفايه لو قل الغالب عنها، كما لا يجب الزائد و لو زاد عنها، فاذن المعتبر فيه الكيفيه خاصه لا الكمية كما يفهم من العبارة.

و يستحب أن يطعمه مما يأكله و يلبسه مما يلبسه.

و يجوز مخارجه المملوك على شىء أى ضرب خراج معلوم عليه يؤديه كل يوم أو مده مما يكسبه فما فضل يكون له، فان كفاه الفاضل لنفقه و الا أتمه المولى إجماعا، و فى جواز إجبار السيد عبده على المخارجه أقوال، ثالثها نعم ما لم يتجاوز مجهوده، و هو أقوى.

و للسيد الاستخدام فيما يقدر عليه المملوك و لا يخرج عن وسعه عادة و الملازمه عليه، الا فى وقت اعتيد فيه الاستراحه.

و أما الأفعال الشديده الشاقه التى لا يمكن المداومه عليها فى العاده فله الأمر بها فى بعض الأزمنه، و على المملوك بذل الوسع مهما أمكنه، فليس له تكليف الخدمه ليلا- و نهارا معا، بل إذا عمل فى أحدهما أراحه فى الآخر، و يريجه فى الصيف وقت القيلولة، و بالجمله فالمتع العاده الغالبه.

و تجب النفقه على البهائم المملوكه ماأكوله اللحم كانت أم غيرها، منتفعا بها أم لا بلا خلاف، و لا تقدير لها بل عليه منها ما احتاجت اليه من العلف و السقى حيث يفتقر إليهما، و المكان المناسب من مراح و إصطبل يليق بحالها، و منها دود القز، فيأثم بالتقصير فى إيصاله قدر كفايته و وضعه فى مكان يقصر عن صلاحيته له بحسب الزمان و ما يحتاج البهيمة مطلقا من الآلات حيث يستعملها، أو الجل لدفع

البرد و غيره حيث يحتاج اليه.

و يجبر على الإنفاق عليها، إلا أن يجتري بالرعى و يرد الماء بنفسها فيجتزئ به مع إمكانه.

فإن امتنع مالکها أجبر على الإنفاق عليها أو تسريحها الى المرعى، أو بيعها أو ذبحها ان كانت مقصوده بالذبح للحم أو الجلد، و إلا أجبر على الإنفاق أو البيع. و انما يتخير مع إمكان الافراد، و الا تعين الممكن منها.

ثم ان كان لها ولد و فر عليه من لبنها ما يكفيه وجوبا و حلب ما يفضل عنه خاصة فإن ذلك نفقته، إلا أن يقوم بكفايته من غير اللبن حيث يكتفى به.

و الحمد لله تعالى على إتمامه.

ص: ٤٢٠

كتاب الطلاق

اشاره

ص: ٤٢١

(كتاب الطلاق) و هو ازاله قيد النكاح بغير عوض، بصيغه «طالق» و ما فى معناه، ان قلنا به مع الشرائط المعتمده.

و النظر فى أركانه و أقسامه و لواحقه:

أركانہ

الركن الأول: فى المطلق

الركن الأول: فى بيان المطلق: و يعتبر فيه البلوغ، و العقل، و الاختيار و القصد بلا خلاف فيما عدا الأول، و لا فيه أيضا إذا لم يكن مميزا، و كذا إذا كان مميزا ما لم يبلغ على الأشهر الأقوى.

فلا- اعتبار بطلاق الصبى مطلقا و لكن فىمن بلغ بحسب السن عشرا روايه بل روايات (١) بالجواز عمل بها الشيخ فى النهايه (٢) و جماعه و هى و ان لم يكن فيها ضعف بالمعنى المصطلح، فان فيها الموثق، الا أنها قاصره عن المقاومه لأدله الأكثر.

و لو طلق عنه الولى لم يقع مطلقا أبويه كان أم الحاكم إجماعا، كما فى كلام جمع الا أن يكون بلغ فاسد العقل فسادا لا يمكن معه القصد الى الطلاق أصلا.

ص: ٤٢٣

١-١) وسائل الشيعه ١٥-٣٢٤، ح ٢ و ٦.

٢-٢) النهايه ص ٥١٨.

فيجوز طلاق الولي عنه حينئذ مطلقا مطبقا كان أو أدواريا لا يفيد حال الطلاق على الأشهر الأقوى، وفي الإيضاح (١) الإجماع.

و ظاهر العبارة انحصار جواز طلاق الولي في صورته اتصال الجنون بالصغر و هو مخالف للإجماع، وإطلاق النصوص (٢) ان أريد بالولي الولي المطلق، وللأخير خاصة ان أريد به من عدا الحاكم كما هو الظاهر، ولعله لذا أطلق الجواز جماعه و لا يخلو عن قوه.

ثم انه ليس في النصوص (٣) اشتراط الغبطه في طلاق الولي لكنه مشهور، فان تم إجماعا و الا فيكفى عدم الضرر.

و لا- يصح طلاق المجنون مطلقا عدا الأدوارى حال إفاقته و لا السكران البالغ حدا يصير كالمجنون الذى لا ينتظم أمره و لا يتوجه إلى أفعاله قصده، و فى معناه المغمى عليه و النائب.

و لا المكروه عليه، و يتحقق الإكراه بتوعده بما يكون مضرا به فى نفسه أو من يجرى مجراه من إخوانه، و يناط الضرر بحسب حاله مع قدره المتوعد عليه على فعل ما توعد به، و العلم أو الظن بفعله به مع عدم فعله المأمور به.

و لا فرق بين كون المتوعد قتلا، أو جرحا، أو أخذ مال و ان قل، أو شتما، أو ضربا، أو حبسا. و يستوى فى الأولين جميع الناس، أما الأربعة فتختلف باختلافهم ضعه و رفعه فقرا و غنى، فربما يؤثر قليلها فى الوجيه و الفقير اللذين ينقصهما ذلك و قد يتحمل بعض الناس شيئا لا يؤثره فى قدره و فقره.

و الضابط فيه: حصول الضرر فيه عرفا بوقوع المتوعد به.

ص: ٤٢٤

١- (١) إيضاح الفوائد ٣-٢٩٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٥-٣٢٩، ب ٣٥.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٥-٣٢٩، ب ٣٥.

و لو خيره بين الطلاق أو غيره من أفعاله المنوط صحتها باختياره أو دفع مال غير مستحق، فهو إكراه بلا خلاف، و هذا بخلاف ما لو خيره بينه و بين ما يستحقه المخير من مال أو غيره.

و ان حتم أحدهما الغير المعين، فإنه لا- إكراه فيه بلا- خلاف. و كذا لا- إكراه على طلاق معينه فطلق غيرها، أو على طلقه فطلق أزيد، أو على طلاق المعينه ففعلها مره قاصدا اليه.

و لا- طلاق المغضب مع ارتفاع القصد و نحوه الساهى و النائم و الغالط و الهازل و العجمى، و الملقن بالصيغه مع عدم معرفه المعنى.

الركن الثانى: فى المطلقة

الركن الثانى: فى المطلقة، و يشترط فيها الزوجيه بالفعل، فلا يقع بالأمه و لا الأجنبيه و لو علقه بعقد المناكحه إجماعا.

و الدوام فلا- يقع بالمتعته و الطهاره من دم الحيض و النفاس إذا كانت مدخولا بها و حائلا و زوجها معها حاضرا فلا يجوز من دونها بإجماع العلماء و لو طلق و الحال هذه فسد بإجماعنا.

و لو كان زوجها عنها غائبا صح طلاقه و لو صادف الحيض أو طهر المواقعه إجماعا، لكن بشرط أن يكون جاهلا بحالها، فلو طلقها و هو عالم بأنها حائض أو فى طهر المواقعه لم يصح طلاقها اتفاقا.

و فى تعيين قدر الغيبه المجوزه للطلاق المصححه له- و ان صادف الحيض- اختلاف بين الأصحاب و اضطراب فى أخبار (١) الباب، و محصله: الذى يجتمع عليه بزعم المصنف و أكثر المتأخرين، التقدير بمدى يعلم انتقالها فيها من طهر الى آخر.

و الجمع بينها بحمل التقديرات الوارده فيها على الاستحباب مرتبه فى الفضل

ص: ٤٢٥

زياده و نقصانا بحسب اختلافها لعله أظهر وفاقا لجمع، و لكن الأحوط المصير الى اعتبار التقدير بثلاثه أشهر كما عليه آخرون.

و على اعتبار المده فلا- خلاف فى الصحه لو طلق بعدها مع استمرار الاشتباه، أو تبين الوقوع حال الحيض أو الطهر غير المواقع، كما لا خلاف فى البطلان لو طلق قبلها مع تبين الوقوع فى الحيض أو طهر المواقع، و لكن اختلفوا فى الصحه فى الشق الأول مع تبين الوقوع فى طهر المواقع، و الأشهر الأظهر الصحه، كما فى الصوره السابقه.

و فى صحته فى الشق الثانى مع تبين الوقوع فى الطهر غير طهر المواقع وجهان أجودهما: الأول بالنظر الى الجاهل باشتراط المده، أو الوقوع قبلها دون العالم بهما، لعدم إمكان قصده إليه أصلا.

و لو خرج الى السفر فى طهر لم يقربها فيه صحح طلاقها من غير تربص و انتظار للمده المعتبره و لو اتفق وقوعه فى الحيض مع جهله به، بلا- اشكال على القول بعدم اعتبار المده مطلقا، و كذا على اعتبارها مع تبين الوقوع فى الطهر، و يشكل عليه مع تبين الوقوع فى الحيض.

و المحبوس عن زوجته كالغائب فيطلق مع الجهل بحالها مطلقا، أو بعد المده المعتبره على الخلاف، و لو صادف الحيض أو طهر المواقع على الأظهر الأشهر، خلافا للحلى فكالحاضر، و هو نادر. و فى حكم الحاضر الغائب المطلع بلا خلاف.

و يشترط رابع، و هو أن يطلقها فى طهر لم يجمعها فيه بإجماعنا.

و يسقط اعتباره فى الصغيره التى لم تبلغ تسعا و اليائسه التى قعدت عن المحيض و الحامل المستئين حملها إجماعا.

و أما المسترابه بالحمل و هى التى فى سن من تحيض و لا تحيض،

سواء كان لعارض من رضاع أو مرض أو خلقيا فإن أخرت الحيضه لذلك مع كونه خلاف عاداتها صبرت ثلاثه أشهر من حين المواقع ثم يطلقها و لا يقع طلاقها قبله إجماعا.

و وجه التقييد بكون التأخير خلاف عاداتها تفصيا من احتمال من يكون ذلك عاداتها، فان حكم هذه غير الاولى، بل يجب الصبر بها الى أن تحيض و لو زاد عن ثلاثه أشهر.

و فى اشتراط تعيين المطلقه ان تعددت الزوجه لفظا أو نيه تردد و اختلاف، الا- أن الأظهر الأشهر الاشتراط، و فى الانتصار (١) الإجماع.

الركن الثالث: فى الصيغه

الركن الثالث: فى الصيغه و هى صريحه و كناية.

و الأشهر الأظهر أنه يقتصر على الاولى، و هى أن يقول: أنت، أو هذه، أو فلانه و يذكر اسمها أو ما يفيد التعيين، أو زوجتى مثلا طالق فلا- يكفى أنت طالق، و ان صح إطلاق المصدر على اسم الفاعل و قصده فصار بمعنى طالق تحصيلا لموضع النص و الاتفاق و استصحابا للزوجه.

و لا- يقع ب نحو أنت خليه و بريه و غيرهما من الكنايات، كالبته و البتله و حرام و بائن، و اعتدى و ان ضم إليها قرينه داله على النيه، بلا خلاف بيننا فيما عدا الأخير.

و كذا لا يقع لو قال للزوجه: اعتدى على الأشهر الأظهر، بل كاد أن يكون إجماعا، كما صرح به فى الانتصار (٢).

و يقع الطلاق لو قال له أحد: هل طلقت فلانه؟ فقال: نعم قاصدا به الإنشاء، وفاقا للشيخ و جماعه، خلافا للأكثر فلا يقع به أيضا، و فى

ص: ٤٢٧

١- (١) الانتصار ص ١٣٩.

٢- (٢) الانتصار ص ١٢٩.

الانتصار (١) الإجماع، و هو أقوى.

و يشترط تجريده عن الشرط و هو ما أمكن وقوعه و عدمه، كقدوم المسافر و دخولها الدار و الصفه و هو ما قطع بحصوله عادة، كطلوع الشمس و زوالها، و يستثنى من الشرط ما كان معلوم الوقوع حال الصيغه، كما لو قال: أنت طالق ان كان الطلاق يقع بك. و هو يعلم وقوعه، و لا بأس به، و لكن الأحوط تركه.

و لو فسر الطلقه باثنين أو ثلاث كأن قال: أنت طالق طلقتين أو ثلاث صحت واحده و بطل الزائد المعبر عنه ب التفسير على الأظهر الأشهر، و فى نهج الحق الإجماع.

و قيل: انه يبطل الطلاق رأسا و لا يقع منه شيء و لو واحدا، و القائل جماعه من القدماء.

و لو كان المطلق مخالفا يعتقد وقوع الثلاث أو عدم اشتراط شيء مما مر فى الطلاق فطلق لزمه معتقده و جاز لنا مناكحه مطلقاته كذلك، بلا- خلاف يظهر بل عليه الإجماع فى كلام جمع. و لا فرق فى المطلقه بين المخالفه و المؤمنه على ما يقتضيه إطلاق النص (٢) و كلام الأصحاب.

الركن الرابع: فى الإشهاد

الركن الرابع: فى الإشهاد، و لا بد فى صحه الطلاق من شاهدين يسمعانه بإجماعنا.

و لا- يشترط استدعاؤهما الى السماع بل يكفى سماعهما على الإطلاق بلا خلاف، و لا معرفتهما المطلقة بشخصها و عينها، بل يكفى معرفته بنحو من الاسم و الإشارة. نعم ذلك أحوط إن أمكن. و يشترط اجتماعهما معا لسماع الصيغه، فلا يقع مع التفرقه.

ص: ٤٢٨

١- ١) نفس المصدر.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٥-٣٢٠، ب ٣٠.

و يعتبر فيهما العدالة يجمعانها، و العدالة شئ زائد على ظاهر الإسلام من حسن الظاهر أو الملكة، كما هو الأقرب.

و بعض الأصحاب يكتفى بالإسلام في الشهادة، و هو الشيخ في النهاية (1) و جماعه، و لا ريب في ضعفه.

و لو طلق و لم يشهد العدلين على إنشاء الطلاق ثم أشهد هما بعد ذلك كان الطلاق الأول لغوا لعدم اشتماله على شرط الصحة، و صح الثاني ان اشتمل على باقى شرائطها.

و لا تقبل شهادة النساء هنا لا منفردات و لا منضمت بلا خلاف.

النظر الثاني - في أقسامه:

أشاره

و ينقسم إلى بدعه و سنه جائزه، و لو بعنوان الوجوب أو الكراهه أو الاستحباب أو الإباحه.

فالبدعه على ما ذكره الأصحاب ثلاثه:

أحدها: طلاق الحائض مع الدخول بها و حضور الزوج عندها أو غيبته لكن دون المده المشترطه على تقدير اعتبارها مع عدم حملها.

و ثانيها: طلاقها في طهر قد قربها فيه مع عدم الغيبه أو مطلقا مع ثبوت الوقوع فيه على الخلاف.

و ثالثها: الثلاث المرسله مع اعتقاد وقوعها.

و كله أى البدعى بأقسامه لا يقع إلا الأخير منها خاصه فواحد كما سبق.

و تقييد الثلاث ب«المرسله» يفيد عدم بدعيه المرتبه و لو لم يتخللها رجعه،

ص: ٤٢٩

كما أن الحصر في الثلاثه يفيد عدم بدعيه الطلقات الأخر الفاسده، كالواقع بغير إسهاد، أو معه من دون صيغه معتبره. و كل ذلك محل مناقشه ان أريد بالبدعيه الباطله، و لا ان كان ذا مجرد اصطلاح، و ليس فيه مشاحه الا أنه على هذا ليست القسمه حاصره.

و طلاق السنه و المراد به هنا ما يقابل البدعه، و يقال له: طلاق السنه بالمعنى الأعم، و الأخص هو أن يطلق على الشرائط ثم يتركها حتى يخرج من العده الرجعيه لا- البائنه، كما يستفاد من النصوص (1)، و ليس فيها اعتبار التزويج بها ثانيا بعد الخروج من العده، كما ذكره جماعه.

و الأول ثلاثه: بائن، و رجعي، و طلاق للعده.

فالبائن: ما لا يصح معه الرجعه بلا عقد: اما لعدم العده بالمره و هو أقسام ثلاثه:

أحدها: طلاق اليائسه عن المحيض على الأشهر الأظهر كما يأتي.

و ثانيها: من لم يدخل بها مطلقا.

و ثالثها: الصغيره و لو دخل بها، بلا خلاف في الأول، و على الأشهر في الثانيه مع الدخول بها كما يأتي.

و أما لعدم إمكان الرجوع في العده و ان أمكن في الجملة و هو اثنان:

طلاق المختلعه و المباره ما لم ترجعا في البذل المعتبر فيهما أو مطلقا و هو في المطلقه ثلاثا بينهما رجعتان أو عقدان، أو عقد و رجعه.

و الرجعي: هو ما يصح معه الرجعه في العده و لو لم يرجع و يكون فيما عدا الأقسام الستة المتقدمه في البائن، و على هذا و ما تقدم يكون

ص: ٤٣٠

طلاق المختلعه تاره من القسم الأول، و هو مع الشرط المتقدم فيه، و أخرى من هذا القسم مع عدمه.

و طلاق العده و هو على ما فسرہ جماعه: أن يطلق على الشرائط، ثم يراجعها قبل خروجها من عدتها و يواقعها، ثم يطلقها في غير طهر المواقعه، ثم يراجعها و يواقعها ثم يطلقها في طهر آخر، و هو المستفاد من المعتبره (١).

و المستفاد من قوله في تفسيره: انه ما يرجع فيه و بواقع ثم يطلق هو أن المعتبر فيه أن يطلق ثانيا بعد الرجوع و المواقعه خاصه، و عن بعضهم عدم اعتبار الطلاق ثانيا و الاقتصار على الرجعه، و عن النهايه (٢) و جماعه أن الطلاق الواقع بعد المراجعه و المواقعه يوصف بكونه عديا و ان لم يقع بعده رجوع و وقاع، لكن الطلاق الثالث لا يوصف بكونه عديا إلا إذا وقع بعد الرجوع و الوقاع.

و ظاهر القولين الأولين اتصاف الطلاقين الأولين بالعدى دون الثالث، و ينعكس الأمر على القول الثالث فيتصف الأخير بالعدى دون الأول.

فهذه أى المطلقه للعهه تحرم فى الطلقه التاسعه تحريما مؤبدا إذا كانت حره.

و ما عداها من أقسام الطلاق الصحيح، و هو ما إذا رجع فى العده و تجرد عن الوطاء، أو بعدها بعقد جديد و ان وطئ تحرم المطلقه و فى كل ثالثه إذا كانت حره، و فى كل ثانيه إذا كانت أمه حتى تنكح زوجها غيره كحرمتها كذلك لو طلقت للعهه.

فالفارق بين الطلاق للعهه و غيرها حصول التحريم المؤبد بالتاسعه فى

ص: ٤٣١

١- ١) وسائل الشيعه ١٥-٣٤٨، ب ٢.

٢- ٢) النهايه ص ٥١٤.

العدى خاصه دون غيرها، فلا تحريم فيه أبداً و لو بلغ العدد الى مائه بعد حصول المحلل بعد كل ثلاثه.

وهنا مسائل:

الاولى: لا يهدم استيفاء العده تحريم الثالثه

الاولى: لا- يهدم استيفاء العده و انقضائها و عدم رجوع الزوج فيها فى كل مره تحريم الثالثه حتى تنكح زوجا غيره، و كذا لو استوفت العده فى إحدى الطلقات خاصه إجماعاً منا، كما فى كلام جماعه، بل من العلماء كافه كما فى كلام بعض، و خلاف ابن بكير نادر لا يعاباً به و ان وافقه الصدوق فى الفقيه (١).

الثانيه: يصح طلاق الحامل

الثانيه: يصح طلاق الحامل المستبين حملها مره إجماعاً و زائداً عليها مطلقاً و لو كان للسنة بالمعنى الآتى كما يصح للعهده بالمعنى المقابل له و غيره على الأشبه الأشهر فى المقامين، بل عليه الإجماع فى الأخير فى كلام جماعه.

خلافاً للصدوقين فمنعوا عن الزائد عن الواحد مطلقاً استناداً الى الصحاح المستفيضه (٢)، و حملها على الفضيله أو غيرها متعين جمعا بين الأدله، و للنهايه (٣) و جماعه فمنعوا عن طلاقها المسنه، بمعنى أن يطلقها بعد الرجوع من غير وقاع، و جوزوا طلاقها للعهده بالمعنى المقابل له، و لا يخلو عن قوه.

الثالثه: يصح أن يطلق ثانيه فى الطهر الذى طلق فيه و راجع و لم يطأ

الثالثه: يصح أن يطلق الزوجه طلقه ثانيه فى الطهر الذى طلق فيه أولاً و راجع فيه و الحال أنه لم يطأ و كذا فى غير ذلك الطهر

ص: ٤٣٢

١- ١) من لا يحضره الفقيه ٣- ٣٢٠.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٥- ٣٨٠، ب ٢٠.

٣- ٣) النهايه ص ٥١٧.

على الأظهر الأشهر، خلافا للمعاني فاشترط في الطلقه الثانيه بعد الرجعه الوقاع للاخبار حملها على الاستحباب طريق الجمع بينها و بين ما هو أقوى منها.

لكن لا تقع الطلقه الثانيه فى الصوره المفروضه للعهه إجماعا، لاشتراطها بالمواقعه المفقوده فى مفروض المسأله.

الرابعه: لو طلق غائبا ثم حضر و دخل بها ثم ادعى الطلاق لم يقبل دعواه

الرابعه: لو طلق حال كونه غائبا بائنا أو رجعييا ثم حضر و دخل بها بعد البيئونه ثم ادعى الطلاق لم يقبل دعواه فيما يتعلق بحق الزوجه خاصه و لا- بينته التى أقامها بنفسه دون غيره، فتنقبيل فى الثانى لو ورخت بما ينافى فعله، و يحكم عليه بالفرقه فى مفروض المسأله، و هو الدخول بعد البيئونه، و الا فيعد فعله رجعه.

و يتفرع على عدم قبول دعواه و بينته أنه لو أولدها ألحق به.

الخامسه: إذا طلق الغائب و أراد العقد على أختها أو على خامسه و احتمل حمل المطلقه

الخامسه: إذا طلق الغائب زوجته و أراد العقد على أختها أو على خامسه و احتمل حمل المطلقه تربص تسعه أشهر من حين الطلاق على المفهوم من العبارة هنا و كلام جماعه، و به صرح بعض.

و لكن التعليل هنا و فى كلام جماعه بكونه احتياطا عن احتمال الحمل ربما أشعر بكون مبدأ التسعه من حين المواقعه، و بإفاده التعليل ذلك صرح بعض الأصحاب، و الأحوط الأول عملا بظاهر الصحيحه (1) التى هى مستند الحكم فى المسأله، و ان كان فيها ما يشعر بالثانى.

و الحكم فى المسأله مختص بالمستراه بالحمل كما قيدنا به العبارة، و أما غيرها فعدتها ثلاثه أقراء أو أشهر ثلاثه.

ص: ٤٣٣

النظر الثالث- في اللواحق:

المقصد الأول: يكره الطلاق للمريض

و فيه مقاصد أربعة:

المقصد الأول: يكره الطلاق للمريض على الأظهر الأشهر، بل كاد أن يكون إجماعاً، وقيل: بالتحريم، وهو أحوط.

و يقع لو طلق و الحال هذه إجماعاً.

و يرث زوجته المطلقة في العدة الرجعية إجماعاً دون العدة البائنة على الأظهر الأشهر، و في الخلاف (١) الإجماع.

و ترثه هي أى الزوجه المطلقة في المرض في العدة و بعدها مطلقاً و لو كان الطلاق بائناً و لكن إلى سنه خاصه، فلا ترث بعدها و لو لحظه بلا خلاف.

ثم ان الحكم بإرثها منه بعد العدة مشروط ب ما إذا لم تتزوج فلو تزوجت حرمت الميراث إجماعاً أو يبرأ من مرضه ذلك الذى طلقها فيه، فلو برىء منه و مات بمرض غيره قبل مضى السنه حرمت الميراث أيضاً و لو لم تتزوج بغيره.

ثم ان إطلاق النص (٢) و العبارة يقتضى عدم الفرق فى الا-يراث مع الشرطين بين صورتى الطلاق بقصد الإضرار بالزوجه و عدمه، و هو الأشهر الأظهر، خلافاً لجماعه فقيدوها بالأولى، و لا- يخلو عن قوه، فالاحتياط لا يترك ان أمكن، و الا فالعمل على الأشهر.

المقصد الثانى: فى المحلل

المقصد الثانى: فى المحلل و يعتبر فيه البلوغ فلا تحليل بالصغير إجماعاً، و كذا المراهق على الأشهر الأقوى.

ص: ٤٣٤

١- ١) الخلاف ٢-٤٥٦.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٥-٣٨٤، ب ٢٢.

و الوطاء فلا تحليل بمجرد العقد إجماعاً. و يشترط أن يكون في القبل و ظاهرهم الاتفاق على الاكتفاء فيه بغيوبه الحشفه.

و أن يكون بالعقد الصحيح فلا عبره بالوطى المجرد عنه مطلقاً و لو شبهه و لا بالوطى بالملك أو التحليل، و لا بالفاسد منه.

و ينبغي تقييد العقد ب الدائم فلا تحليل بالتمتع، و لا يشترط فيه الحرية.

و لو تزوجها عبد بالشرائط حلت لزوجها، و حينئذ يسهل الخطب في تحليل المحلل ان خيف عدم طلاقه أو إبطائه، فيحتال بتزويجها من العبد ثم نقله الى ملكها فإنه كطلاقها.

و هل يهدم المحلل بشرائطه ما دون الطلقات الثلاث فيكون معه كالعدم أم لا، بل يحسب من الثلاث؟ فيه روايتان (١)، أشهرهما: أنه يهدم بل ربما أشعر كثير من العبارات بالإجماع.

و لو ادعت أنها تزوجت المحلل و أنه دخل بها و طلق، فالمروى (٢) صحيحاً القبول إذا كانت ثقة الا أن المشهور القبول مع الإمكان مطلقاً، و حمل الروايه على الاستحباب قيل: و المراد بالثقة من تسكن النفس الى خبرها و ان لم تكن متصفه بالعداله المعتمره في الشهاده.

المقصد الثالث: في الرجعه

المقصد الثالث: في الرجعه بالكسر و الفتح، و الثانى أفصح.

و تصح بكل ما دل على قصد الرجوع فى النكاح، بلا خلاف بين العلماء إذا كان نطقاً، كقوله: راجعت و رجعت و ارتجعت متصلاً بضميرها، فيقول:

راجعتك و ارتجعتك و رجعتك. و هذه الثلاثه صريحه غير محتاجه فى بيان نيه الرجعه

ص: ٤٣٥

١-١) وسائل الشيعه ١٥-٣٦٣، ح ١ و ٢.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٥-٣٧٠، ب ١١.

إلى ضميمه و لو مثل «الى» أو «الى نكاحي» بلا خلاف الا أنه ينبغي إضافتهما و يستحب كما قيل و بها تصريح أصرح.

و فى معناه رددتك و أمسكتك، فلا يحتاج إلى قرينه، و قيل: يفتقر إليها فيهما.

و هو أحوط.

و بيننا إذا كان فعلا، كالوطى و القبلة و اللمس بشهوه مع قصد الرجعه، فلا عبره بها سهوا، أو غفله، أو مع قصد عدم الرجعه، أو لا معه مع عدم قصدها، فان ذلك لا يفيد الرجوع، و ان فعل حراما فى غير الأول، و لأحد عليه و ان استحق التعزير، الا مع الجهل بالتحريم.

نعم لو فعل أحد الأمور المتقدمه خاليا عما يدل على أحد القيود المتقدمه كان الأصل فيه الرجوع، تبعا لإطلاق النص (١) و العبارة، خلافا للروضة فقيده بقصد الرجوع لا بعدم ظهور قصد غيره.

و لو أنكر الطلاق كان إنكاره ذلك رجعه بلا خلاف، بل قيل: اتفاقا و لا فرق فى ذلك بين أن يضم إليه ما يدل على قصد الرجوع أو لا. نعم لو انضم إليه ما يدل على عدم قصد الرجوع و أن الباعث على الإنكار انما هو عدم التفتن الى وقوع المنكر و لو ذكره لم يرجع، فالظاهر عدم حصول الرجوع به، و على ذلك ينزل إطلاق النص (٢) و الفتوى جمعا.

و لا يجب فى تحقق الرجعه الإشهاد بل يستحب بلا خلاف.

و رجعه الأخرس بالإشارة المفهمه كسائر تصرفاته على الأشهر الأظهر، و قيل: بإلقاء القناع عنها. و هو أحوط، و فى قول المصنف: و فى روايه (٣) بأخذ

ص: ٤٣٦

١-١) وسائل الشيعه ١٨-٤٠٠ ح ١.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٥-٣٧٢، ب ١٤.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٥-٣٠٠، ح ٣، و راجع فقه الرضا ص ٣٣.

القناع عنها إشاره إلى وجود روايه بصريحتها فيه،و لم نقف عليها.

و لو ادعت المطلقة انقضاء العده فى الزمان الممكن و يختلف أقله باختلاف أنواع العده،فهو من المعتده بالأقراء ستة و عشرون يوما و لحظتان فى الحره،و ثلاثه عشر يوما و لحظتان فى الأمه،و قد يتفق نادرا انقضاءها الحره بثلاث و عشرين يوما و ثلاث لحظات،و فى الأمه بعشره و ثلاث،و من المعتده بالوضع تاما ستة أشهر و لحظتان من وقت النكاح لحظه للوطى و لحظه للولاده،و سقطا مصورا مائه و عشرون يوما و لحظتان،و مضغه ثمانون يوما و لحظتان،و علقه أربعون يوما كذلك قبل دعواها من غير يمين إذا لم يكن لها منازع،بلا خلاف فيه و لا فى دعوى الانقضاء بالأشهر.

و لا فرق بين دعوى المعتاد و غيره،وفاقا لإطلاق النص (١)و الأكثر،و ربما قيد بالأول،و هو أحوط سيما مع التهمه و كذا إذا كان لها منازع،فيقبل قولها فى انقضاء العده بالحيض و الوضع لكن مع اليمين بلا خلاف.

و أما بالأشهر فقد قطع جماعه بعدم قبول قولها و تقديم قول الزوج المنكر، لرجوع النزاع الى الاختلاف فى وقت الطلاق،و الأصل عدم تقدمه.و منه يظهر الوجه فى تقديم قولها مع اليمين هنا لو انعكس الفرض فادعت البقاء لطلب النفقه مثلا،و لا ريب فيه،و يشكل فى أصل الفرض،و الوجه تقديم قولها مع اليمين تبعا لإطلاق النص (٢).

المقصد الرابع - فى العدد:

إشاره

جمع عده،و هى:اسم لمدته معدوده تتربص فيها المرأه لمعرفة براءه رحمها أو للتعبد،أو للتفجع على الزوج،و شرعت صيانته للأنساب.

ص:٤٣٧

١- ١) وسائل الشيعه ١٥-٤٤١،ب ٢٤.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٥-٤٤١،ب ٢٤.

و النظر هنا فى فصول:

الأول: لا عدّه على من لم يدخل بها إجماعاً عدا المتوفى عنها زوجها فعليها العده كما يأتى.

و نعى بالدخول الوطء قبلا- أو دبرا وطيا موجبا للغسل بلا خلاف. و لا فرق فى الداخلى بين كونه كبيرا أو صغيرا لم يبلغ سنا يمكن التولد منه كما عن جماعه، و هو أحوط، كالحاق دخول المنى المحترم مع ظهور الحبل بالوطى، فتعتمد بالوضع و لكن لا عدّه قبل الظهور، لعدم الموجب له من حبل أو دخول.

و لا- تجب بالخلوه من دون مواقعه على الأشهر الأظهر. و لا- بوطء الخصى على روايه (١) صحيحه، لكنها مطرحه عند الأصحاب، معارضه بصحيحه (٢) أخرى هى أقوى منها، و العمل بها أحوط أيضا و أولى.

و لا بمباشره المبوب، أى المقطوع الذكر على الأشهر الأظهر. نعم لو ظهر بها حبل منه لحقه الولد و اعتدت منه بوضعه كما مر.

و نحوه الكلام فى الممسوح الذى لم يبق له شىء و لا يتصور منه دخول، إلا أنه يزيد عليه بعدم إحقاق الولد به و العده مع ظهور الحبل كما عن الأكثر. و قيل:

حكمه فى هذا أيضا حكم المبوب. و هو بعيد.

الثانى: فى عدّه المستقيمه الحيض التى يأتىها حيضها فى كل شهر مره على عادته النساء، و فى معناها من كانت تعتاد الحيض فيما دون الثلاثه أشهر.

و هى تعتد من الطلاق و الفسخ و وطئ الشبهه بل الزنا أيضا، وفاقا لجماعه خلافا للأكثر بثلاثه أطهار على الأشهر الأظهر، و فى كلام جماعه الإجماع،

ص: ٤٣٨

١- ١) وسائل الشيعه ١٥-٥٢، ب ٤٤.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٥-٤٦٩، ب ٣٩.

هذا إذا كانت حره مطلقا و ان كانت تحت عبد و أما إذا كانت أمه فتعتد بقرءين و لو كانت تحت حر كما يأتي.

و تحتسب بالطهر الذى طلقها فيه قرءا واحدا و لو حاضت بعد الطلاق بلحظه بلا خلاف، و لو لم تطهر بلحظه بعد الطلاق بل اتصل خروج الدم بانتهاى الصيغه لم تحسب الطهر الذى طلقت فيه قرءا و تبين برؤيه الدم الثالث قطعاً فى ذات العاده الوقتيه، و كذا فى غيرها على الأشهر الأقوى.

و أقل ما تنقضى به عدتها ستة و عشرون يوما و لحظتان كما قدمناه.

و ليست للحظه الأخيره جزءا من العده بل هى داله على الخروج منها على الأشهر الأقوى، خلافا للشيخ فجعلها جزءا.

و يتفرع على القولين عدم جواز الرجعه أو التزويج بالغير فى تلك اللحظه على الأول دون الثانى.

الثالث: فى عده المستترابه بالحمل و هى التى لا- تحيض و فى سنهها من تحيض، و عدتها ان كانت حره ثلاثه أشهر هلاليه إن طلقت عند الهلال، و الا أكملت المنكسر خاصه ثلاثين بعد الهالين على الأشهر الأظهر، و الأظهر أنه لا فرق فى عدم الحيض بين أن يكون خلقيا، أو لعارض من حمل أو رضاع أو مرض.

و هذه أى المستترابه تراعى الشهور و الحيض فتعتد بأسبقهما الى الطلاق، فتعتد بالأشهر إن مرت بها بعد الطلاق بلا فاصله خاليه من الحيض، و بالاقراء ان مرت بها كذلك. أما لو مر بها الأشهر بعد أن رأت الحيض- و لو مره بعد الطلاق- اعتدت بالاقراء.

و أما لو رأت فى الشهر الثالث حيضه أو حيضتين و تأخرت الحيضه الثانيه أو الثالثه الى أن انقضت الأشهر انتظرت تمام الأقرء، فإن

تمت قبل أقصى الحمل، و إلا- صبرت تسعه أشهر على أشهر القولين و أظهرهما لاحتمال الحمل غالبا، فان وضعت ولدا، أو اجتمعت الأقرء الثلاثة، فذلك هو المطلوب في انقضاء العده.

ثم ان لم يتفق أحد الأمرين اعتدت حينئذ بالأشهر الثلاثة و ليست الأشهر التسعه المتقدمه من العده، بل انما اعتبرت لتعلم أنها ليست من ذوات الأقرء.

و في روايه عمار (١) الموثقه أنها تصبر سنه ثم تعتد بثلاثة أشهر و أفتى بها الشيخ في النهايه (٢)، لكن مقيدا لها بصوره تأخر الحيضه الثلاثة، و هي مع شذوذها بإطلاقها معارضه بروايه (٣) أخرى أقوى منها.

و إطلاق النص و الفتوى يقتضى عدم الفرق بين استرابتها بالحبل و عدمه في وجوب التربص تسعه أشهر ثم الاعتداد بالثلاثة بعدها، حتى لو كان زوجها غائبا عنها أو حاضرا و لم يقربها مده مديده فحكمها كذلك، لكن عن الشهيد في بعض تحقیقاته الاكتفاء بالتسعه لزوج الغائب، و حجته غير واضحه.

و بالجملة الضابط: أن المعتده المذكوره ان مضى لها ثلاثة أفرء قبل ثلاثة أشهر انقضت عدتها، و ان مضى عليها ثلاثة أشهر لم تر فيها حيض انقضت عدتها بها مطلقا. و ان كانت لها عاده مستقيمه فيما زاد عليها، بأن كانت ترى الدم في كل أربه أشهر مره أو ما زاد عليها و ما نقص، بحيث يزيد عن ثلاثة و لو بلحظه. و متى رأت في الثلاثة دما مطلقا و لو قبل انقضائها بلحظه، فحكمها ما فصل سابقا من انتظار أقرب الأمرين من تمام الأقرء و وضع الولد، فان انتفيا اعتدت بعد تسعه أشهر

ص: ٤٤٠

١-١) وسائل الشيعه ١٥-٤٢٢، ح ١ ب ١٣.

٢-٢) النهايه ص ٥٣٢.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٥-٤٢٣، ح ٢.

بثلاثه أشهر،الا- أن يتم لها ثلاثه أقرء قبلها و لو مبنيه على ما سبق.و لا فرق فى إطلاق النص و الفتوى بين أن يتجدد لها دم أخرى فى الثلاثه أو قبلها و عدمه، خلافا لبعضهم فى الأول فأبطل العده بها و عين اعتدادها بالاقراء.

و عليه فهل يجب عليها ثلاثه أقرء غير الأقرء المتخلله بين الطلاق و غايه التربص؟ وجهان،أجودهما:الثانى.

و لا عده على الصغيره و هى التى لم تبلغ تسع سنين.

و لا اليائسه التى لم تحض و مثلها لا تحيض مع عدم الدخول إجماعا، و كذا معه على الأشهر الأقوى بل إجماعا،خلافا للسيدىن فأثبتا لها حينئذ العده،و هو أحوط.

و فى حد اليأس عن الحيض روايتان (1)بل روايات،باختلافهما اختلف الأصحاب،الا أن أشهرهما: أنه خمسون سنه مطلقا،و الروايه الثانيه أنه ستون كذلك،و فى ثالثه التفصيل بين القرشيه فالثانى و غيرها فالأول، و لا يخلو عن قوه وفاقا لجماعه،و يلحق بالقريشيه النبطيه.

و لو رأت المطلقه الحيض مره ثم بلغت سن اليأس أكملت العده بشهرين بلا خلاف أجده.

و لو رأت حيزتين ثم بلغت اليأس،ففى وجوب اعتدادها بشهر أم لا وجهان، أحوطهما:الأول.

و لو كانت المطلقه ذات عاده مستقيمه الا أنها لا تحيض إلا فى خمسه أشهر أو سته أو سنه أو سنتين أو نحوهما اعتدت بالأشهر إلا إذا رأت حيزه قبل انقضائها فعلى ما فصل سابقا.

الرابع:فى الحامل،و عدتها فى الطلاق و ما فى معناه كالفسخ و الوطاء

ص:٤٤١

بشبهه أو مطلقا على قول قوى بالوضع للحمل بتمامه بشرط كونه من المطلق و لو بعد الطلاق بلحظه.

و إطلاق الأدله و صريح الجماعه يقتضى الاكتفاء بالوضع مطلقا و لو لم يكن الولد تاما لكن مع تحقق كونه حملا أو مبدأ نشو آدمى قطعاً، و لا يكفى مجرد كونه نطفه إجماعاً، و الأشهر الأقوى انحصار عدتها فى الوضع، فما لم يحصل فهى بعد فى العده، و ان مضت عليها من حين الطلاق ثلاثه أشهر قبل الوضع، خلافا للصدوق و ابن حمزه فى مضى الثلاثه أشهر قبل الوضع فجعلها العده، و لكن منعها عن التزويج قبله. و هما نادران.

و لو طلقها فادعت الحمل تربص بها أقصى مدته الحمل إجماعاً، و فى وجوب التربص بعد الأقصى بثلاثه أشهر قولان، أجمدهما: الأول وفاقاً لجماعه، خلافاً لأخيرين فأحوط و أولى.

و لو وضعت توأماً بانت به أى بالأول على تردد و اختلاف، و الأظهر عدم البينونه إلا بوضع الجميع، و فى الخلاف (١) الإجماع عليه من الجميع الا عن عكرمه.

و لم يجز لها أن تنكح زوجها غيره الى أن تضع الأخير بلا خلاف.

و لو طلقها رجعيًا ثم مات عنها فى العده استأنفت عده الوفاة أربعة أشهر و عشرة من حين الوفاة بلا خلاف.

و مقتضى الأصل و اختصاص النص (٢) بغير عده المستترابه اعتدادها بالأشهر الثلاثه بعد الصبر تسعة أشهر أو سنه، فلا اشكال فيه إذا بقى من المده

ص: ٤٤٢

١- (١) الخلاف ٣-٥٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٥-٤٦٣، ب ٣٦.

ما يزيد على عدة الوفاه أو يساويها.

و يشكل فى الناقص كما إذا صبرت التسعه أو السنه ثم مات عنها، والأحوط إلحاقها بغير المسترابه، فتزيد على الثلاثه أشهر فى المثال أربعين يوما ليتم لها عدة الوفاه.

و لو كان طلقها بائنا اقتصرت على إتمام عدة الطلاق بلا خلاف.

الخامس: فى عدة الوفاه، تعتد الحره المنكوحه بالعقد الصحيح من الوفاه بأربعه أشهر و عشره أيام إذا كانت حائلا إجماعا.

و الحكم عام لكل امرأه صغيره كانت أو كبيره، دخل بها أو لم يدخل و لكل رجل بالغاً كان أو غيره. و لا فرق أيضا بين الدائمه و المتمتع بها على الأشهر الأقوى.

و يعتبر مده العده بالهلال ما أمكن، فان مات الزوج فى خلال الشهر الهلالى و كان الباقى أكثر من عشره أيام، أكملت ثلاثين يوما و يضاف إليه ثلاثه أشهر بالأهله و عشره أيام، فإذا انتهت الى الوقت الذى مات فيه الزوج يوم مات فقد انتهت العده. و ان كان الباقى عشره أيام أو أقل منها، ضم إليها أربعه أشهر هلاليه و تمام العشره فى الثانى. و فى عد المنكسر ثلاثين أو الاكتفاء بإتمام ما فات خلاف و الأحوط الأول.

و بأبعد الأجلين من المده المزبوره و مده الوضع ان كانت حاملا بإجماعنا.

و يلزمها الحداد ما دامت فى العده إجماعا و هو ترك الزينه من الثياب و الادهان و الكحل و الحناء و الطيب و غير ذلك مما يسمى فى العرف زينه و يختلف باختلاف العادات، فلو فرض عدم عد استعمال الأمور المزبوره فى بعض العادات زينه كان محللا.

ولا- يلزمها ترك التنظيف و دخول الحمام و تسريح الشعر و السواك و قلم الأظفار و السكنى فى المساكن العاليه و استعمال الفرش الفاخره، و غير ذلك مما لا يعد مثله فى العرف زينه.

و الأشهر أنه لا- فرق بين الصغيره و الكبيره و المسلمه و الذميه و المجنونه، و هو أحوط و ان كان فى التعميم إلى الصغيره و المجنونه نظر.

و الحداد واجب عليها تعبدا لا شرطا، فلو تركته أثمت و لكن عدتها تامه على الأصح.

و هو مختص بالمتوفى عنها دون أقاربها و دون المطلقه مطلقا رجعا أو بائنا.

و لا حداد على الأمه مطلقا على الأشهر الأقوى، و قيل: تحدد. و هو أحوط.

السادس: فى المفقود، لا- خيار لزوجته ان عرف خيره بحياته أو موته بل عليها الصبر فى الأول إلى مجيئه أو تحقق موته، و على الحاكم الإنفاق عليها من ماله ان أمكن الوصول اليه، و الا طالبه بالنفقة بالإرسال اليه، أو الى من يجبره عليه، و من بيت المال ان تعذر الأمران مع عدم متبرع.

و عليها عده الوفاه فى الثانى، و حلت للأزواج بعدها، و حل لكل من شاركها فى العلم بالوفاه، أو اختص عنها بالجهل بها و بحالها أيضا مع تعويله فى الخلو عن الزوج بدعواها نكاحها.

أو جهل خبره و لكن كان له ولى أو متبرع ينفق عليها فلا خيار لها هنا أيضا بلا خلاف.

ثم ان فقد الأمران فجهل خبره و لم يوجد من ينفق عليها، فان صبرت و الا رفعت أمرها إلى الحاكم الشرعى و أجلها أربع سنين من

حين الرفع على الأشهر الأظهر لينفحص عنه فى المده لا بعدها.

فان وجده و الا- أمرها بعده الوفاه ثم أباحها النكاح قيل: بلا خلاف للموثق (1). و ظاهره كالمتمن و جمع الاكتفاء فى الاعتداد بالأمر به من غير احتياج الى طلاق، خلافا للآخرين فأوجبوه، و هو الأصح.

و لا يجب فى هذه العده الحداد على الأقرب.

فإن جاء فى العده فهو أملك بها و ان حكم بكونها عده و فاه بائنه.

و ان خرجت منها و تزوجت فلا سبيل له عليها إجماعا.

و ان خرجت منها و لم تتزوج فقولا، أظهرهما و أشهرهما: أنه لا سبيل له عليها هنا أيضا، و القول الثانى بإثبات السبيل له عليها حينئذ للشيخ فى النهايه (2)، و فى المسأله قول آخر.

السابع: فى عده الإمام و الاستبراء.

اعلم أن عده الإمام فى الطلاق و نحوه مع الدخول بنكاح و شبهه قرآن إجماعا و هما طهران على الأشهر الأظهر، خلافا للقديمين فحيضتان و هو أحوط، كل ذا إذا كانت ذات عاده مستقيمه.

و أما لو كانت مسترابه بالحيض فلا تحيض و مثلها تحيض و عدتها خمسه و أربعون يوما ان طلقت فى أثناء الشهر أو فى أوله و كان الشهر تاما، و أما إذا فقد الأمران كأن طلقت فى الأول و نقص الشهر فأربعه و أربعون يوما، و لكن الأحوط ما أطلقته العبارة.

و لو كانت مسترابه بالحمل فعليها الصبر بأشهر تسعه كالحره على الأقرب، و قيل: ثلاثه أشهر.

ص: ٤٤٥

١-١) وسائل الشيعه ١٤-٣٩١، ب ٤٥.

٢-٢) النهايه ص ٥٣٨.

و على المختار فهل يجب عليها الصبر شهرا و نصفا بعد التسعه أم لا؟ ظاهر الأصحاب الثانى.

و لو كانت حاملا فعدتها بالوضع كالحره، وفاقا لجماعه.

و لا- يتفاوت الحكم فى جميع ذلك باختلاف الأزواج بالحريه و الرقيه بل عام تحت عبد كانت أو تحت حر بلا خلاف، للعمومات، و مقتضاها أيضا عموم الحكم لكل أمه قنا كانت أو مدبره أو مكاتبه أو أم ولد زوجها مولاهما فطلقها الزوج، و أما المبعوضه فتعتد عدده الحره.

و لو اعتقت الأمه ثم طلقت لزمها عدده الحره إجماعا و كذا لو طلقها رجعيًا ثم أعتقت فى العده أكملت عدده الحره.

و لو طلقها بائنا أتمت عدده الأمه بلا خلاف.

و عدده الذميه التى ليست بأمه كالحره المسلمه فى كل من الطلاق و الوفاه على الأشبه الأشهر، بل قيل: اتفاقا.

و تعتد الأمه غير ذات الولد من مولاهما من الوفاه أى وفاه زوجها و ان لم يدخل بها بشهرين و خمسه أيام عند أكثر القدماء و المتأخرين، خلافا لجماعه فكالحره، و هو فى غايه القوه، هذا إذا كانت حائلا.

و لو كانت حاملا اعتدت مع ذلك و هو العدد شهران و خمسه أيام بالوضع بأن تجعل العده بعدهما إجماعا.

و أما أم الولد من المولى ف تعتد من وفاه الزوج مطلقا كانت ذات ولد منه أم لا- دخل بها أم لا- كالحره على الأشهر الأظهر، خلافا لأكثر القدماء كما حكى فكغير ذات الولد، كل ذا فى عدده الأمه من وفاه الزوج.

و أما من وفاه المولى ففيها خلاف، و الأشهر الأقوى أنها ان كانت ذات ولد منه فعدتها كالحره أربعة أشهر و عشره أيام، و الا فعليها الاستبراء ان كان يطؤها، و الا

فلا شيء عليها مطلقا. كل إذا لم تكن حين وفاته مزوجه، و إلا فلا عده عليها من وفاته إجماعا.

و لو طلقها أى الأمه ذات الولد الزوج طلاقا رجعيا ثم مات عنها و هى فى العده أى فى عده الطلاق استأنفت عده الحره أربعه أشهر و عشره أيام.

و لو لم تكن ذات ولد استأنفت فى المثل عده الأمه للوفاه شهرين و خمسه أيام. و لو طلقت بائنا استمرت على عدتها السابقه، كما مر فى الحره المتوفى عنها زوجها فى أثناء العده.

و لو مات زوج الأمه غير ذات الولد ثم أعتقت فى العده أتمت عده الحره من الوفاه تغليبا لجانب الحره.

و لو وطئ المولى أمته ثم أعتقها فى حياته اعتدت بعد وفاته و كذا قبله بثلاثة قروء ان كانت غير مسترابه، و إلا فبالأشهر الثلاثه على الأشهر الأظهر، خلافا للحلى فأوجب عليها الاستبراء خاصه.

و لو أعتقها بعد وفاته كأن دبرها ثم توفى عنها، اعتدت بأربعه أشهر و عشره أيام على الأشهر الأظهر، خلافا له.

و الأحوط إلحاق العتق المنجز - و هو فرض المتن - بالمعلق على الموت، أعنى التدبير فى وجوب الاعتداد بأربعه أشهر و عشره أيام، و ان كان الأشهر ما فى المتن.

و لو كانت زوجة الحر أمه فابتاعها كلا أو بعضا بطل نكاحه السابق إجماعا و له وطؤها مع شراء كلها من غير احتياج الى استبراء إجماعا، و أما مع شرائها بعضا، فليس له وطؤها إلا مع تحليل الشريك له إذا كان غيرها على الأقوى، و ان كان الأحوط المنع مطلقا كما هو الأشهر. و إذا كانت هى الشريك، فلا يحل وطؤها بتحليلها إجماعا.

لا- يجوز لمن طلق رجعيًا أن يخرج الزوجه المطلقه من بيته الذى طلقها فيه إذا كان مسكن أمثالها. وان لم يكن مسكنها الأول، فإن كان دون حقها فلها طلب المناسب و الخروج اليه أو فوqe فله ذلك، و يحتمل العموم فليس لهما ذلك فى المقامين، و هو أحوط. و لا فرق بين الحضريه و البدويه و البحريه.

الا أن تأتي بفاحشه، و هو وفاقا لجماعه ما يجب به الحد.

و قيل: ان أدناه أن تؤذى أهله بقول أو فعل، و القائل الأكثر، حتى أن فى الخلاف (١) الإجماع، فلا بأس و ان كان الأحوط الأول.

و كما لا يجوز له إخراجها من بيته، كذا لا يجوز لها أن تخرج هى بنفسها من دارها التى طلقت فيها، سواء خرجت بإذن زوجها أم لا، على ما يقتضيه إطلاق العبارة و نحوها، و به صرح جماعه، خلافا لآخرين فقيد المنع بالصوره الثانيه، و لا يخلو عن قوه، و ان كان الأول أحوط.

و عليه فلو كانت فى سفر مباح أو مندوب، ففى وجوب العود ان أمكن إدراكها جزءا من العده، أو مطلقا، أو تتخير بينه و بين الاعتداد فى السفر أو وجه، أقواها الأخير. و ان لم يمكن الرجوع فلا يجب قطعا.

فان اضطرت الى الخروج خرجت إجماعا لكن بعد انتصاف الليل و عادت قبل الفجر و جوبا على الأشهر الأظهر، هذا ان ارتفع به و بغيره الضروره، و ان كان ارتفاعها منحصرًا فى الغير جاز قولًا واحداً.

و لا يلزم ذلك أى المنع فى كل من الخروج و الإخراج فى عده الطلاق البائن مطلقا حائلا كانت المطلقه أو حاملا و لا فى عده المتوفى عنها زوجها مطلقا كذلك.

بل تبیت کل واحده منهما و تعدد حيث شاءت بلا خلاف الا من نادر من المتأخرين فمنعها عن بيتوتتها عن بيتها، و هو أحوط و ان كان فى تعينه نظر، بل الأول أظهر.

ثم ان المطلقه بائنا و ان جاز إخراجها و لو حاملا الا أنه فى الأخيره ليس على إطلاقه، بل مقيد بما إذا أخرجها إلى مسكن آخر لا مطلقا. و الفرق بينها و بين المطلقه رجعيًا حينئذ هو عدم جواز إخراجها مطلقا و لو الى مسكن آخر دون هذه فيجوز إخراجها اليه.

و تعدد المطلقه من حين الطلاق مطلقا حاضرا كان المطلق أو غائبا عنها إجماعا فى الأول، و على الأشهر الأقوى فى الثانى.

هذا إذا عرفت الوقت الذى طلقت فيه و لو بالبينه الشرعيه، و الا فلتعد من يوم يبلغها مطلقا و لو حصل القطع بتقدم الطلاق عليه يوما فصاعدا على الأحوط، و ان كان التقييد بصوره احتمال وقوع الطلاق فيه - و لو بعيدا - غير بعيد، فتعد بالمتيقن سبقه و تتمه بالملحق به.

و تعدد الزوجه فى الوفاء من حينه مع حضوره من حين يبلغها الخبر مع الغيبه على الأشهر الأظهر، و فى المسأله قولان آخران.

و لا فرق على الأشهر الأظهر فتوى و نصا (1) فى المتوفى عنها بين الحره و الأمه، و لا فى الخبر الذى تعدد من يومه بين خبر من يقبل قوله و يثبت الحكم باخباره و غيره، لكن ليس لها فى الأخير بعد انقضاء العده الترويج، فلو تزوجت حينئذ فسد فى الظاهر و صح فى الباطن مع الجهل بالتحريم ان تبين بعد ذلك موته و انقضاء العده قبل العقد، و أما مع العلم به فقيل: يجب القطع بالفساد.

و فيه نظر، بل إلحاق هذه الصوره بالأولى حيث يتحقق القصد الى مضمون العقد أظهر وفاقا لجمع.

ص: ٤٤٩

(كتاب الخلع و المباره) الخلع: بالضم من الخلع بالفتح، و هو النزاع أن كلا منهما ينزع لباس الآخر، لقوله تعالى «هُنَّ لِيَاسٍ لَكُمْ وَ أَنْتُمْ لِيَاسٍ لَهُنَّ» (١).

و المباره: بالهمزه، و قد تغلب ألفا، و هى المفارقة. و كل منهما طلاق بعوض لازم لجهه الزوج.

و يشترط فيهما ما يشترط فى الطلاق و زياده شرط فيهما، و هو رضاها بالبذل و آخر فى الخلع و هو كراهتها له، و آخرين فى المباره هما كراهه كل منهما لصاحبه و عدم زياده العوض عن المهر.

و لا يشترط الوقوع عند الحاكم على الأشهر الأظهر، و ان كان اعتباره - كما عليه الإسكافي - أحوط.

الخلع

اشاره

و الكلام فى الكتاب يقع فى العقد، و الشرائط، و اللواحق:

العقد

و صيغه الخلع الصريحه فيه أن يقول: خلعتك أو خالعتك أو أنت أو فلانه مختلعه على كذا و الظاهر وقوعه ب«أنت طالق على كذا» من غير لفظ الخلع أصلا، و ادعى جماعه الاتفاق عليه، و لكن الأحوط الإتيان بلفظ الخلع.

و لا بد من قبول المرأه عقبيه بلا فصل معتد به، أو تقدم سؤالها قبله كذلك على

ص: ٤٥٣

ما ذكره الأصحاب و يقتضيه الاحتياط.

و هل يقع الخلع بكل من الألفاظ المذكوره بمجرد من غير احتياج إلى إتباعه بالطلاق؟ قال المرتضى علم الهدى: نعم و عليه الأكثر، و فى الناصريات (١) عليه الإجماع و قال الشيخ: لا يقع حتى تتبع بالطلاق و هو أحوط و ان كان الأول أظهر.

و لو تجرد كان طلاقا عند المرتضى و الأكثر و فسحا عند الشيخ لو قال بوقوعه مجردا و الأول أظهر. و مظهر الثمره عدّه من الطلقات الثلاث المحرمه، فيعد منها على الأول و لا على الثانى.

و ما صح أن يكون مهرا صح أن يكون فديه فى الخلع إجماعا.

و لا تقدير فيه أى فى المجموع فديه فى طرفى الزيادة و النقصان بعد أن يكون متمولا بل يجوز أن يأخذ منها ما تبدله برضاها و لو كان زائدا عما وصل إليها منه.

و حيث أن الخلع معاوضه لا بد فيه من تعيين الفديه و صفا يحصل به التعيين، سواء كانت عينا شخصيه أو كليه أو إشاره كهذا الثوب، و هذا العبد، و هذه الصبره من الحنطه مثلا بلا خلاف.

و لا يعتبر فى الوصف كونه رافعا للجهاله، بل يكفى منه ما يحصل به التعيين، فلو بذلت مالها فى ذمته من المهر جاز و ان لم يعلما قدره، لتعيينه فى نفسه و ان لم يكن معلوما لهما. و اعتبر المصنف فى الشرائع (٢) فى الغائب ذكر جنسه و وصفه و قدره، مع أنه اكتفى فى الحاضره بالمشاهده و ان لم يكن معلوم القدر، و هو أحوط، و ان كان فى وجه الفرق نظر.

ص: ٤٥٤

١-١) الناصريات ص ٢٥٠ مسأله: ١٦٥.

٢-٢) شرائع الإسلام ٣-٥٠.

و يتفرع على هذا الشرط فساد الخلع لو وقع على ألف غير معين بأحد ما مر، و هو إجماع مع عدم قصدهما، أو أحدهما إلى معين، و يحتمل على قول معه أيضا، خلافا للأكثر فيصح حينئذ، و هو أظهر الا أن الأول أحوط.

الشرائط

و أما الشرائط: فيعتبر في الخالع البلوغ، و كمال العقل، و الاختيار، و القصد فلا خلع لفاقد أحد الأوصاف إجماعا حتى من القائل بكونه فسحا.

و في المختلعه مع الدخول بها الطهر الذي لم يجامعها فيه، إذا كان زوجها حاضرا، و كان مثلها تحيض إجماعا و أن تكون الكراهيه منها خاصه صريحا إجماعا.

و يستفاد من جملة من النصوص (١)المعتبره عدم الاكتفاء بكراهتها مطلقا، بل لا بد من الوصول الى تعديها معه في الكلام، كأن تقول له: و الله لا أبر لك قسما و لا أطيع لك أمرا و لا أغتسل لك من جنبه، و لأوطأن فراشك من تكرهه، و لأؤذنن عليك بغير إذنك، و نحو ذلك مما يدل على خوف وقوعها في الحرام، و هو ظاهر الآيه الشريفه، و عليه الشيخ و الحلبي و غيرهما، و ادعى الأولان عليه إجماعنا، فهو أحوط و أولى بل أظهر و أقوى، خلافا لإطلاق المتن و الأكثر فتكفي الكراهه مطلقا، و هو ضعيف. نعم لا يعتبر ما قدمناه من العبارات و ان وردت بها النصوص (٢)إجماعا.

و يتفرع على هذا الشرط فساد الخلع مع عدمه و لو اتبع بالطلاق، فإنه حينئذ يكون رجعا لا بائنا.

و لا يجب الخلع لو قالت: لا دخلن عليك من تكرهه على الأشهر الأظهر بل يستحب خروجا عن شبهه القول بالوجوب، كما عليه الشيخ

ص: ٤٥٥

١-١) وسائل الشيعه ١٥-٤٨٧، ب ١.

٢-٢) نفس المصدر.

و جماعه.

و يصح خلع الحامل مع رؤيتها الدم و لو قيل انها تحيض على الأشهر الأظهر، لصحة طلاقها معه إجماعاً، و قيل: بالعدم. و هو أحوط.

و يعتبر في العقد حضور شاهدين عدلين إجماعاً حتى من القائل بأنه فسخ و تجريده من الشرط و ما في معناه إجماعاً.

و لا بأس بشرط يقتضيه العقد، كما لو شرط الرجوع ان رجعت بلا خلاف.

اللواحق

و أما اللواحق فمسائل:

الاولى: لو خالعتها و الأخلاق ملتئمه لم يصح الخلع المفيد للينونه، لفقد شرطه الذي هو الكراهه و لم يفد الملكيه لاشتراطه بصحة الخلع.

و في وقوع الطلاق حينئذ رجعيًا لو اتبع الخلع به، أو اكتفى به عن الخلع أم لا وجهان، ظاهر الفاضلين و جماعه الأول، و هو حسن ان عرف المطلق فساد البذل و عدم لزومه بطلاقه و الا فمشكل، فإذن الأحوط عدم الاكتفاء بذلك.

و من النظر في المسأله يظهر كون الطلاق بالعوض من أقسام الخلع يشترط فيه كراهه الزوجه، ليحصل بينونه كالمختلعه، فما قيل: من عدم اشتراطه بها و حصول بينونه بدونها. لا وجه له.

الثانيه: إذا صح العقد مع الفديه كان بائناً إجماعاً، ف لا رجعه للخالغ مطلقاً طلاقاً كان الخلع أو فسحاً بلا خلاف.

نعم لو رجعت في البذل رجع ان شاء بلا خلاف.

و ظاهر النص (1) جواز رجوعها مطلقاً و لو مع عدم الشرط و الرضاء، و أنه حيث يتمكن الزوج من الرجوع لو رجعت فيه، كما هو الأشهر الأقوى فيهما، خلافاً لبعضهم في الأول فاشترط أحد الأمرين، و لا طلاق المتن في الثاني، و هو

ص: ٤٥٦

قوله:

و يشترط رجوعها في العده، ثم لا رجوع بعدها فإن العده فيه يشمل البائنه، مع أنه لا رجوع لها فيها، كما لا رجوع لها في العده الرجعيه بعد انقضائها و لو رجعت فيها مع الإمكان، إلا أنها ما أعلمت الزوج حتى انقضت، فالأقرب -وفاقا لجمع- عدم الصحه.

ثم أنها حيث ترجع في البذل بالشرط تصير العده رجعيه، سواء رجع أم لا، لكن في ترتب أحكام عده الرجعيه عليها مطلقا كوجوب الإسكان و النفقه و جهان.

و العده قبل رجوعها بائنه إجماعا، فيصح له التزويج بأخت المختلفه و الرابعه، و متى تزوج بهما امتنع رجوعها، إلا إذا طلقهما بائنا في العده، فيجوز لها الرجوع حينئذ.

الثالثه: لو أراد مراجعتها و لم ترجع هي في البذل افتقر تزويجها الى عقد جديد في العده كان التزويج أو بعدها بلا خلاف.

الرابعه: لا توارث بين المختلفين مطلقا و لو مات أحدهما في العده بلا خلاف لانقطاع العصمه بينهما الموجه لذلك.

المبارأه

و المبارأه و هي: طلاق بعوض مترتب على كراهيه كل واحد منهما صاحبه. و الكلام في صيغتها كما في الخلع من الافتقار الى استدعاء المرأه مع الكراهه أو القبول كذلك.

و اللفظ الدال عليه من قبل الزوج هو أن يقول: بارأتك بالهمزه على كذا من المبلغ فأنت طالق.

و لو قال بدل من بارأتك: فاسختك أو أبنتك أو غيرهما من الألفاظ الداله على المراد متبعا لها بالطلاق صح، بل لو تجرد عنها فقال: أنت طالق على كذا صح و كان مباراه.

ص: ٤٥٧

و هي أى المباره تمتاز عن الخلع بأنها تترتب صحتها على كراهيه الزوجين كل منهما صاحبه بلا خلاف.

و يشترط اتباعها بالطلاق على قول الأكثر بل لم نقف على مخالف صريح و بالإجماع صرح جمع.

و الشروط المعتره فى كل من الخالع و المختلعه مشترطه هنا إجماعا.

و كذا يثبت أحكام الخلع هنا الا- ما وقع عليه الاستثناء، منها أنها طلقه بائه لا رجوع للزوج الى أن ترجع الزوجه فى البذل و لا رجوع لها فيه الا مع إمكان رجوعه فى البضع.

فإذا خرجت من العده فلا- رجوع لها و الامولى هنا اشتراط الزوج عليها الرجوع فى البضع لو رجعت هى فى البذل. و يجوز لها الرجوع مع الإمكان مطلقا و لو لم يرض و لم تشتترطه كما مر فى الخلع.

و يكفى هنا الكراهه المطلقه من كل منهما و لو لم تبلغ الحد الذى يخاف منه الوقوع فى الحرمة قطعاً.

و يجوز أن يفاديهما بقدر ما وصل إليها منه من تمام المهر فما دون على الأشهر الأظهر و لا يحل له ما زاد عنه بلا خلاف.

كتاب الظهار

اشاره

ص: ٤٥٩

(كتاب الظهار) و هو فعال من الظهر،اختص به الاشتقاق لانه محل الركوب فى المركوب و المرأه مركوب الزوج.

و المراد به هنا تشبيه المكلف من يملك نكاحها بظهر محرمه عليه أبدا بنسب أو رضاع،و هو محرم و ان ترتب عليه الاحكام.

و ينعقد بقوله: أنت على كظهر أمى قاصدا إليه إجماعا مطلقا و ان اختلفت حرف الصلّه بأن بدلت «أنت» ب«هذه» أو زوجتى، أو فلانه، و«على» ب«منى» أو عندى، أو معى. و عن الأكثر الانعقاد بقوله: أنت كظهر أمى. بحذف «على» خلافا للتحريم (١)، و لا يخلو عن وجه، الا أن الأول أحوط.

و كذا يقع لو شبهها بظهر امرأه ذى رحم مطلقا نسبا كان أو رضاعا على الأشهر الأقوى، بل ظاهر الصحيح (٢) يشمل المحرمات الأبديه و لو بالمصاهره، و به أفتى جماعه و لا يخلو عن قوه خلافا للأكثر.

و لو شبهها بكلها، كأنت مثل أمى، أو بغير الظهر من الأعضاء، ف قال:

أنت كشعر أمى أو يدها أو شبه عضوا منها بكلها، كأن يقول: يدك كأمى أو بأحد

ص: ٤٦١

١-١) التحرير ٢-٦١.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٥-٥١١، ح ١.

أعضائها لم يقع على الأظهر الأشهر، و في الانتصار (١) الإجماع. و قيل:

يقع ب سبب روايه (٢) فيها ضعف و لكنه أحوط و ان كان في تعينه نظر.

و يشترط فيه ما يشترط في الطلاق، فيعتبر فيه أن يسمع نطقه شاهدا عدل بلا خلاف، و في الانتصار (٣) و عن الحلبي الإجماع.

و في صحته مع التعليق على الشرط كأن يقول: أنت على كظهر أمي إن فعلت كذا. غير قاصد للزجر أو البعث، فإنه مع القصد إليهما يمين لم يقع به بإجماعنا فتوى و نصا (٤) روايتان الا- أن أشهرهما: الصحة بعد تحقق الشرط و الثانيه عدم الصحة (٥) مطلقا، و عليه الإجماع في الانتصار (٦)، و هو الأقوى و لكن الأول أحوط و أولى.

و لا يقع في يمين أى إذا جعل جزاء على فعل أو ترك قصدا للزجر أو البعث إجماعا.

و كذا لا- يقع إذا قصد به إضرار الزوجه وفاقا لجماعه، خلافا لآخرين و هو أحوط و لا في حال غضب مطلقا و ان لم يرتفع معه القصد أصلا و لا سكر بلا خلاف.

و يعتبر في المظاهر البلوغ، و كمال العقل، و الاختيار، و القصد بلا- خلافا و لا- يشترط الحرية، فيقع من العبد إجماعا. و لا الإسلام، فيصح من الكافر وفاقا للأكثر خلافا للشيخ.

ص: ٤٦٢

١-١) الانتصار ص ١٤٢.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٥-٥١٧، ح ٢.

٣-٣) الانتصار ص ١٤٢.

٤-٤) وسائل الشيعة ١٥-٥٠٩، ح ١.

٥-٥) في «خ»: التحقق.

٦-٦) الانتصار ص ١٤٢.

و فى المظاهرة وقوعه فى طهر لم يجامعها فيه إذا كان زوجها حاضرا أو فى حكمه و مثلها تحيض بلا خلاف، بل فى كلام جمع الإجماع.

و فى اشتراط الدخول بها تردد و اختلاف و لكن المروى فى الصحيحين (١) الاشتراط و هو أظهر وفاقا للأكثر.

و فى وقوعه بالتمتع بها قولان، أشبههما و أظهرهما الوقوع. و كذا القولان فى وقوعه بالموطوء بالملك و الأشهر الأظهر أنه كالأول و فى قوله:

و المروى (٢) أنها كالحره سيما بعد الحكم بالوقوع صريحا فى السابق نوع إيماء إلى التردد، و ليس فى محله.

و هنا مسائل:

الأولى: الكفاره تجب بالعود

الأولى: الكفاره تجب بالعود لا بمجرد الظهار إجماعا و هو أى العود اراده الوطء على الأظهر الأشهر، و قيل: بإمساكها بالعقد الأول زمانا و ان لم يرد الوطء.

و الأقرب الأشهر أنه لا- استقرار لوجوبها بمجرد الإراداه بحيث تلزمه مع انتفائها، بل وجوبها شرطى بمعنى تحريم الوطء بدونها، خلافا للتحرير (٣) و ظاهر العبارة عدم وجوب الكفاره بإراداه مقدمات الوطء من اللمس و القبلة، و هو أصح القولين فى المسأله و أشهرهما، و عن الخلاف (٤) نفى الخلاف عنه.

و اعلم أن الوطء انما يحرم بالظهار عليه لا عليها، إلا إذا تضمن الإعانه على الإثم فيحرم لذلك لا للظهار، فلو تشبهت عليه على وجه لا تحرم عليه أو استدخلته

ص: ٤٤٣

١- ١) وسائل الشيعه ١٥-١٦، ب ٨.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٥-٢٠، ب ١١.

٣- ٣) التحرير ٢-٦٢.

٤- ٤) الخلاف ٣-١٦.

و هو نائم مثلا لم يحرم عليها.

الثانية: لو طلقها و راجع فى العده لم تحل حتى يكفر

الثانية: لو طلقها و راجع فى العده لم تحل مجامعتها حتى يكفر إجماعا.

و لو طلقها بائنا أو رجعيا و قد خرجت من العده فاستأنف النكاح فإنه فيه روايتان (١)، أشهرهما و أظهرهما: أنه لا كفاره عليه، و الروايه الثانيه بإثبات الكفاره، و عليها الديلمى و الحلبي، و الأجود حملها على الاستحباب أو على صورته إرادته الفرار عنها بالطلاق كما فى الخبر (٢)، لكنه مع إرساله شاذ.

الثالثه: لو ظاهر من أربع بلفظ واحد لزمه أربع كفارات

الثالثه: لو ظاهر من أربع نسوه بلفظ واحد فقال: أنتن على كظهر أمى لزمه أربع كفارات على الأشهر الأظهر.

و فى روايه (٣) موثقه أن عليه كفاره واحده عمل بها الإسكافى، و حملت على الوحده الجنسيه، و لا بأس به جمعا بين الأدله.

و كذا البحث لو كرر ظهار المرأه الواحده فيلزمه بكل مره كفاره على حده، و الأشهر الأظهر أنه لا فرق فى الحكم بين تراخى أحدهما عن الآخر أو تواليهما، بقصد التأكيد كان أم لا، تعدد المشبهه بها أم لا، تخلل التكفير بينهما أم لا، اتحد المجلس أم تعدد. و فى المسأله أقوال أخر.

الرابعه: يحرم الوطء قبل التكفير

الرابعه: يحرم الوطء قبل التكفير اتفاقا.

فلو وطئ عامدا لزمه كفارتان إحداهما للظهار، و الأخرى للمواقعه بلا- خلاف الا- من نادر. و احترز بالعامد عن الجاهل و الناسى، فيغتفر فى حقهما التعدد.

ص: ٤٦٤

١- ١) وسائل الشيعه ١٥-٥١٨.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٥-٥١٩، ح ٦.

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٥-٥٢٤، ح ٦.

و لو كرر الوطء لزمه بكل وطئ كفاره مطلقا كفر عن الأول أم لا على الأشهر الأقوى.

الخامسه: إذا أطلق الظهار حرمت مجامعتها حتى يكفر

الخامسه: إذا أطلق الظهار حرمت مجامعتها حتى يكفر إجماعا.

و لو علقه بشرط من غير وجه يمين لم تحرم حتى يحصل الشرط فتحرم حينئذ ان قلنا به وفاقا للأكثر.

و قال بعض الأصحاب: و هو الشيخ فى النهايه (١) أو يواقع و هو عطف على قوله «يحصل الشرط» يعنى: انها تحرم بأحد الأمرين و هو بعيد ان حمل على إطلاقه و يقرب إذا كان الوطء هو الشرط ثم ان كان هو الوطء تحقق بالنزع، فتحرم المواقع (٢) قبل الكفاره، و لا تجب قبله و ان طالت مدته على أصح القولين.

السادسه: إذا عجز عن الكفاره

السادسه: إذا عجز عن الكفاره و خصالها الثلاث و إبدالها ان قلنا بها سوى الاستغفار قيل: و القائل الأكثر يحرم وطؤها حتى يكفر، و قيل:

و القائل الحلى تجزى بالاستغفار، و هو أشبه و لكن الأول أحوط بل و أظهر.

السابعه: إذا لم يرد الوقاع و صبرت المظاهره فلم ترافعه الى الحاكم أو لم تكن ذات حق كالمملوكه و المتمتع بها، و الارتفاع أمرها إلى الحاكم ليخيره بين العود و التكفير و بين الطلاق. و ان أبى عنهما كان مده التربص التى تنتظر فيها فى أمره ثلاثه أشهر من حين المرافعه.

و عند انقضائها مع عدم اختياره أحد الأمرين يحبس و يضيق عليه فى المطعم و المشرب، بأن يمنع عما زاد على سد الرمق حتى يفىء أى يرجع أو يطلق و يختار أحد الأمرين، و لا يجبر على أحدهما بل يخير بينهما، بلا خلاف فى شىء من ذلك، و فى كلام جماعه الإجماع.

ص: ٤٦٥

١-١) النهايه ص ٥٢٥.

٢-٢) فى «ن»: المعاوده.

كتاب الإيلاء

إشارة

ص: ٤٦٧

(كتاب الإيلاء) و هو مصدر آلى يؤلى، إذا حلف مطلقاً، هذا لغه. و أما شرعاً فهو: الحلف على ترك وطئ الزوجه الدائم المدخول بها قبلاً، أو مطلقاً أبداً، أو مطلقاً من غير تقييد بزمان، أو به مع زيادته على أربعة أشهر للإضرار بها، فهو فرد من أفراد الإيلاء الكلى أطلق عليه. و حيث اختل أحد هذه القيود لم ينعقد إيلاء و يكون يمينا مع اجتماع شروطها.

و الفرق بينهما مع اشتراكهما فى الحلف و الكفاره، جواز مخالفه اليمين فى الإيلاء بل وجوبها على وجه و لو تخيراً مع الكفاره دون اليمين المطلقه و عدم اشتراط انعقاده مع تعلقه بالمباح بألويته دينا أو دنيا أو تساوى طرفيه، بخلاف مطلق اليمين فيشترط فيها ذلك. و اشتراطه بالإضرار بالزوجه كما علم من تعريفه، بخلاف مطلق اليمين فلا يشترط فيها ذلك. و اشتراطه بدوام عقد الزوجه كما عرفته، بخلاف اليمين المطلقه. و انحلال اليمين على ترك وطئها بالوطى دبراً مع الكفاره دون الإيلاء، الى غير ذلك من الأحكام المختصه بالإيلاء المذكوره فى بابه.

و لا ينعقد الا باسم الله سبحانه المختص به أو الغالب فيه كاليمين المطلقه بلا خلاف بيننا.

و عليه ف لو حلف على ترك وطئها بالطلاق أو العتاق لم يصح بلا خلاف بيننا، ومثله ما لو قال: ان أصبتك فعلى كذا. بل أولى بعدم الوقوع، لأنه كناية لا يقع به عندنا و ان ذكر اسم الله تعالى.

و لا ينعقد إلا في إضرار بلا خلاف فلو حلف لصلاح لم ينعقد، كما لو حلف لاستضرارها بالوطئ أو لصلاح اللبن.

و لا- ينعقد أيضا حتى يكون مطلقا غير مقيد بزمان أو مقيدا به مع كونه أزيد من أربعة أشهر بلا خلاف، و في كلام جماعه الإجماع.

و يعتبر في المولى البلوغ، و كمال العقل، و الاختيار، و القصد الى مدلول اللفظ، فلا يقع من الصبي و المجنون و المكره و الساهي و النائم و العاتب به، و نحوهم ممن لا يقصد الإيلاء.

و في المرأه الزوجيه فلا يقع بالأجنبيه و لا الموطوءه بالملك و الدخول بها فلا يقع بغير المدخول بها.

و في وقوعه بالتمتع بها قولان، و المروى في الصحيح (١) أنه لا- يقع و هو أقوى و أشهر، و القول الثاني للتقى. و حيث لم ينعقد انعقد يمينا ان اجتمع شرائطها كما مر.

و حيث وقع الإيلاء و انعقد، فان صبرت فلا بحث، و ان مضت المده فصاعدا و له وطئها في المده و بعدها، و عليه الكفاراه في المقامين بلا- خلاف في الأول، و في كلام جماعه الإجماع، و على الأشهر الأقوى في الثاني أيضا، و عن الخلاف (٢) عليه الإجماع، خلافا للشيخ فلا كفاره عليه.

و إذا لم تصبر بترك وطئها و رافعته الى الشرع أنظره الحاكم

ص: ٤٧٠

١- ١) تهذيب الاحكام ٨-٨- ح ٢٢.

٢- ٢) الخلاف ٣-٩.

أربعة أشهر من حين الإيلاء، فإن فاء بعد الانظار فلا بحث.

و ان أصر على الامتناع ثم رافعه بعد المده، خيره الحاكم بين الفيئه و الطلاق بلا خلاف للمعتبره (1) و ظاهرها كالعباره و صريح الجماعه عدم جواز إجباره على أحد الأمرين على التعيين. و ينبغي تقييده بما إذا حصل أحدهما بتخييره، و الا- فلو امتنع من أحدهما كالفيئه مثلا أمكن إجباره على الطلاق للصحيح (2)، و هو إجبار بحق.

ثم الفيئه تتحقق في القادر على الوطاء به و لو بمسماه، بأن تغيب الحشفه و ان لم ينزل، و في العاجز عنه بإظهار العزم عليه في أول أوقات الإمكان.

فإن امتنع عن الأمرين حبسه الحاكم و ضيق عليه في المطعم و المشرب حتى يكفر و يفىء أو يطلق بلا خلاف إلا في الكفاره ففيها الخلاف كما عرفته.

و إذا طلق وقع الطلاق رجعيًا حيث لا- سبب للينونه و عليها العده من يوم طلقها إجماعًا في لزومها، و فاقا للأكثر في الأول، و قيل: يقع بائنا و هو شاذ.

و لو اختلفا ف ادعى المولى الفيئه و أنكرت هي فالقول قوله مع يمينه بلا خلاف.

و هل يشترط في ضرب المده المرافعه فلا تحتسب الا من حينها؟ قال الشيخ و أكثر الأصحاب: نعم، و الروايات مطلقة و ظاهرها أن الضرب من حين الإيلاء، و لعله الأقوى و فاقا لجماعه. و على المختار فلو لم ترافعه حتى انقضت المده أمره بأحد الأمرين متخيرًا.

ص: ٤٧١

١- ١) و مسائل الشيعة ١٥-٥٤٣، ح ١.

٢- ٢) و مسائل الشيعة ١٥-٥٤٤، ح ٣.

و لتتبع ذلك أى بحث الإيلاء و الظهار بذكر الكفارات من حيث تضمنها الكفاره و فيه مقصدان:

المقصد الأول فى بيان أقسامها

الأول: فى حصرها و بيان أقسامها و تنقسم إلى مرتبه و مخيره، و ما يجتمع فيه الأمران، و كفاره الجمع فأقسامها أربعة:

ف الأول: و هى المرتبه: كفاره الظهار، و هى عتق رقبه، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فان لم يستطع فإطعام ستين مسكينا إجماعا.

و مثلها فى الخصال الثلاث و ترتيبها كفاره قتل الخطأ على الأشهر الأقوى، و عن المبسوط (١) و فى المسالك نفى الخلاف عنه. و قيل: مخيره.

و لا ريب فى ضعفه.

و مثلها كفاره الجماع فى الاعتكاف الواجب عند الصدوق و جماعه، خلافا للأكثر فمخيره، و هو أظهر و لكن الأول أحوط.

و مثلها كفاره من حلف بالبراءه على قول.

و مثلها فى الترتيب خاصه كفاره من أفطر يوما من قضاء شهر رمضان بعد الزوال عامدا فإنها إطعام عشره مساكين، فان لم يجد صام ثلاثه أيام متتابعات على الأشهر الأظهر، و فى الانتصار (٢) و الغنيه (٣) الإجماع، و فى المسأله أقوال آخر منتشره.

و المخيره: كفاره من أفطر فى شهر رمضان مع وجوب صومه عليه بما يوجبها و هى عتق رقبه، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكينا

ص: ٤٧٢

١-١) المبسوط ٧-٢٤٥.

٢-٢) الانتصار ص ٦٩.

٣-٣) الغنيه ص ٥٠٩.

مطلقا على الأشهر الأقوى و فى الانتصار و الغنيه الإجماع، و فى المسأله أقوال آخر ضعيفه إلا القول بأنها كفاره جمع فى الإفطار بالمحرم، فان فيه قوه.

و مثلها فى الخصال و التخير كفاره من أفطر يوما مندورا على التعيين من غير عذر على الأظهر، و فى الانتصار الإجماع.

و مثلها فى الأمرين كفاره خلف العهد على التردد من الخبرين (١) بذلك، و من الأصل مع ضعف سندهما، فيلزم الاقتصار على القدر المتيقن و هو كفاره اليمين، و الأصح الأول و فاقا للأكثر و فى الغنيه الإجماع.

و أما كفاره خلف النذر ففيه أقوال كثيره، و لكن قولان منها مشهوران أظهرهما و أشهرهما: انها كفاره الإفطار فى شهر رمضان، و فى الانتصار و الغنيه الإجماع و أشبههما عند جماعه أنها كفاره صغيره أى كفاره يمين.

و أما ما فيه الأمران التخير و الترتيب ف كفاره اليمين، و هى عتق رقبه، أو إطعام عشره مساكين أو كسوتهم، فان لم يجد شيئا من ذلك صام ثلاثه أيام متتابعات بالنص (٢) و الإجماع.

و مثلها كفاره خدش المرأه و جبهها حتى أدمت، و نتفها شعر رأسها فى المصاب على المشهور كما يأتى.

و أما كفاره الجمع ف كقتل المؤمن عمدا عدوانا، و هى عتق رقبه، و صيام شهرين متتابعين، و إطعام ستين مسكينا إجماعا.

و مثلها كفاره من أفطر على محرم فى شهر رمضان على قول قدمر، و لا يخلو عن وجه.

هنا مسائل ثلاث

إشاره

و هنا مسائل ثلاث:

ص: ٤٧٣

١- ١) و مسائل الشيعة ١٥-٥٧٦، ب ٢٤.

٢- ٢) و مسائل الشيعة ١٥-٥٦٠، ب ١٢.

الأولى من حلف بالبراءة لزمته كفاره ظهار

الأولى: قيل: كما عن الشيخين وجماعه من القدماء من حلف بالبراءة من الله تعالى ورسوله والأئمة الميامين من آله عليهم السلام على الاجتماع أو الانفراد لزمته كفاره ظهار فان عجز فكفاره يمين اما بمجرد أو بعد الحنث على الخلاف بينهم، والأقوى وفاقا للحلى وأكثر المتأخرين أنه لا كفاره فيه مطلقا، وفي الخلاف الإجماع، ولكن الأول أحوط. وفي المسألة قولان آخران، هذا ولا ريب في تحريمه بل ويحتمل الكفر في بعض صورته.

ومن وطئ المرأة في الحيض عامدا لزمه دينار في أوله ونصف في وسطه وربع في آخره على قول مشهور، وهو أحوط لو لم يكن أقوى، وقد مضى البحث هنا في بحث أحكام الحيض.

ومن تزوج امرأة في عدتها فارقتها وكفر بخمسة أصواع من دقيق وجوبا عند جماعه، وكذا التزويج بذات البعل، ولا فرق في العده بين الرجعيه والبائنه ولا في التزويج بين العالم والجاهل. وقيل: لا تجب الكفاره هنا مطلقا. وعليه أكثر المتأخرين، والمسألة محل توقف، ولا ريب أن الأحوط الوجوب.

ومن نام عن صلاة العشاء الآخرة حتى جاوز وقتها وهو نصف الليل قضائها وأصح صائما وجوبا عند جماعه من القدماء، وفي الانتصار (١) والغنيه (٢) الإجماع، خلافا للحلى وأكثر المتأخرين فاستحبابا، والأول أقوى.

ولا فرق بين النائم كذلك عمدا أو سهوا.

ولا يلحق ناسي غير العشاء بناسيها. وفي إلحاق السكران بالنائم قول ضعيف وكذا المتعمد لتركها، والناسي لها من غير نوم.

ولو أفطر ذلك اليوم، فالأقوى عدم الكفاره. ولو سافر فيه لضروره أو غيرها

ص: ٤٧٤

١-١) الانتصار ص ١٦٥.

٢-٢) الغنيه ص ٥٠٩.

مطلقا أفطره و لا قضاء على الأقوى، لكن يجب ترك السفر غير الضروري تحصيلًا للواجب، و كذا لو مرض أو حاضت المرأة أو وافق العيد أو أيام التشريق، و لو صادف يوما معينًا تداخل.

و اعلم أن قول المصنف «من وطئ المرأة في الحيض» الى هنا مقول لقوله «قيل» بدلاله قوله: و الاستحباب في الكل أشبه و المختار فيها ما عرفت.

الثانية: في جز المرأة شعر رأسها في المصاب كفاره شهر رمضان

الثانية: في جز المرأة شعر رأسها في المصاب كفاره شهر رمضان مخيره وفاقا للشيخ و جماعه.

و قيل: كما عن الديلمي و الحلبي انها كفاره ظهار مرتبه و في الانتصار (١) و غيره الإجماع، و هو أحوط ان لم نقل بكونه أظهر.

و يظهر من العبارة عدم الخلاف في أصل وجوبها، و في الغنيه (٢) الإجماع عليه، فلا ريب فيه و ان تأمل فيه بعض المتأخرين. و ليس في النص (٣) و كلام بعضهم التقييد بالمصاب، بل الحكم فيهما مطلق، و هو أحوط و ان كان للتقييد وجه.

و الأحوط بل الأقرب عدم فرق بين جز كل الشعر و البعض. و في إلحاق الحلق و الإحراق بالجز اشكال، و لكنه أحوط.

و في نتفه و هو قلعه، بخلاف الجز فإنه قرضه في المصاب كفاره يمين و كذا في خدشها و جبهها، و كذا في شق الرجل ثوبه لموت ولده أو زوجته على الأشهر الأظهر، بل صرح جمع بعدم الخلاف، و في الانتصار (٤) و السرائر (٥) الإجماع، و الأمر في التقييد بالمصاب كما مر.

ص: ٤٧٥

١-١ (١) الانتصار ص ١٦٦.

٢-٢ (٢) الغنيه ص ٥٠٩.

٣-٣ (٣) وسائل الشيعه ١٥-٥٨٢، ب ٣١.

٤-٤ (٤) الانتصار ص ١٦٦.

٥-٥ (٥) السرائر ص ٣٦٢.

و الأقوى تقييد الخدش بالإدماء وفاقا لجماعه،خلافًا لإطلاق العبارة و غيرها و المعتبر منه مسماه،فلا يشترط استيعاب الوجه،و لا شق جميع الجلد.و لا يلحق به خدش غير الوجه و ان أدمى،و لا لطمه مجردا.

و يعتبر فى الثوب مسماه عرفا،قيل:و لا- فرق فيه بين الملبوس و غيره،و لا- بين شقه ملبوسا و منزوعا،و لا بين استيعاب الشق و عدمه.و هو أحوط و ان كان التعميم للأخيرين من الشقين الأولين نظر.

و لا- فرق بين الولد للصلب و ولد الولد و ان نزل ذكرا أو أنثى لذكر،و فى ولد الأنثى قولان،أجودهما:عدم اللحوق،و لكن اللحوق أحوط.

و ظاهر الزوجه فى النص (١)و الفتوى هو الدائم،فلا- يعم الحكم المتمتع بها خلافا لجماعه فساووا بينهما،و هو أحوط و أولى.و لا الموطوءه بالملك و ان كانت سرية أو أم ولد.

ثم مقتضى الأصول حرمه شق الثوب مطلقا و لو على الأب و الأخ،خلافًا لجماعه فأجازوه فيهما،و الأحوط الأولى ما قدمناه.و لا كفاره فى شق المرأة على الميت مطلقا ولدا كان أو زوجا،و ان حرم قولًا واحدا.

الثالثه:من نذر صوم يوم فعجز عنه،تصدق بإطعام مسكين مدين من طعام

الثالثه:من نذر صوم يوم معين فعجز عنه،تصدق بإطعام مسكين مدين من طعام عند الشيخ فى النهايه (٢)،لروايه (٣)ضعيفه لا تصلح مخصصه لأصل البراءه و عليه هنا جماعه،و هو فى غايه القوه و ان كان الأحوط ما فى النهايه.

فإن عجز عنه تصدق بما استطاع،فان عجز أصلا استغفر الله تعالى و لم أقف على مستنده ان أريد به الوجوب و الا فالاستحباب لا بأس به.

ص:٤٧٦

١-١) وسائل الشيعه ١٥-٥٨٢،ب ٣١.

٢-٢) النهايه ص ٥٧١.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٦-١٩٥،ب ١٢.

المقصد الثاني: في بيان خصال الكفار و أحكامها.

و هي كثيره الا أن المهم الذي يجب التعرض لذكره هنا هو الخصال الأربع المشهوره، أعنى: العتق، و الإطعام، و الكسوه، و الصيام.

أما العتق: فيتعين على الواجد في الكفار المرتبه دون المخيره.

و يتحقق الوجدان بملك الرقبه مع عدم الاحتياج إليها لضروره كالخدمه و ملك الثمن لها كذلك مع إمكان الاتباع.

و لا بد من كونها مؤمنه أو مسلمه إذا كانت كفاره عن القتل مطلقا و لو كان عمدا إجماعا.

و الأكثر على اشتراط الإسلام في مطلق الكفار، و في الانتصار (1) و غيره الإجماع خلافا لجماعه فلا يشترط، و الأول أظهر و أحوط.

و المولود المتولد من المسلمين أو أحدهما مخير فيما عدا القتل قولاً واحداً و كذا فيه عند الأكثر خلافا للإسكافي فالبالغ، و هو أحوط ان لم نقل بكونه أظهر.

و ظاهر المصنف و الأكثر عدم اشتراط الايمان بالمعنى الأخص، بل قيل:

إجماعاً، فإن تم و الا فاشتراطه لا يخلو عن وجه وفاقاً لجمع مع أنه أحوط.

و في جواز عتق المسيبي من أطفال الكفار ان انفرد به السابى المسلم عن أبيه قولان، المشهور كما قيل الثانى، و هو أحوط ان لم نقل بكونه أظهر. و لا يجزى عتق الحمل إجماعاً.

و يعتبر أن تكون سليمه من العيوب التى تعتق بها قهراً، و هي الإقعاد و العمى، و الجذام، و التنكيل الصادر من المولى بلا خلاف. و لا يشترط سلامه من غيرها على الأشهر الأقوى، فيجزى الأعور، و الأعرج، و الأقرع، و الخصى، و الأصبم، و مقطوع الأذنين و اليدين و لو مع احدى الرجلين، و المريض و ان مات في مرضه.

ص: ٤٧٧

و هل يجزى المدبر؟ قال الشيخ فى النهايه (١): لا- يجزى و قال فى غيرها و هو المبسوط (٢) بالجواز، و هو أشبه و أشهر. كل ذا مع عدم نقض التدبير أولاً، و الا فيجزى قولاً واحداً. و يجزى إعتاق المكاتب المشروط قبل الإيفاء، و المطلق الذى لم يؤد شيئاً على الأشهر الأقوى، أما المؤدى- و لو بعضاً- فلا قولاً واحداً.

و كذا يجزى الأبى ما لم يعلم موته وفاقاً للأكثر، و عن الحلّى الإجماع، و فى المقام قولان آخران.

و كذا أم الولد مطلقاً مات ولدها أم لا إجماعاً فى الأول، و كذا فى الثانى الا من الإسكافى.

و كذا ولد الزنا بعد بلوغه و إسلامه على الأشهر الأقوى، خلافاً لجماعه من القدماء فمنعوا عنه، و هو أحوط و أولى.

و أما الصيام: فيتعين مع العجز عن الرقبه و لو أدناها فى الكفاره المرتبه.

و يتحقق بفقد ما مر من أسباب القدره، و منه الاحتياج الى الثمن للنفقه، و الكسوه له و لعياله الواجبى النفقه، و وفاء دينه و ان لم يطالب به.

و هل المعتر فى النفقه الكفايه على الدوام، بأن يملك ما يحصل من نمائه ما يقوم بكفائته فى كل سنه أو قوت السنه أو اليوم و الليله فاضلاً عما يحتاج إليه فى الوقت الحاضر من الكسوه و الأمتعه؟ أوجه، خيرها أوسطها و ان كان الأخير أحوطها.

و لو تكلف العادم العتق أجزاءً مطلقاً.

و لا تباع ثياب البدن و لا المسكن فى الكفاره، إذا كان كل منهما قدر

ص: ٤٧٨

١- (١) النهايه ص ٥٦٩.

٢- (٢) المبسوط ٦-٢١٣.

الكفايه اللائقه بحاله و لا الخادم إذا كان كذلك بلا خلاف.

و يلزم الحر فى كفاره قتل الخطأ و الظهر بعد العجز عن العتق صوم شهرين متتابعين بلا خلاف، بل عليه الإجماع فى كلام جمع.

و أما المملوك فالأشهر الأظهر أن عليه صوم شهر و ليس عليه صدقه و لا عتق، خلافا لجماعه فكالحره عليه شهران.

ثم ان التتابع هنا ليس المراد به معناه لغه و عرفا فإذا صام الحر شهرا و من الثانى شيئا و لو يوما أتم إجماعا، و الأكثر على جواز التفريق بعد ذلك اختيارا، خلافا لجماعه من أعيان القدماء فيأثم، و فى الانتصار (١) و الغنيه (٢) الإجماع، و هو أحوط و أولى.

و فى تحقق التتابع بخمسه عشر يوما فى الشهر الواحد كفرض العبد و الناذر قولان، أشهرهما و أظهرهما: ذلك.

و لو أفطر قبل ذلك و لو بعد تمام الشهر الأول و اليوم الرابع عشر فى فرض الأخر إجماعا، و فى حكمه الأخذ فى الصيام فى الزمان الذى يحصل معه التتابع، و لو كان صائما بعده بلا خلاف.

فلا يجوز له أن يبتدىء زمانا لا يسلم فيه الا إذا كان عدم السلامه لعذر شرعى كالحيض، و النفاس، و الإغماء، و المرض، و الجنون فيجزئ حينئذ بلا خلاف. و كذا الحكم فى غير ما ذكر من الأعذار العارضه فى الأثناء بغير اختيار مع عدم العلم بعروضها، كالسفر الضرورى.

و انما اعتبرنا عدم العلم بالعروض، لانه معه يكون فى ترك التتابع كالمختار، و ليس ذلك شرطا فى الحيض، إلا إذا اعتادته فيما زاد على شهرين فيعتبر مع احتمال

ص: ٤٧٩

١-١) الانتصار ص ١٦٧.

٢-٢) الغنيه ص ٥١٠.

العدم مطلقاً، و لكن الأحوط مراعاة الاستثناء.

و لا كذلك النفاس، فلا يجوز للمرأة الابتداء بزمان تقطع بعدم السلامه منه فيه، و ان ابتدأت بالصوم فى زمان لا تعلم بحدوثه جاز و ان احتمل. و الأصح وجوب المبادره بعد زوال العذر، و فيه قول بالعدم ضعيف. و المراد بالوجوب هنا هو الشرطى بمعنى توقف التابع عليه، و الا فالشرعى لا دليل عليه.

و أما الإطعام: فيتعين فى الكفاره المرتبه مع العجز عن الصيام بالمرض المانع منه، و ما حصل به مشقه جديده و ان رجا برأه، و ما خيف عن زيادته و نحو ذلك، لا السفر الا مع تعذر الإقامه. و حيث انتقل الفرض اليه يتخير فيه بين التسليم الى المستحق و بين أن يطعمه بلا خلاف.

و على الأول ففى مقدار ما يجب إطعام العدد به أقوال، أشهرها و أظهرها أنه يعطى لكل واحد مد من طعام، و قيل: مدان مع قدره و مد مع الضروره، و القائل الشيخ فى المبسوط (١) و النهايه (٢) و تبعه ابن حمزه، و هو أحوط.

و يستحب أن يزيد على المد حفنه لمثونه نحو طحنه و خبزه ان توقف عليه، و أوجه الإسكافى.

و على الثانى قدر فى الأشهر الأظهر بالإشباع و لو مره، كأن يطعموا ضحى أو عشيه.

و لا يجوز إعطاؤه لما دون العدد بلا خلاف.

و لا يجوز التكرار عليه بقدر العدد فى الكفاره الواحده مع التمكن من تمام العدد بلا خلاف.

و هل يجوز مع العذر لفقد العدد فى البلد مع تعذر الإيصال إليه

ص: ٤٨٠

١- ١) المبسوط ٥-١٧٧.

٢- ٢) النهايه ص ٥٦٩.

من غيره؟ قولان، أشهرهما و أظهرهما: ذلك، بل لم أقف فيه على مخالف.

و احترز بالواحدة عن المتعدده، لجواز التكرار فيها بقدرها بلا خلاف.

و الواجب فى الجنس أن يطعم ما يغلب على قوته وفاقا لجماعه، خلافا للخلاف فكل ما يسمى طعاما مدعيا عليه لوافق و لا بأس به، و الاولى الاقتصار على إطعام المد من الحنطه و الشعير كما فى الصحيح (١) و غيره.

و يستحب أيضا أن يضم إليه إداما و لا يجب وفاقا للأكثر، و ان كان الوجوب - كما عن المفيد و الديلمي - أحوط. و المراد بالإدام ما جرت العاده بأكله مع الخبز، مائعا كان كالدبس أو جامدا كالجبين و اللحم، و هو مختلف بحسب الجنس نفاسه و رداءه.

و أعلاه اللحم، و أوسطه الخل و الزيت و أدناه الملح.

و لا- يجزئ إطعام الصغار إذا كانوا منفردين بعدد الستين بلا- خلاف و يجوز إطعامهم إذا كانوا منضمين مع الكبار، كما عليه الشيخ فى المبسوط (٢) و الخلاف (٣) نافية عنه الخلاف، فهو الحجة ان تم لا الصحيح (٤) المسوى بينهم و بين الكبار، لانه ظاهر فى صورته التسليم لا- الإشباع، و لا- خلاف فيها كما فى المسالك و غيره، مع أن فى الموثق: لا- يجوز إطعام الصغير فى كفاره اليمين، و لكن صغيرين بكبير (٥). و هو مطلق لصورتى الانفراد و الاجتماع، الا أنهم حملوه على الاولى فقالوا:

و لو انفردوا احتسب الاثنان بواحد جمعا، و هو حسن الا أن العمل بإطلاق

ص: ٤٨١

١- (١) وسائل الشيعه ١٥-٥٦٦، ح ٨.

٢- (٢) المبسوط ٥-١٧٨.

٣- (٣) الخلاف ٣-٢٧.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٥-٥٧٠، ح ٣.

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٥-٥٧٠، ح ١.

الموثق أحوط و أولى، فيعد الصغيران بكبير مطلقا وفاقا لابن حمزه، و هو ظاهر إطلاق الإسكافي و الصدوق في المقنع (١)، لكن في كفاره اليمين خاصه، و ظاهرهما كالموثقه و غيرها جواز إطعام الصغار فيما عداها و أنهم كالكبار، لكن الإطلاق أحوط و أولى، و أحوط منه عدم إطعام الصغار مطلقا كما عليه المفيد و ان كان نادرا.

هنا مسائل

إشارة

و هنا مسائل:

الأولى: كسوه الفقير ثوبان مع القدره

الأولى: كسوه الفقير ثوبان مع القدره و ثوب مع الضروره عند الشيخ و جماعه.

و في روايه صحيحه بل روايات (٢) مستفيضه أنه يجزئ الثوب الواحد مطلقا و هو أشبه و أشهر بين من تأخر، و لكن الأول أحوط، و أحوط منه القول بالثوبين مطلقا كما عليه جماعه من القدماء.

و المعتبر من الكسوه ما يحصل به ستر العوره مع صدق الكسوه عليه عرفا، كالجبه و القميص و السراويل دون الخف و القلنسوه، بلا- خلاف و لا- إشكال إلا- في السراويل ففيه اشكال و قول بالعدم، و ظاهر الأصحاب جواز إعطاء الكسوه للصغار مطلقا، و يستحب الجديد خاما كان أو مقصورا، و يجزئ غيره إذا لم يكن منخرقا و لا منسحقا، و هما لا يجزيان.

و جنسه ما اعتيد لبسه، كالقطن و الكتان و الصوف و الحرير الممتزج أو المحض للنساء دون الخنثى و الكبار، و الفرو و الجلد المعتادين، و القنب و الشعير ان اعتيد لبسهما.

و كفاره الإيلاء مثل كفاره اليمين بلا خلاف.

ص: ٤٨٢

١-١) المقنع ص ١٣٦.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٥-٥٦٨، ب ١٥.

الثانية: من عجز عن العتق فدخل في الصيام ثم تمكن من العتق، لم يلزمه العود

الثانية: من عجز عن العتق فدخل في الصيام ثم تمكن من العتق، لم يلزمه العود و ان كان أفضل على الأشهر الأظهر، وكذا الحكم في من عجز عن الصيام و أخذ في الطعام فقدر عليه بعد ذلك، ولا خلاف في هذا.

و يتحقق الدخول بصوم جزء من اليوم و لو لحظه، و بتسليم مد و أخذ في أكل الطعام في الإطعام.

الثالثة: كل من وجب عليه صوم شهرين متتابعين فعجز عنها

الثالثة: كل من وجب عليه صوم شهرين متتابعين في نذر أو كفاره مرتبه كانت أو مخيره على ما يقتضيه إطلاق العبارة و الأدله فعجز عنها صام ثمانية عشر يوماً، فان لم يقدر تصدق عن كل يوم بمد من طعام، فان لم يستطع استغفر الله سبحانه كما عن الشيخ و جماعه.

و الأجود التفصيل بين الظهر و رمضان و النذر، فيرتضى الحكم الأول في الأولين لكن بعد العجز عن الخصال الثلاث وفاقا لجماعه، على اشكال في ثانيهما فيحتمل قويا فيه بدل صوم الثمانية عشر التصدق بما يطيق، كما هو ظاهر الكليني و الشيخ في التهذيبين (1) و الصدوقين و جماعه من المتأخرين.

و يقوى في النذر و جوب الإتيان بالممكن من الصوم، و ان تجاوز الثمانية عشر، حتى لو أمكن الشهران متفرقين و جب مقدما على الثمانية عشر، كما عليه الفاضل في أحد قولي في الثالثة، و ان لم يمكنه شيء منه فلا شيء عليه حتى التصدق بمد عن كل يوم و الاستغفار مع العجز، إذ لم أقف على ما يدل عليهما فيه، بل و لا في الأولين عدا الاستغفار في ثانيهما، فقد ورد به النص الصحيح (2) و فيه نفيه في أولهما و حرمة المظاهره الى أن يجد ما يكفر، و الموثق (3) المثبت

ص: ٤٨٣

١- ١) تهذيب الأحكام ٨-٣٢١، الإستبصار ٤-٥٢.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٥-٥٥٤، ح ١.

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٥-٥٥٨، ب ٨.

له فيه عن معارضه قاصر.

والمعتبر من الاستغفار مره واحده بالنيه عن الكفاره، مضافا الى اللفظ الدال على الندم على ما فعل و العزم على عدم العود ان كان عن ذنب.

و في وجوب الكفاره مع تجدد القدره وجهان. ثم في وجوب التتابع في الثمانيه عشر قولان، أحوطهما في المقامين ذلك.

الرابعه: ما يشترط في المكفر

الرابعه: يشترط في المكفر البلوغ، و كمال العقل، و الايمان، و نيه القربه في جميع الخصال و لو كان إطعاما أو كسوه و التعيين للسبب الذي يكفر عنه، سواء تعددت الكفاره في ذمته أم لا، و سواء تغاير الجنس أم لا، كما يقتضيه إطلاق نحو العبارة، و صرح به بعض الأصحاب.

و قيل: يشكل بأنه مع اتحادها في ذمته لا اشتراك فتجزئ نيته عما في ذمته، و لا بأس به.

و لو تعددت ما في ذمته مع اتحاد نوع سببه، كإفطار يومين من شهر رمضان و خلف نذرين، فكالمتردد لا يعتبر فيه نيه التعيين إجماعا كما في الخلاف. (1)

و لو اختلف أسبابه، توجه التعيين و ان اتفق مقدار الكفاره.

و لو شك في نوع ما في ذمته، أجزاء الإطلاق عن الكفاره، كما يجزيه العتق عما في ذمته لو شك بين كفاره و نذر، و لا يجزئ ذلك في الأول، فإنه لا بد فيه من نيه التكفير، كما لا يجزئ العتق مطلقا في الثاني بدون قصد ما في الذمه.

ص: ٤٨٤

كتاب اللعان

اشاره

ص: ٤٨٥

(كتاب اللعان) و هو لغه:المباهله المطلقه،أو فعال من اللعن أو جمع له،و هو الطرد و الابعاد من الخير،و الاسم اللعنه،و شرعا:المباهله بين الزوجين بكلمه مخصوصه فى إزاله حد أو نفى ولد عند الحاكم.

و النظر فيه فى أمور أربعه:

الأول:السبب

الأول:السبب،و هو أمران:

الأول:قذف الزوجه المحصنه،أى رميها بالزنا و لو دبرا على الأظهر الأشهر،و فى الغنيه (١)و الانتصار (٢)الإجماع،و قيل:بانحصار السبب فى الثانى.

و على المختار انما يكون سببا مع دعوى المشاهده و عدم البيئه على الأشهر الأظهر،و فى الانتصار و الغنيه الإجماع كل منهما فى أحدهما،خلاف للخلاف (٣)فى الثانى،و للشهيد الثانى فى الأول فلم يعتبره بل اكتفى بالعلم و لو بالقرائن.

ص:٤٨٧

١-١) الغنيه ص ٥٥٣.

٢-٢) الانتصار ص ١٤٤.

٣-٣) الخلاف ٣-٣١.

و لا يثبت اللعان لو قذفها فى عده بائنه،و يثبت لو قذفها فى عده رجعيه إجماعا كما فى الغنيه.

الثانى:إنكار من ولد على فراشه ممن يلحق به مطلقا شرعا لو لا لعانه كأن يولد لسته أشهر فصاعدا من وطئه حال كون ذلك الولد من زوجه موطوءه له بالعقد الدائم ما لم يتجاوز أقصى الحمل.

و كذا لو أنكره بعد فراقها و لم تتزوج،أو بعد أن تزوجت و ولدت لأقل من سته منذ دخل الثانى،فإذا ولد بدون الشروط انتفى بغير لعان،فالنفى المحتاج الى اللعان انما هو بالولاده معها،و لا يجوز النفى به الا مع العلم بانتفائه عنه،و مع عدمه يجب الحاقه بنفسه،كما أنه يجب نفيه عنه مع العلم به،بلا خلاف فى شىء من ذلك.

الثانى:فى الشروط

الثانى:فى الشروط لصحه اللعان.

و يعتبر فى الملاعن و كذا الملاعنه البلوغ و العقل فلا عبره بلعان الصبى و المجنون إجماعا.

و فى اعتبار الإسلام فيهما،فلا يصح لعان الكافر و لا الكافره قولان،أشبههما و أشهرهما:الجواز خلافا للإسكافى فاعتبره مطلقا، و للحلى فاعتبره للقذف خاصه.

و كذا المملوك ففى صحه لعانه قولان،و الأشبه الأشهر الصحه،خلافا للمفيد و الديلمى فلا يصح مطلقا،و للحلى فكما مضى.

و يعتبر فى الملاعنه:البلوغ،و العقل،و السلامه من الصمم و الخرس.

و لو قذفها مع أحدهما بما يوجب اللعان لو لا الافه من رميها بالزنا مع دعوى المشاهده و عدم البينه حرمت عليه مؤبدا،من غير خلاف و لا إشكال

فى قذفها مع الأمرين أو الثانى، وكذا الأول على الأقوى. و تمام الكلام فى المسأله قد مضى فى النكاح.

و أن يكون عقدها دائما فلا يجوز لعان المتمتع بها مطلقا على الأشهر الأقوى كما مضى.

و فى اعتبار الدخول بها و لو دبرا قولان، و المروى (1) فى المستفيضه أنه لا- يقع قبله مطلقا، و هو الأشهر الأقوى، و فى الخلاف (2) و الغنيه (3) الإجماع، و القول الثانى بعدم اعتباره مطلقا اختاره الفاضل فى القواعد. (4)

و قال ثالث و هو الحلّى بثبوت أى اللعان بدون الدخول بالقذف دون نفى الولد و تبعه كثير من المتأخرين، و هو ضعيف.

و يثبت اللعان بين الحر و زوجه المملوكه على الأشهر الأظهر و فيه روايه بل روايات (5) بالمنع لكنها ما بين ضعيفه السند أو الدلاله، و مع ذلك محتمله للحمل على التقيه.

و فيه أيضا قول ثالث بالفرق بين لعان القذف فالثانى و نفى الولد فالأول، و القائل الحلّى.

و يصح لعان الحامل فى القذف مطلقا، و فى نفى الولد بشرط تحقق الحمل على الأقوى، و لكن لا يقام عليها الحد اللازم بالنكول و الإقرار حتى تضع الحمل، و قيل: لا تلا عن حتى تضع، لروايه (6) مع ضعفها محموله على

ص: ٤٨٩

١- ١) و سائل الشيعه ١٥-٥٩٠، ح ٢.

٢- ٢) الخلاف ٣-٣١.

٣- ٣) الغنيه ص ٥٥٣.

٤- ٤) القواعد ٢-٩٢.

٥- ٥) و سائل الشيعه ١٥-٥٩٥، ب ٥.

٦- ٦) و سائل الشيعه ١٥-٦٠٧، ب ١٣.

اراده عدم اقامه الحد فإنه لا خلاف فيه، أو صوره نفى الولد مع الاشتباه فى الحمل.

الثالث: فى الكيفيه

الثالث: فى الكيفيه و الكلام الذى يتحقق به اللعان.

و هو أن يشهد الرجل أولاً أربعا بالله أنه لمن الصادقين فيما رماها به متلفظا بما رمى به، فيقول: أشهد بالله أنى لمن الصادقين فيما رमितها به من الزنا. و ان نفى الولد زاد: و أن هذا الولد من زنا و ليس منى. كذا عبر فى التحرير (1) و زاد: أنه لو اقتصر على أحدهما لم يجز.

و يشكل فيما لو كان اللعان لنفى الولد خاصه من غير قذف، فإنه لا يلزم استناده الى الزنا لجواز الشبهه، فينبغى حينئذ أن يكتفى بقوله: انه لمن الصادقين فى نفى الولد المعين.

ثم يقول بعد شهادته أربعا كذلك ان لعنه عليه مبدلا لضمير الغائب بياء المتكلم ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا أو نفى الولد، كما ذكر فى الشهادات.

ثم تشهد المرأه بعد فراغه من الشهاده و اللعنه أربعا أنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا.

ثم تقول: ان غضب الله تعالى عليها ان كان من الصادقين فيه مقتصره على ذلك فى كل من القذف و نفى الولد، و لا يحتاج الى ضم أمر آخر كما فى الزوج ان نفى الولد.

و الواجب فيه النطق بالشهاده على الوجه المذكور فيهما، فلو أبدلت بمعناها كأحلف أو أقسم أو شهدت، أو أبدل الجلاله بغيرها من أسمائه سبحانه تعالى أو أبدل اللعن و الغضب و الصدق و الكذب بمرادفها، أو حذف لام التأكيد، أو علقه

ص: ٤٩٠

على غير «من» كقوله: انى لصادق و نحو ذلك من التغييرات لم يصح.

و أن يبدأ الرجل بالتلفظ ثم المرأة على الترتيب المذكور، فلو تقدمت المرأة لم يصح.

و أن يعينها و يميزها عن غيرها تمييزاً يمنع المشاركة، أما بالذكر لاسمها أو برفع نسبها بما يميزها أو يصفها به أو بالإشارة إليها ان كانت حاضره.

و أن يكون الإيراد لجميع ما ذكر باللفظ العربى الصحيح مع القدره و الا فيجزئ بمقدورهما منه، فان تعذر تلفظهما أصلاً أجزأه غيره من اللغات من غير ترجيح، و كما يجب الترتيب المذكور كذا تجب الموالاته بين الكلمات، فلو تراخى بما يعد فصلاً أو تكلم فى خلاله بطل.

و أن يكون كل منهما قائماً عند إيراد الشهاده و اللعن على الأظهر الأشهر، خلافاً لجماعه فأوجبوا قيام كل عند تلفظه و ان جلس الأخر.

و يستحب أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة و يقيمهما مستقبلين بحذاءه.

و أن يقف الرجل عن يمينه و المرأة عن شماله.

و أن يحضر من يسمع اللعان و لو أربعة عدد شهود الزنا من أعيان البلد و صلحائه.

و وعظ الرجل بعد الشهاده قبل اللعن، و كذا المرأة قبل ذكر الغضب و يخوفهما الله تعالى، فيقول لهما: ان عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا، و يقرأ عليهما «إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا آيَةٌ» (١) و أن اللعن و الغضب للنفس يوجبان ذلك لو كانا كاذبين.

و الأكثر على اشتراط وقوعه بين يدي الإمام أو نائبه الخاص أو العام، و قيل:

عند من يتراضى به الزوجان.

الرابع: فى الأحكام

الرابع: فى الاحكام، و هى أربعة:

ص: ٤٩١

الأول: يتعلق بالقذف وجوب الحد على الزوج كالأجنبي و بلعانه سقوطه عنه و به يفترق عن الأجنبي و ثبوت الرجم على المرأة مطلقا سواء لها ان اعترفت بالزنا أو نكلت لان لعانه فى حكم البينه و مع لعانها يترتب سقوطه أى الحد عنها و انتفاء الولد عن الرجل دونها ان كان اللعان لنفيه لا مطلقا و تحريمها عليه مؤبدا مطلقا.

و لو نكل الزوج عن اللعان، أو اعترف بالكذب حد للقذف ان كان اللعان له لا مطلقا و لم ينتف عنه الولد مطلقا الثانى: لو اعترف بالولد فى أثناء اللعان لحق به و توارثا و عليه أى على الأب الحد ان كان اللعان لإسقاطه. و لو كان لنفى الولد مجردا عن القذف بتجويزه الشبهه فلا حد بلا خلاف.

و لو كان الاعتراف به بعد اللعان منهما لا يعود الحد و لحق به الولد و ورثه و لم يرثه الأب و لا من يتقرب به و ترثه الام و من يتقرب بها كما يأتى بيانه و بيان ما يتعلق بميراثه مطلقا فى كتاب الفرائض إن شاء الله تعالى.

و فى سقوط الحد هنا روايتان (١) أشهرهما و أظهرهما: السقوط و الروايه الثانيه عمل بها المفيد و جماعه، و فى الانتصار (٢) الإجماع، و لا ريب أن الأول أحوط.

و لو اعترفت المرأة بالزنا بعد اللعان لم يثبت الحد بمجرد إجماعه الا- أن تقرر أربعا فيجب على تردد من المصنف هنا و فى الشرائع (٣) و الفاضل فى القواعد (٤)، من تعارض العمومين بالسقوط و الثبوت، و الأكثر

ص: ٤٩٢

١-١) وسائل الشيعه ١٥-٦٠٠، ح ٢ و ٦.

٢-٢) الانتصار ص ١٤٥.

٣-٣) شرائع الإسلام ٣-١٠٠.

٤-٤) القواعد ٢-٩٤.

على الأول و العدم أحوط و لو للشبهه الدارته.

الثالث: لو طلق الرجل امرأته فادعت الحمل منه فأنكر فإن كان بعد اتفاهما على الدخول لحق به الولد و لم ينتف الا باللعان إجماعاً، و ان كان بعد الاتفاق على العدم انتفى بغير لعان.

و ان كان بعد الاختلاف فيه فادعته الزوجه و أنكره الزوج فإن أقامت بينه على أنه أرخى عليها الستر لا عنها و بانت منه و عليه المهر كمالاً وفاقاً للنهايه (١) عملاً بروايه (٢) صحيحه و هى روايه على بن جعفر عن أخيه خلافاً للحلى و أكثر المتأخرين فصاروا الى مقتضى الأصول، و هو توجه اليمين الى الزوج و انتفاء الولد عنه بها و لزوم نصف المهر لها، و لعله أقوى.

و قال فى النهايه (٣) بعد ذلك: و ان لم تقم بينه لزمه نصف المهر و ضربت مائه سوط و لا إشكال فى الحكم الأول و لكن فى إيجاب الحد اشكال لمخالفته الأصول السليمه عن المعارض فيه مطلقاً، فنفىه أقوى عملاً بها.

الرابع: إذا قذفها فماتت قبل صدور اللعان منهما فله الميراث و عليها الحد للوارث بسبب القذف الغير المصادف للمسقط وفاقاً للأكثر، و فى جواز اللعان حينئذ لإسقاط الحد قولان، و الأكثر على الأول و لعله أظهر، كل ذا إذا ماتت قبل لعانه، و لو ماتت بعده فينبغى القطع بسقوط الحد به عنه.

و فى روايه (٤) أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام ان قام رجل من أهلها مقامه فلاعنه فلا ميراث له و ان أبى أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث. و نحوها روايه أخرى و عمل بهما جماعه من القدماء.

ص: ٤٩٣

١-١) النهايه ص ٥٢٣.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٥-٥٩٠، ح ١.

٣-٣) النهايه ص ٥٢٣.

٤-٤) وسائل الشيعه ١٥-٦٠٨، ح ١.

قيل: لا يسقط الإرث بهذا اللعان و ان جوزناه لإسقاط الحد لاستقراره بالموت، و هو حسن فلا يرفعه اللعان المتجدد، و الروايتان ضعيفتا السند لا يصلحان لتخصيص الأصول، و لعله أقوى.

إلى هنا تم استنساخ الجزء الثاني من الكتاب و به تم تحقيقه و تصحيحه و التعليق عليه فى اليوم العاشر من محرم الحرام سنه ألف و أربعمائه و ست هجرية على يد الحقير السيد مهدي الرجائي فى بلده قم المقدسه.

ص: ٤٩٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

