



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية
عليه صلوات الله
عليه وآله

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



دراسة في

الفقه الإسلامي

على المذاهب الفقهية

الجزء الثاني

العقوبات

مؤلفه
أحمد محمد عيسى



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي علي مذهب اهل البيت عليهم السلام

كاتب:

باقر ايرواني

نشرت في الطباعة:

جامعة المصطفى (صلي الله عليه وآله) العالمية

رقمي الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

5	الفهرس
51	دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي علي مذهب أهل البيت عليهم السلام المجلد 2
51	اشارة
51	اشارة
57	مقدمة المؤلف
59	العقود
59	اشارة
61	كتاب البيع
61	اشارة
63	1 - شروط عقد البيع
63	اشارة
63	1 - اما البيع
64	2 - و اما اعتبار الايجاب و القبول في البيع
64	3 - و اما الاكتفاء بكل ما يدلّ عليهما و لو لم يكن صريحا
66	4 - و اما الجواز بالملحون و غير الماضي أو العربي
66	5 - و اما اعتبار المطابقة
66	6 - و اما الموالاة
67	7 - و اما جواز تأخر الايجاب
68	8 - و اما اعتبار التنجيز و عدم صحّة العقد مع التعليق
68	اشارة
68	أ - ما افيد في الجواهر
69	ب - ما أشار إليه السيّد العاملي
69	ج - ما أفاده الشيخ الثاني

- 69 د - التمسك بالإجماع المدعي في المسألة.
- 69 9 - واما المعاطاة فقد وقعت موردا للاختلاف.
- 69 اشارة
- 69 و المختار لدي المتأخرين إفادتها الملك كالعقد اللفظي لوجوه:
- 69 أ - التمسك بإطلاق قوله تعالى: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ
- 71 ب - التمسك بإطلاق المستثنى في قوله تعالى: لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ
- 71 ج - التمسك بإطلاق قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ
- 72 د - التمسك بسيرة العقلاء علي ترتيب آثار الملك اللازم علي
- 73 10 - واما ان الملك الحاصل بها لازم فللسيرة
- 75 11 - واما انه يعتبر في المعاطاة كل ما يعتبر في العقد اللفظي من
- 75 12 - واما جريانها في جميع المعاملات
- 75 13 - واما وجه استثناء ما ذكر
- 75 2 - شروط المتعاقدين
- 75 اشارة
- 76 1 - اما اعتبار البلوغ
- 76 اشارة
- 76 أ - التمسك بقوله تعالى: وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النُّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ
- 76 ب - التمسك برواية حمران
- 76 ج - التمسك بحديث رفع القلم
- 77 د - التمسك بصحيفة محمد بن مسلم
- 78 هـ - التمسك بالإجماع المدعي في المسألة
- 78 و - وأحسن ما يمكن التمسك به صحيفة أبي الحسين الخادم
- 78 2 - واما استثناء حالة الآلية
- 78 3 - واما اعتبار القصد
- 78 4 - واما اعتبار العقل

5 - و اما اعتبار الاختيار و عدم صحّة بيع المكره فلوجه: 80

أ - ان المكره فاقد لطيب النفس 80

ب - ان التجارة مع فقدان الاختيار ليست عن تراض 80

ج - التمسك بحديث رفع التسعة 80

6 - و اما عقد الفضولي 81

7 - و اما القول بالبطان 84

8 - و اما تعميم الحكم بالصحة لحالة منع المالك مسبقا 85

9 - و اما التعميم لحالة بيع الفضولي لنفسه 85

10 - و اما ان الاجازة كاشفة أو ناقلة 86

11 - و اما الثمرة 89

3 - شرائط العوضين 89

اشارة 89

1 - اما اعتبار الملكية و عدم جواز بيع مثل السمك و الطير قبل 90

2 - و اما القدرة علي التسليم 90

3 - و اما وجه الاستثناء 92

4 - و اما اعتبار ضبط العوضين 93

5 - و اما كفاية المشاهدة فيما ينضبط بها 94

6 - و اما اعتبار ضبط الجنس و الصفات 94

7 - و اما اعتبار ان يكون المبيع عينا و عدم صحّة كونه منفعة أو 94

8 - و اما القول باشتراط المالية 94

9 - و اما وجه ما ذكر أخيرا 95

4 - الخيارات 95

اشارة 95

1 - خيار المجلس 95

اشارة 95

- 96 1 - اما اصل ثبوت خيار المجلس في الجملة ..
- 96 2 - و اما اختصاصه بالمتبايعين و عدم شموله لمطلق المتعاقدين ..
- 96 3 - و اما التعبير ب «مجلس البيع» ..
- 97 4 - و اما ان الغاية افتراقهما دون الافتراق عن المجلس ..
- 97 5 - و اما عدم ثبوته للوكيل في اجراء الصيغة فقط ..
- 97 2 - خيار الحيوان ..
- 97 اشارة ..
- 97 1 - اما ان خيار الحيوان ثلاثة أيام ..
- 98 2 - و اما ان الخيار للمشتري بالرغم من عدم دلالة الصحيحة ..
- 98 3 - و اما القول بثبوته للبائع أيضا ..
- 99 4 - و اما ثبوته للبائع إذا كان الثمن حيوانا ..
- 100 5 - و اما ان مبدأ الثلاثة هو العقد دون التفرق - خلافا لجماعة - ..
- 101 6 - و اما دخول الليلتين ..
- 101 7 - و اما كفاية التلقيق ..
- 101 8 - و اما دخول الليلة الثالثة حالة التلقيق ..
- 101 3 - خيار الشرط ..
- 101 اشارة ..
- 102 1 - اما ان الخيار يثبت باشرطه ..
- 103 2 - و اما جواز اشترطه للأجنبي ..
- 103 3 - و اما اعتبار ضبط المدّة ..
- 103 4 - و اما بيع الخيار فالوجه في صحته: ..
- 104 5 - و اما انه يلزم ردّ الثمن نفسه علي تقدير وجوده و بدله علي ..
- 104 6 - و اما جواز اشترط الخيار المذكور للمشتري أيضا ..
- 104 4 - خيار تخلف الشرط ..
- 104 اشارة ..

- 105 1 - اما ان الشرط الذي يجب الوفاء به هو ما كان مذكورا في
- 105 2 - و اما اعتبار ان لا يكون مخالفا للشرع فلوجهين:
- 105 3 - و اما اعتبار ان لا يكون مخالفا
- 105 4 - و اما وجوب الوفاء بالشرط تكليفا فلوجه:
- 106 5 - و اما ثبوت الخيار عند تخلّف الشرط
- 107 5 - خيار الغبن
- 107 اشارة
- 107 1 - اما ثبوت الخيار عند الغبن
- 107 2 - و اما انه من حين العقد
- 107 3 - و اما التعميم للبايع و المشتري
- 107 4 - و اما اعتبار الجهل
- 107 5 - و اما فورية خيار الغبن
- 109 6 - خيار العيب
- 109 اشارة
- 110 1 - اما جواز ردّ المعيب
- 110 2 - و اما التعميم للبايع و المشتري
- 110 3 - و اما التخيير بين الردّ و الارش الذي صار له المشهور
- 112 4 - و اما سقوط الرد و الارش حالة العلم أو البراءة
- 112 5 - و اما انه لا فورية في الخيار المذكور
- 112 6 - و اما ان الرد بالعيب يعمّ جميع المعاملات
- 113 7 - خيار التأخير
- 113 اشارة
- 113 1 - اما ثبوت الخيار بالتأخير
- 114 2 - و اما اشتراط عدم قبض عوضين ولا أحدهما
- 114 3 - و اما انه يلزم تسليم عوضين بعد تمامية المعاملة

- 4 - و اما انه يحق للآخر الفسخ علي تقدير امتناع أحدهما 114
- 5 - و اما اختصاص خيار التأخير بالبيع 114
- 6 - و اما بيع ما يسرع إليه الفساد 115
- 8 - خيار الرؤية 115
- اشارة 115
- 1 - اما ثبوت الخيار عند تخلف الرؤية أو الوصف 116
- 2 - و اما انه لا تجوز المطالبة بالارش و لا يسقط الخيار ببذله و لا 116
- 3 - و اما التعميم للبايع و لاكتشاف الخلاف في الثمن 116
- 4 - و اما عدم اعتبار الفورية في اعمال الخيار 116
- 5 - الربا 117
- في حرمة الربا و موارد تحققه و شروطه 117
- اشارة 117
- 1 - اما حرمة الربا 117
- 2 - و اما شموله لكلا الموردين المذكورين دون احدهما و دون ما 118
- 3 - و اما اعتبار الشروط الثلاثة في تحقق الربا في البيع 118
- 4 - و اما ان الزيادة تعم الحكمية 118
- اشارة 118
- و قد يستدل علي ذلك بالوجوه التالية: 119
- 5 - و اما الخلاف في التعميم لغير البيع بالرغم من اطلاق الاخبار 120
- احكام خاصة بالربا 121
- اشارة 121
- 1 - اما التخلص من الربا بما ذكر 122
- 2 - و اما اعتبار كون العوضين حالين 123
- 3 - و اما لزوم التساوي بين المصوغ وغيره 124
- 4 - و اما عدم جواز بيع احد المثلثين بالآخر بشرط خياطة ثوب 124

- 5 - و اما عدم تحقق الربا بين من ذكر 125
- 6 - و اما جواز بيع العملة مع اختلافها 125
- 7 - و اما انه مع اتحاد العملة تجوز المعاملة حتي مع التفاضل في 125
- 8 - و اما جواز بيع الصك بالاقبل إذا كان يعبر عن دين واقعا 126
- 9 - و اما عدم جواز تبديل العملة المعدنية مع التفاضل 126
- 10 - و اما تعميم حرمة الربا للدفع و الشهادة عليه و كتابته 126
- 11 - و اما ان الحنظة و الشعير في باب الربا واحد 127
- 12 - و اما عدم لزوم ردّ الربا علي الآخذ مع الجهل و التوبة بعد 127
- 13 - و اما التعميم للجاهل بالحكم و الموضوع 128
- 14 - و اما ارث ما فيه الربا 128
- 6 - بيع الصرف 129
- اشارة 129
- 1 - اما ان بيع الصرف ما ذكر 129
- 2 - و اما التعميم لغير المسكوك 130
- 3 - و اما ان التقابض شرط في الصحة 130
- 4 - و اما ان المدار ليس علي الافتراق عن المجلس بل علي 131
- 5 - و اما انه مع الاتحاد يلزم التساوي في الكم 131
- 6 - و اما اختصاص اعتبار التقابض بالبيع 131
- 7 - و اما عدم جريان حكم الصرف علي الاوراق النقدية 132
- 7 - بيع السلف 132
- اشارة 132
- 1 - اما صحة بيع السلم في الجملة 133
- 2 - و اما عدم الصحة إذا كان العوضان من الذهب و الفضة مع 134
- 3 - و اما اعتبار ضبط الاوصاف الرافعة للجهالة 134
- 4 - و اما اعتبار قبض الثمن قبل التفرق 135

- 5 - و اما اعتبار الضبط بالكيل ونحوه 135
- 6 - و اما اعتبار ضبط الاجل 135
- 7 - و اما اعتبار امكان الدفع في الوقت أو المكان المقررين 135
- 8 - و اما تخير المشتري بين الصبر و اخذ رأس ماله لو تعذر 136
- 9 - و اما عدم جواز الفسخ بزيادة علي الثمن أو نقصان 136
- 10 - و اما جواز التراضي علي شيء آخر 136
- 11 - و اما انه لا يلزم تعيين مكان الدفع 137
- 12 - و اما جواز بيع المبيع علي بايعه بالشرطين 137
- 13 - و اما عدم جواز بيعه علي غير بانه قبل حلول الاجل 137
- 14 - و اما عدم جواز بيع المكمل و الموزون قبل قبضه مرابحة 138
- 15 - و اما انعقاد بيع السلف بما تقدم من الصيغ 140
- 8 - محرمات في الشريعة 140
- اشارة 140
- الغناء 140
- اشارة 140
- 1 - اما حرمة الغناء في الجملة 140
- 2 - و اما تعميمه لغير الكلام الباطل كالدعاء و نحوه 142
- 3 - و اما تعميم التحريم لحالة عدم انضمام محرم إليه 143
- 4 - و اما ان الاستماع حرام 145
- 5 - و اما الحداء فالمشهور استنائه 145
- 6 - و اما استثناء الاعراس 146
- 7 - و اما ان الميزان في صدق الغناء مناسبة الكيفية لمجالس أهل 146
- الغيبية 147
- اشارة 147
- 1 - اما حرمة الغيبة في الجملة 147

2- و اما تحديد الغيبة 148

3- و اما اعتبار ان يكون ذكره بالعيب في غيبته 148

4- و اما اعتبار ان يكون المذكور عيبا 149

5- و اما اعتبار كون العيب مستورا 149

6- و اما عدم اعتبار الكراهة 150

7- و اما عدم اعتبار قصد الانتقاص 150

8- و اما استثناء المتجاهر بالفسق 150

9- و اما ان الحكم بالجواز يختص بالفسق المتجاهر به او الاعم 151

10- و اما استثناء الظالم 152

القمار 152

اشارة 152

1- اما بالنسبة إلي معنى القمار 152

2- و اما حرمة 153

3- و اما تحريم ما كان اللعب فيه مع الرهن وبالآلات الخاصة 154

4- و اما ما كان بآلات القمار المتداولة بدون رهن 154

5- و اما إذا كان اللعب بغير آلات القمار مع افتراض وجود الرهن 156

6- و اما عدم التحريم في الصورة الاخيرة 159

7- و اما تعميم آلات القمار 159

كتاب الاجارة 160

اشارة 160

1- حقيقة الاجارة 162

اشارة 162

1- اما ان حقيقة الاجارة ما ذكر 162

2- و اما ان المنفعة قد تكون عملا او غيره 162

3- و اما شرعية الاجارة 163

- 4 - و اما شرائط المتعاقدين فيما انها لا تختلف عن شرائط 163
- 2 - من خصوصيات عقد الاجارة 163
- اشارة 163
- 1 - اما اعتبار الايجاب و القبول في الاجارة 164
- 2 - و اما صحة الاجارة بالمعاطاة 164
- 3 - و اما ان الاجارة من العقود اللازمة 165
- 4 - و اما تحقق الانفساخ بالتقابل 165
- 5 - و اما ان الاجارة المعاطاتية جائزة لدي المشهور الا عند 166
- 3 - شرائط العوضين 166
- اشارة 166
- 1 - اما اعتبار معلومية العوضين 166
- 2 - و اما اعتبار القدرة علي التسليم 168
- 3 - و اما اعتبار الملكية 169
- 4 - و اما اعتبار امكان الانتفاع بالعين مع بقائها 169
- 5 - و اما اعتبار اباحة المنفعة 169
- 6 - و اما اعتبار قابلية العين لاستيفاء المنفعة منها 170
- 7 - و اما اعتبار تمكن المستأجر من الانتفاع بالعين 171
- 4 - الضمان في باب الاجارة 171
- اشارة 171
- 1 - اما عدم ضمان المستأجر للعين 172
- 2 - و اما الضمان مع التعدي أو التفريط 172
- 3 - و اما عدم ضمان الاجير للعين التي يعمل فيها 173
- 4 - و اما ضمان الطبيب عند مباشرته للعلاج و تضرر المريض 173
- 5 - و اما استثناء حالة أخذ البراءة 173
- 6 - و اما القول بعدم الضمان عند وصف الدواء من دون مباشرة 173

- 174 7 - و اما ضمان الخياط وغيره لما يفسده
- 175 5 - أحكام عامة في باب الاجارة
- 175 اشارة
- 176 1 - اما عدم ثبوت الخيارات الثلاثة في الاجارة
- 176 2 - و اما ثبوت بقية الخيارات
- 177 3 - و اما ان كان واحد مالك ما له علي الآخر بمجرد العقد
- 177 4 - و اما وجوب التسليم علي كل واحد منهما
- 177 5 - و اما جواز ايجار العين من قبل المستأجر الاول
- 177 6 - و اما الاشكال في جواز تسليم العين
- 178 7 - و اما عدم جواز ايجار الدار من قبل المستأجر الاول بأكثر من
- 179 8 - و اما اعتبار اتحاد جنس الاجرة في عدم جواز الزيادة
- 179 9 - و اما ان المستأجر لعمل يجوز له استيجار غيره إذا كانت
- 179 10 - و اما الخلاف في جواز الاجارة علي الواجبات
- 183 11 - و اما وجوب التخلية بعد انتهاء عقد الاجارة
- 183 12 - و اما انه يجوز للمالك اخذ السرقلية
- 183 13 - و اما كفاية التبان العام
- 184 كتاب المزارعة
- 184 اشارة
- 186 1 - حقيقة المزارعة
- 186 اشارة
- 186 1 - اما تحديد المزارعة
- 187 2 - و اما شرعيتها
- 188 2 - شرائط المزارعة
- 188 اشارة
- 190 1 - اما اعتبار الايجاب و القبول في المزارعة

- 2 - واما اعتبار البلوغ وما تلاه 190
- 3 - واما ان الزارع لا يشترط فيه عدم المحجورية إذا لم يشارك 190
- 4 - واما اعتبار الاشتراك في الناتج 191
- 5 - واما اعتبار الاشتراك في جميع الناتج بنحو الاشاعة و تعيين 191
- 6 - واما اعتبار تعيين البداية و النهاية للمدة 191
- 7 - واما اعتبار ان تكون المدة بمقدار يمكن ادراك الناتج فيها 192
- 8 - واما اعتبار القابلية للزراعة 192
- 9 - واما اعتبار تعيين نوع المزروع فيما إذا لم يقصد التعميم 192
- 10 - واما اعتبار تعيين الارض 193
- 11 - واما لزوم تعيين من عليه المصارف إذا لم يكن هناك 193
- 12 - واما اعتبار ملكية الارض ونحوها او نفوذ التصرف فيها 193
- 3 - أحكام عامة في باب المزارعة 193
- اشارة 193
- 1 - اما ان المزارعة عقد لازم لا يفسخ الا بما ذكر 194
- 2 - واما البذر 194
- 3 - واما جواز كون الارض من العامل 195
- 4 - واما وجه القول بجواز الاشتراك في الامور الاربعة بأي شكل 195
- 5 - واما جواز تقبل حصة الآخر بمقدار من الناتج نفسه بعد التخمين 195
- 6 - واما تقييد ذلك بما بعد ظهور الناتج 196
- 7 - واما انه لا يضر اتضاح الزيادة او النقص بعد ذلك 196
- 8 - واما جواز ايجار العامل شخصا لمباشرة الزرع 196
- كتاب المساقاة: 198
- اشارة 198
- 1 - حقيقة المساقاة 200
- اشارة 200

200	1 - اما تحديد المساقاة بما ذكر
200	2 - و اما شرعيتها
201	2 - شرائط المساقاة
201	اشارة
202	1 - اما بالنسبة الي الشرطين الاولين
202	2 - و اما اعتبار ملك المنفعة او التصرف
202	3 - و اما اعتبار معلومية الاشجار - بمعنى عدم ترددها -
203	4 - و اما اعتبار كون الاصول ثابتة
203	5 - و اما اعتبار تحديد المدة
204	6 - و اما عدم تقيد صحة المساقاة بما قبل بلوغ الثمرة
204	7 - و اما اعتبار تعيين الحصاة و كون ذلك بالكسر المشاع
205	8 - و اما اعتبار تعيين الاعمال
205	3 - احكام عامة في باب المساقاة
205	اشارة
206	1 - اما ان المساقاة لازمة لا تنسخ الا بما ذكر
206	2 - و اما الخلاف في جواز المساقاة علي الاشجار التي لا ثمر لها
206	3 - و اما عدم توقف صحة عقد المساقاة علي الحاجة الي السقي
207	4 - و اما ان العامل يجوز له استئجار غيره إذا لم تشترط عليه
207	5 - و اما جواز المساقاة بحصص مختلفة باختلاف الاشجار
207	6 - و اما جواز اشتراط شيء آخر اضافة الي الحصاة
207	7 - و اما عدم وقوع المساقاة صحيحة في فرض كون الحصاة هي
207	8 - و اما بطلان المغارسة
210	كتاب الشَّرْكَة
210	اشارة
212	1 - حقيقة الشركة

212 اشارة

212 1 - اما تحقق الشركة بالمعني الاول

214 2 - و اما الشركة بالمعني الثاني

215 2 - من أحكام الشركة بالمعني الاول

215 اشارة

215 1 - اما عدم جواز التصرف في العين المشتركة الا بموافقة بقية

215 2 - و اما لزوم الاجابة الي القسمة مع عدم التضضر

216 3 - و اما ان لزوم الاجابة الي القسمة لا يفرق فيه بين شكلي

216 4 - و اما ان القسمة عقد لازم لا يجوز فسخه بدون تراض من

216 5 - و اما عدم قبول دعوي الغلط فيها

216 6 - و اما استثناء حالة اقامة البينة

216 3 - من أحكام الشركة بالمعني الثاني

216 اشارة

218 1 - اما اعتبار المزج لدي المشهور

219 2 - و اما الوجه في صحة شركة العنان

219 3 - و اما اعتبار الايجاب و القبول في الشركة العقدية الصحيحة

220 4 - و اما التساوي في الربح و الخسارة مع تساوي المالين و الا

220 5 - و اما جواز اشتراط الزيادة في مقابل العمل أوزيادته

220 6 - و اما القول بعدم جواز اشتراط الزيادة مع تساوي المالين

220 7 - و اما تبعية التصدي للعمل و كفيته لما تم الاتفاق عليه

221 8 - و اما ان عقد الشركة جائز

222 كتاب الضمان

222 اشارة

224 1 - حقيقة الضمان

224 اشارة

- 224 1 - اما الضمان بالمعني الاصطلاحي الذي تترتب عليه براءة ذمة
- 225 2 - و اما الضمان بمعناه الثاني
- 225 3 - و اما شرعية الضمان بمعناه الاصطلاحي
- 226 2 - شرائط الضمان
- 226 اشارة
- 226 1 - اما اعتبار الايجاب و القبول في تحقق الضمان
- 227 2 - و اما عدم اعتبار رضا المضمون عنه
- 227 3 - و اما اعتبار البلوغ و ما بعده في الضامن و المضمون له
- 228 4 - و اما اعتبار التنجيز في نظر المشهور
- 228 5 - و اما اعتبار ثبوت الدين في ذمة المضمون عنه
- 228 6 - و اما اعتبار التعيين و عدم التردد في الدين و المضمون له
- 228 7 - و اما غرابة اعتبار العلم بوصف و نسب المضمون عنه
- 229 3 - من أحكام الضمان
- 229 اشارة
- 229 1 - اما عدم جواز رجوع الضامن علي المضمون عنه مع عدم
- 230 2 - و اما عدم جواز الرجوع مع عدم الاذن في الضمان
- 230 3 - و اما انه لا يرجع مع الابرء أو يرجع بما ادّٰى في فرض الابرء من
- 230 4 - و اما براءة ذمة المضمون عنه لو ابرأ المضمون له الضامن
- 230 5 - و اما ان ابراء المضمون عنه لغو فلان ذمته برئت بمجرد
- 230 6 - و اما ان عقد الضمان لازم
- 231 7 - و اما ان الضامن لو ادّٰى الدين من غير جنسه فلا يجوز له
- 232 كتاب الحوالة و الكفالة
- 232 اشارة
- 234 1 - حقيقة الحوالة
- 234 اشارة

- 1 - اما ان معني الحوالة ما ذكر 234
- 2 - و اما انها مشروعة 234
- 3 - و اما انها عقد 235
- 4 - و اما تقويمها بالمحيل و المحتال فقط 236
- 2 - شرائط الحوالة 236
- اشارة 236
- 1 - اما اعتبار الايجاب و القبول في الحوالة 237
- 2 - و اما اعتبار البلوغ و ما بعده في المحيل و المحال 237
- 3 - و اما انه في الحوالة علي البريء لا يلزم عدم الحجر في المحيل 237
- 4 - و اما ان المحال عليه لا يعتبر فيه شيء من ذلك 237
- 5 - و أما التمييز 238
- 6 - و اما اعتبار ثبوت الدين في ذمة المحيل 238
- 7 - و اما اعتبار تعين المحال 238
- 3 - من أحكام الحوالة 238
- اشارة 238
- 1 - اما اعتبار موافقة المحيل و المحال في صحة الحوالة 239
- 2 - و اما استثناء حالة الحوالة علي البريء أو بغير الجنس 239
- 3 - و اما وجه القول باعتبار رضا المحال عليه مطلقا 239
- 4 - و اما ان الحوالة لازمة 239
- 5 - و اما جواز اشتراط خيار الفسخ للثلاثة 240
- 6 - و اما براءة ذمة المحيل بمجرد تحقق الحوالة و لو مع عدم 240
- 7 - و اما انه بعد تحقق الحوالة تشتغل ذمة المحال عليه للمحال 240
- 8 - و اما براءة ذمة المحال عليه بقضاء المحيل للدين مع جواز 241
- 9 - و اما جواز الترامي و الدور في الحوالة 241
- 4 - الكفالة و بعض أحكامها 241

241 اشارة

241 1 - اما ان معني الكفالة ما ذكر

242 2 - و اما انها مشروعة

242 3 - و اما كراهتها

242 4 - و اما اعتبار الايجاب من الكفيل و القبول من المكفول له

243 5 - و اما جواز حبس الكفيل مع عدم احضاره المكفول في الموعد

243 6 - و اما جواز رجوع الكفيل علي المكفول لو كان اداؤه الدين

243 7 - و اما لزوم التثبيت بكل وسيلة مشروعة لاحضار المكفول

244 كتاب الصلح

244 اشارة

246 1 - حقيقة الصلح

246 اشارة

246 1 - اما ان حقيقة الصلح

246 2 - و اما انه عقد مشروع

247 3 - و اما انه عقد مستقل و لا يرجع الي غيره و ان افاد فائدته

248 2 - شرائط الصلح

248 اشارة

248 1 - اما اعتبار الايجاب و القبول في الصلح

248 2 - و اما اعتبار عدم استلزامه لتحليل الحرام و بالعكس

249 3 - و اما اعتبار البلوغ و ما بعده

249 3 - من أحكام الصلح

249 اشارة

250 1 - اما عدم اعتبار النزاع المسبق في صحة الصلح

250 2 - و اما جواز الاستعانة بالصلح في كل مورد

250 3 - و اما انه عقد لازم

- 4 - و اما اغتفار الجهالة - خلافا للمنسوب إلي الشافعي من اعتبار .. 250
- 5 - و اما ان الجهالة مغتفرة حتي مع امكان تحصيل العلم 251
- 6 - و اما الخلاف في جواز التصالح علي الجنس الربوي بممائله 251
- كتاب الوكالة 254
- اشارة 254
- 1 - حقيقة الوكالة 256
- اشارة 256
- 1 - اما ان الوكالة عقد 256
- 2 - و اما انها تسليط يتضمن ما ذكر 257
- 3 - و اما ان الوكالة امر يغير الاذن 257
- 4 - و اما مغايرة الوكالة للنيابة 258
- 5 - و اما مشروعية الوكالة 258
- 2 - من أحكام الوكالة 259
- اشارة 259
- 1 - اما اعتبار الايجاب و القبول في تحقق الوكالة 259
- 2 - و اما الاكتفاء بكل ما يدل عليهما 260
- 3 - و اما عدم جواز التعليق في الوكالة نفسها 260
- 4 - و اما جواز التعليق في متعلق الوكالة دونها 260
- 5 - و اما ان الوكالة من العقود الجائزة 260
- 6 - و اما صحة تصرف الوكيل مع عزل الموكل له ما دام لم يبلغه 261
- 7 - و اما لزوم الوكالة متي ما تحقق اشتراطها ضمن عقد لازم 261
- 8 - و اما القول بلزومها لو اشترط عدم العزل ضمن عقد الوكالة 262
- 9 - و اما انها تبطل بموت الموكل و جنونه و اغمائه 262
- 10 - و اما صحة الوكالة في خصوص ما لا يتعلق غرض الشارع 263
- 11 - و اما انه لا يحق للوكيل التعدي عما حدد له 263

- 263 12 - واما عدم ضمان الوكيل إذا لم يتعد ولم يفرض
- 263 13 - واما تقديم قول الوكيل عند الاختلاف في تحقق التعدي أو
- 264 كتاب المضاربة
- 264 اشارة
- 266 1 - حقيقة المضاربة
- 266 اشارة
- 266 1 - اما ان معني المضاربة ما ذكر
- 267 2 - واما مشروعيتها فمما لا كلام فيها.
- 268 2 - شرائط المضاربة
- 268 اشارة
- 268 1 - اما اعتبار الايجاب و القبول في المضاربة
- 269 2 - واما اعتبار البلوغ والعقل والاختيار في المالك والعامل
- 269 3 - واما اعتبار تعيين الحصص وعدم تردها
- 269 4 - واما اعتبار كون تعيين الحصص بالكسر المشاع
- 270 5 - واما اعتبار كون الربح بينهما وعدم صحة جعل قسم منه
- 270 6 - واما اعتبار كون الاسترباح بالتجارة
- 270 7 - واما اعتبار قدرة العامل علي المباشرة إذا كانت مقصودة
- 271 8 - واما اعتبار كون رأس المال عينا وليس بدین
- 272 3 - من أحكام المضاربة
- 272 اشارة
- 272 1 - اما ان عقد المضاربة جائز بالرغم من ان المناسب
- 273 2 - واما ان المضاربة تلزم باشتراط عدم الفسخ
- 273 3 - واما عدم تحمل العامل للخسارة الا مع التجاوز عن الحد المقرر له
- 274 4 - واما القول بصحة اشتراط تحمل الطرفين للخسارة
- 274 5 - واما عدم جواز خلط رأس المال بغيره

- 6 - و اما انه مع تحديد المالك لكيفية التصرف يلزم السير علي 274
- 7 - و اما جواز تعدد عامل المضاربة 275
- 8 - و اما بطلان المضاربة بموت العامل 275
- 9 - و اما ان الربح وقاية لرأس المال و يجبر التلف و الخسارة به 275
- 10 - و اما ان العامل يملك حصته من الربح بمجرد ظهوره 275
- كتاب القرض 278
- اشارة 278
- 1 - حقيقة القرض 280
- اشارة 280
- 1 - اما انه عقد 280
- 2 - و اما انه اخص من الدين 281
- 3 - و اما ان الاقراض مسنون بنحو السنة المؤكدة 281
- 2 - شرائط صحة القرض 282
- اشارة 282
- 1 - اما ان القبض شرط في صحة القرض 282
- 2 - و اما اعتبار البلوغ و العقل و القصد و الاختيار في المقرض 283
- 3 - و اما اعتبار كون المال المقترض عينا و عدم صحة القرض لو 283
- 4 - و اما اعتبار كون المال مما يصح تملكه 284
- 3 - ربا القرض 284
- اشارة 284
- 1 - اما حرمة الربا في الجملة فهي من ضروريات الإسلام 285
- 2 - و اما عدم الفرق بين كون الزيادة في الصفة أو القدر 286
- 3 - و اما جواز اشتراط المقرض دفع الاقل 287
- 4 - و اما عدم الفرق بين رجوع الزيادة إلي المقرض أو غيره 287
- 5 - و اما جواز قبول الزيادة من دون اشتراط 287

- 6 - و اما استحباب دفع الزيادة إذا لم يكن مع الاشتراط 287
- 7 - و اما القول بعدم جواز الاقراض بشرط ايجار الدار أو بيعها 287
- 8 - و اما ان الدين يجوز بيعه بمال موجود و ان كان أقل منه 288
- 9 - و اما عدم جواز تأجيل الدين الحال بزيادة 288
- 10 - و اما حرمة دفع الربا أيضا و كتابته و الشهادة عليه و ما تلا 289
- 4 - من أحكام القرض 289
- اشارة 289
- 1 - اما اعتبار الايجاب و القبول في تحقّق القرض 290
- 2 - و اما انه لا يلزم في المال المقترض كونه من النقود 290
- 3 - و اما عدم اعتبار تعيين مقدار المال المقترض و أوصافه 291
- 4 - و اما ان عقد القرض لازم، بمعنى عدم جواز الفسخ و الالزام 291
- 5 - و اما عدم جواز امتناع الدائن من قبض الدين مع عدم التأجيل 291
- 6 - و اما عدم لزوم تحديد القرض بأجل معين 292
- 7 - و اما ان المال المقترض يثبت مثله في ذمة المقترض إذا كان 293
- 8 - و اما جواز دفع القيمة عن المثلي في فرض تراضي الطرفين 293
- 9 - و اما عدم لزوم التسديد بالعين المقترضة نفسها لو كانت 293
- 10 - و اما لزوم تسديد الدين فوراً مع المطالبة عند فرض كونه 293
- 11 - و اما عدم جواز المطالبة مع الاعسار 294
- 12 - و اما حلول الاجل بموت المدين 294
- كتاب الرهن 296
- اشارة 296
- 1 - حقيقة الرهن 298
- اشارة 298
- 1 - اما ان الرهن عقد و يتضمن ما ذكر 298
- 2 - و اما صحة جعل الرهن وثيقة علي العين المضمونة أيضا - 298

298	3 - واما ان الرهن مشروع
299	2 - شرائط صحّة الرهن
299	اشارة
300	1 - اما اعتبار الايجاب و القبول في تحقّق الرهن
300	2 - واما اعتبار البلوغ و ما بعده
300	3 - واما اعتبار كون المرهون عينا
301	4 - واما اعتبار ثبوت الدين في الذمة حالة العقد
301	5 - واما اعتبار القبض في صحة الرهن
302	6 - واما عدم لزوم استدامة القبض
302	3 - من احكام الرهن
302	اشارة
303	1 - اما عدم لزوم كون العين المرهونة ملكا للراهن و كفاية اذن
303	2 - واما لزوم الرهن من طرف الراهن
303	3 - واما جواز تصرف مالك العين المرهونة فيها بما لا يتنافي
304	4 - واما عدم جواز تصرف المرتهن في العين المرهونة بشكل
304	5 - واما عدم جواز بيع المرتهن العين المرهونة إذا حلّ وقت
304	6 - واما انه يجوز للمرتهن البيع عند افتراض عدم الوكالة و الاذن
305	7 - واما عدم ضمان المرتهن تلف العين المرهونة و تعييبها من
308	كتاب الهبة
308	اشارة
310	1 - حقيقة الهبة
310	اشارة
310	1 - اما ان الهبة عقد
310	2 - واما تضمن عقدها التملك بلا عوض
311	3 - واما شرعيتها

2 - من أحكام الهبة 312

اشارة 312

1 - اما توقف تحقق الهبة علي الايجاب و القبول 312

2 - و اما انه يعتبر في الواهب البلوغ و ما بعده 312

3 - و اما توقف صحة الهبة علي القبض 313

4 - و اما اعتبار كون القبض باذن الواهب 314

5 - و اما عدم اعتبار القبض في هبة ما في يد الغير 314

6 - و اما عدم لزوم الفورية في القبض و لا كونه في مجلس العقد 314

7 - و اما عدم صحة هبة المنافع 314

8 - و اما جواز الرجوع في الهبة و كونها عقدا جائزا بالرغم من 315

9 - و اما استثناء الهبة المعوضة 315

10 - و اما عدم لزوم ان يكون الرجوع امام الموهوب له 316

كتاب الوديعة 318

اشارة 318

1 - حقيقة الوديعة 320

اشارة 320

1 - اما ان الوديعة عقد 320

2 - و اما انها عقد يتضمن ما ذكر 320

3 - و اما مشروعية عقد الوديعة 320

2 - من أحكام الوديعة 321

اشارة 321

1 - اما ان الوديعة لا تتحقق الا بالايجاب و القبول 322

2 - و اما وجوب ردّ الوديعة الي صاحبها عند مطالبته بها و لو لم 322

3 - و اما التقيد بعدم كون صاحب الوديعة غاصبا 323

4 - و اما ان عقد الوديعة جائز 323

- 5 - و اما عدم جواز الفسخ ما دام قد اشترط عدم الفسخ 323
- 6 - و اما ان الودعي يلزمه ايصال الوديعة الي صاحبها لو فسخ 324
- 7 - و اما وجوب التحفظ علي الوديعة بما هو المتعارف في أمثالها 324
- 8 - و اما عدم ضمان الودعي التلف و التعيب لو حصل من دون 324
- 9 - و اما عدم جواز التصرف في الوديعة 324
- 10 - و اما ان من أحسّ بامارات الموت يلزمه ما ذكر 324
- 11 - و اما انقسام الامانة الي مالكية و شرعية 325
- كتاب العارية 326
- اشارة 326
- 1 - حقيقة العارية 328
- اشارة 328
- 1 - اما ان العارية عقد 328
- 2 - و اما ان عقد العارية يتضمن التسليط المجاني علي الانتفاع 328
- 3 - و اما شرعية العارية 328
- 2 - من أحكام العارية 329
- اشارة 329
- 1 - اما توقف تحقق العارية علي الايجاب و القبول 330
- 2 - و اما انه لا يلزم في المعير ان يكون مالكا للعين بل يكفي كونه 330
- 3 - و اما اعتبار بقاء العين المعارة عند الانتفاع بها 330
- 4 - و اما عدم جواز الاستفادة من العين المعارة الا في حدود ما 330
- 5 - و اما عدم ضمان النقصان الطارئ علي العين بسبب 330
- 6 - و اما عدم ضمان المستعير للعين المعارة ما دام لم يحصل 330
- 7 - و اما ضمان عارية الذهب و الفضة 331
- 8 - و اما ان العارية جائزة من الطرفين بالرغم من كون المناسب 332
- كتاب السبق و الرّماية 334

- 334 اشارة
- 336 1 - حقيقة السبق و الرماية
- 336 اشارة
- 336 1 - اما ان السبق و الرماية عقدان
- 337 2 - و اما ان العقدين المذكورين يتضمنان ما ذكر
- 337 3 - و اما شرعية المعاملتين المذكورتين
- 338 2 - من أحكام السبق و الرماية
- 338 اشارة
- 338 1 - اما اعتبار الايجاب و القبول في تحقق السبق و الرماية
- 338 2 - و اما ان صحة هاتين المعاملتين لا تنحصر بالوسائل القديمة
- 339 3 - و اما المحلل فقد قيل باشتراط وجوده في حلية العقد
- 339 4 - و اما جواز ان يكون السبق من اجنبي أو بيت المال أو
- 339 5 - و اما ان العبرة في تحقق السبق علي الصلق العرفي
- 340 6 - و اما ان السبق و الرماية عقدان لازمان
- 342 كتاب النكاح
- 342 اشارة
- 344 1 - النكاح و بعض أحكامه
- 344 اشارة
- 345 1 - اما ان النكاح هو العقد المذكور و ليس الوطء
- 345 2 - و اما تحقق العقد الدائم و المنتقطع بالصيغة المتقدمة
- 345 3 - و اما اعتبار الايجاب و القبول اللفظيين و عدم الاكتفاء
- 347 4 - و اما تحقق عقد النكاح بلفظ الزواج و النكاح
- 347 5 - و اما الاشكال في تحقق الزواج الدائم بلفظ التمتع
- 348 6 - و اما اعتبار العربية في صيغة العقد
- 349 7 - و اما اعتبار الماضوية

- 8 - و اما عدم اعتبار تقدم الايجاب 349
- 9 - و اما الاكتفاء بالتوكيل 350
- 10 - و اما جواز تولي شخص واحد طرفي العقد 350
- 11 - و اما عدم جواز الاستمتاع للزوجين إلا بعد التأكد من اجراء 351
- 12 - و اما عدم اعتبار الاشهاد في النكاح 351
- 13 - و اما توقف صحة نكاح البكر علي موافقتها و موافقة وليها 351
- 2 - ولاية الابوين 352
- اشارة 352
- 1 - اما ثبوت الولاية للأب و الجد 352
- 2 - و اما اختصاص الولاية بالجد للأب دون ما لو كان للأُم 353
- 3 - و اما ولاية الاب و الجد علي المجنون 353
- 4 - و اما القول بعموم الولاية لحالة الجنون الطارئ بعد البلوغ 353
- 5 - و اما ولاية الابوين في زواج البكر 353
- اشارة 353
- و منشأ ذلك اختلاف الروايات، فانها علي طوائف نذكر من بينها: 353
- اشارة 353
- 1 - ما دلّ علي استقلال الاب. 355
- 2 - ما دلّ علي اعتبار اذن الاب من دون دلالة علي الاستقلالية، 355
- 3 - ما دلّ علي اعتبار اذن البكر وعدم استقلال الاب 355
- 4 - ما دلّ علي استقلال البكر في امرها. 355
- 5 - و اما ان المعتبر اذن ابيها أو جدّها 357
- 6 - و اما ان الثيب تستقل في امرها 357
- 3 - أحكام النظر 357
- اشارة 357
- 1 - اما حرمة النظر إلي بدن الاجنبية في الجملة و لو لم يكن بتلذذ 358

- 358 2 - و اما استثناء الوجه و الكفين لدي جمع من الفقهاء
- 361 3 - و اما نظر المرأة إلي الرجل
- 363 4 - و اما جواز النظر إلي بدن المماثل ما عدا العورة
- 363 5 - و اما استثناء مقام المعالجة
- 364 6 - و اما استثناء حالة الضرورة
- 364 7 - و اما استثناء النظر إلي القواعد من النساء
- 364 8 - و اما جواز النظر إلي الصبية غير البالغة
- 364 9 - و اما تكشف المرأة لدي غير البالغ
- 365 10 - و اما جواز النظر إلي المرأة التي يراد التزوج بها
- 366 11 - و اما نظر المرأة إلي من تريد الزواج به
- 366 12 - و اما جواز النظر إلي غير المسلمة
- 367 4 - من يحرم العقد عليها
- 367 اشارة
- 367 و منشأ التحريم اما النسب أو السبب
- 367 اشارة
- 367 1 - اما النسب
- 368 2 - و اما السبب
- 368 3 - و اما اتقسام الحرمة إلي دائمة و مؤقتة
- 369 مناشئ التحريم بالسبب
- 369 أ - المصاهرة و ما يلحق بها
- 369 اشارة
- 370 1 - اما حرمة زوجة كل من الابن و الاب علي الآخر
- 371 2 - و اما حرمة أم الزوجة مطلقا و بنتها بشرط الدخول
- 371 3 - و اما التعميم لام الزوجة و ان علت
- 372 4 - و اما عدم جواز العقد علي بنت الزوجة ما دام قد فرض العقد

- 5 - و اما حرمة اخت الزوجة جمعا لا عينا 372
- 6 - و اما حرمة العقد علي بنت اخ او اخت الزوجة الا باذنها و جواز 373
- 7 - و اما ان الزنا بالخالة يوجب تحريم بنتها 373
- 8 - و اما العممة 374
- 9 - و اما تعميم الحكم بحرمة الزواج بينت مطلق المزني بها 374
- 10 - و اما ان اللواط يوجب تحريم زواج اللانط باخت و بنت و ام 375
- 11 - و اما التقييد بما إذا كان الفاعل بالغا و المفعول به صبيا 376
- 12 - و اما التقييد بما إذا كان اللواط سابقا علي العقد 377
- 13 - و اما ان من تزوج بذات البعل تحرم عليه مؤبدا 377
- 14 - و اما ان من زني بذات البعل حرمت عليه مؤبدا 379
- 15 - و اما الزواج بالزانية 380
- ب - الرضاع 382
- إذا ارضعت امرأة ولد غيرها - ضمن الشروط الآتية - ترتبت علي ذلك 382
- اشارة 382
- 1 - اما ان الرضاع سبب لتحقق حرمة النكاح في الجملة 383
- 2 - و اما صيرورة المرضعة اما للرضيع و صاحب اللبن ابا له 384
- 3 - و اما قصر الحرمة علي ما إذا حصل بالرضاع احد العناوين 384
- 4 - و اما انه تحرم علي ابي المرتضع بنات المرضعة 386
- 5 - و اما انه يحرم علي ابي المرتضع بنات صاحب اللبن 387
- 6 - و اما حرمة الرضيع علي بنات صاحب اللبن ولادة أو رضاعا 388
- 7 - و اما زواج اولاد ابي المرتضع ببنات المرضعة ولادة و بنات 388
- 8 - و اما عدم الفرق في انتشار الحرمة بالرضاع بين كونه سابقا 389
- شروط الرضاع المحرم 389
- اشارة 389
- 1 - اما اعتبار كون اللبن من ولادة شرعية 390

- 2- و اما اعتبار صدق عنوان الارتضاع من الثدي 391
- 3- و اما اعتبار ان يكون الرضاع في الحولين للمرتضع 391
- 4- و اما اعتبار الخلووص 393
- 5- و اما اعتبار كون اللبن لفحل واحد 393
- 6- و اما تحديد مقدار الرضاع الناشر للحرمة 394
- 7- و اما اعتبار عدم الفصل برضاع آخر في التحديد الكمي 396
- 8- و اما ان الفصل بالاكل و الشرب لا يعتبر عدمه في التحديد 396
- ج - الاعتداد 397
- اشارة 397
- 1- اما حرمة الزواج بالمعتدة من الغير 397
- 2- و اما التقييد بما إذا كانت العدة من الغير 398
- 3- و اما الحرمة المؤبدة 399
- 4- و اما ان علم احدهما يكفي في تحقق الحرمة المؤبدة 401
- 5- و اما ان المقصود من العلم الموجب للحرمة المؤبدة هو العلم 402
- 6- و اما كفاية الدخول في الدبر في تحقق الحرمة المؤبدة 402
- 7- و اما ان من زني بالمرأة في عدتها الرجعية تحرم عليه مؤبدا 402
- 8- و اما قصر الحكم علي المعتدة الرجعية دون البائنة او المعتدة 403
- د - استيفاء العدد 404
- اشارة 404
- 1- اما عدم جواز الزيادة علي اربع 404
- 2- و اما التخصيص بالعقد الدائم 405
- 3- و اما عدم جواز الزواج بالخامسة لمن طلق واحدة رجعيا 405
- هـ - الكفر 406
- اشارة 406
- 1- اما عدم جواز زواج المسلم بالكافرة غير الكتابية 406

- 407 2- و اما الكتابية
- 409 3- و اما عدم جواز زواج المسلمة بالكافر
- 409 4- و اما عدم جواز الزواج بالكتابية علي المسلمة
- 410 و، ز - الاحرام و اللعان
- 410 اشارة
- 410 1- اما عدم جواز زواج المحرم حالة احرامه
- 410 2- و اما الحرمة المؤبدة
- 411 3- و اما ان من قذف زوجته بالزنا حدّ حدّ القذف الا إذا لاعنها
- 412 5- الزواج المؤقت
- 412 اشارة
- 413 1- اما شرعية الزواج المؤقت
- 417 2- و اما ان الزواج المؤقت لا يتحقق الا بايجاب و قبول لفظيين
- 417 3- و اما اعتبار تعيين المهر و الاجل في الزواج المؤقت و بطلانه
- 417 4- و اما وجوب الاعتداد بعد انتهاء الاجل او البراء من باقيه
- 419 5- و اما اعتبار كمال الحيضتين بعد انتهاء الاجل او البراء و عدم
- 419 6- و اما عدم لزوم الاعتداد علي الصغيرة و اليانس و التي لم
- 419 7- و اما ان عدلتها من الوفاة اربعة أشهر و عشرة ايام
- 420 8- و اما ان الولد ملحق بالزوج فهو من واضحات الفقه
- 421 9- و اما عدم استحقاق المتمتع بها للنفقة
- 422 10- و اما انه لا نوارث في الزواج المؤقت الا مع الاشتراط
- 424 11- و اما انه لا طلاق في عقد التمتع بل تحصل البيونة بانتهاء
- 424 12- و اما عدم جواز الزواج المؤقت بالكافرة غير الكتابية
- 424 13- و اما انه لا يصح تجديد العقد عليها قبل انتهاء الاجل
- 426 14- و اما جواز اشتراط عدم الوطء
- 427 6- أحكام النفقة

427 اشارة

427 1 - اما وجوب الانفاق علي الزوجة

428 2 - و اما التقيد بالزوجة الدائمة

428 3 - و اما ان المدار علي المتعارف

428 4 - و اما تعميم الانفاق الواجب لغير الطعام و الملابس

429 5 - و اما اعتبار ان لا تكون الزوجة متمردة علي القيام بالحقوق

429 6 - و اما عدم استحقاق النفقة مع الخروج عن تمرد

429 7 - و اما اشغال ذمة الزوج بالنفقة اذا لم يؤدها

430 7 - احكام القسمة

430 اشارة

430 1 - اما وجوب القسمة في مييت الليلي

432 2 - اما القول بعدم وجوب القسمة الا بالشروع

432 3 - و اما القول بوجوب القسمة ابتداء

433 4 - و اما الوجه في وجوب البقاء صبيحة ليلة المييت

434 5 - و اما عدم وجوب الموافعة

435 الإيقاعات

435 اشارة

437 كتب الطلاق

437 اشارة

439 1 - حقيقة الطلاق

439 اشارة

439 1 - اما ان الطلاق ايقاع متقوم بالايجاب بلا مدخلية للقبول في

439 2 - و اما انه مشروع

441 3 - و اما اختصاص مشروعية الطلاق بالزوج

442 4 - و اما موارد الاستثناء التي يصح فيها الطلاق من غير الزوج

- 442 2 - شروط صحة الطلاق
- 442 اشارة
- 443 1 - اما اعتبار البلوغ في المطلّق
- 445 2 - و اما عدم ثبوت الولاية لولي الصبي في الطلاق
- 446 3 - و اما عدم صحة الطلاق من المجنون
- 446 4 - و اما انه يجوز الطلاق لولي المجنون
- 447 5 - و اما تقييد جواز طلاق ولي المجنون بما اذا كان - المجنون -
- 447 6 - و اما تقييد جواز طلاق ولي المجنون بالمصلحة
- 447 7 - و اما عدم صحة طلاق المكره
- 448 8 - و اما اعتبار القصد
- 448 9 - و اما التجيز
- 449 10 - و اما اعتبار تعيين المطلقة
- 450 11 - و اما اعتبار ان تكون الزوجة طاهرة بطهر لم يواقعها فيه
- 451 12 - و اما استثناء حالة غيبة المطلّق
- 452 13 - و اما تعميم الحكم بالصحة لما اذا اتضح عدم الطهر واقعا
- 452 14 - و اما اعتبار عدم امكان معرفة حالها و مضي فترة يعلم فيها
- 452 15 - و اما الاحتياط باعتبار مضي شهر
- 453 16 - و اما احوطية اعتبار مضي ثلاثة أشهر
- 453 17 - و اما ان الحاضر بحكم الغائب اذا لم يمكنه معرفة حال
- 454 18 - و اما استثناء الحامل المستبين حملها
- 454 19 - و اما استثناء غير المدخول بها و الصغيرة و اليانس
- 454 20 - و اما ان المسترابة يجوز طلاقها بعد مضي ثلاثة أشهر من
- 455 21 - و اما انه لا طلاق في عقد التمتع
- 457 22 - و اما تحقق الفرقة بهبة ما تبقي من المدة
- 457 23 - و اما اعتبار الاشهاد في الطلاق

- 458 24 - واما عدم اعتبار تشخيص المطلقة بنحو تصحح الشهادة ..
- 459 25 - واما ان صيغة الطلاق ما تقدم ..
- 460 26 - واما اجزاء الترجمة عند تعذر النطق بالعربية ..
- 461 3 - أقسام الطلاق ..
- 461 اشارة ..
- 463 1 - اما التقسيم الي البدعي والسني ..
- 463 2 - واما ان البدعي باطل ..
- 464 3 - واما الطلاق ثلاثا بدون تخلل رجعة ..
- 467 4 - واما ان طلاق الصغيرة والبائس وغير المدخول بها بانن ..
- 467 5 - واما ان المطلقة بالطلاق الثالث تحرم علي زوجها حتي ..
- 467 6 - واما تعميم مفارقة المحلل لما اذا كانت بالموت ..
- 468 7 - واما ان الطلاق في الخلع والمباراة بانن ما دام لم ترجع ..
- 468 8 - واما ان طلاق الممتع من الانفاق و الطلاق بانن ..
- 469 9 - واما ان الطلاق الرجعي هو ما جاز للزوج الرجوع فيه سواء ..
- 469 10 - واما تفسير الطلاق العدي بما ذكر ..
- 470 11 - واما الحرمة المؤبدة بالطلاق التاسع العدي ..
- 471 12 - واما الحرمة في كل طلاق ثالث - بأي شكل اتفق - حتي تنكح ..
- 472 13 - واما الحرمة المؤبدة في الطلاق التاسع اذا لم يكن عدياً ..
- 472 14 - واما الاطلاقات الثلاثة للطلاق السني ..
- 473 4 - أحكام العدة ..
- 473 اشارة ..
- 475 1 - اما وجوب العدة في الجملة ..
- 475 2 - واما تفسير العدة بما تقدم ..
- 475 3 - واما وجوب العدة علي المطلقة ..
- 476 4 - واما الصغيرة والبائس ..

- 479 5 - واما ان العدة ثلاثة فروع
- 480 6 - واما انه يكفي في الطهر الاول مسماه
- 481 7 - واما ان عدة المسترابة ثلاثة اشهر
- 481 8 - واما ان عدة الحامل تنتهي بوضع الحمل
- 482 9 - واما ان عدة المتوفى زوجها اربعة اشهر وعشرة ايام
- 483 10 - واما التعميم بلحاظ جميع الحالات المتقدمة
- 483 11 - واما ان عدة الحامل المتوفى عنها زوجها أبعد الاجلين
- 484 12 - واما الحداد
- 485 13 - واما جواز ما لا يعدّ زينة
- 485 14 - واما تقبيد وجوب الحداد بما اذا كانت الزوجة كبيرة عاقلة
- 485 15 - واما ثبوت العدة في وطء الشبهة
- 486 16 - واما وجوب العدة علي المفسوخ عقدها بعد الدخول بفسخ او
- 487 17 - واما ان عدة المتمتع بها حيضتان كاملتان بعد انتهاء الاجل
- 487 18 - واما ان عدتها من الوفاة اذا كانت حاملا بعد الاجلين
- 487 5 - من أحكام الخلع والمباراة
- 487 اشارة
- 488 1 - اما ان الخلع يتميز عن الطلاق بأمرين - الفدية من الزوجة
- 489 2 - واما انه مشروع
- 489 3 - واما ان الخلع طلاق وليس فسخا
- 490 4 - واما اعتبار اجتماع شرائط صحة الطلاق في الخلع - من
- 490 5 - واما اعتبار كراهة الزوجة لزوجها في تحقق الخلع
- 491 6 - واما اعتبار عدم كراهة الزوج لزوجته
- 491 7 - واما اعتبار بذل الزوجة للفداء
- 492 8 - واما اعتبار ان يكون بذل الفداء عن طيب نفس الزوجة
- 492 9 - واما ان الصيغة الخاصة «خلعتك او انت او هي مختلعة علي

- 10 - واما الاكتفاء بصيغة «هي او انت او فلانة طالق علي عوض» 492
- 11 - واما الجمع باتباع الخلع بالطلاق 492
- 12 - واما اعتبار عدم الفصل بين إنشاء الفدية و الطلاق 493
- 13 - واما انه يجوز في الفدية ان تكون بقدر المهر او اكثر او أقل 494
- 14 - واما ان الخلع طلاق بانن 495
- 15 - واما ان المباراة كالخلع في جميع الاحكام الا في الاحكام 495
- 16 - واما انه يعتبر في المباراة الكراهة من كلا الطرفين 496
- 17 - واما انه يعتبر في المباراة ان لا تكون الفدية اكثر من المهر 496
- 18 - واما انه لا تصح المباراة بلفظ «بارأتك علي كذا» من دون 497
- 6 - من أحكام الطلاق 498
- اشارة 498
- 1 - اما ان غير الامامي اذا طلق زوجته بطلاق صحيح في مذهبه 500
- 2 - واما ان الزوجة الامامية يجوز لها التزوج بالغير اذا طلقها 501
- 3 - واما انه يجوز للزوج الرجوع علي زوجته في العدة الرجعية 502
- 4 - واما ان الرجوع يتحقق بالفعل أيضا ولا ينحصر بالقول 502
- 5 - واما تحقق الرجوع بالوطء و ان لم يقصد به الرجوع 502
- 6 - واما التقييل و اللمس بشهوة من دون قصد الرجوع بذلك 503
- 7 - واما ان المطلقة الرجعية زوجة حقيقة أو حكما 503
- 8 - واما ان المطلقة باننا ليست زوجة و لا تترتب عليها احكامها 504
- 9 - واما انه لا يجوز اخراجها من دار سكاها عند الطلاق 504
- 10 - واما وجوب الانفاق علي الزوجة 505
- 11 - واما انه مع امتناع الزوج من الانفاق يحق للزوجة ان ترفع 506
- 12 - واما ان طلاق الحاكم يقع باننا في حالة امتناع الزوج من 507
- 13 - واما ان زوجة المفقود خبره يلزمها الصبر و ليس لها 507
- 14 - واما انه يجوز للحاكم الطلاق اذا ثبت له هجران الزوج 507

15 - واما انه اذا لم يعلم بحياة الزوج فيجوز للحاكم اجراء الطلاق 507

16 - واما ان عدتها هي بمقدار عدة الوفاة و ان لم تكن هي عدة 508

17 - واما انه يجوز لزوجة الغائب اذا حصل لها العلم بموت 508

18 - واما جواز اشتراط الزوجة ضمن عقد النكاح الوكالة عن 509

كتاب الطَّهَار 511

اشارة 511

1 - الطَّهَار و حكمه 513

اشارة 513

1 - اما ان الطَّهَار ما ذكر فهو من واضحات الفقه و اللغة. 514

2 - واما انه يقع بصيغة «انت علي كظهر أُمي» 514

3 - واما انه حرام فهو من المسلمات 514

4 - واما انه يحرم بالطَّهَار و طء الزوجة قبل التَّكْفِير 516

5 - واما انه لا يجب التَّكْفِير بمجرد التلَفْظ بالطَّهَار من دون ارادة 516

6 - واما تعدد الكفارة بالوطء قبل التَّكْفِير و عدم تعددها عند 516

7 - واما ان الزوجة اذا صبرت فلا اعتراض 516

8 - واما ان الكفارة ما تقدم 517

2 - شرائط الطَّهَار 518

اشارة 518

1 - اما انه يلزم في تحقق الطَّهَار حضور شاهدين عادلين 518

2 - واما اعتبار بلوغ الزوج المظاهر وعقله 519

3 - واما اعتبار الاختيار 519

4 - واما اعتبار الدخول بالزوجة في تحقق الطَّهَار بها 520

5 - واما اعتبار وقوعه في طهر لم يواقع فيه 521

6 - واما انه لا يصح الطَّهَار اذا قصد به الاضرار او الزجر 522

كتاب الإيلاء 523

523 اشارة

525 1 - ما هو الايلاء؟

525 اشارة

525 1 - اما ان الايلاء ما ذكر

526 2 - و اما اعتبار دوام العقد

527 3 - و اما اشتراط الدخول

527 4 - و اما اعتبار ان تكون الفترة المحلوف علي ترك الوطء فيها

528 5 - و اما اعتبار ان يكون الحلف علي ترك الوطء بقصد الاضرار

528 6 - و اما انه عند فقدان بعض الشرائط المتقدمة لا ينعقد ايلاء

528 2 - من احكام الايلاء

528 اشارة

529 1 - اما انه لا ينعقد الايلاء الا اذا كان الحلف بالله سبحانه

529 2 - و اما انه اذا تم الايلاء وصبرت الزوجة فلا اعتراض

529 3 - و اما ان الحاكم يضيق عليه في المأكل والمشرب اذا امتنع من الامرين في نهاية المدة

530 4 - و اما بداية المدة

531 5 - و اما لزوم الكفارة

532 6 - و اما عدم ثبوت الكفارة اذا كانت اليمين محدّدة بفترة وتحققت

533 كتاب اللعان

533 اشارة

535 1 - ما هو اللعان؟

535 اشارة

536 1 - اما ان اللعان ما ذكر

537 2 - و اما ثبوت اللعان في مورد القذف

538 3 - و اما انه لا يجوز القذف من دون يقين

539 4 - و اما ان القاذف يحّد حدّ القذف - ثمانين جلدة

- 539 5 - و اما اندفاع الحدّ عن القاذف بلعانه
- 540 6 - و اما ثبوت اللعان في مورد نفي الولد
- 540 7 - و اما عدم جواز نفي الولد في حالة امكان الانتساب
- 541 8 - و اما جواز نفيه عند عدم امكان الانتساب
- 541 9 - و اما وجوب نفيه في حالة الجزم بعدم الانتساب
- 541 10 - و اما انه لا ينتفي الولد شرعا في مرحلة الظاهر من دون
- 542 2 - كيفية اللعان
- 542 اشارة
- 542 1 - اما كيفية اللعان بالشكل المتقدم
- 542 2 - و اما انه بلعان الزوج يثبت الحد علي الزوجة و بإمكانها دفعه
- 542 3 - و اما تقييد نفي الولد بما اذا استلزم القذف
- 543 3 - من أحكام اللعان
- 543 اشارة
- 544 1 - اما ترتب انفساخ العقد و الحرمة المؤبدة علي مطلق اللعان
- 544 2 - و اما سقوط الحدّ عن الرجل و المرأة بلعانهما
- 545 3 - و اما انه اذا تلاعنا لنفي الولد ترتب عليه اتفائه عنه دونها
- 545 4 - و اما عدم التوارث بين الولد و الرجل و من يتسبب بواسطته
- 545 5 - و اما انه اذا لاعن الرجل فقط انتفي الولد عنه أيضا
- 546 6 - و اما ان نفي الولد لا يلزم كونه ابن زنا و من ثمّ لا يجوز رمي
- 546 7 - و اما ان الزوج لا يتمكن من اللعان عند القذف الا اذا ادعي
- 546 8 - و اما عدم ثبوت اللعان في مورد قذف الزوجة الخرساء أو
- 547 9 - و اما عدم ثبوت اللعان لنفي الولد مع فرض التمتع بالزوجة أو
- 547 10 - و اما اعتبار ان يكون اللعان عند الحاكم
- 548 11 - و اما انه يعتبر قيام المتلاعنين حالة ادائهما اللعان
- 549 كتاب اليمين و التّدر و العهد

- 549 اشارة
- 551 1 - اليمين المبحوث عنها
- 551 اشارة
- 551 1 - اليمين لها أقسام ثلاثة:
- 552 2 - و اما انه يجب الوفاء باليمين التي يقصد بها تأكيد ما التزمه
- 552 3 - و اما وجوب الكفارة في مخالفة اليمين من القسم الاول
- 553 4 - و اما ان اليمين لتأكيد الاخبار لا كفارة فيها
- 554 5 - و اما استثناء حالة دفع الظلم
- 554 6 - و اما عدم ترتب اثر - من الكفارة و الاثم - علي يمين المناشدة
- 555 2 - من أحكام اليمين
- 555 اشارة
- 556 1 - اما ان اليمين لا تتعقد اذا كانت متعلقة بغير الله سبحانه
- 557 2 - و اما انه لا فرق في الحلف بالله سبحانه بين لفظ الجلالة
- 558 3 - و اما اجزاء الترجمة
- 558 4 - و اما انه لا تحرم اليمين المتعلقة بغيره سبحانه - كالأنبياء
- 558 5 - و اما ان صيغة اليمين ما تقدم
- 559 6 - و اما عدم انعقاد اليمين بمجرد النية من دون تلفظ بالصيغة
- 559 7 - و اما انه يعتبر الرجحان في متعلق اليمين و لو بلحاظ
- 560 8 - و اما انه اذا صار متعلق اليمين مرجوحا بعد اليمين انحلت
- 560 9 - و اما عدم انعقاد يمين الولد و الزوجة مع نهي الوالد او الزوج
- 560 10 - و اما التعميم لحالة الردع في مرحلة البقاء
- 560 11 - و اما ان من حلف علي صوم شهر يتبع في لزوم الوصل
- 561 12 - و اما ان الحنث الموجب للكفارة هو المخالفة عن عمد
- 561 13 - و اما ان من خالف عن عمد لا يجب عليه الوفاء بعد ذلك
- 561 14 - و اما ان كفارة حنث اليمين ما تقدم

3 - من أحكام النذر 562

اشارة 562

1 - اما ان النذر هو الالتزام المتقدم 563

2 - و اما ان صبغته ما تقدم 564

3 - و اما عدم انعقاده بمجرد النية 564

4 - و اما انعقاد النذر اذا لم يكن معلقا علي شرط - المعبر عنه 564

5 - و اما الخلاف في اجزاء الترجمة 565

6 - و اما اعتبار رجحان متعلق النذر بنحو يعدّ فعله طاعة لله 565

7 - و اما انه ينحل اذا زال الرجحان 565

8 - و اما عدم اعتبار اذن الوالد مسبقا في صحة نذر الولد 565

9 - و اما عدم انعقاد نذر الزوجة اذا كان منافيا لحق الزوج في 566

10 - و اما ان من نذر صوم يوم معين و اراد السفر جاز له ذلك 566

11 - و اما ان من نذر صوم شهر فجاوز الفصل او لزوم الوصل 567

12 - و اما ان من نذر مالا للنبي صَلَّى الله عليه و آله او غيره يتبع في كيفية 567

13 - و اما كفارة حنث النذر فقبل: انها كفارة مخالفة اليمين. 567

4 - من أحكام العهد 568

اشارة 568

1 - اما ان العهد ما ذكر 568

2 - و اما ترتب الكفارة علي مخالفة العهد 569

3 - و اما عدم انعقاده بمجرد القصد القلبي 569

4 - و اما عدم اعتبار كون متعلق العهد طاعة كما هو معتبر في 570

5 - و اما ان كفارة مخالفة العهد ما تقدم 570

كتاب الوصية 571

اشارة 571

1 - الوصية بقسميها 573

- 573 اشارة
- 574 1 - اما ان الوصية ما تقدم
- 574 2 - و اما انها مشروعة
- 575 3 - و اما انها مشروعة بكلا قسميها
- 575 4 - و اما انها مشروعة بنحو الاستحباب
- 575 5 - و اما انها قد تجب
- 575 2 - الوصية ايقاع
- 575 اشارة
- 576 1 - اما ان صحة الوصية العهدية لا تتوقف علي القبول
- 576 2 - و اما جواز الرد بالشروط الثلاثة المتقدمة
- 577 3 - و اما انه مع ردّ الوصي في مورد جوازه لا يلزم بطلان الوصية
- 577 4 - و اما وجوب قبول الولد للوصية اذا دعاه والده الي ذلك
- 577 5 - و اما اعتبار المشهور للقبول في الوصية التمليلية
- 579 3 - من احكام الوصي
- 579 اشارة
- 580 1 - اما تعيين من عينه الموصي لتنفيذ الوصية
- 580 2 - و اما ان النوبة تصل الي الحاكم الشرعي مع عدم تعيين احد
- 581 3 - و اما ان الحاكم الشرعي بالخيار بين تصديه بنفسه او تعيين
- 581 4 - و اما ان دور الوصي في الوصية العهدية هو البذل لا اكثر
- 581 5 - و اما ان الوصي اذا ظهرت منه خيانة ضم الحاكم اليه من يمنعه
- 581 6 - و اما انه اذا مات الوصي قبل تنفيذ الوصية نصب الحاكم غيره
- 581 7 - و اما انه يجوز لكل من الاب و الجد نصب القيم علي اطفالهما بعد الوفاة
- 582 8 - و اما ان ولايتهما تختص بحالة فقد الآخر
- 583 9 - و اما ان وظيفة القيم ما تقدم
- 583 10 - و اما نصب الناظر بأحد المعنيين المتقدمين

- 11 - واما لزوم الاقتصار علي محل الاذن مع تحديد الولاية بجهة 583
- 12 - واما انه يجوز للقيم علي اليتيم اخذ اجرة مثل عمله ان كانت له 583
- 13 - واما الاحتياط باعتبار ان لا يكون مال اليتيم قليلا 584
- 14 - واما انه يجوز للوصي غير القيم علي اليتيم اخذ اجرة المثل 584
- 4 - من أحكام الوصية 585
- اشارة 585
- 1 - اما انعقاد ايجاب الوصية بكل ما يدل عليه 586
- 2 - واما تضيق الواجبات الموسعة عند ظهور امارات الموت 586
- 3 - واما وجوب الايصاء بها عند عدم التمكن من مباشرة الامتثال 587
- 4 - واما وجوب ردّ أموال الناس من الوديعة وغيرها عند ظهور 587
- 5 - واما ان الدين يجب ادائها عند ظهور امارات الموت اذا كانت 588
- 6 - واما انه لا تصح الوصية الا بمقدار الثلث 588
- 7 - واما نفوذها مع اجازة الورثة بعد الوفاة 590
- 8 - واما الاجتزاء باجازة الورثة حال حياة مورثهم 590
- 9 - واما عدم امكان التراجع عن الاجازة 590
- 10 - واما انه اذا اجاز بعض الورثة دون بعض نفذت في حق 590
- 11 - واما ان المدار في الثلث علي ملاحظته حين الوفاة 590
- 12 - واما ان الواجبات المالية تخرج من الاصل وان لم يوص بها 591
- 13 - واما الواجبات غير المالية - كالصلاة وغيرها 591
- 14 - واما انه اذا تعددت الوصايا وبدأ باخراج ما يخرج من الاصل 593
- 15 - واما انه يخرج الجميع من الثلث مع طلبه لذلك 593
- كتاب الوقف 595
- اشارة 595
- 1 - حقيقة الوقف 597
- اشارة 597

- 1 - اما ان الوقف ما تقدم 597
- 2 - و اما انه قد يعبر عنه بالصدقة 598
- 3 - و اما ان الوقف مشروع 598
- 4 - و اما ان الوقف يعتبر فيه القبول 599
- 5 - و اما ان الوقف يشتمل تارة علي موقوف عليه و اخري لا يشتمل 600
- 2 - من شرائط الوقف 601
- اشارة 601
- 1 - اما انه يعتبر في صحة الوقف ابرازه بما يدل عليه و لا تكفي 602
- 2 - و اما تحقق الوقف بالمعاطاة و غيرها 602
- 3 - و اما اعتبار قصد القرية في صحة الوقف 602
- 4 - و اما القبض 603
- 5 - و اما تقييد اعتبار القبض بما اذا كان الوقف خاصا 605
- 6 - و اما انه لا تلزم الفورية في القبض 605
- 7 - و اما كفاية قبض الطبقة الاولى في الوقف الذري 605
- 8 - و اما اعتبار التأيد في تحقق الوقف 606
- 9 - و اما وجه القول بطلان الوقف المقيد بمدة و عدم وقوعه حسبا 606
- 10 - و اما الوقف علي من ينقرض فقبل بصحته و قفا. و قيل بصحته 607
- 11 - و اما اعتبار ان تكون العين الموقوفة قابلة للانتفاع بها مع 607
- 12 - و اما اعتبار وجود الموقوف عليه 607
- 3 - من احكام الوقف 608
- اشارة 608
- 1 - اما انه لا يجوز للواقف تغيير كيفية الوقف بعد تماميته 609
- 2 - و اما ثبوت التولية للحاكم الشرعي اذا لم تجعل لغيره 609
- 3 - و اما استحقاق المتولي للأجرة 610
- 4 - و اما ان الموقوف علي المشهد او احد المعصومين عليهم السلام يصرف 610

- 5- و اما ان الموقوف علي المسجد يصرف في مسجد آخر ان امكن 610
- 6- و اما عدم جواز بيع العين الموقوفة في غير موارد الاستثناء 610
- 7- و اما جواز بيع العين الموقوفة في المورد الاول 611
- 8- و اما جواز البيع في المورد الثاني 611
- 9- و اما الجواز في المورد الثالث 611
- 10- و اما الجواز في المورد الرابع 612
- 11- و اما الجواز في المورد الخامس 612
- 12- و اما ان المساجد لا يجوز بيعها مطلقا 612
- 13- و اما لزوم كون المتصدي للبيع في الموارد المتقدمة 612
- 14- و اما لزوم صرف الثمن عند بيع العين في شراء عين اخري بالنحو المتقدم 612
- 4- من أحكام الحبس 613
- اشارة 613
- 1- اما ان الحبس ما ذكر 613
- 2- و اما انه مشروع 614
- 3- و اما تحقق الحبس بلفظ حبست 614
- 4- و اما التفرقة بين الحبس و اخواته بما تقدم 615
- 5- و اما ان السكني و اخواتها عقود تحتاج الي قبول 615
- 6- و اما اشتراط القبض في تحقق اللزوم 615
- 5- من احكام الصدقة بالمعني الاخص 616
- اشارة 616
- 1- اما استحباب الصدقة بمعناها الاخص 616
- 2- و اما ان الصدقة عقد تحتاج الي ايجاب و قبول 617
- 3- و اما اعتبار قصد القرية فيها 618
- 4- و اما جواز صدقة غير الهاشمي للهاشمي 618
- 5- و اما جواز الصدقة علي الغني 618

619	كتاب الجعالة
619	اشارة
621	1 - حقيقة الجعالة
621	اشارة
621	1 - اما ان الجعالة ما تقدم
622	2 - و اما شرعية الجعالة
623	3 - و اما ان الايجاب يجوز ان يكون عاما تارة و خاصا اخري
623	4 - و اما الفوارق بين الاجارة و الجعالة
623	2 - من أحكام الجعالة
623	اشارة
624	1 - اما جواز الجهل بعوضي الجعالة
624	2 - و اما اعتبار ان لا يكون الجهل بالعوضين بشكل كامل
625	3 - و اما انه مع بطلان الجعالة يستحق العامل اجرة المثل
625	4 - و اما جواز التراجع عن الجعالة قبل شروع العامل
625	5 - و اما عدم لزوم اتمام العامل للعمل بعد شروعه فيه
625	6 - و اما عدم استحقاق العامل للجعل الا بعد اتمام العمل
626	7 - و اما عدم استحقاق العامل للجعل اذا اتى بالعمل متبرعا او
627	كتاب الشفعة
627	اشارة
629	1 - حقيقة الشفعة
629	اشارة
629	1 - اما ان الشفعة هي ما تقدم
629	2 - و اما انها مشروعة
630	2 - من أحكام الشفعة
630	اشارة

- 1 - اما ان اعمال حق الشفعة يتحقق بكل ما يدل علي ذلك من قول 631
- 2 - و اما انه يشترط في ثبوت حق الشفعة عدم فرز الحصص 631
- 3 - و اما اعتبار ان تكون العين مشتركة بين اثنين لا اكثر 632
- 4 - و اما اعتبار تسديد مقدار الثمن عقيب اعمال الحق 632
- 5 - و اما ان الشفيع لا يمكنه تملك الحصة الا بدفع مقدار الثمن 633
- 6 - و اما انه لا يفرق بين ان يكون مقدار الثمن مساويا للقيمة 634
- 7 - و اما ثبوت الشفعة في الاعيان غير المنقولة القابلة للقسمة 634
- 8 - و اما اعتبار الفورية في اعمال حق الشفعة 636
- 9 - و اما عدم ثبوت الشفعة بالجوار 636
- 10 - و اما قبول حق الشفعة للإسقاط بدون عوض او معه 637
- تعريف مركز 638

سرشناسه: ايرواني، باقر، 1328 -

عنوان و نام پديد آور: دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي علي مذهب أهل البيت عليهم السلام/ باقر الايرواني.

وضعيت و يراست: [ويراست ؟].

مشخصات نشر: قم : مركز المصطفي (ص) العالمي للترجمة والنشر، 1434 ق.= 1392.

مشخصات ظاهري: 3 ج.

فروست: مركز المصطفي صلي الله عليه و آله العالمي للدراسات والتحقيق؛ 16.

شابك: دوره 978-964-195-706-5 ؛ ؛ 100000 ريال: ج. 1 978-964-195-707-2 ؛ ؛ ج. 2 978-964-195-708-9 ؛ ؛

55000 ريال (ج. 2، چاپ هشتم) ؛ ؛ ج. 3 978-964-195-709-6 ؛ ؛ 700000 ريال (ج. 3، چاپ هشتم) ؛ ؛ ج. 4 978-964-

195-710-2 ؛ ؛ 85000 ريال (ج. 4، چاپ هشتم)

وضعيت فهرست نويسي: فاپا

يادداشت: عربي.

يادداشت: كتابنامه.

موضوع: فقه جعفري -- قرن 14

رده بندي كنگره: 5/183/BP1 الف/86د4 1392

رده بندي ديويي: 297/342

شماره كتابشناسي ملي: 3202203

ص: 1

مقدمة المؤلف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام علي أشرف الخلق وأكرمهم محمد وعلي أهل بيته الطيبين الطاهرين.

وبعد هذا هو الجزء الثاني من كتابنا دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي علي المذهب الجعفري، أسأله تعالي ان ينفع به اخواننا الاعزاء طلاب الحوزات العلمية و ان يجعله بذرة لبرمجة كتبنا الدراسية تنضح بجهود بقية اخواني الافاضل الاعزاء.

فشكرا لك اللهم علي نعمك وآلائك و حمدا لك علي توفيقك و عنايتك فكم يا رب من صعب ذل بلطفك، و كم من عسير تيسر بجودك، انك جواد كريم رءوف رحيم، و ما توفيقني الا بك عليك توكلت و إليك انيب.

باقر الايرواني

18 /ربيع الاول/ 1419 هـ

قم المشرفة

ص: 7

العقود

اشارة

1 - البيع

2 - الاجارة

3 - المزارعة

4 - المساقاة

5 - الشركة

6 - الضمان

7 - الحوالة و الكفالة

8 - الصلح

9 - الوكالة

10 - المضاربة

11 - القرض

12 - الرهن

13 - الهبة

14 - الوديعة

15 - العارية

16 - السبق و الرماية

17 - النكاح

ص: 9

- 1 - شروط عقد البيع
- 2 - شروط المتعاقدين
- 3 - شروط العوضين
- 4 - الخيارات
- 5 - الربا
- 6 - بيع الصرف
- 7 - بيع السلف
- 8 - محرمات في الشريعة

إشارة

يعتبر في البيع الإيجاب و القبول بكلّ ما يدلّ عليهما و لو لم يكن صريحا أو كان ملحونا أو ليس بعربي و لا بماض.

و يعتبر التطابق بين الايجاب و القبول دون الموالاة بينهما أو تأخر القبول.

و ذهب المشهور إلي اعتبار التنجيز.

و لا يعتبر اللفظ في تحقّق البيع و تكفي المعاطاة. و الملك الحاصل بها لازم.

و يعتبر فيها ما يعتبر في العقد اللفظي من شروط العقد و العوضين و المتعاقدين.

و تثبت فيها الخيارات كما تثبت فيه.

و هي تجري في جميع المعاملات إلا ما خرج بالدليل كالنكاح و الطلاق و النذر و اليمين.

و المستند في ذلك:

1 - أمّا البيع

ففي تحديد حقيقته خلاف بالرغم من بدايتها إجمالا

ص: 13

وعدم ثبوت حقيقة شرعية أو متشرعية له.

وقد نقل الشيخ الأعظم عدّة آراء في ذلك لعلّ أجودها ما اختاره هو قدّس سرّه من أنّه تمليك عين بعوض(1).

والإشكال عليه بشموله للشراء والاستيجار - حيث ان المشتري بقبوله يملك ماله بعوض و مستأجر العين يملك الاجرة بعوض - مدفوع بما ذكره الشيخ نفسه من ان ذلك مدلول تضميني وإلّا فالشراء والاستيجار يدلان مباشرة علي التملك بعوض.

وبعد هذا التحديد لا تبقي حاجة لما ذكره غير واحد من المتأخرين من ان البيع «نقل المال بعوض بما ان العوض مال لا لخصوصية فيه، و الاشراء هو إعطاء الثمن بإزاء ما للمشتري غرض فيه بخصوصه في شخص المعاملة»(2).

ان إضافة التقييد المذكور وجيهة لو لم تتمكّن من دفع الإشكال السابق بما تقدّم وإلّا فلا حاجة إليها.

علي ان ذكر المال يستلزم اعتبار مالية المبيع في صدق البيع لغة و هو بلا ملزم. إضافة إلي شمول التعريف للإجارة و عدم اختصاصه بالبيع.

2 - و اما اعتبار الايجاب و القبول في البيع

فلأنّه عقد و ليس إيقاعا، و هو متقوم بهما.

3 - و اما الاكتفاء بكل ما يدلّ عليهما و لو لم يكن صريحا

فلأنّه بعد ظهور اللفظ في البيع و صدق عنوانه - و لو كان الاستعمال بنحو

ص: 14

1- كتاب المكاسب 1:239، انتشارات اسماعيليان.

2- منهاج الصالحين للسيد الخوني 2:13 الطبعة 28 و تعليقة الشهيد الصدر علي منهاج الصالحين 2:20.

المجاز أو الكناية - يشملها إطلاق أدلة الامضاء كقوله تعالى: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (1).

ومع الأصل اللفظي المذكور لا تصل النوبة إلي الأصل العملي المقتضي للاقتصار علي القدر المتيقن لاستصحاب عدم ترتب الأثر عند الانشاء بغيره.

لا يقال: ان الأصل العملي يقتضي - كالأصل اللفظي - نفي شرطية ما يشك في شرطيته، فإنّ حديث البراءة يعمّ الأحكام الوضعية أيضا حيث طبّقه الامام عليه السلام لنفي الصّحة عن الحلف المكره عليه، كما في صحيحة صفوان و البزنطي جميعا عن أبي الحسن عليه السلام (2). وارتفاع الشرطية المشكوكة بالبراءة لا- يبقى مجال للتمسك بأصالة عدم ترتب الأثر لأنّ الشك فيه مسبب عن الشك في الشرطية.

فإنّه يقال: إنّ الشك في الشرطية يرجع في روجه إلي الشك في ترتب الأثر علي الفاقد للقيّد المحتمل اعتباره، و الأصل في مثله لا يقتضي البراءة بل عدم ترتب الأثر.

وبكلمة اخري: ان مرجع الشك في الشرطية إلي علم وشك، أي إلي علم بأن الواجد للقيّد يترتب عليه الأثر جزما، و شك في ترتبه علي الفاقد، و عند الشك في ترتب الأثر لا معني للبراءة.

وبهذا يتّضح الفارق بين المقام و مسألة الشك بين الأقل و الأكثر الارتباطيين حيث يتمسك فيها بالبراءة.

و الفارق: انه في تلك المسألة يرجع الشك إلي العلم بتعلّق التكليف2.

ص: 15

1- البقرة: 275.

2- وسائل الشيعة 16:164 الباب 12 من كتاب الإيمان الحديث 12.

بتسعة أجزاء مثلا و الشك في تعلّقه بما زاد، و البراءة تقتضي نفي ذلك لأنّ لازمه ثبوت الكلفة الزائدة، و حيث إنّها مشكوكة فيمكن نفيها بالبراءة. و هذا بخلافه في المقام فإنّ مرجع الشك إلي العلم بترتّب الأثر و الامضاء علي الواجد للقيّد و الشك في ترتّب ذلك علي الفاقد، و الأصل عدمه.

4 - و اما الجواز بالملحون و غير الماضي أو العربي

فإطلاق أدلّة الامضاء المتقدّمة.

و دعوي اعتبار العربية من باب وجوب التأسّي بالنبيّ صلّي الله عليه و آله حيث كان يعقد بها، مدفوعة بأنّ التأسّي يراد به الإتيان بالفعل علي النحو الذي كان يأتي به صلّي الله عليه و آله، و حيث نحتمل ان اجراءه صلّي الله عليه و آله العقد بالعربية كان من باب اجراء العقد بأحد أساليبه و طرّقه فلا يمكن إثبات اللزوم من خلال ذلك و يبقى إطلاق أدلّة الامضاء بلا مقيد.

و دعوي اعتبار الماضي من جهة صراحة الماضي في الانشاء بخلاف المضارع و الأمر فانّهما أشبه بالوعد و الاستدعاء مدفوعة بأنّ الدلالة العرفية علي البيع إذا كانت متحقّقة فلا محذور في التمسك بإطلاق أدلّة الامضاء.

5 - و اما اعتبار المطابقة

فلتوقّف صدق عنوان العقد و البيع و التجارة عن تراض علي ذلك.

6 - و اما الموالة

فقد قال جماعة - منهم الشهيد الأوّل في قواعده (1) - باعتبارها.

ص: 16

ووجه الشيخ الأعظم ذلك بأن الإيجاب والقبول بمنزلة كلام واحد مرتبط ببعضه ببعض، ومع الفاصل الطويل لا يصدق عنوان العقد (1).
واستدل الشيخ النائيني بأن حقيقة العقد خلع ولبس، فالموجب يخلع ثوب سلطانه علي المال ولبسه القابل، ومع تحقق الفصل يتحقق الخلع بلا لبس، ومن ثم لا يتحقق العقد لأنه عبارة عن مجموع الخلع واللبس دون الخلع وحده (2).
وكلا الوجهين كما تري.

أما الأول فلصدق عنوان المعاقدة ما دام الموجب لم يعرض عن إيجابه حتى مع تخلل الفصل الطويل.
وأما الثاني فلأن اللبس إذا تحقق ولو بعد فاصل طويل يصدق آنذاك تحقق اللبس والخلع ومن ثم يصدق في ذلك الوقت تحقق العقد.
علي أن اللبس والخلع في اعتبار الموجب متحققان بمجرد قوله بعت ولو لم ينضم القبول، وفي اعتبار الشرع والعقلاء لم يتحقق خلع قبل القبول بل يتحقق هو واللبس بعد القبول، فالانفكاك غير متصور في كلا الاعتبارين.
و عليه فالمناسب صحة القبول حتى مع الفصل الطويل ما دام الموجب لم يتراجع عن إيجابه.

7 - واما جواز تأخر الإيجاب

فلأن عنوان البيع والعقد صادقان مع التأخر أيضا، ومعه يتمسك بإطلاق دليل إمضاءهما.

هذا ولكن الشيخ الأعظم فصل بين ما إذا كان القبول المتقدم بمثل

ص: 17

1- كتاب المكاسب 1:292، انتشارات إسماعيليان.

2- منية الطالب 1:111.

لفظ قبلت فلا يجوز و بين ما إذا كان بمثل لفظ اشترت فيجوز بتقريب أنه يعتبر في القبول دلالة علي أمرين: الرضا بالايجاب و إنشاء القابل نقل ماله في الحال إلي الموجب علي وجه العوضيه، و مع تقدّم لفظ قبلت لا تكون الدلالة علي الأمر الثاني ثابتة، و هذا بخلاف ما إذا كان القبول المتقدم بمثل لفظ اشترت فإنّ دلالة علي كلا الأمرين ثابتة بالرغم من تقدّمه(1).

وفيه: ان المهم صدق عنوان العقد و البيع، و هو متحقّق حالة تقدّم القبول مطلقا، و مع تحقّقه يتمسك بإطلاق دليل الامضاء.

8 - و اما اعتبار التنجيز و عدم صحّة العقد مع التعليق

اشارة

فهو المشهور بل ادعي عليه الاجماع، و استدلّ عليه بعدة وجوه ضعيفة نذكر منها:

أ - ما افيد في الجواهر

من ان ظاهر دليل وجوب الوفاء بالعقد هو ترتّب وجوب الوفاء من حين تحقّقه، فإذا لم يشمله من حين تحقّقه و لم يجب الوفاء به من حين حدوثه - لفرض التعليق - فلا دليل علي ترتّب الأثر و وجوب الوفاء بعد ذلك(2).

وفيه: أنّنا نلتزم بترتّب وجوب الوفاء من حين تحقّق العقد، بيد ان وجوب الوفاء يعني الالتزام بمدلول العقد، و مدلوله قد يكون هو النقل من حين تحقّق العقد فيلزم الحكم بتحقّق النقل من ذلك الحين، و قد يكون هو النقل بعد حصول المعلق عليه فيلزم الحكم بتحقّق النقل عند تحقّق المعلق عليه.

ص: 18

1- كتاب المكاسب 1:286، انتشارات إسماعيليان.

2- جواهر الكلام 23:198.

ب - ما أشار إليه السيّد العاملي

من ان الأسباب الشرعية لمّا كانت توقيفية فيلزم الاقتصار فيها علي القدر المتيقّن وهو العقد العاري من التعليق(1).
وفيه: ان العمل بإطلاق أدلّة الامضاء كاف في تحقّق التوقيف.

ج - ما أفاده الشيخ النائيني

من ان العقود المتعارفة هي المنجزة، و المعلّقة ليست متداولة إلّا لـدي الملوك و الدول أحياناً، و أدلّة الامضاء منصرفه إلي العقود المتعارفة(2).

وفيه: ان صغري الدعوي المذكورة لم تثبت تماميتها.

د - التمسك بالإجماع المدعي في المسألة.

وفيه: ان الاتفاق لو تمّ واقعا فهو ليس حجة لعدم كاشفيتها عن رأي المعصوم عليه السّلام بعد كونه محتمل الاستناد إلي المدارك السابقة.
وعليه فالحكم باعتبار التنجيز غير ممكن إلّا علي سبيل الاحتياط تحفظاً من مخالفة المشهور و الإجماع المدعي.

9 - و اما المعاطاة فقد وقعت موردا للاختلاف.

إشارة

وقد نقل الشيخ الأعظم قدس سرّه ستّة أقوال فيها، أهمّها: إفادتها الملك اللازم، و إفادتها الملك الجائز، و إفادتها لإباحة التصرف لا غير(3).

و المختار لدي المتأخّرين إفادتها الملك كالعقد اللفظي لوجوه:

أ - التمسك بإطلاق قوله تعالى: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ

(4) بتقريب ان

ص: 19

2- منية الطالب 1:113.

3- كتاب المكاسب 1:247، انتشارات إسماعيليان.

4- البقرة: 275.

المراد من حلية البيع اما الحلية الوضعية - كما تقتضيها نسبة الحل إلى الأمر الاعتباري دون الفعل الخارجي - وبذلك يثبت المطلوب، لأنها عبارة عن النفوذ والامضاء، أو الحلية التكليفية - التي تقتضيها وحدة السياق حيث يراد من تحريم الربا تحريمه تكليفاً بل ويقتضيها ظهور الحل نفسه في ذلك - وبذلك يثبت المطلوب أيضاً، لأن الحل التكليفي ليس منسوباً إلى البيع نفسه لعدم احتمال حرمة تكليفاً ليدفع بإثبات جوازه بل هو منسوب إلى التصرفات المترتبة عليه، ولازم إباحة جميع التصرفات المترتبة عليه صحته وإفادته للملك.

وقد اختار الشيخ الأعظم قدس سره الثاني - إرادة الحل التكليفي - وقرب الدلالة بما ذكرناه(1).

ب - التمسك بإطلاق المستثنى في قوله تعالى: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم

(2) بتقريب ان الأكل كناية عن التملك والاستيلاء، فكل تملك بالأسباب الباطلة منهى عنه إلا ان تكون تجارة عن تراض، وحيث ان المعاطاة مصداق للتجارة عن تراض فتثبت صحتها بالبيان السابقين.

ج - التمسك بإطلاق قوله تعالى: أو فوا بالعقود

(3)، فإن المعاطاة عقد، غايته عقد فعلي لا قولي، والوفاء بالعقد عبارة اخري عن إتمامه وعدم نقضه فيثبت وجوب الوفاء بالمعاطاة وعدم جواز نقضها و من ثم تثبت إفادة المعاطاة للملك بل اللزوم بخلاف الآيتين السابقتين

ص: 20

1- كتاب المكاسب 1:248، انتشارات إسماعيليان.

2- النساء: 29.

3- المائدة: 1.

فإنه قد يشكك في دلالتهما علي اللزوم.

د - التمسك بسيرة العقلاء علي ترتيب آثار الملك اللازم علي

المعاطاة

، فإن سيرة المتشريعة وان أمكن التشكيك في اتصالها بزمن المعصوم عليه السلام باعتبار ان الفقهاء قبل زمن المحقق الثاني كانوا يفتون بعدم إفادتها الملك، ومعه لا يمكن الجزم بانعقادها بوصف أنهم متشريعة علي إفادتها الملك إلا ان سيرة العقلاء لا مجال للتشكيك في انعقادها، وبعدم ثبوت الردع عنها يثبت الامضاء.

لا يقال: الردع ثابت برواية خالد بن الحجاج: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

رجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب واربحك كذا وكذا، قال: أليس ان شاء ترك وان شاء أخذ؟ قلت: بلي، قال: لا بأس، إنما يحل الكلام و يحرم الكلام»⁽¹⁾، فإن لازم حصر المحلل بالكلام عدم انعقاد البيع بالمعاطاة.

فإنه يقال: هذا مبني علي ان المراد: لا يكون الشيء حلالا أو حراما بمجرد القصد أو الفعل، وهذا باطل جزما، فإن إباحة التصرف في المعاطاة ثابتة جزما ولا تحتمل حرمة التصرف عند افتراض رضا المالك بالتصرف.

اضافة الي ان هذا المعني لا يتناسب و مورد الرواية.

و المناسب تفسيرها بأن من طلب من غيره اشتراء شيء له من غيره فمتي ما كان الكلام الدائر بينهما علي مستوي المقابلة و المواعدة فهو كلام محلل، و متي ما كان علي مستوي إيجاب البيع و إيقاعه قبل الشراء من الغير فهو كلام محرم. و بناء عليه تكون الرواية أجنبية عن

ص: 21

1- وسائل الشيعة 12:376 الباب 8 من أبواب أحكام العقود الحديث 4.

المقام و مرتبطة بمسألة من باع ثم ملك.

علي ان مثل السيرة المذكورة لاستحكامها القوي لا تكفي في تحقّق الردع عنها رواية واحدة ذات لسان غير صريح.

هكذا ينبغي الجواب.

و لا يمكن ان يضاف إلي ذلك ضعف سند الرواية بخالد بن الحجاج حيث لم تثبت وثاقته.

و الوجه في ذلك: ان ضعف سند الرواية لا ينفي احتمال صدورها و من ثمّ احتمال الردع بها عن السيرة المسقط لها عن الاعتبار.

10 - و انا ان الملك الحاصل بها لازم فللسيرة

- اذ كما هي منعقدة علي حصول الملك بها كذلك هي منعقدة علي كونه لازما - و آية الأمر بالوفاء بالعقود بالبيان المتقدم.

و مع التنزّل و فرض الشك في كون الملك الحاصل بها لازما أو جائزا فلا بدّ من الحكم باللزوم لأصالة اللزوم التي يمكن الاستدلال لها بعدّة وجوه منها:

أ - التمسك باستصحاب بقاء الملك و عدم زواله بفسخ أحد الطرفين بدون رضا صاحبه.

لا يقال: لا يجري الاستصحاب لأنّ الملك الجائز يجزم بعدم بقائه، و اللازم يشك في أصل حدوثه.

فإنّه يقال: نحن نستصحب بقاء ذلك الملك الواحد الذي حدث بالمعاطاة حيث نشك في ارتفاعه و بقائه و يكون من قبيل استصحاب الكلّي من القسم الثاني.

و الإشكال المذكور سيّال في جميع موارد الاستصحاب المذكور،

و جوابه ما ذكرناه.

أجل جريان الاستصحاب المذكور مبني علي جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية و عدم معارضة اصالة بقاء المجعول بأصالة عدم الجعل الزائد.

ب - التمسك بعموم الحديث النبوي: «الناس مسلطون علي أموالهم»⁽¹⁾ بتقريب ان مقتضي السلطنة عدم زوال الملكية عن المالك بغير اختياره، و من المعلوم ان جواز الفسخ و التملك بدون رضا المالك مناف لسلطنته فلا يكون جائزا.

و الوجه المذكور و جيه بناء علي تمامية سند الحديث و لكنّه ضعيف لأنه لم يرو إلا في عوالي اللآلي بشكل مرسل.

ج - التمسك بحديث النبي صلي الله عليه و آله: «لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله إلا بطيبة نفسه»⁽²⁾، فإنّ الفسخ و أخذ المال من مالكة السابق بدون رضاه ليس بحلال بمقتضي الحديث.

د - التمسك بقوله تعالى: لا- تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ⁽³⁾، فإنّ الفسخ و أخذ المال من مالكة السابق بدون رضاه ليس تجارة عن تراض فيدخل تحت أكل المال بالباطل المنهي عنه.

ه - التمسك بعموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ⁽⁴⁾ بالبيان 1.

ص: 23

1- عوالي اللآلي 1:222، 457، و 2:138، و 3:208.

2- وسائل الشيعة 19:3 الباب 1 من أبواب القصاص في النفس الحديث 3.

3- النساء: 29.

4- المائدة: 1.

11 - و انا أنه يعتبر في المعاطاة كل ما يعتبر في العقد اللفظي من

شروط

فلأنه بعد ما كانت مصداقا عرفا للعقد و البيع فيثبت لها كل ما يثبت لهما تمسكا بالإطلاق.

و منه يتضح الوجه في ثبوت الخيارات فيها.

12 - و انا جريانها في جميع المعاملات

فلأنه بعد ما كانت مصداقا حقيقيا لكل فرد من أفراد المعاملات فيشملها إطلاق دليل إمضاء تلك المعاملة و أحكامها.

13 - و انا وجه استثناء ما ذكر

فللدليل الخاصّ الدال علي اعتبار اللفظ في كل واحد منها حسبما يأتي في محلّه ان شاء الله تعالى.

2 - شروط المتعاقدين

اشارة

يلزم في المتعاقدين: البلوغ إذا لم يكن دورهما دور الآلة، و القصد، و العقل و الاختيار، و مالكية التصرف - بأن يكون العاقد مالكا أو وكيلاً عنه أو ولياً عليه و ليس بممنوع التصرف لسفه أو فلس - و إلاّ كان العقد فضولياً تتوقف صحته علي الاجازة.

و القول ببطلانه ضعيف حتي مع فرض منع المالك مسبقاً أو فرض بيع الفضولي لنفسه.

و في كون الاجازة كاشفة أو ناقلة خلاف.

و تظهر الثمرة في موارد.

و المستند في ذلك:

إشارة

فهو المشهور بل ادعي عليه الاجماع، وقد يستدل له بما يلي:

أ - التمسك بقوله تعالى: وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ

(1)، فإنّ ظاهره إناطة جواز تصرف الصبي ببلوغ النكاح الذي هو كناية عن تجاوز فترة الصبا.

وهو وان كان خاصاً باليتيم وبالتصرف في أموال نفسه دون التصرف في أموال غيره إلاّ أنّه يمكن التعميم بضم عدم القول بالفصل بل والأولوية بلحاظ التصرف في أموال الغير.

وفيه: ان الآية الكريمة ناظرة إلي دفع الأموال إلي الصبي و أنّه لا يجوز قبل البلوغ ولا تدلّ علي بطلان معاملاته فيما إذا كان الدافع بعد تمامية المعاملة هو الولي.

ب - التمسك برواية حمران

عن أبي جعفر عليه السلام: «... ان الجارية إذا تزوّجت و دخل بها ولها تسع سنين... جاز أمرها في الشراء و البيع...

و الغلام لا يجوز أمره في الشراء و البيع و لا يخرج من اليتيم حتّي يبلغ خمس عشرة سنة...» (2).

وفيه: ان دلالتها و ان كانت واضحة إلاّ أنّها ضعيفة السند علي ما تقدّم في البحث عن شرائط التكليف.

ج - التمسك بحديث رفع القلم

الذي رواه ابن ظبيان: «... أما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتّي يحتلم، و عن المجنون حتّي

ص: 25

1- النساء: 6.

2- وسائل الشيعة 1: 30 الباب 4 من أبواب مقدّمة العبادات الحديث 2.

يفيق، وعن النائم حتّى يستيقظ» (1) بدعوي ان المرفوع ليس خصوص المؤاخذة بل مطلق القلم بما في ذلك قلم الاحكام الوضعية.

وفيه: أنّه ضعيف سندا - لاشتماله علي عدّة مجاهيل - و دلالة باعتبار ان وروده مورد الامتتان قرينة علي اختصاصه بما يكون في رفعه منة و لا يشمل مثل المقام الذي لا يكون في الرفع منة.

د - التمسك بصحيفة محمد بن مسلم

عن أبي عبد الله عليه السلام: «عمد الصبي وخطوه واحد» (2)، فإنّ مقتضاه عدم ترتّب الأثر علي العقد الصادر من الصبي لأنّه كالصادر منه خطأ.

وفيه: ان الحديث ناظر إلي خصوص باب الجناية و لا يمكن تعميمه لغيره لأنّه لمّا نزل العمدة منزلة الخطأ يلزم ان نفترض وجود أثرين: أثر موضوعه العمدة و أثر موضوعه الخطأ كي يكون مقتضاي التنزيل ترتيب أثر الخطأ حالة العمدة، و من المعلوم ان وجود أثرين من هذا القبيل يختص بباب الجناية، فالجناية العمدية لها أثر خاص و الجناية الخطئية لها أثر خاص، و لا يتصور ذلك في غير باب الجناية، فمثلا لو أكل الصبي متعمدا في صومه فلا- يمكن تنزيل ذلك منه منزلة الأكل خطأ فإن الأكل خطأ ليس له أثر خاص إذ الكفارة و ان كانت منتفية في الأكل الخطئي و لكن ليس ذلك لكون الخطأ بعنوانه موضوعا لذلك بل لأنّ موضوع وجوب الكفارة هو العمدة فعند انتفائه تنتفي الكفارة لانتفاء موضوعها.

أجل لو كان الحديث يقول: عمدة الصبي كعدمه أمكن تعميمه لغير

ص: 26

1- وسائل الشيعة 1: 32 الباب 4 من أبواب مقدّمة العبادات الحديث 10.

2- وسائل الشيعة 19: 307 الباب 11 من أبواب العاقلة الحديث 2.

باب الجناية و لكن المفروض تنزله العمدة منزلة الخطأ.

ه - التمسك بالإجماع المدعي في المسألة

. قال الشيخ الأعظم:

«... فالعمدة في سلب عبارة الصبي هو الاجماع المحكي المعتضد بالشهرة العظيمة وإلا فالمسألة محل إشكال»(1).

وفيه: ان الاتفاق لو تمّ يحتمل استناده إلي المدارك السابقة فلا يجزم بكاشفيتها عن رأي المعصوم عليه السلام.

و - وأحسن ما يمكن التمسك به صحيحة أبي الحسين الخادم

بياع اللؤلؤ

عن أبي عبد الله عليه السلام: «سأله أبي - وأنا حاضر - عن اليتيم متي يجوز أمره؟... قال: إذا بلغ و كتب عليه الشيء جاز أمره إلا ان يكون سفيها أو ضعيفا»(2).

و السند صحيح فإنّ أبا الحسين الخادم هو آدم بن المتوكل الذي وثقه النجاشي(3).

2 - و اما استثناء حالة الآلية

فلأنّ البالغين إذا تمّ الاتفاق بينهما و كان الصبي مجرد وكيل في اجراء العقد لم يصدق ان الأمر أمره ليحكم عليه بعدم النفوذ بل أمر البالغين، و لا أقل هو منصرف عن ذلك.

و معه يبقى إطلاق أدلة الامضاء بلا مانع من شموله.

3 - و اما اعتبار القصد

فلتقوم عنوان العقد و البيع و التجارة عن تراض بذلك.

4 - و اما اعتبار العقل

فواضح إذا فرض فقدان القصد، و اما علي

ص: 27

2- وسائل الشيعة 13:143 الباب 2 من كتاب الحجر الحديث 5.

3- رجال النجاشي: 76، منشورات مكتبة الداوري.

تقدير وجوده فالحكم ببطلان عقده مشكل.

و دعوي صاحب الجواهر: «عدم اعتبار قصده و كون لفظه كلفظ النائم بل أصوات البهائم» (1) مدفوعة بأن القياس علي النائم و البهائم في غير محلّه بعد فقدان القصد فيهما.

و التمسك بحديث رفع القلم قد تقدّم ما فيه.

و لا يبقى إلاّ الاجماع، و هو لاحتمال مدركيته لا يصلح مستندا إلاّ للحكم علي مستوي الاحتياط .

5 - و اما اعتبار الاختيار و عدم صحّة بيع المكروه فلو جوه:

أ - ان المكروه فاقد لطيب النفس

، و قد قال النبيّ صلّي الله عليه و آله في صحيحة زيد الشحام: «... لا يحلّ دم امرئ مسلم و لا ماله إلاّ بطيبة نفسه» (2).

ب - ان التجارة مع فقدان الاختيار ليست عن تراض

، و لا يجوز الأكل إلاّ مع التجارة عن تراض كما قال تعالى: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلاّ أن تكون تجارة عن تراض (3).

ج - التمسك بحديث رفع التسعة

الذي رواه حريز عن أبي عبد الله عليه السّلام: «قال النبيّ صلّي الله عليه و آله: وضع عن أمّتي تسعة أشياء: السهو و النسيان و ما اكرهوا عليه...» (4)، فإنّ مقتضى اطلاق الحديث الشمول لمثل المقام و عدم اختصاصه برفع المؤاخذه أو الاحكام التكليفية.

و يكفي لإثبات التعميم استشهاد الإمام عليه السّلام به لرفع الحكم

ص: 28

1- جواهر الكلام 265:22.

2- وسائل الشيعة 3:19 الباب 1 من أبواب القصاص في النفس الحديث 3.

3- النساء: 29.

4- وسائل الشيعة 5:345 الباب 30 من أبواب الخلل الواقع في الصلاة الحديث 2.

الوضعي، كما في صحيحة صفوان و البزنطي جميعا عن أبي الحسن عليه السلام(1).

6 - و اما عقد الفضولي

فالمشهور صحته بالاجازة، و ذهب جمع منهم صاحب الحدائق إلي بطلانه مع الاجازة أيضا(2).

و استدل المشهور بعدة وجوه نذكر منها:

أ- ان الصحة يمكن تخريجها علي طبق القاعدة بلا حاجة إلي دليل خاص، فان العقد بعد اجازته ينتسب إلي المالك و يصدق انه عقده فيشملة آنذاك اطلاق خطاب أحل الله البيع (3) و أوفوا بالعقود (4) و تجارة عن تراض (5) بعد فرض عدم تقيده بما إذا كان الاستناد إلي المالك ثابتا حدودا و بعد وضوح قابلية الأمر الاعتباري - كالعقد - علي خلاف الأمر التكويني للاستناد إلي غير موجهه بالاذن أو بالاجازة.

و هذا الوجه هو ما أشار إليه الشيخ الأعظم بقوله: «لعموم أدلة البيع و العقود»(6).

ب - التمسك برواية عروة البارقي قال: «قدم جلب فأعطاني النبي صَلَّى الله عليه وآله دينارًا فقال: اشتر بها شاة، فاشتريت شاتين بدينار، فلحقني رجل فبعت احدهما منه بدينار، ثم أتيت النبي صَلَّى الله عليه وآله بشاة و دينار فردّه عليّ، و قال: بارك الله لك في صفقة يمينك. و لقد كنت أقوم بالكناسة أو

ص: 29

1- وسائل الشيعة 16:164 الباب 12 من كتاب الايمان الحديث 12.

2- الحدائق الناضرة 18:378.

3- البقرة: 275.

4- المائدة: 1.

5- النساء: 29.

6- كتاب المكاسب 1:367، انتشارات إسماعيليان.

قال بالكوفة فأربح في اليوم أربعين ألفاً»(1)، بتقريب ان شراءه الشاتين بدينار وإن أمكن توجيهه بما يخرج به عن الفضولية إلاّ ان يبعه لإحدي الشاتين فضولي جزماً، و النبي صلّي الله عليه وآله قد أمضى بيعه المذكور بقوله:

«بارك...».

و السند و ان كان ضعيفاً، إلاّ أنّه قد يقال - كما في الجواهر -:

«أغنت شهرته عند الفريقين عن النظر في سنده»(2).

و ناقش الشيخ الأعظم الدلالة باحتمال ان يبيع عروة و قبضه و اقباضه كان مقروناً بعلمه برضا النبي صلّي الله عليه وآله بذلك، و المعاملة تخرج عن الفضولية باقترانها بذلك و ان كان ظاهر المشهور يدل علي العدم و اعتبار الاذن أو الاجازة في تحقّق الانتساب و انتفاء الفضولية(3).

ج - التمسك بصحيفة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام: «قضى أمير المؤمنين عليه السّلام في وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاشترها رجل فولدت منه غلاماً، ثم قدم سيدها الأوّل فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير اذني، فقال: خذ وليدتك و ابنها، فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه - يعني الذي باعه الوليدة - حتي ينفذ لك ما باعك فلما أخذ البيع(4) الابن قال أبوه: ارسل ابني، فقال:

لا أرسل ابنك حتي ترسل ابني، فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة الأوّل أجازي.

ص: 30

1- مستدرک الوسائل 13:245، و مسند أحمد بن حنبل 4:376.

2- جواهر الكلام 22:277.

3- كتاب المكاسب 1:366-368، انتشارات إسماعيليان.

4- اي المشتري، فان لفظ البيع يطلق علي البائع و المشتري.

ونوقشت دلالتها بعدم عمل الأصحاب بها في موردها - وهو الاجازة بعد الردّ التي هي غير مجدية اجماعا - فكيف يمكن العمل بها في غيره.

و الوجه في تحقّق الردّ قبل الاجازة امور ثلاثة: أخذ الوليدة و ابنها، ورفع الخصومة إلى الإمام عليه السّلام الذي لا معني له لو لا الرد، و مناقشة المشتري الامام عليه السّلام علاج المشكلة، و لو لا الردّ لما كان لها وجه.

د - التمسك بصحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السّلام: «سألته عن مملوك تزوّج بغير اذن سيّده، فقال: ذاك إلى سيّده، ان شاء أجازته و ان شاء فرّق بينهما، قلت: أصلحك الله، ان الحكم بن عتيبة و ابراهيم النخعي و أصحابهما يقولون: ان أصل النكاح فاسد، و لا تحلّ اجازة السيّد له، فقال أبو جعفر عليه السّلام: انه لم يعص الله و انما عصي سيّده، فإذا أجازته فهو له جائز»(2)، بتقريب ان التعليل يدلّ علي ان اجازة من بيده الأمر كافية في تصحيح عقد الفضولي.

و الاشكال علي ذلك واضح، إذ المفروض في مورد الرواية صدور العقد ممّن ينبغي صدوره منه - و هو العبد الزوج - غاية هو فاقد لرضا من يعتبر رضاه - و هو المولي - فإذا رضي ينبغي وقوع العقد صحيحا، و هذا بخلافه في سائر الموارد فإنّ العقد لا يفرض فيها صدوره ممّن ينبغي صدوره منه.1.

ص: 31

1- وسائل الشيعة 14: 591 الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 14: 523 الباب 24 من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث 1.

و هناك روايات اخري استدلل بها علي المطلوب، إلا ان الكلّ أو الأغلب قابل للمناقشة، و يكفينا اقتضاء القاعدة لإثبات المطلوب.

7 - و انا القول بالبطلان

فاستدل له بعدة وجوه، نذكر منها:

أ - التمسك بقوله تعالى: لا- تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ (1)، فإنه يدل بمقتضي مفهوم الحصر أو مفهوم الوصف علي ان غير التجارة عن تراض أو التجارة لا عن تراض ليس بسبب مبيح لأكل مال الغير، و معلوم ان التجارة في الفضولي ليست تجارة عن تراض.

وفيه: ان التجارة ائما تنتسب إلي المالك متي ما أجاز، و آنذاك يصدق انها تجارة عن تراض.

ب - التمسك بما ورد في صحيحة سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام من ان النبي صَلَّى الله عليه وآله: «... نهى عن بيع ما ليس عندك» (2).

و نظيره ما ورد في روايات العامة من نهيه صَلَّى الله عليه وآله حكيم بن حزام عن بيع ما ليس عنده (3)، فإن المقصود من ذلك الكناية و انه لا تبع ما لا تملكه أو لا تبع ما لا تقدر علي تسليمه لعدم كونك مالكا له، و حيث ان النهي في أمثال المقام ظاهر في الارشاد فيكون دالاً علي فساد بيع الفضولي.

وفيه: ان البيع ائما ينتسب إلي المالك حينما يجيزه، و آنذاك يصدق ان يبيعه لما عنده و ليس لما ليس عنده.

ص: 32

1- النساء: 29.

2- وسائل الشيعة 12: 374 الباب 7 من أبواب أحكام العقود الحديث 2.

3- سنن الترمذي 3: 534.

8 - و اما تعميم الحكم بالصحة لحالة منع المالك مسبقا

فلأن ما يتصور كونه مانعا هو ان العقد إذا وقع منهياً عنه فذلك النهي حيث انه مستمر إلي ما بعد العقد أنا ما فيلزم علي تقدير اجازة المالك سبقتها بالرد، و الاجازة المسبوقه بالرد لا تنفع في تصحيح العقد علي ما هو المعروف بين الأصحاب.

وفيه: ان كبري عدم اجداء الاجازة المسبوقه بالرد لو كانت مسلّمة و تمّ الاجماع المدعي عليها فصغرها غير محقّقة في المقام لأن الثابت بعد العقد مع النهي المسبق هو الكراهة الباطنية من قبل المالك، و المانع من اجداء الاجازة هو إنشاء الرد قبلا دون مجرد الكراهة الباطنية.

9 - و اما التعميم لحالة بيع الفضولي لنفسه

- كما هو الحال في الغاصب عادة - فلاقتضاء القاعدة لذلك بالبيان المتقدم، و القصد المذكور لا يصلح مانعا إلا علي بيانات ضعيفة نذكر منها:

أ - عدم تحقّق قصد البيع و المعاوضة الحقيقية، فانه ليس منها - المعاوضة الحقيقية - قصد دخول الثمن في كيس من لم يخرج منه المثلن، كما هو الحال في الفضولي الذي يقصد البيع لنفسه، و معه فلا تنفع الاجازة.

و اجيب بانّ الفضولي يقصد ادخال الثمن في كيس مالك المثلن، غايته يعتبر نفسه هو الملك للمثلن و ينزل نفسه منزلته، و معه فقصد المعاوضة الحقيقية متحقّق بعد تنزيل الفضولي نفسه منزلة المالك و قصده ادخال الثمن في كيس مالك المثلن بعد التنزيل المذكور.

ب - ان الفضولي إذا قصد البيع لنفسه فالاجازة ان تعلّقت بذلك

فيلزم وقوع المعاملة للفضولي و دخول الثمن في ملكه، و ان تعلقت بالبيع للمالك فهو لم ينشأ.

و ان شئت قلت: يلزم ان ما انشأ لم يجز، و ما اجيز لم ينشأ.

و اجيب بانّ جملة «بعت» الصادرة من الفضولي تدلّ علي تملك المبيع للمشتري بازاء الثمن، و اما ان الثمن يدخل في كيس من فهو مسكوت عنه، غايته مقتضى المعاوضة الحقيقية دخوله في كيس مالك المثلث، و حيث ان الفضولي ينزل نفسه منزلة المالك للمثلث فيكون قاصدا ادخال الثمن في ملكه بعد التنزيل المذكور.

و باتضح هذا يقال: ان الاجازة الصادرة من المالك تتعلق بما تدلّ عليه كلمة «بعت» و ما تقتضيه المعاوضة الحقيقية و لا تتعلق بما قصده الفضولي بعد تنزيل نفسه منزلة المالك للمثلث.

10 - و اما ان الاجازة كاشفة أو ناقلة

فمحل خلاف.

و وجه النقل و اوضح، فانّ السبب الناقل ليس مجرد العقد بل العقد عن رضا، و حيث ان الرضا يتحقق بالاجازة فيلزم تحقق النقل عند تحققها.

و وجه الكشف امور متعددة، نذكر منها:

أ - ما ذكره الشهيد و المحقق الثانيان: «من ان العقد سبب تام في حصول الملك لعموم أوفوا بالعقود، و تمامه في الفضولي انما يعلم بالاجازة، فإذا أجاز تبين كونه تاماً فوجب ترتب الملك عليه و إلا لزم ان لا يكون الوفاء بالعقد خاصة بل به مع شيء آخر، و لا دليل

ص: 34

يدل عليه»(1).

وفيه: كيف يكون العقد تمام السبب؟! وعلي تقديره لا تبقي حاجة إلى الاجازة.

اللهم إلا أن يكون المقصود ان السبب هو العقد المتعقب بالاجازة، فمع حصولها يعلم بتحقق العقد المتعقب من حين صدوره.

و هو جيد ثبوتاً إلا أنه لا دليل اثباتاً علي مدخلية وصف التعقب، بل ظاهر قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ مَدْخُلِيَةً وَصَفِ التَّرَاضِي نَفْسَهُ لَا التَّعَقُّبَ بِهِ».

ب - ما جاء عن فخر الدين من انها «لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم في الموجود لأن العقد حالها عدم»(2).

وفيه: ان قياس الامور الاعتبارية علي الامور التكوينية قياس مع الفارق، فمن الوجه اعتبار العقد مؤثراً من حين تحقق الاجازة و ان كان معدوماً آنذاك.

و المناسب ان يقال: ان المالك حيث يجيز العقد من حين صدوره و ليس من حين الاجازة فيلزم ان تثبت الملكية بعد الاجازة من حين العقد، فاعتبارها من حين الاجازة إلا ان المعتبر - الملكية - سابق و من حين العقد.

و هذا نحو من الكشف قد يصطلح عليه بالكشف الانقلابي، بمعنى انه قبل الاجازة لا ملكية من حين صدور العقد غير انه بالاجازة ينقلب الواقع إلى حدوث الملكية من حين صدور العقد.ن.

ص: 35

1- جامع المقاصد 4:74، وقريب من ذلك عبارة الروضة البهية 1:314.

2- كتاب المكاسب 1:388، انتشارات إسماعيليان.

و لا يصل الامر بعد امكان الكشف بالنحو المذكور إلى ما تبناه الشيخ الأعظم من الكشف الحكمي، و هو انه بالاجازة لا تحدث الملكية من حين العقد بل تترتب جميع أحكامها من حين العقد(1).

ان ما ذكره لا وجه له بعد ان كان المجيز يجيز العقد من حين صدوره، إذ لازم الاجازة بالشكل المذكور تحقّق الملكية بعد الاجازة من حين صدور العقد.

علي ان اعتبار ترتّب جميع آثار الملكية من حين العقد دون الملكية نفسها لعلّه لا يخلو من تهافت.

وبهذا يتّضح ان المحتملات في الكشف ثلاثة: الكشف الحقيقي، و الكشف الانقلابي، و الكشف الحكمي.

و المقصود من الأوّل: ان اعتبار الملكية من حين العقد ثابت قبل تحقّق الاجازة ما دامت الاجازة تحصل بعد ذلك في علم الله سبحانه.

و المقصود من الثاني: ان اعتبار الملكية من حين العقد يثبت بعد تحقّق الاجازة لا قبلها.

و المقصود من الثالث: انه بالاجازة تترتب آثار الملكية من حين العقد دون نفسها.

و بضم هذه المحتملات إلى النقل يصير المجموع أربعة(2). -

ص: 36

1- كتاب المكاسب 1:391، انتشارات إسماعيليان.

2- و لربما يصطلح علي الكشف الانقلابي بالمعني الذي ذكرناه بالكشف الحكمي، و يفسّر الكشف الانقلابي بكاشفية الاجازة عن تحقّق الملكية من حين العقد بعد ما لم تكن، فهي لم تكن قبل الاجازة و يتبدّل الواقع إلى الملكية بسبب الاجازة في مقابل: أ - الكشف الحقيقي الذي تفرض فيه كاشفية الاجازة عن تحقّق الملكية من حين العقد من دون افتراض انها لم تكن قبل الاجازة. ب - وفي مقابل الكشف الحكمي الذي يفترض فيه اعتبار المالك من حين الاجازة الملكية من حين العقد بعد ما لم تكن من دون فرض كاشفية الاجازة.

فتظهر في موارد متعدّدة.

و علي سبيل المثال تظهر الثمرة بين الكشف و النقل في النماء المتخلّل بين العقد و الاجازة، فنماء المبيع للبائع و نماء الثمن للمشتري علي النقل، في حين ان الأمر بالعكس علي الكشف.

و تظهر بين أفراد الكشف في من اشترى جارية بالفضولية و أولدها و أجاز المالك بعد ذلك، فأنّه علي الكشف الحقيقي يكون الوط ء حلالا و تصير بذلك أم ولد، بينما علي الكشف الانقلابي و الحكمي يكون الوط ء زنا و لا تصير أم ولد، لأنّ الوط ء ليس وطأ في الملك حدوثا بل هو كذلك - علي الكشف الانقلابي - بقاء، فإذا استظهر من أدلّة أمّ الولد اعتبار كون الوط ء في الملك حدوثا لم تصر بذلك أم ولد.

و تظهر الثمرة بين الكشف الانقلابي و الحكمي فيما إذا بنينا في المثال السابق علي كفاية تحقّق الوط ء في الملك بقاء، فأنّه علي الكشف الانقلابي تصير الأمة أم ولد بخلافه علي الكشف الحكمي، فإنّ الوط ء في الملك غير متحقّق حتي بقاء.

3 - شرائط العوضين

اشارة

يلزم في العوضين ملكيتهما، و القدرة علي تسليمهما إلاّ مع الضم لما يمكن تسليمه، و ضبطهما بالكيل أو الوزن أو العدّ أو المساحة - و تكفي

ص: 37

المشاهدة فيما ينضبط بها -، و معرفة جنسهما وصفاتهما التي تختلف باختلافها القيمة.

و يلزم في المبيع ان يكون عينا.

وقيل باشتراط مالية العوضين.

و مع تخلف الشروط المذكورة يقع البيع باطلا، بيد انه لا يحرم التصرف مع رضا الطرفين به حتي علي تقدير البطلان، كما هو المتداول بين عوام الناس.

و المستند في ذلك:

1 - اما اعتبار الملكية و عدم جواز بيع مثل السمك و الطير قبل

أخذهما من الماء و الهواء

فقد استدل له ببعض الروايات من قبيل ما كتبه الامام العسكري عليه السلام إلي الصفار: «لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع علي ما يملك»(1).

و المناسب ان يستدل علي ذلك بانّ البيع تمليك بعوض فإذا لم يكن الشخص مالكا فكيف يملك غيره. و هذا من دون فرق بين البائع و المشتري.

و اما الرواية المذكورة و ما شاكلها فهي ضعيفة الدلالة لأنّها ناظرة في جملة «لا يجوز بيع ما ليس يملك» إلي ان من باع ما هو مملوك لغيره فلا يمضي بيعه، و هذا من الواضح أجنبي عن المطلوب اثباته، و قد تقدم الحديث عنه في شرائط المتعاقدين.

2 - و اما القدرة علي التسليم

فلم يعرف خلاف في اعتبارها.

ص: 38

و استدللّ علي ذلك بعدة وجوه نذكر منها:

أ - التمسك بالنبوي المعروف: «نهى النبي صلّي الله عليه وآله عن بيع الغر»⁽¹⁾ بعد تفسير الغر بالمخاطرة المتحقّقة بشراء ما لا يقدر علي تسليمه.

وفيه: أنّه ضعيف سندا - للإرسال - و دلالة لإمكان اندفاع الغر باشتراط الخيار علي تقدير عدم تحقّق التسليم خلال مدّة مضبوطة. وأيضا يمكن تصوّر اندفاع الغر فيما إذا أمكنت الاستفادة من المبيع بالرغم من عدم القدرة علي تسلمه، كما في العبد الأبق حيث يمكن عتقه في كفارة و الدار المغصوبة حيث يمكن وقفها علي من هي بيدهم و ذريتهم ما تناسلوا.

ب - ما تمسك به الشيخ النائيني من زوال المالية عمّا لا يقدر علي تسليمه⁽²⁾.

وفيه: انه لو سلم باعتبار شرطية المالية في العوضين - و سيأتي التأمّل في ذلك - لا نسلم بزوال المالية بعدم القدرة فأنّه مخالف للوجدان.

ج - ان الاقدام علي المعاملة التي لا قدرة فيها علي التسليم سفهي.

وفيه: ان السفاهة منتفية في حالة امكان الانتفاع كما في المثالين السابقين.

و مع غصّ النظر عن ذلك يمكن أن يقال: لا دليل علي بطلان المعاملة السفهية بل مقتضي اطلاق مثل «أحلّ الله البيع» امضاؤها و عدم اشتراط ان لا تكون كذلك. أجل تصرّف السفه في أمواله باطل لا 1.

ص: 39

1- وسائل الشيعة 12:330 الباب 40 من أبواب آداب التجارة الحديث 3.

2- منية الطالب 1:378.

ان المعاملة السفهية باطلة.

د - ان أكل المال بازاء ما لا يقدر علي تسليمه أكل له بالباطل، و هو منهي عنه بمقتضي قوله تعالى: لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ (1).

وفيه: ان من المحتمل أن يكون المقصود: لا تأكلوا أموالكم بالأسباب الباطلة و ليس لا تأكلوها بلا مقابل. و يكفي الاحتمال في المقام حيث تعود المطلقات بلا مانع يمنع من التمسك باطلاقها.

ه - التمسك بالنبوي المتقدم في الفضولي: «لا تبع ما ليس عندك».

وفيه: انه لو تمّ سنده فمن المحتمل ان يكون المقصود الكناية عن عدم الملكية و ليس عن عدم القدرة علي التسليم، و يكفي الاحتمال لما تقدّم.

و - و أحسن ما يمكن التمسك به الروايات الناهية عن بيع الأبق بلا ضميمه، كما في موثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: «الرجل يشتري العبد و هو أبق عن أهله، قال: لا يصلح إلا ان يشتري معه شيئاً آخر و يقول: اشترى منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا، فان لم يقدر علي العبد كان الذي نّقه فيما اشترى منه» (2).

و إذا لم يحتمل اختصاص مثل الرواية المذكورة بموردها أمكنت الفتوي باعتبار الشرط المذكور و إلا فلا بدّ من التنزل إلي الاحتياط تحفظاً من مخالفة المشهور و الاجماع المدعي علي الشرطية.

3 - و اما وجه الاستثناء

فواضح من خلال الموثقة المتقدمة بعد فهم العرف عدم الخصوصية لموردها.

ص: 40

1- النساء: 29.

2- وسائل الشيعة 12: 263 الباب 11 من أبواب عقد البيع و شروط الحديث 2.

فلا خلاف فيه بين الأصحاب، و تدلّ عليه روايات كثيرة من قبيل:

أ - صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعدّه فيكّال بمكيال ثمّ يعدّ ما فيه ثم يكال ما بقي علي حساب ذلك العدد، قال: لا بأس به»⁽¹⁾، فأثّها تدلّ علي ارتكاز عدم جواز بيع المعدود بلا عدّ، و الامام عليه السلام قد أمضى الارتكاز المذكور. و موردها و ان كان هو المعدود إلّا ان الخصوصية له غير محتملة فيتعدّي إلي غيره.

ب - صحيحة محمد بن حمران: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترينا طعاما فزعم صاحبه أنّه كاله فصدّقناه و أخذناه بكيله، فقال: لا بأس، فقلت: أيجوز ان أبيع كما اشتريته بغير كيل؟ قال: لا، اما انت فلا تبعه حتي تكيله»⁽²⁾.

و اما حديث نهى النبي صلّي الله عليه و آله عن بيع الغرر⁽³⁾ فهو ضعيف سندا - للإرسال - و دلالة باعتبار ان الجهل بالمقدار لا يلازم الغرر بمعني الخطر، فمن باع شيئا مردّدا بين كونه مثقال ذهب أو نصف مثقال بدرهم صدق عليه الجهل بمقدار المبيع من دون صدق الغرر بمعني المخاطرة.

هذا كلّه بالنسبة إلي المبيع.

و اما اعتبار ضبط الثمن فيمكن ان يستفاد من الروايات السابقة

ص: 41

- 1- وسائل الشيعة 12:259 الباب 7 من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث 1.
- 2- وسائل الشيعة 12:256 الباب 5 من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث 4.
- 3- وسائل الشيعة 12:330 الباب 40 من أبواب آداب التجارة، الحديث 2.

بعد تنقيح المناط و الغاء العرف خصوصية المورد حيث يفهم ان المعلوماتية معتبرة في العوضين بلا خصوصية للمبيع.

5 - و اما كفاية المشاهدة فيما ينضبط بها

فلأنّ المستفاد من النصوص السابقة اعتبار معلوماتية العوضين فإذا تحققت بالمشاهدة كفت، و لا دليل علي اعتبار ما هو أكثر منها.

6 - و اما اعتبار ضبط الجنس و الصفات

فلأنّ مورد النصوص السابقة و ان كان هو المقدار إلا ان المفهوم منها اعتبار المعلوماتية الرافعة للجهاالة، و ذلك لا يتحقق بضبط المقدار دون الجنس و الصفات.

7 - و اما اعتبار ان يكون المبيع عينا و عدم صحّة كونه منفعة أو

عملا

فلأنّ ذلك ان لم يكن هو المتبادر من لفظ البيع علي خلاف الاجارة - التي يتبادر منها التعلّق بالمنفعة أو العمل - فلا أقلّ من الشك في اعتبار ذلك، و معه لا- يصحّ التمسك بالعمومات لأنّه تمسك بالعام في الشبهة المصدقية، و هو لا يجوز لأنّ الحكم لا يتكفّل باثبات موضوعه.

أجل يصح أن لا يكون الثمن عينا لعدم احتمال اعتبار ذلك في المفهوم العرفي للبيع.

8 - و اما القول باشتراط المالية

فقد يستدلّ له بما في المصباح من كون البيع مبادلة مال بمال(1).

وفيه: ان الاطلاقات العرفية أعم من ذلك، فالورقة الصغيرة ليست مالا و لكن باعتبار اشتمالها علي دعاء خاص لي كامل الاعتقاد به أقدم علي شرائها و يصدق البيع و الشراء علي ذلك من دون تشكيك.

ص: 42

و مع تحقّق الصدق في زماننا فباستصحاب القهقري - أو اصالة عدم النقل - يثبت الوضع للمعني الواسع عصر صدور النصوص.

و إذا قيل: مع عدم المالية تقع المعاملة باطلة لكونها سفهية.

قلنا: سفهية المعاملة أوّل الكلام لفرض وجود غرض عقلائي خاص بالمشتري.

و لو تنزّلنا فبالامكان أن نقول: لم يتم دليل علي اشتراط صحّة المعاملة بعدم كونها سفهية بالبيان المتقدّم.

و من خلال هذا يتّضح امكان تصحيح بيع الدم و العذرة و الحشرات و ما شاكل ذلك علي تقدير التسليم بعدم ماليّتها.

9 - و اما وجه ما ذكر أخيرا

فباعتبار ان جواز التصرف منوط بالرضا و طيب النفس كما دلّ عليه حديث النبي صلّي الله عليه و آله: «لا يحلّ دم امرئ مسلم و لا ماله إلاّ بطيبة نفسه»⁽¹⁾.

4 - الخيارات

اشارة

الخيار الثابت في المعاملات علي أقسام:

1 - خيار المجلس

اشارة

1 - و هو ثابت لخصوص المتبايعين في مجلس البيع و يستمر ما دام لم يتم التفرّق بينهما.

ص: 43

1- وسائل الشيعة 3:19 الباب 1 من أبواب القصاص في النفس الحديث 3.

و لا يثبت للوكيل في مجرد اجراء الصيغة.

و المستند في ذلك:

1 - اما اصل ثبوت خيار المجلس في الجملة

فمما لا إشكال فيه، وقد دلّت عليه الروايات المستفيضة، من قبيل صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتي يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيّام»(1).

و في مقابل ذلك موثق غياث بن ابراهيم: «قال علي عليه السلام: إذا صفق الرجل علي البيع فقد وجب و ان لم يفترقا»(2).

و هو ان أمكن توجيهه بحمل التصفيق المذكور فيه علي ما قصد به اسقاط الخيار فلا اشكال و إلا يلزم طرحه لمخالفته لإجماع الأصحاب و الضرورة الثابتة بينهم، بل ان كثرة الروايات الدالة علي ثبوته يمكن ان تشكّل عنوان السنّة القطعية، و المخالف لها يلزم طرحه، لأن المخالف للكتاب انما لزم طرحه لا لمخالفة الكتاب بعنوانها بل لأن الكتاب الكريم يمثّل دليلا قطعيا فيلزم طرح كل ما يخالف الدليل القطعي.

2 - و اما اختصاصه بالمتبايعين و عدم شموله لمطلق المتعاقدين

فللقصور في المقتضي.

3 - و اما التعبير ب «مجلس البيع»

فهو من باب ذكر الفرد الغالب و إلا فلو جري العقد حالة المشي ثبت الخيار أيضا لعدم تعبير النص بالمجلس.

ص: 44

1- وسائل الشيعة 12:345 الباب 1 من أبواب الخيار الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 12:347 الباب 1 من أبواب الخيار الحديث 7.

4 - و اما ان الغاية افتراقهما دون الافتراق عن المجلس

فلتعبير الصحيحة ب «حتي يفترقا» الظاهر في الافتراق بينهما دون افتراقهما عن المجلس.

5 - و اما عدم ثبوته للوكيل في اجراء الصيغة فقط

فلا تصرف عنوان «البيع» عنه، بل لا يحتمل ثبوته له بعد ما كان الغرض من الخيار هو التروي و الارفاق اللذين لا معني لهما في حقه.
وقد يضاف إلي ذلك: ان الوكيل المذكور وكيل في اجراء الصيغة فقط وليس في الفسخ عن المالك، لكنه قابل للتأمل، فان عدم ثبوت حق الفسخ له من المالك لا ينافي ثبوته له بما هو عاقد من قبل الشرع تعبدا.
و من خلال ما ذكرناه يتضح الحال في الوكيل في تمام شئون المعاملة و ان المناسب ثبوت الخيار له لعدم انصرف عنوان «البيع» عنه.

2 - خيار الحيوان

اشارة

2- و هو ثابت لمشتري الحيوان ثلاثة أيام، و قيل: بثبوته لبايعه أيضا.
و إذا كان الثمن حيوانا ثبت لبايعه أيضا.
و مبدأ الثلاثة من حين العقد دون التفرق.
و يكفي التلقيح لو كان العقد أثناء النهار.
و تدخل الليلتان المتوسطتان في مدة الخيار، و هكذا الليلة الثالثة عند التلقيح.
و المستند في ذلك:

1 - اما ان خيار الحيوان ثلاثة أيام

فلا خلاف فيه في الجملة،

و الروايات به مستفيضة، ففي صحيحة ابن مسلم المتقدمة: «و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام».

2 - و اما ان الخيار للمشتري بالرغم من عدم دلالة الصحيحة

السابقة عليه

فللتصريح بذلك في جملة من الروايات الاخرى، كصحيحة علي بن رثاب: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار، للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما(1)؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة»(2).

وفي موثقة ابن فضال: «سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا عليه السلام يقول: صاحب الحيوان المشتري بالخيار بثلاثة أيام»(3).

3 - و اما القول بثبوتها للبائع أيضا

فيمكن الاستدلال له بصحيحة اخري لمحمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوي ذلك من بيع حتى يفترقا»(4).

وفيه: ان بالإمكان الجمع بحمل الصحيحة المذكورة علي حالة كون كلا العوضين حيوانا لصراحة صحيحة ابن رثاب في اختصاص الخيار بالمشتري.

و مع التنزل يستقر التعارض بين الصحيحتين و يتعين الحكم بالاختصاص بالمشتري أيضا، اما لترجيح صحيحة ابن رثاب باعتبار موافقتها للكتاب الكريم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الدال علي لزوم كل عقد من

ص: 46

1- المناسب: كليهما.

2- وسائل الشيعة 12:350 الباب 3 من أبواب الخيار الحديث 9.

3- وسائل الشيعة 12:349 الباب 3 من أبواب الخيار الحديث 2.

4- وسائل الشيعة 12:349 الباب 3 من أبواب الخيار الحديث 3.

طرف البائع ما عدا فترة خيار المجلس الخارجة بالتخصيص، أو لأنه بعد استقرار التعارض يتساقطان و يلزم الرجوع للقاعدة، و هي تقتضي اللزوم من طرف البائع، فإن قوله عليه السّلام في روايات خيار المجلس:

«البيعان بالخيار حتي يفترقا»⁽¹⁾ يدل بإطلاقه علي اللزوم بعد الافتراق في الحيوان وغيره و من طرف البائع و المشتري، و يقتصر في الخروج عنه علي القدر المتيقّن، و هو ثبوت خيار الحيوان لمشتري الحيوان.

4 - و اقا ثبوته للبائع إذا كان الثمن حيوانا

فللتمسك بإطلاق عنوان «صاحب الحيوان» الوارد في صحيحة ابن مسلم المتقدّمة، فإنه كما يشمل المشتري حالة كون المثلن حيوانا كذلك يشمل البائع حالة كون الثمن حيوانا.

و لا موجب لرفع اليد عن الاطلاق المذكور سوي أحد امور ثلاثة:

اما انصراف عنوان «صاحب الحيوان» لخصوص المشتري لكون ذلك الحالة الغالبة، أو التصريح في صحيحة ابن رثاب بثبوت الخيار للمشتري فقط ، أو تقييد صاحب الحيوان في موثقة ابن فضال بالمشتري.

و الكل كما تري.

اما الأول فلعدم كون الغلبة الوجودية موجبة لتقييد اطلاق المطلق.

و اما الثاني فلأنّ الصحيحة صرّحت بثبوته للمشتري فقط من جهة فرض كون المبيع حيوانا فقط .

ص: 47

1- وسائل الشيعة 12:345 الباب 1 من أبواب الخيار الحديث 1.

و اما الثالث فلأنّ تقييد صاحب الحيوان بالمشتري يمكن أن يكون:

اما لدفع احتمال كون المقصود منه صاحب الأول للحيوان، و هو البائع.

أو لوروده مورد الغالب من كون صاحب الحيوان مشتريا، فان الغلبة قد يصحّ تنزيل التقييد عليها دون اطلاق المطلق.

أو لوصف الحيوان - دون صاحبه - بانه مشتري، بان تكون كلمة «المشتري» بصيغة المبني للمفعول دون الفاعل.

5 - و اما ان مبدأ الثلاثة هو العقد دون التفرق - خلافا لجماعة -

فلظاهر صحيحة ابن مسلم المتقدمة، فإنها دالة علي ان الخيار الذي ينتهي بالتفرّق يستمر في الحيوان إلي ثلاثة أيام، و من الواضح ان خيار المجلس الذي ينتهي بالتفرّق يبتدىء من حين العقد فيلزم أن يكون الأمر كذلك في خيار الحيوان.

وبهذا يتّضح التأمل فيما استدل به علي كون البداية هي التفرّق من استصحاب عدم حدوث الخيار قبل انقضاء المجلس، أو استصحاب عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثة من حين العقد، أو بانه يلزم اجتماع سببين علي مسبب واحد.

ووجه التأمل:

اما بالنسبة إلي الاستصحابين فلأن النوبة لا تصل إلي الدليل الفقاهتي مع وجود الدليل الاجتهادي.

علي ان الاستصحاب الأول مثبت لأنّ المطلوب اثبات عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثة من حين العقد، و هو لازم غير شرعي لعدم حدوثه قبل

و اما بالنسبة إلي الأخير فلأن قياس الامور الاعتبارية علي الامور التكوينية قياس مع الفارق.

6 - و اما دخول الليتين

فلأن اليوم و ان كان ظاهرا في خصوص بياض النهار إلا ان المستفاد من الروايات استمرار الخيار الواحد، و لازمه دخول الليتين.

7 - و اما كفاية التلقيح

فلأن ذلك هو المفهوم عرفا من التحديد بثلاثة أيام و نحوه، فهو يفهم ان العقد لو وقع بداية بياض النهار استمر ثلاثة من دون تكسير، و لو وقع أثناء بياض النهار استمر إلي أثناء بياض اليوم الرابع.

و هذا البيان نفسه يأتي في عشرة الاقامة و ثلاثة الحيض و عشرته.

8 - و اما دخول الليلة الثالثة حالة التلقيح

فلما تقدّم في دخول الليتين.

3 - خيار الشرط

اشارة

3 - و هو الثابت بسبب اشتراطه في العقد للمتعاقدين أو لأحدهما أو لأجنبي.

و يلزم لدي المشهور ضبط المدّة المجمعول فيها الخيار و عدم ترددها بين الزيادة و النقصان.

و من أفراد الخيار المذكور بيع العين علي أن يكون للبائع الخيار في استرجاعها عند ردّ الثمن نفسه - علي تقدير وجوده - أو مثله - علي تقدير

عدمه - خلال فترة معينة. و يصطلح عليه ببيع الخيار.

كما يجوز للمشتري أيضا اشتراط الخيار عند ردّ العين خلال فترة معينة.

والمستند في ذلك:

1 - اما ان الخيار يثبت باشرطه

فلعدّة وجوه نذكر منها:

أ - التمسك بقاعدة «المسلمون عند شروطهم» المستفادة من صحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عزّ وجلّ فلا يجوز»⁽¹⁾.

ونوقش ذلك بأن شرط الخيار مخالف للكتاب الكريم أو فوّا بالعقود الدال علي لزوم كل عقد، و للسنّة الشريفة - فإذا افترقا فلا خيار - الدالّة علي لزوم البيع بعد الافتراق.

ويمكن الجواب بأنّ اللزوم و وجوب الوفاء ليسا بمعني وجوب ابقاء العقد بعد الافتراق تعبدا بل هما بمعني حرمة التخلّف عمّا تمّت عليه المعاقدة، و هو لا يتنافي مع اشتراط الخيار في بداية المعاقدة.

ب - التمسك بإطلاق قوله تعالى: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (2) الشامل للبيع المشتمل علي الخيار.

ج - التمسك بصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري. و هو بالخيار فيها ان شرط أو لم يشترط»⁽³⁾، فإنّها تدلّ علي ان ثبوت الخيار في غير الحيوان يمكن أن يتمّ من خلال الشرط .

ص: 50

1- وسائل الشيعة 12:353 الباب 6 من أبواب الخيار الحديث 2.

2- البقرة: 275.

3- وسائل الشيعة 12:349 الباب 3 من أبواب الخيار الحديث 1.

2 - واما جواز اشتراطه للأجنبي

فلإطلاق الوجه المتقدمه كلا أو جلا.

3 - واما اعتبار ضبط المدة

فلا وجه له سوي صيرورة البيع نفسه غوريا لدي جهالة الشرط ، وقد نهى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ عَنْ بَيْعِ الْغُرْرِ (1).
بيد انه قد تقدّم ضعف سند الحديث، و يبقى الحكم مبني علي الاحتياط تحفظا من مخالفة الاجماع المدعي في المسألة.

4 - واما بيع الخيار فالوجه في صحته:

أ- التمسك بالبيان المتقدم في خيار الشرط حيث انه من مصاديقه.

ب- التمسك بالروايات الخاصة من قبيل موثقة إسحاق بن عمّار:

«حدّثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلي بيع داره فجاء إلي أخيه فقال: ابيعك داري هذه وتكون لك أحب إلي من ان تكون لغيرك علي ان تشترط لي ان انا جئتك بثمانها إلي سنة ان تردّ عليّ ، فقال: لا بأس بهذا...» (2).

ودلالة الموثقة وان كانت واضحة إلا ان سندها قابل للتأمل، فإن الشيخ الطوسي نقلها كما ذكر (3)، في حين ان الشيخ الصدوق نقلها عن إسحاق هكذا: «سأله رجل وأنا عنده فقال:...» (4)، و الشيخ الكليني نقلها عن إسحاق هكذا: «أخبرني من سمع أبا عبد الله عليه السلام قال: سأله رجل وأنا

ص: 51

1- وسائل الشيعة 12:330 الباب 40 من أبواب آداب التجارة الحديث 3.

2- وسائل الشيعة 12:355 الباب 8 من أبواب الخيار الحديث 1.

3- التهذيب 7:23.

4- الفقيه 3:128.

عنده فقال له...»(1).

وهي بالنقلين الأولين لا إشكال فيها إلا أنها بالنقل الثالث محل اشكال لأن السامع من الامام عليه السلام الذي ينقل إسحاق الرواية عنه مجهول، ولعله غير ثقة، ومعها يحصل التعارض في النقل، إذ من البعيد تعدد النقل الحاصل من إسحاق بل هو اما قال: سمعت مّمن سمع الامام عليه السلام أو قال: سمعت الامام عليه السلام وقد سأله رجل وأنا عنده، وحيث لا مرجح للثاني فتسقط الرواية عن الاعتبار.

ولكن لئن لم يمكننا تصحيح سند الموثقة المذكورة فبالا مكان التعويض عنها بروايات اخري، كموثقة معاوية بن ميسرة(2).

5 - واما انه يلزم ردّ الثمن نفسه علي تقدير وجوده و بدله علي

تقدير عدمه

فلأن ذلك من لوازم الفسخ المقتضي لرجوع كل واحد من العوضين إلي صاحبه عند وجوده و بدله علي تقدير عدمه.

6 - واما جواز اشتراط الخيار المذكور للمشتري أيضا

فلأن الروايات الخاصة و ان لم تشمل ذلك الا انه يكفي اقتضاء القاعدة بالبيان المتقدم.

4 - خيار تخلف الشرط

اشارة

4 - كل من اشترط شرطا في العقد صريحا أو ضمنا و كان غير مخالف للشرع و لا لمقتضي العقد يلزم الوفاء به. و عند تخلف المشروط عليه عن القيام به يثبت للشارط الخيار.

ص: 52

1- الكافي 5:171.

2- وسائل الشيعة 12:355 الباب 8 من أبواب الخيار الحديث 3.

والمستند في ذلك:

1 - اما ان الشرط الذي يجب الوفاء به هو ما كان مذكورا في

العقد بأحد النحويين

فباعتبار انه عبارة عن الالتزام ضمن الالتزام، فإذا لم يكن ضمن العقد يكون التزاما ابتدائيا و ليس شرطا ليشمله عموم «المسلمون عند شروطهم».

2 - و اما اعتبار ان لا يكون مخالفا للشرع فلوجهين:

أ - عدم احتمال الزام الشارع بالوفاء لما كان مخالفا له.

ب - تقييد وجوب الوفاء في صحيحة ابن سنان السابقة بذلك.

3 - و اما اعتبار ان لا يكون مخالفا

لمقتضي العقد - كالبيع بلا ثمن - فلوجهين:

أ - ان الوفاء بالعقد حيث يتنافي مع مضمون الشرط فيلزم أحد أمرين: اما عدم وجوب الوفاء بالعقد و من ثمّ بطلانه، أو عدم وجوب الوفاء بالشرط و من ثمّ بطلانه، و علي كلا التقديرين يلزم بطلان الشرط و عدم وجوب الوفاء به.

ب - ان الشرط إذا كان مخالفا لمقتضي العقد فهو مخالف للكتاب الكريم الدال علي ترتّب مقتضي العقد عليه.

4 - و اما وجوب الوفاء بالشرط تكليفا فلوجه:

أ - التمسك بقوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»⁽¹⁾، فانه يدل علي ان الوفاء بالشرط لا ينفك عن الإسلام، و عدمه لا ينفك عن عدمه، و لازم ذلك وجوب الوفاء بالشرط .

ص: 53

1- وسائل الشيعة 12:353 الباب 6 من أبواب الخيار الحديث 2.

ب - التمسك بقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (1)، اما بتقريب ان المقصود من العقود هو العهود - كما روي ذلك عبد الله بن سنان عن الامام الصادق عليه السلام (2)، و العهد صادق علي الشرط - أو بتقريب ان العقد إذا وجب الوفاء به فيلزم الوفاء بالشرط أيضا لأنه جزء مما تم التعاقد عليه.

ج - التمسك بالروايات الخاصة، من قبيل موثقة إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام ان علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: «من شرط لامرأته شرطا فليف لها به، فان المسلمين عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما» (3)، فانها واضحة في وجوب الوفاء.

و موردها و ان كان عقد النكاح الا انه يتعدى إلي غيره اما لعدم القول بالفصل أو لأن التعليل ينفي احتمال الخصوصية.

و بهذا يتضح ان ما أفاده الشهيد في اللمعة - من عدم وجوب الوفاء بالشرط و ان فائدته تنحصر في جواز الفسخ عند تخلفه (4) - قابل للتأمل.

5 - و اما ثبوت الخيار عند تخلف الشرط

فلأن مرجع الاشتراط عرفا إلي تعليق الالتزام بالعقد علي تحقق الشرط خارجا، فعند عدم تحققه لا التزام بالعقد الذي هو عبارة اخري عن جعل الشارط الخيار لنفسه عند تخلف الشرط .

ص: 54

1- المائدة: 1.

2- وسائل الشيعة 16: 248 الباب 25 من كتاب النذر و العهد الحديث 3.

3- وسائل الشيعة 12: 354 الباب 6 من أبواب الخيار الحديث 5.

4- اللمعة الدمشقية كتاب التجارة الفصل 9 الخيار 10.

ووجه الشيخ الأعظم ثبوت الخيار بقوله: «إذا امتنع المشروط عليه عنه فقد نقض العقد فيجوز للمشروط له أيضا نقضه»(1).

5 - خيار الغبن

إشارة

5- وهو ثابت من حين العقد للمغبون - بايعا كان أو مشتريا - مع جهله بالحال لا علي الفورية بل يجوز التأخير لغرض عقلائي.

والمستند في ذلك:

1 - اما ثبوت الخيار عند الغبن

فلا إشكال فيه و إنما الاشكال في تخريجه الفني.

وقد ذكرت عدّة تقرّيات، أوجهها التمسك بفكرة الشرط الضمني بتقريب ان كل عاقد عاقل يشترط ضمن العقد لنفسه الخيار - اشتراطا ضمّنيًا - علي تقدير كونه مغبونا و كون التفاوت فاحشا.

2 - و اما انه من حين العقد

- خلافا للقول بكونه عند ظهور الغبن - فلأن المشترط ضمنا ثبوت الخيار عند ثبوت الغبن واقعا و ان لم يظهر، و عليه إذا فسخ المغبون قبل ظهور غبنه وقع صحيحا.

3 - و اما التعميم للبائع و المشتري

فلاشتراك النكته.

4 - و اما اعتبار الجهل

فلاختصاص نكته الخيار المتقدمه بحالة الجهل.

5 - و اما فورية خيار الغبن

فمحل خلاف.

و استدلل لها بان الخيار علي خلاف الأصل فيقتصر فيه علي

ص: 55

1- كتاب المكاسب 3:33، انتشارات إسماعيليان.

المتيقن. وأوضح المحقق الثاني الأصل بان «العموم في أفراد العقود يستتبع عموم الأزمنة والال لم ينتفع به»⁽¹⁾.

واستدل للتراخي بالاستصحاب، وهو يتم بناء علي تمامية أمرين:

أ - جريان الاستصحاب في موارد الشك في المقتضي وعدم اختصاصه بموارد الشك في الرفع خلافا للشيخ الأعظم والنائيني.

ب - جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية وعدم معارضة أصالة بقاء المجعول بأصالة عدم الجعل الزائد.

و المناسب ان يقال: ان التأخير إذا كان لغرض عقلائي - كانتظار حضور الغابن - فلا يسقط به الخيار و انما يسقط إذا كان في التأخير دلالة علي الاغماض عن الخيار، فان النكته المتقدمة لثبوت الخيار تقتضي ما ذكرناه.

6 - خيار العيب

اشارة

6 - كل من انتقل إليه بالبيع أو الشراء ما فيه عيب كان له رده. و المشهور جواز المطالبة بالارش أيضا الا مع احداث حدث فيه فيتعيّن الارش.

و يسقطان مع العلم بالعيب او البراءة من العيوب.

و لا فورية في اعمال الخيار المذكور.

و الخيار في الردّ يعمّ جميع المعاملات و ان كان الارش خاصا بالبيع.

و المستند في ذلك:

ص: 56

1- كتاب المكاسب 2:292، انتشارات إسماعيليان.

1 - اما جواز ردّ المعيب

فقد دلّت عليه عدّة روايات، و لكنّها خاصّة بموردها من قبيل صحيحة ميسر عن أبي عبد الله عليه السّلام: «رجل اشترى زق زيت فوجد فيه درديا(1) قال: فقال: ان كان يعلم ان ذلك يكون في الزيت لم يرده، وان لم يكن يعلم ان ذلك يكون في الزيت رده علي صاحبه»(2).

الا ان الحكم يمكن اثباته علي طبق القاعدة بلا حاجة إلي رواية، وذلك بالتمسك بفكرة الشرط الضمني، فان كل من يقدم علي معاملة يشترط ضمنا السلامة و الخيار لنفسه علي تقدير عدمها.

2 - و اما التعميم للبائع و المشتري

فلعدم اختصاص فكرة الشرط الضمني بالمشتري.

3 - و اما التخيير بين الردّ و الارش الذي صار له المشهور

فلا رواية تدلّ عليه و انما الوارد ثبوت الارش عند حصول بعض التصرفات المانعة من الرد. و يجوز ان يكون ذلك من باب تعيّن الرد حالة عدم التصرف، و الارش حالة التصرف و ليس من باب تعيّن أحد طرفي التخيير بتعدّد الآخر.

أجل ورد في الفقه الرضوي: «فان خرج في السلعة عيب و علم المشتري فالخيار إليه ان شاء رده و ان شاء أخذه أو ردّ عليه بالقيمة ارش العيب»(3).

ص: 57

1- الدردي في الزيت و نحوه: ما يبقي في اسفله.

2- وسائل الشيعة 12: 419 الباب 7 من أبواب أحكام العيوب الحديث 1.

3- مستدرک الوسائل الباب 12 من أبواب الخيار الحديث 3. و الظاهر زيادة الالف في (أو).

بيد ان الكتاب المذكور ساقط عن الاعتبار لعدم ثبوت نسبته إلي الامام الرضا عليه السلام وان أصرّ علي ذلك بعض الأصحاب كصاحب
الحدائق(1).

نعم من يري حجية الشهرة الفتوائية و الاجماع المنقولة فبامكانه الاستناد إليها، و الا فالمناسب اختصاص الارش بحالة عدم امكان الردّ
بسبب التصرّف لصحيفة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب و عوار لم يتبرأ إليه و لم يبيّن له فأحدث فيه
بعد ما قبضه شيئاً ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء انه يمضي عليه البيع و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو
لم يكن به»(2).

و السند يشتمل علي موسى بن بكر الواسطي، و هو لم يوثق في كتب الرجال الابناء علي كبري وثيقة كل من ورد في أسانيد تفسير القمي.

أجل ورد في الحديث ان أبا الحسن عليه السلام أرسل خلفه و قال له:

«مالي أراك مصفراً أ لم أمرك بأكل اللحم؟ فأجاب ما أكلت غيره منذ أمرتني، فقال عليه السلام: كيف تأكله؟ فقال: طيخاً، قال: كله كباباً.
و بعد جمعة أرسل خلفه الامام عليه السلام فإذا الدم قد عاد في وجهه و أرسله إلي الشام في بعض حوائجه»(3).6.

ص: 58

1- الحدائق الناضرة 1:25. و للشيخ النوري في مستدرکه 19:230-322 بحث مفصّل عن الكتاب المذكور.

2- وسائل الشيعة 12:362 الباب 16 من أبواب الخيار الحديث 2.

3- الكافي 6:319.

ولكن الحديث ضعيف سنداً لان الراوي له الواسطي نفسه، و دلالة لان اعتناء الامام عليه السلام بصحته و ارساله في بعض حوائجه لا يلازم الوثاقة.

و الاولي الاستدلال علي قبول رواياته بما رواه الشيخ الكليني بطريق معتبر عن الحسن بن محمد بن سماعة: «دفع إلي صفوان كتاباً لموسي بن بكر فقال لي: هذا سماعي من موسي بن بكر و قرأته عليه فإذا فيه: موسي بن بكر عن علي بن سعيد عن زرارة. قال صفوان: هذا ممّا ليس فيه اختلاف عند أصحابنا»(1).

4 - و اما سقوط الرد و الارش حالة العلم أو البراءة

فلقصور فكرة الشرط الضمني و النصوص المتقدمة عن الشمول لمثل ذلك.

5 - و اما انه لا فورية في الخيار المذكور

فذلك واضح بالنسبة إلي الرد لان الاشتراط الضمني لم تؤخذ فيه الفورية في اعمال الخيار.

و اما بالنسبة الي الارش فعدم فوريته مقتضي اطلاق صحيحة زرارة، و مع التنزل و التسليم بدعوي انها في مقام بيان أصل الخيار دون خصوصياته فلا أقلّ من اطلاقها المقامي.

6 - و اما ان الرد بالعيب يعم جميع المعاملات

فلعدم اختصاص فكرة الشرط الضمني بالبيع بل تعم غيره.

اجل يختص الارش بالبيع لاختصاص صحيحة زرارة - التي هي مدرکه - به.

ص: 59

إشارة

7 - من باع من دون قبض العوضين ولا أحدهما فالبيع عليه لازم ثلاثة أيام وله الفسخ بعدها ما دام لم يشترط تأخير قبضهما أو أحدهما. و يصطلح عليه بخيار التأخير.

و متي ما تمّت المعاملة يلزم تسليم العوضين بعدها فاذا امتنع احدهما كان للآخر الفسخ، ولا يختص هذا بالبيع بخلاف ما سبق.

و من باع ما يسرع إليه الفساد - كبعض الفواكه - فالامهال ليس إلي ثلاثة، بل الي ما قبل طروه.

و المستند في ذلك:

1 - اما ثبوت الخيار بالتأخير

فلا إشكال فيه في الجملة. و تدلّ عليه عدّة روايات، كصحيحه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول حتي آتيك بثمانه. قال: ان جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام و الا فلا بيع له»⁽¹⁾.

و لا يضر ضعفها بعلي بن حديد في أحد طريقي الكليني بعد سلامة بقيّة طرقها من ذلك.

وقد يستفاد من نفي الإمام عليه السلام البيع بقوله: «و الا فلا بيع له» بطلان البيع اما من الأساس أو بعد الثلاثة دون ثبوت الخيار للبائع، و بذلك لا تكون دالة علي ما ذهب إليه المشهور.

الا ان ذلك ضعيف باعتبار ان المقصود تسهيل الأمر علي البائع

ص: 60

1- وسائل الشيعة 12:356 الباب 9 من أبواب الخيار الحديث 1.

و هو يتحقّق بنفي اللزوم من ناحيته، كيف و هل يحتمل ان البائع لا يحق له الانتظار أكثر من ثلاثة متبرّعا.

و بعد هذا لا تبقي حاجة إلي ما أفاده الشيخ الأعظم بقوله: «و كيف كان فلا أقل من الشك فيرجع إلي استصحاب الآثار المترتبة علي البيع.

و توهم كون الصّحة سابقا في ضمن اللزوم فترتفع بارتقاعه، مندفع بان اللزوم ليس من قبيل الفصل للصّحة و انما هو حكم مقارن له في خصوص البيع الخالي من الخيار»(1).

2 - و اما اشتراط عدم قبض العوضين و لا أحدهما

فللتصريح بذلك في الصحيحة المتقدّمة.

و اما اعتبار عدم اشتراط التأخير فلأن ذلك هو المنصرف من الصحيحة.

3 - و اما انه يلزم تسليم العوضين بعد تمامية المعاملة

فلأن كل طرف يملك بالمعاملة ما انتقل إليه فالتأخير من دون رضاه غير جائز الا مع الانصراف اليه، و هو غير ثابت بل الثابت عكسه.

4 - و اما انه يحق للآخر الفسخ علي تقدير امتناع أحدهما

فذلك للاشتراط الضمني علي احتفاظ كل منهما بالخيار لنفسه علي تقدير امتناع الآخر من التسليم.

5 - و اما اختصاص خيار التأخير بالبيع

فلاختصاص صحیحة زرارة السابقة و غيرها به، و هذا بخلاف جواز الفسخ علي تقدير امتناع أحدهما من التسليم فان نكته عامة لغير البيع أيضا.

ص: 61

6 - و اما بيع ما يسرع إليه الفساد

فقد دلّت بعض الروايات علي ثبوت الخيار فيه بعد دخول الليل إذا كان يفسده المبيت كما في رواية محمد بن أبي حمزة أو غيره عمّن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام: «الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه و يتركه حتي يأتيه بالثمن، قال: ان جاء فيما بينه و بين الليل بالثمن و الا فلا بيع له»⁽¹⁾.

و لكنها ضعيفة السند بالارسال. و لا بدّ من حملها علي حالة تحقّق الفساد بالمبيت، اما إذا كان يتحقّق في وسط النهار مثلا فالخيار لا بدّ و ان يكون ثابتا قبيلا ذلك بنحو يمكن بيعه لو فسخ.

و الوجه في ذلك هو الاشتراط الضمني الارتكازي إذ العاقل لا يقدم علي اتلاف ماله بلا مقابل.

8 - خيار الرؤية

اشارة

8 - من اشترى اعتمادا علي رؤية سابقة أو علي وصف بدون رؤية ثم وجده علي خلاف ذلك كان بالخيار بين الردّ و الامسك.

و لا يحق له المطالبة بالارش كما لا يسقط خياره ببذل البائع الارش أو ابدال العين باخري.

و الخيار يثبت للبائع أيضا إذا كان قد رأى المبيع أو اعتمد علي وصف ثم انكشف الخلاف.

بل يثبت الخيار للبائع أو المشتري إذا اتّضح الخلاف في الثمن.

و ليس الخيار المذكور ثابتا بنحو الفورية.

ص: 62

1- وسائل الشيعة 12:359 الباب 11 من أبواب الخيار الحديث 1.

والمستند في ذلك:

1 - اما ثبوت الخيار عند تخلف الرؤية أو الوصف

فهو المعروف بين الأصحاب، و استدل له بصحيح جميل بن دراج: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلما ان نفذ المال صار الي الضيعة فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله، فقال أبو عبد الله عليه السلام: انه لو قلب منها ونظر إلي تسعة و تسعين قطعة ثم بقي منها قطعة ولم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية»(1).

و هو ان تمت دلالته علي المطلوب فلا إشكال و الا أمكن التمسك بفكرة الاشتراط الضمني، فان من يشتري اعتمادا علي الرؤية أو الوصف يشترط لنفسه الخيار ضمنا و ارتكازا علي تقدير التخلف.

و السيرة العقلائية المنعقدة علي استحقاق المشتري للفسخ عند التخلف واضحة في ذلك.

2 - و اما انه لا تجوز المطالبة بالارش و لا يسقط الخيار ببذله و لا

بالابدال بعين اخري

فلأن ثبوت الارش يحتاج إلي دليل، و هو خاص بالعيب، و مقتضي الاشتراط الضمني ثبوت الحق في الفسخ دون الارش أو الابدال.

3 - و اما التعميم للبائع و لانكشاف الخلاف في الثمن

فلعوموم نكته الاشتراط الضمني.

4 - و اما عدم اعتبار الفورية في اعمال الخيار

فلعدم اقتضاء فكرة الاشتراط الضمني لذلك.

ص: 63

في حرمة الربا و موارد تحققه و شروطه

إشارة

الربا حرام بالضرورة، و يتحقق في موردين:

أ - القرض. و يأتي البحث عنه في كتاب القرض إن شاء الله تعالى.

ب - و البيع. و ذلك فيما إذا بيع أحد المتحدين جنسا بالآخر مع زيادة أحدهما زيادة عينية أو حكمية و افتراض كونهما من المكمل أو الموزون، فشروط تحققه في البيع - علي هذا - ثلاثة.

و في عموم التحريم لغير البيع - كالصلح - خلاف.

و المستند في ذلك:

1 - اما حرمة الربا

فهي من الضروريات. و قد دلّ عليها الكتاب الكريم في أكثر من موضع، كقوله تعالى: الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ... وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا (1)، يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَ ذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ * فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَ رَسُولِهِ (2).

و ما ورد في السنة الشريفة كثير، ففي موثق عبد الله بن بكير: «بلغ أبا عبد الله عليه السلام عن رجل انه كان يأكل الربا و يسميه اللبأ (3)، فقال: لئن

ص: 64

1- البقرة: 275.

2- البقرة: 278-279.

3- اللبأ بكسر اللام و فتح الباء و الهمزة بعدها: أول لبن الام. و المقصود المبالغة في حليته بالتشبيه بأول لبن الام.

أمكنني الله منه لأضربن عنقه»(1).

وفي صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام: «درهم ربا أشد من سبعين زنية كلَّها بذات محرم»(2).

2 - و اما شموله لكلا الموردين المذكورين دون احدهما و دون ما

زاد عليهما

فدلالة الدليل علي ثبوته فيهما دون ما زاد فتجري البراءة عنه.

3 - و اما اعتبار الشروط الثلاثة في تحقق الربا في البيع

فذلك واضح بالنسبة إلي اشتراط الزيادة في أحد الطرفين لتقوم مفهوم الربا بذلك لغة إذ هو عبارة عن الزيادة.

و اما الشرطان الآخران فقد دلت عليهما روايات كثيرة. وقد جمعت الشروط الثلاثة موثقة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن البيضة بالبيضتين، قال: لا بأس به، و الثوب بالثوبين، قال: لا بأس به، و الفرس بالفرسين، فقال: لا بأس به. ثم قال: كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد، فإذا كان لا يكال و لا يوزن فلا بأس به اثنين بواحد»(3).

4 - و اما ان الزيادة نعم الحكمية

اشارة

- كبيع أحد المتماثلين مع اشتراط كنس المسجد أو اداء صلاة الليل مثلا في جانب احدهما، أو كون احدهما نقدا و الآخر نسيئة - و لا تختص بالعينية فلا وضوح للروايات فيه.

ص: 65

- 1- وسائل الشيعة 12:429 الباب 2 من أبواب الربا الحديث 1.
- 2- وسائل الشيعة 12:423 الباب 1 من أبواب الربا الحديث 1.
- 3- وسائل الشيعة 12:448 الباب 16 من أبواب الربا الحديث 3.

و قد يستدل علي ذلك بالوجه التالية:

أ - التمسك بما دلّ علي اعتبار المماثلة وعدم الزيادة، كصحيحة محمد بن مسلم و زرارة عن أبي جعفر عليه السّلام: «الحنطة بالدقيق مثلا بمثل، و السويق بالسويق مثلا بمثل، و الشعير بالحنطة مثلا بمثل لا بأس به»(1).

و صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: «الفضة بالفضة مثلا بمثل، و الذهب بالذهب مثلا بمثل ليس فيه زيادة و لا نقصان الزائد و المستزيد في النار»(2).

و صحيحة الوليد بن صبيح: «سمعت أبا عبد الله عليه السّلام: الذهب بالذهب، و الفضة بالفضة الفضل بينهما هو الربا المنكر هو الربا المنكر»(3).

و تقريب الدلالة: انه مع الزيادة و لو حكمية يصدق الفضل بينهما و لا يصدق البيع مثلا بمثل.

ب - التمسك برواية خالد بن الحجاج: «سألته عن الرجل كان لي عليه مائة درهم عددا قضانيها مائة وزنا، قال: لا بأس ما لم تشتترط ، قال: وقال: جاء الربا من قبل الشروط انما يفسده الشروط»(4)، فانها تدل بالاطلاق علي ان الشرط و لو كان بنحو الزيادة الحكمية موجب لها.

ج - التمسك بالإجماع المدعي في المسألة.

ص: 66

- 1- وسائل الشيعة 12:440 الباب 9 من أبواب الربا الحديث 2.
- 2- وسائل الشيعة 12:456 الباب 1 من أبواب الصرف الحديث 1.
- 3- وسائل الشيعة 12:457 الباب 1 من أبواب الصرف الحديث 2.
- 4- وسائل الشيعة 12:476 الباب 12 من أبواب الصرف الحديث 1.

و الكل كما تري.

اما الاول فلان ظاهر المثلية هو المماثلة في القدر لا من جميع الجهات. وهكذا ظاهر الفضل هو الفضل من حيث القدر.

و اما الثاني فلان رواية خالد ضعيفة سنداً به - لعدم توثيقه و ان كان اخوه يحيى الراوي عنه قد وثقه النجاشي - و دلالة لاختصاص موردها بالقرض.

هذا كله مضافاً إلي كون الرواية مضمرة، و علي المسلك القائل بعدم حجية المضمرة الا إذا كان المضمرة من اجلاء الاصحاب الذين لا تليق بهم الرواية عن غير المعصوم عليه السلام يشكل العمل بها لان خالداً ليس كذلك.

و اما الثالث فلان الاجماع لو ثبت و غض النظر عن نسبة الخلاف إلي الأردبيلي و ابن ادريس فهو محتمل المدرك، و معه لا يمكن الجزم بكاشفيتها عن رأي الامام عليه السلام يدا بيد. و من هنا رفض بعض كالسيد اليزدي التعميم (1)، و لكن الحكم بذلك بنحو الاحتياط امر لازم لا ينبغي الحياد عنه.

5 - و اما الخلاف في التعميم لغير البيع بالرغم من اطلاق الاخبار

المتقدمة الدالة علي اعتبار المماثلة

فلاحتمال انصرافها إلي خصوص البيع، و معه يتمسك بالبراءة عن التحريم في غير البيع.

و المناسب التعميم لو هن دعوي الانصراف.

اجل لا يبعد التخصيص بما إذا كان الصلح بين العينين - كما لو

ص: 67

1- ملحقات العروة الوثقى 2:5.

قيل: صالحتك علي هذا المثلقال من الذهب بهذين المثلقالين - دون ما إذا كان بين غيرهما - كما لو قيل: صالحتك علي ان اهب لك هذا المثلقال من الذهب مقابل ان تهب لي مثلقالين من الذهب - لصدق عنوان الفضة بالفضة مثلا في الاول دونه في الثاني.

احكام خاصة بالربا

اشارة

يتخلص من الربا - لدي المشهور - بضم غير الجنس إلي الطرف الناقص - كبيع كيلوين من الارز بكيلو من الارز و كيلو من العدس - او بضم غير الجنس إلي كل من الطرفين و لو مع التفاصل فيهما، كبيع كيلوين من الارز مع كيلوين من العدس بكيلو من الارز و كيلو من العدس، لوقوع الزيادة مقابل الضميمة في الصورة الاولى، و وقوع كل جنس في مقابل مخالفه تعبدا و ان لم يقصد المتعاقدان ذلك في الصورة الثانية.

كل ذلك مع افتراض العوضين حالين.

و يلزم عند بيع الذهب المصوغ بغيره و الفضة المصوغة بغيرها تساويهما، و معه لا يجوز بيع مثلقال من الذهب المصوغ بمثلقال من الذهب غير المصوغ منضمنا إلي اجرة الصياغة.

و لا يجوز ان يقول شخص لآخر: ابيعك هذا المثلقال من الفضة الجيدة بمثلقال من الفضة الرديئة بشرط ان تخيط لي ثوبا مثلا، و يجوز العكس بان يقول: خط لي ثوبا علي ان ابيعك المثلقال الجيد بالمثلقال الرديء.

و المشهور عدم تحقق الربا بين الوالد و ولده و المولي و مملوكه و الزوج و زوجته و المسلم و الحرابي اذا اخذ المسلم الفضل.

و يجوز بيع الاوراق النقدية بعضها بالآخر مع اختلاف العملة - نقدا

ونسئئة - حتي مع فرض التفاضل في المالية، بل يجوز مع اتحادها أيضا إذا افترض كون العوضين شخصيين.

كما يجوز أيضا بيع الصكوك علي ثالث بأقل إذا كانت تعبر واقعا عن دين.

والعملة النقدية إذا كانت مصنوعة من الفضة ونحوها من المعادن الموزونة لا يجوز تبديلها إلي ابعاضها مع فرض التفاضل بين الاصل و
الابعاض وفرض كونها خالصة.

والربا كما يحرم اخذه يحرم دفعه و كتابته و الشهادة عليه.

والحنطة و الشعير في باب الربا جنس واحد و ان كانا في غيره جنسين.

و من تعامل بالربا و هو جاهل بالحكم أو بالموضوع ثم التفت و تاب فلا يلزمه ارجاعه.

و من ورث مالا- فيه اموال ربوية فمع عدم تميزها فلا شيء عليه و الا لزم ردها علي مالکها مع معرفته، و مع عدمها يتعامل معها معاملة
مجهول المالك.

و المستند في ذلك:

1 - اما التخلص من الربا بما ذكر

فهو علي طبق القاعدة لو كان ايقاع كل جنس مقابل ما يخالفه مقصودا للمتعاقدین كما هو واضح.

و اما إذا لم يكن مقصودا فالانصراف إلي المخالف يحتاج إلي دليل. و قد دلت عدّة روايات علي ذلك لصحیحة عبد الرحمن بن الحجاج:

«... اشتری الف درهم و دینارا بالفی درهم، فقال: لا بأس بذلك ان ابي كان اجراً علي أهل المدينة مني فكان يقول هذا، فيقولون: انما هذا
الفرار، لو جاء رجل بدينار لم يعط الف درهم و لو جاء بألف درهم لم يعط ألف دينار، و كان يقول لهم: نعم الشيء الفرار من الحرام

ص: 69

إلي الحلال»(1).

واضمارها لا يضر بعد كون ابن الحجاج من اجلاء الاصحاب الذين لا تليق بهم الرواية عن غير الامام عليه السلام أو للبيان العام المتقدم أكثر من مرة.

وصحيحته الاخري عن ابي عبد الله عليه السلام: «كان محمد بن المكندر يقول لأبي عليه السلام: يا ابا جعفر رحمك الله والله انا لنعلم انك لو اخذت ديناراً و الصرّف بثمانية عشر فدرت المدينة علي ان تجد من يعطيك عشرين ما وجدته، و ما هذا الا فرار، فكان ابي يقول: صدقت و الله و لكنه فرار من باطل إلي حق»(2).

وصحيححة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا بأس بألف درهم و درهم بألف درهم و دينارين إذا دخل فيها ديناران أو أقل أو أكثر فلا بأس به»(3).

و هناك رأي لبعض المتأخرين يخصّص جواز التخلص بالضميمة بما إذا كان الارز الزائد مثلاً في هذا الجانب مع الارز الناقص في الجانب الآخر متساويين من حيث المالية تقريباً و اريد بالضميمة التخلص من محذور تفاوت المقدار اللازم منه الربا.

و هو غير بعيد لقرب انصراف نصوص الضميمة إلي خصوص الحالة المذكورة.

2 - و اما اعتبار كون العوضين حالين

فلاختصاص مورد

ص: 70

- 1- وسائل الشيعة 12:466 الباب 6 من أبواب الصرف الحديث 1.
- 2- وسائل الشيعة 12:467 الباب 6 من أبواب الصرف الحديث 2.
- 3- وسائل الشيعة 12:468 الباب 6 من أبواب الصرف الحديث 4.

3 - و اما لزوم التساوي بين المصوغ وغيره

، و من ثمّ عدم جواز اشتراط اجرة الصياغة فلان المصوغ وغيره جنس واحد ويشملهما النص المتقدم: «الذهب بالذهب، و الفضة بالفضة، الفضل بينهما هو الربا المنكر»، و معه يكون اشتراط الاجرة فضلا موجبا للربا.

و بكلمة اخري: المصوغ وغيره هما كالجيد و الرديء و الوسخ و النظيف، و المكسور وغيره، فكما ان كل واحد من هذه يعد مع مقابله واحدا و يلزم تساويهما فكذلك في المصوغ وغيره.

وقد ادعي صاحب الجواهر عدم الخلاف و الاشكال في المسألة (1).

4 - و اما عدم جواز بيع احد المتقالين بالآخر بشرط خياطة ثوب

مثلا

فواضح للزوم محذور الربا - بناء علي تعميم الزيادة اللازم منها الربا للزيادة الحكمية - فان الجيد و الرديء جنس واحد لا يجوز التفاضل فيه.

و اما جواز العكس - الذي هو من الوسائل التي يتخلص بها من الربا - فلصحيح ابي الصباح الكناني: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول للصانع: صغ لي هذا الخاتم و ابدل لك درهما طازجا بدرهم غلة (2)، قال: لا بأس» (3).

بل قد يقال باقتضاء القاعدة لذلك لان ابدال الجيد بالرديء وقع

ص: 71

1- جواهر الكلام 13:24.

2- الطازج هو الخالص. و الغلة - بكسر الغين - المغشوش.

3- وسائل الشيعة 480:12 الباب 13 من أبواب الصرف الحديث 1.

اجرا للخياطة من دون وقوع الخياطة شرطا في البيع لتلزم الزيادة فيه.

5 - و اما عدم تحقق الربا بين من ذكر

فقد دلت عليه بعض الروايات الضعيفة، كرواية زرارة عن ابي جعفر عليه السلام: «ليس بين الرجل و ولده وبينه وبين عبده ولا بين أهله ربا...»(1)، وهي ضعيفة بياسين الضرير. ورواية عمر بن جميع عن رسول الله صَلَّى الله عليه وآله: «ليس بيننا وبين اهل حרבنا ربا نأخذ منهم ألف ألف درهم بدرهم ونأخذ منهم ولا نعطيهم»(2)، وهي ضعيفة بمعاذ بن ثابت وغيره.

ولا يمكن الركون إلي الروايتين المذكورتين بعد ضعفهما السندي الا بناء علي كبري الانجبار بعمل المشهور و الا فالا احتياط يبقي أمرا مناسبا.

6 - و اما جواز بيع العملة مع اختلافها

فلعدم تحقق محذور الربا بعد اختلاف جنس العوضين و عدم كونهما من المكيل و الموزون.

و إذا قلت: ان الرصيد الذي تعبر عنه الأوراق النقدية قد يكون واحدا كالذهب الذي هو من الموزون.

قلنا: ان المعوضة لم تجر علي الرصيد بل علي الاوراق ذات الاعتبار بسبب الرصيد.

7 - و اما انه مع اتحاد العملة تجوز المعاملة حتي مع التفاضل في

فرض كون العوضين شخصيين

فلما تقدم من ان الاوراق النقدية ليست من قبيل المكيل و الموزون.

و اما عدم جوازها مع التفاضل في فرض كون العوض نسبية في

ص: 72

1- وسائل الشيعة 12:436 الباب 7 من أبواب الربا الحديث 3.

2- وسائل الشيعة 12:436 الباب 7 من أبواب الربا الحديث 2.

الذمة فلان المعاملة ترجع في روحها إلي القرض و ان ابرزت مبرز البيع لان شرط البيع تحقق المغايرة بين الثمن و المثلن، و في المورد لا مغايرة، فان الثمن ينطبق علي المثلن مع زيادة.

و إذا نوقش ما ذكر بان المغايرة المعتبرة في البيع يكفي في تحققها كون المثلن عينا خارجية و الثمن أمرا كليا في الذمة أمكن ذكر تقريب آخر، و هو ان المعاملة المذكورة بحسب الارتكاز العرفي قرض لأنه عبارة عن تبديل المال المثلي الخارجي بمثله في الذمة، و هو صادق في المقام.

8 - و اما جواز بيع الصك بالاقبل إذا كان يعبر عن دين واقعا

فلانه بيع حقيقة في غير المكيل و الموزون.

و اما عدم جوازه مع عدم وجود دين واقعا فلان شرط صدق البيع وجود عوضين، و هو مفقود في الفرض إذ لا يوجد حق في الذمة ليقع عوضا، فالمعاملة المذكورة في حقيقتها اقراض بفائدة يبرز مبرز البيع.

9 - و اما عدم جواز تبديل العملة المعدنية مع التفاضل

فلأنها من الموزونات فيلزم مع التفاضل محذور الربا.

اجل مع خروجها عن كونها من الموزونات و صيرورتها من المعدودات - كما في المصنوعة من النحاس عادة - يزول المانع من التفاضل.

و اما الجواز مع فرض كونها مخلوطة بمعدن آخر - كما هو الغالب - فلحصول الضميمة المانعة من تحقق محذور الربا حسبما تقدم. بيد انه يلزم في الضميمة ان لا تكون مستهلكة و فاقدة للمالية.

10 - و اما تعميم حرمة الربا للدفع و الشهادة عليه و كتابته

ص: 73

فلصحيحة محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السّلام: «قال أمير المؤمنين عليه السّلام:

أكل الربا و موكله و كاتبه و شاهداه فيه سواء»(1) وغيرها.

11 - و اما ان الحنطة و الشعير في باب الربا واحد

فلصحيح الحلبي عن ابي عبد الله عليه السّلام: «لا يصلح الشعير بالحنطة الا واحد بواحد»(2) وغيره.

و اما قصر الحكم بالوحدة علي باب الربا فلانه مخالف للقاعدة المقتضية لدوران الاحكام مدار الاسماء فيقتصر في المخالفة علي مورد النص.

12 - و اما عدم لزوم ردّ الربا علي الآخذ مع الجهل و التوبة بعد

الالتفات

فهو ما عليه جماعة من الفقهاء. و يدل عليه قوله تعالى: ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ (3) ، فان تخصيصه بنفي العقوبة أو بما وقع من ربا زمن الجاهلية لا وجه له.

و مع التنزل تكفي الروايات الكثيرة، كصحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السّلام: «سألته عن الرجل يأكل الربا و هو يري انه له حلال، قال: لا يضره حتي يصيبه متعمدا، فاذا اصابه فهو بالمنزل الذي قال الله عز و جل»(4).

و صحيحة ابي المعز: «قال ابو عبد الله عليه السّلام: كلّ ربا اكله الناس

ص: 74

- 1- وسائل الشيعة 12:430 الباب 4 من أبواب الربا الحديث 1.
- 2- وسائل الشيعة 12:439 الباب 8 من أبواب الربا الحديث 5.
- 3- البقرة: 275.
- 4- وسائل الشيعة 12:430 الباب 5 من أبواب الربا الحديث 1.

بجهالة ثم تابوا فانه يقبل منهم اذا عرف منهم التوبة...»(1) وغيرهما.

و اذا قيل: ان قوله تعالى: وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ (2) يدل علي لزوم ردّ الزيادة، وبذلك يعارض ما تقدم.

قلنا: ما سبق ناظر إلي حالة الجهل و الالتفات و التوبة بعد ذلك في حين ان هذه ظاهرة في حالة التعمد، و لا أقل من امكان حملها علي ذلك.

13 - و اما التعميم للجاهل بالحكم و الموضوع

فلاطلاق ما تقدم.

14 - و اما ارث ما فيه الربا

فيدل علي حكمه صحيحة ابي المعزا المتقدمة حيث ورد فيها: «... لو ان رجلا ورث من أبيه مالا و قد عرف ان في ذلك المال ربا و لكن قد اختلط في التجارة بغير حلال كان حلالا طيبا فليأكله. و ان عرف منه شيئا انه ربا فليأخذ رأس ماله و ليرد الربا...»(3) و غيرها.

و ابو المعزا هو حميد بن المشني الكوفي الصيرفي ثقة ثقة علي ما ذكر النجاشي(4).

ص: 75

1- وسائل الشيعة 12: 431 الباب 5 من أبواب الربا الحديث 2.

2- البقرة: 279.

3- وسائل الشيعة 12: 431 الباب 5 من أبواب الربا الحديث 2.

4- رجال النجاشي 96 منشورات مكتبة الداوري. و توجد نسخة ثانية في ابي المعزا وهي: ابو المغراء.

إشارة

و هو بيع الذهب أو الفضة باحدهما مسكوكين كانا أو لا.

ويشترط - لدي المشهور - في صحة البيع المذكور التقابض قبل تحقق الافتراق بينهما حتي مع وحدة الجنس.

وإذا كان العوضان متحدي الجنس يلزم تساويهما أيضا، بخلاف ما إذا كانا مختلفي الجنس فإنه لا يلزم تساويهما وان لزم التقابض.

ويختص لزوم التقابض بالبيع دون الصلح.

ولا يجري حكم الصرف علي الأوراق النقدية لو بيع بعضها ببعض.

والمستند في ذلك:

1 - اما ان بيع الصرف ما ذكر

فهو من واضحات الفقه و لم ينقل فيه خلاف. بيد ان تحديد المقصود منه غير مهم لعدم ترتب حكم علي العنوان المذكور شرعا، و انما المهم ملاحظة حكم بيع الصرف، و هو لزوم التقابض قبل الافتراق، و انه لأي بيع ثبت.

و الحكم المذكور لم يثبت في الروايات الا لبيع الذهب بالفضة أو بالعكس و لم يثبت لبيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة فلاحظ صحيحة محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام: «قال أمير المؤمنين عليه السلام:

لا يبتاع رجل فضة بذهب الا يدا بيد، و لا يبتاع ذهبا بفضة الا يدا بيد»⁽¹⁾، و صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا اشترت ذهبا

ص: 76

1- وسائل الشيعة 12: 458 الباب 2 من أبواب الصرف الحديث 3.

بفضة أو فضة بذهب فلا تفارقه حتي تأخذ منه و ان نزا حائطا فانز معه»(1) وغيرهما تجد ذلك واضحا فيها.

وعليه لا- بدّ في تعميم الحكم بلزوم التقابض في حالة وحدة الجنس من التمسك بالتسالم وعدم القول بالفصل. فان تمّ ذلك والا فالمناسب عدم لزوم ذلك فيها.

اجل يلزم عدم كون احدهما مؤجلا و الا لزمّت الزيادة الحكمية - التي تقدم في البحث عن الربا - منع المشهور من جوازها.

2 - و اما التعميم لغير المسكوك

فلاّطلاق النصوص.

3 - و اما ان التقابض شرط في الصحة

فلما تقدم من النصوص، فان الامر في باب المعاملات ظاهر في الارشاد الي الشرطية دون الحكم التكليفي.

وعليه فاحتمال وجوب التقابض في باب الصرف وجوبا تكليفيا بحيث يؤثم علي عدمه ضعيف.

ثم ان المنسوب للمحقق الأردبيلي عدم لزوم التقابض وضعا، بدعوي عدم صراحة الاخبار في ذلك، فان تعبير «يدا بيد» كناية عن كون العوضين نقدا لا مؤجلين وليس كناية عن التقابض(2).

وفيه: ان التعبير المذكور ان لم يكن ظاهرا في اعتبار التقابض فلا أقل من اجماله، و يكفينا آنذاك دليلا علي لزوم التقابض صحيحة منصور لصراحتها في ذلك.

اجل يمكن ان يناقش بان الروايات السابقة و ان كانت دالة علي

ص: 77

1- وسائل الشيعة 12:459 الباب 2 من أبواب الصرف الحديث 8.

2- الحدائق الناضرة 19:279.

شرطية التقابض الا- انه ورد في روايات ثلاث ما ظاهره عدم اعتبار التقابض. ففي موثقة عمار الساباطي عن ابي عبد الله عليه السلام: «الرجل يبيع الدراهم بالدنانير نسيئة، قال: لا بأس»(1).

وهي ان ثبت هجران الاصحاب لمضمونها - و غرض النظر عن نسبة الخلاف إلى الشيخ الصدوق في عدم اعتبار التقابض - سقطت عن الحجية و الا فالمناسب الجمع بحمل الاولي علي رجحان التقابض دون لزومه، بناء علي قبول الاوامر الارشادية للحمل علي مثل ذلك و عدم اختصاصه بالاوامر التكليفية، و الا فالمناسب تحقق التعارض و التساقط و الرجوع إلي دليل اطلاق حلية البيع و التجارة عن تراض القاضي بعدم اعتبار الشرطية، و معه تكون النتيجة متحدة مع ما سبق تقريبا.

و بالجملة فكرة الهجران ان تمت صغري و كبري حكم بالاشتراط و الا فالمناسب عدم الاشتراط أو التنزل إلي الاحتياط تحفظا من مخالفة المشهور.

4 - و اما ان المدار ليس علي الافتراق عن المجلس بل علي

افتراقهما

فذلك واضح من خلال صحيحة منصور المتقدمة.

5 - و اما انه مع الاتحاد يلزم التساوي في الكم

فللتحفظ من محذور الربا.

6 - و اما اختصاص اعتبار التقابض بالبيع

فلاختصاص الروايات بذلك.

ص: 78

1- وسائل الشيعة 12:460 الباب 2 من أبواب الصرف الحديث 11.

هذا وبالمكان ان يقال بالتعميم للصلح بناء علي انه ليس معاملة مستقلة في مورد افادته فائدة البيع بل هو هو مع اختلاف الالفاظ .

7 - و اما عدم جريان حكم الصرف علي الاوراق النقدية

فلأنها ليست ذهباً أو فضة، و التعامل ليس عليهما بل عليها و انما هما سبب لاعتبارها.

7 - بيع السلف

اشارة

لا يجوز السلف أو السلم - و هو شراء كلي إلي أجل بثمن حال عكس النسيئة - إذا كان كلا العوضين من الذهب أو الفضة سواء اختلفا في الجنس أم اتحدا، و يجوز في غير ذلك - بشرط عدم اتحاد جنسهما فيما إذا كانا من المكييل أو الموزون - سواء كانا معا من العروض أم كان أحدهما من ذلك و الآخر ذهباً أو فضة.

و يلزم فيه - مضافا إلي الشرط المتقدم - ما يلي:

أ - ذكر الاوصاف الرفاعة للجهالة، فما لا يمكن ضبطه بها لا يصح السلف فيه.

ب - قبض الثمن قبل التفرق علي المشهور.

ج - تقدير المبيع بالكيل أو الوزن أو العدد إذا كان المبيع من المكييل و نحوه.

د - ضبط أجل المبيع.

ه - تمكن البائع من دفع المبيع في الوقت الذي تعهد بالدفع فيه أو في المكان الخاص لو شرط .

ص: 79

و لو طرأ العجز بعد ذلك أو اتضح تخير المشتري بين الصبر و اخذ الثمن بلا زيادة أو الاتفاق علي دفع شيء آخر بدله.

و لا يلزم تعيين مكان التسليم.

و من اشترى شيئاً سلفاً يجوز له بيعه علي بائعه بشرط عدم زيادة الثمن علي الثمن السابق لو كان من جنسه.

و اما بيعه علي غير بائعه فالمشهور عدم جوازه قبل حلول الاجل.

هذا في غير المكيل و الموزون.

و اما فيهما فلا يجوز البيع قبل القبض مرابحة حتي بعد حلول الاجل علي المشهور.

و كما ينعقد بيع السلف بالايجاب من البائع بلفظ بعث و نحوه و القبول من المشتري بلفظ قبلت و نحوه ينعقد أيضا بالايجاب من المشتري بلفظ اسلمتكم أو اسلمتكم الثمن في المبيع الموصوف بكذا إلي اجل كذا و قبول البائع بلفظ قبلت و نحوه.

و المستند في ذلك:

1 - اما صحة بيع السلم في الجملة

فمما لا خلاف فيها. و تدل علي ذلك الروايات الخاصة الدالة علي شرطية بعض الشروط فيه، كصحيحة زرارة عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا بأس بالسلم في الحيوان و المتاع إذا وصفت الطول و العرض. و في الحيوان إذا وصفت اسنانها»⁽¹⁾، و موثقة غياث بن ابراهيم عن ابي عبد الله عليه السلام: «قال امير المؤمنين عليه السلام: لا بأس بالسلم كيلا معلوما إلي أجل معلوم و لا تسلمه إلي

ص: 80

1- وسائل الشيعة 13:56 الباب 1 من أبواب السلم الحديث 10.

دياس و لا إلي حصاد»(1) وغيرهما.

بل يمكن اثبات ذلك بالادلة العامة من قبيل قوله تعالى: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (2) ونحوه.

2 - و اما عدم الصحة إذا كان العوضان من الذهب و الفضة مع

اتحاد الجنس

فلمحذور الربا اللازم حتي مع التساوي في المقدار بناء علي تعميم المنع للزيادة الحكمية أيضا، مضافا إلي كون ذلك من الصرف - لدي المشهور - الذي يلزم فيه التقابض.

و اما عدم الصحة إذا كانا من الذهب و الفضة مع اختلاف الجنس فلكون ذلك من الصرف المعتبر فيه التقابض.

و اما اعتبار ان لا يكونا من المكييل أو الموزون عند اتحاد الجنس فلكي لا يلزم محذور الربا.

و اما الصحة سواء كانا معا من العروض أم كان احدهما كذلك فللمطلقات الخاصة و العامة المتقدمة.

وبذلك يتضح التأمل فيما ينسب إلي ابن الجنييد من «منع اسلاف عرض في عرض إذا كانا مكييلين أو موزونين أو معدودين كالسمن و الزيت»(3).

3 - و اما اعتبار ضبط الاوصاف الرافعة للجهالة

فلصحيحة زرارة السابقة و غيرها، فان اعتبار ذكر الطول و العرض و الاسنان يدل عرفا علي ذلك و الا فلا خصوصية للأوصاف المذكورة.

ص: 81

1- وسائل الشيعة 13:58 الباب 3 من أبواب السلف الحديث 5.

2- البقرة: 275.

3- الحدائق الناضرة 10:20.

هذا مضافا إلي اعتبار معلومية العوضين في مطلق البيع كما تقدم.

4 - و اما اعتبار قبض الثمن قبل التفرق

فهو مشهور بين الاصحاب بل ادعي عليه الاجماع.

وقد اعترف في الجواهر و الحدائق بعدم وجود مستند لذلك سوي الاجماع المدعي(1).

فان تمّ الاجماع و ثبتت كاشفيته عن رأي المعصوم عليه السلام بنحو الجزم كان هو الحجة و الا فالمناسب التنزل عن الفتوي إلي الاحتياط تحفظا من مخالفة المشهور.

5 - و اما اعتبار الضبط بالكيل و نحوه

فلاعتبر ذلك في مطلق البيع لدي الاصحاب.

6 - و اما اعتبار ضبط الاجل

فلموثقة غياث السابقة و غيرها.

مضافا إلي انه لو لا ذلك يلزم الغرر المنهي عنه في مطلق البيع لدي المشهور.

7 - و اما اعتبار امكان الدفع في الوقت أو المكان المقررين

فلانه بدون ذلك لا يتحقق القصد إلي العقد.

و مع التنزل تكفيينا صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجينني يطلب المتاع فاقوله علي الربح ثم اشتره فايبيعه منه، فقال: أليس ان شاء أخذ و ان شاء ترك؟ قلت: بلي، قال:

فلا بأس به. قلت: فان من عندنا يفسده، قال: ولم؟ قلت: قد باع ما ليس

ص: 82

عنده؟ قال: فما يقول في السلم قد باع صاحبه ما ليس عنده، قلت: بلي، قال: فانما صلح من اجل انهم يسمونه سلما، ان ابي كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده في الوقت الذي بعته فيه»(1).

8 - و اما تخير المشتري بين الصبر و اخذ رأس ماله لو تعذر

تسليم المبيع

فيمكن اثباته من خلال الاشرط الضمني، فان للمتعاقدين في باب السلم اشترطا ضمنيا عادة علي ثبوت حق الفسخ للمشتري ان تعذر علي البائع تسليم المبيع.

و مع التنزل تكفينا موثقة عبد الله بن بكير: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلف في شيء يسلف الناس فيه من الثمار فذهب زمانها و لم يستوف سلفه، قال: فليأخذ رأس ماله أو لينظره»(2) وغيرها.

9 - و اما عدم جواز الفسخ بزيادة علي الثمن أو نقصان

فلان ذلك مقتضي الفسخ الموجب لرجوع العوضين إلي حالتهم الاولي.

علي ان موثقة ابن بكير السابقة دالة علي ذلك أيضا.

و مع التنزل و التسليم بعدم ظهورها في ذلك يمكن التمسك بصحيفة محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام: «قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أعطي رجلا ورقا في وصيف إلي أجل مسمي فقال له صاحبه:

لا نجد لك وصيفا، خذ مني قيمة وصيفك اليوم ورقا، قال: فقال: لا يأخذ الا وصيفه أو ورقه الذي أعطاه اول مرة لا يزداد عليه شيئا»(3).

10 - و اما جواز التراضي علي شيء آخر

فهو مقتضي القاعدة

ص: 83

1- وسائل الشيعة 12:374 الباب 7 من أبواب احكام العقود الحديث 3.

2- وسائل الشيعة 13:72 الباب 11 من أبواب السلف الحديث 14.

3- وسائل الشيعة 13:70 الباب 11 من أبواب السلف الحديث 9.

لرجوع ذلك إلي معاملة جديدة اتفقا عليها.

علي ان موثقة يعقوب بن شعيب: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل باع طعاما بدراهم فلما بلغ ذلك الاجل تقاضاه فقال: ليس عندي دراهم خذ مني طعاما، قال: لا بأس انما له دراهمه يأخذ بها ما شاء»⁽¹⁾ وغيرها قد دلت علي ذلك أيضا.

11 - و اما انه لا يلزم تعيين مكان الدفع

فلاقتضاء الاطلاق الانصراف إلي البلد الذي تم العقد فيه.

12 - و اما جواز بيع المبيع علي بايعه بالشرطين

فلانه مقتضي التمسك بالمطلقات العامة من قبيل **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** ⁽²⁾ ونحوه.

وهذا من دون فرق بين كون البيع بعد حلول الاجل أو قبله، وبغير جنس الثمن أو به إذا لم تكن زيادة.

و اما عدم جوازه إذا كان بجنس الثمن مع الزيادة فلصحيحة محمد بن قيس المتقدمة وغيرها.

وهي لا تختص بصورة حلول الاجل بل مطلقة من الناحية المذكورة. و علي تقدير نظرها إلي خصوص ذلك فيمكن الحكم بالتعميم من باب عدم احتمال الخصوصية.

13 - و اما عدم جواز بيعه علي غير بائعه قبل حلول الاجل

فهو مشهور بدون ان يدل عليه نص خاص. و مقتضي القاعدة جوازه.

وقد صرح في الجواهر والحدائق ⁽³⁾ بانحصار المستند في

ص: 84

1- وسائل الشيعة 13:71 الباب 11 من أبواب السلف الحديث 10.

2- البقرة: 275.

3- جواهر الكلام 24:320، و الحدائق الناضرة 20:46.

وقد يقال: ان عدم جواز البيع قبل حلول الاجل هو علي مقتضى القاعدة لعدم استحقاق المشتري المبيع آنذاك ليمنه بيعه.

والجواب: ان اشتغال ذمة البائع للمشتري يحصل بتمامية العقد و لو لم يحل الاجل و انما الاجل شرط في استحقاق المطالبة بالفعل.

اجل لربما يحكم بعدم الجواز لو فرض كون الثمن مؤجلا لصدق عنوان بيع الدين بالدين، وقد روي طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام:

«قال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله: لا يباع الدين بالدين»(1).

و طلحة و ان لم يوثق الا ان تعبير الشيخ عن كتابه بانه معتمد(2) يكفي في قبول رواياته.

الا انه تمكن المناقشة أيضا بان ظاهر النهي عن بيع الدين بالدين بيع ما كان ديننا قبل العقد بما كان ديننا قبله أيضا و لا يشمل بيع ما كان ديننا قبله بما صار ديننا بسببه، كما هو المفروض في المقام.

و الملخص: ان جواز البيع هو مقتضى القاعدة ما دام قد فرض ارادة البيع بأجل أيضا يزيد علي السابق أو يساويه.

و عليه فالفتوي بعدم الجواز في الفرض المذكور يبتني علي حصول الاطمئنان للفقهاء بمثل الاجماع المذكورة و الا فالمناسب التنزل إلي الاحتياط تحفظا من مخالفة شبهة الاجماع.

14 - و اما عدم جواز بيع المكمل و الموزون قبل قبضه مرابحة

فهو علي خلاف القاعدة و من صغريات مسألة بيع المبيع قبل قبضه.

ص: 85

1- وسائل الشيعة 13:64 الباب 8 من أبواب السلف الحديث 2.

2- الفهرست للشيخ الطوسي: 86 الرقم 362.

و المنسوب إلي الشيخ المفيد الكراهة في خصوص المكيل و الموزون، و إلي الشيخ عدم الجواز في خصوص الطعام(1)، و الي الأردبيلي الجواز مطلقاً(2).

و المشهور عدم الجواز في خصوص المكيل و الموزون لصحيفة منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلام: «إذا اشترت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه الا ان توليه فإذا لم يكن فيه كيل و لا وزن فبعه»(3) و غيرها.

هذا و لكن ورد في صحيفة جميل بن دراج عن ابي عبد الله عليه السلام:

«الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل ان يقبضه، قال: لا بأس. و يوكل الرجل المشتري منه بقبضه و كيله؟ قال: لا بأس»(4).

و مقتضى الجمع حمل الروايات الاولي علي الكراهة إذا لم يحتمل للطعام خصوصية و الا يكون المناسب التفصيل بين الطعام فيجوز بيعه قبل قبضه و بين غيره من المكيل و الموزون فلا يجوز.

لا يقال: ان صحيفة ابن دراج لا يمكن الاخذ بها لكونها معارضة بصحيفة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل ان يكال، قال: لا يصلح له ذلك»(5).

فانه يقال: ان جملة «لا يصلح» قابلة للحمل علي الكراهة فلا5.

ص: 86

1- الحدائق الناضرة 19:168.

2- الحدائق الناضرة 19:172.

3- وسائل الشيعة 12:390 الباب 16 من أبواب احكام العقود الحديث 12.

4- وسائل الشيعة 12:388 الباب 16 من أبواب احكام العقود الحديث 6.

5- وسائل الشيعة 12:388 الباب 16 من أبواب احكام العقود الحديث 5.

15 - و اما انعقاد بيع السلف بما تقدم من الصيغ

فللمطلقات العامة من قبيل قوله تعالى: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (1) ونحوه.

8 - محرمات في الشريعة

إشارة

في الشريعة الاسلامية محرمات كثيرة يحرم التكسب بها - ان كانت قابلة لذلك - لحرمتها في نفسها، نذكر من بينها:

الغناء

إشارة

يحرم الغناء و لو في الرثاء و الدعاء و قراءة القرآن و نحو ذلك و حتي من دون انضمام محرم آخر إليه. و كذا يحرم استماعه.

و يستثنى منه الحداء و ما كان في الاعراس للنساء إذا لم يقترن به محرم.

و الميزان في صدقه كون الكيفية مناسبة لمجالس اللهو و أهل الفسوق.

و المستند في ذلك:

1 - اما حرمة الغناء في الجملة

فمتفق عليها من غير الكاشاني و السبزواري. و يدل عليها الكتاب الكريم: وَاجْتَبُوا قَوْلَ الزُّورِ (2)، وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ (3) لتفسير الزور بالغناء في صحيحة زيد الشحام: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن قوله

ص: 87

1- البقرة: 275.

2- الحج: 30.

3- لقمان: 6.

تعالى: واجتنبوا قول الزور، قال: قول الزور الغناء»(1) و تفسير لهو الحديث بذلك أيضا في عدة روايات(2).

و إذا اشكل بان ما يراد اثبات تحريمه هو الغناء بمعني الكيفية اللهوية الخاصة القائمة بالكلام الباطل أو الاعم دون الكلام نفسه، و ما ذكر لا يدل علي تحريم الكيفية بل علي تحريم الكلام الباطل، أمكن التمسك بالروايات:

كصحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام: «الغناء مما وعد الله عليه النار، و تلا هذه الآية: وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي... (3).

وصحيحة الريان بن الصلت: «سألت الرضا عليه السلام يوما بخراسان عن الغناء و قلت: ان العباس ذكر عنك انك ترخص في الغناء، فقال: كذب الزنديق ما هكذا قلت له، سألتني عن الغناء فقلت: ان رجلا اتى ابا جعفر عليه السلام فسأله عن الغناء فقال: يا فلان إذا ميّر الله بين الحق و الباطل فأين يكون الغناء؟ قال: مع الباطل، فقال: قد حكمت»(4)، فان انكاره عليه السلام للترخيص يدل علي المطلوب.

وصحيحة مسعدة بن زياد: «كنت عند ابي عبد الله عليه السلام فقال له رجل: بأبي انت و أمي اني ادخل كنيفا ولي جيران و عندهم جوار يتغنين و يضربن بالعود فربما اطلت الجلوس استماعا مني لهنّ، فقال عليه السلام:

لا تفعل. فقال الرجل: و الله ما اتيتهن انما هو سماع اسمعه باذاني3.

ص: 88

1- وسائل الشيعة 12: 225 الباب 99 من أبواب ما يكتسب به الحديث 2.

2- وسائل الشيعة 12: 226 الباب 99 من أبواب ما يكتسب به الحديث 7، 11.

3- وسائل الشيعة 12: 226 الباب 99 من أبواب ما يكتسب به الحديث 6.

4- وسائل الشيعة 12: 227 الباب 99 من أبواب ما يكتسب به الحديث 13.

فقال عليه السّلام: باللّٰه انت، اما سمعت اللّٰه يقول: إِنَّ السَّمْعَ وَ البَصَرَ وَ الفؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُلاً... (1).

وصحيحة عبد الاعلي: «سألت ابا عبد اللّٰه عليه السّلام عن الغناء فقلت: انهم يزعمون ان رسول اللّٰه صلّي اللّٰه عليه وآله رخص في ان يقال: جتناكم جتناكم حيونا حيونا نحيكم فقال: كذبوا ان اللّٰه عز وجل يقول: وَ مَا خَلَقْنَا السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضَ وَ مَا بَيْنَهُمَا لِاعْبَيْنَ ... (2).

وصحيحة ابراهيم بن ابي البلاد: «قلت لأبي الحسن الاول عليه السّلام:

جعلت فداك ان رجلا من مواليك عنده جوار مغنيات قيمتهن اربعة عشر الف دينار وقد جعل لك ثلثها، فقال: لا حاجة لي فيها، ان ثمن الكلب و المغنية سحت» (3)، فان سحتية الثمن تدل علي حرمة الغناء و الا فلا وجه لكونه سحتا.

2 - و اما تعميمه لغير الكلام الباطل كالدعاء و نحوه

فلان المفهوم عرفا من الغناء الكيفية الخاصة بقطع النظر عن المادة، و لذا من سمع من بعيد صوتا بالكيفية الخاصة المناسبة لمجالس اهل الفسوق حكم بكونه غناء و لو لم يميز مادته.

و يؤكد ما ذكرناه صحيحة عبد الاعلي المتقدمة فان الجمل المذكورة فيها ليست باطلة المضمون و مع ذلك كذب عليه السّلام ترخيصها.

وقد يقال باختصاص التحريم بما إذا كانت المادة باطلة، اما لأخذ ذلك في مفهوم الغناء، كما يستفاد من صحيحة زيد الشحام

ص: 89

1- وسائل الشيعة 2:957 الباب 18 من أبواب الاغسال المسنونة الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 12:228 الباب 99 من أبواب ما يكتسب به الحديث 15.

3- وسائل الشيعة 12:87 الباب 16 من أبواب ما يكتسب به الحديث 4.

المتقدمة(1)، او لما ذكره المحقق الأردبيلي من انعقاد سيرة المتشركة علي حضور ماتم أهل البيت عليهم السلام و استماعهم إلي الحان قراءة الخطيب بدون انكار منهم(2)، او لما ذكره المحقق النراقي من التمسك باطلاق أدلة قراءة القرآن الكريم و الدعاء و الرثاء(3).
و الكل كما تري.

اما الاول فلان صحيحة الشحام لم تحكم بان الكلام الباطل هو الغناء لينحصر الغناء بالكلام الباطل و انما حكمت بان الغناء هو فرد من الكلام الباطل، و واضح ان الغناء لو تحقق بقراءة الدعاء امكن ان يصدق عليه عنوان الكلام الباطل و لو باعتبار كفيته.
و اما الثاني فلعدم احراز اتصال السيرة بزمن المعصوم عليه السلام ليثبت تلقيها منه لو لم يحرز عدم ذلك.

و اما الثالث فلان ادلة الحث علي قراءة القرآن مثلا ناظرة إلي قراءة القرآن بما هي و بقطع النظر عما يصاحبها و الا فهل يحتمل كونها حائثة عليها حتي لو استلزمت ايداء نائم مثلا؟

و مما يؤكد عدم مدخلية المادة - مضافا إلي ما تقدم - ان لازم مدخليتها ندرة تحقق الغناء المحرّم لعدم كون المادة في الغالب كذبا و باطلا بل و يلزم عدم حرمة عنوان الغناء و الغاء خصوصيته كما هو واضح.

3 - و اما تعميم التحريم لحالة عدم انضمام محرّم إليه

- من

ص: 90

1- محاضرات في الفقه الجعفري 1:352.

2- مجمع الفائدة و البرهان 8:61.

3- مستند الشيعة 2:644.

دخول الرجال علي النساء واستعمال الآلات الموسيقية و التكلم بالباطل - فلان ظاهر مثل قوله عليه السّلام في صحيحة ابن مسلم المتقدمة:

«الغناء مما وعد الله عليه النار» حرمة الغناء نفسه لا انه مباح و الحرمة ثابتة لما يقارنه.

هذا ولكن المختار لدي المحققين الكاشاني و السبزواري عدم حرمة الغناء في نفسه بل هي ثابتة لما يقارنه(1).

وقد يستدل لذلك ببعض الروايات، من قبيل:

صحيحة ابي بصير: «قال ابو عبد الله عليه السّلام: اجر المغنية التي تزف العرائس ليس به بأس، و ليست بالتي يدخل عليها الرجال»(2).

و صحيحة علي بن جعفر عن أخيه عليه السّلام: «سألته عن الغناء هل يصلح في الفطر و الاضحى و الفرح؟ قال: لا بأس به ما لم يعص به»(3).

بيد ان بالامكان مناقشتهما.

اما الاولي فلأنها ناظرة إلي الغناء في الاعراس و انه جائز فيما إذا لم يدخل الرجال، و الالتزام باستثنائه ممكن كما سيأتي و لا تدل علي نفي البأس عن اجر مطلق المغنية.

و اما الثانية فلا اشكال في سندها لأنها بطريق قرب الاسناد و ان كانت ضعيفة بعبد الله بن الحسن لكونه مجهول الحال الا ان الحر رواها من كتاب علي بن جعفر، و طريقه إليه صحيح - حيث ان له طرقا5.

ص: 91

1- الوافي 17:218 و كفاية الاحكام: 86.

2- وسائل الشيعة 12:85 الباب 15 من أبواب ما يكتسب به الحديث 3.

3- وسائل الشيعة 12:85 الباب 15 من أبواب ما يكتسب به الحديث 5.

صحيحة إلى جميع الكتب التي روي عنها الشيخ الطوسي (1) والتي منها كتاب علي بن جعفر (2)، وطريق الشيخ بدوره إلى الكتاب المذكور صحيح في فهرست (3) - غير انها لا- تفي بتمام المطلوب الكاشاني لأنها تدل علي جواز الغناء في نفسه في الموارد الثلاثة المذكورة فيها لا أكثر، وبذلك تكون مخصصة لما سبق.

و مع التنزل تتحقق المعارضة بين هذه و ما دلّ علي حرمة الغناء نفسه، و الترجيح لما دلّ علي حرمة الغناء في نفسه لمخالفته للعامّة.

4 - واما ان الاستماع حرام

فلصحيحة مسعدة المتقدمة. مضافا إلى امكان استفادة ذلك من الحكم بكون ثمن المغنية سحتا، إذ لا وجه لذلك ما دامت المنفعة محللة. و يؤيد ذلك ما ورد من ان الاستماع إلى المغنيات نفاق (4).

5 - واما الحداء فالمشهور استثنأؤه.

و الوارد من غير طرفنا ان النبي صلّي الله عليه و آله قال لعبد الله بن رواحة: «حرّك بالنوق فاندفع يرتجز و كان عبد الله جيد الحداء، و كان مع الرجال، و كان انجشة مع النساء فلما سمعه تبعه فقال صلّي الله عليه و آله لا نجشة: رويدك، رفقا بالقوارير» (5) و استفيد من ذلك التقرير، و لكنها غير تامة سندا، كما هو واضح، و لا دلالة، حيث لم يأمر صلّي الله عليه و آله ابن رواحة بالحداء و لم تتضح كيفية ارتجازه ليثبت التقرير.

ص: 92

-
- 1- راجع الفائدة الخامسة من الفوائد المذكورة في وسائل الشيعة 50:20.
 - 2- راجع الفائدة الرابعة من الفوائد المذكورة في وسائل الشيعة 39:20.
 - 3- فهرست الشيخ الطوسي: 87 الرقم 367.
 - 4- وسائل الشيعة 88:12 الباب 16 من أبواب ما يكتسب به الحديث 7.
 - 5- سنن البيهقي 227:10.

و اما من طرفنا فالوارد عن السكوني عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام: «قال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله: زاد المسافر الحداء و الشعر ما كان منه ليس فيه خنا(1)»(2).

و هو جيد لو تمّ سندا و لم يناقش من ناحية النوفلي.

الا ان بالامكان ان يقال بخروج الحداء عن الغناء تخصصا لا تخصيصا، كما احتمل ذلك في الجواهر(3)، و معه لا حاجة إلي البحث عن دليل الاستثناء.

6 - و اما استثناء الاعراس

فلصحيحة ابي بصير المتقدمة وغيرها.

و اما اعتبار عدم انضمام المحرّم فلان المستثنى عنوان الغناء دون ما زاد. مضافا إلي امكان فهم ذلك من صحيحة ابي بصير، بل يفهم منها أيضا تخصيص الجواز بالنساء.

7 - و اما ان الميزان في صدق الغناء مناسبة الكيفية لمجالس أهل

الفسوق

فلم يذكر في كلمات المشهور بل المذكور فيها ان الغناء هو الصوت المشتمل علي الترجيع او المشتمل علي الترجيع مع الطرب، و ما شاكل ذلك.

و المناسب الرجوع إلي العرف - لأنه المرجع في تحديد مفاهيم الالفاظ - و هو يحدده بما ذكرناه. و عادة يتحقق ذلك فيما إذا كان الصوت من شأنه الاطراب.

ص: 93

1- الخنا: الفحش في الكلام.

2- وسائل الشيعة 8:306 الباب 37 من أبواب آداب السفر الحديث 1.

3- جواهر الكلام 22:51.

وعند الشك بنحو الشبهة الموضوعية يكون المرجع هو البراءة كما هو واضح.

ثم ان المفهوم من الغناء عرفا ما ذكرناه، ولكن لو فرض الشك فيه بنحو الشبهة المفهومية و تردده بين السعة و الضيق فالمناسب الاقتصار علي القدر المتيقن و اجراء البراءة عن حرمة الزائد.

الغيبة

اشارة

تحرم الغيبة، وهي «أن تقول في أخيك ما ستره الله عليه». ولا تتحقق الا بذكر المؤمن في غيبته بعيه المستور امام سامع ولو من دون كراهته و لا قصد الانتقاص.

و تستثني من حرمة الغيبة موارد منها: المتجاهر بالفسق، و الاحتياط يقتضي الاقتصار علي ذكره بما تجاهر به، و الظالم فانه تجوز للمظلوم غيبته، و الاحتياط يقتضي أيضا الاقتصار علي بيان ما تحقق به الظلم و عند من يتوقع منه ازالته.

والمستند في ذلك:

1 - اما حرمة الغيبة في الجملة

فمن ضروريات الدين. و يدل عليها الكتاب الكريم: **وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ (1)** ، و الاخبار المتواترة، كموثقة ابي بصير عن ابي جعفر عليه السلام: «قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر و أكل لحمه معصية لله و حرمة ماله كحرمة دمه» (2) و غيرها.

ص: 94

1- الحجرات: 12.

2- وسائل الشيعة 12: 599 الباب 152 من أبواب أحكام العشرة الحديث 12.

والتدقيق في سندها غير مهم بعد تواترها.

و اما الاجماع فلا يمكن التمسك به بعد كونه مدركيا.

2 - و اما تحديد الغيبة

فلا يمكن الاعتماد فيه علي كلمات اللغويين لاختلافها و عدم دقتها في ذكر القيود، بل لا مجال للرجوع إليها بعد تحديد الروايات لها، ففي صحيحة عبد الرحمن بن سيابة: «سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: الغيبة ان تقول في أخيك ما ستره الله عليه. و اما الامر الظاهر مثل الحدة و العجلة فلا»(1). و قريب من ذلك صحيحة داود بن سرحان(2).

و ابن سيابة و ان لم يوثق بالخصوص الا انه قد يتساهل من ناحيته، اما لوروده في كامل الزيارات، أو لرواية ابن ابي عمير عنه، او لاشتغال السند علي يونس الذي هو من اصحاب الاجماع، او لكونه وكيل الامام الصادق عليه السلام في تقسيم الاموال علي عوائل من قتل مع عمه زيد.

و مع التنزل تكفيينا صحيحة ابن سرحان حيث لا مشكلة في سندها الا من ناحية المعلي بن محمد، فانه و ان لم يوثق بل قيل في حقه:

انه مضطرب الحديث و المذهب(1)، الا انه يمكن التساهل من ناحيته بعد اكثر الحسين بن محمد الاشعري شيخ الشيخ الكليني الرواية عنه.

3 - و اما اعتبار ان يكون ذكره بالعب في غيبته

فلتقوم مفهوم الغيبة به. و لربما تلمح الآية الكريمة إلي اعتباره حيث وصفت الاخ بكونه ميتا، و ما ذاك الا لتشبيهه غيابه المعتر في الغيبة بموته.

ص: 95

و ينبغي ان يكون واضحا ان نفي صدق عنوان الغيبة عند افتراض الحضور لا يعني نفي الحرمة بل قد تكون ثابتة بشكل اقوي لثبوت ملاك تحريم الغيبة وزيادة.

4 - و اما اعتبار ان يكون المذكور عيبا

فيمكن استفادته من التعبير ب «تقول فيه»، «ستره الله عليه»، بل و من الآية الكريمة أيضا، فان أكل لحم الاخ ميتا لا يتحقق الا بذكر عيوبه. و بهذا يتضح ان الذكر بما ليس عيبا فضلا بما هو كمال ليس من الغيبة في شيء و ان كان صاحبه كارها لذلك.

و اما ما ورد في وصية النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ لِأَبِي ذَرٍّ: «... قلت يا رسول الله:

و ما الغيبة ؟ قال: ذكرك أخاك بما يكره»⁽¹⁾ فهو علي تقدير صحة سنده منصرف إلي ما يكره ذكره من العيوب فلاحظ ذيل الحديث: «اعلم انك إذا ذكرته بما هو فيه فقد اغتبتته، و إذا ذكرته بما ليس فيه فقد بهتته»⁽²⁾.

اجل قد يحرم ذلك من جهة عنوان آخر غير الغيبة كإيذاء المؤمن مثلا بناء علي حرمة بعرضه العريض الشامل لمثل المقام.

5 - و اما اعتبار كون العيب مستورا

فهو صريح الروايتين السابقتين.

و اما اعتبار وجود السامع فلأن كشف العيب المستور لا يتحقق الا بذلك.

و صحيحة ابن سيابة و ان لم تذكر لفظ الكشف الا ان ارادته واضحة و الا فلا معني لأخذ قيد الستر.

ص: 96

1- وسائل الشيعة 12: 598 الباب 152 من أبواب ما يكتسب به الحديث 9.

2- المصدر نفسه.

6 - و اما عدم اعتبار الكراهة

فإطلاق الصحيحتين السابقتين.

و لا يمكن تقييد الاطلاق المذكور بالنبوي المتقدم بعد ضعف سنده و احتمال ان تكون كلمة «يكره» مبنية للمجهول.

و احتمال ان حرمة الغيبة هي من باب ان من حق المؤمن ان لا يذكر بعيوبه فإذا اسقط الحق المذكور - فيما إذا فرض رضاه بذكر عيوبه - فلا موجب لبقاء الحرمة ضعيف لعدم الدليل علي كون حرمة الغيبة هو من باب الحق بل بالامكان دعوي كونها من باب الحكم الشرعي بقريضة اطلاق الصحيحتين.

7 - و اما عدم اعتبار قصد الانتقاص

فإطلاق الصحيحتين، بل مع فرض قصد الانتقاص تثبت الحرمة حتي في بيان العيب الظاهر، و الحال ان ظاهر صحيحة ابن سيابة نفي الحرمة عن بيان العيوب الظاهرة لا نفي موضوع الغيبة فقط .

8 - و اما استثناء المتجاهر بالفسق

فلرواية هارون بن الجهم عن الصادق عليه السلام: «إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمة له و لا غيبة» الا انها ضعيفة بأحمد بن هارون شيخ الشيخ الصدوق - و مجرد ترضيه عنه(1) لا يدل علي توثيقه له - بل تمكن الخدشة السندية في باقي روايات الاستثناء المذكور.

الا انه يمكن ان يقال ان تعددها و مفروغية الحكم لدي الاصحاب يصحح للفقيه التساهل من الناحية المذكورة.

هذا كله إذا لم يخصص الحكم بالجواز بخصوص ما تحقق

ص: 97

1- كما في الخصال: 33 باب الاثنين الحديث 1.

التجاهر به و الا فلا يحتاج الاستثناء إلي دليل لعدم صدق عنوان الغيبة بلحاظه.

9 - و اما ان الحكم بالجواز يختص بالفسق المتجاهر به او الاعم

فمحل خلاف، فقد استظهر صاحب الحدائق عدم الاختصاص (1).

و اختار الشهيد الثاني الاختصاص (2).

وفصل الشيخ الأعظم بين ما كان دون المتجاهر به في القبح فيلحق بالمتجاهر به في جواز الغيبة به و بين غيره فلا يلحق به. قال قدس سرّه:

«و ينبغي الحاق ما يتستر به بما يتجاهر فيه إذا كان دونه في القبح، فمن تجاهر باللواط - العياذ بالله - جاز اغتيابه بالتعرض للنساء الاجنبيات...» (3).

و المناسب التعميم تمسكا باطلاق الروايات خصوصا ان ظاهرها كون الحكم من باب التخصيص دون التخصص.

و اما ما ذكره الشيخ الاعظم فقابل للتأمل، فان الدليل القائل مثلا:

من تجاهر بالزنا جازت غيبته بذلك يدل بالملازمة علي ان من تجاهر بالنظر الي الاجنبية جازت غيبته بذلك أيضا، و لا يدل بالملازمة علي ان النظر الي الاجنبية لو لم يكن متجاهرا به تجوز غيبته به أيضا.

هذا كله بمقتضى الصناعة العلمية. و لكن يبقى الاحتياط بالاقتصار علي غيبته في خصوص ما تجاهر به امرا لا ينبغي الحياد عنه.

ص: 98

1- الحدائق الناضرة 18:166.

2- كشف الريبة: 80.

3- كتاب المكاسب 1:298، منشورات دار الحكمة.

فمتفق عليه لقوله تعالى: لا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلِمَ (1).

و مقتضى اطلاقه جواز الجهر بالسوء حتي في غير ما تحقق الظلم به و عند من لا- يتوقع منه ازالة الظلم خصوصا لو لوحظ التعبير ب «الجهر» الظاهر في الاشاعة و عدم الاقتصار في البيان عند شخص دون آخر.

و يبقي الاحتياط بالاقتصار علي القدر المتيقن امرا لا ينبغي الحياد عنه بل قد يشكك في انعقاد الاطلاق من الناحية الاولي.

القمار

اشارة

القمار حرام إذا كان مع الرهن و بآلاته الخاصة بل يكفي توفر احدهما في ثبوت التحريم لدي المشهور.

و اما إذا فرض فقدان كلا الامرين - كالمصارعة و المسابقة بأشكالها المختلفة إذا لم تكن مع الرهن - فالمناسب الحكم بالجواز.

و المراد من آلات القمار ما تداول القمار بها و لو في عصرنا المتأخر.

و المستند في ذلك:

1 - اما بالنسبة إلي معني القمار

فقد اختلف اللغويون بل الفقهاء أيضا في تحديده من حيث اخذ العوض و كون اللعب بخصوص آلاته الخاصة في مفهومه (2).

ص: 99

1- النساء: 148.

2- فقي الصحاح، مادة «قمر»: قمرت الرجل إذا لا عبته فيه فغلبته. -

قال الشيخ الأعظم: «القمار... وهو - بكسر القاف - كما عن بعض اهل اللغة: الرهن علي اللعب بشيء من الآلات المعروفة، و حكي عن جماعة انه قد يطلق علي اللعب بهذه الاشياء مطلقا و لو من دون رهن.

و به صرح في جامع المقاصد(1). و عن بعض ان اصل المقامرة المغالبة»(2).

و عليه فالشبهة بلحاظ مفهوم القمار مفهومية لتردده بين السعة و الضيق. و حكمها - كما هو واضح - الاقتصار في الحكم بالتحريم مثلا علي القدر المتيقن، و هو المفهوم الضيق و اجراء البراءة بلحاظ ما زاد.

2 - و اما حرمة

فلا اشكال فيها، و هي مورد اتفاق المسلمين.

و يدل عليها من الكتاب الكريم قوله تعالى: **إِنَّمَا الْحَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ (3)**، فان الميسر

ص: 100

1- و نص عبارة المحقق الكركي: «و اصل القمار: الرهن علي اللعب بشيء من هذه الأشياء. و ربما أطلق علي اللعب بها مطلقا. و لا ريب في تحريم اللعب بذلك و ان لم يكن رهن». جامع المقاصد 4:24.

2- و في اساس البلاغة: القمار خداع. و قامرته: غلبته. و في لسان العرب: قامر الرجل مقامرة و قمارا: راهنه، و هو التقامر. و في المصباح المنير: قامرته عليه: غلبته في القمار. و في القاموس: قامره مقامرة... راهنه فغلبه. و في مجمع البحرين: تقامروا: لعبوا بالقمار و اللعب بالآلات المعدة له علي اختلاف انواعها نحو الشطرنج و النرد و غير ذلك. و أصل القمار: الرهن علي اللعب بالشيء من هذه الأشياء. و في اساس البلاغة: القمار خداع. و قامرته: غلبته. و في لسان العرب: قامر الرجل مقامرة و قمارا: راهنه، و هو التقامر. و في المصباح المنير: قامرته عليه: غلبته في القمار. و في القاموس: قامره مقامرة... راهنه فغلبه. و في مجمع البحرين: تقامروا: لعبوا بالقمار و اللعب بالآلات المعدة له علي اختلاف انواعها نحو الشطرنج و النرد و غير ذلك. و أصل القمار: الرهن علي اللعب بالشيء من هذه الأشياء.

3- المائدة: 90.

هو القمار كما دلت عليه الروايات(1) و كلمات اهل اللغة(2).

و من السنة الشريفة روايات كثيرة كادت تبلغ حدّ التواتر، كصحيحة زيد الشحام: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز و جل:

فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ (3) قال: الرجس من الاوثان: الشطرنج، وقول الزور: الغناء»(4).

و موثقة السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام: «نهى رسول الله صَلَّى الله عليه و آله عن اللعب بالشطرنج و النرد»(5).

و صحيحة معمر بن خلاد عن ابي الحسن عليه السلام: «النرد و الشطرنج و الأربعة عشر بمنزلة واحدة، و كل ما قומר عليه فهو ميسر»(6).

3 - و اما تحريم ما كان اللعب فيه مع الرهن و بالآلات الخاصة

فلانه القدر المتيقن من ادلة التحريم السابقة.

4 - و اما ما كان بالآلات القمار المتداولة بدون رهن

فقد يستدل علي حرمة بوجوه نذكر منها:

أ- التمسك باطلاق الآية الكريمة حيث لم يؤخذ في وجوب

ص: 101

1- روي الوشاء عن ابي الحسن عليه السلام: «الميسر هو القمار» وسائل الشيعة 12:119 الباب 35 من أبواب ما يكتسب به الحديث 3.

2- ففي لسان العرب، مادة «يسر»: الياسر من الميسر و هو القمار. و في مجمع البحرين: الميسر: القمار... و يقال سمّي ميسرا لتيسر اخذ مال الغير فيه من غير تعب و مشقة.

3- الحجج: 30.

4- وسائل الشيعة 12:237 الباب 102 من أبواب ما يكتسب به الحديث 1.

5- وسائل الشيعة 12:238 الباب 102 من أبواب ما يكتسب به الحديث 9.

6- وسائل الشيعة 12:242 الباب 104 من أبواب ما يكتسب به الحديث 1.

الاجتناب عن الميسر فيها وجود الرهن.

وفيه: ان المفروض الشك في صدق عنوان «القمار» بدون الرهن، و التمسك بالاطلاق فرع احراز صدق عنوان المطلق علي المشكوك.

ب - التمسك بما دلّ علي ان المؤمن مشغول عن اللعب، كما في رواية عبد الواحد بن المختار: «سألت ابا عبد الله عليه السلام... عن اللعب بالشطرنج فقال: ان المؤمن لمشغول عن اللعب»(1).

وقد تمسك الشيخ الأعظم بهذا الوجه في جملة ما تمسك به لإثبات التحريم في محل الكلام(2).

وفيه: ان ما ذكر لو تمّ سنداً لا دلالة له علي التحريم كما هو واضح.

ج - التمسك بما دلّ علي حرمة اللعب بالنرد و الشطرنج - كموثقة السكوني المتقدمة - بتقريب ان اللعب بما ذكر يصدق و لو بلا مراهنه.

و فرق بين ذلك و بين القمار، فان صدق الثاني و ان كان من المحتمل توقفه علي المراهنه الا ان الاول لا يتوقف علي ذلك جزماً.

و دعوي الشيخ الاعظم: انصراف اطلاق النهي عن اللعب بما ذكر إلي الحالة المتعارفة و هي حالة ثبوت الرهن(3)، قابلة للتأمل، فان غلبة الوجود لا توجب الانصراف، و علي تقدير التنزل يمكن التأمل في دعوي الغلبة المذكورة.

و المناسب في مناقشة الوجه المذكور ان يقال: ان النهي المذكور 1.

ص: 102

1- وسائل الشيعة 12: 239 الباب 102 من أبواب ما يكتسب به الحديث 11.

2- كتاب المكاسب 1: 322، منشورات دار الحكمة.

3- كتاب المكاسب 1: 320.

خاص بالنرد و الشطرنج و لا يعم اللعب بغيرهما من آلات القمار.

و دعوي عدم الفصل او الحمل علي المثالية غير واضحة.

د - التمسك بصحيحة معمر بن خلاد المتقدمة حيث ورد فيها:

«و كل ما قومر عليه فهو ميسر».

و فيه: ما تقدم من الشك في صدق عنوان «ما قومر عليه» عند عدم وجود الرهن.

و عليه فالمناسب في هذه الصورة الحكم بالتحريم إذا كان اللعب بآلات النرد و الشطرنج و يكون الحكم بالحرمة في غير ذلك مبني علي الاحتياط .

5 - و اما إذا كان اللعب بغير آلات القمار مع افتراض وجود الرهن

- كالمراهنة في باب المصارعة او حمل الاثقال او سائر المسابقات - فقد استدل علي تحريمه بعدة وجوه نذكر منها:

أ - التمسك برواية العلاء بن سيابة عن ابي عبد الله عليه السلام: «ان الملائكة تحضر الرهان في الخف و الحافر و الريش . و ما سوي ذلك فهو قمار حرام»⁽¹⁾.

و فيه: ان السند ضعيف بالعلاء نفسه حيث لم يوثق الا ببناء علي كفاية رواية ابن ابي عمير - الذي هو احد الثلاثة - عنه.

ب - التمسك بمرسلة الصدوق: «قال الصادق عليه السلام: ان الملائكة لتتفر عند الرهان و تلعن صاحبه ما خلا الحافر و الخف و الريش و النصل. و قد سابق رسول الله صَلَّى الله عليه و آله اسامة بن زيد و اجري الخيل»⁽²⁾.

ص: 103

1- وسائل الشيعة 13:349 الباب 3 من السبق و الرماية الحديث 3.

2- وسائل الشيعة 13:347 الباب 1 من السبق و الرماية الحديث 6.

و الجواب عنها واضح لضعف سندها بالارسال.

الا انه قد يحكم بحجية مراسيل الشيخ الصدوق لأحد البيانات الثلاثة التالية:

الاول: انه قدس سرّه ذكر في مقدمة كتابه: «و لم اقصد فيه قصد المصنفين في ايراد جميع ما رووه بل قصدت إلي ايراد ما افتي به و احكم بصحته و اعتقد فيه انه حجة فيما بيني و بين ربي تقدّس ذكره»⁽¹⁾، و ذلك يدل علي انه لا يذكر في كتابه الا الاخبار الصحيحة.

وفيه: ان الصحيح في مصطلح المتقدمين عبارة عن كل خبر يجب العمل به و لو لاحتفاه ببعض القرائن الموجبة للاطمئنان بصدوره - دون ما كان رواه عدولا امامية، فانه مصطلح متأخر - و لعل بعض تلك القرائن لو اطلعنا عليها لم توجب لنا الاطمئنان.

الثاني: انه ذكر في مقدمة كتابه أيضا ان «جميع ما فيه مستخرج من كتب مشهورة، عليها المعول و اليها المرجع، مثل كتاب حريز بن عبد الله السجستاني و كتاب عبيد الله بن علي الحلبي و كتب علي بن مهزيار الاهوازي...»⁽²⁾، و مع استخراج الأحاديث من كتب مشهورة عليها اعتماد الاصحاب لا تبقي حاجة إلي وجود طريق صحيح.

وفيه: ان شهرة الكتاب و التعويل عليه لا- يعني صحة جميع احاديثه و انما يعني ان التعويل عليه هو طابعه العام، فكتاب الكافي مثلا يصدق عليه انه كتاب مشهور و عليه معول الشيعة مع عدم الحكم بصحة جميع احاديثه.ه.

ص: 104

1- الفقيه 1:3.

2- المصدر نفسه.

الثالث: التمسك بالرأي المفصل في مراسيل الصدوق بين ما إذا عبّر ب «روي عن الصادق عليه السّلام» فلا تكون حجة، و بين ما إذا عبّر ب «قال الصادق عليه السّلام» فتكون حجة لان ذلك يدل علي جزمه بصدور الحديث و الا لما جازت له النسبة بنحو الجزم، و كيف ينسب الامامي إلي امامه قولاً لا يجزم بصدوره عنه.

وفيه: ان تعبيره ب «قال» و ان دلّ علي جزمه بصدور الرواية الا ان ذلك لا يعني شهادته بوثاقه جميع رجال سندها، بل قد يكون ذلك لاحتفافها بنظره بقرائن أو جبت اطمئنانه بصدورها، و لعل تلك القرائن لو اطلعنا عليها لم توجب لنا الاطمئنان.

ج - التمسك برواية العياشي في تفسيره عن ياسر الخادم عن الرضا عليه السّلام: «سألته عن الميسر، قال: الثقل من كل شيء. قال: و الثقل ما يخرج بين المتراهنين من الدراهم»⁽¹⁾.

وفيه: ان علي تقدير تمامية سندها - و عدم المناقشة من ناحية ياسر الخادم لجهالته بل و جهالة طريق العياشي إليه - قد تناقش دلالتها بان مفادها حرمة العوض لا حرمة اللعب نفسه.

د - التمسك بصحيفة معمر بن خلاد المتقدمة، حيث ورد فيها:

«و كل ما تقومر عليه فهو ميسر».

وفيه: ان المفروض الشك في صدق عنوان «تقومر عليه» علي اللعب بغير الآلات المتداولة. مضافاً إلي انها ناظرة إلي تحريم العوض دون اللعب نفسه.

ه - دعوي الجزم بعدم مدخلية اللعب بالآلات المتداولة في صدق 9.

ص: 105

1- وسائل الشيعة 12: 243 الباب 104 من أبواب ما يكتسب به الحديث 9.

عنوان القمار - ولذا لو فرض انعدام الآلات القديمة و تبدلها إلى آلات جديدة فهل يحتمل انتفاء الحرمة؟! - بل المناط صدق اللعب مع الرهان و لو لم يكن اللعب بالآلات المتعارفة.

و لا يشكل علي ذلك بلزوم صدق القمار إذا فرض التسابق مع الرهان في حفظ سورة او بناء عمارة او كتابة كتاب و ما شاكل ذلك، و الحال ان الالتزام بذلك بعيد جدا.

إذ يجب بان عنوان اللعب في مثل ذلك غير صادق.

6 - و اما عدم التحريم في الصورة الاخيرة

فلأصل البراءة بعد عدم الدليل علي التحريم، إذ الموجب له اما التمسك بما دلّ علي حرمة القمار، أو التمسك بما تقدم من «ان المؤمن لمشغول عن اللعب»، أو التمسك بمثل صحيحة حفص عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا سبق الا في خف أو حافر أو نصل»⁽¹⁾. و الكل كما تري.

اما الاول فللشك في صدق القمار.

و اما الثاني فلانه لا يدل علي الحرمة، بل لا يمكن الالتزام بها، كيف و هل يحتمل ان اللهو و اللعب باللحية أو بالمشي في الأزقة و الاسواق عبثاً أو بنقض الغزل من بعد قوة انكاثا و ما شاكل ذلك محرم؟

و اما الثالث فلاحتمال كون السبق بفتح السين و الباء معا - بمعني المال المجعول رهنا - و ليس بفتح السين و سكون الباء.

7 - و اما تعميم آلات القمار

لما تداول في عصرنا الحاضر فلعدم احتمال الخصوصية لتلك.

ص: 106

1- وسائل الشيعة 13:348 الباب 3 من السبق و الرماية الحديث 1.

1 - حقيقة الاجارة

2 - من خصوصيات عقد الاجارة

3 - شرائط العوضين

4 - الضمان في باب الاجارة

5 - احكام عامة للإجارة

ص: 107

اشارة

الاجارة عقد يتضمن تمليك المنفعة - التي هي عمل أو غيره - بعوض.

وهي مشروعة بالضرورة.

ولها شرائط يرتبط بعضها بالمتعاقدين - هي شرائط المتعاقدين نفسها في باب البيع - وبعضها بالعوضين.

والمستند في ذلك:

1 - اما ان حقيقة الاجارة ما ذكر

فهو ما جاء في كلمات غير واحد من الأصحاب. وهو مبني علي كون الاجارة فعل المؤجر، كتعريف البيع بانه تمليك عين بعوض. واما بناء علي كونها فعل الطرفين - كما في النكاح - فالمناسب تعريفها بانها عقد يتضمن المعاوضة علي المنفعة.

2 - واما ان المنفعة قد تكون عملا او غيره

فواضح. وقد تكون الاجارة علي العمل - كإيجار الشخص للبناء او الخياطة ونحوهما - وقد تكون للعين، كإيجار الدار للسكن.

ويطلق علي مستحق المنفعة بالاجارة عنوان المستأجر، وعلي

مستحق الاجرة في اجارة الاعيان عنوان المؤجر وفي الاجارة علي العمل عنوان الاجير.

3 - و اما شرعية الاجارة

فثابتة بقوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (1)، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (2)، وبالروايات الواردة لبيان احكامها التي تأتي الاشارة إلي بعضها، بل بالضرورة التي لا يحتاج معها إلي دليل.

4 - و اما شرائط المتعاقدين فيما انها لا تختلف عن شرائط

المتعاقدين في باب البيع عددا و مدركا

فلا حاجة إلي التكرار.

2 - من خصوصيات عقد الاجارة

اشارة

يعتبر في الاجارة الايجاب و القبول، ففي اجارة الدار مثلا يصح الايجاب من صاحب الدار بلفظ آجرتك الدار و القبول من الآخر بلفظ قبلت و نحوه، كما يصح العكس فيقول الآخر: استأجرت دارك و يقول صاحب الدار:

قبلت.

و تتحقق الاجارة بالمعاطاة.

وهي من العقود اللازمة التي لا تنفسخ الا بالتقاييل أو بالفسخ عند اشتراط الخيار أو تخلف الشرط .

و المشهور جواز الاجارة المعاطاتية الا اذا تصرف احدهما فيما انتقل إليه.

و المستند في ذلك:

ص: 110

1- المائدة: 1.

2- النساء: 29.

1 - اما اعتبار الايجاب و القبول في الاجارة

فلأنها من العقود.

و اما صحة الايجاب و القبول بكلا الشكلين فلا إطلاق الامر بالوفاء بالعقد الصادق فيهما.

2 - و اما صحة الاجارة بالمعاطاة

فلان ذلك هو مقتضى القاعدة، فانه بعد صدق العقد بالمعاطاة و عدم انحصار تحققه باللفظ يشمله اطلاق قوله تعالى: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (1)** و يكون الخروج عن ذلك و الحكم باعتبار اللفظ فقط هو المحتاج إلي الدليل. و قد قام الدليل في بعض الموارد - كالنكاح و الطلاق و النذر و اليمين - و يبقي غيرها مشمولاً لمقتضى القاعدة.

هذا و قد فصل الشيخ النائيني بين الاجارة في الاعيان فتصح فيها المعاطاة و الاجارة في الاعمال فلا تصح فيها، بتقريب ان التعاطي يمكن تحققه خارجا في اجارة الاعيان و لا يمكن تحققه في اجارة الاعمال، فان أحد الطرفين إذا دفع اجرة الخياطة فلا يتحقق من الآخر تسليم العمل حين دفع الاجرة بل يتحقق بعد ذلك من باب كونه وفاء بالعقد و ليس من باب كونه محققا و إنشاء له (2).

وفيه: انه بدفع الاجرة يمكن تحقق الايجاب و القبول الفعليين، فبالدفع من احد الطرفين يتحقق الايجاب و بأخذ الطرف الثاني يتحقق القبول و لا يتوقف تحقق العقد الفعلي علي صدور دفع من الثاني عند دفع الاول.

بل يمكن تحقق العقد الفعلي بلا دفع الاجرة أيضا، كما إذا دفع

ص: 111

1- المائدة: 1.

2- التعليقة الشريفة للشيخ النائيني علي العروة الوثقى، الفصل 1 من كتاب الاجارة.

المستأجر قطعة القماش إلى الخياط و تسلمها الخياط منه بقصد تحقق العقد بذلك.

3 - و اما ان الاجارة من العقود اللازمة

فلان ذلك مقتضي الاصل في كل عقد علي ما هو المستفاد من قوله تعالى: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (1)** - فان مقتضي وجوب الوفاء بالعقد عدم جواز نقضه من دون رضا الطرف الآخر - و من استصحب بقاء الملك الثابت قبل فسخ احدهما، و من الوجوه الاخرى لإثبات اللزوم التي تقدمت الاشارة إليها في كتاب البيع.

ويمكن ان تضاف هنا الروايات الواردة في خصوص المقام، كصحيحة علي بن يقطين: «سألت ابا الحسن عليه السلام عن الرجل يتكاري من الرجل البيت او السفينة سنة او اكثر من ذلك او أقل، قال: الكراء لازم له إلي الوقت الذي تكاري إليه. و الخيار في أخذ الكراء إلي ربها ان شاء أخذ و ان شاء ترك» (2) و غيرها.

4 - و اما تحقق الانفساخ بالتقابل

فلان الحق لا يعدو المتعاقدين بعد وضوح ان اللزوم حقي لا حكمي.

و اما جواز الفسخ بالخيار الثابت لأحدهما او كليهما فواضح لأنه مقتضي اشتراط الخيار النافذ بقوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم» (3).

و اما جوازه عند تخلف الشرط فلان مرجع الاشتراط عرفا الي تعليق الالتزام بالعقد علي تحقق الشرط خارجا، فعند عدم تحققه لا

ص: 112

1- المائدة: 1.

2- وسائل الشيعة 13: 249 الباب 7 من احكام الاجارة الحديث 1.

3- وسائل الشيعة 12: 353 الباب 6 من أبواب الخيار الحديث 2.

التزام بالعقد الذي هو عبارة اخري عن جعل الشارط لنفسه الخيار عند تخلف الشرط .

5 - و اما ان الاجارة المعاطية جائزة لدي المشهور الا عند

التصرف

فذلك للإجماع المدعي علي عدم لزوم المعاطاة بشكل عام الا عند التصرف.

و المناسب هو الحكم باللزوم تمسكا باطلاق قوله تعالى: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (1)** وغيره من الوجوه المذكورة لإثبات لزوم المعاطاة في باب البيع فراجع.

و اما الاجماع المدعي فغير ثابت خصوصا مع مدركيته المحتملة.

3 - شرائط العوضين

اشارة

يلزم في العوضين: المعلوماتية، والقدرة علي التسليم، والملكية، و امكان الانتفاع بالعين مع بقائها فلا تصح اجارة الخبز للأكل مثلا، و ان تكون المنفعة مباحة فلا تصح الاجارة لفعل المحرم، و ان تكون العين صالحة لاستيفاء المنفعة منها فلا تصح اجارة الارض للزراعة إذا لم تمكن زراعتها، و تمكّن المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة فلا تصح اجارة الحائض لكنس المسجد.

و المستند في ذلك:

1 - اما اعتبار معلوماتية العوضين

فقد يستدل له:

ص: 113

1- المائدة: 1.

تارة بلزوم الغرر علي تقدير عدم المعلومية، وقد نهى النبي صَلَّى الله عليه وآله عن الغرر(1).

و اخري بالنبوي: «من استأجر أجيرا فليعلمه اجره»(2).

و ثالثة بما دل علي لزوم اعتبار ضبط الكيل و الوزن و العدد في باب البيع(3)، بعد وضوح عدم الخصوصية له.

ورابعة بما أفاده بعض الاعلام من ان المعاملات لدي العقلاء مبنية علي حفظ التساوي في مقدار مالية العوضين. و لعلهم يستغنون عن التصريح بذلك لوضوحه. و من هنا يثبت الخيار عندهم في حالات الغبن. و عليه فالمعاملة علي المجهول المتضمنة للغرر خارجة عن المعاملات العقلانية و ينصرف عنها دليل الامضاء لاختصاص نظره بالمعاملات العقلانية(4).

و خامسة بتسالم الاصحاب علي ذلك.

و الكل كما تري.

اما الاول فلان الثابت في كتب الحديث: «نهى النبي صَلَّى الله عليه وآله عن بيع الغرر»(5)، و ليس: نهى النبي صَلَّى الله عليه وآله عن الغرر.

هذا بقطع النظر عن السند و الا فالاشكال أوضح.

و إذا قيل: ان ذلك يستفاد من رواية الشيخ الصدوق في معاني 3.

ص: 114

-
- 1- تذكرة الفقهاء، كتاب الاجارة، المسألة 2 من الركن 3 في الفصل 2.
 - 2- مستدرک الوسائل الباب 3 من أبواب الاجارة الحديث 1.
 - 3- راجع الرقم 4 من بحث شرائط العوضين في كتاب البيع.
 - 4- مستند العروة الوثقى، كتاب الاجارة: 33.
 - 5- وسائل الشيعة 12: 330 الباب 40 من أبواب آداب التجارة الحديث 3.

الاخبار، حيث ورد فيها: انه صَلَّى الله عليه وآله: «نهى عن المنابذة و الملاسة و بيع الحصة... و هذه بيوع كان اهل الجاهلية يتبايعونها فنهى رسول الله صَلَّى الله عليه وآله عنها لأنها غرر كلها»⁽¹⁾، فان التعليل يدل علي المنع من الغرر بدون اختصاص بالبيع.

قلنا: ان التعليل المذكور هو من الشيخ الصدوق قدس سره دون النبي صَلَّى الله عليه وآله فراجع. علي ان السند ضعيف بعدة مجاهيل.

و اما الثاني فلضعف الحديث سندا. و مع التنزل يمكن فرض العلم بالمشاهدة فيما إذا كانت الاجرة من المكيل او الموزون.

و اما الثالث فباعتبار ان الغاء الخصوصية للبيع لا يمكن الجزم به، ولذا يقال في رد الاستدلال بحديث النهي عن الغرر: ان الثابت هو النهي عن بيع الغرر، فلو فرض عدم الخصوصية للبيع كفي ورود النهي عن بيع الغرر.

و اما الرابع فباعتبار ان التساوي في المالية و ان كان معتبرا لدي العقلاء الا ان الطريق إليه لا ينحصر لديهم بالكيل و الوزن و العد بل يكتفون بالتخمين الحاصل من المشاهدة أيضا.

و اما الخامس فالتسالم مع احتمال المدرك لا حجية له كما هو واضح.

و عليه فالحكم باعتبار معلومية العوضين ينبغي ابتناؤه علي الاحتياط .

2 - و اما اعتبار القدرة علي التسليم

فقد تقدمت الاشارة في باب

ص: 115

1- وسائل الشيعة 12: 266 الباب 12 من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث 13.

البيع إلى مستندات ذلك وكانت كلها ضعيفة ما عدا الأخير، وهو روايات جواز بيع العبد الآبق مع الضميمة، والتعدي منه إلى الاجارة مبني علي الغاء خصوصية البيع.

ويمكن الاستدلال في خصوص الاجارة بان مثل منفعة الدار مع عدم القدرة علي التسليم تتصرم شيئاً فشيئاً، ومن ثم لا تكون مملوكة في اعتبار العقلاء لصاحب الدار ليتمكنه نقلها.

وهذا الوجه - كما نري - يختص بحالة تعذر التسليم واقعا، اما مع الشك وفرض عدم التعذر واقعا فلا مانع من الحكم بالصحة.

3 - و اما اعتبار الملكية

فواضح، إذ غير المالك لا يمكنه تمليك الغير، فان فاقد الشيء لا يعطيه. بل تحقق النقل من دون رضا المالك خلاف قاعدة السلطنة الثابتة له وقاعدة لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة نفس منه.

هذا كله مضافا إلي ان الخطاب بالوفاء بالعقود منصرف الي الملاك الذين هم أصحاب العقد حقيقة دون غيرهم.

اجل لا يقع النقل من غير المالك باطلا رأسا بل موقوفا علي الاجازة، كما هو شأن كل عقد فضولي.

4 - و اما اعتبار امكان الانتفاع بالعين مع بقائها

فلتقوم حقيقة الاجارة بذلك، فان تمليك منفعة العين دونها يستبطن ذلك.

5 - و اما اعتبار اباحة المنفعة

فاستدل له بما يلي:

أ - ما أفاده الشيخ النائيني من ان المنفعة المحرمة ليست مملوكة ليتمكن تملكها. قال قدس سره: «ان اشتراط مملوكية المنفعة يغني عن هذا

الشرط ، فان المنفعة المحرمة غير مملوكة»(1).

ب - ان المنفعة إذا كانت محرمة فلا يمكن تسليمها شرعا، و الممتنع شرعا كالممتنع عقلا، وقد تقدم ان القدرة علي التسليم شرط في صحة الاجارة.

ج - التمسك برواية جابر أو صابر: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر، قال: حرام اجره»(2)، بتقريب ان حرمة الاجر يكشف عن بطلان المعاملة.

الا ان الرواية المذكورة لو تمت سنداً ولم تحتمل لموردها - وهو الخمر - خصوصية معارضة بصحيفة عمر بن اذينة: «كتبت إلي ابي عبد الله عليه السلام اسأله عن الرجل يؤاجر سفينته و دابته ممن يحمل فيها او عليها الخمر و الخنازير، قال: لا بأس»(3).

د - ان المنفعة ما دامت محرمة فتسليمها و الوفاء بالعقد يكون محرماً، و إذا لم يجب الوفاء بالعقد لم يمكن اثبات صحته، فان صحة العقد تستكشف من وجوب الوفاء، فاذا فرض عدمه فلا يمكن استكشافها.

6 - و اما اعتبار قابلية العين لاستيفاء المنفعة منها

فباختبار ان المنفعة إذا لم تكن قابلة للاستيفاء فهي ليست ملكاً لصاحب العين ليملكه تمليكها.

ص: 117

1- راجع التعليقة الشريفة للشيخ النائيني علي العروة الوثقى، كتاب الاجارة، الشرط 5 من شرائط العوضين.

2- وسائل الشيعة 12:125 الباب 39 من أبواب ما يكتسب به الحديث 1.

3- وسائل الشيعة 12:126 الباب 39 من أبواب ما يكتسب به الحديث 2.

7 - و اما اعتبار تمكن المستأجر من الانتفاع بالعين

فقد يوجّه بما ذكره الشيخ النائيني من «ان هذا المثل(1) قد خرج باشتراط مملوكية المنفعة و اباحتها»(2).

وفيه: ان المنفعة - كنس المسجد - مباحة لعدم حرمة كنس الحائض للمسجد بما هو كنس للمسجد، و انما المحرم هو مكث الحائض في المسجد الموقوف عليه الكنس، و حرمة هذا لا تستلزم حرمة مقارناته و الالفهل يحتمل استلزام حرمة المكث لحرمة تحريك اليد؟ و الانسب ان يعلل اعتبار الشرط المذكور بان استيفاء المنفعة ما دام مستلزما لارتكاب محرم شرعي فلا يجب الوفاء بالاجارة، و من ثم لا يمكن استكشاف الصحة لأنها لازم لوجوب الوفاء فاذا لم يثبت لم يمكن استكشاف لازمه.

4 - الضمان في باب الاجارة

اشارة

مستأجر العين امين عليها لا يضمن تلفها او تعيبها الا إذا تعدّي أو قرط .

و هكذا الحال في الاجير إذا دفع له المستأجر العين ليعمل فيها.

و اذا باشر الطبيب من خلال عملية جراحية علاج المريض و تضرر بذلك كان ضامنا الا اذا اخذ البراءة مسبقا و لم يكن مقصرا في اعمال اجتهاده.

ص: 118

1- أي مثال اجارة الحائض لكنس المسجد الذي ذكره السيد الطباطبائي.

2- راجع التعليقة الشريفة للشيخ النائيني علي العروة الوثقى، كتاب الاجارة، الشرط 7 من شرائط العوضين.

وإذا وصف الدواء من دون ان يباشر العلاج و تضرر المريض بذلك فقد قيل: بعدم الضمان أيضا.

وإذا أفسد الخياط أو البناء أو التجار أو الخثان أو أي عامل آخر كان ضامنا كالطبيب المباشر ما دام قد تجاوز الحد المأذون فيه.

والمستند في ذلك:

1 - اما عدم ضمان المستأجر للعين

فللقصور في المقتضي، فان الضمان لو كان ثابتا فليس له مدرك سوي قاعدة علي اليد، وهي لا تشمل مثل يد المستأجر، لان مستند القاعدة المذكورة ليس الا السيرة العقلانية الممضاة بعدم الردع، وهي لا تشمل مثل يد المستأجر، و لا أقل من الشك فيقتصر علي القدر المتيقن.

و مع التنزل و فرض تمامية المقتضي يكفينا للحكم بعدم الضمان وجود المانع، و هو الروايات الواردة في عدم ضمان الامين، كصحيحة مسعدة بن زياد عن جعفر بن محمد عن ابيه عليهما السلام: «ان رسول الله صَلَّى الله عليه و آله قال: ليس لك ان تتهم من قد ائتمنته و لا تأتمن الخائن و قد جرّبه»(1).

بل و الروايات الواردة في خصوص باب الاجارة، كصحيحة الحلبي: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل تكاري دابة إلي مكان معلوم فنفتت الدابة، فقال: ان كان جاز الشرط فهو ضامن. و ان كان دخل واديا لم يوثقها فهو ضامن. و ان وقعت في بئر فهو ضامن لأنه لم يستوثق منها»(2).

2 - و اما الضمان مع التعدي أو التفريط

فلقاعدة علي اليد

ص: 119

1- وسائل الشيعة 13:229 الباب 4 من أحكام الوديعة الحديث 10.

2- وسائل الشيعة 13:281 الباب 32 من الاجارة الحديث 2.

3 - و اما عدم ضمان الاجبر للعین التي يعمل فيها

فلما تقدم نفسه في عدم ضمان المستأجر.

4 - و اما ضمان الطبيب عند مباشرته للعلاج و تضرر المريض

فلقاعدة من اتلف، و موثقة السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام: «قال امير المؤمنين عليه السلام: من تطبب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه و الا فهو له ضامن»(1).

بل يمكن التمسك أيضا بصحیحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام:

«الرجل يعطي الثوب ليصبغه فيفسده، فقال: كل عامل أعطيته أجرا علي ان يصلح فأفسد فهو ضامن»(2).

و إذا قيل: مع اذن المريض للطبيب في مباشرة علاجه لا يبقى موجب للضمان.

قلنا: ان الاذن كان في العلاج دون الافساد.

5 - و اما استثناء حالة أخذ البراءة

فلموثقة السكوني المتقدمة.

و إذا قيل: لا تصح البراءة لأنها من قبيل اسقاط ما لم يجب.

قلنا: هذا يتم لو ارید تخريج الحكم علي طبق القاعدة، اما بعد وجود النص فلا مجال لمثل الاشكال المذكور.

6 - و اما القول بعدم الضمان عند وصف الدواء من دون مباشرة

العلاج

فلان المستند للضمان اما موثقة السكوني المتقدمة أو قاعدة الاتلاف أو قاعدة الغرور.

ص: 120

1- وسائل الشيعة 19:195 الباب 24 من أبواب موجبات الضمان الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 13:275 الباب 29 من أحكام الاجارة الحديث 19.

و الكل لا يمكن التمسك به.

اما الاول فلان ظاهر كلمة «تطبب» مباشرة الطبابة و العلاج خارجا.

و اما الثاني فلان الاتلاف لا ينتسب إلي شخص الا اذا كان مباشرا له او كان سببا أقوي من المباشر بحيث يسند الفعل إليه عرفا، كما لو كان المريض فاقدا للإرادة لصغر ونحوه، اما مع فرض الاختيار التام للمريض فلا ينسب الاتلاف الي الطبيب.

و اما الثالث فلعدم صدق الغرور مع جهل الغار، و لا أقل من الشك.

7 - و اما ضمان الخياط و غيره لما يفسده

فلقاعدة من اتلف و صحيحة الحلبي المتقدمة.

هذا إذا تجاوز الحد المأذون فيه.

و اما مع عدم تجاوزه - كما لو قال صاحب القماش للخياط : فصّله بهذا الشكل فامثل ثم اتضح الخلل و سقوط القماش بذلك عن صلاحية الانتفاع أو فرض أمر الختّان بالختن ثم اتضح ان اصل الختان مضر و مات المختون بذلك - فينبغي التفصيل بين ما شاكل مثال القماش فلا ضمان - للإذن الراجعة للضمان، و الاتلاف ان صدق فهو ما دام باذن المالك فلا يوجب الضمان - و بين مثال الختن فيحكم بثبوت الضمان لان الختّان بالتالي هو القاتل، غايته هو معذور في ذلك، و حيث ان دم المسلم لا يبطل (1) فيلزم الحكم بضمان الدية لأنه من قبيل القتل الخطئي.

ص: 121

1- لصحيفة عبد الله بن سنان و عبد الله بن بكير جميعا عن ابي عبد الله عليه السلام: «قضي أمير المؤمنين عليه السلام في رجل وجد مقتولا لا يدري من قتله، قال: ان كان عرف له اولياء يطلبون ديته اعطوا ديته من بيت مال المسلمين و لا يبطل دم امرئ مسلم...». و سائل الشيعة 19:109 الباب 6 من أبواب دعوي القتل الحديث 1.

اجل مع اخذ الختّان البراءة مسبقا فلا يبعد عدم الضمان لموثقة السكوني المتقدمة بناء علي عدم فهم الخصوصية للتطبّب.

5 - أحكام عامة في باب الاجارة

اشارة

لا- يثبت في الاجارة خيار المجلس ولا- خيار الحيوان ولا خيار التأخير ثلاثة أيام و تجري فيها بقية الخيارات، كخيار العيب و الغبن و تخلف الشرط و نحوها.

و اذا تحقق عقد الاجارة ملك كل طرف بالعقد نفسه ما استحقه علي الآخر، فالاجير يملك الاجرة و لو لم يقيم بالعمل و المستأجر يملك العمل و لو لم يدفع الاجرة. و يجب علي كل واحد منهما تسليم ما عليه الا اذا كان الآخر ممتنعا.

و يحق لمستأجر العين ايجارها علي آخر ما دام لم يشترط عليه - و لو ضمنا - استيفاء المنفعة مباشرة. و استشكل بعض في تسليم العين إلي المستأجر الثاني بدون اذن المؤجر.

و لا يجوز لمستأجر الدار ايجارها علي آخر بأكثر من الاجرة السابقة الا ان يحدث فيها حدثا او تكون الاجرة الثانية مغايرة للأولي جنسا.

و من استؤجر لأداء عمل بدون اشتراط المباشرة عليه و لو ضمنا يجوز له استيجار غيره للقيام بذلك العمل فيما إذا كانت الاجرة مساوية أو أكثر، اما إذا كانت أقل فلا الا إذا أتى ببعض العمل.

وفي جواز الاجارة علي اداء الواجبات خلاف مشهور.

و من استأجر محلاً تجارياً أو غيره إلى فترة محددة فعليه بعد انتهائها تخليته إذا طالب بذلك المالك ولا يحق له إيجاره علي شخص آخر من دون اذن الا- إذا تم الاتفاق - لبناء عرفي خاص أو عام - علي ذلك مسبقاً ولو مقابل مبلغ معين قد يعبر عنه في بعض الاعراف بحق السرقة، فيجوز آنذاك للمستأجر عدم التخليه و تجديد عقد الايجار بل يجوز له أيضا رفع اليد عن حقه في البقاء و التنازل بالمحل لثالث ازاء مبلغ معين من النقود قد يعبر عنه بحق السرقة أيضا.

و المستند في ذلك:

1 - اما عدم ثبوت الخيارات الثلاثة في الاجارة

فلاختصاص مدرك ثبوتها بالبيع، كصحيحة محمد بن مسلم: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوي ذلك من بيع حتي يفترقا»⁽¹⁾، و صحيحة زرارة عن ابي جعفر عليه السلام: «الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول حتي آتيك بثمانه، قال: ان جاء فيما بينه و بين ثلاثة أيام و الا فلا بيع له»⁽²⁾.

2 - و اما ثبوت بقية الخيارات

فلاين مدرك ثبوتها يعم غير البيع أيضا، فخيار العيب و الغبن ثابتان من خلال فكرة الاشرط الضمني، و هي لا تختص بالبيع. و هكذا الخيار الثابت باشرطه أو بتخلف الشرط، فانه لا يختص بالبيع.

و بالجملة: مدرك الخيارات الثلاثة السابقة حيث انه التعبد

ص: 123

1- وسائل الشيعة 12:349 الباب 3 من أبواب الخيار الحديث 3.

2- وسائل الشيعة 12:356 الباب 9 من أبواب الخيار الحديث 1.

فيقتصر علي مورده، بخلاف بقية الخيارات فان مدركها ليس هو التعبد بل مقتضي القاعدة الذي لا اختصاص له بالبيع.

3 - و اما ان كان واحد مالك ما له علي الآخر بمجرد العقد

فباعتبار كونه سببا تاما للملكية بمقتضي قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (1).

4 - و اما وجوب التسليم علي كل واحد منهما

فلان ذلك لازم ملكية الآخر لما في يده.

و اما عدم لزوم التسليم عند امتناع الآخر فلان ذلك مقتضي الشرط الضمني الارتكازي علي ثبوت الحق لكل منهما في الامتناع عند امتناع الآخر.

5 - و اما جواز ايجار العين من قبل المستأجر الاول

فلانه مالك للمنفعة و ليس من شروط صحة الاجارة ملكية العين.

اجل مع اشتراط استيفائه المنفعة مباشرة فلا يجوز له ذلك لقاعدة المسلمون عند شروطهم التي دلت عليها صحيحة عبد الله بن سنان(2).

6 - و اما الاشكال في جواز تسليم العين

فقد صار إليه جمع من الاعلام(3) باعتبار ان العين ملك لصاحبها، و التصرف فيها بالتسليم إلي ثالث تصرف في ملك الغير من دون اذنه فلا يجوز.

وفيه: ان الاذن ثابتة لان اذن المالك للمستأجر الاول في الاستيلاء علي العين كانت باعتبار انه مالك للمنفعة و ليس بما هو فلان، و حيث ان

ص: 124

1- المائدة: 1.

2- وسائل الشيعة 12:353 الباب 6 من أبواب الخيار الحديث 2.

3- و ممن استشكل السيد الطباطبائي في العروة الوثقى، كتاب الاجارة، الفصل 5.

الوصف العنواني المذكور منطبق علي المستأجر الثاني فيجوز تسليمه اليها و استيلاؤه عليها.

اجل لا يجوز تعريض العين للخطر بايجارها من شخص لا يتحفظ عليها بشكل كامل.

و مما يؤكد ذلك ان المستأجر الاول يجوز له استضافة بعض الضيوف لأيام من دون حاجة الي استئذان المالك، فإذا جاز ذلك جاز ايجار العين للضيف و تصرفه فيها بلا حاجة إلي استئذان.

هذا كله بقطع النظر عن الروايات و الا فالأمر أوضح. و قد روي علي بن جعفر - بطريق صحيح - عن أخيه ابي الحسن عليه السّلام: «سألته عن رجل استأجر دابة فأعطها غيره فنفتت ما عليه؟ قال: ان كان شرط ان لا يركبها غيره فهو ضامن لها و ان لم يسم فليس عليه شيء» (1)، فانها تدل علي جواز اركاب الغير، و مقتضي اطلاقها عدم الفرق بين كون ذلك باجرة أو بدونها.

و في صحيحة ابي المعز عن ابي عبد الله عليه السّلام: «الرجل يؤاجر الارض ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها، قال: لا بأس...» (2).

7 - و اما عدم جواز ايجار الدار من قبل المستأجر الاول بأكثر من

الاجرة الاولي الا مع احداث حدث

فلصحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السّلام:

«الرجل يستأجر الدار ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها به، قال:

لا يصلح ذلك الا ان يحدث فيها شيئاً» (3) و غيرها.

ص: 125

- 1- وسائل الشيعة 13:255 الباب 16 من أحكام الاجارة الحديث 1.
- 2- وسائل الشيعة 13:260 الباب 20 من أحكام الاجارة الحديث 4.
- 3- وسائل الشيعة 13:263 الباب 22 من الاجارة الحديث 4.

8 - و اما اعتبار اتحاد جنس الاجرة في عدم جواز الزيادة

فلان عنوان «الاکثر» لا يصدق الا مع اتحاد جنس الاجرتين، فاذا كانت احدهما دينارا و الاخرى كتابا فلا يصدق ان هذا أكثر من ذلك إذا تفاوتتا في القيمة الا مع العناية.

اجل إذا كانت كلتا الاجرتين من النقود و اختلفتا في نوعية النقد فلا يبعد صدق عنوان الاكثر عرفا إذا تفاوتتا في المالية.

9 - و اما ان المستأجر لعمل يجوز له استيجار غيره إذا كانت

الاجرة مساوية أو أكثر

فلكونه مقتضى القاعدة ما دام لم تشرط عليه المباشرة.

و اما عدم جواز ذلك إذا كانت أقل الا مع اداء بعض العمل فلصحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام: «سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه و يدفعه إلي آخر فيريح فيه، قال: لا، الا ان يكون قد عمل فيه شيئا»⁽¹⁾ و غيرها.

10 - و اما الخلاف في جواز الاجارة علي الواجبات

فينبغي ان تستثني منه الحالات التالية:

أ- ما إذا لم تعد للباذل فائدة من وراء الاجارة، كالأستيجار لأداء الصلاة الواجبة اليومية عن العامل نفسه. و لا اشكال في بطلان الاجارة في مثل ذلك.

و تتصور الفائدة فيما إذا كان الواجب كفائيا و أراد البازل اسقاطه عن نفسه فاستأجر غيره.

ص: 126

1- وسائل الشيعة 13:265 الباب 23 من الاجارة الحديث 1.

ب - ما إذا فهم من الأدلة المطلوبة تحقيق الفعل مجاناً، كما في تعليم الاحكام و الافتاء و تجهيز الميت و الاذان و نحو ذلك. و في مثله لا اشكال في بطلان الاجارة كما هو واضح.

ج - ما إذا علم بمطلوبية ايقاع الفعل في الخارج و لومع الاجرة، كما هو الحال في المهن التي يتوقف عليها النظام كالطبابة و الخبازة و البقالة و ما شاكل ذلك. و في مثله لا اشكال في جواز الاجارة كما هو واضح.

و بعد هذا يقع الكلام تارة في البحث عن مانعية حيثية الوجوب من جواز الاجارة و اخري عن مانعية حيثية قصد التقرب المعتبر في العبادات من صحة الاجارة.

اما المانعية من الحيثية الاولى فذكر لها عدة تقريبات نشير من بينها الي:

الاول: ما نقله الشيخ الأعظم من ان الشيء إذا كان واجبا فهو مملوك لله سبحانه، و مع كون الشيء مملوكا للغير فلا يمكن تملكه لان الشخص إذا لم يملك فعله فكيف يملكه لغيره(1).

وفيه: ان وجوب الفعل يستدعي الزام ايجاده دون الملكية اعتبارا ليلزم ما ذكر.

الثاني: ما أفاده الشيخ النائيني من ان شرط صحة الاجارة بل كل معاملة كون الفعل و الترك معا تحت سلطان الاجير، و مع فرض ايجاب الفعل لا يكون الترك تحت سلطانه بل يكون ممتنعا عليه شرعا.

ص: 127

و الممتنع شرعا كالممتنع عقلا(1).

وفيه: ان القدرة بمعنى تساوي الطرفين لا دليل علي اعتبارها و انما الثابت اعتباره هو القدرة علي تسليم متعلق الاجارة بمعنى الامكان التكويني، و هو متحقق في محل الكلام.

الثالث: ما استند إليه الشيخ الأعظم، و هو ان العمل إذا كان واجبا علي الاجير بقطع النظر عن الاجارة فيجوز اجباره علي ايقاعه و لو لم يستأجر عليه، و معه فلا تعود فائدة من وراء الاجارة.

قال قدس سره: «... لان أخذ الاجرة عليه مع كونه واجبا مقهورا من قبل الشارع علي فعله اكل للمال بالباطل لان عمله هذا لا يكون محترما لان استيفاءه منه لا يتوقف علي طيب نفسه لأنه يقهر عليها مع عدم طيب النفس و الامتناع»(2).

وفيه: ان الثابت قبل الاجارة حق عام لجميع المكلفين في المطالبة بايقاع الفعل من باب الامر بالمعروف، و هذا بخلافه بعد الاجارة، فانه يثبت حق شخصي خاص لخصوص المستأجر في المطالبة بالفعل من باب المطالبة بملكه.

و عليه فلا منع من حيثية الوجوب.

و اما المانع من حيثية الثانية فتقريبها ان الباعث علي الاتيان بالعمل إذا كان هو استحقاق الاجرة فكيف يتأتي قصد القربة من الاجير؟! و

وفيه: ان الاجرة لم تجعل علي ذات الفعل بل علي الفعل بقصده.

ص: 128

1- منية الطالب للخوانساري 1:15.

2- كتاب المكاسب 1:437، منشورات دار الحكمة.

العبادية و التقرب، فما لم يؤت به كذلك لا يكون الاجير مستحقا لها، وهذا معناه ان الاجارة تكون مؤكدة لطلب قصد التقرب و ليست منافية له، إذ ما لم يقصد الاجير التقرب لا يكون مستحقا للأجرة.

و هذا ما أطلق عليه الآخوند الخراساني بفكرة الداعي إلي الداعي(1)، فان ذات الفعل يؤتي بها بقصد القربة، و الداعي لقصد القربة هو تحصيل الاجرة.

و إذا قلت: كيف نتصور قصد التقرب لأجل تحصيل الاجرة؟! ما هذا الا مجرد ألقاظ .

قلنا: لا يلزم في الداعي لقصد القربة ان يكون هو الله سبحانه بشكل محض، ان هذا لا يتصور الا من امير المؤمنين عليه السلام و بقية المعصومين صلوات الله عليهم بل اللازم صدور قصد التقرب و لو لدواع اخرى، كالإتيان بصلاة الرزق أو نزول المطر بقصد التقرب طلبا للرزق أو نزول المطر، و كالإتيان بالصلاة بقصد التقرب طلبا للتخلص من النار أو حبًا لدخول الجنة.

و ما دام هذا ممكنا فبالا مكان في مقامنا أيضا اتيان الاجير بالصلاة بقصد التقرب طلبا لتحصيل الاجرة.

و في الحقيقة يمكن ان نفهم من خلال هذا ان المطلوب في باب العبادات هو قصد القربة علي هذا المستوي و بالمقدار المذكور.

و عليه فلا مانع من الاجارة علي الواجبات لا من حيثية الوجوب و لا من حيثية العبادية.م.

ص: 129

11 - و اما وجوب التخلية بعد انتهاء عقد الاجارة

فلانه هو المسوغ للتصرف فاذا انتهى يعود المالك مسلطا علي ملكه ولا يجوز التصرف فيه من دون طيب نفسه.

12 - و اما انه يجوز للمالك اخذ السرقلية

فلان لكل ذي حق التنازل عن حقه مقابل ما يشاء.

و اما ان للمستأجر ذلك أيضا فلانه مقابل تنازله عن حقه في البقاء وعدم التخلية المتولد له بسبب الاتفاق مع المالك.

13 - و اما كفاية التباي العام

فلانه محقق للاشتراط الضمني.

ص: 130

اشارة

1 - حقيقة المزارعة

2 - شرائط المزارعة

3 - أحكام عامة في باب المزارعة

ص: 131

إشارة

المزارعة عقد يتضمن الاتفاق علي زرع شخص أرض غيره بحصة من حاصلها. وهي مشروعة بلا كلام.

والمستند في ذلك:

1 - اما تحديد المزارعة

بما ذكر فمضافا إلي كونه من واضحات الفقه يمكن استفادته من روايات باب المزارعة، كصحيحة عبد الله بن سنان: «الرجل يزارع فيزرع أرض غيره فيقول: ثلث للبقر و ثلث للبذر و ثلث للأرض، قال: لا يسمى شيئا من الحب و البقر و لكن يقول: ازرع فيها كذا و كذا ان شئت نصفًا و ان شئت ثلثًا»⁽¹⁾ وغيرها.

وعدم اسناد الحديث الي الامام عليه السلام غير مهم بعد كون الناقل عنه ابن سنان الذي لا تحتمل في حقه الرواية عن غيره عليه السلام.

علي ان عدم اسنادها كذلك انما هو في رواية الكليني و الافقي

ص: 133

1- وسائل الشيعة 13:200 الباب 8 من أحكام المزارعة و المساقاة الحديث 5.

رواية الشيخ اسندت إلي ابي عبد الله عليه السلام(1).

2 - و اما شرعتها

فليست محلا للخلاف عندنا بل عند أكثر علماء الإسلام علي ما في الجواهر(2).

و تدل عليها الضرورة الفقهية و الروايات الخاصة كالصحيحة المتقدمة و غيرها.

و هناك بحث عن امكان اثبات شرعتها بمقتضي القاعدة و قطع النظر عن الروايات الخاصة و عدمه.

فقليل بعدم الامكان، بتقريب ان المزارعة تتضمن تملك العامل حصته من الناتج، و حيث انه لا وجود لها حين العقد فلا يمكن تملكها عقلا نيا لان غير الموجود ليس بمملوك كي يقبل التملك. و هل تري امكان ان يبيع الشخص السمكة التي سيصطادها بعد ساعة أو يهب الشيء الذي يشتريه بعد ذلك ؟ كلا، انه ليس عقلا نيا، و عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (3) و نحوه منصرف عنه.

و عليه فيحتاج اثبات الصحة إلي دليل خاص غير مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .

و هذا الكلام لا يختص بالمزارعة بل يعم ما كان علي شاكلتها، كالمضاربة و المساقاة.

و لربما يشير الي اختيار هذا الاحتمال صاحب الجواهر قدس سره حيث تمسك - في تعليل عدم جواز اجارة الارض للزراعة بما يخرج منها -

ص: 134

1- حسب بعض نسخ التهذيب علي ما اشير اليه في هامش الطبعة القديمة من وسائل الشيعة.

2- جواهر الكلام 2:27.

3- المائدة: 1.

ب «ضرورة اعتبار ملكية الاجرة التي هي عوض المنفعة المملوكة خارجا أو ذمة، و لا شيء منهما في الفرض»(1). و صرّح باختياره و الدفاع عنه بعض الاعلام من المتأخرين(2).

و في مقابل هذا ما بني عليه المشهور من امكان التمسك بمثل عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ(3).

و علّل ذلك السيد الطباطبائي بان ما يحصل في المستقبل هو في نظر العرف بمنزلة الموجود كمنافع العين(4).

و تترتب علي هذا الخلاف آثار متعددة، فلو شك في جواز تقدم القبول في المزارعة او انعقادها بغير العربية و ما شاكل ذلك صح التمسك بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لإثبات الجواز علي الاحتمال الثاني، في حين لا يصح ذلك علي الاحتمال الاول، و يتعين عليه التمسك باطلاق دليل صحة المزارعة ان كان ثابتا و الا لم يمكن الحكم بالجواز.

2 - شرائط المزارعة

إشارة

يلزم في المزارعة:

1 - الايجاب و القبول. و يكفي فيهما كل لفظ دال عليهما - مثل زارعتك أو سلّمت إليك الارض لتزرعها علي كذا - و لو بغير العربية و الماضيوية.

ص: 135

1- جواهر الكلام 11:27.

2- مستند العروة الوثقى، كتاب الاجارة: 335.

3- المائدة: 1.

4- العروة الوثقى، كتاب الاجارة، الفصل 6.

و لا يلزم ان يكون الايجاب من المالك و لا تقدمه و لا كونه لفظا بل يجوز ان يكون الايجاب باللفظ و القبول بالفعل او يكونا معا بالفعل.

2 - ان يكون كل من المالك و الزارع بالغاً عاقلاً مختاراً و ليس بمحجور عليه لسفه أو فلس.

اجل إذا لم يشارك الزارع بمال فلا يلزم اشتراط عدم المحجورية في حقه.

3 - ان يكون الناتج مشتركاً بين المالك و الزارع و ليس خاصاً بأحدهما و الا لم تصح المعاملة مزارعة.

4 - ان يكون الاشتراك في جميع الناتج بنحو الاشاعة، فلو شرط لأحدهما الاختصاص بما يحصل اولاً أو من هذه القطعة من الارض و للآخر ما يحصل ثانياً أو من تلك القطعة لم تصح.

5 - تعيين الحصص بالكسر المشاع، فلو قال: ازرع و اعطني مقدارا ما مشاعاً لم تصح.

6 - تعيين المدة بداية و نهاية إذا لم يكن هناك انصراف يقتضي التعيين.

7 - ان تكون المدة بمقدار صالح لإدراك الناتج فيها.

8 - قابلية الارض للزراعة و لو بالعلاج، فلو كانت سبخة أو لا يمكن وصول الماء إليها أو ما شاكل ذلك فلا تصح.

9 - تعيين نوع المزروع إذا لم يقصد التعميم لأي نوع كان و لم يكن هناك انصراف إلي نوع معين.

10 - تعيين الارض مع تردها بين قطعتين أو أكثر إذا لم يكن هناك انصراف و لم يقصد التعميم لأي أرض وقع الاختيار عليها.

11 - تعيين المصارف من البذر و نحوه و كونها علي أي واحد منهما إذا لم يكن هناك انصراف.

12 - ان تكون الارض و نحوها مملوكة و لو منفعة او يكون التصرف فيها نافذا بوكالة او ولاية.

والمستند في ذلك:

1 - اما اعتبار الايجاب و القبول في المزارعة

فلأنها عقد لا ايقاع كما هو واضح.

و اما التعميم من الجهات الاخرى فلصدق العقد في جميعها، و مقتضى اطلاق أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (1) ثبوت الصحة و اللزوم في جميعها.

هذا بناء علي رأي المشهور.

و اما بناء علي الرأي الآخر فالأمر مشكل لعدم وجود اطلاق في ادلة مشروعية المزارعة يدل علي امضاءها في جميع الحالات المتقدمة، فلاحظ صحيحة ابن سنان المتقدمة. و علي منوالها غيرها.

و دعوي وجود مثل هذا الاطلاق في ادلة مشروعية المزارعة عهدتها علي مدعيها.

2 - و اما اعتبار البلوغ و ما تلاه

فقد تقدم وجهه في مبحث شروط المتعاقدين من كتاب البيع، فان ما ذكر هناك عام لمطلق العقود فلاحظ .

3 - و اما ان الزارع لا يشترط فيه عدم المحجورية إذا لم يشارك

بمال

فلان السفية و المفلس ممنوعان من التصرف المالي فاذا فرض عدم المشاركة بمال فلا يعود وجه للاشتراط المذكور.

هذا بناء علي الرأي المشهور من عدم منع السفية من التصرفات

ص: 137

غير المالية(1).

و اما بناء علي منعه حتي من مثل جعل نفسه عاملا في المزارعة و المساقاة و نحوهما فيلزم في الزارع عدم السفه حتي اذا لم يشارك بمال.

4 - و اما اعتبار الاشتراك في الناتج

فلاعتبره في المزارعة حسبما يفهم من بعض النصوص، فقد ورد في صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا تقبل الارض بحنطة مسماة(2) و لكن بالنصف و الثلث و الربع و الخمس لا بأس به»(3). و الحكم متسالم عليه.

هذا بناء علي الرأي المشهور الذي يري امكان التمسك بالعمومات.

و اما بناء علي الرأي الآخر فيكفي لاعتبار الشرط المذكور عدم الدليل علي صحة المزارعة في عدم حالة عدم الاشتراك في النماء.

5 - و اما اعتبار الاشتراك في جميع الناتج بنحو الاشاعة و تعيين

الحصة بالكسر المشاع

فلما سبق في اعتبار اصل الاشتراك.

6 - و اما اعتبار تعيين البداية و النهاية للمدة

فقد يستدل له بحديث نهى النبي صَلَّى الله عليه و آله عن الغرر(4) او بالإجماع.

ص: 138

1- قال صاحب الجواهر في جواهره 58:26 «لان السفه لم يسلبه... اهلية مطلق التصرف بل في ماله خاصة... كما هو واضح خلافا لبعض العامة».

2- اي بحنطة مقدرة بغير الكسر المشاع، بان يقول مثلا: بعشرين كيلوغراما. و قيد الشيخ في الاستبصار 128:3 النهي في الرواية بما اذا كانت الحنطة المسماة من نفس حاصل الارض، اما اذا كانت من حاصل موجود بالفعل من غيرها فلا بأس بذلك.

3- وسائل الشيعة 13:199 الباب 8 من أحكام المزارعة و المساقاة الحديث 3.

4- تذكرة الفقهاء، كتاب الاجارة، المسألة 2 من الركن 3 في الفصل 2.

و كلاهما كما تري.

اما الاول فلما تقدم في مبحث الاجارة عند البحث عن شرائط العوضين.

و اما الثاني فلاحتمال مدركيته.

و الاولي الاستدلال لذلك بان المدة إذا لم تكن متعينة بداية و نهاية فلا يمكن تعلق الامر بوجوب الوفاء بالعقد لان ما لا تعين له حتي في علم الله سبحانه كيف يتعلق به و جوب الوفاء؟

اجل إذا حددت البداية و جعلت النهاية أدراك الحاصل كفي ذلك لأنه نحو من التعيين.

7 - و اما اعتبار ان تكون المدة بمقدار يمكن ادراك الناتج فيها

فلانه بدون ذلك لا يمكن تحقق المقصود من المزارعة و يكون الاقدام عليها لغوا و لا يشملها دليل الامضاء.

8 - و اما اعتبار القابلية للزراعة

فلانه بدون ذلك لا يمكن تحقق المزارعة، و من ثم لا يمكن ان يشملها دليل الامضاء.

9 - و اما اعتبار تعيين نوع المزروع فيما إذا لم يقصد التعميم

و لم يفرض الانصراف

فقد جاءت الإشارة إليه في كلمات غير واحد من الفقهاء.

و هو وجيه مع اختلاف نوع الزرع المقصود لكل واحد منهما، لان وجوب الوفاء بالعقد علي طبق مقصود احدهما بلا مرجح، و علي طبق مقصودهما معا غير ممكن لفرض التنافي. و اما مع عدم الاختلاف في المقصود واقعا فلا مستند للبطلان سوي التمسك بحديث: نهى النبي صَلَّى الله عليه و آله عن الغرر، و قد تقدم في مبحث الاجارة عدم

ثبوت كونه رواية.

10 - و اما اعتبار تعيين الارض

فلما تقدم نفسه في اعتبار تعيين نوع المزروع.

11 - و اما لزوم تعيين من عليه المصارف إذا لم يكن هناك

انصراف

فلان العقد بدون ذلك لا يمكن تعلق وجوب الوفاء به، إذ وجوب الوفاء ببذل المصارف من خصوص احدهما بلا مرجح، و وجوبه بالبذل من كليهما امر علي خلاف مقصودهما.

12 - و اما اعتبار ملكية الارض و نحوها او نفوذ التصرف فيها

فلأنه لو لا ذلك يكون العقد فضوليا.

3 - أحكام عامة في باب المزارعة

اشارة

المزارعة عقد لازم لا تنفسخ الا بالتقاييل أو الفسخ عند اشتراط الخيار أو تخلف الشرط .

و لا يلزم في البذر ان يكون من العامل بل يجوز ان يكون من المزارع أيضا أو منهما.

كما لا يلزم في الارض ان تكون من المزارع و يجوز كونها من العامل.

بل قد يقال: ان المزارعة تحتاج إلي امور أربعة: الارض و البذر و العمل و العوامل.

و يصح ان يكون من احدهما احد هذه و من الآخر البقية، او من كل منهما اثنان منها، او من احدهما بعض احدها و من الآخر البقية، او الاشتراك في الكل.

و يجوز لكل من المالك و العامل بعد ظهور الناتج تقبل حصة الآخر بمقدار

ص: 140

معين من الناتج نفسه بعد التخمين، و لا يضر لو اتضحت بعد ذلك الزيادة أو النقيصة.

و يجوز للعامل ما دام لم تشترط عليه مباشرة الزرع بنفسه ان يؤجر الغير او يزارعه.

و المستند في ذلك:

1 - اما ان المزارعة عقد لازم لا يفسخ الا بما ذكر

فلما تقدم في مبحث الاجارة تحت عنوان «من أحكام عقد الاجارة».

2 - و اما البذر

فقد يقال بلزوم كونه علي العامل تمسكا بصحيحة يعقوب بن شعيب عن ابي عبد الله عليه السلام: «... و سألته عن المزارعة فقال:

النفقة منك و الارض لصاحبها، فما اخرج الله من شيء قسم علي الشطر و كذلك اعطي رسول الله صلّي الله عليه و آله خير حين أتوه فأعطاهم إياها علي ان يعمروها و لهم النصف مما اخرجت»(1).

الا- انه يلزم حملها علي المتعارف في تلك الفترة - خصوصا بعد ملاحظة الاستشهاد بسيرة النبي صلّي الله عليه و آله - لصراحة بقية الروايات في جواز عدم كونه علي العامل، كما في موثقة سماعة: «سألته عن مزارعة المسلم المشرك فيكون من عند المسلم البذر و البقر و تكون الارض و الماء و الخراج و العمل علي العليج، قال: لا بأس به»(2) و غيرها.

علي ان الحكم متسالم عليه بين الاصحاب. بل قد يدعي ان سيرة المزارعين المتصلة بزمن المعصوم عليه السلام هي علي ذلك.

ص: 141

1- وسائل الشيعة 13:203 الباب 10 من أحكام المزارعة و المساقاة الحديث 2.

2- وسائل الشيعة 13:204 الباب 12 من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة الحديث 1. و العليج هو الرجل الضخم من الكفار او مطلق الكافر.

3 - و اما جواز كون الارض من العامل

فلموثقة سماعة المتقدمة.

4 - و اما وجه القول بجواز الاشتراك في الامور الاربعة بأي شكل

فقد علّله الشيخ البحراني بقوله: «لإطلاق الاذن في المزارعة من غير تقييد بكون بعض بخصوصه من احدهما»(1).
و هذا الاطلاق ان كان ثابتا فيه و الا فبالامكان التعويض عنه بمثل عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (2) بناء علي رأي المشهور.

5 - و اما جواز تقبل حصة الآخر بمقدار من الناتج نفسه بعد التخمين

فوجهه:

أ- التمسك بمقتضى القاعدة، فان الناتج بعد اشتراكه بين الطرفين فمن حقهما تقسيمه بالشكل الذي يتفقان عليه، فان الحق لا يعدوهما. و هو واضح. و يأتي إن شاء الله تعالي توضيح أكثر للوجه في مشروعية القسمة في مبحث القسمة من كتاب القضاء.

ب- ما أفاده السيد الطباطبائي من امكان ارجاع ذلك إلي الصلح غير المعاض، فكأنهما يتسالمان علي ان تكون حصة احدهما من المال المشترك كذا مقدار و البقية للآخر. و علي ذلك يصح ايقاع عملية التقبيل هذه بلفظ الصلح(3).

ج- التمسك بالروايات الخاصة، كصحيحة يعقوب بن شعيب:

«سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول احدهما لصاحبه: اختر اما ان تأخذ هذا النخل بكذا و كذا كيلا مسمي و تعطيني

ص: 142

1- الحدائق الناضرة 21:323.

2- المائدة: 1.

3- العروة الوثقى، كتاب المزارعة، المسألة 20.

نصف هذا الكيل اما زاد أو نقص، و اما ان آخذه انا بذلك، قال: نعم لا بأس به»(1) و غيرها.

6 - و اما تقييد ذلك بما بعد ظهور الناتج

فلانه قبل ذلك لا حنطة و شعير مثلا ليتمكن تقسيمه، و هل يمكن تقسيم المعدوم.

7 - و اما انه لا يضر اتضاح الزيادة او النقيصة بعد ذلك

فلاقدام كل منهما علي اجراء عقد القسمة او الصلح بالشكل المذكور فيلزم بمقتضي لزوم كل عقد.

هذا بناء علي كون المدرك الوجهين الاولين.

و اما بناء علي الوجه الثالث فلظهور الصحيحة في ذلك.

8 - و اما جواز ايجار العامل شخصا لمباشرة الزرع

فواضح بعد عدم اشتراط المباشرة بنفسه و اشتغال ذمته بذلك.

و اما جواز مزارعته للغير فلعدم اشتراط صحة المزارعة بملك المزارع للأرض بل يكفي كونه مالكا للتصرف فيها فتشمله ادلة صحة المزارعة بل مثل عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (2) أيضا، بناء علي رأي المشهور.

ص: 143

1- وسائل الشريعة 18:13 الباب 10 من أبواب بيع الثمار الحديث 1.

2- المائدة: 1.

اشارة

1 - حقيقة المساقاة

2 - شرائط المساقاة

3 - أحكام عامة في باب المساقاة

ص: 145

إشارة

المساقاة عقد يتضمن الاتفاق علي سقي شخص اشجار شخص ثان أو غيرها و اصلاح شئونها إلي مدة معينة بحصة من حاصلها. وهي مشروعة جزما.

والمستند في ذلك:

1 - اما تحديد المساقاة بما ذكر

فهو من واضحات الفقه. و يمكن استفادته من صحيحة يعقوب الآتية.

و فرقتها عن المزارعة ان العامل في الثانية يقوم بزرع الارض بحصة من الناتج بعد فرض انها غير مزروعة، بخلافه في المساقاة، فان المفروض ثبوت الاشجار و غرسها في الارض قبل العقد، و دور العامل السقي و اصلاح شئون ما هو مغروس بحصة من الناتج.

2 - و اما شرعيتها

فقد قال في الجواهر: «هي جائزة بالإجماع من علمائنا و أكثر العامة خلافا لأبي حنيفة و زفر فانكراها

ص: 147

للجهالة و الغرر»(1).

و تدل علي ذلك صحيحة يعقوب بن شعيب عن ابي عبد الله عليه السلام:

«... سألته عن رجل يعطي الرجل ارضه وفيها ماء او نخل او فاكهة و يقول: اسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما اخرج الله عز و جل منه، قال: لا بأس»(2) و غيرها.

و الخلاف السابق بين المشهور و غيره في امكان تصحيح المزارعة علي طبق القاعدة و بقطع النظر عن الروايات الخاصة و عدمه آت هنا أيضا لوحدة النكته.

2 - شرائط المساقاة

اشارة

يلزم في المساقاة توفر:

- 1 - الايجاب و القبول بالشكل المتقدم في المزارعة.
- 2 - البلوغ و العقل في المالك و العامل و عدم الحجر بالنحو المتقدم في المزارعة.
- 3 - ان يكون المغروس مملوكا و لو منفعة فقط أو يكون التصرف فيه نافذا بوكالة أو ولاية.
- 4 - معلومية الاشجار في مقابل التردد.
- 5 - ان تكون الاصول ذات جذور ثابتة في الارض، كما في النخل و أشجار الفواكه، فلا تصح علي ما لا ثبوت لعروقه في الارض، كالبطيخ و الباذنجان

ص: 148

1- جواهر الكلام 50:27.

2- وسائل الشيعة 13:202 الباب 9 من أحكام المزارعة و المساقاة الحديث 2.

وغيرهما من الخضر.

6 - تحديد المدة بداية و نهاية، و ان تكون بمقدار تصلح لبلوغ الثمرة.

و يكفي بلوغ الثمرة تحديدا للنهائية.

7 - ان يكون العقد قبل بلوغ الثمرة أو بعدها مع افتراض الحاجة إلي السقي أو غيره. اما مع فرض الحاجة إلي مجرد الحفظ و القطف فالصحة محل خلاف.

8 - تعيين حصة كل من المالك و العامل بنحو الكسر المشاع.

9 - تعيين ما علي كل واحد منهما من اعمال إذا لم يكن هناك انصراف.

و المستند في ذلك:

1 - اما بالنسبة إلي الشرطين الاولين

فلما تقدم في المزارعة.

2 - و اما اعتبار ملك المنفعة او التصرف

فلانه لو لا ذلك يكون العقد فضوليا.

3 - و اما اعتبار معلومية الاشجار - بمعنى عدم ترددها -

فلان تعلق وجوب الوفاء بهذا المعين او بذاك المعين ترجيح بلا مرجح، و تعلقه بكليهما امر علي خلاف مقصودهما. و المردد لا تحقق له
ليمكن تعلق ذلك به.

و اما المعلومية في مقابل الجهل فقد يقال باعتبارها لا لحديث نفي الغرر - لعدم ثبوت كونه رواية علي ما تقدم في مبحث الاجارة. اضافة
إلي امكان القول بان مثل المساقاة مبنية علي الغرر و الجهل من الاساس فلا معني للتمسك بلحاظها بالحديث المذكور - و لا للإجماع
لا احتمال مدركيته بل لان مورد صحيحة يعقوب بن شعيب المتقدمة قد فرضت فيه المعلومية لدي الطرفين فلا يبقي ما يدل علي صحتها
مع

عدم المعلومية بناء علي عدم امکان تصحيح المساقاة بمثل عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (1). واما بناء علي امکان ذلك - كما عليه المشهور - فاعتبار ذلك قابل للتأمل، ولا بدّ من التنزل الي الاحتياط في الفتوي تحفظاً من مخالفة المشهور.

4 - واما اعتبار كون الاصول ثابتة

فلا يتم الا بناء علي عدم امکان تصحيح مثل المساقاة بمثل عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ - حيث يقال: ان مورد صحيحة يعقوب خاص بما كان له اصل ثابت، و تصحيح المساقاة في غير ذلك لا دليل عليه - واما بناء علي الرأي الآخر فلا وجه للاشتراط المذكور.

بل قد يقال: لا وجه له حتي علي الرأي الاول، لان مورد الصحيحة و ان كان مختصاً بما له اصل ثابت الا ان تخصيص ذلك بالذكر لم يجئ في كلام الامام عليه السلام بل في كلام السائل، و حيث لا يحتمل ثبوت خصوصية لذلك عرفاً فيمكن تعميم الحكم إلي غيره.

5 - واما اعتبار تحديد المدة

فلانه بدون ذلك لا تعين للعقد في الواقع ليتمكن تعلق وجوب الوفاء به.

و اما اعتبار ان تكون المدة بمقدار تبلغ فيه الثمرة فلانه بدون ذلك لا يمكن ثبوت حصة العامل، و من ثمّ يكون العقد لغوا و لا معني لتعلق وجوب الوفاء به.

و اما كفاية بلوغ الثمرة حداً للنهاية فلأن ذلك نحو من التحديد.

و لعله هو المتعارف الذي يبعد عدم شمول دليل الامضاء له.

ص: 150

6 - و اما عدم تقييد صحة المساقاة بما قبل بلوغ الثمرة

فلإطلاق صحيحة يعقوب المتقدمة.

و اما عدم اعتبار الحاجة إلي خصوص السقي فلان عطف الاعمار علي السقي في الصحيحة: «اسق هذا من الماء و اعمره» هو من عطف العام علي الخاص، و هو يدل علي كفاية الاعمار بأي شكل كان و لو لم يكن بالسقي. و التعبير بالمساقاة تعبير فقهي لوحظ فيه أهم افراد الاعمار و هو السقي و الا فالرواية لم تعبر بذلك لتفهم الخصوصية للسقي.

و لو قيل باعتبار الخصوصية للسقي باعتبار انه منصوص عليه في الصحيحة يلزم ان يقال باعتبار الخصوصية أيضا للأعمار غير السقي لأنه مذكور في الصحيحة أيضا، و هو غير محتمل.

و اما الخلاف في الاكتفاء بالحاجة إلي الحفظ و القطف فلأنهما ليسا نحوا من الاعمار ليكونا مشمولين للصحيحة.

اجل بناء علي صحة التمسك بالعمومات يتوجه الحكم بالصحة و لو لم يكن ذلك بعنوان المساقاة.

7 - و اما اعتبار تعيين الحصاة و كون ذلك بالكسر المشاع

فواضح بناء علي عدم جواز التمسك بالعمومات و الا فالتعيين يكون معتبرا دون كونه بالكسر المشاع، إذ مع تردد الحصاة لا يمكن ثبوت وجوب الوفاء لان تعلقه بلحاظ أحد الاحتمالين دون الآخر بلا مرجح، و المررد بما هو مررد لا وجود له ليتمكن تعلق وجوب الوفاء به.

ثم انه بناء علي جواز التمسك بالعمومات لا يعتبر تعيين الحصاة بالكسر المشاع في باب المساقاة و لكن يلزم ذلك في باب المزارعة.

ص: 151

ووجه الفرق: انه في المزارعة فهم من مثل صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا تقبل الارض بحنطة مسماة ولكن بالنصف و الثلث و الربع و الخمس لا- بأس به»⁽¹⁾ اعتبار تعيين الحصّة بالكسر المشاع و يكون ذلك بمنزلة المقيّد للعمومات، و هذا بخلافه في المساقاة، فان صحيحة يعقوب لا يفهم منها عدم الصحة عند عدم تعيين الحصّة بنحو الكسر المشاع و انما ذلك موردها لا أكثر.

8 - و اما اعتبار تعيين الاعمال

فلما تقدم في المزارعة.

3 - احكام عامة في باب المساقاة

اشارة

المساقاة عقد لازم لا يفسخ الا بالتقاييل أو بالفسخ بالخيار إذا فرض اشتراطه او تخلف بعض الشروط .

وفي جواز المساقاة علي الاشجار التي لا ثمر لها و انما ينتفع بورقها - كالحناء - خلاف.

و يجوز اجراء عقد المساقاة علي الاشجار التي لا تحتاج إلي السقي لاستغنائها بماء المطر و نحو ذلك ما دامت بحاجة إلي الاعمار من جهات اخري.

و لا يلزم علي العامل مباشرة العمل بنفسه بل يجوز له استيجار غيره لذلك ما دام لم تشترط عليه المباشرة.

و إذا كان البستان يشتمل علي أنواع مختلفة من الاشجار فتجوز المساقاة

ص: 152

1- وسائل الشيعة 13:199 الباب 8 من أحكام المزارعة و المساقاة الحديث 3.

علي النصف مثلاً في النخيل و الربيع في شجر التفاح، و هكذا.

و يجوز ان يشترط احدهما علي الآخر مضافاً إلي حصته شيئاً آخر، كبناء بيت له أو دفع مبلغ من النقود و ما شاكل ذلك.

و لو قال المالك للعامل: ساقيتك بالنصف ان سقي بالناضح و بالثلث ان سقي بالسبيح لم تقع المساقاة صحيحة.

و المغارسة - و هي ان يدفع شخص أرضه لغيره للغرس فيها مع الاشتراك في المغروس - باطلة علي المشهور. اجل مع فرض الاشتراك في الشجر من حين العقد و قبل الغرس صحيحة.

و المستند في ذلك:

1 - اما ان المساقاة لازمة لا تنفسخ الا بما ذكر

فقد تقدم ذلك في مبحث الاجارة فلاحظ .

2 - و اما الخلاف في جواز المساقاة علي الاشجار التي لا ثمر لها

فباعتبار ان مورد صحيحة يعقوب هو الشجر المثمر.

الا- ان المناسب هو الحكم بالتعميم لان مورد الصحيحة و ان كان ما ذكر لكنه قد وقع في سؤال السائل و لا يفهم العرف له خصوصية فبتنقيح المناط ينبغي التعدي.

هذا لو لم نقل بجواز التمسك بالعمومات و الا فالأمر أوضح.

3 - و اما عدم توقف صحة عقد المساقاة علي الحاجة إلي السقي

فلما تقدم من ان عطف الاعمار علي السقي في صحيحة يعقوب هو من عطف العام علي الخاص، و ذلك يدل علي ان المدار في صحة المساقاة علي الحاجة إلي الاعمار بأي شكل كان من دون خصوصية للسقي.

هذا بناء علي عدم امكان التمسك بالعمومات و الا فالحكم

بالصحة أوضح.

4 - و اما ان العامل يجوز له استيجار غيره إذا لم تشترط عليه

المباشرة بنفسه

فواضح لان الذمة تكون مشغولة بالاعمار الكلي، و هو مما يمكن تحققه باستيجار الغير له.

5 - و اما جواز المساقاة بحصى مختلفة باختلاف الاشجار

فلانحلل العقد إلي عقود متعددة بعدد أنواع الاشجار.

6 - و اما جواز اشتراط شيء آخر اضافة إلي الحصاة

فلانه بعد عدم مخالفته لمقتضى العقد و لا للكتاب و السنة الشريفين يكون اشتراطه صحيحا و واجب الوفاء بمقتضى قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»(1).

7 - و اما عدم وقوع المساقاة صحيحة في فرض كون الحصاة هي

النصف ان سقي بالناضح و الثلث ان سقي سيحا

فلما تقدم من ان التردد مانع من الصحة، إذ تعلق وجوب الوفاء بأحدهما بخصوصه ترجيح بلا مرجح، و تعلقه بكليهما أمر علي خلاف مقصودهما، و المردد بما هو مردد لا وجود له ليتمكن تعلق وجوب الوفاء به.

8 - و اما بطلان المغارسة

فقد علل:

تارة باقتضاء الاصل لذلك بعد عدم الدليل علي صحتها، فان عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (2) ناظر إلي اثبات اللزوم للعقد الصحيح و ليس لإثبات صحة مشكوك الصحة كما هو رأي صاحب الجواهر(3).

ص: 154

1- وسائل الشيعة 12:353 الباب 6 من أبواب الخيار الحديث 2.

2- المائدة: 1.

3- جواهر الكلام 27:59.

و اخري بان الاثر للإنشاء لا بدّ و ان يكون مقارنا له - كما هو المستفاد من قوله تعالى: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** حيث يجب الوفاء بالعقد بمجرد تحقّقه - ولذا لا يمكن الانشاء من الآن للبيع او الطلاق بعد يوم.

و حيث انه في باب المغارسة يصير صاحب الارض مالكا للأشجار بعد الغرس لا من حين العقد فيلزم ما ذكر من الانفكاك الذي لا دليل علي صحة العقد معه.

ص: 155

1 - حقيقة الشركة

2 - من أحكام الشركة بالمعنى الأول

3 - من أحكام الشركة بالمعنى الثاني

ص: 157

إشارة

تطلق الشركة علي معينين:

أ - كون شيء واحد لاثنين أو أزيد بنحو الاشاعة.

ب - الاتفاق بين طرفين أو أزيد علي الاتجار بمالهم مع الاشتراك في الربح والخسارة.

وهي بالمعني الثاني عقد، ولأجله صحّ ادراجها في العقود بخلافه بالمعني الاول فانها ليست عقدا.

والمستند في ذلك:

1 - اما تحقق الشركة بالمعني الاول

فهو من الامور الواضحة.

فالاخوة مثلا إذا ورثوا مالا او حقا كانت الشركة فيه فيما بينهم بالمعني المذكور.

وهكذا تتحقق بالمعني المذكور إذا افترض اشتراك شخصين في حيازة المباحات، كاصطياد مجموعة من الاسماك بواسطة شبكة.

او افترض امتزاج مالين لشخصين باختيار او بغيره من دون

ص: 159

تميز لأحدهما من الآخر بنحو عدًا عرفا موجودا واحدا، كامتزاج حنطة بحنطة او دقيق حنطة بدقيق حنطة او شعير. و اما إذا كان المزج بنحو لا يعدّان موجودا واحدا فلا تتحقق الشركة و ان لم يمكن التمييز، كما إذا اختلطت دنانير شخص بدنانير غيره، أو عباءة شخص بعباءة غيره، أو حنطة شخص بشعير غيره، فانه حيث لا يعدّ الخليط موجودا واحدا فلا تتحقق الشركة بل يلزم الفرز ان امكن، و ان لم يمكن الا بكلفة بالغة فمع اتفاهما علي الصلح فلا مشكلة و الا اجبرهما الحاكم عليه.

وقيل بالمصير إلي القرعة مع عدم اتفاهما علي الصلح. و هو جيد في مثال العباءة و الدنانير حيث لا يعرف المالك فيشخص بالقرعة لان «كل مجهول ففيه القرعة»⁽¹⁾، بخلافه في مثال اختلاط الحنطة بالشعير، فانه لا معني للمصير إلي القرعة بعد تشخص مالك الحنطة عن مالك الشعير بل يتعيّن المصير إلي الصلح ان اتفقا عليه و الا اجبرهما الحاكم عليه.

وقد يفترض تحقق الشركة بالمعني الاول أيضا فيما إذا امتلك شخصان أو أزيد شيئا واحدا بشراء أو صلح أو هبة و نحوها.

كما تتحقق أيضا بعملية الشريك المنصوص عليها في الاخبار، كمن كان عنده شيء و طلب منه غيره تشريكه فيه، بان قال له: شركني في نصفه بكذا مقدار، فانه إذا قبل تحققت فيه الشركة بالمعني المذكور، فاذا حصل ربح أو نقصان اشتركا في ذلك.

و الوجه فيه - مضافا إلي امكان دعوي انعقاد السيرة العقلائية¹.

ص: 160

1- وسائل الشيعة 18:189 الباب 13 من أبواب كيفية الحكم الحديث 11.

عليه الممضأة بعدم ردع الشارع عنها - التمسك بصحيفة هشام بن سالم عن ابي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الرجل يشارك في السلعة، قال: ان ربح فله و ان وضع فعليه»(1) وغيرها.

و الشركة في كل الأمثلة التي أشرنا إليها تتحقق بنحو الاشاعة.

وقيل بإمكان تحققها أيضا في موارد اخري بنحو الكلبي في المعين أو بنحو استقلال الشركاء في التصرف، كما في شركة الفقراء في الزكاة، و بني هاشم في الخمس، و الموقوف عليهم في الاوقاف العامة.

2 - و اما الشركة بالمعني الثاني

فهي مما انعقدت عليها السيرة العقلائية المتصلة بزمن المعصوم عليه السلام الممضأة بعدم الردع عنها، و مشمولة للعمومات، كقوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ(2).

بل يمكن التمسك لإثبات صحتها بموثقة النوفلي عن السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام: «ان أمير المؤمنين عليه السلام كره مشاركة اليهودي و النصراني و المجوسي الا ان تكون تجارة حاضرة لا يغيب عنها المسلم»(3) وغيرها.

وقد تقدم ان السكوني و ان لم يرد في حقه توثيق خاص الا ان دعوي الشيخ في عدته عمل الطائفة برواياته(4) كاف في التساهل من ناحيته.

و اما النوفلي فيمكن اثبات وثاقته اما من خلال و روده في اسناد

ص: 161

1- وسائل الشيعة 13:174 الباب 1 من أبواب أحكام الشركة الحديث 1.

2- المائدة: 1.

3- وسائل الشيعة 13:176 الباب 2 من أحكام الشركة الحديث 2.

4- العدة في الاصول 1:149.

تفسير القمي أو كامل الزيارات - بناء علي تمامية كبري وثيقة كل من ورد في أحد الكتابين المذكورين - أو من خلال عمل الطائفة بروايات السكوني، فانه يدل بالالتزام علي عملهم بروايات النوفلي بعد ان كان اكثر روايات السكوني واصلا بطريق النوفلي.

2 - من أحكام الشركة بالمعني الاول

اشارة

لا يجوز لبعض الشركاء التصرف في العين المشتركة بالمعني الاول الا باذن البقية.

وإذا طالب بعض الشركاء بالقسمة لزمته اجابته ان لم يلزم منها تضرر البعض أو الكل. وفي حالة عدم لزومه تلزم الاجابة سواء كانت قسمة افراز - بمعني عدم احتياج المال المشترك في تقسيمه إلي تعديل سهامه لتساوي أجزائه في القيمة - أم قسمة تعديل.

و القسمة عقد لازم لا يجوز فسخها من دون تراض. ولو ادعي وقوع الغلط فيها لم يقبل ذلك الا بالبينة.

والمستند في ذلك:

1 - اما عدم جواز التصرف في العين المشتركة الا بموافقة بقية

الشركاء

فلعدم جواز التصرف في مال الغير الا بطيب نفسه.

2 - و اما لزوم الاجابة إلي القسمة مع عدم التضرر

فلسيرة العقلائية المنعقدة علي ان لكل مالك الحق في المطالبة بفرز ماله عن مال شريكه، و حيث لا يحتمل حدوث السيرة المذكورة في الازمنة المتأخرة بل يجزم باتصالها بزمن المعصوم عليه السلام فتكون كاشفة عن

ص: 162

رضاه عليه السّلام بمضمونها بعد عدم ردعه عنها.

و اما استثناء حالة لزوم الضرر فلقاعدة نفي الضرر بناء علي كون المراد منها نفي الحكم الذي ينشأ منه الضرر.

3 - و اما ان لزوم الاجابة إلي القسمة لا يفرّق فيه بين شكلي

القسمة

فلعموم السيرة المتقدمة.

4 - و اما ان القسمة عقد لازم لا يجوز فسخه بدون تراض من

الاطراف

فلأصالة اللزوم في كل عقد - وقد تقدمت الاشارة إلي مستندها في باب البيع - التي يلزم التمسك بها ما دام لم يثبت بالدليل الجواز.

5 - و اما عدم قبول دعوي الغلط فيها

فلأصالة الصحة - في كل عقد لم يثبت فساده - الثابتة بالسيرة العقلائية غير المردوع عنها.

6 - و اما استثناء حالة اقامة البينة

فلان كل من ادعي شيئاً علي خلاف الاصل فيمكنه اثبات دعواه باقامة البينة عليها لقوله صلّي الله عليه وآله: «البينة علي من ادعي و اليمين علي من ادعي عليه»⁽¹⁾.

و يأتي التعرض من جديد إن شاء الله تعالى في كتاب القضاء الي مبحث القسمة تحت عنوان «قسمة المال المشترك».

3 - من أحكام الشركة بالمعني الثاني

اشارة

لا تصح الشركة العقدية لدي المشهور الا بمزج مالي الشريكين اما قبل

ص: 163

1- وسائل الشيعة 170:18 الباب 2 من أبواب كيفية الحكم الحديث 1.

العقد أو بعده بنحو لا يتميزان.

وهي ذات اشكال متعددة لا تصح الا في واحد منها، وهو ما تقدم من التعاقد علي الاشتراك في ربح و خسارة المالين بعد الاتجار بهما.

و يصطلح عليها بشركة العنان.

و اما بقية أشكالها فباطلة(1)، وهي:

أ - شركة الابدان. وهي التعاقد علي عمل كل واحد من الطرفين بصورة مستقلة و في مجاله الخاص مع اقتسام الربح الحاصل لكل واحد، كما لو قرّر حلاقان اقتسام اجرة الحلاقة التي يحصلان عليها في كل يوم.

ب - شركة الوجوه. وهي التعاقد بين شخصين لا يملكان مالا بل وجاهة بين الناس فقط علي شراء كل واحد منهما بثمان ثابت في ذمته فقط شيئا لكلا الطرفين ثم بيعه بعد ذلك و اداء الثمن بعده و اقتسام الربح الحاصل.

ج - شركة المفاوضات. وهي التعاقد علي اقتسام كل ما يستفيده أحد الطرفين من ارث أو وصية أو ربح تجارة و نحو ذلك، و هكذا تحمّل الطرفين كل ما يرد علي احدهما من خسارة.

و يلزم في الشركة العقدية الصحيحة الايجاب و القبول و البلوغ و العقل و الاختيار و عدم الحجر لسفه أو فلس.

و يتساوي الشريكان في الربح و الخسارة مع تساوي المالين، و مع الزيادة5.

ص: 164

1- و قد اتفقت كلمة اصحابنا علي ذلك علي ما في جامع المقاصد 8:13 و لم ينسب الخلاف الا الي الاسكافي فان العلامة في المختلف: 479 قد نقل عنه جواز شركة الوجوه و الاعمال. هذا ما عليه اصحابنا. و اما العامة فقد ذهب بعضهم الي جواز بعض الاشكال المذكورة فلاحظ المغني لابن قدامي 5:111.

فبالنسبة ربحا و خسارة. ولو شرطت زيادة لأحدهما فمع كونها في مقابل العمل أو زيادته فلا اشكال و الا لم يجز ذلك علي قول.

و التصدي للعمل في عقد الشركة يتبع ما تمّ الاتفاق عليه بين الطرفين، فاذا اتفقا علي تصدي احدهما فقط أو كليهما بنحو الاستقلال أو الانضمام كان السير علي طبق ذلك لازما.

و هكذا الحال بالنسبة إلي تعيين الكيفية الخاصة للعمل فانها تتبع ما تمّ الاتفاق عليه.

و عقد الشركة جائز، بمعني ثبوت الحق لكل من الشريكين في التراجع عن اذنه في التصرف.

و المستند في ذلك:

1 - اما اعتبار المزج لدي المشهور

فلا مستند له سوي الاجماع المدعي في المسألة، فان تمّ كان هو المدرك و الا فمقتضي العمومات - كقوله تعالي: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (1)** - عدم الاعتبار، كما أكد ذلك السيّد اليزدي في العروة الوثقي(2).

و إذا قلت: مع افتراض تحقق المزج تكون الشركة متحققة به فما الفائدة بعد ذلك من اجراء عقد و أي شيء يترتب عليه؟

قلت: مع افتراض تحقق المزج الموجب للإشاعة تنحصر فائدة العقد في الاذن في التصرف في المال المشترك و يكون في روجه راجعا إلي الاذن في التصرف و توكيل احدهما الآخر فيه.

و اما مع عدم تحقق المزج أو افتراض تحققه بنحو غير موجب

ص: 165

1- المائدة: 1.

2- العروة الوثقي، كتاب الشركة، المسألة 4.

للإشاعة - بناء علي انكار الاجماع رأساً أو دعوي قيامه علي اعتبار اصل المزج و لو لم يوجب الاشاعة - فمرجع العقد إلي تملك كل واحد من الطرفين حصة من ماله للآخر.

و عليه تكون حقيقة عقد الشركة راجعة اما إلي الاذن في التصرف أو الي تملك حصة من المال للآخر.

و علي الاول يكون معني اشتركنا: اشتركنا في الاذن في التصرف.

و علي الثاني يكون المعني: اشتركنا في الملك.

2 - و اما الوجه في صحة شركة العنان

فقد تقدم عند البحث عن حقيقة الشركة.

و اما الوجه في عدم صحة شركة الابدان فواضح علي رأي المشهور المعتبر للامتزاج الذي هو مفقود فيها. و اما بناء علي عدم اعتباره فقد قيل في وجه عدم الصحة: ان ربح العمل المستقبلي معدوم حين العقد، و تملك المعدوم أمر غير عقلائي و تحتاج صحته إلي قيام دليل خاص عليه، و هو مفقود.

و بهذا نفسه يمكن توجيه بطلان شركة الوجه و المفاوضة، فان المزج - بناء علي اعتباره - مفقود، و بناء علي عدمه يكون المورد من موارد تملك المعدوم، فان ربح ما يشتري في الذمة أو الفوائد المستقبلية التي تحصل من خلال الارث أو الوصية و نحوهما مفقود حين اجراء عقد الشركة، و تملك ذلك تملك للمعدوم.

3 - و اما اعتبار الايجاب و القبول في الشركة العقدية الصحيحة

فلان ذلك لازم افتراض كونها عقدا.

و يكفي كل ما يدل عليهما، كقول احدهما: تشاركنا مع قبول الآخر، بل لا يبعد الاكتفاء بالمعاطاة، كما لو مزج المالان بقصد الاشتراك في التجارة و ما يترتب عليها من ربح أو خسارة، فانه بعد صدق العقد بذلك يشمل عموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (1).

و اما اعتبار البلوغ و بقية الشروط فلان ذلك من الشرائط العامة في كل عقد.

4 - و اما التساوي في الربح و الخسارة مع تساوي المالين و الا

فبالنسبة

فذلك لقاعدة تبعية الربح و النماء للمال.

5 - و اما جواز اشتراط الزيادة في مقابل العمل أو زيادته

فلانه شرط سائغ و مشمول لعموم قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم» (2).

6 - و اما القول بعدم جواز اشتراط الزيادة مع تساوي المالين

و العمل

فقد علل بكونه اكلا للمال بالباطل، و قد نهى عنه في قوله تعالى:

لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ (3).

و اما وجه القول بجواز ذلك فهو التمسك بعموم «المسلمون عند شروطهم».

و دعوي انه مخالف لمقتضى العقد مدفوعة بانه مخالف لمقتضى اطلاقه لا لأصله.

7 - و اما تبعية التصدي للعمل و كفيته لما تم الاتفاق عليه

فلأن عقد الشركة علي ما تقدم يرجع اما إلي الاذن في التصرف أو إلي تمليك

ص: 167

1- المائدة: 1.

2- وسائل الشيعة 12: 353 الباب 6 من أبواب الخيار الحديث 2.

3- النساء: 29.

الحصة، و علي كلا التقديرين يكون تحديد الاذن و التمليك أمرا راجعا إلي الآذن و المملك.

8 - و اما ان عقد الشركة جائز

فلان مرجعه - كما قلنا - اما الي الاذن في التصرف او التمليك.

اما علي التقدير الاول فالامر واضح لان من حق كل آذن التراجع عن اذنه.

و اما علي التقدير الثاني فلان كل واحد من الطرفين و ان ملك حصة من مال الآخر بسبب العقد الا ان من حقه عدم الاذن في التصرف فيها و التراجع عنها.

ص: 168

1 - حقيقة الضمان

2 - شروط الضمان

3 - من أحكام الضمان

ص: 169

إشارة

الضمان - بمعناه المصطلح عليه لدي فقهاءنا - هو التعهد بالدين للغير بنحو ينتقل من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن.
و اما عند غيرنا فهو ضم ذمة إلى ذمة بحيث تعود ذمة الضامن و المضمون عنه مشغولتين للمضمون له و يحق له الرجوع علي ايهما شاء.
وله اطلاق بمعني ثان، و هو التعهد بالمال للغير و تحمل مسؤوليته من دون اشتغال ذمة الضامن بالفعل و براءة ذمة المضمون عنه، كما هو علي المعني الاصطلاحي.
و هو مشروع بكلا معنييه.
و المستند في ذلك:

1 - اما الضمان بالمعني الاصطلاحي الذي تترتب عليه براءة ذمة

المضمون عنه بمجرد الضمان و اشتغال ذمة الضامن
فمشروعيته من بديهيات الفقه.
و يمكن التمسك لذلك بصحيفة عبد الله بن سنان - التي رواها

المشايخ الثلاثة بطرقهم الصحيحة - عن ابي عبد الله عليه السلام: «رجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء، فقال: إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت»(1).

هذا في الضمان بمعناه المصطلح عندنا.

و اما بمعناه المصطلح عليه عند غيرنا فالمعروف بين الاصحاب عدم صحته حتي مع التصريح بارادته الا انه ذكر البعض امكان تصحيحه من خلال التمسك بالعمومات(2).

2 - و اما الضمان بمعناه الثاني

فهو متداول لدي العقلاء، كضمان شخص الدين للدائن ان لم يؤده المديون أو ضمان الدار لمشتريها إذا ظهرت مستحقة للغير أو ضمان الثمن للبائع ان ظهر كذلك.

3 - و اما شرعية الضمان بمعناه الاصطلاحي

فقد اتضح وجهها.

و اما شرعيته بالمعني الثاني فللسيرة العقلائية المنعقدة عليه المتصلة بزمن المعصوم عليه السلام و الممضأة بعدم الردع. مضافا إلي امكان التمسك بعموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (3) بناء علي افادته اللزوم و الصحة لا خصوص اللزوم.

ص: 172

1- وسائل الشيعة 13:150 الباب 2 من أبواب أحكام الضمان الحديث 1.

2- العروة الوثقى، كتاب الضمان، المسألة 2.

3- المائدة: 1.

إشارة

يلزم لتحقق الضمان توفر:

1 - الايجاب من الضامن والقبول من المضمون له بكل ما يدل عليهما.

ولا يلزم رضا المضمون عنه.

2 - كون الضامن والمضمون له بالغين عاقلين مختارين وليسا محجرا عليهما لسفه، بخلاف المضمون عنه، فانه لا يلزم فيه ذلك.

و يلزم أيضا عدم فلس المضمون له دون الضامن.

3 - التجيز علي المشهور، فلا يصح لو قال انا ضامن ان اذن لي فلان أو ان لم يف المديون دينه. اجل لا يعتبر ذلك في الضمان بالمعني الثاني.

4 - ثبوت الدين في ذمة المضمون عنه فلا يصح اقراض فلانا و انا ضامن.

نعم يصح ذلك في الضمان بمعناه الثاني.

5 - تعين الدين والمضمون له والمضمون عنه، بمعني عدم ترده، فلا يصح ضمان أحد الدينين ولو لشخص معين علي شخص معين، و لا ضمان دين أحد الشخصين ولو لواحد معين، و لا ضمان دين أحد الشخصين ولو علي واحد معين.

و اما ما نسب إلي بعض من لزوم العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف و النسب فغريب.

و المستند في ذلك:

1 - اما اعتبار الايجاب والقبول في تحقق الضمان

فلانه نحو من المعاقدة التي لا تتم الا بذلك.

و اما الاكتفاء بكل ما يدل عليهما فلانه بذلك يتحقق العقد فيشملة عموم قوله تعالي: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (1)** ، كما يتحقق بذلك عنوان الضمان فتشملة صحيحة ابن سنان المتقدمة.

2 - و اما عدم اعتبار رضا المضمون عنه

فلصحة الضمان التبرعي، الذي هو بمنزلة وفاء دين الغير تبرعا بدون ضمان حيث لا يعتبر فيه رضاه.

اجل إذا استلزم الضمان التبرعي اهانة المضمون عنه - كتبرع وضيع بضمان دين انسان شريف - حرم تكليفا و لكنه لا يلزم عدم الصحة وضعا.

3 - و اما اعتبار البلوغ و ما بعده في الضامن و المضمون له

فلأنهما طرفا العقد، و ذلك معتبر في مطلق طرفي العقد.

و اما عدم اعتبار ما ذكر في المضمون عنه فلانه اجنبي عن العقد.

علي انه إذا جاز كونه ميتا - كما هو مورد صحيحة ابن سنان المتقدمة - جاز كونه صبيا أو مجنونا أو مكرها أو سفيها لعدم الفرق، بل لعل ذلك أولي.

و اما اشتراط عدم فلس المضمون له فلان المفلس ممنوع من التصرف في أمواله و لو بنقلها، و واضح ان لازم قبوله الضمان نقل دينه من ذمة إلي ذمة.

و اما عدم اشتراط فلس الضامن فلان المفلس ممنوع من التصرف في أعيان أمواله دون ذمته. و هل يحتمل عدم جواز اقتراضه؟

ص: 174

4 - و اما اعتبار التنجيز في نظر المشهور

فقد علّله السيد اليزدي بقوله: «لا دليل عليه بعد صدق الضمان و شمول العمومات العامة الا دعوي الاجماع في كل العقود»(1).

و اما عدم اعتباره في الضمان بالمعني الثاني فلكون القدر المتيقن من معقد الاجماع هو الضمان بالمعني الاول، و معه لا يعود مانع من التمسك بالسيرة العقلائية و العموم.

5 - و اما اعتبار ثبوت الدين في ذمة المضمون عنه

فلانه بدونه لا يمكن نقل ما في ذمته إلي ذمة اخري.

و اما عدم اشتراطه في الضمان بالمعني الثاني فلانه تعهد و تحمّل للمسئولية من دون اشتماله علي نقل ما في ذمة إلي ذمة اخري ليعتبر فيه ذلك.

6 - و اما اعتبار التعيين و عدم التردد في الدين و المضمون له

و المضمون عنه

فلانه بدونه لا يمكن تحقق القصد إلي الضمان، فان تحقق الضمان بلحاظ هذا الدين دون ذاك بلا مرجح، و بلحاظهما خلاف المقصود، و المررد بما هو مررد لا خارجية له ليتمكن تحقق الضمان بلحاظه. و هذا نفسه يجري في فرض تردد المضمون له أو المضمون عنه.

7 - و اما غرابة اعتبار العلم بوصف و نسب المضمون عنه

و المضمون له

فلان ذلك لا دليل عليه، كيف و هو غير معتبر في البيع الذي هو اكثر قيودا من سائر العقود.

ص: 175

1- العروة الوثقى، كتاب الضمان، الشرط 7 من شروط الضمان.

إشارة

إذا ضمن الضامن باذن المضمون عنه و تحقق الاداء منه جاز له الرجوع عليه.

و إذا لم يكن باذنه أو لم يؤد لإجراء لم يجز له الرجوع عليه. بل لو تمّ التصالح علي نصف المبلغ مثلاً- والابراء عن الباقي لم يجز الرجوع بالجميع بل بما أدي.

و إذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن برئت ذمة المضمون عنه أيضا.

و إذا أبرأ ذمة المضمون عنه كان ذلك لغوا.

و الضمان لازم من طرف الضامن و المضمون له.

و إذا أدي الضامن الدين من غير جنسه لم يجز له اجبار المضمون عنه بالدفع من خصوص جنس ما أدي.

و المستند في ذلك:

1 - اما عدم جواز رجوع الضامن علي المضمون عنه مع عدم

تحقق الاداء

فمما لا اشكال فيه. و يمكن استفادته من موثق عمر بن يزيد: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن عن رجل ضمنا ثم صالح عليه، قال: ليس له الا الذي صالح عليه»⁽¹⁾، فانه يدل علي ان السبب في اشتغال ذمة المضمون عنه هو الاداء و قبله لا اشتغال.

هذا وقد قيل ان الحكم المذكور هو علي خلاف القاعدة فانها

ص: 176

1- وسائل الشيعة 13:153 الباب 6 من أحكام الضمان الحديث 1.

تقتضي جواز الرجوع بمجرد تحقق الضمان، إذ كما اشتغلت ذمة الضامن بمجرد الضمان كذلك يلزم بالمقابل اشتغال ذمة المضمون عنه للضامن بمجرد الضمان اذّي الضامن أو لم يؤد(1).

2 - و اما عدم جواز الرجوع مع عدم الاذن في الضمان

فلانه تبرع من الضامن لا يسوّغ رجوعه، و هو اشبه باداء دين الغير تبرعا و من دون ضمان.

3 - و اما انه لا يرجع مع الابراء أو يرجع بما ادي في فرض الابراء من

الباقى

فلاستفادة ذلك من الموثق المتقدم.

4 - و اما براءة ذمة المضمون عنه لو ابرأ المضمون له الضامن

فواضحة، إذ البراءة للمضمون له قد تحققت بمجرد الضمان، و اما البراءة للضامن فلما تقدم من تفرع جواز الرجوع علي المضمون عنه علي الاداء.

5 - و اما ان ابراء المضمون عنه لغو فلان ذمته برئت بمجرد

الضمان

فلا معني لإبرائها.

اجل إذا فهم ان المقصود اسقاط الدين رأسا برئت بذلك ذمة الضامن.

6 - و اما ان عقد الضمان لازم

فلان رجوع الدين إلي ذمة المضمون عنه و اشتغالها به ثانيا بعد براءتها منه و انتقاله إلي ذمة الضامن يحتاج إلي دليل، و هو مفقود، و الاصل في كل عقد هو اللزوم كما تقدم في مبحث البيع.

ص: 177

1- العروة الوثقى، كتاب الضمان، المسألة 13.

7 - و اما ان الضامن لو ادي الدين من غير جنسه فلا يجوز له

اجبار المضمون عنه بالدفع من جنس ما اّاه

فباعترار عدم امر المضمون عنه الضامن بذلك و انما هو تصرف تبرعي منه.

نعم مع امر المضمون عنه بذلك فللضامن الحق في ذلك لاقتضاء الامر نفسه لذلك بالسيرة العقلانية.

ص: 178

اشارة

1 - حقيقة الحوالة

2 - شرائط الحوالة

3 - من أحكام الحوالة

4 - الكفالة و بعض أحكامها

ص: 179

إشارة

الحوالة معاملة تتضمن نقل المدين ما في ذمته من دين إلي ذمة غيره باحالة الدائن عليه.

وهي مشروعة جزما.

والمعروف كونها عقدا خلافا لبعض المتأخرين حيث اختار كونها ايقاعا.

وهي متقومة بطرفين: المحيل و المحال دون المحال عليه.

والمستند في ذلك:

1 - اما ان معني الحوالة ما ذكر

فهو من بديهيات الفقه.

والفرق بينها وبين الضمان - المتضمن أيضا لنقل ما في ذمة إلي ذمة اخري - ان الحوالة معاملة بين المدين و الدائن، حيث ينقل الاول ما في ذمته إلي ذمة غيره بخلاف الضمان، فانه معاملة بين الدائن و الاجنبي، حيث ينقل الثاني ما في ذمة المدين إلي ذمته.

2 - و اما انها مشروعة

فأمر متسالم عليه.

ويمكن الاستدلال لذلك بالسيرة العقلائية الممضاة بعدم الردع،

و بعموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (1) ، و بالروايات الخاصة، كصحيحة أبي أيوب عن أبي عبد الله عليه السلام: «الرجل يحيل الرجل بالمال أ يرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبدا الا ان يكون قد أفلس قبل ذلك» (2) وغيرها.

3 - و اما انها عقد

فلتضمنها تصرفا في مال المحتال الذي هو تحت سلطانه و في ذمة المحال عليه التي هي تحت سلطانه فيلزم قبولهما، و لا يكفي إنشاء المحيل فقط لتكون ايقاعا.

و اما كونها ايقاعا فقد اختاره السيد اليزدي قدس سره، حيث قال: «الذي يقوي عندي كونها من الايقاع غاية الامر اعتبار الرضا من المحتال أو منه و من المحال عليه، و مجرد هذا لا يصيرّه عقدا، و ذلك لأنها نوع من وفاء الدين و ان كانت توجب انتقال الدين من ذمته إلي ذمة المحال عليه، فهذا النقل و الانتقال نوع من الوفاء و هو لا يكون عقدا و ان احتاج إلي الرضا من الآخر، كما في الوفاء بغير الجنس، فانه يعتبر فيه رضا الدائن و مع ذلك ايقاع» (3).

و ما أفاده يمكن التأمل فيه باعتبار ان الحوالة تتضمن نقلا للدين من ذمة إلي اخري فكيف تكون وفاء.

ص: 182

1- المائدة: 1.

2- وسائل الشيعة 13:158 الباب 11 من أبواب أحكام الضمان الحديث 1. و المراد: أ يرجع المحال علي المحيل؟ قال: لا، الا اذا اتضح ان المحال عليه كان قد حصل له الفلوس قبل الحوالة. هذا هو المقصود و ان كان تعبير الصحيحة قد يوهم كون المقصود: الا ان يكون المحيل قد افلس قبل ذلك، ولكنه غير مقصود جزما لعدم مدخلية افلاس المحيل في جواز الرجوع عليه. هذا مضافا الي ان الاصحاب لم يفهموا الا ما اشرنا اليه.

3- العروة الوثقى، كتاب الحوالة، الشرط 1 من شروط الحوالة.

و مع التنزل و التسليم بكونها كالوفاء بغير الجنس فذلك لا يوجب كونها ايقاعا لان كون المقيس عليه من قبيل الايقاع اول الكلام بل هو عقد لكونه معاوضة بين الدين و الجنس الآخر.

4 - و اما تقوّمها بالمحيل و المحتمل فقط

فلا ان المحال عليه و ان اعتبر رضاه اما مطلقا أو فيما إذا كان بريئا أو كانت الحوالة بغير الجنس الا ان ذلك لا يصيّرهُ من أركان العقد، فان مجرد اشتراط رضاه لا يدل علي كونه طرفا و ركنا، كما هو الحال في رضا المالك في عقد الفضولي.

و قيل باحتمال اعتبار قبوله علي حدّ اعتبار قبول المحال فيكون العقد مركبا من ايجاب و قبولين. و لكنه بعيد.

و الثمرة بين اعتبار قبوله بنحو الركنية و بين اعتباره لا بنحوها انه علي الاول يعتبر في قبوله ما يعتبر في الايجاب و القبول من الموالاة و نحوها بخلافه علي الثاني.

2 - شرائط الحوالة

اشارة

يلزم في صحة الحوالة توفر:

1 - الايجاب من المحيل و القبول من المحتمل بكل ما يدل عليهما.

2 - البلوغ و العقل و الاختيار و عدم الحجر لفلس أو سفه في المحيل و المحتمل الا في الحوالة علي البريء فلا يعتبر عدم الحجر في المحيل.

و اما المحال عليه فلا يعتبر فيه شيء من ذلك الا إذا كانت الحوالة علي البريء أو بغير الجنس.

ص: 183

3 - التنجيز علي المشهور.

4 - ثبوت الدين في ذمة المحيل فلا يصح في غير الثابت و لو مع تحقق سببه، كمال الجعالة قبل العمل فضلا عما إذا لم يتحقق سببه، كالحوالة بما سيقترضه.

5 - عدم تردد المال المحال فلا تصح الحوالة بأحد الدينين من دون تعيين.

والمستند في ذلك:

1 - اما اعتبار الايجاب و القبول في الحوالة

فلأنها عقد. و احتمال كونها ايقاعا ضعيف علي ما تقدم.

كما تقدم ان رضا المحال عليه لو اعتبرناه فهو ليس علي حدّ القبول الركني بل علي حدّ رضا المالك في عقد الفضولي.

و اما الاكتفاء بكل ما يدل علي الايجاب و القبول فقد تقدم وجهه عند البحث عن الضمان و غيره.

2 - و اما اعتبار البلوغ و ما بعده في المحيل و المحال

فلان نقل الدين و التصرف فيه قائم بهما فيلزم فيهما ما ذكر.

3 - و اما انه في الحوالة علي البريء لا يلزم عدم الحجر في المحيل

فلانه لا يملك شيئا في ذمة المحال عليه ليمنع من التصرف فيه بل ما يصدر منه هو اشغال لذمة الغير بما ثبت في ذمته هو.

اجل يعتبر فيه البلوغ و العقل و الاختيار لعدم الاثر لعقد الصغير و المجنون و المكره.

4 - و اما ان المحال عليه لا يعتبر فيه شيء من ذلك

فلوضوح ان لمن يملك المال في ذمة الصغير و المجنون و من لم يرض بالحوالة، الحقّ في تملكه لغيره و نقله إليه. بالرغم من فرض الصغير و الجنون

ص: 184

وعدم الرضا. وسيأتي - ان شاء الله تعالى - توضيح ذلك ثانية تحت عنوان «من احكام الحوالة».

واما اعتبار ذلك فيه إذا كان بريء الذمة أو كانت الحوالة بغير الجنس فلانه بالحوالة يحصل تصرف في ذمته فلا بدّ من بلوغه وعقله واختياره وعدم سفهه.

اجل لا يعتبر عدم فلسه إذا كان بريء الذمة لجواز اشغال المفلس ذمته بخلاف السفیه فانه ليس له اشغال ذمته بدون اذن وليه.

5 - و أما التنجيز

فلا- مستند لاعتباره سوي الاجماع فان تمّ وكان كاشفا عن رأي المعصوم عليه السلام أخذنا به و الا فلا وجه لاعتباره الا علي مستوي الاحتياط .

6 - و اما اعتبار ثبوت الدين في ذمة المحيل

فلان الحوالة نقل من المحيل الدين الثابت في ذمته الي ذمة اخري، و المعدوم لا يقبل النقل.

7 - و اما اعتبار تعين المحال

فلان المردد لا تحقق له ليتمكن نقله من ذمة الي اخري.

3 - من أحكام الحوالة

اشارة

يعتبر في صحة الحوالة موافقة المحيل و المحال دون المحال عليه الا إذا كانت علي البريء أو بغير الجنس. وقيل باعتبار رضاه مطلقا.

وهي لازمة لا يجوز فسخها بدون التراضي الا إذا اتضح كونها علي مفلس.

و يجوز اشتراط الفسخ لكل واحد من الثلاثة.

و بتحققها تبرأ ذمة المحيل وان لم يبرئه المحال و تشتغل ذمة المحال عليه

للمحال و تبرأ من اشتغالها للمحيل ان كانت الحوالة من الجنس نفسه و بمقدار مساو.

و إذا قضي المحيل الدين بعد تمامية الحوالة تبرأ بذلك ذمة المحال عليه و جاز للمحيل الرجوع عليه ان كان ذلك بطلب منه.

و يجوز الترامي في الحوالة بل و الدور فيها.

و المستند في ذلك:

1 - اما اعتبار موافقة المحيل و المحال في صحة الحوالة

فلأنها تتضمن نقل المحيل الدين الثابت في ذمته للمحال فيتوقف علي رضاهما.

و اما عدم اعتبار رضا المحال عليه فلان المال ملك للمحيل فله نقله إلي أي ذمة شاء.

و دعوي اعتبار رضاه لاختلاف الناس في كيفية الاقتضاء سهولة و صعوبة مدفوعة بعدم الدليل علي اعتبار تساوي الطرفين في كيفية الاقتضاء في صحة النقل، و لذا يصح بيع الدين و ان لم يرض المدين بالرغم من اختلاف المشتري في الاقتضاء سهولة و صعوبة.

2 - و اما استثناء حالة الحوالة علي البريء أو بغير الجنس

فلعدم ثبوت السلطنة للمحيل علي اشغال الذمة البريئة رأساً أو من الجنس الخاص.

3 - و اما وجه القول باعتبار رضا المحال عليه مطلقاً

فقد اتضح مع جوابه.

4 - و اما ان الحوالة لازمة

فلأصالة اللزوم في كل عقد. مضافاً إلي دلالة صحيحة ابي ايوب المتقدمة عليه فراجع.

و اما استثناء الحوالة علي المفلس فللصحيحة نفسها.

5 - و اما جواز اشتراط خيار الفسخ للثلاثة

فلا ين الحوالة و ان كانت لازمة الا- ان لزومها ليس حكيميا بل حقي، و معه فيمكن التمسك بعموم قوله عليه السّلام: «المسلمون عند شروطهم»(1).

6 - و اما براءة ذمة المحيل بمجرد تحقق الحوالة و لو مع عدم

ابراء المحال

فللصحيحة المتقدمة.

و قد يقال بالتوقف علي ابراء المحال لصحيحة زرارة عن أحدهما عليهما السّلام: «الرجل يحيل الرجل بمال كان له علي رجل آخر فيقول له الذي احتال: برئت مما لي عليك، فقال: إذا أبرأه فليس له ان يرجع عليه، و ان لم يبرئه فله ان يرجع علي الذي احاله»(2).

و الجواب: ان الصحيحة المذكورة معارضة بالصحيحة السابقة الدالة علي تحقق البراءة بالحوالة الا مع اتضاح كونها حوالة علي مفلس، و لصراحة الثانية فيما تدل عليه يلزم حمل الاولي علي بعض المحامل - تطبيقا لقاعدة متي ما اجتمع النص و الظاهر تصرف في الثاني بقريئة الاول - من قبيل ان يقال: ان المقصود من الابراء هو قبول الحوالة دون الابراء نفسه، فيراد بقوله عليه السّلام: «إذا أبرأه فليس...»: إذا قبل المحال الحوالة فليس له الرجوع علي المحيل.

7 - و اما انه بعد تحقق الحوالة تشتغل ذمة المحال عليه للمحال

و تبرأ من اشتغالها للمحيل

فلانه بعد اشتغالها للمحال - الذي هو لازم براءة ذمة المحيل من دين المحال - يلزم براءتها من الاشتغال للمحيل

ص: 187

1- وسائل الشيعة 12:353 الباب 6 من أبواب الخيار الحديث 2.

2- وسائل الشيعة 13:158 الباب 11 من أحكام الضمان الحديث 2.

لعدم احتمال اشتغالها لاثنين.

8 - و اما براءة ذمة المحال عليه بقضاء المحيل للدين مع جواز

رجوعه إليه ان لم يكن تبرعا

فلاينه كقضاء شخص اجنبي آخر الدين الذي حكمه براءة ذمة المدين و جواز رجوع الاجنبي عليه ان لم يكن ذلك تبرعا، و واضح ان المحيل بعد تحقق الحوالة يصبح اجنبيا لبراءة ذمته.

9 - و اما جواز الترامي و الدور في الحوالة

فلاطلاق أدلة مشروعيتها.

4 - الكفالة و بعض أحكامها

اشارة

الكفالة - و هي التعهد باحضار المدين و تسليمه إلي الدائن عند طلبه ذلك - مشروعة، و لكنها مكروهة.

و يعتبر فيها الايجاب من الكفيل بكل ما يدل علي تعهده و التزامه و القبول من المكفول له بكل ما يدل عليه. و في اعتبار رضا المكفول خلاف.

و متي لم يحضر الكفيل المكفول في الموعد المقرر حبس حتي يحضره أو يؤدي ما عليه.

و من حق الكفيل - إذا ادي ما علي المكفول - الرجوع عليه ان كان الاداء بطلب منه.

و يلزم الكفيل التشبث بكل وسيلة مشروعة لإحضار المكفول.

و المستند في ذلك:

1 - اما ان معني الكفالة ما ذكر

فمن الواضحات، فاذا اراد شخص الاقتراض فمن حق المقرض طلب الكفيل من المقرض ليقوم باحضاره

في الموعد المقرر. وهكذا من باع شيئاً وخاف من المشتري عدم احضاره الثمن فان من حقه طلب الكفيل منه. وغير ذلك من الأمثلة. وتفرق الكفالة عن الحوالة والضمان في ان الاولي تعهد بالنفس بخلاف الاخيرتين فانهما تعهد بالمال.

2 - و اما انها مشروعة

فمن بديهيات الفقه.

ويمكن التمسك لإثبات ذلك بالسيرة العقلانية المنعقدة علي ذلك و الممضاة بعدم الردع، و بعموم قوله تعالي: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، وبالروايات الخاصة، كصححة داود بن سرحان حيث: «سأل ابا عبد الله عليه السلام عن الكفيل و الرهن في بيع النسيئة، قال: لا بأس»(1).

3 - و اما كراهتها

فلحديث الامام الصادق عليه السلام: «الكفالة خسارة غرامة ندامة»(2) و غيرها.

4 - و اما اعتبار الايجاب من الكفيل و القبول من المكفول له

فلأن ذلك مقتضي كون الكفالة عقدا قائما بالكفيل و المكفول له.

و اما رضا المكفول له فقيل بعدم اعتباره تمسكا بعموم قوله تعالي: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (3) لصدق عقد الكفالة باتفاق الكفيل و المكفول له و لو بدون رضا المكفول.

وقيل باعتباره للشك في صدقه بدون ذلك فيلزم الرجوع إلي استصحاب عدم ترتب الاثر دون عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لكون المورد من الشبهة المصدقية.

ص: 189

1- وسائل الشيعة 13:155 الباب 8 من أحكام الضمان الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 13:154 الباب 7 من أحكام الضمان 2.

3- المائدة: 1.

فالاخلاف علي هذا ينشأ من كون رضا المكفول علي تقدير اعتباره هل هو شرط في الصحة لينفي بالاطلاق مع الشك في اعتباره أو ركن لكي لا تتحقق الكفالة بدونه.

و مال صاحب الجواهر قدس سره إلي اعتبار رضا المكفول باعتبار ان الركنية محتملة، و ذلك يكفي لعدم صحة التمسك بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (1).

5 - و اما جواز حبس الكفيل مع عدم احضاره المكفول في الموعد

المقرر

فلموثقة عمار عن ابي عبد الله عليه السلام: «أتي أمير المؤمنين برجل قد تكفل بنفس رجل فحبسه وقال: اطلب صاحبك» (2) وغيرها.

و اما الاكتفاء باداء الكفيل الدين في تخلية سبيله فلانه معه تفرغ ذمة المدين و لا يعود موجب لبقاء الكفالة.

6 - و اما جواز رجوع الكفيل علي المكفول لو كان اداؤه الدين

بطلب منه

فدلالة الطلب نفسه علي ذلك بالسيرة العقلانية الممضاة بعدم الردع.

و اما عدم جواز الرجوع مع عدم الطلب فلعدم الموجب.

7 - و اما لزوم التثبيت بكل وسيلة مشروعة لإحضار المكفول

فلانه مقتضي وجوب مقدمة الواجب و لو عقلا.

ص: 190

1- جواهر الكلام 188:26.

2- وسائل الشيعة 13:156 الباب 9 من أحكام الضمان الحديث 1.

1 - حقيقة الصلح

2 - شرائط الصلح

3 - من أحكام الصلح

ص: 191

إشارة

الصلح معاملة مضمونها التسالم بين شخصين علي تملك مال أو اسقاط دين أو حق بعوض أو مجاناً.
و لا اشكال في مشروعيته.

و هو عقد مستقل بنفسه و لا يرجع إلي سائر العقود و ان افاد فائدتها.

و المستند في ذلك:

1 - اما ان حقيقة الصلح

هي التسالم المذكور فلفهم ذلك منه عرفاً.

2 - و اما انه عقد مشروع

فهو من بديهيات الفقه.

وقد يستفاد ذلك من قوله تعالى: **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ (1)**،
وعموم قوله تعالى: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (2)**.

و يدل علي ذلك بوضوح قول الامام الصادق عليه السلام في صحيح

ص: 193

1- النساء: 128.

2- المائدة: 1.

حفص بن البختري: «الصلح جائز بين الناس»⁽¹⁾، و صحيح الحلبي:

«الرجل يكون عليه الشيء فيصالح فقال: إذا كان بطيب نفس من صاحبه فلا بأس»⁽²⁾ وغيرهما.

هذا كله مضافا إلي انعقاد السيرة العقلائية الممضاة عليه.

3 - و اما انه عقد مستقل و لا يرجع إلي غيره و ان افاد فائدته

فلأن ما يفهم من عنوانه عرفا شيء مغاير للمفهوم من سائر المعاملات.

بل ان نفس اثبات احكام خاصة لعنوانه الخاص في النصوص يدل علي كونه شيئا مغايرا لغيره.

وفي تسالم الاصحاب علي عدم اشتراط معلومية المصالح عليه و اشتراطهم لها في عوضي البيع دلالة واضحة علي ارتكاز المغايرة عندهم.

وعليه فهو و ان افاد فائدة البيع إذا كان علي عين بعوض و فائدة الهبة إذا كان علي عين بلا عوض و فائدة الاجارة إذا كان علي منفعة بعوض و فائدة الابراء إذا كان علي اسقاط حق أو دين الا ان ذلك لا يستلزم كونه نفسها، فان الاشتراك في النتيجة بين شيتين لا يدل علي كونهما واحدا.

وعليه فاحكام بقية العقود و شرائطها لا- يمكن تسريتها إليه، فما أفاد فائدة البيع لا تلحقه أحكامه من الخيارات الخاصة و اعتبار قبض العوضين في المجلس إذا تعلق بمعاوضة النقيدين، و ما افاد فائدة الهبة لا يعتبر فيه قبض العين كما هو معتبر فيها.

ص: 194

1- وسائل الشيعة 13:164 الباب 3 من أحكام الصلح الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 13:166 الباب 5 من أحكام الصلح الحديث 3.

و منه يتضح ان ما هو المنسوب إلي شيخ الطائفة من كون الصلح يباعا تارة و هبة اخري و... (1) قابل للتأمل.

2 - شرائط الصلح

إشارة

يلزم في تحقق الصلح توفر:

1 - الايجاب و القبول مطلقا حتي إذا كان مفيدا للإبراء. و يكفي فيهما كل ما يدل عليهما.

2- ان لا يكون مستلزما لتحليل محرم أو بالعكس.

3- البلوغ و العقل و القصد و الاختيار في المتصالحين. و هكذا عدم الحجر لفسل أو سفه في من تقتضي المصالحة التصرف في ماله.

و المستند في ذلك:

1 - اما اعتبار الايجاب و القبول في الصلح

فلكونه عقدا.

و اما ان ذلك معتبر فيه حتي إذا أفاد فائدة الإبراء فلان ذلك مقتضي كونه عقدا مستقلا.

و اما انه يكفي كل ما يدل علي الايجاب و القبول فلأنه بذلك يصدق عنوان الصلح فتشمله الاطلاقات العامة و الخاصة.

2 - و اما اعتبار عدم استلزامه لتحليل الحرام و بالعكس

فلعدم احتمال امضاء الشارع للمعاملة المتضمنة لذلك.

و في موثقة اسحاق بن عمار عن الامام الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام

ص: 195

ان علي بن ابي طالب عليه السلام كان يقول: «من شرط لامرأته شرطا فليف لها به، فان المسلمين عند شروطهم الا شرطا حرّم حلالا أو أحلّ حراما»(1)، فانه ان لم يفهم من الشرط ما يشمل مطلق المعاملة فبالامكان التعدي من باب تنقيح المناط و الغاء الخصوصية.

وفي مرسلة الشيخ الصدوق قال رسول الله صلّي الله عليه وآله: «البينة علي المدعي و اليمين علي المدعي عليه. و الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحلّ حراما أو حرّم حلالا»(2).

و هي حجة بناء علي تمامية التفصيل في مراسيل الصدوق بين ما إذا كانت بلسان روي فلا تكون حجة و بين ما إذا كانت بلسان قال فتكون حجة، فانه بناء علي هذا تكون حجة - لأنها بلسان قال - فضلا عمّا إذا بني علي الكبرى القائلة بحجية جميع روايات الشيخ الصدوق في كتابه كتاب من لا يحضره الفقيه لوجه تقدمت في كتاب البيع عند البحث عن حرمة القمار.

3 - و اما اعتبار البلوغ و ما بعده

فلكون ذلك من الشرائط العامة.

3 - من أحكام الصلح

إشارة

لا يلزم في جواز الصلح وجود نزاع مسبق.

و تجوز الاستعانة به في كل مورد الا إذا استلزم تحريم الحلال أو بالعكس.

ص: 196

1- وسائل الشيعة 12: 354 الباب 6 من أبواب الخيار الحديث 5.

2- وسائل الشيعة 13: 164 الباب 3 من أحكام الصلح الحديث 2.

و هو عقد لازم لا يفسخ الا بالاقالة أو بفسخ من جعل له حق الفسخ منهما اثناءه.

و تغتفر الجهالة في الصلح حتي مع امكان معرفة المصالح عليه بشكل تام و من دون مشقة.

و في جواز التصالح علي الجنس الربوي بمماثله مع التفاضل خلاف.

و المستند في ذلك:

1 - اما عدم اعتبار النزاع المسبق في صحة الصلح

فلان ذلك من قبيل حكمة التشريع التي لا تمنع من التمسك باطلاق الدليل. و لفظ الصلح وان كان مشعرا باعتبار سبق ذلك الا انه ليس بشكل يمنع من التمسك بالاطلاق.

2 - و اما جواز الاستعانة بالصلح في كل مورد

فلاطلاق دليل مشروعيته.

و اما اعتبار ان لا يكون مستلزما لتحريم حلال و بالعكس فلما تقدم.

3 - و اما انه عقد لازم

فأصالة اللزوم في كل عقد التي تقدم مدركها في مبحث البيع.

و اما جواز الفسخ بالاقالة و الخيار فلان لزوم الصلح حقي لا حكمي.

4 - و اما اغتفار الجهالة - خلافا للمنسوب إلي الشافعي من اعتبار

العلم في المصالح عليه و المصالح به

(1) - فلاطلاق صحيح حفص

ص: 197

وصحيح الحلبي السابقين.

ومع التنزل وافتراض نظرهما إلي أصل التشريع دون الخصوصيات يمكن التمسك بصحيح محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام: «في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت أنفسهما»(1).

و احتمال ان المنظور للحديث الابراء دون الصلح مدفوع بان ظاهره المعاوضة التي لا مجال لها الا في الصلح.

5 - و اما ان الجهالة مغتفرة حتي مع امكان تحصيل العلم

فلإطلاق أيضا.

6 - و اما الخلاف في جواز التصالح علي الجنس الربوي بمماثله

مع التفاضل

فيستند إلي الاخبار الدالة علي اعتبار المماثلة، فانه قد يدعي انصرافها إلي خصوص البيع فيلزم اختصاص التحريم به وقد ينكر ذلك و يتمسك باطلاقها فيلزم تعميم التحريم للصلح أيضا.

و من تلك الاخبار صحيحة محمد بن مسلم و زرارة عن ابي جعفر عليه السلام: «الحنطة بالدقيق مثلا بمثل، و السويق بالسويق مثلا بمثل، و الشعير بالحنطة مثلا بمثل لا بأس به»(2).

وصحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «الفضة بالفضة مثلا بمثل،

ص: 198

1- وسائل الشيعة 13:166 الباب 5 من أحكام الصلح الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 12:440 الباب 9 من أبواب الربا الحديث 2.

و الذهب بالذهب مثلاً بمثل ليس فيه زيادة ولا نقصان»(1).

وصحيفة الوليد بن صبيح: «سمعت ابا عبد الله عليه السلام: الذهب بالذهب، و الفضة بالفضة الفضل بينهما هو الربا المنكر هو الربا المنكر»(2).2.

ص: 199

1- وسائل الشيعة 12:456 الباب 1 من أبواب الصرف الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 12:457 الباب 1 من أبواب الصرف الحديث 2.

كتاب الوكالة

اشارة

1 - حقيقة الوكالة

2 - من أحكام الوكالة

ص: 201

إشارة

الوكالة عقد يتضمن تسليط الغير علي معاملة أو ما هو من شئونها كالقبض و الاقباض.

و هي أمر يغير الاذن و النيابة.

و لا شك في مشروعيتها.

و المستند في ذلك:

1 - اما ان الوكالة عقد

فهو المشهور. و خالف في ذلك السيد اليزدي فاختر عدم توقف تحققها علي القبول، بدليل انه لو قال الموكل للوكيل: وكلتك في بيع داري فباعها صحّ البيع حتي مع الغفلة عن قصد النيابة و إنشاء القبول بالبيع. و أيضا لو كانت عقدا لزم مقارنة القبول لإيجابها، و الحال ان من الجائز توكيل الغائب الذي يصله خبر الوكالة بعد فترة.

ثم ذكر قدس سرّه: ان هذا لا يعني ان القبول لو تحقق بعد الايجاب فلا تكون عقدا، بل المقصود ان بالامكان وقوعها بنحو الايقاع تارة

و بنحو العقد اآري(1).

هذا و المناسب كونها عقدا لقضاء الارتكاز العقلائي بتوقف تحققها علي القبول، و الذي لا يحتاج إلي ذلك هو الاذن، و هما شيان متغايران و ليسا شيئا واحدا.

وصحة البيع التي أشار إليها في القرينة الاولي تحتمل ان تكون من جهة الاذن دون الوكالة.

و الموالاة بين الايجاب و القبول التي اشار إليها في القرينة الثانية لم يثبت اعتبارها في العقد بشكل مطلق لو سلم بثبوت اعتبارها في الجملة.

و ما ذكره من تحققها احيانا بالايجاب و القبول معا غير واضح، إذ لو كان الايجاب كافيا في تحققها فلا دور لضم القبول، و من ثم يلزم ان تكون ايقاعا دائما.

2 - و اما انها تسليط يتضمن ما ذكر

فلان ذلك هو المفهوم منها عرفا.

و اما تخصيصها بالتسليط علي المعاملة و ما هو من شئونها دون جميع الاشياء فلما يأتي من اختصاص الوكالة بالاشياء التي لم يعتبر الشارع فيها الصدور بالمباشرة، و ليست تلك الا المعاملة و القبض و الاقباض.

3 - و اما ان الوكالة امر يغير الاذن

فواضح، فان الاذن لا يتوقف تحققه علي القبول بخلاف الوكالة.

ص: 204

و الوكالة تنفسخ بفسخ الوكيل، بخلاف الاذن، فانه لا يرتفع برفض الماذون.

و تصرف الوكيل يقع صحيحا و ان عزله الموكل ما دام لم يبلغه خبر العزل، بخلافه في الاذن، فان التصرف يقع باطلا مع التراجع و ان لم يبلغ الماذون ذلك.

4 - و اما مغايرة الوكالة للنيابة

فواضحة أيضا، إذ في الوكالة ينتسب الفعل الي الموكل، بخلافه في النيابة، فالحج الآتي به النائب لا ينتسب إلي المنوب عنه، بخلافه في مثل البيع الذي يأتي به الوكيل، فانه ينتسب إلي الموكل.

و النيابة قد تقع تبرعية، بخلاف الوكالة، فانه لا يتصور فيها ذلك.

5 - و اما مشروعية الوكالة

فهي من البديهيات لاستقرار سيرة العقلاء و نظامهم عليها.

و في صحيح معاوية بن وهب و جابر بن يزيد عن ابي عبد الله عليه السلام:

«من وُكِّل رجلا علي امضاء امر من الامور فالوكالة ثابتة ابدا حتي يعلمه بالخروج منها كما اعلمه بالدخول فيها»(1).

و قد يستدل علي ذلك بقوله تعالى: فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ (2)، اذْهَبُوا بِقَمِيصِي هَذَا (3). و لكنه كما ترى.

و اما عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (4) فلا يمكن التمسك به في المقام

ص: 205

1- وسائل الشيعة 13: 285 الباب 1 من أحكام الوكالة الحديث 1.

2- الكهف: 19.

3- يوسف: 93.

4- المائدة: 1.

للتسالم علي جواز الوكالة و عدم لزومها.

2 - من أحكام الوكالة

إشارة

يعتبر في الوكالة الايجاب و القبول بكل ما يدل عليهما.

و تتحقق بكتابة الموكل إلي الوكيل - و لو كان في بلد آخر - متي ما قبل و لو بعد فترة.

و المشهور عدم جواز التعليق فيها و ان جاز في متعلقها.

و هي من العقود الجائزة و لكن الوكيل لو تصرف قبل بلوغه عزل الموكل وقع تصرفه صحيحا.

و تلزم متي ما تحقق اشتراطها ضمن عقد لازم بنحو شرط النتيجة.

و إذا اشترط عدم العزل ضمن عقد الوكالة فقد قيل بلزومها أيضا.

و تبطل بموت الموكل و جنونه و اغمائه.

و تصح في كل ما لا يتعلق غرض الشارع بايقاعه مباشرة. و يعرف ذلك من بناء العرف و ارتكاز المشرعة.

و لا يحق للوكيل التعدي عما حدّد له الا إذا كان المفهوم عرفا ان المذكور هو من باب احد الافراد و ليس من باب التحديد.

و لا يضمن الوكيل ما يتلف الا إذا تعدّي أو فرط . و لا تبطل بذلك وكالته.

و عند الاختلاف في تحقق التعدي و التفريط يؤخذ بقول الوكيل مع يمينه و عدم البينة للموكل.

و المستند في ذلك:

1 - اما اعتبار الايجاب و القبول في تحقق الوكالة

فلأنها عقد.

ص: 206

2 - و اما الاكتفاء بكل ما يدل عليهما

فلإطلاق دليل شرعيتها بعد فرض تحققها.

و منه يتضح الوجه في تحققها بالكتابة.

و التسالم علي اعتبار الموالاة في العقود ان فرض تحققه فلا يجزم بشموله للوكالة ان لم يدع الجزم بعدم شموله لها.

3 - و اما عدم جواز التعليق في الوكالة نفسها

فقد علّله صاحب الجواهر بالإجماع القائم بكلا قسميه علي عدم جواز التعليق في مطلق العقود(1).

ويمكن ان يقال: انه لا- يمكن الجزم بشمول الاجماع المذكور لمثل الوكالة، و القدر المتيقن منه هو البيع و الاجارة و ما شاكلهما من المعاوزات، كما نبه عليه السيد اليزدي(2)، و معه يعود اطلاق دليل شرعية الوكالة بلا مانع يمنع من التمسك به.

4 - و اما جواز التعليق في متعلق الوكالة دونها

- كما إذا قال الموكل: انت وكيلني من الآن في بيع داري متي ما ارتفع سعرها - فواضح لان الاجماع علي عدم جواز التعليق في الوكالة ان ثبت فهو ناظر الي تعليق الوكالة نفسها دون حالة التعليق في متعلقها مع فرض اطلاقها، و لا أقلّ من كون ذلك هو القدر المتيقن منه فيعود دليل شرعية الوكالة بلا مانع يمنع من التمسك باطلاقه.

5 - و اما ان الوكالة من العقود الجائزة

فقد ادعي عدم الخلاف فيه.

و صحيح معاوية و جابر المتقدم واضح الدلالة علي ذلك، الا انه خاص

ص: 207

1- جواهر الكلام 27:352.

2- ملحقات العروة الوثقى 2:121.

بتراجع الموكل فلا بدّ من ضم عدم القول بالفصل أو دعوي تنقيح المناط و الغاء الخصوصية.

6 - و اما صحة تصرف الوكيل مع عزل الموكل له ما دام لم يبلغه

خبر العزل

فقد دل عليه الصحيح المتقدم وغيره.

و يظهر من خلال بعض النصوص ان المسألة كانت محل خلاف بيننا و بين غيرنا، فغيرنا كان يفصّل بين النكاح فيبطل بالعزل و لو لم يصل خبره إلي الوكيل و بين غيره فلا يبطل، ففي الحديث ان العلاء بن سيبا سأل الامام الصادق عليه السّلام عن حكم المسألة فأجابه بصحة فعل الوكيل ما دام لم يصله خبر العزل. ثم سأل الامام عليه السّلام العلاء قائلاً: «ما يقول من قبلكم في ذلك؟... قلت: نعم يزعمون انها لو وكّلت رجلاً و اشهدت في المأى و قالت في الخلاء(1): اشهدوا اني قد عزلته أبطلت(2) وكالته بلا ان تعلم في العزل، و ينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصة، وفي غيره لا يبطلون الوكالة الا ان يعلم الوكيل بالعزل، و يقولون: المال منه عوض لصاحبه و الفرج ليس منه عوض إذا وقع منه ولد فقال عليه السّلام: سبحان الله ما أجور هذا الحكم و أفسده، ان النكاح احري و احري ان يحتاط فيه و هو فرج و منه يكون الولد...»(3).

7 - و اما لزوم الوكالة متي ما تحقق اشتراطها ضمن عقد لازم

بنحو شرط النتيجة

- كما لو اشترطت الزوجة في عقد نكاحها ان تكون وكيلة عن زوجها في طلاق نفسها متي ما سجن أو ساء خلقه أو غير

ص: 208

1- في تهذيب الاحكام 215:6 و الفقيه 48:3: و قالت في المأى.

2- في تهذيب الاحكام 215:6: بطلت وكالته و ان لم يعلم العزل.

3- وسائل الشيعة 13:286 الباب 2 من أحكام الوكالة الحديث 2.

ذلك - فهو المشهور لأنها و ان كانت جائزة في حدّ نفسها الا ان ذلك لا ينافي لزومها بسبب الاشتراط .

اجل تردد المحقق في كتاب الرهن من شرائعه فيما لو اشترطت في عقد الرهن وكالة المرتهن في بيع العين المرهونة متي لم يتم تسديد القرض في الموعد المقرر(1) ، الا انه كما تري.

هذا وقد زاد بعض الاعلام قائلا: لو اشترطت الوكالة ضمن العقد الجائز لزم العمل بالشرط ما دام العقد باقيا و ان جاز فسخ العقد فيزول لزوم الشرط بالتبع(2).

ثم انه إذا افترض اشترط الوكالة ضمن عقد لازم بنحو شرط الفعل كان العمل بالشرط واجبا تكليفا الا انه لو عصي المشتري عليه فلا يلزم سوي الاثم و لا تتحقق الوكالة.

8 - و اما القول بلزومها لو اشترط عدم العزل ضمن عقد الوكالة

فهو من جهة لزوم العمل بالشرط

بمقتضى قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»(3).

و توهم لزوم الدور مندفع بان لزوم الشرط ليس موقوفا علي بقاء الوكالة بل علي ايقاع عقدها و قد حصل.

9 - و اما انها تبطل بموت الموكل و جنونه و اغمائه

فقد قيل: انه لا مستند له سوي الاجماع(4).

الا انه يمكن ان يقال: ان الوكالة هي في روحها اذن خاص تترتب

ص: 209

1- شرائع الإسلام 2:334 انتشارات استقلال.

2- ملحقات العروة الوثقى 2:122.

3- وسائل الشريعة 12:353 الباب 6 من أبواب الخيار الحديث 2.

4- جواهر الكلام 27:362.

عليه بعض الخصوصيات، و معه فمن المناسب بطلانها بما ذكر لزوال الاذن بذلك.

لا يقال: علي هذا يلزم الحكم ببطلان الوكالة في حالة نوم الموكل.

فانه يقال: الوجدان قاض بالفرق، و لذا لو كان الاذن لا بنحو الوكالة يحكم بزوالها و عدم جواز التصرف بالموت و نحوه دون طرو النوم.

10 - و اما صحة الوكالة في خصوص ما لا يتعلق غرض الشارع

بايقاعه بالمباشرة - كالوضوء و الغسل مثلا

- فواضح و الا يلزم خلف الفرض.

و اما وجه الاستناد إلي ارتكاز المتشعبة في تحديد مطلوية المباشرة فلان الارتكاز المذكور يكشف عن وصول مضمونه يدا بيد من الامام عليه السلام بعد افتراض عدم احتمال وجود منشأ آخر له غير ذلك.

و اما الاستناد الي العرف في ذلك أيضا فلحجية ما يفهمه من النص من خلال تحكيم مناسبات الحكم و الموضوع و غيرها من القرائن.

11 - و اما انه لا يحق للوكيل التعدي عما حدد له

فلان الوكالة ترجع في روحها إلي الاذن فلا بد من الاقتصار علي حدودها.

12 - و اما عدم ضمان الوكيل إذا لم يتعد و لم يفرط

فلانه امين، و هو لا يضمن الا بذلك.

و اما انه لا تبطل الوكالة بالتعدي و التفريط فلان جعلها من الموكل لم يكن محددًا بما إذا لم يحصل ذلك.

13 - و اما تقديم قول الوكيل عند الاختلاف في تحقق التعدي أو

التفريط

فلموافقة قوله الاصل فيحتاج المدعي لخلاف ذلك في اثبات دعواه إلي البيينة فإذا لم تكن قدّم قول من وافق قوله الاصل مع اليمين.

1 - حقيقة المضاربة

2 - شرائط المضاربة

3 - من أحكام المضاربة

ص: 211

إشارة

المضاربة معاملة بين طرفين تتضمن دفع المال من أحدهما والعمل من الآخر مع اقتسام الربح.

وهي مشروعة جزماً.

والمستند في ذلك:

1 - اما ان معني المضاربة ما ذكر

فهو من المسلمات التي لا خلاف فيها.

اجل عزّها جمع - كصاحب الجواهر و العروة الوثقى - بدفع الانسان مالا إلي غيره ليتجر به علي ان يكون الربح بينهما(1).

والاولي ما ذكرناه لأنها معاملة و تعاقد بين طرفين يتضمن دفع المال من احدهما و ليست دفع المال نفسه الذي هو فعل خارجي.

و فرقتها عن القرض ان المال علي فرض القرض ينتقل جميعه

ص: 213

1- جواهر الكلام 338:26، و العروة الوثقى: بداية كتاب المضاربة.

إلي الطرف الثاني مقابل ضمانه لما يساويه، بخلافه علي فرض المضاربة، فان المال يبقى علي ملك مالكة و يعمل العامل فيه مقابل قسم من الربح.

و فرقتها عن الاجارة ان الارباح علي فرض الاجارة تكون بأجمعها للمالك، و للعامل الاجرة، بخلافه في المضاربة، فان الارباح من البداية تكون بين الطرفين حسب الاتفاق.

2 - و اما مشروعيتها فمما لا كلام فيها.

و تدل علي ذلك نصوص كثيرة، كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «سألته عن الرجل يعطي المال مضاربة و ينهي ان يخرج به فخرج، قال: يضمن المال، و الربح بينهما»(1) و غيرها.

و هي صحيحة بكلا طريقيها فراجع.

و يظهر منها ان صحة المضاربة في الجملة امر مفروغ منه و ان السؤال وقع عن بعض خصوصياتها.

و هل يمكن التمسك لإثبات صحتها بالعمومات من قبيل قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (2) و نحوه؟

ان هذا سؤال تقدم الجواب عنه في مبحث المزارعة و ذكرنا ان المشهور قال بجواز ذلك خلافا لبعض حيث اختار عدم جواز ذلك.

وقد تقدم ان النزاع المذكور تترتب عليه جملة من الثمرات.

ص: 214

1- وسائل الشيعة 13:281 الباب 1 من أبواب أحكام المضاربة الحديث 1.

2- المائدة: 1.

إشارة

يلزم في تحقق المضاربة توفر:

- 1 - الايجاب من المالك و القبول من العامل بكل ما يدل عليهما و لو بالمعاطاة.
- 2 - البلوغ و العقل و الاختيار في المالك و العامل. و يلزم في المالك أن لا يكون محجورا عليه لسفه أو فلس.
- 3 - تعيين الحصّة و عدم ترددّها، و ان يكون تعيينها بنحو الكسر المشاع الا اذا افترض وجود تعارف خارجي يوجب انصراف الاطلاق إليه.
- 4 - كون الربح بينهما، فلا يصح جعل مقدار منه لأجنبي الا مع افتراض قيامه بعمل.
- 5 - ان يكون الاسترباح بالتجارة، فلو دفع إلي شخص مال ليشتري به سيارة لحمل المسافرين مع اقتسام الاجرة او دفع إلي خباز أو بقال و نحوهما مال ليصرف في حرفتهم مع اقتسام الارباح لم يكن ذلك مضاربة.
- 6 - قدرة العامل علي مباشرة التجارة بنفسه إذا اشترط عليه ذلك.
- 7 - ان يكون رأس المال عينا و ليس دينا، فلو كان لشخص علي آخر دين لم يجز جعله مضاربة الا بعد قبضه.

و المستند في ذلك:

1 - اما اعتبار الايجاب و القبول في المضاربة

فواضح بعد كونها عقدا.

ص: 215

و اما الاكتفاء بكل ما يدل عليهما فللتمسك باطلاق ادلة مشروعيتها بعد فرض تحقق الدلالة عليها.

و من ذلك يتضح الوجه في تحققها بالمعاطاة.

2 - و اما اعتبار البلوغ و العقل و الاختيار في المالك و العامل

فلأنها من الشرائط العامة المعتبرة في كل عقد.

و اما اعتبار عدم الحجر علي المالك فلانه من خلال المضاربة يتحقق منه التصرف في أمواله، و شرط جواز ذلك عدم الحجر.

و اما عدم اعتبار ذلك في العامل فباعتبار انه لا يتحقق منه تصرف في ماله و انما يحاول تحصيل مال و ذلك ليس ممنوعا منه.

هذا و قد تقدم في كتاب المزارعة وجود رأي يعتبر ذلك في العامل أيضا.

3 - و اما اعتبار تعيين الحصة و عدم ترددها

فلان الحصة المرددة لا وجود لها ليتمكن تملكها للعامل.

و هل يلزم تعيين الحصة بمعني معلوميتها و عدم كونها مجهولة، كما لو قال المالك: ضاربتك بحصة تساوي الحصة المجمولة في مضاربة

فلان مع افتراض انها مجهولان ذلك؟

المشهور ذلك لحديث: نهى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ عَنْ الْغُرْرِ (1).

و المناسب عدم اعتبار ذلك لما تقدم في مبحث الاجارة من ضعف الحديث سنداً بل لم يثبت كونه رواية.

4 - و اما اعتبار كون تعيين الحصة بالكسر المشاع

فلان ذلك

ص: 216

1- تذكرة الفقهاء، كتاب الاجارة، المسألة 2 من الركن 3 في الفصل 2.

مقوّم لمفهوم المضاربة، إذ لو عينت لا بذلك - كما لو قال المالك:

ضاربتك علي ان يكون لك مائة دينار - كان المورد مصداقا للإجارة أو الجعالة.

و اما كفاية الانصراف فلأن به يتحقق التعيين.

5 - و اما اعتبار كون الربح بينهما و عدم صحة جعل قسم منه

لأجنبي

فلأن ظاهر روايات المضاربة كون الربح بينهما لا غير.

علي انه يكفي الشك في جواز الجعل للأجنبي في الحكم بعدم الجواز بناء علي رأي المشهور القائل بعدم امكان التمسك بالعمومات لإثبات صحة المضاربة.

و اما استثناء حالة قيام الاجنبي بعمل فلأنه بفرض قيامه بعمل يكون عاملا آخر في المضاربة، و من ثمّ سوف تكون المضاربة بين المالك و عاملين، و ذلك مما لا محذور فيه كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

6 - و اما اعتبار كون الاسترباح بالتجارة

فلان ذلك دخيل في مفهوم المضاربة.

و لا أقل من احتمال ذلك، و يكفي ذلك، حيث يلزم الرجوع إلي اصالة عدم ترتب الاثر.

و هل يمكن تصحيح المعاملة - التي لا يكون الاسترباح فيها بالتجارة - بواسطة العمومات ؟

نعم يمكن ذلك بناء علي رأي المشهور القائل بإمكان تصحيح المضاربة و ما شاكلها من خلال العمومات.

7 - و اما اعتبار قدرة العامل علي المباشرة إذا كانت مقصودة

فلأنه بدون ذلك لا يمكن تحقق القصد إلي المعاملة و لا يمكن تعلق

وجوب الوفاء بها.

وهذا مطلب سار في كل معاملة ولا يختص بالمضاربة.

8 - و اما اعتبار كون رأس المال عينا و ليس بدين

فللقصور في المقتضي و وجود المانع.

اما القصور في المقتضي فلان عنوان اعطاء المال المذكور في صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة و غيرها ظاهر في دفع العين و لا يشمل الدين. و لا أقل من الشك فلا يمكن التمسك بها لإثبات مشروعيتها.

و اما المانع فهو موثقة السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام: «قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل له علي رجل مال فيتقاضاه و لا يكون عنده فيقول: هو عندك مضاربة، قال: لا يصلح حتي تقبضه منه»⁽¹⁾.

و هي معتبرة السند بطرقها الاربع فراجع.

و السكوني و النوفلي و ان لم يوثقا بشكل خاص الا ان بالامكان التساهل في امرهما لبيان مرّ في بعض الأبحاث.

هذا و قد نسب إلي المشهور اعتبار ان يكون رأس المال من الذهب و الفضة المسكوكين و ادعي الاجماع علي ذلك.

الا ان المناسب التعميم للأوراق النقدية لصدق عنوان المال - المذكور في صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة و غيرها - عليها.

و الاجماع المدعي - بمعني الاتفاق الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام - لم يثبت تحققه.

ص: 218

1- وسائل الشيعة 13:187 الباب 5 من أبواب أحكام المضاربة الحديث 1.

إشارة

عقد المضاربة جائز و يحق للطرفين التراجع عنه متى شاء الا إذا اشترط عدم الفسخ الي فترة محددة.
و مع تحقق الخسارة في التجارة لا يضمن العامل منها شيئاً الا إذا تجاوز الحدّ المقرر له.
و إذا اشترط المالك تقسيم الخسارة كان الشرط صحيحاً علي قول.
و لا يحق للعامل خلط رأس المال بمال آخر لنفسه أو غيره الا مع كسب الاذن من المالك.
و إذا حدّد المالك كيفية التصرف بالمال لزم السير علي طبقها و الا لزم السير علي طبق ما هو المتعارف.
و يجوز تعدد العامل في باب المضاربة مع اتحاد المالك سواء اتحد المال أم تميز.
و تبطل المضاربة بموت كل من العامل أو المالك.
و الربح وقاية لرأس المال، فلوربح العامل في تجارة و خسر في اخري بعدها او حصل تلف جبر ذلك بالربح.
و العامل يملك حصته من الربح بمجرد ظهوره من غير توقف علي الانضاض - بمعني تحويل الاجناس إلي نقود - أو القسمة.
و المستند في ذلك:

1 - اما ان عقد المضاربة جائز بالرغم من ان المناسب

لأصالة اللزوم في مطلق العقود لزومه فعلى تارة بالإجماع و انه الحجة في

الخروج عن قاعدة اللزوم، و اخري بان عقد المضاربة يرجع في روجه إلي الاذن في التصرف من احدهما و القبول من الآخر كالعارية، و للاذن التراجع عن اذنه متي شاء.

2 - و اما ان المضاربة تلزم باشتراط عدم الفسخ

فلوجوب الوفاء بالشرط المستفاد من قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»⁽¹⁾.

و دعوي ان الشرط باطل لمنافاته لمقتضي العقد مدفوعة بانه مناف لإطلاقه لا لأصله.

و دعوي ان الشرط في العقود الجائزة لا يلزم الوفاء به مدفوعة بان عموم قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم» يعم كل شرط بما في ذلك الواقع ضمن العقد الجائز.

اجل إذا كان مفاد الشرط شيئاً آخر غير عدم الفسخ فيجوز فسخ العقد فيسقط الشرط و الا فما دام العقد باقيا فالوفاء بالشرط واجب.

و اما إذا كان مفاد الشرط عدم الفسخ كما في المقام فيترتب عليه عدم جواز الفسخ. و لكن لو فرض ان المشروط عليه خالف وفسخ فهل يقع الفسخ أو لا؟

قيل: لا. و اختاره السيد اليزدي⁽²⁾.

و المناسب وقوعه لان مفاد قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم» الوجوب التكليفي من دون ترتب اثر وضعي عليه. اجل يكون الفاسخ آثما و عاصيا.

3 - و اما عدم تحمل العامل للخسارة الا مع التجاوز عن الحد المقرر له

ص: 220

1- وسائل الشيعة 12:353 باب 6 من أبواب الخيار الحديث 2.

2- العروة الوثقى، كتاب المضاربة، المسألة 2 من فصل شرائط عقد المضاربة.

فلصحيحة ابي الصباح الكناني عن ابي عبد الله عليه السلام: «الرجل يعمل بالمال مضاربة، قال: له الربح وليس عليه من الوضيعة شيء الا ان يخالف عن شيء مما امر صاحب المال»(1) وغيره.

4 - و اما القول بصحة اشتراط تحمل الطرفين للخسارة

فوجهه ان ذلك ليس شرطا مخالفا لمقتضى العقد بل لإطلاقه.

و المناسب التفصيل بين اشتراط تحمل الطرفين للخسارة فيبطل و بين افتراض كون الخسارة علي المالك فقط الا ان العامل يلزمه تقديم مال و لو بعنوان الهدية إلي المالك يعادل مقدار الخسارة فيصح.

اما البطلان في الاول فلان ظاهر صحيحة الكناني المتقدمة و غيرها كون الخسارة علي المالك لا غير، و مقتضى اطلاقها كونها عليه حتي مع اشتراط تقسيطها.

و اما الصحة في الثاني فلان مفاد الشرط ليس تحمل العامل شيئا من الخسارة بل هو اشتراط لأمر آخر غير الخسارة، فكما انه يصح اشتراط المالك علي العامل خياطة ثوب له كذلك يصح اشتراط اهداء مال له بمقدار نصف الخسارة علي فرض تحققها.

5 - و اما عدم جواز خلط رأس المال بغيره

فلان ظاهر كلام المالك التجارة برأس المال بشخصه من دون خلط بغيره، و لا يجوز التصرف في مال الغير الا بالنحو الماذون من قبله.

6 - و اما انه مع تحديد المالك لكيفية التصرف يلزم السير علي

طبقها

فلعدم جواز التصرف في ملك الغير الا باذنه.

ص: 221

1- وسائل الشريعة 13: 181 الباب 1 من أبواب أحكام المضاربة الحديث 3.

و اما انه مع عدم التحديد الخاص يلزم السير علي طبق المتعارف فباعتبار ان الاطلاق ينصرف الي ما هو المتعارف.

7 - و اما جواز تعدد عامل المضاربة

فلكونها في الواقع منحلة الي مضاربتين و بمنزلة مضاربة المالك من البداية كل واحد منهما علي نصف المال. و الاتحاد في مقام الانشاء لا ينافي التعدد في مقام الواقع.

هذا مع اتحاد المال. و اما مع تميّزه فالامر أوضح.

8 - و اما بطلان المضاربة بموت العامل

فلاختصاص الاذن به.

و اما بطلانها بموت المالك فلانتقال المال بموته إلي وارثه، و ابقاؤها يحتاج إلي عقد جديد.

9 - و اما ان الربح وقاية لرأس المال و يجبر التلف و الخسارة به

فلاقتضاء عقد المضاربة نفسه لذلك، فان المجهول للعامل ليس هو الحصة من الربح في كل معاملة بعينها بل في مجموع المعاملات بما هو مجموع، و مع افتراض الربح في تجارة سابقة و الخسارة في تجارة لاحقة لا يصدق تحقق الربح بلحاظ مجموع المعاملات.

10 - و اما ان العامل يملك حصته من الربح بمجرد ظهوره

فلوجهين:

أ- ان ذلك مقتضي اشتراط كون الربح بينهما.

و دعوي ان الربح لا يصدق تحققه قبل الانضاض مدفوعة بان ذلك مخالف للوجدان، فان العقلاء يرون تحقق الربح بمجرد ارتفاع القيمة السوقية للشيء و لوقبل تحويله إلي نقد. كيف و لو كان الربح غير صادق فيلزم عدم استحقاق العامل لشيء لو فسخ المالك قبل الانضاض.

ص: 222

ب - التمسك بصحيح محمد بن ميسر: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

رجل دفع إلي رجل الف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم، فقال:

يقوم فإذا زاد درهما واحدا اعتق واستسعي في مال الرجل»⁽¹⁾، بتقريب ان العامل لو لم يملك حصته بمجرد ظهور الربح لما انعتق ابوه عليه.1.

ص: 223

1- وسائل الشيعة 13:188 الباب 8 من أبواب أحكام المضاربة الحديث 1.

1 - حقيقة القرض

2 - شرائط القرض

3 - ربا القرض

4 - من أحكام القرض

ص: 225

إشارة

القرض عقد يتضمن تملك شخص ماله لآخر مع ضمانته في ذمته بمثله ان كان مثليا و بقيمته ان كان قيميا.

و هو أخص من الدين.

والاقراض مشروع بنحو السنة المؤكدة.

والمستند في ذلك:

1 - اما انه عقد

فقد ادعي عليه في الجواهر عدم وجدان الخلاف فيه (1).

و اما انه يتضمن التملك مع الضمان فلا خلاف فيه أيضا.

و يؤكد فهم العرف منه ذلك.

ان قلت: ان كلاً من البيع والقرض يشتمل علي التملك بعوض فما الفارق بينهما؟

ص: 227

قلت: أجاب الشيخ الاعظم عن ذلك بان البيع يشتمل علي معاوضة، فالبايع يملك المبيع بعوض بخلاف القرض فانه لا يشتمل علي المعاوضة بل هو تمليك للعين مع ضمانها، ولذا يصح للبايع عرفا ان يقول: انشأت معاوضة علي مالي بخلافه في القرض(1).

2 - و اما انه اخص من الدين

فلان الدين كل مال كلي ثابت في ذمة شخص لآخر بسبب من الاسباب، كالضمان وبيع السلم و النسيئة و الاجارة مع كون الاجر كليا في الذمة و النكاح مع كون المهر كليا و الجناية بالنسبة إلي ارشها و الزوجية بالنسبة إلي النفقة، إلي غير ذلك من الاسباب التي احدها القرض. و علي هذا الأساس فكل قرض دين بخلاف العكس.

و يطلق علي من اشتغلت ذمته بالمدين أو المديون، و علي الآخر بالدائن، و عليهما بالغريم.

و بهذا يتضح ان المقصود من كلمة «الدين» في قول الفقهاء:

«لا يجوز بيع الدين بالدين» هذا المعني دون خصوص القرض.

3 - و اما ان الاقراض مسنون بنحو السنة المؤكدة

فللأحاديث الكثيرة، كقوله صلّي الله عليه و آله: «من اقراض أخاه المسلم كان له بكل درهم أقرضه وزن جبل أحد من جبال رضوي و طور سيناء حسنات، و ان رفق به في طلبه جاز به علي الصراط كالبرق الخاطف اللامع بغير حساب و لا عذاب. و من شكأ إليه اخوه المسلم فلم يقرضه حرّم الله عز و جل عليه الجنة يوم يجزي المحسنين»(2).

ص: 228

1- كتاب المكاسب 17:2، منشورات دار الحكمة.

2- وسائل الشيعة 13:88 الباب 6 من أبواب الدين الحديث 5.

والمسنون بنحو مؤكد - كما هو واضح - الاقراض الذي هو فعل المقرض دون الاقتراض الذي هو فعل المقرض فانه ليس بمستحب بل قد تستفاد مبعوضيته من النصوص، ففي الحديث: «إياكم والدين فانه شين الدين»⁽¹⁾، وعنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «من اراد البقاء ولا بقاء فليباكر الغداء، وليجود الحذاء، وليخفف الرداء، وليقل مجامعة النساء. قيل: و ما خفة الرداء؟ قال: قلّة الدين»⁽²⁾.

2 - شرائط صحة القرض

اشارة

يلزم لصحة القرض توفر:

- 1 - قبض المقرض المال المقرض والا فلا يملكه.
- 2 - البلوغ والعقل والقصد والاختيار وعدم السفه في المتعاقدين، وعدم الفلاس في خصوص المقرض.
- 3 - كون المال عيناً فلا يصح لو كان ديناً أو منفعة. وكذا لا يصح لو كان مردداً بين فردين من العين.
- 4 - كون المال مما يصح تملكه شرعاً فلا يصح اقراض مثل الخمر والخنزير.

والمستند في ذلك:

1 - اما ان القبض شرط في صحة القرض

بحيث لا يحصل الملك قبله فلا وجه له سوي الاجماع والا فالقاعدة تقتضي تحقق الملك بمجرد

ص: 229

1- وسائل الشيعة 13:77 الباب 1 من أبواب الدين الحديث 2.

2- وسائل الشيعة 13:77 الباب 1 من أبواب الدين الحديث 5.

تمام العقد و ان لم يتحقق القبض.

قال في الجواهر: «لو لا- الاجماع لاتجه القول بحصوله بتمامه من دون قبض علي حسب غيره من العقود التي لا ريب في ظهور الادلة في اقتضاها التمليك ضرورة صدق مسمائها بها»(1).

و دعوي ان اسم القرض لا يصدق الا بالقبض لا نعرف لها وجها.

ثم ان هناك قولاً باشتراط التصرف أيضاً بعد القبض في تحقق الملك. ولكنه كما ترى، اذ اطلاق الأدلة ينفية و ان كان مقتضى استصحاب عدم ترتب الاثر - لو لا ذلك - اعتباره لو فرض الشك في ذلك.

2 - و اما اعتبار البلوغ و العقل و القصد و الاختيار في المقرض

و المقرض

فلأنها من الشرائط العامة في كل عقد.

و اما اعتبار عدم السفه فلان السفه ممنوع من كل تصرف مالي.

و اما اعتبار عدم الفس في المقرض فلان المفلس ممنوع من التصرف في أمواله.

و اما عدم اعتبار ذلك في المقرض فلان السفه ممنوع من التصرف في امواله دون التصرف في ذمته باشغالها.

3 - و اما اعتبار كون المال المقرض عيناً و عدم صحة القرض لو

كان ديناً أو منفعة

فلما تقدم من اشتراط القبض في صحة القرض، و امكان ذلك مختص بالاعيان.

و اما عدم صحة القرض مع تردد المال بين فردين فلان تحقق

ص: 230

التمليك بلحاظ هذا الفرد دون ذلك بلا مرجح، و المردد لا تحقق له.

4 - و اما اعتبار كون المال مما يصح تملكه

فواضح لان القرض تمليك للمال فلا بد من كون متعلقه قابلا لذلك.

3 - ربا القرض

اشارة

يحرم الربا في القرض، و ذلك باشتراط المقرض دفع زيادة في القدر أو الصفة علي المقدار المقترض.

و يجوز للمقترض اشتراط التسديد بالاقبل.

و لا فرق في حرمة اشتراط الزيادة بين كونها راجعة إلي المقرض أو غيره.

و إذا تبرع المقترض بدفع الزيادة بدون اشتراط جاز قبولها، بل ذلك مستحب.

و لا يجوز - علي قول - اقراض مقدار من المال مع اشتراط ايجاد دار مثلا أو بيعها بأقل من اجرة او ثمن المثل، و يجوز العكس.

و يصح بيع الدين بمال موجود و ان كان أقل منه ما لم يستلزم الربا و لا يصح بيعه بدين مثله، كما اذا كان شخص يستحق علي ثمان مائة كيلو من الحنطة و للثاني علي الاول مائة كيلو من الشعير و اريد بيع احدهما بالآخر.

و لا يجوز تأجيل الدين عند حلوله بزيادة. أجل يجوز تعجيل المؤجل و لو باسقاط بعضه.

و الربا كما يحرم اخذه يحرم دفعه و كتابته و الشهادة عليه.

و من تعامل بالربا و هو جاهل بالحكم أو بالموضوع ثم التفت و تاب فلا يلزمه ارجاعه.

و من ورت مالا فيه اموال ربوية فمع عدم تمييزها فلا شيء عليه و الا لزمه ردّها علي مالکها مع معرفته، و مع عدمها يتعامل معها معاملة مجهول المالك.

و المستند في ذلك:

1 - اما حرمة الربا في الجملة فهي من ضروريات الإسلام

لدلالة صريح الكتاب العزيز عليها كما تقدمت الاشارة إلي ذلك في البيع عند البحث عن ربا المعاوضة.

و اما تحقق الربا المحرم في القرض و عدم اختصاصه بالمعاوضة فهو من المسلّمات التي لم يقع فيها شك.

و قد دلت علي ذلك صحيحة يعقوب بن شعيب عن ابي عبد الله عليه السلام:

«سألته عن الرجل يسلم في بيع أو تمر عشرين ديناراً و يقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين ديناراً، قال: لا يصلح إذا كان قرضاً يجزّ شيئاً فلا يصلح...» (1).

و صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام:

«و سألته عن رجل أعطي رجلاً مائة درهم علي أن يعطيه خمسة دراهم أو أقل أو أكثر، قال: هذا الربا المحض» (2) و غيرهما.

و الصحيحة الثانية و ان كانت ضعيفة السند بطريق قرب الاسناد بعبد الله بن الحسن الا انها صحيحة في طريقها الثاني لوجودها في كتاب علي بن جعفر الذي يرويه صاحب الوسائل عن الشيخ، و هو عن علي بن جعفر بطريق صحيح. و قد تقدم توضيح ذلك اكثر

ص: 232

1- وسائل الشيعة 13:105 الباب 19 من أبواب الدين الحديث 9.

2- وسائل الشيعة 13:108 الباب 19 من أبواب الدين الحديث 18.

ثم انه توجد بعض الروايات التي قد يستشف منها جواز الربا في القرض، ففي أكثر من رواية ورد: «خير القرض ما جرّ منفعة»(2).

الا انه لا بدّ من حملها علي صورة عدم الاشتراط لما دلّ علي التفصيل بين ما إذا كان جرّ المنفعة في القرض بسبب الاشتراط فلا يجوز و بين ما إذا لم يكن بسببه فيجوز، كما في موثقة إسحاق بن عمار عن ابي الحسن عليه السّلام: «سألته عن الرجل يكون له مع رجل مال قرضا فيعطيه الشيء من ربحه مخافة ان يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير ان يكون شرط عليه، قال: لا بأس بذلك ما لم يكن شرطا»(3).

ويظهر من خلال بعض النصوص ان تلك الروايات جاءت ردّا علي غيرنا القائل بعدم جواز جرّ القرض للمنفعة ولو بدون اشتراط، ففي صحيحة محمد بن مسلم: «سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يستقرض من الرجل قرضا و يعطيه الرهن إما خادما و إما أنية و إما ثيابا فيحتاج إلي شيء من منفعته فيستأذن فيه فيأذن له قال: إذا طابت نفسه فلا بأس. قلت: ان من عندنا يروون ان كل قرض يجر منفعة فهو فاسد، فقال: أو ليس خير القرض ما جرّ منفعة»(4).

2 - و اما عدم الفرق بين كون الزيادة في الصفة أو القدر

فالإطلاق قوله عليه السّلام في صحيحة يعقوب بن شعيب المتقدمة: «لا يصلح إذا كان

ص: 233

1- راجع كتاب البيع تحت عنوان «محرمات في الشريعة».

2- وسائل الشيعة 13:104 الباب 19 من أبواب الدين الحديث 5، 6، 8، 16.

3- وسائل الشيعة 13:103 الباب 19 من أبواب الدين الحديث 3.

4- وسائل الشيعة 13:104 الباب 19 من أبواب الدين الحديث 4.

قرضا يجر شيئا فلا يصلح».

3 - واما جواز اشتراط المقرض دفع الاقل

فلعدم ما يدل علي المنع من ذلك فيتمسك بأصل البراءة.

4 - واما عدم الفرق بين رجوع الزيادة إلي المقرض أو غيره

فلإطلاق صحيحة يعقوب المتقدمة.

5 - واما جواز قبول الزيادة من دون اشتراط

فلموثقة اسحاق بن عمار المتقدمة وغيرها.

6 - واما استحباب دفع الزيادة إذا لم يكن مع الاشتراط

فلأنها نوع من مقابلة الاحسان بالاحسان، بل ذلك هو الفضل المندوب إليه، ففي صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام: «... ان أبي عليه السلام كان يستقرض الدراهم الفسولة فيدخل عليها الدراهم الجياد الجلال فيقول: يا بني ردها علي الذي استقرضتها منه فأقول: يا أبه ان دراهمه كانت فسولة و هذه أجود منها فيقول: يا بني ان هذا هو الفضل فاعطه إيّاها»(1).

7 - واما القول بعدم جواز الاقراض بشرط ايجار الدار أو بيعها

بالأقل

فلانه مصداق لقوله عليه السلام في صحيحة يعقوب المتقدمة: «لا يصلح إذا كان قرضا يجر شيئا فلا يصلح».

و اما جواز الايجار أو البيع بالأقل بشرط القرض فلانه ليس

ص: 234

1- وسائل الشيعة 12:478 الباب 12 من أبواب الصرف الحديث 7. و الفسولة من الفسل و هو الرديء من كل شيء. و قوله عليه السلام: «ان هذا هو الفضل» يحتمل كونه اشارة الي قوله تعالى: وَ لَا تَسْأُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ الْبَقْرَةَ 237.

مصدقا للقرض الذي جرّ شيئا و انما هما مصداق للبيع أو الاجارة التي جرت نفعاً، وذلك لم يرد النهي عنه، بل هما قد شرّعا لذلك. هكذا يمكن توجيه القول المذكور، الا انه قد يقال في المقابل: ان المستفاد من صحيحة يعقوب بن شعيب المتقدمة عدم الجواز في كلتا الحالتين فراجع.

8 - و اما ان الدين يجوز بيعه بمال موجود و ان كان أقل منه

ما دام لا يلزم منه الربا

فلا تلاق ادلة صحة البيع و مشروعيته.

و اما عدم صحة بيعه بدين مثله حتي مع التساوي فلموثقة طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال رسول الله صلّي الله عليه و آله: لا يباع الدين بالدين»(1).

و لا مشكلة في سندها الا من جهة طلحة حيث لم يوثق في كتب الرجال، الا ان الامر فيه سهل بعد قول الشيخ في الفهرست: «طلحة بن زيد له كتاب و هو عامي المذهب الا ان كتابه معتمد»(2).

ثم انه ورد النهي عن بيع الدين بالدين بلسان آخر، ففي دعائم الإسلام عن رسول الله صلّي الله عليه و آله: «انه نهى عن الكائي بالكائي»(3) (4).

9 - و اما عدم جواز تأجيل الدين الحال بزيادة

فمما لا خلاف فيه لكونه ربا و جعل زيادة عن المقدار المستحق لأجل الاجل.

و اما جواز تعجيل المؤجل باسقاط بعض الدين فلانه ليس فيه جعل للزيادة ليلزم محذور الربا.

ص: 235

1- وسائل الشيعة 13:99 الباب 15 من أبواب الدين الحديث 15.

2- الفهرست: 86.

3- الكائي بالكائي: بيع الدين بالدين، كما في لسان العرب 1:147.

4- مستدرک الوسائل 13:405.

علي ان كلا الحكمين يمكن استفادته من صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «الرجل يكون عليه دين إلي أجل مسمي فيأتيه غريمه فيقول: انقذني من الذي لي كذا و كذا واضع لك بقيته، أو يقول:

انقذني بعضا و امدد لك في الاجل فيما بقي فقال: لا أري به بأسا ما لم يزد علي رأس ماله شيئا يقول الله عز و جل: فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ (1).

10 - و اما حرمة دفع الربا أيضا و كتابته و الشهادة عليه و ما تلا

ذلك من الحكمين

فقد تقدم وجهه في ربا المعاوضة من البيع.

4 - من أحكام القرض

إشارة

يعتبر في القرض الايجاب و القبول بكل ما يدل عليهما و لو بالمعاطاة.

ولا يلزم في المال المقترض أن يكون من النقود، كما لا يعتبر تعيين مقداره و اوصافه. نعم علي المقترض تحصيل العلم بذلك مقدمة لأدائه.

و هو عقد لازم، بمعنى عدم جواز فسخه لإرجاع العين لو كانت موجودة.

نعم مع فرض عدم تحديده بأجل تجوز المطالبة بالوفاء بدفع المثل إذا كان مثليا و القيمة إذا كان قيميا في أي وقت.

و مع عدم تحديد القرض بأجل فليس للدائن الامتناع عن قبض الدين إذا دفعه المدين، و هكذا إذا كان مؤجلا و فرض حلول الاجل. و اما قبل حلوله فيمكن الحكم بجواز ذلك إذا كان التأجيل حقا له.

ص: 236

1- وسائل الشيعة 120:13 الباب 32 من ابواب الدين الحديث 1، و الباب 7 من أبواب الصلح الحديث 1، و الآية 279 من سورة البقرة.

و لا يلزم تحديد القرض بأجل معين بل لو حدّد بأجل فالمشهور عدم لزومه الا إذا اشترط ضمن عقد لازم غير القرض.

و المال المقترض إذا كان مثليا يثبت في ذمّة المقترض مثله، و إذا كان قيميا ثبت قيمته.

و إذا كان مثليا فلا محذور في دفع القيمة مع التراضي.

و لا يلزم مع وجود العين المقترضة تسديد القرض بها و ان جاز ذلك مع موافقة الطرفين.

و يجب علي المدين عند مطالبة الدائن الاداء فورا ان قدر علي ذلك و لو ببيع بعض أملاكه الا الاملاك التي هو بحاجة ماسة إليها بحسب حاله و شرفه و يقع في ضيق شديد لو بيعت و قضى منها الدين، كدار سكناه و ما شاكلها، و يعبر عنها بالمستثنيات في قضاء الدين.

و إذا لم يكن لدي المدين شيء يقضي به دينه غير المستثنيات حرمت مطالبته و يلزم انظاره إلي مسرة.

و إذا كان الدين مؤجلا و مات المدين حلّ الاجل. و إذا مات الدائن بقي الاجل علي حاله و ليس لورثته المطالبة به قبل حلوله.

و المستند في ذلك:

1 - اما اعتبار الايجاب و القبول في تحقّق القرض

فلأن ذلك مقتضي افتراض كونه عقدا.

و اما الاكتفاء بكل ما يدل عليهما فلا إطلاق دليل مشروعية القرض بعد افتراض صدقه.

و من ذلك يتّضح وجه الاكتفاء بالمعاطاة.

2 - و اما انه لا يلزم في المال المقترض كونه من النقود

فمتسالم

ص: 237

عليه. و يقتضيه اطلاق أدلة مشروعيته.

و تؤيد ذلك رواية الصباح بن سيابة: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ان عبد الله بن أبي يعفور أمرني أن أسألك قال: انا نستقرض الخبز من الجيران فنرد أصغر منه أو أكبر، فقال عليه السلام: نحن نستقرض الجوز الستين و السبعين عددا فتكون فيه الكبيرة و الصغيرة فلا بأس» (1) و غيرها.

3 - و اما عدم اعتبار تعيين مقدار المال المقرض و أوصافه

فلاطلاق دليل شرعيته.

و اما لزوم تحصيل العلم بمقداره من باب المقدمة للأداء فلوجوب مقدمة الواجب.

4 - و اما ان عقد القرض لازم، بمعنى عدم جواز الفسخ و الالزام

بارجاع العين المقرضة

فمحل خلاف. و المنسوب إلي شيخ الطائفة عدم اللزوم.

و المناسب هو اللزوم تمسكا باصالة اللزوم في كل عقد.

نعم إذا فرض عدم تحديد الوفاء بأجل معين فتجوز للمقرض المطالبة ببدل العين، لان مقتضى عقد القرض ضمان المقرض للبدل دون العين نفسها، و حيث فرض عدم التحديد بأجل فيلزم جواز المطالبة به في أي وقت.

5 - و اما عدم جواز امتناع الدائن من قبض الدين مع عدم التأجيل

أو فرض حلول الأجل

فلان من حق كل شخص مشغول الذمة تفرغ

ص: 238

1- وسائل الشيعة 13:109 الباب 21 من أبواب الدين الحديث 1.

ذمته من الاشتغال ما دام لم يجعل حق الامتناع للطرف الاخر ضمن العقد.

و اما جواز امتناع الدائن من قبض الدين قبل حلول الاجل فقد وقع محلا للخلاف.

و المناسب التفصيل بين ما إذا كان اشتراط الاجل حقا للمدين فقط و ما إذا كان حقا للدائن فقط .

فعلي الاول لا يحق له الامتناع لأنه لا يصدق الاشتراط من ناحيته ليشمله عموم قوله عليه السّلام: «المسلمون عند شروطهم»⁽¹⁾.

و علي الثاني يحق له ذلك حيث يصدق في حقه ذلك فيشملة العموم.

6 - و اما عدم لزوم تحديد القرض بأجل معين

فإطلاق دليل شرعيته.

و اما عدم لزوم الاجل المذكور في عقد القرض فباعتبار ان الشرط يتبع في لزومه و جوازه لزوم العقد و جوازه، و حيث ان المشهور يري القرض من العقود الجائزة فيلزم كون الشرط المذكور فيه جائزا أيضا.

هذا و المناسب الحكم بلزوم الاجل لأنه لو سلم بجواز عقد القرض فذلك لا يمنع من لزوم الشرط المذكور فيه بعد ما كان مقتضي اطلاق قوله عليه السّلام: «المسلمون عند شروطهم» شاملا للشرط المذكور ضمن العقد الجائز أيضا.

ص: 239

1- وسائل الشيعة 12:353 الباب 6 من أبواب الخيار الحديث 2.

هذا مضافا إلي إمكان استفادة لزوم الاجل من قوله تعالى:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ (1).

بل يمكن استفادته من الروايات الآتية الدالة علي حلول أجل الدين بموت المدين، فانها تدل علي لزوم الاجل بدون فرض الموت.

7 - و اما ان المال المقرض يثبت مثله في ذمة المقرض إذا كان

مثليا و قيمته إذا كان قيميا

فلان المقرض بعد جعله المقرض ضامنا لا للعين نفسها بل لبدلها يلزم ما ذكر إذ البديل الأقرب مع فرض كون الشيء مثليا هو المثل و مع كونه قيميا هو القيمة و يلزم من ثم ان يكون ذلك هو الملحوظ للمقرض عند تضمينه للمقرض بالبدل.

8 - و اما جواز دفع القيمة عن المثلي في فرض تراضي الطرفين

فلان الحق لا يعدوهما فيجوز لهما الاتفاق كيفما أحبا.

9 - و اما عدم لزوم التسديد بالعين المقرضة نفسها لو كانت

موجودة

فلان المفروض صيرورتها ملكا للمقرض بالقرض، و الضمان تعلق ببدلها.

و اما جواز ذلك مع توافق الطرفين فلان الحق لا يعدوهما.

و اما انه مع عدم موافقة المقرض بقبول العين فلا يجوز اجباره علي ذلك فمن جهة انه اشترط الضمان بالبدل و اشتغال الذمة به.

10 - و اما لزوم تسديد الدين فورا مع المطالبة عند فرض كونه

حالا أو قد حلّ أجله

فلعدم جواز الامتناع أو التواني عن اداء

ص: 240

و اما استثناء دار السكن ونحوها فلصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا تباع الدار ولا الجارية في الدين، ذلك انه لا بد للرجل من ظل يسكنه و خادم يخدمه»(1) وغيرها، فان موردها و ان كان خاصا بالدار و الجارية الا ان مقتضى التعليل التعدي إلي غيرهما من الاشياء التي لا بد منها في حياة الإنسان.

11 - و اما عدم جواز المطالبة مع الاعسار

فلقوله تعالى: وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ (2).

12 - و اما حلول الاجل بموت المدين

فلموثقة السكوني عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: «إذا كان علي الرجل دين إلي أجل و مات الرجل حلّ الدين»(3) وغيرها.

و اما عدم حلولها بموت الدائن فلان الحلول بالموت حكم علي خلاف القاعدة فيقتصر فيه علي مورد النص.

هذا مضافا إلي انه قد يفهم ذلك من الموثقة، باعتبار تخصيصها حلول الاجل بموت المدين.

ص: 241

1- وسائل الشيعة 13:95 الباب 11 من أبواب الدين الحديث 1.

2- البقرة: 280.

3- وسائل الشيعة 13:97 الباب 12 من أبواب الدين الحديث 3.

1 - حقيقة الرهن

2 - شرائط صحة الرهن

3 - من أحكام الرهن

ص: 243

إشارة

الرهن عقد يتضمن جعل مال وثيقة للتأمين علي دين أو عين مضمونة.

وهو مشروع بلا اشكال.

والمستند في ذلك:

1 - اما ان الرهن عقد و يتضمن ما ذكر

فهو من الواضحات.

و الفهم العرفي خير شاهد عليه.

2 - و اما صحة جعل الرهن وثيقة علي العين المضمونة أيضا -

كالعين المغصوبة إذا طالب صاحبها الغاصب أو غيره ضمن عقد لازم

بالرهن عليها

- فلا إطلاق ما يأتي من دليل مشروعية الرهن.

3 - و اما ان الرهن مشروع

فهو من ضروريات الإسلام. ويدل علي ذلك الكتاب الكريم: وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَي سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ (1)، و الروايات

الكثيرة، كصحيحة محمد بن مسلم عن

ص: 245

احدهما عليهما السلام: «سألته عن السلم في الحيوان وفي الطعام ويؤخذ الرهن، فقال: نعم استوثق من مالك ما استطعت. قال: وسألته عن الرهن والكفيل في بيع النسية، فقال: لا بأس» (1) وغيرها.

و القول باختصاص مشروعية الرهن بحالة السفر تمسكا بالآية الكريمة ضعيف، فان ذكر السفر مبني علي الغالب من عدم تواجد الكاتب فيه، وهو كذكرة في قوله تعالى: وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضِي أَوْ عَلِي سَفَرٍ... فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا (2). علي انه يكفينا اطلاق السنة الشريفة.

وعليه فما ينسب إلي بعض العامة من عدم جواز الارتهان في الحضر (3) لا وجه له خصوصا وان لازم التمسك بالآية الكريمة لاعتبار السفر اشتراط فقدان الكاتب للدين في مشروعية الرهن عليه، وهو غير محتمل و لم يقل به القائل المذكور.

2 - شرائط صحّة الرهن

إشارة

يشترط لصحة الرهن توفر:

1 - الايجاب من الراهن و القبول من المرتهن بكل ما يدل عليهما و لو بالمعاطاة.

2 - البلوغ و العقل و القصد و الاختيار في الراهن و المرتهن. و عدم الحجر

ص: 246

1- وسائل الشيعة 13:121 الباب 1 من أبواب أحكام الرهن الحديث 5.

2- النساء: 43.

3- جواهر الكلام 25:98.

علي الراهن لسفه أو فلس.

3 - كون المرهون عينا مملوكة يجوز بيعها و شراؤها، فلا يصح رهن الدين و لا المنفعة و لا مثل الخمر و لا مثل الطير في الهواء و الوقف و لو كان خاصا.

4 - كون ما يرهن عليه دينا ثابتا في الذمة لفعلية سببه من اقتراض أو اسلاف مال أو شراء نسبة فلا يصح الرهن علي ما سيقترض أو علي ثمن ما سيشتري و نحو ذلك.

5 - قبض المرتهن للعين المرهونة حدودا و لا تلزم استدامة ذلك.

و المستند في ذلك:

1 - اما اعتبار الايجاب و القبول في تحقّق الرهن

فهو مقتضي كونه عقدا.

و اما الاكتفاء بكل ما يدل عليهما و لو بالمعاطاة فلانه بعد صدق عنوان الرهن يصح التمسك باطلاق دليل مشروعيته.

2 - و اما اعتبار البلوغ و ما بعده

فلان ذلك من الشرائط العامة في كل عقد.

و اما اعتبار عدم الحجز علي الراهن فلان السفية و المفلس لا يصح منهما التصرف في أموالهما.

و اما عدم اعتبار ذلك في المرتهن فلانه بالرهن لا يتصرف في ماله.

3 - و اما اعتبار كون المرهون عينا

فلان الدين لا يمكن تحقّق القبض فيه، و هو شرط في صحة الرهن كما سيأتي.

بل لا يصح تعلق الرهن بالدين حتي بناء علي انكار شرطية القبض باعتبار ان الغرض من الرهن - و هو الاستيثاق -

ص: 247

لا يتحقق بالدين.

و اما عدم صحة تعلقه بالمنفعة فلانه لو تصورنا فيها تحقق القبض فيمكن ان يقال: هي من الموجودات المتصرمة تدريجا وليست موجودا قازا ليتمكن ان تكون وثيقة علي الدين.

و اما اعتبار كون المرهون أمرا مملوكا فلان غير القابل للملك في نفسه - كالخمر - أو غير المتصف به بالفعل لا يحصل به الاستيثاق.

و منه يتضح الوجه في اعتبار كون العين المرهونة أمرا صالحا للبيع و الشراء و لا يكفي أن تكون مثل الطير في الهواء أو الوقف.

4 - و اما اعتبار ثبوت الدين في الذمة حالة العقد

فلان الرهن وثيقة علي مال المرتهن الذي هو ثابت في ذمة الغير، فقبل ثبوت الدين في الذمة لا يصدق الرهن و الاستيثاق. و لا أقل من الشك في اعتبار ذلك، و هو كاف لجريان استصحاب عدم ترتب الاثر بعد عدم جواز التمسك باطلاق دليل المشروعية لكون المورد شبهة مصداقية.

5 - و اما اعتبار القبض في صحة الرهن

فمحل خلاف. و مقتضي القاعدة عدم اعتباره تمسكا باطلاق دليل شرعيته.

و دعوي ان عنوانه لا يصدق الا بالقبض غير مقبولة.

و المناسب اعتباره لا لأجل التقييد به في الآية الكريمة - فان ذكره فيها هو من جهة انها بصدد بيان طريقة للاستيثاق علي الدين، و ذلك لا يتحقق بمجرد الارتهان من دون قبض و ليست بصدد بيان شرطية ذلك لتحقق الارتهان شرعا، علي ان السياق يلوح عليه بوضوح كونه في صدد الارشاد إلي جملة من الآداب و السنن - بل لقوله عليه السلام في

صحیحة محمد بن قیس: «لا رهن الا مقبوضا»(1).

و ما أفاده صاحب الجواهر قدس سرّه من احتمال ان يكون ذكر القبض لا من باب الشرطية بل لأنه بدونه لا يحصل الاطمئنان و الاستيثاق خصوصا و ان المنفي هو العين المرهونة لا العقد الذي هو القابل للاتصاف بالصحة و الفساد(2) كما تري.

6 - و اما عدم لزوم استدامة القبض

فالانه لا يظهر من صحیحة محمد بن قیس اعتبار ذلك، و هي مجملة من الجهة المذكورة فيرجع لنفي احتمال اعتبار الاستدامة إلي اطلاق ادلة شرعية الرهن لقاعدة ان العام إذا خصص بمجمل مفهوما فيقتصر في تخصيصه علي القدر المتيقن لبقاء الظهور في العموم علي الحجية فيما زاد عليه بلا معارض.

3 - من احكام الرهن

اشارة

لا يلزم في العين المرهونة أن تكون ملكا لمن عليه الدين بل يصح رهن ملك الغير إذا استعير لذلك.

و الرهن لازم من جهة الراهن فلا يصح له التراجع عنه الا برضا المرتهن أو ايفائه الدين.

و يجوز لمالك العين المرهونة التصرف فيها بما لا يتنافي و الاستيثاق - كركوب الحيوان إذا كان رهنا - و اما ما يتنافي - مثل بيع الحيوان أو ذبحه - فلا يجوز الا اذا اذن المرتهن به. و اما المرتهن فلا يجوز له التصرف

ص: 249

1- وسائل الشيعة 13:123 الباب 3 من أحكام الرهن الحديث 1.

2- جواهر الكلام 25:104.

مطلقا الا باذن المالك.

و إذا حلّ موعد الدين و طالب به المرتهن و لم يؤد فلا يجوز له بيع العين المرهونة و استيفاء دينه منها الا إذا كان وكيلا في ذلك من البداية أو اذن له مالكةا فيما بعد. و اذا لم يكن وكيلا عنه و لم يأذن له في ذلك بعد طلبه منه جاز له البيع. و يبقى الفاضل علي مقدار الدين - ان كان - أمانة بيده.

و لا يضمن المرتهن العين المرهونة إذا تلفت أو تعيبت ما دام لم يتحقق منه التعدي او التفريط ، و من ثم يرجع بتمام ماله الذي يستحقه علي الراهن و لا ينقص منه شيء.

و المستند في ذلك:

1 - اما عدم لزوم كون العين المرهونة ملكا للراهن و كفاية اذن

مالكها في رهنها

فلا إطلاق دليل شرعية الرهن.

2 - و اما لزوم الرهن من طرف الراهن

فالأصلالة اللزوم في مطلق العقود التي تقدم مستندها في مبحث البيع.

علي ان الغرض من الرهن و هو الاستيثاق لا يتأتي مع الجواز من طرف الراهن.

3 - و اما جواز تصرف مالك العين المرهونة فيها بما لا يتنافي

و الاستيثاق

فلانه مالك، و لا موجب لمنعه بعد عدم كون تصرفه منافيا للاستيثاق.

و يؤكد ذلك صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام:

«رجل رهن جاريتة قوما أ يحل له أن يطأها؟ فقال: ان الذين ارتهنوها يحولون بينه و بينها، قلت: أ رأيت ان قدر عليها خاليا؟ قال:

ص: 250

نعم لا أرى به بأساً»(1).

و اما ما يروي عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ مِنْ أَنَّ «الرَّاهِنَ وَ الْمُرْتَهَنَ مَمْنُوعَانِ مِنَ التَّصْرِيفِ فِي الرَّهْنِ»(2) فَضَعِيفُ السَّنَدِ، فَانِ ابْنَ أَبِي جَمْهُورٍ قَدْ رَوَاهُ فِي دَرَرِ اللَّالِئِ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ مَرْسَلًا.

و بهذا يَتَضَحُّ أَنَّ تَأْكِيدَ صَاحِبِ الْجَوَاهِرِ عَلِيِّ عَدَمِ جَوَازِ تَصْرِيفِ الرَّاهِنِ بِشَتَّى أَشْكَالِهِ اسْتِنَادًا إِلَى الْحَدِيثِ الْمَتَقَدِّمِ وَ الْيِ التَّنَافِي بَيْنِ الْإِسْتِثْقَاءِ الْمَأْخُوذِ فِي مَفْهُومِ الرَّهْنِ وَ بَيْنِ جَوَازِ التَّصْرِيفِ(3) قَابِلٌ لِلتَّأَمُّلِ.

4 - و اما عدم جواز تصرف المرتهن في العين المرهونة بشكل

مطلق

فلان ذلك مقتضي عدم جواز التصرف في مال الغير بدون اذنه.

5 - و اما عدم جواز بيع المرتهن العين المرهونة إذا حلَّ وقت

المطالبة و لم يسدد الدين

ف لأنها ملك للغير، و لا يجوز التصرف فيه من دون اذنه.

و جعلها وثيقة علي الدين لا يلازم تجويز بيعها لاستيفاء الدين لعدم انحصار الاستيفاء بذلك بل يمكن ذلك بتصدي الراهن نفسه للبيع.

نعم مع افتراض كسب الوكالة في البيع مسبقا لا يعود اشكال في البيع و لو من دون استئذان.

6 - و اما انه يجوز للمرتهن البيع عند افتراض عدم الوكالة و الاذن

فمن جهة ان التعاقد علي الرهن يستبطن التعاقد علي ان يكون للمرتهن

ص: 251

1- وسائل الشيعة 13:133 الباب 11 من أحكام الرهن الحديث 1.

2- مستدرک الوسائل 13:426.

3- جواهر الكلام 25:195.

الحق في البيع لاستيفاء حقه مع عدم تصدي الراهن نفسه للبيع ولا اذنه فيه.

وقيل بان النوبة لا تصل الي المرتهن ما دام يمكن للحاكم الشرعي التصدي لذلك فانه صاحب الولاية علي الممتنع، و اذا لم يمكن للحاكم التصدي لسبب و آخر فآنذاك تصل النوبة إلي المرتهن.

و هو جيد ان لم نفترض تمامية ما أشرنا إليه من التعاقد المستبطن.

7 - و اما عدم ضمان المرتهن تلف العين المرهونة و تعييبها من

دون تعدّ و تفريط

فلان ذلك مقتضي كون يده يد امانة.

و تؤكد ذلك الروايات الكثيرة، كصحيحة جميل بن دراج: «قال أبو عبد الله عليه السلام في رجل رهن عند رجل رهنا فضاع الرهن: هو من مال الراهن و يرجع المرتهن عليه بماله»⁽¹⁾ وغيرها.

هذا و يوجد في مقابل الروايات المذكورة روايات اخري تدل علي ضمان المرتهن و انه ينقص مما له علي الراهن بمقداره، كموثقة ابن بكير: «سألت أبا عبد الله عليه السلام في الرهن فقال: ان كان أكثر من مال المرتهن فهلك ان يؤدي الفضل إلي صاحب الرهن، و ان كان أقل من ماله فهلك الرهن أدّي إليه صاحبه فضل ماله، و ان كان الرهن سواء فليس عليه شيء»⁽²⁾ وغيرها.

و يمكن الجمع بحمل الأولي علي صورة عدم التفريط و الثانية علي صورة التفريط .

ص: 252

1- وسائل الشيعة 13:125 الباب 5 من أبواب أحكام الرهن الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 13:129 الباب 7 من أبواب أحكام الرهن الحديث 3.

و مما يؤيد ذلك موثقة إسحاق بن عمار: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك، أعلي الرجل ان يرد علي صاحبه مائتي درهم؟ قال: نعم لأنه اخذ رهنا فيه فضل و ضيعة. قلت: فهلك نصف الرهن قال: علي حساب ذلك. قلت:

فيترادان الفضل؟ قال: نعم»(1).2.

ص: 253

1- وسائل الشيعة 13:129 الباب 7 من أبواب أحكام الرهن الحديث 2.

كتاب الهبة

اشارة

1 - حقيقة الهبة

2 - من أحكام الهبة

ص: 255

إشارة

الهبة عقد يتضمن تملك عين بلا عوض.

وشرعيتها واضحة.

والمستند في ذلك:

1 - اما ان الهبة عقد

فأمر متسالم عليه. و تدل عليه قاعدة سلطنة الانسان علي نفسه و أمواله، فان خروج المال من الواهب بدون رضاه أمر علي خلاف سلطنته علي أمواله، و دخوله في ملك الموهوب له بدون موافقته أمر علي خلاف سلطنته علي نفسه.

و أيضا انعقاد سيرة العقلاء علي احتياجها إلي الايجاب و القبول شاهد يصلح التمسك به في المقام بعد فرض امضاءها المستكشف بسبب عدم الردع.

2 - و اما تضمن عقدها التملك بلا عوض

فهو من الواضحات.

وفهم العرف خير دليل عليه.

و لا يشكل عليه بخروج الهبة المعوضة بالرغم من كونها أحد

ص: 257

فردى الهبة، فان العوض فيها ليس في مقابل العين الموهوبة و عوضا عنها بل التمليك فيها مجاني لكنه مشروط بتمليك مجاني آخر.

و الفرق بينها وبين الهدية و الصدقة مع ان الاخيرتين هما تمليك مجاني أيضا هو ان الهدية تمليك مجاني بقصد التكريم و التعظيم، و الصدقة تمليك مجاني بقصد القرية، بخلاف الهبة فانها تمليك مجاني ملحوظ لا بشرط من ناحية القصد المذكورين فتكون أعم منهما أو بشرط لا فتكون مباينة لهما.

3 - و اما شرعيتها

فأمر بديهي، كيف و قد جرت عليها سيرة العقلاء الممضاة بعدم الردع، و سيرة المشرعة، بل و سيرة أهل بيت العصمة بما في ذلك جدّهم صلوات الله عليهم أجمعين.

و ما انحال الرسول الاعظم صلّي الله عليه و آله فدكا لبضعته الطاهرة عليها السلام الا عبارة اخري عن الهبة، فانهما واحد، غايته لوحظ في الإنحال تعلقه بالارحام.

و الروايات الدالة علي شرعيتها كثيرة. و سيأتي بعضها فيما بعد إن شاء الله تعالى.

بل قد يستفاد ذلك من قوله تعالى: فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا (1)، و قوله: وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا (2) بعد عدم اختصاص الايتاء بالمهر.

ص: 258

1- النساء: 4.

2- البقرة: 229.

إشارة

لا تتحقق الهبة الا بايجاب من الواهب وقبول من الموهوب له بكل ما يدل عليهما ولو بالمعاطة.

و يلزم ان يتوفر في الواهب البلوغ والعقل والقصد والاختيار وعدم الحجر لسفه أو فلس.

و يعتبر القبض في صحّة الهبة وان يكون عن اذن الواهب الا في هبة ما في يد الغير له.

ولا تلزم فيه الفورية ولا كونه في مجلس العقد.

و يلزم في الموهوب ان يكون عينا فلا تصح هبة المنافع. و اما الدين فتصح هبته علي غير من هو عليه دون من هو عليه.

و الهبة عقد جائز يصح فيها الرجوع الا إذا كانت معوضة، أو لذي رحم، أو قصد بها القرية، أو فرض تحقق التلف أو التصرف الذي لا يصدق معه قيام العين بعينها.

ولا يلزم في صحّة الرجوع عن الهبة ان يكون امام الموهوب له.

و المستند في ذلك:

1 - اما توقف تحقق الهبة علي الايجاب و القبول

فلأن ذلك مقتضي كونها عقدا.

و اما الاكتفاء بكل ما يدل عليهما ولو بالمعاطة فلاطلاق أدلة مشروعيتها.

2 - و اما انه يعتبر في الواهب البلوغ و ما بعده

فلان الهبة عقد

ص: 259

و تصرف في المال، و كلاهما مشروط بما ذكر.

و اما انه لا يعتبر ذلك في الموهوب له فلصحة الهبة إلي الصبي و المجنون و المحجور عليه بالضرورة، غايته يلزم في الاولين نيابة الولي عنهما في القبول.

3 - و اما توقف صحة الهبة علي القبض

فهو المشهور. و تدل عليه صحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «الهبة لا تكون أبدا هبة حتي يقبضها»⁽¹⁾ و غيرها.

وقد يقال: توجد في المقابل صحيحة أبي المعز أو أبي بصير:

«قال أبو عبد الله عليه السلام: الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض قسّمت أو لم تقسّم. و النحل لا تجوز حتي تقبض»⁽²⁾ ، فانها تدل علي صحة الهبة قبل تحقق القبض سواء فسر الجواز باللزوم - كما هو الظاهر - أم بالصحة.

و الجواب: ان النتيجة لا- تتغيّر، فان الطائفتين حيث يتعذر الجمع العرفي بينهما تتساقطان و يلزم الرجوع إلي الاصل، و هو يقتضي عدم ترتب الأثر قبل القبض.

و إذا قيل: لا تصل النوبة إلي الأصل لوجود المرجح للطائفة الثانية، و هو موافقتها للكتاب العزيز أَوْفُوا بِالْعُقُودِ⁽³⁾ الدال علي ترتب الأثر بمجرد العقد.

قلنا: ان الكتاب العزيز يدل علي لزوم الهبة قبل القبض و هو مخالف لكلتا الطائفتين، و معه كيف يمكن الترجيح به، فان ما هو مفاده

ص: 260

1- وسائل الشيعة 13: 336 الباب 4 من أحكام الهبات الحديث 7.

2- وسائل الشيعة 13: 335 الباب 4 من أحكام الهبات الحديث 4.

3- المائدة: 1.

لا يمكن الترجيح به و ما يمكن الترجيح به ليس مفاداً له.

4 - و اما اعتبار كون القبض باذن الواهب

فهو المشهور. و هو جيد لانصراف ما دل علي اعتبار القبض في صحة الهبة إلي ذلك. بل ان من المحتمل ان تكون كلمة «يقبضها» من باب الافعال.

و منه يتضح النظر فيما اختاره السيّد اليزدي قدّس سرّه من عدم اعتبار الاذن تمسكاً بالاطلاق و ان الأصل عدم شرطية ذلك و ان القدر المتيقن اعتبار وصول المال إلي يد المتهب، و لذا لو كان بيده كفي(1).

5 - و اما عدم اعتبار القبض في هبة ما في يد الغير

فلتحققه من دون حاجة إلي تجديده.

6 - و اما عدم لزوم الفورية في القبض و لا كونه في مجلس العقد

فلاطلاق الصحيحة الدالة علي اعتبار القبض.

7 - و اما عدم صحة هبة المنافع

فلأنها موجود تدريجي متصرم لا يمكن تحقق القبض فيه.

و اما صحة هبة الدين علي غير من هو عليه فلانه بعد امكان قبضه بقبض فرد منه لا يعود مانع من التمسك باطلاق دليل شرعيتها.

و دعوي ان ما في الذمة - الذي تعلق به الهبة - لا- يمكن قبضه، و ما يمكن قبضه و هو الفرد الخارجي ليس الكلي نفسه، مدفوعة بان الكلي الطبيعي موجود بوجود افراده في نظر العرف أيضا و يمكن قبضه و اقباضه من خلال الفرد.

و اما عدم صحة هبة الدين علي من هو عليه فلان ذلك ابراء لا هبة

ص: 261

1- ملحقات العروة الوثقى 2:165.

و يترتب عليه احكامه دون احكامها فلا- يجوز الرجوع في الموهوب، كما دلت عليه صحيحة معاوية بن عمار: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له علي الرجل الدراهم فيهبها له، أله ان يرجع فيها؟ قال: لا»(1).

8 - و اما جواز الرجوع في الهبة و كونها عقدا جائزا بالرغم من

اقتضاء اصالة اللزوم لعكس ذلك

فلصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام:

«اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع وإلا فليس له»(2) وغيرها.

9 - و اما استثناء الهبة المعوضة

فلصحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا عوّض صاحب الهبة فليس له ان يرجع»(3) وغيرها.

و اما استثناء الهبة لذي الرحم فلصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «الهبة و النحلة يرجع فيها صاحبها ان شاء، حيزت أو لم تحز الا لذي رحم فانه لا يرجع فيها»(4) وغيرها.

و اما استثناء الهبة التي قصد بها القرية فلصحيحة محمد بن مسلم الاخرى عن ابي جعفر عليه السلام: «لا يرجع في الصدقة اذا أبتغي وجه الله»(5) وغيرها.

و اما استثناء حالة التلف أو التصرف الذي لا يصدق معه قيام العين فلصحيحة الحلبي المتقدمة.

ص: 262

- 1- وسائل الشيعة 13:332 الباب 1 من أحكام الهبات الحديث 1.
- 2- وسائل الشيعة 13:341 الباب 8 من أحكام الهبات الحديث 1.
- 3- وسائل الشيعة 13:341 الباب 9 من أحكام الهبات الحديث 1.
- 4- وسائل الشيعة 13:338 الباب 6 من أحكام الهبات الحديث 2.
- 5- وسائل الشيعة 13:334 الباب 3 من أحكام الهبات الحديث 2.

ثم انه يوجد في المقابل روايات اخري معارضة، كموثقة داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام: «... واما الهبة والنحلة فانه يرجع فيها حازها او لم يحزها وان كانت لذي قرابة»⁽¹⁾ وغيرها.

ويمكن ان يقال: ما دام لا يمكن الجمع فتتحقق المعارضة ويلزم ترجيح الطائفة الاولى لموافقته لإطلاق الكتاب الدال علي وجوب الوفاء بالعقود أَوْفُوا بِالْعُقُودِ⁽²⁾.

10 - و اما عدم لزوم ان يكون الرجوع امام الموهوب له

فلإطلاق ما دلّ علي جواز الرجوع وعدم تقييده بما إذا كان امامه.

ص: 263

1- وسائل الشيعة 13:339 الباب 6 من أحكام الهبة الحديث 3.

2- المائدة: 1.

1 - حقيقة الودیعة

2 - من أحكام الودیعة

ص: 265

إشارة

الوديعة عقد يتضمن استئمان الغير في حفظ المال. و يصطلح علي الغير بالودعي و المستودع، و علي الآخر بالمودع.

و هي مشروعة بلا اشكال.

و المستند في ذلك:

1 - اما ان الوديعة عقد

فواضح، إذ لا يكفي مجرد إيجاب المودع في تحققها بل لا بدّ من قبول الودعي و الا لم يكن له السلطنة علي نفسه، و هو خلف قانون السلطنة.

2 - و اما انها عقد يتضمن ما ذكر

فهو من واضحات الفقه، و يقتضيه الفهم العرفي.

3 - و اما مشروعية عقد الوديعة

فمن البديهيات لانعقاد سيرة العقلاء و المتشعبة عليه، و للكتاب العزيز الصريح في ذلك في موارد

ص: 267

متعددة، كقوله تعالى: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا (1)، فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ (2).

والروايات في ذلك كثيرة، كرواية أبي كهمس: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: عبد الله بن أبي يعفور يقرئك السلام قال: و عليك و عليه السلام، إذا أتيت عبد الله فاقرئه السلام و قل له: ان جعفر بن محمد يقول لك: انظر ما بلغ به علي عند رسول الله صَلَّى الله عليه و آله فالزمه، فان عليًا عليه السلام انما بلغ ما بلغ به عند رسول الله صَلَّى الله عليه و آله بصدق الحديث و اداء الأمانة» (3) و غيره.

2 - من أحكام الوديعة

إشارة

يعتبر في تحقق الوديعة الايجاب من المودع و القبول من الودعي بكل ما يدل عليهما و لو بالمعاطاة.

و يجب ردّ الوديعة إلي صاحبها عند المطالبة بها و لو لم يكن مؤمنا ما دام ليس غاصبا.

و من طلب من الغير ان يكون ماله وديعة لديه و لم يقبل الغير ذلك و لم يتسلمه و مع ذلك تركه المالك عنده فلا يضمه لو تلف أو تعيب.

و عقد الوديعة جائز من الطرفين و ان كان مؤجلا بأجل محدد الا مع اشتراط عدم فسخه إلي ذلك الأجل و لو ضمن عقد الوديعة نفسه، فانه يلزم الوفاء آنذاك، و لكن مع الفسخ يفسخ و يكون الفاسخ بذلك آثما.

ص: 268

1- النساء: 58.

2- البقرة: 283.

3- وسائل الشيعة 13: 218 الباب 1 من أحكام الوديعة الحديث 1.

ولو فسخ الودعي لزمه ايصال المال إلي صاحبه فوراً، وإذا لم يفعل ذلك من دون عذر شرعي و تلف يكون ضامناً.

ويجب علي الودعي الحفاظ علي الوديعة بما هو المتعارف في الحفظ لأمثالها، وإذا لم يفعل ذلك يكون مفترطاً.

و الودعي لا يضمن تلف الوديعة و تعييبها الا مع التعدي أو التفريط .

و لا يحق للودعي التصرف في الوديعة.

و من أحسّ بامارات الموت يلزمه ايصال الوديعة إلي صاحبها أو وكيله، و إذا لم يمكنه ذلك يلزمه الايضاء بها و العمل بما يضمن به وصولها إلي صاحبها بعده.

و الامانة علي قسمين: مالكية و شرعية، و الحكم في كليهما واحد.

و المستند في ذلك:

1 - اما ان الوديعة لا تتحقق الا بالايجاب و القبول

فهو مقتضي كونها عقداً.

و اما الاكتفاء بكل ما يدل عليهما و لو بالمعاطاة فلاطلاق دليل شرعيتها بعد صدق عنوانها.

2 - و اما وجوب ردّ الوديعة الي صاحبها عند مطالبته بها و لو لم

يكن مؤمناً

فلاطلاق قوله تعالى: **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا (1)**.

و في الحديث عن الامام الصادق عليه السلام: «أدوا الامانة و لو إلي قاتل الحسين بن علي عليهما السلام»(2).

ص: 269

1- النساء: 58.

2- وسائل الشيعة 13: 224 الباب 2 من أحكام الوديعة الحديث 12.

3 - و اما التقييد بعدم كون صاحب الوديعة غاصبا

فلان الواجب هو ردّ الامانة إلي أهلها، وذلك لا يتحقق بالدفع إلي الغاصب بل فعل ذلك موجب للضمان لأنه تعدّ علي الامانة.

و اما عدم ضمان من ترك عنده شيء و قد تلف أو تعيب من دون قبوله لذلك و لا تسلمه إياه فلعدم صدق عنوان الوديعة - الموقوف علي تحقق القبول - كي يجب التحفظ عليه بعد وضوح ان أموال الغير لا يجب التحفظ عليها ابتداء.

4 - و اما ان عقد الوديعة جائز

فذلك واضح بلحاظ المودع لأنه من ناحيته لا يعدو الاذن في حفظ ماله، و للآذن حق التراجع عن اذنه متي شاء.

و اما بلحاظ الودعي فلا وجه لجواز تراجعه قبل انتهاء الاجل - ما دام العقد قد حدّد به - سوي التسالم علي ذلك.

قال صاحب الجواهر: «و هو - التسالم - الحجة في تخصيص الآية وغيرها من أدلة اللزوم»⁽¹⁾.

5 - و اما عدم جواز الفسخ ما دام قد اشترط عدم الفسخ

فلعوم قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»⁽²⁾.

و دعوي ان الوديعة عقد جائز فيكون الشرط المذكور فيها جائزا أيضا مدفوعة بان عموم وجوب الوفاء بالشروط لا يختص بالشرط المذكور في العقد اللازم.

و اما تحقق الفسخ مع مخالفة الشرط فلان العموم السابق ليس

ص: 270

1- جواهر الكلام 106:27.

2- وسائل الشيعة 12:353 الباب 6 من أبواب الخيار الحديث 2.

بناظر الي الأثر الوضعي بل التكليفي فقط .

6 - و اما ان الودعي يلزمه ايصال الوديعة إلي صاحبها لو فسخ

فلوجوب ردّ الامانات إلي أهلها كما دلّ عليه قوله تعالى: **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا (1)**.

و اما الضمان لو فسخ الودعي و لم يوصل الوديعة إلي صاحبها و تلفت أو تعيبت فلان ذلك من التفريط في أمر الوديعة.

7 - و اما وجوب التحفظ علي الوديعة بما هو المتعارف في أمثالها

فلاستيطان قبول الودعي الوديعة تعهده بذلك.

علي ان ردّ الامانة إلي أهلها واجب، و التحفظ المذكور مقدّمة له فيكون واجبا.

8 - و اما عدم ضمان الودعي التلف و التعيب لو حصل من دون

تعدّ أو تفريط

فللحديث الصحيح عن النبي صلّي الله عليه و آله: «ليس لك ان تتهم من قد اتتمته و لا تأتمن الخائن و قد جربته»(2).

علي ان بالامكان ان يقال: ان التعاقد علي الاستيداع يستبطن عرفا التعاقد علي ذلك أيضا.

9 - و اما عدم جواز التصرف في الوديعة

فلان ذلك مقتضي عدم جواز التصرف في مال الغير بدون إذنه، بل لا معني للأذن في التصرف و الا كان المورد عارية لا وديعة.

10 - و اما ان من أحسّ بامارات الموت يلزمه ما ذكر

فلان ذلك مقتضي التحفظ الواجب في أمر الامانة، و من دونه يصدق التفريط .

ص: 271

1- النساء: 58.

2- وسائل الشيعة 13: 229 الباب 4 من أحكام الوديعة الحديث 10.

11 - و اما انقسام الامانة إلي مالكية و شرعية

فواضح إذ المودع تارة هو المالك فتكون الامانة مالكية، و اخري هو الشارع فتكون شرعية، كما في باب اللقطة، حيث اذن الشارع بالالتقاط و التحفظ علي المال كأمانة.

و اما وحدة حكم القسمين فلانه بعد صدق عنوان الامانة في كليهما ينبغي تطبيق جميع أحكامه عليهما.

ص: 272

1 - حقيقة العارية

2 - من أحكام العارية

ص: 273

إشارة

العارية عقد يتضمن تسليط شخص غيره علي عين للانتفاع بها مجاناً.

وهي مشروعة بلا اشكال.

والمستند في ذلك:

1 - اما ان العارية عقد

فينبغي عدّه من الواضحات، فان جواز الانتفاع بملك الغير يتحقق تارة من خلال اذن الشخص بالتصرف في ملكه، وهو بهذا اللحاظ ايقاع لا يتوقف علي قبول الطرف الثاني، و اخري من خلال العارية، وهو بهذا اللحاظ عقد يتوقف علي القبول.

2 - و اما ان عقد العارية يتضمن التسليط المجاني علي الانتفاع

فمما لا كلام فيه. و يقتضيه فهم العرف منها ذلك.

و فرق العارية عن الاجارة ان الثانية تمليك للمنفعة بعوض و الاولي تمليك للانتفاع مجاناً.

3 - و اما شرعية العارية

فمن واضحات الفقه، و تدل علي ذلك سيرة العقلاء و المتشعبة و الروايات الكثيرة، كصحيح أبي بصير عن

أبي عبد الله عليه السلام: «بعث رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ إِلَى صَفْوَانَ بْنِ أُمِيَّةٍ فَاسْتَعَارَ مِنْهُ سَبْعِينَ دِرْعًا بِاطْرَاقِهَا (بِاطْرَاقِهَا) فَقَالَ: أَعْصِبَا يَا مُحَمَّدٌ؟ فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ»⁽¹⁾ وغيره.

2 - من أحكام العارية

إشارة

لا تتحقق الاعارة الا بايجاب من المعير وقبول من المستعير بكل ما يدل عليهما ولو بالمعاطاة.

ولا يلزم في المعير ان يكون مالكا للعين بل تكفي ملكيته للمنفعة باجارة ونحوها فيما إذا لم يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه.

ويعتبر في العين المعارة امكان الانتفاع بها مع بقاء عينها، اما إذا لم يمكن ذلك فلا تصح الاعارة، كما هو الحال في مثل الخبز والدهن.

ويلزم المستعير ان لا يستفيد من العين المعارة الا في حدود ما جرت عليه العادة، فان تجاوز ضمن. وإذا نقصت بسبب الاستعمال المأذون فيه فلا ضمان.

والعين المعارة لا يضمونها المستعير ما دام لم يتحقق منه التعدي أو التفريط الا اذا اشترط عليه الضمان أو فرضت العين من الذهب أو الفضة.

والعارية جائزة من الطرفين وان كانت مؤجلة الا مع اشتراط عدم فسخها إلي أجل معين فيجب الوفاء الا انه لو خولف الشرط تحقق الفسخ وان كان الفاسخ آثما بذلك.

ص: 276

1- وسائل الشيعة 13:236 الباب 1 من أحكام العارية الحديث 1.

والمستند في ذلك:

1 - اما توقف تحقق العارية علي الايجاب و القبول

فهو مقتضي كونها عقدا.

و اما انها تتحقق بكل ما يدل عليهما و لو بالمعاطاة فللتمسك باطلاق دليل شرعيتها بعد فرض صدق عنوانها.

2 - و اما انه لا يلزم في المعير ان يكون مالكا للعين بل يكفي كونه

مالكا للمنفعة

فباعبار ان التسليط علي الانتفاع لا يتوقف علي ملكية العين بل تكفي فيه ملكية المنفعة ما دام لم يشترط استيفؤها بالمباشرة.

3 - و اما اعتبار بقاء العين المعارة عند الانتفاع بها

فلانه بدون ذلك لا يمكن تمليك الانتفاع.

4 - و اما عدم جواز الاستفادة من العين المعارة الا في حدود ما

جرت عليه العادة

فلانصراف الاذن في الانتفاع بالعين - الذي تتضمنه الاعارة - إلي الانتفاعات المتعارفة فيها.

5 - و اما عدم ضمان النقصان الطارئ علي العين بسبب

استعمالها

فلان ذلك من لوازم الاذن في الانتفاع بها مجانا.

6 - و اما عدم ضمان المستعير للعين المعارة ما دام لم يحصل

منه تعدد أو تفريط الا مع اشتراط الضمان

فهو مقتضي قاعدة عدم ضمان الامين. مضافا إلي الروايات الخاصة، كصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «... إذا هلكت العارية

عند المستعير لم يضمه الا ان يكون

7 - و اما ضمان عارية الذهب و الفضة

فلموثقة اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله أو أبي إبراهيم عليهما السلام: «العارية ليس علي مستعيرها ضمان الا ما كان من ذهب أو فضة فانهما مضمونان اشترطا أو لم يشترطا»(2).

ان قلت: لا بدّ من تقييد الذهب و الفضة بخصوص الدنانير و الدراهم لصحيفة عبد الله بن سنان: «قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تضمن العارية الا ان يكون قد اشترط فيها ضمان الا الدنانير فانها مضمونة و ان لم يشترط فيها ضمانا»(3)»(4) ، و صحيفة عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام:

«ليس علي صاحب العارية ضمان الا ان يشترط صاحبها الا الدراهم فانها مضمونة اشترط صاحبها أو لم يشترط»(5).

قلت: ان التقييد المذكور ليس عرفيا لان لازمه الحمل علي الفرد النادر، إذ شرط صحة العارية علي ما تقدم امكان الانتفاع بالعين مع بقائها، وهذا لا يتحقق عادة في الدنانير و الدراهم و ان كان يتحقق نادرا كما في اعارتها للترتين بها او لرهنها كما ذكر صاحب الجواهر.

و عليه فتكون النتيجة ان العارية ليس فيها ضمان الا مع الاشتراط أو كونها من قبيل الذهب و الفضة.

ص: 278

1- وسائل الشيعة 13:236 الباب 1 من أحكام العارية الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 13:240 الباب 3 من أحكام العارية الحديث 4.

3- المناسب: ضمان بالرفع كما في تهذيب الاحكام 7:183 و الاستبصار 3:126.

4- وسائل الشيعة 13:239 الباب 3 من أحكام العارية الحديث 1.

5- وسائل الشيعة 13:240 الباب 3 من أحكام العارية الحديث 3.

8 - و اما ان العارية جائزة من الطرفين بالرغم من كون المناسب

لزومها - طبقا لأصالة اللزوم

- فلتسالم علي ذلك. و هو جيد، فان العارية في روحها ترجع إلي الاذن في التصرف، و للآذن التراجع عن اذنه متي أحب.

و اما انه مع اشتراط عدم الفسخ لا يجوز فسخها تكليفا و ان ترتب الاثر وضعها فلما تقدم عند البحث عن الوديعة.

ص: 279

1 - حقيقة السبق و الرماية

2 - من أحكام السبق و الرماية.

ص: 281

اشارة

السبق - بسكون الباء - معاملة تتضمن اجراء الخيل و ما شابهها في حلبة السباق لمعرفة الاجود منها.

و الرماية معاملة تتضمن رمي السهام نحو الهدف للتعرف علي الحاذق من المترايين.

وهما مشروعان دون خلاف.

والمستند في ذلك:

1 - اما ان السبق و الرماية عقدان

فباعتبار انهما لا يتحققان إلا بعد اتفاق شخصين أو أكثر عليهما، ولا يكفي الايجاب من طرف واحد لتحقيقهما.

أجل بناء علي كونهما جعلالة - كما هو المنسوب للشيخ و العلامة(1) - فهما ايقاع و لا حاجة في تحقيقهما إلي القبول بل يكفي

ص: 283

البذل، كما يكفي في مثل: من ردّ عليّ سيارتي المسروقة فله كذا.

الا ان ذلك جيد لو كان البذل من شخص ثالث أجنبي، و اما إذا كان منهما باتفاق بينهما فكونهما جعالة بعيد.

2 - و اما ان العقدين المذكورين يتضمنان ما ذكر

فأمر متسالم عليه.

3 - و اما شرعية المعاملتين المذكورتين

فيمكن استفادتها من عموم قوله تعالى: وَ أَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ (1)، فان الغرض من السبق و الرماية تدريب المسلمين علي الفنون العسكرية و تهيئتهم لمواجهة الكفار في ساحة القتال، و ذلك مصداق واضح لإعداد القوة المأمور بها في الآية الكريمة.

وقد يقال بإمكان استفادة ذلك من قوله تعالى: إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَ تَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَاعِنَا (2) و لكنّه قابل للتأمل كما هو واضح.

و اما الروايات في هذا المجال فكثيرة، كموثقة غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عن أبيه عن علي بن الحسين عليهم السّلام: «ان رسول الله صلّي الله عليه و آله أجري الخيل و جعل سبقها (3) أوقاي من فضة» (4)، و صحيحة حفص بن البحتري عن أبي عبد الله عليه السّلام انه كان يحضر الرمي و الرهان (5).

ص: 284

1- الأنفال: 60.

2- يوسف: 17.

3- السبق بفتح السين و الباء: العوض المجعول للسابق. و يقال له: الخطر - بفتح الحاء و الطاء - أيضا. و السبق بفتح السين و سكون الباء: مصدر بمعني المعاملة المتقدمة. و الأوقاي: جمع أوقية.

4- وسائل الشيعة 13: 345 الباب 1 من أحكام السبق و الرماية الحديث 10.

5- وسائل الشيعة 13: 348 الباب 2 من أحكام السبق و الرماية الحديث 4.

إشارة

يعتبر في تحقق السبق و الرماية الايجاب و القبول بكل ما يدل عليهما.

و يصح اجراء هاتين المعاملتين علي وسائل القتال الحديثة و لا يختص بما إذا كان علي السيف و السهام و الخيل و الابل و ما شاكل ذلك.
و لا يلزم في صحة المسابقة وجود المحلل، و هو شخص يدخل في المسابقة من دون ان يبذل عوضا و انما يجري فرسه مع المتراهنين علي انه ان سبق كان له العوض و ان لم يسبق لم يخسر شيئا(1).

و يجوز في العوض المقرر للسابق - السبق - ان يكون من أحد الطرفين أو من شخص ثالث أجنبي أو من بيت المال.

و العبرة في تحقق السبق علي الصدق العرفي الا اذا تم الاتفاق علي غيره.

و العقد في السبق و الرماية لازم لا يجوز فسخه الا مع اشتراط الخيار.

و المستند في ذلك:

1 - اما اعتبار الايجاب و القبول في تحقق السبق و الرماية

فلان ذلك مقتضي كونهما عقدا.

و اما الاكتفاء بكل ما يدل عليهما فلا إطلاق دليل المشروعية.

2 - و اما ان صحة هاتين المعاملتين لا تنحصر بالوسائل القديمة

فباعتماد ان النصوص و ان اقتضرت عليها، كما في صحيحة حفص عن

ص: 285

1- و انما سمي بالمحلل لان القائل باشتراط وجوده في صحة المسابقة يري ان وجوده محلل لها و عدمه محرّم لها.

أبي عبد الله عليه السلام: «لا سبق الا في خف أو حافر أو نصل»⁽¹⁾ الا ان تخصيصها بالذكر هو من جهة كونها الوسائل الحربية المتداولة تلك الفترة و لا ينبغي فهم الخصوصية لها. كيف و هل يحتمل انتهاء فترة تشريع المسابقة و الرماية و عدم امتداده لمثل زماننا أو هل يحتمل ان التشريع ممتدّ مع لزوم الاقتصار علي الوسائل القديمة؟! كلاب لا يحتمل هذا و لا ذاك. و بطلان الاحتمالين يساوق الحكم بعموم النتيجة⁽²⁾.

3 - و اما المحلل فقد قيل باشتراط وجوده في حلية العقد.

و نسب ذلك إلي ابن الجنيد استنادا منه الي خبر لا يوجد في كتبنا⁽³⁾.

و المناسب عدم اعتبار وجوده في صحّة العقد تمسّكا باطلاق دليل المشروعية.

4 - و اما جواز ان يكون سبق من أجنبي أو بيت المال أو

المتراهنين

فلاطلاق دليل المشروعية.

5 - و اما ان العبرة في تحقق سبق علي الصدق العرفي

فلكونه

ص: 286

1- وسائل الشيعة 13:348 الباب 3 من أحكام السبق و الرماية الحديث 1. قيل: بان الخف إشارة إلي الابل و الفيلة، و النصل إشارة إلي السهم و السيف و الحربة، و الحافر إشارة إلي الفرس و البغل و الحمار.

2- و لعل المورد المذكور يمكن عدّه مصداقا من مصاديق تأثير عنصر الزمان في عملية الاجتهاد الذي قد يفهم من بعض كلمات المحقق الأردبيلي في مبحث الصلاة من كتابه مجمع الفائدة و البرهان 3:436 - حيث قال: «و لا يمكن القول بكلية شيء بل تختلف الاحكام باعتبار الخصوصيات و الاحوال و الازمان و الامكنة و الاشخاص، و هو ظاهر. و باستخراج هذه الاختلافات و الانطباق علي الجزئيات المأخوذة من الشرع الشريف امتياز اهل العلم و الفقهاء شكر الله سعيهم و رفع درجاتهم» - و آدّه بعض الاعلام من المتأخرين في صحيفة النور 21:98.

3- جواهر الكلام 28:226.

المقصود للمتعاقدين حينما تعاقدوا علي ثبوت العوض للسابق.

6 - و اما ان السبق و الرماية عقدا ن لازمان

فلكون ذلك مقتضي اصالة اللزوم في مطلق العقود.

أجل بناء علي كونهما من مصاديق الجعالة دون العقد ينبغي الحكم بجوازهما لكون الجعالة من المعاملات الجائزة كما يأتي إن شاء الله تعالى.

ص: 287

1 - النكاح وبعض أحكامه

2 - ولاية الأبوين

3 - أحكام النظر

4 - من يحرم العقد عليها

5 - الزواج المؤقت

6 - أحكام النفقة

7 - أحكام القسمة

ص: 289

إشارة

النكاح عقد يتضمن إنشاء علاقة الزوجية الخاصة. و هو دائم و منقطع و ملك يمين.

و يتحقق الدائم بقول الزوجة للزوج: زوجتك نفسي علي كذا و قول الزوج بعد ذلك: قبلت الزواج علي كذا.

و المنقطع بقولها: متعتك نفسي علي كذا و لمدة كذا و قول الزوج بعد ذلك:

قبلت التمتع علي كذا و لمدة كذا.

و يلزم في الايجاب و القبول ان يكونا لفظيين.

كما يلزم في الايجاب ان يكون بلفظ الزواج أو النكاح.

و في تحقق الزواج الدائم بلفظ التمتع اشكال.

و المشهور اعتبار العربية و الماضية في اجراء العقد.

و لا يلزم في الايجاب تقدمه علي القبول بل يجوز ان يكون الايجاب من الزوج و القبول من الزوجة و ان كان الاحتياط أمرا لا ينبغي الحياد عنه.

و ليس من اللازم علي الزوجين مباشرة العقد بأنفسهما بل يجوز لهما

التوكيل في ذلك.

ولا مانع من كون الوكيل واحدا عن الطرفين، بل يجوز ان يكون الزوج وكيلا عن الزوجة فيجري الايجاب بالوكالة و القبول بالاصالة، كما يجوز ان تكون هي وكيلة عنه فتوجب بالاصالة و تقبل بالوكالة.

وإذا لم يباشر الزوجان العقد و أوكلاه إلي الغير فلا يجوز لهما الاستمتاع الجنسي بما في ذلك النظر الا بعد الاطمئنان باجراء الوكيل للعقد.

و لا يعتبر في صحة النكاح عندنا الاشهاد.

و يلزم في صحة نكاح البكر مضافا إلي موافقتها موافقة وليها، و هو أبوها أو جدها لأبيها. و اما الثيب فتكفي موافقتها.

و المستند في ذلك:

1 - اما ان النكاح هو العقد المذكور و ليس الوطء

فهو المشهور.

و يشهد له الكتاب العزيز، فانه لم يعهد فيه استعمال لفظ النكاح في الوطء.

و اما انقسامه الي الاقسام الثلاثة فهو من ضروريات المذهب بل الدين. و يأتي بيان الدليل علي شرعية النكاح المنقطع فيما بعد إن شاء الله تعالى.

2 - و اما تحقق العقد الدائم و المنقطع بالصيغة المتقدمة

فهو محل وفاق بل هو القدر المتيقن من الصيغة الصحيحة التي يقع بها العقد.

3 - و اما اعتبار الايجاب و القبول اللفظيين و عدم الاكتفاء

بالتراضي

فقد ادعي في الحدائق اجماع العامة و الخاصة عليه(1).

ص: 292

وقد يستدل علي ذلك بانه:

أ- لو لا ذلك لم يبق فارق بين النكاح و السفاح.

و التأمل فيه واضح، فان الفارق ثابت بقطع النظر عن ذلك، و هو انه في النكاح يوجد اعتبار للزوجية بخلافه في السفاح.

ب - و بما ورد في تعليم صيغة النكاح المنقطع، فقد روي ابان بن تغلب: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول:

أتزوجك متعة علي كتاب الله و سنة نبيه لا وارثة و لا موروثه كذا و كذا يوما و ان شئت كذا و كذا سنة بكذا و كذا درهما، و تسمي من الاجر ما تراضيتما عليه قليلا كان أو كثيرا، فاذا قالت: نعم فقد رضيت و هي امرأتك و أنت أولي الناس بها»⁽¹⁾ و غيرها.

و هي و ان كانت واردة في النكاح المنقطع الا انه لا يحتمل ثبوت الخصوصية له.

و دلالتها واضحة، فانها ظاهرة في ارتكاز المفروغية من اعتبار الصيغة في ذهن ابان و السؤال وقع بلحاظ بعض الخصوصيات.

علي ان قوله عليه السلام في الذيل: «فاذا قالت: نعم فقد رضيت و هي امرأتك» يدل بالمفهوم علي عدم تحقق الزوجية من دون قول الزوجة نعم بعد قول الزوج لها أتزوجك متعة...

هذان وجهان لاعتبار الصيغة.

و لعل الأجدد الاستدلال علي ذلك بارتكاز اعتبار الصيغة في تحقق النكاح في اذهان جميع المشرعة الصغير منهم و الكبير و الرجل 1.

ص: 293

1- وسائل الشيعة 18:466 الباب 14 من أبواب المتعة الحديث 1.

و المرأة و العالم و الجاهل، و لا منشأ لذلك سوى الوصول من المعصوم عليه السلام يدا بيد.

4 - و اما تحقق عقد النكاح بلفظ الزواج و النكاح

فمما لا إشكال فيه.

و يدل علي انعقاده بلفظ الزواج قوله تعالى: فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا (1) و حديث ابان المتقدم و غيره.

و علي انعقاده بلفظ النكاح قوله تعالى: وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (2) و غيره من الاستعمالات القرآنية المعبرة بلفظ النكاح.

5 - و اما الاشكال في تحقق الزواج الدائم بلفظ التمتع

فباعتبار انه لم يرد في شيء من النصوص الشرعية التعبير عن الدائم بلفظ التمتع ليحكم بصحة الانشاء به، و من الواضح انه لا تصح الاستعانة بكل لفظ بل لا بدّ من الاقتصار علي ما تداول التعبير به شرعا أو عرفا.

و اذا قيل: يمكن التمسك بالنصوص الدالة علي انقلاب العقد المنقطع دائما اذا لم يذكر الاجل نسيانا.

قلنا: لو كان لدينا نص بالمضمون المذكور بحيث يكون ناظرا إلي حالة النسيان لأمكن التمسك به و يثبت المطلوب و لكن ليس لدينا نص كذلك بل الوارد في مثل موثقة عبد الله بن بكير عن ابي عبد الله عليه السلام: «ان سمي الاجل فهو متعة و ان لم يسم الاجل فهو نكاح بات» (3)، و القدر المتيقن من ذلك هو ان الصيغة اذا كان يمكن ان يقع بها العقد دائما

ص: 294

1- الاحزاب: 37.

2- النساء: 22.

3- وسائل الشيعة 14: 469: 14 الباب 20 من ابواب المتعة الحديث 1.

و منقطعاً - كصيغة زوجت و انكحت - فبذكر الاجل يقع العقد مؤقتاً و بعدهم يقع دائماً و لا يمكن ان يستفاد منه ان العقد ينقلب دائماً مهما كانت الصيغة و لو مثل متعت، فانه ليس في مقام البيان من هذه الناحية و الا يلزم صحة التمسك به لإثبات تحقق عقد النكاح بأي صيغة كانت حتي مثل صيغة اتخذتك بعلا او فراشا او لباساً.

6 - و اما اعتبار العربية في صيغة العقد

فقد يستدل له:

تارة بعدم صدق العقد إذا لم يكن بالعربية.

و اخري بان القدر المتيقن من العقد الصحيح هو العقد بالعربية، و تحققه بغيرها يحتاج إلي دليل، و هو مفقود، و الاصل يقتضي عدم ترتب الأثر.

و كلاهما كما تري.

اما الاول فواضح.

و اما الثاني فلعدم احتمال منع الشارع من الزواج إذا لم يتمكن الزوجان من النطق بالعربية.

هذا مضافاً إلي ان المستفاد من قوله تعالى: **وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامِي مِنْكُمْ**... (1) مطلوبة عنوان النكاح من دون قيد زائد، و حيث ان العقد بغير العربية يصدق عليه عنوان النكاح فيكون مشروعاً و ممضياً.

ثم ان التفصيل بين امكان توكيلهما شخصاً يعقد بالعربية فلا يجوز لهما العقد بغير العربية و بين عدم الامكان فيجوز لهما ذلك، بعيد لعدم امكان تتميمه بالدليل.

ص: 295

أجل الاحتياط بالاختصار علي حالة عدم امكان التوكيل أمر مناسب بل لازم.

7 - و اما اعتبار الماضوية

فقد يستدل له:

تارة بكون العقد بالماضي هو القدر المتيقن من العقد الصحيح، و غيره مشكوك فتجري بلحاظه اصالة عدم ترتب الاثر.

و اخري بأن الماضي صريح في الانشاء بخلاف غيره.

و ثالثة بان تجويز غير الماضي يؤدي إلي انتشار الصيغة و عدم وقوفها عند حدّ معين.

و الجواب:

أما عن الاخير فبان انتشار الصيغة و عدم وقوفها عند حدّ لا يشكّل محذورا.

و اما عن الاولين فيما تقدم من ان المستفاد من الكتاب العزيز مطلوبية كل ما يصدق عليه عنوان النكاح من دون قيد زائد، و حيث ان

الانشاء بغير الماضي يصدق عليه عنوان النكاح فيكون مشروعا.

هذا مضافا إلي ما تقدم في روايات النكاح المنقطع من انه يقول:

أتزوجك...

8 - و اما عدم اعتبار تقدم الايجاب

فلصدق عنوان النكاح بدون ذلك، و المستفاد من الكتاب العزيز مطلوبية عنوان النكاح لا أكثر.

بل جواز ذلك استفاد بوضوح من روايات المتعة التي تقدمت الاشارة إلي بعضها.

و من خلال هذا يتضح الوجه في جواز كون الايجاب من الزوج و القبول من الزوجة.

ص: 296

9 - و اما الاكتفاء بالتوكيل

فلإطلاق دليل مشروعية الوكالة - الذي تقدمت الاشارة إليه عند البحث عن الوكالة - و الروايات الخاصة، كصحيحة داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام:

«رجل يريد ان يزوّج اخته... فان قالت: زوّجني فلانا زوّجها ممن ترضي»⁽¹⁾ وغيرها.

و علي هذا يكفي ان يقول وكيل الزوجة لوكيل الزوج: زوجت موكلتي فلانة موكلك فلانا علي مهر كذا، ثم يقول وكيل الزوج: قبلت الزواج عن موكلي علي المهر المذكور.

و إذا كانت الزوجة قد وكلت فقط كفي ان يقول وكيلها للزوج:

زوجتك موكلتي علي مهر كذا ثم يقول الزوج: قبلت الزواج علي المهر المذكور.

و إذا كان الزوج قد وكل فقط كفي ان تقول الزوجة لوكيل الزوج:

زوجت نفسي موكلك علي مهر كذا، ثم يقول وكيل الزوج: قبلت الزواج عن موكلي علي المهر المذكور.

10 - و اما جواز تولي شخص واحد طرفي العقد

فلعدم المانع منه بعد شمول اطلاق ادلة مشروعية الوكالة له.

و اتحاد الموجب و القابل لا محذور فيه بعد كفاية المغايرة الاعتبارية.

و منه يتضح الوجه في جواز تولي الزوج أو الزوجة كلا طرفي العقد.

ص: 297

1- وسائل الشريعة 14: 211 الباب 7 من أبواب عقد النكاح الحديث 1.

ان قلت: ان موثقة عمار الساباطي عن أبي الحسن عليه السلام: «امرأة تكون في أهل بيت فتكره ان يعلم بها أهل بيتها أيحل لها ان توكل رجلا يريد ان يتزوجها تقول له: قد وكلتك فاشهد علي تزويجي؟ قال: لا. قلت له: جعلت فداك وان كانت ايما قال: وان كانت ايما. قلت: فان وكلت غيره بتزويجها منه، قال: نعم»(1) تدل علي عدم جواز تولي الزوج كلا طرفي العقد.

قلت: هي أجنبية عن ذلك، فانها ناظرة إلي ان الزوج إذا كان وكيلًا فلا يصلح ان يكون شاهدا بل الشاهد لا بد من كونه مغايرًا للوكيل في التزويج.

11 - و اما عدم جواز الاستمتاع للزوجين إلا بعد التأكد من اجراء

الوكيل للعقد

فلاستصحاب عدم تحققه.

12 - و اما عدم اعتبار الاشهاد في النكاح

فيكفي لإثباته عدم الدليل علي اعتباره فيتمسك آنذاك باطلاق ادلة صحة النكاح. علي انه قد قام الدليل علي عدم اعتبار ذلك حتي اصبح ذلك من معالم مذهبنا.

وفي الحديث ان الامام الكاظم عليه السلام قال لأبي يوسف القاضي: «ان الله امر في كتابه بالطلاق و أكد فيه بشاهدين و لم يرض بهما الا عدلين و أمر في كتابه بالتزويج فاهمله بلا شهود فاثبتتم شاهدين فيما اهمل و أبطلتم الشاهدين فيما أكد»(2).

13 - و اما توقف صحة نكاح البكر علي موافقتها و موافقة وليها

بخلاف الثيب

فيأتي بيان الوجه فيه إن شاء الله تعالى في البحث التالي.

ص: 298

1- وسائل الشيعة 14: 217 الباب 10 من أبواب عقد النكاح الحديث 4.

2- وسائل الشيعة 14: 68 الباب 43 من أبواب مقدمات النكاح الحديث 5.

اشارة

للأب و الجد للأب الولاية علي الصغيرين في تزويجهما، و علي المجنون البالغ المتصل جنونه ببلوغه. بل قيل بثبوتها عليه في حالة الانفصال أيضا.

و في ثبوت الولاية لهما علي البكر البالغة خلاف، بخلاف الثيب فانه لا خلاف في استقلالها في أمرها.

و المستند في ذلك:

1 - اما ثبوت الولاية للأب و الجد

فلم ينسب فيه خلاف لأحد - سوي ابن أبي عقيل حيث نسب له انكار الولاية للجد(1) - للروايات الكثيرة، كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «الصبي يتزوج الصبية يتوارثان؟ فقال: إذا كان أبوهما اللذان زواجهما فنعم. قلت:

فهل يجوز طلاق الاب؟ قال: لا»(2) وغيرها.

و لعل انكار ابن ابي عقيل ولاية الجد ناشئ من اقتصار الرواية المذكورة و غيرها علي خصوص الاب.

و لكنه يندفع بكون الجد مصداقا للأب، و بالروايات الاخرى الدالة علي ان الجد و الاب لو تزاحما في اعمال الولاية قدم الجد، كصحيحة محمد بن مسلم الاخرى عن أحدهما عليهما السلام: «إذا زوّج الرجل ابنة ابنه فهو جائز علي ابنه، و لابنه أيضا ان يزوجهما. فقلت: فان هوي ابوها رجلا

ص: 299

1- جواهر الكلام 171:29.

2- وسائل الشيعة 14:220 الباب 12 من أبواب عقد النكاح الحديث 1.

وجدها رجلا فقال: الجد أولي بنكاحها»(1) وغيرها.

2 - و اما اختصاص الولاية بالجد للأب دون ما لو كان للأُم

فتدل عليه - مضافا إلي كفاية القصور في المقتضي - صحيحة ابن مسلم المتقدمة، فانها ظاهرة في اختصاص الولاية بالجد للأب.

3 - و اما ولاية الاب و الجد علي المجنون

فلصحيحة أبي خالد القمط : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل الاحمق الذاهب العقل يجوز طلاق وليه عليه؟ قال: ولم لا يطلق هو؟ قلت: لا يؤمن إن طلق هو ان يقول غدا:

لم أطلق أو لا يحسن ان يطلق قال: ما أرى وليه الا بمنزلة السلطان»(2) وغيرها، فان القدر المتيقن في المراد من الولي هو الاب و الجد. و إذا ثبت كونه بمنزلة السلطان في الطلاق ثبت كونه كذلك في النكاح بالاولوية.

و بقطع النظر عن الصحيحة المذكورة يمكن التمسك باستصحاب الولاية الثابتة قبل البلوغ بناء علي جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية و عدم معارضة استصحاب بقاء المجعول باستصحاب عدم الجعل الزائد.

4 - و اما القول بعموم الولاية لحالة الجنون الطارئ بعد البلوغ

الذي ذهب إليه بعض الفقهاء

فيمكن الاستدلال له باطلاق الصحيحة السابقة و ما هو بمضمونها.

5 - و اما ولاية الابوين في زواج البكر

اشارة

فقد وقعت محلا للاختلاف، فقبل باستقلالهما في ذلك، و قيل باستقلالها، و قيل بالتشريك.

و منشأ ذلك اختلاف الروايات، فانها علي طوائف نذكر من بينها:

اشارة

ص: 300

2- وسائل الشيعة 15:329 الباب 35 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 1.

1 - ما دلّ علي استقلال الاب.

و هو روايات متعددة تبلغ ستا أو اكثر وفيها الصحاح، كصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء أ لها مع أبيها أمر؟ فقال: ليس لها مع أبيها أمر ما لم تتيب» (1) وغيرها.

2 - ما دلّ علي اعتبار اذن الاب من دون دلالة علي الاستقلالية،

و هو روايات متعددة تبلغ ستا أو أكثر وفيها الصحاح أيضا، كصحيحة ابن ابي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا تنكح ذوات الآباء من الابكار الا باذن آبائهن» (2) وغيرها.

3 - ما دلّ علي اعتبار اذن البكر و عدم استقلال الاب

، و هو روايتان:

احدهما: صحيحة منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلام: «تستأمر البكر وغيرها و لا تنكح الا بامرهما» (3).

ثانيتها: صحيحة صفوان: «استشار عبد الرحمن موسي بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته لابن أخيه فقال: افعل و يكون ذلك برضاها، فان لها في نفسها نصيبا، قال: و استشار خالد بن داود موسي بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته علي بن جعفر فقال: افعل و يكون ذلك برضاها فان لها في نفسها حظا» (4).

4 - ما دلّ علي استقلال البكر في امرها.

و لا توجد رواية صريحة

ص: 301

- 1- وسائل الشيعة 14:203 الباب 3 من أبواب عقد النكاح الحديث 11.
- 2- وسائل الشيعة 14:208 الباب 6 من أبواب عقد النكاح الحديث 5.
- 3- وسائل الشيعة 14:214 الباب 9 من أبواب عقد النكاح الحديث 1.
- 4- وسائل الشيعة 14:214 الباب 9 من أبواب عقد النكاح الحديث 2.

تدل علي ذلك سوي رواية سعدان بن مسلم: «قال أبو عبد الله عليه السلام:

لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت بغير اذن أبيها»(1).

ولا بدّ من اسقاط هذه الرواية من الحساب لان الروايات الدالة علي اعتبار اذن الاب استقلالا أو في الجملة هي الجملة هي اثنتا عشرة رواية بل أكثر، ولكثرتها تشكّل عنوان السنة القطعية، و يلزم طرح المخالف للسنة القطعية لان المخالف للكتاب العزيز انما وجب طرحه من جهة انه - الكتاب العزيز - يمثّل حكما قطعيا و ليس لخصوصية فيه، و المخالف للسنة القطعية حيث انه مخالف للحكم القطعي فيلزم طرحه أيضا.

هذا مضافا إلي ان الرواية ضعيفة السند في نفسها لا فقط لان سعدان لم تثبت وثاقته الا بناء علي تمامية كبري وثاقة كل من ورد في كامل الزيارات أو تفسير القمي بل اضافة إلي ذلك هي مبتلاة بالاشكال من ناحية اخري، فان الشيخ رواها مرّة بسنده إلي محمد بن علي بن محبوب عن العباس عن سعدان قال: قال أبو عبد الله عليه السلام... و اخري رواها عن محمد بن أحمد بن يحيى عن العباس عن سعدان عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام... (2)، و بما ان من البعيد سماع سعدان الرواية من الامام عليه السلام مرتين فلا يمكن الجزم بعدم وجود واسطة مجهولة بين سعدان و الامام عليه السلام فتسقط من الاعتبار.

و عليه فالأمر يبغي دائرا بين الطوائف الثلاث الأولى.

و الجميع يشترك في الدلالة علي اعتبار اذن الاب في الجملة، و لا معارضة فيما بينها من هذه الناحية، و انما المعارضة بلحاظ الزائد، 8.

ص: 302

1- وسائل الشيعة 14: 214 الباب 9 من أبواب عقد النكاح الحديث 4.

2- وسائل الشيعة 14: 459 الباب 11 من أبواب المتعة الحديث 8.

و هو اعتبار موافقتها أيضا، و تتساقط بلحاظ هذا الزائد و يلزم الرجوع إلي الأصل. و النتيجة علي ذلك اعتبار موافقة الطرفين: الأب، و البنت.

اما الأب فلترض دلاله الروايات علي اعتبار اذنه بلا معارضة.

و اما البنت فباعتبار اننا نشك في ترتب الاثر علي العقد من دون موافقتها، و الاصل يقتضي عدم ترتبه.

5 - و اما ان المعتبر اذن ابياها أو جدّها

فباعتبار ان الجد للأب أب حقيقة فيشملة ما دلّ علي اعتبار اذن الأب.

6 - و اما ان الثيب تستقل في امرها

فالنصوص و الفتاوي متفقة عليه. و قد تقدمت الاشارة إلي بعض تلك النصوص ضمن الحديث عن البكر.

3 - أحكام النظر

اشارة

لا يجوز للرجل النظر إلي بدن الاجنبية و لو من دون تلذذ. و استثنى جمع من الفقهاء من ذلك الوجه و الكفين.

و في جواز نظر المرأة إلي الرجل خلاف.

و يجوز لكل من الرجل و المرأة النظر إلي بدن مماثله ما عدا العورة.

و يستثنى من حرمة النظر إلي الاجنبية مقام المعالجة و حالة الضرورة كالإتقاذ من الغرق أو الحرق و نحوهما فانه يجوز النظر بل اللمس أيضا.

كما يستثنى النظر إلي القواعد من النساء و الصبية غير البالغة.

و لا يلزم المرأة التحجب من الصبي غير البالغ و ان كان ذلك أفضل.

و يجوز لمن أراد التزوّج بامرأة النظر إلي وجهها و كفيها و شعرها

و محاسنها.

وفي نظر المرأة إلي من تريد الزواج به قول بالجواز.

ويجوز النظر إلي غير المسلمة و كل امرأة لا تنتهي إذا نهيت بشرط عدم التلذذ.

و المستند في ذلك:

1 - اما حرمة النظر إلي بدن الاجنبية في الجملة و لو لم يكن بتلذذ

فهو من واضحات الفقه. و يمكن استفادته من قوله تعالى: **وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ** (1)، و الروايات الآتية التي تستثني الوجه و الكفين من حرمة الابداء، و غير ذلك من الروايات الواردة في الموارد المتفرقة.

بل قد يستفاد ذلك من قوله تعالى: **وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ...** (2)، فان حرمة الابداء امام الغير تستلزم حرمة نظره عرفا. و المراد بالزينة ان كان مواضعها فالأمر واضح، و ان كان نفسها فحرمة ابدائها تستلزم حرمة ابداء مواضعها بالاولوية العرفية.

و اما الاستدلال بقوله تعالى: **قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغْضُوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ...** (1) فقابل للتأمل لان غض البصر ليس بمعني تركه رأسا بل بمعني عدم الطمع في الشيء و جعله مغفولا عنه.

علي انه قد يقال: بان المراد غضّ البصر عن خصوص الفروج بقريضة السياق.

2 - و اما استثناء الوجه و الكفين لدي جمع من الفقهاء

فلعدّة وجوه

ص: 304

1- النور: 30.

أ - التمسك بصحيفة الفضيل: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الذراعين من المرأة هما من الزينة التي قال الله: **وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ**؟ قال: نعم، وما دون الخمار من الزينة وما دون السوارين»⁽¹⁾، فان الوجه لا يستره الخمار، والكف فوق السوار لا دونه فتكون الصحيفة دالة علي جواز ابدائهما.

الا ان الاستدلال بها يحتاج إلي ضم مقدمة اخري، وهي ان جواز الابداء يستلزم جواز نظر الغير، وقد ترفض الملازمة المذكورة، ولذا يجوز للرجل عدم ستر بدنه من دون استلزام ذلك لجواز نظر المرأة اليه.

ب - التمسك برواية زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل: **إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا** قال: الزينة الظاهرة: الكحل والخاتم⁽²⁾. ودلالاتها علي جواز ابداء الوجه والكفين في الجملة واضحة.

الا انه يرد عليها ما يرد علي الصحيفة السابقة. مضافا الي اشتمال سندها علي القاسم بن عروة الذي لم تثبت وثاقته.

ج - التمسك بقوله تعالى: **وَلْيَضَّ بِنِجْمِ رَبِّنَا بِخُمْرِهِنَّ عَلَي جُيُوبِهِنَّ**، فان تخصيص الجيوب بوجوب الستر يدل علي عدم وجوب ستر الوجه والا كان اولي بالذكر من الجيب لان الخمار لا يستر الوجه عادة بل الجيب.

ودلالاتها لا تتم الا بضم الملازمة السابقة.3.

1- وسائل الشيعة 14:145 الباب 109 من أبواب مقدمات النكاح الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 14:146 الباب 109 من أبواب مقدمات النكاح الحديث 3.

د - التمسك بصحيحة ابي حمزة الثمالي عن ابي جعفر عليه السلام:

«سألته عن المرأة المسلمة يصيبها البلاء في جسدها اما كسر و اما جرح في مكان لا يصلح النظر إليه يكون الرجل ارفق بعلاجه من النساء أ يصلح له النظر إليها؟ قال: إذا اضطرت إليه فليعالجها ان شاءت»⁽¹⁾، فانها تدل بوضوح علي ان بعض جسد المرأة يصلح النظر إليه، و حيث لا يحتمل انحصاره بغير الوجه و الكفين فيكونان القدر المتيقن للموضع الذي يجوز النظر إليه.

هذه وجوه أربعة لاستثناء الوجه و الكفين من حرمة النظر.

وقد اتضح ان الملازمة المتقدمة ان لم تتم فلا بدّ من التفصيل بين الابداء من قبل المرأة فيجوز و بين نظر الأجنبي فلا يجوز. أجل إذا تمت دلالة صحيحة الثمالي فيمكن ان يستفاد منها جواز النظر أيضا.

هذا و يمكن ان يقال: ان غاية ما يقتضيه انكار الملازمة فقدان الدليل علي جواز نظر الرجل الا ان هذا وحده لا يكفي للحكم بحرمة إذا لم يكن لدليل حرمة النظر إلي بدن الاجنبية اطلاق يشمل الوجه و الكفين لإمكان التمسك آنذاك بأصل البراءة.

وقد يتمسك لإثبات حرمة النظر بما يأتي من الروايات الدالة علي جواز النظر لمريد التزوج إلي وجه و كفي المرأة، فانه يدل علي عدم جواز النظر في غير حالة ارادة التزوج.

أو بصحيحة محمد بن الحسن الصفار: «كتبت إلي الفقيه عليه السلام في 1.

ص: 306

1- وسائل الشيعة 14: 172 الباب 130 من أبواب مقدمات النكاح الحديث 1.

رجل أراد ان يشهد علي امرأة ليس لها بمحرم هل يجوز له ان يشهد عليها و هي من وراء الستر و يسمع كلامها إذا شهد رجلان عدلان انها فلانة بنت فلان التي تشهدك و هذا كلامها أو لا يجوز له الشهادة عليها حتي تبرز و يثبتها بعينها؟ فوقع عليه السلام: تنتقب و تظهر للشهود ان شاء الله»(1)، فانها تدل علي عدم جواز النظر إلي وجه المرأة لو لا الحاجة إلي ذلك للشهادة و الا لم يكن حاجة للأمر بالتنقب.

و اما ما دل علي ان النظر سهم من سهام ابليس و انه زنا العين(2) فلا دلالة له علي التحريم كما هو واضح.

و من خلال هذا يتضح ان القائل بجواز النظر لا بد له اما من دعوي القصور في المقتضي لحرمة النظر أو دعوي الملازمة العرفية بين جواز الابداء و جواز النظر.

3 - و اما نظر المرأة إلي الرجل

فقد ادعي الاجماع علي مساواته لنظر الرجل في محل المنع و الجواز.

وفيه: ان الاجماع الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام لم يتضح ثبوته، بل السيرة القطعية للمتشركة المتصلة بزمن المعصوم عليه السلام علي خلاف ذلك، فالرجال يخرجون و رءوسهم و أعناقهم مكشوفة، و النساء يختلطن معهم في الازقة و الأسواق فلو كان نظر المرأة إلي ما تعارف للرجل كشفه حين خروجه من بيته محرّما لزم القول اما بوجوب تستر الرجال أو عدم جواز الاختلاط أو جواز الاختلاط و التحدث مع حرمة النظر. و الكل غير محتمل.

ص: 307

1- تهذيب الاحكام 6:255.

2- وسائل الشيعة 14:138 الباب 104 من أبواب مقدمات النكاح.

وبهذا يثبت جواز نظر النساء إلي ما تعارف للرجال ابرازه.

وقد يستدل علي الجواز - مضافا إلي ما تقدم - بعدم وجود روايات يسأل فيها الاصحاب عن حكم نظر النساء إلي الرجال.

و السبب في ذلك يعود اما إلي وضوح الحرمة لديهم أو الشك في ذلك أو وضوح الجواز. و المتعين هو الاخير، لبطلان الاول لعدم احتمال أوضحية حرمة نظر النساء إلي الرجال من حرمة نظر الرجال إلي النساء، و الثاني لان المناسب له صدور السؤال من الأصحاب.

وفي مقابل هذا قد يستدل علي الحرمة:

اما بقوله تعالى: وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ... (1).

أو بما رواه أحمد بن أبي عبد الله البرقي: «استأذن ابن أم مكتوم علي النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَعِنْدَهُ عَائِشَةُ وَحَفْصَةُ فَقَالَ لِهَمَا: قوما فادخلا البيت فقالتا: انه أعمي فقال: ان لم يركما فانكما تريانه» (2).

أو بما رواه الطبرسي في مكارم الأخلاق عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «ان فاطمة قالت له في حديث: خير للنساء ان لا يرين الرجال ولا يراهن الرجال فقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: فاطمة مني» (3).

أو بما رواه الطبرسي أيضا عن أم سلمة قالت: «كنت عند رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَعِنْدَهُ مَيْمُونَةُ فَأَقْبَلَ ابْنَ أُمِّ مَكْتُومٍ وَذَلِكَ بَعْدَ أَنْ أَمَرَ بِالْحِجَابِ فَقَالَ: احْتَجِبَا فَقُلْنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَلَيْسَ أَعْمَى لَا يَبْصُرُنَا؟ فَقَالَ: 3.

ص: 308

1- النور: 31.

2- وسائل الشيعة 14: 171 الباب 129 من أبواب مقدمات النكاح الحديث 1.

3- وسائل الشيعة 14: 172 الباب 129 من أبواب مقدمات النكاح الحديث 3.

أفعمياوان انتما أ لستما تبصرانه»(1).

و الكل كما تري.

اما الاول فلما تقدم من عدم مساوقة غضّ البصر لترك النظر رأسا.

و اما الثاني فلأنه علي تقدير تمامية دلالته علي التحريم هو ضعيف السند بالارسال لبعده عصر البرقي عن عصر النبي صلّي الله عليه وآله.

و اما الاخيران فلضعفهما بالارسال علي تقدير تمامية دلالتهم.

4 - و اما جواز النظر إلي بدن المماثل ما عدا العورة

فهو من الضروريات، و تقتضيه سيرة المسلمين، و روايات باب الحمام الناهية عن دخول الحمام الا بمنزلة(2).

بل لا حاجة إلي دليل علي الجواز بعد كونه مقتضي الاصل الذي خرج منه خصوص النظر الي العورة بالدليل الشرعي، كصحيحة حريز عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا ينظر الرجل إلي عورة أخيه»(3) وغيرها.

5 - و اما استثناء مقام المعالجة

فلصحيحة الشمالي المتقدمة.

و اما قاعدة نفي الضرر وقوله عليه السلام: «و ليس شيء مما حرّم الله الا وقد أحلّه لمن اضطر إليه»(4) فيدلان علي جواز تكشف المرأة لدي الاجنبي و لا يدلان علي جواز نظر الطبيب، فانه ليس مضطرا و لا متضررا.

ص: 309

1- وسائل الشيعة 14:172 الباب 129 من أبواب مقدمات النكاح الحديث 4.

2- وسائل الشيعة 1:367 الباب 9 من أبواب آداب الحمام.

3- وسائل الشيعة 1:363 الباب 3 من أبواب آداب الحمام الحديث 1.

4- وسائل الشيعة 4:690 الباب 1 من أبواب القيام الحديث 7.

ان قلت: ان اثبات الجواز في حق المرأة دون الطبيب المعالج تلزم منه اللغوية.

قلت: انها تلزم لو كان الدليل علي جواز تكشف المرأة دليلا- خصوصا دون ما لو كان اطلاقا، كما هو المفروض في المقام، إذ لا يلزم الغاء الدليل رأسا بل الغاء اطلاقه، و هو لا محذور فيه.

6 - و اما استثناء حالة الضرورة

فلدخول المورد تحت باب التزاحم المقتضي لتقديم الأهم.

و منه يتضح ان الحكم بالجواز يعم كل حالة مزاحمة تكون مراعاتها أهم في نظر الشارع من مراعاة حرمة النظر أو اللمس.

7 - و اما استثناء النظر إلي القواعد من النساء

فلقوله تعالى:

وَ الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ وَأَنْ يَسْتَعْفِفْنَ خَيْرٌ لَهُنَّ (1).

8 - و اما جواز النظر إلي الصبية غير البالغة

فللقصور في المقتضي، فان حرمة النظر ان كانت مستفادة من الضرورة الفقهية فالقدر المتيقن منها النظر إلي البالغة. و ان كانت مستفادة من آية حرمة ابداء الزينة فهي خاصة بالبالغة أيضا. و ان كانت مستفادة مما دلّ علي استثناء الوجه و الكفين من حرمة الابداء فهو خاص بالبالغة أيضا.

و اما ما دلّ علي ان النظر سهم من سهام ابليس فقد تقدم قصور دلالته عن افادة حرمة النظر.

9 - و اما تكشف المرأة لدي غير البالغ

فمقتضي المفهوم في قوله

ص: 310

تعالى: وَلَا يُبَدِّينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ... أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَيَّ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ (1) عدم جوازه الا ان مقتضى صحيحة البرزني عن الرضا عليه السلام: «يؤخذ الغلام بالصلاة وهو ابن سبع سنين. ولا تغطي المرأة شعرها منه حتي يحتلم» (2) الجواز. ولا بد من تقييد اطلاق مفهوم الآية الكريمة بها.

10 - واما جواز النظر إلي المرأة التي يراد الزوج بها

فهو محل وفاق في الجملة لجملة من النصوص، كصحيح هشام بن سالم وحماد بن عثمان و حفص بن البخترى عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا بأس بان ينظر الي وجهها و معاصمها إذا أراد ان يتزوجها» (3)، و موثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «رجل ينظر إلي محاسن امرأة يريد ان يتزوجها قال: لا بأس انما هو مستام فان يقض أمر يكون» (4).

و ذهب بعض الفقهاء إلي جواز النظر إلي جميع بدنها ما عدا العورة تمسكا باطلاق بعض الروايات، كصحيحة محمد بن مسلم:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يريد ان يتزوج المرأة أينظر إليها؟ قال:

نعم، انما يشترها بأغلي الثمن» (5).

وانما استثنت العورة للتسالم علي عدم جواز النظر إليها.

ودعوي الشيخ الاعظم ان تخصيص جواز النظر في صحيحة

ص: 311

1- النور: 31.

2- وسائل الشيعة 14: 169 الباب 126 من أبواب مقدمات النكاح الحديث 3.

3- وسائل الشيعة 14: 59 الباب 36 من أبواب مقدمات النكاح الحديث 2. والمعاصم: جمع معصم، وهو موضع السوار من الساعد.

4- وسائل الشيعة 14: 60 الباب 36 من أبواب مقدمات النكاح الحديث 8.

5- وسائل الشيعة 14: 59 الباب 36 من أبواب مقدمات النكاح الحديث 1.

الفضلاء بالوجه و المعاصم لا يظهر له وجه الا اختصاصهما بجواز النظر فيكون ذلك مقيدا لإطلاق صحيحة ابن مسلم(1) ، مدفوعة بان تخصيص ذلك بالذكر لا يوجب صلاحيته لتقييد غيره الا بناء علي ثبوت المفهوم للقلب، و هو محل رفض.

11 - و اما نظر المرأة إلي من تريد الزواج به

فقد اختار الشيخ الأعظم جوازه لأنه إذا جاز نظر الرجل إلي من يريد الزواج بها لأنه يبذل أغلي الثمن فيجوز نظر المرأة إليه بالاولي لأنها تبذل أغلي المثلث خصوصا و ان بإمكان الرجل التخلص بالطلاق بخلاف المرأة فانها لا تتمكن من ذلك(2).

وفيه: ان بذلها لأغلي المثلث يقتضي جواز معرفتها بالثمن، و هو المهر لا بالزوج، فانه ليس هو الثمن للبضع المبذول.

12 - و اما جواز النظر إلي غير المسلمة

فلموثقة السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام: «قال رسول الله صلّي الله عليه وآله: لا حرمة لثناء أهل الذمة ان ينظر إلي شعورهن و أيديهن»(3).

و التقييد بثناء أهل الذمة لا خصوصية له بل يجوز النظر إلي مطلق غير المسلمة، فان تخصيص نساء أهل الذمة بالذكر هو من باب دفع توهم ان عقد الذمام يمنحهن نحو من الاحترام.

علي انه بقطع النظر عن ذلك يمكن التمسك باطلاق صحيحة عباد بن صهيب: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا بأس بالنظر إلي رءوس أهل

ص: 312

1- كتاب النكاح للشيخ الأعظم: 39.

2- كتاب النكاح: 43.

3- وسائل الشيعة 14: 149 الباب 112 من أبواب مقدمات النكاح الحديث 1.

تهامة و الاعراب و أهل السواد و العلوج لأنهم إذا نهوا لا ينتهون»(1).

و منه يتضح جواز النظر إلي كل من لا تنتهي إذا نهيت.

و اما اعتبار عدم التلذذ بالنظر فللتسالم الفقهي عليه، و لولاه كان مقتضي الاطلاق الجواز مطلقا.

4 - من يحرم العقد عليها

اشارة

يحرم علي الرجل العقد علي مجموعة من النساء.

و منشأ التحريم اما النسب أو السبب.

اشارة

و الحرمة الثابتة بسبب ما ذكر علي نحوين: دائمة و مؤقتة.

و المستند في ذلك:

1 - اما النسب

فانه تحرم به سبعة أصناف: الام و ان علت، و البنات و ان سفلت، و الاخوات لأب أو لأم أو لهما، و العممة و ان علت، و الخالة و ان علت، و بنت الاخ و ان نزلت، و بنت الاخ و ان نزلت.

قال تعالي: حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَ بَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَ خَالَاتُكُمْ وَ بَنَاتُ الْأَخِ وَ بَنَاتُ الْأُخْتِ (2).

و تعميم التحريم للبنات النازلة ليس الا لصدق عنوان البنات عليها فيشمئها اطلاق الآية الكريمة، و هكذا الحال بالنسبة إلي بقية التعميمات المذكورة في بقية الاصناف فانها ليست الا لأجل التمسك بالاطلاق.

ص: 313

1- وسائل الشيعة 14: 149: الباب 113 من أبواب مقدمات النكاح الحديث 1. و المراد من العلوج: الكفار.

2- النساء: 23.

و الحرمة كما لا يخفي ثابتة من الطرفين، فمثل الاصناف السبعة من الرجال يحرم علي النساء أيضا، فيحرم الاب و ان علا علي البنت، و الولد و ان سفلى علي الام، و هكذا.

و حرمة الاصناف السبعة بالنسب لا تختص بالنسب الشرعي بل تعم ما يحصل بالزنا أيضا، فيحرم الولد من الزنا علي الزانية و امها و اختها و علي أم الزاني و اخته و هكذا، فان المراد من الاصناف السبعة المشار إليها في الآية الكريمة هو عناوينها اللغوية و الا فالشريعة لم تأت بمصطلح جديد في هذا المجال، فبنت الرجل مثلا هي من تولدت من مائه سواء كان ذلك بنكاح شرعي أم لا، و أم الابن هي من ولدته سواء كان ذلك بنكاح شرعي أم لا. و الشريعة لا تدخل لها في هذا المجال سوي انها نفت التوارث في فرض الزنا و الا فبقية الاحكام تترتب تمسكا بالاطلاق بعد عدم تقييد الاصناف السبعة بما إذا كان صدقها من طريق النكاح الشرعي.

و أيضا لا فرق في النسب المتولد من النكاح الشرعي بين ان يكون بسبب العقد أو وطء الشبهة، تمسكا بالاطلاق.

2 - و اما السبب

فالمراد به غير النسب من مناشئ التحريم، و هي:

المصاهرة و ما يلحق بها من الرضاع، و الاعتداد، و استيفاء العدد، و الكفر، و الاحرام، و اللعان.

و يأتي الحديث عن المناشئ المذكورة إن شاء الله تعالى.

3 - و اما انقسام الحرمة إلي دائمة و مؤقتة

فواضح، فالدائمة كحرمة الاصناف السبعة النسبية مثلا، و المؤقتة كحرمة اخت الزوجة، و بنت الزوجة غير المدخول بها، و المطلقة ثلاثا، و بنت اخ او اخت

الزوجة وغير ذلك.

مناشئ التحريم بالسبب

أ - المصاهرة و ما يلحق بها

إشارة

للمصاهرة و ما يحكمها عدة احكام:

- 1 - تحرم زوجة كل من الاب و ان علا- و الابن و ان نزل علي الا-خر بمجرد العقد و لو منقطعاً، و من دون فرق بين الابوة و البنوة بالنسب أو بالرضاع.
- 2 - تحرم علي الزوج أم زوجته و ان علت بمجرد العقد و ابنتها و ان نزلت بشرط الدخول بالام سواء كانت في حجره أم لا. اما مع عدم الدخول فتحرم ما دامت الام في عقده.
- 3 - تحرم علي الزوج اخت زوجته جمعاً لا عيناً.
- 4 - يحرم علي الزوج العقد علي بنت اخ او اخت زوجته الا باذنها. و اما العكس فجاز بلا حاجة إلي اذن.
- 5 - من زني بخالته حرم عليه العقد علي بنتها. و قيل بالحاق العممة بذلك، بل قيل بتعميم الحكم لمطلق المزني بها.
- 6 - إذا لاط البالغ بغلام و تحقق منه الدخول حرمت عليه مؤبداً بنت الملوط به و اخته و امه فيما إذا كان اللواط سابقاً علي العقد دون ما لو كان لاحقاً.
- 7 - من تزوج بذات البعل عالماً بذلك حرمت عليه مؤبداً، و مع الجهل تحرم مؤبداً أيضاً بشرط الدخول بها.
- 8 - من زني بذات البعل حرمت عليه مؤبداً لدي المشهور.

ص: 315

9 - إذا زنت المرأة ففي جواز الزواج بها قبل توبتها خلاف.

والمستند في ذلك:

1 - اما حرمة زوجة كل من الابن و الاب علي الآخر

فمما لا خلاف فيها، وهي من ضروريات الفقه بل الدين. وقد دلّ عليها قوله تعالى:

وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (1)، وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ (2).

وقد ورد في صحيح محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام: «لو لم تحرم علي الناس أزواج النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ لَقَوْلَ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ: وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللهِ وَلَا أَنْ تَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبْدَانًا... حرمن علي الحسن والحسين بقول الله عز وجل: وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ... ولا يصلح للرجل أن ينكح امرأة جده» (3).

و اما كفاية مجرد العقد و لو من دون دخول أو مع افتراض كونه منقطعا للإطلاق ما تقدم.

و اما تعميم الحكم للأب و ان علا و الابن و ان نزل فللإطلاق المتقدم، مضافا إلي خصوص صحيحة ابن مسلم المتقدمة الواردة في الجد.

و اما التعميم للرضاع فلقول رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «يُحْرَمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يُحْرَمُ مِنَ النَّسَبِ» (4).

ص: 316

1- النساء: 22.

2- النساء: 22.

3- وسائل الشيعة 14: 313 الباب 2 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 1.

4- وسائل الشيعة 14: 280 الباب 1 من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث 1.

2 - و اما حرمة أم الزوجة مطلقا و بنتها بشرط الدخول

فمما لا اشكال فيه لقوله تعالى: حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ... وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ (1).

و مقتضي اطلاق فقرة «و امهات نساكنكم» ثبوت حرمة أم الزوجة و لو من دون دخول بها بخلاف الربيبة حيث قيدت حرمتها بالدخول بامها.

و احتمال رجوع قيد مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي... إلى قوله: وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ أيضا بعيد جدا لطول الفصل، و لزوم التكرار في كلمة النساء، و لزوم استعمال كلمة «من» في معنيين - إذ علي تقدير تعلقها بالربائب تكون نشوية و علي تقدير تعلقها بالنساء تكون بيانية - و هو مخالف للظاهر حتي علي تقدير فرض امكانه.

3 - و اما التعميم لام الزوجة و ان علت

فللتمسك بالاطلاق.

و اما التعميم لبنت الزوجة و ان نزلت فقد يستشكل استفادته من الآية الكريمة الا ان في اطلاق الروايات كفاية حيث استعانت بكلمة «البنت» مطلقة، كما في موثقة غياث بن ابراهيم عن جعفر عن أبيه ان عليا عليه السلام قال: «إذا تزوج الرجل المرأة حرمت عليه ابنتها إذا دخل بالام فإذا لم يدخل بالام فلا بأس ان يتزوج بالابنة. و إذا تزوج بالابنة فدخل بها أو لم يدخل فقد حرمت عليه الام. و قال: الربائب عليكم حرام كنّ في الحجر أو لم يكنّ» (2) وغيرها.

ص: 317

1- النساء: 23.

2- وسائل الشيعة 14: 352 الباب 18 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 4.

علي ان المسألة متسالم عليها.

و اما التعميم لكون الربيبة في الحجر و عدمه فلان التقييد به في الآية الكريمة لا موضوعية له بل اشارة إلى الحالة الغالبة تنبيها علي انها كبرت الزوج حيث تربت في حجره فكيف يتزوج بها.

علي ان الموثقة المتقدمة و غيرها قد صرحت بالتعميم، و المسألة متسالم عليها.

4 - و اما عدم جواز العقد علي بنت الزوجة ما دام قد فرض العقد

علي امها مسبقا و لو من دون دخول بها

فلاينه مع العقد عليها - البنت - يصدق علي الام عنوان «امهات نسائكم»، و هو يوجب التحريم متي ما صدق بمقتضي اطلاق الآية الكريمة، فالجمع بينهما بنحو يكون عقدهما صحيحا معا غير ممكن فيتعين بطلان احدهما، و حيث ان العقد علي الام قد فرض وقوعه صحيحا و انقلابه الي البطلان يحتاج إلي دليل فيتعين بطلان العقد علي البنت.

هذا ما تقتضيه القاعدة و ان كان الاحتياط يقتضي الحكم ببطلان كلا العقدين و تجديد العقد علي الام من جديد. و لو أراد العقد علي البنت فعليه بطلاق الام اولا ثم العقد عليها بعد ذلك.

5 - و اما حرمة اخت الزوجة جمعا لا عينا

فلا خلاف فيه بين المسلمين لدلالة صريح الكتاب العزيز: **وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ (1)** علي ذلك. و الروايات في المسألة كثيرة (2).

ص: 318

1- النساء: 23.

2- وسائل الشيعة الباب 24 و ما بعده من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

6 - و اما حرمة العقد علي بنت اخ او اخت الزوجة الا باذنها و جواز

العكس مطلقا

فلموثقة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام: «لا تزوج ابنة الاخ و لا ابنة الاخت علي العممة و لا علي الخالة الا باذنها، و تزوج العممة و الخالة علي ابنة الاخ و ابنة الاخت بغير اذنها»(1) و غيرها.

و إذا قيل: قد روي علي بن جعفر في كتابه عن اخيه موسى بن جعفر عليهما السلام: «سألته عن امرأة تزوج علي عمتها و خالتها قال: لا بأس»(2)، و هي باطلاقها تدل علي الجواز بلا حاجة إلي اذن.

و في مقابلها صحيحة ابي عبيدة: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول:

لا تنكح المرأة علي عمتها و لا علي خالتها و لا علي اختها من الرضاعة»(3)، و هي تدل علي عدم الجواز مطلقا فكيف التوفيق بينهما؟

قلنا: انه بقرينة موثقة محمد بن مسلم المتقدمة يمكن الجمع العرفي بحمل الاولي علي فرض الاذن و الثانية علي فرض عدمه و ينحل بذلك التعارض.

7 - و اما ان الزنا بالخالة يوجب تحريم بنتها

فهو المشهور لصحيحة محمد بن مسلم: «سأل رجل ابا عبد الله عليه السلام و انا جالس عن رجل نال من خالته في شبابه ثم ارتدع يتزوج ابنتها؟ قال: لا. قلت:

انه لم يكن افضني إليها انما كان شيء دون شيء فقال: لا يصدق

ص: 319

1- وسائل الشيعة 14: 375: الباب 30 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 14: 375: الباب 30 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 3. و في تهذيب الاحكام 7: 333: تزوجت علي....

3- وسائل الشيعة 14: 376: الباب 30 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 8.

ولا كرامة»(1).

وقد يتوقف في الحكم تارة من جهة متن الرواية و اخرى من جهة سندها.

اما من جهة المتن فلان تكذيب الامام عليه السّلام الفاعل في اخباره مناقشة صغروية لا تتناسب و مقام الامامة و غير لائق به.

و اما من جهة السند فباعتبار ان الشيخ الكليني روي بسنده إلي ابي ايوب عن محمد بن مسلم انه: «سأل رجل ابا عبد الله عليه السّلام و انا جالس عن رجل... (2) في حين ان الشيخ الطوسي روي الرواية نفسها بسنده إلي ابي ايوب ان محمد بن مسلم هو الذي سأل الامام عليه السّلام عن رجل نال... (3).

و كلتا المناقشتين لا وجه لها.

اما الاولي فلاحتمال وجود مصلحة في المناقشة الصغروية قد اطلع عليها الامام عليه السّلام.

و اما الثانية فلان مثل الاختلاف المذكور لا يضر بصحة الرواية.

8 - و اما العمة

فلا نص يدل علي الحاقها بالخالة، و الحاقها مبني علي عدم القول بالفصل أو الاولوية القطعية. و كلاهما محل تأمل.

و علي هذا فلا تمكن الفتوي باللاحاق و لا بدّ من التنزل الي الاحتياط لاحتمال عدم الفصل.

9 - و اما تعميم الحكم بحرمة الزواج بينت مطلق المزني بها

فتدل

ص: 320

1- وسائل الشيعة 14:329 الباب 10 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 1.

2- المصدر نفسه.

3- وسائل الشيعة 14:329 الباب 10 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 2.

عليه مجموعة من الروايات، كصحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السّلام:

«سئل عن الرجل يفجر بالمرأة أ يتزوج بابنتها؟ قال: لا» (1) وغيرها.

وفي مقابل ذلك مجموعة اخري تدل علي العكس، كصحيحة سعيد بن يسار: «سألت ابا عبد الله عليه السّلام عن رجل فجر بامرأة يتزوج ابنتها؟ قال: نعم يا سعيد، ان الحرام لا يفسد الحلال» (2) وغيرها.

وقد يجمع بينهما بحمل الاولي علي الكراهة لصراحة الثانية في الجواز.

وهو جيد بناء علي قبول الاحكام الوضعية للحمل علي الكراهة.

و اما إذا بني علي عدم قبولها لذلك تتحقق المعارضة المستقرة و يلزم ترجيح الطائفة المجوّزة لموافقته لإطلاق الكتاب الكريم وَأَجَلَ لَكُمْ ما وراء ذلكم (3).

و مع التنزل يتساقطان و يتمسك بالاطلاق المذكور كمرجع لا كمرجح. و النتيجة واحدة علي جميع التقادير.

10 - و اما ان اللواط يوجب تحريم زواج اللائط باخت و بنت و ام

الملوط به

فلم ينقل في ذلك خلاف بين الاصحاب. و قد دلت علي ذلك مرسله ابن ابي عمير عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السّلام: «رجل يعبث بالغلام قال: إذا أوقب حرمت عليه ابنته و اخته» (4).

ص: 321

1- وسائل الشيعة 14:322 الباب 6 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 14:324 الباب 6 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 6.

3- النساء: 24.

4- وسائل الشيعة 14:339 الباب 15 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 1. ثم ان ضمير الغائب يرجع الي الغلام دون الرجل و لو بقرينة عدم حكم الاصحاب بحرمة شيء علي المفعول. نعم نقل في الجواهر 29:448 ان الشيخ حكي عن بعض الاصحاب التحريم عليه أيضا، ثم قال: و لعله لاحتمال عود الضمير في الاخبار الي كل من الفاعل و المفعول، و لكنه استبعد ذلك باعتبار ان المحدث عنه هو الرجل.

وقد يحاول التغلب علي مشكلة ارسالها من خلال الاستعانة بكبري وثاقة كل من يروي عنه أحد الثلاثة بناء علي تماميتها.

الا انه يمكن ان يقال في المقابل بان الكبرى المذكورة علي تقدير تماميتها لا تنفع في المقام لان خمسة من مشايخ ابن ابي عمير تقريبا قد ثبت ضعفهم، و من المحتمل كون المرسل عنه في الرواية المذكورة هو من أحد الخمسة المذكورة، و معه يكون التمسك بالكبري المذكورة تمسكا بالعام في الشبهة المصدقية، و ينحصر مورد التمسك بها بما إذا صرح باسم المروري عنه حتي ينتفي معه احتمال كونه من أحد الخمسة.

و عليه فمشكلة الارسال باقية علي حالها الا انه يمكن التعويض بموثقة ابراهيم بن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام: «رجل لعب بغلام هل تحل له امه؟ قال: ان كان ثقب فلا»(1) وغيرها.

وهي و ان كانت خاصة بالام الا انه لعدم التفصيل بينها و بين الاخت و البنت يمكن التعدي إليهما.

و تؤيد ذلك الروايات الاخرى المشتمل بعضها علي ذكر الاخت و بعضها الآخر علي البنت(2)، فان ضعف اسنادها لا يمنع من التمسك بها علي مستوي التأيد.

11 - و اما التقييد بما إذا كان الفاعل بالغا و المفعول به صيبا

فلان

ص: 322

1- وسائل الشيعة 14:341 الباب 15 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 7.

2- راجع وسائل الشيعة 14:339 الباب 15 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

ذلك هو المستفاد من الموثقة لتقييدها الفاعل بالرجل و المفعول به بالغلام.

و دعوي صدق عنوان الرجل علي الفاعل و لو بعد بلوغه فيقال انه «رجل لعب و ثقب» و ان كان ذلك قد تحقق منه مسبقا، و أيضا التحريم خارج مخرج الغالب، مدفوعة بان الاول مخالف للظاهر، فان ظاهر قول القائل «رجل ثقب» كونه فعل ذلك حال كونه رجلا، كقولنا: «مسافر صليّ قصرا» و الثاني مجرد احتمال لا يمنع من الرجوع إلي البراءة في غير مورد النص.

12 - و اما التقييد بما إذا كان اللواط سابقا علي العقد

فلان الموثقة و ان كانت مطلقة من هذه الناحية الا انه يستفاد من جملة النصوص الاخرى ان ما يطرأ بعد العقد لا يرتفع به الحل الثابت سابقا، كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام: «سئل عن الرجل يفجر بامرأة أيتزوج ابنتها؟ قال: لا، و لكن ان كانت عنده امرأة ثم فجر بامها أو اختها لم تحرم عليه امرأته، ان الحرام لا يفسد الحلال»⁽¹⁾ وغيرها.

و موردها و ان كان هو الزنا الا انه بعموم التعليل يمكن تسرية الحكم الي اللواط أيضا.

13 - و اما ان من تزوج بذات البعل تحرم عليه مؤبدا

فلعدة روايات كموثقة اديم بن الحر: «قال أبو عبد الله عليه السّلام: «التي تزوج و لها زوج يفرّق بينهما ثم لا يتعاودان ابدا»⁽²⁾ وغيرها.

و مقتضي اطلاقها ثبوت الحرمة المؤبدة حتي مع الجهل و عدم الدخول.

ص: 323

1- وسائل الشيعة 14:326 الباب 8 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 14:341 الباب 16 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 1.

الا ان في مقابلها صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة و لها زوج و هو لا يعلم فطلقها الاول أو مات عنها ثم علم الاخير أيراجعها؟ قال: لا حتي تنقضي عدتها»(1).

و هي واردة في صورة الجهل، و مقتضاها عدم تحقق الحرمة المؤبدة مع فرض الجهل سواء تحقق الدخول أم لا.

و اللازم علي هذا تخصيص الاولي بالثانية و تكون النتيجة هي تحقق الحرمة المؤبدة في صورة العلم و عدمها في صورة الجهل من دون فرق في كلتا الحالتين بين فرض تحقق الدخول و عدمه.

هذا و يوجد في مقابل الصحيحة الثانية صحيحة ثالثة رواها زرارة عن ابي جعفر عليه السلام: «إذا نعي الرجل إلي أهله أو أخبروها انه قد طلقها فاعتدت ثم تزوجت فجاء زوجها الاول فان الاول احق بها من هذا الاخير دخل بها الاول أو لم يدخل بها وليس للاخر ان يتزوجها ابدا و لها المهر بما استحلّ من فرجها»(2)، و هي تدل علي تحقق الحرمة المؤبدة مع فرض الدخول.

و هذه ان كانت ناظرة إلي خصوص حالة الجهل كالصحيحة الثانية كانت - الثالثة - أخص مطلقا منها - الثانية - فتخصصها بفرض عدم الدخول، و تكون النتيجة انتفاء الحرمة المؤبدة مع الجهل و عدم الدخول و ثبوتها مع فرض الجهل و الدخول، و اما حالة العلم فالحرمة المؤبدة ثابتة فيها للموثقة. و بذلك نصل إلي النتيجة التي أشرنا إليها في المتن.6.

ص: 324

1- وسائل الشيعة 14:341 الباب 16 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 3.

2- وسائل الشيعة 14:342 الباب 16 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 6.

هذا لو فرض ان الصحيحة الثالثة ناظرة إلي خصوص حالة الجهل.

و اما إذا كانت مطلقة من هذه الناحية فتكون النسبة بينهما - الثانية و الثالثة - هي العموم من وجه. و يتعارضان في فرض الجهل و الدخول و يتساقطان فيه و يلزم الرجوع بعد التساقط إلي اطلاق موثقة اديم لان المقيد له - و هو الصحيحة الثانية - مبتلي بالمعارض. و بذلك نصل إلي النتيجة نفسها أيضا.

14 - و اما ان من زني بذات البعل حرمت عليه مؤبدا

فهو المشهور بل ادعي عليه الاجماع.

و استند في ذلك إلي:

أ - التمسك بدعوي الاولوية القطعية و ان الزواج بذات البعل إذا أوجب الحرمة الابدية فالزنا بها اولي بايجابه لذلك.

وفيه: ان الاولوية ممنوعة، فان الاحكام الشرعية تعبدية و لا طريق لنا إلي معرفة ملاكاتها.

ب - التمسك بما في الفقه الرضوي: «و من زني بذات بعل محصنا كان أو غير محصن ثم طلقها زوجها أو مات عنها و أراد الذي زني بها أن يتزوج بها لم تحل له أبدا»(1).

وفيه: ان الكتاب المذكور لم تثبت نسبته إلي إمامنا الرضا عليه السلام ليتمكن الاعتماد عليه.

ج - التمسك بدعوي الاجماع التي نقلها بعض الفقهاء.

وفيه: ان تحقق الاجماع غير ثابت. و علي تقدير ثبوته لا يمكن

ص: 325

الحكم بحجيته لكونه محتمل المدرك.

ومع عدم ثبوت الدليل علي الحرمة المؤبدة يمكن التمسك لإثبات الحلية وترتب الاثر بعموم قوله تعالى: **وَ أَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (1)**. هذا كله في الزواج أو الزنا بذات البعل. واما الزواج و الزنا بالمعتدة فيأتي حكمه إن شاء الله تعالى عند البحث عن الاعتداد.

15 - واما الزواج بالزانية

فلا اشكال في جوازه علي فرض توبتها حتي علي تقدير كونها مشهورة بالزنا لأنها مع التوبة تعود كغيرها لقوله تعالى: **إِلَّا مَنْ تَابَ وَ آمَنَ وَ عَمِلَ عَمَلًا صَالِحًا فَأُولَئِكَ يُبَدِّلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِمْ حَسَنَاتٍ (2)**، و انما الاشكال في فرض عدم التوبة.

وقد يقال بعدم الجواز لقوله تعالى: **الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَ الزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ (3)**.

ولكنه ضعيف، فان من المحتمل كون الآية الكريمة بصدد الاخبار عن الواقع الخارجي - و ان الزاني لا يتحقق منه الوطء و الزنا الا بزانية أو مشركة و الزانية لا يزني بها الا زان أو مشرك - دون إنشاء التحريم و التحليل و الا يلزم الحكم بجواز نكاح المسلم الزاني المشركة و جواز نكاح المشرك الزانية المسلمة، و لم يقل به أحد.

وعليه لا بد من ملاحظة الروايات. و هي علي طائفتين:

أ - فبعضها دلّ علي عدم جواز الزواج بالزانية الا علي فرض توبتها، كصحيحة أبي بصير: «سألته عن رجل فجر بامرأة ثم أراد بعد

ص: 326

1- النساء: 24.

2- الفرقان: 70.

3- النور: 3.

ان يتزوجها فقال: إذا تابت حلّ له نكاحها...»(1) وغيرها.

ب - وبعضها دلّ علي الجواز مطلقا، كصحيحة علي بن رثاب:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة الفاجرة يتزوجها الرجل المسلم قال:

نعم و ما يمنعه و لكن إذا فعل فليحصن بابه مخافة الولد»(2) وغيرها.

و حيث ان حمل الثانية علي فرض التوبة بعيد يتحقق التعارض بين الطائفتين. و إذا لم ترجح الثانية لموافقته لإطلاق قوله تعالى:

وَ أَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (3) فلا أقلّ من التسايط و الحكم بالجواز للإطلاق المتقدم.

هذا لو خلينا نحن و الطائفتين المذكورتين.

الا انه قد يقال بوجود طائفة ثالثة تدل علي التفصيل بين المعلننة بالزنا فلا يجوز نكاحها و بين غيرها فيجوز، كما ورد ذلك في صحيحة الحلبي: «قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تتزوج المرأة المعلننة بالزنا و لا يتزوج الرجل المعلنن بالزنا الا بعد أن تعرف منهما التوبة»(4).

و المناسب تقييد الطائفة الثانية الدالة علي الجواز مطلقا بهذه و تكون النتيجة هي الجواز في غير المعلننة. و بعد هذا التقييد تصيح الطائفة الثانية أخص مطلقا من الطائفة الاولى فتخصصها و تصيح النتيجة هي اختصاص الحرمة بالمعلننة و الجواز في التائبة و غير المعلننة. 1.

ص: 327

1- وسائل الشيعة 14:332 الباب 11 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 7.

2- وسائل الشيعة 14:334 الباب 12 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 6.

3- النساء: 24.

4- وسائل الشيعة 14:335 الباب 13 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 1.

هكذا قد يقال.

الا- ان بالامكان مناقشته باعتبار ان صحيحة الحلبي يلزم حملها علي التنزيه دون التحريم بقرينة السياق لأنه ورد في فقرتها الثانية «و لا يتزوج الرجل...»، و مضمون الفقرة المذكورة لا يمكن الالتزام به للجزم بعدم الحرمة في جانب الرجل.

و اذا أراد الزاني التزوج بمن زني بها فهل يلزمه استبرأؤها؟ قد يقال: نعم لموثقة اسحاق بن حريز عن ابي عبد الله عليه السلام: «قلت له: الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في تزويجها هل يحل له ذلك؟ قال: نعم إذا هو اجتنبها حتي تنقضي عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله ان يتزوجها...»(1).

وهي و ان كانت ضعيفة بطريق الكليني بالارسال الا انها صحيحة بطريق الشيخ.

و من هنا يكون العمل بها وجيها الا انه لاعراض المشهور عن العمل بمضمونها يكون المناسب هو التنزل إلي الاحتياط دون الفتوي.

ب - الرضاع

إذا أرضعت امرأة ولد غيرها - ضمن الشروط الآتية - تربت علي ذلك

إشارة

حرمة النكاح في الجملة و بالشكل التالي:

1 - صيرورة المرضعة اما للرضيع، و صاحب اللبن ابا له، و اخوتها احوالا و اعماما له، و اخواتها عمات و خالات له، و اولادهما اخوة له. و هكذا تصير المرضعة جدة لأبناء الرضيع و صاحب اللبن جدا لأبناء الرضيع.

ص: 328

1- وسائل الشيعة 14: 331 الباب 11 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 4.

و الضابط الكلي: ان كل عنوان نسبي من العناوين السبعة المتقدمة إذا حصل مثله في الرضاع يكون موجبا للتحريم كالحاصل بالولادة، و اما إذا لم يحصل بسببه أحد تلك العناوين فلا يكون موجبا لانتشار التحريم - الا في الاستثناء الآتي - و ان حصل بسببه عنوان خاص لو كان حاصلًا بالولادة لكان ملازما مع أحد تلك العناوين، كما لو أرضعت امرأة أحد اخوين فانها تحرم عليه لصيرورتها اما له و لا تحرم علي الاخ الآخر لأنها تصير بالرضاع أم اخيه، و هي ليست من المحرمات بعنوانها في باب النسب و انما تحرم فيه لكونها إما أمًا نسبية أو زوجة الأب.

2- تحرم علي ابي الرضيع بنات المرضعة النسبيات دون الرضاعيات.

و تحرم أيضا بنات صاحب اللبن النسبيات و الرضاعيات. و هذان هما الاستثناءان من الضابط الكلي المتقدم.

3- يحرم الرضيع علي أولاد صاحب اللبن ولادة و رضاعا و علي أولاد المرضعة ولادة لا رضاعا.

4- في جواز زواج اولاد ابي المرتضع الذين لم يرتضعوا من اللبن بأولاد المرضعة نسبا و اولاد الفحل مطلقا خلاف.

5- لا فرق في انتشار الحرمة بالرضاع بين كونه سابقا علي العقد أو لاحقا له، فمن كانت له زوجة صغيرة و أرضعتها زوجته الكبيرة او بنته حرمت عليه لصيرورتها بنتا له، و هكذا في بقية الأمثلة.

و المستند في ذلك:

1 - اما ان الرضاع سبب لتحقيق حرمة النكاح في الجملة

فهو من ضروريات الدين. و يدل عليه قوله تعالى: حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ ... أُمَّهَاتُكُمْ

ص: 329

اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُمْ مِنَ الرِّضَاعَةِ (1)، وقول الرسول الأكرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (2)، و قول صادق أهل البيت عليهم السّلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من القرابة» (3). هذا ما ورد بنحو الضابط الكلي و الا فالوارد في الموارد المتفرقة فوق حدّ الاحصاء.

2 - و اما صيرورة المرضعة انا للرضيع و صاحب اللبن ابا له

...

فباختبار ان الآية الكريمة و ان كانت خاصة بالامهات و الاخوات الا ان ذلك لا يقتضي قصر الحرمة عليهما - و ان نسب اختيار ذلك إلي بعض العامة (4) - بعد استفادة عموم التنزيل من الروايات.

3 - و اما قصر الحرمة علي ما إذا حصل بالرضاع احد العناوين

السبعة دون ما يلازمها

فلأن ذلك هو المستفاد من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، فان ظاهره النظر إلي العناوين الثابت تحريمها في الشريعة، وليست هي الا السبعة دون ما يلازمها.

ثم انه مع التنزل و فرض اجمال دليل التنزيل من هذه الناحية و احتمال ارادة عموم المنزلة منه يلزم الرجوع إلي الأصل المستفاد من قوله تعالى: وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ (5)، كما تقتضيه القاعدة في مورد تردد المخصص المنفصل بين الاقل و الاكثر، و النتيجة واحدة

ص: 330

1- النساء: 23.

2- وسائل الشيعة 14: 280 الباب 1 من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث 1، 3، 4.

3- وسائل الشيعة 14: 281 الباب 1 من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث 2.

4- جواهر الكلام 29: 309.

5- النساء: 24.

وبهذا يتضح النظر فيما صار إليه المحقق المير محمد باقر الداماد من استفادة عموم المنزلة من دليل التنزيل و ألف رسالة في ذلك ونسب ما صار إليه إلي المشهور مستندا في ذلك تارة إلي ظهور الأحاديث في افادة عموم المنزلة، و اخري إلي ان حرمة زواج ابي المرتضع بأولاد المرضعة بنكتة «ان ولدها صارت بمنزلة ولدك»، كما دلت عليه صحيحة أيوب بن نوح الآتية لا تتم الا بناء علي عموم المنزلة(1).

و كلا الوجهين المذكورين قابلان للتأمل.

اما الاول فلما تقدم.

و اما الثاني فلان ثبوت حرمة الزواج في المورد المذكور و تنزيل اولاد المرضعة منزلة اولاد ابي المرتضع لا يدل علي ارادة عموم المنزلة من مثل قوله صلّي الله عليه و آله: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، بل لعله الحاق حكمي - لا اكثر - دَلّ الدليل الخاص عليه.

ثم ان الثمرة في هذا الخلاف كبيرة، فعلي رأي المشهور تنحصر دائرة انتشار الحرمة بالمرتضع و فروعه من جهة و المرضعة و صاحب اللبن و اصولهما و فروعهما و من كان في طبقتهما من جهة اخري، و لا يتعدى ما سوي ذلك لان العناوين السبعة لا تتحقق الا فيما ذكر، بخلافه بناء علي عموم المنزلة، فان الحرمة تتعدى إلي اصول المرتضع و من كان في طبقتة من جهة و المرضعة و صاحب اللبن7.

ص: 331

و اصولهما و فروعهما و من كان في طبقتهما من جهة اخرى.

اجل هناك استثناء - علي رأي المشهور - تأتي الاشارة إليه إن شاء الله تعالى في الرقم 4، 5.

4 - و اما انه تحرم علي ابي المرتضع بنات المرضعة

بالرغم من عدم اقتضاء القاعدة لذلك - حيث لا يصرن بالاضافة إليه الا اخوات لولده، و اخت الولد ليست من المحرمات بعنوانها في باب النسب و انما تحرم اما لكونها بنتا أو ربيبة - فلصحيحة ايوب بن نوح: «كتب علي بن شعيب إلي ابي الحسن عليه السلام: امرأة ارضعت بعض ولدي هل يجوز لي ان اتزوج بعض ولدها؟ فكتب عليه السلام: لا يجوز ذلك لك لان ولدها صارت بمنزلة ولدك» (1) و غيرها.

و اما قصر الحكم علي بنات المرضعة من النسب دون الرضاع فلظهور كلمة «الولد» في الصحيحة في ذلك، و في غيره يتمسك باصالة الحل المستفادة من قوله تعالى: **وَ أَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ** (2).

ان قلت: لم لا يتمسك باطلاق دليل تنزيل الرضاع منزلة النسب لإثبات تنزيل بنات المرضعة رضاعا منزلة بناتها نسبا فيحرم الجميع علي ابي المرتضع.

قلت: المفروض في المقام كون بنات المرضعة بنات رضاعية لها من لبن فحل آخر غير الذي ارتضع الرضيع من لبنه - و إلا حرمن أيضا كما تأتي الاشارة إليه في الرقم 5 - و شرط التنزيل و تحقق الاخوة الرضاعية بين المرتضعين و من ثم الحرمة وحدة الفحل كما يأتي إن

ص: 332

1- وسائل الشيعة 14:306 الباب 16 من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث 1.

2- النساء: 24.

شاء الله تعالى. و اذا لم تكن حرمة بينهما فلا تسري الحرمة الي ابي المرتضع، فان الرواية سؤالاً و جواباً ناظرة الي اولاد المرضعة الذين يحرمون علي المرتضع و ان مثل هؤلاء الاولاد هل يحرمون علي ابي المرتضع بعد ما حرموا علي ابنه؟ و اما اولادها الذين لا يحرمون علي المرتضع فعدم حرمتهم علي ابي المرتضع مما لا تأمل فيه و لا يخطر ببال السائل السؤال عن حكمهم بالاضافة اليه و هم خارجون عن مفروض الرواية و داخلون في عمومات الحل.

5 - و اما انه يحرم علي ابي المرتضع بنات صاحب اللبن

- و هو ما يعبر عنه في لسان الفقهاء بجملة: لا ينكح ابو المرتضع في اولاد صاحب اللبن نسبا و رضاعاً - بالرغم من عدم اقتضاء القاعدة لذلك - بالبيان المتقدم - فلصحيحة علي بن مهزيار: «سأل عيسى بن جعفر بن عيسى أبا جعفر الثاني عليه السلام: ان امرأة ارضعت لي صبياً فهل يحل لي ان اتزوج ابنة زوجها؟ فقال لي: ما اجود ما سألت، من هاهنا يؤتي ان يقول الناس: حرمت عليه امرأته، من قبل لبن الفحل، هذا هو لبن الفحل لا غيره»(1) فقلت له: الجارية ليست ابنة المرأة التي ارضعت لي هي ابنة غيرها فقال: «لو كنّ عشرة متفرقات ما حلّ لك شيء منهن و كنّ في

ص: 333

1- اي من هاهنا يأتي الجهل علي الناس حيث يقولون: ان لبن الفحل يحرم زوجة الفحل عليه، و لكنه اشتباه، فان لبن الفحل لا يوجب ذلك بل يوجب ما ذكرت و هو حرمة بنت صاحب اللبن علي ابي المرتضع. هكذا فسّر في الوافي 21:247 العبارة المذكورة. و فسرها الحرّ في هامش وسائله بشكل آخر فراجع. و الأمر سهل بعد عدم توقف الاستدلال بالصحيحة علي فهم المراد من الجملة المذكورة.

و اما التعميم لبنات صاحب اللبن من الرضاع أيضا فلغرض وحدة الفحل هنا فيقوم الرضاع مقام النسب.

6 - و اما حرمة الرضيع علي بنات صاحب اللبن ولادة أو رضاعا

فلأنهن اخوات من الاب و الام او من الاب فقط ، و الاخوات هن من العناوين المحرّمة بالنسب فتحرم في الرضاع أيضا.

و اما حرمة من ينتسب إلي المرضعة بالبنوة ولادة فلكونهم اخوة من الام فيحرمون.

و اما عدم حرمة من ينتسب إلي المرضعة بالبنوة رضاعا فلعدم اتحاد الفحل الذي هو شرط في انتشار الحرمة.

7 - و اما زواج اولاد ابي المرتضع ببنات المرضعة ولادة و بنات

صاحب اللبن ولادة أو رضاعا

فقد اختار الشيخ في الخلاف و النهاية عدم جوازه، بتقريب ان التعليل في صحيحة ابن مهزيار المتقدمة يدل علي تنزيل بنات صاحب اللبن منزلة بنات ابي المرتضع، و هكذا التعليل في صحيحة ايوب بن نوح يدل علي تنزيل بنات المرضعة منزلة بنات ابي المرتضع، و لازم ذلك صيرورة اولاد ابي المرتضع اخوة لبنات صاحب اللبن و لبنات المرضعة، و معه لا يجوز لهم الزواج بهنّ (2).

وفيه: ان التنزيل في الصحيحتين قد ثبت بلحاظ ابي المرتضع فقط ، و ذلك لا يستلزم اخوة بنات صاحب اللبن و بنات المرضعة لأولاد ابي المرتضع، إذ التعبد يتحدّد بدائرته و لا يسري إلي غيرها بعد ما لم

ص: 334

1- وسائل الشيعة 14:296 الباب 6 من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث 10.

2- الحدائق الناضرة 23:399.

تكن الملازمة شرعية، و من هنا قيل بعدم حجية الاصل المثبت.

وعليه فالمناسب هو الحكم بالجواز تمسكا بعموم قوله تعالى:

وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (1).

8 - و اما عدم الفرق في انتشار الحرمة بالرضاع بين كونه سابقا

علي العقد أو لاحقا

فلصحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام: «لو ان رجلا تزوج جارية رضیعة فارضعتها امرأته فسد النكاح» (2) وغيرها.

بل يكفينا اطلاق ما دلّ علي تنزيل الرضاع منزلة النسب بلا حاجة إلي خاص.

شروط الرضاع المحرم

اشارة

لا يوجب الرضاع انتشار الحرمة الا إذا تحققت الشروط التالية:

1 - حصول اللبن من ولادة شرعية.

2 - الارتضاع من الثدي فلا يكفي غيره، كشرّب اللبن المحلوب.

3 - عدم تجاوز الرضيع للحولين.

4 - خلوص اللبن فلا يكفي إذا كان ممزوجا بغيره مما يسلبه اسم اللبن.

5 - كون اللبن بتمامه من رجل واحد، فلو ولدت المرأة من زوجها الاول و تزوجت بآخر و حملت منه و قبل ان تلد ارضعت بلبن ولادتها الاولی صیبا عشر رضعات ثم بعد ولادتها الثانية اكملتها بخمس - اما من دون تخلل المأكول و المشروب أو مع فرض تخللها بناء علي عدم اخلال فصلهما في نشر الحرمة كما سيأتي إن شاء الله تعالى - لم يكف ذلك

ص: 335

1- النساء: 24.

2- وسائل الشيعة 14: 302 الباب 10 من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث 1.

6 - وحدة المرضعة، فلو كانت لرجل واحد وزوجتان اشتركتا في ارضاع طفل واحد خمس عشرة رضعة لم يكف ذلك.

7 - ان يكون الارتضاع موجبا لإنبات اللحم و شد العظم. و الطريق الشرعي لإحراز ذلك ارتضاع يوم و ليلة أو تحقق عشر رضعات متوالية. و قيل خمس عشرة رضعة.

8 - عدم الفصل برضاع آخر في التحديد الكمي و الزماني بخلافه في التحديد الكيفي فانه لا يعتبر فيه ذلك.

و اما الفصل بالاكل و الشرب فلا يعتبر عدمه في التحديد الكيفي و في الخمس عشرة رضعة بخلافه في التحديد الزماني فانه يعتبر فيه عدمه. و المستند في ذلك:

1 - اما اعتبار كون اللبن من ولادة شرعية

فلا خلاف فيه. و يمكن استفادته من صحيحة عبد الله بن سنان: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن لبن الفحل قال: هو ما ارضعت امرأتك من لبنك و لبن ولدك ولد امرأة اخري فهو حرام»⁽¹⁾، بتقريب ان اسناد اللبن إلي الفحل و الولد يدل علي اعتبار الوطء و الحمل و الولادة. و التعبير ب«امراتك» يدل علي اعتبار العقد الشرعي و عدم كفاية الولادة عن زنا.

و يدل عليه أيضا في الجملة صحيح يونس بن يعقوب عن ابي عبد الله عليه السلام: «سألته عن امرأة درّ لبنها من غير ولادة فأرضعت جارية و غلاما من ذلك اللبن هل يحرم بذلك اللبن ما يحرم من الرضاع؟

ص: 336

1- وسائل الشيعة 14:294 الباب 6 من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث 4.

2 - و اما اعتبار صدق عنوان الارضاع من الثدي

فلأن الحكم في الأدلة انيط بعنوان الارضاع و الرضاعة و نحو ذلك، و هو لا يصدق عرفاً من دون الامتصاص من الثدي، و لذا لا يقال لمن شرب الحليب المحلوب من البقرة انه ارتضع منها بخلاف ما لو امتصه من ثديها.

و مع التنزل و التسليم بصدقه بدون ذلك فيمكن ان يقال بانصرافه إلى النحو المتعارف منه، و فيما عداه يرجع إلى عموم قوله تعالى:

وَ أَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (2).

3 - و اما اعتبار ان يكون الرضاع في الحولين للمرتضع

فهو المعروف بين الاصحاب لصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام:

«لا رضاع بعد فطام»(3). و ظاهرها و ان كان يدل علي كون المدار علي الفطام الفعلي دون الوصول إلي سن الفطام، و هو الحولان الا انه لا بدّ من رفع اليد عن ذلك لرواية حماد بن عثمان: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا رضاع بعد فطام، قلت: و ما الفطام؟ قال: الحولين الذي قال الله عز و جل«(4)، حيث فسرت الفطام بالحولين دون الفطام الفعلي. و سندها و ان اشتمل علي سهل الا ان الامر فيه سهل ان شاء الله تعالى.

ثم انه لو رفضنا الرواية المذكورة يلزم جعل المدار علي الفطام الفعلي سواء كان بعد الحولين أم قبلهما.

ص: 337

- 1- وسائل الشيعة 14:302 الباب 9 من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث 1.
- 2- النساء: 24.
- 3- وسائل الشيعة 14:291 الباب 5 من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث 2.
- 4- وسائل الشيعة 14:291 الباب 5 من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث 5.

وإذا قيل: ان صحيحة داود بن الحصين عن ابي عبد الله عليه السلام:

«الرضاع بعد الحولين قبل ان يفظم محرّم»⁽¹⁾ تدل علي ان الرضاع بعد الحولين موجب لنشر الحرمة أيضا.

قلنا: انه يلزم ترجيح رواية حماد - بناء علي تمامية سندها و عدم امكان الجمع بينها و بين صحيحة داود - اما لموافقتهما لإطلاق الكتاب الكريم وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَُمْ أَوْ لِمَخَالَفَتِهَا لِلتَّقِيَةِ عَلِي مَا قِيلَ⁽²⁾.

ومع التنزل وفرض عدم المرجح لا بدّ من التساقط في مادة المعارضة و الرجوع إلي الاطلاق المتقدم كمرجع لا كمرجح.

هذا كله في المرتضع.

و اما ولد المرضعة فهل يشترط كونه في الحولين ؟ ذكر في جامع المقاصد ان في المسألة قولين:

أ - الاشتراط لقوله عليه السلام: «لا رضاع بعد فطام»، فانه يتناول ولد المرضعة.

ب - عدم الاشتراط لان المتبادر من الحديث المتقدم المرتضع دون ولد المرضعة.

واختار هو قدّس سرّه القول المذكور تمسكا بأصالة عدم الاشتراط⁽³⁾.

و كان من المناسب ان يتمسك لإثباته باطلاق مثل صحيحة عبد الله بن سنان المتقدمة في الرقم 1، فان الخارج منه هو المرتضع، 2.

ص: 338

1- وسائل الشيعة 14:292 الباب 5 من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث 7.

2- القائل بذلك هو الشيخ الطوسي حيث ذكر في كتابه تهذيب الاحكام 7:318 معلقا علي صحيحة داود ما نصه: «ويجوز ان يكون خرج مخرج التقية لأنه مذهب لبعض العامة».

3- جامع المقاصد 12:221.

حيث دَلَّ الدليل الخاص علي اعتبار كونه في الحولين، و اما ولد المرضعة فلم يدل دليل علي خروجه منه - لانصراف الحديث المتقدم الي المرتضع - فيبقي مشمولا له.

4 - و اما اعتبار الخلوص

فلان نشر الحرمة يتوقف علي صدق عنوان ارتضاع اللبن، و مع المزج الموجب لسلب الاسم لا يصدق ذلك.

5 - و اما اعتبار كون اللبن لفحل واحد

فهو المشهور. و يمكن استفادته من صحيحة ابن سنان المتقدمة حيث ورد فيها: «هو ما ارضعت امرأتك من لبنك»، فان عنوان لبنك لا يصدق مع تعدد الفحل.

و منه يتضح الوجه في اعتبار وحدة المرضعة، فان ظاهر كلمة «امراتك» هو شخص امرأتك دون جنسها.

هذا مضافا إلي تصريح موثقة زياد بن سوية الآتية باعتبار كلا الامرين.

ثم ان وحدة الفحل كما هي معتبرة لنشر الحرمة بين المرتضع و المرضعة و الفحل و... كذلك هي معتبرة لنشر الحرمة بين المرتضعين، فلو ارتضع اثنان من مرضعة واحدة بلبن فحلين لم تنتشر الحرمة بينهما و ان انتشرت بين كل واحد منهما مع المرضعة و الفحل و...

و تدل علي ذلك صحيحة الحلبي: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يرضع من امرأة و هو غلام أ يحل له ان يتزوج اختها لأمها من الرضاعة؟ فقال: ان كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلا يحل، فان كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن

فحلين فلا بأس بذلك»(1) وغيرها.

و خالف ذلك الشيخ الطبرسي و الفيض الكاشاني و اختارا انتشار الحرمة بين المرتضعين حتي مع عدم وحدة الفحل(2).

6 - و اما تحديد مقدار الرضاع الناشر للحرمة

فقد وقع محلا للخلاف. و منشؤه اختلاف الروايات.

و هي مع اختلافها اتفقت علي التحديد الكيفي و ان الارضاع متي ما اوجب نبات اللحم و شد العظم تحقق به نشر الحرمة.

بل يظهر منها ان المدار في نشر الحرمة هو التحديد الكيفي، و جاء التحديد الزماني و الكمي كطريق لا حراز ذلك ما نجد ذلك واضحا في صحيحة علي بن رثاب عن ابي عبد الله عليه السلام: «قلت: ما يحرم من الرضاع؟ قال: ما انبت اللحم و شد العظم. قلت: فتحرم عشر رضعات؟ قال: لا، لأنه لا تنبت اللحم و لا تشد العظم عشر رضعات»(3) وغيرها.

و الاختلاف في الروايات ينحصر في ضبط التحديد الكمي، ففي بعضها اكتفي بعشر رضعات متوالية، و في بعضها الآخر اعتبر خمس عشرة رضعة.

مثال الاول: صحيحة عمر بن يزيد: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الغلام يرضع الرضعة و الثنتين فقال: لا يحرم، فعددت عليه حتي أكملت عشر رضعات فقال: إذا كانت متفرقة فلا»(4).

ص: 340

- 1- وسائل الشيعة 14: 294 الباب 6 من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث 3.
- 2- مجمع البيان 2: 28، و الوافي 21: 248.
- 3- وسائل الشيعة 14: 283 الباب 2 من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث 2.
- 4- وسائل الشيعة 14: 283 الباب 2 من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث 5.

و مثال الثاني: موثقة زياد بن سوقة: «قلت لأبي جعفر عليه السلام: هل للرضاع حد يؤخذ به؟ فقال: لا يحرم الرضاع أقل من يوم و ليلة أو خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل بينها رضعة امرأة غيرها، فلو ان امرأة أرضعت غلاما أو جارية عشر رضعات من لبن فحل واحد و أرضعتها امرأة أخرى من فحل آخر عشر رضعات لم يحرم نكاحهما»(1).

و لو كنّا نحن و صحيحة ابن رثاب مع صحيحة عمر بن يزيد لكنّا نجمع بينهما بتقييد صحيحة ابن رثاب الدالة علي عدم الاكتفاء بعشر رضعات بحالة عدم التوالي بقريظة صحيحة عمر بن يزيد الا انه بعد ادخال موثقة زياد في الحساب يتحول التعارض الي التعارض المستقر، حيث تدل موثقة زياد علي عدم الاكتفاء بعشر رضعات حتي مع التوالي بخلاف صحيحة عمر بن يزيد حيث تدل علي الاكتفاء بها مع التوالي.

و لا يمكن الترجيح من خلال الموافقة و المخالفة للتقية لان الجمهور يكتفي اما بمسمي الرضاع أو الرضعة الواحدة أو سبع أو خمس رضعات و ليس القول بالعشر - فضلا عن الخمس عشرة رضعة - معروفا بينهم(2).».

ص: 341

1- وسائل الشيعة 14:283 الباب 2 من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث 1.

2- قال الجزيري في كتابه الفقه علي المذاهب الاربعة 4:228: «ان الشافعية و الحنابلة يقولون: ان الرضاع لا يحرم الا اذا كان خمس مرات، و المالكية و الحنفية يقولون: ان الرضاع يحرم مطلقا قليلا كان او كثيرا و لو قطرة. و قد استدلت الشافعية و الحنابلة بما رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان فيما انزل الله في القرآن ان عشر رضعات معلومات يحرم من فنسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلي الله عليه و سلم و هنّ فيما يقرأ من القرآن».

كما لا يمكن الترجيح من خلال موافقة الكتاب العزيز لان قوله تعالى: **وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ (1)** لا نظر له إلي تحديد المدة.

وهكذا قوله تعالى: **وَأَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (2)** يثبت الحل لما عدا الامهات و الاخوات من الرضاعة من دون دلالة علي ما يتحقق به ذلك.

ومع استقرار التعارض وعدم المرجح يتساقطان و يلزم الرجوع الي الاصل بلحاظ كل اثر بخصوصه، فبالنسبة إلي صحة العقد علي من رضعت عشرا يستصحب عدم ترتب الاثر، وبالنسبة إلي جواز النظر تجري البراءة علي فرض عدم وجود عموم يصلح التمسك به.

ومراعاة الاحتياط للفقيه و العامي قضية لا ينبغي الحياد عنها.

7 - و اما اعتبار عدم الفصل برضاع آخر في التحديد الكمي

فدلالة موثقة زياد و صحيحة عمر بن يزيد علي ذلك بوضوح.

و اما اعتبار ذلك في التحديد الزماني فلانصراف عنوان اليوم و الليلة إلي ذلك.

و اما عدم اعتبار ذلك في التحديد الكيفي فلان اللازم بناء عليه نبات اللحم و اشتداد العظم، و لا يهم بعد تحققة ثبوت الفصل بأي شيء كان لإطلاق النصوص من هذه الناحية.

8 - و اما ان الفصل بالاكل و الشرب لا يعتبر عدمه في التحديد

بخمس عشرة رضعة

فلان موثقة زياد قد قيدت الفاصل الذي يعتبر

ص: 342

1- النساء: 23.

2- النساء: 24.

عدمه بالرضاع من امرأة اخري، وهذا بخلافه لو اخذنا برواية العشر فإنه يعتبر عدم الفصل بذلك لاعتبار التوالي فيها الذي لا يصدق مع الفصل بالاكل و الشرب.

و اما انه لا يعتبر عدم الفصل بذلك في التحديد الكيفي فلان المعتبر فيه اشتداد العظم و نبات اللحم كيفما اتفق لفرض اطلاق الروايات من هذه الناحية.

و اما انه يعتبر عدم الفصل بذلك في التقدير الزماني فلعدم صدق عنوان اليوم و الليلة مع الفصل المذكور.

اجل لا يضر مثل شرب الماء و الدواء بمقدار قليل لأنه امر متعارف في اليوم و الليلة و لا يضر بالصدق عرفا.

ج - الاعتداد

اشارة

لا يجوز الزواج بالمرأة في عدتها من الغير.

و تحرم مؤبدا مع علمهما أو علم احدهما بالصغري و الكبرى و لو مع عدم الدخول. و مع الدخول تحرم كذلك و لو مع جهلها بذلك.

و لا فرق في الدخول بين كونه في القبل أو الدبر.

و من زني بامرأة في عدتها الرجعية حرمت عليه مؤبدا لدي المشهور.

و المستند في ذلك:

1 - اما حرمة الزواج بالمعتدة من الغير

فهو من ضروريات الدين.

وقد دلّ علي ذلك الكتاب الكريم في الجملة. قال تعالى: وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا

بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ (1) ، فانها بالمفهوم تدل علي المطلوب.

وقال: وَ الْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ (2) ، فان المقصود من وجوب التربص - ولا أقلّ بقرينة الآية الاولي - هو الامتناع عن الزواج.

وقال تعالى: يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ (3) ، فانه لا معني لإحصاء العدة الا اذا فرض حرمة الزواج فيها.

وقال: وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ (4) ، فانه لا معني لوجوب التربص - و لو بقرينة ذيلها - الا حرمة زواجها بالغير.

هذا من حيث الكتاب الكريم.

واما الروايات فيمكن استفادة ذلك من صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج الآتية وغيرها.

2 - و اما التقييد بما إذا كانت العدة من الغير

فباعتبار ان المفهوم من نصوص تشريع العدة كون المنع من الزواج هو لاحترام ذي العدة.

و اذا شكك في ذلك امكن التمسك بنصوص الزواج المؤقت الدالة علي جواز تجديد الزوج العقد في العدة - بعد ضم عدم القول بالفصل

-

ص: 344

1- البقرة: 232.

2- البقرة: 228.

3- الطلاق: 1.

4- البقرة: 234.

كما في صحيح محمد بن مسلم حيث سأل ابا عبد الله عليه السلام عن المتعة فقال: «ان اراد ان يستقبل امرا جديدا فعل، و ليس عليها العدة منه، و عليها من غيره خمسة و اربعون ليلة»(1) و غيره.

3 - و اما الحرمة المؤبدة

فلا بد لإثباتها من الاستعانة بالروايات.

و هي علي طوائف أربع:

الاولي - ما دلّ علي الحرمة المؤبدة مطلقا.

الثانية - ما دلّ علي نفيها مطلقا.

الثالثة - ما دلّ علي التفصيل بين حالة العلم فتحرم مؤبدا و حالة الجهل فلا تحرم.

الرابعة - ما دلّ علي التفصيل بين فرض الدخول فتحرم مؤبدا و بين عدمه فلا تحرم.

مثال الاولي: رواية محمد بن مسلم: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها قال: يفرّق بينهما و لا تحل له ابدا»(2).

و سندها لا يخلو من اشكال لاشتماله علي عبد الله بن بحر الذي لم تثبت وثاقته الابناء علي تمامية كبري وثاقة جميع رجال تفسير القمي.

و مثال الثانية: صحيحة علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام: «سألته عن امرأة تزوجت قبل ان تنقضي عدتها قال: يفرّق بينها و بينه و يكون خاطبا من الخطاب»(3).

و سندها في رواية قرب الاسناد و ان اشتمل علي عبد الله بن

ص: 345

1- وسائل الشيعة 14: 475 الباب 23 من أبواب المتعة الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 14: 350 الباب 17 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 22.

3- وسائل الشيعة 14: 349 الباب 17 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 19.

الحسن الذي هو مجهول الحال الا ان صاحب الوسائل قد رواها من كتاب علي بن جعفر نفسه، و طريقه إليه صحيح كما تقدم أكثر من مرة(1).

و مثال الثالثة: موثقة إسحاق بن عمار: «قلت لأبي ابراهيم عليه السلام:

بلغنا عن ابيك ان الرجل إذا تزوج المرأة في عدتها لم تحل له أبدا فقال:

هذا إذا كان عالما فإذا كان جاهلا فارقها و تعتد ثم يتزوجها نكاحا جديدا»(2).

و مثال الرابعة: صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «سألته عن المرأة الحبلي يموت زوجها فتضع و تزوج قبل ان تمضي لها اربعة اشهر و عشرا فقال: ان كان دخل بها فرّق بينهما و لم تحل له ابدا و اعتدت ما بقي عليها من الاول و استقبلت عدة اخري من الآخر ثلاثة قروء و ان لم يكن دخل بها فرّق بينهما و اعتدت بما بقي عليها من الاول و هو خاطب من الخطاب»(3).

و الطائفتان الاخيرتان متعارضتان بالعموم من وجه لدلالة احدهما علي الحرمة المؤبدة مع العلم سواء تحقق الدخول أم لا، و ثانيتهما علي الحرمة المؤبدة مع الدخول سواء فرض الجهل أم لا، و الجمع بينهما كما يمكن بتقييد منطوق كل واحدة بمنطوق الاخرى الذي لازمه تحقق الحرمة المؤبدة عند تحقق العلم و الدخول كذلك يمكن بتقييد مفهوم كل واحدة بمنطوق الاخرى، و لازمه كفاية العلم او6.

ص: 346

1- راجع كتاب البيع تحت عنوان «محرمات في الشريعة».

2- وسائل الشيعة 14: 347 الباب 17 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 10.

3- وسائل الشيعة 14: 346 الباب 17 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 6.

الدخول في تحقق الحرمة المؤبدة.

والارجح هو الجمع بالشكل الثاني لعدم المعارضة بين المنطوقين ليعمل التقييد فيهما وانما هي بين اطلاق المفهومين، و معه يكون المناسب تقييد اطلاق المفهوم في كل واحدة بمنطوق الاخرى و تكون النتيجة تحقق الحرمة المؤبدة عند افتراض احد الامرين: العلم أو الدخول.

وبعد هذا يمكن رفع التعارض بلحاظ الطائفة الاولى والثانية أيضا، و ذلك بحمل الاولي علي فرض الدخول أو العلم و الثانية علي فرض عدمهما، فان العرف يجمع بين الطائفتين المطلقتين بالشكل المذكور بقريئة الطائفة المفصلة.

ثم ان الطائفة الاولى وان كانت ضعيفة السند بناء علي انكار الكبرى المتقدمة الا ان حذفها لا يؤثر علي النتيجة التي تم التوصل إليها كما هو واضح.

هذا كله فيما تقتضيه قواعد الجمع العرفي.

وقد دلت صريحا علي النتيجة المذكورة صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «إذا تزوج الرجل المرأة في عدتها و دخل بها لم تحل له ابدا عالما كان أو جاهلا، و ان لم يدخل حلت للجاهل و لم تحل للآخر»(1).

4 - و اما ان علم احدهما يكفي في تحقق الحرمة المؤبدة

فهو واضح لو كان العالم هو الزوج لكون ذلك مورد موثقة اسحاق المتقدمة.

و اما لو كان العالم هو الزوجة فيمكن التمسك بذيل صحيحة

ص: 347

1- وسائل الشيعة 14: 345 الباب 17 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 3.

الحلبي المتقدمة، فانه باطلاقه يشمل الزوجة، وعدم ثبوت الحلية لها بالرجوع كاف في اثبات المطلوب.

5 - و اما ان المقصود من العلم الموجب للحرمة المؤبدة هو العلم

بالصغري والكبرى

فباعتبار ان ظاهر الروايات المتقدمة و ان كان هو ارادة العلم بالعدة الا ان العلم بها لما كان يلزم العلم بالحرمة عادة فيثبت ان المراد من العلم - الذي هو سبب للحرمة المؤبدة - هو العلم بالموضوع و الحكم معا و لا يكفي العلم باحدهما في تحقق الحرمة المؤبدة.

و لو قطعنا النظر عن هذا فيمكن استفادة ذلك بوضوح من صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن ابي ابراهيم عليه السلام: «سألته عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها بجهالة أهي ممن لا تحل له أبدا؟ فقال: لا، اما إذا كان بجهالة فليزوجها بعد ما تنقضي عدتها وقد يعذر الناس في الجهالة بما هو أعظم من ذلك فقلت: بأي الجهالتين يعذر بجهالته ان ذلك محرم عليه أم بجهالته انها في عدة؟ فقال: احدي الجهالتين اهون من الاخرى، الجهالة بان الله حرّم ذلك عليه، و ذلك بانه لا يقدر علي الاحتياط معها فقلت: و هو في الاخرى معذور؟ قال: نعم إذا انقضت عدتها فهو معذور في ان يتزوجها...»(1).

6 - و اما كفاية الدخول في الدبر في تحقق الحرمة المؤبدة

فلإطلاق ما تقدم.

7 - و اما ان من زني بالمرأة في عدتها الرجعية تحرم عليه مؤبدا

ص: 348

1- وسائل الشيعة 14: 345 الباب 17 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 4.

فيمكن اثباته من خلال مقدمتين:

أ - ان المعتدة الرجعية زوجة حقيقة خلافا للمشهور القائل بترتب احكام الزوجة عليها من دون ان تكون زوجة حقيقة.

ب - ان الزنا بذات البعل موجب للحرمة المؤبدة.

اما المقدمة الاولى فيمكن استفادتها من صحيحة سعد بن ابي خلف: «سألت ابا الحسن موسى عليه السلام عن شيء من الطلاق فقال: «إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فقد بانت منه»(1) وغيرها مما اشتمل علي التعبير بكلمة «بانت»، فانها ظاهرة في بينونة الزوجية نفسها - لا بينونة احكامها - في الطلاق البائن، وبقاء الزوجية وعدم بينوتتها في الطلاق الرجعي الا بانقضاء العدة.

و اما المقدمة الثانية فقد تقدم(2) تبني المشهور لها لوجوه ثلاثة.

وبهذا اتضح ان تخريج الحرمة المؤبدة في حق الزاني بالمعتدة الرجعية لا يتم الا علي رأي المشهور القائل بتمامية المقدمة الثانية.

كما انه لا مجال للمشهور المنكر للمقدمة الاولى تخريج الحرمة المؤبدة الا بالتشبهت بالإجماع المدعي في المسألة.

8 - و اما قصر الحكم علي المعتدة الرجعية دون البائنة او المعتدة

بعدة الوفاة

فللتمسك بالاصل المستفاد من قوله تعالى: وَ أَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (3) بعد قصور المانع عن الشمول لغير المعتدة الرجعية.

ص: 349

1- وسائل الشريعة 436:15 الباب 20 من أبواب العدد الحديث 1.

2- في الرقم 14 تحت عنوان «المصاهرة».

3- النساء: 24.

إشارة

لا تجوز الزيادة في العقد الدائم علي اربع زوجات.

و من كانت عنده اربع و طلق واحدة رجعيا فلا يجوز له الزواج بالخامسة الا بعد انتهاء العدة.

و من طلق زوجته ثلاثا وقد تخللت بينها رجعتان او ما بحكمهما و لم يتخلل بينها نكاح رجل آخر حرمت عليه حتي تنكح زوجا غيره. و اذا تكرر الطلاق بعد ذلك حرمت في السادس كما سبق و في التاسع مؤبدا علي بيان يأتي في باب الطلاق إن شاء الله تعالى.

و المستند في ذلك:

1 - اما عدم جواز الزيادة علي اربع

فمما لا خلاف فيه بين المسلمين. و يمكن استفادته من قوله تعالى: **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنِي وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً (1)**، فان العدد و ان لم يكن له مفهوم الا ان ذلك فيما إذا لم يسق في مقام التحديد و الا ثبت له، و ظاهر الآية الكريمة سوقها لذلك.

و الروايات الدالة علي ذلك كثيرة، كصحيح زرارة و محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام: «إذا جمع الرجل اربعا و طلق احدهن فلا يتزوج الخامسة حتي تنقضي عدة المرأة التي طلق. و قال: لا يجمع ماءه في خمس» (2) و غيره.

و احتمال كون المقصود تحريم طء الخامسة دون اصل الزواج

ص: 350

1- النساء: 3.

2- وسائل الشيعة 14: 399 الباب 2 من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث 1.

لقوله عليه السّلام: «لا يجمع ماءه في خمس» ضعيف، لان ظاهره الكناية عن الزواج، و مع التنزل تكفيها الروايات الاخرى.

2 - و اما التخصيص بالعقد الدائم

فلا خلاف فيه. و تدل عليه الروايات الكثيرة، كصحيحة زرارة: «قلت: ما يحل من المتعة؟ قال: كم شئت»⁽¹⁾ وغيرها.

و لا يضرها الاضمار بعد ما كان المضمّر مثل زرارة الذي لا تليق به الرواية عن غير الامام عليه السّلام. علي ان بالامكان التعويض عنها بالروايات الاخرى.

و إذا قيل: ان موثقة عمار عن ابي عبد الله عليه السّلام قالت عن المتعة: «هي احد الاربعة»⁽²⁾، و هذا يدل علي الخلاف.

قلنا: لا بدّ من توجيهها بشكل و آخر لعدم التزام احد بمضمونها.

و يمكن حملها علي ارادة الاحتياط تحفظا من انكار المخالفين، كما دلت عليه بوضوح صحيحة البنظي عن ابي الحسن الرضا عليه السّلام: «قال ابو جعفر عليه السّلام: اجعلوهن من الاربع فقال له صفوان بن يحيى: علي الاحتياط؟ قال: نعم»⁽³⁾.

3 - و اما عدم جواز الزواج بالخامسة لمن طلق واحدة رجعيًا

فلا خلاف فيه. و تدل عليه صحيحة زرارة و محمد بن مسلم المتقدمة وغيرها.

و اما تقييد الطلاق بما إذا كان رجعيًا فهو المشهور باعتبار

ص: 351

1- وسائل الشيعة 14: 446 الباب 4 من أبواب المتعة الحديث 3.

2- وسائل الشيعة 14: 448 الباب 4 من أبواب المتعة الحديث 10.

3- وسائل الشيعة 14: 448 الباب 4 من أبواب المتعة الحديث ؟؟؟؟؟؟؟؟؟.

انقطاع العصمة في البائن.

و المناسب التعميم لإطلاق الصحيحة المتقدمة وغيرها الا ان يثبت اجماع تعبدي علي خلافه فيكون مقيدا.

ه - الكفر

اشارة

لا يجوز للمسلم الزواج بالكافرة غير الكتابية. وفي جوازه بالكتابية خلاف.

واما المسلمة فلا يجوز لها الزواج بغير المسلم مطلقا.

ولا يجوز للمسلم الزواج بالكتابية علي زوجته المسلمة بدون اذنها حتي بناء علي جواز زواج المسلم بالكتابية.

والمستند في ذلك:

1 - اما عدم جواز زواج المسلم بالكافرة غير الكتابية

فقد ادعي عليه الاجماع، وقد يستدل له بقوله تعالى: **وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنَ وَلَا أُمَّةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَا تُعْجِبُكُمْ أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ (1)**.

ولكنه - كما تري - خاص بالمشركة ولا يعم مطلق الكافرة الا ان يتمسك باحد البيانين التاليين:

أ- ان ذيل الآية الكريمة: **أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ** ينفي الخصوصية للمشركة.

ب- التمسك بالغاية - حتي يؤمن - حيث تدل علي ان المسلم

ص: 352

لا يجوز له الزواج بغير المؤمنة.

وكلاهما كما تري.

اما الاول فلان ذيل الآية الكريمة وارد مورد الحكمة فلا يمكن التمسك به لإثبات التعميم، بل لا ينفع التمسك به حتي علي تقدير وروده مورد العلة لأنه يدل أنذاك علي عدم ثبوت النهي إذا لم تتحقق الدعوة بالفعل الي النار، كما إذا كان بين الزوجين نفرة لا يمكن تحقق الدعوة إلي النار معها.

و اما الثاني فلاحتمال ان لا يكون المقصود من الايمان في الغاية الإسلام بل الايمان بالله سبحانه بنحو التوحيد و من دون شرك.

و الاولي الاستدلال بقوله تعالي: **وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفِرِ (1)**، فان العصم جمع عصمة، وهي ما يعتصم به كالعقد. و الكوافر جمع كافرة. و المراد نهى المؤمنين عن الاستمرار في نكاح الكوافر لانقطاع العصمة بالاسلام. و إذا ثبت هذا بقاء ثبت ابتداء بالاولوية.

و علي هذا يتمسك باطلاق الآية الكريمة الا ان يقوم دليل علي الخلاف في مورد فيقيد به في ذلك المورد.

2 - و اما الكتابية

فيمكن القول بجواز زواج المسلم بها انقطاعا بل دواما أيضا - خلافا لما قيل من عدم الجواز مطلقا أو في خصوص الدائم - لصحيفة معاوية بن وهب وغيره عن ابي عبد الله عليه السلام: «الرجل المؤمن يتزوج اليهودية و النصرانية فقال: إذا أصاب المسلمة فما يصنع باليهودية و النصرانية؟ فقلت له: يكون له فيها الهوي، قال: ان فعل

ص: 353

فليمنعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير...»(1) وغيرها.

هذا وقد يستدل علي عدم الجواز بما يلي:

أ - التمسك بالآية المتقدمة و لا تَنكحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ بَعْدَ تَفْسِيرِ الْمُشْرِكِ بما يعمّ الكتابي لقوله تعالى: وَقَالَتِ الْيَهُودُ عُزَيْرُ ابْنِ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ... اتَّخَذُوا أَحْبَابَهُمْ وَرُهْبَانَهُمْ أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ وَالْمَسِيحَ ابْنَ مَرْيَمَ وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا إِلَهًا وَاحِدًا لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ(2).

وفيه: ان كلمة «المشرك» منصرفة عن الكتابي. و التعبير في قوله تعالى: سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ لا يتنافي مع دعوي الانصراف المذكورة، و لذا نلاحظ عطف الكتابي علي المشرك في جملة من الآيات، كقوله تعالى: مَا يَدْعُوا الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا الْمُشْرِكِينَ... (3) وغيره.

ب - التمسك بقوله تعالى: لا- تَحِدْ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ... (4) ، بتقريب ان الزواج بالكتابية لما كان موجبا لموادتها المنهي عنها فيلزم ان يكون محرما.

وفيه: انه لا- تلازم بين الزواج و المودة. و مع التنزل يمكن القول بان المنهي عنه هو مادة من حادّ الله ورسوله من حيث الوصف المذكور لا2.

ص: 354

1- وسائل الشيعة 14: 412 الباب 2 من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث 1.

2- التوبة: 30-31.

3- البقرة: 105.

4- المجادلة: 22.

مطلقا بل يمكن القول بعدم دلالتها علي التحريم رأسا.

ج - التمسك بموثقة زرارة: «سألت ابا جعفر عليه السلام عن نكاح اليهودية و النصرانية فقال: لا يصلح للمسلم ان ينكح يهودية و لا نصرانية انما يحل منهنّ نكاح البله»(1).

وفيه: ان التعبير بجملة «لا يصلح» لا يدل علي التحريم بل هو أعم منه.

3 - و اما عدم جواز زواج المسلمة بالكافر

فلا- خلاف فيه، و يمكن استفادته من قوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَأَمْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَ لَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ (2) ، فان النهي في مرحلة البقاء يلزم النهي في مرحلة الحدوث ان لم يكن ذلك اولي.

و يمكن استفادة ذلك أيضا من روايات متعددة، كصحيحة عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام: «إذا أسلمت امرأة و زوجها علي غير الإسلام فرّق بينهما»(3) و غيرها.

4 - و اما عدم جواز الزواج بالكتابية علي المسلمة

فلعدة روايات، كصحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام: «لا تتزوج اليهودية و النصرانية علي المسلمة»(4) و غيرها.

بل في بعضها يضرب الزوج ثمن حدّ الزاني، كما في صحيح

ص: 355

1- وسائل الشيعة 14:414 الباب 3 من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث 1.

2- الممتحنة: 10.

3- وسائل الشيعة 14:421 الباب 9 من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث 4.

4- وسائل الشيعة 14:418 الباب 7 من أبواب ما يحرم بالكفر المتعة الحديث 1.

هشام بن سالم عن ابي عبد الله عليه السلام: «رجل تزوج ذمية علي مسلمة، قال:

يفرق بينهما و يضرب ثمن حدّ الزاني اثنا عشر سوطا و نصفها فان رضيت المسلمة ضرب ثمن الحدّ و لم يفرّق بينهما...»(1).

و دلالتها واضحة في ان عدم الجواز حق للمسلمة و ليس حكما شرعيا ليمتنع ارتفاعه باذنها أو رضاها المتأخر.

و، ز - الاحرام و اللعان

اشارة

لا يجوز للمحرم الزواج حالة احرامه سواء كانت المرأة محرمة أيضا أم لا.

و لو فعل ذلك مع علمه بالحرمة حرمت عليه مؤبدا سواء دخل بها أم لا.

و من قذف زوجته بالزنا حدّ حدّ القذف الا اذا لا عنها فانه يدرأ بذلك الحدّ عن نفسه و لكنه يحرم عليها مؤبدا.

و المستند في ذلك:

1 - اما عدم جواز زواج المحرم حالة احرامه

فلا- خلاف فيه. و تدل عليه صحيحة يونس بن يعقوب: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن المحرم يتزوج؟ قال: لا، و لا يزوّج المحرم المحل»(2) و غيرها.

2 - و اما الحرمة المؤبدة

فالروايات فيها علي ثلاث طوائف:

الاولي - ما دلّ علي الحرمة المؤبدة مطلقا.

الثانية - و ما دلّ علي عدمها مطلقا.

الثالثة - و ما دلّ علي التفصيل بين فرض العلم بالحرمة فتثبت الحرمة مؤبدا و بين عدمه فلا تثبت.

مثال الاولي: موقّعة اديم بن الحر عن ابي عبد الله عليه السلام: «ان المحرم

ص: 356

1- وسائل الشيعة 14: 419 الباب 7 من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث 4.

2- وسائل الشيعة 14: 378 الباب 31 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 2.

إذا تزوج وهو محرم فرّق بينهما ولا يتعاودان أبداً، والذي يتزوج المرأة ولها زوج يفرّق بينهما، ولا يتعاودان أبداً»(1).

و مثال الثانية: صحيحة محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السّلام: «قضي امير المؤمنين عليه السّلام في رجل ملك بضع امرأة وهو محرم قبل ان يحل فقضي ان يخلي سبيلها ولم يجعل نكاحه شيئاً حتى يحل، فاذا احلّ خطبها ان شاء و ان شاء اهلها زوجها، و ان شاء و لم يزوجه»(2).

و مثال الثالثة: صحيحة زرارة و داود بن سرحان عن ابي عبد الله عليه السّلام: «... و المحرم إذا تزوج وهو يعلم انه حرام عليه لم تحل له أبداً»(3).

و التعارض بين الاولي و الثانية - بقطع النظر عن الثالثة - و ان كان مستقراً الا انه بعد ملاحظة الثالثة يمكن الجمع عرفاً بحمل الاولي علي فرض العلم بالحرمة و الثانية علي فرض الجهل. و بذلك نصل إلي النتيجة المذكورة في المتن.

و اما التعميم لفرض الدخول و عدمه فلا إطلاق النصوص من هذه الناحية.

3 - و اما ان من قذف زوجته بالزنا حدّ حدّ القذف الا إذا لاعنها

فيأتي وجهه في باب الحدود ان شاء الله تعالى.

و اما ثبوت الحرمة المؤبدة باللعان فتدل عليه صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السّلام: «سئل عن الرجل يقذف امرأته قال: يلاعنها ثم يفرّق

ص: 357

- 1- وسائل الشيعة 9:91 الباب 15 من أبواب تروك الاحرام الحديث 2.
- 2- وسائل الشيعة 9:92 الباب 15 من أبواب تروك الاحرام الحديث 3.
- 3- وسائل الشيعة 14:378 الباب 31 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 1.

بينهما فلا تحل له أبداً»(1) وغيرها.

5 - الزواج المؤقت

إشارة

الزواج المؤقت - وهو ما يصطلح عليه بعقد التمتع - مشروع بلا اشكال.

ويعتبر فيه الايجاب والقبول اللفظيان، وتعيين المهر والاجل، وبدون ذلك يبطل.

كما يعتبر فيه الاعتداد بعد انتهاء الاجل او الابراء من باقيه بحيضتين كاملتين تلحظان بعد ذلك. وإذا فرض انها لا تحيض وهي في سن من تحيض لزمها الاعتداد بخمسة واربعين يوماً. هذا في غير الصغيرة واليأس والتي لم يدخل بها، واما هنّ فلا عدة عليهنّ .

هذا في غير موت الزوج أثناء الاجل والالزمها الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام.

والولد المتحقق به ملحق بالزوج وله جميع حقوق الولد الثابتة في العقد الدائم.

ولا تستحق الزوجة فيه النفقة ولا توارث بينها وبين الزوج لو تحقق موت احدهما في الاجل الا مع الاشتراط .

كما انه لا طلاق فيه بل تحصل البينونة بانتهاء المدة أو هبة ما تبقي منها.

ولا يجوز للمسلم التمتع بالكافرة غير الكتابية.

ولا يصح - عند المشهور - تجديد العقد دائماً أو منقطعاً قبل انتهاء الاجل.

ص: 358

1- وسائل الشيعة 14: 379 الباب 32 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 1.

و يجوز للمتمتع بها اشتراط عدم الدخول بها ولكنها لو أذنت بعد ذلك جاز.

و المستند في ذلك:

1 - اما شرعية الزواج المؤقت

فهي من شعار الامامية و ضرورات مذهبهم، بل ذلك مورد اتفاق جميع المسلمين و ان اختلفوا في نسخه بعد ذلك.

و يدل علي ذلك قوله تعالى: **وَ أَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصَيْنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً (1)**.

و أحاديثنا في ذلك متواترة بل و أحاديث غيرنا كذلك.

فمن أحاديثنا صحيح زرارة: «جاء عبد الله بن عمير الليثي إلي ابي جعفر عليه السلام فقال: ما تقول في متعة النساء؟ فقال: احلها الله في كتابه و علي سنة نبيه، فهي حلال إلي يوم القيامة فقال: يا ابا جعفر مثلك يقول هذا و قد حرّمها عمر و نهى عنها؟ فقال: و ان كان فعل، فقال: فاني اعيدك بالله من ذلك ان تحل شيئا حرّمه عمر فقال له: فانت علي قول صاحبك و انا علي قول رسول الله صلّي الله عليه و آله فهلّم الأعنك ان الحق ما قال رسول الله صلّي الله عليه و آله و ان الباطل ما قال صاحبك...» (2) و غيره.

و من احاديث غيرنا ما رواه البخاري و مسلم عن جابر بن عبد الله و سلمة بن الاكوع قالا: «خرج علينا منادي رسول الله صلّي الله عليه و آله فقال: ان

ص: 359

1- النساء: 24.

2- وسائل الشيعة 14: 437 الباب 1 من أبواب المتعة الحديث 4.

رسول الله صَلَّى اللهُ عليه وآله قد اذن لكم ان تستمتعوا، يعني متعة النساء»(1).

وبعد اتفاق السنة الشريفة من كلا الطرفين علي ذلك لا معني للإشكال في دلالة الآية الكريمة بدعوي ان الاستمتاع ليس بمعني عقد التمتع بل بمعني الدخول المتحقق في العقد الدائم و ان الآية بصدد بيان ان الدخول موجب لاستحقاق المهر كاملا(2) ، ان هذا لا يجدي بعد دلالة السنة الشريفة و اتفاق المسلمين علي ذلك(3).

اجل قد تنفع في المقام دعوي نسخ المشروعية، الا ان صدور ذلك من النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله ان لم يكن مقطوع العدم فهو مشكوك فيه، و معه يجري استصحاب عدم النسخ الذي هو حجة لدي الجميع بما في ذلك المنكر لحجية الاستصحاب في باب الاحكام الكلية.

و صدور النهي من بعد زمان النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله و ان كان مسلما(4) الا انه:

ص: 360

1- صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب نكاح المتعة الرقم 1405، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب نهى رسول الله صَلَّى اللهُ عليه وآله عن نكاح المتعة آخر الرقم 5117.

2- احكام القرآن لأبي بكر الجصاص 2:184 و تفسير القرطبي 5:129 و تفسير الرازي 10:51.

3- من جملة من نقل الاتفاق علي اباحة المتعة في صدر الإسلام الفخر الرازي في تفسيره مفاتيح الغيب 10:51.

4- روي مسلم في باب نكاح المتعة في صحيحة الرقم 1409 عن ابي نضرة قال: «كنت عند جابر بن عبد الله فأتاه آت فقال: ابن عباس و ابن الزبير اختلفا في المتعتين فقال جابر: فعلناهما مع رسول الله صَلَّى اللهُ عليه و سلم ثم نهانا عنهما عمر فلم نعد لهما». و روي الرازي في تفسيره مفاتيح الغيب 10:52 عن عمران بن الحصين: «نزلت آية المتعة في كتاب الله تعالي و لم تنزل بعدها آية تنسخها و امرنا بها رسول الله صَلَّى اللهُ عليه و سلم و تمتعنا بها و مات و لم ينهنا عنه، ثم قال رجل برأيه ما شاء». و نقل في الصفحة نفسها من تفسيره عن الطبري في تفسيره عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه: «لو لا ان عمر نهى الناس عن المتعة ما زني الا شقي». و نقل في الصفحة نفسها أيضا ان الخليفة الثاني قال في خطبته: «تمتعتان كانتا علي عهد رسول الله صَلَّى اللهُ عليه و سلم انا انهى عنهما و اعاقب عليهما». و قد روي المضمون المذكور البيهقي في سننه 7:206. و روي أحمد في مسنده 3:325: «تمتعتان علي عهد رسول الله: الحج و النساء فنهانا عنهما عمر فاتتهينا». و روي احمد في مسنده أيضا 2:95 عن عبد الله بن عمر الذي كان يفتي بجواز التمتع: «كيف تخالف أباك و قد نهى عن ذلك؟ فقال لهم: ويلكم ألا تتقون... أفرسول الله صَلَّى اللهُ عليه و سلم أحق أن تتبعوا سنته أم سنة عمر».

لا ينفذ بعد ما كان نسخ الاحكام حقا خاصا بالنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَفِي عَصْرِهِ لَوْضُوحِ اِنْ حَلَالِهِ حَلَالٌ اِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ وَحَرَامِهِ حَرَامٌ اِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ(1).

وَمِنْ الْجَرَءِ عَلَيَّ اللهُ سُبْحَانَهُ مَقَالَةٌ مِنْ اِجَابٍ: «اِنْ مَخَالَفَةُ الْمُجْتَهِدِ لِغَيْرِهِ فِي الْمَسَائِلِ الْاجْتِهَادِيَّةِ لَيْسَ بَبَدْعٍ»(2)، اِنْ اللهُ سُبْحَانَهُ يَقُولُ عَنْ نَبِيِّهِ: «مَا يَنْطَلِقُ عَنِ الْهُوِيِّ * اِنْ هُوَ اِلَّا وَحْيِي يُوحِي (3)، قُلْ مَا يَكُونُ لِي اَنْ اُبَدِّلَهُ مِنْ تَلَقُّاءِ نَفْسِي اِنْ اَتَّبَعُ اِلَّا مَا يُوحِي اِلَيَّ (4) وَفِي مُقَابَلِهِ يَقَالُ: اِنْ النَّبِيَّ مُجْتَهِدٌ كَبْقِيَّةِ اَفْرَادِ الْبَشَرِ دُونَ اَيِّ فَرْقٍ، كَبُرَتْ كَلِمَةٌ تَخْرُجُ مِنْ اَفْوَاهِهِمْ اِنْ يَقُولُونَ اِلَّا كَذِبًا (5).5.

ص: 361

1- ورد المضمون المذكور في صحيحة زرارة التي رواها الشيخ الكليني في الكافي 1:58.

2- الجواب المذكور نقله القوشجي في شرحه علي تجريد الاعتقاد: 374 في مقام الدفاع عن الخليفة الثاني - الذي صعد المنبر وقال: ايها الناس ثلاث كنّ علي عهد رسول الله انا انهي عنهن واحرمهن واعاقب عليهن وهي متعة النساء و متعة الحج و حيي علي خير العمل - من دون تعليق عليه.

3- النجم: 3-4.

4- «لولا ان عمر نهى الناس عن المتعة ما زني الا شقي». و نقل في الصفحة نفسها أيضا ان الخليفة الثاني قال في خطبته: «متعتان كانتا علي عهد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ انا انهي عنهما و اعاقب عليهما». و قد روي المضمون المذكور البيهقي في سننه 7:206. و روي أحمد في مسنده 3:325: «تمتعنا متعتين علي عهد رسول الله: الحج و النساء فهناك عنهما عمر فانتهينا». و روي احمد في مسنده أيضا 2:95 عن عبد الله بن عمر الذي كان يفتي بجواز التمتع: «كيف تخالف أباك و قد نهى عن ذلك؟ فقال لهم: ويلكم ألا تتقون... أ فرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أحق أن تتبعوا سنته أم سنة عمر».

5- الكهف: 5.

وإذا قيل في الرد علي مشروعية المتعة: «سمي الزنا سفاحاً لانتفاء احكام النكاح عنه من ثبوت النسب ووجوب العدة وبقاء الفراش، ولما كانت هذه المعاني موجودة في المتعة كانت في معني الزنا»(1).

قلنا: هذه مناقشة لله سبحانه و لرسوله الاكرم صلّي الله عليه وآله حيث ثبتت المشروعية عنهما في بداية الشريعة بالاتفاق. علي انه سيأتي اعتبار الامور الثلاثة المذكورة في الزواج المؤقت كالدائم.

وإذا قيل: ان ايجار المرأة نفسها كل فترة من الزمن لرجل يتنافي و الاحصان المؤكد عليه في الشريعة و يتلاءم مع السفاح.

بل جواز المتعة يتنافي مع قوله تعالى: وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (2)، فان المتمتع بها ليست زوجة و لا ملك يمين فيكون الزواج بها من العدوان المحرم.

علي ان التحريم الصادر من الخليفة الثاني لم يكن من قبل نفسه بل هو مبين و منفذ له، و إذا كان النهي قد نسبه إلي نفسه فهو بهذا المعني(3).

قلنا: لا تنافي بين الزواج المؤقت و الاحصان إذا ما فهمنا شروطه كما ينبغي. كيف و لو كان يلزم منه ذلك عاد الاشكال الي تشريعه الثابت في عهد الرسول صلّي الله عليه وآله جزماً؟!

و المنافاة مع الآية الكريمة لا نعرف لها وجهاً بعد ما كانت المتعة5.

ص: 362

1- القول المذكور هو للجصاص في احكام القرآن 2:186.

2- المعارج: 29-30.

3- القول المذكور هو لمحمد رشيد رضا في تفسير المنار 5:13.

فردا حقيقيا للزواج، غايته هي زواج مؤقت له تمام خصوصيات الزواج الدائم الا من بعض الجهات.

و الدفاع المذكور أخيرا دفاع بما لا يرضي به صاحبه و هو أو هن من بيت العنكبوت.

2 - و اما ان الزواج المؤقت لا يتحقق الا بايجاب و قبول لفظيين

فباعترابه انه فرد من الزواج فيشمله ما تقدم اعتباره في الزواج الدائم.

بل ان الزواج المؤقت اختص بروايات دلت علي اعتبار ذلك فيه، وقد تقدمت الاشارة إلي بعضها سابقا.

ثم ان الصيغة التي يقع بها الزواج المذكور ان تقول المرأة: متعتك أو أنكحتك أو زوجتك نفسي بمهر كذا إلي أجل كذا ثم يقول الرجل:

قبلت.

و كل ما تقدم من ابحاث في الزواج الدائم - كاعتبار العريية أو تقدّم الايجاب أو كونه من المرأة أو... آت هنا لكونه فردا حقيقيا للزواج كالدائم.

3 - و اما اعتبار تعيين المهر و الاجل في الزواج المؤقت و بطلانه

عند عدم ذلك

فلصحيحة زرارة عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا تكون متعة الا بأمرين: أجل مسمي و اجر مسمي»⁽¹⁾ وغيرها.

4 - و اما وجوب الاعتداد بعد انتهاء الاجل او البراء من باقيه

فلا اشكال فيه في الجملة، و انما الاشكال في مقدار العدة، حيث دلت بعض الروايات علي انه حيضتان في من تحيض و خمسة و أربعون

يوما في

ص: 363

1- وسائل الشيعة 14: 465 الباب 17 من أبواب المتعة الحديث 1.

من لا تحيض و هي في سن من تحيض، في حين دلّ بعضها الآخر علي كونه حيضة واحدة في من تحيض و خمسة و اربعين يوما في من لا تحيض.

مثال الاول: صحيحة اسماعيل بن الفضل الهاشمي: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن المتعة فقال: الق عبد الملك ابن جريح فسله عنها فان عنده منها علما، فلقيته فأملني علي شيئا كثيرا في استحلالها و كان فيما روي لي فيها... فاذا انقضي الاجل بانت منه بغير طلاق... و عدتها حيضتان و ان كانت لا تحيض فخمسة و أربعون يوما قال: فأتيت بالكتاب ابا عبد الله عليه السلام فقال: صدق و اقرّ به...»(1).

و مثال الثاني: صحيحة زرارة عن ابي عبد الله عليه السلام: «عدة المتعة ان كانت تحيض فحيضة، و ان كانت لا- تحيض فشهرو نصف»(2).

و الجمع العرفي بينهما بحمل الاول علي الاستحباب متعذر اما لان الاوامر الارشادية لا تقبل ذلك مطلقا او لأنها و ان قبلت ذلك ولكن بشرط ان يكون لسان الامر دون لسان الاخبار كما هو المفروض في المقام.

و مع تعذر الجمع العرفي يكون التعارض مستقرا فيلزم الرجوع إلي المرجحات - موافقة الكتاب الكريم و مخالفة التقية - و حيث انها غير متوفرة في المقام يتعين التساقط و الرجوع إلي الاصل، و هو يقتضي اعتبار الحيضتين للشك في ترتب الاثر علي العقد الثاني قبل مضي ذلك فيستصحب عدمه. و لا مجال للرجوع إلي قوله تعالى: وَ أَجَلٌ لَكُمْ مَا 1.

ص: 364

-
- 1- وسائل الشيعة 14: 447 الباب 4 من أبواب المتعة الحديث 8.
 - 2- وسائل الشيعة 14: 473 الباب 22 من أبواب المتعة الحديث 1.

وراء ذلكم (1) لكونه ناظرا الي العموم الافراي دون الاحوالي.

5 - و اما اعتبار كمال الحيضين بعد انتهاء الاجل او الابراء و عدم

كفاية الحيضة التي يقع انتهاء الاجل او الابراء في اثنائها

فهو واضح بناء علي ترجيح صحيحة الهاشمي لان ظاهر التعبير «وعدتها حيضتان» هو ما ذكر، و اما بناء علي التساقت و الرجوع إلي الاصل فالامر كذلك أيضا كما هو واضح.

6 - و اما عدم لزوم الاعتداد علي الصغيرة و اليأس و التي لم

يدخل بها

فتدل عليه رواية عبد الرحمن بن الحجاج: «قال ابو عبد الله عليه السلام:

ثلاث يتزوجن علي كل حال: التي لم تحض و مثلها لا تحيض قال: قلت:

و ما حدّها؟ قال: إذا اتي لها أقلّ من تسع سنين، و التي لم يدخل بها و التي قد يئست من المحيض و مثلها لا تحيض...» (2) و غيرها.

و سندها و ان اشتمل علي سهل بن زياد الا ان الامر فيه سهل إن شاء الله تعالى.

7 - و اما ان عدتها من الوفاة اربعة أشهر و عشرة ايام

فهو المشهور. و تدل عليه صحيحة زرارة: «سألت ابا جعفر عليه السلام ما عدة المتعة إذا مات عنها الذي تمتع بها؟ قال: اربعة اشهر و عشرا، ثم قال:

يا زرارة كل النكاح إذا مات الزوج فعلي المرأة حرة كانت أو أمة و علي أي وجه كان النكاح منه متعة أو تزويجا أو ملك يمين فالعدة أربعة أشهر و عشرا...» (3) و غيرها.

ص: 365

1- النساء: 24.

2- وسائل الشيعة 15: 406 الباب 2 من أبواب العدد الحديث 4.

3- وسائل الشيعة 15: 484 الباب 52 من أبواب العدد الحديث 2.

بل يمكن التمسك بعموم قوله تعالى: وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا... (1).

وإذا قيل: انه ورد في رواية علي بن يقطين عن ابي الحسن عليه السلام:

«عدة المرأة إذا تمتع بها فمات عنها خمسة و اربعون يوماً» (2) ، وفي رواية الحلبي عن ابيه عن رجل عن ابي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجل تزوج امرأة متعة ثم مات عنها ما عدتها؟ قال: خمسة وستون يوماً» (3) وهذا يتنافي مع ما تقدم.

قلنا: لو تمّ سند الروایتين ولم يناقش في الاولي من ناحية احمد بن هلال وفي الثانية من ناحية الارسال تحقق التعارض بينهما من جهة و بين صحیحة زرارة من جهة اخري و ينبغي ترجیح الثانية لموافقتهما للكتاب الكريم.

8 - و اما ان الولد ملحق بالزوج فهو من واضحات الفقه.

و تدل عليه صحیحة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث عن المتعة قلت: «أ رأيت إن حبلت فقال: هو ولده» (4) و غيرها.

بل لا نحتاج إلي رواية خاصة بعد قول النبي صلي الله عليه وآله: «الولد للفراش و للعاهر الحجر» (5).

و اما ترتب جميع حقوق الولد - الثابتة في العقد الدائم - عليه

ص: 366

1- البقرة: 234.

2- وسائل الشيعة 15: 485 الباب 52 من أبواب العدد الحديث 3.

3- وسائل الشيعة 10: 485 الباب 52 من أبواب العدد الحديث 4.

4- وسائل الشيعة 14: 488 الباب 33 من أبواب المتعة الحديث 1.

5- وسائل الشيعة 14: 568 الباب 58 من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث 4.

فباعتبار ان ذلك لازم كونه ولده، إذ يشملته آنذاك اطلاق أدلة احكام الولد الثابتة لعنوانه.

9 - و اما عدم استحقاق المتمتع بها للنفقة

فقد ادعي صاحب الجواهر الاجماع علي ذلك (1). و استدل له الشيخ البحراني بما دلّ علي انها لا تطلق ولا تورث و انما هي مستأجرة، قال قدّس سرّه: «و من المعلوم ان الاجير لا نفقة له» (2).

و كان من المناسب له الاستدلال لذلك أيضا برواية هشام بن سالم: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اتزوج المرأة متعة مرة مبهمة فقال: ذلك اشد عليك ترثها و ترثك و لا يجوز لك ان تطلقها الا علي طهر و شاهدين قلت: اصلحك الله فكيف أتزوجها قال: اياما معدودة بشيء مسمي مقدار ما تراضيتم به فاذا مضت ايامها كان طلاقها في شرطها و لا نفقة و لا عدة لها عليك» (3).

و لعل دلالتها واضحة الا ان سندها يشتمل علي موسى بن سعدان و عبد الله بن القاسم اللذين لم تثبت وثاقتهم، و لكن ذلك غير مهم علي مباني الشيخ البحراني قدّس سرّه.

هذان وجهان لإثبات عدم وجوب الانفاق علي المتمتع بها.

و كلاهما كما تري.

و الأنسب ان يستدل علي ذلك بان المسألة عامة البلوي، و حكمها

ص: 367

1- جواهر الكلام 303:31.

2- الحدائق الناضرة 98:25.

3- تهذيب الاحكام 267:7، و وسائل الشيعة 470:14 الباب 20 من ابواب المتعة الحديث 3.

لا- بدّ ان يكون واضحاً بين الاصحاح، و حيث لا- يحتمل ان يكون هو وجوب الانفاق - و الا- لانعكس ذلك علي الروايات و كلمات الاصحاح، و الحال ان الامر بالعكس تماما - فيتعين ان يكون هو عدم الوجوب، و هو المطلوب.

10 - و اما انه لا توارث في الزواج المؤقت الامع الاشرط

فهو المشهور. و الروايات في هذا المجال علي ثلاث طوائف:

الاولي - ما دلّ علي عدم الارث من دون تفصيل.

الثانية - ما دلّ علي الارث مع الشرط .

الثالثة - ما دلّ علي الارث الامع اشتراط العدم.

مثال الاولي: صحيحة زرارة عن ابي جعفر عليه السلام: «... و لا ميراث بينهما في المتعة إذا مات واحد منهما في ذلك الاجل»(1).

و السند يشتمل علي موسي بن بكر، و هو لم يوثق في كتب الرجال الا انه تقدم في ابحاث سابقة توجيه وثاقته.

و مثال الثانية: صحيحة البنزطي عن ابي الحسن الرضا عليه السلام:

«تزوج المتعة نكاح بميراث و نكاح بغير ميراث، ان اشترطت كان و ان لم تشرط لم يكن»(2).

و مثال الثالثة: موثقة محمد بن مسلم: «سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول في الرجل يتزوج المرأة متعة انهما يتوارثان إذا لم يشترط، و انما الشرط بعد النكاح(3)»(4)، بناء علي ان المقصود: اذا لم يشترط عدم

ص: 368

1- وسائل الشيعة 14: 2487 الباب 32 من أبواب المتعة الحديث 10.

2- وسائل الشيعة 14: 485 الباب 32 من أبواب المتعة الحديث 1.

3- لعل المقصود ان الشروط يلزم ان تذكر ضمن عقد النكاح و بعد كلمة «أنكحت».

4- وسائل الشيعة 14: 486 الباب 32 من أبواب المتعة الحديث 2.

الارث، واما اذا كان المقصود: إذا لم يشترط الاجل فهي أجنبية عن المقام ولا بدّ من حذف الطائفة الثالثة من الحساب.

ثم ان المعارضة تنحصر بين الطائفة الثالثة و الثانية و الا فالاولي ليست طرفا للمعارضة بعد كونها بمنزلة المطلق القابل للتقييد بأي واحدة من الطائفتين الاخيرتين.

وكلتا الطائفتين متفقتان علي ثبوت الارث مع الاشتراط و انما التعارض عند فرض عدم الاشتراط ، فالثانية تدل علي عدم الارث و الثالثة تدل علي ثبوته.

وبعد التعارض في هذا المقدار يتساقطان و يلزم الرجوع إلي الطائفة الاولي لأنها بمنزلة العام الفوقاني، و من ثم تكون النتيجة ثبوت الارث عند اشتراطه لكونه مورد اتفاق الطائفتين الاخيرتين و عدم ثبوته عند عدم اشتراطه تمسكا باطلاق الطائفة الاولي.

وبذلك نصل إلي النتيجة التي صار اليها المشهور.

و من هذا يتضح التأمل فيما اختاره صاحب الجواهر من الحكم بعدم الارث حتي مع اشتراطه بدعوي ان مقتضي عقد التمتع عدم الارث، فاشتراطه مخالف لمقتضي العقد بل هو علي حد اشتراط ارث غير الوارث المعلوم بطلانه بسبب مخالفته للكتاب و السنة(1).

ووجه التأمل: انه اتضح من خلال ما ذكرناه ان عقد التمتع لا يقتضي الارث في حالة عدم الاشتراط و الا فيقتضيه لاتفاق الطائفتين الاخيرتين علي ذلك.0.

ص: 369

11 - و اما انه لا طلاق في عقد التمتع بل تحصل البينونة بانتهاء

الاجل

فهو مما لا خلاف فيه. و تدل عليه صحيحة الهاشمي المتقدمة و غيرها.

و اما انه يصح للزوج هبة ما يبقي من الاجل و تبين بذلك فهو مما لا خلاف فيه أيضا. و تدل عليه صحيحة علي بن رثاب: «كتبت إليه أسأله عن رجل تمتع بامرأة ثم وهب لها ايامها قبل ان يفضي اليها او وهب لها ايامها بعد ما افضي اليها هل له ان يرجع فيما وهب لها من ذلك؟ فوقع عليه السلام: لا يرجع»⁽¹⁾ و غيرها.

و هي تدل علي المفروغية من جواز الابراء و انما السؤال عن جواز التراجع عنه.

و اضمارها لا يضرب بحجيتها للبيان المتقدم في ابحاث سابقة لإثبات حجية المضمرات بشكل عام.

12 - و اما عدم جواز الزواج المؤقت بالكافرة غير الكتابية

فلما تقدم نفسه من الوجه في العقد الدائم.

13 - و اما انه لا يصح تجديد العقد عليها قبل انتهاء الاجل

فهو المشهور. و استدلل لذلك صاحب الجواهر بوجوه ثلاثة:

أ- ان العقد إذا كان يؤثر من حينه يلزم محذور تحصيل الحاصل، و ان كان يؤثر بعد انتهاء الاجل يلزم تأخر الاثر عن المؤثر، و هو مستحيل.

ب - التمسك بمفهوم صحيحة ابي بصير: «لا بأس ان تزيدك

ص: 370

1- وسائل الشيعة 14: 483 الباب 29 من أبواب المتعة الحديث 1.

و تزيدها إذا انقطع الاجل فيما بينكما تقول لها استحلتك بأجل آخر برضا منها و لا يحلّ ذلك لغيرك حتي تنقضي عدتها»(1).

ج - التمسك برواية ابان بن تغلب: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك الرجل يتزوج المرأة متعة فيتزوجها علي شهر ثم انها تقع في قلبه فيحب أن يكون شرطه أكثر من شهر فهل يجوز ان يزيدا في اجرها و يزداد في الايام قبل ان تنقضي ايامه التي شرط عليها فقال: لا، لا يجوز شرطان في شرط . قلت: فكيف يصنع ؟ قال: يتصدق عليها بما بقي من الايام ثم يستأنف شرطا جديدا»(2). هذا ما افيد في الجواهر(3).

و الكل كما تري.

اما الاول فلان محذور تحصيل الحاصل يختص بالامور التكوينية دون الامور الاعتبارية، و ما المانع من تأثير العقد تأكيد الحاصل بلحاظ الفترة الباقية و التأسيس بلحاظ ما بعد انتهاء الاجل.

و اما الثاني فباعبار انه لا يبعد نظر صحيحة ابي بصير في مفهومها الي انه يجوز بعد انتهاء الاجل تجديد العقد من دون توقف علي انتهاء العدة و ليست ناظرة إلي ما هو المقصود في محل الكلام.

و اما الثالث فباعبار ان رواية ابان و ان كانت تامة الدلالة الا ان الشيخ الكليني قد رواها بطرق ثلاث تشترك جميعا في ابراهيم بن الفضل الهاشمي الذي لم تثبت وثاقته.

و عليه فالحكم بعدم الجواز لا بدّ من ابتناؤه علي الاحتياط - تحفظا0.

ص: 371

1- وسائل الشيعة 14:475 الباب 23 من أبواب المتعة الحديث 2.

2- الكافي 5:458.

3- جواهر الكلام 30:202.

14 - و اما جواز اشتراط عدم الوطء

فالظاهر انه لا خلاف فيه.

و تدل عليه صحيحة عمار بن مروان عن ابي عبد الله عليه السلام: «قلت: رجل جاء إلي امرأة فسألها ان تزوجه نفسها فقالت: ازوجك نفسي علي ان تلتمس مني ما شئت من نظر و التماس و تنال مني ما ينال الرجل من اهله الا ان لا تدخل فرجك في فرجي و تتلذذ بما شئت فاني اخاف الفضيحة، قال: ليس له الا ما اشترط» (1).

بل بالامكان التمسك باطلاق موثقة اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابيه عليهما السلام ان علي بن ابي طالب عليه السلام كان يقول: «من شرط لامرأته شرطا فليف لها به فان المسلمين عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما» (2).

و اما انه يجوز الوطء لو تنازلت عن شرطها فباعتبار ان ما اشترطته كان حقا لها لا عليها، و من حق كل صاحب حق التنازل عن حقه.

و من هذا يتضح التأمل فيما نسب إلي العلامة من عدم جواز الوطء حتي مع التنازل بتقريب ان العقد لم يتشخص الا بذلك الشرط، و خلافه ليس مندرجا في العقد (3).

علي ان المسألة تشتمل علي نص خاص، و هو ما رواه اسحاق بن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام: «رجل تزوج بجارية عاتق علي ان لا يفتضها

ص: 372

1- وسائل الشيعة 14:491 الباب 36 من أبواب المتعة الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 14:487 الباب 32 من أبواب المتعة الحديث 9.

3- الحدائق الناضرة 24:198.

ثم اذنت له بعد ذلك قال: إذا اذنت له فلا بأس»(1).

6 - أحكام النفقة

إشارة

يجب علي الزوج الانفاق علي زوجته الدائمة بما هو المتعارف من حيث الطعام والسكن والملابس وما شاكل ذلك بشرط ان لا تكون متمرده علي القيام بحقوقه الزوجية.

وإذا خرجت من بيت زوجها معلنة للتمرد فلا نفقة لها. واما إذا لم يكن عن تمرد فلا تستحق النفقة الا بعد عودها.

وإذا لم يعم الزوج بالنفقة الواجبة اشتغلت ذمته بها.

والمستند في ذلك:

1 - اما وجوب الانفاق علي الزوجة

فهو في الجملة من ضروريات الفقه. ويدل عليه قوله تعالى: وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِينَ عَنْ أَوْلَادِهِنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (2)، يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا...

وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (3)، فان مقتضى المعاشرة بالمعروف هو الانفاق بالشكل المتعارف من حيث المسكن والطعام وما شاكل ذلك.

واختصاص الآية الاولى بالزوجة المولود لها ليس مضرا بعد

ص: 373

1- وسائل الشيعة 15:45 الباب 36 من أبواب المهور الحديث 2. و العاتق: الجارية اول ما تدرك او الجارية التي لم تتزوج.

2- البقرة: 233.

3- النساء: 19.

عدم احتمال اختصاص الحكم بها.

هذا من حيث الكتاب الكريم.

و اما الروايات فهي كثيرة، كصحيحة ابي بصير: «سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول: من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقا علي الامام ان يفرق بينهما»⁽¹⁾ وغيرها.

2 - و اما التقييد بالزوجة الدائمة

- بالرغم من شمول اطلاق ما تقدم للمنقطة - فقد تقدم وجهه عند البحث عن الزواج المؤقت.

3 - و اما ان المدار علي المتعارف

فيمكن ان يقرب ببيانين:

أ - التمسك بفكرة الاطلاق المقامي، بان يقال: ان اثبات وجوب الانفاق من دون تحديده كما و كيفا يدل علي احالة الامر في المسألة الي العرف و ما هو المتعارف عنده.

ب - ان التقييد بكلمة «بالمعروف» في الآيتين الكريمتين يدل بوضوح علي المطلوب.

4 - و اما تعميم الانفاق الواجب لغير الطعام و الملابس

فللتمسك باطلاق الامر بالمعاشرة بالمعروف.

و لا يمكن تقييده بمدلول الآية الكريمة الاولي أو بالصحيحة لعدم ثبوت المفهوم لهما، بل الرزق في الآية يحتمل ان يراد به العموم دون خصوص الرزق للطعام، و الا فالسكن ليس مذكورا فيهما، و هل يحتمل عدم وجوب النفقة من ناحيته؟

ص: 374

1- وسائل الشيعة 15:223 الباب 1 من أبواب النفقات الحديث 2.

و هل المدار في النفقة الواجبة علي ملاحظة شأن الزوجة أو شأن الزوج أو شأن كليهما؟ لا يبعد أرجحية الأخير، فان المعاشرة بالمعروف تصدق مع ملاحظة شأن الاثنين دون احدهما.

5 - و اما اعتبار ان لا تكون الزوجة متمردة علي القيام بالحقوق

الزوجية

فباعتبار ان المعاشرة بالمعروف المأمور بها في الآية الكريمة لا تقتضي الا لزوم انفاق الزوج علي زوجته في حالة قيامها بحقوقه و الا فتركه للانفاق لا يعدّ امرا مخالفا للمعاشرة بالمعروف.

و إذا قيل: ان الآية الكريمة المذكورة و ان كانت ضيقة المدلول الا ان هذا لا ينافي التمسك باطلاق الآية الاخرى و الصحيحة المقتضي لوجوب الانفاق حتي مع النشوز.

قلنا: بما ان الآية الكريمة واردة مورد التحديد فتدل علي المفهوم الصالح لتقييد الاطلاق في غيرها.

6 - و اما عدم استحقاق النفقة مع الخروج عن تمرد

فلما تقدم من اشتراط وجوب النفقة بعدم التمرد علي الحقوق الزوجية.

و اما عدم استحقاقها مع الخروج بلا تمرد الا بعد العود فلموثقة السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام: «قال رسول الله صلّي الله عليه و آله: ايما امرأة خرجت من بيتها بغير اذن زوجها فلا نفقة لها حتي ترجع»⁽¹⁾.

و السكوني و النوفلي و ان لم يوثقا بشكل خاص الا انه تقدم في ابحاث سابقة امكان توجيه حجية رواياتهما.

7 - و اما انشغال ذمة الزوج بالنفقة اذا لم يؤدها

فيمكن استفادته

ص: 375

1- وسائل الشيعة 15:230 الباب 6 من أبواب النفقات الحديث 1.

من قوله تعالى: وَعَلَى الْمُؤْمِنِينَ رِزْقُهُمْ وَكِسْوَتُهُمْ (1)، فان التعبير بكلمة «علي» ظاهر في إرادة الحكم الوضعي دون مجرد الحكم التكليفي.

7 - احكام القسمة

اشارة

في وجوب القسمة بين الزوجات في مييت الليالي ابتداء أو بعد الشروع خلاف، فقليل بعدم الوجوب الا بالشروع، وقيل بالوجوب ابتداء.

وفي وجوب البقاء صبيحة ليلة المبيت وجه.

والواجب في المبيت هو المضاجعة دون المواقعة.

والمستند في ذلك:

1 - اما وجوب القسمة في مييت الليالي

فلا اشكال فيه في الجملة، فان لكل انسان الحق في الزواج بأربع نساء بالعقد الدائم، و إذا بات عند واحدة ليلة لزمه المبيت عند كل واحدة من البقية ليلة الا إذا تنازلت واحدة عن حقها فله ان يضع ليلتها حيث شاء.

و إذا كانت عنده ثلاث زوجات و بات عند واحدة ليلة لزمه المبيت عند كل واحدة من الأخيرتين بالمثل - الا مع التنازل فكما تقدم - و تبقي له ليلة يضعها حيث شاء.

و إذا كانت عنده زوجتان و بات عند واحدة ليلة لزمه المبيت عند الاخرى ليلة - الا مع التنازل - و كانت له ليلتان يضعهما حيث شاء.

ص: 376

1- البقرة: 233.

وهذا المقدار لم يقع محلاً للخلاف بين الفقهاء وإنما الخلاف في لزوم الشروع وعدمه في التقسيم ابتداءً، فهل يلزم من كانت عنده زوجتان مثلاً الشروع في المبيت، بان يبات عند هذه ليلة ثم عند الأخرى ليلة ويضع الليلتين الأخيرتين من الأربعة حيث شاء أو لا يلزمه ذلك بل له الحق في أن لا يبات عندهما رأساً؟

قيل بلزوم الشروع في التقسيم ابتداءً. وقيل لا يلزم ذلك ولكنه لو شرع بالمبيت عند واحدة لزمه المبيت عند الأخرى أيضاً ويعود حراً في الليلتين الأخيرتين، وإذا تمت الليالي الأربعة فلا يلزمه الشروع في المبيت من جديد ولكنه لو شرع لزمه المبيت عند الأخرى بالمثل، وهكذا.

والخلاف نفسه يسري إلي من كانت عنده زوجة واحدة، فإنه علي القول الأول يلزمه المبيت عندها ليلة من كل أربع ليالٍ، بخلافه علي القول الثاني فإنه لا يلزمه ذلك.

وليس المنشأ لهذا الاختلاف الروايات بل هو القصور في مدلولها عن إفادة تعيين أحد الاحتمالين بخصوصه، كما نلاحظ ذلك في صحيحة محمد بن مسلم: «سألته عن الرجل تكون عنده امرأتان واحدهما أحب إليه من الأخرى، قال: له أن يأتيها ثلاث ليالٍ والأخرى ليلة، فإن شاء أن يتزوج أربع نسوة كان لكل امرأة ليلة فلذلك كان له أن يفضل بعضهن علي بعض ما لم يكن أربعاً» (1) وغيرها.

ولا يضر اضمارها بعد ما كان المضمرة مثل محمد بن مسلم الذي لا تليق به الرواية عن غير الإمام عليه السلام.3.

ص: 377

1- وسائل الشيعة 81:15 الباب 1 من أبواب القسم والنشوز الحديث 3.

2 - اما القول بعدم وجوب القسمه الا بالشروع

فيمكن الاستدلال له بالبيانين التاليين:

أ - التمسك باصالة البراءة عن وجوب التقسيم ابتداء بعد قصور الصحيحة المتقدمة و ما هو بمضمونها عن افادته.

ب - التمسك بموثقة اسحاق بن عمار حيث: «سأل ابا عبد الله عليه السلام عن حق المرأة علي زوجها قال: يشبع بطنها و يكسو جثتها و ان جهلت غفر لها»⁽¹⁾ و ما هو بمضمونها، بتقريب انها بصدد بيان حق الزوجة علي زوجها و لم يذكر منه المبيت عندها فيدل ذلك علي عدم وجوبه ابتداء.

و كلا الوجهين تامان لو فرض عدم تمامية ما يستدل به علي الوجوب ابتداء و الا فلا معني للتمسك بأصل البراءة و يلزم تقييد الموثقة، فان دلالتها علي نفي الوجوب ابتداء بالاطلاق فيقيد.

3 - و اما القول بوجوب القسمه ابتداء

فقد يستدل له بما يلي:

أ - التمسك بموثقة عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الرجل يتزوج الامة علي الحرة قال: لا يتزوج الامة علي الحرة و يتزوج الحرة علي الامة. و للحرة ليلتان و للامة ليلة»⁽²⁾ و ما هو بمضمونها.

وفيه: ان من المحتمل ان يكون المقصود من ذلك انه لو أراد المبيت فيلزمه تخصيص الحرة بليلتين و الامة بليلة واحدة لا ان ذلك واجب عليه ابتداء.

ص: 378

1- وسائل الشيعة 15: 223 الباب 1 من أبواب النفقات الحديث 3.

2- وسائل الشيعة 15: 88 الباب 8 من أبواب القسم و النشوز الحديث 3.

ب - التمسك بصحيحة محمد بن مسلم المتقدمة في الرقم 1، حيث ورد فيها «فان شاء ان يتزوج اربعة نسوة كان لكل امرأة ليلة»، فان مقتضى اطلاقها ان لكل امرأة من الاربع ليلة سواء شرع في القسمة أم لا.

وفيه: ان المقصود من جملة «كان لكل امرأة ليلة» عدم جواز تفضيل بعضهن علي بعض لا استحقاق كل واحدة ليلة، ولا أقل من احتمال ذلك، و معه لا يصح التمسك بالاطلاق.

ج - التمسك باطلاق قوله تعالى: وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (1)، بتقريب انه يدل علي وجوب فعل كل ما هو مصداق للمعاشرة بالمعروف، و من جملة المبيت عند الزوجة. و الاطلاق المذكور حجة ما لم يدل دليل علي تقييده، و حيث لم يدل دليل علي نفي وجوب المبيت ابتداء فيكون الاطلاق محكماً.

و الظاهر ان الوجه المذكور متين، و في ضوئه يمكن الحكم بوجوب القسمة ابتداء.

4 - و اما الوجه في وجوب البقاء صبيحة ليلة المبيت

فمستنده رواية ابراهيم الكرخي: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل له اربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في لياليهن فيمسهن، فاذا بات عند الرابعة في ليلتها لم يمسها فهل عليه في هذا اثم؟ قال: انما عليه ان يبيت عندها في ليلتها و يظل عندها في صبيحتها و ليس عليه ان يجامعها إذا لم يرد ذلك»(2).

ص: 379

1- النساء: 19.

2- وسائل الشيعة 15: 84 الباب 5 من أبواب القسم و النشوز الحديث 1.

و ابراهيم و ان لم يوثق بالخصوص الا انه تكفي رواية ابن ابي عمير عنه(1) بناء علي تمامية كبري وثاقه كل من روي عنه أحد الثلاثة.

5 - و اما عدم وجوب المواقعة

فأصل البراءة بعد عدم الدليل علي وجوبها.

هذا لو قطعنا النظر عن رواية الكرخي المتقدمة و الا كانت هي الدليل.

ثم انه قد يشكك في وجوب المضاجعة - وهي النوم مع الزوجة في فراش واحد قريبا منها بحيث لا يعدّ هاجرا لها - أيضا باعتبار ان الروايات دلت علي وجوب المبيت دون المضاجعة عنده، و معه يتمسك لنفي وجوبها بأصل البراءة.

ص: 380

1- كما ورد في الكافي 2:292 الحديث 11.

الإيقاعات

إشارة

1 - الطلاق

2 - الظهار

3 - الأيلاء

4 - اللعان

5 - اليمين والنذر والعهد

6 - الوصية

7 - الوقف

8 - الجعالة

9 - الشفعة

ص: 381

1 - حقيقة الطلاق

2 - شرائط صحة الطلاق

3 - أقسام الطلاق

4 - أحكام العدة

5 - من أحكام الخلع و المبراة

6 - من أحكام الطلاق

ص: 383

إشارة

الطلاق ايقاع يتضمّن إنشاء الزوج للفرقة بعد تحقّق الزوجية الدائمة.

و هو مشروع بضرورة الدين من الزوج فقط إلاّ في موارد خاصّة.

والمستند في ذلك:

1 - اما ان الطلاق ايقاع متقوم بالايجاب بلا مدخلة للقبول في

تحققه

فهو من بديهيات الفقه. و يمكن استفادته من النصوص المذكورة في ثنايا الابحاث الآتية.

و اما ان حقيقته ما ذكر فهو من بديهيات اللغة و الشرع.

و اما اختصاص مورده بفرض الزواج الدائم فلما يأتي ان شاء الله تعالى.

2 - و اما انه مشروع

فهو من ضروريات دين الإسلام. و يدل علي ذلك أيضا ترتيب الاحكام الخاصة عليه في الكتاب الكريم. قال تعالى:

ص: 385

وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ... (1) ، الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَاِمْسَاكٌ ... (2) ، وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ ... (3) ، إلى غير ذلك من الآيات الكريمة.

و إذا كان الزواج أحب شيء إلى الله سبحانه فالطلاق أبغض شيء إليه. وقد ورد في الحديث الشريف عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «ما من شيء أحب إلي الله عز وجل من بيت يعمر بالنكاح. وما من شيء أبغض إلي الله عز وجل من بيت يخرب في الإسلام بالفرقة، يعني الطلاق»(4).

وفي حديث آخر: «تزوجوا ولا تطلقوا، فان الطلاق يهتز منه العرش»(5).

أجل هذا يختص بحالة الوثام بين الزوجين أو وجود مشاكل لا ينحصر علاجها بالطلاق و الا لم يكن مبعوضا لعدم احتمال المبعوضية شرعا في مثل ذلك. مضافا الي دلالة جملة من الروايات علي ذلك. وقد ورد في الحديث ان أبا جعفر عليه السّلام «كانت عنده امرأة تعجبه و كان لها محبا فأصبح يوما و قد طلقها و اغتم لذلك فقال له بعض مواليه: لم طلقتها؟ فقال: اني ذكرت عليا عليه السّلام فتقصته فكرهت ان الصق جمرة من جهنم بجلدي»(6). بل روي عن الرسول الأعظم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «خمسة لا يستجاب لهم: رجل جعل الله بيده طلاق امرأته فهي تؤذيه و عنده ما 1.

ص: 386

1- البقرة: 228.

2- البقرة: 229.

3- البقرة: 231.

4- وسائل الشيعة 15: 266 الباب 1 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 1.

5- وسائل الشيعة 15: 268 الباب 1 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 7.

6- وسائل الشيعة 15: 269 الباب 3 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 1.

يعطيها و لم يخلّ سبيلها...»(1).

يبقى كيف ثبت مشروعية الطلاق في حالة الوثام وعدم وجود الضرورة؟

والجواب: انه بعد ضرورة ذلك بين جميع المسلمين لا نبقى بحاجة إلي دليل بل الضرورة نفسها دليل علي ذلك.

هذا مضافا الي انه لو لم يجز عند عدم الضرورة لانعكس ذلك علي الروايات لكون المسألة عامة البلوي.

بل يمكن التمسك باطلاق بعض النصوص، كصحيحة زرارة عن ابي جعفر عليه السلام: «... فاذا اراد الرجل منكم ان يطلق امرأته طلاق العدة فلينتظر بها حتي تحيض و تخرج من حيضها ثم يطلقها تطليقة من غير جماع بشهادة شاهدين عدلين...»(2) وغيرها.

3 - و اما اختصاص مشروعية الطلاق بالزوج

فهو من الضروريات التي لا تحتاج الي دليل.

بل ان القصور في مقتضى التعميم كاف وحده لإثبات الاختصاص.

و تؤيد الاختصاص مرسلة ابن بكير عن بعض أصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلام: «امرأة نكحها رجل فأصدقته المرأة و شرطت عليه ان بيدها الجماع و الطلاق فقال: خالف السنة و ولي الحق من ليس اهله، و قضى ان علي الرجل الصداق و ان بيده الجماع و الطلاق و تلك السنة»(3)،

ص: 387

- 1- وسائل الشيعة 15:271 الباب 5 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 1.
- 2- وسائل الشيعة 15:348 الباب 2 من أبواب اقسام الطلاق الحديث 1.
- 3- وسائل الشيعة 15:340 الباب 42 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 1.

و الحديث النبوي: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»(1).

4 - و اما موارد الاستثناء التي يصح فيها الطلاق من غير الزوج

فيأتي التحدث عنها فيما بعد ان شاء الله تعالى.

2 - شرائط صحة الطلاق

إشارة

يلزم لوقوع الطلاق صحيحا توفر:

1 - البلوغ فلا يصح طلاق الصبي و ان بلغ عشرين بل و لا طلاق وليه عنه.

2 - العقل فلا يصح طلاق المجنون الا اذا كان بالغاً فانه يجوز لوليهِ الطلاق مع اقتضاء المصلحة لذلك.

3 - الاختيار فلا يصح طلاق المكره.

4 - القصد فلا يصح طلاق السكران و الهازل و غيرهما ممن لا قصد له.

5 - التنجيز فلا يقع الطلاق لو قال الزوج لزوجته: انت طالق ان فعلت كذا.

6 - تعيين المطلقة فلا يصح لو قال الزوج: احدي زوجاتي طالق.

7 - ان تكون الزوجة في حالة طهر - من الحيض و النفاس - لم يواقعها فيه.

ويستثنى من ذلك:

أ - ما اذا كان المطلق غائبا، فان الطلاق يقع صحيحا منه حتي مع اتضاح عدم طهرها حالته بشرطين: عدم امكان معرفته لحالها، و مضي فترة يعلم بحسب عاداتها انتقالها من طهر الي آخر. و الاحتياط يقتضي ان تكون شهرا و احوط من ذلك أن تكون ثلاثة اشهر.

ص: 388

1- كنز العمال 5:155 الرقم 3151.

وفي حكم الغائب الحاضر الذي لا يمكنه معرفة حال زوجته كالمسجون.

ب - ما اذا كانت حاملا وقد استبان حملها فانه يصح طلاقها وان لم تكن علي طهر او كانت في طهر المواقعة.

ج - ما اذا لم تكن مدخولا بها.

د - ما اذا كانت صغيرة لم تبلغ سنّ التكليف وقد دخل بها الزوج وان كان ذلك محرما.

ه - ما اذا كانت قد بلغت سنّ اليأس.

و - المسترابة - وهي من كانت في سن من تحيض ولا تحيض لخلقة او لعارض اتفاقي من رضاع أو مرض طارئ و ما شاكل ذلك - فانه يجوز طلاقها وان كان ذلك في طهر المجامعة بشرط مضي ثلاثة اشهر علي المواقعة الاخيرة.

8 - ان يكون الزواج دائما فلا يقع بالمتمتع بها بل تتحقق الفرقة بانتهاء المدة او هبة المقدار المتبقي منها.

9 - اشهاد رجلين عادلين. ولا يلزم ان يعرفا المطلقة بنحو يصح منهما الشهادة عليها.

10 - الصيغة الخاصة، وهي: «انت طالق» أو «زوجتي طالق» أو «فلانة طالق» و ما أشبه ذلك من الصيغ المشتملة علي كلمة «طالق». و لا يصح بصيغة «فلانة مطلقة» أو «طلقت فلانة».

و تجزئ الترجمة عند تعذر النطق بالعربية.

والمستند في ذلك:

1 - اما اعتبار البلوغ في المطلق

فهو المشهور بين المتأخرين -

ص: 389

خلافًا للشيخين و جماعة من القدماء(1) - لعدة امور:

أ - التمسك بحديث رفع القلم عن الصبي حتي يحتلم(2)، فان مقتضى اطلاقه الشمول لقلم الوضع أيضا.

و ضعف سنه منجبر بعمل الاصحاب - كما تقدم غير مرة - بناء علي تمامية كبري الانجبار.

ب - اتفاق الاصحاب علي اعتبار البلوغ في باب البيع و سائر المعاملات المالية. و الطلاق ان لم يكن اولي باعتبار ذلك فيه فلا أقل من عدم الفرق بينهما.

ج - الروايات الخاصة، من قبيل موثقة الحسين بن علوان عن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي عليهم السلام: «لا يجوز طلاق الغلام حتي يحتلم»(3) و غيرها.

و الحسين ثقة لان ظاهر كلام النجاشي: «الحسين بن علوان الكلبي مولا هم كوفي عامي. و اخوه الحسن يكني ابا محمد ثقة. روي عن ابي عبد الله عليه السلام...»(4) رجوع التوثيق الي الحسين دون الحسن.

الا ان في مقابل ذلك عدة روايات تدل علي العكس، من قبيل ما رواه الشيخ في تهذيبه عن الكليني بسنده الموثق عن ابن بكير عن ابيي.

ص: 390

1- جواهر الكلام 5:32. و في تهذيب الاحكام لشيخ الطائفة 8:75 ما نصه: «طلاق الصبي جائز اذا عقل الطلاق. و حدّ ذلك عشر سنين. يدل علي ذلك ما رواه...».

2- وسائل الشيعة 1:30 الباب 4 من أبواب مقدمة العبادات.

3- وسائل الشيعة 15:325 باب 32 من ابواب مقدمات الطلاق حديث 8.

4- رجال النجاشي: 38 منشورات مكتبة الداوري.

عبد الله عليه السلام: «يجوز طلاق الصبي اذا بلغ عشر سنين»⁽¹⁾، ورواية ابن ابي عمير عن بعض رجاله عن ابي عبد الله عليه السلام: «يجوز طلاق الصبي اذا بلغ عشر سنين»⁽²⁾.

و لا يضر الارسال في السند بعد كون المرسل ابن ابي عمير بناء علي رأي المشهور من حجية مراسيله من دون تفصيل. و المناسب - بناء علي تمامية سند هذه الطائفة - الجمع بينها و بين الاول بالتقييد فتحمل الاول علي من كان عمره أقل من عشر.

و لا يقف امام ذلك حديث رفع القلم لإمكان تخصيصه.

هذا و لكن الاحتياط باعتبار البلوغ امر لازم تحفظا من مخالفة المشهور و لإمكان التشكيك في سند روايات الطائفة الثانية، فان الرواية الاول و ان كانت معتبرة السند حسب نقل التهذيب الا انها في الكافي لم تذكر بالسند المذكور بل بسند آخر فراجع⁽³⁾.

وصحة الرواية الثانية تبني علي مسلك المشهور في مراسيل ابن ابي عمير، بل ان النسخ قد اختلفت في كيفية نقل متن الرواية، ففي بعضها: «لا يجوز طلاق الصبي اذا بلغ عشر سنين» و في بعضها الآخر:

«يجوز» بدون كلمة النفي.

2 - و اما عدم ثبوت الولاية لولي الصبي في الطلاق

فأمر لا خلاف فيه. و يكفي لإثباته القصور في المقتضي. و مع التنزل يمكن التمسك بالروايات الخاصة كصحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام:

ص: 391

1- تهذيب الاحكام 77:8 الرقم 173.

2- وسائل الشيعة 15:324 الباب 32 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 2.

3- الكافي 6:124.

«الصبي يتزوج الصبية يتوارثان؟ فقال: اذا كان ابواهما اللذان(1) زوجاهما فنعم. فقلت: فهل يجوز طلاق الاب؟ قال: لا»(2) وغيرها.

3 - واما عدم صحة الطلاق من المجنون

فلعدم تحقق القصد منه و للروايات الخاصة، كصحيحة الحلبي: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن طلاق السكران و عتقه فقال: لا يجوز. قال: و سألته عن طلاق المعتوه قال: و ما هو؟ قال: قلت: الاحمق الذاهب العقل قال: لا يجوز»(3) وغيرها.

4 - واما انه يجوز الطلاق لولي المجنون

فهو المشهور لصحيحة أبي خالد القمط: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل الاحمق الذاهب العقل يجوز طلاق وليه عليه؟ قال: و لم لا يطلق هو؟ قلت: لا يؤمن ان طلق هو ان يقول غدا: لم أطلق او لا يحسن ان يطلق، قال: ما اري وليه الا بمنزلة السلطان»(4) وغيرها. هذا و قد نسب الخلاف في المسألة إلي ابن ادريس تمسكا بان الاصل بقاء العقد و بالنبوي: «الطلاق بيد من اخذ بالساق»(5).

وفيه: ان الاصل لا مجال له مع الدليل الاجتهادي. و النبوي علي تقدير تماميته سندا قابل للتقييد بصحيحة القمط و غيرها.

ثم انه لا يبعد ان يكون قوله عليه السلام: «و لم لا يطلق هو» ناظرا الي فرضية عدم زوال العقل بشكل كامل او الي حالة الجنون الادواري مع

ص: 392

1- الظاهر ان الصواب: اللذين.

2- وسائل الشيعة 14:220 الباب 12 من أبواب عقد النكاح الحديث 1، و 15:326 الباب 33 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث.

3- وسائل الشيعة 15:328 الباب 34 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 5.

4- وسائل الشيعة 15:329 باب 35 من ابواب مقدمات الطلاق حديث 1.

5- الحدائق الناضرة 25:155.

فرض الافاقه، كما تبّه عليه في الحدائق(1).

5 - و اما تقييد جواز طلاق ولي المجنون بما اذا كان - المجنون -

بالغا

فلانه بدون فرض ذلك يكون مشمولاً لإطلاق صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة الدالة علي ان الاب لا يجوز له الطلاق بالولاية.

و اذا قيل: كما ان لصحيحة ابن مسلم اطلاقاً كذلك لصحيحة القمات اطلاق فلما ذا تقديم الاطلاق الاول؟

قلنا: انه يمكن التشكيك في ثبوت الاطلاق لصحيحة القمات لأنها تدل علي ثبوت السلطنة للولي في المورد الذي يكون للمجنون الحق في الطلاق لولا جنونه، و ذلك لا يتم الا اذا كان المجنون بالغاً بناء علي عدم ثبوت الحق لغير البالغ في الطلاق.

ثم انه مع التنزل و فرض تعارض الاطلاقين و تساقطهما يلزم الرجوع إلي الاصل و هو يقتضي عدم ترتب الاثر علي طلاق الولي.

و بذلك تكون النتيجة واحدة علي كلا التقديرين.

6 - و اما تقييد جواز طلاق ولي المجنون بالمصلحة

بالرغم من اطلاق الروايات من هذه الناحية فباعتبار الجزم بان الولاية المجعولة للولي ليست تكريماً له بل لحاجة المولي عليه الي من يتصرف عنه تحقيقاً لمصالحه.

7 - و اما عدم صحة طلاق المكره

فأمر لا خلاف فيه، و يدل عليه حديث الرفع(2) و الروايات الخاصة، كصحيحة زرارة عن ابي جعفر عليه السلام:

«سألته عن طلاق المكره و عتقه فقال: ليس طلاقه بطلاق و لا عتقه

ص: 393

1- الحدائق الناضرة 25:154.

2- وسائل الشيعة 11:295 الباب 56 من أبواب جهاد النفس الحديث 1.

بعثق...»(1) و غيرها.

8 - و اما اعتبار القصد

فللتسالم علي تبعية العقود و الايقاعات للقصد. هذا مضافا الي الروايات الخاصة الواردة بلسان: «لا طلاق الا لمن اراد الطلاق»(2).

9 - و اما التنجيز

فمدركه منحصر بالإجماع المدعي علي اعتباره و الا فغير قابل للتأمل من قبيل:

أ - منفاة التعليق لقاعدة عدم تأخر المعلول عن علته.

ب - ان ظاهر الروايات فعلية الطلاق بمجرد تحقق الصيغة، و اشتراط تأخره الي حصول المعلق عليه شرع جديد.

و قد تمسك بهذين الوجهين صاحب الجواهر(3).

و وجه التأمل:

اما في الاول فلان العلة ليست هي الصيغة بمجرد بل مع الشرط فلا تأخر.

و اما في الثاني فلانه لا توجد رواية تدل بوضوح علي ذلك. و مع التنزل يمكن دعوي نظرها إلي الحالة الغالبة، و هي التنجيز.

هذا و يظهر الخلاف في المسألة من الشهيد الثاني في المسالك حيث رجح جواز التعليق لعدة وجوه نذكر منها:

أ - القياس علي الظهار، حيث دلت النصوص علي جواز التعليق فيه.

ص: 394

1- وسائل الشيعة 15:331 الباب 37 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 15:285 الباب 11 من أبواب مقدمات الطلاق.

3- جواهر الكلام 32:78.

ب - ان في التعليق حكمة لا تحصل في العقد المنجز، فان الزوجة قد تخالف زوجها في بعض مقاصده فتفعل ما يكرهه، و الزوج يكره طلاقها من حيث انه ابغض الحلال فيحتاج الي التعليق علي فعل ما يكرهه كي اذا امتنعت يحصل غرضه او خالفت تكون هي المختارة لطلاقها(1).

و كلاهما كما تري.

و المناسب اعتبار التنجيز و لو علي مستوي الاحتياط تحفظا من مخالفة الاجماع المدعي.

هذا اذا فرض وجود مطلقات تدل علي مشروعية الطلاق المعلق و الا كفي القصور في المقتضي حيث يجري آنذاك استصحاب بقاء النكاح بناء علي جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية و عدم معارضة استصحاب بقاء المجعول بأصالة عدم الجعل الزائد.

بل يمكن تقريب جريان الاستصحاب حتي بناء علي الرأي المذكور، بان يستصح بقاء اباحة الاستمتاع، فان القائل بالمنع من جريان الاستصحاب في الاحكام يخصّص ذلك بالاحكام الالزامية دون الترخيضية، اذ لا جعل فيها ليعارض استصحاب بقائها باستصحاب عدم الجعل الزائد.

10 - و اما اعتبار تعيين المطلقة

فهو المشهور. و يمكن الاستدلال له بانه مع عدم التعيين اما ان يقع الطلاق بالواحدة المرددة من الزوجات او بالواحدة بنحو الكلي في المعين.

ص: 395

و كلاهما لا يمكن المصير اليه.

اما الاول فلعدم معقولية الفرد المردد.

و اما الثاني فلان ثبوت الطلاق للواحدة الكلية و ان كان امرا ممكنا - كتعلق البيع بكيلو كلي من صبرة معينة - غايته تعين تلك الواحدة الكلية بواسطة القرعة الا ان ذلك يحتاج الي دليل يدل عليه، و لا دليل يدل علي صحة طلاق الواحدة الكلية مع تعيينها بالقرعة.

و تؤيد اعتبار التعيين رواية محمد بن احمد بن مطهر: «كتبت إلي ابي الحسن صاحب العسكر عليه السلام اني تزوجت اربع نسوة و لم اسأل عن اسمائهن ثم اني اردت طلاق احداهن و تزويج امرأة اخري فكتب عليه السلام انظر الي علامة ان كانت بواحدة منهن فتقول: اشهدوا ان فلانة التي بها علامة كذا و كذا هي طالق ثم تزوج الاخري اذا انقضت العدة»(1).

و من ذلك يتضح النظر فيما نسب الي جماعة كالشيخ و ابن البراج و المحقق و العلامة و الشهيد من وقوع الطلاق صحيحا مع عدم التعيين لوجهين: اصالة عدم الاشتراط ، و عموم مشروعية الطلاق(2).

و وجه النظر:

اما بالنسبة الي الاصل المذكور فلانه لا اساس له ان لم يرجع الي التمسك بالعموم الذي هو الوجه الثاني.

و اما العموم فهو غير مستفاد من النصوص.

11 - و اما اعتبار ان تكون الزوجة طاهرة بطهر لم يواقعها فيه

زوجها

فأمر متسالم عليه. و تدل عليه النصوص المستفيضة، كصيحة

ص: 396

1- وسائل الشيعة 14:400 الباب 3 من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث 3.

2- الحدائق الناضرة 25:181.

زرارة عن ابي جعفر عليه السلام في حديث قال: «اما طلاق السنة فاذا اراد الرجل ان يطلق امرأته فليتنظر بها حتي تطمئث و تطهر فاذا خرجت من طمئتها طلقها تطليقة من غير جماع و يشهد شاهدين...»(1).

و صحيحة الفضلاء عن ابي جعفر و ابي عبد الله عليهما السلام: «اذا طلق الرجل في دم النفاس او طلقها بعد ما يمسهها فليس طلاقه اياها بطلاق»(2) و غيرهما.

بل قد يستفاد ذلك من قوله تعالى: يا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِذَّتِهِنَّ (3)، فان المقصود اذا أردتم طلاق النساء فطلقوهنّ لزمان عدتهن بحيث يأخذ زمان العدة بالشروع من حين تحقق الطلاق، و ليس ذلك الا بان يقع الطلاق في طهر لا موقعة فيه فان العدة كما يأتي - ان شاء الله تعالى - هي ثلاثة قروء بمعنى ثلاثة اطهار، فلو وقع الطلاق في الحيض لم يمكن شروع العدة - بالمعني المذكور - من حين الطلاق كما هو واضح، و لو وقع في طهر الموقعة لم يمكن ذلك أيضا لان المقصود من الاطهار الثلاثة هي الاطهار الخالية من الموقعة، و معه فيحتاج إلي مرور ثلاثة اطهار جديدة منفصلة عن الطلاق.

12 - و اما استثناء حالة غيبة المطلق

فأمر متسالم عليه للروايات المتعددة الواردة بلسان: «خمس يطلقهن أزواجهن متي شاءوا: الحامل المستبين حملها، و الجارية التي لم تحض، و المرأة التي قعدت من

ص: 397

1- وسائل الشيعة 15:280 الباب 9 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 4.

2- وسائل الشيعة 15:279 الباب 9 من ابواب مقدمات الطلاق الحديث 1.

3- الطلاق: 1.

المحيض، و الغائب عنها زوجها، و التي لم يدخل بها»(1).

و سند الروايات المذكورة جلا أو كلا صحيح فراجع.

13 - و اما تعميم الحكم بالصحة لما اذا اتضح عدم الطهر واقعا

حالة الطلاق

فللتمسك باطلاق الروايات المذكورة بل و للتصريح بالتعميم فيها بلفظ «متي شاءوا»، علي انه قد يقال بان الطهر واقعا لو كان معتبرا يلزم عدم ثبوت الخصوصية لعنوان غيبة المطلق.

14 - و اما اعتبار عدم امكان معرفة حالها و مضي فترة يعلم فيها

بالانتقال

فلاينه لا- يحتمل اعتبار عنوان الغيبة بنحو الموضوعية و لا يحتمل ان مجرد غيبة الزوج في الساعات الاولي كاف لجواز الطلاق حتي مع امكان تحصيل العلم بسهولة او فرض العلم ببقاء طهر المواقعة او كونها في حالة حيض او نفاس.

15 - و اما الاحتياط باعتبار مضي شهر

فلموثق ابن سماعه:

«سألت محمد بن ابي حمزة متي يطلق الغائب؟ فقال: حدثني اسحاق بن عمار او روي اسحاق بن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام او ابي الحسن عليه السلام قال: اذا مضي له شهر»(2).

و انما كان الحكم بنحو الاحتياط دون الفتوي باعتبار ان لسان الروايات السابقة: «خمس يطلقهن ازواجهن متي شاءوا...» يأتي التقييد، فانه لو كان مضي الشهر معتبرا لم يكن للغائب الطلاق متي شاء.

و من القريب جدا ان يكون اعتبار مضي الشهر من باب انه الفترة التي يحرز فيها عادة بالانتقال من طهر إلي آخر. و يترتب علي ذلك انه

ص: 398

1- وسائل الشيعة 15:306 الباب 25 من أبواب مقدمات الطلاق.

2- وسائل الشيعة 15:308 الباب 26 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 5.

لو تمّ الاحراز قبل مضي الفترة المذكورة كان ذلك كافيا للحكم بصحة الطلاق.

ولكن مع ذلك كله يبقى الاحتياط باعتبار مضي الشهر حتى مع تحقق الاحراز قبله امرا وجيها.

16 - و اما احوطية اعتبار مضي ثلاثة أشهر

فلموثقة اسحاق بن عمار الاخري: «قلت لأبي ابراهيم عليه السلام: الغائب الذي يطلق اهله كم غيبته؟ قال: خمسة أشهر، ستة أشهر. قال: حدّ دون ذا قال: ثلاثة أشهر» (1)، فان ظاهرها وان كان يقتضي الالتزام بمضي ثلاثة أشهر الا انه لا بدّ من رفع اليد عن ذلك لعدم احتمال ان مضي المدة المذكورة معتبر حتى مع الجزم بالانتقال من طهر الي آخر، فان حال الغائب ليست أسوأ من حال الحاضر.

وعليه فمع الجزم بالانتقال لا يعتبر مضي ثلاثة أشهر وان كان ذلك أحوط حفاظا علي العمل بظاهر الموثقة.

17 - و اما ان الحاضر بحكم الغائب اذا لم يمكنه معرفة حال

زوجته

فلما تقدم من عدم احتمال ان تكون لغيبة المطلّق موضوعية بل الخصوصية لعدم امكان معرفة حال الزوجة الملازم عادة للغيبة.

وعليه فيسري حكم الغيبة إلي الحضور الذي هو بمنزلتها.

ومما يدل علي ذلك أيضا صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج:

«سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل تزوج امرأة سرا من اهلها وهي في منزل اهله وقد اراد ان يطلقها وليس يصل اليها فيعلم طمئنها

اذا طمئت

ص: 399

1- وسائل الشيعة 15:308 الباب 26 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 8.

ولا يعلم بطهرها اذا طهرت فقال: هذا مثل الغائب عن اهله يطلق بالاهلة و الشهور...»(1).

18 - و اما استثناء الحامل المستبين حملها

فهو لما تقدم من الروايات الواردة بلسان: «خمس يطلقهن ازواجهن متي شاءوا: الحامل المستبين حملها...».

و اما انه يصح طلاقها حتي اذا لم تكن علي طهر أو كانت في طهر المواقعة فللتقريبات الثلاثة المتقدمة في الرقم 13.

19 - و اما استثناء غير المدخول بها و الصغيرة و اليأس

فللروايات المتقدمة نفسها.

و اذا قيل: لم نحمل فقرة «و الجارية التي لم تحض» علي خصوص الصغيرة و لا نحملها علي مطلق الجارية التي لا تحيض و لو كانت في سن من تحيض، كما هو المنسوب إلي شرح النافع(2)؟

قلنا: ان الوارد في الفقرة المتقدمة: «و الجارية التي لم تحض» لا «و الجارية التي لا تحيض»، و التعبير المذكور ظاهر في الجارية التي لم يحن وقت حيضها.

هذا مضافا الي ان الوارد في بعض روايات المسألة: «و التي لم تبلغ المحيض»(3)، و هو صريح في المدعي.

20 - و اما ان المسترابة يجوز طلاقها بعد مضي ثلاثة أشهر من

المواقعة الاخيرة

فلم ينسب فيه الخلاف لأحد. و يدل عليه صحيح

ص: 400

1- وسائل الشيعة 15:310 الباب 28 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 1.

2- الحدائق الناضرة 25:179.

3- وسائل الشيعة 15:306 الباب 25 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 5.

اسماعيل بن سعد الاشعري: «سألت الرضا عليه السلام عن المسترابة من المحيض كيف تطلق؟ قال: تطلق بالشهور»(1).

و اذا كان في المراد من كلمة «الشهور» اجمال لعدم تشخص عدد الاشهر فيمكن من خلال مراجعة روايات عدة المرأة المسترابة(2) تحصيل الاطمئنان بارادة ثلاثة أشهر.

علي انه ورد في رسالة داود بن ابي يزيد العطار عن بعض أصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلام: «سألته عن المرأة يستراب بها و مثلها تحمل و مثلها لا- تحمل و لا- تحيض و قد واقعها زوجها كيف يطلقها اذا اراد طلاقها؟ قال: ليمسك عنها ثلاثة أشهر ثم يطلقها»(3) التصريح بذلك. و هي و ان كانت رسالة الا ان ضمها الي تلك يوجب الاطمئنان بارادة ذلك.

هذا و يمكن ان يقال: ان كلمة «الشهور» جمع يصدق علي الثلاثة، و ارادة الاقل غير محتملة، و ارادة ما زاد تحتاج الي دليل، و مقتضي الاطلاق الاكتفاء بالثلاثة.

21 - و اما انه لا طلاق في عقد التمتع

فامر متسالم عليه. و استدل له في الحدائق بما دلّ علي حصول الفرقة بانتهاء المدة بلا حاجة إلي طلاق، كصحيح محمد بن اسماعيل عن ابي الحسن الرضا عليه السلام: «قلت له الرجل يتزوج المرأة متعة سنة أو أقل أو أكثر، قال: اذا كان شيئاً

ص: 401

1- وسائل الشيعة 15:414 الباب 4 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 17.

2- وسائل الشيعة 15:410 الباب 4 من أبواب العدد.

3- وسائل الشيعة 15:335 الباب 40 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 1.

معلوما الي أجل معلوم قال: قلت: و تبين بغير طلاق؟ قال: نعم»(1).

وفيه: ان هذا المضمون تكرر في الروايات الا انه لا ينفي امكان وجود سبب ثان لتحقق الفرقة - أثناء المدة - وهو الطلاق.

و من هنا قال في الجواهر: «لم يحضرنني من النصوص ما يدل علي عدم وقوع الطلاق بالمتمتع بها. نعم فيها ما يدل علي حصوله بانقضاء المدة و بهبتها و لكن ذلك لا يقتضي عدم صحته عليها لا مكان تعدد الاسباب»(2).

هذا و بالامكان تحصيل بعض الروايات علي ذلك من قبيل رواية محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام: «المتعة ليست من الاربع لأنها لا تطلق و لا تترث و انما هي مستأجرة»(3)، و رواية الحسن الصيقل عن ابي عبد الله عليه السلام: «قلت: رجل طلق امرأته طلاقاً لا تحل له حتي تنكح زوجها غيره فتزوجها رجل متعة أ تحل للأول؟ قال: لا، لان الله يقول: فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا (4) و المتعة ليس فيها طلاق»(5).

و هاتان الروايتان ان تمّ سندهما - و لم يناقش في الاولي بالقاسم بن عروة و في الثانية بالصيقل - كانتا هما المستند و الا انحصر المدرك بالتسالم.4.

ص: 402

- 1- وسائل الشيعة 14:478 الباب 25 من أبواب المتعة الحديث 1.
- 2- جواهر الكلام 32:28.
- 3- وسائل الشيعة 14:495 الباب 43 من أبواب المتعة الحديث 1.
- 4- البقرة: 230.
- 5- وسائل الشيعة 15:369 الباب 9 من أبواب أقسام الطلاق الحديث 4.

22 - و اما تحقق الفرقة بهبة ما تبقي من المدة

فأمر متسالم عليه.

و تدل عليه صحيحة علي بن رئاب: «كتبت اليه أسأله عن رجل تمتع بامرأة ثم وهب لها ايامها قبل ان يفضي اليها او وهب لها ايامها بعد ما افضي اليها هل له ان يرجع فيما وهب لها من ذلك؟ فوقع عليه السلام: لا يرجع» (1) وغيرها.

23 - و اما اعتبار الاشهاد في الطلاق

فهو من شعار الامامية. وقد تقدم في بداية البحث عن النكاح حوار الامام الكاظم عليه السلام مع ابي يوسف القاضي فراجع.

ويدل علي ذلك قوله تعالى: يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ... * فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ (2).

واحتمال رجوع الامر بالاشهاد الي الامساك والرجعة بعيد لتخلل الفاصل المانع من ذلك.

والروايات في المسألة كثيرة كادت تبلغ حد التواتر، كصحيحة الفضلاء عن ابي جعفر و ابي عبد الله عليهما السلام: «... وان طلقها في استقبال عدتها طاهرا من غير جماع ولم يشهد علي ذلك رجلين عدلين فليس طلاقه اياها بطلاق» (3) وغيرها.

ثم انه ورد في بعض الروايات ما يوهم بعدم اعتبار العدالة في الشاهدين، كما في صحيحة عبد الله بن المغيرة: «قلت لأبي الحسن

ص: 403

1- وسائل الشيعة 14: 483 الباب 29 من أبواب المتمتع بالحديث 1.

2- الطلاق: 1-2.

3- وسائل الشيعة 15: 282 الباب 10 من أبواب مقدمات الطلاق بالحديث 3.

الرضا عليه السلام: رجل طلق امرأته و اشهد شاهدين ناصيين، قال: كل من ولد علي الفطرة و عرف بالصلاح في نفسه جازت شهادته»(1) و علي منوالها صحيحة البزنطي(2).

و هما ان أمكن توجيههما - بدلالتهما علي سعة معني العدالة لما يشمل حسن الظاهر و المعروفة بالصلاح - و الا يلزم طرحهما لمخالفتهما لصريح القرآن الكريم.

24 - و اما عدم اعتبار تشخيص المطلقة بنحو تصح الشهادة

عليها

فهو المشهور. و خالف في ذلك صاحب المدارك قائلا: «... فما اشتهر بين أهل زماننا من الاكتفاء بمجرد سماع العدلين صيغة الطلاق و ان لم يعلما المطلق و المطلقة بوجه بعيد جدا بل الظاهر انه لا أصل له في المذهب، فان النص و الفتوي متطابقان علي اعتبار الاشهاد. و مجرد سماع صيغة لا يعرف قائلها لا يسمى اشهادا قطعاً»(3).

و ما أفاده قابل للتأمل، فان اعتبار المعرفة التفصيلية لا دليل عليه بل الدليل علي عدمه، و هو اطلاق أدلة اعتبار الشهادة.

و دعوي عدم صدق الاشهاد بدون المعرفة التفصيلية مدفوعة بان الاشهاد بمرتبته العالية و ان لم يكن صادقا و لكنه بمرتبة ما صادق، و هو كاف، لعدم الدليل علي اعتبار الاكثر.

و يظهر من صاحب الجواهر عدم اعتبار المعرفة الاجمالية أيضا،

ص: 404

1- وسائل الشيعة 18:290 الباب 41 من أبواب الشهادات الحديث 5.

2- وسائل الشيعة 15:282 الباب 10 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 3.

3- الحدائق الناضرة 25:247. و لصاحب المدارك شرح علي المختصر النافع من كتاب النكاح إلي آخر النذر باسم نهاية المرام في شرح مختصر شرايع الإسلام. و هو لم يطبع بعد.

فلو كان لشخص عدة زوجات وقال: زوجتي طالق قاصدا لمعينة لا يعرفها الشاهدان كفي ذلك تمسكا باطلاق الادلة(1).

هذا ويمكن أن يضاف الي التمسك بالاطلاق النصوص الخاصة، كصحيحة صفوان عن ابي الحسن الرضا عليه السلام: «سئل عن رجل طهرت امرأته من حيضها فقال: فلانة طالق وقوم يسمعون كلامه ولم يقل لهم اشهدوا أيقع الطلاق عليها؟ قال: نعم هذه شهادة»(2)، و صحيحة ابي بصير: «سألت ابا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج أربع نسوة في عقدة واحدة أو قال في مجلس واحد و مهورهن مختلفة قال: جائز له و لهن. قلت:

أرأيت ان هو خرج الي بعض البلدان فطلق واحدة من الأربع و اشهد علي طلاقها قوما من أهل تلك البلاد و هم لا يعرفون المرأة ثم تزوج امرأة من أهل تلك البلاد بعد انقضاء عدة المطلقة ثم مات بعد ما دخل بها كيف يقسم ميراثه؟ قال: ان كان له ولد...»(3) و غيرهما.

و مما يؤكد عدم اعتبار المعرفة التفصيلية سيرة المتشركة. قال صاحب الحدائق معلقا علي مختار صاحب المدارك: «ما ذكرنا من الاكتفاء بالمعرفة الاجمالية هو الذي جري عليه مشايخنا الذين عاصرناهم و حضرنا مجالس طلاقهم كما حكاه هو أيضا عما اشتهر في زمانه. و اما ما ادعاه رحمه الله فلم أقف له علي موافق»(4).

25 - و اما ان صيغة الطلاق ما تقدم

فلصحيحة محمد بن مسلم

ص: 405

1- جواهر الكلام 106:32.

2- وسائل الشيعة 15:302 الباب 21 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 2.

3- وسائل الشيعة 15:303 الباب 23 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 1.

4- الحدائق الناضرة 25:251.

حيث «سأل أبا جعفر عليه السّلام عن رجل قال لامرأته: انت عليّ حرام أو بائة أو برة أو خلية قال: هذا كله ليس بشيء انما الطلاق ان يقول لها في قبل العدة بعد ما تطهر من حيضها قبل ان يجامعها: أنت طالق أو اعتدي يريد بذلك الطلاق ويشهد علي ذلك رجلين عدلين» (1) وغيرها.

و المذكور فيها جملة: «انت طالق» و لكنه يتعدّي إلي غيرها مما اشتمل علي كلمة «طالق» من جهة انه في الطلاق لا يلزم ان يواجه الزوج به زوجته و يخاطبها به بل يجوز ايقاعه عند غيبتها التي لا يتأتى معها الخطاب بضمير «أنت».

و هل يتحقق الطلاق بجملة «اعتدي»؟ المناسب ذلك - لو لم يثبت تسالم علي الخلاف - تمسكا بالصحيحة المذكورة وغيرها. و نسب القول بذلك إلي ابن الجنيد (2).

الا- انه اذا ثبت تسالم الاصحاب علي عدم القول بذلك فالمتعين الاقتصار علي الصيغة المتقدمة و لا أقل من كون ذلك هو مقتضي الاحتياط اللازم.

26 - و اما أجزاء الترجمة عند تعذر النطق بالعربية

فلان الطلاق لم يشرّع لخصوص العرب.

و هل يلزم توكيل العربي ان أمكن؟ المناسب هو عدم لعدم الدليل علي ذلك. أجل الاحتياط بالتوكيل أمر لا ينبغي تركه.

ص: 406

1- وسائل الشيعة 15:295 الباب 16 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 3.

2- الحدائق الناضرة 25:199.

إشارة

ينقسم الطلاق إلي القسمين التاليين:

الأول: بدعي. وهو ما كان فاقدا للشرائط المتقدمة. و حكمه البطلان.

ويلحق بالقسم المذكور الطلاق ثلاثا من دون تخلل رجعة في البين - بان يقول المطلق: انت طالق ثلاثا أو يقول: انت طالق انت طالق انت طالق قاصدا بذلك تعدد الطلاق - الا انه لا يبطل رأسا بل تقع لدي المشهور طلقة واحدة دون ما زاد.

الثاني: سني. وهو الطلاق الجامع للشرائط المتقدمة، وهو علي نحوين:

1 - بائن. وهو ما لا يحق للزوج الرجوع فيه الي المطلقة سواء كان لها عدة أم لا، و مصاديقه ستة:

أ - طلاق الصغيرة التي لم تبلغ سن المحيض حتي مع فرض الدخول بها عمدا أو اشتباها.

ب - طلاق اليانس.

ج - الطلاق قبل الدخول.

و المرأة في هذه الانحاء الثلاثة للطلاق ليست لها عدة.

د - المطلقة بالطلاق الثالث المسبوق بطلاقين قد تعقبتهما عودة برجوع أو عقد جديد فانها تحرم علي زوجها حتي ينكحها رجل آخر و يفارقها بموت أو طلاق. فيجوز آنذاك للأول العقد عليها بعد انتهاء العدة.

ه - طلاق الخلع و المباراة مع عدم رجوع الزوجة فيما بذلت.

و - طلاق الحاكم الشرعي لزوجة الممتنع من الانفاق و الطلاق.

2 - رجعي. و هو ما يحق للزوج الرجوع فيه في العدة سواء رجع بالفعل أم لا، و مصداقه كل ما عدا الأفراد الستة المتقدمة.

ثم ان الرجعي ينقسم بدوره إلي عدي وغيره.

ويراد من العدي ان يطلق الزوج زوجته علي الشرائط ثم يراجع قبل الخروج من العدة و يواقع ثم يطلقها في غير طهر المواقعة ثم يراجعها و يواقعها ثم يطلقها في طهر آخر. و بذلك تحرم عليه حتي تنكح زوجها غيره، فاذا طلقها او مات جاز للأول الزواج بها بعد انتهاء العدة.

هذا هو الطلاق العدي. و اذا تكرر حرمت في السادس أيضا حتي تنكح آخر بالشكل المتقدم، و في التاسع تحرم مؤبدا.

و الطلاق العدي بالمعني المذكور متقوم بأمرين:

أولهما: تخلل رجعتين. و لا يكفي وقوع عقدين جديدين أو عقد ورجعة.

ثانيهما: تحقق المواقعة بعد كل رجعة.

فطلاق العدة علي هذا مركب من ثلاث طلاقات: ثنتان منها رجعية و واحدة - و هي الثالثة - بئنة.

و لا خلاف في تحقق الحرمة المؤبدة بالطلاق التاسع في الطلاق العدي بالتفسير المذكور. كما لا خلاف - من غير ابن بكير - في تحقق الحرمة في كل طلاق ثالث بأي شكل اتفق. و انما الخلاف في تحقق الحرمة المؤبدة في الطلاق التاسع فيما اذا لم يكن عديا بالمعني المتقدم و المشهور صار الي العدم.

ثم ان الطلاق السني له ثلاثة اطلاقات:

أ - سني بالمعني الأعم. و هو كل طلاق جامع للشرائط مقابل الطلاق البدعي الفاقد لبعضها. و هذا الاطلاق هو ما تقدمت الاشارة إليه.

ب - سني مقابل العدي. وهو ما تتحقق به الرجعة في العدة من دون موافقة.

ج - سني بالمعني الأخص. وهو ما لا تتحقق فيه الرجعة في العدة بل تنقضي ثم يتزوجها الزوج بعقد جديد.

والمستند في ذلك:

1 - اما التقسيم الي البدعي و السني

فهو - كما تقدم - باعتبار الواجدية للشرائط المتقدمة و عدمها، فما كان فاقدا لها هو بدعي نسبة إلي البدعة بمعني المحرم، أي غير المشروع، و ما كان واجدا لها هو سني نسبة الي السنة بمعني المشروع.

و المعروف في كلمات بعض الاصحاب - كالمحقق وغيره - اصطلاح البدعي علي أقسام ثلاثة من الطلاق غير المشروع - وليس علي جميع مصاديقه و ان كانت كلها باطلة - هي: طلاق الحائض و النفساء في غير موارد الاستثناء، و الطلاق في طهر المقاربة، و طلاق الثلاث من غير تخلل رجعة(1).

و الأمر سهل بعد عدم المشاحة في الاصطلاح.

2 - و اما ان البدعي باطل

فلان المشروط عدم عند عدم شرطه.

هذا في مذهبنا. و اما الجمهور فقد اتفقت كلمتهم علي الصحة مع الاثم(2).

ص: 409

1- شرايع الإسلام 3:558 انتشارات استقلال.

2- قال الجزيري: «إذا طلق الزوج امرأته طلاقاً بدعياً فإنه تسن له رجعتها... و يحسب عليه الطلاق البدعي سواء كان واحداً أو أكثر باتفاق الأئمة الأربعة. و خالفهم بعض الشواذ الذين لا يعول علي آرائهم. راجع الفقه علي المذاهب الأربعة 4:274 مبحث ما يترتب علي الطلاق البدعي من الاحكام.

هذا كله في غير الطلاق ثلاثا بلا تخلل رجعة، واما هو فيقع واحدا عندنا كما سيتضح وجهه.

3 - واما الطلاق ثلاثا بدون تخلل رجعة

فقد اتفقت كلمة أصحابنا علي بطلانه، بمعني عدم وقوعه ثلاثا خلافا للجمهور (1). واتفقت أيضا علي وقوعه واحدا في حالة الولاء، أي تكرار جملة «انت طالق» ثلاث مرات، و اختلفت في حالة الارسال و عدم التكرار، بان قيل: «انت طالق ثلاثا».

و لو لا حظنا مقتضي القاعدة فالمناسب هو التفصيل، ففي حالة الولاء يقع واحدا لان جملة «انت طالق» الاولي تقتضي تحقق الطلاق

ص: 410

1- قال الجزيري: «يملك الرجل الحرّ ثلاث طلقات و لو كان زوجا لأمة و يملك العبد طلقتين و لو كان زوجا لحره، فاذا طلق الرجل زوجته ثلاثا دفعة واحدة، بان قال لها: انت طالق ثلاثا لزمه ما نطق به من العدد في المذاهب الاربعة. و هو رأي الجمهور. و خالفهم في ذلك بعض المجتهدين، كطاوس و عكرمة و ابن اسحاق، و علي رأسهم ابن عباس رضي الله عنهم، فقالوا: انه يقع به واحدة لا ثلاث، و دليل ذلك ما رواه مسلم عن ابن عباس قال: كان الطلاق علي عهد رسول الله صلي الله عليه و آله و ابي بكر و سنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمر: الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه اناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم» الفقه علي المذاهب الأربعة 303:4 مبحث تعدد الطلاق. هذا و قد جاءت روايات أهل البيت عليهم السلام ترد بشدة علي الطلاق ثلاثا و انه لا يقع الا واحدة أو ليس بشيء و انه مخالف لكتاب الله عزّ و جلّ . نعم هو مخالف لكتاب الله الناطق بان الطلاق مَرَّتَانِ البقرة: 229. ان تعريف الطلاق بالألف و اللام يدل علي ان الطلاق المشروع هو المرتان لا غير، و واضح ان عنوان المرتين لا يصدق الا مع التفرقة بين الطلاقين.

و تشملها العمومات الدالة علي تحقق الطلاق بصيغة «انت طالق»⁽¹⁾.

و مجرد تكرارها ثانية و ثالثة لا يمنع من صحتها و وقوع الطلاق الواحد.

و اما في حالة الارسال فمع قصد ايقاع الطلاق بجملة «انت طالق» ثم اعتبار كونه ثلاثا عند التلفظ بلفظ «ثلاثا» فالمناسب وقوع واحد لما تقدم، و مع قصد ايقاع الثلاث بمجموع الجملة لا بخصوص قيد «ثلاثا» فالمناسب البطلان رأسا لان ما قصد لا يمكن ان يقع و ما يمكن ان يقع لم يقصد.

هذا بمقتضى القاعدة.

و لو رجعنا الي الروايات وجدناها علي طائفتين:

الاولي: ما دلت علي وقوع طلاق واحد من دون تفصيل بين حالة الولاء و حالة الارسال. و هي متعددة، كصحيحة زرارة عن أحدهما عليهما السلام:

«سألته عن رجل طلق امرأته ثلاثا في مجلس واحد و هي طاهر قال: هي واحدة»⁽²⁾، و صحيحة الاسدي و الحلبي و ابن حنظلة جميعا عن ابي عبد الله عليه السلام: «الطلاق ثلاثا في غير عدة»⁽³⁾ ان كانت علي طهر فواحدة و ان لم تكن علي طهر فليس بشيء»⁽⁴⁾.

الثانية: ما دلت علي البطلان رأسا، كصحيحة ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام: «من طلق ثلاثا في مجلس فليس بشيء. من خالف كتاب الله 1.

ص: 411

1- كصحيحة محمد بن مسلم المشار اليها في الرقم 25 من مبحث شرائط صحة الطلاق.

2- وسائل الشيعة 15: 311 الباب 29 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 2.

3- يراد من الطلاق في غير عدة الطلاق الذي لا يتعقبه رجوع في العدة.

4- وسائل الشيعة 15: 311 الباب 29 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 1.

عز و جل ردّ الي كتاب الله عز و جل و ذكر طلاق ابن عمر»(1) و غيرها.

وقد جمع في الحدائق بحمل الاولي علي حالة الولاة و الثانية علي حالة الارسال مستندا في ذلك الي ان روايات الطائفة الاولي قد اشتملت علي تعبير «الطلاق ثلاثا»، و هو لا يصدق الا مع تكرار جملة «انت طالق» ثلاثا نظير ما لوقيل: سبح الله عشرة فانه لا يصدق علي قول: «سبحان الله عشرة»(2).

وفيه: ان التعبير ب «طلق ثلاثا في مجلس واحد» وارد في كلتا الطائفتين لا في خصوص الاولي.

ولعل الانسب حمل الطائفة الثانية علي نفي وقوعه ثلاثا لان النفي في جملة «فليس بشيء» مطلق فيقيد بالثلاث بقريئة الطائفة الاولي.

هكذا يقال أو يقال بحمل الطائفة الثانية علي من طلق ثلاثا في حالة عدم الطهر بقريئة صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «من طلق امرأته ثلاثا في مجلس و هي حائض فليس بشيء». و قد ردّ رسول الله صلّي الله عليه و آله طلاق ابن عمر اذ طلق امرأته ثلاثا و هي حائض فأبطل رسول الله صلّي الله عليه و آله ذلك الطلاق و قال: كل شيء خالف كتاب الله و السنة ردّ الي كتاب الله»(3)، فان صحيحة ابي بصير بقريئة استشهادها بطلاق ابن عمر واضحة في النظر الي حالة الطلاق بدون طهر.

و علي كلا التوجيهين تبقي الطائفة الاولي بلا معارض فيتمسك باطلاقها لإثبات تحقق طلقة واحدة عند الطلاق ثلاثا سواء كان بنحو 9.

ص: 412

- 1- وسائل الشيعة 15:313 الباب 29 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 8.
- 2- الحدائق الناضرة 25:239.
- 3- وسائل الشيعة 15:313 الباب 29 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 9.

الولاء أم بنحو الارسال.

اللهمّ الا ان يقال بعدم صدق عنوان الطلاق ثلاثا في حالة الارسال - كما هو ليس ببعيد - فينحصر نظر الطائفة الاولى بحالة الولاء و يلزمنا في حالة الارسال الرجوع الي مقتضى القاعدة بالبيان المتقدم.

4 - و اما ان طلاق الصغيرة و اليأس و غير المدخول بها بائن

فباعتبار انه لا عدة لها، و معه فلا يتمكن المطلّق من الرجوع اليها. و يأتي ان شاء الله تعالى في مبحث أحكام العدة الوجه في عدم وجوب العدة علي الثلاث المذكورة.

5 - و اما ان المطلقة بالطلاق الثالث تحرم علي زوجها حتي

ينكحها آخر

فهو من ضرورات الفقه بل الدين. و يدل عليه قوله تعالى:

الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ... * فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ (1). و هي باطلاتها تشمل حالة العودة بعد كل طلقة بالرجوع أو بعقد جديد.

و الروايات في المسألة كثيرة، كصحيحة ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام: «المطلقة التطليقة الثالثة لا تحل له حتي تنكح زوجا غيره و يذوق عسيلتها» (2) و غيرها. و هي مطلقة كالأية الكريمة.

6 - و اما تعميم مفارقة المحلل لما اذا كانت بالموت

- بالرغم من

ص: 413

1- البقرة: 229-230.

2- وسائل الشيعة 15: 353 الباب 3 من أبواب أقسام الطلاق الحديث 10. و العسيلة: الجماع أو اللذة، فان العرب تسمي كل شيء تستلذه عسلا.

التقييد في الآية الكريمة بالطلاق - باعتبار ان المفهوم من الروايات ان المهم في حصول التحليل ذوق المحلل لعسيلة المطلقة دون تطليقه لها بعنوانه. هذا مضافا الي التصريح بالتعميم في موثقة زرارة عن ابي جعفر عليه السلام: «... فاذا طلقها ثلاثا لم تحل له حتي تنكح زوجها غيره فاذا تزوجها غيره و لم يدخل بها و طلقها او مات عنها لم تحل لزوجها الاول حتي يذوق الآخر عسيلتها»(1) و غيرها.

7 - و اما ان الطلاق في الخلع و المباراة بائن ما دام لم ترجع

الزوجة في البذل

فمما لا خلاف فيه. و تدل عليه صحيحة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام: «الخلع و المباراة تطليقة بائن و هو خاطب من الخطاب»(2).

و اما التقييد بعدم رجوع الزوجة في البذل فلانه مع رجوعها يحق للزوج الرجوع أيضا، و هو مما لا خلاف فيه. و تدل عليه صحيحة البقباق عن ابي عبد الله عليه السلام: «المختلعة ان رجعت في شيء من الصلح يقول لا رجعت في بضعتك»(3).

8 - و اما ان طلاق الممتنع من الانفاق و الطلاق بائن

فلان النصوص و ان لم تدل علي ذلك بل دلت علي ثبوت الولاية في الطلاق، كما في صحيحة ابي بصير: «سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول: من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعم ما يقيم صلبها كان

ص: 414

- 1- وسائل الشيعة 15:366 الباب 7 من أبواب أقسام الطلاق الحديث 1.
- 2- وسائل الشيعة 15:417 الباب 8 من أبواب العدد الحديث 1.
- 3- وسائل الشيعة 15:499 الباب 7 من أبواب الخلع و المباراة الحديث 3.

حقا علي الامام ان يفرق بينهما»(1) وغيرها، الا انه لا بد من كونه بانئا و الا يلزم نقض الغرض و عدم الفائدة في طلاق الحاكم.

9 - و اما ان الطلاق الرجعي هو ما جاز للزوج الرجوع فيه سواء

رجع بالفعل أم لا

فهو من واضحات الفقه، و يدل عليه قوله تعالى:

وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ (2).

10 - و اما تفسير الطلاق العدي بما ذكر

فهو متسالم عليه. و تدل عليه صحيحة زرارة عن ابي جعفر عليه السلام: «... و اما طلاق العدة الذي قال الله عز و جل: فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَ أَحْصُوا الْعِدَّةَ (3) فاذا اراد الرجل منكم ان يطلق امرأته طلاق العدة فلينتظر بها حتي تحيض و تخرج من حيضها ثم يطلقها تطليقة من غير جماع بشهادة شاهدين عدلين و يراجعها من يومه ذلك ان احبَّ او بعد ذلك بأيام قبل ان تحيض و يشهد علي رجعتها و يواقعها حتي تحيض، فاذا حاضت و خرجت من حيضها طلقها تطليقة اخري من غير جماع يشهد علي ذلك ثم يراجعها أيضا متي شاء قبل ان تحيض و يشهد علي رجعتها و يواقعها و تكون معه الي ان تحيض الحيضة الثالثة فاذا خرجت من حيضتها الثالثة طلقها التطليقة الثالثة بغير جماع و يشهد علي ذلك فاذا فعل ذلك فقد

ص: 415

1- وسائل الشيعة 15: 223 الباب 1 من أبواب النفقات الحديث 2.

2- البقرة: 228.

3- الطلاق: 1.

بانت منه ولا تحل له حتي تنكح زوجا غيره»(1) وغيرها.

ويستفاد من الصحيحة اضافة بعض القيود الاخرى للطلاق العدي أكثر مما نقلناه في تفسير الفقهاء، من قبيل ان يكون الرجوع قبل ان تحيض الحيض الاول ولا يكفي الرجوع اثناء العدة متي ما تحقق.

ثم انه ذكر الشهيد الثاني في الروضة ان اطلاق الطلاق العدي علي مجموع الطلقات الثلاث المتقدمة يشتمل علي المسامحة، فان الطلاق العدي هو الاول والثاني دون الثالث، فانه ليس عديًا حيث لا يمكن الرجوع فيه(2).

والامر سهل بعد عدم المشاحة في الاصطلاح فيمكن افتراض وضع مصطلح الطلاق العدي للطلقات الثلاث بالشكل المتقدم.

11 - واما الحرمة المؤبدة بالطلاق التاسع العدي

فمتسالم عليها.

وتدل علي ذلك رواية زرارة وداود بن سرحان عن ابي عبد الله عليه السلام:

«... و الذي يطلق الطلاق الذي لا تحل له حتي تنكح زوجا غيره ثلاث مرات و تزوج ثلاث مرات لا تحل له ابدا»(3) وغيرها.

وليس في السند من يتأمل فيه سوي المثني - فانه مشترك بين جماعة لم تثبت وثاقة بعضهم - و الامر فيه سهل بعد رواية البنظي عنه بناء علي تمامية كبري وثاقة كل من روي عنه أحد الثلاثة.

هذا من حيث السند.

و اما الدلالة فالقدر المتيقن منها هو الطلاق العدي.

ص: 416

1- وسائل الشيعة 15:348 الباب 2 من أبواب أقسام الطلاق الحديث 1.

2- الروضة البهية 2:131.

3- وسائل الشيعة 15:358 الباب 4 من أقسام الطلاق الحديث 4.

زوجا آخر

فلم ينسب الخلاف فيها الا الي عبد الله بن بكير الذي هو من الفطحية. ويدل علي ذلك الكتاب الكريم و الروايات المتقدمة في الرقم 5. و المنسوب الي ابن بكير(1) ان المطلقة بالطلاق الثالث لا تحرم علي زوجها بل اذا انتهت عدة الطلاق الثالث جاز لزوجها العقد عليها بلا توقف علي نكاح شخص آخر فيما اذا لم يكن الطلاق عديا، و اما العدي فلا خلاف فيه حتي منه. و مستنده في ذلك غير واضح فتارة يستند الي رواية رفاعه و اخري الي ان ذلك امر رزقه الله اياه.

روي الشيخ الكليني عن حميد بن زياد عن ابن سماعة عن محمد بن زياد و صفوان عن رفاعه عن ابي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجل طلق امرأته حتي بانته منه و انقضت عدتها ثم تزوجت زوجها آخر فطلقها أيضا ثم تزوجت زوجها الاول أ يهدم ذلك الطلاق الاول؟ قال: نعم. قال ابن سماعة: و كان ابن بكير يقول: المطلقة اذا طلقها زوجها ثم تركها حتي تبين ثم تزوجها فانما هي علي طلاق مستأنف. قال: و ذكر الحسين بن هاشم انه سأل ابن بكير عنها فأجاب بهذا الجواب فقال:

سمعت في هذا شيئا؟ قال: رواية رفاعه. قال: ان رفاعه روي اذا دخل بينهما زوج فقال: زوج و غير زوج عندي سواء. فقلت: سمعت في هذا شيئا؟ قال: لا، هذا مما رزق الله من الرأي. قال ابن سماعة: و ليس نأخذ

ص: 417

1- و لربما يظهر ذلك من الشيخ الصدوق أيضا في كتاب من لا يحضره الفقيه 3:320. و الرأي المذكور لابن بكير قد أشارت اليه الرواية الآتية و نقل في جواهر الكلام 32:129 و الروضة البهية 2:131 و غيرهما.

بقول ابن بكير، فان الرواية اذا كان بينهما زوج»(1).

ومناقشة رأي ابن بكير واضحة، فان مقتضى اطلاق الآية الكريمة و الرواية المتقدمتين في الرقم 5 عدم الفرق بين الطلاق العدي وغيره في تحقق الحرمة بالطلاق الثالث حتي تنكح زوجا غيره. ولا مقيد للإطلاق المذكور سوي صحيحة رفاعه، ولكنها خاصة بما اذا تزوج رجل آخر بالمطلقة بعد الطلاق، و محل الكلام فيما اذا لم يتخلل الزواج بآخر بين الطلقات.

13 - و اما الحرمة المؤبدة في الطلاق التاسع اذا لم يكن عدياً

فالمشهور عدمها.

و المناسب عدم الفرق بين العدي وغيره، ففي كليهما تثبت الحرمة المؤبدة في الطلاق التاسع لإطلاق رواية زرارة و داود بن سرحان المتقدمة في الرقم 11. و لا وجه لتخصيصها بالطلاق العدي الا اذا تمّ اجماع تعدي علي ذلك.

قال في الجواهر - بعد ذكر رواية زرارة و داود و غيرها من الروايات الاخرى - ما نصه: «الا ان الجميع كما تري لا صراحة فيه في اشتراط التحريم بالتسع في الطلاق العدي علي الوجه المزبور بل ظاهره الاطلاق. فالعمدة حينئذ اجماع»(2).

و المناسب تحفظا من مخالفة المشهور و اجماع المدعي التنزل من الفتوي بالتعميم الي الاحتياط .

14 - و اما الاطلاقات الثلاثة للطلاق السني

فالوجه فيها:

ص: 418

1- وسائل الشيعة 15:353 الباب 3 من أبواب أقسام الطلاق الحديث 11.

2- جواهر الكلام 32:122.

اما بالنسبة الي الاطلاق الاول فواضح لان كل طلاق جمع الشرائط فهو سني، بمعني انه مشروع.

و اما بالنسبة الي الاطلاق الثاني فلان ظاهر صحيحة زرارة المتقدمة في الرقم 10 اختصاص الطلاق العدي بما تحقق فيه الرجوع بعد الطلاق و الموافقة، و معه فالطلاق الذي يتحقق الرجوع بعده بلا موافقة هو سني بالمعني المقابل للعدي.

و اما بالنسبة الي الاطلاق الثالث فلصحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام: «طلاق السنة يطلقها تطليقة يعني علي طهر من غير جماع بشهادة شاهدين ثم يدعها حتي تمضي اقراؤها فاذا مضت اقراؤها فقد بانت منه و هو خاطب من الخطاب ان شاءت نكحته و ان شاءت فلا...»(1).

4 - أحكام العدة

اشارة

تجب العدة - بمعني وجوب التريص علي المرأة فترة معينة بترك الزواج فيها اما مع ثبوت الحق لزوجها في الرجوع اليها أو بدونه - علي:

1 - المطلقة فيما اذا كانت مدخولا بها و لم تكن صغيرة و لا يائسا و الا فلا عدة عليها. و مقدارها ثلاثة قروء، أي ثلاثة اطهار.

و يكفي في الطهر الاول مسماه فاذا طلقت و قد بقيت من طهرها فترة قليلة ثم مرّ بها طهران تامان آخران فبمجرد رؤية دم الحيضة الثالثة

ص: 419

1- وسائل الشيعة 15:344 الباب 1 من أبواب أقسام الطلاق الحديث 2.

تخرج من العدة.

هذا في غير المسترابة. واما هي - بان كانت لا تحيض و هي في سن من تحيض - فعدتها ثلاثة أشهر.

كما ان هذا كله في غير الحامل. واما الحامل فتنتهي عدتها بوضع الحمل.

2- المتوفي عنها زوجها. و مقدارها أربعة أشهر و عشرة أيام. من دون فرق بين حالات الزوج من كونه كبيرا أو صغيرا. و من دون فرق بين حالات الزوجة من كونها صغيرة أو كبيرة، يائسا او لا، مدخولا بها او لا، دائمة أو متمتعا بها.

هذا في غير الحامل.

و اما الحامل فعدتها أبعد الأجلين من المدة المذكورة و وضع الحمل.

و يلزم علي الزوجة اذا كانت كبيرة عاقلة الحداد خلال عدة الوفاة، و ذلك بترك كل ما يعدّ زينة بحسب العرف الاجتماعي الذي تعيشه، فيلزم ترك التزين بالكحل و الطيب و الخضاب و الحمر و الملابس التي تعدّ زينة عرفا و ما شاكل ذلك.

و يجوز مثل تنظيف البدن و تمشيط الشعر و ما شاكل ذلك مما لا يعدّ زينة.

3- الموطوءة شبهة. و عدتها عدة المطلقة.

4- المفسوخ عقدها بعد الدخول بفسخ لعيب و نحوه او بانفساخ لارتداد أو رضاع و نحوهما. و عدتها كعدة المطلقة.

أجل اذا ارتدّ الزوج عن فطرة فالعدة عدة الوفاة.

5- المتمتع بها. و عدتها حيضتان كاملتان بعد انتهاء الأجل أو هبة المقدم المتبقي.

ص: 420

هذا اذا لم تكن حاملا.

واما الحامل فعدتها ان لم تكن من الوفاة تنتهي بوضع الحمل، وان كانت منها فأبعد الاجلين من ذلك و من اربعة اشهر وعشرة ايام.
والمستند في ذلك:

1 - اما وجوب العدة في الجملة

فهو من واضحات الفقه بل من ضروريات الدين. ويدل عليه الكتاب الكريم في جملة من المواضع، كقوله تعالى: وَ الْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ (1) ، وَ اللَّائِي يَسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَ اللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعَ عَنْ حَمْلِهِنَّ (2) ، وَ الَّذِينَ يَتُوفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا (3) ،... ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا (4).

واما الروايات فهي فوق حدّ الاحصاء. وسيوفيك بعضها فيما يلي من أبحاث إن شاء الله تعالى.

2 - واما تفسير العدة بما تقدم

فهو من واضحات الفقه. و تدل عليه الآيات الكريمة السابقة.

3 - واما وجوب العدة علي المطلقة

فقد اتضح مما سبق. واما عدم

ص: 421

1- البقرة: 228.

2- الطلاق: 4.

3- البقرة: 234.

4- الأحزاب: 49.

وجوب العدة علي غير المدخول بها فهو مما لا كلام فيه. ويدل عليه قوله تعالى: ... ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا، و الروايات الشريفة، كصحيحة أبي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام: «اذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها تطليقة واحدة فقد بانت منه و تزوج من ساعتها ان شاء»(1) وغيرها.

4 - و اما الصغيرة و اليانس

فالمشهور بين الاصحاب عدم ثبوت العدة عليهما. و خالف في ذلك السيد المرتضي فأثبتها عليهما(2).

و منشأ الخلاف في ذلك امران: الآية الكريمة و الروايات.

اما الآية الكريمة: وَ اللَّائِي يَسُنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ... (3) فقد استدل بها السيد المرتضي علي مدعاه بتقريب انها تدل بوضوح علي ثبوت العدة ثلاثة أشهر للآيسات و اللائي لم يحضن. و لا يوجد ما يحول دون الاخذ بذلك سوي الشرط - إِنْ ارْتَبْتُمْ - فانه لا يتلاءم مع افتراض عدم بلوغ سن الحيض او تجاوزه و لكنه يمكن تفسيره بالجهل، اي ان عدتهن ثلاثة أشهر ان كنتم جاهلين و غير عالمين بمقدارها.

و يؤيده ما ورد في شأن النزول من ان البعض سأل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله عن السبب في عدم ذكر عدد بعض النساء - كالكبار و الصغار و اولات الاحمال - في القرآن الكريم فنزلت الآية الكريمة.

هذا هو المقصود من الارتياب. و ليس المقصود الارتياب في انها

ص: 422

1- وسائل الشيعة 15:404 الباب 1 من أبواب العدد الحديث 3.

2- الحدائق الناضرة 25:431.

3- الطلاق: 4.

يأس أو لا، اذ فرض في الآية الكريمة اليأس من الحيض، و مع الارتباب بالمعني المذكور لا يأس.

هذا توضيح ما أفاده قدس سره (1).

و اما الروايات فهي علي طائفتين، فهناك مجموعة تبلغ أربعاً أو أكثر دلت علي عدم ثبوت العدة لليأس و الصغيرة، كصحيحة حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن التي قد يئست من المحيض و التي لا يحيض مثلها، قال: ليس عليها عدة» (2) وغيرها.

و هناك مجموعة تقرب من مقدار الطائفة الاولي دلت علي ثبوت العدة عليهما و انها ثلاثة اشهر، كصحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام:

«عدة المرأة التي لا تحيض و المستحاضة التي لا تطهر و الجارية التي قد يئست و لم تدرك الحيض ثلاثة أشهر...» (3).

و هذا الاختلاف بين الروايات هو سبب آخر لعدم وضوح حكم المسألة.

و السيد المرتضي لم يعر أهمية للأخبار المذكورة. و لعل ذلك نشأ من مبناه في مسألة حجية الخبر.

و اما رأي المشهور ففي مقام الدفاع عنه يمكن أن يقال:

اما بالنسبة إلي الآية الكريمة فالمناسب لو كان المقصود ما ذكره السيد المرتضي في تفسير معني الارتباب التعبير بالجهل دون الارتباب. علي ان جميع الاحكام واردة في حالة الجهل بها فلا وجهه 8.

ص: 423

1- الحدائق الناضرة 25:433.

2- وسائل الشيعة 15:404 الباب 1 من أبواب العدد الحديث 3.

3- وسائل الشيعة 15:408 الباب 2 من أبواب العدد الحديث 8.

لتقييد خصوص الحكم المذكور بذلك.

وعليه يتعين ان يكون المقصود: ان ارتبتم في تحقق اليأس لهن واقعا و عدمه فعدتهن... و لازم ذلك انه مع عدم الارتباب - بان كان يجزم باليأس - فلا عدة عليهن لا بالاقراء و لا بالاشهر اذ لا يحتمل ثبوت العدة عليهن بشكل آخر.

و التعبير عنهن ب **الَلَّائِي يَيْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ** و جيه بعد افتراض انهن اشرفن علي سن اليأس و احتمل ذلك في حقهن.

و اما قوله: **وَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ** فليس من البعيد أن يكون المراد منه: و اللائي لم يحضن ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر. و الارتباب لا يتصور في حق التي لم تحض الا اذا فرض انها في سن من تحيض و لم تحض.

و عليه فالآية الكريمة أجنبية عن الصغيرة التي هي ليست في سن من تحيض.

يبقي انه لو كان المقصود من الارتباب هذا المعني فالمناسب ان يعبر: ان ارتبن لا **إِنْ اُرْتَبْتُمْ** .

و الجواب: ان التعبير المذكور و جيه بعد ان كان ارتباب الرجال يؤثر علي موقفهم، حيث لا يجوز لهم آنذاك الزواج بهن اثناء الاشهر الثلاثة و يجوز لأزواجهن الرجوع إليهن.

و اما بالنسبة الي الروايات فاذا أمكن الجمع بحمل الثانية علي الاستحباب بقرينة الاولي فلا اشكال.

و اذا لم يمكن ذلك لعدم عرفية الجمع المذكور يلزم ترجيح الاولي

ومع التنزل يلزم التعارض والتساقط. ومن ثم لا يبقى دليل علي لزوم العدة علي اليأس والصغيرة ويكون المرجع هو اطلاقات جواز النكاح. وعلي جميع التقادير الثلاثة تعود النتيجة واحدة.

5 - واما ان العدة ثلاثة قروء

فلصريح الآية الكريمة: وَ الْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ... (2).

واما ان القراء هو بمعني الطهر دون الحيض فالروايات فيه متعارضة، فهناك مجموعة دلت علي انه بمعني الطهر ومجموعة اخري علي انه بمعني الحيض.

مثال الاولي: صحيحة زرارة عن ابي جعفر عليه السلام: «الاقراء هي الاطهار»(3). وفي صحيحته الا-خري: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: سمعت ربيعة الرأي يقول: من رأيي ان الاقراء التي سمي الله عز وجل في القرآن انما هو الطهر فيما بين الحيضتين فقال: كذب، لم يقل برأيه ولكنه انما بلغه عن علي عليه السلام. فقلت: كان علي عليه السلام يقول ذلك؟ فقال: نعم، انما القراء الطهر الذي يقرؤ فيه الدم فيجمعه فاذا جاء المحيض دفعه»(4) وغيرهما.

ومثال الثانية: صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «عدة التي

ص: 425

1- نقل الجزيري في كتاب الفقه علي المذاهب الأربعة 4:482 ان الحنفية قالوا بثبوت العدة علي الصغيرة. وهكذا المالكية والشافعية قالت بثبوت العدة عليها لو كانت تطبق الوطء.

2- البقرة: 228.

3- وسائل الشيعة 15:424 الباب 4 من أبواب العدد الحديث 3.

4- وسائل الشيعة 15:224 الباب 14 من أبواب العدد الحديث 4.

تحيض ويستقيم حيضها ثلاثة قروء، و هي ثلاث حيض»(1).

و التعارض بين الطائفتين مستقر.

ويمكن ترجيح الاولي اما لأنها مخالفة للتقية - حسب دعوي الشيخ الطوسي(2) او لموافقتها للكتاب الكريم اما ببيان ان القراء عبارة عن الجمع، و جمع الدم و حبسه يتحقق في حالة الطهر - كما تشير إلي ذلك صحيحة زرارة المتقدمة - فيكون القراء متحققا حالة الطهر أو ببيان ان ظاهر الآية الكريمة ان مدة التربص التي هي ثلاثة قروء تبتدئ من حين الطلاق، و ذلك لا يتم الا بتفسير القراء بالطهر.

6 - و اما انه يكفي في الطهر الاول مسماه

، و من ثم يكفي في انتهاء العدة مجرد رؤية دم الحيضة الثالثة فتدل عليه الروايات الكثيرة، كصحيحة زرارة عن ابي جعفر عليه السلام: «قلت له: اصلحك الله رجل طلق امرأته علي طهر من غير جماع بشهادة عدلين فقال: اذا دخلت في الحيضة الثالثة فقد انقضت عدتها و حلت للأزواج. قلت له: اصلحك الله ان اهل العراق يروون عن علي عليه السلام انه قال: هو احق برجعتها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة فقال: فقد كذبوا»(3) و غيرها، فان مقتضى اطلاق قوله عليه السلام: «اذا دخلت في الحيضة الثالثة فقد انقضت عدتها» انه برؤية الدم الثالث تنتهي العدة سواء كان الطلاق قد وقع في بداية الطهر الاول أو قبيل نهايته بلحظة.

و بناء علي هذا فأقل زمان يمكن تحقق العدة فيه ستة و عشرون

ص: 426

1- وسائل الشيعة 15: 425 الباب 14 من أبواب العدد الحديث 7.

2- نقل ذلك الحر العاملي في وسائله 15: 225 من أبواب العدد الباب 14 في ذيل الحديث 7.

3- وسائل الشيعة 15: 426 الباب 15 من أبواب العدد الحديث 1.

يوما و لحظتان، بان يفترض ان طهرها الاول لحظة ثم تحيض ثلاثة ايام ثم تري أقل الطهر عشرة ايام ثم تحيض. وبمجرد رؤية هذا الدم الاخير لحظة من اوله تتقضي العدة. و طبعي ان هذه اللحظة الاخيرة خارجة عن العدة و دورها دور الكاشف عن تمامية الطهر الثالث.

7 - و اما ان عدة المسترابة ثلاثة اشهر

فيدل عليه قوله تعالى:

وَ اللَّائِي يَسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ... (1)، فان فقرة وَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ تدل علي المطلوب، أي و اللائي لم يحضن ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر.

و الارتباب في التي لا تحيض لا يتصور الا في المسترابة كما تقدم في الرقم 4.

و الاخبار في المسألة كثيرة، كصحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «عدة المرأة التي لا تحيض و المستحاضة التي لا تطهر ثلاثة اشهر...» (2) و غيرها.

8 - و اما ان عدة الحامل تنتهي بوضع الحمل

فهو المشهور. و يدل عليه قوله تعالى: وَ أُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (3)، و الروايات الشريفة، كصحيحة زرارة عن ابي جعفر عليه السلام: «طلاق الحامل واحدة فاذا وضعت ما في بطنها فقد بانت منه» (4) و غيرها.

ص: 427

1- الطلاق: 4.

2- وسائل الشيعة 15: 412 الباب 4 من أبواب العدد الحديث 7.

3- الطلاق: 4.

4- وسائل الشيعة 15: 418 الباب 9 من أبواب العدد الحديث 3.

وفي مقابل ذلك قول الشيخ الصدوق وآخرين بان عدتها اقرب الاجلين من الوضع و الاقراء او ثلاثة اشهر تمسكا بصحيفة ابي الصباح عن ابي عبد الله عليه السلام: «طلاق الحامل واحدة و عدتها اقرب الاجلين»(1) ، و صحيفة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «طلاق الحلبي واحدة و أجلها ان تضع حملها و هو أقرب الاجلين»(2) و غيرهما(3).

و لا يخفي ان الواو في فقرة: «و هو أقرب الاجلين» حالية لا استثنائية، اذ قد يكون الوضع أقرب الاجلين و قد لا يكون.

هذا قول الشيخ الصدوق.

و لا تبعد وجاهته لان الآية الكريمة و الطائفة الاولى من الروايات مطلقة من حيث كون الوضع أقرب الاجلين أو لا فتقيد بالطائفة الثانية الدالة علي ان الوضع تنتهي به العدة فيما اذا كان أقرب الاجلين.

و لأجل هذا مال صاحب الجواهر الي القول المذكور(4).

9 - و اما ان عدة المتوفي زوجها اربعة اشهر و عشرة ايام

فهو من ضروريات الفقه بل الدين. و يدل علي ذلك قوله تعالى: **وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا** (5).

و اما ما تضمنه قوله تعالى: **وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ** (6) فهو تشريع قبل نزول

ص: 428

1- وسائل الشيعة 418:15 الباب 9 من ابواب العدد الحديث 3.

2- وسائل الشيعة 419:15 الباب 9 من ابواب العدد الحديث 6.

3- جواهر الكلام 252:32.

4- جواهر الكلام 253:32.

5- البقرة: 234.

6- البقرة: 240.

و الروايات في المسألة كثيرة، كصحيحة ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام: «ان رسول الله صَلَّى الله عليه وآله قال للنساء: اف لكن قد كنتن قبل ان ابعث فيكن وان المرأة منكن اذا توفي عنها زوجها اخذت بعة فرمت بها خلف ظهرها ثم قالت: لا امتشط ولا اكتحل ولا اختضب حولا كاملا و انما امرتكن بأربعة أشهر و عشرا ثم لا تصبرن»⁽¹⁾ وغيرها.

10 - و اما التعميم بلحاظ جميع الحالات المتقدمة

فلإطلاق ما تقدم من الآية الكريمة و الروايات الشريفة.

اجل دلت رواية محمد بن عمر الساباطي: «سألت الرضا عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فطلقها قبل ان يدخل بها قال: لا عدة عليها. و سألته عن المتوفي عنها زوجها من قبل ان يدخل بها قال: لا عدة عليها، هما سواء»⁽²⁾ علي اشتراط الدخول في ثبوت عدة الوفاة، لكنها مضافا الي ضعف سندهما بالساباطي نفسه ساقطة عن الحجية لهجران الاصحاب لمضمونها.

11 - و اما ان عدة الحامل المتوفي عنها زوجها أبعد الاجلين

فهو مما لا خلاف فيه. و قد يستدل له بانه مقتضي الجمع بين قوله تعالى:

وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا⁽³⁾ ، و قوله تعالى: وَ أُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ

ص: 429

1- وسائل الشيعة 15: 451 الباب 30 من أبواب العدد الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 15: 462 الباب 35 من أبواب العدد الحديث 4.

3- البقرة: 234.

حَمَلُهُنَّ (1) بتقريب ان الحامل مشمولة لكلتا الآيتين الكريمتين، و امتثال الامر فيهما لا يحصل الا بالاعتداد بأبعد الاجلين.

وفيه: ان آية الاحمال ناظرة إلي خصوص المطلقة فلاحظ .

و الانسب الاستدلال لذلك بالروايات الخاصة، كصحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «الحامل المتوفي عنها زوجها تنقضي عدتها آخر الاجلين» (2) وغيرها.

12 - و اما الحداد

(3) فلا خلاف بين المسلمين في وجوبه. وقد دلت عليه صحيحة ابن ابي يعفور عن ابي عبد الله عليه السلام: «سألته عن المتوفي عنها زوجها قال: لا تكتحل للزينة ولا تطيب ولا تلبس ثوبا مصبوغا...» (4) وغيرها.

وقد فهم منها الاصحاب حرمة كل ما يعدّ زينة. قال في الحدائق:

«و المفهوم من هذه الاخبار ان الحداد هو ترك كل ما يعدّ زينة في البدن أو اللباس و ان اختلف ذلك باختلاف العادات في البلدان فيحكم علي كل بلد بما هو المعتاد فيها» (5).

اجل قيّد بعض الاصحاب - و منهم السيد اليزدي - التزين المنهي عنه بما يعدّ زينة للزوج (6).

و لعله استند في ذلك الي موثقة عمار الساباطي عن ابي

ص: 430

1- الطلاق: 4.

2- وسائل الشيعة 15: 455 الباب 31 من أبواب العدد الحديث 1.

3- الحداد من الحدّ بمعني المنع، فان الزوجة حيث تمنع نفسها من التزين فهي حادة.

4- وسائل الشيعة 15: 450 الباب 29 من أبواب العدد الحديث 2.

5- الحدائق الناضرة 25: 470.

6- ملحقات العروة الوثقى 2: 63.

عبد الله عليه السلام: «سأله عن المرأة يموت عنها زوجها هل يحل لها ان تخرج من منزلها في عدتها؟ قال: نعم و تختضب و تكتحل و تمتشط و تصبغ و تلبس المصبغ و تصنع ما شاءت بغير زينة لزوج»(1).

الا ان الموثقة قد ترمي بهجران الاصحاب لها لاشتمالها علي جواز صنع ما شاءت بشرط ان لا يكون معدودا من مصاديق الزينة للزوج، و هو مما لا يقول به الاصحاب.

13 - و اما جواز ما لا يعدّ زينة

فلأصل البراءة بعد قصور المقتضي للتحريم. هذا لو لم يستفد من اخبار الحداد نفسها جواز ذلك و الا كانت هي الدليل، لعدم وصول النوبة الي الاصل العملي بعد فرض وجود الدليل الاجتهادي.

14 - و اما تقييد وجوب الحداد بما اذا كانت الزوجة كبيرة عاقلة

فلأن غيرها لا تكليف عليها، و وجوب الحداد تكليفي.

15 - و اما ثبوت العدة في وطء الشبهة

فقد نفى السيد اليزدي الاشكال و الخلاف في ذلك(2). و تدل عليه صحيحة حفص بن البخترى عن ابي عبد الله عليه السلام: «اذا التقى الختانان وجب المهر و العدة و الغسل»(3) و غيرها، فانها باطلاقها تشمل وطء الشبهة. و الزنا خرج بالمخصص.

و لكن كيف ثبت ان العدة هي بمقدار عدة المطلقة؟ ذلك بالبيانات التالية:

أ- ان السكوت عن مقدار العدة مع كونه عليه السلام في مقام البيان يدل

ص: 431

1- وسائل الشيعة 15:451 الباب 29 من أبواب العدد الحديث 7.

2- ملحقات العروة الوثقى 2:58.

3- وسائل الشيعة 15:65 الباب 54 من أبواب المهور الحديث 4.

علي ان عدتها كعدة المطلقة - وهي العدة المعروفة للمرأة التي لم يمتمت زوجها - ولو كانت غيرها لبين عليه السلام ذلك.

ب - التمسك بصحيفة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «عدة المرأة التي لا تحيض والمستحاضة التي لا تطهر ثلاثة اشهر. وعدة التي تحيض ويستقيم حيضها ثلاثة قروء...»(1)، فانها تدل علي ان عدة المرأة بشكل عام فيما اذا كانت مستقيمة الحيض هي ثلاثة قروء فتشمل محل كلامنا، والخروج عن ذلك هو الذي يحتاج الي دليل.

ج - التمسك بصحيفة الحلبي الاخري عن ابي عبد الله عليه السلام: «سألته عن المرأة الحبلي يموت زوجها فتضع وتزوج قبل ان تمضي لها اربعة اشهر وعشرا فقال: ان كان دخل بها فرّق بينهما ولم تحل له ابدا واعتدت ما بقي عليها من الاول واستقبلت عدة اخري من الآخر ثلاثة قروء...»(2)، فان وطء الشبهة هو القدر المتيقن منها وقد دلت علي ان العدة له ثلاثة قروء.

16 - واما وجوب العدة علي المفسوخ عقدها بعد الدخول بفسخ او

انفساخ

فلا اشكال فيه. و تدل عليه صحيفة ابن البخري المتقدمة.

و اما ان مقدارها كعدة المطلقة فللصحيفة الاولي المتقدمة للحلبي وغيرها.

و اما ان عدة المرتد زوجها عن فطرة هي عدة الوفاة فلموثقة الساباطي: «سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: كل مسلم بين مسلمين ارتدّ عن الإسلام وجد محمدًا صلّي الله عليه وآله نبوته وكذّبه، فان دمه مباح لمن سمع

ص: 432

1- وسائل الشيعة 15:412 الباب 4 من أبواب العدد الحديث 7.

2- وسائل الشيعة 14:346 الباب 17 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 6.

ذلك منه، و امرأته بائنة منه يوم ارتد، و يقسم ماله علي ورثته، و تعتد امرأته عدة المتوفي عنها زوجها، و علي الامام ان يقتله و لا يستتبه»(1).

17 - و اما ان عدة المتمتع بها حيضتان كاملتان بعد انتهاء الاجل

أو هبة المقدار المتبقي من الاجل

فقد تقدم بيانه في مبحث النكاح المؤقت من كتاب النكاح.

18 - و اما ان عدتها من الوفاة اذا كانت حاملا ابعد الاجلين

فهو مما لا خلاف فيه علي ما في الجواهر(2). و تدل علي ذلك الروايات الخاصة التي تقدمت الاشارة إليها في الرقم 11، فانها باطلاقها تشمل المتمتع بها.

و اما ان عدتها في غير الوفاة اذا كانت حاملا وضع الحمل فلقوله تعالي: **وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** (3)، فانه و ان كان ناظرا الي المطلقات دون المتمتع بها التي ليس لها طلاق، الا انه حيث لا يحتمل ان يكون حال المتمتع بها اشد من حال المطلقة في العقد الدائم فيعمها ذلك.

5 - من أحكام الخلع و المبرأة

اشارة

الخلع - بضم الخاء - هو طلاق بفدية من الزوجة الكارهة لزوجها. و هو مشروع جزما.

ص: 433

1- وسائل الشيعة 18:545 الباب 1 من أبواب حد المرتد الحديث 3.

2- جواهر الكلام 30:200.

3- الطلاق: 4.

و تشترط فيه - مضافا الي الشروط المتقدمة في الطلاق - كراهة الزوجة لزوجها، وعدم كراهة الزوج لزوجته، وبذل الزوجة للفدية عن طيب نفس.

و الصيغة الخاصة للخلع: «خلعتك علي كذا»، او «انت او هي مختلعة علي كذا»، او «انت او هي او فلانة طالق علي كذا».

و الجمع باتباع الخلع بالطلاق - بأن يقول الزوج او وكيله: «خلعتك علي كذا فانت طالق» - اولي.

و يعتبر - لدي المشهور - عدم الفصل بين إنشاء البذل و الطلاق بما يخل بالموالاة العرفية.

و يجوز في الفدية ان تكون بمقدار المهر او أقل او اكثر.

و الطلاق في الخلع بائن ما دام لم ترجع الزوجة عن البذل في العدة.

و المباراة⁽¹⁾ تساوي الخلع في الاحكام المتقدمة و تفارقه في:

أ - اعتبار الكراهة من كلا الطرفين فيها بخلافه في الخلع فان الكراهة معتبرة من الزوجة فقط .

ب - ان لا يكون الفداء اكثر من مقدار المهر فيها.

ج - انها تقع بلفظ الطلاق - بان يقول الزوج: انت طالق علي كذا، أو يقول:

بارأتك علي كذا فانت طالق - و لا يكفي الانشاء بلفظ المباراة وحده.

و المستند في ذلك:

1 - اما ان الخلع يتميز عن الطلاق بأمرين - الفدية من الزوجة

و كراهتها

- فهو من واضحات الفقه. و تدل عليه مضافا الي ذلك نصوص المشروعية التالية.

ص: 434

1- المباراة - بالهمز وقد تخفف الفا - هي المصالحة. يقال: بارأه بمعني صالحه. و المرأة بارأها بمعني صالحها علي الفراق. القاموس المحيط 1:8.

2 - و اما انه مشروع

فهو مما لا اشكال فيه. ويدل عليه قوله تعالى: **وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ (1)**، وصحيفة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا- يحل خلعها حتي تقول لزوجها: والله لا- ابر لك قسما ولا اطيع لك امرا ولا اغتسل لك من جنابة ولاوطئن فراشك ولاذنن عليك بغير اذنك وقد كان الناس يرخصون فيما دون هذا فاذا قالت المرأة ذلك لزوجها حل له ما اخذ منها فكانت عنده علي تطليقتين باقيتين و كان الخلع تطليقة...»(2) و غيرها.

وعليه فالمشروعية لا تأمل فيها بل عن جماعة منهم شيخ الطائفة اختيار وجوبه عند تمرد الزوجة علي القيام بحقوق الزوجية بحجة ان النهي عن المنكر واجب وهو لا يتم الا بالخلع(3).

و التأمل في ذلك واضح باعتبار عدم تمامية المقدمة الثانية. و من هنا حمل في الحدائق الوجوب في كلام الشيخ علي الثبوت(4).

3 - و اما ان الخلع طلاق و ليس فسخا

فهو المشهور خلافا لشيخ الطائفة حيث اختار كونه فسخا لأنه لا ينشأ بلفظ الطلاق بل ولا ينوي به ذلك.

و الثمرة تظهر في عدّه من جملة الطلقات الثلاث و عدمه.

ص: 435

1- البقرة: 229.

2- الكافي 6:139 الباب الخلع الحديث 1.

3- جواهر الكلام 3:33.

4- الحدائق الناضرة 25:555.

و المناسب كونه طلاقاً لتصريح الروايات بذلك، كصحيحة الحلبي السابقة وغيرها.

وزاد في الجواهر ما نصه: «بل لو قلنا انه فسخ امكن دعوي اجراء حكم الطلاق عليه للنصوص المزبورة»(1).

4 - و اما اعتبار اجتماع شرائط صحة الطلاق في الخلع - من

حضور شاهدين و كون الزوجة طاهرة بطهر لم توقع فيه و... -

فباعتبار انه لما كان فردا من الطلاق فتثبت له أحكامه.

هذا مضافا الي ان بعض الشرائط الخاصة للطلاق قد دلت الروايات الخاصة علي ثبوتها للخلع، كصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج:

«سألت ابا عبد الله عليه السلام هل يكون خلع او مباراة الا بطهر؟ فقال:

لا يكون الا بطهر»(2) وغيرها.

5 - و اما اعتبار كراهة الزوجة لزوجها في تحقق الخلع

فهو من المسلمات، بل يمكن اعتبار كون الكراهة قد وصلت حدا يؤدي الي ترك الحقوق الثابتة للزوج علي زوجته لقوله تعالى: إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ... (3) و صحيحة الحلبي السابقة وغيرها.

هذا وقد وقع الكلام بين الاعلام في ان التلفظ بالكلمات المذكورة في صحيحة الحلبي هل هو شرط في صحة الخلع او يكفي تحقق الكراهة إلي المستوي المذكور و لو من دون تلفظ بذلك؟

ص: 436

1- جواهر الكلام 10:33.

2- وسائل الشيعة 15:496 الباب 6 من كتاب الخلع و المباراة الحديث 1.

3- البقرة: 229.

المناسب لو خيلنا و ظاهر الصحيحة المتقدمة و ما شاكلها اعتبار التلطف بالكلمات السابقة الا ان قوله تعالى: **إِلَّا أَنْ يَخَافَ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ** يدل علي ان المدار علي وصول الكراهة الي حدّ يخاف من ترك الحدود الالهية من دون مدخلة للتلفظ بما ذكر.

و تؤكد ما ذكرناه السيرة الجارية علي اجراء الخلع بدون فحص عن صدور الكلمات المذكورة.

و هل يلزم في الكراهة ان تكون ذاتية - بمعني نشوئها عن مناشئ غير طارئة بعد الزواج كقبح منظر الزوج و فقره و سوء خلقه - أو يكفي كونها عارضة و ناشئة من اسباب طارئة بعد ذلك كالتزوج باخري؟

أجاب صاحب الحدائق بما نصه: «المستفاد من كلام من عاصرناه من مشايخنا في بلاد البحرين هو الاول. و قد حضرناه في غير موضع و قد كانوا لا يوقعون الخلع الا بعد تحقيق الحال و مزيد الفحص و السؤال في ثبوت الكراهة الذاتية و عدم الكراهة العارضية...»(1).

و يرد: ان الآية الكريمة و صحيحة الحلبي مطلقتان من الناحية المذكورة. و لعله لذلك قال صاحب الجواهر: «و هو من الغرائب التي لا يساعد عليها كتاب و لا سنة»(2).

6 - و اما اعتبار عدم كراهة الزوج لزوجته

فلانه مع كراهته أيضا يكون المورد من مصاديق المباراة دون الخلع.

7 - و اما اعتبار بذل الزوجة للفداء

فلتقوم حقيقة الخلع بذلك و من

ص: 437

1- الحدائق الناضرة 25:576.

2- جواهر الكلام 33:44.

دونه لا يكون خلعاً بل طلاقاً بشكله المتعارف.

8 - و اما اعتبار ان يكون بذل الفداء عن طيب نفس الزوجة

فلقوله تعالى: وَلَا تَعْضَدُوا لُوهُنَّ لِيَّ تَذْهَبُوا بِيَعُضٍ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ (1). بل بقطع النظر عن ذلك لا مسوغ لإكراهها علي بذل ذلك فانه مصداق للظلم المحرم. اضافة الي دلالة حديث: «رفع عن امتي ما استكروهوا عليه» (2) علي عدم ترتب الاثر علي ذلك.

9 - و اما ان الصيغة الخاصة «خلعتك او انت او هي مختلعة علي

كذا»

فلانه بعد ما لم ترد صيغة خاصة في النصوص لانشاء الخلع فيلزم الحكم بالاكتفاء بكل صيغة دالة علي إنشاء الخلع - و من ذلك ما تقدم - تمسكا بالاطلاق اللفظي ان امكن تحصيله و الا فبالاطلاق المقامي.

10 - و اما الاكتفاء بصيغة «هي او انت او فلانة طالق علي عوض

كذا»

فباعتماد ان الخلع لما كان مصداقا من مصاديق الطلاق فيلزم الاكتفاء فيه بصيغة الطلاق، غايته يلزم اضافة العوض لان ذلك هو المائز بين الخلع و الطلاق المتعارف.

11 - و اما الجمع باتباع الخلع بالطلاق

فقد اختار اعتباره الشيخ قدس سره و جماعة (3). وقد يستدل له برواية موسى بن بكر عن العبد الصالح: «قال علي عليه السلام: المختلعة يتبعها الطلاق ما دامت في العدة» (4).

ص: 438

1- النساء: 19.

2- وسائل الشيعة 11: 295 الباب 56 من أبواب جهاد النفس الحديث 1.

3- جواهر الكلام 6: 33.

4- وسائل الشيعة 15: 490 الباب 3 من كتاب الخلع و المباراة الحديث 1.

وفيه: انها لو تمت سنداً ولم يناقش من ناحية موسى بن بكر هي ضعيفة دلالة لإجمال المقصود منها.

وما ذكره الشيخ قدس سرّه لو استفيد منها يلزم الحكم بجواز تأخير الطلاق عن الخلع حتى بفترة طويلة ما دامت العدة باقية. وهذا بعيد و ان استظهر في الحدائق من بعض كلمات القائلين بالقول المذكور الالتزام بذلك(1)، ولكنه غريب.

هذا ويظهر من بعض الروايات ان الخلاف في اعتبار تعقيب الخلع بالطلاق كان ثابتاً في عصر الأئمة عليهم السلام، ولذلك تكرر السؤال عن ذلك فلاحظ صحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع: «سألت ابا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تباري زوجها أو تختلع منه بشهادة شاهدين علي طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك أو تكون امرأته ما لم يتبعها بطلاق؟ فقال: تبين منه و ان شاءت ان يرد اليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت. فقلت: فانه روي لنا انه لا تبين منه حتي يتبعها بطلاق قال: ليس ذلك اذا خلع. فقلت: تبين منه؟ قال: نعم»(2) و غيرها.

وبالجملة: لا- دليل علي اعتبار تعقيب الخلع بالطلاق لعدم الدليل - فيتمسك بالاطلاق اللفظي ان كان و الا فبالاطلاق المقامي - بل و للدليل علي العدم، كصحيحة ابن بزيع و غيرها.

نعم لا اشكال في ان الاتباع اولي خروجاً من خلاف الشيخ و غيره و امثالاً للمضمون المحتمل لرواية موسى بن بكر.

12 - و اما اعتبار عدم الفصل بين إنشاء الفدية و الطلاق

فهو

ص: 439

1- الحدائق الناضرة 25: 564-565.

2- وسائل الشيعة 15: 492 الباب 3 من كتاب الخلع و المباراة الحديث 9.

المشهور. و استدلل له في الجواهر:

تارة بان الخلع معاوضة بين بذل الفداء و إنشاء الطلاق فهو علي هذا كسائر المعاوضات لقول امير المؤمنين عليه السلام: «لكل مطلقة متعة الا المختلعة فانها اشترت نفسها»(1)، و موثقة البقباق عن ابي عبد الله عليه السلام:

«المختلعة ان رجعت في شيء من الصلح يقول لأرجعن في بضعتك»(2).

و اخري بان القدر المتيقن من نصوص الباب حالة التحفظ علي الموالاة، و الاصل عدم الصحة فيما سوي ذلك(3).

ويرده:

اما بالنسبة الي الاول فلان الحديتين ليسا واضحين في المعاوضة. و كيف يمكن الالتزام بذلك و الحال ان رجوع الزوجة عن البذل لا يستوجب بطلان الطلاق بل صيرورته رجعيا؟ هذا مضافا الي ان اعتبار الموالاة في باب المعاوضة اول الكلام.

و اما بالنسبة الي الثاني فباعتبار انه لا مجال للأصل بعد وجود الاطلاق و لو المقامي.

و عليه فالمناسب عدم اعتبار الموالاة و يكفي استمرار عزمها علي البذل. و لكن الاحتياط تحفظا من مخالفة المشهور امر لازم.

13 - و اما انه يجوز في الفدية ان تكون بقدر المهر او اكثر او أقل

فلعدم الدليل علي اشتراط حدّ معين بل و للدليل علي العدم، كصحيحة زرارة عن ابي جعفر عليه السلام: «المباراة يؤخذ منها دون الصداق، و المختلعة

ص: 440

1- وسائل الشيعة 15: 503 الباب 11 من كتاب الخلع و المباراة الحديث 3.

2- وسائل الشيعة 15: 499 الباب 7 من كتاب الخلع و المباراة الحديث 3.

3- جواهر الكلام 14: 33.

يؤخذ منها ما شاء او ما تراضيا عليه من صداق او اكثر...»(1) وغيرها.

14 - و اما ان الخلع طلاق بائن

فمما لا خلاف فيه لصحيفة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام: «الخلع و المباراة تطليقة بائن و هو خاطب من الخطاب»(2).
و اما انه يجوز للزوج الرجوع عند رجوعها عن البذل فلصحيفة عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام: «و لا رجعة للزوج علي المختلعة و لا علي المباراة الا ان يبدو للمرأة فيرد عليها ما أخذ منها»(3). و موثقة البقباق المتقدمة في الرقم 12.

15 - و اما ان المباراة كالخلع في جميع الاحكام الا في الاحكام

الثلاثة

فهو المعروف بين الاصحاب. وقد يستفاد من رواية زرارة:

«سألت ابا جعفر عليه السلام عن عدة المختلعة كم هي؟ قال: عدة المطلقة.

و لتعتد في بيتها. و المباراة بمنزلة المختلعة»(4).

فان تمت الدلالة علي العموم و لم يناقش في السند من ناحية المعلي بن محمد فلا مشكلة و الا فيمكن تصيد ذلك من مجموع النصوص، كصحيفة زرارة و محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام: «لا مباراة الا علي طهر من غير جماع بشهود»(5) و صحيفة عبد الله بن سنان المتقدمة في الرقم 14 و غيرهما، فانه بضم النصوص المذكورة

ص: 441

- 1- وسائل الشيعة 15: 493 الباب 4 من كتاب الخلع و المباراة الحديث 1.
- 2- وسائل الشيعة 15: 495 الباب 5 من كتاب الخلع و المباراة الحديث 2.
- 3- وسائل الشيعة 15: 499 الباب 7 من كتاب الخلع و المباراة الحديث 4.
- 4- وسائل الشيعة 15: 503 الباب 10 من كتاب الخلع و المباراة الحديث 4.
- 5- وسائل الشيعة 15: 498 الباب 6 من كتاب الخلع و المباراة الحديث 7.

بعضها الي بعض قد يستفاد الحكم المذكور.

16 - و اما انه يعتبر في المباراة الكراهة من كلا الطرفين

فهو علي ما في الحدائق امر مقطوع به في كلام الاصحاب(1). ويمكن استفادته من موثقة سماعة: «سألته عن المباراة كيف هي؟ فقال: يكون للمرأة شيء علي زوجها من مهر أو من غيره و يكون قد اعطاها بعضه فيكره كل واحد منهما صاحبه فتقول المرأة لزوجها: ما اخذت منك فهو لي، و ما بقي عليك فهو لك و ابارئك فيقول الرجل لها: فان انت رجعت في شيء مما تركت فانا أحق ببضعك»(2).

و لا يضر اضمارها بطريق الكليني بعد ما كانت مسندة في طريق الشيخ.

اجل ان الشيخ رواها بسنده عن علي بن الحسن، اي ابن فضال، و طريقه اليه يشتمل علي بن محمد بن الزبير الذي لم يذكر في حقه توثيق خاص. الا ان الامر من ناحيته سهل بناء علي كفاية شيخوخة الاجازة في اثبات الوثيقة.

17 - و اما انه يعتبر في المباراة ان لا تكون الفدية اكثر من المهر

فهو مما لا خلاف فيه، و انما الخلاف في اعتبار ان لا تكون مساوية له أيضا بل أقلّ .

و ظاهر صحيحة ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام: «المباراة تقول المرأة لزوجها: لك ما عليك و اتركني او تجعل لها من قبلها شيئاً فيتركها الا انه يقول: فان ارتجعت في شيء فانا املك ببضعك.

ص: 442

1- الحدائق الناضرة 623:25.

2- وسائل الشيعة 500:15 الباب 8 من كتاب الخلع و المباراة الحديث 3.

ولا يحل لزوجها ان يأخذ منها الا المهر فما دونه»(1) بل صريحها جواز كونها مساوية.

الا انه قد يقال بكونها معارضة بصحیحة زرارة المتقدمة في الرقم 13 الدالة علي اعتبار كونها أقل من مقدار المهر.

ويمكن الجمع بينهما بحمل الوارد في صحیحة زرارة «دون الصداق» علي اعتبار ان لا تكون ازيد من مقدار المهر، فان صحیحة ابي بصير صريحة في جواز كونها بمقداره بينما صحیحة زرارة ظاهرة في اعتبار كونها أقل منه فيؤول الظاهر بقرينة الصريح طبقا للقاعدة العرفية: كلما اجتمع دليلان متنافيان احدهما صريح والآخر ظاهر أول الظاهر بقرينة الصريح.

و اذا تمّ هذا فلا مشكلة و الا كان التعارض مستقرا و يلزم ترجیح صحیحة ابي بصير لموافقة مضمونها لقوله تعالى: فَلَا جُنَاحَ عَلَیْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ (2).

و عليه فالنتيجة واحدة علي كلا التقديرين.

18 - و اما انه لا تصح المباراة بلفظ «بارأئك علي كذا» من دون

اتباع بالطلاق

فقد ادعي المحقق اتفاق الاصحاب عليه»(3). و لو لا ذلك كان من الوجیه الحكم بعدم الحاجة الي الاتباع بذلك لصحیحة حمران:

«سمعت ابا جعفر عليه السلام يتحدث قال: المباراة(4) تبين من ساعتها من غير

ص: 443

1- وسائل الشيعة 15:500 الباب 8 من كتاب الخلع و المباراة الحديث 4.

2- البقرة: 229.

3- شرايع الإسلام 3:623 انتشارات استقلال.

4- في تهذيب الاحكام 8:102: المباراة....

طلاق ولا ميراث بينهما...)»(1) وغيرها.

و المناسب تحفظا من مخالفة الاتفاق المحتمل التنزل عن الفتوي بعدم اعتبار الاتباع بالطلاق الي الاحتياط باعتباره.

6 - من أحكام الطلاق

اشارة

اذا طلق غير الامامي زوجته بطلاق صحيح علي مذهبه فاسد علي مذهبنا جاز للإمامي الزواج بها بعد انقضاء عدتها. هذا اذا كانت الزوجة غير امامية أيضا. و اذا كانت امامية جاز لها التزوج بالغير أيضا.

و يجوز للزوج في الطلاق الرجعي الرجوع علي زوجته ما دامت العدة لم تنته. و يتحقق الرجوع باللفظ ، كقول رجعتك و لو بغير العربية، و بالفعل كالتقيل بشهوة و نحوه مع قصد الرجوع به. اجل خصوص الوطء يتحقق به الرجوع و لو من دون قصده. و اما لو قتل أو لا مس بشهوة من دون قصد الرجوع بذلك فالمشهور تحقق الرجعة به.

و المطلقة الرجعية زوجة حقيقة أو حكما ما دامت في العدة فيجب الانفاق عليها، و لا يجوز لها الخروج بغير اذنه، و يجوز الدخول عليها بغير اذن.

و هذا بخلاف المطلقة بائنا فانها بمنزلة الاجنبية و لا تترتب عليها الاحكام المذكورة.

و لا يجوز اخراج المطلقة من دار سكنها عند الطلاق الا ان تأتي بفاحشة مبينة.

ص: 444

1- وسائل الشيعة 501:15 الباب 9 من كتاب الخلع و المباراة الحديث 3.

و كل زوجة تستحق علي زوجها النفقة اذا لم تنسز بالخروج من بيته بغير اذنه. و اذا امتنع من الانفاق عليها جاز لها رفع امرها الي الحاكم الشرعي ليلزمه بأحد امرين عليه: اما الانفاق او الطلاق. فان امتنع من كليهما جاز للحاكم ان يطلقها اذا طلبت ذلك و يقع الطلاق بانئا.

و اذا فقد الزوج و انقطع خبره عن زوجته، فان كانت تعلم ببقائه علي قيد الحياة فعليها بالصبر الي ان يرجع و ليس لها المطالبة بالطلاق الا اذا ثبت للحاكم الشرعي هجرانه لها و تعمّد اخفاء موضعه لكي لا يلزمه بالطلاق او الانفاق فيجوز له في مثل ذلك الطلاق اذا طلبته.

هذا اذا كانت الزوجة تعلم بحياته.

و اما اذا لم تعلم بذلك و كان يحتمل موته فتارة يفرض وجود مال للزوج يتم من خلاله تأمين نفقة الزوجة او يفرض ان وليه يقوم بالانفاق عليها فليس لها المطالبة بالطلاق، و اخري يفرض عدم ذلك فيجوز لها رفع امرها الي الحاكم الشرعي فيؤجلها اربع سنين و يأمر بالفحص عنه خلال المدة المذكورة فاذا انقضت و لم تتبين حاله امر الحاكم وليه بطلاقها و اجبره علي ذلك، فان لم يكن له ولي او لم يمكن اجباره طلقها الحاكم بنفسه و اعتدت بمقدار عدة الوفاة، و جاز لها التزوج بعد انتهائها. و اذا عاد الزوج بعد ذلك لم يكن له حق عليها و كانت اجنبية عنه.

و اذا حصل لزوجة الغائب من خلال تراكم القرائن علم بموت زوجها جاز لها الزواج بعد العدة من دون حاجة الي مراجعة الحاكم الشرعي. نعم لا يجوز لمن يريد الزواج بها الاعتماد علي علمها.

و الطلاق و ان كان بيد الزوج الا انه يجوز للزوجة ان تشترط علي زوجها اثناء عقد النكاح ان تكون وكيلة عنه في طلاق نفسها متي ما سجن لفترة

سنة مثلا أو أدمن المواد المخدرة او سافر و انقطعت اخباره لفترة محددة و ما شاكل ذلك.

والمستند في ذلك:

1 - اما ان غير الامامي اذا طلق زوجته بطلاق صحيح في مذهبه

فاسد في مذهبنا فيجوز للإمامي الزواج بها بعد انتهاء عدتها

فلقاعدة الالزام المستفادة من جملة من النصوص من قبيل:

أ- ما رواه الشيخ بسنده الي الحسن بن محمد بن سماعة عن عبد الله بن جبلة عن غير واحد عن علي بن ابي حمزة حيث سأل ابا الحسن عليه السلام: «المطلقة علي غير السنة أيتزوجها الرجل؟ فقال: الزموم من ذلك ما ألزموه أنفسهم و تزوجهن فلا بأس بذلك»(1).

و طريق الشيخ الي الحسن معتبر علي ما في المشيخة(2).

و الارسال عن «غير واحد» لا مشكلة من ناحيته لان مصداق التعبير المذكور عرفا ثلاثة فما زاد، و اجتماع العدد المذكور علي الكذب بعيد جدا و يحصل الاطمئنان بعدمه. و لئن كانت هناك مشكلة فهي من ناحية البطائني الذي فيه كلام طويل، و قد ورد عن الامام الرضا عليه السلام: «انه أقعد في قبره فسئل عن الائمة عليهم السلام فأخبر بأسمائهم حتي انتهى إلي فسئل فوقف فضرب علي رأسه ضربة امتلأ قبره نارا»(3).

هذا و لكن استناد الاصحاب الي الرواية و تعبيرهم بمضمونها يجبر ضعفها بناء علي ما هو المشهور من تمامية كبري جابرية ضعف

ص: 446

1- وسائل الشيعة 15:321 الباب 3 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 5.

2- لاحظ المشيخة المذكورة في نهاية تهذيب الاحكام 10:75.

3- اختيار معرفة الرجال 2:705 الرقم 755 طبع مؤسسة آل البيت عليهم السلام.

ب - ما رواه الكليني بسنده الي عمر بن اذينة عن عبد الله بن محرز: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل ترك ابنته و اخته لأبيه و امه فقال:

المال كله لابنته و ليس للأخت من الاب و الام شيء. فقلت: فانا قد احتجنا الي هذا و الميت رجل من هؤلاء الناس و اخته مؤمنة عارفة قال: فخذلها النصف، خذوا منهم كما يأخذون منكم في سنتهم و قضاياهم. قال ابن اذينة: فذكرت ذلك لزرارة فقال: ان علي ما جاء به ابن محرز لنورا»(1).

و هي تدل علي ثبوت حق المقاصة النوعية و انه ما داموا يأخذون منكم فانتم خذوا منهم بالمقابل أيضا.

و تبقي المشكلة من ناحية ابن محرز فانه لم يوثق الا ان تعبير زرارة بان علي روايته نورا قد يسهل الامر من هذه الناحية.

ج - صحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام: «سألته عن الاحكام قال: تجوز علي اهل كل ذوي دين ما يستحلون»(2).

ثم ان المسألة بقطع النظر عن قاعدة الالزام تشتمل علي روايات خاصة بها من قبيل موثقة عبد الرحمن البصري عن ابي عبد الله عليه السلام:

«قلت له امرأة طلقت علي غير السنة فقال: تتزوج هذه المرأة لا تترك بغير زوج»(3) و غيرها.

2 - و اما ان الزوجة الامامية يجوز لها التزوج بالغير اذا طلقها

زوجها غير الامامي بطلاق صحيح في مذهبه فاسد في مذهبنا

فلقاعدة

ص: 447

1- وسائل الشيعة 17: 484 الباب 4 من أبواب ميراث الاخوة و الاجداد الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 17: 484 الباب 4 من أبواب ميراث الاخوة الحديث 4.

3- وسائل الشيعة 15: 320 الباب 30 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث 4.

3 - و اما انه يجوز للزوج الرجوع علي زوجته في العدة الرجعية

فهو من المسلمات بل من ضروريات الدين. ويدل علي ذلك قوله تعالى:

وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ... وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ... أَلطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ (1)، وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ (2). و الروايات في ذلك كثيرة. وقد تقدمت الاشارة اليها خلال الابحاث السابقة.

4 - و اما ان الرجوع يتحقق بالفعل أيضا و لا ينحصر بالقول

فلانه بعد تحقق إنشاء الرجوع عرفا بالفعل فلا وجه لعدم الاكتفاء به بعد وجود المطلقات.

5 - و اما تحقق الرجوع بالوطء و ان لم يقصد به الرجوع

فلرواية محمد بن القاسم: «سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: من غشي امرأته بعد انقضاء العدة جلد الحد، و ان غشيها قبل انقضاء العدة كان غشيانه اياها رجعة لها» (3).

الا انه قد يشكل في سندها من ناحية محمد بن القاسم، فان الثابت وثاقته هو محمد بن القاسم بن الفضيل بن يسار النهدي لقول النجاشي: «ثقة هو و ابوه و عمه العلاء و جده الفضيل» (4)، الا انه يروي

ص: 448

1- البقرة: 228-229.

2- البقرة: 231.

3- وسائل الشيعة 400:18 الباب 29 من أبواب حدّ الزنا الحديث 1.

4- رجال النجاشي: 256 منشورات مكتبة الداوري.

عن الامامين الكاظم و الرضا عليهما السلام و لم تذكر روايته عن الامام الصادق عليه السلام، و من هنا يتولد احتمال انه شخص آخر، خصوصا و ان الشيخ ذكر في رجاله اسم محمد بن القاسم البصري و قال من دون توثيق: «هو من أصحاب الصادق عليه السلام»(1).

نعم بناء علي تمامية كبري الجابرية لا مشكلة، بل ادعي في الجواهر عدم الخلاف بيننا و انعقاد الاجماع بقسميه علي ذلك(2).

6 - و اما التقييل و اللبس بشهوة من دون قصد الرجوع بذلك

فقد ادعي في الجواهر عدم الخلاف في تحقق الرجوع به أيضا(3).

هذا و لكن لا يوجد نص يدل علي ذلك، فان تمّ الاجماع الكاشف فيها و الا فالأمر مشكل و ينبغي العمل علي طبق الاحتياط تحفظا من مخالفة المشهور.

7 - و اما ان المطلقة الرجعية زوجة حقيقة أو حكما

فهو من المسلمات للنصوص الدالة علي وجوب الانفاق عليها و ثبوت التوارث بينهما و الحث علي تزويجها لزوجها و جواز دخول زوجها عليها بلا اذن، كقوله تعالى: **أَسَّ كُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَدَّ كُنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ... (4)**، **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ ... (5)**، و صحيحة ابي بصير عن ابي

ص: 449

1- رجال الشيخ: 300.

2- جواهر الكلام 180:32.

3- المصدر نفسه.

4- الطلاق: 6.

5- الطلاق: 1.

عبد الله عليه السلام: «المطلقة تعتد في بيتها وتظهر له زينتها لعل الله يحدث بعد ذلك امرًا»(1)، ورواية محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام: «المطلقة تسوق(2) لزوجها ما كان له عليها رجعة ولا يستأذن عليها»(3)، وصحيفة زرارة عن ابي جعفر عليه السلام: «... حتى تطمئطمثين فتنقضي عدتها بثلاث حيض وقد بانت منه... وعليه نفقتها والسكني ما دامت في عدتها، وهما يتوارثان حتى تنقضي عدتها»(4) وغيرها.

و الروايات المذكورة كما تري تتلاءم مع بقاء الزوجية حقيقة أو حكما. أجل الحديث الاخير بقريئة التعبير ب «بانت منه» ظاهر في بقائها حقيقة.

8 - و اما ان المطلقة باننا ليست زوجة و لا تترتب عليها احكامها

فهو من المسلمات أيضا. ويمكن استفادته من النصوص السابقة وغيرها. بل لا حاجة الي البحث عن نص ويكفي القصور في المقتضي بعد فرض زوال عنوان الزوجية بالطلاق البائن.

9 - و اما انه لا يجوز اخراجها من دار سكنها عند الطلاق

فهو مما لا خلاف فيه. ويدل عليه قوله تعالى: يا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ... لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ

ص: 450

1- وسائل الشيعة 15:437 الباب 21 من أبواب العدد الحديث 1.

2- هكذا في الطبعة القديمة للوسائل. وفي الكافي 6:91 تشوفت. و الظاهر ان الصواب: تشوف، كما هو المنقول عن بعض نسخ الكافي. يقال: تشوفت المرأة: تزينت و أظهرت زينتها كما عن لسان العرب 9:185.

3- وسائل الشيعة 15:437 الباب 21 من أبواب العدد الحديث 4.

4- وسائل الشيعة 15:344 الباب 1 من أبواب أقسام الطلاق الحديث 1.

بِفَاحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ ... (1). و الروايات في ذلك كثيرة (2).

10 - و اما وجوب الانفاق علي الزوجة

فهو من المسلمات. و يدل عليه قوله تعالى: وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (3)، أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ... * لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ (4).

و هذه الآية الاخيرة و ان كانت واردة في المطلقة الا انه يفهم منها ثبوت ذلك لغيرها بالاولوية.

وقد يستفاد ذلك من قوله تعالى: الرَّجَالُ قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ (5).

و الروايات في ذلك فوق حدّ الاحصاء و سنشير الي بعضها فيما يأتي ان شاء الله تعالى.

و اما التقييد بعدم نشوزها بالخروج من البيت بغير اذنه فلموثقة السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام: «قال رسول الله صلّي الله عليه وآله: ايما امرأة خرجت من بيتها بغير اذن زوجها فلا نفقة لها حتي ترجع» (6) و غيرها.

هذا اذا كان نشوزها بخروجها من البيت بغير اذن.

و اما اذا كان بغير ذلك فالمشهور سقوط النفقة أيضا. و لكن لا دليل علي ذلك بعد اطلاق ما تقدم. و الاحتياط لا ينبغي تركه.

ص: 451

1- الطلاق: 1.

2- راجع وسائل الشيعة 15: 434 الباب 18 من أبواب العدد.

3- البقرة: 233.

4- الطلاق: 6-7.

5- النساء: 34.

6- وسائل الشيعة 15: 229 الباب 6 من أبواب النفقات الحديث 1.

امرها الي الحاكم الشرعي ليلزمه باحد الامرين

فتدل عليه صحيحة ابي بصير: «سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول: من كان عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقا علي الامام ان يفرق بينهما»(1)، وصحيحة ربيعي بن عبد الله و الفضيل بن يسار جميعا عن ابي عبد الله عليه السلام: «قوله تعالى: وَ مَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ (2) قال: ان انفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة و الافرق بينهما»(3) و غيرهما.

و التقييد بثبوت الولاية لخصوص الحاكم باعتبار ان الصحيحة الاولي دلت علي ثبوت الولاية لمنصب الامامة، و القدر المتيقن في المنتقل اليه المنصب المذكور هو الحاكم الشرعي. و الصحيحة الثانية لا اطلاق لها، اذ هي ليست في صدد بيان من يقوم بالتفريق فينبغي الاقتصار علي القدر المتيقن و هو الامام عليه السلام او الحاكم الشرعي.

و التقييد بامتناعه من الانفاق باعتبار انه مع انصياعه للانفاق يصدق عليه آنذاك عنوان «انفق عليها» الوارد في الصحيحة الثانية.

و التقييد بامتناع الزوج من الطلاق باعتبار انه مع استعدادة للتصدي للطلاق بنفسه لا يحتمل وصول النوبة الي الحاكم الشرعي.

هذا و قد يقيد ثبوت الولاية علي الطلاق للحاكم الشرعي بما اذا لم يمكن الانفاق من مال الزوج و لو ببيع بعض أمواله و لم يمكن أيضا

ص: 452

1- وسائل الشيعة 15: 223 الباب 1 من أبواب النفقات الحديث 2.

2- الطلاق: 7.

3- وسائل الشيعة 15: 223 الباب 1 من أبواب النفقات الحديث 1.

اجباره علي الطلاق.

وفيه: ان اطلاق الحديشين السابقين ينفي ما ذكر الا ان استفاد ذلك من الروايات الآتية في المفقود خبره. فان تمّ ذلك و الا يبقي التقييد المذكور مبنيًا علي الاحتياط .

12 - و اما ان طلاق الحاكم يقع بائنا في حالة امتناع الزوج من

الانفاق و الطلاق

فقد تقدم وجهه عند البحث عن اقسام الطلاق.

13 - و اما ان زوجة المفقود خبره يلزمها الصبر و ليس لها

المطالبة بالطلاق اذا علم ببقائه حيا

فيكفي لإثباته القصور في مقتضي ثبوت الولاية للحاكم. و مع التنزل فالمانع ثابت و هو صحيحة بريد بن معاوية الآتية.

14 - و اما انه يجوز للحاكم الطلاق اذا ثبت له هجران الزوج

و تعمده لإخفاء موضعه

فذلك لما تقدم في الرقم 11 من ثبوت الولاية للحاكم الشرعي عند الامتناع من الطلاق و الانفاق.

15 - و اما انه اذا لم يعلم بحياة الزوج فيجوز للحاكم اجراء الطلاق

علي ضوء البيان المتقدم

فذلك لعدة روايات، كصحيحة بريد بن معاوية: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن المفقود كيف تصنع امرأته؟ فقال: ما سكنت عنه و صبرت فخلّ عنها. و ان هي رفعت أمرها الي الوالي اجّلها اربع سنين ثم يكتب الي الصقع الذي فقد فيه فليسأل عنه فان خبر عنه بحياة صبرت و ان لم يخبر عنه بحياة حتي تمضي الاربع سنين دعا ولي الزوج المفقود فقيل له: هل للمفقود مال؟ فان كان للمفقود مال انفق عليها حتي تعلم حياته من موته. و ان لم يكن له مال قيل للولي: انفق عليها فان فعل فلا سبيل لها الي ان تتزوج ما انفق عليها. و ان ابي ان

ص: 453

ينفق عليها اجبره الوالي علي ان يطلق تطليقة في استقبال العدة و هي طاهر فيصير طلاق الولي طلاق الزوج، فان جاء زوجها قبل ان تمضي عدتها من يوم طلقها الولي فبدا له ان يراجعها فهي امرأته و هي عنده علي تطليقتين. و ان انقضت العدة قبل ان يجيء و يراجع فقد حلت للأزواج و لا سبيل للأول عليها»(1)، و صحیحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «المفقود اذا مضى له اربع سنين بعث الوالي او يكتب الي الناحية التي هو غائب فيها... قلت: فانها تقول: فاني اريد ما تريد النساء قال: ليس ذاك لها و لا كرامة فان لم ينفق عليها وليه او وكيله امره ان يطلقها»(2).

16 - و اما ان عدتها هي بمقدار عدة الوفاة و ان لم تكن هي عدة

الوفاة

فلموثقة سماعة: «... فان لم يوجد له خبر حتي تمضي الاربع سنين امرها ان تعتد اربعة أشهر و عشرا ثم تحل للأزواج فان قدم زوجها بعد ما تنقضي عدتها فليس له عليها رجعة و ان قدم و هي في عدتها اربعة أشهر و عشرا فهو أملك برجعته»(3).

17 - و اما انه يجوز لزوجة الغائب اذا حصل لها العلم بموت

زوجها الزواج بعد العدة من دون حاجة الي مراجعة الحاكم

فذلك لحجية العلم و شمول أدلة جواز تزوج المتوفي زوجها بعد العدة لها.

و اما انه لا يجوز لمن يريد الزواج بها الاعتماد علي علمها فلان علم كل شخص حجة في حق نفسه خاصة، و استصحاب بقاء الزوج

ص: 454

- 1- وسائل الشيعة 15:389 الباب 23 من أبواب أقسام الطلاق الحديث 1.
- 2- وسائل الشيعة 15:390 الباب 23 من أبواب أقسام الطلاق الحديث 4.
- 3- وسائل الشيعة 14:390 الباب 44 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث 2.

علي قيد الحياة جار في حقه.

18 - و اما جواز اشتراط الزوجة ضمن عقد النكاح الوكالة عن

الزوج في طلاق نفسها متي ما سجن او...

فلانه شرط مشروع فيكون صحيحا و واجب الوفاء كسائر الشروط . و انما الذي لا يجوز لها اشتراطه هو كون امر الطلاق بيدها متي ما سجن او... انه لا يجوز باعتبار ان امر الطلاق بيد الزوج لا غير كما تقدم.

ص: 455

1 - الظهار و حكمه

2 - شرائط الظهار

ص: 457

إشارة

الظهار - وهو تنزيل الزوج زوجته بمنزلة أمّه او غيرها من محارمه في حرمة نكاحها بمثل صيغة: انت عليّ كظهر أمي - حرام.

وبه تحرم علي الزوج زوجته حتي يكفّر.

ولا يجب التكفير بمجرد التلفّظ من دون ارادة العود.

و اذا كفّر لإرادة العود قبل الوطء فلا تجب عليه اخري بعده، بخلاف ما لو وطئها بدون تكفير فانه تلزمه كفارتان احدهما للوطء و الاخري لإرادة العود.

و اذا صبرت الزوجة بعد الظهار فلا اعتراض و الا رفعت امرها الي الحاكم الشرعي و خيّر الزوج بين التكفير و الرجوع و بين الطلاق فان لم يختار احدهما انظره ثلاثة اشهر من حين المرافعة فان انقضت و لم يختار احد الامرين حبسه و ضيق عليه في المطعم و المشرب حتي يختار احدهما.

و الكفارة هي عتق رقبة، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فان

لم يستطع فاطعام ستين مسكينا. و ان عجز عن الجميع صام ثمانية عشر يوما.

والمستند في ذلك:

1 - اما ان الظهار ما ذكر فهو من واضحات الفقه و اللغة.

و تدل عليه الروايات الآتية ان شاء الله تعالى.

2 - و اما انه يقع بصيغة «انت علي كظهر أمي»

فامر لا خلاف فيه، وهو القدر المتيقن من الصيغة التي يقع بها الظهار. ويستفاد ذلك من صحيحة حريز عن ابي عبد الله عليه السلام: «الظهار ظهاران فاحدهما ان يقول:

انت علي كظهر أمي ثم يسكت فذلك الذي يكفر فاذا قال: انت علي كظهر أمي ان فعلت كذا و كذا ففعل و حنث فعليه الكفارة حين يحنث»⁽¹⁾ و غيرها.

هذا وقد وقع الخلاف في انعقاده فيما لو قال: انت علي كظهر عمتي و خالتي او غيرهما من المحارم او قال: انت علي كشعر او بطن او صدر أمي. و التعرض لذلك ليس بهمهم.

3 - و اما انه حرام فهو من المسلمات

، و يدل عليه قوله تعالى:

الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَ زُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ
(2) ، و صحيح حمران عن ابي جعفر عليه السلام: «ان امير المؤمنين عليه السلام قال: ان امرأة من المسلمين اتت رسول الله صلي الله عليه و آله فقالت: يا رسول الله ان فلانا

ص: 460

1- وسائل الشيعة 15: 530 الباب 16 من كتاب الظهار الحديث 7.

2- المجادلة: 2.

زوجي قد نثرت له بطني(1) واعنته علي دنياه و آخرته فلم ير مني مكروها و انا اشكوه الي الله و إليك قال: فما تشكينه؟ قالت: انه قال لي اليوم: انت علي حرام كظهر أمي و قد اخرجني من منزلي فانظر في امري فقال رسول الله صلي الله عليه و آله: ما انزل الله علي كتابا اقضي به بينك و بين زوجك و انا اكره ان اكون من المتكلمين فجعلت تبكي و تشتكي ما بها الي الله و الي رسوله و انصرفت فسمع الله محاورتها لرسوله و ما شكت اليه فانزل الله عز و جل بذلك قرآنا: بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ قَدْ سَمِعَ اللّٰهُ قَوْلَ التّٰبِیِّ تُجَادِلُكَ فِی زَوْجِهَا... فبعث رسول الله صلي الله عليه و آله الي المرأة فاتته فقال لها: جنني(2) بزواجك فاتته به فقال: أقلت لا مرأتك هذه انت علي حرام كظهر أمي؟ فقال: قد قلت ذلك فقال رسول الله صلي الله عليه و آله: قد انزل الله فيك قرآنا فقرأ عليه ما انزل الله... فضم امرأتك إليك فانك قد قلت منكرا من القول و زورا قد عفا الله عنك و غفر لك فلا تعد...»(3) و غيره.

و بالجمله لا اشكال في حرمة الظهار لوصفه بالمنكر و الزور في الآية الكريمة و لنهي عن العود اليه في الرواية الشريفة.

هذا و قد نسب الي قائل غير معروف بانه محرم لا عقاب عليه لتعقيبه بالعفو في الآية السابقة(4).

وفيه: ان العفو ثابت للفاعل الاول باعتبار جهله بالتحريم و ليس لكل فاعل حتي مع علمه بذلك.3.

ص: 461

1- اي اكرت له الولد من بطني.

2- وفي المصدر اي الكافي 6:152 جيني.

3- وسائل الشيعة 15:506 الباب 1 من كتاب الظهار الحديث 2.

4- جواهر الكلام 33:129.

4 - و اما انه يحرم بالظهار وطء الزوجة قبل التكفير

فيدل عليه صريح الآية الكريمة: وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا... (1) وصحيح الحلبي: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يظاهر من امرأته ثم يريد ان يتم علي طلاقها قال: ليس عليه كفارة. قلت: ان اراد ان يمسه؟ قال:

لا يمسه حتى يكفر. قلت: فان فعل فعليه شيء؟ قال: اي والله انه لآثم ظالم. قلت: عليه كفارة غير الاولى؟ قال: نعم يعتق أيضا رقبة» (2) وغيره.

5 - و اما انه لا يجب التكفير بمجرد التلفظ بالظهار من دون ارادة

العود

فيدل عليه ظاهر الآية الكريمة وصحيح الحلبي السابق وغيره. بل يكفي لنفي ذلك القصور في المقتضي بلا حاجة الي دليل يدل علي النفي.

6 - و اما تعدد الكفارة بالوطء قبل التكفير و عدم تعددها عند

التكفير قبل الوطء

فيستفاد من صحيح الحلبي السابق وغيره.

7 - و اما ان الزوجة اذا صبرت فلا اعتراض

فباعبار انها صاحبة الحق فمع تنازلها فلا موجب للاعتراض.

و اما انها اذا رفعت امرها الي الحاكم خيره علي البيان المتقدم فقد يستدل له بموثق ابي بصير: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته قال: ان اتاها فعليه عتق رقبة او صيام شهرين متتابعين او اطعام ستين مسكينا و الا ترك ثلاثة اشهر، فان فاء و الا اوقف حتي

ص: 462

1- المجادلة: 3.

2- وسائل الشيعة 15: 527 الباب 15 من كتاب الظهار الحديث 4.

يسأل: لك حاجة في امرأتك او تطلقها؟ فان فاء فليس عليه شيء و هي امرأته، وان طلق واحدة فهو املك برجعتها»(1).

ولكنه - كما تري - لا يدل علي التضييق في المأكل و المشرب فلا بدّ من اتمام ذلك بالتسالم و عدم الخلاف أو ان يبني علي التعدي من روايات باب الايلاء الدالة علي التضييق(2) الي باب الظهار بناء علي عدم فهم الخصوصية.

هذا وقد ورد في بعض الكلمات انه اذا لم يجده كل ذلك طلقها الحاكم. ولكنه قابل للتأمل، اذ لا نص يدل علي ذلك و ليس موردا للاتفاق فلاحظ .

8 - و اما ان الكفارة ما تقدم

فتدل عليه الآية الكريمة: وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ * فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَّةً يَوْمَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مَسْكِينًا(3) و موثق ابي بصير المتقدم و نحوه.

و اما انه اذا عجز عن الجميع صام ثمانية عشر يوما فيدل عليه موثق ابي بصير الآخر: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته فلم يجد ما يعتق و لا ما يتصدق و لا يقوي علي الصيام قال: يصوم ثمانية عشر يوما لكل عشرة مساكين ثلاثة ايام»(4).

ص: 463

- 1- وسائل الشيعة 15:533 الباب 18 من كتاب الظهار الحديث 1.
- 2- وسائل الشيعة 15:545 الباب 11 من أبواب الايلاء.
- 3- المجادلة: 3-4.
- 4- وسائل الشيعة 15:558 الباب 8 من أبواب الكفارات الحديث 1.

إشارة

يلزم لتحقق الظهار حضور شاهدين عادلين يسمعان قول المظاهر. كما يلزم بلوغه وعقله واختياره وقصده وعدم غضبه.

ويلزم في الزوجة المظاهرة الدخول بها وكونها علي طهر لم توقع فيه.

ولا يقع الظهار اذا قصد به الاضرار بالزوجة. وهكذا لا يقع اذا قصد به الزجر، كما لو قال الزوج: فلانة كظهر أمي علي ان تركت الصلاة.

والمستند في ذلك:

1 - اما انه يلزم في تحقق الظهار حضور شاهدين عادلين

فقد ادعي في الجواهر عدم وجدانه الخلاف في ذلك (1). ويدل عليه صحيح حمران: «قال ابو جعفر عليه السلام: لا يكون ظهار في يمين و لا في اضرار و لا في غضب، و لا يكون ظهار الا في طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين» (2).

اجل يظهر الخلاف من الشهيد الثاني حيث ذكر ان النص عبر بلزوم كونهما مسلمين لا اكثر (3).

وفيه: ان الإسلام وحده لا تحتتمل كفايته اذ شهادة الفاسق الذي لا رادع له عن الكذب كيف تحتتمل كفايتها و ما هي فائدها؟! فالرواية علي هذا اطلقت اعتمادا علي وضوح الامر. وقد ورد في صحيحة بن ابي

ص: 464

1- جواهر الكلام 105:33.

2- وسائل الشيعة 509:15 الباب 2 من كتاب الظهار الحديث 1.

3- مسالك الافهام 76:2.

يعفور: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: بم تعرف عدالة الرجل بين المسلمين حتي تقبل شهادته لهم وعليهم...»(1).

2 - و اما اعتبار بلوغ الزوج المظاهر و عقله

فلعدة امور:

أ - التمسك بحديث رفع القلم(2) المتقدم في ابحاث سابقة، بناء علي شمول اطلاقه لقلم الوضع أيضا. و ضعف سنده منجبر بعمل المشهور بناء علي تمامية كبري الجابرية.

ب - اتفاق الاصحاب علي اعتبار البلوغ و العقل في البيع و سائر التصرفات، و الظهار ان لم يكن اولي بذلك فلا أقلّ من عدم الفرق بينهما.

ج - ان الادلة الدالة علي حصول التحريم بالظهار ناظرة الي خصوص البالغ العاقل بقريضة اثباتها لعنوان الزور و المنكر و لوجوب الكفارة علي ارادة العود، و يبقي غيره بلا دليل يدل علي حصول التحريم به فيتمسك بالاستصحاب.

هذا كله لو فرض تحقق القصد الي الظهار - كما في العاقل - و الا فالامر اوضح.

3 - و اما اعتبار الاختيار

فلحديث نفي الاكراه(3).

و اما اعتبار القصد فلانه بدونه لا يصدق عنوان الظهار. علي ان بعض الروايات قد دلت علي ذلك، كموتقة عبيد بن زرارة عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا طلاق الا ما اريد به الطلاق و لا ظهار الا ما اريد به

ص: 465

1- وسائل الشيعة 18:288 الباب 41 من أبواب الشهادات الحديث 1.

2- وسائل الشيعة الباب 4 من أبواب مقدمة العبادات.

3- وسائل الشيعة 11:295 الباب 56 من أبواب جهاد النفس الحديث 1.

الظهار»(1) وغيرها.

و اما اعتبار عدم الغضب فلصحيح حمران المتقدم. و مقتضي اطلاقه الشمول لحالة ثبوت القصد أيضا.

4 - و اما اعتبار الدخول بالزوجة في تحقق الظهار بها

فقد وقع محلا للخلاف. و المناسب اعتباره لصحيح محمد بن مسلم عن ابي جعفر و ابي عبد الله عليهما السلام: «المرأة التي لم يدخل بها زوجها، قال: لا يقع عليها ايلاء و لا ظهار»(2) وغيره.

هذا و لكن نسب الي الشيخ المفيد و السيد المرتضي عدم الاعتبار(3). و قد يستدل له اما باطلاق الآية الكريمة او بما رواه الشيخ الكليني بسنده الي ابن فضال عن اخبره عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا يكون الظهار الا علي مثل موضع الطلاق»(4) بتقريب ان صحة الطلاق ليست مشروطة بالدخول فيلزم ان يكون الامر في الظهار كذلك.

وفيه:

اما بالنسبة الي اطلاق الآية الكريمة فهو قابل للتقييد بصحيح محمد بن مسلم المتقدم.

و اما بالنسبة الي رواية ابن فضال فهي تدل علي ان الظهار لا يصح في المورد الذي لا يصح فيه الطلاق و لا تدل علي انه كلما صح الطلاق صح الظهار.

ص: 466

-
- 1- وسائل الشيعة 15:510 الباب 3 من كتاب الظهار الحديث 1.
 - 2- وسائل الشيعة 15:516 الباب 8 من كتاب الظهار الحديث 2.
 - 3- جواهر الكلام 33:124.
 - 4- وسائل الشيعة 15:509 الباب 2 من كتاب الظهار الحديث 3.

هذا مضافا الي ضعف سندها بالارسال الا بناء علي المسلك القائل بحجية كل رواية ورد في سندها احد بني فضال استنادا الي ما رواه الشيخ الطوسي عن عبد الله الكوفي خادم الشيخ الحسين بن روح رضي الله عنه قال: «سئل الشيخ - يعني ابا القاسم - رضي الله عنه عن كتب ابن ابي العزاقر بعد ما ذم و خرجت فيه اللعنة فقليل له: فكيف نعمل بكتبه و بيوتنا منه ملاء؟ فقال: اقول فيها ما قاله ابو محمد الحسن بن علي صلوات الله عليهما و قد سئل عن كتب بني فضال فقالوا: كيف نعمل بكتبهم و بيوتنا منها ملاء؟ فقال صلوات الله عليه: خذوا بما رووا و ذروا ما رأوا»(1).

و المسلك المذكور قابل للتأمل لضعف الرواية المذكورة سندا بعبد الله الكوفي، فانه مجهول الحال، و دلالة حيث تدل علي انه لا موجب للتوقف من ناحية بني فضال اذا وردوا في سند رواية لا ان الرواية تكون حجة حتي مع ضعفها من جهات اخري.

5 - و اما اعتبار وقوعه في طهر لم يواقع فيه

فالصحيح حمران المتقدم.

و هل شرطية الطهر تختص بما اذا كان الزوج حاضرا كما هو الحال في الطلاق؟ مقتضي اطلاق الصحيح المتقدم نفي الاختصاص المذكور الا ان المشهور - بل في الجواهر نفي الخلاف في ذلك(2) - علي الاختصاص. و معه يكون المناسب العمل علي وفق ما يقتضيه الاحتياط .

ص: 467

1- الغيبة للشيخ الطوسي: 239.

2- جواهر الكلام 123:33.

6 - و اما انه لا يصح الظهار اذا قصد به الاضرار او الزجر

فلصحيح حمران المتقدم و صحيح صفوان عن ابي الحسن عليه السلام: «سألته عن الرجل يصلي الصلوات او يتوضأ فيشك فيها بعد ذلك فيقول: ان اعدت الصلاة أو اعدت الوضوء فامرأته عليه كظهر امه و يحلف علي ذلك بالطلاق فقال: هذا من خطوات الشيطان ليس عليه شيء»⁽¹⁾ وغيرهما.

هذا مضافا إلي ما يأتي في مبحث اليمين من عدم صحته الا بالله سبحانه.

ص: 468

1- وسائل الشيعة 15:513 الباب 6 من كتاب الظهار الحديث 4.

1 - ما هو الإيلاء

2 - من أحكام الإيلاء

ص: 469

إشارة

الايلاء هو الحلف علي ترك موافعة الزوجة - الدائمة المدخول بها - ابدا او مدة تزيد علي أربعة أشهر بقصد ايذائها و الاضرار بها دون ما اذا لم يكن كذلك، كما اذا حلف علي ذلك حفاظا علي صحته أو صحتها.

و مع فقدان بعض القيود المذكورة لا ينعقد الحلف ايلاء و ان انعقد يمينا و ترتبت عليه آثاره اذا اجتمعت شروطه.

و المستند في ذلك:

1 - اما ان الايلاء ما ذكر

فهو معناه شرعا و الا فهو لغة بمعني مطلق الحلف. و الفعل آلي يؤلي.

و قد كان الايلاء في الجاهلية نحوا من الطلاق كالظهار، فاذا غضب الزوج علي زوجته حلف علي عدم موافعتها قاصدا بذلك تضيق الخناق عليها فلا يطلق سراحها - كما في الطلاق - لتتزوج من غيره و لا يعود اليها ليعيش معها.

و قد جاء قوله تعالى: لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةٍ

ص: 471

أَشْهُرٍ فَإِنْ فَأَوْ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ* وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (1) متعرضا الي حكم الايلاء و محدددا للفترة التي يتمكن الزوج فيها من اتخاذ القرار النهائي، وهي اربعة أشهر فاما ان يعود و يعيش معها او يخلي سبيلها بالطلاق. و من الطبيعي ان يشجع الكتاب الكريم علي الاول، و لذا قال: فَإِنْ فَأَوْ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ .

2 - و اما اعتبار دوام العقد

فهو المشهور. و يدل عليه:

أ - قوله تعالى: وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ ... فانه ظاهر في اعتبار قبول الزوجة المؤلّي منها للطلاق و هو لا يتم الا في الدائمة.

ب - ان من لوازم صحة الايلاء جواز مطالبة الزوجة بالوطء، و هو لا يتم الا في الدائمة.

ج - التمسك بصحيحة عبد الله بن ابي يعفور عن ابي عبد الله عليه السلام:

«لا ايلاء علي الرجل من المرأة التي يتمتع بها»(2).

د - اذا شك في ترتب الاثر بايلاء المتمتع بها يستصحب عدم ترتب الاثر لو فرض القصور في المقتضي.

و من ذلك يتضح التأمل فيما هو المنسوب الي السيد المرتضي من وقوعه بالتمتع بها تمسكا بعموم الآية الكريمة الذي لا يخصه عود الضمير الي البعض. و جواز المطالبة بالوطء لم يثبت كونه من لوازم مطلق الايلاء بل خصوص الايلاء المتعلق بالزوجة الدائمة(3).

ووجه التأمل: ان عود الضمير الي البعض اذا لم يستلزم

ص: 472

1- البقرة: 226-227.

2- تهذيب الاحكام 8:8 الرقم 22.

3- جواهر الكلام 33:308.

التخصيص فلا أقلّ من استلزامه الاجمال وعدم انعقاد العموم، و معه يرجع الي الاستصحاب بلا مانع. علي انه بناء علي المبني المعروف من حجية الخبر يكفينا التمسك بالصحيحة.

3 - و اما اشتراط الدخول

فلم يعرف فيه خلاف للروايات الخاصة، كصحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر و ابي عبد الله عليهما السلام: «في المرأة التي لم يدخل بها زوجها قال: لا يقع عليها ايلاء و لا ظهار»(1) و غيرها(2).

4 - و اما اعتبار ان تكون الفترة المحلوف علي ترك الوطء فيها

تزيد علي اربعة اشهر

فتدل عليه رواية زرارة عن ابي جعفر عليه السلام: «قلت له: رجل آلي ان لا يقرب امرأته ثلاثة أشهر فقال: لا يكون ايلاء حتي يحلف علي اكثر من اربعة اشهر»(3).

لكنها قابلة للتأمل لسندا من ناحية القاسم بن عروة فانه لم تثبت وثاقته.

و قد يعوض عنها بصحيحة حفص بن البختري عن ابي عبد الله عليه السلام: «اذا غاضب الرجل امرأته فلم يقربها من غير يمين اربعة أشهر استعدت عليه فاما ان يفيء و اما ان يطلق فان تركها من غير مغاضبة او يمين فليس بمؤل»(4)، فانه يستفاد منها انه يكون مؤليا لو ترك وطأها اربعة اشهر عن يمين.

و علي اي حال لم يعرف خلاف في الحكم المذكور.

ص: 473

1- وسائل الشيعة 15:516 الباب 8 من كتاب الظهار الحديث 2.

2- يمكن مراجعة بقية الروايات في وسائل الشيعة 15:538 الباب 6 من أبواب الايلاء.

3- وسائل الشيعة 15:538 الباب 6 من أبواب الايلاء الحديث 2.

4- وسائل الشيعة 15:535 الباب 1 من أبواب الايلاء الحديث 2.

5 - و اما اعتبار ان يكون الحلف علي ترك الوط ء بقصد الاضرار

فلا خلاف فيه. و تدل عليه موثقة السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام: «اتي رجل امير المؤمنين فقال: يا امير المؤمنين ان امرأتي ارضعت غلاما و اني قلت: و الله لا اقربك حتي تقطميه فقال: ليس في الاصلاح ايلاء»(1).

و اذا شكك في السند من ناحية النوفلي الراوي عن السكوني فبالا مكان التعويض بصحيحة حفص بن البختري المتقدمة، فانه بالامكان استفادة ذلك منها فلاحظ .

6 - و اما انه عند فقدان بعض الشرائط المتقدمة لا ينعقد ايلاء

فواضح

، فان ذلك مقتضي الشرطية و من لوازمها.

و اما انه ينعقد يمينا فلان الايلاء يمين و لا وجه للتوقف في انعقاده يمينا بعد فرض توفر شرائط ذلك.

2 - من احكام الايلاء

اشارة

لا ينعقد الايلاء - كمطلق اليمين - الا باسمه تعالي.

و اذا تم بشرائطه فمع صبر الزوجة فلا اعتراض و الا رافعته الي الحاكم الشرعي فان تراجع خلال اربعة اشهر و واقعها خلال ذلك فهو و الا الزمه بأحد امرين: الرجوع او الطلاق. و اذا لم يستجب سجنه و ضيق عليه في المأكل و المشرب حتي يختار احدهما.

و في بداية الاشهر الاربعة و انها من حين المرافعة او من حين

ص: 474

1- وسائل الشيعة 15:537 الباب 4 من أبواب الايلاء الحديث 1.

الايلاء خلاف.

وعلي الزوج اذا وقع زوجته - خلال الفترة المذكورة او قبلها او بعدها - التكفير الا اذا فرض التحديد بفترة معينة و تحققت الواقعة بعد انتهائها.

وكفارة الايلاء ككفارة حنث اليمين التي يأتي بيانها في المحل المناسب ان شاء الله تعالى.

والمستند في ذلك:

1 - اما انه لا ينعقد الايلاء الا اذا كان الحلف بالله سبحانه

فلانه فرد من اليمين فيعتبر فيه ما يعتبر فيه. علي انه يمكن استفادة ذلك من الروايات الخاصة، كصحيحة ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الايلاء ما هو؟ فقال: هو ان يقول الرجل لامرأته: والله لا اجامعك كذا وكذا...»(1).

2 - واما انه اذا تم الايلاء وصبرت الزوجة فلا اعتراض

فواضح باعتبار انها صاحبة الحق و لصاحب الحق التنازل عن حقه.

واما انها اذا لم تصبر فلها الحق في رفع امرها الي الحاكم الشرعي فلدلالة الروايات المتعددة عليه. وقد سبق بعضها و يأتي بعضها الآخر.

واما ان للحاكم الحق في الالزام بأحد الامرين عند انتهاء المدة فذلك لازم جواز رفع القضية الي الحاكم و الا كان رفعها اليه لغوا. علي ان ذلك يستفاد من بعض الروايات الآتية.

3 - واما ان الحاكم يضيق عليه في المأكل و المشرب اذا امتنع من الامرين في نهاية المدة

ص: 475

1- وسائل الشيعة 15: 541 الباب 9 من أبواب الايلاء الحديث 1.

فقد دلت عليه رواية حماد بن عثمان عن ابي عبد الله عليه السلام: «المؤلي اذا أبي ان يطلق قال: كان امير المؤمنين عليه السلام يجعل له حظيرة من قصب ويجعله فيها ويمنعه من الطعام و الشراب حتي يطلق»(1) وغيرها.

ولكن الجميع ضعيف السند فلاحظ . ولا بد من اتمام المطلب بالتسالم ان تم .

ثم انه اذا امتنع المؤلي من اختيار احد الامرين اما مع التصديق عليه في المأكل و المشرب او بدونه فهل للحاكم التصدي للطلاق ؟ نعم له ذلك لموثق سماعة: «... و ان لم يف بعد اربعة اشهر حتي يصلح اهله او يطلق جبر علي ذلك و لا يقع طلاق فيما بينهما حتي يوقف و ان كان بعد الاربعة اشهر فان أبي فرّق بينهما الامام»(2).

4 - و اما بداية المدة

فالمشهور انها من حين المرافعة. و الروايات مختلفة:

أ - فمنها ما دلّ علي ان البداية هي المرافعة، كصحيحة ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام: «الايلاء هو ان يحلف الرجل علي امرأته ان لا يجامعها فان صبرت عليه فلها ان تصبر و ان رفعت الي الامام انظره اربعة اشهر...»(3) وغيرها.

ب - و منها ما دلّ علي انها تحقق الايلاء، كصحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «ايما رجل آلي من امرأته... فانه يترصص به اربعة

ص: 476

1- وسائل الشيعة 15: 545 الباب 11 من ابواب الايلاء الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 15: 542 الباب 9 من أبواب الايلاء الحديث 4.

3- وسائل الشيعة 15: 541 الباب 8 من أبواب الايلاء الحديث 6.

اشهر ثم يؤخذ بعد الاربعة اشهر فيوقف فاذا فاء...»(1).

و المناسب علي تقدير استقرار التعارض ترجيح الثانية لموافقته لظاهر الكتاب الكريم الدال علي اتحاد وقت الايلاء و التريص.

هذا و لكن الشهرة حيث انها علي وفق مضمون الاولي فينبغي العمل علي وفق الاحتياط .

5 - و اما لزوم الكفارة

فهو مما لا اشكال فيه من جهة تحقق حنث اليمين.

و منه يتضح الوجه في كونها ككفارة حنث اليمين.

و هل يلزم دفعها بعد الوطء او قبله ؟ قد يقال بلزوم كونها قبله تمسكا بظاهر رواية منصور: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل آلي من امرأته فمرت اربعة اشهر قال: يوقف فان عزم الطلاق بانت منه و عليها عدة المطلقة و الا كفر عن يمينه و امسكها»(2).

الا ان سندها قابل للتأمل، فان الشيخ الصدوق رواها بسنده عن ابان بن عثمان عن منصور. و طريقه الي ابان صحيح في المشيخة(3).

و ابان نفسه ثقة لكونه من اصحاب الاجماع الا ان المشكلة هي من ناحية منصور، فان ابان بن عثمان يروي عن منصور بن حازم الذي هو ثقة و عن منصور الصيقل الذي لم تثبت وثاقته، فالمشكلة هي من حيث منصور لتردده بين الثقة و غيره.

و عليه فالمناسب ان تكون الكفارة بعد الوطء لأنه آنذاك يتحقق

ص: 477

1- وسائل الشيعة 15:539 الباب 8 من أبواب الايلاء الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 15:547 الباب 12 من أبواب الايلاء الحديث 3.

3- مشيخة كتاب من لا يحضره الفقيه 4:83.

حنت اليمين فيلزم التكفير لأجله.

6 - و اما عدم ثبوت الكفارة اذا كانت اليمين محدّدة بفترة و تحققت

المواقعة بعد انتهائها

فالامر فيه واضح لعدم تحقق الحنث آنذاك.

و ينبغي الالتفات الي ان الحنث هنا يختلف عنه في سائر الموارد فهو جائز بل واجب بعد انقضاء المدة و مطالبتها و امر الحاكم.

و يختلف الايلاء أيضا عن سائر موارد اليمين بانعقاده بالرغم من كون مخالفته راجحة علي خلاف سائر الموارد فانها لا تنعقد في مثل ذلك.

ص: 478

1 - ما هو اللعان

2 - صيغة اللعان

3 - من أحكام اللعان

ص: 479

إشارة

اللعان مباحلة بين الزوجين علي وجه خاص يترتب عليها دفع حدّ أو نفي ولد. و يثبت في موردين:

1 - القذف بالزنا، فانه لا يجوز قذف المسلم بالزنا حتي مع تراكم القرائن علي صحة النسبة الا مع الاطلاع علي ذلك بنحو اليقين. و يلزم حدّ القاذف حدّ القذف حتي مع يقينه بصحة النسبة. و لكن بإمكانه دفع الحدّ عن نفسه إذا فرض أحد أمرين:

أ - اقامة شهود أربعة يشهدون بذلك.

ب - ان يكون القاذف هو الزوج و المقذوف هو الزوجة، فان بإمكان الزوج دفع الحد عن نفسه من خلال اللعان بالكيفية الآتية فيما اذا لم تكن له بينة.

2 - نفي الولد، فانه لا يجوز للشخص اذا ولدت زوجته طفلا نفيه عنه حتي اذا فجرت و ظن بعدم كونه منه لتراكم بعض القرائن ما دام يمكن تولده منه. اجل مع القطع بعدم كونه منه - كما اذا ولدت لأقل من ستة أشهر من

حين الزواج - يجوز له نفيه عنه بل قد يقال بوجوبه ولكن لا ينتفي شرعا في مرحلة الظاهر الا اذا لاعن او قامت البينة علي عدم امكان تولده منه.

والمستند في ذلك:

1 - اما ان اللعان ما ذكر

فهو من واضحات الفقه. ويستفاد ذلك من قوله تعالى: وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدُوا بِأَنفُسِهِمْ زُجْرًا شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ * وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ * وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعٌ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ * وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (1).

وقد ورد في صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج: «ان عباد البصري سأل ابا عبد الله عليه السلام وانا عنده حاضر كيف يلاعن الرجل المرأة؟ فقال:

ان رجلا من المسلمين أتى رسول الله صَلَّى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله أرأيت لو ان رجلا دخل منزله فرأى مع امرأته رجلا يجمعها ما كان يصنع؟ فأعرض عنه رسول الله صَلَّى الله عليه وآله فانصرف الرجل و كان ذلك الرجل هو الذي ابتلي بذلك من امرأته قال: فنزل الوحي من عند الله عز وجل بالحكم فيها قال: فأرسل رسول الله صَلَّى الله عليه وآله الي ذلك الرجل فدعاه فقال:

أنت الذي رأيت مع امرأتك رجلا؟ فقال: نعم فقال له: انطلق فايئتني بامراتك فان الله عز وجل قد انزل الحكم فيك وفيها قال: فاحضرها زوجها فوقفها رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وقال للزوج: اشهد اربع شهادات بالله انك لمن الصادقين فيما رميتها به قال: فشهد قال: ثم قال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله:

ص: 482

امسك و وعظه. ثم قال: اتق الله فان لعنة الله شديدة ثم قال: اشهد الخامسة ان لعنة الله عليك ان كنت من الكاذبين قال: فشهد فأمر به فنحي. ثم قال عليه السلام للمرأة: اشهدي اربع شهادات بالله ان زوجك لمن الكاذبين فيما رماك به قال: فشهدت ثم قال لها: امسكي فوعظها ثم قال لها: اتقي الله فان غضب الله شديد، ثم قال لها: اشهدي الخامسة ان غضب الله عليك ان كان زوجك من الصادقين فيما رماك به قال:

فشهدت قال: ففرق بينهما وقال لهما: لا تجتمعا بنكاح أبدا بعد ما تلاعنتما»(1).

2 - و اما ثبوت اللعان في مورد القذف

فهو المشهور. و تدل عليه الآية الكريمة و صحيحة ابن الحجاج المتقدمة و غيرها.

هذا و نسب الي الشيخ الصدوق عدم ثبوت اللعان في مورد القذف و انحصاره بنفي الولد و انه في القذف يتعين الجلد ثمانين مستندا في ذلك الي صحيحة ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا يقع اللعان حتي يدخل الرجل بامرأته و لا يكون اللعان الا بنفي الولد»(2).

و التأمل في ذلك واضح، فان الحديث المذكور مضافا الي معارضته بخبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «لا يكون اللعان الا بنفي الولد. و قال: اذا قذف الرجل امرأته لا عنها»(3) هو مخالف بنحو صريح للآية الكريمة المتقدمة فيلزم طرحه أو تأويله بما ذكره الشيخ

ص: 483

1- وسائل الشيعة 15: 586 الباب 1 من أبواب اللعان الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 15: 604 الباب 9 من أبواب اللعان الحديث 2. و قد نقل رأي الشيخ الصدوق هذا في الجواهر 34: 5.

3- وسائل الشيعة 15: 604 الباب 9 من أبواب اللعان الحديث 1.

و اذا كان الشيخ الصدوق قد حصر سبب اللعان بنفي الولد فعلي العكس تماما ما ذهب إليه بعض الاعلام من الاشكال في ثبوت اللعان في مورد نفي الولد اذا لم يكن موجبا للقذف وينحصر الامر لإثبات انتفاء الولد في مثل ذلك بالبينه.

ولعل منشأ الاشكال ان صحيحة ابي بصير المتقدمة الدالة علي ثبوت اللعان في مورد نفي الولد تدل علي حصر اللعان بالمورد المذكور و حيث ان المضمون المذكور مخالف لصريح الكتاب الكريم الدال علي ثبوت اللعان في مورد القذف فيلزم طرح الصحيحة لأجل ما ذكر، و من ثم نعود في مورد نفي الولد اذا لم يكن موجبا للقذف فاقدين للدليل علي ثبوت اللعان.

الا ان هذا البيان - كما تري - وجيه لو فرض انحصار مدرك اللعان في مورد نفي الولد بالصحيحة المتقدمة، و لكن سيأتي وجود غيرها.

3 - و اما انه لا يجوز القذف من دون يقين

فهو مما لا تأمل فيه فانه من الرمي الموجب للّعنة في الدنيا و الآخرة، و هو من الافك الذي نهى عنه المؤمنون. قال تعالى: إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَ الْآخِرَةِ وَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ * يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنُهُمْ وَ أَيْدِيهِمْ وَ أَرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ (2). و قال تعالى في قصة الافك: لَوْلَا إِذْ سَمِعْتُمُوهُ ظَنَّ الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِنَاتُ بِأَنفُسِهِمْ خَيْرًا

ص: 484

1- راجع ما نقله الحر في ذيل الحديث لمعرفة تأويل الشيخ الطوسي.

2- النور: 23-24.

وَقَالُوا هَذَا إِفْكٌ مُّبِينٌ * لَوْلَا جَاؤُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشَّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ * وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ لَمَسَّكُمْ فِي مَا أَفَضْتُمْ فِيهِ عَذَابٌ عَظِيمٌ * إِذْ تَلَقَّوْنَهُ بِالسَّلَامِ قَالُوا يَا نَسِيسَ لَكُمْ بِهِ عِلْمٌ وَتَحَسَّدُونَ هُنَا وَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ عَظِيمٌ * وَلَوْلَا إِذْ سَمِعْتُمُوهُ قُلْتُمْ مَا يَكُونُ لَنَا أَنْ نَتَكَلَّمَ بِهَذَا سُبْحَانَكَ هَذَا بُهْتَانٌ عَظِيمٌ (1).

وفي الحديث: «جاءت امرأة الي رسول الله صَلَّى الله عليه وآله فقالت: يا رسول الله اني قلت لأمتي: يا زانية فقال: هل رأيت عليها زنا فقالت: لا فقال: اما انها ستقادمك (2) يوم القيامة فرجعت الي أمتها فأعطتها سوطا ثم قالت: اجلديني فأبت الأمة فأعتقتها ثم أتت الي النبي صَلَّى الله عليه وآله فأخبرته فقال: عسي أن يكون به» (3).

4 - واما ان القاذف يحد حد القذف - ثمانين جلدة

- فلقوله تعالى:

وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ (4).

و اما ان القاذف يحد حتى مع يقينه بصحة النسبة فلاطلاق الآية الكريمة.

5 - واما اندفاع الحد عن القاذف بلعانه

فللاية الكريمة المتقدمة في الرقم 1.

ص: 485

1- النور: 12-16.

2- في التهذيب 80:10: سيقاد لها منك.

3- وسائل الشيعة 18:431 الباب 1 من أبواب حد القذف الحديث 4.

4- النور: 4.

و اما تقييد اللعان بعدم وجود البينة فللتقييد بذلك في الآية الكريمة نفسها.

6 - و اما ثبوت اللعان في مورد نفي الولد

فيستفاد من صحيحة الكناني عن ابي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجل لاعن امرأته وانتفي من ولدها ثم اكذب نفسه بعد الملاعنة و زعم ان الولد ولده هل يرد عليه ولده؟ قال: لا و لا كرامة لا يرد عليه و لا تحل له الي يوم القيامة»(1) وغيرها.

7 - و اما عدم جواز نفي الولد في حالة امكان الانتساب

فلقاعدة الفراش المستندة الي قوله صلّي الله عليه و آله: «الولد للفراش و للعاهر الحجر» الذي رواه الفريقان.

فمن طرقنا روي سعيد الاعرج في صحيحة عن ابي عبد الله عليه السلام:

«سألته عن رجلين وقعا علي جارية في طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذي عنده لقول رسول الله صلّي الله عليه و آله: الولد للفراش و للعاهر الحجر»(2).

و المقصود من قوله عليه السلام: «للذي عنده» المولى المالك للجارية كما تبه عليه الكاشاني(3).

و من طرق غيرنا ما رواه مسلم بسنده الي عائشة: «اختصم سعد بن ابي وقاص و عبد بن زمعة في غلام فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن ابي وقاص عهد إلي انه ابنه، انظر الي شبيهه. و قال عبد بن زمعة: هذا اخي يا رسول الله ولد علي فراش ابي من وليدته فنظر رسول

ص: 486

1- وسائل الشيعة 15: 601 الباب 6 من أبواب اللعان الحديث 5.

2- وسائل الشيعة 14: 568 الباب 58 من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث 4.

3- الوافي 23: 1407.

اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ الْي شَبَّهُه فَرَأَى شَبَهَا بَيْنَا بَعْتَبَةَ فَقَالَ: هُوَ لَكَ يَا عَبْد، الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ وَ لِلْعَاهِرِ الْحَجْر...»(1).

8 - و اما جواز نفيه عند عدم امکان الانتساب

فلان الفرّاش لا يتحقق بمجرد العقد خلافا لأبي حنيفة حيث نسب اليه تحقّقه بذلك فقد نقل العيني: «شدّ أبو حنيفة فيما اذا عقد شخص علي امرأة و طلقها عقيب النكاح من غير امکان الوطء فأنت بولد لستة أشهر من وقت العقد حيث ألحقه بالزوج. و هذا خلاف ما جرت به عادة الله من ان الولد انما يكون من ماء الرجل و المرأة»(2) بل يتحقق بالعقد مع امکان الالتحاق بالزوج، فان القاعدة شرعت في حالات الشك في الانتساب اذ مع الجزم بالانتساب الي الزوج فلا معني لان يعبدنا الشارع باللاحاق به لأنه تعبد بما هو معلوم بالوجدان، كما لا معني للتعبد مع الجزم بعدم امکان الالتحاق اذ لا يمكن التعبد بما يجزم بعدمه.

9 - و اما وجوب نفيه في حالة الجزم بعدم الانتساب

فلأجل ان لا ترتب عليه أحكام الولد من الميراث و النكاح و النظر الي المحارم و غير ذلك مما يعلم بمبغوضية الشارع لترتيبه.

10 - و اما انه لا ينتفي الولد شرعا في مرحلة الظاهر من دون

لعان أو بينة

فلقاعدة الفرّاش الحاكمة بالالتحاق ظاهرا بصاحب الفرّاش.

ص: 487

1- صحيح مسلم كتاب الرضاع الباب 10 الولد للفرّاش و توقي الشبهات الحديث 1457.

2- عمدة القاري 110:11 و هو شرح العيني لصحيح البخاري.

إشارة

و كيفية اللعان أن يبدأ الرجل و يقول أربع مرّات - بعد قذفها أو نفي الولد -:

«اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما قلت من قذفها او نفي ولدها»، ثم يقول مرة واحدة: «لعنة الله عليّ ان كنت من الكاذبين».

و اذا تمّ اللعان بالنحو المذكور من الرجل حدّت المرأة حدّ الزنا ان كان قد قذفها بالزنا أو نفي ولدها بنحو يوجب قذفها بالزنا. و بإمكانها بدورها ان تدفع الحد عن نفسها بلعانها هي بأن تقول أربع مرات: «اشهد بالله انه لمن الكاذبين في مقالته»، ثم تقول مرة واحدة: «ان غضب الله عليّ ان كان من الصادقين».

و المستند في ذلك:

1 - اما كيفية اللعان بالشكل المتقدم

فتستفاد من الآية الكريمة و صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج المتقدمتين سابقا في الرقم 1.

2 - و اما انه بلعان الزوج يثبت الحد علي الزوجة و بإمكانها دفعه

عنها بلعانها

فتمكن استفادته من الآية الكريمة نفسها حيث قالت:

وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ ... (1) كما هو واضح.

3 - و اما تقييد نفي الولد بما اذا استلزم القذف

فلانه بدون ذلك لا يثبت في حق المرأة ما يستوجب اقامة الحدّ عليها.

ص: 488

إشارة

إذا تمّ اللعان من الزوج أو الزوجة ترتبت الاحكام التالية:

1 - انفساخ عقد النكاح.

2 - الحرمة المؤبدة، فلا تحل للزوج حتي بعقد جديد.

وهذان الحكمان ثابتان في مطلق اللعان من دون فرق بين كونه للقذف أو لنفي الولد.

3 - سقوط الحدّ عن الزوج - إذا تحقق منه القذف بالزنا او نفي الولد بنحو موجب للقذف - بلعانه و يسقط عنها بلعانها. اما اذا لاعن هو و نكلت هي حدث هي دونه. و اذا لم يلاعن هو أيضا حدّ هو دونها.

4 - اذا كان التلاعن لنفي الولد ترتب عليه انتفاء الولد عن الرجل و بقي ملتحقا بالمرأة فقط و من ثمّ ينتفي التوارث بينهما بل بينه و بين كل من ينتسب بواسطته كالجد و الجدة و الاخ و الاخت للأب و العم و العمة، و يبقي منحصرًا بينه و بين امه و من ينتسب بواسطتها.

و اذا لاعن هو دونها انتفي عن الرجل فقط أيضا و لا يثبت في حق المرأة شيء الا اذا كان نفي الولد بنحو موجب للقذف فيثبت عليها الحد الا ان تلاعن.

و من الاحكام ان انتفاء الولد عن الزوج لا يلازم كونه ولد زنا لاحتمال كونه من وطء شبهة. و عليه فلا يجوز له رميها بالزنا الا مع اليقين.

و لا يتمكن الزوج من لعان زوجته اذا قذفها بالزنا الا اذا ادعي المشاهدة و لم تكن له بينة و الا تعين عليه اقامتها لنفي الحدّ و لا تصل النوبة

الي اللعان.

ولا يثبت اللعان عند قذف الزوجة اذا كانت خرساء او صماء بل تحرم بمجرد القذف من دون توقف علي لعان.

ولا يثبت اللعان لنفي الولد مع كون الزوجة متمتعاً بها او غير مدخول بها.

ولا يقع اللعان الا عند الحاكم الشرعي و بطلب منه فلو بادرا اليه قبل طلبه لم يصح.

و يلزم ان يكونا قائمين عند التلفظ بصيغة اللعان.

و المستند في ذلك:

1 - اما ترتب انفساخ العقد و الحرمة المؤبدة علي مطلق اللعان

فهو مما لا اشكال فيه. و يستفاد ذلك في لعان القذف من صحيحة عبد الرحمن المتقدمة وغيرها، وفي لعان نفي الولد من صحيحة الكناني المتقدمة وغيرها.

بل يمكن ان يقال: ان المستفاد من صحيحة عبد الرحمن ان الحرمة المؤبدة هي من شؤون اللعان بلا خصوصية لكونه لأجل القذف.

2 - و اما سقوط الحدّ عن الرجل و المرأة بلعانهما

فيستفاد من قوله تعالى: وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ... (1) و من صحيحة ابن الحجاج المتقدمة فلاحظ .

و اما انه اذا لاعن هو دونها حدّت دونه فيستفاد من الآية الكريمة

ص: 490

لأنها ظاهرة في ان لعان كل واحد من الزوجين موجب لدرء الحدّ عن نفسه، بل قد يستفاد من صحيحة ابن الحجاج أيضا.

و اما انه اذا لم يلاعن الرجل أيضا حدّ دونها فباعترار تحقق القذف منه فيحد، و اما هي فحيث لم يثبت في حقها المقذوف به فلا موجب لحدّها.

3 - و اما انه اذا تلاعنا لنفي الولد ترتب عليه انتفاؤه عنه دونها

فواضح.

اما عدم انتفائه عنها فلعدم الموجب اذ هي لم تنفه عنها.

و اما انتفاؤه عنه فلانه لو لا ذلك لم تكن للعانة فائدة.

و تدل علي كلا الحكمين صحيحة ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام:

«المرأة يلاعنها زوجها و يفرّق بينهما الي من ينسب ولدها؟ قال: الي امه»(1).

4 - و اما عدم التوارث بين الولد و الرجل و من ينتسب بواسطته

فلان ذلك لازم انتفائه عنه باللعان.

5 - و اما انه اذا لاعن الرجل فقط انتفي الولد عنه أيضا

فلانه لازم اللعان و فائدته.

و اما عدم ثبوت الحدّ علي المرأة فلعدم الموجب لذلك بعد عدم قذفها بالزنا.

و اما انها تحدّ لو لم تلاعن فيما اذا كان نفي الولد بنحو موجب لقذفها بالزنا فباعترار دخول المورد آنذاك تحت عنوان القذف بالزنا.

ص: 491

6 - و اما ان نفي الولد لا يلزم كونه ابن زنا و من ثم لا يجوز رمي

المرأة بالزنا الا مع اليقين

فواضح.

7 - و اما ان الزوج لا يتمكن من اللعان عند القذف الا اذا ادعي

المشاهدة

فهو مما لا اشكال فيه لصحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام:

«اذا قذف الرجل امرأته فانه لا يلاعنها حتي يقول: رأيت بين رجليها رجلا يزني بها»⁽¹⁾ و غيرها.

و اما اختصاص اللعان بحالة فقدان البينة فقد تقدم انه يستفاد من الآية الكريمة.

8 - و اما عدم ثبوت اللعان في مورد قذف الزوجة الخرساء أو

الصماء

فلم يظهر فيه خلاف بين الاصحاب. و يدل عليه صحيح الحلبي و محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام: «رجل قذف امرأته و هي خرساء، قال: يفرق بينهما»⁽²⁾ و غيرها، فان مقتضى اطلاقها ثبوت التحريم من دون لعان.

و في موثقة اسماعيل بن ابي زياد⁽³⁾ عن جعفر عن ابيه ان عليا قال: «ليس بين خمس من النساء و أزواجهن ملاعنة... و الخرساء ليس بينها و بين زوجها لعان انما اللعان باللسان»⁽⁴⁾.

و الحديثان - كما تري - ناظران الي الخرساء فالتعميم الي الصماء يحتاج الي التمسك بتسالم الاصحاب ان تم.

ص: 492

1- وسائل الشيعة 15: 594 الباب 4 من أبواب اللعان الحديث 4.

2- وسائل الشيعة 15: 602 الباب 8 من أبواب اللعان الحديث 1.

3- و هو السكوني.

4- وسائل الشيعة 15: 598 الباب 5 من أبواب اللعان الحديث 12.

9 - و اما عدم ثبوت اللعان لنفي الولد مع فرض التمتع بالزوجة أو

عدم الدخول

فلصحيحة ابن ابي يعفور عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتع منها»⁽¹⁾ وصحيحة ابي بصير المتقدمة: «لا يقع اللعان حتي يدخل الرجل بامرأته...»⁽²⁾.

10 - و اما اعتبار ان يكون اللعان عند الحاكم

فقد ذكر في الجواهر: ان ذلك قد صرح به جماعة من الاصحاب⁽³⁾.

و لا يظهر بوضوح من الروايات اعتبار ما ذكر. اجل ورد في صحيحة احمد بن محمد بن ابي نصر: «سألت ابا الحسن الرضا عليه السلام كيف الملاعنة؟ فقال: يقعد الامام و يجعل ظهره الي القبلة و يجعل الرجل عن يمينه و المرأة عن يساره»⁽⁴⁾ و غيرها ما يدل علي قعود الامام حالة الملاعنة الا ان ذلك لا يدل علي شرطية الكون حالة الملاعنة عند الامام.

و لكن مع ذلك يمكن الاستدلال بما يلي:

أ- ان اللعان نحو من الشهادة او الحلف، و هما من وظائف الحاكم و لا يصحان الا لديه.

ب- ان الدليل علي شرطية اداء اللعان عند الحاكم و ان لم يكن ثابتا الا انه في نفس الوقت لا دليل علي صحته و ترتب الاثر عليه لدي غير الحاكم فان النصوص لا اطلاق فيها من هذه الناحية. و معه ينبغي الاقتصار علي القدر المتيقن و هو ما اذا كان الاداء لدي الحاكم اذ في

ص: 493

- 1- وسائل الشيعة 15:605 الباب 10 من أبواب اللعان الحديث 1.
- 2- وسائل الشيعة 15:604 الباب 9 من أبواب اللعان الحديث 2.
- 3- جواهر الكلام 34:53.
- 4- وسائل الشيعة 15:588 الباب 1 من أبواب اللعان الحديث 5.

غير ذلك يشك في ترتب الاثر فيستصحب عدمه.

وبالوجهين المذكورين يمكن التمسك أيضا لإثبات اعتبار طلب الحاكم لأداء اللعان في صحته.

11 - و اما انه يعتبر قيام المتلاعنين حالة ادائهما اللعان

فهو منقول عن جملة من الاصحاب. ويمكن استفادته من صحيح علي بن جعفر عن اخيه ابي الحسن عليه السلام: «سألت عن الملاعنة قائما يلاعن أم قاعدا قال: الملاعنة و ما أشبهها من قيام»(1).

ص: 494

1- وسائل الشيعة 588:15 الباب 1 من أبواب اللعان الحديث 6.

اشارة

1 - اليمين المبحوث عنها

2 - من أحكام اليمين

3 - من أحكام النذر

4 - من أحكام العهد

ص: 495

إشارة

اليمين التي يجب الوفاء بها وتترتب علي مخالفتها الكفارة هي المأتي بها لتأكيد ما التزمه المكلف علي نفسه.

و اما اذا كانت لتأكيد الاخبار فهي محرمة اذا كانت علي خلاف الواقع ويكون الحالف مأثوما - الا اذا كانت لدفع ظلم عن الحالف نفسه او سائر المؤمنين - ولكن لا كفارة فيها.

و اذا كانت للمنشدة فلا كفارة فيها ولا اثم في المخالفة.

والمستند في ذلك:

1 - اليمين لها أقسام ثلاثة:

أ- اليمين التي يقصد بها تأكيد الاخبار عن الماضي او المستقبل، كقول القائل: والله اني جئت امس او اجيء غدا، او والله اني لم اتلف ملك فلان او والله سأتلفه، و ما شاكل ذلك.

و اليمين المتداولة من المدعي عليه - او المدعي احيانا - في باب الدعوي هي من هذا القبيل.

ب - اليمين التي يستعان بها في مقام الطلب و المناشدة، كقول القائل: اقسم عليك بالله ان تفعل كذا.

ج - اليمين التي يقصد بها تأكيد ما التزمه الشخص علي نفسه، كما اذا التزم بترك التدخين و أكده بقوله: «و الله لا أدخن»، فانه لا يقصد بذلك الاخبار عن عدم تدخينه في المستقبل و تأكيده من خلال القسم، كما هو الحال في القسم الاول بل هناك التزام بترك ذلك و تأكيد ذلك الالتزام بواسطة اليمين.

و اليمين التي هي محل البحث و يقال انه يجب الوفاء بها و يوجب حنثها الكفارة هي ما كان من قبيل القسم الاخير، و اما غيرها فلا يجب الوفاء به بل لا معني لذلك لعدم وجود التزام ليجب الوفاء به او لتحرم مخالفته فالمخالفة غير متصورة ليتحقق الحنث و تجب الكفارة. اجل مخالفة اليمين للواقع المخبر عنه متصورة و لكنها شيء آخر غير مخالفة الحالف نفسه لليمين.

2 - و اما انه يجب الوفاء باليمين التي يقصد بها تأكيد ما التزمه

المكلف علي نفسه

فهو من واضحات الفقه. قال تعالى: وَ لَا تَتَّقُوا الْإِيمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا (1)، لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَ لَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبْتُمْ قُلُوبَكُمْ (2)، لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَ لَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْإِيمَانَ ... وَ احْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ (3).

3 - و اما وجوب الكفارة في مخالفة اليمين من القسم الاول

فهو

ص: 498

1- النحل: 91.

2- البقرة: 225.

3- المائدة: 89.

من المسلمات. ويدل عليه قوله تعالى: لا- يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِدْقٌ يَوْمَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ (1)، اي اذا حلفتكم ونكثتم كما هو واضح.

4 - واما ان اليمين لتأكيد الاخبار لا كفارة فيها

فهو متسالم عليه ولم ينسب الخلاف في ذلك الا الي الشافعي(2). وقد تقدم الوجه في ذلك.

واما انها تحرم اذا كانت كاذبة فهو باعتبار حرمة الكذب بل تتضاعف الحرمة لانطباق عنوان آخر وهو الحلف بالله كاذبا. واذا كان ذلك في باب الدعوي وفصل الخصومة تتضاعف الاثم والحرمة اكثر.

وقد يعبر عنها باليمين الغموس لأنها تغمس صاحبها في الاثم.

وفي الحديث عن ابي جعفر عليه السلام: «ان في كتاب علي عليه السلام ان اليمين الكاذبة وقطيعة الرحم تذران الديار بلاقع من اهلها(3) و تثقل الرحم(4)، يعني انقطاع النسل»(5).

وفي حديث آخر: «قال ابو عبد الله عليه السلام: من حلف علي يمين وهو يعلم انه كاذب فقد بارز الله»(6).

ص: 499

1- المائدة: 89.

2- جواهر الكلام 265:35.

3- أي: خالية من أهلها.

4- وفي بعض النسخ: تنغل. يقال نغل الجرح، أي فسد. والمراد في الحديث: تفسد الرحم بالعقم.

5- وسائل الشيعة 144:16 الباب 4 من أبواب الايمان الحديث 1.

6- وسائل الشيعة 144:16 الباب 4 من أبواب الايمان الحديث 4.

فلعدة روايات كصحيحة اسماعيل بن سعد الاشعري عن ابي الحسن الرضا عليه السلام: «سألته... عن رجل يخاف علي ماله من السلطان فيحلف لينجوه منه قال: لا جناح عليه. و سألته هل يحلف الرجل علي مال اخيه كما يحلف علي ماله؟ قال: نعم» (1) و غيرها.

هذا اذا لم يصل الامر الي درجة الاضطرار او الاكراه و الا فالامر اوضح لحديث: «رفع عن امتي ما اضطروا اليه و ما استكروها عليه» (2).

و هل يلزم لجواز الحلف كذبا عدم امكان التخلص بالتورية؟ مقتضي اطلاق الصحيحة السابقة عدم اعتبار ذلك.

6 - و اما عدم ترتب اثر - من الكفارة و الاثم - علي يمين المناشدة

فلقوله تعالى: لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ (3) و لموثق حفص و غير واحد من اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلام: «سئل عن الرجل يقسم علي اخيه قال: ليس عليه شيء انما اراد اكرامه» (4) و غيره.

و في صحيحة ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام: «قول الله عز و جل:

لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ قال: هو لا و الله و بلي و الله» (5).

بل لا نحتاج الي نص خاص و يكفينا مقتضي القاعدة اذ المحلوف عليه لم يحلف ليلزم به و الحالف نفسه لم يتحقق منه التزام بفعله

ص: 500

1- وسائل الشيعة 16:162 الباب 12 من أبواب الايمان الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 11:295 الباب 56 من أبواب جهاد النفس الحديث 1.

3- البقرة: 225.

4- وسائل الشيعة 16:209 الباب 42 من ابواب الايمان الحديث 1.

5- وسائل الشيعة 16:174 الباب 17 من ابواب الايمان الحديث 3.

لتحرم عليه مخالفته.

اجل يكره هذا النحو من اليمين بل تكره اليمين الصادقة الاخبارية أيضا لقوله تعالى: **وَ لَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ (1)**. ولو بقينا نحن و النهي المذكور فالمناسب هو الحرمة الا ان قوله تعالى بعد ذلك: **لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَ لَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ (2)** يدل علي ان اليمين التي يجب الالتزام بها و يحرم حثها هي اليمين التي معها قصد و التزام قلبيان.

و في حديث الامام الصادق عليه السلام: «اجتمع الحواريون الي عيسى عليه السلام فقالوا: يا معلم الخير ارشدنا فقال: ان موسى نبي الله أمركم أن لا- تحلفوا بالله كاذبين و انا أمركم ان لا تحلفوا بالله كاذبين و لا صادقين»(3). و في حديث الرسول صلّي الله عليه و آله: «من اجلّ الله ان يحلف به اعطاه الله خيرا مما ذهب منه»(4).

2- من أحكام اليمين

اشارة

لا تتعقد اليمين الا اذا كانت بالله سبحانه من دون فرق بين ان يكون بلفظ الجلالة أو بسائر اسمائه بل و بترجمة ذلك أيضا. و لا تحرم اذا كانت بغيره سبحانه و لكنها لا تتعقد.

ص: 501

1- البقرة: 224.

2- البقرة: 225.

3- وسائل الشيعة 16:140 الباب 1 من ابواب الايمان الحديث 2.

4- وسائل الشيعة 16:140 الباب 1 من ابواب الايمان الحديث 3.

وصيغتها: واللّه أو باللّه أو تاللّه ان افعل كذا اما مع التعليق علي حصول شيء او بدونه. ومع التعليق لا يجب الوفاء بها الا مع حصول المعلق عليه.

ولا تعتقد بالنية من دون تلفظ بذلك.

و يلزم في متعلق اليمين ان يكون راجحا ولو بحسب المصلحة الشخصية للحالف، فلو كان مرجوحا من البداية لم تعتقد، ولو صار كذلك بعد ذلك انحلت.

ولا تعتقد يمين الولد مع نهي والده و تحل مع نهيها عنها بعد ذلك. وهكذا الحال بالنسبة الي يمين الزوجة مع نهي الزوج.

و اذا حلف المكلف علي صوم شهر فقي جواز الفصل و لزوم الوصل يتبع قصده.

و الحنث الموجب للكفارة هو ما صدر عن عمد دون ما لو صدر عن نسيان او اكراه او اضطرار او جهل.

و من خالف عمدا يحنث و تجب عليه الكفارة و لا يلزمه الوفاء بعد ذلك.

و كفارة حنث اليمين: عتق رقبة او اطعام عشرة مساكين او كسوتهم فان عجز صام ثلاثة ايام متوالية.

و المستند في ذلك:

1 - اما ان اليمين لا تعتقد اذا كانت متعلقة بغير الله سبحانه

فقد يستدل له بصحيفة محمد بن مسلم: «قلت لأبي جعفر عليه السلام: قول الله عز و جل: وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَى (1) وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَى (2) و ما اشبه ذلك فقال: ان لله عز و جل ان يقسم من خلقه بما شاء و ليس لخلقه ان يقسموا

ص: 502

1- الليل: 1.

2- النجم: 1.

الابه»(1) و ما كان بمضمونها حيث تدل علي حرمة القسم بغير الله سبحانه و من ثم علي عدم صحته.

الا ان الاستدلال المذكور تام لو لم يكن هناك معارض يدل علي جواز الحلف بغيره سبحانه من قبيل صحيحة علي بن مهزيار: «قرأت في كتاب لأبي جعفر عليه السلام الي داود بن القاسم: اني قد جئت و حياتك»(2)، فانه عليه السلام حلف بحياة داود انه قد جاء فيلزم حمل الاولي علي الكراهة.

و الانسب الاستدلال علي ذلك بالوجهين التاليين:

أ- التمسك بصحيحة سليمان بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام: «في كتاب علي عليه السلام ان نبيا من الانبياء شكا الي ربه فقال: يا رب كيف اقضي فيما لم أر و لم اشهد؟ قال: فأوحى الله اليه احكم بينهم بكتابي و اضفهم الي اسمي فحلفهم به. و قال: هذا لمن لم تقم له بينة»(3)، فانه بقرينة ورودها في مقام البيان يمكن ان يستفاد منها اختصاص الحلف الذي يترتب عليه اثر بما اذا كان به سبحانه دون ما اذا كان بغيره. و مورده و ان كان باب القضاء الا انه لا يحتمل ثبوت الخصوصية له.

ب- التمسك بالاصل، فانه اذا شككنا في ترتب الاثر علي اليمين المتعلقة بغير الله سبحانه نستصحب عدم وجوب الوفاء و الكفارة.

2 - و اما انه لا فرق في الحلف بالله سبحانه بين لفظ الجلالة

و سائر اسمائه

فلاطلاق لفظ «اسمه» في صحيحة سليمان «و اضفهم الي اسمي». بل يمكن التمسك باطلاق قوله عليه السلام في صحيحة محمد بن

ص: 503

1- وسائل الشيعة 16:191 الباب 30 من ابواب الايمان الحديث 3.

2- وسائل الشيعة 16:195 الباب 30 من ابواب الايمان الحديث 14.

3- وسائل الشيعة 18:167 الباب 1 من أبواب كيفية الحكم الحديث 1.

مسلم: «وليس لخلقه ان يقسموا الا به».

لا يقال: ان موثقة السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليهم السلام: «اذا قال الرجل: اقسمت او حلفت فليس بشيء حتى يقول: اقسمت بالله او حلفت بالله»⁽¹⁾ دلت علي عدم انعقاد اليمين الا اذا كانت متعلقة بلفظ الجلالة.

فانه يقال: ان الموثقة في صدد بيان ان كلمة «اقسمت» او «حلفت» لا تجدي وحدها ما لم تنضم اليها ضميمة، اما ان تلك الضميمة هل هي خصوص لفظ الجلالة او الاعم فليست في مقام البيان من ناحيته.

3- واما اجزاء الترجمة

فوجهه واضح وهو التمسك بالاطلاق أيضا.

4- واما انه لا تحرم اليمين المتعلقة بغيره سبحانه - كالأنبياء

والاولياء وغير ذلك

- فلصحيحة ابن مهزيار المتقدمة. وبقطع النظر عن ذلك تكفينا البراءة بعد قصور مقتضي التحريم.

واما انها لا تتعقد فلأصل بعد القصور في المقتضي.

5- واما ان صيغة اليمين ما تقدم

فلان الحلف بالله سبحانه صادق في كل ذلك.

واما صحتها مع التعليق وبدونه فلا إطلاق ادلة وجوب الوفاء باليمين لكلتا الحاليتين.

واما ان اليمين المتعلقة لا يجب الوفاء بها قبل حصول المعلق عليه فباعتبار ان الالتزام من الحالف يختص بذلك، ولا التزام قبل حصول

ص: 504

1- وسائل الشيعة 16:171 الباب 15 من ابواب الايمان الحديث 3.

المعلق عليه ليجب الوفاء به.

6 - و اما عدم انعقاد اليمين بمجرد النية من دون تلفظ بالصيغة

فلانه بدون ذلك لا يصدق عنوان اليمين ليجب الوفاء بها.

7 - و اما انه يعتبر الرجحان في متعلق اليمين و لو بلحاظ

المصلحة الشخصية

فلصحيحة سعيد الاعرج: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحلف علي اليمين فيري ان تركها افضل و ان لم يتركها خشي ان يآثم أ يتركها؟ قال: اما سمعت قول رسول الله صَلَّى الله عليه و آله: اذا رأيت خيرا من يمينك فدعها»(1) ، فانها تدل علي اعتبار ملاحظة الخير في المتعلق. و مقتضي اطلاقه كفاية كون المتعلق خيرا و لو بلحاظ المصالح الشخصية.

و اذا فرض التساوي من جميع الجهات فهل يجب العمل بمقتضي اليمين؟ نعم لان الصحيحة قالت: «اذا رأيت خيرا من يمينك فدعها»، و مفهوم ذلك انه اذا لم تر خيرا من يمينك - و ذلك صادق عند التساوي - فلا تدعها.

هذا و لكن رواية حمران: «قلت لأبي جعفر و ابي عبد الله عليهما السلام:

اليمين التي تلزمني فيها الكفارة؟ فقالا:- ما حلفت عليه مما لله فيه طاعة ان تفعله فلم تفعله فعليه الكفارة، و ما حلفت عليه مما لله فيه المعصية فكفارتة تركه، و ما لم يكن فيه طاعة و لا معصية فليس هو بشيء»(2) دلت علي انه عند التساوي لا تلزم مراعاة اليمين، بل و دلت علي ان المدار هو علي ملاحظة المرجحات الدينية دون الدنيوية الا انه مما

ص: 505

1- وسائل الشيعة 16:175 الباب 18 من ابواب الايمان الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 16:183 الباب 24 من ابواب الايمان الحديث 2.

يهوّن الخطب ضعف سندها بحمزة بن حمران فلاحظ .

8 - و اما انه اذا صار متعلق اليمين مرجوحا بعد اليمين انحلت

فلأن ذلك مورد صحيحة الاعرج وقد دلت علي الانحلال.

9 - و اما عدم انعقاد يمين الولد و الزوجة مع نهي الوالد او الزوج

فلصحيحة منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلام: «قال رسول الله صلّي الله عليه وآله:

لا يمين للولد مع والده، ولا للمملوك مع مولاه، ولا للمرأة مع زوجها...»(1) وغيرها.

و هل تنعقد اليمين مع عدم صدور الاذن من الوالد أو الزوج لأجل عدم اطلاعه علي اليمين؟ لا يبعد الانعقاد لان التعبير المذكور في الصحيحة مجمل فيحتمل ان يكون المقصود منه: لا يمين مع الردع و يحتمل أن يكون: لا يمين مع عدم الاذن ولو من دون ردع، و مع اجمال المخصص ينبغي الاقتصار علي القدر المتيقن و فيما زاد يرجع إلي عمومات وجوب الوفاء باليمين.

10 - و اما التعميم لحالة الردع في مرحلة البقاء

فلاطلاق الصحيحة المتقدمة.

11 - و اما ان من حلف علي صوم شهر يتبع في لزوم الوصل

و جواز الفصل قصده

فباعتبار ان الحنث يتحقق بمخالفة الالتزام التابع لكيفية القصد.

وقد يستفاد ذلك أيضا من صحيحة سعد بن اسماعيل الاشعري عن ابي الحسن الرضا عليه السلام: «سألته عن رجل حلف و ضميره علي غير

ص: 506

ما حلف، قال: اليمين علي الضمير»(1) وغيرها.

12 - و اما ان الحنث الموجب للكفارة هو المخالفة عن عمد

فباعتبار ان متعلق اليمين للحالف عادة هو التزام الفعل و عدم المخالفة عن عمد و اختيار فاذا تحققت المخالفة لا عن عمد فلا يتحقق الحنث لتجب الكفارة.

علي ان بالامكان التمسك بحديث رفع النسيان و الاكراه و الاضطرار(2) و بصحيفة عبد الصمد بن بشير الواردة في الجاهل: «أي رجل ركب امرا بجهالة فلا شيء عليه»(3).

هذا و المنسوب الي جماعة من العامة تحقق الحنث و ثبوت الكفارة في الجميع(4) و لكنه مردود بما سبق.

13 - و اما ان من خالف عن عمد لا يجب عليه الوفاء بعد ذلك

فلأن متعلق اليمين التزام واحد بترك جميع الحصص فاذا تحققت المخالفة مرة انخرم ذلك الالتزام الواحد و لا يمكن الوفاء بعد ذلك ليجب. اجل اذا كان الالتزام متعددا - كمن حلف علي ترك التدخين فترة شهر بنحو كان يقصد تعدد الالتزام بالترك بعدد الايام - تعدد الوفاء و الحنث أيضا.

14 - و اما ان كفارة حنث اليمين ما تقدم

فلقوله تعالى: لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ و لَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ

ص: 507

1- وسائل الشيعة 16:179 الباب 21 من ابواب الايمان الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 11:295 الباب 56 من ابواب جهاد النفس الحديث 1.

3- وسائل الشيعة 9:125 الباب 45 من ابواب تروك الاحرام الحديث 3.

4- جواهر الكلام 35:339.

كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ (1).

و اما اعتبار التوالي في الايام الثلاثة بالرغم من اقتضاء الاطلاق جواز التفريق فلصحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «صيام ثلاثة ايام في كفارة اليمين متتابعات» (2) وغيرها.

3 - من أحكام النذر

إشارة

النذر هو التزام الشخص في ذمته بفعل شيء او تركه لله سبحانه. و الوفاء به واجب، و تترتب علي مخالفته الكفارة.

و صيغته: لله عليّ كذا ان حصل كذا.

و لا ينعقد بمجرد النية من دون تلفظ بذلك.

و في انعقاده من دون تعليقه علي شرط كلام.

و في اجزاء الترجمة خلاف.

و يشترط في انعقاده رجحان متعلقه بنحو يعدّ طاعة لله سبحانه فلا ينعقد لو تعلق بالمباح الذي لا يعدّ فعله طاعة له سبحانه. و إذا زال الرجحان بعد الانعقاد انحل.

و لا يشترط في صحة نذر الولد اذن الوالد مسبقا. اجل مع نهيه المسبق لا ينعقد. و اذا نهى عنه بعد ذلك انحل.

و يشترط في صحة نذر الزوجة اذن الزوج اذا كان متعلقه منافيا لحقه في

ص: 508

1- المائدة: 89.

2- وسائل الشيعة 7: 280 الباب 10 من ابواب بقية الصوم الواجب الحديث 4.

الاستمتاع، بل ذهب المشهور الي اعتبار اذن الزوج حتي اذا لم يكن منافيا لحقه ما دام يستلزم التصرف في مالها.

و اذا نذر المكلف صوم يوم معين و اراد السفر جاز له ذلك و لو من دون ضرورة و يفطر ثم يقضيه بدون كفارة. و هكذا لو طراً مرض او غيره من الموانع.

و من نذر صوم شهر ففي جواز الفصل او لزوم الوصل يتبع قصده. و مع الشك في كيفية قصده يلزم اتباع ظاهر اللفظ .

و من نذر مالا للنبي صَلَّى الله عليه و آله او أحد الائمة عليهم السلام او الاولياء ففي كيفية صرفه يتبع قصده. و مع الشك في كيفية القصد يلاحظ ظاهر لفظ الناذر و هو يقتضي الصرف فيما يرجع الي شئون المندور له.

و في تحديد كفارة حنث النذر خلاف.

و المستند في ذلك:

1 - اما ان النذر هو الالتزام المتقدم

فهو من واضحات الفقه التي يعرفها كل متشرع.

و اما ان الوفاء به واجب فهو من واضحات الفقه أيضا. و يدل عليه قوله تعالى: **وَلْيُؤْفُوا نُذُورَهُمْ (1)**، **وَمَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ نَفَقَةٍ أَوْ نَذَرْتُمْ مِنْ نَذْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُهُ وَ مَا لِلظَّالِمِينَ مِنْ أَنْصَارٍ (2)**، **يُؤْفُونَ بِالنَّذْرِ وَ يَخَافُونَ يَوْمًا كَانَ شَرُّهُ مُسْتَطِيرًا (3)**.

و يستفاد ذلك أيضا من روايات ثبوت الكفارة بالحنث و غيرها.

ص: 509

1- الحج: 29.

2- البقرة: 270.

3- الإنسان: 7.

و اما انه تترتب علي مخالفته الكفارة فهو مما لا اشكال فيه. و يدل عليه صحيح الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الرجل يجعل عليه نذرا و لا يسميه قال: ان سميته فهو ما سميت، و ان لم تسم شيئا فليس بشيء. فان قلت: لله علي فكفارة يمين»(1) وغيره.

2 - و اما ان صيغته ما تقدم

فهو مما لا اشكال فيه. و يدل عليه صحيح منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلام: «اذا قال الرجل: علي المشي الي بيت الله و هو محرم بحجة او علي هدي كذا و كذا فليس بشيء حتي يقول: لله علي المشي الي بيته او يقول: لله علي ان احرم بحجة او يقول: لله علي هدي كذا و كذا ان لم افعل كذا و كذا»(2) وغيره.

3 - و اما عدم انعقاده بمجرد النية

فالانه بدون التلفظ بالصيغة لا يصدق عنوان النذر. و مع التنزل و فرض الشك في صدق عنوان النذر يكفينا استصحاب عدم ترتب الاثر. مضافا الي امكان استفادة اعتبار التلفظ من صحيح منصور المتقدم فلاحظ .

4 - و اما انعقاد النذر اذا لم يكن معلقا علي شرط - المعبر عنه

بنذر التبرع

- فهو بالمشهور. و قيل بعدم ذلك.

و المنشأ المهم للخلاف دعوي عدم صدق عنوان النذر مع التبرع و انه لغة الوعد بشرط ، و الاصل عدم النقل، و معه فلا يمكن التمسك بعمومات وجوب الوفاء بالنذر. بل ان لم يجزم بالدعوي المذكورة فلا أقل من احتمالها، و معه لا يمكن التمسك بالعمومات أيضا لكونه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

ص: 510

1- وسائل الشيعة 16:222 الباب 2 من أبواب النذر و العهد الحديث 5.

2- وسائل الشيعة 16:219 الباب 1 من أبواب النذر و العهد الحديث 1.

وقد يؤيد اعتبار التعليق علي الشرط - كما صنع في الجواهر(1) - بصحيح منصور بن حازم المتقدم فانه ورد في ذيله: «... او يقول: لله علي هدي كذا و كذا ان لم افعل كذا و كذا»، وهو بالمفهوم يدل علي انه اذا لم تذكر الصيغة مع التعليق فلا ينعقد النذر.

5 - و اما الخلاف في اجزاء الترجمة

فوجهه ان مقتضي صحيح منصور اعتبار التلطف بالشكل المذكور فيه، و لازمه عدم اجزاء غير العربية. و لا أقل من الشك في اعتبار ذلك و هو كاف لجريان استصحاب عدم ترتب الاثر.

و في المقابل يمكن ان يقال: ان تشريع النذر كسائر التشريعات الاسلامية لم يرد خاصا بالعرب، و هل يحتمل ان غير العربي ليس من حقه النذر؟!

6 - و اما اعتبار رجحان متعلق النذر بنحو يعدّ فعله طاعة لله

سبحانه

فباعتبار ان المكلف من خلال النذر يجعل الفعل لله سبحانه و يقول لله عليّ كذا، و لا معني لأن يلتزم بفعل لله سبحانه الا اذا كان مطلوباً و طاعة له، و حيث ان المباح المتساوي طرفاه ليس مطلوباً و طاعة له سبحانه فلا معني لجعله لله بمثل صيغة: لله عليّ حتي اذا فرض وجود رجحان دنيوي فيه من بعض الجهات.

7 - و اما انه ينحل اذا زال الرجحان

فباعتبار انه معه لا يصدق بقاء كون الفعل لله سبحانه فيزول عنوان النذر بقاء و ينحل بهذا المعني.

8 - و اما عدم اعتبار اذن الوالد مسبقاً في صحة نذر الولد

فلعدم

ص: 511

وجود نص يدل علي اعتبار ذلك فيتمسك بعمومات النذر لنفي ذلك. اجل مع النهي يزول الرجحان فلا ينعقد حدوثا و ينحل بقاء.

9 - و اما عدم انعقاد نذر الزوجة اذا كان منافيا لحق الزوج في

الاستمتاع

فواضح لكون المتعلق مرجوحا آنذاك.

و اما اذا لم يكن منافيا لحقه فالمشهور اختار عدم انعقاده أيضا لصحيح عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام: «ليس للمرأة مع زوجها امر في عتق ولا صدقة ولا تدبير ولا هبة ولا نذر في مالها الا باذن زوجها الا في حج او زكاة او بر والديها او صلة رحمها»(1). نعم مع عدم كون نذرها مستلزما للتصرف في مالها ولا منافيا لحقه ينعقد و يجب الوفاء به تمسكا بالعمومات.

هذا ويمكن ان يقال: ان صحيح ابن سنان ناظر الي بيان حكم اخلاقي بقرينة اشتماله علي ما لا يمكن الالتزام به، كعدم جواز صدقة الزوجة وهبتها لشيء من مالها من دون اذن الزوج، وعليه فالمناسب العمل علي وفق الاحتياط .

10 - و اما ان من نذر صوم يوم معين و اراد السفر جاز له ذلك

و لو من دون ضرورة

و يقضي يوما بدله فهو حكم مخالف للقاعدة، فان المناسب عدم جواز السفر مقدمة لامثال النذر الذي هو واجب الا ان صحيحة علي بن مهزيار: «كتبت اليه - يعني الي ابي الحسن عليه السلام - يا سيدي رجل نذر ان يصوم يوما من الجمعة دائما ما بقي فوافق ذلك اليوم يوم عيد فطر او اضحي او ايام التشريق او سفر او مرض هل

ص: 512

1- وسائل الشيعة 16:237 الباب 15 من أبواب النذر و العهد الحديث 1.

عليه صوم ذلك اليوم او قضاؤه و كيف يصنع يا سيدي ؟ فكتب اليه: قد وضع الله عنه الصيام في هذه الايام كلها و يصوم يوما بدل يوم ان شاء الله...»(1) دلت علي جواز السفر مع القضاء. كما دلت علي عموم الحكم لسائر الاعذار غير السفر.

11 - و اما ان من نذر صوم شهر فجواز الفصل او لزوم الوصل

يتبع قصده

فقد تقدم وجهه في اليمين فلاحظ .

و اما انه مع الشك في التصد يلزم متابعة ظاهر اللفظ فباعبار ان الناذر التزم بما يدل عليه ظاهر اللفظ .

12 - و اما ان من نذر مالا للنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَغَيْرِهِ يَتَّبِعُ فِي كَيْفِيَّةِ

صرفه قصده

فقد اتضح وجهه مما تقدم.

13 - و اما كفارة حنث النذر فقيل: انها كفارة مخالفة اليمين.

وقيل ككفارة من افطر يوما من شهر رمضان.

و منشأ الخلاف اختلاف الروايات، فبعضها دلّ علي الاول، كما في صحيح الحلبي المتقدم في الرقم 1، و بعضها دلّ علي الثاني، كما في رواية عبد الملك بن عمرو عن ابي عبد الله عليه السلام: «سألته عن من جعل لله عليه ان لا يركب محرما سمّاه فركبه، قال: لا . و لا اعلمه الا قال: فليعتق رقبة او ليصم شهرين متتابعين او ليطعم ستين مسكينا»(2).

و التعارض بينهما مستقر. و قد ترجح الثانية لموافقة الاولي لروايات العامة الدالة علي ان كفارة حنث النذر كفارة يمين(3). الا ان

ص: 513

1- وسائل الشيعة 16:233 الباب 10 من أبواب النذر و العهد الحديث 1.

2- وسائل الشيعة 15:575 الباب 23 من أبواب الكفارات الحديث 7.

3- الفقه علي المذاهب الأربعة 2:129، و سنن البيهقي 10:69-72.

المناسب ترجيح الاولي لضعف سند الثانية بعبد الملك اذ لم يرد في حقه توثيق سوي ان الكشي نقل رواية ينتهي سندها الي عبد الملك نفسه و ان الامام الصادق عليه السلام قال له: «اني لأدعو الله لك حتي اسمي دابتك او قال: ادعو لدابتك»(1) ، و هي لو تمت دلالة علي التوثيق فليست تامة سندا من جهة ان الراوي عبد الملك نفسه.

4 - من أحكام العهد

اشارة

العهد التزام مع الله سبحانه بفعل شيء او تركه بصيغة عاهدت الله او عليّ عهد الله ان افعل كذا، مع التعليق علي شرط او بدونه. و الوفاء به واجب.

و تترتب علي مخالفته الكفارة.

و المشهور عدم انعقاده بمجرد النية و القصد القلبي من دون تلفظ بالصيغة.

و لا يعتبر في متعلقه الرجحان الشرعي بنحو يعدّ طاعة له سبحانه.

و كفارة مخالفة العهد: عتق رقبة او صيام شهرين متتابعين او اطعام ستين مسكينا.

و المستند في ذلك:

1 - اما ان العهد ما ذكر

فينبغي ان يكون من واضحات الفقه.

و اما ان صيغته «عاهدت الله او عليّ عهد الله ان افعل كذا» فلتحقق العهد بذلك عرفا فتشمله عمومات وجوب الوفاء بالعهد.

ص: 514

و اما صحته مع التعليق علي شرط و بدونه فلاطلاق الادلة الآتية الدالة علي مشروعية العهد و وجوب الوفاء به.

و اما ان الوفاء به واجب فمما لا اشكال فيه لقوله تعالى: **وَ أَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا (1)** ، **وَ يَعْهَدِ اللَّهُ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَ صَاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ (2)** ، **وَ أَوْفُوا بِالْعَهْدِ اللَّهُ إِذَا عَاهَدْتُمْ (3)** ، فان المراد بالعهد في الآيات الكريمة المذكورة اما خصوص العهد الاصطلاحي او ما يعم النذر و اليمين، و علي التقديرين يثبت المطلوب.

و في حديث عبد الله بن سنان: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز و جل: **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (4)** قال: العهد»(5).

2 - و اما ترتب الكفارة علي مخالفة العهد

فهو من الامور المسلمة بين الاصحاب و تأتي دلالة بعض الروايات عليه.

3 - و اما عدم انعقاده بمجرد القصد القلبي

فهو المعروف بين الاصحاب. الا انه قد يقال بعدم تقوّم عنوان العهد عرفا بالابراز بالصيغة اللفظية فبقصد العهد قلبا يتحقق و تشمله عمومات و وجوب الوفاء بالعهد. و هذا بخلاف النذر فان عنوانه لا يصدق عرفا من دون ابراز لفظي له. مضافا الي دلالة بعض الروايات علي اعتبار الابراز اللفظي فيه فراجع.

ص: 515

1- الاسراء: 34.

2- الانعام: 152.

3- النحل: 91.

4- المائدة: 1.

5- وسائل الشيعة 16: 25 الباب 25 من أبواب النذر و العهد الحديث 3.

وبالجملة: مع الجزم بصدق عنوان العهد علي مجرد القصد القلبي فيلزم وجوب الوفاء به تمسكا بالعمومات. واما اذا لم يجزم بذلك فلا يمكن التمسك بها - لعدم جواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية - ويتعين الرجوع الي الاصل لنفي ترتب الاثر.

4 - واما عدم اعتبار كون متعلق العهد طاعة كما هو معتبر في

النذر

فلعدم جريان التقريب السابق هناك فيه. و مقتضي اطلاق دليل وجوب الوفاء به الشمول لما يكون متساوي الطرفين شرعا.

5 - واما ان كفارة مخالفة العهد ما تقدم

فهو المشهور بين الاصحاب. ويدل عليه ما رواه احمد بن محمد بن عيسي في نوادره عن ابي جعفر الثاني عليه السلام: «رجل عاهد الله عند الحجر ان لا يقرب محرما ابدا فلما رجع عاد الي المحرم فقال ابو جعفر عليه السلام: يعتق او يصوم او يتصدق علي ستين مسكينا. و ما ترك من الامر اعظم و يستغفر الله و يتوب اليه»⁽¹⁾ وغيره.

ص: 516

1- وسائل الشيعة 248:16 الباب 25 من أبواب النذر و العهد الحديث 4.

1 - الوصية بقسميها

2 - الوصية ايقاع

3 - من أحكام الوصي

4 - من أحكام الوصية

ص: 517

إشارة

الوصية إنشاء يتضمن تمليكا او عهدا بتصرف معين بعد الوفاة.

و هي علي قسمين: تمليكية و عهدية.

والاولي هي ما تضمنت إنشاء ملكية عين او اختصاص حق بعد الوفاة - كالوصية بكون قسم من المال لشخص معين او لجهة معينة كالفقراء - و اركانها ثلاثة: الموصي، و الموصي به، و الموصي له.

و الثانية هي ما تضمنت العهد بتولي تصرف معين بعد الوفاة، كالوصية بتمليك شخص او جهة مقدارا من المال او الوصية بالدفن في مكان معين او بولاية شخص علي الاطفال القاصرين او بالتصرف في المال ببناء مسجد به او حسينية و ما شاكل ذلك. و اركانها ثلاثة أيضا: الموصي، و الوصي، و الموصي به. و مع تعلق الموصي به بالغير - كالوصية بتمليك الوصي مقدارا من المال لشخص - تكون اطرافها اربعة باضافة الموصي له.

و هي مشروعة بنحو الاستحباب بل بنحو الوجوب احيانا.

ص: 519

والمستند في ذلك:

1 - اما ان الوصية ما تقدم

فهو من واضحات الفقه.

و اما انقسامها الي ما ذكر فكذلك حيث ان متعلق الوصية تارة يكون هو الملكية او الاختصاص بنحو شرط النتيجة، و اخري هو التملك او الاختصاص بنحو شرط الفعل او تصرفا آخر غير التملك.

و الوصية في الاول تمليلية وفي الثاني عهدية.

2 - و اما انها مشروعة

فهو من ضروريات الدين. و يدل علي ذلك قوله تعالى: كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَي الْمُتَّقِينَ * فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (1).

و موردها و ان كان خاصا بالوصية للوالدين و الاقربين الا ان فقرة:

فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ تدل علي امضاء مطلق الوصية للاستشهاد بها في بعض الروايات علي نفوذ مطلق الوصية، ففي صحيحة محمد بن مسلم: «سألت ابا جعفر عليه السلام عن الرجل اوصي بماله في سبيل الله قال: اعطه لمن اوصي له به و ان كان يهوديا او نصرانيا ان الله عز و جل يقول: فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ» (2).

و قال تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ صَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ ... (3) ، مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ

ص: 520

1- البقرة: 180-181.

2- وسائل الشيعة 13: 411 الباب 32 من أبواب أحكام الوصايا الحديث 1.

3- المائدة: 106.

يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ (1).

و تدل علي المشروعية أيضا السيرة القطعية بين المتشعبة المتصلة بزمن المعصوم عليه السلام.

3 - و اما انها مشروعة بكلا قسميها

فامر متسالم عليه و يقتضيه اطلاق الآية الكريمة الاولي و السيرة القطعية.

4 - و اما انها مشروعة بنحو الاستحباب

فهو من واضحات الفقه.

و يدل علي ذلك قوله عليه السلام: «ما ينبغي لامرئ مسلم ان يبيت ليلة الا و وصيته تحت رأسه» (2) ، «من مات بغير وصية مات ميتة جاهلية» (3).

و في وصية النبي صلي الله عليه و آله لأمر المؤمنين عليه السلام: «يا علي أوصيك بوصية فاحفظها فلا تزال بخير ما حفظت وصيتي... يا علي من لم يحسن وصيته عند موته كان نقصا في مروته و لم يملك الشفاعة» (4).

5 - و اما انها قد تجب

فيأتي بيانه عند التعرض لأحكام الوصية ان شاء الله تعالى.

2 - الوصية ايقاع

اشارة

صحة الوصية العهدية لا تتوقف علي القبول. نعم للوصي الرد - ولكن لا

ص: 521

1- النساء: 11-12.

2- وسائل الشيعة 13:352 الباب 1 من أبواب أحكام الوصايا الحديث 7.

3- وسائل الشيعة 13:352 الباب 1 من أبواب أحكام الوصايا الحديث 8.

4- وسائل الشيعة 13:357 الباب 6 من أبواب أحكام الوصايا الحديث 2.

يلزم من ذلك بطلان الوصية رأسا بل بطلان وصياته - بشرطين: كون ذلك في حياة الموصي، وبلوغه الرد. بل قد يضاف الي ذلك امكان الايضاء الي شخص آخر. هذا اذا لم يكن العمل بها حرجيا و الا جاز ردها حتي مع اختلال ما تقدم.

اجل في خصوص الولد قد يقال بوجوب قبوله الوصية اذا دعاه والده الي ذلك.

و اما الوصية التمليلية فالمشهور ذهب الي اعتبار قبول الموصي له في صحتها فتكون علي رأيهم عقدا.

و المستند في ذلك:

1 - اما ان صحة الوصية العهدية لا تتوقف علي القبول

فهو رأي غير واحد من الفقهاء. و تدل عليها الروايات الدالة علي وجوب العمل بالوصية علي الوصي اذا لم يرد او ردّ و لم يبلغ الموصي ذلك، كصحيحة منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلام: «اذا اوصي الرجل الي اخيه و هو غائب فليس له ان يرد عليه وصيته لأنه لو كان شاهدا فأبي ان يقبلها طلب غيره»⁽¹⁾ و غيرها، فان القبول لو كان معتبرا جاز الرد مطلقا بل لم يتوقف بطلانها علي الرد و يكفي عدم القبول.

هذا و يمكن التمسك أيضا باطلاق قوله تعالى: فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ⁽²⁾ بعد تفسيره بمطلق الايضاء علي ما تقدم.

2 - و اما جواز الرد بالشروط الثلاثة المتقدمة

فيمكن استفادته من

ص: 522

1- وسائل الشيعة 398:13 الباب 23 من أحكام الوصايا الحديث 3.

2- البقرة: 181.

صحيح منصور المتقدم وغيره.

و اما جواز الرد مع الحرج فلقاعدة نفي الحرج الاستفادة من قوله تعالى: **مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ (1)**.

3 - و اما انه مع ردّ الوصي في مورد جوازه لا يلزم بطلان الوصية

رأساً

فلان اقصي ما يستلزمه الرد خلو الوصية من الوصي و هو لا يقتضي بطلانها.

4 - و اما وجوب قبول الولد للوصية اذا دعاه والده الي ذلك

فلرواية علي بن الريان: «كتبت الي ابي الحسن عليه السلام: رجل دعاه والده الي قبول وصيته هل له ان يمتنع من قبول وصيته؟ فوقع عليه السلام: ليس له ان يمتنع» (2) بناء علي التسامح في امر سهل الوارد في سندها.

5 - و اما اعتبار المشهور للقبول في الوصية التمليلية

فقد يستدل له بالوجهين التاليين:

أ - ان تحقق الملك بدون قبول الموصي له مخالف لقاعدة سلطنة الانسان علي نفسه الثابتة بالسيرة العقلائية، فان دخول شيء في ملك الغير قهراً مناف لذلك. و ثبوت مثله في الارث هو لدليل خاص فلا مجال معه للتعدي عنه.

ب - التمسك باستصحاب عدم الانتقال الي الموصي له بدون قبوله.

و كلا الوجهين قابلان للتأمل بعد اطلاق الآية الكريمة **فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ (3)**.

ص: 523

1- الحج: 78.

2- وسائل الشيعة 13:400 الباب 24 من أبواب أحكام الوصايا الحديث 1.

3- البقرة: 181.

اجل ادعي الاجماع في المسألة علي اعتبار القبول. و هو ان تمّ كان هو المدرك الا انه غير تام لكونه محتمل المدرك.

و مما يدعم عدم اعتبار القبول صحيحة محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السّلام: «قضي امير المؤمنين عليه السّلام في رجل اوصي لآخر و الموصي له غائب فتوفي الموصي له الذي اوصي له قبل الموصي قال: الوصية لواثر الذي اوصي له. قال: و من اوصي لأحد شاهدا كان او غائبا فتوفي الموصي له قبل الموصي فالوصية لواثر الذي اوصي له الا ان يرجع في وصيته قبل موته»⁽¹⁾ و ما كان بمضمونها، فان مقتضي اطلاقها لزوم الدفع الي الوارث حتي مع عدم قبول الموصي له و لا وجه للدفع اليه الا تحقق ملك مورثه و الانتقال منه اليه.

نعم قد يلتزم بمانعية الرد عن تحقق الملك بالرغم من اقتضاء اطلاق الآية الكريمة نفيه أيضا و لا وجه له سوي الاجماع المدعي في المسألة.

قال السيد اليزدي: «و يحتمل قويا عدم اعتبار القبول فيها بل يكون الرد مانعا.

و دعوي انه يستلزم الملك القهري و هو باطل في غير مثل الارث مدفوعة بانه لا مانع منه عقلا. و مقتضي عمومات الوصية ذلك. مع ان الملك القهري موجود في مثل الوقف»⁽²⁾. 1.

ص: 524

1- وسائل الشيعة 13: 409 الباب 30 من أحكام الوصايا الحديث 1.

2- العروة الوثقى كتاب الوصية مسألة 1 من مسائل الفصل 1.

اشارة

اذا عيّن الموصي شخصا للقيام بتنفيذ وصيته تعيّن و الا فالنوبة تصل الي الحاكم الشرعي فيتولي تنفيذ الوصية بنفسه او يعيّن شخصا لذلك.

و دور الوصي في الوصية التمليلية بذل المال للموصي له لا اكثر بخلافه في الوصية العهدية فانه يتولي التصرف الموصي به.

و اذا ظهرت من الوصي خيانة ضم الحاكم الشرعي اليه من يمنعه منها، فان لم يمكن عزله و نصب غيره.

و اذا مات الوصي قبل تنفيذ الوصية كلا او بعضا نصب الحاكم الشرعي وصيا لتنفيذها.

و يجوز لكل من الاب و الجد للأب الوصية بالولاية - القيمومة - علي الطفل بعد موته مع فقد الآخر. و لا تصح من غيرهما و لا مع وجود الآخر.

و وظيفة القيم مع عدم تحديد جهة معينة له التصدي للشئون المرتبطة بالطفل من تربيته و حفظ امواله و الانفاق عليه و استيفاء دينه و وفاء ما عليه من دين و ما شاكل ذلك.

و يجوز للموصي نصب ناظر علي الوصي وظيفته: اما ابداء النظر بنحو لا يكون تصرف الوصي نافذا الا اذا وافق نظره، او الاشراف علي عمل الوصي بحيث يكون تحت نظره ليعترض عليه و يردعه اذا رأي منه مخالفة لمقررات الوصية من دون ان يلزم الوصي بمتابعة رأيه بل يكفي اطلاعه علي عمله الموافق بنظره - الوصي - لمقررات الوصية. و لعل الغالب تداوله في جعل الناظر هو هذا المعني.

و اذا حدّد الموصي ولاية الوصي بجهة معينة لزم الاقتصار علي محل الاذن و كان المرجع بلحاظ الجهات الاخري هو الحاكم الشرعي.
و يجوز للقيّم علي اليتيم اخذ اجرة مثل عمله. و الاحتياط يقتضي الاقتصار علي ما اذا كان فقيرا و لم يكن مال اليتيم قليلا.
و يجوز ذلك للوصي أيضا - غير القيّم علي اليتيم - فيما اذا كان لعمله اجرة و لم تقم القرينة علي ارادة المجانبة.
و المستند في ذلك:

1 - اما تعين من عينه الموصي لتنفيذ الوصية

فهو مما لا اشكال فيه. و تقتضيه الادلة الدالة علي امضاء الوصية من الآيات الكريمة و غيرها. بل صحيح منصور المتقدم صريح في ذلك.

2 - و اما ان النوبة تصل الي الحاكم الشرعي مع عدم تعيين احد

لذلك

فلأنه بعد الحكم شرعا بصحة الوصية - تمسكا باطلاقات صحة الوصية - يلزم تصدي بعض لتنفيذها، و اذا دار امر ذلك البعض بين كونه مطلق عدول المؤمنين او خصوص الحاكم الشرعي فينبغي الاقتصار علي من يتيقن باذن الشارع له في التصدي و هو الحاكم الشرعي و يكون تصدي غيره موردا لاستصحاب عدم ترتب الاثر.

بل قد يتمسك لذلك أيضا بمكاتبة اسحاق بن يعقوب: «سألت محمد بن عثمان العمري ان يوصل لي كتابا قد سألت فيه عن مسائل اشكلت عليّ فورد التوقيع بخط مولانا صاحب الزمان عليه السلام: اما ما سألت عنه ارشدك الله و ثبتك... و اما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الي رواة

ص: 526

حديثنا فانهم حجتي عليكم وانا حجة الله...»(1).

3 - واما ان الحاكم الشرعي بالخيار بين تصديه بنفسه او تعيين

شخص آخر

فلعدم اقتضاء ما تقدم للزوم تصدي الحاكم بنفسه بل هو اعم من ذلك.

4 - واما ان دور الوصي في الوصية العهدية هو البذل لا اكثر

فباعتبار ان تملك الموصي له او اختصاصه بالحق يتحقق بمجرد موت الموصي بلا حاجة الي تملك من الوصي فدوره لا يعدو بذل ما تحقق ملكه او اختصاصه بمجرد الموت، وهذا بخلافه في الوصية العهدية فان التملك او التصرف الآخر لا بدّ من قيام الوصي به لان الوصية تعلقت به بنحو شرط الفعل.

5 - واما ان الوصي اذا ظهرت منه خيانة ضم الحاكم اليه من يمنعه

منها

فهو مقتضي وجوب تنفيذ الوصية بعد الالتفات الي عدم لياقة الخائن لذلك.

هذا اذا لم يستظهر من الوصية كون الايضاء مقيدا بعدم الخيانة و الا يخرج عن كونه وصيا بمجرد الخيانة.

و من هذا يتضح الوجه في ثبوت الحق للحاكم في عزل الخائن و نصب غيره اذا لم يمكن منعه من الخيانة المجددة بضم آخر اليه.

6 - واما انه اذا مات الوصي قبل تنفيذ الوصية نصب الحاكم غيره

فقد اتضح وجهه من خلال ما اشير اليه في الرقم 2.

7 - واما انه يجوز لكل من الاب و الجد نصب القيم علي اطفالهما بعد الوفاة

ص: 527

فهو مما لا خلاف فيه. ويمكن استفادة ذلك من موثقة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام: «سئل عن رجل أوصى إلي رجل بولده وبمال لهم واذن له عند الوصية ان يعمل بالمال وان يكون الربح بينه وبينهم فقال: لا بأس به من أجل ان أباه(1) قد اذن له في ذلك و هو حي»(2).

و هي تشمل الجد أيضا لكونه أباً.

و موردها وان كان خاصا بالمضاربة الا انه يمكن التعدي الي غيره اما تمسكا بعموم التعليل الوارد في ذيلها او بعدم القول بالفصل.

ويمكن التمسك أيضا بالروايات الدالة علي جواز جعل قيم علي الاطفال في الجملة، فانها وان لم تحدد من له حق الجعل الا ان القدر المتيقن من ذلك هو الاب و الجد خصوصا اذا لا حظنا الروايات الدالة علي ان الاب و الجد لهما الولاية علي تزويج الصغيرين(3) فانها اذا لم تدل باستقلالها علي جواز جعل القيم عليهما من باب الاولوية فلا أقل هي تدل علي المطلوب بعد ضمها الي الروايات المتقدمة.

8 - و اما ان ولايتهما تختص بحالة فقد الآخر

فلالأصل بعد عدم الاطلاق في دليل ولاية كل منهما.

و اما عدم ثبوت الولاية لغيرهما فلالأصل بعد عدم الدليل خلافا لابن

ص: 528

1- المناسب: اباهم، كما في طبعة مؤسسة آل البيت عليه السلام لوسائل الشيعة.

2- وسائل الشيعة 478:13 الباب 92 من أبواب أحكام الوصايا الحديث 1. وقد اشتمل سندها علي الحسن بن علي بن يوسف - وهو ابن البقاع الراوي لكتاب المثنى بن الوليد علي ما ذكر النجاشي في ترجمة المثنى - الذي وثقه النجاشي في رجاله: 29 منشورات مكتبة الداوري.

3- وسائل الشيعة 207:14 الباب 6 من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد.

الجنيد حيث جعل للأُم الولاية بعد الاب اذا كانت رشيدة(1). ولم يتضح مستنده في ذلك.

9 - و اما ان وظيفة القيم ما تقدم

فلانصراف جعل الولاية له الي جعلها بلحاظ ذلك.

10 - و اما نصب الناظر بأحد المعنيين المتقدمين

فلا اشارة اليه في الروايات بل ولا في كلمات المتقدمين من فقهاءنا الا انه مع ذلك يمكن تصحيحه من خلال اطلاقات صحة الوصية و امضائها علي ما هي عليه كقوله تعالى: فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ (2).

11 - و اما لزوم الاقتصار علي محل الاذن مع تحديد الولاية بجهة

معينة

فلأن ذلك مقتضي وجوب العمل بالوصية وعدم تجاوزها.

و اما ان المرجع في الجهات الاخرى هو الحاكم الشرعي فلانه بلحاظ تلك تعود الوصية بلا نصب وصي، وقد تقدم ان المرجع في مثل ذلك هو الحاكم الشرعي.

12 - و اما انه يجوز للقيم علي اليتيم اخذ اجرة مثل عمله ان كانت له

اجرة

فلقوله تعالى: وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ (3).

وقد تسالم الاصحاب علي جواز اخذ الاجرة في الجملة و اختلفوا في

ص: 529

1- جواهر الكلام 28:277.

2- البقرة: 181.

3- النساء: 6.

مقدارها وانه اجرة المثل او مقدار الكفاية او أقل الامرين. و المستفاد من الآية الكريمة استحقاق اجرة المثل فانها المصداق لعنوان المعروف.

و تؤكد ذلك صحيحة هشام بن الحكم: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عنم تولي مال اليتيم ما له ان يأكل؟ فقال: ينظر الي ما كان غيره يقوم به من الاجر لهم فليأكل بقدر ذلك»⁽¹⁾ وغيرها.

و اما الفقر فيمكن رفع اليد عن اعتباره لان الآية و ان اشتملت علي الامر الظاهر في الوجوب الا ان المادة تتناسب مع الندب. و يبقي الاحتياط باعتبار ذلك امرا في محله.

13 - و اما الاحتياط باعتبار ان لا يكون مال اليتيم قليلا

فلرواية ابي الصباح الكناني: «عن ابي عبد الله عليه السلام في قول الله عز و جل: وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فقال: ذلك رجل يحبس نفسه عن المعيشة فلا بأس ان يأكل بالمعروف اذا كان يصلح لهم اموالهم، فان كان المال قليلا فلا يأكل منه شيئا»⁽²⁾، فان ضعف سندها بمحمد بن الفضيل - حيث لم يحرز كونه النهدي الثقة - و اعراض المشهور عن الفتوي بمضمونها يقتضيان التنزل عن الفتوي باعتبار ذلك الي الاحتياط .

14 - و اما انه يجوز للوصي غير القيم علي اليتيم اخذ اجرة المثل

فلان ذلك مقتضي الامر بالعمل لا علي نحو المجانية المقتضي لضمان اجرة المثل للسيرة العقلانية.

ص: 530

1- وسائل الشيعة 12:186 الباب 72 من ابواب ما يكتسب به الحديث 5.

2- وسائل الشيعة 12:185 الباب 72 من ابواب ما يكتسب به الحديث 3.

إشارة

ينعقد الايجاب في الوصية بكل ما يدل عليه ولو كتابة.

و الواجبات الموسعة - كقضاء الصلاة و الصوم و اداء الكفارات و النذور و... - تتضيق لدي المشهور و تجب المبادرة الي اداؤها مع الامكان عند ظهور امارات الموت. و اذا لم يمكن اداؤها يجب الايصاء بها الا مع العلم بقيام الوارث او غيره بها.

و هكذا اموال الناس - من الوديعة و نحوها - اذا كانت عند شخص فانه يجب عليه ردها مع الامكان عند ظهور امارات الموت، و مع عدم الامكان يجب الايصاء بها.

هذا في غير الديون. و اما هي فيجب اداؤها أيضا عند ظهور امارات الموت، و مع عدم الامكان او كونها مؤجلة يجب الايصاء بها اذا خيف ضياعها بدون ذلك.

و لا تصح الوصية الا بمقدار الثلث دون ما زاد عليه الا باجازة الورثة بعد الوفاة.

و في الاجتزاء بها حال الحياة خلاف. و الاجازة لازمة لا يمكن التراجع بعدها. و اذا اجاز بعض الورثة دون بعض نفذت الوصية في حصة المجيز دون غيره.

و الميزان في تحديد مقدار الثلث ملاحظة حال الموت دون الوصية، فلو اوصي شخص بعين و كانت بمقدار نصف امواله حين الوصية و صارت بمقدار الثلث حين الموت صحت الوصية في تمامها. و اذا انعكس الامر

فكانت بمقدار الثلث حين الوصية وازيد منه حين الوفاة نفذت بمقدار الثلث و توقفت فيما زاد علي اجازة الورثة.

و الواجبات المالية - وهي الاموال المشتغلة بها الذمة، كالمال المقترض و ثمن المبيع و الخمس و الزكاة و... - تخرج من الاصل و ان لم يوص بها بلا خلاف.

و اما الواجبات غير المالية فقد وقعت محلاً للخلاف.

و اذا تعددت الوصايا و كان بعضها يخرج من الاصل - كالزكاة - و بعضها لا يخرج منه - كالصلاة - يبدأ باخراج الاول من الاصل، و مع بقاء شيء منه يصرف ثلثه في الثاني و يتمم من الباقي ان لم يف مع فرض اجازة الورثة.

هذا اذا لم يعين الموصي اخراج الوصايا من الثلث و الا اخرج الجميع من الثلث ان وسعها و يتمم من الباقي ان لم يسع مع فرض اجازة الورثة.

و اذا فرض عدم الامرين بدأ بما يخرج من الاصل فيخرج من الثلث اولاً، فان بقي منه شيء صرف فيما لا يخرج من الاصل، و ان لم يبق منه شيء بطلت الوصية بلحاظه.

و المستند في ذلك:

1 - اما انعقاد ايجاب الوصية بكل ما يدل عليه

فلاطلاق الآية الكريمة: كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ... فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ (1) الدال علي امضاء عنوان الوصية متي ما صدق.

2 - و اما تضيق الواجبات الموسعة عند ظهور امارات الموت

ص: 532

1- البقرة: 180-181.

فباعبار ان جواز تأخير الامتثال منوط بسعة الوقت، اما مع الظن بعدمها - بسبب ظهور امارات الموت - فلا معني له.

هذا ما عليه المشهور. وهو وجيه مع فرض قيام اجماع قولي او عملي علي اناطة جواز التأخير بعدم ظن الضيق كما ادعاه بعض الاعلام (1) و الا فالمناسب جعل المدار في التصيق وعدمه علي العلم او الاطمئنان بالتمكن من الامتثال وعدمه - و ليس علي الظن بالتمكن وعدمه - فمن لم يطمئن بتمكّنه من الامتثال لو اُخرّ تلزمه المبادرة اليه و لو لم تظهر امارات الموت عليه.

و الوجه في ذلك: ان كل تكليف لا - بدّ عقلا من المبادرة الي امثاله الا مع العلم او الاطمئنان بالتمكن لو لم يبادر. و جعل المدار علي ظهور امارات الموت وعدمه بلا وجه.

3 - و اما وجوب الايضاء بها عند عدم التمكن من مباشرة الامتثال

فواضح بعد عدم سقوطها عن الذمة بالموت. و لا محذور في اعتبار اشتغال الذمة بشيء بعد الموت. و ثمرته لزوم تفرغها تسببا قبل الموت من خلال الوصية بها.

4 - و اما وجوب ردّ أموال الناس من الوديعة و غيرها عند ظهور

امارات الموت

فباعبار ان ردّ الامانة الي اهلها واجب. هذا ما عليه المشهور.

و المناسب ان يقال: ان ردّها واجب اذا لم يطمئن باداء الوارث لها و الا فلا موجب لذلك، فان اللازم في باب الامانة حفظها، و هو متحقق مع

ص: 533

1- مستمسك العروة الوثقى 14:541.

الاطمئنان باداء الوارث لها، اما ردّها مع فرض عدم مطالبة صاحبها بها فليس واجبا.

وينبغي الالتفات الي ان اداء الوارث لها اذا كان موقوفا علي الايصاء بها و الاشهاد عليها وجب ذلك من باب وجوب مقدمة الواجب و لو عقلا.

5 - و اما ان الديون يجب ادائها عند ظهور امارات الموت اذا كانت

حالة

فهو مذكور في كلمات غير واحد من الاعلام.

و المناسب ان يقال: انه مع مطالبة المالك بها يجب ادائها اذا كانت حالة سواء ظهرت امارات الموت أم لا، و مع عدم مطالبته بها فلا موجب للإلزام بادائها، فجعل الامر دائرا مدار ظهور امارات الموت و عدمه بلا وجه.

6 - و اما انه لا تصح الوصية الا بمقدار الثلث

فهو المعروف بين الاصحاب. و قد دلت عليه روايات متعددة، كموتقة عمار الساباطي عن ابي عبد الله عليه السلام: «الميت احق بماله ما دام فيه الروح يبين فيه (1) فان قال:

بعدي فليس له الا الثلث» (2) وغيرها.

و نسب الخلاف في ذلك الي الشيخ علي بن بابويه و انه اجازها في جميع التركة (3).

و قد يستدل له بثلاث روايات:

ص: 534

1- قال في الوافي 67:24 «ابان فيه: اي عزله عن ماله و سلّمه الي المعطي له في مرضه و لم يعلّق اعطاءه علي الموت».

2- وسائل الشيعة 13:367 الباب 11 من أحكام الوصايا الحديث 12.

3- جواهر الكلام 28:281.

أ - رواية محمد بن عبدوس: «أوصي رجل بتركته متاع وغير ذلك لأبي عبد الله عليه السلام فكتب اليه: رجل أوصي إليّ بجميع ما خلف لك وخلف ابنتي اخت له فأريك في ذلك فكتب إليّ: بع ما خلف وبعث به إليّ فبعث به اليه فكتب إليّ: قد وصل»(1).

ب - رواية عمار بن موسى الساباطي عن ابي عبد الله عليه السلام: «الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح اذا اوصي به كله فهو جائز»(2).

ج - موثقة علي بن الحسن بن فضال: «مات محمد بن عبد الله بن زرارة وأوصي الي اخي احمد بن الحسن وخلف دارا وكان اوصي في جميع تركته ان تباع ويحمل ثمنها الي ابي الحسن عليه السلام فباعها فاعترض فيها ابن اخت له و ابن عم له فاصلحنا امره(3) بثلاثة دنانير. و كتب اليه احمد بن الحسن و دفع الشيء بحضرتي الي ايوب بن نوح فاخبره انه جميع ما خلف و ابن عم له و ابن اخته عرض و اصلحنا امره بثلاثة دنانير فكتب: قد وصل ذلك و ترحم علي الميت و قرأت الجواب»(4).

و يمكن التأمل في ذلك:

اما الاوليتان فهما ضعيفتا السند - الاولى بمحمد بن عبدوس فانه مجهول والثانية بعمر بن شداد و السري فانهما مجهولان أيضا - و قد تحملان علي صورة اجازة الورثة.

و اما الاخيرة فلا يبعد نظرها الي صورة اجازة الورثة و جلب7.

ص: 535

- 1- وسائل الشيعة 13:369 الباب 11 من أحكام الوصايا الحديث 16.
- 2- وسائل الشيعة 13:370 الباب 11 من أحكام الوصايا الحديث 19.
- 3- المناسب هنا وفيما يأتي: أمرهما.
- 4- وسائل الشيعة 13:369 الباب 11 من أحكام الوصايا الحديث 17.

7 - و اما نفوذها مع اجازة الورثة بعد الوفاة

فباعتبار ان الحق لا يعدوهم.

8 - و اما الاجتزاء باجازة الورثة حال حياة مورثهم

فالقاعدة و ان اقتضت عدمه لكونهم آنذاك ليسوا اصحاب حق ليتمكنوا من اسقاطه الا ان الروايات قد دلت علي النفوذ، كصحيحة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام: «رجل أوصي بوصية و ورثته شهود فأجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم ان يردّوا ما اقرّوا به؟ فقال: ليس لهم ذلك، و الوصية جائزة عليهم اذا اقرّوا بها في حياته»(1) و غيرها.

و بعد الروايات لا يبقي مجال للقول بعدم النفوذ كما هو المنسوب الي الشيخ المفيد و غيره(2).

9 - و اما عدم امكان التراجع عن الاجازة

فواضح اذا كانت الاجازة بعد الوفاة لأنها انعقدت صحيحة و انتقل المال الي الموصي له، و انقلابها الي البطلان بالتراجع يحتاج الي دليل.

10 - و اما انه اذا اجاز بعض الورثة دون بعض نفذت في حق

المجيز فقط

فامر و اوضح بعد انحلال الحق و بعد كونه واحدا ارتباطيا.

11 - و اما ان المدار في الثلث علي ملاحظته حين الوفاة

فلأنه المنصرف عرفا من فقرة: «فان قال بعدي فليس له الا الثلث» الواردة في موثقة الساباطي المتقدمة، اي فليس له الا الثلث بعد وفاته.

هذا مضافا الي امكان استفادة ذلك من صحيحة محمد بن قيس:

ص: 536

1- وسائل الشيعة 13:371 الباب 13 من أحكام الوصايا الحديث 1.

2- جواهر الكلام 28:286.

«قلت له: رجل أوصي لرجل بوصية من ماله ثلث أو ربع فيقتل الرجل خطأ يعني الموصي فقال: يجاز لهذا الوصية من ماله و من ديته»(1) و غيرها.

الا ان هذا كله لو لم يتضح من خلال القرائن ارادة ما هو ثلث حين الوصية كما هو واضح.

12 - و اما ان الواجبات المالية تخرج من الاصل و ان لم يوص بها

فلا خلاف فيه، و يدل عليه قوله تعالى: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ (2)، فان عطف الدين علي الوصية يدل علي لزوم اخراجه من التركة و ان لم يوص به.

هذا مضافا الي دلالة الروايات الكثيرة، كصحيحة محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام: «قال امير المؤمنين عليه السلام: ان الدين قبل الوصية ثم الوصية علي اثر الدين ثم الميراث بعد الوصية فان اول القضاء كتاب الله»(3) و غيرها.

13 - و اما الواجبات غير المالية - كالصلاة و غيرها

- فقد وقعت محلا للخلاف فقليل بلزوم اخراجها من الاصل قبل الارث أيضا كالديون المالية. و قيل باخراجها من الثلث.

و استدل علي الاول بانها دين، و كل دين لا بدّ من اخراجه من الاصل.

اما الصغري فلما رواه الشيخ الصدوق باسناده عن سليمان بن

ص: 537

1- وسائل الشيعة 13:372 الباب 14 من أحكام الوصايا الحديث 1.

2- النساء: 11.

3- وسائل الشيعة 13:406 الباب 28 من أحكام الوصايا الحديث 2.

داود المنقري عن حماد بن عيسى عن ابي عبد الله عليه السلام: «قال لقمان لابنه:

... يا بني اذا جاء وقت الصلاة فلا تؤخرها لشيء صلها واسترح منها فانها دين...»(1).

و اما الكبرى فلآية الكريمة المتقدمة الدالة علي لزوم اخراج الدين من التركة قبل الارث و لقصة الخشعية التي: «أتت الي رسول الله صلي الله عليه و آله فقالت: يا رسول الله ان فرض الحج قد ادرك ابي و هو شيخ لا يقدر علي ركوب الراحلة أيجوز ان احج عنه؟ قال صلي الله عليه و آله: يجوز. قالت: يا رسول الله ينفعه ذلك؟ قال صلي الله عليه و آله: أ رأيت لو كان علي ابيك دين فقضيته أما كان يجزئ؟ قالت: نعم. قال: فدين الله أحق»(2).

هكذا استدل جماعة منهم السيد اليزدي قدس سره(3).

و يمكن التأمل في كلتا المقدمتين.

اما الصغرى فلان استعمال لفظ «الدين» في وصية لقمان في الصلاة مسامحي اريد به بيان اهمية الصلاة و انها كالدين في لزوم المبادرة الي تفريغ الذمة منه. علي انه لو تم فهو خاص بالصلاة و لا يعم مطلق الواجبات.

هذا بقطع النظر عن سند الشيخ الصدوق الي المنقري - الذي ورد فيه القاسم بن محمد الاصفهاني الذي لم يوثق - و الا فالامر اوضح.

و اما الكبرى فباعتبار ان لفظ «الدين» في الآية الكريمة منصرف.

ص: 538

1- وسائل الشيعة 8:323 الباب 52 من أبواب آداب السفر الي الحج الحديث 1.

2- مستدرک الوسائل 8:26 الباب 18 من ابواب وجوب الحج و شرائطه الحديث 3.

3- العروة الوثقى المسألة 3 من فصل صلاة الاستيجار.

و النتيجة ان الواجبات المالية تخرج من الاصل اوصي بها او لا، و غير المالية لا تخرج من الاصل اوصي بها او لا.

14 - و اما انه اذا تعددت الوصايا و يبدأ باخراج ما يخرج من الاصل

منه

فواضح، اذ الواجبات المالية تخرج من الاصل اوصي بها او لا.

15 - و اما انه يخرج الجميع من الثلث مع طلبه لذلك

فواضح أيضا لأنه مقتضي وجوب العمل بالوصية فيخرج الجميع منه اذا وسع ذلك.

و اما انه اذا لم يسع ذلك فيبدأ باخراج ما يخرج من الاصل فباعبار ان اخراجه من التركة لازم، و حيث لم يرد اخراجه من الاصل فيخرج من الثلث.

و اما انه اذا لم يبق شيء من الثلث - بعد اخراج ما يخرج من الاصل - تبطل الوصية بلحاظ ما لا يخرج من الاصل فباعبار ان ذلك لازم تعين الاخراج من الثلث و فرض تقديم الاول.

ص: 539

1- علي ان القصة المذكورة وردت في صحيح البخاري و مسلم من دون فقرة الاستشهاد، فقد روي مسلم في صحيحه الباب 71 باب الحج عن العاجز لزمانة و هرم و نحوهما او للموت من كتاب الحج 2:973 عن عبد الله بن عباس: «كان الفضل بن عباس رديف رسول الله صَلَّى الله عليه و آله فجاءته امرأة من خثعم تستفتيه فجعل الفضل ينظر اليها و تنظر اليه فجعل رسول الله صَلَّى الله عليه و آله يصرف وجه الفضل الي الشق الآخر، قالت: يا رسول الله ان فريضة الله علي عباده في الحج ادركت ابي شيخا كبيرا لا يستطيع ان يثب علي الراحلة فأحج عنه؟ قال: نعم، و ذلك في حجة الوداع». و راجع صحيح البخاري 2:572 الباب 24 حج المرأة عن الرجل من كتاب جزاء الصيد.

1 - حقيقة الوقف

2 - من شرائط الوقف

3 - من أحكام الوقف

4 - من أحكام الحبس

5 - من أحكام الصدقة بالمعني الأخص

ص: 541

إشارة

الوقف إنشاء يتضمن تحييس العين و تسهيل الثمرة. و قد يعبر عنه بالصدقة.

و هو مشروع بلا اشكال.

و في كونه عقدا يعتبر فيه القبول خلاف.

و هو يشتمل تارة علي موقوف عليه فيكون متقوما بثلاثة اطراف: الواقف و العين الموقوفة و الموقوف عليه و اخري لا يشتمل علي ذلك فيكون متقوما بطرفين.

و المستند في ذلك:

1 - اما ان الوقف ما تقدم

فهو من واضحات الفقه. و يقتضيه ارتكاز المشرعة الذي لا تأمل فيه. و في الحديث عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «حَبَسَ الْاَصْلَ وَ سَبَلَ الثَّمْرَةَ»⁽¹⁾.

ص: 543

2 - و اما انه قد يعبر عنه بالصدقة

فهو واضح لمن راجع النصوص، فلاحظ صحيحة ربعي بن عبد الله عن ابي عبد الله عليه السلام: «تصدق امير المؤمنين عليه السلام بدار له في المدينة في بني زريق فكتب: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علي بن ابي طالب و هو حي و هو حي سوي تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لا تباع و لا توهب حتي يرثها الله الذي يرث السماوات و الارض و اسكن هذه الصدقة خالاته ما عشن و عاش عقبهن، فاذا انقرضوا فهي لذي الحاجة من المسلمين»(1) و غيرها.

قال في الحدائق: «لا يخفي علي من له انس بالاخبار و من جاس خلال تلك الديار ان الوقف في الصدر الاول اعني زمن النبي صلي الله عليه و آله و زمن الأئمة عليهم السلام انما يعبر عنه بالصدقة»(2).

و يمكن ان يقال: ان لفظ الصدقة مصطلح مشترك بين الوقف و الحبس و الصدقة بمعناها الاخص، الا ان الاول تخرج فيه العين عن ملك الواقف مع حبسها عن التصرف فيها بالنقل بالبيع و نحوه، و الثاني تبقي فيه العين علي ملك الحابس و يكون التملك للمنفعة، و في الثالث تنتقل العين الي المتصدق عليه مع جواز تصرفه فيها بأي نحو أحب.

هذه ثلاثة معاني للصدقة. و تطلق علي معني رابع، و هو فريضة الزكاة، كما قال تعالى: إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاكِينِ وَ الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا... (3).

3 - و اما ان الوقف مشروع

فهو من المسلّمات بين جميع المسلمين

ص: 544

1- وسائل الشيعة 13:304 الباب 6 من أحكام الوقوف و الصدقات الحديث 4.

2- الحدائق الناضرة 22:128.

3- التوبة: 60.

بل يستفاد من النصوص رجحانه فلاحظ صحيحة هشام بن سالم عن ابي عبد الله عليه السلام: «ليس يتبع الرجل بعد موته من الأجر إلا ثلاث خصال:

صدقة اجراها في حياته فهي تجري بعد موته، و سنة هدي سنّها فهي يعمل بها بعد موته، او ولد صالح يدعو له»(1) وغيرها.

4 - و اما ان الوقف يعتبر فيه القبول

فهو ظاهر كل من عبّر عنه بالعقد كالمحقق الحلبي، حيث قال: «الوقف عقد ثمرته تحبب الاصل و اطلاق المنفعة»(2).

وقد يستدل علي ذلك:

تارة باستصحاب عدم ترتب الاثر بدونه.

و اخري بان ادخال الشيء في ملك الغير بدون رضاه خلاف قاعدة سلطنة الانسان علي نفسه.

و المناسب عدم الاعتبار لوجوه:

أ - التمسك باطلاق قوله عليه السلام في صحيحة محمد بن الحسن الصفار:

«الوقوف تكون علي حسب ما يوقفها اهلها ان شاء الله»(3)، حيث يدل علي ان الوقف كلما صدق كان ممضي بالكيفية المرسومة فيه، و واضح ان صدق عنوان الوقف عرفا لا يتوقف علي القبول بل يتحقق بمجرد الايجاب فيلزم كونه ممضيا حتي مع عدم القبول.

ب - التمسك بصحيحة ربيعي السابقة الحاكية لوقف امير المؤمنين عليه السلام حيث لم يشر فيها الي القبول.

ص: 545

1- وسائل الشيعة 13:292 الباب 1 من أحكام الوقوف و الصدقات الحديث 1.

2- شرائع الإسلام 2:442 انتشارات استقلال.

3- وسائل الشيعة 13:295 الباب 2 من أحكام الوقوف و الصدقات الحديث 1.

ج - التمسك بسيرة المشرعة الجارية علي عدم مراعاة القبول حين الوقف. ولو كان ذلك معتبرا لانعكس علي النصوص و السيرة بعد شدة الابتلاء بالوقف.

وبهذا يتضح بطلان الوجهين السابقين لإثبات الاعتبار.

ووجه ذلك: ان النوبة تصل اليهما اذا لم يفترض وجود ما يمكن التمسك به لإثبات عدم الاعتبار، وقد تقدم وجوده.

كما اتضح من خلال هذا ضعف التفصيل باعتبار القبول اذا كان الوقف علي جماعة معينين و عدم اعتباره اذا كان علي جهة عامة كالفقراء.

ووجه الضعف: ان مقتضي ما تقدم عدم اعتبار القبول في الوقف بشكل مطلق كلما صدق عنوانه.

5 - و اما ان الوقف يشتمل تارة علي موقوف عليه و اخري لا يشتمل

عليه

فذلك باعتبار ان الواقف تارة يخرج العين الموقوفة من ملكه من دون ادخالها في ملك الغير، كما في وقف المساجد، فان مرجعه الي اخراج المسجد من الملك و تحريره و فكه من دون ادخاله في ملك احد، و في مثله لا موقوف عليه، و اخري يدخلها في ملك الغير، كما في الوقف علي الاولاد او الفقراء او العلماء، و في مثله يكون الموقوف عليه ثابتا، و هو الاولاد و نحوهم.

ثم ان في خروج العين الموقوفة بالوقف من ملك الواقف خلافا بين الاصحاب. و المشهور خروجها. و المنسوب الي ابي الصلاح بقاؤها علي

ص: 546

ملك الواقف(1). هذا في غير المساجد، واما هي فلا اشكال في خروجها بالوقف من ملك الواقف لان مرجعه الي التحرير وفك الملك كما تقدم.

2 - من شرائط الوقف

اشارة

يعتبر في تحقق الوقف ابرازه بكل ما يدل عليه - ولا تكفي النية - مثل وقفت و نحوه بما في ذلك المعاطاة، كما لو سلم الواقف الفرش الي متولي شئون المشاهد المشرفة بقصد الوقف. بل ربما يتحقق بغير ذلك أيضا، كما لو بني شخص حسينية بقصد كونها وقفا. وفي اعتبار قصد القرية فيه خلاف.

ويعتبر في لزومه اذا كان خاصا قبض الموقوف عليه بل قيل باعتباره في صحته أيضا. اجل لا يلزم ان يكون ذلك بنحو الفورية. و يكفي في الوقف الذري قبض الطبقة الاولي.

ويعتبر في الوقف أيضا التأييد، فلو انشأ الوقف لفترة عشرين سنة مثلا لم يقع وقفا. وفي وقوعه حسبنا خلاف. وفي صحة الوقف علي من ينقرض عادة - كالوقف علي ثلاثة بطون من الاولاد - خلاف أيضا.

ويعتبر في العين الموقوفة ان تكون قابلة للانتفاع بها مع بقاء عينها فلا يصح وقف الأطعمة و الفاكهة و ما شاكلها.

ويعتبر في الموقوف عليه وجوده فلا يصح الوقف علي المعدوم، كالوقف علي من يوجد بعد ذلك.

ص: 547

1 - اما انه يعتبر في صحة الوقف ابرازه بما يدل عليه و لا تكفي

النية وحدها

فباعتبار عدم صدق عنوانه بدون ذلك.

و اما الاكتفاء بكل ما يدل عليه فهو مقتضي اطلاق دليل الامضاء، كقوله عليه السّلام في صحيحة الصفار السابقة: «الوقوف تكون علي حسب ما يوقفها اهلها» الدال علي امضاء الوقف كلما صدق وبكيفيته الخاصة، فاذا انشأ شخص الوقف بالفارسية او بالجملة الاسمية و صدق انه وقف علي هذه الكيفية شمله قوله عليه السّلام: «الوقوف تكون...» و ثبت امضاء اصل الوقف و كيفيته الخاصة.

و منه يتضح النظر فيما يظهر من صاحب الحدائق من الميل الي لزوم الاقتصار علي لفظ «وقفت، و تصدقت» باعتبار ورودهما في الاخبار حيث قال قدّس سرّه: «لا يبعد الانحصار في هذين اللفظين وقوفا علي ما خالف الاصل علي مورد النص، بمعني ان الاصل بقاء الملك لمالكه، و الذي ورد من الصيغة المخرجة منحصر في هذين اللفظين»⁽¹⁾.

2 - و اما تحقق الوقف بالمعاطاة و غيرها

فلانه بعد صدق عنوان الوقف عرفا يكون مشمولاً لإطلاق دليل الامضاء، كقوله عليه السّلام: «الوقوف تكون...».

و تؤكد ذلك سيرة المتشركة الجارية علي عدم التقيد بالصيغة.

3 - و اما اعتبار قصد القرية في صحة الوقف

فهو ظاهر كلام بعض الاصحاب. و قد يستدل علي ذلك بمقدمتين:

ص: 548

أ - ان الوقف صدقة، كما يستفاد ذلك من صحيحة ربي المتقدمة وغيرها.

ب - ان كل صدقة يشترط فيها قصد القرية، كما دلت عليه صحيحة حماد بن عثمان عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا صدقة ولا عتق الا ما اريد به وجه الله عز وجل» (1) وغيرها.

وفيه: ان المقدمة الاولى لا تدل علي ان كل وقف صدقة ويحتمل ان الصدقة حصة خاصة منه وهو ما قصد به التقرب.

والمناسب عدم اعتبار ذلك لإطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف تكون...» الدال علي امضاء كل ما يصدق عليه مفهوم الوقف عرفا، و من الواضح ان مفهوم الوقف لا يستبطن عرفا قصد التقرب.

و من هذا يتضح بطلان التمسك باستصحاب عدم ترتب الاثر من دون قصد التقرب.

ووجه البطلان: ان الاصل لا تصل النوبة اليه مع وجود الدليل الاجتهادي.

و مما يؤكد عدم اعتبار قصد التقرب انعقاد سيرة المتشعبة علي الوقف من دون خطور ذلك في اذهانهم بل يوقفون لنفع اولادهم لا غير ولا يحتمل ان مثل الوقوف المذكورة باطلة.

4 - و اما القبض

فلا اشكال في اعتباره في الجملة - وان كانت القاعدة تقتضي عدم ذلك - فلو تحقق الوقف من دون قبض جاز للواقف التراجع و لو مات رجع ميراثا، ان هذا المقدار لا اشكال فيه و انما

ص: 549

1- وسائل الشيعة 13:319 الباب 13 من أحكام الوقوف و الصدقات الحديث 2.

الاشكال في ان ذلك شرط للصحة والانتقال او شرط للزوم.

والثمرة تظهر في النماء في الفترة المتخللة بين الوقف والقبض.

والمشهور كونه شرطاً للصحة بينما الروايات لا يظهر منها اكثر من كونه شرطاً في اللزوم فلاحظ صحة صفوان بن يحيى عن ابي الحسن عليه السلام: «سألته عن الرجل يقف الضيعة ثم يبدو له ان يحدث في ذلك شيئاً فقال: ان كان وقفها لولده ولغيرهم ثم جعل لها قيماً لم يكن له ان يرجع فيها. وان كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى بلغوا فيحوزها لهم لم يكن له ان يرجع فيها. وان كانوا كباراً ولم يسلمها اليهم ولم يخاصموا(1) حتى يحوزوها عنه(2) فله ان يرجع فيها لأنهم لا يحوزونها(3) عنه وقد بلغوا(4)»، فانها دلت علي جواز الرجوع قبل التسليم، وذلك لا يقتضي اكثر من عدم اللزوم.

وورد في مكاتبة محمد بن جعفر الاسدي لمولانا الحجة ارواحنا له الفداء: «و اما ما سألت عنه من الوقف علي ناحيتنا وما يجعل لنا ثم يحتاج اليه صاحبه فكل ما لم يسلم فصاحبه فيه بالخيار، وكل ما سلم فلا خيار فيه لصاحبه احتاج او لم يحتج...»(5). وهي صريحة في نفي اللزوم فقط .

ونقل محمد بن مسلم في صحيحه عن ابي جعفر عليه السلام انه قال في 8.

ص: 550

- 1- قيل بان المقصود لم تقع خصومة بينه وبينهم ليجبروه من خلالها علي القبض والتسليم.
- 2- المناسب: منه. وهكذا في كلمة «عنه» الثانية.
- 3- وفي الوافي 550:10 نقل عن نسخة: «لم يحوزوها».
- 4- وسائل الشيعة 13:298 الباب 4 من أحكام الوقوف والصدقات الحديث 4.
- 5- وسائل الشيعة 13:300 الباب 4 من أحكام الوقوف والصدقات الحديث 8.

الرجل يتصدق علي ولده وقد ادركوا: «اذا لم يقبضوا حتي يموت فهو ميراث فان تصدق علي من لم يدرك من ولده فهو جائز لان والده هو الذي يلي امره»(1). وهي لو كانت ناظرة الي الوقف دون الصدقة بمعناها الخاص لا تدل علي كون القبض شرطا للصحة، اذ لعل الوقف يقع صحيحا بنحو الجواز و يفسخ بالموت.

و بالجمله مقتضي اطلاق قوله عليه السّلام: «الوقوف تكون علي...» صحة الوقف و لزومه بدون اشتراط القبض. و النصوص المذكورة لا تدل علي اكثر من كونه شرطا في اللزوم فيلزم الحكم بالصحة من دون لزوم جمعا بين الاطلاق المتقدم و النصوص المذكورة.

5 - و اما تقييد اعتبار القبض بما اذا كان الوقف خاصا

فلأن النصوص المتقدمة لا يظهر منها اكثر من ذلك و تبقي الاوقاف العامة مشمولة لمقتضي القاعدة بلا حاجة الي قبض الحاكم الشرعي نيابة عن الجهة العامة.

6 - و اما انه لا تلزم الفورية في القبض

فهو لإطلاق النصوص المتقدمة. بل حتي لو فرض انها مجملة و لم يكن لها اطلاق كفي اطلاق قوله عليه السّلام: «الوقوف تكون...».

7 - و اما كفاية قبض الطبقة الاولي في الوقف الذري

فلان قبض جميع الطبقات امر غير ممكن ليحتمل اعتباره. علي انه مع فرض عدم الدليل علي اعتبار قبض جميع الطبقات فبالامكان نفي احتمال ذلك باطلاق قوله عليه السّلام: «الوقوف...».

ص: 551

1- وسائل الشيعة 13:297 الباب 4 من أحكام الوقوف و الصدقات الحديث 1.

8 - و اما اعتبار التأيد في تحقق الوقف

فقد يستدل عليه:

تارة بتقوم مفهومه بذلك.

و اخري بان وقوف الائمة عليهم السلام التي حكمتها الروايات - كصحيحة ربيعي المتقدمة في بداية الحديث عن الوقف - كانت مؤيدة.

و ثالثة بالتمسك باستصحاب عدم ترتب الاثر بعد كون القدر المتيقنة صحته هو المؤيد.

و الجميع كما تري.

اذ الاول غير ثابت.

و الثاني لا دلالة له علي الانحصار.

و الثالث لا مجال له بعد اطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف تكون...».

و من هنا قال السيد اليزدي: «فالعمدة: الاجماع ان تم» (1).

9 - و اما وجه القول ببطلان الوقف المقيد بمدة و عدم وقوعه حسبا

فواضح، فان الحبس لم يقصد فكيف يقع؟

و اما وجه وقوعه حسبا فباعتبار ان قصد الوقف المؤقت قصد لحقيقة الحبس. و لا يضر اعتقاد كونه وقفا بعد إنشاء ما هو حبس حقيقة.

و اذا قيل: ان الوقف و الحبس متباينان لاقتضاء الاول خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف و دخولها في ملك الموقوف عليه بخلافه في الحبس فان العين باقية علي ملك المحبس.

قلنا: ان خروج العين عن ملك الواقف ليس هو مقتضي الوقف بما

ص: 552

هو وقف بل هو ناشئ من التأيد، و المفروض عدم قصده.

10 - و اما الوقف علي من ينقرض فليل بصحته وقفا. و قيل بصحته

حبسا. و قيل ببطلانه.

و لعل الاوجه هو الاول، اذ الاجماع و ان انعقد علي اعتبار التأيد و لكنه في مقابل التوقيت بمدة و لا يعلم بشموله لمثل المقام فيقتصر علي القدر المتيقن بعد كون الدليل ليا لا اطلاق فيه، و يعود التمسك باطلاق قوله عليه السلام: «الوقف تكون...» بلا مانع.

11 - و اما اعتبار ان تكون العين الموقوفة قابلة للانتفاع بها مع

بقائها

فباعتبار تقوّم الوقف عرفا بحبس العين فاذا لم يمكن حبسها عند الانتفاع بها فلا يمكن تحقّقه.

12 - و اما اعتبار وجود الموقوف عليه

فقد يستدل له:

أ- تارة بان الوقف تملك و لا يعقل تملك المعدوم لان الملكية صفة وجودية تستدعي محلا موجودا.

ب- و اخري بان القبض شرط في صحة الوقف، و هو متعذر مع انعدام الموقوف عليه.

و كلاهما كما تري.

اما الاول فلان الملكية وصف اعتباري، و الاعتبار سهل المؤونة فيمكن اعتبار المعدوم مالكا.

و اما الثاني فلان الفورية في القبض ليست لازمة. و علي فرض التسليم بها يكفي قبض المتولي او الحاكم الشرعي.

و لضعف المستندين المذكورين قال السيد اليزدي: «الانصاف انه ان تمّ الاجماع علي عدم صحة الوقف علي المعدوم الذي سيوجد و الا

ص: 553

فالاقوي صحته. و تحقق الاجماع الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام دونه خرط القتاد»(1).

3 - من احكام الوقف

اشارة

اذا تمّ الوقف فلا يجوز للواقف تغيير كفيته التي انشأ عليها و يكون اجنبيا عنه كسائر الافراد. اجل يجوز له حين إنشائه جعل التولية لنفسه او لغيره او لهما. بل يجوز جعلها بنحو يحق للمتولي تقويض الامر بنصب متول آخر في حياته او بعدها حسب نظره. و مع عدم جعلها لأحد تنتهي النوبة الي الحاكم الشرعي فيما اذا لم يكن الوقف بنحو التملك.

و المتولي المنصوب يستحق اجرة مثل عمله ان لم تجعل له بنحو المجانية.

و الموقوف علي مشهد من المشاهد المقدسة يصرف في مصالحه.

و الموقوف علي المعصومين عليهم السلام يصرف في كل ما يوجب احياء ذكرهم.

و اذا وقف شيء علي مسجد مثلا فخرّب او لم يحتج الي الصرف فيه لانتقاع المارة عنه او لغير ذلك يصرف في مسجد آخر ان امكن و الا ففي وجه البر الاقرب فالاقرب.

و لا يجوز بيع العين الموقوفة الا في موارد:

الاول - اذا طرأ الخراب عليها بنحو يحذر من عدم امكان الانتفاع بها رأسا او الا بنحو يسير يكاد يلحق بالعدم.

الثاني - اذا اشترط الواقف بيعها عند كون البيع اعود او الاحتياج الي ثمنها

ص: 554

او ما شاكل ذلك.

الثالث - اذا وقع الاختلاف الشديد بين الموقوف عليهم الي حد لا يؤمن التلف علي النفوس و الاموال.

الرابع - اذا احرز ان الواقف لاحظ حين الوقف عنوانا خاصا في العين، كعنوان المدرسة او البستان مثلا و فرض زوال ذلك العنوان.

الخامس - اذا طرأت علي العين طوارئ كان بقاؤها مؤديا الي خرابها المسقط لها عن الانتفاع المعتد به و امكان البيع بعد ذلك.

هذا كله في غير المساجد. و اما هي فلا يجوز بيعها مطلقا.

و المتصدي للبيع هو المتولي المنصوب من قبل الواقف لإدارة شئون الوقف ان فرض انه قد نصب شخصا لذلك و الا فالحاكم الشرعي.

و اذا جاز بيع العين الموقوفة و بيعت بالفعل صرف الثمن في شراء عين اخري اقرب الي الأولي و توقف علي نهج وقف الأولي.

و المستند في ذلك:

1 - اما انه لا يجوز للواقف تغيير كيفية الوقف بعد تماميته

فباعبار خروج العين عن ملكه فكيف يريد التصرف ؟

هذا مضافا الي امكان استفادة ذلك من قوله عليه السلام: «الوقوف تكون..» حيث يدل علي ان الوقف بعد تماميته يبقي علي ما هو عليه من دون امكان التصرف فيه.

و اما جواز جعل الواقف التولية حين إنشاء الوقف باحد الاشكال المتقدمة فلدلالة قوله عليه السلام: «الوقوف تكون...» علي ذلك.

2 - و اما ثبوت التولية للحاكم الشرعي اذا لم تجعل لغيره

فباعبار ان تولي شخص خاص لإدارة شئون الوقف قضية ضرورية، و اذا دار

ص: 555

الامر بين كون ذلك الشخص هو خصوص الحاكم الشرعي او مطلق عدول المؤمنين تعين كونه الحاكم الشرعي لكونه القدر المتيقن.
واما استثناء حالة الوقف بنحو التمليك - كالوقف علي الاولاد - فباعتبار ان الوقف اذا كان له مالك تعين تصديه لأنه الاولي بادارة شؤون ملكه ولا معني لتصدي الغير له.

3 - و اما استحقاق المتولي للأجرة

فلانعقاد سيرة العقلاء علي كون طلب العمل سببا من اسباب الضمان.
واما التقييد بحالة عدم جعلها بنحو المجانية فلاختصاص السيرة بذلك.

4 - و اما ان الموقوف علي المشهد او احد المعصومين عليهم السلام يصرف

فيما ذكر

فباعتبار ان الوقف علي شيء ينصرف عرفا الي الصرف في مصالحه و شئونه.

5 - و اما ان الموقوف علي المسجد يصرف في مسجد آخر ان امكن

والا فقي وجوه البر متي ما خرب او لم يحتج الي الصرف فلأن ذلك هو المقصود للواقف عند إنشاء الوقف.

6 - و اما عدم جواز بيع العين الموقوفة في غير موارد الاستثناء

فهو مما لا خلاف فيه. ويمكن استفادته من عدة روايات كصحيحة ابي علي بن راشد: «سألت ابا الحسن عليه السلام قلت: جعلت فداك اشتريت ارضا الي جنب ضيعتي بألفي درهم فلما وفرت المال خبرت ان الارض وقف فقال: لا يجوز شراء الوقف...»⁽¹⁾ وغيرها.

ص: 556

1- وسائل الشيعة 13: 303 الباب 6 من أحكام الوقوف و الصدقات الحديث 1.

بل قد يقال: ان عدم البيع مستبطن في مفهوم الوقف، ولا حاجة معه الي دليل خاص، حيث تكون ادلة امضاء الوقف دالة بالتضمن علي عدم جواز البيع.

7 - و اما جواز بيع العين الموقوفة في المورد الاول

فقد علّله الشيخ الاعظم قدّس سرّه بالقصور في المقتضي لان الدليل علي عدم جواز البيع اما الاجماع او صحيحة ابي علي المتقدمة او قوله عليه السّلام: «الوقف تكون...».

و الكل كما تري.

اما الاول فلان القدر المتيقن منه غير المقام.

و اما الثاني فلانصرافه عن مثل الفرض.

و اما الثالث فلانه ناظر الي امضاء الكيفية المرسومة في الوقف لا اكثر(1).

و مع قصور مقتضي المنع لا يعود مانع يمنع من التمسك باطلاق ادلة مشروعية البيع.

هذا و يمكن ان يقال: ان الواقف قد اراد البيع في مثل هذه الحالة، و ذلك نافذ منه لإطلاق قوله عليه السّلام: «الوقف تكون...».

8 - و اما جواز البيع في المورد الثاني

فلإطلاق قوله عليه السّلام: «الوقف تكون...» بل تمسك الشيخ الاعظم(2) لذلك أيضا باطلاق قوله عليه السّلام:

«المسلمون عند شروطهم»(3).

9 - و اما الجواز في المورد الثالث

فلصحيحة علي بن مهزيار:

ص: 557

1- المكاسب للشيخ الاعظم 76:2 انتشارات اسماعيليان.

2- المكاسب 87:2.

3- وسائل الشيعة 12:353 الباب 6 من ابواب الخيار الحديث 2.

«و كتبت اليه: ان الرجل ذكر ان بين من وقف عليهم هذه الضيعة اختلافا شديدا و انه ليس يأمن ان يتفاقم ذلك بينهم بعده(1)... فكتب اليه بخطه و اعلمه ان رأبي له ان كان قد علم الاختلاف ما بين اصحاب الوقف ان يبيع الوقف امثل(2) فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال و النفوس(3). بل بقطع النظر عن ذلك يمكن ان يقال: ان الواقف يجوز البيع في مثل هذه الحالة و يريده فيشملة اطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف تكون...».

10 - و اما الجواز في المورد الرابع

فباعبار ضيق الجعل من البداية، فانه قد جعل الوقف ابتداء مقيدا بالعنوان الخاص فاذا فرض ارتفاعه يلزم ارتفاعه أيضا.

11 - و اما الجواز في المورد الخامس

فلترخيص الواقف ارتكازا في البيع في مثل ذلك فيشملة اطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف تكون...».

12 - و اما ان المساجد لا يجوز بيعها مطلقا

فباعبار انها ليست ملكا ليتمكن بيعها بل الوقف فيها بنحو فك الملك و تحريره كما تقدم.

13 - و اما لزوم كون المتصدي للبيع في الموارد المتقدمة

هو المتولي المنصوب ان كان و الا فالحاكم الشرعي فباعبار ان البيع لا يصح الا من المالك او ممن له الولاية و الا كان فضوليا.

14 - و اما لزوم صرف الثمن عند بيع العين في شراء عين اخري بالنحو المتقدم

ص: 558

1- كلمة «بعده» لا توجد في الفقيه 4:178.

2- في الفقيه 4:179 «ان كان قد علم اختلاف ما بين أصحاب الوقف و ان يبيع الوقف أمثل فليبيع فانه ربما...».

3- وسائل الشيعة 13:305 الباب 6 من أحكام الوقوف و الصدقات الحديث 6.

فلانه هو المطلوب للواقف ارتكازا فتلزم مراعاته لقوله عليه السّلام: «الوقوف تكون...».

4 - من أحكام الحبس

إشارة

الحبس إنشاء يتضمن تسليط الغير علي شيء لاستيفاء منفعته - اما مع الاطلاق او خلال فترة محدودة - مع بقاءه علي ملك مالكه من دون ان يحقّ للمحبس عليه التصرف فيه بالنقل بالبيع ونحوه.

و هو مشروع بلا اشكال.

ويتحقق بلفظ التحبّس، كقول الحابس: حبّست - لفترة سنة مثلا او مع اطلاق المدة - مكتبتي علي اهل العلم او سيارتي علي المحتاج اليها.

و اذا كانت العين المحبّسة ارضا قابلة للسكن اصطلاح علي الحبس بالسكني، فالسكني - التي هي مصداق للحبس - إنشاء يتضمن جعل حق السكن للغير مع بقاء العين علي ملك مالكها.

و الحبس - سواء كان في العين القابلة للسكن أم لا - متي ما قيّد بفترة محددة كسنة مثلا اصطلاح عليه بالرقبي. و متي ما قيّد بعمر الحابس او المحبّس عليه اصطلاح عليه بالعمري.

و السكني و العمري و الرقبي هي من العقود التي تحتاج الي القبول بل الحبس كذلك اذا كان علي الشخص دون الجهة.

و يشترط في تحقق اللزوم القبض، و من دونه يجوز التراجع.

و المستند في ذلك:

1 - اما ان الحبس ما ذكر

فهو من واضحات الفقه. و فرقه عن الوقف

ص: 559

ان العين في الوقف تخرج عن ملك مالکها - مع دخولها في ملك الموقوف عليه او بدونه - بخلافه في الحبس فانها باقية علي ملك مالکها و ترجع بعد موته الي ورثته. و في الوقف يعتبر التأيد بخلافه في الحبس فانه لا يلزم فيه ذلك.

2 - و اما انه مشروع

فمن المسلمات. و قد دلت عليه روايات كثيرة الا انه لم يرد فيها لفظ الحبس بل لفظ الصدقة الا في الرواية الحاكية لقصة ابن ابي ليلى التي رواها المحمّدون الثلاثة بسند صحيح عن عمر بن اذينة: «كنت شاهدا عند ابن ابي ليلى و قضي في رجل جعل لبعض قرابته غلّة داره و لم يوقّت وقتا فمات الرجل فحضر ورثته ابن ابي ليلى و حضر قرابته الذي جعل له غلّة الدار فقال ابن ابي ليلى: اري ان ادعها علي ما تركها صاحبها فقال محمد بن مسلم الثقفي: اما ان علي بن ابي طالب عليه السّلام قد قضي في هذا المسجد بخلاف ما قضيت فقال: و ما علمك ؟ قال: سمعت ابا جعفر محمد بن علي عليه السّلام يقول: قضي علي عليه السّلام برّد الحيس و انفاذ الموارث فقال له ابن ابي ليلى: هذا عندك في كتابك ؟ فقال: نعم قال: فارسل و اتني به فقال له محمد بن مسلم: علي ان لا تنظر من الكتاب الا في ذلك الحديث قال: لك ذلك قال: فأحضر الكتاب و اراه الحديث عن ابي جعفر عليه السّلام في الكتاب فردّ قضيته»⁽¹⁾. فانها دلت علي ان من حبس شيئا من دون تحديد المدة فبموته يرجع الي ورثته و يردّ الحبس، و هذا يكشف عن صحة الحبس في الجملة.

3 - و اما تحقق الحبس بلفظ حبست

فمما لا خلاف فيه. و هو القدر

ص: 560

1- وسائل الشيعة 13:328 الباب 5 من أحكام السكني و الحبس الحديث 1.

المتيقن من الانشاء الذي يتحقق به. بل حكم الاصحاب بتحقيقه بكل ما يدل عليه و لو فعلا.

4 - و اما التفرقة بين الحبس و اخواته بما تقدم

فهو مورد تسالم الفقهاء. و قد دلت علي مشروعية تلك روايات متعددة، كصحيحة حمران: «سألته عن السكني و العمري فقال: الناس فيه عند شروطهم ان كان قد شرط حياته فهي حياته و ان كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتي يفنوا ثم يرث الي صاحب الدار»⁽¹⁾، و صحيحة الحسين بن نعيم عن ابي الحسن عليه السلام: «سألته عن رجل جعل سكني داره لرجل ايام حياته او له و لعقبه من بعده قال: هي له و لعقبه كما شرط»⁽²⁾.

5 - و اما ان السكني و اخواتها عقود تحتاج الي قبول

فقد ادعي عليه الاجماع. و لولاه امكن التمسك باطلاق مثل الصحيحتين المتقدمتين لنفي اعتبار ذلك.

و اما التفرقة في الحبس بين كونه علي الشخص فيعتبر فيه القبول و بين كونه علي غيره فلا يعتبر فيه ذلك فلا مدرك له سوي الاجماع أيضا.

6 - و اما اشتراط القبض في تحقق اللزوم

فلا وجه له سوي الاجماع المدعي و الا فمقتضي اطلاق الروايات نفي اعتبار ذلك. اجل مع عدم تعيين وقت في السكني فيجوز التراجع حتي مع تحقق القبض للروايات الخاصة، كموثقة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «و سألته عن الرجل يسكن

ص: 561

-
- 1- وسائل الشيعة 13:325 الباب 2 من أحكام السكني و الحبس الحديث 1.
 - 2- وسائل الشيعة 13:325 الباب 2 من أحكام السكني و الحبس الحديث 2.

رجلا و لم يوقّت شيئا قال: يخرججه صاحب الدار اذا شاء»(1).

وهكذا الحال في الحبس غير المؤقت اذا مات الحابس فان العين ترجع الي ورثته لصحيح ابن اذينة المتقدم.

5 - من احكام الصدقة بالمعني الاخص

اشارة

تستحب الصدقة بمعناها الاخص، و هي الاحسان للغير بقصد القرية.

و المعروف انها عقد تحتاج الي ايجاب و قبول. و يعتبر فيها قصد القرية.

و تجوز من غير الهاشمي علي الهاشمي. و تجوز علي الغني أيضا.

و المستند في ذلك:

1 - اما استحباب الصدقة بمعناها الاخص

فهو من المسلمات. و قد ورد الحث عليها في روايات كثيرة، من قبيل: «ان الصدقة تقضي الدين و تخلف بالبركة»(2)، «الصدقة تدفع ميتة السوء»(3)، «تصدقوا فان الصدقة تزيد في المال كثرة فتصدقوا رحمكم الله»(4)، «داووا مرضاكم بالصدقة»(5)، «يستحب للمريض ان يعطي السائل بيده و يأمر السائل ان يدعو له»(6)، «قال رسول الله صلي الله عليه و آله: الايدي ثلاثة فيد الله العليا، و يد المعطي التي تليها، و يد السائل السفلي فاعط الفضل و لا تعجز

ص: 562

- 1- وسائل الشيعة 13:327 الباب 4 من أحكام السكني و الحبس الحديث 2.
- 2- وسائل الشيعة 6:255 الباب 1 من أبواب الصدقة الحديث 1.
- 3- وسائل الشيعة 6:225 الباب 1 من أبواب الصدقة الحديث 2.
- 4- وسائل الشيعة 6:257 الباب 1 من أبواب الصدقة الحديث 8.
- 5- وسائل الشيعة 6:258 الباب 1 من أبواب الصدقة الحديث 18.
- 6- وسائل الشيعة 6:262 الباب 5 من أبواب الصدقة الحديث 2.

نفسك»(1)، و من الالفاظ الموجزة للرسول صلّي الله عليه وآله التي لم يسبق اليها: «اليد العليا خير من اليد السفلي»(2)، «بگروا بالصدقة فان البلاء لا يتخطاها»(3)، «من تصدق بصدقة حين يصبح اذهب الله عنه نحس ذلك اليوم»(4).

بل قد يستدل علي ذلك بقوله تعالى: أَلَمْ يَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ هُوَ يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَأْخُذُ الصَّدَقَاتِ (5).

و يلحق بالصدقة كل احسان و ان لم يكن بالمال ففي الحديث الصحيح: «كل معروف صدقة»(6).

2 - و اما ان الصدقة عقد تحتاج الي ايجاب و قبول

فهو المشهور، و لا دليل عليه سوي الشهرة و الاجماع المدعي. و من هنا قال السيد اليزدي:

«لا- اشارة في شيء من الاخبار علي اعتبار اللفظ فيها علي كثرتها فما ادري من اين اشترطوا فيها الايجاب و القبول و جعلوها من العقود؟»(7).

و المناسب التفصيل بين مواردھا فان كانت بنحو التمليك احتاجت الي ايجاب و قبول و ان كانت بنحو البذل و الاحسان المجردين كفي الاذن في الصرف.

و يمكن ان نعدّ من جملة مصاديق الصدقة التبرع بمقدار من المال

ص: 563

- 1- وسائل الشيعة 6:263 الباب 5 من أبواب الصدقة الحديث 4.
- 2- وسائل الشيعة 6:263 الباب 5 من أبواب الصدقة الحديث 3.
- 3- وسائل الشيعة 6:266 الباب 8 من أبواب الصدقة الحديث 1.
- 4- وسائل الشيعة 6:266 الباب 8 من أبواب الصدقة الحديث 2.
- 5- التوبة: 104.
- 6- وسائل الشيعة 6:321 الباب 41 من أبواب الصدقة الحديث 2.
- 7- ملحقات العروة الوثقى 2:274.

للمناسبات الحسينية ونحوها من المناسبات الدينية او جمع مقدار من المال لبناء حسينية او تزويج مؤمن او علاج مريض و ما شاكل ذلك فان الكل يشترك في كونه احسانا بالمال بقصد القرية.

بل قد يعدّ من الصدقة التبرع للصناديق الخيرية المتعارف احداثها في زماننا و التي يقطع فيها المتبرع علاقته بالمال الذي يتبرع به، اما اذا بذل المال للصندوق لغرض الاقراض به من دون قطع العلاقة به فلا يبعد كون مرجعه الي التوكيل في التصرف دون الصدقة لأنه يعتبر فيها قطع العلاقة بالمتبرع به.

3 - و اما اعتبار قصد القرية فيها

فهو مما لا خلاف فيه. و يدل عليه صحيح حماد بن عثمان عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا صدقة ولا عتق الا ما اريد به وجه الله عز و جل»(1) وغيره.

4 - و اما جواز صدقة غير الهاشمي للهاشمي

فلا تلاق نصوص الصدقة بعد اختصاص دليل المنع بالصدقة الواجبة التي هي زكاة المال و زكاة الفطرة. و مع التنزل عن ذلك يكفينا الاصل.

5 - و اما جواز الصدقة علي الغني

فهو مقتضي اطلاق اخبار الصدقة، بل في الحديث عن النبي صلّي الله عليه و آله: «كل معروف صدقة الي غني او فقير فتصدقوا و لو بشقّ التمرة...»(2). و بقطع النظر عن ذلك يكفينا الاصل.

ص: 564

1- وسائل الشيعة 13:320 الباب 13 من أحكام الوقوف و الصدقات الحديث 2.

2- وسائل الشيعة 6:265 الباب 7 من أبواب الصدقة الحديث 5.

1 - حقيقة الجعالة

2 - من أحكام الجعالة

ص: 565

إشارة

الجعالة - بكسر الجيم وقد تضم - إنشاء يتضمن الالتزام بعوض علي عمل.

و ترجع في حقيقتها الي كونها ايقاعا عاما يتحقق بمجرد الايجاب، كقول من يريد بيع داره: من باع داري فله كذا، او خاصا كقول الشخص السابق موجها الخطاب لشخص آخر معين: ان بعت داري فلك كذا.

وهي مشروعة.

و تفترق عن الاجارة بعدة فوارق.

و المستند في ذلك:

1 - اما ان الجعالة ما تقدم

فهو من واضحات الفقه.

و اما انها ايقاع لا تحتاج الي قبول فهو المعروف. و يدل عليه:

أ - ان الجاعل بايجابه للجعالة لا يتصرف في سلطان الغير ليحتاج الي قبوله.

ب - السيرة العقلائية التي يأتي التمسك بها، فانها قاضية بعدم الحاجة الي القبول.

ص: 567

وقد يقال بالحاجة الي القبول ولكن يكفي في تحققه شروع العامل في العمل، فان سيرة العقلاء لا تأتي الحاجة الي القبول بالمقدار المذكور.

2 - و اما شرعية الجعالة

فأمر متسالم عليه في الجملة. ويدل علي ذلك:

أ - قوله تعالي: **وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ (1)**، بعد ضم استصحاب حكم الشريعة السابقة عند الشك في نسخه.

ب - الروايات الخاصة، كصحيحة عبد الله بن سنان: «سمعت ابي يسأل ابا عبد الله عليه السلام وأنا اسمع فقال: ربما امرنا الرجل فيشتري لنا الارض والدار والغلام والجارية ونجعل له جعلاً، قال: لا بأس» (2)، فانه ليس المقصود ندفع له بعد ذلك لا بعنوان الجعالة والا لقليل: نعطيه، بل المقصود نقرر له ذلك من البداية بعنوان الجعالة.

و كصحيحة علي بن جعفر عن اخيه ابي الحسن عليه السلام: «سألته عن جعل الأبق والضالة، قال: لا بأس به» (3)، فان المقصود السؤال عن الجعالة علي رد الأبق والضالة.

ج - السيرة العقلائية، فانها انعقدت علي كون طلب العمل سبباً من اسباب الضمان، فمن طلب من غيره تعمير داره او حمل متاعه في سيارته كان ذلك سبباً للضمان اما باجرة المثل ان لم تقرر اجرة معينة او بما قرر ان فرض ذلك، وحيث ان السيرة المذكورة لا يحتمل حدوثها

ص: 568

1- يوسف: 72.

2- وسائل الشيعة 16:138 الباب 4 من أبواب الجعالة الحديث 1.

3- وسائل الشيعة 16:136 الباب 1 من أبواب الجعالة الحديث 1.

بعد عصر المعصومين عليهم السلام و لم يصدر ردع عنها فيستكشف امضاؤها.

3 - و اما ان الايجاب يجوز ان يكون عاما نارة و خاصا اخري

فيدل عليه اطلاق صحيحة علي بن جعفر المتقدمة و السيرة العقلائية.

4 - و اما الفوارق بين الاجارة و الجعالة

فهي متعددة من قبيل:

أ- ان الاجارة عقد تتوقف علي الايجاب و القبول في حين ان الجعالة ايقاع يكفي في تحققها الايجاب.

ب- في الاجارة يستحق الاجير الاجرة بمجرد العقد و تشغل ذمته بالعمل للمستأجر بمجرد ذلك أيضا بخلافه في الجعالة فانه لا تشغل ذمة الجاعل بالجعل بمجرد الايجاب بل بعد العمل، كما لا تشغل ذمة العامل بالعمل للجاعل بمجرد ذلك.

ج- لا بدّ من تعيين العوضين في الاجارة بخلافه في الجعالة.

2 - من أحكام الجعالة

اشارة

يجوز الجهل بعوضي الجعالة، كأن يقول شخص: من اصلح سيارتي فله كذا مقدار مع فرض عدم العلم بما يتطلبه الاصلاح من عمل و اجهزة، او يقول: من باع داري بكذا فله الزائد. اجل يلزم ان لا يكون مجهولا بشكل كامل، كما لو قال: من باع داري بكذا فله شيء و الا بطلت الجعالة و استحق العامل اجرة المثل.

و يجوز للجاعل التراجع عن الجعالة قبل شروع العامل و لا يجوز ذلك بعد الشروع الا مع التوافق مع العامل.

ص: 569

و اذا شرع العامل في العمل فلا يجب عليه اتمامه الا اذا فرض طرو عنوان ثانوي، كما لو قال الجاعل للطبيب: ان اجريت عملية لعيني فلك كذا فانه لا يحق له التوقف عن اتمام العملية بعد الشروع فيها فيما اذا كان ذلك موجبا للضرر.

و لا يستحق العامل للجعل الا باتمامه للعمل. و اذا اتى ببعضه و اراد التوقف فلا يستحق بالنسبة الا اذا كان طلب العمل لم يلحظ بنحو الترابط. و قد يكون من هذا القبيل طلب بعض الوزارات في الدولة تعبيد عدّة شوارع او بناء عدّة عمارات و ما شاكل ذلك و اراد العامل التوقف عن تعبيد او بناء بعضها.

و لا يستحق العامل الجعل الا اذا قصد اداء العمل بقصد تحصيل الجعل، اما اذا قام به متبرعا او كان جاهلا بالجعالة او غافلا عنها فلا يستحق شيئا.

و المستند في ذلك:

1 - اما جواز الجهل بعوضي الجعالة

فهو رأي لبعض الاصحاب.

و يدل عليه عموم السيرة المتقدمة و اطلاق صحيحة علي بن جعفر المتقدمة، فان ما يتطلبه ردّ الأبق و الضالة غير محدد، و مقدار الجعل لم تقتض معلوميته و مع ذلك نفي عليه السلام البأس من دون تفصيل.

و اما حديث نفي الغرر فهو علي تقدير تمامية سنده خاص بالبيع، كما تقدمت الاشارة اليه عند البحث عن الاجارة.

2 - و اما اعتبار ان لا يكون الجهل بالعوضين بشكل كامل

فيمكن توجيهه بان التعامل مع الجهل بالعوض بشكل كامل ليس عقلايا، و ادلة امضاء المعاملات منصرفة عن التعامل غير العقلائي.

و مع التنزل يمكن ان نقول: ان مدرك مشروعية الجعالة منحصر

ص: 570

بالوجوه الثلاثة المتقدمة و هي لم يحرز شمولها لحالة الجهل الكامل، و معه يلزم التمسك باستصحاب عدم ترتب الاثر عند الشك في ثبوت الامضاء.

3 - و اما انه مع بطلان الجعالة يستحق العامل اجرة المثل

فباعتبار ان استحقاقه للأجرة المسماة لما لم يثبت لفرض بطلان الجعالة فلا بدّ من ضمان اجرة المثل لان الجاعل قد طلب العمل، و هو سبب للضمان.

4 - و اما جواز التراجع عن الجعالة قبل شروع العامل

فلم يعرف فيه خلاف بين الاصحاب. و يكفي لإثباته عدم الدليل علي اللزوم. و اما عدم جوازه بعد شروع العامل فتقتضيه السيرة العقلائية المتقدمة.

5 - و اما عدم لزوم اتمام العامل للعمل بعد شروعه فيه

فلعدم الدليل علي ذلك.

و اما لزوم الاستمرار مع العنوان الثانوي فتقتضيه السيرة المتقدمة.

6 - و اما عدم استحقاق العامل للجعل الا بعد اتمام العمل

فيكفي لإثباته عدم الدليل علي الاستحقاق قبل ذلك.

و اما انه اذا اتى ببعضه و اراد التوقف فلا يستحق شيئاً فلان الجعل قد جعل علي اتمام العمل حسب الفرض.

و اما ثبوت الاستحقاق بالنسبة اذا فرض عدم ملاحظة الترابط فلأن ذلك يعني انحلال الجعالة الي جعالات متعددة بعدد الابعض المتصورة.

ص: 571

7 - و اما عدم استحقاق العامل للجعل اذا اتي بالعمل متبرعا او

غافلا او جاهلا

فيكفي لإثباته عدم الدليل علي الاستحقاق، فان السيرة دليل لبي يلزم الاقتصار فيه علي القدر المتيقن، و النصوص منصرفة عن مثل ذلك.

ص: 572

1 - حقيقة الشفعة

2 - من أحكام الشفعة

ص: 573

إشارة

الشفعة حق ثابت للشريك في اخذ حصة شريكه - اذا باعها لثالث - بالثمن المقرر في البيع. و يصطلح علي صاحب الحق المذكور بالشفيع.

و هي ايقاع يتوقف تحققه علي إنشاء الشريك له بلا حاجة الي القبول.

و شرعيتها امر مسلّم به.

و المستند في ذلك:

1 - اما ان الشفعة هي ما تقدم

فمما لا كلام فيه.

و اما انها ايقاع يتوقف علي إنشاء الايجاب من دون حاجة الي القبول فامر واضح لأنها شرّعت لأخذ الحصة من المشتري حفظاً لأولوية الشفيع فلا يحتمل اعتبار قبوله.

2 - و اما انها مشروعة

فقد دلت عليه جملة من الروايات، كصحيحة عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا تكون الشفعة الا لشريكين ما لم يقاسما، فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة»⁽¹⁾، و موثقة ابي

ص: 575

1- وسائل الشيعة 17:320 الباب 7 من أبواب الشفعة الحديث 1.

العباس البقباق: «سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: الشفعة لا تكون الا لشريك»(1)، ورواية عقبة بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام: «قضى رسول الله صَلَّى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء في الارضين و المساكن و قال: لا ضرر و لا ضرار. و قال: اذا ازفت الأرف(2) و حدت الحدود فلا شفعة»(3) الي غير ذلك من الروايات.

و ينبغي الالتفات الي ان ثبوت حق الشفعة جاء تخصيصا لقاعدة عدم حلية التصرف في مال الغير من دون طيب نفسه كما هو واضح، و لا محذور في ذلك، فان القاعدة المذكورة ليست حكما عقليا كي لا تقبل التخصيص.

2 - من أحكام الشفعة

إشارة

يتحقق اعمال حق الشفعة بكل ما يدل علي ذلك من قول - كقول الشفيع اخذت الحصة المبيعة بثمانها - او فعل، كما اذا دفع الشفيع الثمن و اخذ الحصة.

و يشترط في ثبوتها:

أ - عدم تقسيم العين المشتركة بفرز الحصص.

ب - ان تكون العين مشتركة بين اثنين لا اكثر.

ص: 576

1- وسائل الشيعة 17:315 الباب 1 من أبواب الشفعة الحديث 1.

2- اي اذا رسمت الحدود. و العطف تفسيري. و المقصود الرد علي من يقول بأن الشفعة ثابتة بعد تقسيم الارض و تعيين حصة كل شريك.

3- وسائل الشيعة 17:319 الباب 5 من أبواب الشفعة الحديث 1.

ج - تسديد الثمن ولا يكفي اعمال حق الشفعة من دون ذلك.

د - ان يكون المدفوع بمقدار الثمن بدون زيادة او نقيصة سواء كان مساويا للقيمة السوقية أم لا.

هـ - ان تكون العين المشتركة من الاشياء غير المنقولة وقابلة للقسمة كالدور و البساتين و الاراضي. وفي ثبوتها في غير القابل للقسمة وفي المنقول خلاف.

وفي اعتبار الفورية في اعمال حق الشفعة خلاف.

ولا تثبت الشفعة بالجوار، فلو اراد شخص بيع داره فلا تحق لجاره المطالبة بها بالشفعة.

و حق الشفعة قابل للإسقاط بدون عوض او معه، ولكنه لا يقبل الانتقال الي الغير بالنقل اليه.

و المستند في ذلك:

1 - اما ان اعمال حق الشفعة يتحقق بكل ما يدل علي ذلك من قول

او فعل

فيمكن استفادته من الروايات السابقة، فانها اذا كانت مشتملة علي اطلاق لفظي فهو المطلوب و الا يمكن التمسك بالاطلاق المقامي، بتقريب ان اثبات حق الشفعة للشريك من دون بيان ما به يتحقق اعماله يدل علي ايكال الامر الي العرف و ان الشارع ليس له تحديد خاص في هذا المجال بل كل ما يدل علي اعمال الحق المذكور في نظر العرف فهو كاف.

2 - و اما انه يشترط في ثبوت حق الشفعة عدم فرز الحصص

فهو من المسلمات عندنا. وقد دلت عليه روايات كثيرة كصحيحة عبد الله بن سنان المتقدمة وغيرها.

ص: 577

و يظهر من رواية عقبة بن خالد المتقدمة وجود رأي مقابل لمدرسة اهل البيت عليهم السّلام يري ثبوت حق الشفعة حتي مع فرز الحصص فلاحظ .

3 - و اما اعتبار ان تكون العين مشتركة بين اثنين لا اكثر

فهو المشهور. وقد دلت عليه عدة روايات كصحيحة عبد الله بن سنان المتقدمة وغيرها.

الا ان في مقابل ذلك روايتين احدهما للسكوني و الاخرى لطلحة بن زيد عن الامام الصادق عليه السّلام و كلاهما بلسان: «الشفعة علي عدد الرجال»(1).

وقد حملها الشيخ علي التقيّة(2)، فان تمّ ذلك و الا تساقط المتعارضان و لزم الرجوع الي الاصل المقتضي لعدم حلّ التصرف من دون طيب نفس المالك فان القدر المتيقن في الخارج عن الاصل المذكور ما اذا كانت الشركة بين اثنين، و اما اذا كانت بين اكثر فيشك في الخروج عن الاصل فيتمسك به ان فرض عدم وجود اطلاق في الروايات يدل علي ثبوت حق الشفعة في حالة اشتراك العين بين اكثر من اثنين.

هذا كله اذا لم نناقش في سند الاولي بالنوفلي الراوي عن السكوني و في الثانية بطلحة بن زيد و الا فلا مشكلة من الاساس.

4 - و اما اعتبار تسديد مقدار الثمن عقيب اعمال الحق

فينبغي ان يكون من الواضحات، اذ لا يحتمل ثبوت حق الشفعة و انتقال العين الي الشفيع باعماله الشفعة مع عدم ادائه الثمن، و هل ذلك الا الضرر المنفي بقاعدة لا ضرر؟

ص: 578

1- وسائل الشيعة 17:322 الباب 7 من أبواب الشفعة الحديث 5.

2- تهذيب الاحكام 7:166.

هذا مضافا الي ان روايات الشفعة لا اطلاق لها من هذه الناحية فينبغي الاقتصار علي مورد اليقين، و هو ما اذا تم اداء الثمن.

اجل قد يقال: انه مع طلب الشفيع انظاره لتهيئة الثمن فلا بد من امهاله ثلاثة ايام علي ما دلت عليه رواية علي بن مهزيار: «سألت ابا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفعة ارض فذهب علي ان يحضر المال فلم ينض (1) فكيف يصنع صاحب الارض ان اراد بيعها أبيعها او ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة؟ قال: ان كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة ايام فان اتاه بالمال و الا فليبع و بطلت شفيعته في الارض. و ان طلب الاجل الي ان يحمل المال من بلد الي آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الي تلك البلدة و ينصرف و زيادة ثلاثة ايام اذا قدم، فان وافاه و الا فلا شفعة له» (2). و لكنها ضعيفة بالهيشم بن ابي مسروق النهدي فانه لم يوثق، و لا يمكن العمل بها الا بناء علي كبري الجابرية بعمل المشهور.

5 - و اما ان الشفيع لا يمكنه تملك الحصة الا بدفع مقدار الثمن

بدون زيادة و لا نقيصة

فتدل عليه رواية هارون بن حمزة الغنوي عن ابي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الشفعة في الدور أ شيء واجب للشريك؟ و يعرض علي الجار فهو احق بها من غيره؟ (3) فقال: الشفعة في البيوع

ص: 579

1- نض المال ينض اذا تحول الي نقد بعد ان كان متاعا.

2- وسائل الشيعة 17:324 الباب 10 من أبواب الشفعة الحديث 1.

3- لعل المقصود: هل يلزم عرض الدور - التي يراد بيعها - علي الجار و يكون أحق بها من غيره؟ و أجاب عليه السلام عن هذه الفقرة من السؤال بالنفي و ان الشفعة تختص بالشركاء.

إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن»⁽¹⁾، إلا أن سندها يشتمل على يزيد بن إسحاق شعر، وهو لم يوثق. أجل بناء على تمامية كبرى الجابرية بموافقة فتوي المشهور لا أشكال خصوصاً إذا لاحظنا كلام صاحب الجواهر الذي يقول فيه: «لا خلاف بين الخاصة والعامة نصاً وفتوي في أن الشفيع يأخذ بمثل الثمن الذي وقع عليه العقد»⁽²⁾.

ثم إنه يمكن أن نسلط طريقاً آخر لإثبات فتوي المشهور بأن يقال:

إن الروايات حيث لا إطلاق فيها من هذه الناحية فينبغي الاقتصار على القدر المتيقن، وهو ما إذا كان البذل لما يساوي مقدار الثمن.

6 - واما انه لا يفرق بين ان يكون مقدار الثمن مساوياً للقيمة

السوقية او لا

فلإطلاق البيانين المتقدمين من هذه الناحية.

7 - واما ثبوت الشفعة في الاعيان غير المنقولة القابلة للقسمة

فهو مما لا خلاف فيه بين الاصحاب وهو القدر المتيقن من مورد حق الشفعة.

وإذا رجعنا إلى الروايات وجدنا أن بعضها يدل على ثبوت حق الشفعة في جميع الأشياء كصحيحة يونس عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام: «الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع»⁽³⁾ لكنها ضعيفة بالارسال.

وإذا لاحظنا رواية عقبة بن خالد المتقدمة وجدناها تدل على ثبوت الشفعة في الدور والأراضي. وهي ضعيفة بالسند بعقبة نفسه

ص: 580

1- وسائل الشيعة 17:316 الباب 2 من أبواب الشفعة الحديث 1.

2- جواهر الكلام 37:326.

3- وسائل الشيعة 17:319 الباب 5 من أبواب الشفعة الحديث 1.

و بمحمد بن عبد الله بن هلال الراوي عنه حيث لم يوثقا.

و اما بقية الروايات فهي لا اطلاق فيها من هذه الناحية، كصححة عبد الله بن سنان و موثقة البقباق المتقدمين.

و المناسب بعد هذا ان يقال: ان الروايات المتقدمة و غيرها يستفاد منها ثبوت حق الشفعة في الجملة، و يدور الامر في مورده بين كونه جميع الاشياء او خصوص بعضها فيلزم الاقتصار علي القدر المتيقن، و هو الامور غير المنقولة من دون تفصيل بينها لعدم احتمال ذلك.

اجل قد يقال باعتبار كونها قابلة للقسمة - فلا تثبت في مثل الآبار - لان التعبير في صححة عبد الله بن سنان: «ما لم يقاسما» قد يفهم منه اعتبار قابلية الشيء للقسمة.

و اما الاشياء المنقولة فقد دلت صححة عبد الله بن سنان: «مملوك بين شركاء اراد احدهم بيع نصيبه قال: يبيعه. قلت: فانهما كانا اثنين فاراد احدهما بيع نصيبه فلما اقدم علي البيع قال له شريكه: اعطني قال: هو احق به ثم قال عليه السلام: لا شفعة في الحيوان الا ان يكون الشريك فيه واحدا»⁽¹⁾ علي ثبوته في الحيوان. و التعدي منه الي مطلق الاشياء غير المنقولة يتوقف علي فهم عدم الخصوصية للحيوان.

ان قلت: ان صححة سليمان بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام: «ليس في الحيوان شفعة»⁽²⁾ دلت علي عدم ثبوت الشفعة في الحيوان فتعارض صححة ابن سنان.

قلت: يمكن تقييد نفي الشفعة فيها بما اذا كان الشركاء اكثر من 6.

ص: 581

1- وسائل الشيعة 17: 322 الباب 7 من أبواب الشفعة الحديث 7.

2- وسائل الشيعة 17: 322 الباب 7 من أبواب الشفعة الحديث 6.

8 - و اما اعتبار الفورية في اعمال حق الشفعة

فيمكن ان يوجّه بان ثبوت الحق المذكور حكم علي خلاف الاصل فيلزم الاقتصار علي القدر المتيقن، و هو ثبوته في اول زمان امكان اعماله.

و تؤيد ذلك رواية السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام التي ورد فيها:

«للغائب شفعة»⁽¹⁾، فان الحق اذا كان متراخيا فلا وجه لتخصيص الغائب بالذكر و ان له شفعة.

و اما ما ورد من ان «الشفعة لمن واثبها»⁽²⁾، «و الشفعة كحلّ العقال»⁽³⁾ فلم يرد من طرقنا.

وقد يقال بكونه متراخيا الي الحد الذي يلزم فيه الضرر تمسكا بالاستصحاب، فانه جار الا بناء علي المبني القائل بعدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية او في موارد الشك في المقتضي.

الا ان المناسب ان يقال باعتبار الفورية العرفية لان ثبوتها بمقدار ازيد من ذلك امر غير محتمل لاستلزامه ايقاع المشتري في الضرر، و حق الشفعة شرّع لدفع الضرر و لا- يحتمل تشريعه بنحو يستوجب توجيه الضرر علي الغير. و بعد هذا لا- يبقي مجال لاحتمال جريان الاستصحاب.

9 - و اما عدم ثبوت الشفعة بالجوار

فيكفي لإثباته القصور في المقتضي. و تؤيد ذلك رواية الغنوي المتقدمة.

ص: 582

1- وسائل الشيعة 320:17 الباب 6 من أبواب الشفعة الحديث 2.

2- نيل الاوطار للشوكاني 6:87.

3- سنن البيهقي 6:108.

10 - و اما قبول حق الشفعة للإسقاط بدون عوض او معه

فلا نه حق و لا يحتمل كونه حكما شرعيا لكي لا يقبل الاسقاط .

و اما عدم قابليته للنقل فيكفي لإثباته عدم الدليل علي قبوله لذلك.

ص: 583

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: 9

عنوان المكتب المركزي
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي 03134490125

هاتف المكتب في طهران 021 - 88318722

قسم البيع 09132000109 شؤون المستخدمين 09132000109.

مركز
للبحوث والتحريات 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

