إيضاح المنافع
في شرح مشكلات الشرائع

تأليف

جمال الدين مقداد بن عبد الله السيوري الحلي

(٧٢٥-٨٢٦هـ)

الجزء الثاني

تحقيق

روح الله ملكيان

راجعه وضبطه ووضع فهارسه

مركز العلامة الحلي
لإحياء تراث حوزة الحلة العلمية

١١٧

العتبة الحسينية المقدسة
الأمانة العامة
سلسلة تراث حوزة الحلة العلمية

إيضاح المنافع

في شرح مشكلات الشرائع



العتبة الحسينية المقدسة



مركز العلامة الحلي

١١٧

إيضاح المنافع في شرح مشكلات الشرائع

تحقيق: روح الله ملكيان

مراجعة وتصحيح ونشر: مركزُ العلَّامةِ الحِلِّيِّ ﷺ لإحياءِ تراثِ حوزةِ الحِلَّةِ العلميَّةِ

رقم الإصدار: ١١٧

الطبعة: الأولى

سنة الطبع: ١٤٤٢هـ ـ ٢٠٢١م

قطع الورقة: ١٧ × ٢٤

تصميم الغلاف: مركز العلّامة الحلّي ﷺ

الإخراج الفنّي: محمّد امين خدايي

محفوظة جميع الحقوق

إيضاح المنافع

في شرح مشكلات الشرائع

تأليف

جمال الدين مقداد بن عبد الله السيوري الحلي

(٧٢٥-٨٢٦هـ)

الجزء الثاني



تحقيق

روح الله ملكيان

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق ببغداد (١٤٠٣) لسنة ٢٠٢١ م

مصـــدر الفـهـرسـة : IQ-KaPLI ara IQ-KaPLI rda

رقـم تصـنيـف LC : KBP370.M84 F33 2022

المؤلف الشخصـــي : الفاضل المقداد، مقداد بن عبد الله، توفي ٨٢٦ للهجرة ـ مؤلف.

الـعـــنـــــوان : إيضاح المنافع في شرح مشكلات الشرائع /

بـيـــان المسـؤوليـــة : المقداد بن عبد الله السيوري ؛ تصحيح وتحقيق روح الله ملكيان.

بـيـانـات الطـبـــع : الطبعة الأولى.

بـيـانـات الـنـشـــر : كربلاء، العراق : العتبة الحسينية المقدسة، مركز العلامة الحلي لإحياء تراث حوزة الحلة العلمية ١٤٤٣هـ/ ٢٠٢٢م.

الـوصـف الـمـادي : ٣ مجلد ؛ ٢٤ سم.

سـلـسـلـة الـنـشـــر : (العتبة الحسينية المقدسة ؛ ١١٣٧).

سـلـسـلـة الـنـشـــر : (مركز العلامة الحلي لإحياء تراث حوزة الحلة العلمية).

تبصرة ببليوجرافية : يتضمن هوامش، لائحة المصادر (المجلّد الثالث: ٤٩٩ ـ ٥١٨).

موضوع شخصـــي : المحقق الحلي، جعفر بن الحسن، ٦٠٢ـ٦٧٦ للهجـرة ـ شرائـع الاسـلام في مسائل الحلال والحرام.

مصطلح موضوعي : الفقه الجعفري ـ قرن ٧ للهجرة

مصطلح موضوعي : الفقه الجعفري

اسم مؤلف اضافـي : ملكيان، روح الله ـ محقق.

اسم مؤلف اضافـي : شرح لـ(عمل) : المحقق الحلي، جعفر بن الحسن، ٦٠٢ ـ ٦٧٦ للهجـرة ـ شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام

اسم هـيـئة اضـافـي : العتبة الحسينية المقدسة (الحلّة، العراق)، مركز العلامة الحـلي لإحيـاء تراث حوزة الحلة العلمية. جهة مصدرة.

تمت الفهرسة قبل النشر في شعبة نظم المعلومات التابعة لقسم الشؤون الفكرية والثقافية في العتبة الحسينية المقدسة.



[كتاب الوديعة]



قوله: «كتاب الوديعة»[1].

قوله: «تبطل بموت كلّ واحد منهما»[2].

أقول: فائدة البطلان [٩٦ ب] بعد الموت افتقارُها إلى تجديد الاستكمان، وإلّا كانت أمانةً شرعيّة لا يُقبَل قولُه في ردّها.

قوله: «فلو نقلها ضمن إلّا إلى أحرزَ أو مثلِه على قول»[3].

أقول: قال الشيخ: إذا نقل إلى مماثل لم يضمن[4]. ويلزمه أنّه إذا نقل إلى أحرزَ لا يضمن أيضاً. واحتجّ بأنّ رضاه بذلك الحرز يستلزم رضاه بمثله، كالمزارع إذا رضي بزرع نوع كان راضياً بزرع مثله. أمّا لو قال: «لا تُخرِجها» فإنّه يضمن إخراجَها مطلقاً؛ لعدم رضاه باجتهاده، بخلاف الإطلاق[5].

قال العلّامة: الوجه عندي التسوية بين المسألتين؛ لأنّ الأمر بالشيء يستلزم النهي عن الكون في غيره[6].

قال بعض الفضلاء: للشيخ أن يَمنَع أنّ النهي عن الشيء يستلزم النهيَ عن

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٩.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٣٠.

(٤) المبسوط ٤: ١٤٠.

(٥) المصدر نفسه.

(٦) مختلف الشيعة ٦: ٦٦.

ضدّه مطلقاً، بل إذا لم يَغفُل[١] عن الضدّ فلِمَ قلتم إنّه كذلك؟ هنا لابدّ من دليل. سلّمناه، لكن على تقدير أن يكون الأمر مقيَّداً بالدوام أو بأمد معيَّن، لكنّه ليس محلَّ النزاع؛ لأنّ النزاع فيما إذا أطلق الأمرَ[٢] ولم يقيّده بأحدهما.

وحينئذٍ نقول: إنّه يستلزم النهي في زمان يحصل فيه الامتثال، وهو أقلّ جزء من الزمان فجاز الإتيان بضدّه في غير ذلك الزمان. كما إذا أمره بالقعود في مكان مطلقاً، ثمّ قعد فيه زماناً وانتقل بعده إلى آخر؛ فإنّه يُعدّ ممتثلاً غيرَ مستحِقّ للذمّ. فكذا هنا؛ فإنّ الودعيَّ منهيٌّ في زمان حصول الامتثال فجاز جعلها في آخر بعده.

إن قلت: إنّ المالك وإن أطلق الأمرَ لفظاً لكنّه مقيّد إرادةً بأمد وهو[٣] زمان الحفظ.

قلنا: إن أردتم تقييد الأمر بهذا الأمد في المكان المأمور به فهو نفس النزاع، وإن[٤] أردتم أعمّ من أن يكون في ذلك المكان أو غيره فهو غير نافع [٩٦ ب] لكم؛ لأنّه عين مدّعى الشيخ. فظهر الفرقُ.

ويقوّي قولَ الشيخ أنّ خصوصيّة المكانِ المأمورِ به إن كان مساوياً لخصوصيّة الآخر فلا يتعلّق به غرضٌ؛ لأنّ أفعالَ العقلاء تُحمَل على الغرض الصحيح، كيف! ولو ضَمِن بالنقل إلى المماثل لزم ضمانُه بتحريكها إلى حرزٍ[٥] ملاصقٍ للمأمور

---

(١) يعني لم يغفل الآمر حال الأمر عن ضدّه، وقوله: «كذلك» يعني أنّ الآمر لم يغفل، كما في التنقيح الرائع ٢: ٢٣٩.

(٢) في المخطوطة زيادة: «لا».

(٣) في المخطوطة: «فهو»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٢: ٢٣٩.

(٤) في المخطوطة: «فإن».

(٥) في المخطوطة: «جزء إلّا بتحري إلا» بدل «إلى حرز».

[به][(١)]، وهو شنيع موجب للحرج. وإن[(٢)] لم يكن مساوياً فهو خلاف الفرض؛ لأنّهما حينئذٍ غير متماثلين[(٣)].

ثمّ قال الشيخ: لو ادّعى النقلَ لسبب[(٤)] ظاهر ـ كالحريق ـ لا يُقبَل إلّا ببيّنة، بخلاف الخفيّ، كالسرقة[(٥)].

قال العلّامة: هذا فرعٌ على الحكم الأوّل، وهو جواز نقله إلى المماثل، والوجه قبول قوله مع اليمين، سواء ادّعى سبباً ظاهراً أو خفيّاً[(٦)]، وتمسّك برواية الحلبيّ عن الصادق عليه السلام: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان[(٧)]»[(٨)].

قلتُ: ليس هذا فرعاً على الحكم الأوّل؛ لأنّه إذا كان غيرَ ضامن بالنقل فلا فائدة في تفصيل السبب إلى الخفيّ والظاهر. بل هو فرعُ الحكم الثاني؛ لأنّه إذا ضَمِن بالنقل مع عدم العذر وادّعى وجودَ العذر بعد النقل خرج عن كونه أميناً، فلابدّ أن [يكون] عليه البيّنة؛ لكونه مدّعياً ويمكن إقامة البيّنة على مثل ذلك، بخلاف السبب [الخفيّ] فيُقبَل قوله مع يمينه. «ك».

---

(١) يعني للحرز المأمور به، كما في التنقيح الرائع ٢: ٢٣٩.

(٢) في المخطوطة: «فإن»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٢: ٢٣٩.

(٣) التنقيح الرائع ٢: ٢٣٩.

(٤) في المخطوطة: «ادى النقل لبيت» بدل «ادّعى النقل لسبب».

(٥) المبسوط ٤: ١٤١.

(٦) مختلف الشيعة ٦: ٦٦ ـ ٦٧.

(٧) في المخطوطة: «مؤتمن».

(٨) الكافي ٥: ٢٣٨، ح ١؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٠٤، ح ٤٠٨٧؛ تهذيب الأحكام ٧: ١٧٩، ح ٧٩٠.

قوله: «ويجب إعادة الوديعة على المودع مع المطالبة ولو كان كافراً»[١].

أقول: قال التقيّ: وديعة الحربيّ تُدفَع إلى إمام المسلمين ولا تردّ إلى صاحبها[٢]. وهو حسنٌ، ورواية الفضيل عن الكاظم عليه السلام: يُرَدّ على الخارجيّ[٣] لا ينافي ذلك؛ لأنّه مسلم ظاهراً لا يحلّ ماله.

قوله: «ويضمن المتصدّق إن كَرِه صاحبُها»[٤].

أقول: هذا قول الشيخ[٥]، والقاضي[٦].

وقال المفيد: يُخرِج خمسَها ويُخرِج الباقيَ إلى فقراء المؤمنين[٧].

وقال التقيّ: يُحمَل إلى الإمام فإن تعذّر وجب الحفظ[٨] والإيصاء بها إلى حين يمكن الإيصال إلى المستحقّ ولا تردّ على [٩٧ ب] المودع اختياراً[٩]. واختاره ابن إدريس[١٠].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٣٠.

(٢) الكافي في الفقه: ٢٣١.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ١٨١، ح ٧٩٥، وفيه، «المستودع رجل خبيث خارجِيٌّ شيطان فلم أدع شيئاً فقال لي: قل له: يردّه عليه؛ فإنّه ائتمنه عليه بأمانة الله».

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٣١.

(٥) النهاية: ٤٣٦.

(٦) المهذّب ١: ٣٤٨.

(٧) المقنعة: ٦٢٦ ـ ٦٢٧.

(٨) في المخطوطة: «الحفص والوصاه» بدل «الحفظ والوصيّة».

(٩) الكافي في الفقه: ٢٣١ ـ ٢٣٢.

(١٠) السرائر ٢: ٤٣٦.

قال العلّامة: وتمسَّكَ الشيخ برواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام[١]، وهو ضعيف[٢].

قلت: يُقوّي قولَ الشيخ صدقُ اسم[٣] اللقط فيُعمَل بها كاللقط، والرواية مرجّحة للاحتمال. «ك».

قوله في الثاني[٤] في موجبات الضمان: «**وينظّمها قسمان: التفريط والتعدّي**»[٥].

أقول: «التفريط» إهمال سبب الحفظ، و«التعدّي» مخالفة الأمر من المالك.

قوله: «**ولو أُكره على دفعها إلى غير المالك دَفَعَها ولا ضمان**»[٦].

أقول: قال التقيّ: إذا سلّمها[٧] بيده إلى الظالم ضمن وإن خاف التلف[٨]. وهو ممنوعٌ، وعسى يصحّ إذا لم يحوجه الظالم إلى ذلك. «ك».

قوله: «**السادسة: إذا أنكر الوديعة أو اعترف وادّعى التلف أو ادّعى الردَّ ولا بيّنة فالقول قوله**»[٩].

---

(١) الكافي ٥: ٣٠٨، ح ٢١، وفيه: «عن رجل» بدل «حفص بن غياث»؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٩٨، ح ٤٠٦٥؛ تهذيب الأحكام ٦: ٣٩٦، ح ١١٩١.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ٦٠ ـ ٦١. وراجع ترجمة حفص في: رجال النجاشي: ١٣٤ ـ ١٣٥، الرقم ٣٤٦؛ الفهرست للطوسي: ١١٦، الرقم ٢٤٢.

(٣) في المخطوطة: «اسمه».

(٤) في المخطوطة: «الباني».

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٣١.

(٦) المصدر ٢: ١٣٣.

(٧) في المخطوطة: «سلمنا».

(٨) الكافي في الفقه: ٢٣٠.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ١٣٣.

أقول: قال العلّامة: في قبول قوله بالردّ إشكالٌ[١] من كونه أميناً، وأيضاً حفظُه لمصلحة المالك ولابتنائها على الإخفاء فإقامة البيّنة في الردّ عسر، ولعموم قوله ﷺ: «ليس على المستودع ضمان»، رواه الشيخ[٢] وابن الجنيد[٣]. ومن أصالة عدم الردّ، فيكون مدّعياً خلاف الأصل والمالك منكر، و«البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر»[٤]. والمشهور الأوّل، وعليه الفتوى. «ش»[٥].

قوله: «وللمالك إحلافه على الأشبه»[٦].

أقول: قال ابنُ بابويه[٧]، والشيخُ في النهاية[٨]: لا يمين عليه؛ لرواية ابن بابويه في المقنع عن الصادق عليه السلام أنّه يُقبَل قوله بغير يمين[٩]. قال: وروي أيضاً عنه عليه السلام قال: «لم يَخُنك الأمينُ[١٠] ولكن ائتمنتَ الخائن»[١١].

وقال ابن الجنيد والتقيّ: يُحلَّف مع التهمة[١٢].

---

(١) إرشاد الأذهان ١: ٤٣٧.

(٢) الخلاف ٣: ١٧٢، ذيل المسألة ٢؛ المبسوط ٤: ١٣٢.

(٣) حكاه عنه الشهيد في غاية المراد ٢: ٣٧٠.

(٤) نحوه في الكافي ٧: ٤١٥، ح ١؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٩٩؛ تهذيب الأحكام ٦: ٢٢٩، ح ٥٥٣ و٥٥٤.

(٥) غاية المراد ٢: ٣٦٩ ـ ٣٧٠.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ١٣٣.

(٧) من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٠٥، ذيل ح ٤٠٩٢؛ المقنع: ٣٨٦.

(٨) النهاية: ٤٣٦.

(٩) المقنع: ٣٨٦.

(١٠) في المخطوطة: «لا يمين».

(١١) من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٠٥، ح ٤٠٩٣، وفيه: «لكنّك» بدل «ولكن».

(١٢) حكاه عن ابن الجنيد العلّامةُ في مختلف الشيعة ٦: ٦١؛ الكافي في الفقه: ٢٣١.

وقال العلّامة: الأشهر أنّ عليه اليمين؛ [٩٧ أ] لأنّه مدّعٍ تسقط عنه البيّنة ـ لكونه أميناً ـ ولا بدّ من يمينه[(١)].

قال بعض الفضلاء: لا يمين عليه؛ لأنّ المالك إذا ائتمنه فقد صدّقه فيما يدّعيه، فإحلافه إيّاه لكان [تكذيباً] لنفسه فلا يحتاج إلى اليمين. نعم، إذا تجدّدت خيانته بعد الإيداع حلف، إلّا أن يدّعي سبباً يمكن إقامة البيّنة عليه فعليه البيّنة، ومع فقدها فللمالك إحلافه[(٢)]. «ك».

قوله: «ولو صدّقه على الإذن لم يضمن وإن ترك الإشهاد، على الأشبه»[(٣)].

أقول: لأنّه امتثل قوله؛ لأنّ الإشهاد ليس جزءاً ولا لازماً؛ لأنّ[(٤)] الوديعةَ مبنيّةٌ على الإخفاء. أمّا إذا كان إسقاطَ حقٍّ ـ كالدَّيْن ـ ضمن وإن صدّقه المالك على الإذن؛ لتقصيره[(٥)]. «ر»[(٦)].

قوله: «التاسعة: إذا اعترف بالوديعة ثمّ مات وجُهِلَت عينها قيل: يخرج من أصل تركته» إلى قوله: «وفيه تردّد»[(٧)].

أقول: ينشأ من احتمال تلفها قبل الموت أو بعده، فيمتنع أخذها[(٨)] من التركة

---

(١) مختلف الشيعة ٦: ٦١.

(٢) لم نعثر عليه مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتب الفقهاء.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٣٣.

(٤) في المخطوطة: «ولأنّ».

(٥) في المخطوطة: «بتقصيره»، وصحّحناه كما في تذكرة الفقهاء ١٣: ٢٨٠. والمراد تقصيره بترك الإشهاد، كما في إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣١٧.

(٦) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣١٧.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ١٣٤.

(٨) في المخطوطة: «بعدها»: صحّحناه كما في إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣١٨.

مع السعة أو التحاصّ، ومن وجوب ردّها واليقينُ حاصلٌ بها فلا يزول بالشكّ، ولأنّ حصول الوديعة عنده متحقّق، لكن جُهِلَت فوجب ضمانها، كما لو كان عنده وديعةٌ فدفنها وسافر ولم يطّلع عليها أحد؛ إذ روى سَمُرة بن جندب[١] عنه ﷺ: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه»[٢].

قوله: «**الحاديةَ عشرَ: إذا فرّط واختلفا في القيمة، فالقول قول المالك مع يمينه**»[٣].

أقول: قاله الشيخان[٤]؛ لأنّ المستودَع بخيانته خرج عن كونه أميناً فلا يُقبَل قوله.

وهو ضعيفٌ؛ لأنّا إنّما نَقبَل قوله مع عجز المالك عن البيّنة على القدر الزائد؛ لأنّه منكر وغارم، لا لأنّه أمين. «ك»[٥].

وقوله: «**وقيل: القول قول الغارم مع يمينه. وهو أشبه**».

[أقول:] قاله ابن إدريس[٦].

---

(١) في المخطوطة: «جابر بن سمره»: صحّحناه كما في مصادر الرواية.

(٢) مسند أحمد ٥: ٨؛ الخلاف ٣: ٤٠٨، المسألة ٢٠؛ عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، ح ١٠٦.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٣٤.

(٤) المقنعة: ٦٢٦؛ النهاية: ٤٣٧.

(٥) التنقيح الرائع ٢: ٢٤٦.

(٦) السرائر ٢: ٤٣٦.



[كتاب العارية]



قوله: «كتاب العارية»[1].

قوله: «ويقع بكلّ لفظ يشتمل على الإذن في الانتفاع، وليس بلازم لأحد المتعاقدين»[2].

[٩٨ أ] **أقول:** قال الشيخ[3] يلزم عارية الجدار بالوضع[4]، وكذا قال ابن الجنيد[5] يلزم عارية الأرض للزرع فزرع وإن دفع الأرش في الصورتين.

والحقّ خلافه، بل للمالك الرجوع مع دفع الأرش. «ك».

قوله: «وإجباره على إزالة جذوعه عن ملكه. وفيه تردّد»[6].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٣٥.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) المبسوط ٢: ٢٩٢.

(٤) في المخطوطة زيادة «يرجع»، وصحّحناه كما في المبسوط من قوله: «وله أن يرجع في هذا الإذن متى شاء ما لم يضع الجذوع على الحائط، فإن وضعها على الحائط لم يكن له الرجوع بعد ذلك».

(٥) لم نعثر عليه، ولا على من نسبه إليه، ونسبه إلى ابن البرّاج فخر الدين في إيضاح الفوائد (٢: ١٠٧) ولم نحقّقه أيضاً. بل هو سهو من كثير سهو كاتب المخطوطة والصواب «ابن إدريس»؛ فإنّه قال: «إذا استعار أرضاً للزرع فزرع فيها ثمّ رجع المعير قبل أن يدرك الزرع وطالبه بالقلع، فإنّه يجبر على التبقية؛ لأنّ الزرع لا يتأبّد وله وقت ينتهي إليه، فأجبرناه على التبقية»، ثمّ قال: «إذا أعاره حائطاً ليضع عليه جذوعه فوضعها عليه لم يكن له أن يطالبه بقلعها على أن يضمن له أرش النقصان؛ لأنّها موضوعة على حائط نفسه، فأحد الطرفين على أحدهما والطرف الآخر على الآخر، فلو أجبرناه على القلع على هذا الوجه كان ذلك إجباراً على قلع جذوعه من ملكه» السرائر ٢: ٤٣٣ ـ ٤٣٤؛ ولذلك نسبه إليه الشارح في التنقيح الرائع ٢: ٢٤٨.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ١٣٧.

أقول: ينشأ من عموم قوله ﷺ: «الناس مسلّطون على أموالهم»[(١)]، ومن كونه ضرراً على المستعير وقال ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[(٢)]. ويُضعَّف الثاني بضمان الأرش.

قوله: «الرابع: في الأحكام المتعلّقة بها، وفيه مسائل: الأُولى: العارية أمانة لا تضمن» إلى قوله: **«وتضمن إذا كانت ذهباً أو فضّة»**[(٣)] إلى آخره.

أقول: العلّة في ضمان الذهب والفضّة ضعفُ منفعتهما مع بقاء عينهما، فأشبه إعارتُهما الاقتراضَ.

وهل يُلحَق الحُليُّ؟ الأقرب لا؛ لأنّ عمومَ الضمان فيهما معارَض بعدم ضمان العارية، فيرجع إلى الأصل، ولانتفاء العلّة المذكورة. «ف»[(٤)].

روى زرارةُ ـ في الحسن ـ عن الصادق عليه السلام: «جميعُ ما استَعَرْتَه فتَوِيَ فلا يلزمك تواه إلّا الذهب والفضّة؛ فإنّهما يلزمانك إلّا أنْ تشترط أنّه متى تَوِيَ لم يلزمك تواه. وكذلك جميعُ ما اسْتَعَرْتَ فاشتُرِط عليك لزمك[(٥)]، والذهب والفضّة لازم لك وإنْ لم يُشترط عليك»[(٦)].

وقال ابن الجنيد: حكمُ الحَيَوان في ذلك حكمُ الذهب والفضّة، إلّا مع اشتراطه سقوطَه[(٧)]؛ لعموم اليد[(٨)]، إلى آخره.

---

(١) الخلاف ٣: ١٧٦ ـ ١٧٧؛ عوالي اللآلي ١: ٢٢٣.

(٢) الكافي ٥: ٢٨٠، ح ٤؛ ص ٢٩٢ ـ ٢٩٣، ح ٢؛ ص ٢٩٣ ـ ٢٩٤، ح ٦ و٨؛ تهذيب الأحكام ٧: ١٤٦ ـ ١٤٧، ح ٦٥١؛ ص ١٦٤، ح ٧٢٧.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٣٨.

(٤) كنز الفوائد ١: ٦١٨ ـ ٦١٩؛ التنقيح الرائع ٢: ٢٤٩.

(٥) في المخطوطة: «يلزمك».

(٦) الكافي ٥: ٢٣٨، ح ٣؛ تهذيب الأحكام ٧: ١٨٣، ح ٨٠٦؛ مع اختلاف يسير بينهما.

(٧) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٧١.

(٨) مسند أحمد ٥: ٨؛ الخلاف ٣: ٤٠٨، المسألة ٢٠؛ عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، ح ١٠٦.

وأطلق التقيُّ[١] ضمانَ ما يتلف من العواري، وأرش ما ينقص مع الاشتراط أو التفريط أو التعدّي.

وفصّل الشيخ في النهاية[٢] [و]المبسوط[٣]، فقال بعدم ضمان ما نقص بالاستعمال؛ لأنّه مأذون في ذهابه بمجرى العادة. وهو حسنٌ. «ك».

قوله: «الثالثة: يجوز للمستعير بيع غروسه» إلى قوله: «على الأشبه»[٤].

أقول: قال في المبسوط[٥] في بيعها على غيره وجهان: [٩٨ ب]

الأوّل: لا يصحّ؛ لتعذّر التسليم.

الثاني: يصحّ؛ لإمكان التسلّم والتسليم، كغيره من الثوابت.

وكأنّ الثاني أشبه؛ لعموم الآية[٦]، والخبر[٧]. «ر»[٨].

قوله: «ولو اختلفا في القيمة كان القول قولَ المستعير»[٩].

أقول: قاله ابن إدريس[١٠]. ووجه القولين تقدّم في الوديعة[١١].

---

(١) الكافي في الفقه: ٣٢٩.

(٢) لم نعثر عليه في النهاية، ولا على من نسبه إليها.

(٣) المبسوط ٣: ٥٠.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٣٨.

(٥) المبسوط ٣: ٥٦.

(٦) البقرة (٢): ٢٧٥.

(٧) الخلاف ٣: ١٧٦ ـ ١٧٧.

(٨) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣١٨.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ١٣٩.

(١٠) السرائر ٢: ٤٣٠ ـ ٤٣١.

(١١) حيث قال عند قول المصنّف: «القول قول المالك؛ «لأنّ المستودَع بخيانته خرج عن كونه أميناً فلا يُقبَل قوله. وهو ضعيفٌ؛ لأنّا إنّما نَقبَل قوله مع عجز المالك عن البيّنة على القدر الزائد؛ لأنّه منكر وغارم، لا لأنّه أمين».



[كتاب الإجارة]



قوله: «كتاب الإجارة»[1].

أقول: قال في النافع: هي تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم[2]. واحترز بـ«المنفعة» عن البيع؛ فإنّه تمليك عين. وبقوله: «بعوض» عن نحو السكنى؛ فإنّها تمليك منفعة بغير عوض. ويَنتقِض بالجعالة إذا كانت المنفعة، كقوله: مَن ردَّ دابّتي فله زكاتها مدّة كذا. «ك».

قوله: «لاختصاص لفظ البيع بنقل الأعيان. وفيه تردّد»[3].

أقول: فلا يكون مستعمَلاً في المنافع؛ دفعاً للاشتراك والمجاز. «وفيه تردّد» من جواز كونه حقيقةً في البيع مجازاً في غيره بقرينة المدّة، وعملاً بالقصد. «ر»[4].

قوله: «وهل تبطل بالموت؟ المشهور بين الأصحاب نعم» إلى قوله: «وهو الأشبه»[5].

أقول: الثاني قول القاضي[6]، والثالث ـ وهو الأشبه ـ قول المرتضى[7] والتقيّ[8]

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٤٠.

(٢) المختصر النافع: ١٥٢.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٤٠.

(٤) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٢٠.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٤٠.

(٦) المهذّب ١: ٥٠١.

(٧) الناصريات: ٤٣٨، المسألة ٢٠٠.

(٨) الكافي في الفقه: ٣٤٨.

وابن إدريس[١] والشافعيّ[٢] ومالك[٣] وأحمد[٤]؛ لأنّ الأصل بقاءُ الشيء على ما كان، وينتقل الحقّ إلى الوارث كسائر الحقوق.

وليس للمخالف هنا حجّةٌ سوى ما ذكره الشيخ في الخلاف[٥]، وله تقريران:

الأوّل: أنّ المستأجر دخل على أن يستوفي المنفعةَ من ملك الموجر، فكيف يستوفي من ملك غيره[٦].

الثاني: أنّ العقد يقتضي تسلّطَ المستأجر على ملك الموجر فلا يقتضي تسليطَ غيره على ملك غيره. «ف»[٧].

وأُجيب عن الأوّل[٨] بأنّ ملك المنفعة لا يتوقّف على ملك الأصل، وإلّا لبطلت الإجارة من الأصيل[٩] وإن لم يمت أحدهما، وحينئذٍ نقول: إنّ المستأجر قد استحقّ جملةَ المنافع في حياة الموجر، فلا يستحقّها وارثُ الموجر في تلك المدّة وإن استحقّ الأصل، واستحقاق الأصل غير مانع من استحقاق [٩٩ أ] المستأجر المنفعةَ؛ لِما بيّناه. على أنّ ذلك لا يدلّ على بطلانها بموت المستأجر، ومدّعاهم

---

(١) السرائر ٢: ٤٦٠.

(٢) الأُمّ ٤: ٣١؛ المغني ٦: ٤٢.

(٣) راجع: المدوّنة الكبرى ٤: ٤٧٧ و٥٤٢.

(٤) راجع: المغني ٦: ٤٢.

(٥) الخلاف ٣: ٤٩٢، ذيل المسألة ٧.

(٦) التنقيح الرائع ٢: ٢٥٤.

(٧) جاءت لفظة «ف» في المخطوطة بعد قوله: «الثاني». إيضاح الفوائد ٢: ٢٤٤.

(٨) في المخطوطة: «ا».

(٩) قال الشارح في التنقيح الرائع ٢: ٢٥٤: «أعني المستأجر الأوّل».

أعمّ. «ك»[١].

قوله: «وكلُّ ما صحّ إعارته صحَّ إجارته»[٢].

أقول: هذا الحكم لا يَتِمّ على قول ابن إدريس، ولا الشيخ.

أمّا الأوّل؛ فلأنّه يجوّز إعارةَ النقدين لا إجارتَهما[٣]؛ لأنّه لا ينتفع بهما عرفاً إلّا بإذهاب عينهما، ولذلك لا يصحّ وقفهما، ولو صحّت إجارتهما لصحّ وقفهما[٤]. وأيضاً لو كان لهما منفعة لأُلزم الغاصبُ لهما بالأُجرة لكن[٥] ليس فليس[٦].

قال عليه العلّامة: هذا خطأ؛ أمّا أوّلاً فلمنع الملازمة بين الوقف والإجارة؛ فإنّ الوقف يصحّ إجارته ولا يصحّ وقفه. وأمّا ثانياً فبالمنع من عدم إلزام الغاصب بالأُجرة. والتحقيق إن كان لها[٧] منفعةٌ حِكميّةٌ صحّت إجارتها[٨].

وفي هذا نظرٌ؛ فإنّ الملازمةَ ضروريّةٌ، والعلّة لهما شيء واحدٌ صحّةُ الانتفاع مع بقاء العين. وأمّا أنّ الوقف لا يصحّ وقفه ثانياً؛ فلأنّه إن تَعلَّق بما تعلّق به الأوّلُ فهو تحصيل الحاصل، وإلّا فهو نقضُ الوقف لا الوقفُ، فلذلك لا يصحّ وقفه ثانياً.

ومراد ابن إدريس أنّ العين من حيث هي هي لو صحّ إجارتها لصحّ وقفها لا بقيد

---

(١) التنقيح الرائع ٢: ٢٥٤ ـ ٢٥٥.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٤٠.

(٣) في المخطوطة: «لاجارتهما» بدل «لا إجارتهما».

(٤) السرائر ٢: ٤٧٥.

(٥) في المخطوطة: «بهما أجرة الكن» بدل «لهما بالأجرة لكن».

(٦) السرائر ٢: ٤٧٩.

(٧) في المخطوطة: «هما».

(٨) مختلف الشيعة ٦: ١٦٤.

كونها موقوفةً أو موجرةً، فلا تنافيَ بين قولنا: «العين بقيد[١] كونها موقوفةً لا يصحّ وقفها ويصحّ إجارتها» وبين قولنا: «كلّ عين تصحّ إجارتها يصحّ وقفها»؛ لتغاير المحكوم عليه فيهما. كما لا منافاة بين قولنا: «الجسم قابل للسواد والحركة»؛ لتغاير المحكوم عليه. وأمّا منعُه لعدم إلزام الغاصب فمنعُ مكابرةٍ؛ للإجماع على عدم إلزامه[٢].

وأمّا الثاني فهو أنّ الشيخ في المبسوط[٣] والخلاف[٤] قال بمنع إجارة حائط مزوّق[٥] أو محكم للنظر إليه أو التفرّج والتعلّم منه؛ لأنّ المنع منه قبيحٌ، فإجارته قبيحة[٦]. وهذه العلّة لا تسري في العارية فلم يصحّ الإطلاقُ في أنّ «كلّ ما صحّ إعارته صحّ إجارته».

---

(١) في المخطوطة: «يفيد»، وصحّحناه كما التنقيح الرائع ٢: ٢٥٧.

(٢) التنقيح الرائع ٢: ٢٥٧.

(٣) المبسوط ٣: ٢٤٠.

(٤) الخلاف ٣: ٥٠١، المسألة ٢٤.

(٥) أي مزيَّن. قال الجوهري: «الزاووق: الزئبق في لغة أهل المدينة، وهو يقع في التزاويق؛ لأنّه يجعل مع الذهب على الحديد ثمّ يدخل في النار فيذهب منه الزئبق ويبقي الذهب، ثمّ قيل لكلّ منقّش: مُزَوِّق وإن لم يكن فيه الزئبق». الصحاح ٤: ١٤٩٢ (زوق).

(٦) لا يخفى أنّ عبارة الشيخ في علّة المنع عن إجارة الحائط المزوّق في المبسوط والخلاف مختلفة. ففي المبسوط بعد الحكم بعدم جواز إجارته للنظر والتعلّم منه قال: «لأنّ ذلك عبث لا غرض فيه حكميّ». وفي الخلاف قال: «دليلنا أنّ ذلك عبث والتعلّم منه قبيح، وإذا لم يجز التعلّم منه فإجارته قبيحة». وهاتان العبارتان ـ كما ترى ـ تختلفان في تعليل المنع عن إجارتها، ففي المبسوط علّل المنع عن إجارتها بالعبث وعدم غرض حكميّ فيه، وفي الخلاف علّله بقبح التعلّم والانتفاع عنه. والظاهر أنّ ما جاء في نسخة الخلاف المطبوعة مصحّف وصوابه: «المنع منه قبيح وإذا لم يجز المنع منه فإجارته قبيحة» كما جاء في المؤتلف من المختلف (١: ٦٥٨)، وحكاه العلّامة عنه في مختلف الشيعة (٦: ١٦٨) وتبعه الشارح هنا وفي التنقيح الرائع ٢: ٢٥٥.

وقال ابن إدريس[١] [٩٩ ب] بجواز ذلك؛ للتعلّم، كما في إجارة كتابٍ خطُّه جيّدُ للتعلّم.

وقوّى العلّامة قولَ الشيخ؛ لأنّها منفعة ليس للمالك منعُها، كما في الاستظلال بالحائط، بخلاف الكتاب؛ لأنّ المستأجر يتصرّف فيه بالقبض والتقليب، بخلاف الحائط[٢].

وهذا العذر غير طائل[٣]؛ لأنّ تزويق الحائط إنّما يكون إلى جهة [ملك] المالك لا إلى الدربِ وشبهِه فله منعُه[٤] وإجارتُه للغرض الذي قاله ابن إدريس. «ك»[٥].

قوله[٦]: «**والمستأجر ليس**» إلى [قوله:] «**يضمن إلّا مع تعدٍّ أو تفريط**»[٧].

[أقول:] هنا[٨] مسائل:

[المسألة الأُولى:] التفريط [و]هو إهمال سبب الحفظ، والتعدّي فعل ما لا يجوز، وشرطُ الضمان بالتفريط انفرادُ يده عن يد المالك، ولا يشترط في التعدّي ذلك[٩].

---

(١) السرائر ٢: ٤٧٩.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ١٦٩.

(٣) في المخطوطة: «طايد»، والعبارة لا تخلو عن غموض.

(٤) في المخطوطة: «فلم منع» بدل «فله منعه»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٢: ٢٥٦.

(٥) التنقيح الرائع ٢: ٢٥٦.

(٦) جاءت هذه الفقرة وشرحها في المخطوطة بعد فقرة: ««ولو منعه الموجرُ منه سقطت الأُجرة ...» وشرحها، وإنّما أدرجناها هنا ليكون مطابقاً لما في شرائع الإسلام.

(٧) كذا في المخطوطة، وفي شرائع الإسلام (٢: ١٤٠): «والعين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر إلّا بتعدٍّ أو تفريط».

(٨) في المخطوطة: «هنا».

(٩) التنقيح الرائع ٢: ٢٦٠.

أقول: فعل التفريط هو إزالةُ الأمانة عن اليد وجعلُها يدَ ضمان، والتعدّي مع اليد أيضاً يجعلها يد ضمان، سواءٌ كانت منفردةً عن يد المالك أو مع يد المالك، بخلاف التفريط؛ فإنّه لا يصيّرها يد ضمان إلّا مع انفرادها عن المالك؛ [لأنّه] إذا صارت اليد يد ضمان لم يبق للتعدّي تأثير في أصل الضمان، بل في كمّيّته، كأن يقال تضمن بأعلى القيم على[١]. ومَن قال: «لا»، فلا تأثير له وإنّما الضمان باليد دون التعدّي على قول من يجعلهما[٢] سببين مؤثّرين؛ لأنّ التعدّي مع اليد سبب لجعلها مضمونةً، أي سبّب الضمان، فهو علّة العلّة ولأتبعها[٣] تكون علّة برأسه في الضمان. ولأنّ الضمان أمرٌ ثابت مستمرّ والتعدّي غير مستمرّ[٤]، وإسناد المعلول المستمرّ الثابت إلى العلّة المستمرّة الثابتة أَولى على قول من جعل الأسباب الشرعيّة علاماتٍ [من] جعل كلّ واحدٍ منها سبباً، وعلى القول الأوّل الذي هو المختار وخصوصاً هنا؛ فإنّ القول بأنّ التعدّيَ واليدَ كلّ واحد منهما مؤثّر فاليد إذا اجتمعت مع التعدّي فالتأثير لليد، وتأثير التعدّي جعلُها يد ضمان، أي سبب الضمان.

وتظهر فائدة هذا الخلاف والتقرير في صورة أنّه لو حمّل الدابّة زيادة عن المشترط ولم يكن في يده، بل كال لمالك الدابّة وزاد في الكيل ولم يُعلِم المالكَ حتّى حمّل المالك على دابّته ضمن المستأجر الذي كال قسط الزيادة، وهو

---

(١) كذا في المخطوطة، والظاهر هنا سقط.

(٢) في المخطوطة: «يجعلها».

(٣) كذا في المخطوطة ظاهراً من غير إعجام وعلامة الهمزة.

(٤) في المخطوطة: «غير مستمرّة».

المضمون عليه لا غير. ولو كانت [١٠٣ أ] الدابّة في يده ضمن الكلّ؛ لما قرّرنا أنّها صارت يد ضمان، ولا تأثير للتعدّي في أصل الضمان فضمن الكلّ، وهذا موضع دقيق.

[المسألة الثانية:] معنى قولنا: «ضمن قسط الزيادة».

اختلف الفقهاء فيه، فقال بعضهم: القسط هو النصف؛ لأنّه قد تلفت الدابّة من سببين أحدهما مباح والآخر محرّم[(١)].

وقال بعضهم: إنّها نسبة من الأرطال[(٢)]، فلو كال المستأجر له مئة، فحمّلها عشرة أرطال زيادةً.

فعلى الأوّل يضمن النصفَ، وعلى الثاني يضمن جزءاً من أحد عشر جزءاً من القيمة. والأوّل أقوى؛ لأنّه لو جرح واحد إنساناً مئة جرح وجرحه الآخر جرحاً واحداً وسوى الجميع كان على كلّ واحد النصف.

[المسألة الثالثة:] ولو كانت الدابّة لمالكين فاستأجرها لحمل مئة، وزاد عليها عشرة أرطال وحمّلها المالكان من غير علمهما، وكان المستأجر هو الذي كالَ زيادةً، فإن كانت الدابّة في يدِ المالكين ويدِه، ضمن المستأجر الثلث قطعاً؛ لأنّه صاحب يد بالثلث، وصار يده بالتعدّي يد ضمان لما يده عليه، والدابّة إذا كانت في يد ثلاثة، ففي يد كلّ واحد ثُلثها، فالمستأجر في يده ثلث الدابّة فيضمن الثلث بالتعدّي؛ لأنّه صيّرَ يده يد ضمان فيما في يده وهو الثلث.

---

(١) منهم العميديّ في كنز الفوائد ٢: ٣٤.

(٢) احتمله العميديّ في كنز الفوائد ٢: ٣٤. واحتمله والأوّل فخر الدين في إيضاح الفوائد ٢: ٢٨٠.

وإن لم يكن في يده شيءٌ، ضمن على أحد الاحتمالين المذكورين النصفَ، وعلى الآخر جزءاً من أحد عشر، [و]احتمال ضمان الكلّ؛ لأنّه متعدٍّ والعدوان سبب موجب لضمان جميع الدابّة فيما لو حمّلها هو فكذا هنا؛ لإنّه عادٍ.

ويحتمل ضمانه بالنسبة؛ لأنّ التلف مستند إلى الجملة ولا ترجيح باستناد الضمان إليه، فنسبة الضمان إلى الكلّ واحدة، فلو ضمن الأقلّ مثل الأكثر أو بالعكس لزم تساوي الزائد والناقص وهو محال، فيسقط ضمان المأذون ويضمن الآخر بقسطه.

وفرّق بعض المخالفين بين المحمول وبين الجراحات بعدم انضباط آثارها بخلاف المحمول[١]. «ش»[٢].

قوله: «وفي اشتراط ضمانها من غير ذلك تردّد، أظهره المنع»[٣].

أقول: ينشأ من قول الشيخ[٤] بجوازه، ومن أنّه ضمان ما لم يثبت. وأيضاً من عموم قوله ﷺ: «الشرط جائز بين المسلمين»[٥]، ومن كونه منافياً لمقتضى العقد. «ر»[٦].

قوله في الثاني في شرائطها: «وكذا المميّز إلّا بإذن وليّه. وفيه تردّد»[٧].

---

(١) المجموع ١٥: ٥٦.

(٢) غاية المراد ٢: ٣٠٨.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٤٠ ـ ١٤١.

(٤) لم نعثر عليه في كتبه ولا على من نسبه إليه، وإنّما حُكيَ الميل إلى الجواز عن الأردبيلي والخراساني في جواهر الكلام ٢٧: ٢١٦.

(٥) دعائم الأسلام ٢: ٢٢٨، ح ٨٥٤.

(٦) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٢٠.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ١٤١.

أقول: ينشأ[١] من سلبِ عبارته وثبوتِ الحجر عليه، ومن انتفاء الغرر بإذن الوليّ، وللأصل[٢].

قوله: «وقيل: تكفي المشاهدة، وهو حسن»[٣].

أقول: قاله الشيخ في المبسوط[٤] والمرتضى[٥]؛ لفحوى رواية[٦].

والأوّل قول[٧] النهاية[٨] وابن إدريس[٩]، وإلّا لزم الغرر، وهو منهيّ عنه.

قوله: «ولا يجوز أن يؤجر المسكنَ ولا الخانَ ولا الأجيرَ بأكثر ممّا استأجره إلّا أن يؤجر بغير جنس الأُجرة»[١٠] إلى آخره.

أقول: هذا قول الشيخ[١١] والصدوق[١٢] والتقيّ[١٣] والقاضي[١٤]؛ لروايتي الحلبيّ[١٥]

---

(١) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٢٠ ـ ٣٢١.

(٢) في المخطوطة هنا: «وإلا أقول مجز»، ولعلّه تصحيف: «القاضي بالجواز»، ففي إيضاح تردّدات الشرائع (١: ٣٢٠): «منشأه النظر إلى الأصالة القاضية بالجواز ...».

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٤١.

(٤) المبسوط ٣: ٢٢٣.

(٥) المسائل الناصريّات: ٣٧٠.

(٦) لعلّها رواية «من أسلم فليُسلِم في كلّ معلوم إلى أجلٍ معلوم»، كما تقدّم في السلف من كتاب البيع حيث لم يذكر تقدير الثمن، فلو كان شرطاً لذكره، وإذا لم يكن تقدير الثمن في البيع شرطاً فعدم اشتراطه في الإجارة أولى.

(٧) في المخطوطة: «قوله».

(٨) النهاية: ٤٤٣.

(٩) السرائر ٢: ٤٥٩.

(١٠) شرائع الإسلام ٢: ١٤٢.

(١١) النهاية: ٤٤٥.

(١٢) المقنع: ٣٩٢.

(١٣) الكافي في الفقه: ٣٤٦.

(١٤) المهذّب ١: ٥٠٢.

(١٥) الكافي ٥: ٢٧٢، ح ٦؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٠٤، ح ٨٩٧.

وأبي بصير ـ في الحسن ـ عن الصادق عليه السلام[١].

وقال سلّار[٢] وابن إدريس[٣] والعلّامة[٤] بالجواز على كراهة؛ للأصل، ولأنّه مَلَك المنفعةَ فصحّت المعاوضة المطلقة عليها؛ لعموم: «الناس مسلّطون على أموالهم»[٥]. وقولهم: «يلزم الربا» ممنوع؛ لعدم صدق حدّه هنا[٦]؛ إذ ليس المعاوضة هنا على مقدّرين مع زيادة عيناً أو حكماً، بل على المنفعة لا على مال الإجارة[٧].

واعلم أنّ الروايات دالّة على المنع في البيت والخان والأجير لا غير فيُقتصَر عليه، كما ذكر[ه] المصنّف. «س».

قوله: «وكذا لو سكن بعضَ الملك لم يجز أن يؤجر الباقي بزيادة عن الأُجرة»[٨] إلى آخره.

أقول: رواية الحلبيّ عن الصادق عليه السلام[٩]، ومحمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام[١٠] ممّا يدلّان على خلاف ذلك. وكذا رواية أبي المغراء ـ في الحسن ـ عن الصادق عليه السلام: في

---

(١) الكافي ٥: ٢٧٣، ح ٩؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٠٤، ح ٩٠٠.

(٢) المراسم: ١٩٥.

(٣) السرائر ٢: ٤٦٥.

(٤) مختلف الشيعة ٦: ١٤٥ ـ ١٤٨.

(٥) الخلاف ٣: ١٧٦ ـ ١٧٧؛ عوالي اللآلي ١: ٢٢٣.

(٦) في المخطوطة زيادة: «قوله».

(٧) التنقيح الرائع ٢: ٢٦٦.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ١٤٢.

(٩) الكافي ٥: ٢٧٢، ح ٤؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٠٤، ح ٨٩٩.

(١٠) تهذيب الأحكام ٧: ٢٠٥، ح ٩٠٢.

الرجل يستأجر الأرض ثمّ يؤاجرها بأكثر ممّا استأجرها، قال: «لا بأس»[١]، [١٠٠ أ] و[٢] رواية أبي الربيع عنه عليه السلام[٣]. «ك».

قوله: «لو استأجره ليحمل له متاعاً إلى موضع معيّن بأُجرة» إلى قوله: «وكان له أُجرة المثل»[٤].

أقول: هذه المسالة ذكرها الشيخ [في] النهاية[٥] وابن الجُنيد[٦] والقاضي[٧]؛ لرواية الحلبيّ ـ موثّقاً ـ عن الصادق عليه السلام[٨].

ومنع ذلك ابن إدريس وقال: يصحّ العقد ويبطل الشرط؛ لعدم دلالة كتاب و[٩] لا سنّة على صحّته[١٠].

وهو ضعيفٌ؛ لقوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»[١١]، ولا نسلّم بطلانَ الشرط، وإنّما يكون باطلاً لو خالف الكتاب أو السنّة، ولكن ليس فليس. أيضاً لو كان باطلاً لأبطل العقدَ، واللازمُ [باطل] باعترافه [فكذا الملزوم]. والشرطُ الباطل ما دلّ الكتاب

---

(١) الكافي ٥: ٢٧٢، ح ٣؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٠٣، ح ٨٩٥، وفيه: «أبي المعزى» بدل «أبي المغراء».

(٢) في المخطوطة زيادة: «مسلم» ظاهراً.

(٣) الكافي ٥: ٢٧١، ح ١؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٠٣، ح ٨٩٤.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٤٢.

(٥) النهاية: ٤٤٨.

(٦) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ١٥٤.

(٧) المهذّب ١: ٤٩٩.

(٨) الكافي ٥: ٢٩٠، ح ٥؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٥، ح ٣٢٧٣؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢١٤، ح ٩٤٠.

(٩) في المخطوطة: «أو».

(١٠) السرائر ٢: ٤٦٩.

(١١) تهذيب الأحكام ٧: ٣٧١، ح ١٥٠٣.

أو السنّة على بطلانه لا ما لا يدلّان عليه؛ لأصالة الجواز. «ك»[١].

قوله: «و إذا قال: آجرتك كلّ شهر بكذا صحّ في شهر» إلى قوله: «والأوّل أشبه»[٢].

أقول: البطلان قول ابن إدريس[٣]؛ لتجهّل المنفعة[٤] ضرورةً؛ لعدم[٥] علمها إلّا بالمدّة ولم يحصل.

وقوّاه العلّامة في المختلف[٦] [والتحرير][٧].

والصحّةُ في شهر قول الشيخ [في] النهاية[٨]؛ لأنّ الشهر معيّن وأُجرته معيّنة؛ إذ التقدير: «آجرتك هذا الشهر بدرهم وكذا ما بعده»، فيبطل ما بعده ـ لتجهّل[٩] كمّيّته ـ وتصحّ فيه.

وقال العلّامة في القواعد: لو استأجره مدّةَ شهرٍ بدرهم فإن زاد [فـ]بحسابه صحّ في شهر[١٠]. وهو غير[١١] المسألة المفروضة. «ش»[١٢].

---

(١) التنقيح الرائع ٢: ٢٦٣؛ وما بين الهلالين منه.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٤٢.

(٣) السرائر ٢: ٤٦١.

(٤) في المخطوطة: «لتجهيل المقنع» بدل «لتجهّل المنفعة»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٣٠٩.

(٥) كذا في المخطوطة، ولعلّ الصواب ما في غاية المراد (٢: ٣٠٩) من قوله: «لتجهّل المنفعة؛ ضرورةَ عدم علمها إلّا بالمدّة ولم تحصل».

(٦) مختلف الشيعة ٦: ١٤٢.

(٧) وفي المخطوطة: «عد» مخفّف قواعد الأحكام، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٣٠٩. تحرير الأحكام ٣: ٨٦.

(٨) النهاية: ٤٤٤.

(٩) في المخطوطة: «لتجهيل»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٣١٠.

(١٠) قواعد الأحكام ٢: ٢٨٥.

(١١) في المخطوطة: «غيره».

(١٢) غاية المراد ٢: ٣٠٩.

قوله: «تفريعان[١]» [إلى] قوله: «الثاني: لو قال: إن عملت هذا العمل في اليوم فلك درهمان وفي غد درهم، فيه تردّد، أظهره الجواز»[٢].

أقول: التردّد واقع في الفرعين معاً؛ من حيث إنّه عقد على كلّ من الفعلين بأُجرة معلومة فيصحّ؛ إذ الواقع لا يخلو منهما، ولأصالة الجواز في شرط المؤمنين، ولأنّه كالدابّة المستأجرة إلى مكان في زمان بأُجرة وبغيرها في أُخرى[٣]، كما دلّت عليه رواية محمّد بن مسلم عن الصادق عليه السلام[٤]، ومن أنّه لم يَعلَم كلٌّ منهما ما ولّي عليه فيؤدّي [إلى] الغرر، ولجريانه مجرى البيع بثمنين نقداً ونسيئةً.

والأوّل قول الشيخ [في] المبسوط[٥] [و]الخلاف[٦] إلّا أنّه في المبسوط قال: إن خاطه في يومه فله الدرهم وفي غيره له أُجرة المثل ما لم يزد عن المسمّى أو ينقص.

والثاني مذهب ابن إدريس[٧] والعلّامة [في] المختلف[٨] إلّا أنّ ابن إدريس قال: لو قيل إنّه جعالةٌ كان قويّاً[٩]، وردّه العلّامة بأنّ الجعالة تفتقر إلى تعيين الجُعل أيضاً فيبطل[١٠].

---

(١) في المخطوطة: «تفريع».

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٤٢.

(٣) كذا في المخطوطة وغاية المراد ٢: ٣١١، والأنسب: «آخر»؛ إذ المراد به «زمان آخر».

(٤) الكافي ٥: ٢٨٩، ح ٢؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢١٤، ح ٩٣٨.

(٥) المبسوط ٣: ٢٤٩ ـ ٢٥٠.

(٦) الخلاف ٣: ٥٠٩، المسألة ٣٩.

(٧) السرائر ٢: ٤٧٨.

(٨) مختلف الشيعة ٦: ١٦٨.

(٩) السرائر ٢: ٤٧٨.

(١٠) مختلف الشيعة ٦: ١٦٨.

قال الشهيد: ويشكل بأنّه معلوم على كلّ واحدٍ [١٠٠ ب] من التقديرين، غايته[(١)] الجهل بالواقع من العملين وذلك لا يُخرج الجعالةَ عن الصحّة؛ فإنّ مناطها الجهالة في العمل. «ش»[(٢)].

قوله: «ويستحقّ الأجير الأُجرة بنفس العمل، سواء كان في ملكه أو ملك المستأجر، ومنهم مَن فرّق»[(٣)].

أقول: هو الشيخ في المبسوط[(٤)]؛ بأنّه إن كان المال في مِلك المستأجر ـ بأن يكون الأجير في داره يعمل بين يديه ـ فإنّ الأُجرة تلزم بنفس العمل؛ لأنّه مسلّم إلى المالك؛ فإنّه كلّما فرغ من جزء من العمل فقد سلّمه إليه. وإن كان الأجيرُ حمله إلى ملكه، ولم يحضر صاحبه، فعَمِل وتَلِف قبل التسليم، لم يستحقّ أُجرةً؛ لأنّ الأُجرة في مقابلة العمل، وإنّما يستحقّها إذا سلّم العمل، فإذا تَلِف بعد العمل فقد تلف العوضُ الذي هو العمل قبل التسليم، فهو كما لو تلف المثمن قبل التسليم فلا يستحقّ أُجرة، كما لا يستحقّ البائع الثمن إذا تلف المثمن. «ر».

قوله: «ولو آجر غيرُ المالك تبرّعاً قيل: بطلت» إلى قوله: **«وهو حسن»**[(٥)].

أقول: الخلاف كما في بيع الفضوليّ. «ر».

قوله: «ولو قدّر المدّةَ والعملَ ـ مثل أن يستأجره ليخيط هذا الثوب في هذا اليوم ـ قيل يبطل؛ لأنّ استيفاء العمل في المدّة قد لا يتّفق. وفيه تردّد»[(٦)].

---

(١) في المخطوطة: «غايت».

(٢) غاية المراد ٢: ٣١٢.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٤٢.

(٤) المبسوط ٣: ٢٤٢ ـ ٢٤٣.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٤٣.

(٦) المصدر نفسه.

أقول: القائل بالبطلان الشيخ[١] وابن إدريس[٢]. ومنشأ التردّد من الأصل، ولأنّه ممكن ومن حيث الغرر المنهيّ عنه شرعاً. «ر»[٣].

قوله: «وهل يُشترَط اتّصال مدّة الإجارة بالعقد؟ قيل: نعم، ولو أطلق بطلت» إلى قوله: **«وهو أشبه»**[٤].

أقول: البطلان قاله الشيخ ثمّ تردّد في المبسوط[٥] [و]الخلاف[٦]، وأورد كلاماً ظاهرُه التناقض، وأنّه قال في موضع آخر: إذا آجره الدار في شهر مستقبل بعد ما دخل فإنّه لا يصحّ[٧]؛ لاقتضاء العقد الاتّصالَ، فيكون قد شرط ما ينافي مقتضى العقد فيبطل.

وحكمَ القاضي[٨] وابن إدريس[٩] بعدمِ الاقتضاء وصحّةِ العقد فيما قال الشيخ ببطلانه، واختاره العلّامة واحتجَّ على الشيخ بأنّ شرط[١٠] الاتّصال يقتضي عدمه فيكون باطلاً.

بيان الأوّل: أنّ كلَّ واحدٍ من الأزمنة التي تشتمل عليها مدّة الإجارة معقود عليها

---

(١) المبسوط ٣: ٢٢١.

(٢) السرائر ٢: ٤٥٧.

(٣) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٢١.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٤٤.

(٥) المبسوط ٣: ٢٣٠.

(٦) الخلاف ٣: ٤٩٦، المسألة ١٣.

(٧) المبسوط ٣: ٢٣٠.

(٨) المهذّب ١: ٤٧٣.

(٩) السرائر ٢: ٤٦١.

(١٠) في المخطوطة: «الشرط».

وليست متّصلة بالعقد، فاتّصال الجزء الأوّل [١٠١ أ] منها يقتضي عدمَ اتّصال الآخر به[١].

قيل عليه: إنّ الزمان غير قارّ الذات، فيستحيل اجتماعُ أجزائه دفعةً واحدة، كالحركة، والأجزاء التي لم تتّصل بالعقد اتّصلت بالجزء المتّصل بالعقد، فتكون متّصلة أيضاً؛ إذ المراد بالاتّصال عدمُ تخلّل زمان لا يتناوله العقد لا مطلق الزمان[٢].

وقال التقيّ: يجب الاتّصال الزمانيُّ في سائر العقود[٣]، واختاره بعض الفضلاء واحتجّ له بأنّ[٤] العقود كلَّها إنشاءات، والإنشاءات عِلَل الأحكام، والعلل تقتضي الاتّصال الزمانيَّ، ولذلك قالوا: إنّ إطلاق العقد في البيع يقتضي تسليم العوضين في الحال ولو قيّد بزمان[٥] بطلت[٦].

قلتُ: فيه نظرٌ.

قوله: «ولو عيّن شهراً متأخّراً عن العقد قيل: يبطل. والوجه الجواز»[٧].

أقول: قاله في المبسوط[٨] [و]الخلاف[٩]، والوجه الجواز؛ لأنّها منفعة مملوكة معلومة.

---

(١) مختلف الشيعة ٦: ١٣٩ ـ ١٤٠.

(٢) التنقيح الرائع ٢: ٢٦٨.

(٣) الكافي في الفقه: ٣٤٩.

(٤) في المخطوطة: «فإنّ».

(٥) في المخطوطة: «لزمان».

(٦) التنقيح الرائع ٢: ٢٦٩.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ١٤٤.

(٨) المبسوط ٣: ٢٣٠.

(٩) الخلاف ٣: ٤٩٦، المسألة ١٣.

قوله: «فإذا سلّم العينَ المستأجرة ومضت مدّة يمكن فيها استيفاء المنفعة لزمت الأُجرة. وفيه تفصيل»[١].

أقول: التفصيل هو إن لم تكن مقدَّرة بمدّة معيّنة لزم أُجرة المثل ـ للحيلولة ـ وإن كانت مقدّرة بمدّة فما قاله في الكتاب[٢].

قوله: «وإذا فنى ليس له حملُ بدله ما لم يشترط»[٣].

أقول: إذا فنى الزاد ـ بالأكل أو الهبة أو البيع لقضاء العادة بذلك ـ ليس له حمل البدل، أمّا إذا سُرِق فله إبداله إجماعاً.

قوله: «وكذا الذكورة والأُنوثة»[٤].

أقول: لأنّ سير النوق أسهل من سير الجِمال. «ر».

قوله: «في رفعِ المحمل وشدِّه تردّد، أظهره اللزوم»[٥].

أقول: ينشأ من أصالة البراءة، تُرِك العمل بها في الصورة الأُولى، فتبقى معمولاً بها فيما عداها، ومن أنّ التمكين من الركوب واجب على الموجر، ولا يتمّ إلّا برفع المحمل وشدّه. والثاني أظهر؛ لقضاء العادة بأنّ المكري يشدّ ويحمل.

فائدة[٦]:

لو باع العينَ الموجرة على المستأجر هل تبطل الإجارة أم لا؟

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٤٤.

(٢) راجع: المبسوط ٣: ٢٣١ ـ ٢٣٢؛ إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٢١ ـ ٣٢٢.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٤٥.

(٤) المصدر نفسه.

(٥) المصدر نفسه.

(٦) في المخطوطة: «ورأيت بخطّ الشارح المقداد ـ طاب ثراه ـ على هذا المحلّ ما هذا صورته» قبل قوله: «فائدة». وفيها: «لخطان رح» بدل «بخطّ الشارح».

يحتمل الأوّل؛ للمنافاة بين البيع والإجارة؛ إذ البيع وارد على محلّها؛ ضرورة تبعيّة[١] المنفعة للعين المملوكة بالبيع، ولا يمكن بقاء الإجارة وإلّا اجتمع على المعلول الشخصيّ [١٠١ ب] علّتان، كما لا يمكن الجمع بين الملك والنكاح.

ويحتمل الثاني؛ لأنّ البيع وإن اقتضى مِلكَ المنفعة إلّا أنّه هنا تَخلَّفَ لمانع وهو سبقُ ملكها، فيجري[٢] مجرى ما لو باع على أجنبيّ.

واختار العلّامة في الإرشاد[٣] الأوّلَ؛ لأنّ ملك الرقبة مقتضٍ لحدوث المنفعة على ملكه بالتبعيّة، وإذا مُلِكَت لم يبق عليها عقدُ إجارة. وفي القواعد[٤] الثانيَ؛ إجراءً للمنفعة مجرى الثمرةِ غيرِ الموبَّرة المتقدّمِ ملكُها على ملك الأصل؛ فإنّه لولا التقدّم لاقتضاها ملك الأصل.

والتمثيل بالنكاح ثمّ الملك فيه نظر؛ لأنّ مورد البيع وإن[٥] كان الرقبةَ في الموضعين إلّا أنّه في النكاح أقوى، ولهذا يجوز للسيّد حبسُ الأمَة المزوَّجة نهاراً، وإن قبض الصداق، بخلاف الإجارة. ومن ثَمَّ لو غصب البضع بالزنى أو وُطِئَت بالشبهة كان المهر للسيّد، بخلاف غصب العين المستأجرة؛ فإنّ منفعتها للمستأجر[٦]. «ش»[٧].

---

(١) في المخطوطة: «بيع»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٣٢٧؛ والتنقيح الرائع ٢: ٢٥٣.

(٢) في المخطوطة: «مجرى».

(٣) إرشاد الأذهان ١: ٤٢٦.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٢٨٢.

(٥) في المخطوطة: «فان».

(٦) التنقيح الرائع ٢: ٢٥٣.

(٧) غاية المراد ٢: ٣٢٧ ـ ٣٢٨.

قوله: «فيجوز أن يستأجر اثنان جملاً أو غيره للعُقبة»[1][2].

أقول: ومنعه المزنيّ[3]، من أصحاب الشافعيّ[4]. «ر».

قوله: «أو كبجها[5] **باللجام»**[6].

أقول: الكبج ـ بالجيم[7] ـ جذبُ الرسَن بعُنف بحيث يكون خارجاً عن العادة.

قوله: «ولو حَفَر بعضَ ما قوطع عليه ثمّ تعذّر حفرُ الباقي ـ إمّا لصعوبة الأرض أو مرض الأجير أو غير ذلك ـ قُوِّم حفرُها وما حَفَر منها ورجع عليه بنسبته من الأُجرة، وفي المسألة قول [آخر]»[8].

أقول: القول للشيخ [في] النهاية[9]؛ للرواية[10] عن أبي شعيبٍ المَحاملي عن الرِّفاعي عن الصادق عليه السلام: في رجلٍ قبّل رجلاً يَحفِر له بئراً عشر قامات بعشرة دراهم

---

(١) العقبة: النّوبة والجمع عقب، مثل غرفة وغرف. وتعاقبوا على الرّاحلة: ركب كلّ واحدٍ. المصباح المنير: ٤٢٠ (عقب).

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٤٥.

(٣) المُزَنيّ ـ بضمّ الميم وفتح الزاي ـ أبو إبراهيم، إسماعيلُ بن يحيى بن عمرو بن إسحاق المصريّ الشافعيّ، (١٧٥ ـ ٢٦٤ هـ) وهو إمام الشافعيّين. من كتبه الجامع الكبير والجامع الصغير والمختصر. نسبته إلى مزينة من مضر. قال الشافعي: المزني ناصر مذهبي. وقال في قوّة حجّته: لو ناظر الشيطان لغلبه. طبقات الشافعيّة: ٥؛ الأعلام للزركلي ١: ٣٢٩.

(٤) راجع: المجموع ١٥: ٣٩.

(٥) كذا في المخطوطة، ولم نعثر في كتب اللغة عليه، وفي شرائع الإسلام: «كبحها».

(٦) شرائع الإسلام ٢: ١٤٥.

(٧) كذا في المخطوطة، والصواب أنّه بالحاء، كما في شرائع الإسلام وكتب اللغة.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ١٤٦.

(٩) النهاية: ٣٤٩.

(١٠) في المخطوطة: «والرواية».

فحفر له قامةً ثمّ عجز. قال: «تُقسَم عشرةٌ [على] خمسة وخمسين جزءاً فما أصاب واحداً فهو للقامة الأُولى والاثنين للثانية والثلاثة للثالثة[١]، وعلى هذا الحسابُ إلى عشرة»[٢]، ولم يتعرّض الشيخ للإفتاء بها وعدمه.

وذهب في المبسوط[٣] وابن إدريس[٤] إلى تقسيط المسمّى على أُجرة المثل.

وتُحمَل الرواية على أنّه استأجره لاستيفاء التراب والحافر وغيره. والضابط فيما إذا أردنا أن نعلم من عددٍ أو مبدإ عددٍ إلى[٥] [عدد] متكرّر كم يكون أن نضربَ ذلك العددَ في نفسه ونزيدَ عليه جذرَه فما بلغ ننصّفه فالنصف هو المطلوب. مثاله: إذا أردنا أن نعلم من واحد إلى عشرة مكرّراً نضرب العشرةَ في نفسها تبلغ مئةً ونزيد عشرة على المجموع وننصّفه صار خمسة وخمسين، وهو المطلوب. أو نقول: نزيد [١٠٢ أ] على العشرة واحداً ونضرب نصف العشرة في المجموع صار أيضاً خمسة وخمسين. ولو عملنا بالرواية هل يتعدّى إلى غيره فتُقسَم الخمسة على خمسة عشر؟ فيه إشكال ينشأ من عدمِ النصّ ووجودِ العلّة[٦].

قوله: «يجوز استيجار المرأة للرضاع مدّة معيّنة بإذن الزوج، فإن لم يأذَن فيه تردّد. والجواز أشبه»[٧].

---

(١) في المخطوطة: «لمقام الأولى والاثنين للاثنين والثلثة للثلثة» بدل «للقامة الأُولى والاثنين للثانية والثلاثة للثالثة».

(٢) الكافي ٧: ٤٣٣، ح ٢٢؛ تهذيب الأحكام ٦: ٢٨٧، ح ٧٩٤.

(٣) المبسوط ٣: ٢٣٧.

(٤) السرائر ٢: ١٨٥.

(٥) في المخطوطة «وإلى»، وصحّحناه كما في إيضاح الفوائد ٢: ٢٦٢.

(٦) الحمل والنصّ من إيضاح الفوائد ٢: ٢٦٢.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ١٤٦.

أقول: ينشأ من قول الشيخ [في] المبسوط[(١)] [و]الخلاف[(٢)] بأنّها معقود على منافعها لزوجها، فلا يجوز أن تُعقَد لغيره بغيره فتُخِلّ بحقوق الزوج، ومن الأصل، ويمتنع كونُ منافعها مملوكةً لزوجها، بل المملوك له الوطءُ وما يتوقّف عليه، فيجوز إذا لم يكن مانعاً منه، ولأنّها [لا] تُمنَع من الاكتساب إذا لم تُخِلّ بحقوق زوجها. «ر»[(٣)].

قوله: «وهل يُشترَط ذكر الموضع الذي تُرضِعه فيه؟ قيل: نعم. وفيه تردّد»[(٤)].

أقول: ينشأ التردّد من قول الشيخ[(٥)] بالاشتراط، ولأنّ الأغراض تختلف وتتفاوت[(٦)] بحسب اختلاف محلّ الإرضاع؛ فإنّ إرضاعَه في بيتها أسهلُ. ومن أصالتي الجواز من غير تعيين وعدم الاشتراط، ولأنّ عليها العملَ فيصحّ أن يُستوفى منها في أيّ موضع كان.

والأوّل أَولى؛ لاختلاف الأُجرة باختلاف المكان فيجب التعيين؛ دفعاً للضرر الناشي من إبهامه، ولو أطلقا بطل العقد.

قوله: «الخامس: أن تكون المنفعةُ مباحةً» إلى قوله: «والأوّل أشبه»[(٧)].

أقول: قال أبو حنيفة: يصحّ، كما لو استأجر لحمل الخمر ليريقه[(٨)]. «ر».

---

(١) المبسوط ٣: ٢٣٩.

(٢) الخلاف ٣: ٤٩٨، المسألة ١٨.

(٣) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٢٣.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٤٦.

(٥) المبسوط ٣: ٢٣٨.

(٦) في المخطوطة: «تفاوتت».

(٧) شرائع الإسلام ٢: ١٤٧.

(٨) المبسوط للسرخسي ١٦: ٣٨؛ الخلاف ٣: ٥٠٩، المسألة ٣٨.

قوله: «وهل يجوز استيجار الحائط المزوَّق[١] للتنزّه؟ قيل: نعم. وفيه تردّد»[٢].

أقول: قاله الشيخ في الخلاف[٣]؛ لأنّه يمكن أن يكون فيه غرضٌ صحيحٌ كالتعلّم منه، كاستيجار الكتاب الحَسَن الخطّ ليتعلّم منه.

وقال في المبسوط: لا يصحّ[٤]؛ إنّه لا يمنع الناس من النظر إليه؛ لأنّه مباح فلا يتملّك بالإجارة، كالاستظلال بالجدار.

ويمكن أن يقال: لا يجوز؛ لأنّه عبث؛ لأنّه ليس بغرض صحيح مقصود للعقلاء فيكون عبثاً فيكون باطلاً؛ لاشتماله على وجه قبيح.

ويحتمل الجواز؛ للأصل، ولأنّه عينٌ مملوكة يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينه فصحّت إجارته. «ر»[٥].

قوله: «فلو آجر عبداً آبقاً لم يصحّ ولو ضُمَّ إليه [شيء]. وفيه تردّد»[٦].

أقول: ينشأ من أنّه يجوز بيعه كذلك، ومن أنّه غرر وهو غير جائز، ولأنّ القدرة

---

(١) أي مزيَّن. قال الجوهري: «الزاووق: الزئبق في لغة أهل المدينة، وهو يقع في التزاويق؛ لأنّه يجعل مع الذهب على الحديد ثمّ يدخل في النار فيذهب منه الزئبق ويبقي الذهب، ثمّ قيل لكلّ منقّش: مُزَوِّق وإن لم يكن فيه الزئبق». الصحاح ٤: ١٤٩٢. (زوق).

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٤٧.

(٣) بل قال به ابن إدريس في السرائر ٢: ٤٩٧؛ والشيخ صرّح بعدم الجواز في الخلاف ٣: ٥٠١، المسألة ٢٤؛ كما تقدّم تصريح الشارح بهما عند قول المصنّف: «كلُّ ما صحّ إعارته صحّ إجارته».

(٤) المبسوط ٣: ٢٤٠.

(٥) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٢٤.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ١٤٧.

على التسليم شرط وهي منتفية. «ر»[(١)].

قوله: «ولو منعه الموجرُ منه سقطت الأُجرة. وهل له أن يلتزم ويطالب الموجر بالتفاوت؟ فيه تردّد، والأظهر نعم»[(٢)].

أقول: أي بين المسمّى وأُجرة[(٣)] المثل، فيه تردّد من قول الشيخ [في] المبسوط[(٤)] ليس له ذلك، كما في البيع إذا أتلف المبيعَ بائعُه، ومن أنّه إذا أتلفه الأجنبيُّ [١٠٢ ب] كان له المطالبة بالقيمة أو الأُجرة، ولأنّ المستأجر مَلَك المنفعةَ بالعقد فإن منعه[(٥)] الموجر كان غاصباً، فيكون للمستأجر مطالبتُه بأُجرة المثل، كما لو غصب غيرَها من أعيان أمواله. وهو الأظهر في الفتوى. وكذا نقول في البيع: إنّه مَلَك العينَ بالعقد فإذا منعه البائع كان غاصباً.

وقيل: لمّا امتنع من تسليمها جرَت مجرى التالفة، وكما أنّه مع التلف له المسمّى [فكذا هنا]. ولأنّ القبض شرط في استمرار الصحّة ـ لحصول ضدّها عند عدمه في التلف ـ فإذا انتفى انتفت[(٦)].

واستُدِلّ بأنّه لو ضمن الموجرُ لم يسقط حقّه من مال الإجارة فكان مع إتلافه للمنفعة مطالِباً ببدلها فيُجمَع له بين البدل والمبدل، وهو مُحال[(٧)]. وهو مغالطة؛

---

(١) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٢٤.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٤٧.

(٣) في المخطوطة: «بأجرة».

(٤) المبسوط ٣: ٢٣٢.

(٥) في المخطوطة: «امنعه».

(٦) قاله الشهيد في غاية المراد ٢: ٣١٩؛ وما بين المعقوفتين منه.

(٧) حكاه عن الشيخ فخرُ الدين في إيضاح الفوائد ٢: ٢٥٤، ولم نجده في كتبه.

لأنّه مطالَب مع ذلك ببدلٍ آخر للمنفعة فلم يجمعا له[١]، كجنايةِ البائع على المبيع ـ في الأصحّ ـ وجنايتِه على المرجوع فيها بالإفلاس؛ فإنّ كلًّا منهما مُطالب. «ش»[٢].

قوله: «و إذا انهدم المسكن كان للمستأجر فسخُ الإجارة»، إلى قوله: «وفيه تردّد»[٣].

أقول: ينشأ من الاستصحاب؛ لأنّ الانهدامَ يوجب التسلّطَ على فسخ الإجارة [١٠٣ ب] قبل الإعادة فكذا بعدها، ومن أنّ المقتضيَ للفسخ هو الانهدام وقد زال فيزول معلوله[٤]. والوجه التفصيل، وهو: الخيار إن لم يُعِده بسرعة بحيث يفوت على المستأجر الانتفاعُ، و إلّا فلا.

[و]لو كان العقد على دارين مثلاً فانهدم واحدة قال القاضي: تكون الثانية لازمةً بحصّتها[٥]. والحقّ له الخيار؛ لتبعّض الصفقة. «ك».

قوله: «ولو اختلفا في القيمة كان القولُ قولَ المالك إن كانت دابّة» إلى قوله: «وهو أشبه»[٦].

أقول: الأوّل قول الشيخ [في] النهاية[٧]؛ لرواية أحمد بن محمّد عن ابن محبوب [عن أبي ولّاد] عن الصادق عليه السلام[٨].

---

(١) في المخطوطة: «فلم يجز حاله» بدل «فلم يجمعا له»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٣١٩.

(٢) غاية المراد ٢: ٣١٩.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٤٧.

(٤) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٢٥.

(٥) المهذّب ١: ٤٧٨ ـ ٤٧٩.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ١٤٨.

(٧) النهاية: ٤٤٦.

(٨) تهذيب الأحكام ٧: ٢١٥ ـ ٢١٨، ح ٩٤٣.

والثاني قول ابن إدريس[١]؛ لأنّه غارم، والأصل عدم الزيادة. «ر».

قوله: «الثالثة: من تقبّل عملاً لم يجز أن يُقبّله غيرَه بنقيصة، على الأشهر»[٢] إلى آخره.

أقول: هذا قول الشيخ في النهاية[٣]؛ لرواية أبي حمزة ـ في الصحيح ـ عن الباقر عليه السلام[٤]، وهي دالّة بمفهومها[٥]. وفي التهذيب عن عليّ بن الصائغ قال: قلتُ للصادق عليه السلام: أتقبّلُ العمل ثمّ أُقبّله من غِلمان يعملون معي بالثلثين؟ فقال: «لا يصلح ذلك إلّا أن تعالج معهم فيه». قلت: فإنّي أُذيبه[٦] لهم. قال: «فذلك عملٌ فلا بأس»[٧].

واعلم أنّ المسألة مفروضةٌ في الإجارة المطلقة، أمّا إذا عُيِّن العامل فلا بحث في المنعِ والضمانِ لو سَلَّم العين. ولا ضمان في المطلقة بالتسليم؛ لصحيحة عليّ بن جعفر عن أخيه عليه السلام في عدم ضمان الدّابة المستأجَر[ة] بالتسليم إلى الغير[٨]،

---

(١) السرائر ٢: ٤٦٥.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٤٨.

(٣) النهاية: ٤٦٦. ولا يخفى أنّه قال: «والصانع إذا تقبّل عملاً بشيء معلوم جاز له أن يقبّله لغيره بأكثر من ذلك إذا كان قد أحدث فيه حدثاً». وعبارته ظاهرة في خلاف ما نسب إليه، ولكن ابن إدريس فسّرها في السرائر (٢: ٤٦٦) بأنّ مراده من «بأكثر» الأقلّ، وارتضاه العلّامة في مختلف الشيعة (٦: ١٥٠)، وتبعه الشارح.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ٢١١، ح ٩٢٧.

(٥) غاية المراد ٢: ٣١٦.

(٦) في المخطوطة: «أربته».

(٧) تهذيب الأحكام ٧: ٢١٠، ح ٩٢٤.

(٨) الكافي ٥: ٢٩١، ح ٧؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢١٥، ح ٩٤٢.

وصورة النزاع أولى. وابن إدريس أوجبَ الضمان[١]، وابن الجُنيد[٢] نفى الضمانَ إن سلّم إلى أمين. «ش»[٣].

قوله: «أمّا لو تَلِف في يد الصانع لا بسببه من غير تفريطٍ ولا تعدٍّ لم يُضمَن على الأصحّ»[٤].

أقول: هذا قول الشيخ[٥]؛ لأنّه أمين، ولرواية ابن عمّار عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن القصّار والصبّاغ فقال: «ليس يُضمَّنان»[٦]، وعن بكر بن حبيب عنه عليه السلام: «لا يُضمَّن القصّار إلّا ما جَنَت [١٠٤ أ] يداه، وإن اتّهمتَه أحلفته»[٧]. واختاره العلّامة[٨].

وقال المرتضى[٩]، والمفيد[١٠]: يُضمَّن إلّا مع اشتهار السبب بحيث لا يمكن دفعُه ـ كالنَّهب والحريق ـ إلّا أن يكون لهم بيّنة. واحتجّا بالإجماع، وبقوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه»[١١]، وظاهره يقتضي ضمانَ الصانع مطلقاً. ولرواية مسمع عن

---

(١) السرائر ٢: ٤٦٧.

(٢) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ١٥٢.

(٣) غاية المراد ٢: ٣١٧.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٤٩.

(٥) الخلاف ٣: ٥٠١ ـ ٥٠٢، المسألة ٢٥؛ المبسوط ٣: ٤٢؛ النهاية: ٤٤٧.

(٦) تهذيب الأحكام ٧: ٢٢٠، ح ٩٦٤.

(٧) المصدر ٧: ٢٢١، ح ٩٦٧.

(٨) مختلف الشيعة ٦: ١٥٧.

(٩) الانتصار: ٤٦٦.

(١٠) المقنعة: ٦٤٣.

(١١) مسند أحمد ٥: ٨؛ الخلاف ٣: ٤٠٨، المسألة ٢٠.

الصادق عليه السلام: «الأجير المشارك[١] [هو] ضامن إلّا من سبع أو غرق[٢][٣]». ورواية الحلبيّ ـ حسناً ـ عن الصادق عليه السلام: في رجل حمل طعاماً في سفينة فنقص، قال: «هو ضامن»[٤]. وفي رواية أبي بصير عنه[٥] عليه السلام: «[عليه] أن يقيم البيّنةَ أنّه سُرِق من بين متاعه وليس عليه شيء، فإن سُرِق متاعُه فليس عليه شيء»[٦].

أجاب العلّامة بمنع الإجماع مع وجود الخلاف، وعن الحديث بأنّه مجمل؛ لاحتمال أن يُراد يجب أو يستحبّ أو ينبغي على اليد فلا يكون حجّة. وإن أُريد الوجوب؛ فإنّ اليد يجب عليها الردُّ مع قيام البيّنة. والأحاديث محمولة على التفريط والتعدّي[٧].

ولهما أن يقولا[٨]: الإجماع سابق على الخلاف فيكون حجّةً والخلافُ مردوداً. وعن الثاني[٩] بأنّ «على» يدلّ على الوجوب ـ كما يقال: «عليه صلاة» أو: «عليه ضَمان» ـ فيكون نصّاً لا مجملاً.

قال بعض الفضلاء: الحقّ أنّه إن استأمنه لم يكن ضامناً، وإن أمره بمجرّد العمل

---

(١) في المخطوطة: «المشترك».

(٢) في المخطوطة: «عرف».

(٣) الكافي ٥: ٢٤٤، ح ٧؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢١٦ ـ ٢١٧، ح ٩٤٥.

(٤) الكافي ٥: ٢٤٣، ح ٣؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢١٧، ح ٩٤٨.

(٥) في المخطوطة: «عليه».

(٦) الكافي ٥: ٢٤٢، ح ٤؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢١٨، ح ٩٥٣.

(٧) مختلف الشيعة ٦: ١٥٨ ـ ١٥٩.

(٨) في المخطوطة: «يقول».

(٩) في المخطوطة: «ب» بدل «الثاني».

ولم يستأمنه كان ضامناً[١]. «ك».

قوله: «من استأجر أجيراً لينفذه في حوائجه كانت نفقته على المستأجر»[٢] إلى آخره.

أقول: هذا قول الشيخ في النهاية[٣].

وقال ابن إدريس: يقوى أنّها لا تلزم إلّا بالشرط[٤]. «ر»[٥].

قوله: «العاشرة: إذا آجر عبده ثمّ أعتقه لم تبطل الإجارة»[٦] إلى آخره.

أقول: حكى الشيخ في المبسوط[٧] وابن إدريس[٨] في الرجوع قولين:

أ. الرجوع؛ لدخول المدّة في ملكه فيضمنها له السيّد؛ للحيلولة.

ب. عدمه؛ لانتقالِ المنفعة إلى المستأجر وثبوتِ ملكه وثبوتِ ملك الموجر على الأُجرة ولأصالة البراءة، ولأنّ السيّد إنّما ملّكه نفسَه مسلوبَ المنفعة[٩] فكان كما لو شرط عليه الخدمة. وهذا أقوى[١٠].

---

(١) لم نعثر عليه مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتب الفقهاء.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٤٩.

(٣) النهاية: ٤٤٧.

(٤) السرائر ٢: ٤٦٨.

(٥) هذه الفقرة (قوله: من استأجر ... أقول: هذا ...) جاءت في المخطوطة قبل الفقرة السابقة، نقلناها هنا ليكون الترتيب مطابقاً لما في شرائع الإسلام.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ١٤٩.

(٧) المبسوط ٣: ٢٣٩.

(٨) السرائر ٢: ٤٧٢.

(٩) في المخطوطة: «المنفع».

(١٠) التنقيح الرائع ٢: ٢٥٤.

وأمّا نفقته تلك المدّة فيحتمل وجوبها على السيّد؛ لأنّه استوفى [عوضَ] منافعه ولا سبيل إلى الوجوب على المستأجر ولا يمكن للعبد تحصيلها؛ لاستغراق وقته. ويحتمل السقوط؛ لزوال الملك. ويحتمل كونها في بيت المال. «ش»[١].

قوله: «ولو آجر الوصيُّ صبيّاً مدّةً يعلم بلوغه فيها بطلت في المتيقَّن» إلى قوله: «وفيه تردّد»[٢].

أقول: القائل الشيخ في المبسوط[٣] وفي الخلاف: لا[٤]. والمنشأ من صحّة العقد فيجب الوفاء به، ومن أنّه بالبلوغ بان عدمُ ولايته عليه تلك المدّة.

وبعبارة أُخرى من أنّ عقد الوليّ مأذون فيه شرعاً ـ لثبوت الولاية ـ وإذا وقع شرعاً كان لازماً للصّبي؛ لقوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[٥]؛ ومن وجود سبب الخيار في الفسخ فيفسخ إن شاء، وثبوتُ ولاية الوليّ أوّلاً لا ينافي ثبوتَ الخيار للصبيّ أخيراً. «ر»[٦].

فائدة[٧]:

إذا فرغ المستأجر من [١٠٤ ب] العين وانقضت المدّة هل يكون مضمونة عليه أم لا؟

قال الشيخ في المبسوط: نعم؛ لأنّ ما بعد المدّة غيرُ مأذون له في إمساكه، ومَن أمسك شيئاً بغير إذن مالكه وأمكنه الردّ ولم يرد كان ضامناً[٨].

---

(١) غاية المراد ٢: ٣٢٣.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٤٩.

(٣) المبسوط ٣: ٢٤٠.

(٤) الخلاف ٣: ٥٠٠، المسألة ٢١.

(٥) المائدة (٥): ١.

(٦) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٢٥.

(٧) في المخطوطة: «وبخطّ الشارح المقداد طاب ثراه» قبل قوله: «فائدة».

(٨) المبسوط ٣: ٢٤٩.

قال: ومن الناس من قال: لا يضمن. قال ابن إدريس: الأقوى ذلك، ولا يجب عليه الردّ إلّا إذا طلب المالك؛ لأنّها أمانة كالوديعة. وما ذكره الشيخ معارض بالرهن إذا قضى الراهن الدين ولم يطلبه وهلك؛ فإنّه لا خلاف في أنّ المرتهن لا يضمن[١].

وتردَّدَ العلّامة[٢].

قال بعض الفضلاء: الأقرب قولُ الشيخ؛ لأنّ الإذن مؤجّلٌ فلابدّ من تجديدِه بعد المدّة أو الردِّ أو العرضِ على المالك مع الإمكان ـ لاحتمال النسيانِ وشبهِه ـ فإن أمسك بغير أحد الثلاثة ضمن.

وليس كذلك الوديعة ما دام المالك والودعيّ حيَّين، فإن مات أحدهما يضمن الذي هي في يده مع عدم تجديد إذن، ويمكن الردُّ أو العرضُ[٣].

وكذا نقول في الرهن ولا نسلّم حصول[٤] الإجماع على عدم ضمانه. نعم، إذا علم استمرار الإذن بقرائن الأحوال لم يضمن وإلّا ضمن؛ لأنّ الإذنَ مؤجّلٌ بقضاء الدَّين. «ك».

قوله: «أمّا لو اختلفا في قدر الأُجرة فالقول قول المستأجر»[٥].

أقول: هذا قول ابن إدريس[٦].

وقال الشيخ [في] الخلاف[٧] بالقرعة، وفي المبسوط: إن كان الاختلاف قبل مضيّ المدّة تحالفا، وإن كان بعدها في يد المكتري لم[٨] يتحالفا وكان القول قول

---

(١) السرائر ٢: ٤٧٧.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ١٦٦.

(٣) التنقيح الرائع ٢: ٢٥٩.

(٤) في المخطوطة: «حضور».

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٥٠.

(٦) السرائر ٢: ٤٦٤.

(٧) الخلاف ٣: ٥٢١، ذيل المسألة ١٠.

(٨) في المخطوطة: «ما».

المكتري، كما في البيع القولُ للمشتري مع تلف السلعة. قال: وهو الذي يقتضيه مذهبنا[١]. وبه قال ابن الجنيد[٢].

وقال القاضي: إن لم تكن بيّنةٌ تحالفا، فإن نكَلَ أحدُهما كان القول قولَ الآخر مع يمينه، فإن حلفا جميعاً أو نكلا جميعاً انفسخ العقد في المستقبل وكان القول قول المالك في الماضي. فإن لم يحلف كان له أُجرة المثل[٣].

والحقّ قول ابن إدريس مطلقاً ولا وجه للقرعة؛ لعدم الإشكال؛ لاتّفاقهما على الإجارةِ وثبوتِ مطلق الأُجرة، وإنّما اختلفا في القدر والموجرُ يدّعي زيادةً ينكرها المستأجر فالقول قوله إلّا مع البيّنة[٤]. «ك».

قوله: «الثالثة: لو قطع الخيّاط ثوباً قباءً فقال المالك: أمرتك بقطعه قميصاً، فالقول قول المالك مع يمينه. وقيل: قول الخيّاط. و الأوّل أشبه»[٥].

أقول: هذا قول الشيخ في الخلاف[٦] في باب الوكالة، وبه قال ابن إدريس[٧]؛ لأنّه غارم.

والأوّل أشبه؛ لأنّ الخيّاط مدّعٍ فعليه البيّنة.

[قوله:] «ولا أُجرة له»[٨]

[أقول:] أي على الخياطةِ وقطعِه قَباءً.

---

(١) المبسوط ٣: ٢٦٦.

(٢) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ١٤٩.

(٣) المهذّب ١: ٤٧٤.

(٤) إيضاح الفوائد ٤: ٣٩٣.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٥٠.

(٦) الخلاف ٣: ٣٤٨، ذيل المسألة ١١. وكذا في المبسوط ٣: ٢٤٨.

(٧) السرائر ٢: ٤٧٥.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ١٥٠.



[كتاب الوكالة]



قوله: «كتاب الوكالة»[1].

أقول: قال المصنّف في النافع: الوكالة عبارة عن الإيجاب والقبول الدالّين على الاستنابة في التصرّف[2]. وفيه نظرٌ من وجوهٍ:

[أ.] إنّه إن أراد مفهومَها اللغويَّ فهو صفة للوكيل، والاستنابةُ صفةٌ للموكّل، فلا يجوز تعريف أحدهما بالآخر؛ لتباينهما. وإن أراد بها عقدَ الوكالة فسد؛ لأنّ عقد الوكالة هو التوكيل، والتوكيل هو الاستنابة فيكون تقدير الكلام: التوكيل الدالّ على التوكيل.

ب. إنّ [١٠٥ أ] الوكالة كما تكون في الأفعال كذا تكون في الأقوال، ولا يطلق التصرّف على بعض ما يتعلّق به الوكالة من الأقوال إلّا مجازاً، والمجاز لا يُستعمَل في التعريفات.

ج. لو أمره بالغصبِ مثلاً أو عقدٍ فاسدٍ صدق عليه الحدّ دون المحدود.

ويمكن أن يُجاب عن الأوّل[3] بأنّ المراد من الإيجاب والقبول لفظُهما، ومن الاستنابة معناها فلا يفسد.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٥١.

(٢) المختصر النافع ١: ١٥٤.

(٣) في المخطوطة: «آ» بدل «الأوّل».

قال[١]: الأجود في تعريفها: عقد يفيد نيابةَ الغير في شيء للمستنيب أن يتولّاه بنفسه وبغيره. قولنا: «في شيء» ليعمّ جميع ما يقع منه من الأقوال والأفعال. وقولنا: «للمستنيب» ـ إلى آخره ـ احتراز من الغصبِ، والعقدِ الفاسد. وقولنا: «وبغيره» احتراز عمّا ليس له أن يتولّاه بغيره، كالواجب المعيّن والنذر واليمين. «ك»[٢].

قوله: «ولو وكّله في شراء عبد افتقر إلى وصف لينتفي الغرر»[٣].

أقول: فربّما اشترى له عبداً لا يمكن الوفاء به؛ إذ العبيد مختلفة الأثمان.

قوله: «ولو وكّله مطلقاً[٤] **لم يصحّ على قول. والوجه الجواز»**[٥].

أقول: القول للشيخ[٦]. «والوجه الجواز»؛ لأنّ الإطلاق ينصرف إلى الماهيّة المطلقة. «ر».

قوله: «وللموكّل أن يعزله بشرط أن يُعلِمَه العزل. ولو لم يُعلِمه لم ينعزل بالعزل. وقيل: إن تعذّر إعلامه فأشهد انعزل بالعزل والإشهاد. والأوّل أظهر»[٧].

أقول: لا خلاف في أنّه إذا عزله ولم يمكن إعلامُه ولا أَشهَد أنّه لا ينعزل. وكذا إذا عزله وأمكن إعلامه ولم يُعلِم. أمّا إذا لم يمكن إعلامُه وأشهد هل ينعزل بذلك أم لا؟

---

(١) في المخطوطة زيادة: «ف»، ولعلّه من إضافات الكاتب.

(٢) التنقيح الرائع ٢: ٢٧٩.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٥١.

(٤) في المخطوطة زيادة: «على».

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٥١.

(٦) المبسوط ٢: ٣٩١ ـ ٣٩٢.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ١٥١ ـ ١٥٢.

قال في النهاية: نعم[١]. واختاره القاضي[٢] والتقيّ[٣] وابن إدريس[٤]؛ لأنّ الوكالة عقد جائز، و«الناس مسلّطون على أموالهم»[٥].

قيل عليه: لو انعزل ولم يَعلَم، لزم الإضرارُ لو اشتُرِيَ منه ثوبٌ أو دارٌ أو غيرُهما، وحصل التصرّف باللُّبس والهدمِ وغيرِ ذلك من الإتلافات، والضرر منفيّ شرعاً[٦].

وأيضاً قال الشيخ [في] الخلاف: لا يتعلّق حكم النهي بالمنهي إلّا بعد علمه به، ولذلك لمّا سمع أهلُ قُبا وهم في الصلاة أنّ القبلة حُوِّلت داروا ولم يعيدوا صلاتَهم[٧].

أُجيب بأنّ الضرر معارَض بما لو خرج المبيعُ مستحَقّاً، وقد أتلفه المشتري أو تصرّف. ويُعارَض أيضاً بضرر الموكّل لو فاتته مصلحة ضروريّة على تقدير عدم الانعزال، ولا يلزم ذلك مع تمكّنه من الإعلام؛ لأنّه أدخل الضرر على نفسه، فكلّ ما أُجيب به فهو جوابنا في صورة النزاع. وأمّا عدم إعادة أهل قُبا الصلاةَ؛ فلأنّ التكليفَ مشروطٌ بالعلم ولمّا انتفى علمُهم بالتحويل سقط تكليفُهم بالإعادة وأجزأت صلاتهم، وليس كذلك[٨] الوكالة، بل هي مثل الطلاق الذي لا يُشترَط فيه علم الزوجة[٩].

---

(١) النهاية: ٣١٨.

(٢) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٢٦.

(٣) الكافي في الفقه: ٣٣٨.

(٤) السرائر ٢: ٩٣. في المخطوطة زيادة: «نعم».

(٥) الخلاف ٣: ١٧٦ ـ ١٧٧؛ عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، ح ٩٩.

(٦) راجع: التنقيح الرائع ٢: ٢٨١.

(٧) الخلاف ٣: ٣٤٣، ذيل المسألة ٣.

(٨) في المخطوطة: «كذا»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٢: ٢٨٣.

(٩) التنقيح الرائع ٢: ٢٨٣.

وقال الشيخ [في] الخلاف[(١)] وابن الجُنيد[(٢)]: لا ينعزل إلّا بعد العلم؛ لاستحالة تكليف الغافل؛ لأنّه حكمٌ شرعيّ، والحكم الشرعيُّ لو لزم المكلّفَ قبل علمه به لزم تكليفُ الغافل، ولأنّه حرج، ولرواية هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام أنّه قال: «إنّ الوكيل إذا وُكِّل ثمّ قام عن المجلس فأمرُه ماضٍ أبداً، والوكالة ثابتة حتّى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو يشافهه بالعزل»[(٣)]. ومثله رواية أبي هلالٍ الرازي عنه عليه السلام[(٤)]. وفي حديث العلاء بن سَيابة عن الصادق عليه السلام: أنّ عليّاً عليه السلام قضى بذلك[(٥)].

وأمّا العلّامة فحكمَ بالعزل، سواءٌ أعلمه العزل أو لا؛ محتجّاً بأنّه لولاه لكانت لازمة في ذلك الوقت، وبطلان التالي يستلزم بطلان المقدّم. ولأنّه لو أعتق العبد الذي وكّله في بيعه أو عتقه لانعزل، وكذا لو باعه، فإذا لم يُعتبَر العلم في العزل الضمنيّ ففي صريح العزل أَولى[(٦)].

وفيه نظرٌ؛ للفرق بعدم القائل في الضمنيّ ضرورةً. ولا يرد أنّه هنا بعدم شرط الفاعل[(٧)]؛ لأنّه أوّل المسألة، فهو مصادرة على المطلوب. «ك. ف»[(٨)].

قوله: «وتبطل الوكالة بالموت والجنون»[(٩)] إلى آخره.

---

(١) الخلاف ٣: ٣٤٢ ـ ٣٤٣، المسألة ٣.

(٢) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٢٦.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ٨٦ ـ ٨٧، ح ٣٣٨٥؛ تهذيب الأحكام ٦: ٢١٣، ح ٥٠٣.

(٤) الكافي ٦: ١٢٩، ح ٤؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ٨٣، ح ٣٣٨٢؛ تهذيب الأحكام ٦: ٢١٤، ح ٥٠٥.

(٥) من لا يحضره الفقيه ٣: ٨٤، ح ٣٣٨٣؛ تهذيب الأحكام ٦: ٢١٤، ح ٥٠٦.

(٦) تذكرة الفقهاء ١٥: ١٥٢ ـ ١٥٣.

(٧) في المخطوطة: «شرطا لفاعل»، وصحّحناه كما في إيضاح الفوائد ٢: ٣٥٣.

(٨) إيضاح الفوائد ٢: ٣٥٣.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ١٥٢.

أقول: لأنّه في الجنون يصير محجوراً عليه ـ كالصبيّ ـ بخلاف النوم؛ فإنّه لا حجر فيه. «ر».

قوله: «وإطلاق الوكالة يقتضي الابتياعَ بثمن المثل بنقد البلد حالّاً وأن يبتاع الصحيح»[(١)].

أقول: بخلاف القراض؛ لأنّه لو ابتاع المعيبَ جاز؛ لأنّ الغرض الربحُ، وفي الوكالة الغبطةُ[(٢)].

قوله: «وقيل: يلزم الدلّال» إلى آخره.

[أقول:] قاله الشيخ في النهاية[(٣)].

قوله: «وإطلاق الوكالة في البيع يقتضي تسليمَ المبيع» إلى قوله: **«وكذا إطلاق الوكالة في الشراء»**[(٤)] إلى آخره.

أقول: يرد هنا سؤال، وهو: أنّهم حكموا بأنّه لا يجوز أن[(٥)] يسلّم المبيعَ حتّى يتسلّم الثمنَ ولا الثمنَ حتّى يتسلّم المبيع.

وجوابه: أنّ ذلك محمول على من هو وكيلٌ فيهما معاً لا في المطلق. ولو سلّم فللوكيل أن يمنع حتّى يَدفَع الغريمُ المبيعَ أو الثمنَ إلى موكّله.

والمصنّف في هذه المسألة يلوّح بالردّ على بعض العامّة[(٦)] حيث جوّز قبضَ

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٥٢.

(٢) في المخطوطة: «القينة».

(٣) النهاية: ٤٠٧؛ وهو فيما إذا كان الدلّال وكيلاً.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٥٣.

(٥) في المخطوطة: «أو».

(٦) راجع: بدائع الصنائع ٧: ١٩٥؛ المغني ٥: ٢١٩؛ المجموع ١٤: ١١٦.

المبيع ـ لقضيّة العرف ـ مع أنّه منع من قبض الثمن ـ لأنّه لم يؤذن فيه ـ فيتوجّه سؤال الفرق، أي ما الفرق بين المبيع والثمن ومع عدم الإذن فيهما حتّى جوّز قبض المبيع ولم يجوّز قبض الثمن؟! «ش»[١].

قوله: «وأمّا ما تدخله النيابة فضابطه ما جُعِل ذريعةً إلى غرضٍ لا يختصّ بالمباشرة، كالبيع وقبض الثمن» إلى قوله: **«وإثبات الحجج والحقوق»**[٢] إلى آخره.

أقول: قال الشيخ والمفيد في أحد قوليه: إذا وكّل الإنسان غيره في الخصومة عنه والمحاكمة وقَبِل الوكيلُ يجب له ما يجب لموكّله، ويجب عليه ما يجب على موكّله إلّا ما يقتضيه الإقرار من الآداب والحدود والأيمان[٣]، وتخصيص المستثنى لأجل تخصيص المستثنى منه.

وقال في الخلاف: إذا أذِنَ له في الإقرار عنه صحّ إقراره ولزم الموكّلَ ما أقرَّ به، فإن كان ذلك معلوماً لزم وإن كان مجهولاً رُجِع في تفسيره إلى الموكّل دون الوكيل. وللشافعي فيه قولان [...]، وقال ابن سريج: لا يصحّ من الوكيل الإقرار عن الموكّل بحال ولا تصحّ الوكالة في ذلك. قال: دليلنا أنّه لا مانع من ذلك والأصل جوازه. وأيضاً قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»[٤]. وهذا شَرَط أن[٥] يلزمه ما يقرّ به الوكيل فيجب أن يكون ذلك جائزاً[٦].

---

(١) غاية المراد ٢: ٢٩٢.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٥٤.

(٣) المقنعة: ٨١٦؛ المبسوط ٢: ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ٣٧١، ح ١٥٠٣.

(٥) في المخطوطة: «أنّه».

(٦) الخلاف ٣: ٣٤٤، المسألة ٥.

والذي أختاره أنّ الوكيل إن أقرَّ بإذن الموكّل [١٠٦ أ] فإذنه هو الإقرار، وإقرار الوكيل لغو، وإن أقرَّ بغير إذنه ولم تكن وكالتُه عامّةً بطل ولم يلزم الموكّلَ حكمُه، وإن كانت عامّةً لم يدخل الإقرار؛ إمّا لأنّه ليس ممّا يدخل فيه الوكالة؛ لأنّ حكمه يختصّ بالمتكلّم به إذا أنبأ عن نفسه. أو لأنّه[(١)] ليس للموكّل فيه مصلحة فلا يملكه الوكيل؛ لِما تقرّر من وجوب مراعاة مصلحة الموكّل. «ك»[(٢)].

قوله: «ولو وكّل على كلّ قليلٍ وكثير قيل: لا يصحّ؛ لما يتطرّق من الضرر. وقيل: يجوز ويندفع الخبال[(٣)] باعتبار المصلحة. وهو بعيد عن موضع الفرض»[(٤)] إلى آخره.

أقول: الأوّل قول الشيخ في الخلاف؛ لِما فيه من الضرر العظيم، فربّما ألزمه بالعقود ما لا يمكن الوفاء به، وما يؤدّي إلى ذهاب ماله، مثل أن يزوّجه بأربع حرائر ثمّ يطلّقهنّ قبل الدخول، فيلزمه نصف مهورهنّ، ثمّ يزوّجه بأربع أُخرى وعلى هذا. أو يشتري[(٥)] له من الأرض والعقار وغيرهما ممّا لا يحتاج إليه وفي ذلك غرر[(٦)].

والثاني قول ابن إدريس[(٧)]، وينصرف إلى ما كان مصلحةً له. وفيه نظرٌ؛ لأنّ الإطلاق يتناول جميعَ ما يضرّ وينفع، والعقد إذا قبل هذا الضرر كان فاسداً، وصرفُه

---

(١) في المخطوطة: «لا أنه»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٢: ٢٩١.

(٢) التنقيح الرائع ٢: ٢٩٠ ـ ٢٩١.

(٣) في المخطوطة: «الجبال»، وفي شرائع الإسلام: «الحال»، وصحّحناه كما فيما حكي عن الشرائع في الحدائق الناضرة ٢: ٤٣.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٥٤.

(٥) في المخطوطة: «شرى».

(٦) الخلاف ٣: ٣٥٠، المسألة ١٤.

(٧) السرائر ٢: ٨٩.

إلى ما هو مصلحة خارج عن مقتضى العقد الذي أوقعه[١].

قوله: «وهو بعيد عن موضع الفرض»[٢].

[أقول] لأنّه أعمّ منه. «ر»[٣].

قوله: «ولو بلغ عشراً جاز أن يوكّل فيما له التصرّف فيه، كالوصيّة والصدقة والطلاق على رواية»[٤].

أقول: رواية سماعةَ[٥]، وابن بكير[٦]، وفي رواية أبي الصبّاح الكِنانيّ[٧] المنع.

قوله: «ولو وكّله إنسانٌ في شراء نفسه من مولاه صحّ»[٨] إلى آخره.

أقول: كما لو وكّله في شراء عبدٍ آخر بإذن سيّده.

وقيل: لا يصحّ؛ لأنّ يدَ العبد كيد سيّده، وإيجابَه وقبولَه بإذنه بمنزلة إيجاب سيّده وقبوله، فيلزم أن يكون موجباً قابلاً[٩]. «ر».

قوله: «ولو كان المملوك مأذوناً له في التجارة جاز أن يوكّل فيما جرت العادة بالتوكيل فيه»[١٠] إلى آخره.

---

(١) التنقيح الرائع ٢: ٢٩٠.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٥٥.

(٣) التنقيح الرائع ٢: ٢٩٠.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٥٥.

(٥) الكافي ٦: ١٢٤، ح ١؛ تهذيب الأحكام ٨: ٧٦، ح ٢٥٥.

(٦) الكافي ٦: ١٢٤، ح ٤؛ وفيه: «لايصح» وهو سهو؛ تهذيب الأحكام ٨: ٧٦، ح ٢٥٧.

(٧) الكافي ٦: ١٢٤، ح ٢؛ تهذيب الأحكام ٨: ٧٦، ح ٢٥٦.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ١٥٥.

(٩) حكاه الشيخ الطوسي في المبسوط ٢: ٣٩٣ ـ ٣٩٤. راجع: الحاوي الكبير ٦: ٥٣٦.

(١٠) شرائع الإسلام ٢: ١٥٥.

أقول: بأن يكون من لوازم التجارة ومتعلَّقاتها. «ر».

قوله: «وتصحّ الوكالة في الطلاق للغائب إجماعاً، وللحاضر على الأظهر»[١].

أقول: هذا قول الشيخ في المبسوط[٢] والخلاف[٣] والمفيد [في] المقنعة[٤] وابن إدريس[٥]؛ لأنّه فعلٌ قابلٌ للنيابة فلو لم تَجُز من الحاضر لم تجز من الغائب؛ واللازم باطل فكذا الملزوم. والملازمة ظاهرة؛ فإنّ ما تجوز الوكالة فيه وما لا تجوز لا يختلف حكمُه بالغَيبة والحضور. وللإجماع على أنّ الحَكَمَين إذا طلّقا وقع وإن كان الزوج حاضراً في البلد.

ومنع ذلك الشيخُ [في] النهاية[٦]؛ لرواية زرارة عن الصادق عليه السلام: «لا تجوز الوكالة في الطلاق»[٧]، فيحمل [على] الحاضر؛ جمعاً بين الروايات. وهي ضعيفةٌ؛ لأنّ من رجالها ابنَ سَماعةَ[٨] وجعفرَ بن سَماعةَ[٩]، مع كونها منافية للأصل وللإجماع. «ك»[١٠].

قوله: «هل تصحّ في طلاق نفسها؟ قيل: لا. وفيه تردّد»[١١].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٥٥.

(٢) المبسوط ٢: ٣٦٢.

(٣) الخلاف ٣: ٣٤١، المسألة ١.

(٤) المقنعة: ٨١٦.

(٥) السرائر ٢: ٨٥.

(٦) النهاية: ٣١٩، ٥١١.

(٧) الكافي ٦: ١٠٦، ح ٦؛ تهذيب الأحكام ٨: ٣٩، ح ١٢٠.

(٨) هو حسن بن محمّد بن سماعة من شيوخ الواقفة. رجال الشيخ الطوسي: ٤٠، الرقم ٨٤.

(٩) جعفر بن سماعة واقفيّ. رجال الشيخ الطوسي: ٣٣٤، الرقم ٤٩٦٩.

(١٠) كشف الرموز ٢: ٣٨ ـ ٣٩.

(١١) شرائع الإسلام ٢: ١٥٦.

أقول: يأتي بيان منشاه [١٠٦ ب] في الطلاق[(١)].

قوله: «وهل يتوكّل المسلم للذمّي على المسلم؟ فيه تردّد، والوجه الجواز على كراهة»[(٢)].

أقول: ينشأ من منع الشيخين [في] النهاية[(٣)] [و]المقنعة[(٤)]، ولأنّه نوع سلطنة؛ إذ يدُ الوكيل يدُ الموكّل الكافر فلا تصحّ؛ عملاً بالآية[(٥)]. ومن أصالة الجواز ولعدم الخلاف في أنّ للذمّيّ المطالبة بأيّ نوع كان، أعني بنفسه أو بغيره؛ إذ لا مانع من ذلك.

وذهب في الخلاف[(٦)] [و]المبسوط[(٧)] إلى الكراهة، وعليه ابن إدريس[(٨)] وصاحب الوسيلة[(٩)] هو ابن حمزة[(١٠)]. وهو حسنٌ؛ لأنّه جمعٌ بين القولين.

وقال سلّار[(١١)] بالجواز. قال بعض شارحي رسالته[(١٢)]: إنّ الخبر الوارد بذلك للتقيّة، والأخبار بالمنع كثيرة[(١٣)]. «ر».

---

(١) يأتي عند قول الماتن: «وتجوز الوكالة في الطلاق ...».

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٥٧.

(٣) النهاية: ٣١٧.

(٤) المقنعة: ٨١٧.

(٥) النساء (٤): ١٤١.

(٦) الخلاف ٣: ٣٥٠، المسألة ١٥.

(٧) المبسوط ٢: ٣٩٢.

(٨) السرائر ٢: ٩٠.

(٩) الوسيلة: ٣٢٣.

(١٠) كذا في المخطوطة، ولعلّ عبارة «هو ابن حمزة» انتقلت من الهامش إلى هنا.

(١١) المراسم العلويّة: ٢٠١.

(١٢) كذا في المخطوطة، والظاهر أنّ المراد به شارح المراسم العلويّة.

(١٣) لم نعثر عليه مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتب الفقهاء.

قوله: «وإن امتنع الموكّل من البيع» إلى قوله: «من هذه السلعة» [(١)].

أقول: لأنّ الشرط واقع وليس بمتوقّع؛ لأنّه يعرف أنّه أمره، وأنّه في الحقيقة ملكه. «ر».

قوله: «ولو وكّله في بيع فاسدٍ لم يملك الصحيح» [(٢)].

[**أقول:**] هذا قول الشيخ [في] الخلاف [(٣)]، كما إذا أمره بالبيع إلى أجلٍ مجهول ـ كقدوم الغزاة ـ فباع هو إلى أجلٍ معيّن، فقال الشافعيّ: لا يملك ذلك [(٤)]، وقال أبو حنيفة: يملكه [(٥)]. واختاره بعض الفضلاء؛ لأنّه أمَرَه بشيءٍ مركّب من شيئين: البيع والأجل، [والأجل] لا يدخل في حقيقة البيع، وفساد [(٦)] أحدهما لا يقتضي فساد الآخر، كما إذا أمره بشراء شاة وخنزير. فعلى هذا يملك الوكيلُ مطلقَ البيع، فإذا باع بيعاً مطلقاً صحَّ وانصرف إلى الحالّ؛ لأنّ الإطلاق يقتضي الحلولَ. ولو باع بأجلٍ معلوم يحتمل أن يقال: إن باع بأجل هو أقلّ ممّا [(٧)] يحتمل المجهولُ المأمورُ به صحّ، وإلّا بطل. وإنّما قلنا ذلك لأنّه أمره بأجلٍ مقيّدٍ بقيدٍ فاسدٍ ولا يقتضي فسادُ القيد فسادَ مطلق الأجل فينصرف إلى الأقلّ. وأمّا الشراء فلا يملكه بالثمن الحالّ؛ لأنّ مصلحة حلول الثمن مرجوحة بالنسبة إلى الموكّل.

ويحتمل أن يملك أكثر أجل يحتمله الأجلُ المجهول المأمور به بعين ما قلناه [(٨)]. «ك».

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٥٨.

(٢) المصدر ٢: ١٥٩.

(٣) الخلاف ٣: ٣٥٢، المسألة ٢٠.

(٤) راجع: المجموع ١٤: ١٣٨.

(٥) راجع: المسبوط للسرخي ١٩: ٨.

(٦) في المخطوطة: «فقال»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٢: ٢٨٩.

(٧) في المخطوطة: «ما».

(٨) التنقيح الرائع ٢: ٢٨٨ ـ ٢٨٩.

قوله: «ولا بشاهد ويمين، على قول مشهور»[١].

أقول: ذكره الشيخ والمفيد [في] النهاية[٢] والمقنعة[٣]؛ لرواية محمّد بن مسلم عن الصادق عليه السلام أنّه قال: «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا عُلِم فيه خيرٌ مع يمين الخصم في حقوق الناس»[٤]. «ر»[٥].

قوله: «ولو اختلفا في لفظ العقد بأن يشهد أحدهما أنّ الموكّل [قال]: "وكّلتُك" ويشهد الآخر أنّه قال: "استنبتُك" لم تُقبَل» إلى قوله: «وفيه تردّد»[٦] إلى آخره.

أقول: ينشأ من أنّ ثبوتَ هذه الولاية حكمٌ شرعيّ فيقف على دليله، وليس، ولأنّ[٧] شرط قبول شهادة الشاهدَين تواردُهما على العقد الواحد وهو منتفٍ هنا؛ لأنّ «وكّلتك» غيرُ «استنبتك». ومن أنّ المعتبر في قبول الشهادة الاتّفاقُ على المعنى الواحد وهو حاصل، [و]لأنّ حاصل هذه الشهادة يرجع إلى أنّ الشاهدَين قد شهدا في وقتين، وقد بيّنّا قبول ذلك. وفيه نظرٌ؛ فإنّا نمنع قبول تلك الشهادة. «ر»[٨].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٥٩.

(٢) لم نعثر عليه في النهاية، بل صرّح في المبسوط (٧: ٢٤٨) بعدم إثبات الوكالة بشاهد ويمين. وقال الصيمريّ ذيلاً لقول المصنّف هذا: «المشهور بين الأصحاب عدم ثبوت الوكالة بشاهد ويمين، ولا أعلم في ذلك خلافاً؛ لأنّ جميع الولايات لا تثبت بغير الشاهدين العدلين الذكرين. والمصنّف لمّا لم يقف على دليل مقنع عنده على ذلك نسبه إلى القول المشهور، كما جرت عادته في ذلك من أنّ كلَّ قول يجده مشهوراً بين الأصحاب لا يختلفون فيه ولم يجد عليه دليلاً أشار إليه بالمشهور». غاية المرام ٢: ٣٤٩.

(٣) لم نعثر عليه في المقنعة، بل صرّح فيه (٧٢٧) بالحكم بشاهد ويمين في الأموال.

(٤) تهذيب الأحكام ٦: ٢٧٣، ح ٧٤٦.

(٥) في المخطوطة زيادة: «ذكره الشيخ في التهذيب».

(٦) شرائع الإسلام ٢: ١٦٠.

(٧) في المخطوطة: «إذ» بدل «ولأنّ»؛ وصحّحناه كما في إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٢٧.

(٨) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٢٧ ـ ٣٢٨.

[١٠٧ أ] **قوله: «تفريع: لو ادّعى الوكالة عن غائب»** إلى قوله: **«ولا يرجع أحدهما على الآخر»**[(١)].

أقول: لأنّ الوكيل بقبض المال قد علم براءةَ ذمّة[(٢)] الغريم، فلا رجوع له عليه بما ظلمه الموكّل، والغريمُ يعترف بأنّ الوكيل يدُه يدُ أمانةٍ لا غُرم عليه فيما تَلِف في يده وظَلَمه الموكِّلُ باستيفائه منه. «ر».

قوله: «وكذا لو كان الحقّ دَيْناً، وفيه تردّد»[(٣)].

[أقول:] لأنّه بمنزلة الإقرار فإذا أقرّ وجب عليه دفعُه؛ لإقراره وتصديقه. وبه قال ابن إدريس[(٤)].

وقال الشيخ[(٥)]: لم يجبر.

وينشأ التردّد من أنّ الغريم مصدِّق لدعوى الوكالة فيجب عليه التسليمُ إلى من اعترف له بالتوكيل؛ لعموم قولهم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[(٦)]، ومن أنّ تصادق الغريم والوكيل على الوكالة إثباتٌ لنوع ولاية التصرّف في مال الغير، فلا يسمع إلّا ببيّنته. والشيخ[(٧)] لم يوجب مطلقاً[(٨)].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٦٠.

(٢) في المخطوطة: «الذمّة».

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٦٠.

(٤) السرائر ٢: ٩٨.

(٥) المبسوط ٢: ٣٨٦ ـ ٣٨٧؛ الخلاف ٣: ٣٤٩، المسألة ١٢.

(٦) عوالي اللآلي ١: ٣٢٧، ح ١٠٤؛ ج ٢: ٢٥٧، ح ٥؛ ج ٣: ٤٤٢، ح ٥. راجع: الخلاف ٣: ٥٩٧، المسألة ٢٦.

(٧) المبسوط ٢: ٣٨٦ ـ ٣٨٧؛ الخلاف ٣: ٣٤٩، المسألة ١٢.

(٨) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٢٨.

قوله: «أو ادّعى الردّ قبل المطالبة قيل: لا تُقبَل دعواه» إلى قوله: «تُقبَل»[١].

أقول: قاله الشيخ في المبسوط[٢]. والوجه القبول؛ لاحتمال الصدق. «ر».

قوله: «وفصّل[٣] آخرون» إلى قوله: «والأوّل أشبه».

[أقول:] لما فيه من الفائدة الّتي لا تحصل إلّا بالإشهاد، وله أن يمتنع.

قوله: «الخامسة: الوكيل في الإيداع إذا لم يشهد على الودعيّ» إلى قوله: «وفيه تردّد»[٤].

أقول: ينشأ من أنّه فَعَل ما أُمِرَ به، فلا شيء عليه، ومن حيث إنّ القضاء هو البراءة ظاهراً وباطناً، ولم يفعله. «ر».

قوله: «السابعة: إذا أذن الموكّل لوكيله في بيع ماله من نفسه فباع جاز، وفيه تردّد»[٥].

أقول: ينشأ من قول الشيخ بالجواز ـ للأصل ـ ذكره في المبسوط[٦]، ومن أنّه يكون موجباً قابلاً معاً وهو غير جائز.

والحقّ الجواز والتغايرُ بالاعتبار كافٍ.

وقال كثير من الأصحاب[٧] بالمنع؛ للتّهمة، ولأنّ شرط اللزوم [التفرّق] وهو لا

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٦١.

(٢) المبسوط ٢: ٣٧٤ ـ ٣٧٤.

(٣) في المخطوطة: «وفصّله».

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٦١.

(٥) المصدر ٢: ١٦٢.

(٦) المبسوط ٢: ٣٨١.

(٧) نسبه إلى الشيخ وابن إدريس وابن الجنيد الزهدري في إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٢٨؛ وإلى الشيخ وابن إدريس وكثير من الأصحاب الشهيد في غاية المراد ٢: ٢٩١. راجع: النهاية: ٣٧٤؛ السرائر ٢: ٩٧ ـ ٩٨.

يحصل بين الشخص ونفسه.

والأقوى الجواز؛ للأصل، ولجوازه في الأب والجدّ، فكذا الوكيل مع تحقّق التهمة فيهما. «ش»[١].

وأمّا مع عدمِ الإذن وإطلاقِ الوكالة فمنع في المبسوط[٢] [و]الخلاف[٣] وابن الجنيد[٤] وابن إدريس[٥] البيع من نفسه.

وفي حكمه عبده، وألحقَ الشيخ[٦] ولده؛ إذ المفهوم البيع على غيره، ولا مغايرة بين الشخص ونفسه.

وجوّزه التقيّ[٧] والعلّامة [في] المختلف[٨]؛ لأنّ القصدَ المعاوضةُ، ولجوازه في الأب، وللأصل. «ش»[٩].

قوله: «الثانية: إذا اختلفا في دفع المال إلى الموكّل» إلى قوله: «وقيل: القول قول المالك. وهو الأشبه»[١٠].

أقول: قوله: «مشهور» قاله الشيخ في المبسوط[١١]؛ لأنّه أمين، ولأنّه قبض المال

---

(١) غاية المراد ٢: ٢٩١؛ وما بين الهلالين منه.

(٢) المبسوط ٢: ٣٨١.

(٣) الخلاف ٣: ٣٤٦، المسألة ٩.

(٤) حكاه عنه الزهدريّ في إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٢٨؛ والعلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٣١.

(٥) السرائر ٢: ٩٧ ـ ٩٨.

(٦) المبسوط ٢: ٣٨١؛ الخلاف ٣: ٣٤٦، المسألة ٩.

(٧) الكافي في الفقه: ٣٦٠.

(٨) مختلف الشيعة ٥: ٥٧؛ ج٦: ٣٢.

(٩) غاية المراد ٢: ٢٩١.

(١٠) شرائع الإسلام ٢: ١٦٢ ـ ١٦٣.

(١١) المبسوط ٢: ٣٧٢ ـ ٣٧٣.

لمنفعة غيره فجرى مجرى الودعيّ. وأمّا إذا كان بجعل فقول الموكّل؛ لأنّ قبض الوكيل لمصلحته فهو كالمرتهن والمستعير[١].

والثاني قول [١٠٧ ب] ابن إدريس[٢]؛ لأصالة عدم الردّ لأنّ الوكيلَ مدّعٍ والبيّنة على المدّعي، والموكّلَ منكر واليمين على من أنكر، ولأنّه في معنى الوصيّ المأمور بالإشهاد في قوله تعالى: ﴿فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾[٣]، فلو كان قوله مقبولاً استغني عنه. وفي الأخير نظرٌ؛ لأنّ فائدته إزالة التُّهمة ودفع اليمين. «ش»[٤].

قوله: «الخامسة: إذا زوّجه امرأة فأنكر الوكالة ولا بيّنة كان القول قول الموكّل مع يمينه» إلى قوله: «وهذا قويّ»[٥].

أقول: أمّا الأوّل فهو قول الشيخ [في] النهاية[٦] والقاضي[٧] والكيدريّ[٨]، وجوّز الشيخ لها التزويج، وأوجب على الموكّل الطلاق مع التوكيل؛ لأنّ المهر ثابت بالعقد، فلا ينتصف إلّا بالطلاق.

وأمّا الثاني فقوله في المبسوط[٩] وابن إدريس[١٠]؛ لرواية عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام في رجلٍ قال لآخر: اخطب لي فلانة، إلى أن قال: فلمّا رجع إليه أنكر

---

(١) غاية المراد ٢: ٢٩٨.

(٢) السرائر ٢: ٨٦ ـ ٨٧.

(٣) النساء (٤): ٦.

(٤) غاية المراد ٢: ٢٩٨.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٦٣.

(٦) النهاية: ٣١٩.

(٧) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٢٩.

(٨) إصباح الشيعة: ٣٢١.

(٩) المبسوط ٢: ٣٨٦.

(١٠) السرائر ٢: ٩٣.

ذلك كلّه، قال: يُغرَّم لها نصف المهر، وذلك أنّه هو الّذي ضيّع حقّها[١]. يعني بعدم الإشهاد على توكيل الزوج؛ لتضمّن الوكالة أنّه لم يشهد، ولأنّه فسخ قبل الدخول فيجب معه النصف كالطلاق[٢].

وأمّا الثالث فنقله المصنّف وأطلق، والعلّامة[٣] نقله عن بعض علمائنا، ولم نظفر بقائله؛ لأنّ إنكار الموكّل للوكالة يقتضي رفع العقد ظاهراً، وثبوت المهر يتوقّف على لزوم العقد، ولأنّ الزوج إنّما يلزمه المهر لكونه عوض البضع، والوكيل ليس بزوج[٤].

وأمّا وجوب طلاقها على الزوج فلئلّا تتزوّج بغيره وهي في العقد، وفي الرواية: «حلّ لها أن تتزوّج ولا تحلّ للأوّل فيما بينه وبين الله إلّا أن يطلّقها؛ لأنّ الله تعالى يقول: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[٥]، فإن لم يطلّقها فهو مأثومٌ فيما بينه وبين الله»[٦]. «ش»[٧].

قال بعض الفضلاء: الذي يقتضيه النظر أنّ الوكيل إن أقام البيّنة ثبت العقد والمهر، وإلّا حلف الموكّل يبرئ من العقد والمهر ظاهراً، ولم يلزم الوكيل شيء إلّا أن يتدارك بالمهر؛ لأنّها فرّطت في حقّها. وإن ردّ الموكّل اليمينَ على الوكيل فكالأوّل، وإن نكل فكالثاني.

ثمّ الموكل إن كان قد وكّله فعليه أن يطلّقها فيما بينه وبين الله، فيثبت في ذمّته

---

(١) من لا يحضره الفقيه ٣: ٨٥ ـ ٨٦، ح ٣٣٨٤؛ تهذيب الأحكام ٦: ٢١٣ ـ ٢١٤، ح ٥٠٤.

(٢) غاية المراد ٢: ٣٠٠.

(٣) مختلف الشيعة ٦: ٢٩ ـ ٣٠.

(٤) غاية المراد ٢: ٣٠٠ ـ ٣٠١.

(٥) البقرة (٢): ٢٢٩.

(٦) من لا يحضره الفقيه ٣: ٨٥ ـ ٨٦، ح ٣٣٨٤؛ تهذيب الأحكام ٦: ٢١٣ ـ ٢١٤، ح ٥٠٤.

(٧) غاية المراد ٢: ٣٠١.

نصف المهر[١].

قوله: «السادسة: إذا وكّله في ابتياع عبدٍ فاشتراه بمائة» إلى قوله: «لأنّه غارم[٢]»[٣].

أقول: الأوّل قول الشيخ في المبسوط[٤].

والثاني اختيار المصنّف والعلّامة[٥]؛ لأصالة عدم الزيادة، ولأنّه غارم.

ويحتمل العمل بالأوّل إن كان الشراء بالعين وإلّا في الثاني، ذكره العلّامة في القواعد[٦]، ونفاه في التحرير[٧]، ووجهه تقديم الغارم منهما. «ش»[٨].

[١٠٨ أ] **قوله: «ولو عزل[٩] أقبلت في الجميع ما لم يكن أقام بها».**

أقول: أي أقام الشهادة في زمن الوكالة وردّت لكونه وكيلاً، ثمّ نهض بها بعد العزل. والباء في «بها» زائدة. «ر».

قوله: «العاشرة: لو وكّل بقبض دَيْنه من غريم له» إلى قوله: «وفيه تردّد»[١٠].

أقول: من أنّه يدّعي على الغريم بقاءَ المال عنده ولا يدّعي على الوكيل شيئاً، بل ينفي وصول شيء إليه، فيكون القول قولَه؛ لأنّ الأصل عدم الوصول.

---

(١) التنقيح الرائع ٢: ٢٩٧ ـ ٢٩٨.

(٢) في المخطوطة: «عازم»، وكذا فيما سيأتي في الشرح.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٦٤.

(٤) المبسوط ٢: ٣٩٢.

(٥) مختلف الشيعة ٦: ٣٩.

(٦) قواعد الأحكام ٢: ٣٧٠.

(٧) تحرير الأحكام ٣: ٤٢.

(٨) غاية المراد ٢: ٢٩٩.

(٩) في المخطوطة: «عزا».

(١٠) شرائع الإسلام ٢: ١٦٤.

ومن أنّ الوكيل أقرَّ بماله أن يفعله شرعاً ويحتمل أن يكون صادقاً فيكون القول قوله، كما تقدّم في الثالثة.

وأيضاً ينشأ من كونه مدّعياً والموكّل منكر[اً] فيكون القول قوله؛ عملاً بقوله ﷺ: «واليمين على من أنكر»[(١)]، ومن كون الوكيل أميناً، فالقول قوله، ولأنّه أقرَّ بماله أن يفعله. «ر»[(٢)].

قوله: «**أمّا لو أمره ببيع سلعة وتسليمها وقبض ثمنها**» إلى قوله: «**في الفرق نظر**»[(٣)].

أقول: لأنّه في الصورتين يدّعي فعل ما أُمِر فيكونان سواءً في الحكم.

قوله: «**ولو ظهر في المبيع عيب ردّه على الوكيل**» إلى قوله: «**كان أشبه**»[(٤)].

أقول: لأنّ الوكيل هنا قد أثبت بيمينه قبضَ الثمن، وقبضُه قبض الموكّل، فكأنّه قد وصل الثمن إليه فيكون للمشتري الرجوع على الموكّل بالعيب.

---

(١) نحوه في الكافي ٧: ٤١٥، ح ١؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٩٩؛ تهذيب الأحكام ٦: ٢٢٩، ح ٥٥٣ و٥٥٤.

(٢) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٢٨ ـ ٣٢٩.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٦٤.

(٤) المصدر نفسه.



[كتاب الوقوف والصدقات]



قوله: «كتاب الوقوف والصدقات»[1].

قوله: «واللفظ الصريح فيه "وقفت" لا غير»[2] إلى آخره.

أقول: ألفاظ الإيجاب ثلاثة أقسام:

١. نصّ، وهو ما لا يحتمل غير المعنى.

٢. صريح، وهو ما ترجّح المعنى فيه بحيث يحمل عند الإطلاق عليه، وقد يحتمل غيره بقرينة فيكون مجازاً في غيره.

٣. كناية، وهو المجمل الذي يتساوى فيه المعنى وغيرُه، فيحمل على الوقف بقرينة، فيصير المجموع منها ومن اللفظ أحد الأوّلين؛ أي النصّ أو الصريح[3].

وما ذكره المصنّف هنا مثال للصريح والكناية، وبالقيود المخرجة ـ أعني الاحتمالات ـ يصير نصّاً.

قوله: «ولو نوى بذلك الوقفَ من دون القرينة دين بنيّته»[4] إلى آخره.

أقول: هذا كلّه قول الشيخ في الخلاف[5]، وقال الشيخ في المبسوط: يقوى في

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٦٥.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) التنقيح الرائع ٢: ٣٠٠.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٦٥.

(٥) الخلاف ٣: ٥٤٢، المسألة ٨.

نفسي أنّ صريح الوقف قولٌ واحد وهو وقفت، وما عداه يحتاج إلى دليل[١]، وقوّاه ابن إدريس[٢] أيضاً، واختاره المصنّف[٣] والعلّامة[٤]؛ لأنّ هذه اللفظة يحصل بها اليقينُ بثبوت الوقف دون ما عداها؛ إمّا للخلاف فيه، أو لأنّها مشتركة فيه وفي غيره معنى، واللفظ الدالّ على المعنى المشترك لا يدلّ على جزئيّ من جزئيّاته بشيء من الدلالات الثلاث فلا يثبت الوقف؛ لأصالة بقاء الملك على مالكه طلقاً[٥] إلّا [ب]السبب اليقينيّ.

[١٠٨ ب] نعم، إذا[٦] انضمّت قرينةٌ دالّةٌ على الوقفيّة ـ كالتأبيد ـ حكم به، كصورة وقف أمير المؤمنين عليه السلام على ما رواه الصادق عليه السلام وهي: «بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدّق به عليّ ابن أبي طالب وهو حيٌّ سويّ تصدّق بداره التي في بني زُرَيق صدقةً لا تباع ولا توهب حتّى يرثها الله الذي يرث السماوات والأرض، وأسكنَ هذه الصدقة خالاته ما عشن وعاش عقبهنّ[٧] فإذا انقرضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين»[٨]. «ك».

قوله: «ولو جهل المتقدّم قيل: يقسم على الجميع» إلى قوله: «كان حسناً»[٩].

---

(١) المبسوط ٣: ٢٩٢.

(٢) السرائر ٣: ١٥٥.

(٣) هنا وفي المختصر النافع: ١٥٦.

(٤) مختلف الشيعة ٦: ٢٩٥.

(٥) التنقيح الرائع ٢: ٣٠١.

(٦) في المخطوطة: «إذ».

(٧) في المخطوطة: «عقبهم»

(٨) من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٤٨، ح ٥٥٨٨؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٣١ ـ ١٣٢، ح ٥٦٠.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ١٦٦.

أقول: قاله الشيخ[١]؛ لأنّ نسبته إليهم سواء. «ر».

قوله: «وهل يصحّ وقف الدنانير والدراهم؟ قيل [لا]»[٢].

أقول: قاله الشيخ[٣] وابن إدريس[٤].

قوله: «وقيل: يصحّ؛ لأنّه قد يفرض لها نفع مع بقاء عينها»[٥] إلى آخره.

أقول[٦]: [...].

[**قوله في**] القسم الثاني في شرائط الواقف: [٧]**«وفي وقف من بلغ عشراً تردّد»**[٨] إلى آخره.

أقول: ينشأ من ثبوت الحجر عليه، ومن قول أصحابنا بجواز صدقته إذا كان مميّزاً والوقف صدقة، والرواية عن زرارة عن الباقر عليه السلام[٩]، ومثلها رواية زُرعة عن سَماعة عن الصادق عليه السلام[١٠].

قال الشهيد: لم أقف على رواية تتضمّن جواز وقفه بلفظ الوقف بل الروايات

---

(١) المبسوط ٣: ٢٩٩.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٦٧.

(٣) المبسوط ٣: ٢٨٨.

(٤) السرائر ٢: ٤٧٩.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٦٧.

(٦) هكذا في المخطوطة.

(٧) في المخطوطة زيادة: «قوله».

(٨) شرائع الإسلام ٢: ١٦٧.

(٩) الكافي ٧: ٢٨، ح ١؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ١٩٧، ح ٥٤٥١؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٨١، ح ٧٢٩.

(١٠) من لا يحضره الفقيه ٣: ٥٠٤، ح ٤٧٦٩؛ تهذيب الأحكام ٨: ٩٤، ح ٣٢١؛ الاستبصار ٣: ٣٠٣، ح ١٠٧٦.

بلفظ الصدقة[١]، ولذلك قال المصنّف: «والمرويّ جواز صدقته». وكذا ليس في الرواية لفظ العشر بل للغلام. قال الشيخ في الاستبصار: وقد حدّ ذلك بعشر سنين[٢].

والأَولى المنع؛ لضعفِ سماعة أوّلاً، وضعفِ الدلالة [ثانياً]؛ لاحتمال بلوغه بالسنّ ولم يحتلم؛ لأنّه قال: سألته عن طلاق الغلام وصدقته ولم يحتلم، فقال: «إذا طلّق للسُّنّة ووضع الصدقة في موضعها وحقّها فلا بأس». وعَمِل بها الشيخ [في] النهاية[٣]. «ك. ش»[٤].

قوله: «ويجوز أن يجعل الواقف النظر لنفسه ولغيره»[٥] إلى آخره.

أقول: لأنّ ذلك لا يستلزم تملُّكَه ومنافاتَه للوقف فيجوز اشتراطه، ولا أعرف له مخالفاً إلّا ابن إدريس[٦]، فإنّه جعل من شرائط الوقف أن لا يتولّى الواقف بنفسه. ولا التفات إلى ما ينفرد به إلّا أن يعضده دليل، ولذلك قال المصنّف في النافع: على الأشبه[٧]. «ك»[٨].

قوله في آخر هذه المسألة: «**بناءً على القول بالملك**»[٩].

---

(١) غاية المراد ٢: ٤٢٤.

(٢) الاستبصار ٣: ٣٠٣، ذيل ح ١٠٧٦.

(٣) النهاية: ٥١٨.

(٤) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٢٩؛ غاية المراد ٢: ٤٢٤.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٦٨.

(٦) السرائر ٣: ١٥٦.

(٧) المختصر النافع: ١٥٧.

(٨) التنقيح الرائع ٢: ٣٠٧ ـ ٣٠٨.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ١٦٨.

أقول: وعلى القول بالانتقال إلى الله يكون النظر للحاكم.

قوله: «و[لو] بدأ بالمعدوم ثمّ بعده على الموجود قيل: لا يصحّ، وقيل: يصحّ على الموجود. والأوّل أشبه»[(١)].

أقول: القولان للشيخ[(٢)]، واحتجّ على الصحّة بأنّه ذكر نوعين أحدهما لا يصحّ الوقف عليه والآخر يصحّ، فيصحّ في مَن يصحّ ويفسد في الآخر[(٣) (٤)].

والأشبه [١٠٩ أ] البطلان؛ إذ لولاه للزم إمّا صحّةُ الوقف مع انتفاء الموقوف عليه، أو وقوعُ الوقف المشروط أو عدمُ جريان الوقف على ما شرط الواقف؛ لأنّ حالة الوقف إن لم يكن هناك موقوف عليه فهو الأوّل، وإن كان وليس[(٥)] من لا يصحّ الوقف عليه إجماعاً فيكون للبطن الثاني، فإمّا أن يحكم بالوقف من حين العقد وهو مخالف للشرط أو بعد انقراض الأوّل فهو وقف معلّق على شرط، وبطلان الثاني باقسامه ظاهر. «ف»[(٦)].

قال الشهيد: وأُجيب بأنّا نلتزم أنّ هناك موقوفاً عليه، ثمّ إن أمكن انقراض الأوّل كان انقراضه شرطاً في تجويز الانتفاع لا في نفوذ الوقف. والنماء للواقف أو ورثته

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٦٨.

(٢) قال بالصحة في الخلاف ٣: ٥٤٤، المسألة ١٠؛ وقوّاه في المبسوط ٣: ٢٩٣، بعد أن قال: «فالذي يقتضيه مذهبنا أنّه لا يصح الوقف؛ لأنّه لا دليل عليه»؛ ونسب القولان إليه في التنقيح الرائع ٢: ٣٠٩.

(٣) الخلاف ٣: ٥٤٤، المسألة ١٠.

(٤) في المخطوطة زيادة: «ولا».

(٥) في المخطوطة: «فليس»، وصححناه كما في إيضاح الفوائد ٢: ٣٨١.

(٦) إيضاح الفوائد ٢: ٣٨١.

كمنقطع الوسط، مع احتمال مساواته لمن لا يمكن انقراضه، ويقال: لمّا كان المصدّر مُحالاً كان شرط الواقف [له] كلا شرطٍ، واتّباع شرط الواقف إنّما يلزم لو كان سائغاً، وبطلان الوقف إنّما يلزم لو لم يكن هناك موقوف عليه، لكنّه موجود قطعاً والواسطة غير صالحة للمانعيّة. «ش»[١].

قوله: «ولو وقف على الكنائس والبِيَع لم يصحّ»[٢].

أقول: قال في النافع: لو وقف [على] ذلك الكافر صحّ، وفيه وجهٌ آخر[٣]. يحتمل أن يريد بالوجه الآخر أنّه إن كان حربيّاً لم يصحّ لأنّه؛ لا قربة له.

قيل: يرد على المصنّف أنّه جوّز وقف المسلم على الذمّي مطلقاً، فما المانع من وقفه على بيوت عبادته؟! وما الفرق بينهما؛ فإنّ الوقف ما يوقف على بيوت العبادة وقفٌ في الحقيقة على مَن يتعبّد فيها[٤].

قلت: وعندي فيه نظرٌ؛ لأنّ الوقف على بيوت العبادة تشييد للمذهب الباطل فلا يجوز، وأمّا الوقف على الذمّي فهو صدقة عليه وهي جائزة[٥]. فخر.

قوله: «ولو وقف على المؤمنين انصرف إلى الاثني عشريّة. وقيل: إلى مُجتنبي الكبائر. و الأوّل أشبه»[٦].

---

(١) غاية المراد ٢: ٤٢٧.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٦٨.

(٣) المختصر النافع: ١٥٧.

(٤) حكي عن بعض الفضلاء في التنقيح الرائع ٢: ٣١٢ ـ ٣١٣.

(٥) كما في التنقيح الرائع ٢: ٣١٣.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ١٦٨ ـ ١٦٩.

أقول: قاله الشيخان[١] والقاضي[٢]. والأوّل قول سلّار[٣] وابن إدريس[٤].

والحقّ أنّ الخلاف مبنيّ على تعبير الإيمان؛ فإن جُعِل العمل جزءاً فهو لمجتنبي الكبائر وهو رأي الوعيديّة[٥]، وإن لم يجعل العمل جزءاً منه ـ وهو الحقّ ـ دخل الفاسق أيضاً، وهو قول التفصيل.

قوله: «ويشترك الذكور والإناث المنسوبون من جهة الأب؛ نظراً إلى العرف، وفيه خلاف للأصحاب»[٦].

أقول: قال المرتضى[٧] وجماعة[٨] يُعطَى المنتسب بالأُمّ؛ لقوله ﷺ: «الحسن والحسين ولداي»[٩]، ولأنّ عيسى عليه السلام ابن آدم.

وقال أكثر الأصحاب بخلافه[١٠]؛ لقوله تعالى: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ﴾[١١]، وقول الشاعر:

---

(١) المقنعة: ٦٥٤؛ النهاية: ٥٩٧ ـ ٥٩٨.

(٢) المهذّب ٢: ٨٩.

(٣) المراسم العلويّة: ١٩٨.

(٤) السرائر ٣: ١٦١.

(٥) الوعيديّة عدّهم الشهرستانيّ من الخوارج، يقولون بتخليد أصحاب الكبائر في النار؛ لأنّ صاحب الكبيرة كافر عندهم. الملل والنحل ١: ١١٤؛ وعدّهم المفيد من فرق الاعتزال؛ لأنّ هذا هو قول المعتزلة. أوائل المقالات: ١٤.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ١٦٩.

(٧) رسائل الشريف المرتضى ٣: ٢٦٢ ـ ٢٦٥؛ ٤: ٣٢٨.

(٨) لم نعثر عليهم مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتب الفقهاء.

(٩) إعلام الورى: ٢٢١؛ متشابه القرآن ومختلفه ٢: ٢١٧؛ الاحتجاج ١: ٦٩. وفي الجميع: «ابناي» بدل «ولداي»؛ عوالي اللآلي ١: ٢٢٥، ح ١١١.

(١٠) راجع: المبسوط ١: ٢٦٢؛ السرائر ١: ٤٩٦؛ تذكرة الفقهاء ٥: ٤٣٤؛ مختلف الشيعة ٣: ٣٣٢؛ غاية المراد ٢: ٤٤٥.

(١١) الأحزاب (٣٣): ٥.

«بنونا بنو أبنائنا»[١] البيت. وهذا أقوى، وإطلاق الولد على ولد البنت مجاز. «ك».

قوله: «و[لو] وقف على الجيران رجع إلى العرف.[٢] وقيل: لمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً»[٣].

[أقول:] قاله الشيخان[٤] والتقيّ[٥] وأتباعهم[٦].

[١٠٩ ب] **قوله: «وقيل إلى أربعين داراً من كلّ جانب، وهو مطّرح»[٧].**

أقول: ذلك مرويّ عن النبيّ ﷺ[٨]. ويمكن حمله على أربع جهات، فيكون من كلّ جهة عشرة دور، صارت أربعين ذراعاً، وهو أولى من العرف؛ لأنّ العرف ليس له تقدير مخصوص فلا يناط به أمرٌ شرعيّ. وهل يُعطَى مَن داره على رأس أربعين ذراعاً؟ الحقّ لا؛ لأنّ الغاية لا تدخل في المغيّا. «ك».

قوله: «ولو وقف على مصلحة فبطل رسمها صُرِف في وجوه البرّ»[٩].

أقول: قاله الشيخان[١٠] وابن إدريس[١١]، ذكره في النافع بلفظ: «قيل»[١٢]؛ استضعافاً

---

(١) خزانة الأدب ١: ٢١٣ ـ ٢١٤، قال: «هذا البيت لا يعرف قائله مع شهرته في كتب النحاة».

(٢) في المخطوطة زيادة: «إلخ».

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٦٩.

(٤) المقنعة: ٦٥٣؛ النهاية: ٥٩٩.

(٥) الكافي في الفقه: ٣٢٦.

(٦) منهم القاضي في المهذّب ٢: ٩١؛ وأبو المكارم في غنية النزوع: ٢٩٩؛ وابن إدريس في السرائر ٣: ١٦٣.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ١٦٩.

(٨) الكافي ٢: ٦٦٩، ح ١.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ١٦٩.

(١٠) المقنعة: ٦٥٤؛ النهاية: ٦٠٠.

(١١) السرائر ٣: ١٦٦.

(١٢) المختصر النافع: ١٥٨.

له؛ لأنّه لا فرق بينه وبين الوقف على من ينقرض غالباً. وقد قال الشيخ إنّه يرجع إلى ملك الواقف[١]، فينبغي هنا كذلك.

وللشيخ أن يجيب بالفرق؛ فإنّ هذا وقف في الحقيقة على المسلمين فإذا بطلت المصلحة فالمسلمون موجودون، فحينئذٍ لا يلزم من بطلان مصلحة شخصيّة بطلان باقي المصالح، وحينئذٍ ينصرف إلى مسجد آخر أو قنطرة أُخرى لا إلى أيّ برّ كان، ويجوز أن يتعلّق غرض الواقف بنوع المصلحة وبصفتها لا بجنس البرّ الشامل لكلّ قربة. «ك».

قوله: «ولو وقف على بني تميم صحّ ويُصرَف إلى مَن يوجد منهم. وقيل: لا يصحّ؛ لأنّهم مجهولون. والأوّل هو المذهب»[٢].

أقول: قاله ابن حمزة[٣]. «والأوّل هو المذهب»؛ لأنّهم معيّنون، كالفقراء والمساكين. «ر».

وقال الشارح المقداد ـ نوّر الله ثراه ـ[٤]: لو وقف على قومه، قال في النافع: وهم أهل لغته[٥]. واطلاقهم يدلّ على أنّهم سواءٌ الذكور والإناث، وبه قال سلّار[٦].

وقال الشيخان: يختصّ أهل لغته من الذكور[٧]، وتبعهما القاضي[٨] وابن حمزة[٩].

---

(١) النهاية: ٥٩٩؛ الخلاف ٣: ٥٤٣ ـ ٥٤٤، المسألة ٩.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٦٩.

(٣) الوسيلة: ٣٧٠.

(٤) كذا في المخطوطة، ولعلّه من إضافات الكاتب.

(٥) المختصر النافع: ١٥٨.

(٦) المراسم العلويّة: ١٩٨.

(٧) المقنعة: ٦٥٥؛ النهاية: ٥٩٩.

(٨) المهذّب ٢: ٩١.

(٩) الوسيلة: ٣٧٠.

وقال التقيّ: إن علم قصده اتّبع وإلّا عمل بعرف قومه[١].

وقال ابن إدريس: يصرف إلى الرجال من قبيلته ممّن حكم العرف أنّهم منهم[٢]. وهو الحقّ؛ لقوله تعالى: ﴿لَا يَسْخَرْ قَوْمٌ[٣]﴾ إلى قوله: ﴿وَلَا نِسَاءٌ﴾[٤]. وقول زُهير: «فما أدري»[٥] البيت. «ك»[٦].

قوله: «ولو وقف على الذمّيّ جاز؛ لأنّ الوقف تمليك منفعة فهو كإباحة المنفعة» إلى قوله: «**والأوّل أشبه**»[٧].

أقول: يؤيّد الجوازَ قولُه ﷺ: «على كلّ كبدٍ حرّى أجر»[٨]. وقول العسكريّ عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يقفها أهلها»[٩]. وهو قول المصنّف [وحكاه][١٠] الشيخ في المبسوط[١١]. ويؤيّد المنعَ قوله تعالى: ﴿لَّا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ﴾[١٢] الآية، وهو

---

(١) الكافي في الفقه: ٣٢٧.

(٢) السرائر ٣: ١٦٤.

(٣) في المخطوطة: «اتحذ قوماً» بدل «لا يسخر قوم».

(٤) الحجرات (٤٩): ١١.

(٥) الصحاح ٥: ٢٠١٦ (قوم).

(٦) التنقيح الرائع ٢: ٣١٩.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ١٦٩ ـ ١٧٠.

(٨) الكافي ٤: ٥٧، ح٢. وفيه: «عن أبي عبدالله عليه السلام قال: أفضل الصدقة إبراد كبد حرّى»؛ سنن ابن ماجة ٢: ١٢١، ح ٣٦٨٦.

(٩) الكافي ٧: ٣٧، ح ٣٤، بدون لفظة «تكون»؛ ونحوه في من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٣٧، ح ٥٥٦٧؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٢٩ ـ ١٣٠، ح ٥٥٥.

(١٠) لفظة «حكاه» أضفناها من غاية المراد؛ لِما سيجيء بعد سطرين أنّ قول الشيخ هو جواز الوقف على الذمّيّ إذا كانوا أقاربه.

(١١) المبسوط ٣: ٢٩٤.

(١٢) المجادلة (٥٨): ٢٢.

خبر في معنى النهي؛ لاستحالة عدم مطابقة خبره تعالى. والوقف نوع مودّة فيكون منهيّاً عنه والنهي للتحريم. وبه قال سلّار[١] والقاضي[٢].

وقال الشيخان[٣] والتقي[٤] وابن إدريس[٥]: يجوز على ذي الرحم للحثّ على صلته.

ولابن إدريس قولٌ آخر بالحصر في الوالدين خاصّة[٦]، وهو دليل على تردّده. «ش»[٧].

قوله: «وكذا يصحّ على المرتدّ، وفي الحربيّ تردّد، أشبهه[٨] المنع»[٩].

أقول: ينشأ من ظاهر قوله تعالى: ﴿لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ﴾[١٠] [١١٠ أ]، ومن قوله تعالى: ﴿لَّا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ﴾[١١] الآية.

قوله في القسم الرابع في شرائط الوقف: «**وكذا لو جعله لمن ينقرض غالباً**» إلى قوله: «**ولو فعل ذلك قيل: يبطل الوقف، وقيل: يجب إجراؤه حتّى ينقرض المسمّون، وهو الأشبه**»[١٢].

---

(١) المراسم العلويّة: ١٩٨.

(٢) المهذّب ٢: ٨٨.

(٣) المقنعة: ٦٥٣؛ المبسوط ٣: ٢٩٤؛ النهاية: ٥٩٧.

(٤) الكافي في الفقه: ٣٢٦.

(٥) السرائر ٣: ١٦٠.

(٦) السرائر ٣: ١٦٦ ـ ١٦٧.

(٧) غاية المراد ٢: ٤٣٣ ـ ٤٣٤.

(٨) في المخطوطة: «الأشبه».

(٩) شرائع الإسلام ٢: ١٧٠.

(١٠) الممتحنة (٦٠): ٨.

(١١) المجادلة (٥٨): ٢٢.

(١٢) شرائع الإسلام ٢: ١٧٠.

أقول: الأوّل حكاه الشيخ في المبسوط[١]. والثاني قول ابن حمزة[٢] وابن إدريس[٣].

ووجه أشبهيّته: أنّ استحقاق البطن السابق شرط في استحقاق البطن المسبوق؛ لأنّ الوقف يجب اتّصاله ابتداءً لا به إنشاء، والإنشاءات علل في الأحكام فلا يتأخّر معلولاتها، والمعلول استحقاق منافع الوقف فوجب حصول الاستحقاق حينئذٍ، فلو كان الدوام شرطاً لزم أن يكون استحقاق المسبوق شرطاً في استحقاق السابق فيدور. وأيضاً لو لم يصحّ التمليك إلى أمدٍ منقطع لم تصحّ الإجارة والسكنى. «ك».

قوله: «فإذا انقرضوا رجع إلى ورثة الواقف، وقيل: إلى ورثة الموقوف عليهم، والأوّل أظهر»[٤].

أقول: الأوّل للشيخ[٥] وسلّار[٦]، وهو الأظهر؛ لأصالة عدم انتقال رقبة الملك، ولا دليل إلّا على انتقال المنافع [و]ذلك لا يستلزم انتقال الأصل. و[٧] أيضاً لا خلاف أنّه لو جعله عمرى حياة الساكن أنّه يرجع إلى المالك بعد انقراضه؛ لعدم الفرق بينهما معنىً.

---

(١) المبسوط ٣: ٢٩٢.

(٢) الوسيلة: ٣٧٠.

(٣) السرائر ٣: ١٦٥ ـ ١٦٦.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٧٠ ـ ١٧١.

(٥) الخلاف ٣: ٥٤٣، المسألة ٩؛ النهاية: ٥٩٩.

(٦) المراسم العلويّة: ١٩٨.

(٧) في المخطوطة زيادة: «ذلك».

والثاني للمفيد[١] وابن إدريس[٢]؛ لانتقاله عن الواقف فرجوعه إليه يحتاج إلى دليل وليس، ولأنّ الموقوف عليه مالك فيجري الإرث في ملكه.

والجواب: الانتقال والملك ممنوعان، بل ذلك في الوقف المؤبّد لا في غيره.

وقال ابن زهرة: ويصرف في البرّ[٣].

قال العلّامة [في] المختلف: لا بأس به؛ لانتقال الوقف عن الواقف[٤]. وفيه ما[٥] عرفتَ. «ك».

قوله: «وفي الوصيّ تردّد أظهره الصحّة»[٦].

أقول: تقدّم منشأه في الوكالة[٧].

قوله: «ولو شرط عوده عند حاجته صحّ الشرط وبطل الوقف»[٨] إلى آخره.

أقول: قال في النافع: فقولان أشبههما البطلان[٩]، وهو قول الشيخ في المبسوط[١٠] وابن حمزة[١١] وابن إدريس[١٢] وابن الجنيد[١٣]؛ لمنافاته لمقتضى الوقف.

---

(١) المقنعة: ٦٥٥.

(٢) السرائر ٣: ١٦٥ ـ ١٦٦.

(٣) غنية النزوع: ٢٩٩.

(٤) مختلف الشيعة ٦: ٣٠٥ ـ ٣٠٦.

(٥) في المخطوطة: «لما».

(٦) شرائع الإسلام ٢: ١٧٠ ـ ١٧١.

(٧) كذا في المخطوطة، ولكن لم يذكره هناك.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ١٧١.

(٩) المختصر النافع: ١٥٦.

(١٠) المبسوط ٣: ٣٠٠.

(١١) الوسيلة: ٣٧٠.

(١٢) السرائر ٣: ١٥٦.

(١٣) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٢٩١.

وقال في النهاية[١] والمفيد[٢] والمرتضى[٣] والقاضي[٤] بالصحّة.

قال المرتضى: هو ممّا انفردت به الإماميّة[٥]، واحتجّ له العلّامة[٦] بالأصل، وبقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٧]، وبقوله ﷺ: «المؤمنون [...]»[٨] وبقول العسكريّ عليه السلام: «الوقوف»[٩] إلى آخره.

والجواب: أنّ المراد العقدُ والشرطُ الصحيحان لا مطلقاً، وصحّة هذا الشرط عين المتنازع. وعن الثاني[١٠] أنّ اتّباع شرط الواقف مع صحّته لا مطلقاً.

واحتجّ للشيخ[١١] برواية إسماعيل بن الفضل عن الصادق عليه السلام[١٢]، وهي مجملة لا دلالة فيها. والحقّ جواز ذلك في المنقطع لا المؤبّد. «ك».

ثمّ قال رحمه الله[١٣]: الأجود أنّ الوقف إن كان مؤبّداً لم يقبل الشرط [١١٠ ب] المذكور؛

---

(١) النهاية: ٥٩٥.

(٢) المقنعة: ٦٥٢.

(٣) الانتصار: ٤٦٨.

(٤) المهذّب ٢: ٩٣.

(٥) الانتصار: ٤٦٨.

(٦) مختلف الشيعة ٦: ٢٩١ ـ ٢٩٢.

(٧) المائدة (٥): ١.

(٨) تهذيب الأحكام ٧: ٣٧١، ح ١٥٠٣.

(٩) الكافي ٧: ٣٧، ح ٣٤؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٣٧، ح ٥٥٦٧؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٢٩ ـ ١٣٠، ح ٥٥٥.

(١٠) في المخطوطة: «ب» بدل «الثاني».

(١١) في المخطوطة: «الشيخ»، أي قول الشيخ في النهاية، لا المبسوط.

(١٢) تهذيب الأحكام ٩: ١٤٦، ح ٦٠٧.

(١٣) كذا في المخطوطة، ولعلّه من إضافات الكاتب.

لأنّه ناقل فرجوعه يحتاج إلى دليل قطعيّ ولم يوجد، ولأنّ الوقف صدقة، ولا شيء من الصدقة يجوز الرجوع فيها، والمقدّمتان إجماعيّتان. وإن كان منقطعاً جاز [ال]شرط؛ لعدم الانتقال فيكون كالسكنى والعمرى. «ك».

قوله: «ولو شرط إخراج من يريد بطل الوقف» [(١)].

أقول: لزوال التأبيد الذي هو شرط.

قوله: «أمّا لو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيولد [(٢)] **لم يجز وبطل الوقف»** [(٣)].

أقول: قال المفيد: إذا شرط النقل لتغيّر صفة الموقوف عليه أو حدوث فسق أو كفر جاز النقل [(٤)]، ومنعه ابن إدريس [(٥)] وغيره [(٦)].

قال بعض الفضلاء: قول المفيد قويّ؛ لأنّ الوقف صدقة، فلا يستحقّه مَن لا يستحقّ الصدقة، فإذا حدث لهم فسق أو كفر بحيث يستعينون بمال الوقف على الفسق والكفر، فإنّ الوقف يبطل كما يبطل ابتداءً على كافرٍ أو فاسقٍ يعلم استعانته بالوقف على فسقه؛ فإنّه لا قربة في ذلك الوقف [(٧)].

قوله: «وقيل: إذا وقف على أولاده الأصاغر جاز أن يُشرِك معهم وإن لم يشرط يشترط. وليس بمعتمد» [(٨)].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٧١.

(٢) في المخطوطة: «سيوجد».

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٧١.

(٤) المقنعة: ٦٥٢.

(٥) السرائر ٣: ١٥٦.

(٦) كالشيخ في المبسوط ٣: ٣٠٠.

(٧) راجع: التنقيح الرائع ٢: ٣٢٣.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ١٧١.

أقول: قاله الشيخ في النهاية[١]؛ لرواية عبد الرحمن[٢] بن الحجّاج عن الصادق عليه السلام[٣]، ورواية محمّد بن سهل عن أبيه عن الصادق عليه السلام[٤]. وليس فيهما دلالة على أنّه وقف؛ لجواز أن يكون وصيّةً، فيجوز له التغيير والتبديل.

قوله: «ولو كان الوقف على مصلحة كفى إيقاع الوقف عن اشتراط القبول وكان القبض إلى الناظر في تلك المصلحة»[٥].

أقول: وقيل: ينتقل إلى الله؛ لأنّه إزالة ملك عن العينِ والمنفعةِ على وجه القربة بتلك المنفعة فانتقل إلى الله كالعتق، وبأنّ لازم الملك جواز البيع؛ لقوله صلى الله عليه وآله: «الناس مسلّطون»[٦] ـ إلى آخره ـ وهو منفيّ[٧] فالملك منفيّ[٨].

وفيه نظرٌ؛ لأنّ زوال الملك للقربة لمَ قلت باستلزامه الانتقالَ إلى الله؛ فإنّه عين المتنازع، وحملُه على العتق ممنوع؛ للفرق، فإنّ المعتق ليس لأحد عليه تسلّط بخلاف الوقف. وعن الثاني[٩] بالمنع من جواز البيع لازماً للملك ـ وسنده الرهن؛ فإنّه ملك لا يجوز بيعه إلّا بإذن المرتهن ـ فلِمَ لا يجوز كون الوقف ملكاً للموقوف

---

(١) النهاية: ٥٩٥.

(٢) في المخطوطة: «عبد الله».

(٣) الكافي ٧: ٣١، ح ٩؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٣٥ ـ ١٣٦، ح ٥٧٢.

(٤) تهذيب الأحكام ٩: ١٣٦، ح ٥٧٤.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٧١.

(٦) الخلاف ٣: ١٧٦ ـ ١٧٧.

(٧) في المخطوطة: «متعين بالملك فيفي» ظاهراً بدل «منفيّ فالملك منفيّ»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٢: ٣١٠.

(٨) حكاه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٢٩٤؛ والشارح في التنقيح الرائع ٢: ٣١٠.

(٩) في المخطوطة: «ب» بدل «الثاني».

عليه ولا يجوز بيعه؛ لتعلّق حقّ الباقين به، ولو فرض حصول الإذن فيهم جميعاً لجاز بيعه.

والحقّ الأوّل؛ لأنّ ملك الرقبة والمنفعة[١] يتبع كلٌّ منهما صاحبَه، أمّا المنافع فظاهر، وأمّا الرقبة فلأنّها بدون المنافع غير منتفع بها، فلا يصحّ تملّكها لغير الموقوف عليه، فلا تكون ملكاً للواقف، فيكون للموقوف عليه. وفيه عندي نظر.

قوله في النظر الثالث في اللواحق: «**وفيه مسائل: الأُولى: الوقف** [١١١ أ] **ينتقل إلى ملك الموقوف عليه**» إلى آخره[٢].

أقول: هذا قول الشيخ [في] المبسوط[٣]؛ لأنّ الوقف سببُ قطعِ تصرّف الواقف [ف]يوجب زوال ملكه عنه ـ كالعتق ـ وينتقل إلى الموقوف عليه؛ لأنّه مال؛ لثبوت أحكام الماليّة فيه، ولهذا يضمن بالقيمة، فكان ملكاً، كأُمّ الولد. وفيه نظرٌ.

قوله: «**وقد يصحّ بيعه على وجه**»[٤].

أقول: الوجه هو وقوع الخلف الخلاف بين أربابه، بحيث يؤدّي إلى خرابه، كما هو رأي الشيخ[٥].

قوله: «**فلو وقف حصّة من عبد**» إلى قوله: «**ويضمن للشريك القيمة**»[٦].

أقول: يضعف التقويم على القول بانتقاله إلى الله، ويقوى على القول بانتقاله إلى

---

(١) في المخطوطة: «المنفع».

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٧٢.

(٣) المبسوط ٣: ٢٨٧؛ ج ٨: ٣٨.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٧٢.

(٥) المبسوط ٣: ٣٠٠.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ١٧٢.

الموقوف عليه، ولعلّ الأقرب عدم التقويم، وهو قول الشيخ [في] المبسوط[١]، والعلّامة في أكثر كتبه[٢]. «ش»[٣].

قوله: «لأنّه يجري مجرى الإتلاف، وفيه تردّد»[٤].

أقول: ينشأ من تعلّق عناية الشارع بالمعتَق فيقع، ومن عدم صلاحية المحلّ للعتق بالسراية، كالمباشرة.

ووجه الضمان أنّه أتلف مالاً للموقوف عليه بعتقه حصّتَه فيضمن، ووجه العدم أنّه تصرّف تصرّفاً مشروعاً في ماله، فلا يجب عليه شيء، ولتعلّق حقّ البطون به، فلا يتعيّن للحاضر حتّى يضمن له الكلّ ولا يعلم قدر حصّته حتّى يضمنها له.

ووجه آخر لا يفيد[٥] فيه سرايةً؛ لِما فيه من الإضرار بالبطون، والضرر منفيّ شرعاً.

ولقائلٍ أن يمنع قوّة المباشرة، ويدّعي قوّة السراية؛ لأنّها [مزيلة] للرقّ مطلقاً بخلاف المباشرة؛ لتوقّف إزالتها على سبق الملك على العتق، ولا جرم أنّ الذي لا يتوقّف حصوله على شرط أقوى من الذي يتوقّف حصوله على الشرط. «ر»[٦].

قوله: «الثالثة: لو جنى العبد الموقوف عمداً لزمه القصاص» إلى قوله: **«لتعذّر استيفائها من رقبته. وقيل: يتعلّق»** إلى قوله: **«ولا طريق**[٧] **إلى عتقه فيتوقّع، وهو أشبه»**[٨].

---

(١) المبسوط ٣: ٢٨٨.

(٢) منها: إرشاد الأذهان ١: ٤٥٤، على إشكال؛ تحرير الأحكام ٣: ٣١٣؛ تذكرة الفقهاء ٢٠: ١٥٣ ـ ١٥٤؛ قواعد الأحكام ٢: ٣٩٤.

(٣) غاية المراد ٢: ٤٣٦.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٧٢.

(٥) في المخطوطة: «لا ينفد»، وصحّحناه كما في إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٣١.

(٦) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٣١.

(٧) في المخطوطة زيادة: «قاله الشيخ».

(٨) شرائع الإسلام ٢: ١٧٣.

أقول: الأوّل قاله[(١)] [الشيخ في] المبسوط[(٢)]، ونقل الثاني فيه.

وذكر العلّامة [في] المختلف احتمالاً، وهو تعلّقها برقبته، ويباع كما يقتل في العمد؛ إذ ليس البيع أعظم من القتل[(٣)].

وهذه الوجوه فرع على انتقاله، أمّا لو قيل بانتقاله إلى الله أو بقائه على ملك الواقف ـ كظاهر كلام التقيّ[(٤)]، وهو قول بعض العامّة[(٥)] ـ فيحتمل حينئذٍ تعلّق الأرش بالواقف؛ لأنّه بوقفه منع تعلّق الأرش برقبته. [١١١ ب] ويحتمل في بيت المال كالحرّ المعسر، وحكاهما الشيخ في المبسوط[(٦)] قولين. ويحتمل على هذا أيضاً تعلّقها بالكسب، كما[(٧)] ذكر. «ش»[(٨)].

قوله: «وهل يقام بها مُقامه؟ قيل: نعم» إلى قوله: «وهو أشبه»[(٩)].

أقول: قوله: «قيل: نعم» نقله في المبسوط[(١٠)]، واختاره العلّامة في المختلف[(١١)]؛ لعدم اختصاص البطن الأوّل [بملكه]، ولهذا يتلقّى البطنُ الثاني الملكَ عن

---

(١) في المخطوطة: «قوله».

(٢) المبسوط ٣: ٢٨٩.

(٣) مختلف الشيعة ٦: ٣١٧.

(٤) الكافي في الفقه: ٣٢٤ ـ ٣٢٥.

(٥) راجع: المهذّب للشيرازي ١: ٤٤٢.

(٦) المبسوط ٣: ٢٨٩.

(٧) في المخطوطة: «لما»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٤٤١.

(٨) غاية المراد ٢: ٤٤٠ ـ ٤٤١.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ١٧٣.

(١٠) المبسوط ٣: ٢٨٩.

(١١) مختلف الشيعة ٦: ٣١٨.

الواقف لا عن الأوّل، ولأنّ القيمة بدل العين، ولأنّه أقرب إلى التأبيد الذي هو مراد.

فعلى هذا الأجود تفويض الشراء إلى الناظر الخاصّ، فإن تعذّر فالناظر العامّ، فإن تعذّر فالموقوف عليه؛ قضيّةً للشرط وعموم حكم الحاكم على البطون وأولويّة الموقوف عليه[١].

والظاهر عدم الحاجة إلى صيغة بعد الشراء، ويصير بدلاً بنفس الانتقال وملكاً على حدّ [الملك] الأوّل، ويستحيل تملّكه لا على حدّه؛ لعدم تعيّن المالك في الحال.

ولو فضل فضلة عن عبد أو نقض فعلى[٢] الممكن. والأقرب كونه من جنس الموقوف؛ لقربه من الوقف. وحينئذٍ يجب المساواة في الذكورة والأُنوثة، وإن أمكنَ في باقي الصفات وجب أيضاً. ولو قيل في القيمي بضمانه بالمثل وأمكن له مثل[٣]، كان هو الوقف، واستغني عن الشراء، وإن قيل بالقيمة وأُتيَ بعبد بالصفات، أمكن وجوب قبوله؛ لأنّ غاية القيمة صرفها في مثله[٤].

والثاني اختياره في المبسوط[٥]؛ لما ذكر المصنّف، ولأنّها مملوكة لهم ـ على الأصحّ ـ فيكون عوضاً لهم.

قوله: «الرابعة: إذا وقف في سبيل الله انصرف إلى ما يكون وصلة إلى الثواب» إلى

---

(١) غاية المراد ٢: ٤٤١ ـ ٤٤٢.

(٢) في المخطوطة: «فعل»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٤٤٢.

(٣) في المخطوطة: «قيل»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٤٤٢.

(٤) غاية المراد ٢: ٤٤٢.

(٥) المبسوط ٣: ٢٨٩.

قوله: «كان واحداً ولا يجب القسمة أثلاثاً»[١].

أقول: قال الشافعيّ: إنّه يقسم أثلاثاً: ثُلث للغزاة، وثلث لأقرباء الواقف ـ وهو ثُلث الثواب؛ لأنّ الدفع إليهم أكثر ثواباً ـ وثُلث للخير، يصرف إلى خمسة أصناف من أصناف الصدقات، وهم الذين يأخذون لحاجتهم، وهم الفقراء، والمساكين، وابن السبيل، والغارمون لمصلحتهم، وفي الرقاب[٢].

قوله: «الخامسة: إذا كان له مَوالٍ من أعلى وهم المعتقون له ومَوالٍ من أسفل وهم الذين أعتقهم ثمّ وقف على مواليه فإن عُلِم أنّه أراد أحدهما انصرف الوقف إليه، و إذا لم يعلم انصرف إليهما»[٣].

أقول: هذا قول الشيخ [في] المبسوط[٤]، [و]الخلاف[٥]، وبه قال ابن [١١٢ أ] إدريس[٦]. وابن حمزة كذلك في صيغة الجمع، وأمّا المفرد فحمله على المنعم، فإن تعذّر فالعتيق، كأنّه يراه حقيقة في الأوّل، وأخرج أيضاً مولى أبيه[٧].

وقال العلّامة [في] المختلف: إذا انتفت القرينة فتبطل في المفرد، وأمّا الجمع فإن منعنا حمل المشترك على معانيه بطل أيضاً؛ لأنّ لفظ المولى مشترك بين معانٍ

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٧٣.

(٢) المجموع ٤: ٣٨٥، قال: «يجوز الوقف على سبيل الله وهم المستحقّون سلم الزكاة»؛ مغني المحتاج ٢: ٣٨١. وقال به منّا الشيخ في المبسوط ٣: ٢٩٤.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٧٣.

(٤) المبسوط ٣: ٢٩٥.

(٥) الخلاف ٣: ٥٤٦، المسألة ١٤.

(٦) السرائر ٣: ١٦٧.

(٧) الوسيلة: ٣٧١.

متضادّة ـ كالمعتِق والمعتَق ـ وليس كالإخوة؛ لكون الأخ مقولاً بالتواطي[١].

قيل عليه: نمنع البطلان؛ لأنّه ليس بأولى من حمله على الجميع مجازاً، والامتناع إنّما هو في الحمل حقيقةً.

إن قال: لا يحمل حينئذٍ إلّا بقرينة.

قلنا: تعذّرُ حمله على الحقيقة قرينةٌ في المفردة، وكذا في الجمع[٢].

وإذا كان له مولَيان من أسفل فقط، يحمل على المجاز، ويدخل الأعلى معهما؛ لتعذّر حمله على الحقيقة. وإذا كان له مَوالٍ من أسفل لا يدخل المولى من الأعلى؛ لعدم تعذّر حمله على الحقيقة.

هذا إن قلنا باشتراك اللفظ، على أنّ للشيخ أن يمنع أن يسمّيهما مولى باعتبار العتق حتّى يكون مشتركاً بين ضدّين؛ لاحتمال أن تكون التسمية باعتبار معنى موجود في السيّد قبل العتق، وهو الولاية المشتقّ منها لفظ مولى؛ فإنّ ولاية السيّد لم تزل عند الوقف بالكلّيّة؛ لكون ولائه له والعبد له الولاية أيضاً على نفسه بسبب العتق، فيكون الاشتراك معنويّاً، وتكون لفظة «مولى» مَفعَلاً[٣] بمعنى الفاعل، فلا يلزم ما ذكره[٤].

وقيل: لأنّه جمع مضاف فيعمّ[٥]، أو لأنّه كالإخوة فيكون متواطئاً[٦].

---

(١) مختلف الشيعة ٦: ٣٢٦.

(٢) راجع: التنقيح الرائع ٢: ٣٢٦.

(٣) في المخطوطة: «مفعل»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٢: ٣٢٦.

(٤) التنقيح الرائع ٢: ٣٢٥ ـ ٣٢٦.

(٥) راجع: غاية المراد ٢: ٤٤٤.

(٦) راجع: الخلاف ٣: ٥٤٦، المسألة ١٤؛ مختلف الشيعة ٦: ٣٢٦.

وقيل: لا، بل لأنّه جمع مولى، كما أنّ الإخوة جمع أخ المستعمل في المجموع للأفراد[١].

ويشكل بأنّ مدلول «مولى» يمكن تعدّده من طرف[٢] [واحد] فلا يحتاج إلى الآخر؛ إذ التقدير احتمال اللفظ للمجموع، أي صدق الموالي على المنعمين والمعتقين بطريق الحقيقة[٣].

واختار الشهيد بطلان المفرد وصحّة الجمع. «ش»[٤].

[قوله[٥]:] «ولو وقف على أولاده انصرف إلى أولاده لصلبه ولم يدخل معهم أولاد الأولاد. وقيل: بل يشترك الجميع. والأوّل أظهر؛ لأنّ ولد الولد لا يفهم من إطلاق لفظ الولد»[٦].

[أقول[٧]:] مع القرينة الحاليّة ـ كأولاد هاشم ـ أو المقاليّة ـ مثل قوله: «الأعلى لا يشارك الأدنى» ـ يدخل الكلّ، أمّا مع عدمهما قال الشيخ[٨] [١١٢ ب] وابن الجنيد[٩]: لا يدخل ولد الولد؛ لصدق النفي في حقّه، يقال: ليس بولدي لكن ولد ولدي فيكون مجازاً.

---

(١) راجع: غاية المراد ٢: ٤٤٣.

(٢) في المخطوطة: «طرق»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٤٤٣.

(٣) غاية المراد ٢: ٤٤٣.

(٤) المصدر ٢: ٤٤٣ ـ ٤٤٤.

(٥) في المخطوطة بياض.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ١٧٤.

(٧) في المخطوطة بياض.

(٨) المبسوط ٣: ٢٩٦.

(٩) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٢٩٦.

وقال المفيد[١] والقاضي[٢] والتقيّ[٣] وابن إدريس[٤] [يدخل ولد الولد]؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ﴾[٥]، ﴿يَٰبَنِيٓ إِسۡرَٰٓءِيلَ﴾[٦]، وهو خطاب للموجودين في عهده عليه السلام، وقوله: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ﴾[٧]، وللإجماع على تحريم حليلة ولد الولد بدخوله في الآية[٨]، ولمّا بال الحسن[٩] عليه السلام: «لا تزرموا ابني»[١٠]، أي لا تقطعوا عليه بوله لمّا همّوا بأخذه من حجره والأصل في الاستعمال الحقيقة.

أُجيب: إنّ الدخول للدليل، ولأنّه لولاه لزم الاشتراك والمجازُ خير منه، ولم يسمع نصب ﴿وَيَعۡقُوبُ﴾[١١] ليدلّ على المغاير لا شاذّاً ولا تواتراً، و [على] تسليمه فهو كجبريل[١٢]. «ش»[١٣].

---

(١) المقنعة: ٦٥٣ ـ ٦٥٤.

(٢) المهذّب ٢: ٨٩.

(٣) الكافي في الفقه: ٣٢٦.

(٤) السرائر ٣: ١٥٧.

(٥) الأعراف (٧): ٢٦، ٢٧، ٣١، ٣٥؛ يس (٣٦): ٦٠.

(٦) البقرة (٢): ٤٠، ٤٢، ١٢٢؛ المائدة (٥) ٧٢؛ طه (٢٠): ٨٠؛ طه (٦١): ٦.

(٧) النساء (٤): ١١.

(٨) النساء (٤): ٢٣

(٩) في المصدر: «الحسين عليه السلام» بدل «الحسن عليه السلام».

(١٠) معاني الأخبار: ٢١١؛ مناقب آل أبي طالب ٣: ٢٢٦.

(١١) البقرة (٢): ١٣٢.

(١٢) البقرة (٢): ٩٨.

(١٣) غاية المراد ٢: ٤٤٨؛ عبارة الشارح غامضة فلنذكر كلام الشهيد حيث قال: «فربّما احتجّ للأوّل بقوله تعالى: ﴿وَوَصَّىٰ بِهَآ إِبۡرَٰهِـۧمُ بَنِيهِ وَيَعۡقُوبُ﴾ بنصب يعقوب ففصل بينهما، والفصل دليل المغايرة. وهو واهٍ جدّاً؛ فإنّ نصبه لم يسمع من أحد من مشاهير القرّاء متواتراً، بل ولا شاذّاً؛ فإنّ كتب الشواذّ خالية منه، وبتقدير تسليمه فالمغايرة قصد بها تفخيم شأن يعقوب ـ على نبيّنا وآله وعليه السلام ـ وكذا كلّ جزء عطف على كلّ ـ كعطف جبرئيل وميكائيل على الملائكة ـ يكفي فيه مغايرةٌ مّا، فلا يتعيّن كونها مخرجة له عن الدخول فيه».

[قوله[١]:] «ولو قال: على أولادي فإذا انقرضوا وانقرض أولاد أولادي» إلى قوله: **«قيل يصرف إلى أولاد أولاده»**، إلى قوله: **«وهو أشبه»**[٢].

[أقول[٣]:] قوله: «يصرف إلى أولاد أولاده»؛ لأنّ القرينة تجعل المجاز مورداً للفظ؛ فإنّ عطف الانقراض على الانقراض مشعرٌ بذلك، وإلّا لكان الوقف منقطعاً، فالوقف شأنه الدوام.

والثاني اختاره العلّامة؛ لعدم الدلالات الثلاث، أمّا الأُوليان فظاهر، وأمّا الالتزام فلإمكان صرفِ اللفظ إليهم وعدمِه وهو صادق فيكون أعمّ، ولا دلالة للعامّ على الخاصّ[٤]، ولأنّه لو كان موقوفاً عليه لشارك؛ فإنّه لا إشعار في اللفظ بالترتيب. لكنّ الشيخ[٥] نصّ على الترتيب فيمكن عدم الالتزام، وسنده ما ذكر من لزوم الدوام في الوقف وجعل الانقراض شرطاً في الدوام ينافيه، فالدوام مستلزم لوجود موقوف عليه وليس إلّا البطن الثاني، فكان لهم، والترتيب إنّما حصل لأنّهم لم يدخلوا باللّفظ الأوّل، بل بعطفهم على الأولاد المنقرضين، فالحكم إنّما استفيد من اللفظ بعد الحكم بانقراض الأوّلين، فكان استحقاقهم مرتّباً.

ويمكن أن يُجاب بأنّ التلازم[٦] هنا إنّما نشأ من حفظ الوقف عن الانقطاع، ولو صحّ ذلك لزم بطلان كلّ وقف منقطع الوسط، وقد صرّحوا بصحّته، ولأنّ مكاتبة

---

(١) في المخطوطة بياض.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٧٤.

(٣) في المخطوطة بياض.

(٤) مختلف الشيعة ٦: ٣٢٧.

(٥) المبسوط ٣: ٢٩٦ ـ ٢٩٧.

(٦) في المخطوطة: «اللازم»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٤٥٠.

العسكريّ عليه السلام[١] تشمله.

إذا عرفتَ هذا فالنماء قبل الانقراض يحتمل [كونه] لورثة الواقف؛ لأنّه لا موقوف عليه حينئذٍ واستحقاق البطن الأوّل [١١٣ أ] زال بموته، وليس ملكاً لغيرهم إجماعاً، ولا يجوز بقاؤه بلا مالك، ولا دليل لصرفه إلى البرّ فيكون لورثته. ويحتمل [كونه لـ]ورثة الموقوف عليهم؛ لانتقاله إلى البطن الأوّل، ولم ينتقل إلى الفقراء فيكون لهم. وعلى القول بعدم الانتقال لا إشكال في أنّه لورثة الواقف، وكذا يصرف في البرّ على القول بأنّه لله. «ش»[٢].

[قوله[٣]] في الثامنة: «**لو وقع بين الموقوف عليهم خلفٌ بحيث يخشى خرابه جاز بيعه**»[٤].

[أقول[٥]:] هذا قول الثلاثة[٦]؛ لرواية عليّ بن مهزيار عن الجواد عليه السلام[٧].

والمانع ابن إدريس[٨]؛ لرواية عليّ بن راشد عن الكاظم عليه السلام[٩].

---

(١) الكافي ٧: ٣٧، ح ٣٤؛ ونحوه في من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٣٧، ح ٥٥٦٧؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٢٩ ـ ١٣٠، ح ٥٥٥.

(٢) غاية المراد ٢: ٤٥٠ ـ ٤٥١.

(٣) في المخطوطة بياض.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٧٤.

(٥) في المخطوطة بياض.

(٦) المقنعة: ٦٥٢؛ الانتصار: ٤٦٨ ـ ٤٦٩؛ الخلاف ٣: ٥٥١، المسألة ٢٢؛ المبسوط ٣: ٣٠٠؛ النهاية: ٥٩٩ ـ ٦٠٠.

(٧) الكافي ٧: ٣٦، ح ٣٠؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٤٠ ـ ٢٤١، ح ٥٥٧٥؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٣٠، ح ٥٥٧.

(٨) السرائر ٣: ١٥٣.

(٩) الكافي ٧: ٣٧، ح ٣٥؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٤٢، ح ٥٥٧٦؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٣٠، ح ٥٥٦.

[قوله[١]] في العاشرة: «**ولا يجوز للموقوف عليه وطي الأمة الموقوفة؛ لأنه[٢] لا يختصّ بملكها. ولو أولدها كان الولد حرّاً ولا قيمة عليه؛ لأنّه لا يجب له على نفسه غرم. وهل تصير أُمّ ولد؟ قيل: نعم، وتنعتق بموته وتؤخذ القيمة من تركته لمن يليه من لابطون. وفيه تردّد**»[٣].

[أقول[٤]:] من أنّ عوض الموقوف هل يكون للبطن الأوّل، وحينئذٍ لا يؤخذ منه ـ لاستحالة غرمه لنفسه ـ أو لباقي البطون، فيؤخذ من تركته؛ لأنّه متلف لها، كما إذا أتلف حالّاً على غيره.

لا يقال: إنّ الإتلاف بعد الوفاة فلا يتصوّر استحقاقه العوض، ولو قلنا إنّه له فيشكل بأنّه إذا صارت أُمّ ولد حكم عليه بالقيمة في الحال، كما في وطء أحد الشريكين مع العلوق، وهذا وارد على عبارة القوم. ولعلّهم أرادوا ذلك، لكن لمّا كان أحد الاحتمالين صرفها إلى باقي البطون، وهم الآن غير مالكين تأخّر الدفع إلى بعد الموت، ولا يلزم منه تأخّر الحكم.

ثمّ إنّ البطن الأوّل لو تعدّد، كانت القيمة مصروفة في الحال إلى الشركاء، قولاً واحداً على تقدير نفوذ الاستيلاد، وظاهر أنّ هذا لا يتوقّف على الموت، وأمّا قيمة نصيبه منها ففيه الوجهان، ويحتمل مع صيرورتها أُمّ ولد أن تشترى بقيمتها أُخرى تكون وقفاً، وكلام المصنّف يحتمله بتردّد في صيرورتها أُمّ ولد ويتبعه[٥] في البحث.

---

(١) في المخطوطة بياض.

(٢) في المخطوطة: «لأنّها».

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٧٥.

(٤) في المخطوطة بياض.

(٥) كذا في المخطوطة، والعبارة لا تخلو عن غموض.

«ش»[١]؛ لأنّه بالاستيلاد أوجد السبب التّام ـ للتلف بالعتق ـ فكان مباشراً، وكلّ مباشر للإتلاف ظلماً ضامن، ينتج هذا ضامن، فتؤخذ القيمة من تركته تكون [لـ]من يليه قائمةً مقام الأصل فتشترى بها وتوقف على القول به. والقيمة المأخوذة أعلى القيم من حين الوطء إلى حين الاستيلاد.

وهل يغرم الولد للورثة؟ يحتمل ذلك، فيغرم قيمتها حين الاستيلاد لباقي الورثة. ويحتمل أن لا يغرم؛ [١١٣ ب] لأنّ الولد إنّما يغرم إذا انعتقت من نصيبه، وها هنا أعتقها غيره فكان بمنزلة ماله، وها هنا لم يكن ينعتق عليه غيره على قول. ومن أنّه علوق في ملكه، ولثبوت الاشتقاق ومن إفضائه إلى سقوط حقّ باقي البطون، وهو غير جائز.

ولعلّ المراد بالملك الكامل وهو ما ينفرد الواطي به أو ببعضه، وهو ها هنا ممتنع، والشيخ[٢] قال بالأوّل[٣].

---

(١) غاية المراد ٢: ٤٣٨.

(٢) المبسوط ٣: ٢٩٠ ـ ٢٩١.

(٣) غاية المراد ٢: ٤٣٦ ـ ٤٣٧.



[كتاب العطيّة]



قوله: «وأمّا الصدقة فهي عقد يفتقر إلى إيجاب وقبول وإقباض»[1] إلى آخره.

أقول: قال في النافع: وأمّا الصدقة فهي التطوّع بتمليك العين بغير عوض[2]، وينبغي أن يكون مراده بالصدقة هنا القدر المشترك بين المفروض والمندوب؛ ليصحّ عود الضمير في قوله: «ومفروضها»[3] إليها، والتطوّع إنّما يُطلَق على المندوب وحده فجاء التنافي بينهما. والحدّ الجامع هو العطيّة لمستحقّها قربةً إلى الله. «ك».

قوله: «ومن شرطها نيّة القُربة، ولا يجوز الرجوع فيها بعد القبض على الأصحّ»[4].

أقول: قال الشيخ: إنّها كالهبة، وكلّ من له الرجوع في الهبة له الرجوع في الصدقة[5].

والأصحّ خلافه؛ لرواية زرارة ـ صحيحاً ـ عن الصادق عليه السلام عن النبيّ صلى الله عليه وآله: «إنّما مَثَل الذي يرجع في صدقته كالذي يرجع في قيئه»[6]، والرجوع في القيء حرام، فكذا الرجوع في الصدقة بحكم التشبيه.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٧٦.

(٢) المختصر النافع: ١٥٩.

(٣) المصدر نفسه.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٧٦.

(٥) المبسوط ٣: ٣١٤.

(٦) تهذيب الأحكام ٩: ١٥٥، ح ٦٣٥.

وهل له الرجوع إليها بالشراء والاستيهاب؟

قال [الشيخ] في النهاية[١]، والمفيد[٢]: لا يجوز وكره في الخلاف[٣].

وجوّز ذلك ابن إدريس[٤]؛ لأنّ المتصدَّق عليه قد ملك العين فله بيعها على من يشاء. وأمّا الانتقال بالميراث فالكلّ جوّزوه؛ لأنّه تملّك من غير قصد.

وعوّل الشيخ في الذي قال على رواية منصور بن حازم ـ في الصحيح ـ عن الصادق عليه السلام: «إذا تصدّق الرجل بصدقة لم يحلّ له أن يشتريها ولا يستوهبها [ولا يستردّها] إلّا في ميراث»[٥].

والمختار الكراهية وعليه تُحمَل الرواية، والشيخ كثيراً مّا يستعمل لفظة: «لا يجوز» في الكراهية في كتبه. «ك».

---

(١) النهاية: ٦٠٣.

(٢) المقنعة: ٦٥٣.

(٣) الخلاف ٢: ١١٦، المسألة ١٣٧.

(٤) السرائر ٣: ١٧٤.

(٥) تهذيب الأحكام ٩: ١٥٠ ـ ١٥١، ح ٦١٤.



[كتاب السكنى والحبس]



[قوله[1] :] «كتاب السكنى والحبس»[2].

قوله: «وتختلف عليها الأسماء بحسب اختلاف الإضافة»[3] إلى آخره.

[أقول[4] :] السكنى مختصّة بالبيت والدار أمثالهما، والإعمار والإرقاب يعمّ، فيقول: «أعمرتك» [أو] أرقبتك[5]؛ لأنّه حكم لغويّ والاشتقاق يقتضي ما قلناه. ولا بدّ من تعيين المدّة في غير العمرى؛ لما عُلِم من قاعدة الشرع أنّ كلّ ما يكون إلى أجل فلا بدّ أن يكون معيّناً، خولف في ذلك في العمرى بحكم الاشتقاق.

ويجمعها حدّ واحد [١١٤ أ] وهو تمليك الغير منفعةً غير معيّنة مدّة مخصوصة بغير عوض. «ك».

قوله: «فيلزم بالقبض، وقيل: لا يلزم، وقيل: يلزم إن قصد به القُربة، والأوّل أشهر»[6].

---

(١) في المخطوطة بياض.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٧٧. وفي الهامش: «ينتقض بالعارية والإجارة. بخطّه». والظاهر أنّه إشارة إلى تعريف الماتن للسكنى والحبس حيث قال: «وهي عقد يفتقر إلى الإيجاب والقبول والقبض، وفائدتها التسليط على استيفاء المنفعة مع بقاء الملك على مالكه».

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٧٧.

(٤) في المخطوطة بياض.

(٥) في المخطوطة: «لارقبتك».

(٦) شرائع الإسلام ٢: ١٧٧.

أقول: الأوّل قول [...][(١)]. وقال الشيخ: لا يلزم[(٢)]. وقال التقيّ: يلزم مع قصد القربة[(٣)].

والأشهر الأوّل؛ لرواية الحلبيّ عن الصادق عليه السلام[(٤)].

قوله: «لو قال: لك سكنى هذه الدار ما بقيتَ» إلى قوله: «على الأشبه»[(٥)].

[أقول[(٦)]:] قال المفيد: ترجع إلى ورثة الساكن[(٧)]. وللشيخ قولان: الصحّة والبطلان[(٨)]، فالقائلون بالصحّة اختلفوا، فقال قوم: تكون للمعمر مدّة بقائه ولورثته بعده، وقال آخرون: تكون له مدّة حياته، فإذا مات رجعت إلى ورثة المُسكِن[(٩)].

قوله: «ولو قال: "أعمرتك هذه الدار ولعقبك" كان عمرى ولم ينتقل إلى المعمر» [إلى قوله:] **«على الأشبه»**[(١٠)].

---

(١) في المخطوطة هنا بياض، لعلّه «الأكثر»، كما في المهذّب البارع ٣: ٦٩.

(٢) نسبه إليه الشارح في التنقيح الرائع ٢: ٣٣٤؛ ولم نعثر عليه في كتبه. فراجع: الخلاف ٣: ٥٥٨، المسألة ٥؛ المبسوط ٣: ٣١٦.

(٣) نسبه إليه الشارح في التنقيح الرائع ٢: ٣٣٤؛ راجع: الكافي في الفقه: ٣٦٤.

(٤) الكافي ٧: ٣٤، ح ٢٥؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٤٠، ح ٥٩٠.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٧٧.

(٦) في المخطوطة بياض.

(٧) المقنعة: ٦٥٣.

(٨) كذا في المخطوطة، ولكن الصواب أنّ الشيخ حكى القولين حيث قال: «وأمّا إذا أطلق ذلك ولم يذكر العقب، فهل يصحّ أم لا؟ قال قوم: يصحّ ويكون له ولعقبه من بعده مثل القسم الأوّل، وقال آخرون: إنّ العمرى تصحّ ويكون للمعمر حياته، فإذا مات رجعت إلى المعمر أو إلى ورثته إن كان مات. وهذا هو الصحيح على مذهبنا. ومنهم من قال العمرى تبطل». المبسوط ٣: ٣١٦.

(٩) راجع: المبسوط ٣: ٣١٦؛ مختلف الشيعة ٦: ٣٣٢؛ إيضاح الفوائد ٢: ٤٠٨.

(١٠) شرائع الإسلام ٢: ١٧٧.

[أقول:] خلافاً للشيخ في المبسوط؛ فإنّه روى [عن] جابر أنّ النبيّ ﷺ قال: «أيّما رجل أعمر عمرى له ولعقبه، فإنّما هي للّذي يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطاها؛ فإنّه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث»[١]، والشيخ في المبسوط[٢] عمل بهذه الرواية. «ر».

[قوله[٣]:] «بل يجب أن يوفي المعمر ما شرط له»[٤].

[أقول[٥]:] ويجب على المشتري الصبر إلى انقضاء مدّة السكنى، وهو مضمون رواية الحسين بن نعيم عن الكاظم عليه السلام عن الصادق عليه السلام [عن الباقر عليه السلام][٦].

واستشكله العلّامة؛ لأنّهم منعوا من بيع المسكن الذي تعتدّ فيه المطلّقة لجهالة وقت الانتفاع وهذا المعنى متحقّق هنا، إلّا أن يكون السكنى غير معلّقة بعمر، بل بمدّة معلومة[٧].

قيل عليه: إنّما يتوجّه الإشكال على تقدير حصول الإجماع لا مطلق القول وهو ممنوع، كيف! وبيع الأصل غير مشروط بعلم قدر منافعه، بل بعلم الأصل وإن جهل قدر المنافع، كصحّة بيع الحلوبة وإن جهل قدر ما يحلب من اللبن، كذلك الدار يصحّ بيعها وإن جهل قدر منافعها[٨]. نعم، لا يصحّ إجارتها إلّا على تقدير[٩] أن

---

(١) المبسوط ٣: ٣١٦؛ سنن أبي داود ٣: ٢٩٤؛ عوالي اللآلي ٣: ٢٦٣.

(٢) المبسوط ٣: ٣١٦.

(٣) في المخطوطة بياض.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٧٧.

(٥) في المخطوطة بياض.

(٦) الكافي ٧: ٣٨، ح ٣٨؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٤١ ـ ١٤٢، ح ٥٩٣.

(٧) مختلف الشيعة ٦: ٣٣٦.

(٨) التنقيح الرائع ٢: ٣٣٧.

(٩) في المخطوطة زيادة: «صحّة».

يكون مدّة السكنى معلومة، ولم يشترط اتّصال المدّة بالعقد؛ لأنّ الإجارة تمليك المنافع فلا بدّ من كونها معلومة. «ك».

[قوله[١]:] «**ولا يجوز أن يؤجر السكنى كما لا يجوز أن يسكن غيره**»[٢] إلى آخره.

[أقول[٣]:] قاله الشيخ[٤]، وقال ابن إدريس: إذا أطلق الإسكان استحقّ المنافع وصارت من حقوقه فله استيفاؤها كيف شاء، بنفسه وبغيره، بإجارة وغيرها[٥].

وفيه تردّد من حيث إنّها مع الإطلاق هل هي تمليك المنفعة من كلّ وجه [١١٤ ب] أو من وجه واحد؟

إن كان الأوّل، فالقول ما قاله ابن إدريس، ويرجّح بأنّه لو كان من وجه واحد لكان للمالك أن يُسكِنَ معه آخرَ أو يجعلَ فيها مُحرَزاً له؛ لعدم المنافاة بين السكنيَين؛ لأنّ تمليك المنفعة من وجه لا ينافي تمليكها من وجهٍ آخر فيبقى الوجه الغير المملَّك للمالك فيضعه أين شاء، لكن اللازم باطل إجماعاً، فكذا الملزوم.

وإن كان الثاني، فالقول قول الشيخ، ويرجّح بأنّ منفعتها من كلّ وجه كانت للمالك ولا دليل على انتقالها عنه من كلّ وجه؛ لأنّ مفهوم السكنى جعلُ الغير ساكناً، فلا يُملَّك غيرَ ذلك من الإجارةِ، والإسكانِ للغير والانتقالِ عنها وجعلِها محرزاً لنفسه أو لغيره ـ عملاً بالاستصحاب ـ وإنّما مُلِّك إسكانَ خواصّه تبعاً للعادة.

---

(١) في المخطوطة بياض.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٧٨.

(٣) في المخطوطةِ بياض.

(٤) النهاية: ٦٠١.

(٥) السرائر ٣: ١٦٩.

ويمكن أن يجاب عن الأوّل بمنع قوله: «لو كان من كلّ وجه لكان للمالك» إلى آخره؛ فإنّ الملازمة ممنوعة، وإنّما يصحّ أن لو لم يضرّ إسكانُ الغير معه وجعلُها محرزاً بالوجه المملَّك وهو سكنى نفسه وعياله لا مطلقاً، فيكون القول قول الشيخ، وتندفع شبهة ابن إدريس.

[فرع]

وهنا فرع وهو أنّه[1] هل للساكن أن يحرز طعاماً أو غيره؟

الحقّ أنّه ليس له ذلك إلّا قدر ما يحتاج إليه لنفسه وعياله تبعاً لعادة أمثاله. «ك».

---

(١) في المخطوطة: «أن».



[كتاب الهبات]



قوله: «كتاب الهبات» [إلى قوله:] «وقد يعبّر عنها بالنحلة والعطيّة»[1].

أقول: إن قصد بها الثواب والقربة فهي صدقة، وإن قصد بها التودّد والمواصلة فهي الهديّة. «ر».

قوله: «ولو وهب ما في الذمّة فإن كانت[2] **لغير من عليه الحقّ لم يصحّ على الأشبه»**[3].

أقول: خلافاً للشيخ[4] فإنّه يصحّ عنده؛ للأصل. واختاره العلّامة في تذكرته[5]؛ لأنّه يصحّ نقله بالبيع والصلح، فيصحّ بغيرهما. نعم، يشترط في اللزوم القبض.

وقيل: لا يصحّ؛ لأنّه لا بدّ من القبض وقبضُ ما في الذمّة محال.

قال في المختلف: الموهوب الماهيّة وقبضها بقبض أحد جزئيّاتها فتقبض أو يوكّل الموهوب في القبض له ثمّ يقبضها للهبة[6]. «ف»[7].

قوله: «ولا يشترط في الإبراء القبول على الأصحّ»[8].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٧٨.

(٢) في المخطوطة: «كان».

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٧٩.

(٤) الخلاف ٣: ٥٧٢، المسألة ٢٠؛ المبسوط ٣: ٣١٤.

(٥) انظر: تذكرة الفقهاء ٢٠: ٢٥. ويجوز عنده بيع الدين من غير من عليه الدين. راجع: تذكرة الفقهاء ١٠: ١٢٥.

(٦) حكاه عنه ولده في إيضاح الفوائد ٢: ٤١١، فراجع: مختلف الشيعة ٦: ٢٧٧.

(٧) إيضاح الفوائد ٢: ٤١١.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ١٧٩.

[**أقول:**] قال الشيخ وابن زهرة وابن إدريس: يشترط القبول[١]؛ لأنّ فيه غضاضة على الموهوب، فلا يجبر على قبوله.

وقيل لا يشترط؛ لقوله تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ﴾[٢]؛ فاعتبر مجرّد [١١٥ أ] التصدّق الذي هو الإبراء هنا، ولم يعتبر القبول فيبقى على أصله. ومثله قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَن يَصَّدَّقُوا﴾[٣]، وأيضاً فإنّه إسقاط حقّ فلا يشترط فيه القبول.

قال ابن إدريس: الاستدلال بالآيتين دليل خطاب[٤] وهو غير حجّة[٥].

قلنا: إنّا لم نستدلّ بهما على عدم اشتراط القبول حتّى يلزم ما ذكره، بل استندنا في ذلك إلى الأصل، وذكرنا أنّ الآيات لا تدلّ على اشتراطه. «ر».

قوله: «وربّما صار إلى ذلك بعض الأصحاب»[٦].

أقول: الشيخ في المبسوط قال: لابدّ من مضيّ زمان[٧].

---

(١) المبسوط ٣: ٣١٤؛ غنية النزوع: ٣٠١؛ السرائر ٣: ١٧٦.

(٢) البقرة (٢): ٢٨٠.

(٣) النساء (٤): ٩٢.

(٤) قال المفيد: «فأمّا دليل الخطاب فهو أنّ الحكم إذا عُلّق ببعض صفات المسمّى في الذكر دلّ ذلك على أنّ ما خالفه في الصفة ممّا هو داخل تحت الإسم بخلاف ذلك الحكم إلّا أن يقوم دليل على وفاته فيه، كقول النبي صلى الله عليه وآله: في سائمة الإبل الزكاة، فتخصيصه السائمة بالزكاة دليل على أنّ العاملة ليس فيها زكاة». التذكرة بأُصول الفقه: ٣٩. وراجع: أجوبة المسائل المهنّائيّة: ١٥٥.

(٥) السرائر ٣: ١٧٦.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ١٨٠.

(٧) المبسوط ٣: ٣١٢.

قوله: «وإذا قبضت[١] الهبة فإن كان للأبوين لم يكن للواهب الرجوع إجماعاً، وكذا إن كان ذا رحمٍ غيرَهما، وفيه خلاف»[٢].

أقول: قال العلّامة في المختلف: لا خلاف في لزوم هبة الأولاد[٣]. وقال ابن حمزة: لا خلاف في العمودين[٤].

بقي الخلاف في غيرهما، فقال الشيخ [في] المبسوط[٥] [و]الخلاف[٦] [و]التهذيب[٧] والمرتضى[٨] وابن الجنيد[٩]: له الرجوع وإن أقبض.

وقال [في] النهاية[١٠] والقاضي[١١] وسلاّر[١٢]: لا رجوع، واختاره العلّامة[١٣]؛ لأنّ المتّهب ملك إجماعاً، فصحّة العود تحتاج إلى دليل ولم يثبت، ولرواية محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام صحيحاً، قال: «الهبة والنحلة يرجع فيهما صاحبهما إنْ شاء [...]

---

(١) في المخطوطة: «قبض».

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٨٠.

(٣) مختلف الشيعة ٦: ٢٦٣.

(٤) الوسيلة: ٣٧٩.

(٥) المبسوط ٣: ٣٠٩ ـ ٣١٠.

(٦) الخلاف ٣: ٥٦٧، المسألة ١٢.

(٧) تهذيب الأحكام ٩: ١٥٧، ذيل ح ٦٤٥.

(٨) الانتصار: ٤٦٠.

(٩) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٢٦٤.

(١٠) النهاية: ٦٠٢.

(١١) المهذّب ٢: ٩٤ ـ ٩٥.

(١٢) المراسم العلوية: ١٩٩.

(١٣) مختلف الشيعة ٦: ٢٦٤ ـ ٢٦٥.

إلّا لذي رحمٍ؛ فإنّه لا يرجع فيها»[١]. ولرواية ابن سنان عنه عليه السلام[٢].

احتجّ الشيخ برواية داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام قال: سألته هل لأحدٍ أن يرجع في صدقةٍ أو هبةٍ، قال عليه السلام: «أمّا ما تصدّق به لله فلا، وأمّا الهبة والنحلة فيرجع فيها حازها أو لم يحزها وإنْ كان لذي قرابة»[٣]. ومثله رواية المعلّى بن خُنيس عنه عليه السلام[٤].

ويقوى التفصيل، وهو أنّ الهبة إن كان الباعث عليها داعيَ المحبّة الطبيعيّة لغير توقّع عوض، فحكمه كالآباء والأولاد، وإلاّ فكالأجانب، وعلى ذلك تحمل الروايات. «ك».

قوله: «وهل يلزم بالتصرّف؟ قيل: نعم، وقيل: لا يلزم، وهو الأشبه»[٥].

أقول: قوله: «قيل: نعم» قاله المفيد[٦] والشيخ[٧] وابن إدريس[٨] والقاضي[٩] وابن حمزة، إلّا أنّ [ابن] حمزة قيّد التصرّف بما يغيّر العين، كالثوبِ يُفصَّل قميصاً والخشبِ يُعمَل باباً، لا ما لا يغيّر، كالعبد يُرهَن[١٠].

---

(١) الاستبصار ٤: ١٠٨، ح ٤١٠؛ ونحوه في الكافي ٧: ٣١، ح ٧؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٣٥، ح ٥٦٩.

(٢) تهذيب الأحكام ٩: ١٥٨، ح ٦٥٠.

(٣) تهذيب الأحكام ٩: ١٥٧، ح ٦٤٥.

(٤) المصدر ٩: ١٥٨، ح ٦٥١.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٨٠.

(٦) المقنعة: ٦٥٨.

(٧) النهاية: ٦٠٣.

(٨) السرائر ٣: ١٧٣.

(٩) المهذّب ٢: ٩٩.

(١٠) الوسيلة: ٣٧٩.

وقال التقيّ[١] وسلاّر[٢] بالثاني، واختاره المصنّف لوجوهٍ:

أ. الأصل، وهو بقاء الملك على مالكه، ولا دليل يدلّ على الخروج عنه حتّى ينقطع تسلّطه، فيكون [١١٥ ب] له الرجوع.

ب. رواية ابن سنان[٣]، وقد تقدّمت.

ج. رواية الحلبيّ: «إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أنْ يرجع، وإلّا فليس له»[٤].

واختار العلّامة الأوّل لوجوهٍ:

أ. إنّ المتّهب ملك بالعقدِ والقبضِ وظهر أثر الملك بالتصرّف فقوي وجود السبب، فيكون ملكاً تامّاً فيحتاج انتقالها عنه إلى سبب حادث ولم يحدث؛ إذ الرجوع ليس بسبب وإلّا لكان سبباً في غيره من العقود.

ب. الأصل لزوم الملك؛ لانتقاله إلى المتّهب، فيدخل تحت عموم: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾[٥].

ج. ما رواه إبراهيم بن عبد الحميد عن الصادق عليه السلام قال: «أنتَ بالخيار في الهبة ما دامت في يدك فإذا خرجتْ إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها»، [وقال:] قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه»[٦]. «ر»[٧].

---

(١) الكافي في الفقه: ٣٢٨.

(٢) المراسم العلويّة: ١٩٩.

(٣) تهذيب الأحكام ٩: ١٥٧، ح ٦٤٥.

(٤) الكافي ٧: ٣٢، ح ١١؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٥٣، ح ٦٢٧.

(٥) النساء (٤): ٢٩.

(٦) تهذيب الأحكام ٩: ١٥٨، ح ٦٥٣.

(٧) مختلف الشيعة ٦: ٢٧٣ ـ ٢٧٤.

أُجيب عن الأوّل[١] بأنّ مطلق الملك مسلّم لكن لزومه ممنوع، وكون التصرّف سبب لزومه عينُ المتنازع، فلا يكون مقدّمة لئلّا يلزم المصادرة.

وعن الثاني[٢] بالمنع من كون لزوم الملك أصلاً.

وعن الرواية باحتمال أنّ الخطاب للمتّهب؛ لأنّه سمّاها هبة ولا تكون هبة إلّا بعد خروجها إلى المتّهب، ولأنّه قال: «إذا خرجت إلى صاحبها» وصاحبها هو الواهب. ورواية القيء محمولة على الكراهية.

واستدلّ بعض الفضلاء على الأوّل بأنّه لا بدّ أن يكون الباعث على الهبة نفعاً دنيويّاً أو أُخرويّاً، والثاني غير حاصل هنا؛ لأنّه صدقة، والأوّل المطلوب، فإذا لم يحصل جاز الرجوع.

أُورِد بمنع الحصر؛ لجواز المحبّة الطبيعيّة. أجاب بأنّ محبّة المال طبيعيّة، فلا تقهر إلّا بأقوى، كمحبّة الولد لا غيره.[٣] «ك».

قوله: «ويكره الرجوع فيما تهبه الزوجةُ لزوجها والزوجُ لزوجته. وقيل: يجريان مجرى ذوي الرحم، والأوّل أشبه»[٤].

أقول: تردّد في النافع[٥] من كونهما غير ذي رحم فيجوز، ويؤيّده رواية ابن مسلم عن الباقر عليه السلام[٦]، وبه قال الشيخ [في] النهاية[٧] وابن إدريس[٨]، ومن حيث المحبّة

---

(١) في المخطوطة: «أ».

(٢) في المخطوطة: «ب».

(٣) لم نعثر عليه مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتب الفقهاء.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٨٠.

(٥) المختصر النافع: ١٦٠.

(٦) الكافي ٧: ٣١، ح ٧؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٣٥، ح ٥٦٩.

(٧) النهاية: ٦٠٣.

(٨) السرائر ٣: ١٧٣.

الطبيعيّة الداعية إلى النفع فيكون كالرحم، ويؤيّده رواية الحسن بن محبوب عن زرارة عن الباقر عليه السلام أنّه لا يرجع الرجل إذا وهب زوجته [١١٦ أ] ولا المرأة فيما وهبت لزوجها[(١)]. ويقوى التفصيل المذكور في ذوي الأرحام. «ك».

قوله: «الثالثة: لو قال: "وهبتُ ولم أقبضه" كان القول قوله» إلى قوله: «عن وهمه»[(٢)].

أقول: اختلف في القبض هل هو شرط صحّة الهبة أو لزومها؟

قال التقيّ[(٣)] بالأوّل، ونقله ابن إدريس[(٤)] عن أكثر علمائنا.

وقال القاضي[(٥)] وسلّار[(٦)] وابن حمزة[(٧)] وابن إدريس[(٨)] وظاهر كلام الشيخين[(٩)] بالثاني.

وقال الشيخ [في] الخلاف: من وهب لغيره عبداً قبل الهلال فقبله الموهوب له ولم يقبض إلّا بعد الهلال، فالفطرة على الموهوب له؛ لأنّ الهبة منعقدة بالإيجاب والقبول وليس من شرطها القبض[(١٠)].

---

(١) الكافي ٧: ٣٠، ح ٣؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٥٢ ـ ١٥٣، ح ٦٢٤.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٨١.

(٣) الكافي في الفقه: ٢٢٢.

(٤) السرائر ٣: ١٧٣.

(٥) المهذّب ٢: ٩٦.

(٦) المراسم العلويّة: ١٩٩.

(٧) الوسيلة: ٣٧٨.

(٨) السرائر ٣: ١٧٣.

(٩) المقنعة: ٦٥٨؛ المبسوط ١: ٢٤٠؛ ج ٣: ٣٠٣.

(١٠) الخلاف ٢: ١٤٦، المسألة ١٨٢؛ ونحوه في المبسوط ١: ٢٤٠.

إذا تقرّر هذا فنقول: على[١] الثاني لا يشترط الفوريّة، وقد صرّح به الشيخ في كلام الخلاف[٢] كما نقلناه، وأمّا على الأوّل فجزم المصنّف بعدم بطلان الهبة بالتراخي.

وأمّا العلّامة فاستشكله في القواعد[٣] من أصالة عدم الاشتراط، ومن أنّه لا يتيقّن البقاء على الأجزاء الأُخر مع تراخيه، ولأنّ مع وجوده فيما بعد لا مؤثّر، وهو العقد وحال العقد لا أثر؛ لفقد الشرط[٤].

واعلم أنّ العلّامة اختار في المختلف[٥] الثانيَ، واحتجّ بأنّه عقد يقتضي التمليك فلا يشترط في صحّته القبض كغيره من العقود، ولأنّه تبرّع فلا يعتبر في صحّته القبض، كالوصيّة، ولأنّ القبض خارج عن مسمّى الهبة ولهذا يبرّ الحالف بمجرّد العقد، وبما رواه أبو بصير ـ في الصحيح ـ عن الصادق عليه السلام قال: «الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض، قسمت أو لم تقسم، والنحل لايجوز حتّى يقبض، وإنّما أراد الناس ذلك فأخطأوا»[٦].

وأورد ولده على الرواية بأنّها لا تدلّ على المطلوب؛ لأنّه نفى اشتراطه في الجواز، وهو أعمّ من الوجوب، ولا يلزم منه نفيُ الاشتراط في الأخصّ؛ لأنّ الاشتراط في الأخصّ أخصّ من الاشتراط في الأعمّ فنفي الاشتراط في الأعمّ أخصّ من نفي الاشتراط في الأخصّ، ولا دلالة للعامّ على الخاصّ[٧].

---

(١) في المخطوطة زيادة: «ز».

(٢) الخلاف ٢: ١٤٦، المسألة ١٨٢؛ ونحوه في المبسوط ١: ٢٤٠.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٤٠٧.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٤١٣.

(٥) مختلف الشيعة ٦: ٢٧١.

(٦) تهذيب الأحكام ٩: ١٥٦، ح ٦٤١.

(٧) إيضاح الفوائد ٢: ٤١٤.

واحتجّ للرأي الأوّل برواية أبي بصير عنه عليه السلام قال: «الهبة لا تكون هبةً حتّى تُقبَض»[١]. فالمراد إمّا نفيُ الماهيّة أو نفيُ الصحّة؛ لأنّه أقرب المجازات إلى الحقيقة. وعلى كلا التقديرين فالمطلوب حاصل. وطريق الجمع بين الرواية الأُولى والثانية حمل الثانية على الثاني وهو نفي الصحّة. وفيه نظر؛ لجواز إرادة [١١٦ ب] نفي اللزوم والأصل بقاء الملك على مالكه حتّى يرد ناقل، ومع القبض الناقل متّفق عليه فيبقى الباقي على الأصل. «ف»[٢].

قوله: «عن وهمه»[٣]، أي توهّم أنّ الملك يحصل بالإيجاب فقط.

قوله في الخامسة: «**ولو تلفت والحال هذه أو عابت لم يضمن الموهوب؛ لأنّ ذلك حدث في ملكه. وفيه تردّد**»[٤].

أقول: من أصالة البراءة، وأنّ الهبة تُملَك بالقبض، فإذا هلكت في ملكه لم يضمن، ومن أنّها مشروطة بالثواب فشابه البيع فيضمن له لو أُتلفت، ولأنّ جواز الرجوع في العين يقتضي التسلّط على أخذ مثلها أو قيمتها مع عدمها. «ر»[٥].

وجهٌ آخر: من حيث إنّه لم يقبضه مجّاناً، بل ليدفع عوضه ولم يحصل فيضمنه، ومن أنّ الضمان إنّما يجب لو أتلف ملك الواهب وليس، والمتّهب لا يجب عليه

---

(١) تهذيب الأحكام ٩: ١٥٩، ح ٦٥٤.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ٤١٤.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٨١.

(٤) المصدر ٢: ١٨٢.

(٥) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٣٣ ـ ٣٣٤.

دفع العوض، بل للواهب الرجوع في العين فالتفريط منه[١].

وابن الجنيد قال: يضمن[٢].

وقال فخر الدين: لا يضمن. «ف»[٣].

---

(١) إيضاح الفوائد ٢: ٤٢٠.

(٢) حكاه عنه فخر الدين في إيضاح الفوائد ٢: ٤٢٠.

(٣) إيضاح الفوائد ٢: ٤٢٠.



[كتاب السبق والرماية]



قوله: «كتاب السبق والرماية»[1].

أقول: المسابقة والمناضلة جائزان إن قصد بهما التأهّب للقتال، فإن توقَّفَ التأهّب والاستعداد في الجهاد عليهما كانا واجبين على الكفاية.

واعلم أنّ الاستباق كان في الجاهليّة يسمّى «قداحاً»[2]، ثمّ سوّغه الشارع فلا بدّ من أمرٍ يبعّده عن القداح، فالبحث هنا في أمرين:

أ. ما وجه الشبه للقداح.

ب. ما الفرق بينهما؟

أمّا الأوّل فاختلف فيه: فقال أصحابنا[3] والشافعيّ[4] كون كلّ واحدٍ من

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٨٣.

(٢) وهي الأقلام والأزلام والسهام أيضاً؛ كانت العرب تستقسم بالأزلام في الجاهلية عند الأصنام، إذا أراد الرجل سفراً أو مغاراً، أو غير ذلك أتى صنماً فأجال القداح على الأمر الذي عزم عليه، فإن خرج له الأمر نفذ لعزمه، وإن خرج له النهي عدى عنه، وإذا اختلفوا في الشيء لمن يكون عرّفوا ذلك بها. ومنه قوله تعالى ﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ أي أسهموا عليها أيّهم يكفلها. وإذا أرادوا أن يعرفوا حظّ كلّ امرئ من الشيء يكون بين جماعة تعرّفوا ذلك منها، وهو معنى الاستقسام، وهو طلب معرفة القِسم بها، وهو النصيب. غريب الحديث ٢: ٢٧٧؛ النهاية في غريب الحديث ٢: ٣١١.

(٣) انظر: تذكرة الفقهاء ١٩: ٢٣ ـ ٢٥؛ التنقيح الرائع ٢: ٣٤٧ ـ ٣٤٨.

(٤) الأُمّ ٤: ٢٣٠؛ حلية العلماء ٥: ٤٧٠؛ المجموع ١٥: ١٥٠.

المتسابقين إمّا أن يغنم أو يغرم فكلّ واحد من المتسابقين مردّد بينهما. وقال ابن خيران[١] كون كلّ واحد [...][٢].

وأمّا الثاني فاختلف فيه على أقوال ثلاثة:

الأوّل: أنّ وجه الفرق هو النصّ الشرعيّ والعقد، وهذا القدر كافٍ في كونها مباحة.

الثاني[٣] قول الشافعيّ: إنّه يكون أحد المتسابقين قد يغنم ولا يغرم، فأوجب المحلّل في موضع يكون السبقين من المستبقين بأن يخرج كلّ واحدٍ منهما سبقاً، فلو كان السبق من غيرهما ـ كبيت المال أو ثالث أو أحدهما ـ كفى في الفرق ولم يحتجّ إلى محلّل[٤].

[الثالث:] وقال ابن خيران: الفرق دخول المحلّل إذا كان السبَق منهما وأنّ أحدهما إذا سبق هو والمحلّل أحرز ماله لا غير ولم يأخذ من المسبوق شيئاً، بل مال المسبوق كلّه للمحلّل[٥]، والأسبق أحد المستبقين وحده [١١٧ ب] أحرز ماله[٦].

والأصحّ ما قاله الأصحاب[٧].

---

(١) هو أبو عليّ الحسين بن صالح بن خيران البغداديّ الشافعيّ، مات سنة ٣٢٠ هـ على قول. راجع: البداية والنهاية ١١: ١٧١؛ طبقات الشافعيّة الكبرى للسبكيّ ٢: ٢١٣.

(٢) في المخطوطة هنا بياض بقدر نصف السطر.

(٣) في المخطوطة: «ب».

(٤) الأُمّ ٤: ٢٣٠؛ حلية العلماء ٥: ٤٧٠؛ المجموع ١٥: ١٥٠.

(٥) في المخطوطة: «للمحال»، وصححناه كما في التنقيح الرائع ٢: ٣٤٨.

(٦) حلية العلماء ٥: ٤٧٠؛ المجموع ١٥: ١٥٠.

(٧) التنقيح الرائع ٢: ٣٤٨.

قوله: «مستندها قوله عليه السلام: لا سبق إلّا في نصل أو خفّ أو حافر[١]. **وقوله عليه السلام**[٢]: **إنّ الملائكة لتنفر عند الرهان وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخُفّ والريش والنصل**[٣][٤]».

أقول: قال الشيخ: يدخل تحت النصل النشابة، وهي للعجم، والسهم للعرب، والمزاريق وهي الردينيّات، ويدخل تحت الخُفّ الإبلُ والفيلة. قال: وقال قوم لا يجوز على البغال والحمير؛ لأنّها لا تكرّ ولا تفرّ فهي كالبقر[٥].

وقال ابن الجنيد: المجمع عليه ما يكون به القوّة على حرب الأعداء في الدين[٦].

والحقّ اتّباع النصّ فكلُّ ما صدق عليه اسم هذه المذكورات جازت فيه. «ك»[٧].

قوله: «فالسابق هو الذي يتقدّم بالعنق والكتد. وقيل: بأُذُنه، والأوّل أكثر»[٨].

[أقول[٩]**:]** فيه أقوال:

الأوّل: هو العنق، وهو قول الأكثر.

الثاني: الأُذن؛ لقوله صلى الله عليه وآله: «الشاعر والنقيب كفرسي رهان كاد أحدهما أن يسبق الآخر بأُذنه»[١٠].

---

(١) الكافي ٥: ٤٨ ـ ٤٩ و٥٠، ح ٦ و١٤.

(٢) في المخطوطة: «قولهم عليهم السلام».

(٣) من لا يحضره الفقيه ٤: ٥٩، ح ٥٠٩٤.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٨٣.

(٥) المبسوط ٦: ٢٩٠ ـ ٢٩١.

(٦) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٢٥٦.

(٧) التنقيح الرائع ٢: ٣٥٠.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ١٨٣.

(٩) في المخطوطة بياض.

(١٠) لم نعثر عليه فيما بأيدينا من كتب الحديث والفقه منّا ومن أهل السنّة، وما وجدناه هكذا: «بُعِثت والساعة كفرسي رهان كاد أحدهما أن يسبق الآخر بأذنه» النوادر لفضل الله الراوندي: ١٢٧؛ مسند أحمد ٤: ٢٦٣، ح ١٢٣٣٦.

الثالث: الكتد، وهو ما بين أصل العنق إلى الظهر، قاله [في] المبسوط[١] [و]الخلاف[٢] وابن إدريس[٣].

الرابع: أن يُخَطّ في النهاية خطٌّ معترض، فأيّهما خرج بطرف أُذنه قبل صاحبه حُكِم لصاحبه بالسبق، وهو قول ابن الجنيد[٤]، ورواه عن عليّ عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله[٥]. وهو قريب من الثاني؛ بل[٦] هو هو.

والمختار: أنّه إن تحقّق شرطٌ عند العقد وجب اتّباعه، وإلّا إن صحّ حديث[٧] الأُذن فهو المتعيّن، ويؤيّده صدق الاسم لغةً، وإن لم يصحّ فيرجع إلى عرف المتراهنين. «ك»[٨].

قوله: «ويوصف السهم بالحابي والخاصر»[٩] إلى آخر الأوصاف.

أقول: فائدة معرفة هذه الأوصاف أنّ أيّها شُرِط لزم.

قوله: «الثالث: [في] عقد المسابقة والرماية. [عقد المسابقة] يفتقر إلى إيجاب وقبول. وقيل: هي جعالة فلا تفتقر إلى قبول ويكفي البذل. وعلى الأوّل فهي لازم

---

(١) المبسوط ٦: ٢٩٥.

(٢) الخلاف ٦: ١٠٤، المسألة ٨.

(٣) السرائر ٣: ١٤٨.

(٤) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٢٥٧.

(٥) سنن البيهقي ١٠: ٢٢؛ سنن الدار قطني ٤: ٢٠٧، ح ٤٧٩٠.

(٦) في المخطوطة: «إذ»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٢: ٣٥٥.

(٧) في المخطوطة: «حسن»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٢: ٣٥٥.

(٨) التنقيح الرائع ٢: ٣٥٥ ـ ٣٥٦.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ١٨٤.

كالإجازة، وعلى الثاني هو جائز، شرع فيه أو لم يشرَع»[١].

أقول: قيل هي جعالة[٢]؛ لأنّها مبنيّة على الخطر والجهالة، فلا تصحّ إجارةً؛ لأنّ الإجارة مشروطة بضدّ ذلك، ولأنّ الإجارة لو صحّت وتلزم فلا يتعلّق بغير المتيقّن. وقيل: إجارة[٣]؛ لأنّها عمل محلّل مقصود؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ﴾[٤]، وفسّر النبيّ القوّة بالرمي؛ لقوله ﷺ: «لا سبق إلّا في نصل أو خفّ أو حافر»[٥]، ولا يثبت في الرواية السبَق ـ بفتح الباء ـ وهو المال الذي يدفع [١١٧ ب] إلى السابق.

منشأ الخلاف أنّها عقد يتضمّن عوضاً على عمل، وهو منطبق على كلّ من العقدين، ثمّ إنّها تتضمّن اشتراط العمل في العوضين، وعلى جواز إبهام العامل في السبق، وعلى ما لا يعلم حصوله من العامل وعلى جواز بذل الأجنبيّ، وبعض هذه خواصُّ الإجارة، وبعضها خواصُّ الجعالة. ثمّ إنّ العوض إن كان من العامل فهي في قوّة عقدَي إجارة أو عقدي جعالة، ولو جعلت عقداً لازماً برأسه أمكن[٦].

قوله: «ولو جعلا السبقَ للمحلّل بانفراده جاز أيضاً»[٧] إلى آخره.

أقول: قيل: سمّي المحلِّل محلِّلاً؛ لأنّ السبق في الجاهليّة بأنّ كلّ واحد من

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٨٥.

(٢) قال به العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٢٥٥.

(٣) حكاه عن ابن إدريس العلّامةُ في مختلف الشيعة ٦: ٢٢، ولكن لم نعثر عليه في السرائر.

(٤) الأنفال (٨): ٦٠.

(٥) الكافي ٥: ٤٨ ـ ٤٩ و٥٠، ح ٦ و١٤.

(٦) غاية المراد ٢: ٣٤٤.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ١٨٥.

المتسابقين إن سَبَق أخذ وإن سُبِق أعطى، فلابدّ فيها أن يأخذ السابق، ويؤدّي المسبوق، فجعل الشارع ثالثاً يأخذ ولا يعطي، سمّاه محلّلاً بهذا الاعتبار، ومن ثَمّ شرطَ الشافعيّ[١] المحلّل ليخرجها عن صورة القمار، ونحن خرجت عندنا عن صورة القمار بالعقد الشرعيّ، وكانت الجاهليّة تسمّي السبق والرماية «قداحاً».

المحلّل هو الذي يغنم الكلّ بلا غرم، معناه إن سبق الكلَّ أخذ كلَّ ما جعل للسابق منهما معاً فإن سُبِق فلا يغرم، فلو أخرج اثنان كلّ واحدٍ منهما عشرةً، فمن سبق فله العشرون، فإن سبق المحلّل كانت العشرون له، وإن سبق أحدهما والمحلّل أحرز السابق ماله وأخذ هو والمحلّل سبق الآخر.

وقيل: المحلّل هو الذي يغنم إن سَبق ولا يغرم إن سُبِق[٢].

ويتفرّع على القولين أنّه لو جعل للمحلّل نصف السبق صحّ، وكان إطلاق المحلّل عليه حقيقةً على الثاني، ومجازاً على الأوّل، وإنّما سمّي المحلّل؛ محلّلاً لأنّه يحلّل[٣] العقد إجماعاً ويحلّل المال به إجماعاً.

وهل يحلّله لغيره؟ قولان: فالذي عليه أصحابنا، ومختار الشافعيّة[٤] أنّه يحلّل لغيره. وقال ابن خيران: إنّه لا يحلّل المال لغيره[٥].

قوله: «الخامس: أن يجعل السبق لأحدهما أو للمحلّل، ولو جعل لغيرهما لم يجز»[٦].

---

(١) الأُمّ ٤: ٢٣٠؛ حلية العلماء ٥: ٤٧٠؛ المجموع ١٥: ١٥٠.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٨٣؛ التنقيح الرائع ٢: ٣٥٢.

(٣) في المخطوطة: «يحتمل».

(٤) الأُمّ ٤: ٢٣٠؛ حلية العلماء ٥: ٤٧٠؛ المجموع ١٥: ١٥٠.

(٥) حلية العلماء ٥: ٤٧٠؛ المجموع ١٥: ١٥٠.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ١٨٦.

أقول: استشكل العلّامة [في] جعل العوض للأجنبيّ[(١)] من أنّ موضوع هذا العقد جعل السبق لأحدهما أو للمحلّل؛ إذ المقصود به الحذق[(٢)] وهو لا يتمّ إلّا بجلب النفع إلى نفسه ليقوى حرصه، ولأنّه رهان فيقتصر فيه على المتيقّن، ومن أنّه [١١٨ أ] شرط أدخلاه على أنفسهما فيكون جائزاً؛ لقوله ﷺ: «المؤمنون»[(٣)] إلى آخره.

ونمنع عدم الحرص على الإصابة؛ فإنّ الإعطاء للأجنبيّ ربّما كان باعثاً للرامي على إجادة الرمي إمّا لثنائه أو لفقره[(٤)] مع قصد الثواب، ولأنّه لو شرط إطعامه حزبه لجاز فكذا هنا. ويمكن الفرق بدخول العوض هنا في ملكيّة المعطي بخلاف صورة النزاع.

والأقرب عدم الجواز، أمّا على القول بأنّها إجارة فظاهر؛ لأنّه يمتنع أن تكون الإجارة لغير العامل. وأمّا على القول بالجعالة، فإنّه وإن تصوّر التبرّع فيها إلّا أنّه لا بدّ فيها من المعاوضة ولا معاوضة هنا. «ش»[(٥)].

قوله: «وهل يشترط التساوي في الموقف؟ قيل: نعم. والأظهر لا؛ لأنّه مبنيّ على التراضي»[(٦)].

أقول: وقيل: يشترط وإلّا لتحقّق أحدهما وهو الأقرب أن يكون سابقاً؛ لوجوب اشتراط كونهما متساويين في الأفعال فيكون قماراً. واختاره الشيخ في قول[(٧)]. «ك»[(٨)].

---

(١) إرشاد الأذهان ١: ٤٣١.

(٢) في المخطوطة: «بالحذق»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٣٤٥.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٣٧١، ح ١٥٠٣.

(٤) في المخطوطة: «للنفر به»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٣٤٥.

(٥) غاية المراد ٢: ٣٤٥ ـ ٣٤٦.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ١٨٦.

(٧) نسبه إليه الشارح في التنقيح الرائع ٢: ٣٥٥؛ ولكن لم نعثر عليه في كتبه. وإنّما قال به العلّامة في تذكرة الفقهاء ١٩: ٢٠.

(٨) التنقيح الرائع ٢: ٣٥٥.

ووجه الأظهر جواز أن يكون أحدهما أسرع نهضةً من الآخر وأحسن رماية. «ر».

قوله: «وفي اشتراط المبادرة والمحاطّة تردّد، والظاهر أنّه لا يشترط»[١].

أقول: المبادرة هي أن يبادر أحدهما إلى الإصابة مع التساوي في الرشق، والمحاطّة إسقاط ما تساويا فيه من الرشق ويفضل لأحدهما عدد الإصابة، فيكون ناضلاً.

وينشأ التردّد من تفاوت الأغراض في كلّ واحدٍ منهما فالاشتراط يزيل النزاع، ومن أصالة عدم الاشتراط، ولأنّ السبق يتحقّق بالمبادرة؛ فإنّ من حصل له الإصابة المشروطة قبل صاحبه مع تساويهما في السهام فقد سبقه، ومع التحقّق يستحقّ المال.

ويؤكّد الأوّل أنّ هذا العقد إنّما شُرِّع لبعث العزم على الاستعداد للنضال وذلك إنّما يكون واقعاً على الوجه الأكمل إذا[٢] شرط فيه إمّا المبادرةُ أو المحاطةُ؛ إذ بلوغ الغاية [في] الحذق يحصل بالرمي[٣] على أبلغ نظام؛ لكونهما أشقّ أقسام الرماية.

قوله: «أمّا لو شرطا المحاطّة فرمى كلّ واحد عشرة وأصاب خمسة تحاطّا خمسة بخمسة» إلى قوله: **«وإن [١١٨ ب] كان قبل انتهائه فأراد صاحب الأقلّ إكمال الرِّشق نُظِر فإن كان له في ذلك فائدة مثل أن يرجو أن يرجّح عليه أو يساويه»**[٤] إلى آخره.

أقول: نفرض الرِّشقَ عشرين والإصابةَ خمسة، وتدلّ عليه المسائل الثلاث.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٨٦.

(٢) في المخطوطة: «إمّا شرطه» بدل «إذا شرط»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٢: ٣٥٧.

(٣) في المخطوطة: «يحصل الحذق» بدل «الحذق يحصل»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٢: ٣٥٧.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٨٨.

مثال الأُولى: أن يرمي[1] كلّ منهما عشرةً فيصيبها أحدُهما ويصيب الآخر منها خمسةً فهنا يجب الإكمال؛ لجواز إضافة ذي الخمسة العشرةَ وخطأ الآخر فينضله.

ومثال الثانية: أن يصيب أحدهما مجموع العشرة ويخطؤها الآخر فمن الممكن إصابة المخطئ للعشرة الباقية وخطأ المصيب، فتحصل المساواة.

ومثال الثالثة: يرمي كلّ منهما خمسة عشرة فيصيب أحدهما إحدى عشر والآخر اثنتين فمن الممكن إصابة ذي الاثنتين الخمسة الباقية فيكمل السبعة ويخطؤها الآخر فيفضل عنه بأربعة، فلا يتمّ له عدد الإصابة. «ش»[2].

---

(١) في المخطوطة: «نفر» ظاهراً.

(٢) غاية المراد ٢: ٣٤٧ ـ ٣٤٨. راجع أيضاً: كنز الفوائد ٢: ١١٩.



[كتاب الوصايا]



قوله: «كتاب الوصايا، والنظر في ذلك يستدعي فصولاً: الأوّل: في الوصيّة، وهي تمليك عين أو منفعة بعد الوفاة»[1] إلى آخره.

أقول: إذا تعلّق قوله: «بعد الوفاة» بقوله: «تمليك» لزم أن يكون التمليك بعد وفاة الموصي وهو محال؛ لأنّه فعلُ الموصي وصفتُه، ويستحيل حصول فعل الرجل بعد موته.

أُجيب: بأنّ المراد التمليك العامّ وما ذكرتم إنّما يلزم لو أُريد الناقص، وهو الإيجاب، وأمّا إذا أُريد العام فلا؛ لأنّ كمال التمليك ليس صفة الموصي؛ لأنّه إنّما يحصل بالقبول والقبول بعد الوفاة فيكون التمليك.

وهذا تعريف بالغاية كما يقال: الإناء وعاء يُشرَب به الماء؛ ولذلك قال: «ويفتقر إلى الإيجاب والقبول»، ولو عرّفت بالأجزاء والغاية لقيل: «هي الإيجاب [والقبول] الدالّان[2] لتمليك شيء» إلى آخره. «ك»[3].

والضمير في «يفتقر» إمّا للوصيّة فيكون افتقارها افتقار الكلّ إلى أجزائه، وإمّا للتمليك فيكون افتقاره إليهما افتقار المعلول إلى علّته. «ك»[4].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٨٩.

(٢) في المخطوطة: «اللذان»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٢: ٣٥٨.

(٣) التنقيح الرائع ٢: ٣٥٨.

(٤) المصدر ٢: ٣٥٩.

ونقل ابن إدريس: أنّه يجب كون القبول بعد الموت، ثمّ قال: ويجوز أن يكون أيضاً قبله[١].

والمختار الوجوب؛ لِما تقرّر من وجوب اتّصال العقود بأحكامها، ولا ريب أنّ الملك يحصل بعد الموت [١١٩ أ] بالإجماع فكذا سببه، وإن حصل قبله كان إخباراً عن قبوله بعد الموت لا إنشاءً، ولذلك لو لم يقبل حينئذٍ ثمّ قبل بعد الموت ولم يعلم رجوع الموصي صحّت الوصيّة. «ك».

قوله: «وقبول الموصى له، ولا ينتقل بالموت منفرداً عن القبول على الأظهر»[٢].

أقول: اختياره حكاه في المبسوط[٣] واختاره ابن إدريس[٤]. وقال في الخلاف[٥] بالموت كالميراث. وقيل: يكون مراعى[٦].

احتجّ الشيخ بأنّه لو لم يملك بالموت فلا يجوز انتقاله إلى الورّاث؛ لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ﴾[٧]. ولا أن يبقى بملك[٨] الميّت؛ لأنّ الميّت كالحجر لا يملك شيئاً ضرورةً[٩].

---

(١) السرائر ٣: ١٨٤.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٨٩.

(٣) المبسوط ٤: ٣٣.

(٤) السرائر ٣: ٢٠٢.

(٥) الخلاف ٤: ١٤٦، المسألة ١٨.

(٦) حكاه الشيخ في المبسوط ٤: ٣٣.

(٧) النساء (٤): ١١.

(٨) في المخطوطة: «تمليك».

(٩) الخلاف ٤: ١٤٦، المسألة ١٨.

أجاب العلّامة بأنّ المراد وصيّة مقبولة وهذه لم تُقبَل، أو نقول بملك الوارث بعد الموت ملكاً مستقرّاً، وهذا لم يستقرّ بعدُ؛ لتوقّفه على عدم قبول الموصى له، ولهذا لم يمنع الدينُ ثبوتَ الملك في التركة وهو آكد من الوصيّة. سلّمنا، لكن لم لا يبقى على ملك الميّت، كمؤنة تجهيزه وقضاء دَيْنه. ويجوز أن يتجدّد له ملك، كما إذا نصب شبكة فمات ثمّ وقع فيها صيد؛ فإنّه يجوز أن يُقضى بها دينه ولولا ملكه لما جاز ذلك[١].

وقال العلّامة: إن كانت الوصيّة لشخص معيّن فلا بدّ من القبول؛ لاستحالة تقدّم الملك على القبول، كسائر العقود، ولأنّه لو ردّ لبطلت ولو ملك بمجرّد الوصيّة لم يزل الملك بالردّ كما بعد القبول. وإن كانت لغير معيّن ـ كالفقراء ـ أو لمصلحة ـ كبناء مسجد أو قنطرة ـ [لم يفتقر إلى القبول ولزمت بمجرّد الموت؛] لاستحالة القبول من الجميع ولا يتعيّن واحد فيكتفى بقبوله فيسقط، كالوقف[٢].

وفيه نظرٌ؛ لأنّ الوصيّة هي الإيجاب والقبول معاً، فلو لم يدخل القبول في حقيقتها لم يتوقّف عليه، وإن كانت لغير معيّن؛ لأنّ الحقيقة الواحدة لا تختلف بالمتعلّقات. وحينئذٍ يقبل الناظر أو واحد من المتعدّدين، ويتعيّن بإرادة الدفع إليه، فإن لم يقبل لم يحصل الملك.

ومؤنة التجهيز لو كانت في ملك الميّت لم يكن للوارث التخيير، والحقّ انتقال الملك إلى الوارث، كانتقال المبيع إلى المشتري في زمن الخيار، فإن قبل الموصى له عاد الملك إليه، و إلّا استقرّ مِلك الوارث.

---

(١) مختلف الشيعة ٦: ٣٤١.

(٢) المصدر ٦: ٣٤٠، ما بين المعقوفين منه.

والقول بالمراعاة ليس بشيء؛ إذ لابدّ من مالك قبل القبول وليس الميّت ولا الموصى له ـ لعدم قبوله بعدُ ـ فيكون الوارث. «ك».

قوله: «وقبل القبض قيل: تبطل، وقيل: لا تبطل، وهو أشبه»[١].

أقول: قوله: «قيل تبطل» قاله الشيخ[٢]؛ لأنّه وإن ملك بالقبول لكنّه غير مستقِرّ إلّا بالقبض، كالوقف. ونمنع عدم الاستقرار، [١١٩ ب] والسند أنّه عقد لا خيار فيه فلا ينقسم إلى المستقرّ وغيره، والقياس على الوقف ـ مع بطلانه ـ لا يَتِمّ؛ لوجود الفارق؛ إذ بالردّ في الوقف لم يحصل القبول الذي هو شرط أو جزء، مع أنّا نمنع ملكه بدون القبول ونمنع ردّه بعده[٣].

قيل: الهبة أقوى من الوصيّة وردُّها جائز بعد القبول وقبل القبض، فكذا هنا. أمّا الأوّل فلكونها منجَّزة[٤]، ولهذا قُدِّمت المنجَّزات على الوصايا، وأمّا الثاني فلاشتراكهما في التبرّع بالإعطاء.

والجواب: أنّه قياس محض، مع قيام الفارق؛ فإنّ الملك حصل في الوصيّة بالقبول بخلاف الهبة. ثمّ أقسام الردّ بالنسبة إلى القبول والقبض ثمانية. «ش»[٥].

قوله: «أمّا لو أوصى بخبز فدقّه فتيتاً لم يكن رجوعاً»[٦].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٨٩.

(٢) المبسوط ٤: ٣٣.

(٣) غاية المراد ٢: ٤٦١.

(٤) راجع: الوسيلة: ٣٧٧؛ إيضاح الفوائد ٢: ٤٧١.

(٥) غاية المراد ٢: ٤٦١ ـ ٤٦٢.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ١٩٠.

أقول: هل جحود الوصيّة رجوع أم لا؟

قيل: نعم[(١)]؛ لأنّه إنكارٌ ورفعٌ للوصيّة في الماضي والمستقبل، والرجوع رفع في المستقبل فكان الأوّل أقوى في الرفع فكان أَولى بأن يكون رجوعاً.

وقيل: لا[(٢)]؛ لأنّه لو كان رجوعاً لزم أن يكون الإقرار إنكاراً؛ لأنّ فرض الإنكار يكون رجوعاً، والرجوع إقرار، فيلزم أن يكون الإقرار إنكاراً، ولأنّ إنكار الشيء إنكار لملزوماته[(٣)] وخواصّه فكيف يكون الإنكار رجوعاً وهو ملزوم للوصيّة؟ وبهذا أفتى فخر الدين[(٤)] ووالده[(٥)]، ونقل عن جدّه الأوّل.

قوله: «الثاني: في الموصي [...] ولا الصبيّ ما لم يبلغ عشراً فإن بلغها فوصيّته جائزة في وجوه المعروف لأقاربه وغيرهم على الأشهر»[(٦)].

أقول: هذا قول الشيخ[(٧)] وزاد الهبة والعتق بشرائط ثلاث: بلوغ العشر، ووضع الأشياء مواضعها، وكونها في المعروف. وبه قال القاضي[(٨)]، والمفيد[(٩)]، إلّا أنّه منع

---

(١) تحرير الأحكام ٣: ٣٣٦؛ إيضاح الفوائد ٢: ٦٤١.

(٢) قاله أبو يوسف من الحنفية. تحفة الفقهاء ٣: ٢٢٤.

(٣) في المخطوطة: «للزوماته».

(٤) بل بالبطلان أفتى، فراجع: إيضاح الفوائد ٢: ٦٤١.

(٥) لم نعثر عليه في كتبه، فراجع: قواعد الأحكام ٢: ٥٧١.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ١٩٠.

(٧) النهاية: ٦١١.

(٨) المهذّب ٢: ١١٩.

(٩) المقنعة: ٦٦٧ ـ ٦٦٨.

الهبة ولم يصرّح بالشرط الثالث. وتبعه سلّار وزاد في المنع الوقف[١]، والمفيد وسلّار ساويا بينه وبين السبعية.

والتقيّ قال: لا تمضى وصيّة من نقص عن العشر والمحجورِ عليه إلّا ما تعلّق بأبواب البِرّ[٢]، فظاهره أنّ بالغ العشر يصحّ في غير ذلك.

وابن الجنيد اكتفى بالثمان في الصبيّ، وفي الصبيّة بالسبع وألحقهما بالبالغ الرشيد[٣].

وابن حمزة اعتبر المراهق الذي يضع الأشياء في مواضعها بالمعروف، وجوّز الصدقة والعتق والهبة[٤].

والمصنّف وافق الشيخين؛ لاشتهار مذهبهما، ولكثرة الروايات به.

وخالف ابن إدريس[٥] في ذلك كلّه، وكذا العلّامة، قال: الروايات وإن كانت متظافرة، والأقوال مشهورة ولكن الأحوط عدم النفوذ مطلقاً [١٢٠ أ] حتّى يبلغ؛ لعدم كونه أهلاً للتصرّف في الأموال[٦].

قال بعض الفضلاء: الأَولى قول الشيخين؛ لكثرة الرواياتِ والقائلِ به، ولا استبعاد في كونه مرفوع الحجر من وجه محجوراً عليه قولاً مطلقاً؛ لعدم المنافاة بينهما.

---

(١) المراسم العلويّة: ٢٠٣.

(٢) الكافي في الفقه: ٣٦٤.

(٣) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٣٩١.

(٤) الوسيلة: ٣٧٢.

(٥) السرائر ٣: ٢٠٦ ـ ٢٠٧.

(٦) مختلف الشيعة ٦: ٣٩٣.

وذلك لأنّ انتقاله من نقصان عقله إلى كماله ليس دفعةً واحدة حتّى يلزم من ارتفاع حجره من وجه ارتفاع حجره مطلقاً، بل على التدريج فيكون ارتفاع حجره أيضاً كذلك، فجاز أن يرتفع حجره عن شيء يسير إذا بلغ ثمانياً ـ كما قال ابن الجنيد[١] ـ وعن البرّ مطلقاً إذا بلغ العشر، وعن صدقته وهبته وعتقه إذا قاربَ البلوغ، وعن الكلّ إذا بلغ. ويكون المراد ببلوغه خمسة عشر سنة زوال حجره بالنسبة إلى كلّ تصرّفاته.

وقول العلّامة: «الأحوط عدم إنفاذ وصيّته مطلقاً»[٢] ممنوعٌ، بل الأحوط إنفاذها على الوجه المأمور به. «ش»[٣]. «ك».

[و]لعلّ مراده بالأحوط أي: بالنسبة إلى الموصى له أن لا تقبل وصيّته.

وفيه بُعدٌ، مع إمكان كون الوصيّة في جهة عامّة أو لطفل مولّى عليه، فلا وجه للاحتياط هنا، وإن أراد معنى آخر فلا بدّ من إفادته قيام الدليل عليه.

وبالجملة الإقدام على ردّ ما تظاهرت به الفتوى واشتهرت به الرواية من طريق أهل البيت عليهم السلام مشكل. «ش»[٤].

الروايات عن زرارة عن الباقر عليه السلام[٥] وعبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام[٦]

---

(١) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٣٩١.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ٣٩٣.

(٣) غاية المراد ٢: ٤٦٥.

(٤) المصدر نفسه.

(٥) الكافي ٧: ٢٨، ح ١؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٨١، ح ٧٢٩.

(٦) الكافي ٧: ٢٨ ـ ٢٩، ح ٣؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ١٩٦، ح ٥٤٥٠؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٨١، ح ٧٢٦.

وأبي[١] بصير عن الباقر عليه السلام[٢] وغيرهم[٣].

قوله: «ولو جرح الموصي نفسه بما فيه هلاكها ثمّ أوصى لم تُقبَل وصيّته»[٤] إلى آخره.

أقول: هذا قول الشيخين[٥] والتقيّ[٦] والقاضي[٧]، وجعله ابن الجنيد[٨] رواية.

وقال ابن إدريس: الوجه صحّة وصيّته إذا كان عقله ثابتاً، فإنّ ثبات عقله هو مناط جواز تصرّفاته[٩].

وليس قوله بشيءٍ ـ وإن قال العلّامة: فلا بأس به[١٠] ـ؛ لأنّا نسلّم أنّ ثبات عقله هو المناط، لكن لا يستدلّ عليه إلّا بأفعاله واختياراته وجراحتُه نفسَه بما[١١] فيه هلاكه يدلّ على اختلال عقله، فلا يمضي وصيّته.

ويؤيّده ما رواه أبو ولّاد عن الصادق عليه السلام: «إنْ كان أوصى بوصيّة بعد ما أحدث

---

(١) في المخطوطة: «وأبو».

(٢) الكافي ٧: ٢٨ ـ ٢٩، ح ٣؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ١٩٧، ح ٥٤٥٢؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٨٢، ح ٧٣٢؛ كلّهم عن الصادق عليه السلام.

(٣) تهذيب الأحكام ٩: ١٨١، ح ٧٢٧.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٩١.

(٥) المقنعة: ٦٧٢؛ النهاية: ٦١٠.

(٦) الكافي في الفقه: ٣٦٤.

(٧) المهذّب ٢: ١٠٧.

(٨) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٣٦٨.

(٩) السرائر ٣: ١٩٧.

(١٠) مختلف الشيعة ٦: ٣٦٨.

(١١) في المخطوطة: «ممّا».

في نفسه من جراحةٍ أو قتلٍ لعلّه يموت لم تجز وصيّته»[١].

قوله: «لو أوصى ثمّ خرج جرح قبلت» الى آخره.

[أقول:] لاحتمال[٢] حدوث الاختلال بعدها، فلا يعارض أصل الجواز. «ك».

قوله: «وإجازة الوارث تعتبر بعد الوفاة. وهل تصحّ قبل الوفاة؟ فيه قولان، أشهرهما أنّها تلزم [الوارث]»[٣][٤].

أقول: هذا قول الشيخ[٥] وابن حمزة[٦]؛ لأنّ الحقّ للورثة [١٢٠ ب] فرضاهم بالوصيّة مسقط[٧]، كرضى المشتري بالمعيب، ولأنّ استحقاق المال دائر بين الموصي والوارث فإذا رضى كلّ منهما لزم حقّ لهما، ولرواية منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام في الصحيح[٨]، ومحمّد بن مسلم عنه في الحسن[٩].

---

(١) تهذيب الأحكام ٩: ٢٠٧، ح ٨٢٠.

(٢) في المخطوطة: «ولاحتمال».

(٣) كذا في المخطوطة؛ وغاية المراد ٢: ٤١٩؛ ومسالك الأفهام ٦: ١٤٨؛ ولكن في شرائع الإسلام هكذا: «فيه روايتان أشهرهما أنّه يلزم الوارث».

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٩١.

(٥) الخلاف ٤: ١٤٤، المسألة ١٤؛ المبسوط ٤: ١٧؛ النهاية: ٦٠٨ ـ ٦٠٩.

(٦) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٣٤٢؛ والشهيد في غاية المراد ٢: ٤٨١؛ ولكنّه قال في الوسيلة (ص ٣٧٥): «فإن أوصى بأكثر من الثلث ورضي الورثة بعد الموت بها نفذ، وإن رضوا به في حال حياته كان لهم الرجوع بعد وفاته، وقيل: لم يكن لهم ذلك».

(٧) في المخطوطة: «فسقط» ظاهراً، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٤٨١.

(٨) الكافي ٧: ١٢، ذيل ح ١؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٠٠، ذيل ح ٥٤٦١؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٩٣، ح ٧٧٦.

(٩) الكافي ٧: ١٢، ح ١؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٠٠، ح ٥٤٦١؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٩٣، ح ٧٧٥.

وقال المفيد[١] وسلّار[٢] وابن إدريس: لا يلزم؛ لأنّها إجازة فيما لا يستحقّونه فجرَت إجازتهم مجرى ردّهم[٣].

أُجيب بأنّه يكفي مشارفة الاستحقاق، وفرق بين الردّ والإجازة حال الحياة أنّ الردّ يتعقّبه دوام الوصيّة، فهو كتجدّدها[٤] فيكون دوامها رافعاً له بخلاف الإجازة، فإنّ الدوام يؤكّدها[٥].

وأجاب بعض[٦] الفضلاء بأنّ الاستحقاق المنفيّ هو الاستحقاق في الحال، وهو خاصّ فلا يستلزم نفيَ مطلق الاستحقاق[٧] إلى بعد الوفاة، والمعتبر في الإجازة هو المطلق لا المقيّد. ولذلك يجوز إبراء الدين المؤجّل وإن لم يستحقّه المبرئ في الحال فبذلك فارق إجازة الأجنبيّ[٨]. «ش».

قوله: «وإذا وقعت بعد الوفاة كان ذلك إجازة لفعل الموصي»[٩].

أقول: خلافاً للجمهور[١٠]؛ فإنّه عندهم ابتداء هبة والوصيّة بالزائد عن الثلث باطلة.

قوله: «ولو أوصى إلى إنسان بالمضاربة بتركته أو ببعضها» إلى قوله: «والأوّل مرويّ»[١١].

---

(١) المقنعة: ٦٧٠.

(٢) المراسم العلويّة: ٢٠٣.

(٣) السرائر ٣: ١٨٥ و١٩٤.

(٤) في المخطوطة: «كتجرّدها»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٤٨٢.

(٥) حكاه عن العلّامة الشهيد في غاية المراد ٢: ٤٨٢. راجع: مختلف الشيعة ٦: ٣٤٣.

(٦) في المخطوطة: «بعد».

(٧) هنا كلمة غير واضحة، لعلّها «الشامل»، وهذه صورته: الـامـل.

(٨) جاء نحوه في التنقيح الرائع ٢: ٤٠٠ ـ ٤٠١.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ١٩١.

(١٠) راجع: المغني لابن قدامة ٦: ٤٥٧؛ العزيز شرح الوجيز ٧: ٢٤ ـ ٢٥.

(١١) شرائع الإسلام ٢: ١٩٢.

أقول: هذا قول الشيخ في النهاية[١] مستنداً إلى رواية محمّد بن مسلم عن الصادق عليه السلام[٢].

ومنعه ابن إدريس؛ محتجّاً بأنّ الوصيّة لا تنفذ إلّا في ثلث المال قبل موته والربح تجدّد بعد موته فكيف ينفذ وصيّته فيه[٣].

وقال بعض الفضلاء: إنّ هذه الوصيّة إن كان نوع محاباة فالزائد يكون من الثلث، كما أنّ غيره يتّجر مثلاً بمثل ذلك المال ومثل تلك التجارة بالربع من الربح فضاربه بالنصف فيكون الربع من الثلث والربع الآخر يملكه بعمل؛ لأنّه كالأُجرة فيكون أربع من اثنى عشر بينهما. وإن لم يكن فيه محاباة فالقول قول الشيخ[٤].

قوله: «ولو كان الكلّ غير واجب بدئ بالأوّل، فالأوّل حتّى يستوفي الثلث»[٥].

أقول: هذا هو المشهور، ومستنده رواية حُمران بن أعين عن الصادق عليه السلام[٦].

وقال ابن حمزة: إن رتّبهم في وقت واحد بواو العطف فهو كذلك، وإن اشتبه[٧] حكم بالقرعة، وإن واحداً غدوة والآخر ضحوة والآخر ظهراً وهكذا، ولم يخرج الجميع من الثلث فليس الحكم كذا، بل يقدّم الأخير[٨].

---

(١) النهاية: ٦٠٨.

(٢) تهذيب الأحكام ٩: ٢٣٦، ح ٩٢١.

(٣) السرائر ٣: ١٩٢.

(٤) جاء نحوه في التنقيح الرائع ٢: ٤٠٣.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٩٢.

(٦) الكافي ٧: ١٩، ح ١٥؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٢١٢، ح ٥٤٩٣؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٩٧، ح ٧٨٨.

(٧) في المخطوطة: «أشبهه»، وصحّحناه كما في الوسيلة: ٣٧٦.

(٨) الوسيلة: ٣٧٥ ـ ٣٧٦.

قال العلّامة: إنّه إن نصّ على الاشتراك[١] قُسِم الموصى به عليهم بالنسبة؛ لئلّا يلزم مخالفة الوصيّة وهو منهيٌّ عنه، وإلّا قدّم الأوّل فالأوّل[٢].

وقال[٣] بعض الفضلاء: قول ابن حمزة أمّا مع اتّحاد الوقت قدّمت [١٢١ أ] فللرواية، وأمّا مع الاختلاف فإنّ الأخير أو بعضه إن ناقض الأوّل يكون رجوعاً عن الأوّل، كما إذا قال: «أُعطوا هذا» ثمّ قال: «أُعطوه آخر»، وإن لم يناقض فهو خلاف الفرض؛ لأنّ الفرض أنّهما لا يجتمعان في الثلث.

ومنشأ الفرق بين القسمين أنّه مع اتّحاد الوقت تستمرّ الإرادة الأُولى غالباً، فلا يدلّ على الرجوع عن الأوّل، ومع الاختلاف يترجّح احتمال الرجوع؛ لجواز تغيّر الإرادة عند العبارة الأخيرة. هذا مع عرفانه بكمّيّة ماله وقيمة ما أوصى به، وإلّا فالحكم كالأوّل. وكذا الشريك فلا نزاع فيه، والتبديل إنّما يلزم إذا لم يرجع[٤]. «ك».

قوله: «ولو أوصى بعتق مماليكه دخل في ذلك من يملكه منفرداً» إلى قوله: «وبه رواية فيها ضعف»[٥].

أقول: قاله الشيخ[٦] مستدلّاً برواية أحمد بن زياد عن الكاظم عليه السلام[٧]، واختاره العلّامة في المختلف؛ لأنّه أوجد سبب السراية في العتق فيوجد مسبّبه، أمّا الأوّل فلأنّ العتق

---

(١) في المخطوطة: «الاشتراط»، وصحّحناه كما في مختلف الشيعة ٦: ٣٦٧.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ٣٦٧.

(٣) في المخطوطة: «وقول».

(٤) جاء نحوه في التنقيح الرائع ٢: ٤٠٦.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٩٣.

(٦) المبسوط ٦: ٥٧.

(٧) الكافي ٧: ٢٠، ح ١٧؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٢١٣، ح ٥٤٩٧؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٢٢، ح ٨٧٢.

مستنداً إليه في الحقيقة ولذلك له ولاؤه، والثانية[١] ظاهر[ة].

ومنعه ابن إدريس؛ لأنّه[٢] زال ملكه بموته، فهو لا يتصرّف إلّا فيما استثناه[٣].

والحقّ قوله، والرواية لا تدلّ على مراد الشيخ؛ لاحتمال صرف العتق إلى ما يخصّه؛ ضرورة أنّه إذا لم يحتمل الثلث[٤] جميع عبيده المختصّة والمشتركة لا يعتق إلّا ما يحتمله الثلث.

وقول العلّامة فيه نظرٌ؛ لأنّه إن أراد أوجد السبب التامّ فهو ممنوعٌ؛ لأنّ [من] تمامه كون المعتق موسراً[٥] والفرض خلافه؛ لأنّه لا يملك بعد موته شيئاً إلّا بالإيصاء ولم يوص. ولا ينفعه السبب الناقص. «ك»[٦].

قوله: «ولو أوصى بنصف ماله مثلاً فأجاز الورثة» إلى قوله: «وفيه تردّد»[٧].

أقول: ينشأ من تكذيبهم الدعوى بإجازتهم فلا يسمع قولهم، ومن أصالة بقاء ملكهم على ما زاد على الثلث ترك[٨] العمل بذلك مع إجازتهم؛ للنصّ والإجماع فيبقى معمولاً بها في الباقي. ويؤيّده أنّ الموصى له مدّعٍ للإجازة في قدر النصف

---

(١) في المخطوطة: «والسابقة»، وصحّحناه كما في مختلف الشيعة ٦: ٣٨٦.

(٢) في المخطوطة: «لأنّ باع»، وصحّحناه كما في السرائر ٣: ٢١٤.

(٣) السرائر ٣: ٢١٤.

(٤) في المخطوطة: «السلب»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٢: ٤٠٧.

(٥) في المخطوطة: «مماته يكون المعتق موسدا» بدل «تمامه كون المعتق موسراً»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٢: ٤٠٧.

(٦) التنقيح الرائع ٢: ٤٠٧.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ١٩٣.

(٨) في المخطوطة: «تركه»، وصحّحناه كما في إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٣٥.

والورثة تنكر الإجازة؛ إذ[١] التقدير أنّهم أجازوا الوصيّة على تقدير القلّة، فيكون القول قولهم؛ عملاً بقوله ﷺ: «اليمين على من أنكر»[٢]. «ر»[٣].

قوله: «فرع: لو أوصى بثلث عبيده فخرج ثلثاه[٤] مستحقّاً انصرفت الوصيّة إلى الثلث الباقي»[٥] إلى آخره.

أقول: قال أبو ثور[٦]: تصحّ الوصيّة في ثلث ذلك الثلث فقط[٧]. «ر».

قوله: «كما إذا أوصى بعود من عيدانه ولم يكن له إلّا عود اللهو قيل: تبطل، وقيل تصحّ وتزال عنه الصفة المحرّمة»[٨].

أقول: القول بالبطلان للشيخ [في] المبسوط[٩]، وبالصحّة لابن إدريس[١٠].

والشيخ قال بذلك إذا لم يكن له منفعة مباحة، أمّا إذا أمكن له ذلك فإنّه يصحّ[١١]. «ر».

---

(١) في المخطوطة: «إذا»، وصحّحناه كما في إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٣٥.

(٢) الكافي ٧: ٤١٥، ح ١؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٩٩؛ تهذيب الأحكام ٦: ٢٢٩، ح ٥٥٣ و٥٥٤.

(٣) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٣٥.

(٤) في المخطوطة: «للثاه».

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٩٣ ـ ١٩٤.

(٦) هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبيّ البغدادي. وكان أبو ثور على مذهب أبي حنيفة فلمّا قدم الشافعيّ بغداد تبعه وانتشر علمه. مات سنة ٢٤٠ هـ على قول. راجع: طبقات الشافعيّة: ٥؛ طبقات الفقهاء: ٧٥؛ تهذيب التهذيب ١: ١١٨؛ تاريخ بغداد ٦: ٦٥.

(٧) حكاه عنه الشيخ في الخلاف ٤: ١٤٧، المسألة ١٩. راجع: المجموع ١٥: ٤٥٤ و٤٥٥.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ١٩٤.

(٩) المبسوط ٤: ٢٠.

(١٠) السرائر ٣: ٢٠٥، في الوصيّة بالدفّ.

(١١) المبسوط ٤: ٢٠.

قوله: «الطرف الثاني في الوصيّة المبهمة»[١].

أقول: قاعدة:

كلّ لفظ كلّيّ لا يُعلَم قصد الوصيّ يحمل على أقلّ [١٢١ ب] مراتبه.

قوله: «مَن أوصى بجزء من ماله فيه روايتان، أشهرهما العُشر، وفي رواية» ـ هذه رواية الحسين بن خالد عن الكاظم عليه السلام[٢] ـ **«سُبع الثلث»**[٣].

أقول: رواية العُشر عن أبان بن تغلب عن الباقر عليه السلام[٤]، ومثلها رواية عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام[٥]. ورواية السُّبع عن أبي بصير عن الكاظم عليه السلام[٦] وعن إسماعيل بن همام عن الرضا عليه السلام[٧].

والأُولى أشبه؛ لأصالة بقاء الملك على الورثة، فيخرج العُشر للنصّ فيبقى الباقي عليهم، ولو أبى الرواية حملناه على أقلّ ما يتموّل به، ولذلك لو أوصى لرجل بمثل نصيب أحد الورثة أُعطيَ مثل الأقلّ.

وحملُ الشيخ السُّبع على الاستحباب[٨] صحيح إن دلّ على وجوب العُشر دليل وليس، ولا دلالة في الرواية؛ لأنّ الامتثال يحصل بالاستحباب. وحينئذٍ لو قلنا بوجوب أقلّ ما يتموّل ـ لأنّه أقلّ ما يصدق عليه اسم الجزء ـ [و] باستحباب ما رسم

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٩٤.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٠٥، ح ٥٤٧٧؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٠٩ ـ ٢١٠، ح ٨٣١.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٩٤.

(٤) الكافي ٧: ٤٠، ح ٣؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٠٩، ح ٨٢٦.

(٥) الكافي ٧: ٣٩، ح ١؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٠٨، ح ٨٢٤.

(٦) تهذيب الأحكام ٩: ٢٠٩، ح ٨٢٨.

(٧) المصدر ٩: ٢٠٩، ح ٨٢٩.

(٨) الاستبصار ٤: ١٣٣؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢١٠.

لكان قويّاً. «ك».

قال الشيخ: [إن أوصى بسهم من ماله كان ذلك الثُّمن و]روى طلحة بن زيد عن الباقر عليه السلام أنّ السهم العُشر[(١)]، والأوّل أكثر في الرواية[(٢)].

وقال [في] المبسوط: إنّه السُّدس[(٣)]. وبه قال عليّ ابن بابويه[(٤)].

ومستند الثمن ما رواه السكونيّ ـ موثّقاً ـ عن الصادق عليه السلام أنّه واحد من ثمانية[(٥)]، فأمّا السدس فلم أجد له شاهداً إلّا أن يحمل على الحسن، ورواية العُشر[(٦)] غير بعيدة وإن ضعفت؛ لأنّه أقلّ من الثُّمن[(٧)]. «ك».

قوله: «ولو أوصى بوجوه فنسي الوصيّ وجب جعله في وجوه البرّ. وقيل: يرجع ميراثاً»[(٨)].

[**أقول**[(٩)]:] الأوّل قول الشيخين[(١٠)] وابن بابويه[(١١)] والقاضي[(١٢)]؛ للنهي عن التبديل

---

(١) تهذيب الأحكام ٩: ٢١١، ح٨٣٤.

(٢) النهاية: ٦١٣.

(٣) المبسوط ٤: ٨.

(٤) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٣٥٠.

(٥) تهذيب الأحكام ٩: ٢١٠، ح ٨٣٢.

(٦) المصدر ٩: ٢١١، ح ٨٣٤.

(٧) هنا كلمة غير واضحة أو كلمتان، كما في الصورة: الحاجة الحرج مستلمة.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ١٩٤.

(٩) في المخطوطة بياض.

(١٠) المقنعة: ٦٧٤؛ النهاية: ٦١٣.

(١١) المقنع: ٤٨٦.

(١٢) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٣٧٩؛ وولده في إيضاح الفوائد ٢: ٥٣٤؛ والشهيد في غاية المرَاد ٢: ٤٨٧؛ ولكن لم نعثر عليه في المهذّب وجواهر الفقه، ولعلّه قاله في الكامل، وفي المهذّب (٢: ١٨١): «وإذا نسي الوصيّ جميع أبواب الوصيّة ... بطلت الوصية».

ورجوعُه ميراثاً تبديل، ولأنّه علم خروجه عن ملك الورثة بالوصيّة، وقد خفي مالكه فيصرف في وجوه البرّ، كغيره من الأموال المجهولة، ولرواية محمّد بن ريّان[١] عن الهادي عليه السلام[٢].

والثاني قول الشيخ في الحائريّات[٣]، وظاهر قول ابن إدريس[٤]؛ لامتناع القيام بالوصيّة؛ لعدم التعيين فيكون منفيّاً بالأصل، فيكون ميراثاً.

وأُجيب بأنّ عدم التعيين لا أثر له في نفوذ الوصيّة[٥]، ولأنّ تعذّر خصوصيّة وجه لا يستلزم سقوط القدر المشترك وهو البرّ، ولأنّ الغالب على فعل المؤمن قصد القربة[٦]. «ش»[٧]. «ك».

قوله: «وكذا لو أوصى بصندوق وفيه ثياب أو سفينة وفيها متاع» إلى قوله: «وفيه قول آخر بعيد»[٨].

أقول: هذا الحكم ذكره محقّقوا الأصحاب وإن اختلفت عباراتهم؛ فإنّ الشيخ قيّد الموصي بالعدالة وعدم التهمة[٩]، وأطلق المفيد[١٠]، وابن إدريس[١١].

---

(١) في المخطوطة: «زياد».

(٢) الكافي ٧: ٥٨ ـ ٥٩، ح ٧؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٢١٨ ـ ٢١٩، ح ٥٥١٣؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢١٤، ح ٨٤٤.

(٣) المسائل الحائريّات (ضمن الرسائل العشر): ٢٩٧.

(٤) السرائر ٣: ٢٠٨ ـ ٢٠٩.

(٥) أجاب به العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٣٨٠.

(٦) أجاب بالأخيرين فخر الدين في إيضاح الفوائد ٢: ٥٣٤.

(٧) غاية المراد ٢: ٤٨٨.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ١٩٤.

(٩) النهاية: ٦١٣ ـ ٦١٤.

(١٠) المقنعة: ٦٧٤ ـ ٦٧٥.

(١١) السرائر ٣: ٢٠٩.

والظاهر أنّ مراد[١] الشيخ الإقرار، وتعويله على رواية عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل قال: هذه السفينة لفلان ولم يسمِّ ما فيها، وفيها طعام أيعطاها[٢] الرجل وما فيها؟ قال: «هي للذي أوصى له بها [١٢٢ أ] إلّا أن يكون صاحبها متّهماً وليس للورثة شيء»[٣].

والمفيد قيّد الصندوق بالمقفل، والجراب بالمشدود، والوعاء بالمختوم[٤]. ونحوه قال التقيّ[٥] والشيخ[٦] والصدوق[٧] أطلقا، وتعويلهم على رواية أبي جميلة عن الرضا عليه السلام[٨].

والعلّامة عمّم الحكم في الظرف والمظروف[٩]، وليس في الروايات دلالة صريحة عليها إلّا أن يلغى محلّ السؤال.

قال المصنّف: «وفيه قول بعيد»[١٠]، والظاهر أنّه المنع من الدخول.

وقال العلّامة في المختلف: إن وُجِدت قرينة حاليّة أو مقاليّة تقتضي دخول المظروف دخل وإلّا فلا، كما لو أوصى للمرتفع بالكيس أو لموكّله بالصندوق،

---

(١) لفظة «مراد» تكرّرت في المخطوطة.

(٢) في المخطوطة: «أي أعطاها» بدل «أ يعطاها».

(٣) الكافي ٧: ٤٤، ح ٢؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢١٢، ح ٨٣٨.

(٤) المقنعة: ٦٧٤ ـ ٦٧٥.

(٥) الكافي في الفقه: ٣٦٥.

(٦) النهاية: ٦١٣ ـ ٦١٤.

(٧) المقنع: ٤٨٣؛ الهداية: ٣٢٢.

(٨) الكافي ٧: ٤٤، ح ١؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٢١٧، ح ٥٥٠٩؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢١١ ـ ٢١٢، ح ٨٣٧.

(٩) تحرير الأحكام ٣: ٣٦١.

(١٠) شرائع الإسلام ٢: ١٩٤.

وحمل الروايات على ذلك[١]. «ش»[٢]. «هـ».

قال صاحب الحاشية: يريد بـ«القول البعيد» قول الشيخ في النهاية؛ فإنّه قال بعد هذه المسائل: فإن كان متّهماً لم تنفذ الوصيّة في أكثر من الثلث من الصندوق والسفينة والسيف والجراب[٣][٤].

وردَّ عليه ابن إدريس بأنّ العدالة لا دخل لها في اعتبار الثلث[٥]، واعتذر له العلّامة بأنّه أراد بالوصيّة الإقرار[٦]. «ك»[٧] «هـ».

استضعف المصنّف في النافع حكم السفينة[٨].

أمّا أوّلاً فلضعف الرواية.

وأمّا ثانياً فلعدم دلالتها على الحكم دلالة صريحة؛ فإنّ قوله: «هي للذي أوصى له بها»[٩] إنّما يدلّ على السفينة فقط بالمطابقة وإنّما تُوهِّم دخول ما فيها في الحكم بفحوى الكلام؛ لأنّ السؤال وقع عمّا في السفينة لا عن[١٠] نفسها.

وأمّا ثالثاً فدلالة الأكثر في العادة أن يكون ما في السفينة لغير صاحبها وتكون

---

(١) مختلف الشيعة ٦: ٣٨٢.

(٢) غاية المراد ٢: ٤٩٠.

(٣) النهاية: ٦١٤.

(٤) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٣٥ ـ ٣٣٦.

(٥) السرائر ٣: ٢٠٩.

(٦) مختلف الشيعة ٦: ٣٨١.

(٧) التنقيح الرائع ٢: ٤١٣.

(٨) المختصر النافع ١: ١٦٦.

(٩) الكافي ٧: ٤٤، ح ٢؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢١٢، ح ٨٣٨.

(١٠) في المخطوطة: «في»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٢: ٤١٢.

هي مستأجَرة أو مستعارة أو مغصوبة فيبنى على الأصل وهو عدم الدخول. «ك»[١].

[قوله[٢]:] «ولو أوصى بإخراج بعض[٣] ولده من تركته لم يصحّ، وهل يلغو اللفظ؟ فيه تردّد» إلى قوله: **«وفيه رواية بوجه آخر مهجورة»**[٤].

أقول: يريد بها رواية وصيّ عليّ ابن السريّ عن أبي الحسن عليه السلام بإخراج ولده جعيفران لمّا قال أبوه إنّه وقع على أُمّ ولده[٥]، قال ابن بابويه: من لم يحدث كهذا الحدث، فلا يجوز للموصي إنفاذ الوصيّة بإخراجه[٦]. وفيه دلالة على أنّه يفتي بمضمونها.

وقال الشيخ في التهذيب[٧] والاستبصار[٨]: الحكم[٩] مقصور على هذه القضيّة فلا يتعدّى إلى غيرها.

وأمّا وجه البطلان؛ فلأنّه وصيّة بغير المعروف يخالفها نصّ القرآن[١٠]، ولِما رواه

---

(١) التنقيح الرائع ٢: ٤١٢.

(٢) في المخطوطة بياض مكان «قوله».

(٣) في المخطوطة: «البعض».

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٩٤ ـ ١٩٥.

(٥) الكافي ٧: ٦١، ح ١٥؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٢١٩، ح ٥٥١٥؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٣٥، ح ٩١٧.

(٦) من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٢٠.

(٧) تهذيب الأحكام ٩: ٢٣٥.

(٨) الاستبصار ٤: ١٤٠.

(٩) في المخطوطة: «احكم».

(١٠) البقرة (٢): ١٨٠. وقال فخر الدين: «هذه الوصيّة مخالفة لنصّ القرآن؛ حيث قال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ الآية [النساء (٤): ١١]، وكلّ وصيّة مخالفة لنصّ القرآن فهي باطلة». إيضاح الفوائد ٢: ٥٣٧.

سعد بن سعد عن الرِّضا عليه السلام في رجل كان له ابنٌ يدّعيه فنفاه وأخرجه من الميراث، وأنا وصيّه، فكيف أصنع؟ فقال عليه السلام: «لزمه الولد؛ لإقراره بالمشهد[١]. لا[٢] يدفعه الوصيّ عن شيء قد علمه»[٣].

وأمّا الوجه الآخر فاختاره العلّامة [في] المختلف؛ لأنّ إخراجه من التركة يستلزم تخصيص باقي الورثة بها فكأنّه أوصى لهم بها فتمضي من الثلث[٤]، بمعنى أن يمنع الولد من الثلث والباقي يشارك فيه إن كان مساوياً، ويختصّ إن كان أولى.

ويلزم منه [أنّه] لو أجاز [١٢٢ ب] الوصيّة بالإخراج كان ماضياً في الجميع لمن عداه، ومنع بعضهم[٥] هذا الاستلزام؛ لأنّ إخراجه أعمّ من الوصيّة لهم ولا يستلزم[٦] العامّ الخاصّ[٧].

واعلم أنّ الشيخ في التهذيب قال: لا يجوز الإخراج من الميراث المستحقّ بنسب شائع بقول الموصي[٨]؛ لأنّ النسب سبب لثبوت الإرث، فلا يكون لقول الأب اعتبار، وإلّا لزم نقض الأحكام الشرعيّة[٩].

---

(١) في المخطوطة بياض مكان «بالمشهد».

(٢) في المخطوطة: «ولا».

(٣) الكافي ٧: ٦٤، ح ٢٦؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٢٠، ح ٥٥١٦؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٣٥ ـ ٢٣٦، ح ٩١٨.

(٤) مختلف الشيعة ٦: ٣٧٦.

(٥) حكاه الشهيد في غاية المراد ٢: ٤٩٢ ـ ٤٩٣. ولعلّه فخر الدين في إيضاح الفوائد ٢: ٥٣٦.

(٦) في المخطوطة: «ولأن تلزم» بدل «ولا يستلزم».

(٧) غاية المراد ٢: ٤٩٢ ـ ٤٩٣.

(٨) تهذيب الأحكام ٩: ٢٣٥؛ ونحوه في الاستبصار ٤: ١٤٠.

(٩) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٣٦.

ثمّ إنّ الرواية وردت في الولد، وأكثر الأصحاب فرضوا المسألة في الوارث مطلقاً، ولو فرضت في الولد ـ كما فعل المصنّف بها؛ لصورة الرواية ـ كان حسناً. س[١].

[قوله[٢]:] «ولو قال إن كان في بطن هذه ذكر فله درهمان، وإن كان أُنثى فلها درهم»[٣].

أقول: الوصيّة المضادّة على أقسام:

أ. مضادّ بالإجماع، كقوله: «عبدي فلان لزيد» ثمّ يقول: «هو بعينه لعمرو»، أو يقول: «ثُلث مالي لزيد» ثمّ يقول: «الثلث الموصى به لعمرو»، أو يضيف الثلث إلى نفسه.

ب. غير مضادّ بالإجماع، ك قوله: «سدس مالي لزيد» ثمّ يقول: «سدس مالي لعمرو»، أو قال: «عبدي قنبر لزيد» ثمّ قال: «عبدي سعد لعمرو»، ولم تزد قيمتهما عن الثلث.

ج. [ما اختلف][٤] فيه، كقوله: «ثلث مالي لزيد» ثمّ يقول: ثلث[٥] مالي لعمرو، ولم ينصّ على أنّ الثلث الثاني هو الأوّل أو غيره، ففيه خلافٌ، قال الشيخ [في] المبسوط [و]الخلاف: الثاني مضادّة وناسخة للأوّل[٦]، ولم يفرّق بين هذه وبين قوله: «عبدي الذي أوصيت به لزيد أوصي به الآن لعمرو» في أنّ الثانية منهما رجوع

---

(١) غاية المراد ٢: ٤٩٣.

(٢) في المخطوطة بياض.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٩٦.

(٤) ما بين المعقوفين من التنقيح الرائع ٢: ٤١٦.

(٥) في المخطوطة: «الثلث».

(٦) الخلاف ٤: ١٥٤، المسألة ٢٨؛ المبسوط ٤: ٢٤.

عن الأُولى. وقال ابن الجنيد: لا يكون رجوعاً[١].

فعلى الثاني لو أجاز الورثة يكون لكلّ واحدٍ ثُلث، وكذا على القول بالرجوع، فإن ردّ الموصى له الأوّل قال الشيخ على قولنا لا تأثير لردّه، وإن ردّ الثاني رجع المال إلى الوارثة؛ لأنّ الأُولى بطلت بالرجوع والثانية بعدم القبول[٢].

واختار ابن إدريس قول الشيخ، واحتجّ بأنّه لا يستحقّ من ماله بعد الوفاة إلّا ثلثه، فإذا أوصى به ثمّ أوصى به لآخر[٣] فقد نقل الذي يستحقّه من الأوّل إلى الثاني؛ لأنّه يعلم أنّه لا يستحقّ سوى الثلث، فهذا معنى قول أصحابنا إذا أوصى بوصيّة ثمّ أوصى بأُخرى فإن أمكنَ العمل بالكلّ وإلّا عمل على الآخر الأخيرة، قال: وأمّا إذا أوصى بشيء ولم يقل شيء ثمّ أوصى بشيء آخر ولم يذكر الثلث، فإنّ مذهب أصحابنا أن يبدأ بالأوّل فالأوّل، ويدخل النقص على الآخر إن لم يفِ الثلث بالجميع؛ لأنّ الميّت ظنّ أنّ ثلثه يبلغ ذلك كلّه فلذلك ذكره، لا لأنّه رجع عن الأوّل ولو علم أنّه استوفى ثلثه لم يوص[٤].

واختار العلّامة قول ابن الجنيد؛ عملاً بالاستصحاب، وعدم المنافاة؛ لأنّه لا دلالة إلّا المطابقة والتضمّن أو الالتزام والكلّ منتفٍ هنا. [١٢٣ أ]

وقول ابن إدريس ـ ما يستحقّ من ماله سوى الثلث ـ لا ينافي الوصيّة بالزائد؛ فإنّه ينفذ مع الإجازة إجماعاً وهي ليست ابتداء عطيّة، بل تنفيذ. وإن سُلِّم أنّه لا

---

(١) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٣٦٦.

(٢) المبسوط ٤: ٤٢.

(٣) في المخطوطة: «الآخر»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٢: ٤١٧.

(٤) السرائر ٣: ١٩٥.

يستحقّ إلّا الثلث لكن نمنع كونه رجوعاً، وسنده أنّه ينفذ مع الإجازة فيجوز أن يوصي اعتماد[اً] على حصول الإجازة المحكيّة. وفرقه بين المطلق والمعيّن ضعيف إلّا أن يعلم [إرادة] اتّحاد الثلث.

وقول الشيخ: «لو أجاز الوارث كان لكلّ واحدٍ ثلث، وكذا يقول من قال هو رجوع» في غاية الإشكال؛ فإنّه لو أوصى لزيد بشيء ثمّ رجع عن وصيّته يقيناً وأجاز الورثة يملك زيد ما أوصى له به، فكذا هنا لو كان رجوعاً لكان الموصى له الأوّل لم يملك شيئاً ولم تنفع الإجازة؛ لأنّها تنفيذ لفعل لنقل الميّت، فإذا فعل ورجع فكأنّه لم يفعل[(١)].

ثمّ حكى عن الشيخ ما يدلّ على رجوعه عن قوله في المبسوط [و]الخلاف وهو قوله: لو أوصى لرجل بكلّ ماله ولآخر بثلث ماله فأجاز الورثة أخذ الأوّل جميع المال وسقط الآخر، ولو بدأ بصاحب الثلث وأجازوا، أُعطي الأوّل الثلث، والثاني الثلثين[(٢)]. «ك»[(٣)].

[قوله[(٤)]:] «وهل تقبل شهادة شاهد مع اليمين؟ فيه تردّد، أظهره المنع»[(٥)].

[أقول[(٦)]:] ينشأ من أنّ الشهادة حكمٌ شرعيّ ـ فيقف على الدليل الشرعيّ،

---

(١) مختلف الشيعة ٦: ٣٦٣ ـ ٣٦٤.

(٢) الخلاف ٤: ١٤٢، المسألة ١١؛ المبسوط ٤: ٨.

(٣) العبارة من قول الشارح: «الوصيّة المضادّة على أقسام» إلى هنا جاءت في التنقيح الرائع ٢: ٤١٥ ـ ٤١٧.

(٤) في المخطوطة بياض.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٩٧.

(٦) في المخطوطة بياض.

وحيث لا دلالة فلا حكم، ولأنّ الوصيّة بالولاية ليست مالاً ولا المقصود منها المال، فلا تثبت إلّا بشاهدين ـ ومن الأصل، ولأنّ في قبول هذه الشهادة إرفاقاً[١] وتيسير[اً]، فيكون مراد الآية[٢] والخبر؛ لرواية[٣].

قوله: «أظهره المنع»؛ لقول أحدهما عليهما السلام: «لو كان الأمر إلينا لقضينا بالشاهد واليمين»[٤]. «ر»[٥].

قوله: «وتصحّ الوصيّة للذمّيّ ولو كان أجنبيّاً. وقيل: لا يجوز مطلقاً. ومنهم مَن خصَّ الجواز بذي الأرحام، والأوّل أشبه»[٦].

أقول: الأوّل[٧]: قول الشيخين [في] الخلاف[٨] والمقنعة[٩]؛ لعموم أدلّة وجوب العمل بالوصيّة، ولأنّه نوع تمليك لا يشترط فيه القربة، ولأنّها نوع عطيّة، فجازت بعد الوفاة كحال الحياة. ولا يرد الحربيّ؛ للفرق بجواز الاستيلاء على ماله بخلاف الذمّيّ

---

(١) في المخطوطة: «إرفاق».

(٢) البقرة (٢): ١٨٥.

(٣) لعلّ المراد بها ما رواه بعض، كالسيّد في الرسائل والمسائل (٢: ٢٤٦) والشيخ في الخلاف (١: ٤٩٤، المسألة ٢٣٥) من قوله: «يسّروا ولا تعسّروا»؛ كما جاء في هامش نسخة من إيضاح تردّدات الشرائع، فراجع: ١: ٣٣٨، التعليقة ١.

(٤) لم نعثر عليه بهذا اللفظ فيما بأيدينا من كتب الحديث والفقه منّا ومن أهل السنّة، وورد مضمونه في الأمالي للصدوق: ٤٤٥، ح ٥٩٣ و٥٩٤؛ تهذيب الأحكام ٦: ٢٩٦، ح ٣٣.

(٥) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٣٧ ـ ٣٣٨.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ١٩٩.

(٧) في المخطوطة: «الأقول».

(٨) الخلاف ٤: ١٥٣، المسألة ٢٦.

(٩) المقنعة: ٦٧١.

فجازت هبته ووصولها إليه بخلاف وصيّة الحربيّ؛ إذ لا يجب على الوصيّ إيصالها إليه؛ لعدم احترام ماله، ولا نعني بالبطلان إلّا ذلك[١]. كذا ذكره في المختلف[٢].

ويشكل بأنّ ذلك لا ينافي ملكيّته وليس معنى البطلان، بل إذا قبل ملك.

ثمّ يجوز الاستيلاء عليه لكلّ مسلم، سواءٌ كان بحقّ إرث الميّت أو لا، حتّى إذا اتّفق في يد بعض الورثة أو الوصيّ ونوى تملّكه[٣] ملكه.

كلّ ذلك على تقدير ملك الحربيّ. وتؤكّده رواية محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «أعط لمَن أوصى له وإن كان يهوديّاً أو نصرانيّاً، إنّ الله تعالى يقول: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُۥ بَعْدَمَا سَمِعَهُۥ[...]﴾[٤] »[٥].

والثاني: قول القاضي[٦]؛ لأنّها نوع مودّة فتدخل تحت النهي.

والثالث: ـ وهو الجواز لذي الرحم دون غيره ـ قول الشيخ [في] النهاية[٧] والتقيّ[٨] وظاهر [١٢٣ ب] كلام سلّار[٩]؛ للحَثّ على الصلة. «ش»[١٠].

---

(١) غاية المراد ٢: ٤٦٧.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ٣٤٥.

(٣) في المخطوطة: «لا يملك»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٤٦٧.

(٤) البقرة (٢): ١٨١.

(٥) الكافي ٧: ١٤، ح ٢، نحوه؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٠١ ـ ٢٠٢، ح ٨٠٤.

(٦) المهذّب ٢: ١٠٦.

(٧) النهاية: ٦٠٩.

(٨) الكافي في الفقه: ٣٦٤.

(٩) المراسم العلويّة: ٢٠٣.

(١٠) غاية المراد ٢: ٤٦٨.

قوله: «وفي الوصيّة للحربيّ تردّد، أظهره المنع»[١].

أقول: لأنّه لو جازت الوصيّة له وجب الدفع إليه؛ لقوله[٢] تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُۥ﴾[٣] إلى آخره، لكن لا يجب الدفع إليه؛ للإجماع على أنّ مال الحربيّ غيرُ معصومٍ ويجوز الاستيلاء عليه[٤]. «ك».

قوله: «ولا تصحّ الوصيّة لمملوك الأجنبيّ ولا لمدبّرة الأجنبيّ»[٥] إلى آخره.

أقول: لأنّ الوصيّة تمليك وليس للعبد أهليّة التمليك؛ تمسكّاً في الجميع للمنع بالإجماع ـ فإنّه لا خلاف فيه ـ ولعموم قول أحدهما عليهما السلام: «لا وصيّة للعبد»[٦]. وجعل الشيخ[٧] وابن إدريس[٨] حكم المدبَّر كالقنّ، وجوّزه المفيد[٩] وسلّار[١٠]، والأوّل أشبه.

وأمّا أُمّ الولد فالمنع إجماعي، وجوّز المفيد[١١] الوصيّة للمكاتب.

والحقّ التفصيل، وهو الصحّة في المطلق الذي أدّى شيئاً لا المشروط[١٢]؛ عملاً

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٩٩.

(٢) في المخطوطة: «كقوله».

(٣) البقرة (٢): ١٨١.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٩: ٢٠٢؛ التنقيح الرائع ٢: ٣٧١.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٩٩.

(٦) تهذيب الأحكام ٩: ٢١٦، ح ٨٥٢.

(٧) المبسوط ٤: ٦٢؛ النهاية: ٦١٠.

(٨) السرائر ٣: ١٩٩.

(٩) المقنعة: ٦٧٧.

(١٠) المراسم العلويّة: ٢٠٣ ـ ٢٠٤.

(١١) المقنعة: ٦٧٦.

(١٢) في المخطوطة: «ك لا قوله»، وهذا لا يناسب المقام فأبدلناه بـ «شيئاً لا المشروط».

برواية عبد الرحمن عن أبي عبد الله عليه السلام[١].

قوله: «ويعتبر ما يوصى به لمملوكه بعد خروجه» إلى قوله: «وهو حسن»[٢].

أقول: الأوّل قول المفيد[٣] والشيخ[٤] والقاضي[٥] وسلّار[٦]؛ لرواية الحسن بن صالح عنه عليه السلام: في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله، فقال: «يقوّم المملوك بقيمة عادلة ثمّ يُنظَر ما ثلث الميّت، فإن كان الثلث أقلّ من قيمة العبد بـ[قدر] ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة، وإن كان الثلث أكثر من قيمة العبد أعتق العبد ودفع إليه ما فضل من الثلث بعد القيمة»[٧]. وهي دالّة بمفهومها على الدعوى؛ وذلك لأنّه حكم بالاستسعاء إذا كان الثلث بإزاء ثلاثة أرباع العبد وبالعتق وإعطاء الفاضل إن فضل، وذلك يستلزم العتق إن ساوى والاستسعاء إن زاد على ثلاثة أرباع بطريق الأولى وعدم الاستسعاء إن نقص عن ثلاثة أرباع، وذلك يستلزم بطلان العتق؛ لأنّ الاستسعاء لازم لعتق بعض العبد في الأكثر، وانتفاء اللازم يدلّ على انتفاء الملزوم فينتفي عتق ذلك البعض، وظاهر انتفاء عتق الباقي؛ لعدم احتمال المال له.

وهذا كلّه إن تمّ، إلّا أنّه من أين يقع التحديد بالضِّعف؟ فإنّه متى نقص عن ثلاثة

---

(١) تهذيب الأحكام ٩: ٢١٦، ح ٨٥٢.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٩٩.

(٣) المقنعة: ٦٧٦.

(٤) النهاية: ٦١٠.

(٥) المهذّب ٢: ١٠٧.

(٦) المراسم العلويّة: ٢٠٤.

(٧) تهذيب الأحكام ٩: ٢١٦، ح ٨٥١.

الأرباع كان وافيا بالمفهوم. إلّا أن يقال بذلك حوالة على ما إذا أعتقه وعليه دين؛ فإنّه لا ينفذ العتق فيه إلّا إذا كانت قيمته ضعف الدين وهو بعيد.

والسند ضعيف بالحسن بن صالح فإنّه زيديّ، وكذا دلالة المفهوم ضعيفة[١].

والثاني قول الشيخ [في] الخلاف[٢] والتقيّ[٣] وعليّ [ابن بابويه][٤] وابن إدريس[٥]، واستدلّ الشيخ عليه بإجماع الفرقة.

وللعلاّمة هنا تفصيل، تقريره أنّه:

إن كانت الوصيّة بالجزء المشاع صحّت، كما لو قال: «أعطوه ثلث مالي» أو «ربعه» وينعتق منه بقدره مطلقاً؛ لتناول الجزء المشاع لنفسه والوصيّة له بنفسه يصحّ والفاضل استحقّه بالوصيّة؛ لأنّه يصير جزءاً حُرّاً، فملك الوصيّة فصار كأنّه قال: «أعتقوا عبدي من ثلثي وأعطوه ما فضل منه»، ويؤيّده الرواية المذكورة.

وإن كان بالجزء المعيّن بطلت؛ إذ لا يجوز التخطّي إلى رقبته؛ لأنّها غير الوصيّة فيكون تبديلاً للوصيّة منهيّاً عنه والعبد لا يملك[٦].

قوله: «وإذا أوصى بعتق مملوكه وعليه دين» إلى قوله: «ويعتق منه الثلث ممّا فضل عن الدين»[٧].

---

(١) غاية المراد ٢: ٤٧٠؛ التنقيح الرائع ٢: ٣٧٤.

(٢) الخلاف ٤: ١٦٥، المسألة ٤٨.

(٣) الكافي في الفقه: ٣٦٥.

(٤) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٣٦٩.

(٥) السرائر ٣: ١٩٨.

(٦) مختلف الشيعة ٦: ٣٦٩ ـ ٣٧٠.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ١٩٩ ـ ٢٠٠.

أقول: وهذا الوجه قول ابن إدريس[(١)]، ويؤيّده رواية الحلبيّ عن الصادق عليه السلام قال: قلتُ: رجلٌ قال: «إذا متّ فعبدي حُرّ»، وعلى الرجل دين؟ فقال: «إن تُوُفِّيَ وعليه دين قد أحاط بثمن الغلام بيع العبد، وإن لم يكن أحاط استسعى العبد في قضاء دَين مولاه وهو حُرّ إذا أوفى»[(٢)].

والشيخ [في] النهاية والقاضي قالا: إن كانت القيمة ضعفَي الدين صحّ العتق وسعى في خمسة أسداس قيمته؛ للديّان ثلاثة، وللورثة سهمان[(٣)]؛ وذلك لأنّ الميّت ليس له أن يعتق إلّا ما يملكه بعد الدَّين وهو ثلث الباقي، ومستنده رواية زرارة[(٤)].

والمصنّف قال بذلك في المنجّز عتقه؛ لرواية عبد الرحمن عن الصادق عليه السلام وهي ممّا احتجّ به الشيخ، وصورتها قال: قلتُ: رجل ترك ماله عبداً ولم يترك مالاً غيره وقيمة العبد ستّمئة درهم ودَيْنهُ خمسمئة درهم فأعتقه عند الموت، كيف يصنع؟ قال: «يباع العبد فيأخذ الغرماء خمسمئة ويأخذ الورثة مئة» [...] قلت: فإن كانت قيمته ستّمئة ودَيْنهُ أربعمئة درهم؟ قال: «كذا يباع العبد يأخذ الغرماء أربعمئة والورثة مئتين ولا يكون للعبد شيء». قال: قلتُ: فإن كانت قيمة العبد ستّمئة ودَينه ثلاثمئة درهم؟ قال: فضحك ثمّ قال بعد كلام: «فالآن يوقف العبد ويستسعى فيكون نصفه للغرماء، ويكون ثلثه للورثة، ويكون له السدس»[(٥)].

---

(١) السرائر ٣: ١٩٩.

(٢) تهذيب الأحكام ٩: ٢١٨ ـ ٢١٩، ح ٨٥٧.

(٣) النهاية: ٦١٠؛ المهذّب ٢: ١٠٨.

(٤) الكافي ٧: ٢٧، ح ٢؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٢٤، ح ٥٥٢٨؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢١٨، ح ٨٥٦.

(٥) الكافي ٧: ٢٦ ـ ٢٧، ح ١؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢١٧ ـ ٢١٨، ح ٨٥٤؛ باختلاف يسير فيهما وبينهما.

والمصنّف عمل بمضمونها بتمام؛ لصحّة الرواية، وعدم توجّه[(١)] ضرر على الوارث والديّان، وهي لا تدلّ على مراد الشيخ؛ لأنّها وردت في المنجّز، لا في الوصيّة.

قال بعض الفضلاء: إن عمل بالرواية لزم أن يُستسعَى العبد، [١٢٤ أ] سواء كانت قيمته ضعفي الدَّين أو أقلّ؛ لأنّه متى كانت قيمته أكثر من الدَّين بأيّ شيء كان استحقّ الميّت الموصي في الفاضل ثلثه، فيمضي وصيّته في ذلك الثلث، ويعتق به العبد ويستسعي في دين الغرماء، وما فضل عن ثلث الباقي يكون للورثة[(٢)].

قال في النافع مشيراً إلى قول ابن إدريس: فيه وجهٌ آخر ضعيف[(٣)].

قيل: وجه ضعفه أنّه توهّم الوصيّة وليس في الرواية دلالة عليها، بل هو منجّز[(٤)].

وليس بشيء؛ لأنّ المنجّز إن جعل من الثلث فهو كالوصيّة وإلّا صحّ العتق ولم يكن للديّان ولا للوارث فيه شيء، كما لو أعتقه قبل المرض منجّزاً[(٥)]. س ك.

قوله: «ولو أوصى الإنسان لأُمّ ولده صحّت الوصيّة [من الثلث. وهل تعتق من الوصيّة] أو من نصيب ولدها؟ قيل: يعتق من نصيب ولدها»[(٦)] إلى آخره.

أقول: قاله الشيخ[(٧)] واختاره العلّامة في المختلف؛ لانتقال التركة إلى الورثة من

---

(١) في المخطوطة: «التوجّه».

(٢) لم نعثر عليه مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتب الفقهاء.

(٣) المختصر النافع: ١٦٤.

(٤) قاله الآبيّ في كشف الرموز ٢: ٧٤ ـ ٧٥.

(٥) التنقيح الرائع ٢: ٣٧٦ ـ ٣٧٧.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٠.

(٧) النهاية: ٦١١.

حين الموت، فيستقرّ ملك ولدها على جزء منها، فتعتق فقد صادف استحقاقُها الوصيّة عتقَها من نصيب الولد فتستحقّ الوصيّة. وبما في كتاب العبّاس[١] أنّها تعتق من نصيب ابنها وتعطى من ثلثه ما أوصى لها به[٢].

وأجاب عن حجّة ابن إدريس[٣] ـ القائل[٤] بعتقها من الوصيّة؛ لقوله[٥] تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ﴾[٦] ـ [ب]أنّ المتأخّر عن الوصيّة والدين استقرار الملك لا نفس الملك[٧].

وقال الصدوق: تُعتَق من الثلث[٨]؛ لرواية أبي عبيدة حين سأل الصادق عليه السلام عن رجل كانت له أُمّ ولد وله منها غلام فلمّا حضرته الوفاة فأوصى لها بألفي[٩] درهم أو بأكثر، أللورثة أن يسترقّوها؟ [قال فـ]قال: «لا، بل تُعتَق من ثلث الميّت وتُعطى ما أوصى لها به»[١٠]. ومثله في رواية أحمد بن محمّد ابن أبي نصر عن أبي الحسن عليه السلام[١١].

---

(١) في المخطوطة: «أبي العبّاس»، والصواب ما أثبتناه من المصادر.

(٢) الكافي ٧: ٢٩، ذيل ح ٤؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٢٤، ح ٨٨٠.

(٣) السرائر ٣: ١٩٩ ـ ٢٠٠.

(٤) في المخطوطة: «الفاضل».

(٥) في المخطوطة: «كقوله».

(٦) النساء (٤): ١١.

(٧) مختلف الشيعة ٦: ٣٧٤.

(٨) من لا يحضره الفقيه ٤: ٢١٦.

(٩) في المخطوطة: «بألف».

(١٠) الكافي ٧: ٢٩، ح ٤؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٢١٦، ح ٥٥٠٧؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٢٤، ح ٨٨٠.

(١١) من لا يحضر الفقيه ٤: ٢١٧، ح ٥٥٠٨.

أجاب العلّامة عنهما[١] بأنّه يمكن حملهما[٢] على ما إذا أوصى بعتقها أو أعتقها في المرض، فتعتق من [الثلث] حينئذٍ ولها الوصيّة[٣].

قال بعض الفضلاء: فيه نظر؛ لأنّ الروايتين صحيحتان فلا يُرَدّان، والتأويلَ المذكور مستبعد؛ لأنّه ليس فيهما أنّه أعتقها أو أوصى بعتقها فكيف تحملان[٤] عليه، والتأويل هو ترجيح الاحتمال المرجوح بدليل، فإذا لم يحتمل اللفظ ما ذكره لم يجز تأويله به. فالأولى [أن] يقال: إنّ المراد من قوله: «تعتق من الثلث» أي من الوصيّة وتعطى ما فضل من الوصيّة على تقدير الفضل.

ويؤيّده أنّه قال: «أوصى لها بألفي درهم»[٥] وهو أكثر من قيمتها غالباً. ووجه الجمع بين الروايتين ورواية أبي العبّاس أنّه تخيير الوارث، كما هو رأي ابن الجنيد[٦]. «ك».

قال الشهيد: والأقرب[٧] قول الشيخ؛ لابتناء العتق على التغليب والسراية، ولهذا لو لم تكن وصيّة و [لا] مال[٨] للميّت سواها عتق منها نصيب ولدها وسعت في الباقي مع أنّه لا يقدّم بعض الورثة على بعض في الإرث؛ ضرورةَ تساويهم [١٢٤ ب] فيه. «ش»[٩].

---

(١) في المخطوطة: «عنها».

(٢) في المخطوطة: «حملها».

(٣) مختلف الشيعة ٦: ٣٧٥؛ وما بين المعقوفين من التنقيح الرائع ٢: ٣٧٩.

(٤) في المخطوطة: «تحمل».

(٥) الكافي ٧: ٢٩، ح ٤؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٢١٦، ح ٥٥٠٧؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٢٤، ح ٨٨٠.

(٦) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٣٧٣.

(٧) في المخطوطة: «والأوّل».

(٨) في المخطوطة: «والمال».

(٩) غاية المراد ٢: ٤٧٦.

قوله: «وإذا أوصى لذوي قرابته»، إلى قوله: «إلى شاهد» [(١)].

أقول: نقل الشيخ [في] المبسوط [(٢)] هنا أقوالاً:

أ. لمن تقرّب إليه بآخر أب في الإسلام دون من تقرّب إليه بأب في الكفر، واختاره في النهاية [(٣)].

ب. لذوي الرحم إذا كان محرماً ولا يعطى لمن ليس بمحرم، كبني الأعمام.

ج. يكون لمَن يرثه دون من لا يرثه من أقاربه.

د. أن يكون لمن يصدق عليه عرفاً أنّه من أقاربه، وارثاً كان أو غيره، محرماً كان أو غيره، وهو الذي اختاره في المبسوط [(٤)] [و]الخلاف [(٥)]، قال: وليس لأصحابنا فيه نصّ عن الأئمّة عليهم السلام، وهو مذهب الشافعيّ [(٦)]، وبه قال القاضي [(٧)] وابن إدريس [(٨)]، وهو المختار.

وقال ابن الجنيد هنا وجهاً خامساً، قال: لا أختار أن يتجاوز بالتفرقة ولد الأب الرابع؛ لأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله لم يتجاوز ذلك في تفرّقه سهم ذي القربى من الخُمس [(٩)]. «ك».

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٠.

(٢) المبسوط ٤: ٤٠.

(٣) النهاية: ٦١٤.

(٤) المبسوط ٤: ٤٠.

(٥) الخلاف ٤: ١٥٠، المسألة ٢٤.

(٦) راجع: الأُمّ ١٤: ١١؛ مختصر المزني: ١٤٥.

(٧) المهذّب ٢: ١١٤.

(٨) السرائر ٣: ٢١٠.

(٩) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٣٥٩.

قوله: «وتصحّ الوصيّة للحمل الموجود وتستقر بانفصاله حيّاً، ولو وضعته ميّتاً بطلت الوصيّة، ولو وقع حيّاً ثمّ مات كانت [الوصيّة] لورثته»[(١)].

أقول: إذا قبل الوارث على خلاف تقدّم في أنّ القبول شرط في تملّك الموصى له أم لا، وإذا لم يثبت كان القبول إلى الوليّ أو الوصيّ فإن قبلا وإلّا صحّت أيضاً؛ لأنّ الشرع أوجب عليهما القبول فيكون القبول منه. كذا قاله ابن إدريس[(٢)]، وهو جيّدٌ.

قال الشيخ في المبسوط: إذا أوصى لحمل جارية فقال: هو ابن فلان، وأتت به ونفاه زوجها باللّعان صحّت الوصيّة؛ لأنّه ليس فيه أكثر من انقطاع النسب بين الوالد والولد، وأمّا من الأجنبي فلا. وخطّأه قوم؛ لأنّه إنّما أوصى لابن فلان ولم يثبت كونه له، فتكون الوصيّة لمعدوم، فلا تصحّ[(٣)].

وهذا صحيحٌ إذا قال: «تحملها من زوجها» أو «ولدها منه»، وأمّا لو قال: «تحملها» وأطلق صحّت. «ك».

قوله: «ولو أوصى لإنسان فمات قبل الموصي قيل: بطلت الوصيّة» إلى قوله: **«وهو أشهر الروايتين»**[(٤)].

أقول: لأنّه لولاه لكان انتقال الموصى به إلى الوارث، أمّا عن الموصى له فهو[(٥)] باطل؛ لأنّ المنتقل إمّا القبول وهو باطل ـ لأنّه لا يورَث، كقبول البيع ـ أو الهبة أو

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٠١.

(٢) السرائر ٣: ٢١٢.

(٣) المبسوط ٤: ١٣.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٠١.

(٥) في المخطوطة: «وهو».

متعلّقه وهو باطل أيضاً؛ ضرورةَ عدم دخوله في ملك الميّت إلّا بالقبول والوفاة، ولم يحصلا. أو عن الموصي وهو باطل؛ لأنّه لم يقصدهم بالوصيّة.

ويؤيّده ما رواه أبو بصير ومحمّد بن مسلم جميعاً عن الصادق عليه السلام وقد سُئل عن رجلٍ أوصى لرجلٍ فمات الموصى له قبل الموصي، قال عليه السلام: «ليس بشيء»[١].

قال الشيخ: ويريد ليس بشيء ينقض الوصيّة، بل هي على حالها من الثبوت لورثة الموصى له، أو تحمل على أنّه رجع في الحياة. [١٢٥أ] اس[٢].

قوله في الخامس في الأوصياء: «**وهل تعتبر العدالة؟ قيل: نعم**»[٣].

أقول: قاله الشيخان[٤] وابن حمزة[٥] وسلّار[٦] والقاضي[٧].

وقال ابن إدريس[٨] بالثاني. نعم، تستحبّ العدالة، وبه قال العلّامة [في] المختلف[٩] والمصنّف في النافع[١٠].

قوله: «**وقيل: لا؛ لأنّ المسلم محلّ للأمانة، كما في الوكالة**» إلى قوله: «**بتعيينه**»[١١].

أقول: لقائلٍ أن يفرّق بين الوكالة والوصيّة؛ لمراعاة الموكّل [حال الوكيل] في كلّ

---

(١) تهذيب الأحكام ٩: ٢٣١، ح ٩٠٦.

(٢) الاستبصار ٤: ١٣٨ ـ ١٣٩.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٠١.

(٤) المقنعة: ٦٦٨؛ المبسوط ٤: ٥١؛ النهاية: ٦٠٥.

(٥) الوسيلة: ٣٧٣.

(٦) المراسم العلويّة: ٢٠٢.

(٧) المهذّب ٢: ١١٦.

(٨) السرائر ٣: ١٨٩.

(٩) مختلف الشيعة ٦: ٣٩٥.

(١٠) المختصر النافع: ١٦٤.

(١١) شرائع الإسلام ٢: ٢٠١.

وقتٍ، ولأنّه في الوكالة مسلّط على مال نفسه وهنا على مال الطفل، ولأنّه كوكيل الوكيل الذي يشترط فيه العدالة. ولعلّه الأقرب؛ لأنّه لولاه لزم الركون إلى الظالم؛ لأنّ معنى الفاسق ظالم لكنّه منهيٌّ عنه[١].

ولأنّ إخباره مقبول في النفقة وأيضاً الديون الثابتة شرعاً، ولا شيء من أخبار الفاسق[٢] مقبول ـ للآية[٣] ـ فلا يكون فاسقاً[٤]. وفيه نظرٌ؛ لأنّه إن أُريد قبول خبر[ه] بغير يمين منعنا الصغرى، ومع اليمين نمنع كلّيّة الكبرى؛ لقبول قول الفاسق في مواضع كالعدل، والآية المراد بها ما طريقه الرواية. «ش»[٥].

قوله: «ولو أوصى إلى اثنين فإن أطلق أو شرط اجتماعهما»[٦] إلى آخره.

أقول: قال في النهاية: إذا أطلق جاز الاستبداد والاقتسام[٧]، وتبعه القاضي[٨]؛ مستنداً إلى رواية بُريد بن معاوية عن الصادق عليه السلام في رجلٍ أوصى إلى رجلين، فقال أحدهما: خُذ نصف ما ترك وأعطني النصف ممّا ترك، فأبى عليه الآخر، فسألوا أبا عبدالله عليه السلام عن ذلك، فقال: «ذلك له»[٩].

---

(١) غاية المراد ٢: ٤٩٩.

(٢) في المخطوطة: «الفاسق اخباره» بدل «أخبار الفاسق».

(٣) الحجرات (٤٩): ٦.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٦٢٧.

(٥) غاية المراد ٢: ٥٠٠.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٢.

(٧) النهاية: ٦٠٦.

(٨) المهذّب ٢: ١١٦.

(٩) الكافي ٧: ٤٧، ح ٢؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٠٣، ح ٥٤٧٢؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٨٥، ح ٧٤٦.

والجواب: أنّ «ذلك» إشارة إلى مصدر «أبى» أي الإباء له، أي للمطلوب منه، وليس إشارة إلى الطلب، ولا إلى الطالب، كذا قاله الشيخ في كتابي الأخبار[١].

والحقّ ما قاله المصنّف، وهو قول الشيخ في المبسوط[٢] [و]الخلاف[٣] وابن إدريس[٤]؛ لأنّ التشريك في الوصيّة يستلزم عدم جواز الانفراد، ويؤيّده رواية محمّد بن الحسن الصفّار عن العسكريّ عليه السلام[٥]. «ك»[٦].

قوله: «وللحاكم جبرهما على الاجتماع»[٧] إلى آخره.

أقول: وقال التقيّ: يردّ الناظر في المصالح الأمر إلى أعلمهم به وأقواهم فيه، وجعل الباقين تبعاً له[٨].

قال العلّامة: فيه إشكال من حيث إنّه تخصيص لأحدهم بالنظر، وقد منعه الموصى من ذلك[٩].

قلتُ: لا إشكال فيه، بل لا منافاة بين القولين؛ لأنّ[١٠] جعل أقواهم[١١] متبوعاً

---

(١) الاستبصار ٤: ١١٨؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٨٦.

(٢) المبسوط ٤: ٥٣.

(٣) الخلاف ٤: ١٦٠ ـ ١٦١، المسألة ٣٩.

(٤) السرائر ٣: ١٩٠.

(٥) من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٠٣، ح ٥٤٧١.

(٦) التنقيح الرائع ٢: ٣٨٩ ـ ٣٩٠.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٢.

(٨) الكافي في الفقه: ٣٦٦.

(٩) مختلف الشيعة ٦: ٤٠٥.

(١٠) في المخطوطة: «أنّ»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٢: ٣٨٩.

(١١) في المخطوطة: «أقوالهم».

للباقين هو نفس الإجبار على الاجتماع، وحسم لمادّة الاختلاف؛ فإنّ سبب الاختلاف غالباً هو[١] استعلاء كلّ منهما على صاحبه، فإذا منع من ذلك حسم[٢] الاختلاف. «ك»[٣].

قوله: «أمّا لو مات أو فسق لم يضمّ الحكم إلى الآخر وجاز له الانفراد؛ لأنّه لا ولاية للحاكم مع وجود وصيّ. وفيه تردّد»[٤].

أقول: ينشأ من قولهم: «الحاكم وليّ مَن لا وليّ له»[٥] فشرط في ثبوت ولاية الحاكم انتفاء وليّ الميّت [١٢٥ ب] أعني وصيّه[٦]، والفرض أنّه موجود؛ إذ كلّ واحدٍ من الوصيّين يصدق عليه أنّه وصيّ، فتنتفي ولاية الحاكم. ومن أنّ الموصي إنّما رضي بهذا الوصيّ منضمّاً إلى غيره لا منفرداً، فيجوز حينئذٍ للحاكم الضمّ؛ إذ هو منصوب للمصالح. «ر»[٧].

قوله: «ولو مات قبل الردّ أو بعده ولم يبلغه لم يكن للردّ أثر وكانت الوصيّة لازمة للموصي»[٨].

أقول: قال العلّامة: هذا إن كان قد قبل الوصيّة أوّلاً، وإن لم يكن قبل ولا علم جاز له الرجوع؛ للأصل ولإزالة الضرر الواصل[٩] إليه بالتحمّل غير المستحقّ، وتحمل

---

(١) في المخطوطة: «وهو».

(٢) في المخطوطة: «م».

(٣) التنقيح الرائع ٢: ٣٨٩.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٢.

(٥) انظر: المختصر النافع: ٣٠٥؛ شرائع الإسلام ٤: ١٠٤٥؛ إرشاد الأذهان ٢: ٢٤٦؛ تبصرة المتعلّمين: ٢٧١.

(٦) في المخطوطة: «وصيّا».

(٧) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٣٨ ـ ٣٣٩.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٣.

(٩) في المخطوطة: «الواحد»، وصحّحناه كما في مختلف الشيعة ٦: ٣٣٧.

الأحاديث على حصول القبول أوّلاً؛ لأنّه عقد لا بدّ فيه من القبول.

و [قد] نبّه[١] الشيخ في المبسوط[٢] [و]الخلاف[٣] عليه فقال: إذا قبل الوصيّة له أن يردّها ما دام الموصي حيّاً وإن مات فليس له ردّها[٤]، واستدلّ بإجماع الفرقة وبأنّ الوصيّة قد لزمته بالقبول[٥].

قلتُ: فيه نظر من وجهين:

أ. إنّ هذا التأويل[٦] لا يحتمله لفظ الروايتين؛ لأنّ «الواو» في قوله عليه السلام: «إن أوصى رجل إلى رجل وهو غائب فليس له أن يردّ»[٧] للحال فيفيد الإيصاء بحال غيبة الوصيّ فلا يتقدّر قبوله قبل الموت بناءً على الظاهر، وإنّما يتقدّر[٨] لو كان حاضراً فأوصى إليه وقبل ثمّ سافر وردّ في غيبته، لكنّه لا يحتمله لفظ الرواية.

ب. لأنّه قال فيما بعد هذه المسألة بلا فصل: لا [ا]عتبار بالقبول قبل الموت؛ لأنّه أوجب له بعد موته فقبله ليس محلّاً للقبول فأشبه القبول قبل الوصيّة[٩]، فكيف يعتبر القول هنا قبل الموت.

---

(١) في المخطوطة: «ثبت» ظاهراً.

(٢) المبسوط ٤: ٦٤.

(٣) الخلاف ٤: ١٤٨ ـ ١٤٩، المسألة ٢١.

(٤) في المخطوطة: «ردّهما».

(٥) مختلف الشيعة ٦: ٣٣٧ ـ ٣٣٨.

(٦) في المخطوطة: «القائل»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٢: ٣٩٣.

(٧) الكافي ٧: ٦، ح ١؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ١٩٥، ح ٥٤٤٥؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٠٥، ح ٨١٤.

(٨) في المخطوطة زيادة: «أن».

(٩) مختلف الشيعة ٦: ٣٣٨.

ولو قيل بكراهةِ الردّ واستحبابِ القبول كان وجهاً، وعليه تحمل الرواية؛ لأنّ قبول الوصيّة حال الحياة غيرُ واجب ولا مستحبٌّ، بل هو مخيّر، كما دلّت رواية ابن مسلم[١]، وقبولها بعد الوفاة مستحبّ؛ لما نبّه عليه الصادق عليه السلام في رواية ابن حازم بأنّه «لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره»[٢]. ولم يتحقّق إجماع الأصحاب على لزوم القبول، وعلى تقديره فهو إجماع سكوتيّ ـ فإنّ بعضَهم مفتٍ وبعضَهم ساكت ـ والإجماع السكوتيّ ليس بحجّة. «ك».

قوله: «كان للوصيّ دين على الميّت جاز أن يستوفي ممّا في يده من غير إذن حاكم إذا لم يكن له حجّة. وقيل: يجوز مطلقاً»[٣].

أقول: قال في النهاية: لم يجز له أن يأخذ من تحت يده إلّا ما يقوم له به [الـ]بيّنة[٤]، وتبعه القاضي[٥].

وقال ابن إدريس: إن كان له بيّنة فهو كذلك، وإلّا فله استيفاء حقّه من غير زيادة؛ لقولهم: من له على إنسان مال له به ولا يقدر على استخلاصه ظاهراً فله أخذ حقّه باطناً؛ لأنّه يأخذ حقّه من غيره بحقّ وقال تعالى: [١٢٦ أ] ﴿مَا[٦] عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[٧][٨].

---

(١) الكافي ٧: ٦، ح ١؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ١٩٥، ح ٥٤٤٥؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٠٥، ح ٨١٤.

(٢) الكافي ٧: ٦، ح ٣؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ١٩٥، ح ٥٤٤٩؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٠٥، ح ٨١٦.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٣.

(٤) النهاية: ٦٠٨.

(٥) المهذّب ٢: ١١٨.

(٦) في المخطوطة: «وما».

(٧) التوبة (٩): ٩١.

(٨) السرائر ٣: ١٩٢ ـ ١٩٣.

وقوله: «قيل: يجوز مطلقاً».

[أقول:] لا نعلم به قائلاً غيره[(١)]. «ك».

قوله: «وفي شرائه لنفسه من نفسه تردّد، والأشبه الجواز»[(٢)].

أقول: ينشأ من قول الشيخ [في] النهاية[(٣)] بجوازه، ومن أنّ الوصيّ من حيث هو بائع يكون مستقصياً في زيادة الثمن، ومن حيث هو مشترٍ يكون مستقصياً في نقصانه، فيكون كأنّه جامع بين الضدّين، وهو محال. «ك».

قوله: «وإذا أذن الموصى [للوصيّ] أن يوصي جاز إجماعاً وإن لم يأذن له لكن لم يمنعه فهل له أن يوصي؟ فيه خلاف أظهره المنع»[(٤)].

أقول: قال الشيخ [في] النهاية[(٥)] بجواز الإيصاء، وتبعه القاضي[(٦)]؛ لرواية الصفّار عن العسكريّ عليه السلام[(٧)]، وهي غير دالّة.

وقال المفيد[(٨)] وابن إدريس[(٩)] بالمنع؛ لأنّ الأصل منع التصرّف في مال الغير إلّا بإذنه ولم يحصل إلّا للأوّل، وهو لا يستلزم الإذن لغيره، وإلّا لكان إذا شرط أن لا يوصي مناقضة وليس.

---

(١) كذا في المخطوطة، والظاهر أنّ الصواب: «قبله»؛ فإنّ العلّامة قال به في تحرير الأحكام ٣: ٣٨١؛ كما نسبه إليه الصيمريّ في غاية المرام ٢: ٤٤٣.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٣.

(٣) النهاية: ٦٠٨.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٣.

(٥) النهاية: ٦٠٧.

(٦) المهذّب ٢: ١١٧.

(٧) من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٢٦ ـ ٢٢٧، ح ٥٥٣٥؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢١٥، ح ٨٥٠.

(٨) المقنعة: ٦٧٥.

(٩) السرائر ٣: ١٨٥ و١٩١ ـ ١٩٢.

وحمل العلّامة الرواية في المختلف على ما إذا أذن له ولهذا قال عليه السلام: «إن كان له قبله حقّ»[١] وهو أولى من جعل الحقّ حقّ الإيمان[٢]. «ش»[٣].

قوله: «ولو لم يكن هناك حاكم جاز أن يتولّاه من المؤمنين من يوثق به، وفي هذا تردّد»[٤].

أقول: ينشأ من قول الشيخ[٥]، وذلك للأصل، ولأنّ ذلك إحسان ونوع معاونة على البرّ، فيكون سائغاً لكلّ من يوثق به في القيام بذلك، ومن أنّ الولاية على مال الغير حكم شرعيّ فلا يتولّاه إلّا الإمام أو من نصبه أو الفقيه المأمون من الإماميّة. «ر»[٦].

قوله: «مسائل ثلاث: الأُولى: الصفات المراعاة في الوصيّ تعتبر حال الوصيّة. وقيل: حين الوفاة» إلى قوله: «والأوّل أشبه»[٧].

أقول: الأوّل قول الشيخ[٨] وابن إدريس[٩]؛ لأنّه[١٠] حالُ القبولِ والاستئمانِ والركونِ إليه ومخاطبتِه بالعقد.

---

(١) من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٢٦ ـ ٢٢٧، ح ٥٥٣٥؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢١٥، ح ٨٥٠.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ٣٩٨.

(٣) غاية المراد ٢: ٥٠٤.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٣.

(٥) النهاية: ٦٠٨.

(٦) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٣٩.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٣.

(٨) المبسوط ٤: ٥٢.

(٩) السرائر ٣: ١٨٩.

(١٠) أي حال الوصيّة.

والثاني نقله في المبسوط[١] أيضاً؛ لأنّها حالة ثبوت الولاية ولا عبرة بالمتقدّم؛ لعدم ثبوت تصرّفه حينئذٍ.

ونقل في المبسوط[٢] ثالثاً وهو الاعتبار في جميع الحالات من حين الوصيّة إلى حين الوفاة؛ عملاً بالاحتياط. «ش»[٣].

قوله: «الثالثة: يجوز لمن يتولّى أموال اليتيم أن يأخذ أُجرة المثل عن نظره في ماله. وقيل: يأخذ قدر كفايته. وقيل: أقلّ الأمرين. والأوّل أظهر»[٤].

أقول: إذا عيّن الموصي للوصيّ شيئاً لحقّ سعيه، فإمّا أن يكون الوصيّ مليّاً أو لا، فإن كان الأوّل لم يجز له أخذ شيء؛ إمّا لعدم الدليل عليه والأصل المنع، أو لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ﴾[٥]، ولا ريب أنّ التصرّف في ماله تبرّعاً أحسن من أخذ الأُجرة.

وإن كان الثاني ففيه ثلاثة أقوال:

أ. أُجرة المثل، قاله الشيخ[٦]؛ لرواية ابن أبي عمير عن هشام [١٢٦ ب] عن الصادق عليه السلام[٧].

---

(١) المبسوط ٤: ٥١ ـ ٥٢.

(٢) المصدر ٤: ٥٢.

(٣) غاية المراد ٢: ٥٠١.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٤.

(٥) الأنعام (٦): ١٥٢

(٦) التبيان ٣: ١١٩، ذيل الآية ٦ من سورة النساء.

(٧) تهذيب الأحكام ٦: ٣٤٣، ح ٩٦٠.

ب. قدر الكفاية، قاله في النهاية[١] وأتباعه[٢] وابن إدريس[٣].

ج. نقل في الخلاف[٤] أنّه يأخذ أقلّ الأمرين المذكورين.

ونُقِل في تفسير الآية[٥] القولان الأوّلان[٦]. والثالث أحسن. «به» و«ك»[٧].

قوله: «ولو قال: «له مثل نصيب بنتي»، فعندنا له النصف»[٨].

أقول: وقيل: له الثلث؛ لأنّ هذا كإحدى بنتين ولو كانتا بنتين كان لهما الثلثان[٩]. «ر».

قوله: «ولو كان له زوجة وبنت وقال: مثل نصيب بنتي» إلى قوله: **«ولو قيل: لها سهم من خمسة عشر كان أَولى»**[١٠].

أقول: لتساوي البنت في دخول النقص عليها بسبب الوصيّة، فأصل المسألة ثمانية، للزوجة سهم وللبنت[١١] سبعة، ويضاف إليها سبعة أُخرى، وهو مثل نصيب البنت.

---

(١) النهاية: ٣٦١.

(٢) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٢٧٩؛ وظاهر الراوندي في فقه القرآن ٢: ٣٥.

(٣) السرائر ٢: ٢١٤.

(٤) الخلاف ٣: ١٧٩، المسألة ٢٩٥.

(٥) النساء (٤): ٦

(٦) راجع: مجمع البيان ٣: ١٧، ذيل الآية ٦ من سورة النساء.

(٧) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٦.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٥.

(٩) حكاه الشيخ في المبسوط ٤: ٥.

(١٠) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٥.

(١١) في المخطوطة: «والبنت».

قوله: «ولو كان له أربع زوجات وبنت فأوصى بمثل نصيب إحداهنّ» إلى قوله: «ولو قيل: "من ثلاثة وثلاثين" كان أشبه» [(١)].

أقول: قاله في المبسوط [(٢)]. ووجه الثاني أن يضاف سهم الموصى له إلى الفريضة؛ لتساوي الزوجات والبنت في دخول النقص. ولو قال: «بمثل البنت» فمع الإجازة المسألة من ستّين ومع عدم الإجازة من ثمانية وأربعين؛ لأنّ أصلها اثنان وثلاثون فتزيد عليها مثل نصفها تبلغ ذلك.

أو تقول: الفريضة من ثلاثة سهمٌ للموصى له يبقى اثنان يوافق الفريضة التي هي الأصل بالنصف، فتأخذ نصف الاثنين والثلاثين وتضربها في ثلاثة تبلغ ثمانية وأربعين، زيد في مسألة الإجازة وعدمها وفقٌ بنصف سدس، فيضرب نصف سدس إحدى الفريضتين في الأُخرى وهو إمّا خمسة في ثمانية وأربعين أو أربعة في ستّين يبلغ مئتين وأربعين، وكلّ من أجاز أخذ نصيبه من مسألة الإجازة مضروباً في وفق عدم الإجازة فما بلغ فهو نصيبه.

قوله: «المسألة الثانية: لو أوصى لأجنبيّ بنصيب ولده قيل: تبطل الوصيّة؛ لأنّها وصيّة بمستحقّه. وقيل: تصحّ ويكون كما لو أوصى بمثل نصيبه، وهو أشبه» [(٣)].

أقول: وجه البطلان أنّها وصيّة بمستحَقّ [ولده] فيجري مجرى الوصيّة بمال ولده وأنّه باطل، ولأنّه لو صحّت الوصيّة لتوقّفت على بطلانها؛ إذ هي متوقّفة على وجود نصيب للابن ولا نصيب له حتّى تبطل الوصيّة؛ إذ [(٤)] لا ملك إلّا بعد خروج الوصيّة

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٥.

(٢) المبسوط ٤: ٦.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٥.

(٤) في المخطوطة: «إذا»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٥٠٧.

أو بطلانها والخروج غير متحقّق فيبقى البطلان.

ويمكن الجواب بأنّ للولد[١] نصيباً بالقوّة لو لا[٢] الوصيّة. هذا مع أنّ الوصيّة مع الصحّة ليست بعين النصيب المحال إنّما هي بمثله[٣].

ووجه الثاني ـ وهو الصحّة أي: صرفه إلى مثل نصيب ولده ـ أنّ اللفظ إذا تعذّر حمله على الحقيقة حُمِل على مجازه وهو هنا كذلك؛ صوناً لكلام المسلم عن الهذر. ولأنّه وصيّة بجميع المال أو ببعضه فكان صحيحاً[٤]، وغايته وقوفه على الإجازة. وهو اختيار المصنّف. «ش»[٥].

قوله: «ولو كان له ابن قاتل وأوصى بمثل نصيبه، قيل: صحّت [١٢٧ أ] الوصيّة. وقيل: لا تصحّ؛ لأنّه لا نصيب له، وهو أشبه»[٦].

أقول: الأوّل قول الشيخ[٧]، والثاني قول المفيد[٨]، وهو أشبه؛ لأنّه أوصى بمثل نصيب من لا نصيب له. «ر».

قوله: «الثالثة: إذا أوصى بضعف نصيب ولده فكان له مثلاه. ولو قال: "ضعفاه" كان أربع. وقيل: ثلاثة، وهو أشبه؛ أخذاً بالمتيقّن. وكذا لو قال: ضعف ضعف

---

(١) في المخطوطة: «الولد»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٥٠٧.

(٢) في المخطوطة: «أو لا»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٥٠٧.

(٣) غاية المراد ٢: ٥٠٧.

(٤) في المخطوطة: «صريحاً»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٥٠٧.

(٥) غاية المراد ٢: ٥٠٧.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٥.

(٧) كذا في المخطوطة، ولكن الشيخ قال بالبطلان في المبسوط ٤: ٧؛ واستدلّ على البطلان بنحو ما ذكره الشارح هنا للبطلان.

(٨) لم نعثر عليه مع الفحص فيما بأيدينا من كتبه، ولا على من نسبه إليه. نعم، قال العلّامة بالصحّة لو لم يكن جاهلاً بأنّه قاتل وأنّ القاتل لا نصيب له. مختلف الشيعة ٦: ٣٤٧.

نصيبه»[١].

أقول: نقل الشيخ في الخلاف عن كافّة الفقهاء والعلماء أنّ الضعف مِثلا الشيء، كقوله تعالى: ﴿ضِعْفَ ٱلْحَيَوٰةِ وَضِعْفَ ٱلْمَمَاتِ﴾[٢]، ﴿فَأُوْلَٰٓئِكَ لَهُمْ جَزَآءُ ٱلضِّعْفِ﴾[٣]، وبما روي أنّ عمر أضعف الصدقة على نصارى بني تغلب[٤]، ومن المعلوم أنّه كان يأخذ منهم زكاتين، كلّ أربعين بشاتين[٥].

وقال أبو عبيدة بن سلّام: إنّه مثله؛ لقوله[٦] تعالى: ﴿يُضَٰعَفْ لَهَا ٱلْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ﴾[٧]، ولا خلاف في وجوب حدّين[٨]. وقال أبو عبيدة ابن المثنّى: [ضعف الشيء] هو ومثله، وضعفاه هو ومثلاه[٩].

وقال الخليل: الضعف: أن يزاد على الشيء فيجعل مثلين[١٠] أو أكثر. وكذلك الإضعاف والمضاعفة[١١].

وقال الأزهريّ: الضعف: المثل فما فوقه[١٢].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٥.

(٢) الإسراء (١٧): ٧٥.

(٣) سبأ (٣٤): ٣٧.

(٤) الأموال لأبي عبيد: ٣٣ ـ ٣٤، ح ٧٠ و ٧١.

(٥) الخلاف ٤: ١٣٨، المسألة ٥

(٦) في المخطوطة: «كقوله».

(٧) الأحزاب (٣٣): ٣٠.

(٨) حكاه عنه الشيخ في الخلاف ٤: ١٣٨، المسألة ٥.

(٩) مجازات القرآن ٢: ١٣٧.

(١٠) في المخطوطة: «مثل».

(١١) العين ١: ٢٨٢ (ضعف).

(١٢) تهذيب اللغة ١: ٣٠٤ (ضعف).

وقال الجوهري: ضعف الشيء مثله، وضعفاه مثلاه، وأضعافه أمثاله[١].

وما ذكره المصنّف وجعله أشبه من أنّ ضعفي النصيب ثلاثة أمثاله وهو مذهب الفقهاء؛ أخذاً بالمتيقّن، ولإضافة الضعف إلى النصيب وهو مثلاه فيكون ثلاثة، هكذا حكاه في الخلاف[٢].

وفي الاستدلال نظرٌ؛ لأنّ الضعف إن كان المثل وجب أن يكون مثلين، وإن كان مثلين وجب أن يكون أربعة، فالثلاثة مشكل.

واختار في المبسوط[٣] [و]الخلاف[٤] أنّه أربعة؛ لأنّ الضعف المثلان وقد ثنّاه فيكون أربعة أمثاله. وهو مذهب أبي ثور[٥].

وأمّا ضعف الضعف فالقول [بـ]أنّه ثلاثة أمثال شيء نقله المصنّف، وهو مخالف لقول الشيخ في الكتابين[٦]، ومخالف للنقلين؛ لأنّ الضِّعف لو كان المثل فهو مثلان، ويحتمل واحد، لأنّه في قوّة مثل المثل، وإن كان مثلين فهو ستّة أمثال.

إلّا أن يقال هو في الأوّل[٧] مثلان، وفي الثاني بقدرهما فيكون أربعة.

ولو قيل: «إنّه في الأوّل مثل وفي الثاني مثلان فكان ثلاثة» كان تحكّماً.

وربّما قيل: إنّ الضعف ضمّ الشيء إلى مثله فالأوّل مثلان والثاني ضمّ مثل آخر

---

(١) الصحاح ٤: ١٣٩٠ (ضعف).

(٢) الخلاف ٤: ١٣٩، المسألة ٦.

(٣) المبسوط ٤: ٧.

(٤) الخلاف ٤: ١٣٩، المسألة ٦.

(٥) راجع: المجموع ١٥: ٤٨٢؛ المغني ٦: ٤٨٢.

(٦) الخلاف ٤: ١٣٩، المسألة ٦؛ المبسوط ٤: ٧.

(٧) في المخطوطة زيادة: «هو».

إليهما، فتكون ثلاثة[١].

وهذا يَتِمّ لو قال: ضعفا النصيب، أمّا ضعف الضعف فإنّه مثلا الضعف الذي اعتبرتم بأنّه مثلان، فتكون أربعة وتكون الوصيّة بالمضاف لا به[٢] وبالمضاف إليه وإلّا لكان ستّة، كما مرّ. «ش»[٣].

قوله: «وهل يجب أن يعطى ثلاثة فصاعداً؟ قيل: نعم، وهو الأشبه»[٤].

أقول: لأنّ اللفظ جمع وأقلّ الجمع ثلاثة، والقائل هو الشيخ[٥]. «ر».

قوله: «الخامسة: إذا أوصى لإنسان بعبد [معيّن] ولآخر بتمام الثلث ثمّ حدث في العبد عيب قبل تسليمه إلى الموصى له كان للموصى له الآخر [١٢٧ ب] تكملة الثلث»[٦] إلى آخره.

أقول: لنفرض قيمة العبد مئة والباقي خمسمئة، فإذا حدث عيب فنفرض النقص خمسين، فنقول: صار المال خمسمئة وخمسين ـ هذا إذا كان الحدوث قبل الوفاة ـ فإذا أخذ الموصى له العبد فضل من الثلث بعد إسقاط المئة ثلاثٌ وثمانون وثلث. ولو فرض موت العبد كان للموصى له الثاني ستّة وستّون وثلثان[٧].

---

(١) قاله فخر الدين في إيضاح الفوائد ٢: ٥٤٩.

(٢) في المخطوطة: «لأنّه» بدل «لا به»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٥١٠.

(٣) غاية المراد ٢: ٥٠٩ ـ ٥١٠.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٦.

(٥) المبسوط ٤: ٣٤.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٦.

(٧) في المخطوطة: «وللثاني»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٥١١.

والأقرب أنّه في الصورتين يأخذ مئة؛ لأنّه يصل إلى الورثة الثلثان وزيادة. أمّا لو كان تلفه[١] بعد قبض الوارث الواقع بعد الوفاة فإنّه يكون محسوباً عليهم قطعاً، بمعنى أنّ الموصى له الثاني تكون له المئة بتمامها[٢].

لا يقال: لزم اعتبار الثلث وقت الوصيّة وهو باطل، بل عند الوفاة.

لأنّا[٣] نقول بموجبه، والعبد المعيب أو التالف محسوب منها بالنظر إلى الأوّل فهو كالباقي[٤]، كما لو أعتق ثلث عبيده الثلاثة، فمات واحد وظهرت القرعة عليه. وكذا لو فرض نقص المال غير العبد كأن ينقص مئة مثلاً؛ فإنّه يدخل النقص قطعاً على الثاني ويكون له ستّة وستّون وثلثان، ولا يجري مجرى موت العبد. «ش»[٥].

قوله: «السابعة: إذا أوصى له بدار فانهدمت» إلى قوله: «وفيه تردّد»[٦].

أقول: ينشأ من أنّ الوصيّة بالكلّ متناولة لكلّ جزء من أجزائه، فيكون لفظ الدار دالّاً عليه بالتضمين، وبطلان الوصيّة في الجدار والسقف بعدمهما[٧] لا يستلزم بطلانها في البراح؛ لوجوده حين لزوم الوصيّة. ومن أنّ الاعتبار بما يقع عليه اسم الموصى به حين لزوم الوصيّة وما صار براحاً لا يصدق عليه اسم الدار حين اللزوم، كما لو أوصى بطعام فطحنه قبل وفاته[٨].

---

(١) في المخطوطة: «تلف»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٥١١.

(٢) غاية المراد ٢: ٥١١.

(٣) في المخطوطة: «لا» بدل «لأنّا».

(٤) في المخطوطة: «كان الباقي» بدل «كالباقي»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٥١١.

(٥) غاية المراد ٢: ٥١١.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٦.

(٧) في المخطوطة: «بعدمها».

(٨) إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٣٣٩ ـ ٣٤٠.

قوله: «الثامنة: إذا قال: «أعطوا زيد[اً] والفقراء كذا»، كان لزيد النصف من الوصيّة. وقيل: الربع، والأوّل أشبه»[١].

أقول: قوله: «كان لزيد النصف» كما إذا أوصى لزيد وعمرو كان لكلّ منهما النصف. وقال في المبسوط: الربع[٢]؛ لأنّ أقلّ الجمع ثلاثة فيكون هذا رابعهم، فيكون قد أوصى لأربعة فيكون لكلّ واحدٍ الربعُ. «ر».

قوله: في القسم الثاني ـ أي تصرّفات المريض ـ: **«أمّا منجّزات المريض إذا كانت تبرّعاً ـ كالمحاباة في المعاوضات والهبة والوقف والعتق ـ فقد قيل: إنّها من أصل المال. وقيل: من الثلث»**[٣] إلى آخره.

أقول: قال الشيخان [في] النهاية[٤] والمقنعة[٥] والقاضي[٦] وابن إدريس[٧] إنّها من الأصل.

وقال في المبسوط[٨] [و]الخلاف[٩] والصدوق[١٠] وابن الجنيد[١١] من الثلث؛ لوجوه:

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٦.

(٢) المبسوط ٤: ٣٤.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٧.

(٤) النهاية: ٦١٧ ـ ٦١٨.

(٥) المقنعة: ٦٧١.

(٦) المهذّب ١: ٤١٩.

(٧) السرائر ٣: ٢١٧.

(٨) المبسوط ٣: ٢٩٨ ـ ٢٩٩، ٣١٥؛ ج ٤: ٤٤ و٤٦.

(٩) الخلاف ٤: ١٤٣، المسألة ١٢.

(١٠) المقنع: ٤٨١ ـ ٤٨٢؛ الهداية: ٨١.

(١١) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦: ٤١٣.

أ. إن كانت المؤخّرات من الثلث فالمنجّزات كذلك، والمقدّم حقّ إجماعاً، فكذا التالي. وبيان الشرطيّة: أنّ الحكمة في حصر الوصيّة في الثلث النظرُ في حال الورثة والشفقة عليهم وهو موجود هنا. كذا قال العلّامة[١].

وفيه نظرٌ؛ لمنع الملازمة، والعلّة ضعيفة؛ لأنّها ليست منصوصة، وبتقديره فهو منقوض بالصحيح، مع انسحاب الدليل فيه.

إن قلت: هذا المال [١٢٨ أ] يعرض لملك الورثة بخلاف مال الصحيح.

قلتُ: ربّ مريضٍ عاش وصحيحٍ مات، على أنّه ربّما كان حالٌ أبلغَ من المرض.

ب. لولاه لالتجأ كلّ من يريد إضرار ورثته إلى المنجّزات في مرضه، فتكون فائدة حصر الوصيّة في الثلث.

وفيه نظرٌ؛ إذ الخوف من البرء يمنعه من الزيادة، بخلاف ما بعد الموت، فلا اختلال.

ج. رواية عليّ بن عقبة في عتق العبد عن الصادق عليه السلام: رجلٌ حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه؟ قال: «ما يعتق إلّا ثلثه وسائر ذلك الورثة أحقّ به ولهم ما بقي»[٢].

د. رواية يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يموت، ما له من ماله؟ قال: «له ثلث ماله، وللمرأة أيضاً»[٣].

وفيها نظرٌ؛ لعدم صراحتها، بل دلالتُها على ما بعد الموت أولى؛ لأنّه قال:

---

(١) مختلف الشيعة ٦: ٤١٥.

(٢) تهذيب الأحكام ٩: ١٩٤، ح ٧٨١.

(٣) الكافي ٧: ١١، ح ٣؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ١٨٥، ح ٥٤٢٢؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٩١، ح ٧٧٠.

«يموت» وهو وإن كان مستقبلاً إلّا أنّ ظاهره المضيّ.

هـ. رواية عليّ بن يقطين عن الكاظم عليه السلام: ما للرجل من ماله عند موته؟ قال: «الثلث، والثلث كثير»[١]. وجواب «ما» الاستفهاميّة للعموم. والكلام عليها كما تقدّم، إلّا أنّ دلالة هذه على المطلوب أرجح.

و. [رواية] أبي ولّاد عن الصادق عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرئه منه في مرضها، قال: «بل تهبه له، فيجوز هبتها ويحتسب ذلك من ثلثها إن كانت تركت شيئاً»[٢].

واحتجّ الأوّلون بوجوهٍ:

أ. قوله صلى الله عليه وآله: «الناس مسلّطون على أموالهم»[٣] خرج الوصيّة، فيبقى الباقي.

[ب.] أصالة الجواز.

[ج.][٤] لولا صحّتها في الحال لما لزمت[٥] بالبرء، والتالي كالمقدّم في البطلان.

[د.][٦] رواية عمّار: «الرجل أحقّ بماله ما دام فيه الروح إن أوصى به كلّه، فهو جائز»[٧].

---

(١) تهذيب الأحكام ٩: ٢٤٢ ـ ٢٤٣، ح ٩٤٠.

(٢) المصدر ٩: ١٩٥، ح ٧٨٣.

(٣) الخلاف ٣: ١٧٦ ـ ١٧٧.

(٤) في المخطوطة بياض.

(٥) في المخطوطة: «إلى لزمته» بدل «لما لزمت»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٥٢٢؛ التنقيح الرائع ٢: ٤٢٣.

(٦) في المخطوطة بياض.

(٧) الكافي ٧: ٧، ح ٢؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٠٢، ح ٥٤٦٨؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٨٧، ح ٧٥٣.

هـ رواية سماعة عن أبي بصير عن الصادق عليه السلام، قال: قلت له: الرجل يكون له الولد أيسعه أن يجعل ماله[١] لقرابته؟ قال: «هو ماله يصنع به ما شاء إلى أن يأتيه الموت، فإن أوصى به فليس له إلّا الثلث [...] إلّا أنّ الفضل في أن لا يضيّع من يعوله ولا يضرّ [بـ]ورثته»[٢].

والجواب: أنّ الأوّل مخصوص بالروايات، والأصل ممنوع للدليل، والثالث ضعيف؛ إذ لا يلزم من الصحّة اللزوم. ولو قال: لولا[٣] لزومها في الحال لما لزمت بالبرء لم ينفعه؛ لأنّ من الجائز أن يكون كاشفاً عن الفساد والبرء كاشفاً عن الصحّة واللزوم، كبيع الفضوليّ. وعمّار وسماعة فاسدا العقيدة، مع معارضتهما[٤] بما تقدّم. وهو يشكل بما أنّ متون روايتهما أدلّ مع كونهما ثقتين. «ش»[٥].

قوله: «ولو قيل: "يتعلّق الحكم بالمرض الذي يتّفق به الموت، سواء كان مخوفاً في العادة أو لم يكن" كان حسناً»[٦].

[١٢٨ ب] **أقول:** لحصول مسمّى المرض الذي يتناوله الروايات من غير مخصّص والعموم لا يُخَصّ بذكر بعضه، ودلالة المفهوم ضعيفة، فلا يرد ما قال في رواية ابن يقطين عند الموت[٧]، وذلك لا يكون إلّا بأمارة الموت. «ش»[٨].

---

(١) في المخطوطة: «مال».

(٢) الكافي ٧: ٨ ـ ٩، ح ١٠؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٨٨، ح ٧٥٥.

(٣) في المخطوطة: «أولا» بدل «لو لا».

(٤) في المخطوطة: «معارضها».

(٥) غاية المراد ٢: ٥٢٣ ـ ٥٢٤.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٧.

(٧) تهذيب الأحكام ٩: ٢٤٢ ـ ٢٤٣، ح ٩٤٠.

(٨) غاية المراد ٢: ٥٢٦.

والأوّل قول المبسوط[١]، والثاني قول المصنّف والعلّامة[٢]. «ش»[٣].

قوله: «الثالثة: إذا باع كرّاً من طعام قيمته ستّة دنانير وليس له سواه بكرّ رديّ قيمته ثلاثة، فالمحاباة هنا بنصف تركته فتمضي في قدر الثلث» إلى قوله: **«من ستّة»**[٤].

أقول: لا يجوز القول بصحّة البيع في المبيع أجمع؛ لمنافاته خروج المحاباة من الثلث، ولا البطلان فيه أجمع؛ لأنّه عقد صدر من أهله في محلّه فكان معتبراً في نظر الشارع، فتعيّن الصحّة في البعض والفساد في الباقي.ولا يجوز ردّ سدس الكرّ على الورثة لتبقى المحاباة في الثلث وإلّا لزم الربا المنهيّ عنه في البيع إجماعاً، فالطريق إلى تحصيل قدر المحاباة ـ وهو الثلث ـ من غير لزوم ربا التراد المذكور.

ولو كان قيمة كرّهم تسعة دنانير والحال هذه فقد حابى بثلثي تركته، فيترادّان النصف فيرجع إلى الورثة نصف كرّهم، وهو يساوي أربعة ونصفاً، وقد بقى معهم نصف كرّ، وهو يساوي ديناراً ونصفاً فيكمل معهم ستّة دنانير، ويبقى معه من كرّهم نصفه، وهو يساوي أربعة ونصفاً، ومعه أيضاً دينار[٥] ونصف في مقابلة كرّه، فيكون معه ثلاثة دنانير بالمحاباة، فما مع الورثة بعدها مرّتين.

والضابط أنّه يجب أن يبقى مع الورثة ضِعفُ ما صحّت فيه المحاباة من غير

---

(١) المبسوط ٤: ٤٤ ـ ٤٥.

(٢) تحرير الأحكام ٣: ٣٨٦؛ قواعد الأحكام ٢: ٥٢٩.

(٣) غاية المراد ٢: ٥٢٦.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٨.

(٥) في المخطوطة: «دينار».

لزوم الربا. وطريقه أن يسقط قيمة كرّ المشترى من[١] قيمة كرّ الورثة وينسب ثلث المبيع إلى الباقي، فيصحّ المبيع في تلك النسبة.

ففي المسألة الأُولى إذا أسقط[٢] ثلاثة دنانير من ستّة بقي ثلاثة، فإذا نسب[٣] إليها ديناران كان ثلثها، فيصحّ البيع في ثلثي كلّ واحدة وترادّ الآخر.

وفي الثانية إذا أسقط ثلاثة دنانير من تسعة بقي ستّة فإذا نسب[٤] إليها وهو ثلاثة كان النصف، فيصحّ ويترادّان[٥] النصف الآخر.

والأصل فيه أن نقول: المسألة دوريّة وذلك أنّه لِما تقرّر أنّ البيع إنّما يصحّ في البعض، فالبعض توقّف معرفة قدر[٦] المبيع على معرفة قدر مال الميّت؛ لاشتماله على محاباة لا تخرج إلّا من الثلث، فتجب معرفة الثلث المتوقّف على معرفه قدر المال، لكن معرفة قدر المال تتوقّف على معرفة قدر الثمن؛ لأنّه من جملة ماله، ومعرفة قدر الثمن تتوقّف على معرفة المبيع، فيدور.

فحينئذٍ نقول في المسألة الأُولى: صحّ البيع في شيء من الجيّد بشيء من الرديّ قيمته نصف شيء، فتكون المحاباة بنصف شيء يلقى من الجيّد يبقى كرّ إلّا نصف[٧] شيء يعدل مثلي المحاباة وذلك شيء، فإذا جبرت وقابلت صار الكرّ

---

(١) في المخطوطة زيادة: «قيمة كرّ المشترى».

(٢) في المخطوطة: «سقط»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٥٣٠.

(٣) في المخطوطة: «أنسب إليه» بدل «نسب إليها»، صحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٥٣٠.

(٤) في المخطوطة: «أنسب»، صحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٥٣٠.

(٥) في المخطوطة: «ويتردان».

(٦) في المخطوطة: «ورد».

(٧) في المخطوطة: «نصفه».

يعدل [١٢٩ أ] شيئاً ونصفاً، فالشي ثلثا الكرّ، فيصحّ البيع في[(١)] ثلثي الجيّد بثلثي الرديّ.

وفي الثانية نقول: صحّ البيع في شيء من الجيّد بشيء من الرديّ قيمته ثلث من شيء، فالمحاباة بثلثي شيء يلقى من الجيّد يبقى كرّ[(٢)] إلّا ثلثي شيء يعدل شيئاً وثلثاً، وهو مثلا المحاباة، فإذا جبرت وقابلت صار الكرّ يعدل شيئين، فالشيء نصف الكرّ.

أو ينسب الرديّ إلى الجيّد ويستخرج قدر المحاباة، فللورثة ضعفها من الجيّد والرديّ، فنقول في الأُولى: صحّ البيع في شيء من الجيّد بنصف شيء من الرديّ، فالمحاباة بنصف شيء، فللورثة شيء وقد حصل لهم من الرديّ نصف شيء، فيبقى لهم نصف شيء من الجيّد، فيبطل البيع في مقابلته، وهو ربع شيء من الرديّ، فالجيّد في تقدير شيء ونصف والرديّ في تقدير نصف شيء وربع، فالشيء أربعة دنانير وهو ثلثا المبيع، فيصحّ في ثلثيه بثلثي الثمن.

ونقول في الثانية: صحّ البيع في شيء من الجيّد بثلث شيء من الرديّ، فالمحاباة بثلثي شيء، فللورثة[(٣)] شيء وثلث ليكون بقدرها مرّتين، والشيء من الجيّد، فيبطل من الرديّ في ثلث شيء فالجيّد في تقدير شيئين والرديّ في تقدير شيئين والرديّ في تقدير ثلثي شيء، فالشيء أربعة ونصف وهو نصف الجيّد، فصحَّ البيع في نقصه بنصفه.

---

(١) في المخطوطة زيادة: «ثلث».

(٢) في المخطوطة: «كرّا».

(٣) في المخطوطة: «وللورثة».

وبالخطأين الأصغر نقول: في الأُولى صحّ البيع في نصف الكرّ بالنصف، فالمحاباة بالربع وكان يجب كونها بالثلث، فوقع الخطأ بنصف سدس.

ثمّ نقول: صحّ في ثلثه بثلثه، فالمحاباة بالسدس، فوقع الخطأ بسدس.

فنقول: لمّا نقصنا عن المقدار الأوّل سدساً زاد على الخطأ الأوّل نصف سدس، فعرفنا أنّ كلّ سدس من المبيع يزيد نصف سدس من الخطإ، فزدنا السدس على النصف، وقلنا صحّ البيع في الثلاثين حتّى زال الخطأ الذي هو نصف السدس.

ونقول في الثانية: صحّ البيع في ثلث كرّ بمثله، فالمحاباة بدينارين، وكان يجب أن يكون بثلاثة، فأخطأنا [بواحدٍ، ثمّ نقول: صحّ البيع في سدس بسدس، فالمحاباة بواحدٍ فأخطأنا] باثنين، [فإذا كان نقص سدس يزيد الخطأ واحداً]، فكلّ[1] سدس من المبيع يزيد واحداً من الخطأ فزدنا سدساً على الثلث المفروض أوّلاً، فكان نصفاً فزال الخطاء به وصحّ البيع في نصف الكر الجيّد بنصف الكر الرديّ.

وبالخطأين الأكبر نقول: صحّ البيع في الأُولى في خمسة أسداس الجيّد بمثلها من الرديّ، فالمحاباة بدينارين ونصف وكان يجب كونها بدينارين، فوقع الخطأ بنصف زائد، ثمّ نقول: صحّ البيع في النصف بنصف، فالمحاباة بدينار ونصف، فأخطأ الحساب بنصف ناقص، فنضمّ أحد الخطأين إلى الآخر يكون واحداً وهو المقسوم عليه، ثمّ نضرب العدد الأوّل ـ وهو خمسة دنانير ـ في الخطأ الثاني وهو

---

(١) في المخطوطة: «وكلّ».

نصف يكون اثنين ونصفاً ثمّ نضرب العدد الثاني ـ وهو ثلاثة ـ في الخطأ [١٢٩ ب] الأوّل ـ وهو نصف ـ يكون واحداً ونصفاً فنضمّها إليها، فتكون أربعة فيكون الذي صحّ فيه البيع أربعة؛ لأنّها هي المقسومة[١] على واحد، وقدرها ثلثا المبيع، فصحّ في ثلثي الكرّ الجيّد بمثلها الرديّ.

ونقول في الثانية: صحّ البيع في الثلاثين بهما، فالمحاباة بأربعة وكان يجب أن تكون ثلاثة، فأخطأ الحساب بواحد زائد، ثمّ نقول: صحّ في خمسة أتساع الجيّد بمثلها من الرديّ، فالمحاباة بثلاثة وثلث وكان يجب أن يكون بثلاثة، فأخطأنا بثلث زائد فنلقي أقلّ الخطأين من الأكثر يبقى ثلثان، هو المقسوم عليه، ثمّ نضرب العدد الأوّل ـ وهو ستّة ـ في الخطاء الثاني ـ وهو ثلث ـ يكون اثنين، ثمّ الثاني ـ وهو خمسة ـ في الأوّل ـ وهو واحد ـ يكون خمسةً فألقِ أقلّ العددين من الأكثر يبقى ثلاثة هي المقسوم، فتضرب الثلاثين في مخرجهما[٢] يكون اثنين، ثمّ تضرب الثلاثة في ثلاثة تكون تسعة فتقسمها على اثنين يكون الخارج بالقسمة أربعة ونصفاً، فيصحّ في نصف الجيّد بنصف الرديّ. «ش»[٣].

قوله: «الرابعة: لو باع عبداً قيمته مائتا[ن] بمئة وبرئ لزم العقد» إلى قوله: «ويبطل في الزائد ـ وهو سدس ـ فيرجع على الورثة»[٤] إلى آخره.

أقول: هذا قول الشيخ[٥]، واختاره العلّامة في التلخيص[٦]؛ لأنّ المشتري ملك

---

(١) في المخطوطة: «المقسوم»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٥٣٢.

(٢) في المخطوطة: «مخرجها».

(٣) غاية المراد ٢: ٥٢٩ ـ ٤٣٢، وما بين الهلالين منه.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٨.

(٥) المبسوط ٤: ٦٤.

(٦) تلخيص المرام: ١٥٨.

الجميع بالثمن، ولهذا لو برئ لزم في الكلّ.

ولمّا اقتضى ذلك الحيفَ بالزيادة عن الثلث ردّ إلى الورثة السدس، فيفضل معهم مثلا المحاباة من الثمن والمثمن، بخلاف الربوي لمانع الربا، ولأصالة لزوم البيع من الجانبين. والضرر يندفع بذلك، فيكون فسخ شيء من الثمن خلاف الأصل. ولأنّ العقد اشتمل على بيع وعطيّة ومحلّ العطيّة هو الزائد عن مقابل ثمن المبيع ـ لأنّ معناها هنا إزالة المريض تملّكه تبرّعاً من غير لزوم وهو لا يتحقّق إلّا في الزائد ـ فيكون محلّ البيع هو الباقي فكأنّ العقد بكلّ الثمن على الباقي. وبه علّل الشيخ في شفعة المبسوط[1] حكاية.

وقال العلّامة: إنّه كالربويّ؛ لأنّ فسخ البيع في بعض المبيع يقتضي فسخه في قدره من الثمن؛ لوجوب مقابلة أجزاء المبيع بأجزاء[2] الثمن، فكما أنّه لا يجوز فسخ البيع في جميع المبيع مع بقاء بعض الثمن قطعاً، فكذا لا يجوز فسخ البيع في بعض المبيع مع بقاء جميع الثمن، وإذا امتنع ذلك وجب الفسخ فيهما. ولأنّ في ذلك مقابلةَ بعض المبيع بقسط من الثمن عند تعذّر مقابلة الجميع بالجميع، كما لو اشترى سلعتين وانفسخ العقد في إحداهما؛ لاستحقاق أو غيره، فإنّه يأخذ الأُخرى بالقسط من الثمن، وكمشتري الشقص وشيء فيأخذ الشفيع الشقص. ولأنّ الأوّل يقتضي المخالفة بين الإيجاب والقبول، فأشبه ما لو باعه بمئة فقبل نصفها[3].

---

(١) لم نعثر عليه في المبسوط، وإنّما حكاه عنه الشهيد في غاية المراد ٢: ٥٣٤.

(٢) في المخطوطة: «بأجر».

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٥٣٦؛ مختلف الشيعة ٦: ٤٢٧ ـ ٤٢٨.

قال الشهيد: في الكلّ نظر؛ لأنّ الظاهر أنّ في المتنازع قد اشتمل العقد على بيع وهبة [١٣٠ أ] من المريض، كما قرّرناه، ولهذا فإنّه يسمّى بيعاً مشتملاً على محاباة، فحينئذٍ لا مساواة بينه وبين ما مثّل به العلّامة من الصور؛ لأنّ ذلك بيع محض. «هـ. ش»[(١)].

قوله: «المسألة الخامسة: إذا أعتقها[(٢)] في مرض الموت وتزوّج ودخل بها صحّ العتق والعقد، ووَرِثته إن خرجت من الثلث وإن لم تخرج فعلى ما مرّ من الخلاف»[(٣)].

أقول: هنا مسألتان:

[أ.] أن يعتق أمته في مرض الموت، ويتزوّجها ويجعل عتقها صداقها، ويدخل بها وتخرج من الثلث. ولم يصرّح أكثر الأصحاب بأنّه جعل عتقها مهرها، ولا بدّ منه، وإلّا لاعتُبِر المهر من الثلث أيضاً في احتمال، اللّهمّ إلّا أن يتزوّجها مفوّضة البضع أو المهر. وعلى التقدير المذكور لا كلام في صحّتها والإرث؛ لاجتماع الشرائط.

ب. أن لا تخرج من الثلث بأن كان قيمتها[(٤)] معلومة وليس له سواها؛ فإنّه يعتق ثلثها على مذهب المصنّف ولا ترث؛ لبطلان النكاح. و[هل] لها هديّة شيء من نفسها باعتبار الوطء؟ يحتمل عدمه؛ لأنّه لم يجعل لها عوضاً خارجاً عن رقبتها، وقد صارت للورثة وكأنّها رضيت باستيفاء البضع بغير عوض.

---

(١) غاية المراد ٢: ٥٣٥.

(٢) في المخطوطة: «عتقها».

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٨.

(٤) في المخطوطة: «قيمته».

ويحتمل أن تكون كالتي أمهرها قدر قيمتها فإن كان مهر قيمتها [بقدر قيمتها] صحّ العتق في شيء، ولها من مهر المثل شيء وللورثة شيئان، فيكون في تقدير أربعة أشياء، فيعتق ربعها ويكون لها من نفسها ربع آخر بالمهر؛ لأنّ إمهاره إيّاها نفسها جارٍ مجرى إمهارها عيناً بقدرها.

وربّما قيل ببطلان العتق أصلاً؛ لأنّه لم يُعتِقها إلّا على تقدير التزويج وقد بطل[(١)].

هذا على التقدير الأوّل. وعلى التقدير الثاني لا كلام في عتق شيء منها. ويقوى هنا الاحتمال الثاني؛ لأنّ استيفاء البضع لا يخلو عن عوض هنا[(٢)].

قوله: «السادسة: لو أعتق أمته وقيمتها ثلث تركته ثمّ أصدقها الثلث الآخر»[(٣)] إلى آخره.

أقول: يريد لو كان له أمة قيمتها ثلث تركته ـ كعشرة مثلاً ـ فأعتقها وتزوّجها وأمهرها عشرة أُخرى ودخل بها، فالكلام في مواضع:

أ. صحّة النكاح في الحال؛ لوجود المقتضي ـ وهو صدور العقد من أهله في محلّه ـ وانتفاء المانع. والمراد بالصحّة هنا أنّه يستبيح وطءها في الحال بذلك العقد لا أنّه محكوم بصحّته[(٤)] إلى الموت، وإلّا لورثت حينئذٍ. ولأنّه يبطل عتق بعضها في الصورتين قطعاً وهو مقتضٍ للبطلان[(٥)] يقيناً؛ لأنّه لو صحّ لوجب

---

(١) حكاه الشهيد في غاية المراد ٢: ٥٣٦.

(٢) غاية المراد ٢: ٥٣٥ ـ ٥٣٦.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٨.

(٤) في المخطوطة: «لصحّة»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٥٣٧.

(٥) في المخطوطة: «البطلان»، وصحّحناه كما في فوائد القواعد: ٥٣٨.

المسمّى؛ إذ المقتضي لبطلان المسمّى هو توقّفه على صحّة النكاح[١].

ب. بطلان المسمّى وإلّا لدار؛ لتوقّف صحّته على ثبوت النكاح المتوقّف على العتق المتوقّف على بطلان المهر؛ لقصور الثلث عن قيمتها مع صحّته.

ج. ثبوت مهر المثل، كما أفتى به العلّامة[٢]؛ لجريانه مجرى أرش الجناية التي هي من الأصل. ولم يذكره الشيخ، والمصنّف تردّد فيه، ومنشأه مذكور فيما مرّ.

لا يقال: ثبوته يلزم منه الدور، كالمسمّى؛ لأنّه باعتبار [هـ] [١٣٠ ب] تنقص التركة فلا تخرج قيمتها من الثلث فلا تنعتق فلا يصحّ النكاح.

لأنّا نقول: لا يتوقّف على صحّة النكاح، بل على مجرّد وطئها، فالطريق إلى تحصيل مقدار العتق ونصيبه وما يخصّه أنّ مهر المثل إمّا أن يساوي قيمتها أو ينقص عنها أو يزيد، ففي الأوّل نقول: عتق منها شيء ولها من مهر المثل شيء وللورثة شيئان في مقابلة العتق[٣] لا مقابلة المهر؛ لأنّه من الأصل. فالتركة إذن في تقدير أربعة أشياء فالشيء سبعة ونصف، فيعتق ثلاثة أرباعها ولها ثلاثة أرباع مهر المثل. قال العلّامة: تؤدّى إلى الورثة قيمةُ الربع من مهر المثل تمام قيمتها لتعتق بأسرها[٤].

وفي الثاني نقول: إذا كان مهر المثل بقدر نصف قيمتها عتق منها شيء، ولها

---

(١) هنا كلمة غير واضحة كما في الصورة: [illegible].

(٢) تحرير الأحكام ٣: ٣٩٨؛ قواعد الأحكام ٢: ٥٣٣.

(٣) في المخطوطة: «المقابلة للعتق» بدل «مقابلة العتق»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٥٣٨.

(٤) تحرير الأحكام ٣: ٣٩٩.

من مهر المثل نصف شيء وللورثة شيئان في مقابل العتق، فالتركة في تقدير[١] ثلاثة أشياء ونصف تبسط، فتصير سبعة لها ثلاثة ولهم أربعة، فتعتق مقدار سبعي التركة من الجارية وهو ستّة أسباعها، ولها بمهر المثل سبع آخر[٢] يكمل منه عتقها لزوماً أو تخييراً، على اختلاف قولي العلّامة[٣]، فيفضل معها بعد العتق ثلثا سبع التركة. وإنّما لم يصحّ التزويج هنا وإن جعل على عتق المجموع؛ لأنّ عتق البعض لم يحصل إلّا بالمهر. «ش»[٤].

قوله: «وفي ثبوت مهر المثل تردّد، وعلى القول الآخر يصحّ الجميع»[٥].

أقول: ينشأ من قوله عليه السلام: «المريض ممنوع من التصرّف إلّا في ثلث ماله»[٦]، والتقدير أنّ قيمتها الثلث فيكون مهر المثل لزاماً عليه، ومن أنّ كلّ موضع بطل المسمّى يثبت مهر المثل مع الدخول؛ فإنّ مهر المثل جارٍ مجرى أرش الجنايات فيخرج من الأصل. والشيخ[٧] منعها الأمرين، والمصنّف أثبته؛ عملاً بعموم آية ميراث الزوجات[٨].

---

(١) في المخطوطة: «فتقدير» بدل «في تقدير»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٢: ٥٣٩.

(٢) في المخطوطة: «وآخر».

(٣) قال باللزوم في قواعد الأحكام ٢: ٥٥٤؛ وبالتخيير في تحرير الأحكام ٣: ٣٩٩؛ وتذكرة الفقهاء ٢٢: ٢٥٦ ـ ٢٥٨.

(٤) غاية المراد ٢: ٥٣٧ ـ ٥٣٩.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٨.

(٦) انظر: الكافي ٧: ١٠، ح ١ ـ ٤ و٦؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ١٨٥، ح ٥٤٢٢ ـ ٥٤٢٤.

(٧) المبسوط ٤: ٣٨-٣٩.

(٨) النساء (٤): ١٢.

قوله: «وعلى القول الآخر».

[أقول:] وهو أنّ تصرّفات المريض المنجّزة من الأصل يصحّ الجميع، أي العتق والنكاح والميراث.[1]

---

(١) في المخطوطة هنا:

«تمّ الجزء الأوّل من كتاب إيضاح المنافع في شرح مشكلات الشرائع من خطّ مصنّفه الإمام العلّامة والحبر الفهّامة جلال الملّة والشريعة والدِّين المقداد بن عبد الله السُّيوريّ الأسديّ النخعيّ ـ طاب ثراه ـ. وذلك أصيل يوم الأحد ثاني عشر من شهر ذي القعدة الحرام الواقع في سنة ثماني عشرة وتسعمئة من الهجرة النبويّة ـ سلام الله على مهاجرها ـ على يد الفقير المطلق إلى الغنيّ المطلق الأقدس الحسن بن محمّد بن العزيز ـ أراه الله عيوب نفسه وجعل يومه خيراً من أمسه] ـ رحم الله تعالى من طالعه ودعا للمصنّف وكاتبه وقرأ لهما فاتحة الكتاب؛ إذ له بذلك أضعاف ما يفعله بنصّ الصلحاء الأنجاب آله من آمن [كذا] وبلغ الله مرامه من الطاعات بمحمّد وآله الهداة، في المدرسة الزينبيّة المجاورة لمقام الخلف الحجّة ـ عجّل الله فرجه ـ بالحلّة السيفيّة ـ حماها الله من الآفة بمحمّد وآله أصحاب المراتب العليّة العلويّة ـ».

بسم الله الرّحمن الرّحيم[1]

ربّ سهّل وأعن



[كتاب النكاح]



(١) جاء في بداية المخطوطة: «كتاب الجزء الثاني من إيضاح المنافع في شرح مشكلات الشرائع، تصنيف المولى الإمام العلّامة، والحبر الفهّامة، خاتمة الأفاضل، وقدوة الأماثل، وشارح علوم الأواخر والأوائل، جلال الملّة والدنيا والشريعة والطريقة والحقيقة والدين، أبي عبد الله المقداد بن عبد الله السيوري الأسدي النخعي الغروي ـ أنار الله ثراه وقدّس روحه ـ».

قوله: «كتاب النكاح»[1].

أقول: النكاح لغةً الوطء[2]، ويقال على العقد أيضاً[3]، وقيل: مشترك[4]، وقيل: حقيقة في الوطء ومجاز في العقد[5]، وقيل بالعكس[6]. وورد في الكتاب تارةً للوطء، كقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾[7]، وتارةً للعقد، كقوله تعالى: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾[8]، وتارةً لهما، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[9].

قوله: «ومن لم تتق فيه خلاف، المشهور استحبابه؛ لقوله عليه السلام: تناكحوا تناسلوا»[10][11] إلى آخره.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٩.

(٢) راجع: الصحاح ١: ٤١٣؛ المصباح المنير: ٦٢٤ (نكح).

(٣) راجع: الصحاح ١: ٤١٣؛ المصباح المنير: ٦٢٤ (نكح).

(٤) راجع: لسان العرب ٢: ٦٢٦ (نكح).

(٥) راجع: القواعد والفوائد ١: ١٥٩.

(٦) قاله العلّامة في تحرير الأحكام ٣: ٤١٣.

(٧) البقرة (٢): ٢٣٠.

(٨) الأحزاب (٣٣): ٤٩.

(٩) النساء (٤): ٢٢.

(١٠) جامع الأخبار: ١٠١؛ الخرائج والجرائح ٢: ٩٢٠؛ عوالي اللآلي ٣: ٢٨٨، ح٣٨؛ الجامع الصغير ١: ١٣٣.

(١١) شرائع الإسلام ٢: ٢١٠.

أقول: قال في المبسوط[١] بعدم الاستحباب؛ لوصف يحيى عليه السلام بكونه حصوراً في معرض المدح[٢]، والحصور من لم يقارب النساء[٣].

أُجيب: جاز أن يكون من خواصّه؛ فإنّ الأنبياء لهم خواصّ لا يشاركهم فيها غيرهم[٤]، أو أنّه في شرع غيرنا[٥].

وقال ابن حمزة: إن حصل الوصفان ـ الشهوة والقدرة ـ استُحِبّ، وإن فقد كره، وإن فقد أحدهما كان مباحاً[٦].

واستُدِلّ على الكراهة بأنّ الفعل مع عدم الداعي ووجود الصارف ممتنع عقلاً، ولا أقلّ من كراهته.

وعلى الإباحة بأنّ الغرض تسكين الشهوة لئلّا تنازعه، فإذا كانت ساكنة كان النكاح تحصيل الحاصل. وأمّا مع الشهوة وعدم التمكّن فلأنّ عدم المكنة مسقط للواجب، فكيف للندب[٧].

والجواب: لا يلزم من عدم الداعي الشهوانيّ عدم داعٍ آخر، فجاز حصول داعي السنّة أو طلب الولد. وعدم التمكّن لا يصحّ أن يكون صارفاً؛ لقوله تعالى: ﴿إِن يَكُونُوا۟ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾[٨]. والحقّ الاستحباب مطلقاً.

---

(١) المبسوط ٤: ١٦٠.

(٢) آل عمران (٣): ٢٩.

(٣) المفردات: ٢٣٨ ـ ٢٣٩ (حصر).

(٤) أجاب به العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ١٠٨؛ والشارح في التنقيح الرائع ٣: ٦.

(٥) أجاب به المحقّق في شرائع الإسلام ٢: ٢١٠؛ والشارح في التنقيح الرائع ٣: ٦.

(٦) الوسيلة: ٢٨٩.

(٧) لم نعثر عليه مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتب الفقهاء.

(٨) النور (٢٤): ٣٢.

قوله: «وكونها بكراً ولوداً»[١] إلى آخره.

أقول: قيل عليه: إنّ كونها ولوداً ينافي كونها بكراً، فكيف الوصول إلى الجمع[٢] بينهما في الاستحباب[٣]؟

أُجيب: المراد ما من شأنها ذلك بأن تبلغ شيئاً يمكن حصول الولد معه، أو أنّه يعلم ذلك من نسائها ولودات.

قوله: «أكل ما ينثر في الأعراس جائز» إلى قوله: **«وهل يملك بالأخذ؟ الأظهر نعم»**[٤] إلى آخره.

أقول: قاله الشيخ في المبسوط[٥]؛ إذ لولاه [لما] يباح[٦] التصرّف فيه.

ثمّ ذُكِر في سبب تملّكه أقوال[٧]:

قيل: بإمساكه باليد.

وقيل: بوضعه في الفم.

وقيل: على ذلك جواز أخذ الباذل له.

وقيل: لا يملك[٨]؛ لأنّ المملّكات محصورة وليس هنا واحد منها.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢١١.

(٢) في المخطوطة: «الجميع».

(٣) لم نعثر عليه مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتب الفقهاء.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢١٢.

(٥) المبسوط ٤: ٣٢٣.

(٦) في المخطوطة: «يباع».

(٧) لم نعثر عليها مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتب الفقهاء.

(٨) في المخطوطة: «لا يمكن».

والحقّ: أنّ الإذن في الأخذ يفيد إباحة التصرّف، لا التمليك. والفرق بين التمليك والإباحة أنّ الإباحة يجوز الرجوع معها ما دامت العين باقية، سواء كانت لأجنبيّ [أو] لذي رحم تصرّف فيها، بخلاف التمليك، فإنّه لا يجوز الرجوع فيها وإن كانت العين باقية.

قوله: «يكره الجماع في أوقات ثمانية» إلى قوله: «في المحاق»[1] **إلى آخره.**

أقول: المحاق ـ مثلّث الميم ـ وهو الليالي الثلاث الأواخر من الشهر؛ فإنّ لكلّ ثلاث اسماً، فلها عشرة أسماء، ثلاث غرر، ثمّ نفل، ثمّ تسع، ثمّ بيض، ثمّ درع، ثمّ ظلم، ثمّ حنادس، ثمّ دآدئ، ثمّ محاق، فالدرع من قولهم: «شاة درعاء» إذا كان رأسها أسود دون بدنها، والدآدئ جمع دأداء ـ بقصر ومدّ ـ من دأدأة الشيء إذا [أسرع][2].

قوله: «وروي جواز أن ينظر إلى شعرها و محاسنها»[3] [4] **إلى آخره.**

أقول: رواها عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام[5].

قوله: «ويجوز النظر إلى أهل الذمّة وشعورهنّ»[6] **إلى آخره.**

أقول: هذا فتوى الشيخين [في] النهاية[7] والمقنعة[8]، والقاضي[9].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢١٢.

(٢) راجع لسان العرب ١: ٧٠ (دأدأ).

(٣) في المخطوطة زيادة: «إلى».

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢١٢.

(٥) من لا يحضره الفقيه ٣: ٤١٢، ح ٤٤٣٩؛ تهذيب الأحكام ٧: ٤٣٥، ح ١٧٣٤.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢١٣.

(٧) النهاية: ٤٨٤.

(٨) المقنعة: ٥٢١.

(٩) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ١١١.

وقال ابن إدريس: يقوى في نفسي ترك هذه الرواية[١]؛ لعموم قوله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾[٢]. واختاره العلّامة في المختلف[٣]، وهو حسن. «ك».

قوله: «ويجوز أن ينظر إلى وجهها وكفّيها»[٤] إلى آخره.

أقول: وإن كان عمداً؛ لقوله ﷺ: «للمرء أوّل نظرة، فلا تتبعوها بالثانية»[٥].

قوله: «مسألتان: الأُولى: هل يجوز للخصيّ النظر إلى المرأة المالكة أو الأجنبيّة؟ قيل: نعم، وقيل: لا. وهو الأظهر؛ لعموم المنع، وملك اليمين المستثنى في الآية[٦] **المراد به الإماء»**[٧].

أقول: القائل ابن الجنيد[٨] والشيخ في المبسوط[٩]، ومنعه باقي الأصحاب[١٠].

قوله: «وملك اليمين»[١١] إلى آخره.

أقول: أي في قوله تعالى: ﴿مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾[١٢] الذي تمسّك به المجوّز المراد به الإماء دون العبيد، كما قد روي في تفسير الأئمّة عليهم السلام[١٣]. «ر».

---

(١) السرائر ٢: ٦١٠.

(٢) النور (٢٤): ٣٠.

(٣) مختلف الشيعة ٧: ١١١.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢١٣.

(٥) تحف العقول: ١٧١، نحوه.

(٦) النور (٢٤): ٣١.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢١٣.

(٨) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ١١٠.

(٩) المبسوط ٤: ١٦١.

(١٠) السرائر ٢: ٦٠٩؛ شرائع الإسلام ٢: ٢١٣؛ مختلف الشيعة ٧: ٩١ و ٩٢؛ إيضاح الفوائد ٣: ٧.

(١١) شرائع الإسلام ٢: ٢١٣.

(١٢) النور (٢٤): ٣١.

(١٣) الخلاف ٤: ٢٤٩ ـ ٢٥٠، المسألة ٥؛ المبسوط ٤: ١٦١.

قوله: «الثانية. الأعمى لا يجوز له سماع صوت المرأة»[١] إلى آخره.

أقول: قال الشيخ في الخلاف: سماع كلام النساء من وراء الحجاب ليس بمحظور بلا خلاف[٢].

قوله: «الثاني: في مسائل تتعلّق بهذا[٣] **الباب، وهي خمس: الأُولى: الوطء في الدبر فيه روايتان، إحداهما الجواز، وهي المشهورة بين الأصحاب لكن على كراهية شديدة»**[٤].

أقول: والأُخرى الحرمة الغموس، [اختارها] ابن حمزة[٥]، رواها سدير قال: سمعت أبا جعفر[٦] عليه السلام يقول: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: مَحاشّ النساء على أُمّتي حرام»[٧].

ورواية الجواز عن عبد الله بن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام قال: سَأَلتُ عن الرّجلِ يأتي المرأة في دُبُرِها، قال: «لا بأس»[٨].

ووجه الكراهة الجمع بينهما[٩]؛ لرواية صفوان بن يحيى عن الرضا عليه السلام أنّه قال: «نحن لا نفعل ذلك[١٠]». وفي رواية: «أنهى عنه أهلي وخواصّ أصحابي»[١١].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢١٣.

(٢) الخلاف ٤: ٣٦٨، المسألة ٥، وليست فيه لفظة: «سماع».

(٣) في شرائع الإسلام: «في هذا».

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢١٤.

(٥) الوسيلة: ٣١٣.

(٦) في المخطوطة: «الصادق»، وصحّحناه كما في المصدر.

(٧) تهذيب الأحكام ٧: ٤١٦، ح ١٦٦٤.

(٨) المصدر ٧: ٤١٧، ح ١٦٥٧.

(٩) راجع: تذكرة الفقهاء ٢٣: ١٢٣ ـ ١٢٤.

(١٠) تهذيب الأحكام ٧: ٤١٥ ـ ٤١٦، ح ١٦٦٣.

(١١) لم نعثر عليه في غير التنقيح الرائع ٣: ٢٤.

ويحمل رواية النهي على التقيّة؛ فإنّه مذهب المخالفين[١] إلّا مالكاً[٢]؛ فإنّه قال: ما أدركت أحداً أقتدي به في ديني يشكّ في أنّ وطء المرأة في دبرها حلال[٣]، ثمّ قرأ قوله تعالى: ﴿فَأْتُوا۟ حَرْثَكُمْ﴾ إلى ﴿شِئْتُمْ﴾[٤][٥].

إن قيل: يحمل على القبل؛ لكونه موضع الحرث.

قلنا: إنّما يصحّ لو كان الحرث اسماً للقبل، أمّا إذا كان اسماً للنساء ـ كقوله: ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ﴾[٦] ـ فلا كيف! ولو حمل على القبل فقط لزم تحريم التفخيذ أيضاً، ولا قائل به.

ويؤيّده قوله: ﴿أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾[٧]؛ فإنّ لفظة «أنّى» وضعت للمكان كـ«أين»، يقال: اجلس أنّى شئت، أي أيّ موضع شئت. «ك»[٨].

قوله: «الثانية: العزل عن الحرّة إذا لم يشترط في العقد [ولم تأذن] قيل: هو محرم» إلى قوله: «وهو أشبه»[٩].

---

(١) راجع: أحكام القرآن للجصّاص ١: ٣٥١ ـ ٣٥٢؛ الجامع لأحكام القرآن ٣: ٩٣؛ البيان و التحصيل ١٨: ١٧٨؛ مختصر المزني: ١٧٤؛ المغني ٨: ١٣٢.

(٢) في المخطوطة: «ماكذا». الجامع لأحكام القرآن ٣: ٩٣. أنكر هذه النسبة إلى مالك.

(٣) لم ينقل هذا الكلام عن مالك في كتب المالكية، بل أنكره بعضهم راجع: الجامع لأحكام القرآن ٣: ٩٣.

(٤) البقرة (٢): ٢٢٣.

(٥) الجامع لأحكام القرآن ٣: ٩٣.

(٦) البقرة (٢): ٢٢٣.

(٧) البقرة (٢): ٢٢٣.

(٨) التنقيح الرائع ٣: ٢٣؛ كنز العرفان ٢: ٢٢٩.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢١٤.

أقول: قال الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢] بالتحريم؛ محتجّاً بالروايات[٣]، وبه قال ابن حمزة[٤].

والكراهة قول المرتضى[٥] وابن إدريس[٦] وسلّار[٧]؛ لأنّه حقّه يضعه حيث شاء، ولرواية محمّد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: «ذلك إلى الرّجلِ يصرفُهُ حيثُ شاءَ»[٨].

والأقوى الأوّل؛ لاشتراك الفائدة بين الزوجين، فلا يجوز إلّا مع إذنها أو الاشتراط عليها في العقد، وهو مذهب العلّامة[٩].

قوله: «لا يجوز للرجل أن يترك وطء امرأته أكثر من أربعة أشهر»[١٠].

أقول: لقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[١١].

قوله: «الرابعة: الدخول بالمرأة قبل أن تبلغ تسعاً محرّم، ولو دخل لم تحرم [على الأصحّ] لكن لو أفضاها حرمت»[١٢].

---

(١) المبسوط ٤: ٢٦٧.

(٢) الخلاف ٤: ٣٥٩، المسألة ١٤٣.

(٣) الكافي ٥: ٥٠٤، ح ١ ـ ٣؛ تهذيب الأحكام ٧: ٤١٧، ح ١٦٦٧ ـ ١٦٦٩.

(٤) الوسيلة: ٣١٤.

(٥) لم نعثر عليه مع الفحص فيما بأيدينا من كتبه، وإنّما نسبه إليه الشارح في التنقيح الرائع ٣: ٢٤.

(٦) السرائر ٢: ٦٠٧. وكذا الشيخ في النهاية: ٤٨٢؛ القاضي في المهذّب ٢: ٢٢٣.

(٧) لم نعثر عليه في المراسم العلويّة، وإنّما نسبه إليه الشارح في التنقيح الرائع ٣: ٢٤.

(٨) تهذيب الأحكام ٧: ٤١٧، ح ١١٦٩؛ نحوه في الكافي ٥: ٥٠٤، ح ٣.

(٩) تحرير الأحكام ٣: ٤٢٦؛ تلخيص المرام: ١٩٤.

(١٠) شرائع الإسلام ٢: ٢١٤.

(١١) البقرة (٢): ٢٢٦.

(١٢) شرائع الإسلام ٢: ٢١٤.

أقول: هنا مسائل[١]:

الأُولى[٢]: يحرم الدخول بالمرأة قبل تسع سنين إجماعاً[٣].

الثانية[٤]: هل لو دخل بها كذلك تحرم؟

قال الشيخ: نعم مطلقاً[٥]، وقال ابن إدريس[٦] وجماعة[٧] بذلك مع الإفضاء لا بدونه؛ تمسّكاً بعصمة العقد الصحيح خرج ما لو أفضاها للإجماع.

قال ابن حمزة: نعم ولا طلاق[٨].

وقال ابن إدريس: تحرم عليه مؤبّداً، أو كان مخيّراً بين أن يطلّقها أو يمسكها[٩].

والمفيد وابن الجنيد قالا: مع الإفضاء تجب الدية، والقيام بها إلى حين موت أحدهما، ولم يذكر[ا] التحريم[١٠].

قوله في خصائص النبيّ عليه السلام: «**وليس تحريمهنّ لتسميتهنّ أُمّهات**»[١١].

---

(١) كذا في المخطوطة، ولكن لم يذكر هنا أكثر من مسألتين.

(٢) في المخطوطة: «أ».

(٣) راجع: الخلاف ٤: ٣٩٥، ٥: ٢٥٧؛ المبسوط ٤: ٣١٨؛ النهاية: ٤٨١؛ المهذّب لابن البرّاج ٢: ٢٢٢؛ السرائر ٢: ٥٣٠؛ المختصر النافع: ١٧٢؛ تحرير الأحكام ٣: ٤٦٧؛ قواعد الأحكام ٣: ٥٠؛ إيضاح الفوائد ٣: ٧٦ ـ ٧٧؛ التنقيح الرائع ٣: ٢٥ ـ ٢٧.

(٤) في المخطوطة: «الثاني».

(٥) النهاية: ٤٥٣ و٤٨١.

(٦) السرائر ٢: ٥٣٠.

(٧) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٢٩٢.

(٨) الوسيلة: ٢٩٢.

(٩) السرائر ٢: ٥٣٠.

(١٠) المقنعة: ٧٤٧؛ حكاه عن ابن الجنيد العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٦٤.

(١١) شرائع الإسلام ٢: ٢١٦.

أقول: وإلّا حرمت بناتهنّ. ولا لتسميته والداً، وإلّا حرمت بناته.

قوله في الفصل الثاني في العقد والنظر في الصيغة والحكم: «وفي "متّعتك" تردّد، وجوازه أرجح»[١].

أقول: ينشأ من أنّ الأصل عصمة الفرج، خرج منه موضع الاتّفاق وهو «أنكحتك» و«زوّجتك» فيبقى الباقي على أصله، ولأنّ لفظ «متّعت» حقيقة في الشرع للمنقطع فيكون مجازاً في الدائم، وإلّا لزم الاشتراك، ولا يجوز استعمال الألفاظ المجازيّة في العقود، وإلّا لزم الاشتمار[٢] وعدم الانحصار[٣].

[و]من الرواية عن ابن أبي عمير عن عبد الله بن بكير قال: قال الصادق عليه السلام: «إن سُمِّيَ الأَجلُ فهو مُتعة، وإن لم يُسَمَّ الأَجلُ فهو نكاحٌ باتٌّ»[٤]. وعمل ابن إدريس[٥] على الأوّل. «ك».

قوله: «ولا بدّ من وقوعهما بلفظ الماضي الدالّ على صريح الإنشاء؛ اقتصاراً على المتيقّن»[٦] إلى آخره.

أقول: ذلك هو المعهود من استقراء قواعد الشرع؛ ليكون نصّاً في الإنشاء؛ إذ لو استعمل المستقبل لاحتمل الوعد بالعقد، ثمّ مع جواز استعمال المستقبل إذا أوقع عقداً آخر بلفظ المستقبل احتمل أيضاً أن يكون وعداً وهلمّ جرّاً، ولا ينتهي إلى لفظ نصّ لا يحتمل غير إيقاع العقد. وأمّا الماضي فهو نصّ في الإنشاء؛ لأنّه إن علم عدم

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢١٧.

(٢) التنقيح الرائع ٣: ٧.

(٣) الاشتمار من شمر الشيء، أي: أرسله في السهم. العين ٦: ٢٦٢ (شمر).

(٤) الكافي ٥: ٤٥٦، ح ١؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٦٢، ح ١١٣٤.

(٥) السرائر ٢: ٥٧٤.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢١٧.

سبق الإنشاء فهو الإنشاء، وإلّا فهو الإقرار المفيد فائدة الإنشاء، ويحصل النصّ أيضاً. إذا تقرّر هذا فالواجب مراعاة هذا المعلوم في عقد النكاح على وجه الأولى. «ك».

قوله: «ولو أتى بلفظ الأمر وقصد الإنشاء ـ كقوله: "زوّجنيها" فقال: "زوّجتك" ـ قيل: يصحّ، كما في خبر سهلٍ الساعديّ[(١)]. وهو حسن»[(٢)] إلى آخره.

أقول: قاله الشيخ في المبسوط[(٣)].

والجواب: أنّه محمول على إعادة الزوج لفظ القبول، وعدم النقل لا يستلزم نقل العدم. أو نقول: وقع منه ﷺ إيجاب وقبول عنهما؛ لأنّه أولى بالمؤمنين من أنفسهم. «ش»[(٤)].

قوله: «ولو أتى بلفظ المستقبل ـ كقوله: "أتزوجّك" فتقول: "زوّجتك" ـ جاز. وقيل: لا بدّ بعد ذلك من تلفّظه بالقبول»[(٥)] إلى آخره.

أقول: قاله أيضاً في المبسوط[(٦)]، وهو مذهب ابن أبي عقيل[(٧)]، وحجّته الرواية الآتية[(٨)].

---

(١) المبسوط ٤: ١٩٤؛ ومن دون تصريح باسمه في الكافي ٥: ٣٨٠، ح ٥؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٥٤ ـ ٣٥٥، ح ١٤٤٤.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢١٧.

(٣) المبسوط ٤: ١٩٤.

(٤) غاية المراد ٣: ١٦.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢١٧.

(٦) نسبه إليه الشارح في التنقيح الرائع ٣: ٨؛ فراجع: المبسوط ٤: ١٩٤.

(٧) حكاه عنه فخر الدين في إيضاح الفوائد ٣: ١٢٦؛ والعميدي في كنز الفوائد ٢: ٤٠٧.

(٨) الكافي ٥: ٤٥٥، ح ٣؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٦٥، ح ١١٤٥.

وأُجيب[١] بمنع صحّة السند أوّلاً، وباحتمال إعادة القبول ثانياً، وبمنع عمومه ثالثاً؛ لوروده في المتعة. وباحتمال الإظهار رابعاً، أي إن قبلتُ بلفظ الماضي، فيكون إطلاق اسم المرأة في قوله: «فهي امرأتك» على وجه التجوّزِ وتسمية الشيء باسم ما يؤول إليه. «ك»[٢].

قوله: «ولو قال الوليّ أو الزوجة: متّعتك بكذا» إلى قوله: «بلفظ التمتّع»[٣] إلى آخره.

أقول: فيه نظرٌ؛ لأنّ انعقاده دائماً مبنيّ على جوازه بلفظ المتعة، فلو بني الجواز عليه دار. «ك».

قوله: «ولو قال: زوّجت بنتك من فلان؟ فقال: نعم. فقال الزوج: "قبلت" صحّ؛ لأنّ نعم يتضمّن إعادة السؤال»[٤].

أقول: فيه نظرٌ؛ لأنّ قوله: «زوّجت» استخبار فيكون «نعم» خبراً؛ لأنّه لو كان إنشاءً لم يصلح أن يكون جواباً للاستخبار؛ لوجوب مطابقة الجواب للسؤال. وإذا [كان] خبر[اً]، احتمل الصدق والكذب، فإن كان صادقاً صحّ ورجع القول إلى الإنشاء السابق على الخبر، وإن كان كاذباً لم يكف الخبر المعبّر عنه بنعم للإيجاب، بل لا بدّ من إعادة الإيجاب. نعم يكون إقراراً فيحكم عليه، لكن الإقرار لا يكون محلّلاً للبضع في نفس الأمر. «ك»[٥].

---

(١) راجع: إيضاح الفوائد ٣: ١٣ و١٢٦ ـ ١٢٧؛

(٢) التنقيح الرائع ٣: ٩.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢١٧.

(٤) المصدر نفسه.

(٥) التنقيح الرائع ٣: ١٠.

قوله: «ولو لم يعد اللفظ، وفيه تردّد»[١].

أقول: ينشأ من أنّ النكاح عصمة مستفادة من الشرع، فيقف انعقاده على اللفظ الذي جعله الشارع دليلاً، وليس إلّا الثلاث، ومن أنّ «نعم» يتضمّن إعادة السؤال، فكأنّه قال: «زوّجت»، ولا خلاف في الانعقاد لو أتى به، فكذلك الإتيان بمعناه؛ إذ المقصود بالذات إنّما هو المعنى[٢].

وفيه نظرٌ؛ لأنّا نمنع أنّ المقصود المعنى فقط، بل هو مع اللفظ، كما في الطلاق وغيره من الإيقاعات. «ر».

قوله: «ولا يشترط تقديم الإيجاب»[٣] إلى آخره.

أقول: قال بعض الفضلاء: فيه نظر؛ لأنّ الأصل تقديم الإيجاب؛ لكونه كالتأثير المتقدّم على التأثّر بالطبع. لكن هذا هو المشهور. «ك».

قوله: «لا يجوز العدول عن هذين اللفظين إلى ترجمتهما بغير العربيّة»[٤] إلى آخره.

أقول: قاله في المبسوط[٥] مدّعياً عليه الإجماع، وجعله ابن حمزة[٦] مستحبّاً؛ لأنّ المقصود بالذات هو المعنى، واللفظ مقصود بالعرض؛ لأنّه آلة لإيصال المعنى إلى الذهن.

والجواب: المنع من عدم تعلّق الغرض بخصوصية اللفظ؛ فإنّه لو قال: «أبحت»

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢١٧.

(٢) في المخطوطة: «المعين». إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٤.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢١٧.

(٤) المصدر نفسه.

(٥) المبسوط ٤: ١٩٣.

(٦) الوسيلة: ٢٩١.

أو «جوّزت» لم تصحّ، فالعجميّة أولى في المنع. «ك».

قوله: «وفي السكران الذي لا يعقل تردّد، أظهره أنّه لا يصحّ»[١].

أقول: لعدمِ العقل والتحصّل ـ وهو قول ابن إدريس[٢] ـ والروايةِ عن ابن بزيع عن الرضا عليه السلام[٣]، عمل بها الشيخ[٤] وابن بابويه[٥]، وهي محمولة على سكر لم يسلب العقل والتحصّل.

قوله: «لا يشترط في نكاح الرشيدة حضور الوليّ، ولا في شيء من الأنكحة حضور شاهدين»[٦].

أقول: هذا عليه جماعة إلّا ابن [أبي] عقيل؛ فإنّه قال: نكاح الدائم لا يجوز إلّا بوليّ مرشد وشاهدي عدل[٧]، واحتجّ برواية ضعيفة[٨]، وهو مذهب المخالف[٩]. والأصحاب استدلّوا بروايات[١٠] كثيرة عن أئمّتهم عليهم السلام[١١].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢١٨.

(٢) السرائر ٢: ٥٧٢.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٠٩، ح ٤٤٣٠؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٩٢، ح ١٥٧١.

(٤) النهاية: ٤٦٨.

(٥) المقنع: ٣٠٩.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢١٨.

(٧) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ١١٨.

(٨) تهذيب الأحكام ٧: ٢٥٥، ح ١١٠١.

(٩) راجع: الأُمّ ٥: ١٣؛ التمهيد لابن عبد البرّ ١٩: ٩٠ و ٩٥ ـ ٩٦؛ المغني ٧: ٣٣٧.

(١٠) في المخطوطة: «برواية».

(١١) الكافي ٥: ٣٨٧، ح ١ ـ ٤؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٩٦، ح ٤٣٩٤؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٤٩، ح ١٠٧٧.

وأمّا رواية المخالف من قوله: «لا نكاح إلّا بوليّ وشاهدي عدل»[١] فيه إضمار، أي نكاح فاضل، مثل قوله: «لا صلاة لجار المسجد إلّا في المسجد»[٢] وقوله ﷺ: «لا صدقة وذو رحم محتاج»[٣]؛ لأنّه لابدّ من الإضمار، فليس إضمار الجواز أولى من إضمار الأفضليّة. وأمّا رواية ابن أبي عقيل: «أيّما امرأة نكحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل»[٤] فمعارضة[٥] بما رووه «الأيّم أحقّ بنفسها من وليّها»[٦]، وكذا قوله عليه السلام: «ليس للوليّ مع الثيّب أمر»[٧]. «ك».

قوله: «الرابعة: يصحّ اشتراط الخيار في الصداق خاصّة ولا يفسد به العقد»[٨].

أقول: قال في الخلاف والمبسوط: الشرط في النكاح مبطله[٩]. وقال ابن إدريس: يفسد الشرط دون النكاح[١٠].

وقال في الخلاف: متى شرط خيار الثلاث ـ أي[١١] خيار المجلس، أو الرؤية، أو الشرط ـ في عقد النكاح كان العقد باطلاً. وبه قال الشافعيّ[١٢].

---

(١) الانتصار: ٢٨٢؛ الخلاف ٤: ٢٦١، المسألة ١٢.

(٢) تهذيب الأحكام ١: ٩٢، ح ٢٤٤، وفيه: «في مسجده» بدل «في المسجد».

(٣) من لا يحضره الفقيه ٢: ٦٨، ح ١٧٤٠؛ ج ٤: ٣٨١، ح ٥٨٢٨.

(٤) الانتصار: ٢٨٥؛ الخلاف ٤: ٢٥٩، المسألة ١١؛ مسندأحمد ٦: ٦٦؛ سنن الدرامي ٢: ١٣٧.

(٥) في المخطوطة: «بمعارض».

(٦) الانتصار: ٢٨٥؛ الخلاف ٤: ٢٥٣، المسألة ٦؛ صحيح مسلم ٤: ١٤١. سنن ابن ماجة ١: ٦٠١/ ١٨٧٠.

(٧) عوالي اللآلي ٣: ٣١٣، ح ١٤٩؛ سنن أبي داود ١: ٤٦٦، ح ٢١٠٠.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ٢١٨.

(٩) الخلاف ٤: ٢٩٢، المسألة ٥٩؛ المبسوط ٤: ١٩٤.

(١٠) السرائر ٢: ٥٧٥.

(١١) في المخطوطة: «أو».

(١٢) الأمّ ٥: ٨١؛ الإشراف على مذاهب العلماء ٥: ٧٠؛ العزيز شرح الوجيز ٨: ٢٥٥.

وقال أبو حنيفة: يبطل الشرط دون النكاح[١].

دليلنا[٢]: أنّه غير مشروع[٣].

قوله: «السادسة: إذا كان للرجل عدّة بنات فزوّج واحدةً ولم يسمّها عند العقد لكن قصدها بالنيّة واختلفا في المعقود عليها»[٤] إلى آخره.

أقول: هذه المسألة موقوفة على خمس مقدّمات:

١. إنّ الأب قصد معيّنة من بناته؛ لأنّه لو لم يقصد معيّنةً بطل، فلا بدّ من التعيين في نيّته؛ إذ لم يوجد التعيين لفظاً.

٢. أن نقول: التعيين في النيّة كان.

٣. أن يكون رؤية الزوج لهنّ دليلاً على توكيل الأب في التعيين.

٤. إنّه يصحّ توكيله في التعيين، ويكفي تعيينه في نفسه، وإن لم يعلم الزوج المعيّنة عند إيقاع العقد.

٥. إنّ القول قول الوكيل فيما وكّل فيه؛ لأنّه أعرف بنيّته، ولأنّ كلّ من له [أمر] فقوله فيه مقبول[٥].

وقال الشيخ في المبسوط[٦] وابن إدريس[٧] ببطلان العقد؛ لعدم التعيين. والفتوى على الأوّل.

---

(١) المبسوط للسرخسي ٥: ٩٤ ـ ٩٥.

(٢) في المخطوطة: «لنا».

(٣) الخلاف ٤: ٢٩٢، المسألة ٥٩.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢١٨.

(٥) كذا في المخطوطة، ولعلّه المراد قاعدة «أنّ كلّ من استولى على شيء، فقوله مقبول فيه».

(٦) المبسوط ٤: ١٩٢.

(٧) السرائر ٢: ٥٧٣.

قوله: «فإن كان الزوج رآهنّ، فالقول قول الأب؛ لأنّ الظاهر أنّه وكّل التعيين إليه وعليه أن يسلّم إليه التي نواها. وإن لم يكن رآهنّ كان العقد باطلاً»[١].

أقول: هذا قول الشيخ في النهاية[٢]، وتبعه القاضي[٣].

وقال ابن إدريس: إنّ الشيخ رجع عن ذلك في المبسوط[٤]، وحكم فيه ببطلان العقد في الصورتين، أي سواء رآهنّ الزوج أم لم يرهنّ؛ لأنّ امتياز المعقود عليها شرط في العقد وقد فقد. قال: وهو الذي قوي[٥] في نفسي[٦].

ومستند الشيخ ما رواه أبو عبيدة عن الصادق عليه السلام[٧].

قوله: «التاسعة: إذا عقد على امرأة فادّعى آخر زوجيّتها، لم يلتفت إلى دعواه إلّا مع البيّنة»[٨].

أقول: ولا عبرة بإقرارها ولا إنكارها.

قوله: «العاشرة: إذا تزوّج العبد بمملوكه» إلى قوله: «فإن قلنا العبد يملك بطل العقد»[٩] إلى آخره.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢١٨ ـ ٢١٩.

(٢) النهاية: ٤٦٨.

(٣) المهذّب ٢: ١٩٦.

(٤) المبسوط ٤: ١٩٢.

(٥) في المخطوطة: «سوى».

(٦) السرائر ٢: ٥٧٣.

(٧) الكافي ٥: ٤١٢، ح ١؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٢١ ـ ٤٢٢، ح ٤٤٦٨؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٩٣، ح ١٥٧٤.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ٢١٩.

(٩) المصدر نفسه.

أقول: أمّا عدم بطلان العقد مع القول بأنّه لا يملك فلأنّ الشراء حينئذٍ للمولى فالملك له، وزوال الملك عن المولى إلى غير الزوج لا يقتضي فسخ نكاحها؛ لعدم المنافاة. بخلاف انتقاله إليه؛ للمنافاة بين الوطء بالملك والعقد؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ﴾[1]، والتفصيل يقطع الشركة، وليس تأثير أحدهما أولى من الآخر. «س».

قوله في الفصل الثالث في أولياء العقد: «**لا ولاية في عقد النكاح لغير الأب والجدّ للأب**»[2].

أقول: قال ابن أبي عقيل: الوليّ هو الأب لا غير[3]، ولم يذكر الجدّ.

قوله: «**وهل يشترط في ولاية الجدّ بقاء الأب؟ قيل: نعم؛ مصيراً إلى رواية[4] لا تخلو من ضعف**»[5].

أقول: العامل الشيخ [في] النهاية[6] وابن حمزة[7] وابن زهرة[8] والتقيّ[9]؛ لرواية الفضل بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام: «الجدّ إذا زوّج[10] ابنةَ ابنِهِ وكان أبوها حيّاً

---

(١) المؤمنون (٢٣): ٦؛ المعارج (٧٠): ٣٠.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٠.

(٣) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ١١٧.

(٤) الكافي ٥: ٣٩٦، ح ٥؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٩١، ح ١٥٦٤.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٠.

(٦) النهاية: ٤٦٦.

(٧) الوسيلة: ٢٩٩.

(٨) غنية النزوع: ٣٤٢.

(٩) الكافي في الفقه: ٢٩٢.

(١٠) في المخطوطة: «إذا زوّج الجدّ» بدل «الجدّ إذا زوّج»، وصحّحناه كما في المصدرين.

وكان الجدّ مرضيّاً جازَ»[١] جعل حياة الأب شرطاً في الجواز، ولأنّ وجود الأب سبب تحصيل ولاية الجدّ، وسبب السبب سبب[٢].

وفيه نظرٌ؛ أمّا أوّلاً فلضعف الرواية؛ إذ في طريقها الحسن بن سماعة. وأمّا ثانياً فلأنّ دلالتها من حيث المفهوم وهو غير حجّة. وأمّا ثالثاً فلمنع السببيّة، وكونها موجودة عند فعل الأب لا يدلّ على استنادها إليه؛ لعموميّة[٣] التلازم، وعدم دلالة العامّ على الخاصّ، ولئن سلّمنا فالجدّ سبب بعيد. ويجوز كونه قابلاً وفاعلاً باعتبارين، ولأنّه لو امتنع كون الجدّ قابلاً وفاعلاً لامتنع ذلك في الأب[٤].

وقال المفيد[٥] والمرتضى[٦] والشيخ في المبسوط[٧] وابن إدريس[٨]: إنّه غير مشروط به. وهو الحقّ، ويدلّ عليه النظر والاعتبار. أمّا النظر فلأنّ ولايته ثابتة شرعاً مع ثبوت الأهليّة [فا]لتخصيص يحتاج إلى دليل. وأمّا الاعتبار فلأنّه كلّما لم تكن ولاية الأب مشروطة بوجود الجدّ لم تكن ولاية الجدّ مشروطة بوجود الأبّ. والملزوم حقّ ـ بالإجماع ـ فكذا اللازم.

---

(١) الكافي ٥: ٣٩٦، ح ٥؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٩١، ح ١٥٦٤.

(٢) غاية المراد ٣: ٣٤.

(٣) في المخطوطة: «لعدم»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ٣٥.

(٤) غاية المراد ٣: ٣٥.

(٥) المقنعة: ٥١١؛ أحكام النساء: ٣٦ ـ ٣٧.

(٦) الانتصار: ٢٨٦.

(٧) المبسوط ٤: ١٨١. وأيضاً الخلاف ٤: ٢٦٩، المسألة ٢٣.

(٨) السرائر ٢: ٥٦١.

بيان الملازمة: أنّ ولاية الجدّ أقوى، ولذلك إن[١] زوّجاها في وقتٍ واحد، قدّم عقد الجدّ، وذلك يستلزم صحّة الملازمة؛ لأنّه إذا كانت ولاية الأب ضعيفة مع عدم اشتراطها، فالقويّة أولى بعدم الاشتراط.

قوله: «وتثبت ولاية الأب والجدّ للأب على الصغيرة و إن ذهبت بكارتها بوطء أو غيره، ولا خيار لها بعد بلوغها على أشهر الروايتين»[٢].

أقول: رواية عبد الله بن الصلت ليس لها الخيار[٣]، ورواية محمّد بن مسلم عن الصادق عليه السلام: «لهما الخيار إذا أدركا»[٤].

والحقّ الأوّل، و إلّا لم يبق فرق بين الوليّ وغيره، ولم يكن للولاية مزيّة.

قوله: «ولا خيار له مع بلوغه و رشده على الأشهر»[٥][٦].

أقول: خلافاً لابن إدريس[٧]؛ حيث أثبت له الخيار.

قوله: «وهل يثبت ولايتهما على البكر الرشيدة؟ فيه روايات، أظهرها سقوط الولاية عنها، و ثبوت الولاية لنفسها في الدائم والمنقطع»[٨] إلى آخره.

أقول: للأصحاب خمسة أقوال:

---

(١) في المخطوطة: «و».

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٠.

(٣) الكافي ٥: ٣٩٤، ح ٦؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٨١، ح ١٥٤٠.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ٣٨٢، ح ١٥٤٣.

(٥) في المخطوطة: «الأظهر».

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٠.

(٧) السرائر ٢: ٥٦٨.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٠.

١. انفرادها بأمرها مطلقاً، وهو [قول] المرتضى[١] وابن إدريس[٢] والمفيد في أحكام النساء[٣].

٢. ليس لها معهما أمر، وهو قول الشيخ في النهاية[٤] وابن عقيل[٥] وابن بابويه[٦] والقاضي[٧].

٣. إنّ الولاية مشتركة، وبه قال المفيد في المقنعة[٨] والتقيّ[٩].

٤. إنّ لها أن تنفرد بالمتعة خاصّة، وهو قول الشيخ[١٠].

٥. لها الدوام خاصّة، ولا نعلم قائله[١١].

وما اختاره المصنّف أولى؛ لأنّه قد زالت عنها[١٢] الولاية في المال فكذلك في النكاح، ولقوله تعالى: ﴿تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾[١٣]، أسند النكاح إليها مطلقاً، وللروايات المتكاثرة بذلك. «ك».

---

(١) الانتصار: ٢٨٨.

(٢) السرائر ٢: ٥٦١ ـ ٥٦٢.

(٣) أحكام النساء: ٣٦.

(٤) النهاية: ٤٦٥.

(٥) حكاه عنه الآبي في كشف الرموز ٢: ١١٢؛ والعلّامة في مختلف الشيعة ٧: ١١٤.

(٦) من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٩٥؛ الهداية: ٢٦٠.

(٧) المهذّب ٢: ١٩٦.

(٨) المقنعة: ٥١٠.

(٩) الكافي في الفقه: ٢٩٢.

(١٠) تهذيب الأحكام ٧: ٢٥٤؛ ص ٣٨٠ ـ ٣٨١؛ الاستبصار ٣: ١٤٥، ٢٣٦؛ النهاية: ٤٦٥، حكاه رواية.

(١١) حكاه المحقّق في شرائع الإسلام ١: ٢٢٠؛ وقال الآبي: «واستعلمته عن القائل فما كان ذاكراً». كشف الرموز ٢: ١١٣.

(١٢) في المخطوطة: «عنه».

(١٣) البقرة (٢): ٢٣٠.

قوله: «ولا ولاية للوصيّ وإن نصّ له الموصي على النكاح على الأظهر»[١].

أقول: هذا قول الشيخ في النهاية[٢]، وقال في الخلاف: له الولاية إذا نصّ الموصي عليه[٣]، واختاره العلّامة في المختلف[٤] والشهيد[٥]؛ لعموم ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ﴾[٦] ولأنّ له الولاية في المال، فكذا في النكاح، والجامع الولاية. ولأنّ الحاجة قد تمسّ إلى ذلك؛ لتعذّر الكفو في كلّ وقت، فالحكمة[٧] تقتضي ثبوت الولاية؛ مراعاةً للمصلحة. «ش»[٨].

قوله: «وللوصيّ أن يزوّج من بلغ فاسد العقل إذا كان به ضرورة إلى النكاح»[٩].

أقول: لا بمعنى إجباره عليه، بل بمعنى توقّفه على إذن الوصيّ إذا كان النكاح صلاحاً له؛ لعدم ترقّب زوال عذره، ولثبوتها للحاكم، ولئلّا يزني فيُحَدّ مع السفه قطعاً، وفي الجنون خلاف[١٠]، لكنّه لا يتجاوز واحدة إجماعاً. «ش»[١١].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٢١.

(٢) كذا في المخطوطة ولكن لم نعثر عليه في النهاية، بل قال به في المبسوط ٤: ٥٩.

(٣) الخلاف ٤: ٢٥٤ ـ ٢٥٥، المسألة ٩.

(٤) مختلف الشيعة ٧: ١٤٢.

(٥) غاية المراد ٣: ٥٠.

(٦) البقرة (٢): ١٨١.

(٧) في المخطوطة: «الحكم»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ٤٩.

(٨) مختلف الشيعة ٧: ١٤٢؛ غاية المراد ٣: ٤٩ ـ ٥٠.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢٢١.

(١٠) فذهب الشيخان ومن تبعهما إلى أنّه يحدّ إذا زنى. المقنعة: ٧٧٩؛ المسبوط ٨: ٣؛ الجامع للشرائع: ٥٥٢، وذهب جماعة منهم ابن إدريس إلى نفي الحدّ عنه. السرائر ٦: ١٦٨؛ تبصرة المتعلّمين: ٢٤٣؛ قواعد الأحكام ٣: ٥٢٢؛ مختلف الشيعة ٩: ١٤٦.

(١١) غاية المراد ٣: ٤٩.

قوله: «وإن اضطُرّ إلى النكاح جاز للحاكم أن يأذن له، سواء عيّن الزوجة أو أطلق»[١].

أقول: قال في المبسوط: إن عيّن صحّ، وإلّا فلا[٢].

قوله في الثاني في اللواحق في الأُولى من مسائله: «**ولو وكّلته في تزويجها منه قيل: لا يصحّ؛ لرواية عمّار**[٣]**، ولأنّه يلزم أن يكون موجباً قابلاً. والجواز أشبه**»[٤].

أقول: إذ لا امتناع في كونه موجباً قابلاً، مع تغاير الاعتبار، وعمّار فطحيّ لا اعتماد على قوله.

قوله: «الثانية: إذا زوّجها الوليّ بدون مهر المثل هل لها أن تعترض؟ فيه تردّد، والأظهر أنّ لها الاعتراض»[٥].

أقول: ينشأ من أنّ تزويجها بدون مهر المثل ضرر عظيم، وربما لحقها بذلك عار، فلها الاعتراض؛ لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[٦]. ولأنّ تصرّف الوليّ مشروط بالغبطة، ولا غبطة في التزويج بدون مهر المثل، ومن حيث اشتماله على مصلحة مع أنّ فعله مأذون فيه. وكلاهما قولان في المبسوط[٧]. «ر»[٨].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٢١.

(٢) المبسوط ٤: ١٨٠.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٣٧٨، ح ١٥٢٩.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٢١ ـ ٢٢٢.

(٥) المصدر ٢: ٢٢٢.

(٦) الكافي ٥: ٢٨٠، ح ٤؛ ص ٢٩٢ ـ ٢٩٣، ح ٢؛ ص ٢٩٣ ـ ٢٩٤، ح ٦ و٨؛ تهذيب الأحكام ٧: ١٤٦ ـ ١٤٧، ح ٦٥١؛ ص ١٦٤، ح ٧٢٧.

(٧) المبسوط ٤: ١٧٩.

(٨) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٥.

قوله: «الرابعة: عقد النكاح يقف على الإجازة على الأظهر»[١].

أقول: وبه قال ابن إدريس[٢] والمرتضى[٣] وابن زهرة[٤].

وقال في الخلاف[٥] والمبسوط[٦] بالبطلان.

وقال المفيد: الطلاق موجب لاختيار النكاح إجماعاً[٧].

وهل كنايته وقصده موجبان[٨] لاختيار النكاح؟ قولان[٩]، ومنشأ القولين أنّ كون[١٠] الطلاق سبباً في الاختيار هو دلالته على الرضا، فسببيّته حينئذٍ تكون بأنّه لفظ يدلّ على الرضا صريحاً، أو لأنّه طلاق والطلاق يستلزم سبقَ النكاح وصحّتَه، [ومن أنّ وجود الكلّ أو الملزوم مستلزم لوجود الجزء أو اللازم، وفي الكناية لا يوجد الطلاق، فلم يوجد ما يدلّ على الطلاق بإحدى الدلالات][١١]، فقيل[١٢] بالأوّل، فيلزم مساواة الكناية للصريح في اختيار النكاح؛ لأنّه لفظ دالّ على الرضا بالنكاح. أقصى

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٢.

(٢) السرائر ٢: ٥٦٢.

(٣) المسائل الناصريّات: ٣٣٠، المسألة ١٥٤.

(٤) غنية النزوع: ٣٤٣.

(٥) الخلاف ٤: ٢٥٧، المسألة ١١.

(٦) المبسوط ٤: ١٦٣.

(٧) لم نعثر عليه مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتبه.

(٨) في المخطوطة: «موجبين».

(٩) قال به الشيخ في المبسوط ٤: ٢٣٠؛ بالعدم فخر الدين في إيضاح الفوائد ٣: ١١٥. راجع أيضاً: قواعد الأحكام ٣: ٤٦.

(١٠) في المخطوطة: «يكون».

(١١) ما بين المعقوفين أضفناه من إيضاح الفوائد ٣: ١١٥.

(١٢) كذا في المخطوطة، والظاهر أنّ قبله سقط.

ما في الباب أنّها كناية، والألفاظ الدالّة بالكناية على اختيار يصحّ ويكون اختياراً. وعلى الثاني لا يكون الطلاق الباطل اختياراً؛ لأنّ المشروط بالنكاح هو الصحيح ولم يحصل.

قوله: «وتكليف الثيّب النطق» [(١)].

أقول: لقوله [(٢)] عليه السلام: «الثيّب يعرب عنها لسانها، ويكفي من البكر صموتها» [(٣)]. «ر».

قوله: «السابعة: لا يجوز نكاح الأمة إلّا بإذن مالكها ولو كانت لامرأة في الدائم والمنقطع. وقيل: يجوز لها أن تتزوّج متعةً إذا كانت لامرأة من غير إذنها. والأوّل أشبه» [(٤)].

أقول: النظر [(٥)] يقتضي عدم الجواز؛ عملاً بالإذن في أمة المرأة و [في] غيرها ـ الدائم والمنقطع ـ بقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [(٦)]، وبه أفتى الشيخ في الحائريّات [(٧)] وابن إدريس [(٨)].

وقال [في] النهاية [(٩)] والتهذيب [(١٠)] بالرواية، وهي رواية سيف بن عميرة [(١١)].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٢.

(٢) في المخطوطة: «كقوله».

(٣) مختلف الشيعة ٧: ١٢٩؛ راجع: سنن ابن ماجة ١: ٦٠٢، ح ١٨٧٢.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٣.

(٥) العبارة من هنا إلى قوله: «مع ضعفه متّهم» وقعت بعد قوله: «قال الشهيد: ربّما ... كأمة الرجل» قدّمناها لاقتضاء السياق ذلك.

(٦) النساء (٤): ٢٥.

(٧) حكاه عنه ابن إدريس في السرائر ٢: ٥٩٥؛ ولم نعثر عليه في المطبوعة منه ضمن الرسائل العشر.

(٨) السرائر ٢: ٥٩٥ و٦٢١.

(٩) النهاية: ٤٩٠.

(١٠) تهذيب الأحكام ٧: ٢٥٧.

(١١) الكافي ٥: ٤٦٤، ح ٤؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٥٧ ـ ٢٥٨، ح ١١١٤ ـ ١١١٦.

قال الشيخ: رواه تارةً عن عليّ بن المغيرة[١]، وتارةً عن داود بن فرقد[٢]، وتارةً عن الصادق عليه السلام بلا واسطة[٣]، فهو ـ مع ضعفه ـ متّهم. «ك».

قال الشهيد: ربّما ضعّف بعضهم[٤] سيفاً، والصحيح أنّه ثقة. والم

فيد بالغ في إنكار مضمونها[٥]، وكذا ابن إدريس[٦]، وعمل بها الشيخ في النهاية[٧]، وجعل القاضي ترك العمل بها أحوط[٨].

واعلم أنّه لا معارض لهذه الرواية في الحقيقة إلّا الدليل العقليّ الدالّ على تحريم التصرّف في مال الغير بدون إذنه، ولكن الأحكام الشرعيّة أخرجت كثيراً من الأُصول العقليّة عن الدلالة، كجواز أخذ المال مقاصّةً وجواز أكل الثمر للمارّ، فحينئذٍ لا يمتنع جواز مثل هذه المسألة من غير إذن المرأة؛ إمّا لعلّة خفيّة أو لما يلحق الأمة من المشقّة بترك الوطء عند المرأة الذي هو إضرار، و لا يزول إلّا بالوطء، ولا سبيل إلى الزنى ولا إلى العقد الدائم؛ لِما فيه من شدّة السلطنة والإضرار بمولاتها مع إمكان زوال الضرر بدونه، فتعيّن جواز عقد المتعة. وإذا قيل بذلك فهو جائز عند شدّة الضرورة في أقلّ زمان يمكن فيه زوالها؛ لقيام الدليل الدالّ على الحظر فيما عداه. والمشهور

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٢٥٧ ـ ٢٥٨، ح ١١١٤.

(٢) المصدر ٧: ٢٥٨، ح ١١١٥.

(٣) المصدر ٧: ٢٥٨، ح ١١١٦.

(٤) منهم الآبي في كشف الرموز ٢: ١١٨.

(٥) حكاه عنه ابن إدريس في السرائر ٢: ٦٢٢؛ والآبي في كشف الرموز ٢: ١١٩.

(٦) السرائر ٢: ٥٩٥ و٦٢١.

(٧) النهاية: ٤٩٠.

(٨) المهذّب ٢: ٢٤٢ ـ ٢٤٢.

ـ بل المعتمد ـ تحريم ذلك كلّه، كأمة الرجل[١].

قوله: «ولو زوّجها بمملوك لم يكن لها الخيار إذا بلغت. وكذا لو زوّج الطفل. وقيل بالمنع في الطفل»[٢].

أقول: قاله في المبسوط[٣].

قوله: «التاسعة: إذا أذن المولى لعبده في إيقاع العقد صحّ» إلى قوله: **«وقيل: في كسبه. والأوّل أظهر»**[٤] إلى أخره.

أقول: قاله الشيخ في المبسوط[٥].

والأوّل أظهر؛ لأنّ إذنه دالّ على التزامه بما يلزم من العقد. «ر».

قوله: «العاشرة: من تحرّر بعضه ليس لمولاه إجباره على النكاح»[٦].

أقول: وليس له أن يتزوّج بغير إذن مولاه.

قوله: «مسائل ثلاث: الأولى: إذا زوّجها الأخوان برجلين» إلى قوله: **«قيل: يقدّم الأكبر، وهو تحكّم»**[٧].

أقول: القائل هو الشيخ[٨]؛ حملاً على الجدّ. وهو قياس.

---

(١) غاية المراد ٣: ٥٦ ـ ٥٧.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٢.

(٣) المبسوط ٤: ١٨٧.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٣.

(٥) المبسوط ٤: ١٦٧.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٣.

(٧) المصدر ٢: ٢٢٣ ـ ٢٢٤.

(٨) النهاية: ٤٦٦.

وقال ابن إدريس[١] بالبطلان، وهو أولى.

قوله: «وبأيّهما دخلت قبل الإجازة كان العقد له»[٢].

أقول: لأنّ الدخول رضاً بالعقد وإجازة له.

قوله: «الثانية: لا ولاية للأُمّ[٣] **على الولد، فلو زوجّته فرضي لزمه العقد، و إن كره لزمها المهر. وفيه تردّد. وربّما حمل على ما إذا ادّعت الوكالة عنه»**[٤].

أقول: ينشأ من أصالة براءة الذمّة وشغلها يحتاج إلى دليل، ولأنّها كالأجنبيّ في انتفاء الولاية، فإن رضي بعقدها صحّ ولزمه المهر وإلّا فلا. ومن رواية محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، وقد سئل عمّن زوّجته أُمّه، قال: «إن شاء قبل، وإن شاء ترك؛ فإن ترك الزوج تزويجه فالمهر لازم لأُمّه»[٥]. وهي ضعيفةٌ؛ لمخالفتها الأصل، وضعف بعض رجالها. وحملها المصنّف على ادّعاء الوكالة فيلزمها المهر؛ لأنّها غارّة بدعوى الإذن، فيجب عليها المهر إن أوجبناه على الوكيل. «ر»[٦].

قوله في الثالثة: «**فالقول قولها مع يمينها على القولين؛ لأنّها تدّعي الصحّة**»[٧].

أقول: القولان هما صحّة العقد الفضوليّ وبطلانها.

قوله: «الفصل الرابع في أسباب التحريم: و هي ستّة: السبب الأوّل: النسب. ويحرم

---

(١) السرائر ٢: ٥٦٧.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٤.

(٣) في المخطوطة: «للإمام».

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٤.

(٥) الكافي ٥: ٤٠٢ ـ ٤٠٢، ح ٢؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٧٦، ح ١٥٢٣؛ ص ٣٩٢، ح ١٥٦٩.

(٦) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٦.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٤.

بالنسب سبعة أصناف من النساء: الأُمّ والجدّة»[١] إلى آخره.

أقول: النساء القرائب يحرمن مؤبّداً إلّا من كان من ولد العمومة والخؤولة. «ف»[٢].

قوله في الأوّل من الفروع الثلاثة: «**ولا يثبت مع الزنى، فلو زنى فانخلق من مائه ولد على الجزم لم ينتسب إليه شرعاً. وهل يحرم على الزاني والزانية؟ الوجه أنّه يحرم؛ لأنّه مخلوق من مائه، فهو يسمّى ولداً لغةً**»[٣].

أقول: فتدخل تحت قوله تعالى: ﴿وَبَنَاتُكُمْ﴾[٤]. وخالف الشافعيّ، قال: لأنّها لا تلحق به، فهي ليست بنته شرعاً فتحلّ له[٥].

وقال أبو حنيفة بالحرمة؛ لأنّها مخلوقة من مائه، والزنى عنده ينشر الحرمة[٦].

قوله: «**الثاني: لو طلّق زوجته فوُطِئت بالشبهة، فإن أتت بولد به لأقلّ من ستّة أشهر من وطء الثاني ولستّة أشهر من وطء المطلّق ألحق بالمطلّق**» إلى قوله: «**وإن احتمل أن يكون منهما استخرج بالقرعة على تردّد، والأشبه أنّه للثاني**»[٧].

أقول: ينشأ من تساوي الاحتمالين فلا أولويّة، وإلّا لزم الترجيح بغير مرجّح، ولأنّ دخول الثاني إمّا أن يكون بعقد صحيح أو لا، فإن كان الأوّل لحق الولد به بشرط القضاء ستّة أشهر، وإن كان الثاني فإن قلنا وطء الشبهة كالصحيح في كلّ الأحكام

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٤.

(٢) إيضاح الفوائد ٣: ٤١.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٥.

(٤) النساء (٤): ٢٣.

(٥) راجع: الأُمّ ٧: ١٥٥؛ المجموع ١٦: ٢١٩؛ المبسوط للسرخسي ٤: ٢٠٦.

(٦) المبسوط للسرخسي ٤: ٢٠٦.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٥.

لحق بالثاني أيضاً، وإن قلنا ليس كالصحيح في جميع الأحكام كانت القرعة أولى.

ووجه الأشبهيّة قوله ﷺ: «الولد للفراش»[١]، والفراش للثاني في الظاهر.

وإن قلت: الأوّل أيضاً له فراش.

قلتُ: الثاني له فراش حقيقة بلا خلاف؛ وأمّا الأوّل ففراشه زال، والاشتقاق حينئذٍ مجاز على قوله. وعلى قول آخر من صدق المشتقّ [ف]على الثاني أولى؛ لثباته.

قوله: «السبب الثاني: الرضاع»[٢] إلى آخره.

أقول: الأصل في تحريم الرضاع الكتاب والسنّة والإجماع. أمّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرْضَعْنَكُمْ﴾[٣]، حرّم الأُمّ والأُخت بالنصّ، والبنت بالتنبيه؛ لأنّ الأُخت إذا حرّمت فالبنت أولى. وأمّا العمّة والخالة فبالسنّة؛ لقوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[٤] فهو يشبه النسب في سببين، الأوّل التحريم بالنصّ عليه، والثاني المحرميّة؛ لأنّها فرع على التحريم بالنسب. وأمّا الإجماع، فلإجماع الأُمّة على التحريم بالنسب.

قوله:[٥] **«وفي نكاح الشبهة تردّد، أشبهه تنزيله على النكاح الصحيح»**[٦].

أقول: ينشأ من أنّ أصحابنا لم يفرقوا بين النكاح الفاسد وبين نكاح الشبهة إلّا في إلحاق الولد ورفع الحدّ، فمن ادّعى ثالثاً فعليه الدليل، ومن كون الشبهة يثبت معها

---

(١) الكافي ٥: ٤٩١ ـ ٤٩٢، ح ٣؛ ج ٧: ١٦٣، ح ١ و٣؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٦٩، ح ٥٨٨ و٥٨٩؛ ص ١٨٣، ح ٦٤٠.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٦.

(٣) النساء (٤): ٢٣.

(٤) الكافي ٥: ٤٣٧، ح ٦٢.

(٥) في المخطوطة زيادة: «ولا حكم».

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٦.

النسب الصحيح شرعاً، فكذلك الرضاع؛ عملاً بقوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[١]، فجعله أصلاً كالنسب. قيل: فيه نظر؛ لعدم دلالة الخبر على محلّ النزاع[٢].

وابن إدريس قال: لا يحرم، وحكى عن الشيخ في المبسوط[٣] أنّه ينشر، سواء كان النكاح صحيحاً أو فاسداً أو شبهة، وقال: إنّه مذهب الشافعيّ[٤].

قوله: «ولا حكم لما دون العشر إلّا في رواية شاذّة»[٥].

أقول: الرواية عن زيد بن عليّ عن آبائه عليهم السلام: «الرضعة الواحدة كالمئة رضعة لا تحلّ له أبداً»[٦].

قوله: «وهل يحرم بالعشر؟ فيه روايتان، أشهرهما[٧] **أنّه لا يحرم»**[٨].

أقول: للأصحاب هنا أقوال:

أ. قال ابن الجنيد: إنّه ما صدق عليه اسم الرضعة[٩]، وهو ما ملأ بطن الصبيّ إمّا بالمصّ أو بالوجر[١٠].

---

(١) تقدّم تخريجة آنفاً.

(٢) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٧.

(٣) المبسوط ٤: ٢٠٢ ـ ٢٠٣.

(٤) السرائر ٢: ٥٣٥ ـ ٥٣٦. انظر: المجموع ١٨: ٢٢٤.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٦.

(٦) تهذيب الأحكام ٧: ٣١٧، ح ١٣٠٩.

(٧) في المخطوطة: «أصحّهما».

(٨) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٦.

(٩) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٣٠.

(١٠) في المخطوطة: «بالوجود»، والصواب «بالوجر» لا «بالوجور»؛ إذ الوجور بفتح الواو وزان رسولٍ: الدَّواء يصبُّ فى الحلق، وأوجرت المريض إيجاراً فعلت به ذلك، ووجرته أجره من باب وعد لغةٌ. المصباح المنير: ٦٤٨ (وجر).

ب. [قال] ابن بابويه وهو [ما] أنبت اللحم وشدّ العظم[١].

ج. قال ابن بابويه في المقنع: [روي] إنّه رضاع خمسة عشر يوماً بلياليهنّ ليس بينهنّ رضاع. قال: وبه كان يفتي شيخنا محمّد بن الحسن[٢].

د. قال المفيد[٣] والمرتضى[٤] وسلّار[٥] والتقيّ[٦] والقاضي[٧] وابن حمزة[٨] وابن أبي عقيل[٩]: إنّه عشر رضعات متواليات.

قال الشيخ في كتابي الأخبار[١٠] والنهاية[١١] والمبسوط[١٢]: إنّه خمس عشرة رضعة.

قال ابن بابويه: وروي: «أنّه لا يحرم إلّا ما كان حولين كاملين». وروي: «أنّه لا يحرم إلّا ما ارتضع من ثدي واحد سنة»[١٣].

وللمصنّف تردّد بين نبا[ت] الحكم[١٤] وشدّ العظم أو رضاع يوم وليلة. ولا أعرف بالثاني قائلاً، والأوّل وإن قال به ابن بابويه لكن لا يصلح ضابطاً؛ لعدم العلم به.

---

(١) المقنع: ٣٣٠.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) المقنع: ٥٠٢.

(٤) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٢٩.

(٥) المراسم العلويّة: ١٤٩.

(٦) الكافي في الفقه: ٢٨٥.

(٧) المهذّب ٢: ١٩٠.

(٨) الوسيلة: ٣٠١.

(٩) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٢٩.

(١٠) الاستبصار ٣: ١٩٣؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣١٤.

(١١) النهاية: ٤٢١.

(١٢) المبسوط ٤: ٢٠٤.

(١٣) المقنع: ٣٣٠.

(١٤) كذا، ولعلّ الصحيح: «اللحم».

والأولى ما قاله الشيخ؛ لرواية زياد بن سوقة عن الباقر عليه السلام قال: «لا يحرّم الرضاع أقلّ من رضاع يوم وليلة أو خمس عشر[ة رضعة] متواليات من امرأةٍ واحدةٍ، من لبن فحلٍ واحدٍ لم يفصل بينها رضعة امرأةٍ غيرها. ولو أنّ امرأةً أرضعت غلاماً أو جاريةً عشر رضعاتٍ، من لبن فحلٍ واحدٍ، وأرضعتها امرأةٌ أخرى من لبن فحلٍ آخر عشر رضعاتٍ، لم يحرّم نكاحهما»[(١)].

وهي وإن كان في طريقها عمّار بن موسى لكنّها مؤيّدة بأصالة الإباحة والحلّ وبروايات أُخر تدلّ على عدم التحريم بالعشر، كرواية عليّ بن رئاب عن الصادق عليه السلام. قلت: فيحرّم عشر رضعات؟ قال: «لا؛ لأنّها لا تنبت اللحم ولا تشدّ العظم»[(٢)]. ورواية عبيد بن زرارة موثّقاً عن الصادق عليه السلام. قال: سمعته يقول: «عشر رضعات لا يحرّمن [شيئاً]»[(٣)]. ومثله روى عبد الله بن بكير[(٤)].

واختار[(٥)] العلّامة في مختلفه[(٦)] التحريم بالعشر لوجوهٍ:

أ. إطلاق قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾[(٧)]، وقوله صلى الله عليه وآله: «يحرم من الرضاع» إلى آخره[(٨)].

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٣١٥، ح ١٣٠٤.

(٢) المصدر ٧: ٣١٣، ح ١٢٩٨.

(٣) المصدر ٧: ٣١٣، ح ١٢٩٩.

(٤) المصدر ٧: ٣١٣ ـ ٣١٤، ح ١٣٠٠.

(٥) في المخطوطة: «واختاره».

(٦) مختلف الشيعة ٧: ٣١ ـ ٣٢.

(٧) النساء (٤): ٢٣.

(٨) الكافي ٥: ٤٣٧، ح ٢.

ب. ما رواه الفضيل بن يسار ـ صحيحاً ـ عن الباقر عليه السلام: «لا يحرّم من الرضاع إلّا المجبور». قال: قلت: وما المجبور؟ قال: «أُمّ تربّي أو ظئر تستأجر أو أمة تُشترى، ثمّ ترضع عشر رضعات يروى الصبيّ وينام»[١].

ج. ما توجيهه: عشر رضعات تنبت اللحم والدم، وكلّ ما أنبت اللحم والدم فهو محرّم، ينتج فعشر رضعات يحرّمن. وبيّن المقدّمتين بروايات. أمّا الصغرى فعن عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام: «كان يقال عشر رضعات»[٢]. ومثله عن عمر بن يزيد[٣] بالمفهوم. وأمّا الكبرى فعن حمّاد بن عثمان[٤]، ونحوه عن عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام[٥].

وأُجيب عن الأوّل[٦] بأنّه معارض بالأصل؛ فإنّ التحريم على خلاف الأصل. وعن الثاني[٧] [ب]أنّ في طريقها محمّد بن سنان، وفيه قول[٨]، وإن صحّت حملت على الكراهة؛ جمعاً بين الروايتين. وعن الثالث[٩] بمنع الصغرى؛ فإنّ قوله عليه السلام: «كان

---

(١) انظر: من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٧٧، ح ٤٦٧٢؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣١٥ ـ ٣١٦، ح ١٣٠٥؛ الاستبصار ٣: ١٩٦، ح٧٠٩.

(٢) الكافي ٥: ٤٣٩، ح ٩؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣١٢ ـ ٣١٣، ح ١٢٩٦.

(٣) الكافي ٤: ٤٣٩، ح ٨؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣١٤، ح ١٣٠١.

(٤) الكافي ٥: ٤٣٨، ح ٥؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣١٢، ح ١٢٩٤.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ٣١٢، ح ١٢٩٣.

(٦) في المخطوطة: «أ».

(٧) في المخطوطة: «ق».

(٨) راجع: رجال الكشّي: ٣٨٩، الرقم ٧٢٩

(٩) في المخطوطة: «ج».

يقال» حكاية قول وليس بفتوى. ورواية عمر بن يزيد تدلّ بالمفهوم وليس حجّة. «ك»[١].

قوله: «ولو ارتضع من ثدي الميتة أو رضع بعض الرضعات وهي حيّة ثمّ أكملها ميتة» إلى قوله: «وفيه تردّد»[٢].

أقول: ينشأ من أنّه لا يصدق على الميتة أنّها أرضعت والمحرِّم هو ذلك؛ لقوله[٣] تعالى: ﴿ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾[٤]، ومن حيث إنّ لبنها بعد الوفاة كهو قبله، فلا يسقط حرمته. وبه احتجّ أبو حنيفة ومالك على النشر[٥].

وبوجه آخر ينشأ من أنّ انتشار الحرمة حكم شرعيّ يتوقّف على الدليل الشرعيّ وليس، وبخروجها بالموت عن التكليف، وانتشارُ الحرمة بالرضاع تكليف.

وبه أفتى الشيخ[٦]؛ عملاً بأصل الإباحة، ولقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ﴾[٧]، وهذا من وراء ذلكم، ومن قوله ﷺ: «حرمة الميّت كحرمة الحيّ»[٨]، ومن جملة الحرمة[٩] انتشار الحرمة بالرضاع، فيحرم عليه ميتةً مع إكماله الرضعات

---

(١) التنقيح الرائع ٣: ٤٦.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٧.

(٣) في المخطوطة: «كقوله».

(٤) النساء (٤): ٢٣.

(٥) راجع: المدوّنة الكبرى ٢: ٤١٠؛ بدائع الصنائع ٤: ٨.

(٦) الخلاف ٥: ١٠٤، المسألة ١٤؛ المبسوط ٥: ٢٩٦.

(٧) النساء (٤): ٢٤.

(٨) تهذيب الأحكام ١: ٤١٩، ح ١٣٢٤.

(٩) في المخطوطة: «للحرمة».

المعتبرة جميع من يحرم عليه لو كانت حيّة. «ر»[١].

قوله في الشرط الثالث: «أن يكون في الحولين ويراعى ذلك في المرتضع؛ لقوله عليه السلام: لا رضاع بعد فطام[٢]. وهل يراعى في ولد المرضعة؟ الأصحّ أنّه لا يعتبر»[٣].

أقول: خلافاً للشيخ في بعض أقواله في الخلاف[٤]، وللتقيّ[٥] ولابن بابويه[٦].

دليل المختار: عموم قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾[٧]، ولأصالة عدم الاشتراط، ترك العمل به في المرتضع بالإجماع يبقى معمولاً به هنا.

احتجّ التقيّ بقوله صلى الله عليه وآله: «لا رضاع بعد فصال»[٨]، وهو عامّ شامل للمرتضع، وولد المرضعة والفصال عامّان؛ لقوله[٩] تعالى: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيۡنِ﴾[١٠]، والشيخان[١١] ذكرا الحولين ولم يفصّلا ولم يذكرا غير ذلك.

وابن إدريس مذهبه الأوّل[١٢]، وتوقّف العلّامة[١٣]؛ لقوّة الحجّتين.

---

(١) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٨.

(٢) الكافي ٨: ١٩٦، ح ٢٣٤، نحوه.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٧.

(٤) لم نعثر عليه في الخلاف، ولا على من نسبه إليه.

(٥) الكافي في الفقه: ٢٨٥.

(٦) لم نعثر عليه مع الفحص فيما بأيدينا من كتبه، ولا على من نسبه إليه.

(٧) النساء (٤): ٢٣.

(٨) الكافي ٨: ١٩٦، ح ٢٣٤.

(٩) في المخطوطة: «كقوله».

(١٠) لقمان (٣١): ١٤.

(١١) المقنعة: ٥٠٣؛ النهاية: ٦٦١.

(١٢) السرائر ٢: ٥١٩ ـ ٥٢٠.

(١٣) مختلف الشيعة ٧: ٣٨.

قوله في الشرط الرابع: «أن يكون اللبن لفحل واحد [...] ولو أرضعت اثنين بلبن فحلين لم يحرم أحدهما على الآخر، وفيه رواية أُخرى مهجورة»[١].

أقول: رواها الشيخ في التهذيب عن محمّد بن العبيد الهمْدانيّ عن الرضا عليه السلام في حديث طويل: «وإنّما حرّم الله الرضاع من قبل الأُمّهات وإن كان لبن الفحل أيضاً يحرّم»[٢].

قوله: «ويكره أن يسترضع مَن ولادتها عن زنى، وروي أنّه إن أحلّها [مولاها] فعلها طاب لبنها وزالت الكراهيّة. وهو شاذّ»[٣].

أقول: هي ما رواه محمّد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في امرأة الرجل يكون لها الخادم[٤] قد فجرت فيحتاج إلى لبنها قال: «مرها فلتحلِّلها يطيب اللبن»[٥]. ومثلها رواية إسحاق بن عمّار عنه عليه السلام[٦].

وهو مشكلٌ؛ لأنّ التحليل لا يؤثّر في الماضي، بل في المستقبل. «ك».

قوله: « ولا يحرم عليه من ينتسب إليها بالبنوّة رضاعاً»[٧].

أقول: أي إذا كان من فحل آخر.

قوله في الثالثة: «وهل ينكح أولاده الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن في أولاد هذه

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٨.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٣٢٠ ـ ٣٢١، ح ١٣٢٢.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٨.

(٤) في المخطوطة: «الجارية».

(٥) تهذيب الأحكام ٨: ١٠٩، ح ٣٧٠؛ نحوه في الكافي ٥: ٤٧٠، ح ١٢.

(٦) الكافي ٦: ٤٣، ح ٦؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٠٨ ـ ١٠٩، ح ٣٦٩.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٩.

المرضعة وأولاد فحلها؟ قيل: لا. والوجه الجواز»[١].

أقول: الأوّل قول الشيخ في الخلاف[٢] والنهاية[٣]، والثاني ـ وهو الجواز ـ قول ابن إدريس[٤]؛ لأنّه لا يحرم بالنسب، وهنا لا يحرم بالنسب مثله، فكذا بالرضاع.

قوله في الثالثة أيضاً: «**أمّا لو أرضعت امرأة ابناً لقوم وبنتاً لآخرين جاز أن ينكح إخوة كلّ واحد منهما في إخوة الآخر؛ لأنّه لا نسب بينهم ولا رضاع**»[٥].

أقول: هذا الدليل بعينه يدلّ على الحِلّ في المسألتين السابقتين.

فإن قيل: هناك صار أبو المرتضع أباً رضاعيّاً والإخوة إخوةً رضاعيّة.

قلنا: وهنا صاروا الإخوة إخوةً رضاعاً[٦]. وجوابه أنّ أُخت الأخ من النسب قد تحلّ ـ كما إذا كان الأخ للأب له أُخت لأُمّه ـ فكذا في الرضاع.

قوله في الرابعة[٧]: «**فإ[ن ا]نفردت المرتضعة بالارتضاع ـ مثل أن سعت إليها فامتصّت ثديها من غير شعور المرضعة سقط مهرها؛ لبطلان العقد الذي باعتباره يثبت المهر**» إلى قوله: «**وفي الكلّ تردّد، مستنده الشكّ في ضمان منفعة البضع**»[٨].

أقول: «الكلّ» إشارة إلى ثلاثة أحكام:

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٩.

(٢) الخلاف ٥: ٩٣، المسألة ١.

(٣) النهاية: ٤٦٢.

(٤) السرائر ٢: ٥٥٤.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٩.

(٦) كذا في المخطوطة، والعبارة لا تخلو عن غموض.

(٧) في المخطوطة: «الرباعية».

(٨) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٩.

الأوّل: هل يجب للصغيرة على الكبيرة شيء أم، لا؟

الثاني: على تقديره هل هو الكلّ أو النصف؟

الثالث: هو يفرق بين قصد الفسخ وعدمه؟ قال في المبسوط[١] بالفرق. وأمّا التردّد [...][٢].

قوله: «ولو كان له زوجتان وزوجة رضيعة فأرضعتها إحدى الزوجتين أوّلاً ثم أرضعتها الأخرى» إلى قوله: **«وهو أولى»**[٣] إلى آخر[ه].

أقول: الأوّل قول الشيخ في النهاية[٤] وابن الجنيد[٥]؛ لرواية عليّ بن مهزيار عن أبي جعفر عليه السلام[٦].

والثاني قول الشيخ في المبسوط[٧] وابن إدريس[٨]، والحجّة ما ذكره المصنّف رحمه الله. ولا شكّ أنّه مبنيّ على تحريم أُمّ الزوجة قبل الدخول ببنتها وهو مختلف فيه. «كاف»[٩].

قوله في الخامسة: **«لو كان له أمة يطأها فأرضعت زوجته الصغيرة حرمتا جميعاً عليه**

---

(١) المبسوط ٥: ٢٩٨.

(٢) في المخطوطة هنا: «كذا وجد بخطّه».

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٠.

(٤) النهاية: ٤٥٦.

(٥) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٤٤.

(٦) الكافي ٥: ٤٤٦، ح ١٣؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٩٣، ح ١٢٣٢.

(٧) المبسوط ٥: ٢٩٨ ـ ٢٩٩.

(٨) السرائر ٢: ٥٤٠.

(٩) كذا في المخطوطة، والظاهر أنّه بدل «ك» الذي جاء فيما سبق في منتهى بعض الفقرات.

ويثبت مهر الصغيرة» إلى قوله: «**وعندي في ذلك تردّد**»[١].

أقول: ينشأ من أنّها أتلفت عليه البضع فتضمن، كما في غيره من المنافع[٢]، وجناية الأمة تتعلّق برقبتها إجماعاً. وفيه بحث؛ فإنّه قياس. ومن الشكّ في ضمان منفعة البضع، كما مرّ، وأصالة براءة الذمّة. «ر»[٣].

قوله: «بل تُتبَع به إذا تحرّرت»[٤].

أقول: كما في دين المملوك بغير إذن مولاه.

قوله في السابعة: «**ونصفه مع [عدمه] على قول مشهور**»[٥].

أقول: قاله في المبسوط[٦]. وأنكره ابن إدريس،[٧] وألزمه المهر كلّه.

قوله في الثامنة: «**لا تقبل الشهادة بالرضاع إلّا مفصّلة؛ لتحقّق الخلاف في الشرائط المحرِّمة**»[٨] إلى آخره.

أقول: لا بدّ أن يعلم الشاهد أنّ في ثديها لبناً.

قوله: «السبب الثالث المصاهرة»[٩].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٠.

(٢) في المخطوطة: «النافع».

(٣) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٩.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٠.

(٥) المصدر نفسه.

(٦) المبسوط ٥: ٣١١.

(٧) لم نعثر عليه في السرائر.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٠.

(٩) المصدر ٢: ٢٣١.

أقول: المصاهرة هي وطء امرأة أو عقد عليها، فيحرم على غير الواطئ نكاحها، أو عليه نكاح امرأة أُخرى تحريماً مؤبّداً. «ف».

قوله: «ولو تجرّد العقد عن الوطء» [إلى قوله:] **«فيه روايتان، أشهرهما أنّها تحرم»**[(١)].

أقول: الإباحة مذهب ابن أبي عقيل[(٢)] وابن بابويه[(٣)]، والتحريم قول الشيخين[(٤)] والتقيّ[(٥)]، وكلام ابن الجنيد[(٦)] شبيه. «ك».

احتجّ الشيخ على التحريم بالآية[(٧)]؛ فإنّه عمّم تحريم الأُمّهات وقيّد تحريم الربائب بالدخول بأُمّهاتهنّ، وذلك دليل الفرق. ولا يجوز أن يعود البيان إلى الجملتين معاً؛ لِما ثبت في الأُصول من وجوب عود الوصف والشرط والاستثناء إلى الجملة الأخيرة. وعلى تقدير القول بالرجوع إلى الكلّ[(٨)] إنّما يجوز لو كان نسبة الوصف أو غيره إلى الجملة بالسويّة ولم يترجّح واحدة، وهنا قرينة تدلّ على الرجوع إلى الأخيرة، وهي قوله: ﴿مِّن نِّسَآئِكُمُ﴾[(٩)] وأُمّهات نسائنا لسن من نسائنا، بل من نساء بناتهنّ.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٣١.

(٢) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٤٨؛ فخر الدين في إيضاح الفوائد ٣: ٦٦.

(٣) المقنع: ٣١٢.

(٤) المقنعة: ٥٠٢؛ المبسوط ٤: ١٩٦.

(٥) الكافي في الفقه: ٢٨٦.

(٦) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٤٩.

(٧) النساء (٤): ٢٣

(٨) في المخطوطة: «الكيل».

(٩) النساء (٤): ٢٣

واحتجّ القائل بالإباحة بالآية[١] أيضاً، وتوجيهه أنّه أسند التحريم إلى أُمّهات النساء والربائب معاً ثمّ قال: ﴿مِن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[٢]، فيعود البيان إليهما معاً؛ لاحتياجهما جميعاً إلى البيان، فلا تحرم واحدة من الأُمّ والبنت إلّا مع الدخول بالأُخرى. «ك». ولتساوي الاحتمالين توقّف العلّامة في المختلف[٣].

قال بعض الفقهاء: قول الشيخ ضعيف؛ لأنّه لا يمكن أن يعكس عليه ويقال: إنّ القرينة تدلّ على عود البيان[٤] بالوصف إلى الأُولى؛ لأنّ الربائب لا يكنّ في حجورنا إلّا بعد دخولنا بأُمّهاتهنّ، ولا يحتاج إلى البيان، فيعود البيان إلى الأُولى[٥].

قوله: «أُمّهات نسائنا لسن من نسائنا»، قلنا: نعم، لكن الكلام في أُمّهات نسائنا إذا لم ندخل بنسائنا والبيان لهنّ. «ك»[٦].

---

(١) النساء (٤): ٢٣

(٢) النساء (٤): ٢٣.

(٣) مختلف الشيعة ٧: ٥٣.

(٤) في المخطوطة: «العود البنات» بدل «عود البيان».

(٥) راجع: التنقيح الرائع ٣: ٥٩.

(٦) في المخطوطة هنا: «ووجد بغير خطّ الشارح في ذكر الروايتين: هي رواية أبي بصير عن أبي عبد الله [عليه السلام] قال: سألته عن رجل تزوّج امْرَأَةً [في المخطوطة: «اخران»] ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، فَقَالَ: «تَحِلُّ لَهُ ابْنَتُهَا وَلَا تَحِلُّ لَهُ أُمُّهَا» [تهذيب الأحكام ٧: ٢٧٣، ح ١١٦٧]. ومثلها رواية إسحاق بن عمّار عنه عليه السلام [تهذيب الأحكام ٧: ٢٧٥، ح ١١٦٥]، والأُخرى رواية جميل وحمّاد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الأُمّ والبنت سواء إِذَا لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، يَعْنِي إِذَا تَزَوَّجَ المَرْأَةَ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، فَإِنَّهُ إِنْ شَاءَ تَزَوَّجَ أُمَّهَا، وَإِنْ شَاءَ ابْنَتَهَا» [الكافي ٥: ٤٢١، ح ١؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٧٣ ـ ٢٧٤، ح ١١٦٨]. وعليها فتوى أبي جعفر ابن بابويه [المقنع: ٣١٢] وحكم الشيخ بشذوذها [تهذيب الأحكام ٧: ٢٧٥؛ الاستبصار ٣: ١٥٨.]. قال الشارح المقداد بمخالفتها؛ لكتاب الله فتطرح، أو أنّها خرجت للتقيّة [التنقيح الرائع ٣: ٥٩]».

قوله: «ومن توابع المصاهرة تحريم أُخت الزوجة جمعاً لا عيناً، وبنت أُخت الزوجة وبنت أخيها إلّا برضا الزوجة»[١].

أقول: عند[نا] كلّ امرأتين يحرم ولد إحداهما[٢] على الأُخرى خاصّة من [دون] عكس يحرم الجمع بينهما إلّا بإذن التي[٣] تحرم، فالأوّل مثل الأُختين والآخر مثل العمّة وبنت الأخ. وعند الشافعيّ أنّ كلّ امرأتين لو فرض إحداهما رجلاً حرمت على الأُخرى، حرم الجمع بينهما[٤].

قوله: «ولو أذنت صحّ».

أقول: قال ابن بابويه: لا يجوز ذلك[٥]، وأطلق وهو أعمّ من الإذن وعدمه، والأصحاب على خلافه[٦]، وقوله مذهب المخالفين[٧].

قوله: «وله إدخال العمّة»[٨] إلى آخره.

أقول: خلافاً لابن بابويه[٩].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٢.

(٢) في المخطوطة: «أحدهما».

(٣) في المخطوطة: «الذي».

(٤) التهذيب في فقه الإمام الشافعي ٥: ٣٦؛ فتاوى ابن الصلاح ٢: ٦٣/ م٩٦٤.

(٥) المقنع: ٣٢٨.

(٦) المقنعة: ٥٠٥؛ الانتصار: ١١٦؛ المهذّب لابن البرّاج ٢: ١٨٨؛ الكافي في الفقه: ٢٨٦؛ الجامع للشرائع: ٤٢٩؛ مختلف الشيعة ٧: ٥٨.

(٧) راجع: مختصر المزني: ١٦٨؛ الموطّأ ٢: ٥٣٢؛ بدائع الصنائع ٢: ٢٥٨.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٢.

(٩) المقنع: ٣٢٨.

قوله: «ولو تزوّج بنت الأخ أو بنت الأُخت على العمّة أو الخالة من غير إذنهما كان العقد باطلاً. وقيل: كان للعمّة والخالة الخيار في إجازة العقد وفسخه أو فسخ عقدهما بغير طلاق والاعتزال. والأوّل أصحّ»[١].

أقول: [القول] بالبطلان لابن إدريس[٢]؛ لأنّه منهيّ عنه، والنهي يدلّ على الفساد، ولرواية عليّ بن جعفر عن أخيه عليه السلام: «لا تزوّج بنت الأخ وَالأخت على العمّة والخالة إلّا بِرِضاً منهما، فمن فعل فنكاحه باطلٌ»[٣].

قال بعض الفضلاء: النهي لا يدلّ على الفساد؛ لأنّه في غير العبادة[٤].

وفيه نظرٌ؛ لأنّ النكاح عبادة؛ لأنّه أفضل من العبادة، فيكون عبادة بطريق أولى.

قال الشيخان: تتخيّر العمّة أو الخالة في الفسخ لعقد الداخلة أو فسخ عقدها[٥].

وهو ضعيفٌ؛ أمّا عقد الداخلة فلما قلنا من بطلانه فلا اختيار في إمضائه، وأمّا عقدها فهو محكوم بصحّته ـ عملاً بالاستصحاب ـ فلا يحكم ببطلانه، ولأنّ النهي تعلّق[٦] بعقد الداخلة فيختصّ الحكم بها.

قوله: «وإن كان الزنى سابقاً على العقد فالمشهور تحريم بنت العمّة والخالة إذا زنى بأُمّهما»[٧].

---

(١) المقنع: ٣٢٨.

(٢) السرائر ٢: ٥٤٥.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٣٣٣، ح ١٣٦٨.

(٤) مختلف الشيعة ٧: ٦٤.

(٥) المقنعة: ٥٠٥؛ النهاية: ٤٥٩.

(٦) في المخطوطة: «معلّق».

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٣.

أقول: هذا إشارة إلى التردّد، ومنشأه أنّه لم يجد في كتب[١] الأخبار ما يدلّ على ذلك على الخصوص إلّا ما وجد في التهذيب ـ في سند ضعيف ـ عن الطاطريّ عن محمّد بن أبي حمزة ومحمّد بن زياد عن أبي أيّوب عن أبي عبد الله عليه السلام[٢].

ويقول: تجويزاً لحديث ذكره الكلينيّ [في] الكافي من طريق حسن عن عليّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابنِ أبي عميرٍ عن أبي أيّوب عن محمّد بنِ مسلمٍ عن الصادق عليه السلام[٣]، لكنّها في الخالة خاصّة، وأمّا العمّة فلم يرد بها رواية.

والمصنّف أفتى في النافع[٤] بنشر الحرمة فيهما مطلقاً.

قوله: «أمّا الزنى بغيرهما هل ينشر حرمة المصاهرة، كالوطء الصحيح؟ فيه روايتان: إحداهما ينشر الحرمة وهي أوضحهما طريقاً، والأُخرى لا ينشر»[٥].

أقول: قال الشيخ[٦] والتقيّ[٧] والقاضي[٨] وابن حمزة[٩] وابن زهرة[١٠] والعلّامة[١١]: ينشر؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ﴾[١٢]، والإضافة يكفي فيها أدنى الملابسة، ككوكب الخرقاء.

---

(١) في المخطوطة: «كتاب».

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٣١١، ح ١٢٩١.

(٣) الكافي ٥: ٤١٧، ح ١٠.

(٤) المختصر النافع ١: ١٧٧.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٣.

(٦) المبسوط ٤: ٢٢.

(٧) الكافي في الفقه: ٢٨٦.

(٨) المهذّب ٢: ١٨٨.

(٩) الوسيلة: ٢٩٤.

(١٠) غنية النزوع: ٣٣٧.

(١١) مختلف الشيعة ٧: ٥٣.

(١٢) النساء (٤): ٢٣.

وقال المرتضى[١] والمفيد[٢] وسلّار[٣] وابن إدريس[٤] بعدمه؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾[٥]، وقوله: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾[٦].

أجاب العلّامة عنهما بالقول بموجَبهما؛ فإنّ المتنازع فيها داخلة في الآية المشتملة على المحرّمات، وهي قوله: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾[٧]. والثانية تدلّ على إباحة ما طاب والحرام ليس بطيّب[٨].

قال بعض الفضلاء: المرأة إن صدق عليها اسم ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ لغةً لكنّه لا يصدق عرفاً، والعرف مقدّم على اللغة مع التعارض، كيف! ولو حملت على اللغة تحرّمت مع حصول ملابسة أُخرى، كالصداقة والنسب غير المحرّم لحصول الملابسة، لكن ليس، فليس. فأمّا الآية الأُخرى فإنّ[٩] الظاهر من الإطلاق ـ بل يفهم منه ـ ما طاب طبعاً[١٠]. وفيه نظرٌ.[١١]

---

(١) المسائل الناصريّات: ٣١٨، المسألة ١٤٩.

(٢) المقنعة: ٥٠٤.

(٣) المراسم العلويّة: ١٤٩.

(٤) السرائر ٢: ٥٢٣.

(٥) النساء (٤): ٢٤.

(٦) النساء (٤): ٣.

(٧) النساء (٤): ٢٣.

(٨) مختلف الشيعة ٧: ٥٥.

(٩) في المخطوطة: «بأنّ».

(١٠) التنقيح الرائع ٣: ٦٩، نحوه.

(١١) في المخطوطة هنا: «قال غير الشارح: والروايتان [في المخطوطة: «الروايتين»] إشارة إلى رواية

⇦

قوله: «وأمّا الوطء بالشبهة فالذي خرّجه الشيخ ﷺ أنّه ينزّل منزلة النكاح الصحيح[(١)]، وفيه تردّد»[(٢)].

[قال بعض الشرّاح غير الشارح المقداد[(٣)]: منشأه النظر إلى فتوى الشيخ[(٤)] أنّه ينشر، وإلى أنّه لم يرد بنشر الحرمة رواية، والأصل الإباحة، ولقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾[(٥)]، وبه قال ابن إدريس[(٦)]].

قوله: «وأمّا النظر واللمس» [إلى قوله:] **«ولمس باطن الجسد بشهوة فيه تردّد، أظهره أنّه يثمر كراهية»**[(٧)] إلى آخره.

أقول: ينشأ من عموم ﴿مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾[(٨)]، ومن الرواية عن الرضا عليه السلام: «إن جرّدها

⇦ محمّد بن مسلم عن أحدهما، أنّه سئل عن الرّجل يفجر بالمرأة [أ] يتزوّج ابنتها، قال: «لا، ولكن إن كانت عنده امرأةٌ ثمَّ فجر بأمّها أو ابنتها أو أختها لم تحرم عليه امرأته» [الكافي ٥: ٤١٥، ح ١]. وعليها الشيخ في النهاية [النهاية: ٤٥٨] وكتابي الأخبار [تهذيب الأحكام ٧: ٣٢٨ ـ ٣٢٩: الاستبصار ٣: ١٦٥] وأبو [في المخطوطة: «وأبي»] الصلاح [الكافي في الفقه: ٢٨٦]. والأُخرى رواية سعيد بن يسار، قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ فجر بامرأةٍ يتزوّج ابنتها، قال: «نعم، يا سعيدُ! إنّ الحرام لا يفسد الحلال» [تهذيب الأحكام ٧: ٣٢٩، ح ١٣٥٤]. وعليها فتوى المفيد [المقنعة: ٥٠٤.] وابن بابويه [لم نعثر على من نسبه إليه، ولكن قال به ولده الصدوق في المقنع: ٣٢٥]. وهذه أيضاً صحيحة السند».

(١) المبسوط ٤: ٢٠٨.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٣.

(٣) كذا في المخطوطة، ولذا جعلناه بين المعقوفين.

(٤) المبسوط ٤: ٢٠٨.

(٥) النساء (٤): ٢٤.

(٦) السرائر ٢: ٥٣٥.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٣.

(٨) النساء (٤): ٣.

ونظر[١] إليها بِشهوةٍ حرّمت على أبيه وابنه»[٢]، وفي معناها رواية عن الصادق عليه السلام[٣].

والأوّل قول ابن إدريس[٤] وسلّار[٥]، والثاني قول الشيخ[٦] وأتباعه[٧].

قوله: «ومن مسائل التحريم مقصدان: الأوّل: في مسائل من تحريم الجمع، وهي ستّ[٨]: الأُولى: لو تزوّج أُختين كان العقد للسابقة» إلى قوله: «والأوّل أشبه»[٩].

أقول: البطلان قول ابن إدريس[١٠] و[الشيخ] في المبسوط[١١]؛ لأنّه منهيّ عنه، ولأنّه لولاه لزم الترجيح بلا مرجّح؛ لاستحالة الجمع.

وقال الشيخ: يتخيّر؛ لرواية جميل[١٢]، وهي مرسلة[١٣] عمل بها في التهذيب[١٤] [و]النهاية[١٥].

قوله: «الثانية: لو وطئ أمةً بالملك ثمّ تزوّج أُختها، قيل: يصحّ وحرمت الموطوءة

---

(١) في المخطوطة: «للنظر».

(٢) الكافي ٥: ٤١٨، ح ٢؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٨١ ـ ٢٨٢، ح ١١٩٢، نحوه.

(٣) الكافي ٥: ٤١٩، ح ٥؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٨١ ـ ٢٨٢، ح ١١٩٣.

(٤) السرائر ٢: ٥٢٨.

(٥) المراسم العلويّة: ١٤٩، حكاه روايةً.

(٦) النهاية: ٤٥١ و٤٩٦.

(٧) منهم القاضي في المهذّب ٢: ٢٤٦؛ وابن حمزة في الوسيلة: ٣٠٧.

(٨) في المخطوطة: «ستّة».

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٤.

(١٠) السرائر ٢: ٥٢٢.

(١١) المبسوط ٤: ٢٠٦.

(١٢) الكافي ٥: ٤٣١، ح ٣؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٨٥، ح ١٢٠٣.

(١٣) رواها الصدوق من دون إرسال في الفقيه ٣: ٤١٩، ح ٤٤٦٠.

(١٤) تهذيب الأحكام ٧: ٢٨٥.

(١٥) النهاية: ٤٥٤.

بالملك أوّلاً ما دامت الثانية في حباله» إلى قوله: «**والوجه أنّ الثانية تحرم على التقديرين دون الأُولى**»[(١)].

أقول: ما اختاره هو قول ابن إدريس[(٢)]؛ لقوله عليه السلام: «الحرام لا يفسد الحلال»[(٣)].

وقال الشيخ: تحرم الأُولى حتّى تموت الثانية، أو يخرجها لا للعود[(٤)]؛ للرواية[(٥)] عن الصادق عليه السلام[(٦)]. وابن إدريس حلّل الباقية في ملكه بعد إخراج الأُخرى، سواء كان للعود أو[(٧)] لا[(٨)].

قوله: «الثالثة: قيل: لا يجوز للحرّ العقد على الأمة إلّا بشرطين: عدمِ الطول ـ وهو عدم المهر والنفقة ـ وخوفِ العنت وهو المشقّة من الترك. وقيل: يكره ذلك من دونهما. وهو الأشهر» إلى قوله: «**على موضع الوفاق**»[(٩)].

أقول: المانع الشيخ [في] المبسوط[(١٠)] والخلاف[(١١)] والمفيد[(١٢)]؛ للآية[(١٣)].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٤.

(٢) السرائر ٢: ٥٣٨.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٣٢٩، ح ١٣٥٤.

(٤) النهاية: ٤٥٥.

(٥) في المخطوطة: «وللرواية».

(٦) تهذيب الأحكام ٧: ٢٨٨، ح ١٢١٢.

(٧) في المخطوطة: «و».

(٨) السرائر ٢: ٥٣٨.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٤ ـ ٢٣٥.

(١٠) المبسوط ٥: ٨٧.

(١١) الخلاف ٤: ٣١٣، المسألة ٨٦

(١٢) المقنعة: ٥٠٦.

(١٣) المؤمنون (٢٣): ٥ ـ ٦؛ المعارج (٧٠): ٢٩ ـ ٣٠

والعامل بالكراهة الشيخ في التهذيب[١] والنهاية[٢] والخلاف[٣]. وهو الأولى؛ فإنّ دلالة الآية من حيث دليل الخطاب، وهو ليس بحجّة، وعلى تقدير كونه حجّةً ليس دلالتها على التحريم بأولى من الكراهة، ويترجّح[٤] الكراهة بالأصل. «ك».

قوله: «الخامسة: لا يجوز نكاح الأمة على الحرّة إلّا بإذنها، فإن بادر كان العقد باطلاً»[٥].

أقول: قاله في المبسوط[٦] وابن إدريس[٧]؛ لرواية الحلبيّ عن الصادق عليه السلام[٨]. وقال في النهاية[٩] والمفيد[١٠] وسلّار[١١] بالوقوف على الإجازة؛ لرواية سماعة عن الصادق عليه السلام[١٢] أيضاً.

وسماعة ضعيف، لكنّه موثّق، وروايته مؤيّدة بالنظر؛ لأصالة صحّة العقد، لصدوره عن أهله، ولا سبب لبطلانه إلّا عدم الرضا. فإذا حصل لزم. وفيه نظرٌ؛ لأنّه منهيّ عنه

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٣٣٥.

(٢) النهاية: ٤٧٦.

(٣) في المخطوطة: «ف»، وهو سهو إن كان المراد «الخلاف»؛ إذ تقدّم آنفاً أنّ قول الشيخ فيه المنع.

(٤) في المخطوطة: «وشرحه».

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٥.

(٦) المبسوط ٤: ٢١٤.

(٧) السرائر ٢: ٥٤٦.

(٨) الكافي ٥: ٣٩٥، ح ٢؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٤٤، ح ١٤٠٨.

(٩) النهاية: ٤٥٩.

(١٠) المقنعة: ٥٠٦.

(١١) المراسم العلويّة: ١٥٠.

(١٢) الكافي ٥: ٣٥٩، ح ٤؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٤٥، ح ١٤١٢.

وقد نعلم أنّه يدلّ على الفساد.

قوله: «وقيل: كان للحرّة الخيار في الفسخ والإمضاء، ولها فسخ عقد نفسها. والأوّل أشبه»[١].

أقول: للآية[٢]، ورواية الحلبيّ[٣]، وقد تقدّم ذكرها، وهو قول الخلاف[٤] وابن أبي عقيل[٥] وابن بابويه[٦] وابن إدريس[٧].

قوله: «ولو جمع بينهما في عقد واحد صحّ عقد الحرّة دون الأمة»[٨].

أقول: قال ابن إدريس: تتخيّر في فسخ عقدها أو عقد الأمة[٩].

قوله: «السادسة: إذا دخل بصبيّة لم تبلغ تسعاً فأفضاها حرم عليه وطؤها ولم تخرج من حباله، ولو لم يفضّها لم تحرم على الأصحّ»[١٠].

أقول: قال في النهاية[١١] والتهذيب[١٢]: تحرم مطلقاً، أفضاها أو لا؛ للرواية[١٣].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٥.

(٢) المؤمنون (٢٣): ٥ ـ ٦؛ المعارج (٧٠): ٢٩ ـ ٣٠

(٣) الكافي ٥: ٣٩٥، ح ٢؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٤٤، ح ١٤٠٨.

(٤) الخلاف ٤: ٣١٨، المسألة ٩٢.

(٥) حكاه عنه الآبيّ في كشف الرموز ٢: ١٤١.

(٦) المقنع: ٣١٧.

(٧) السرائر ٢: ٥٤٦.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٥.

(٩) لم نعثر عليه في السرائر، بل فيه: «فإن عقد في حالة واحدة على حرّة وأمة كان العقد على الحرّة ماضياً والعقد على الأمة باطلاً» ج ٢: ٥٤٦.

(١٠) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٥.

(١١) النهاية: ٤٥٣.

(١٢) تهذيب الأحكام ٧: ٣١١.

(١٣) المصدر ٧: ٣١١ ـ ٣١٢، ح ١٢٩٢.

وهي معارضة بالأصل، وعمومات الآيات الدالّة على إباحة الزوجات، والمشهور في الروايات. والمراد بالتفريق في الخبر[١] تحريم الوطء، لا فسخ العقد ولا تحريم إمساكها زوجة.

قوله: «الثانية: إذا تزوّج في العدّة ودخل فحملت» إلى قوله: «وقيل: يجزي عدّة واحدة»[٢].

أقول: نسب إلى الشيخ[٣]. [...][٤] هو في رواية زرارة عن الصادق عليه السلام[٥].

قوله في الثالثة: **«ولو زنى بذات بعل أو في عدّة رجعيّة حرمت عليه أبداً في قول مشهور»**[٦].

أقول: لعدم وقوفه على دليل.

قوله: «الخامسة: إذا عقد المحرم على امرأة عالماً بالتحريم حرمت عليه أبداً، ولو كان جاهلاً فسد عقده ولم تحرم»[٧].

[أقول:] ولم يفصّل.

قوله [في] السبب الرابع استيفاء العدد: **«الثانية: إذا طلّق إحدى الأربع بائناً وتزوّج**

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٣١١ ـ ٣١٢، ح ١٢٩٢.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٥.

(٣) لم نعثر على النسبة مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتب الفقهاء. ولكن قال النجفيّ: «والقائل الصدوق فيما حكي من مقنعه وابن الجنيد». جواهر الكلام ٢٩: ٤٣٨.

(٤) هنا بياض بقدر كلمة في المخطوطة.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ٣٠٨، ح ١٢٧٨.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٦.

(٧) المصدر نفسه.

اثنتين، فإن سبقت إحداهما كان العقد لها، وإن اتّفقتا في حالة بطل العقدان. وروي أنّه يتخيّر. وفي الرواية ضعف»[(١)].

أقول: قال في المختصر: ولو كان معه ثلاث فتزوّج اثنتين في عقد، فإن سبق بإحداهما[(٢)] صحّ دون اللاحقة[(٣)].

وله أمثلة:

١. أن يكون وكيلاً[(٤)] لإحدى الزوجتين وفضولياً بالنسبة إلى الأُخرى وعقد عليهما عقداً واحداً تكون السابقة هي التي عقدها لازم عن وكالته، ولا تبطل الأُخرى.

٢. أن يكون العاقد وكيلاً للزوج في واحدة بعينها منهما وزوّجه الأُخرى فضولياً عنه في عقد واحد فعقد المأذون فيهما سابق.

٣.[(٥)] [أن تكون إحداهما صغيرة والأُخرى كبيرة، فيزوّجها وليّ الصغيرة؛ فإنّه لازم في حقّها، فهو سابق وفضول في حقّ الكبيرة، فهو لاحق].

قوله في السبب الخامس اللعان: «لو[(٦)] لم تكن كذلك»[(٧)].

أقول: أي لو لم تكن صمّاء أو خرساء.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٧.

(٢) في المخطوطة: «عقد إحداهما» بدل «بإحداهما».

(٣) المختصر النافع ١: ١٧٩.

(٤) في المخطوطة: «لأحد الزوجين وفضولي» بدل «لإحدى الزوجتين وفضولياً»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٣: ٩٣.

(٥) في المخطوطة هنا: «كذا وجد بخطّه»، يعني أنّ المثال الثالث لم يأت في نسخة الأصل، ولذا أصفناه بين المعقوفين من التنقيح الرائع ٣: ٩٣.

(٦) في المخطوطة: «لم».

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٨.

قوله في السبب السادس الكفر: «**وفي تحريم الكتابيّة من اليهود والنصارى روايتان، أشهرهما المنعُ في النكاح الدائم، والجوازُ في المؤجّل وملك اليمين. وكذا حكم المجوس على أشهر الروايتين**»[١].

أقول: للأصحاب في الكتابيّات ـ أعني اليهود والنصارى ـ أقوال:

أ. التحريم مطلقاً. وهو قول المرتضى[٢]، والشيخ في كتابي الأخبار[٣]، والمبسوط[٤]، والخلاف[٥]، وأحد قولي المفيد[٦]، وقوّاه ابن إدريس[٧].

ب. الإباحة مطلقاً. وهو قول ابن بابويه[٨]، وابن أبي عقيل[٩].

ج. إباحة المتعة اختياراً، والدوام اضطراراً، ويحرم اختياراً، وهو قول الشيخ في النهاية[١٠] والقاضي[١١] وابن حمزة[١٢].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٨.

(٢) الانتصار: ٢٧٩.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٢٩٦؛ الاستبصار ٣: ١٧٨.

(٤) المبسوط ٤: ٢٠٩ ـ ٢١٠.

(٥) الخلاف ٤: ٣١١، المسألة ٨٤.

(٦) المقنعة: ٥٠٠.

(٧) السرائر ٢: ٦٢١.

(٨) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٩٠.

(٩) المصدر نفسه.

(١٠) النهاية: ٤٥٧.

(١١) المهذّب ٢: ١٨٧.

(١٢) الوسيلة: ٢٩٠.

د. يجوز بالملك لا بعقد النكاح. قاله المفيد[١].

هـ. يباح متعةً وبملك اليمين، ويحرم دواماً. قاله التقيّ[٢]، وسلّار[٣].

و. التحريم مطلقاً اختياراً، والجواز مطلقاً اضطراراً. قاله ابن الجنيد[٤].

دليل التحريم وجوهٌ:

١[٥]. إنّهنّ مشركات، وكلّ المشركات يحرم نكاحهنّ. أمّا الصغرى فلقوله تعالى: ﴿وَقَالَتِ ٱلْيَهُودُ عُزَيْرٌ ٱبْنُ ٱللَّهِ وَقَالَتِ ٱلنَّصَـٰرَى ٱلْمَسِيحُ ٱبْنُ ٱللَّهِ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿سُبْحَـٰنَهُۥ عَمَّا يُشْرِكُونَ﴾[٦]. وأمّا الكبرى فلقوله: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَـٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾[٧].

٢. النكاح تمسّك بعصمة، وهو ظاهر؛ إذ بين الزوجين عصمة. وكلّ تمسّك بكلّ واحد من عصم الكوافر حرام؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾[٨]، والجمع المضاف للعموم.

٣. [قوله تعالى:] ﴿لَا يَسْتَوِىٓ أَصْحَـٰبُ ٱلنَّارِ وَأَصْحَـٰبُ ٱلْجَنَّةِ﴾[٩]، الاستواء كلّيّ شامل للاستواء من كلّ جهة، ونفيُ الكلّيّ إنّما يصدق بنفي كلّ جزئيّاته [التي] من جملتها

---

(١) المقنعة: ٥٠٨، ٥٤٣.

(٢) الكافي في الفقه: ٢٩٩.

(٣) المراسم العلويّة: ١٤٨.

(٤) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٩١.

(٥) في المخطوطة: «الأوّل».

(٦) التوبة (٩): ٣٠ ـ ٣١.

(٧) البقرة (٢): ٢٢١.

(٨) الممتحنة (٦٠): ١٠.

(٩) الحشر (٥٩): ٢٠.

الاستواء في النكاح[١].

٤. النكاح مستلزم للمودّة؛ لقوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾[٢]، وكلّ مودّة لكلّ كفر حرام؛ لقوله تعالى: ﴿لَّا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾[٣].

[٥.] الروايات، وهي كثيرة مذكورة في المطوّلات[٤].

دليل القائل بالإباحة وجهان:

أ. قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾[٥].

ب. الروايات أيضاً[٦].

وأُجيب عن الآية بأنّها منسوخة بقوله: ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ﴾[٧]. ومنهم من[٨] خصّها بالمنقطع؛ لقوله: ﴿إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٩]، والدائم لا يكون[١٠]؛ للمهر. وعن الروايات بالمعارضة بمثلها، أو بحملها على المنقطع أو ملك اليمين[١١].

---

(١) في المخطوطة: «الكفار».

(٢) الروم (٣٠): ٢١.

(٣) المجادلة (٥٨): ٢٢.

(٤) راجع: الكافي ٥: ٣٥٦ ـ ٣٥٩، باب نكاح الذمّيّة؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٩٥ ـ ٣٠٢، باب من يحرم نكاحهنّ بالأسباب دون الأنساب.

(٥) المائدة (٥): ٥.

(٦) راجع: الكافي ٥: ٣٥٦، ح١، ٣٥٨، ح٩؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٩٨، ح٦.

(٧) أجاب به العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٧٨ ـ ٧٩. البقرة (٢): ٢٢١.

(٨) منهم الشيخ في الخلاف ٤: ٣١٢، المسألة ٨٤؛ وأبو المكارم في غنية النزوع: ٣٤٠؛ والعلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٩٦.

(٩) المائدة (٥): ٥.

(١٠) هنا كلمة غير واضحة كما في الصورة: **بالاسا**. ولعلّ المراد: «الدائم لا يكون بالإتيان للأجر».

(١١) راجع مختلف الشيعة ٧: ٧٨ ـ ٧٩.

إذا عرفتَ هذا فكلّ من منع هاهنا منع المجوسيّة، وكلّ[١] من أجاز اختلفوا، [فـ]ـقيل: يكره متعةً وملك اليمين[٢]. وقال المفيد[٣] وسلّار[٤] والتقيّ[٥]: لا يجوز المتعة أيضاً بحال، وبه قال ابن إدريس[٦].

والروايتين[٧] هما[٨] رواية محمّد بن سنان عن الرضا عليه السلام[٩] بالجواز، ورواية[١٠] إسماعيل بن سعدٍ الأشعريّ[١١] بالمنع، وهي مرسلة، وأفتى بها الشيخ [في] النهاية[١٢]. «ر».

قوله: «ولو أسلمت زوجته قبل الدخول انفسخ العقد ولا مهر» إلى قوله: «والأوّل أشبه»[١٣].

أقول: القائل الشيخ في النهاية[١٤] [و]التهذيب[١٥]. والأوّل أشبه؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَن

---

(١) كذا في المخطوطة، ولعلّ الثواب «ولكن».

(٢) قاله الشيخ في النهاية: ٤٥٧.

(٣) المقنعة: ٥٠٨ و٥٤٣.

(٤) المراسم العلويّة: ١٤٨.

(٥) الكافي في الفقه: ٢٩٩.

(٦) السرائر ٢: ٥٤١.

(٧) كذا في المخطوطة، والمراد حكاية قول الماتن في قوله: «أشهر الروايتين».

(٨) في المخطوطة: «هي».

(٩) تهذيب الأحكام ٧: ٢٥٦، ح ١١٠٦.

(١٠) في المخطوطة: «والرواية».

(١١) تهذيب الأحكام ٧: ٢٥٦، ح ١١٠٥.

(١٢) قال بالكراهية في النهاية: ٤٥٧، كما تقدّم منّا.

(١٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٨ ـ ٢٣٩.

(١٤) النهاية: ٤٥٧.

(١٥) تهذيب الأحكام ٧: ٣٠٠.

﴿يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[١]، ولقوله: «الإسلام يعلو ولا يعلى [عليه]»[٢].

قوله: «وإذا أسلم الذمّيّ على أكثر من أربع من المنكوحات بالعقد الدائم استدام أربعاً من الحرائر»[٣].

أقول: روى الزُّهْريّ عن سالم عن أبيه: أنّ غيلان بن سلمة الثقفيّ أسلم وعنده عشره نسوة، فقال له النبيّ ﷺ: «أمسك أربعاً وفارق سائرهنّ»[٤].

قوله في المقصد الثاني في كيفيّة الاختيار: «**وأمّا بالفعل فمثل أن يطأ؛ إذ ظاهره الاختيار**»[٥].

أقول: في الوطء قولان:

أحدهما: يكون اختياراً، كما لو باع أمة بشرط الخيار فوطئها.

والثاني: لا يكون اختياراً؛ لأنّ الاختيار بمنزلة ابتداء عقد، والعقد لا يكون إلّا بالقول[٦]. «ر».

قوله: «المقصد الثالث: في مسائل مرتّبة على اختلاف الدين. الأُولى: إذا تزوّج امرأة وبنتها» إلى قوله: «والأوّل أشبه»[٧].

---

(١) النساء (٤): ١٤١.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٤: ٣٣٤، ح ٥٧١٩.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٩.

(٤) سنن الدار قطني ٣: ٢٦٩، ح ٩٤.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٠.

(٦) راجع المبسوط ٤: ٢٣١.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٠.

أقول: قاله في المبسوط[١] والخلاف[٢]. والأوّل أشبه؛ للآية أعني: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾[٣]. «ر».

قوله: «الثالثة: لو أسلم العبد وعنده أربع حرائر [وثنيّات] فأسلمت[٤] معه اثنتان ثمّ أعتق ولحق به من بقي لم يزد على اختيار اثنتين؛ لأنّه كمال العدد المحلّل له»[٥].

أقول: لأنّ الاعتبار بحال ثبوت الاختيار له، والاختيار ثبت له وهو عبد، فإذا أُعتق لم يتغيّر قدر ما ثبت له[٦]. وحينئذٍ إن شاء يتخيّر السابقتين[٧] على عتقه أو المتأخّرتين عنه، وله أن يتزوّج بأُخريين وأن يستأنف العقد على اللاحقتين[٨].

وفي المسألة الثانية كان وقت الاختيار حرّاً، فثبت له نكاح الأربع بغير اختياره.

وتوقّف المصنّف؛ لأنّ ثبوت الاختيار دليل على أنّ علقة النكاح باقية. «ر».

قوله: «ولو أسلمن [كلّهن] ثمّ أعتق ثمّ أسلم أو أسلمن بعد عتقه وإسلامه[٩] في العدّة، ثبت نكاحه عليهنّ؛ لاتّصافه بالحرّيّة المبيحة للأربع»[١٠].

---

(١) المبسوط ٤: ٢٢١.

(٢) لم نعثر عليه في الخلاف، ولا على من نسبه إليه.

(٣) النساء (٤): ٢٣.

(٤) في المخطوطة: «فأسلم».

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٤١.

(٦) المبسوط ٤: ٢٢٨.

(٧) في المخطوطة: «السابقين».

(٨) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ١٣.

(٩) في المخطوطة: «إسلامه وعتقه» بدل «عتقه وإسلامه».

(١٠) شرائع الإسلام ٢: ٢٤١.

[أقول:] في الصورتين فيكون اختيار الأربع في الصورة الأُولى عملاً بالمقتضي، ومن أنّ الاعتبار بحال ثبوت الاختيار، والاختيار إنّما ثبت لحالة العبوديّة، فإذا أعتق لم يتغيّر قدر ما ثبت له بعتقه، كما لو أسلم الحرّ موسراً وعنده أربع زوجات إماء فلم يتخيّر حتّى أعسر لم يكن له أن يختار واحدة منهنّ؛ اعتباراً بحال ثبوت الخيار. ولو كان معسراً[١] حين أسلمن معه وأيسر بعد ذلك كان [له] أن يختار واحدة؛ اعتباراً بحال ثبوت الاختيار، ولا يُنظَر إلى تغيّر الحال فيهما. والشيخ[٢] احتجّ بهذا الوجه بعينه.

قوله في الرابعة: «**ولو لم يسمّ مهراً والحال هذه، كان لها المتعة كالمطلّقة. وفيه تردّد**»[٣].

أقول: ينشأ من أنّها ليست مطلّقة فلا يكون لها شيء؛ لأنّ الحكم إنّما ورد في المطلّقة، ومن أنّ الارتداد قبل الدخول فسخ حصل قبل الدخول، فأشبه الطلاق، فكان لها المتعة، كالمطلّقة التي لم يسمّ لها المهر صحيحاً[٤] ولا فاسد[اً]. وهذا قياس، فلا نعمل به.

قوله: «**ولو دخل الذمّيّ [وأسلم] وكان المهر خمراً ولم تقبضه، قيل: سقط، وقيل: يجب مهر المثل، وقيل: يلزمه قيمته [١٤٤ ب] عند مستحلّيه، وهو الأصحّ**»[٥].

---

(١) في المخطوطة: «معتبراً»، وصحّحناه كما في إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ١٣.

(٢) المبسوط ٤: ٢٢٨.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٤١.

(٤) في المخطوطة: «صحيح».

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٤١.

أقول: الأوّل قول أكثر الفقهاء[(١)]، والثاني بعض أقوال الشيخ[(٢)]، والثالث قول ابن إدريس[(٣)].

ووجه الأوّل أنّ المسمّى باطل عندنا، فلا يحكم به الحاكم[(٤)]، بل ببطلانه؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم[(٥)] بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾[(٦)]، وإذا فسد المسمّى تعيّن مهر المثل، ومن حيث إنّه قد يزيد مهر المثل عن قيمة المسمّى والمرأة تعترف بعدم استحقاق الزيادة[(٧)]، فلا يحكم لها بها، وإن نقص فالمدّعى عليه يثبت الزيادة واتّفقا على استحقاقها فيحكم بها وليس حكماً بالخمر[(٨)]، بل بقيمته، وذلك جائز، إذا أتلف ذمّيّ خمراً. ولأنّ العقد وقع صحيحاً، فيثبت ما سمّي فيه، وإذا تعذّرت العين ثبت القيمة[(٩)].

قوله في الخامسة: «**فلو وطئها بالشبهة**[(١٠)] **وبقي على كفره إلى انقضاء العدّة**[(١١)] **قال الشيخ: عليه مهران**[(١٢)] [(١٣)]» إلى آخره.

---

(١) راجع: المبسوط ٤: ٢٣٩، ٢٤١.

(٢) المبسوط ٤: ٢٩٠.

(٣) السرائر ٢: ٥٩٣. وهو رأي الشيخ في النهاية: ٤٧٥، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٩٦، والعلّامة في التحرير ٣: ٥٤٦، والإرشاد ٢: ٥١.

(٤) في المخطوطة: «الحكم».

(٥) في المخطوطة: «قوله».

(٦) المائدة (٥): ٤٩.

(٧) في المخطوطة: «الزمان»، وصحّحناه كما في إيضاح الفوائد ٣: ١٠٠.

(٨) في المخطوطة: «أقول»، وصحّحناه كما في إيضاح الفوائد ٣: ١٠٠.

(٩) في المخطوطة: «قيمتان». إيضاح الفوائد ٣: ١٠٠.

(١٠) في المخطوطة: «لشبهة».

(١١) في المخطوطة: «العنن».

(١٢) المبسوط ٤: ٢٣٨. ثانيهما مهر المثل، كما في كفاية الأحكام ٢: ١٥٤.

(١٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٢.

أقول: لأنّا تبيّنّا أنّه وطئ أجنبيّة وطء شبهة. وإن رجع إلى الإسلام في العدّة، فهما على النكاح ولا مهر له.

قوله في الثامنة: «**ولو مات ومتنَ، قيل: يبطل الخيار. والوجه استعمال القرعة**»[١] إلى آخره.

أقول: القولان للشيخ في المبسوط[٢].

قوله: «**بأبعد الأجلين**»[٣].

أقول: من عدّة الطلاق وعدّة الوفاة.

قوله: «**ولو مات ورثه أربع منهنّ لكن لمّا لم يتعيّن وجب إيقاف الحصّة عليهنّ حتّى يصطلحن، والوجه القرعة أو التشريك**»[٤].

أقول: أمّا الإيقاف حتّى يصطلحن، فلأنّ الجزم حاصل باستحقاق أربع منهنّ، ولمّا لم تتعيّن ولا طريق إلى التعيّن ولا سبيل إلى خروج الحصّة عنهنّ فتعيّن الإيقاف. ولا حجر عليهنّ في كيفيّة الاصطلاح؛ لأنّ مناطه التراضي. فلو اصطلحن على حرمان بعض أو نقص نصيبها جاز.

وأمّا القرعة فلأنّها الملجأ في كلّ أمر مبهم أو مجهول، كما ورد عنهم عليهم السلام[٥]. وهذا

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٢.

(٢) المبسوط ٤: ٢٣٣.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٢.

(٤) المصدر نفسه.

(٥) راجع: من لا يحضره الفقيه ٣: ٩٩، ح ٣٣٨٩؛ تهذيب الأحكام ٦: ٢٤٠، ح ٥٩٣؛ ج ٩: ٢٥٨؛ الاستبصار ٣: ٨٣.

يتمّ إذا كان هناك حكم محصّل عند الله وليس محصّلاً عندنا، وليس كذلك إلّا على تقدير تعلّق العلم الأزليّ.

وأمّا التشريك فلأنّه مال متداعىً[(١)] بينهنّ ولا ترجيح، والقرعة كاشفة لا مخصّصة، والصلح ربّما لم يحصّل، فلم يبق إلّا القسمة. [ويمكن أن يعرض] عليهنّ الصلح، فإن أبينه شرّك بينهنّ، ويكون التشريك بدلاً على الترتيب[(٢)].

قوله: «العاشرة: روى عمّارٌ الساباطيّ عن أبي عبد الله عليه السلام أنّ [إ]باق العبد طلاق امرأته وأنّه بمنزلة الارتداد»[(٣)].

[١٤٥ أ] **أقول:** عمل [بها] الشيخ في [النهاية[(٤)]]، وليس فيها أنّ زوجته حرّة أو أمة. وابن حمزة[(٥)] قيّده بكونها أمة [غير سيّده وتزوّجها] بإذن السيّدين[(٦)].

وقال ابن إدريس: الذي يقتضيه الأصل أنّ الزوجيّة باقية، ونفقة العبد ثابتة على مولاه؛ لعدم دليل قاطع على خلافه[(٧)].

وقال الشيخ: إنّ الارتداد هو خروج العبد عن طاعة مولاه، وهذا المعنى حاصل في الآبق؛ فإنّه كما يجب على الحرّ المكلّف[(٨)] طاعة الله، كذلك يجب على العبد

---

(١) في المخطوطة: «مدّعى».

(٢) غاية المراد ٣: ١٧٢ ـ ١٧٣، وما بين المعقوفين منه.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٣.

(٤) النهاية: ٤٩٨.

(٥) الوسيلة: ٣٠٧.

(٦) في المخطوطة: «باذر السهدي»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٣: ١٠٤.

(٧) السرائر ٢: ٦٤١.

(٨) في المخطوطة: «لاكلف» بدل «المكلّف».

طاعة سيّده، فلا استبعاد في [اتّحاد] الحكم؛ لاتّحاد العلّة[١].

والجواب: أنّ عمّاراً فطحيّ ولا عمل على ما ينفرد به، ولا نسلّم أنّ الارتداد الشرعيّ هو ما ذكر، بل مخالفة طاعة الخالق، والسيّد ليس كذلك، ولذلك لا يجب قتل العبد كما يجب قتل المرتد[٢].

قال بعض الفضلاء: لو قيل بعدم وجوب النفقة وبقاء الزوجيّة لكان حسناً[٣]. وفيه نظرٌ.

قوله: «مسائل من لواحق العقد، وهي سبع: الأُولى: الكفاءة شرط في النكاح، وهي التساوي في الإسلام. وهل يشترط التساوي في الإيمان؟ فيه روايتان، أظهرهما الاكتفاء بالإسلام»[٤].

أقول: شرط الشيخ الكفاءة في الإيمان[٥]، وقال المفيد: أهل الإسلام أكفّاء[٦]، وعند المصنّف أنّ المسلمين بعضهم أكفاء بعض؛ لعموم الروايات والآيات. وعنده لا يخرج من الإسلام إلّا الغلاة والخوارج والمجسّمة، وفي المجبّرة تردّد[٧].

قوله: «أظهرهما[٨] الاكتفاء بالإسلام»؛ لما رواه الحسين بن سعيد، [عن] النضر ابن[٩] سويد، عن عبدِ الله بن سنان، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: بم يكون الرّجل

---

(١) التنقيح الرائع ٣: ١٠٤.

(٢) المصدر ٣: ١٠٥.

(٣) لم نعثر عليه مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتب الفقهاء.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٣.

(٥) النهاية: ٤٦٣.

(٦) المقنعة: ٥٠١.

(٧) المعتبر ١: ٩٨.

(٨) في المخطوطة: «أظهرها».

(٩) في المخطوطة: «النصران» بدل «نضر ابن».

مسلماً يحلُّ مناكحته وموارثته؟ وبم[١] يحرم دمه؟ فقال: «يحرم دمه بالإسلام إذا أظهر[٢] وتحلّ مناكحته وموارثته». «يب»[٣].

احتجّ الشيخ بقوله ﷺ: «المؤمنون بعضهم أكفاء بعضٍ» لمّا سئل عن الأكفاء[٤].

واحتجّ[٥] المفيد بما رواه عيسى بن عبد الله، عن أبيه، عن جدّه، عن عليٍّ عليه السلام قال: «قال رسول الله ﷺ: [...] إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوِّجوه»[٦]. واختار العلّامة التساوي في الإيمان في طرف المرأة[٧]؛ لأنّها لا يؤمن عليها الانخداع؛ فإنّ المرأة تأخذ من دين بعلها.

قوله: «وهل يشترط تمكّنه من النفقة؟ قيل: نعم، وقيل: لا، وهو الأشبه»[٨].

أقول: للأصحاب ثلاثة أقوال:

أ[٩]. ليس بشرط. وهو قول الشيخ [في] النهاية[١٠] وابن الجنيد[١١] وابن حمزة[١٢] والقاضي[١٣].

---

(١) في المخطوطة: «بما».

(٢) في المخطوطة: «ظهر».

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٣٠٣، ح ١٢٦٥.

(٤) الكافي ٥: ٣٣٧، ح ٢؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٩٧ ـ ٣٩٨، ح ١٥٨٨.

(٥) في المخطوطة: «فاحتجّ».

(٦) تهذيب الأحكام ٧: ٣٩٤، ح ١٥٧٨.

(٧) مختلف الشيعة ٧: ٣٠٢.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٣.

(٩) في المخطوطة: «الأوّل».

(١٠) النهاية: ٣٦٣.

(١١) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٢٩٩.

(١٢) الوسيلة: ٢٩٠.

(١٣) المهذّب ٢: ١٧٩.

ب. إنّه شرط. قاله في المبسوط[١].

ج. قال ابن إدريس: شرط، لكن لها الخيار مع عدم اليسار بنفقتها[٢].

والأصحّ الأوّل؛ لقوله تعالى: ﴿إِن يَكُونُوا۟ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾[٣] ولا فائدة في الآية مع تسلّط المرأة على الفسخ، وللرواية المذكورة، أعني قوله ﷺ: «المؤمنون بعضهم أكفاء بعضٍ»[٤]، ولا يجوز التعريف بالأعمّ، بل بالمساوي في العموم والخصوص. وأيضاً كم [من] فقير حسن حاله بالزواج، وكم من مطلق [١٤٥ ب] السعة ذهب ماله ويسره، إنّ الحظّ يتعدّى من أحدهما إلى الآخر، وربّما يجيئ ولد له سعادة في الدنيا فيتعدّى إلى الأبوين.

وأيضاً لو كان التمكّن شرطاً لبطل العقد إن أعلمت بفقره، واللازم باطل اتّفاقاً، فكذلك الملزوم. وإذا لم يكن مشروطاً به كان لازماً، فيحتاج فسخه إلى دليل شرعيّ ولم يوجد.

قوله: «ولو تجدّد عجز الزوج عن النفقة هل تتسلّط على الفسخ؟ فيه روايتان، أشهرهما أنّه ليس لها ذلك»[٥].

أقول: قيل لها الفسخ[٦]؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ﴾[٧]، ومع العجز الإمساك

---

(١) المبسوط ٤: ١٧٨ ـ ١٧٩.

(٢) السرائر ٢: ٥٥٧.

(٣) النور (٢٤): ٣٢.

(٤) الكافي ٥: ٣٣٧، ح ٢؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٩٧ ـ ٣٩٨، ح ١٥٨٨.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٤.

(٦) حكاه عن ابن الجنيد العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٣٢٧.

(٧) البقرة (٢): ٢٢٩.

ليس بمعروف. ولرواية ربعيّ عن الصادق عليه السلام: «إن أنفق عليها ما يقيم صلبها[١] مع كسوة وإلّا[٢] فرّق بينهما»[٣].

وقيل: ليس ذلك لها، [و]ذلك لأنّ العقد لازم، والأصل البقاء. ولقوله: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[٤]، وهو عامّ.

واختار العلّامة الأوّل؛ دفعاً للضرر عنها، ورفعاً للمشقّة اللاحقة لها، مع أنّه ليس لها التزويج بغيره، فلولا الفسخ لزم الإضرار[٥].

قوله: «ولو انتسب الزوج إلى قبيلة فبان من غيرها كان للزوجة الفسخ. وقيل: ليس لها، وهو أشبه»[٦].

أقول: قال الشيخ في النهاية: لها الفسخ[٧]؛ لرواية الحلبيّ عن الصادق عليه السلام [قال:] «تفسخ النكاح» أو قال[٨]: «تردُّ النكاح»[٩]. واختاره العلّامة إذا ظهر أدنى منها بحيث لا يلائم شرفها[١٠].

وقال الشيخ [في] المبسوط: الأقوى أنّه لا خيار لها[١١].

---

(١) في المخطوطة: «حيانها».

(٢) في المخطوطة: «ولا».

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٤٦٢، ح ١٨٥٣؛ نحوه في من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٤١، ح ٤٥٣٠.

(٤) البقرة (٢): ٢٨٠.

(٥) مختلف الشيعة ٧: ٣٢٧.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٤.

(٧) النهاية: ٤٨٩، ولكن فيه: «وإذا انتمى رجل الى قبيلة بعينها وتزوّج فوُجِد على خلاف ذلك أبطل التزويج».

(٨) في المخطوطة: «قالت».

(٩) تهذيب الأحكام ٧: ٤٣٢، ح ١٧٢٤.

(١٠) مختلف الشيعة ٧: ٢٠٨.

(١١) المبسوط ٤: ١٩٠.

وقال ابن إدريس: لها الفسخ؛ لأصالة البقاء، ولقوله: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١]. قال: إنّه ليس يردّ به من حيث التدليس بالشرط، وفرق بين التدليس والعيب: أنّ العيب يفسخ به وإن لم يشترط في العقد، وأمّا التدليس فإذا شرط في العقد وخرج بخلافه، فإنّه يردّ به النكاح[٢].

والحقّ: أنّه لا فسخ إلّا أن يشترط في نفس العقد. وهل يتعدّى إلى الزوجة لو شرطت ذلك أم لا؟ وكذا الصنعة لو شرط؟ الحقّ نعم فيهما إذا شرط في العقد، روي أنّ رجلاً تزوّج على أنّه بيّاع الدوابّ، فوجد بيّاع السنانير، فلم يفسخ بذلك عليّ عليه السلام وقال: «السنانير دوابّ»[٣]. «ف»[٤]، «ك»[٥].

قوله: «الثانية: إذا تزوّج امرأة [ثمّ] علم أنّها كانت زنت، لم يكن له فسخ العقد» إلى قوله: «وهو شاذّ»[٦].

أقول: علمه يكون بالتواتر، وبمشاهدتها تزني قبل العقد، وبحبلها عنده أو بقول معصوم[٧] أو بحكم حاكم، لكن هذا يكون غلبةَ ظنّ لا علماً.

وفيه أقوال بحسب الروايات:

[١٤٦ أ] **الأوّل:** الخيار، سواءٌ حدث به أو لا. قاله ابن الجنيد، وزاد ثبوته للمرأة بزنا

---

(١) المائدة (٥): ١.

(٢) السرائر ٢: ٦١١ ـ ٦١٢.

(٣) الكافي ٥: ٥٦١، ح ٢٢؛ تهذيب الأحكام ٧: ٤٣٣، ح ١٧٢٨.

(٤) إيضاح الفوائد ٣: ٢٥.

(٥) التنقيح الرائع ٣: ١١١.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٤.

(٧) في المخطوطة: «بعضهم»، وصححناه كما في غاية المراد ٣: ١٩٣.

الرجل، وزاد ولو كان بعد العقد[١]؛ لاشتماله على العار، ولرواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام[٢].

الثاني: ثبوت الخيار في المحدودة، ولم يتعرّض فيه للزانية. قاله المفيد[٣] وسلّار[٤] والقاضي[٥] والتقيّ[٦].

الثالث: لا خيار، وإنّما للزوج الرجوع بالمهر على الوليّ مع تدليسه إيّاها. اختاره [في] النهاية[٧] وابن إدريس[٨].

الرابع: لا خيار ولا رجوع. اختاره المصنّف والعلّامة[٩].

أمّا الأوّل فللأصل، ولرواية الحلبيّ عن الصادق عليه السلام: «إنّما يردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل»[١٠]، و«إنّما» للحصر، ولرواية رفاعة بن موسى عن الصادق عليه السلام، إنّه سأله عن [المحدود و]المحدودة [هل تردّ] من النكاح؟ قال: «لا»[١١].

قال الشيخ: لا منافاة بين عدم الردّ والرجوع على الوليّ بالمهر[١٢]؛ لرواية عبد

---

(١) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ١٩٦.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٤٢٥، ح ١٦٩٨.

(٣) المقنعة: ٥١٩.

(٤) المراسم العلويّة: ١٥٠.

(٥) المهذّب ٢: ٢٣١.

(٦) الكافي في الفقه: ٢٩٥.

(٧) النهاية: ٤٨٦.

(٨) السرائر ٢: ٦١٣.

(٩) مختلف الشيعة ٧: ١٩٧.

(١٠) تهذيب الأحكام ٧: ٤٢٤، ح ١٦٩٣.

(١١) الكافي ٥: ٤٠٧، ح ٩؛ تهذيب الأحكام ٧: ٤٢٤، ح ١٦٩٧.

(١٢) تهذيب الأحكام ٧: ٤٢٥؛ الاستبصار ٣: ٢٤٦.

الرحمن المذكورة[١].

وأمّا الثاني فلأنّ الجمع بين الرجوع وعدم الفسخ محال؛ لأنّ تضمين الوليّ إنّما هو باعتبار تدليسه، فإن كان ذلك نقصاً أثبت الخيار، وإلّا لم يوجب الرجوع. «ش»[٢].

قوله: «الخامسة: إذا تزوّجت المطلّقة ثلاثاً، فلو شرطت في العقد أنّه إذا حلّلها فلا نكاح بينهما بطل العقد. وربّما قيل: يلغو[٣] الشرط»[٤] إلى آخره.

أقول: هنا مسألتان:

الأُولى: شرطتْ رفْعَ النكاح. قال في المبسوط: يبطل؛ للإجماع، ولأنّ النبيّ لعن [المحلّل و]المحلّل له[٥]. والمراد به مَن لم يستكمل الشرائط. ولأنّ العقد على هذا الشرط لا يَتِمّ، وبدون هذا الشرط غير مرضيّ، فلا يصحّ.

ونقل المصنّف لغو الشرط وصحّة العقد؛ للأصل، ولأنّه لا مدخل للشرط هنا في تجهيل عوض، ولا كون أحد العوضين أو جزئه غير قابل للملك، ولا توقّف للعقد عليه في نفسه، فكان وجوده كعدمه، ولعموم ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[٦]، ولأنّه كشرط الطلاق، فإنّه فاسد.

الثانية: شرطت الطلاق. قال في المبسوط: يبطل الشرط، ويصحّ العقد، ويبطل المسمّى؛ لأنّها رضيت به لأجل الشرط ولم يحصل، فثبت لها مهر المثل مع

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٤٢٥، ح ١٦٩٨.

(٢) غاية المراد ٣: ١٩٣ ـ ١٩٥.

(٣) كذا في المخطوطة، وفي شرائع الإسلام: «يلغى».

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٥.

(٥) المبسوط ٤: ٢٤٧. وللحديث انظر سنن ابن ماجة ١: ٦٢٢ ـ ٦٢٣، ح ١٩٣٤ ـ ١٩٣٦.

(٦) المائدة (٥): ١.

الدخول[١]. وقيل: يصحّ الشرط والعقد[٢]. والحقّ بطلانهما. «ش»[٣]، «ف»[٤].

قوله في السادسة نكاح الشغار: «**ولو زوّج أحدهما الآخر، وشرط** [١٤٦ ب] **أن يزوّجه الأُخرى بمهر معلوم، صحّ العقدان وبطل المهر؛ لأنّه شرط مع المهر تزويجاً، وهو غير لازم**»[٥].

أقول: فإنّه ما رضي بالمهر المذكور لابنته إلّا بشرط أن يحصل له نكاح بنت زوجها، وهو شرط باطل لا يلزم الوفاء به، فوجب أن يضمّ إلى عين ما نقص عن الصداق لأجل الشرط، وذلك قدر مجهول، وإذا أُضيف إلى المعلوم صار الكلّ مجهولاً، فيبطل الصداق، فيجب مهر المثل؛ لأنّ النكاح لا يفسد بفساده[٦].

قوله: «وهو غير لازم»؛ لأنّه شرط فاسد لا يجب الوفاء به، فيفسد جزء المهر، فيفسد كلّه، فيكون لها مهر المثل. كذا قال في المبسوط[٧].

وقال في النهاية: يصحّ العقد ويبطل الشرط، ولا يبطل المهر المسمّى[٨].

قوله: «والنكاح لا يدخله الخيار، فيكون لها مهر المثل، وفيه تردّد»[٩].

أقول: ينشأ من أنّه قد عيّن المهر، وخرج عن الشغار، ولزم ما شرط من المسمّى.

---

(١) المبسوط ٤: ٢٤٧ ـ ٢٤٨.

(٢) لم نعثر عليه مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتب الفقهاء.

(٣) غاية المراد ٣: ١٩٦.

(٤) إيضاح الفوائد ٣: ١٢٥.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٥.

(٦) المبسوط ٤: ٢٤٤ ـ ٢٤٥.

(٧) المصدر نفسه.

(٨) لم نعثر عليه في النهاية، ولكن نسبه إلى الشيخ فخر الدين في إيضاح الفوائد ٣: ١٢٤.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٥.

وأيضاً فإنّه شرط شرطاً سائغاً ـ لأنّ تزويج كلّ واحد ببنت الآخر مشروع إجماعاً ـ وإذا كان الشرط سائغاً يجب الوفاء به؛ لقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»[١]. ولأنّه شرط وقع في عقد لازم فيكون لازماً؛ عملاً بالأغلبيّة. ومن أنّه إنّما رضي بهذا المسمّى بشرط أن يزوّجه، وهو غير لازم، فيبطل المسمّى لبطلان الشرط. وإذا بطل المسمّى لا يبطل العقد ببطلانه، بل يجب مهر المثل.

قوله: «السابعة: يكره العقد على القابلة»[٢] إلى آخره.

أقول: قال الصدوق: يحرم العقد عليها[٣]. والفتوى على خلافه.

قوله: «القسم الثاني: في النكاح المنقطع»[٤].

قوله: «وألفاظ الإيجاب ثلاثة: زوّجتك، ومتّعتك، وأنكحتك»[٥] إلى آخره.

أقول: قال المرتضى: إنّ تحليل الأمة من قبيل المتعة، وجوّز العقد بلفظ التحليل والإباحة؛ فقد قال بانعقاده بهما هناك[٦].

قوله: «ويستحبّ أن تكون مؤمنة عفيفة»[٧].

أقول: قال الصدوق في المقنع: من تمتّع بالزانية فهو زانٍ[٨]؛ لرواية ابن بزيع عن الرضا عليه السلام: «لا ينبغي لك أن [تـ]تزوّج إلّا مأمونة؛ إنّ الله يقول: ﴿ٱلزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٣٧١، ح ١٥٠٣؛ ونحوه ج ٧: ٢٢، ح ٩٣ و٩٤.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٥.

(٣) المقنع: ٣٢٦.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٦.

(٥) المصدر ٢: ٢٤٧.

(٦) لم نعثر عليه في كتبه، نعم حكاه عنه المحقّق في المختصر النافع: ١٨١.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٨.

(٨) المقنع: ٣٣٨.

مُشْرِكَةً [١٤٧ أ] وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾[(١)] »[(٢)].

والجواب: «لا ينبغي» ظاهره الكراهية، والمراد من النكاح في الآية هو الوطء لا العقد؛ أي المؤمن التقيّ يعقد ولا يزني، والمشرك أو[(٣)] المؤمن غير التقيّ يزني ولا يعقد. «ك».

قوله: «ويكره أن يتمتّع ببكر ليس لها أب»[(٤)].

أقول: وقال الشيخ في النهاية: يجزي العقد من غير إذن الأب، لكن لا يطأ، والأفضل أن [لا] تزوّج إلّا بإذن أبيها على كلّ حال[(٥)]. وتبعه القاضي[(٦)] وابن إدريس[(٧)].

وتقييد المصنّف بعدم الأب لا وجه له، بل يكره، وإن كان لها أبٌ فكذلك.

قوله في المهر: «ويتقدّر بالمراضاة، قلّ أو[(٨)] كثر»[(٩)].

أقول: قال ابن بابويه: أقلّه درهم فما فوقه، ويروى كفّين[(١٠)] من برّ[(١١)].

قوله: «ولو تبيّن فساد العقد إمّا بأن ظهر لها زوج أو كانت أُخت زوجته أو أُمّها أو[(١٢)] ما

---

(١) النور (٢٤): ٣.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٢٦٩، ح ١١٥٧.

(٣) في المخطوطة: «و».

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٨.

(٥) النهاية: ٤٩٠.

(٦) المهذّب ٢: ١٩٥.

(٧) السرائر ٢: ٦٢١.

(٨) في المخطوطة: «أم».

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٩.

(١٠) في المخطوطة: «كفّ».

(١١) المقنع: ٣٣٩.

(١٢) كذا في المخطوطة، وفي شرائع الإسلام: «و».

شاكل ذلك» إلى قوله: «**كان حسناً**»[١].

أقول: الأوّل قول الشيخ [في] النهاية[٢]. والذي اختاره المصنّف فيه نظر؛ لأنّه إذا علم وقد بقي من الأجل بعضه وجب مفارقتها، فكيف يستحقّ جميع المهر على تقدير الجهالة؛ لأنّ المهر في مقابلة جميع المدّة، ويزيد وينقص بحسب زيادة الأجل ونقصانه.

فإذن الحقّ أنّه صحيح إذا علم بعد انقضاء الأجل، وأمّا في أثنائه فلها من المهر بقدر ما مضى من الأجل، فإن كانت قد قبضت ذلك القدر حبس عليها الباقي، وعليه يحمل الرواية[٣]. وهو اختيار ابن حمزة[٤].

وإن كانت قد قبضته كلّه استعيد منها الزائد، وإن لم تقبض شيئاً دفع إليها قدر ما تقدّم.

هذا كلّه مع الدخول، أمّا مع عدمه فلا شيء لها؛ لأنّ استحقاقها إمّا بالعقد مع انقضاء الأجل والدخول، أو بالدخول[٥]، والعقد بان فساده، والدخول لم يحصل كذلك.

قوله [١٤٧ ب]: «**وأمّا الأجل فهو شرط في عقد المتعة، ولو لم يذكره انعقد دائماً**» إلى قوله[٦]: «**ويجوز أن يعيّن شهراً متّصلاً بالعقد ومتأخّراً عنه**»[٧].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٩.

(٢) النهاية: ٤٩١.

(٣) الكافي ٥: ٤٦١، ح ٢؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٦١، ح ١١٢٩.

(٤) الوسيلة: ٣١١.

(٥) في المخطوطة: «بالمدخول».

(٦) في المخطوطة: «آخره».

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٩.

أقول: هذا قياس على الإجارة، ومنعه ابن إدريس[١].

أقول: ما قاله اختاره الشيخ[٢] والقاضي[٣] والتقيّ[٤] وابن زهرة[٥] والكيذريّ؛ لرواية أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام: إنّي لأستحيي أن أذكر شرط الأيّام، قال: «هو أضرُّ عليك؛ لأنّك إذا لم تشترط كان نكاح مقامٍ»[٦].

وخرّج ابن إدريس بطلانه إذا كان بلفظ المتعة[٧].

والعلّامة أبطله مطلقاً، تبعاً لوالده[٨]؛ لاشتراط المتعة بالأجل؛ لصحيحة زرارة عن الصادق عليه السلام: «لا تكون متعةٌ إلّا بأمرينِ: أجلٍ مسمًّى، وأجرٍ مسمًّى»[٩]. مثله صحيحة إسماعيل بن الفضل[١٠]، والمشروط عدم عند عدم شرطه، ولأنّ الدائم غير مقصود فيبطل؛ لتبعيّة العقد القصدَ[١١]. واختار الشهيد الأوّل[١٢].

قوله: «ولو قال مرّة أو مرّتين ولم يجعل ذلك مقيّداً بزمان لم يصحّ وصار دائماً. وفيه رواية دالّة على الجواز» إلى قوله: «لضعفها»[١٣].

---

(١) السرائر ٢: ٥٥٠.

(٢) النهاية: ٤٨٩؛ الخلاف ٤: ٣٤٠، المسألة ١١٩.

(٣) المهذّب ٢: ٢٤١.

(٤) الكافي في الفقه: ٢٩٨.

(٥) غنية النزوع: ٣٥٥.

(٦) الكافي ٥: ٤٥٥، ح ٣؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٦٥ ـ ٢٦٦، ح ١١٤٥.

(٧) السرائر ٢: ٥٥٠ ـ ٥٥١ و٦٢٠.

(٨) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٢٢٧.

(٩) الكافي ٥: ٤٥٥، ح ١؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٦٢، ح ١١٣٢.

(١٠) تهذيب الأحكام ٧: ٢٦٢، ح ١١٣٤.

(١١) مختلف الشيعة ٧: ٢٢٧ ـ ٢٢٨.

(١٢) غاية المراد ٣: ٨٥.

(١٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٩ ـ ٢٥٠.

أقول: لأنّ ذلك وإن تعيّن عدداً وفعلاً لكن لم يتعيّن زماناً، فتؤدّي إلى الغرر.

والرواية عن القاسم بن محمّد عن رجل سمّاه عن الصادق عليه السلام[١]. وضعفها بوجوه:

الأوّل: في طريقها ابن فضّال.

الثاني: جهالة الرجل.

الثالث: مخالفتها للنظر كذلك[٢].

قوله في الأوّل من الأحكام: «**ولو أخلّ بالأجل حَسْبُ بطل متعةً وانعقد دائماً**»[٣].

أقول: قد تقدّم قول العلّامة هنا ببطلانه، وأجاب عنه بعض الفضلاء بأنّا نقول ببطلان المشروط ببطلان شرطه، لكن لا يلزم من بطلان المتعة بطلان[٤] الدوام، وإنّما يلزم لو كان شرطاً في مطلق النكاح، فإذا بطل المطلق بطل جزئيّاته. وإن منع اشترك العقدين في معنى شامل لهما فالمنع ألزم؛ لأنّه لا يلزم من بطلان شيء بطلان ما ينافيه[٥].

قوله: «لا يلزم من بطلان شيء بطلان ما ينافيه»[٦].

[**أقول:**] إلّا مع شروطه التي من جملتها الإيجاب والقبول [١٤٨ أ] المخصوصين لفظاً المقصودين، وليس شيء من ذلك حاصلاً.

---

(١) الكافي ٥: ٤٦٠، ح ٥؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٦٧، ح ١١٤٩.

(٢) التنقيح الرائع ٣: ١٢٥. والمراد بـ«النظر» قوله: «لكن لم يتعيّن زماناً فتؤدّي إلى الغرر».

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٠.

(٤) في المخطوطة: «وبطلان».

(٥) قاله الشارح في التنقيح الرائع ٣: ١٢٧.

(٦) شرائع الإسلام: ....

قال: كذلك ألفاظ العقود لا تؤخذ بالإرادة، بل بمقتضى اللفظ، ويحكم على صاحبه به، وإلّا لصحّت دعوى إرادة الدائم من لفظ المنقطع بذكر الأجل سهواً، وهو باطل[١].

قلت: الأصل في الفعل الاختياري القصد، فدعوى خلافه باطل حينئذٍ، فاختلّ في المنقطع الذي قصده، فيبطل دعوى الدوام.

قوله: «الثالث: للبالغة الرشيدة أن تمتّع نفسها، وليس لوليّها اعتراض، بكراً كانت أو ثيّباً، على الأشهر»[٢].

أقول: يظهر ذلك من كلام التقيّ[٣]؛ عملاً برواية سليمان بن سالم عن الصادق عليه السلام[٤].

قوله: «السادس: لا يقع بها طلاق وتبين بانقضاء المدّة، ولا يقع بها إيلاء ولا لعان على الأظهر، وفي الظهار تردّد، أظهره أنّه يقع»[٥].

أقول: ينشأ من عموم الآية[٦]، وبه قال المرتضى[٧] والتقيّ[٨] والمفيد في العزّيّة[٩]،

---

(١) قاله الشارح في التنقيح الرائع ٣: ١٢٧.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٠.

(٣) الكافي في الفقه: ٢٩٢.

(٤) لم نعثر عليه مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتب الحديث والفقه، وما وجدناه عن سعدان بن مسلم عنه عليه السلام، تهذيب الأحكام ٧: ٢٥٤، ح ١٠٩٥.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٥١.

(٦) المجادلة (٥٨): ٣.

(٧) الانتصار: ٢٧٧.

(٨) الكافي في الفقه: ٣٠٣.

(٩) لم نعثر عليها، ولا على من نسبه إليها.

ومن أنّه ليس لها إجبار الزوج على الوطء، فلم يكن لها المرافعة. ولمانع أن يمنع انحصار فائدة الظهار في المطالبه بالوطء[١].

قوله: «السابع: لا يثبت بهذا العقد ميراث بين الزوجين، شرطا سقوطه أو أطلقا. ولو شرطا التوارث أو شرط أحدهما، قيل: يلزم؛ عملاً بالشرط. وقيل: لا يلزم؛ لأنّه لا يثبت إلّا شرعاً، فيكون اشتراطاً لغير وارث، كما لو شرط للأجنبيّ. والأوّل أشهر»[٢].

أقول: للأصحاب أقوال:

الأوّل: انتفاء الإرث مطلقاً. وهو ظاهر المفيد[٣] والصدوق[٤]، وصريح التقيّ[٥] وابن إدريس[٦]؛ لأصالة العدم، ولرواية سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام: «ليس بينهما ميراث اشترط أو لم يشترط»[٧]. ولأنّ الشرط لغير وارث محال؛ إذ سببيّة الإرث شرعيّة لا جعليّة.

الثاني[٨]: الإرث مطلقاً كالدائم؛ لأنّ المقتضي فيه هو العقد لا بشرط شيء مع عدم مانعيّة السبب. وهو منقول عن القاضي[٩]؛ عملاً بالعموم. وهو ضعيف؛ لأنّ الأدلّة مخصّصة، [١٤٨ ب] كتخصيص القاتل و الكافر.

---

(١) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ١٥.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٥١.

(٣) المقنعة: ٤٩٨.

(٤) المقنع: ٣٤٠ ـ ٣٤١.

(٥) الكافي في الفقه: ٢٩٨.

(٦) السرائر ٢: ٦٢٤.

(٧) تهذيب الأحكام ٧: ٢٦٤ ـ ٢٦٥، ح ١١٤٢.

(٨) في المخطوطة: «٢».

(٩) المهذّب ٢: ٢٤٠ و٢٤٣.

الثالث: أنّ المقتضي للتوارث هو شرطه، وبعدمه عدمه، ويؤكّده شرط عدمه. وبه قال في النهاية[١]؛ لعموم: «المسلمون عند شروطهم»[٢]، ولحسنة البزنطي عن الرضا عليه السلام: «إن اشترطت الميراث كان، وإن لم تشترط لم يكن»[٣].

ويتفرّع على هذا: إن شرطاه لهما لزم، وإن كان لأحدهما، ولم ينفيا الآخر ولا أثبتاه، فيشكل من أغلبيّة الإرث من الجانبين عند وجوده من واحد، فيحمل مطلقه عليه، ومن أنّ مطلق العقد لا يقتضيه، بل الشرط فيقتصر عليه.

وقد وقع مثله في المسلم والكافر، والأب الملاعن بالولد بعد [ذلك]. وإن شرطاه لأحدهما أو شرطا عدمه للآخر، فالإشكال أشدّ من أغلبيّته من الجانبين، وهو مشعر بالتلازم، فإذا أفرداه أخرجناه عن ذلك، فجرى وجوده مجرى عدمه، ومن العمل بالشرط.

ويحتمل صحّة شرط الإرث ويتوارثان من الجانبين؛ لوجود المقتضي للإرث في المشترط له، فينسحب[٤] في الآخر؛ قضيّة للتلازم.

الرابع: أنّ المقتضي للإرث هو الماهيّة بشرط لا شيء، فيثبت مع إطلاق العقد، وينتفي مع اشتراط عدمه، واشتراط وجوده تأكيد. وهو قول المرتضى[٥] وابن أبي عقيل[٦].

---

(١) النهاية: ٤٩٢.

(٢) الكافي ٥: ١٦٩، ح ١؛ ص ٤٠٤، ح ٨ و٩؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٨، ح ٣٣٠١؛ ص ١٢٨، ح ٣٤٧٦؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٢، ح ٩٣ و٩٤.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٢٦٤، ح ١١٤٠.

(٤) في المخطوطة: «ويستحبّ»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ٩٢.

(٥) الانتصار: ٢٧٥؛ رسائل الشريف المرتضى ١: ٢٩٤ ـ ٢٩٥.

(٦) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٢٣٥.

أمّا الإرث فللآية[١]. وأمّا العدم فللشرط؛ لحديث: «المؤمنون عند شروطهم»[٢]، ولقول[٣] الباقر عليه السلام في موثّقة محمّد بن مسلم عن المتمتّعين: «يتوارثان إذا لم يشترطا، وإنّما الشرط بعد النكاح»[٤].

وأجاب الشيخ [بأنّ المراد اشتراط الأجل، أي] إن لم يشترطا الأجل توارثا[٥].

وفيه نظرٌ؛ أمّا أوّلاً: فلأنّه خلاف الظاهر؛ لعدم ذكر الأجل والمذكور أولى. وأمّا ثانياً: فلأنّ شرط الأجل في متن العقد لا بعده. «ش»[٦].

قوله: «الثامن: إذا انقضى أجلها بعد الدخول فعدّتها حيضتان. وروي حيضة، وهو متروك»[٧].

أقول: هذا قول الشيخ[٨] والتقيّ[٩].

وقال المفيد[١٠] وابن إدريس[١١] والعلّامة[١٢] [١٤٩ أ]: طهرين.

وابن بابويه في المقنع: حيضة ونصف[١٣].

---

(١) النساء (٤): ١٢.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٣٧١، ح ١٥٠٣؛ ونحوه ج ٧: ٢٢، ح ٩٣ و٩٤.

(٣) في المخطوطة: «وبقول».

(٤) الكافي ٥: ٤٦٥، ح ١؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٦٥، ح ١١٤٤.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ٢٦٥؛ الاستبصار ٣: ١٥٠.

(٦) غاية المراد ٣: ٩٠ ـ ٩٣.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٥١.

(٨) النهاية: ٤٩٢.

(٩) الكافي في الفقه: ٣١٢.

(١٠) المقنعة: ٥٣٦.

(١١) السرائر ٢: ٦٢٥.

(١٢) مختلف الشيعة ٧: ٢٤٠.

(١٣) المقنع: ٣٤١.

وابن أبي عقيل: حيضة كذلك[١]. وله كلام هنا تركناه إلى الشرح[٢].

قوله: «وتعتدّ من الوفاة ـ ولو لم يدخل بها ـ بأربعة أشهر وعشرة أيّام إن كانت حائلاً، وبأبعد الأجلين إن كانت حاملاً على الأصحّ»[٣].

أقول: قاله الشيخ في النهاية[٤] والتقيّ[٥] والقاضي[٦] وابن إدريس[٧] والصدوق[٨]؛ لرواية زرارة عن الباقر عليه السلام وقد سأله عن ذلك فقال: «أربعه أشهر وعشراً»، ثمّ قال: «[كلّ] النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة ـ حرّةً كانت أو أمةً ـ أو على أيّ وجهٍ كان النكاح منه ـ متعةً أو تزويجاً أو ملك يمينٍ ـ فالعدّة أربعة أشهرٍ وعشراً»[٩].

وقال المفيد[١٠] والمرتضى[١١]: نصف ذلك؛ لرواية الحلبيّ عن أبيه عن رجل عن الصادق عليه السلام[١٢].

والأوّل أصحّ طريقاً، ويعضده الآية[١٣]، مع أنّ الثانية مقطوعة. وحملها الشيخ على

---

(١) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٢٤٠.

(٢) التنقيح الرائع ٣: ١٣٣.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٥١.

(٤) النهاية: ٤٩٢.

(٥) الكافي في الفقه: ٣١٣.

(٦) المهذّب ٢: ٣٣٤.

(٧) السرائر ٢: ٦٢٥.

(٨) المقنع: ٣٤١.

(٩) تهذيب الأحكام ٨: ١٥٧، ح ٥٤٥.

(١٠) المقنعة: ٥٣٦.

(١١) الانتصار: ٢٧٥.

(١٢) تهذيب الأحكام ٨: ١٥٨، ح ٥٤٧.

(١٣) البقرة (٢): ٢٣٤.

الأمة[١]. وهو مشكل؛ لمخالفته لرواية زرارة.

ولم يفرق ابن إدريس بين الحرّة والأمة[٢]؛ لرواية زرارة.

قوله: «القسم الثالث: في نكاح الإماء»[٣].

قوله في الأولى من مسائله: «**لا يجوز للعبد ولا للأمة أن يعقدا لأنفسهما نكاحاً إلّا بإذن المالك**» إلى قوله: «**والأوّل أظهر**»[٤].

أقول: قوله: «يكون إجازة» إلى آخره. قال المفيد[٥] وابن إدريس[٦] والمرتضى في الناصريّات[٧]، وقال الشيخ في الخلاف[٨] يبطل، والرابع قوله في النهاية[٩] [و]التهذيب[١٠] [و]المبسوط[١١].

والأوّل أظهر؛ لأنّ نسبة العبد والأمة إلى المولى كنسبة الفضوليّ، فيكون صحيحاً مع الإجازة، كما تقدّم.

ويؤيّده رواية زرارة ـ حسناً ـ عن الباقر عليه السلام: «ذاك إلى سيّده، إن شاء أجازه، وإن

---

(١) تهذيب الأحكام ٨: ١٥٨؛ الاستبصار ٣: ٣٥١.

(٢) السرائر ٢: ٦٢٥.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٢.

(٤) المصدر ٢: ٢٥٣.

(٥) المقنعة: ٥٠٧.

(٦) السرائر ٢: ٥٩٦.

(٧) المسائل الناصريّات: ٣٣٠، المسألة ١٥٤.

(٨) الخلاف ٤: ٢٥٧ ـ ٢٥٨، المسألة ١١.

(٩) النهاية: ٤٧٦.

(١٠) تهذيب الأحكام ٧: ٣٥١.

(١١) المبسوط ٤: ١٦٦.

شاء فرّق بينهما». قلت: إنّ الحكم بن عتيبة وأصحابه يقولون: النكاح فاسدٌ ولا تحلُّ إجازة السيّد له! فقال أبو جعفرٍ عليه السلام: «إنّه لم يعصِ الله، إنّما عصى سيّده، فإذا أجازه فهو له جائزٌ»[(١)].

إن قلت: [١٤٩ ب] عصيان السيّد يستلزم عصيان الله ـ لكونه مأموراً بطاعته[(٢)] ـ فالتعليل مشكل.

[قلت:] العصيان هو مخالفة إرادة المولى، وليس عدم العلم بإرادة المولى عند مبادرة العقد علماً بعدم إرادته، فيكون العقد موقوفاً حتّى يحصل العلم بإرادته فيصحّ، أو بعدم إرادته فيبطل. وقول الإمام: «إنّما عصى سيّده» أراد أنّه عصاه على تقدير عدم إرادته لا مطلقاً. «ك».

قوله في الثانية: «**ولو اشترطه [ل]أحدهما أو اشترط زيادةً عن نصيبه لزم الشرط، ولو كان أحد الزوجين حرّاً لحق الولد به**» إلى قوله: «**على قول مشهور**»[(٣)].

أقول: هذا هو الحقّ والمشهور؛ لأصالة الحرّيّة، ولتظافر الروايات[(٤)] بذلك.

وقال ابن الجنيد: يكون رقّاً؛ لأنّ نماء المملوك يتبعه في الملك، وإذا اجتمع حقّان في شيء غُلِّب حقّ العبد على حقّ الله[(٥)].

---

(١) الكافي ٥: ٤٧٨، ح ٣؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٥١، ح ١٤٣٢.

(٢) في المخطوطة: «بطاعة».

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٣.

(٤) راجع الكافي ٥: ٤٩٣، باب الولد إذا كان أحد أبويه مملوكاً والآخر حرّاً؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٣٥ ـ ٣٣٦، ح ١٣٧٤ ـ ١٣٧٧.

(٥) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٢٦٨.

وفيه نظرٌ؛ لأنّ الحرّيّة أيضاً حقّ لآدميّ.

أمّا لو اشترط المالك الرقّيّة فهل يلزم؟ قال الشيخ: نعم؛ عملاً بقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[(١)].

وفيه نظرٌ؛ لأنّ الشرط يلزم ما لم يمنع منه مانع، ولذلك نسبه المصنّف إلى الشهرة؛ استضعافاً له.

والحقّ أنّه لا يلزم؛ لأنّه نوع من التمليك، كما لا يصحّ أن يملّك الإنسان ولده غيره؛ لأنّه لا يملكه، فكذا صورة النزاع؛ لعدم الفرق بينهما، إلّا في ما لا يدخل في الحكم.«ك»[(٢)].

قوله: «الثالثة: إذا تزوّج الحرّ أمة[(٣)] من غير إذن المالك ثمّ وطئها قبل الرضا عالماً بالتحريم كان زانياً، وعليه الحدّ ولا مهر إن كانت عالمة مطاوعة، ولو أتت بولد كان رقّاً لمولاها»[(٤)] إلى آخر المسألة.

أقول: في هذه المسألة أربع مسائل:

الأُولى:[(٥)] أنّه إذا تزوّج عالماً بالتحريم، ووطئ قبل الرضا يكون زانياً، وعليه الحدّ؛ لأنّا[(٦)] لا نعني بالزنى إلّا إيلاج الرجل فرجه في فرج امرأة محرّمة بعينها قطعاً، وهو[(٧)] [١٥٠ أ] هناك كذلك. ثمّ إن كانت مكرهة لزمه المهر، وإلّا فلا.

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٣٧١، ح ١٥٠٣؛ ونحوه ج ٧: ٢٢، ح ٩٣ و٩٤.

(٢) التنقيح الرائع ٣: ١٣٩.

(٣) في المخطوطة: «بأمة».

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٤.

(٥) في المخطوطة: «الأول».

(٦) في المخطوطة: «لأن».

(٧) لفظتا: «وهو» تكرّرتا في المخطوطة.

الثانية[١]: انضمّ إلى علمه علمُها، وكونُها مطاوعة، فعليهما الحدّ، ولا مهر في الأصحّ.

وفي المسألتين الولد رقّ لمولاها؛ لأنّ الزاني لا ماء[٢] له، وهو نماء الأُمّ.

الثالثة[٣]: كان الزوج جاهلاً بتحريم الوطء قبل الإذن أو عالماً به، لكن هناك شبهة ـ كأن وجدها على فراشه فظنّها زوجته، ولم يدر أنّها الأمة التي عقد عليها بغير إذن سيّدها ـ فلا حدّ عليه؛ لدرء الحدّ بالشبهة.

وعليه المهر؛ لأنّه عوض البضع، ولا مسقط له.

ثمّ إن كانت عالمة هنا حُدَّت، وإلّا دُرئ عنها.

[و]في ثبوت المهر هنا احتمالان: العدم؛ لأنّها بغيّ. والثبوت؛ [لأنّه دخل على ذلك][٤].

والولد هنا حرّ عندنا، سواء كان الزوج عربيّاً أو أعجميّاً؛ لأصالة الحرّيّة وللروايات.

ويلزم الأبَ قيمةُ يوم سقوطه حيّاً؛ لأنّه نماء ملك الغير، وقد ألحقه الشارع به.

ووقت سقوطه [حيّاً] هو وقت الحيلولة. فلو سقط ميّتاً فلا شيء؛ لأنّه لا قيمة للميّت. وفي حال كونه حيّاً لانفرد بالتقويم.

الرابعة[٥]: كان عالماً برقّيّتها وبالتحريم، إلّا أنّها ادّعت الحرّيّة وقامت لها البيّنة بها وثبت أنّهما شاهدا زور أو لم تقم، بل عقد عليهما بمجرّد دعواها، على تردّد في هذه الصورة؛ لتجويزه حرّيّتها أو كان لا يعلم رقّيّتها، وادّعت أنّها حرّة ثمّ بان الخلاف.

وعلى التقادير ثبت المهر، ويكون الولد حرّاً، وثبت قيمة يوم سقوطه حيّاً.

---

(١) في المخطوطة: «الثاني».

(٢) في المخطوطة: «ماء» بدل «ولد له».

(٣) في المخطوطة: «الثالث».

(٤) في المخطوطة هنا بياض بقدر نصف السطر فأضفنا مكانه ما بين المعقوفين من غاية المراد ٣: ٦٠.

(٥) في المخطوطة: «الرابع».

أمّا المهر فهو المسمّى؛ لأنّه عقد صحيح ظاهراً.

وقال الشيخ في النهاية[١] والقاضي[٢] وابن حمزة[٣]: العشر أو نصفه، ونقل بعضهم[٤] عن القاضي الأوّل وعن ابن حمزة مهر المثل، كما في المسائل المتقدّمة.

ثمّ إنّ المصنّف لم يذكر حكم الرجوع بالمهر في جميع الصور، وحاصله أنّه في صورة الجهل أو الشبهة يرجع به [١٥٠ ب] على المدلّس، فإن كانت هي رجع عليها بعد العتق مع تلفه أو بعضه.

وأمّا حرّيّة الولد فهي خلاف فتوى الشيخ في النهاية[٥] والقاضي[٦].

ويفهم من كلام المصنّف والعلّامة في القواعد[٧] الفتوى برقّيّته.

وهو وهم، لأنّ ذلك في سياق قولهما: «وقيل».

والأصحّ أنّ الولد حرّ؛ لتبعيّة الأشرف، ولما ورد عن الصادق عليه السلام: «لا يُملَك ولدٌ حرّ»[٨] بتنوين «ولد»، ومن أضافه وهم، وقد نصّ عليه ابن إدريس[٩]، وصحّحه بعض الفضلاء[١٠].

---

(١) النهاية: ٤٧٧.

(٢) المهذّب ٢: ٢١٦ ـ ٢١٧.

(٣) الوسيلة: ٣٠٣.

(٤) الناقل فخر الدين في إيضاح الفوائد ٣: ١٤٢؛ ولعلّه لقول القاضي في المهذّب ٢: ٢٣٦، باب التدليس: «وإذا تزوّج بامرأة على أنّها حرّة فبان أنّها أمة، فإن كان قد دخل بها وكانت هي المتولّية لنكاحها منه كان له ردّها ولها المهر بما استحلّ من فرجها».

(٥) النهاية: ٤٧٧.

(٦) المهذّب ٢: ٢١٦.

(٧) قواعد الأحكام ٣: ٥٦.

(٨) تهذيب الأحكام ٧: ٣٥٠، ح ١٤٢٩.

(٩) السرائر ٢: ٥٩٧.

(١٠) راجع: غاية المراد ٣: ٦١.

قوله: «فإن [امتنع من] السعي»، قال الشيخ في النهاية[١] والقاضي[٢]: يفديهم الإمام من سهم الرقاب؛ [للرواية].

وقال ابن إدريس؛ لاختصاصه بالعبيد، وهم غير عبيد[٣].

ولا تدلّ على قول الشيخ؛ لإطلاقه الافتداء، ولم يذكر جهته، والعلّامة في المختلف لم يوجب الاستسعاء؛ لأنّه[٤] حقّ ثبت في ذمّته، فيؤخّر مع العجز إلى اليسر؛ لعموم[٥]: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[٦].

وجوّز الفكّ من بيت المال؛ لأنّه من المصالح. أو من سهم الرقاب؛ لأنّه عوض رقبة من شأنها التقويم، ويزال به اليد، فيدخل في الرقاب[٧]. «ش»[٨].

قوله: «الرابعة. إذا زوّج المولى عبده أمته هل يجب أن يعطيها المولى شيئاً من ماله؟ قيل: نعم، والاستحباب أشبه»[٩].

أقول: قوله: «قيل: نعم» قاله الشيخان[١٠] والتقيّ[١١]؛ ليكون مهراً؛ لأنّه نكاح لابدّ فيه من مهر.

---

(١) النهاية: ٤٧٧.

(٢) المهذّب ٢: ٢١٦.

(٣) السرائر ٢: ٥٩٧.

(٤) في المخطوطة: «ولأنّه».

(٥) في المخطوطة: «ولعموم».

(٦) البقرة (٢): ٢٨٠.

(٧) مختلف الشيعة ٧: ٢٦١ ـ ٢٦٢.

(٨) غاية المراد ٣: ٦٢ ـ ٦٣.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٤.

(١٠) المقنعة: ٥٠٧؛ النهاية: ٤٧٨.

(١١) الكافي في الفقه: ٢٩٧.

ومنعه ابن إدريس، وإلّا لاشترط فيه باقي شروط النكاح، بل هو إباحة[١].

قوله: «السابعة: إذا تزوّج أمة بين شريكين ثمّ اشترى حصّة أحدهما بطل العقد» إلى قوله: «وهو ضعيف»[٢].

أقول: القائل الشيخ[٣] والقاضي[٤]، واستضعفه ابن إدريس[٥] والمصنّف؛ إذ البضع لا يتبعّض بعضه بالملك، وبعضه بالعقد.

وجوّز ابن إدريس الإباحة من الشريك[٦]، ومنعه المصنّف؛ لأنّ التبعيض أيضاً حاصل[٧] هنا؛ إذ بعضه بالملك وبعضه بالإباحة. وبه قال ابن الجنيد[٨]، وابن حمزة جوّز المتعة في أيّامها[٩].

والحقّ [١٥١ أ] هو التبعّض بالملك والإباحة، لا به وبالعقد. ونمنع اتّحاد العلّة؛ فإنّ الأحكام تختلف مع الملك والعقد، دون الملك والإباحة، فإنّ حكم العقد المهرُ والحصرُ والقَسمُ والطلاقُ والعدّةُ ونحوُ ذلك، بخلاف الوطء بالملك، فالتبعيض بهما يستلزم اختلاف هذه الأحكام، بخلاف الملك والإباحة؛ فإنّه لا اختلاف بينهما. وأيضاً الإباحة تمليك بوجه فيدخل تحت الملك، فلا يكون تبعيض في المعنى ولا في

---

(١) السرائر ٢: ٦٠٠ ـ ٦٠١.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٥.

(٣) النهاية: ٤٨٠.

(٤) المهذّب ٢: ٢١٩.

(٥) السرائر ٢: ٦٠٣.

(٦) المصدر نفسه.

(٧) في المخطوطة: «حاصد».

(٨) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٢٦٨.

(٩) الوسيلة: ٣٠٤.

الحكم، غايته أنّ سبب الحكم مختلف، كما لو ملك نصفها بالشراء، والنصف الآخر بالهبة أو بالإرث [أو نحو] ذلك.

قوله: «فإن هايأها على الزمان قيل» إلى قوله: «من العلّة» [(١)].

أقول: الرواية عن محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام [(٢)]. قال المصنّف: فيها ضعف؛ لضعف بعض رجالها، ولأنّه يلزم التبعيض، كما قلنا أوّلاً.

قوله: «ومن اللواحق الكلام [(٣)] في الطوارئ [وهي ثلاثة: العتق، والبيع، والطلاق]. أمّا العتق فإن [(٤)] أعتقت المملوكة كان لها فسخ نكاحها، سواءٌ كانت تحت حرّ أو عبد» إلى قوله: «وهو أشبه» [(٥)].

أقول: وذلك من حكمة الله رأفة لها؛ حيث كانت مجبرة على النكاح، فلو استمرّ لكان بغير مهر، وذلك إضرار، ومن ثمَّ فارقت الصبيّة والمجنونة.

والأصل فيه أنّ عائشة اشترت بريرة وأعتقتها، وكانت مزوّجة بمغيث، فخيّرها النبيّ صلى الله عليه وآله، فقال لها: «ملكت نفسك فاختاري»، فاختارت [(٦)] الفسخ [(٧)].

ولا خلاف في جوازه إذا كان الزوج عبداً، وأمّا إذا كان حرّاً ففيه قولان:

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٥.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥٧، ح ٤٥٧٩؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٤٥ ـ ٢٤٦، ح ١٠٦٧.

(٣) في المخطوطة: «كلامه».

(٤) في المخطوطة: «فإذا».

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٥.

(٦) في المخطوطة: «واختارت».

(٧) الكافي ٥: ٤٨٥ ـ ٤٨٦ و٤٨٧، ح ١ و ٥؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٤١ ـ ٣٤٢، ح ١٣٩٥ ـ ١٣٩٧.

[الأوّل:] الثبوت، وبه قال ابن الجنيد[١] والشيخان[٢] والقاضي[٣] والمصنّف في النافع[٤].

والثاني العدم، وبه قال الشيخ في الخلاف[٥] والمبسوط[٦].

ومنشأ الخلاف: هل كان مغيث حرّاً أو عبداً؟ فروى إبراهيم، عن الأسود، عن عائشة أنّه [كان] حرّاً[٧]. وعن ابن عبّاس أنّه كان عبداً أسود. قال ابن عبّاس: كأنّي أنظر إليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تجري على لحيته، فقال لها النبيّ ﷺ: «لو راجعته؛ فإنّه أبو ولدك». فقالت: يا رسول الله، تأمرني بأمرك؟ فقال: «لا، إنّما شافع». فقالت: لا حاجة لي فيه[٨].

وقال الشيخ [في] الخلاف: روي عن عائشة أنّه كان عبداً، وأنّه لو كان حرّاً لم يخيّرها[٩].

والأجود ثبوت الخيار؛ لوجوه:

الأوّل: أنّ المقتضي للثبوت ملكها نفسها، لا اختلاف الحرّيّة والرقّيّة؛ لأنّ اتّفاق الزوجين في إحداهما[١٠] ليس شرطاً في صحّة العقد إجماعاً. ورضا الحرّة شرط في

---

(١) انظر: مختلف الشيعة ٧: ٢٥٦؛ إيضاح الفوائد ٣: ١٥٠.

(٢) المقنعة: ٥٠٦؛ النهاية: ٤٧٦.

(٣) المهذّب ٢: ٢١٦.

(٤) المختصر النافع ١: ١٨٤.

(٥) الخلاف ٤: ٣٥٣ ـ ٣٥٤، المسألة ١٣٤.

(٦) المبسوط ٤: ٢٥٨.

(٧) سنن أبي داود ٢: ٢٧٠، ح ٢٢٣٥.

(٨) صحيح البخاري ٧: ٦٢.

(٩) الخلاف ٤: ٣٥٤، المسألة ١٣٤.

(١٠) في المخطوطة: «أحدهما».

العقد إجماعاً [١٥١ ب]، وهذا المقتضي ثابت فيما إذا كانت تحت حرّ.

الثاني: أنّ رضا الحرّة شرط في صحّة العقد ابتداءً، فكذا في أثناء العقد؛ لاتّفاق العلّة، وهي لزوم ضررها.

الثالث: أنّ الخيار يثبت للمشتري إجماعاً، ولا مقتضي له إلّا تجددّ ملكه، وأنّه قد ملك نفسها، فكذا إذا أُعتقت على وجه الأولى؛ لأنّ[(١)] ملكها نفسها أقوى من ملك المشتري لها؛ للزوم[(٢)] الأوّل، وعروض الثاني.

الرابع: أنّ تخيير النبيّ ﷺ، لبريرة معلوم قطعاً، وكانت تحت حرّ؛ لما تقدّم، كرواية إبراهيم[(٣)]، هو نصّ في الباب.

الخامس: روايات أصحابنا [...][(٤)] بثبوت الخيار مطلقاً، كرواية أبي الصباح الكنانيّ عن الصادق عليه السلام: «أيّما امرأة أُعتقت فأمرها بيدها إن شاءت قامت معه وإن شاءت فارقته»[(٥)]. وهو عامّ في الحرّ والعبد.

وبمعناه عن عبد الله بن بكير[(٦)] ومحمّد بن آدم[(٧)] وزيدٍ الشحّام[(٨)] وغيرهم.

قوله: «ولو أُعتق العبد لم يكن له خيار»[(٩)].

---

(١) في المخطوطة: «لا»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٣: ١٤٨.

(٢) في المخطوطة: «لزم»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٣: ١٤٨.

(٣) سنن أبي داود ٢: ٢٧٠، ح ٢٢٣٥.

(٤) في المخطوطة هنا بياض بقدر كلمة.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ٣٤١، ح ١٣٩٤.

(٦) المصدر ٧: ٣٤٢، ح ١٣٩٩.

(٧) المصدر ٧: ٣٤٢، ح ١٤٠٠.

(٨) المصدر ٧: ٣٤٢، ح ١٤٠١.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٥.

أقول: وقال ابن الجنيد بثبوت الخيار له إذا كانت زوجته أمة[١].

وقال ابن حمزة: إنّ المولى إذا أكره العبد على التزويج كان له الخيار إذا أعتقه، وإن لم يكرهه فلا خيار له[٢]، واختاره بعض الفضلاء[٣].

والمشهور ما ذكره المصنّف؛ تمسّكاً بالأصل، وهو بقاء العبد على ما كان، وعدم العارض، ولأنّ الطلاق بيده، فلا ضرر عليه في بقاء النكاح.

قوله: «ويجوز أن يجعل عتق الأمة صداقها» إلى قوله: «والأوّل أشهر»[٤].

أقول: هذه المسألة مشهورة بين الأصحاب، ولا مخالف فيها، ومستندها النقل المستفيض عن أهل البيت عليهم السلام[٥]، وأيضاً ما نقل عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه أعتق صفيّة، وجعل عتقها صداقها[٦]، ولم ينقل أنّه عقد عليها نكاحاً غير ذلك.

واشتراط تقديم التزويج قول الشيخ [في] النهاية[٧] [و]المبسوط[٨] وابن بابويه[٩] والقاضي[١٠] وابن حمزة[١١] وابن إدريس[١٢]، وإلّا مضى وانعتق، وكان لها الخيار.

---

(١) مختلف الشيعة ٧: ٢٧٠.

(٢) الوسيلة: ٣٠٥ و٣٠٦.

(٣) منهم العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٢٧٠.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٦.

(٥) راجع: الكافي ٥: ٤٧٥ ـ ٤٧٦، باب الرّجل يعتق جاريته ويجعل عتقها صداقها.

(٦) الخلاف ٤: ٢٦٩، المسألة ٢٢؛ صحيح البخاري ٧: ٨.

(٧) النهاية: ٤٩٧.

(٨) المبسوط ٤: ١٧٤ ـ ١٧٥.

(٩) المقنع: ٣١٠.

(١٠) المهذّب ٢: ٢٤٧.

(١١) الوسيلة: ٣٠٤.

(١٢) السرائر ٢: ٦٣٨.

وقال المفيد[١] والتقيّ[٢] بعدم العتق، وأنّ صحة إيجاب التزويج مشروطة بمحلّ قابل، ولا قابليّة للأمة قبل العتق؛ لمنافاة التزويج الملك أو إلى شخص واحد، فلابدّ من تقديم العتق؛ ليصير المحلّ قابلاً للتزويج.

واختاره العلّامة وعلّله بأنّه إذا قال: «أعتقتك وتزوّجتك وجعلت مهرك عتقك» ولا يثبت لها الخيار هنا؛ لأنّ[٣] الكلام إنّما يتمّ بآخره، كما لو قال: «أعتقك وعليك خدمة سنة»، فإنّ الخدمة [لزمته]، ولا خيار فيها[٤].

قوله: «وأُمّ الولد لا تنعتق إلّا بعد وفاة مولاها» إلى قوله: «والأوّل أشبه»[٥].

أقول: القائل الشيخ في النهاية[٦]، ومنعه ابن إدريس[٧]؛ لعدم الدليل على وجوب السعي، والرواية لا تدلّ على المدّعى؛ لأنّه قال: إن كان لها ولد فأدّى عنها عتقت[٨]، وهذه العبارة لا تدلّ على الإلزام، بل على التبرّع، ولا نزاع فيه. «ك»[٩].

قوله: «[وقيل:] يجوز بيعها بعد وفاته»[١٠].

أقول: قاله الشيخ [في] النهاية[١١].

---

(١) المقنعة: ٥٤٩.

(٢) الكافي في الفقه: ٣١٧.

(٣) في المخطوطة: «لهذا» بدل «هنا لأنّ»، وصحّحناه كما في مختلف الشيعة ٧: ٢٨٨.

(٤) مختلف الشيعة ٧: ٢٨٨.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٦.

(٦) النهاية: ٥٤٧.

(٧) السرائر ٣: ٢٣ و٢٧٣.

(٨) تهذيب الأحكام ٧: ٤٨٢، ح ١٩٣٩.

(٩) التنقيح الرائع ٣: ١٥٥.

(١٠) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٦.

(١١) النهاية: ٥٤٦ ـ ٥٤٧.

[قوله:] «**ولو كان تحته حرّة فبيع، كان للمشتري الخيار على رواية فيها ضعف**»[(١)].

أقول: الرواية عن محمدّ [بن] عليّ عن أبي الحسن عليه السلام[(٢)]، وضعفها بأنّ الراوي مشترك بين الثقة وغيره[(٣)].

قال ابن إدريس: الرواية شاذّة، والحمل على الأمة قياس[(٤)]، قال: وأوردها الشيخ[(٥)] إيراداً لا اعتقاداً؛ لرجوعه في المبسوط[(٦)].

واختار العلّامة قول الشيخ؛ لأنّ العلّة في الخيار في الأمة تجدّد الملك، وهو حاصل هنا، وليس قياساً، بل عمل بالعلّة المنصوصة[(٧)].

[١٥٢ أ] **قوله: «مسائل ثلاث[(٨)]: الأُولى: إذا زوّج أمته ملك المهر؛ لثبوته في ملكه»** إلى قوله: «**وفيها أقوال مختلفة، والمحصّل ما ذكرناه**»[(٩)].

أقول: قال في النهاية: إنّ له أخذه، وليس له المطالبة بالباقي بعد ما باع، ولا للمشتري أيضاً المطالبة إلّا أن يرضى بالعقد[(١٠)].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٦.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٣٣٩، ح ١٣٨٧.

(٣) وضعّفها آخرون بأنّ الراوي موسى بن بكر واقفي. كشف الرموز: ١٧٠؛ التنقيح الرائع ٣: ١٦٠. وضعّفها الشهيد الثاني بالأمرين. مسالك الأفهام ٨: ٥٤.

(٤) السرائر ٢: ٥٩٨.

(٥) عمل بها في النهاية: ٤٧٧.

(٦) المبسوط ٤: ٢٥٧.

(٧) مختلف الشيعة ٧: ٢٦٢ ـ ٢٦٣.

(٨) في المخطوطة: «ستّ».

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

(١٠) النهاية: ٤٩٩.

وقال في المبسوط: مع دخول الزوج قبل البيع يستقرّ المهر، فإن أخذه الأوّل فهو له، وإلّا كان للثاني المطالبة، مع عدم الدخول لم يجب على الزوج شيء وإن كان قد أقبضه استردّه[(١)].

وما ذكره المصنّف محصّل كلام ابن إدريس[(٢)].

قوله: «الثانية: لو زوّج عبده بحرّة ثمّ باعه [قبل الدخول]، قيل: كان للمشتري» إلى قوله: **«الأمرين»**[(٣)].

أقول: هما أنّه ليس له الفسخ، وأنّ المهر كلّه على المولى؛ لأنّه سبب العقد. وهو قول ابن إدريس[(٤)] والشيخ في المبسوط[(٥)]، والمذكور في الكتاب قوله في النهاية[(٦)]؛ قياساً على الطلاق.

قوله: «الثالثة: لو باع أمته[(٧)] وادّعى أنّ حملها منه وأنكر المشتري» إلى قوله: **«وفيه تردّد»**[(٨)].

أقول: حتّى أنّه لو صار إليه بعد إقراره انعتق[(٩)] عليه.

---

(١) المبسوط ٤: ١٩٧.

(٢) السرائر ٢: ٦٤١ ـ ٦٤٢.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

(٤) السرائر ٢: ٥٩٨ و٦٤٣.

(٥) لم نعثر عليه في المبسوط، فراجعه ٤: ٢٥٧.

(٦) النهاية: ٤٩٩.

(٧) في المخطوطة: «أمة».

(٨) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

(٩) في المخطوطة: «والعتق».

قوله: «لأنّه إقرار» إلى آخره؛ لأنّه يمكن أن يكون الولد والأمة لغيره، وصاحبها أجازه في بيعها، فلا يتضرّر المشتري بإقرار الولد حينئذٍ.

قال المصنّف: «وفيه تردّد»؛ إذ لمانع يمنع عدم التضرّر؛ فإنّه على تقدير موت البائع ولا وارث سواه؛ فإنّه يشترى الولد من ماله، ويقهر المشتر على بيعه ليتحرّر فقد تضرّر المشتري بذلك. ومن أنّ ذلك إقرار و«إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[١]، فيكون مقبولاً.

قوله: «وله أن يفرّق بينهما بغير لفظ الطلاق، مثل أن يقول: فسخت عقدكما» إلى قوله: **«وهو أشبه»**[٢].

أقول: قاله في المبسوط[٣]، ومنعه ابن إدريس[٤] وإلّا لزم وقوع الطلاق بالكناية، وهو باطل عندنا.

وكذا قال في المبسوط[٥] بوجوب الاستبراء الزائد على العدّة.

وقال الشيخ في موضع آخر: لا حاجة إلى الاستبراء[٦]، واختاره المصنّف[٧].

قوله: «ولو طلّقها الزوج ثمّ باعها المالك أتمّت العدّة» إلى قوله: **«وهو أصحّ»**[٨].

---

(١) عوالي اللآلي ١: ٣٢٧، ح ١٠٤؛ ج ٢: ٢٥٧، ح ٥؛ ج ٣: ٤٤٢، ح ٥. راجع: الخلاف ٣: ٥٩٧، المسألة ٢٦.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

(٣) لم نعثر عليه في المبسوط، ولا على من نسبه إليه.

(٤) السرائر ٢: ٦٠٠ ـ ٦٠١.

(٥) المبسوط ٥: ٢٧٠.

(٦) الخلاف ٥: ٨٦، المسألة ٤٨.

(٧) شرائع الإسلام ٣: ٣١.

(٨) المصدر ٢: ٢٥٨.

أقول: لا خلاف ولا بحث[(١)] في جواز الوطء بالملك، وفي عدم الحصر منهنّ، وإنّما هو بحسب الإمكان والإرادة.

وإنّما لا يحتاج الوطء بالملك إلى العقد، لأنّ ملك جميع منافع الأمة يستلزم ملك بضعها، فالعقد عليها يكون تحصيلاً للحاصل.

والحكم في تحريم وطء العبد مالكته على القول [١٥٢ ب] بأنّه لا يملك شيئاً ظاهر[(٢)]؛ لأنّ الوطء مشروط بتملّك البضع.

وكذا على القول بأنّه يملك ملكاً ناقصاً؛ لأنّ الوطء مشروط بكماليّة الملك، ولذلك لا يجوز لأحد من الشركاء في الأمة وطؤها، ويلزم أيضاً لو ملكته أن يكون واحد منهما حاكماً ومحكوماً معاً، وهو ضدّ الحكمة المرادة له[(٣)] تعالى[(٤)].

قوله في الثاني في ملك المنفعة: «**أمّا الصيغة فأن يقول: أحللت لك وطأها**»[(٥)] إلى آخره.

أقول: المشهور بين الأصحاب جواز ذلك، ونقل في المبسوط[(٦)] وابن إدريس[(٧)] المنع قولاً[(٨)] لبعض أصحابنا، كما هو مذهب المخالف، محتجّين بقوله تعالى:

---

(١) في المخطوطة: «ولا يجب».

(٢) في المخطوطة: «ظاهرا»

(٣) في المخطوطة: «بعد».

(٤) أي المراد بقوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ﴾ النساء (٤): ٣٤؛ كما في التنقيح الرائع ٣: ١٦٩.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٠.

(٦) المبسوط ٤: ٢٤٦.

(٧) السرائر ٢: ٦٢٧.

(٨) في المخطوطة: «قول».

﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ * فَمَنِ ٱبۡتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡعَادُونَ﴾[1]، والتحليل المذكور خارج عن القسمين؛ فإنّه داخل في الملك.

لا يقال: المراد بالأمة المملوكات، وليس المحلّلة ملكاً، وإلّا لجاز بيعها، وهو باطل.

لأنّا نقول: لو كان المراد ملك العين لقال: «من ملكت أيمانكم»؛ لأنّ «من» وضعت لمَن يعقل، و«ما» لما لا يعقل، وحيث قال بلفظ «ما» دلّ على أنّ المراد بها ملك المنفعة أعمّ من أن يكون ذلك تبعاً لملك الأصل أو لا، خرج من ذلك ما خرج من الإجارة، [فـ]يبقى الباقي على العموم. والرواية تدلّ على الكراهة.

ويؤيّد ما قلناه رواية محمّد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: سألته عن رجلٍ يُحِلُّ لأخيه فرج جاريته، قال: «هي له حلالٌ ما أحلَّ له منها»[2]. ومثله رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام[3][4].

قوله: «وهل يستباح بلفظ الإباحة؟ فيه خلاف، أظهره الجواز»[5].

أقول: منع الشيخ ذلك [في] النهاية[6] [و]التهذيب[7]، وقال ابن إدريس[8]

---

(١) المؤمنون (٢٣): ٦ ـ ٧؛ المعارج (٧٠): ٣٠ ـ ٣١.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٢٤١، ح ١٠٥٢.

(٣) المصدر ٧: ٢٤٢، ح ١٠٥٦.

(٤) في المخطوطة زيادة: «وعن ذلك».

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٠.

(٦) النهاية: ٤٩٤؛ وفيه منع عن لفظ العارية.

(٧) تهذيب الأحكام ٧: ٢٤٤؛ وفيه منع عن لفظ العارية.

(٨) السرائر ٢: ٦٣٣.

والمرتضى[١] بالجواز، واختاره المصنّف والعلّامة[٢].

والأولى المنع، بل يقتصر على المتّفق عليه، وهو التحليل لا غير؛ لأنّ الأصل تحريم بضع جارية الغير خرج منه ما وقع الاتّفاق عليه، فيبقى في الباقي على المنع.

وأيضاً لو جاز بلفظ الإباحة ـ كما قال العلّامة، لكونها في معنى التحليل ـ لجاز أيضاً بلفظ العارية وشبهها؛ لاتّفاقها معنىً، ولكن لم يجز اتّفاقاً.

ويؤيّده رواية البقباق عن الصادق عليه السلام وقد سأله رجل عن عاريّة الفرج، فقال: «حرامٌ»، ثمَّ مكث قليلًا ثمّ قال: «لكن لا بأس بأن يحلّ الرّجل الجارية لأخيه»[٣].

قوله: «ولو قال: "وهبتك وطأها" أو "سوّغتك" أو "ملّكتك"» إلى قوله: «ومن اقتصر على التحليل منع»[٤].

أقول: قال المرتضى: هو عقد متعة وإلّا لحرم؛ إذ هو ليس بملك، فلو لم يكن عقداً [١٥٣ أ] لكان فاعله من العادين[٥].

والجواب: المنع من عدم دخوله في الملك، كما تقدّم، ويلزم المرتضى أن لا يكون إلّا بأجل معلوم ومهر معلوم، وليس كذلك؛ للروايات المذكورة.

قوله: «وفي تحليل أمته لمملوكه روايتان، أحدهما المنع، ويؤيّدها أنّه نوع من تمليك»[٦] إلى آخره.

---

(١) الانتصار: ٢٨١.

(٢) مختلف الشيعة ٧: ٢٨٠، وفيه منع عن لفظ العارية.

(٣) الكافي ٥: ٤٧٠، ح ١٦؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٤٤، ح ١٠٦٣.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٠.

(٥) الانتصار: ٢٨٠ ـ ٢٨١.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٠.

أقول: رواية المنع عن عليّ بن يقطين عن الكاظم عليه السلام[١]، وعمل عليها الشيخ[٢].

ورواية الجواز عن محمّد بن مسلم[٣] فيما تقدّم، وعمل عليها ابن إدريس[٤]. وهو الأجود؛ إذ لا مانع منه، والأصل الإباحة.

ويؤيّده ظاهر قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾[٥]. ولأنّه يملك الوطء بالعقد إجماعاً، فكذا بالتحليل.

قوله: «ولو كانت مشتركة فأحلّه الشريك قيل: تحلّ»[٦] إلى آخره.

أقول: قاله في النهاية[٧]، ومنعه في المبسوط[٨].

قوله: «ولد المحلَّلة حرّ» إلى قوله: **«وقيل: لا يجب، وهو أصحّ الروايتين»**[٩].

أقول: رواية الفكّ عن ضريس عن الصادق عليه السلام[١٠]، كذا رواية إبراهيم بن عبد الحميد عن الكاظم عليه السلام[١١]، وعمل بها الشيخ في النهاية[١٢].

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٢٤٣ ـ ٢٤٤، ح ١٠٦٢؛ ص ٤٦٠، ح ١٨٤٠.

(٢) النهاية: ٤٩٤.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٢٤١، ح ١٠٥٢.

(٤) السرائر ٢: ٦٣٣.

(٥) النساء (٤): ٢٥.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٠.

(٧) النهاية: ٤٩٤.

(٨) لم نعثر عليه فيه المبسوط، ولا على من نسبه إليه. راجع: المبسوط ٤: ٢٤٦.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢٦١.

(١٠) من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥٦، ح ٤٥٧٧؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٤٦، ح ١٠٦٨.

(١١) تهذيب الأحكام ٧: ٢٤٨، ح ١٠٧٥.

(١٢) النهاية: ٤٩٩.

ورواية الحرّيّة عن إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام[١]، ورواية زرارة عن الباقر عليه السلام[٢]، وعمل بذلك المرتضى[٣] وابن إدريس.[٤] وهو الأقوى؛ لأنّ مع التعارض يجب الرجوع إلى الأصل وهو الحرمة، ولأنّ الولد يتبع أشرف الطرفين، ولأنّ الحرمة مبنيّة على التغليب، ولذلك لو ملك جزءاً من ألف فعتقه سرى عليه.

قوله في العيوب: «فعيوب الرجل ثلاثة: الجنون، والخصاء، والعنن»[٥].

أقول: وأضاف القاضي ثلاثة أُخر: الجذام، والبرص، والعمى[٦]؛ لأنّها عيوب في المرأة إجماعاً، ففي الرجل أولى؛ لأنّها أشدّ إضراراً بالمرأة؛ لأنّ الرجل لولا الفسخ لأمكنه التخلّص بالطلاق بخلافها.

ويؤيّده إطلاق رواية الحلبيّ عن الصادق عليه السلام: «إنّما يردّ النكاح»[٧] إلى آخره، وقول النبيّ صلى الله عليه وآله: «فِرَّ من المجذوم فرارك من الأسد»[٨].

واحتجّ الجماعة بأنّ الأصل بقاء العقد وعدم فسخه[٩].

قوله: «وقد[١٠] يشترط في المتجدّد أن لا يعقل أوقات الصلاة، وهو في موضع التردّد»[١١].

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٢٤٧، ح ١٠٧١.

(٢) الكافي ٥: ٤٦٩، ح ٦؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥٦، ح ٤٥٧٨؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٤٧، ح ١٠٧٣.

(٣) رسائل الشريف المرتضى ٣: ٢٧١ ـ ٢٧٢.

(٤) السرائر ٢: ٦٢٨.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٢.

(٦) المهذّب ٢: ٢٣١.

(٧) من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٣٣، ح ٤٤٩٨؛ تهذيب الأحكام ٧: ٤٢٤، ح ١٦٩٣؛ ونحوه في الكافي ٥: ٤٠٦، ح ٦.

(٨) من لا يحضره الفقيه ٣: ٥٥٧، ح ٤٩١٤.

(٩) التنقيح الرائع ٣: ١٧٨.

(١٠) في المخطوطة: «وقيل».

(١١) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٢.

أقول: لم يخصّ ابن حمزة هذا القيد بالمتجدّد[١]، بل جعله عامّاً في كلّ الأقسام. ينشأ من أصالة لزوم العقد، فلا يتسلّط على الفسخ إلّا بدليل، ولم يثبت في غير المستغرق، ومن الرواية عن الكاظم عليه السلام: المرأة تكون لها الزوج قد أصيبت في عقله من بعد ما تزوّجها أو عرض له جنون، قال: «لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت»[٢]؛ شرع لها الفسخ مطلقاً، ولم يعتبر الاستغراق وعدمه.

وأيضاً الجنون سبب مانع من الاستمتاع كما ينبغي، وذلك ضرر عظيم على المرأة، فشرع لها الفسخ؛ دفعاً للضرر [١٥٣ ب] الناشي من فوات لزوم العقد.

وفتوى الشيخين[٣] وابن إدريس[٤] وابن زهرة[٥] على الأوّل، والمصنّف لم يقف على مستند التفصيل، فالأولى العمل بعموم النصّ، والرجوع إلى العرف في دلالة لفظ الجنون.

قوله: «والعنن مرض يضعف معه القوّة عن نشر العضو»[٦].

أقول: قاله في المبسوط[٧]، وليس بمعتمد؛ لأنّه لم يعجز عن الدخول.

قوله: «فلو وطئها ـ ولو مرّة ـ ثمّ عنّ أو أمكنه وطء غيرها مع عننه عنها لم يثبت لها الخيار على الأظهر»[٨].

---

(١) الوسيلة: ٣١١.

(٢) الكافي ٦: ١٥١، ح ١؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ٥٢٢، ح ٤٨١٨؛ تهذيب الأحكام ٧: ٤٢٨، ح ١٧٠٨.

(٣) المقنعة: ٥٢٠؛ الخلاف ٤: ٣٤٩، المسألة ١٢٧؛ المبسوط ٤: ٢٥٠.

(٤) السرائر ٢: ٦١١.

(٥) غنية النزوع: ٣٥٤ ـ ٣٥٥.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٢.

(٧) المبسوط ٢: ٢٦٢ ـ ٢٦٣.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٣.

أقول: هذا قول الشيخ[١] والقاضي[٢] وابن حمزة[٣] وابن الجنيد[٤] وابن إدريس[٥]؛ لرواية إسحاق [بن] عمّار عن الصادق عليه السلام عن عليّ عليه السلام[٦].

وقال المفيد: لها الردّ وإن دخل[٧]، وتبعه ابن زهرة[٨].

قال الشيخ حَمَلَه على ذلك عموم الأخبار[٩].

قال العلّامة: والأشهر قول الشيخ؛ تمسّكاً بمقتضى العقد اللازم، وللرواية المذكورة، وإن كان قول المفيد لا يخلو عن قوّة؛ لِما فيه من دفع الضرر بفوات النكاح، قال: ونحن في ذلك من المتوقّفين[١٠].

قال بعض الفضلاء: يقوى اختيار الشيخ؛ لِما بُيّن في الأُصول من وجوب العمل بالخاصّ إذا عارضه العامّ أو المطلق[١١]، وخبر الشيخ أخصّ ودلالته أقوى، ولزوم الضرر المدّعى مدفوع بلزوم الإنفاق عليها، وربّما يحمله ذلك على الطلاق[١٢].

قوله: «ولو حدث الجبّ لم يفسخ به، وفيه قول آخر»[١٣].

---

(١) المبسوط ٤: ٢٦٥؛ النهاية: ٤٨٧.

(٢) المهذّب ٢: ٢٣٦.

(٣) الوسيلة: ٣١١.

(٤) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٢٠٤.

(٥) السرائر ٢: ٦١١ ـ ٦١٢.

(٦) تهذيب الأحكام ٧: ٤٣٠، ح ١٧١٥.

(٧) المقنعة: ٥٢٠.

(٨) غنية النزوع: ٣٥٤.

(٩) تهذيب الأحكام ٧: ٤٣٠.

(١٠) مختلف الشيعة ٧: ٢٠٦.

(١١) راجع: نهاية الوصول ٣: ٢٨ ـ ٣٦.

(١٢) راجع: التنقيح الرائع ٣: ١٨٦.

(١٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٣.

أقول: القول للشيخ في موضع من المبسوط[(١)]، وادّعى عليه الإجماع، وتبعه القاضي[(٢)]؛ لفوات الاستمتاع، وليس بيدها الطلاق ولا خيار، فيلزم الحرج، وهو منفيّ بالآية[(٣)]. وقال في موضع آخر من المبسوط وفي الخلاف: لا خيار؛ لأصالة بقاء صحّة العقد[(٤)]. واختاره ابن إدريس[(٥)].

والأرجح عندي ثبوت الخيار لها؛ لليأس من الوطء معه. «ف»[(٦)].

قوله: «ولا تعجّر الوجه»[(٧)].

أقول: هو احمراره وتقلّصه.

قوله: «وأمّا القرن فقد قيل: هو العفل»[(٨)].

أقول: بسكون الراء. والعفل لحم ينبت في الفرج.

[قوله: «وأمّا العرج ففيه تردّد»[(٩)]**]**[(١٠)] إلى آخره.

أقول: من التمسّك بمقتضى العقد، وهو اللزوم، ومن أنّ في ذلك غضاضة على الرجل، وربّما نفرت نفسه منه وتضرّر [ت] به فشرع الفسخ.

---

(١) المبسوط ٤: ٢٦٤.

(٢) المهذّب ٢: ٢٣٤ ـ ٢٣٥.

(٣) الحجّ (٢٢): ٧٨.

(٤) المبسوط ٤: ٢٥٢؛ الخلاف ٤: ٣٤٩، المسألة ١٢٧.

(٥) السرائر ٢: ٦١١ ـ ٦١٢.

(٦) إيضاح الفوائد ٣: ١٧٥.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٣.

(٨) المصدر نفسه.

(٩) المصدر ٢: ٢٦٤.

(١٠) ما بين المعقوفين لم يأت في المخطوطة، أضفناها من شرائع الإسلام؛ لاقتضاء السياق له.

وينشأ من الخلاف في أنّه عيب تردّ به المرأة أم لا، قال [الشيخان في] النهاية[١] والمقنعة[٢]، وسلّار[٣] وابن إدريس[٤]: نعم؛ لرواية داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام: «تُرَدّ البرصاء والعمياء والعرجاء»[٥].

ولم يُعدّ في المبسوط[٦] والخلاف[٧] العرج في عيوب الردّ. وقال في الاستبصار: مثل العمى والعرج محمول على الكراهة، ويستحبّ أن لا يردّ[٨]. ومع الاختلاف ثبوت العقد أولى.

قال المصنّف: لو قلنا بالردّ قلنا إنّ المراد [١٥٤ أ] بالعرجاء المقعدةُ ـ كما جاء في الحديث ـ وإلّا لم يثبت الردّ[٩].

قوله: «وقيل: الرتق أحد العيوب المسلِّطة على الفسخ»[١٠] إلى آخره.

أقول: قاله ابن إدريس[١١]، والشيخ [في] المبسوط[١٢] والخلاف[١٣] والنهاية[١٤]،

---

(١) النهاية: ٤٨٥.

(٢) المقنعة: ٥١٩.

(٣) المراسم العلويّة: ١٥٠.

(٤) السرائر ٢: ٦١٢ ـ ٦١٣.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ٤٢٤، ح ١٦٩٤.

(٦) المبسوط ٤: ١٧٩.

(٧) الخلاف ٤: ٣٤٦، المسألة ١٢٤.

(٨) الاستبصار ٣: ٢٤٧.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٤.

(١٠) المصدر نفسه.

(١١) السرائر ٢: ٦١٢.

(١٢) المبسوط ٤: ٢٤٩.

(١٣) الخلاف ٤: ٣٤٦، المسألة ١٢٤.

(١٤) النهاية: ٤٨٥.

والمفيد [في] المقنعة[١]، وسلّار[٢].

وإنّما جعله قولاً لعدم وقوفه على مستند شرعيّ له، فالأصل ثبوت العقد.

ويمكن أن يقال: الغرض من الزوجيّة الوطء، والرتق مانع منه، فيردّ به[٣].

قوله: «وفي المتجدّد بعد العقد وقبل الدخول تردّد، أظهره أنّه لا يبيح الفسخ»[٤] إلى آخره.

أقول: ينشأ من النظر إلى عموم الأخبار الواردة بثبوت الردّ مع وجود هذه العيوب، ولم يفصّلوا بين العيب السابق على العقد والمتأخّر عنه، ومن النظر إلى أنّ العقد وقع صحيحاً سليماً عن المعارض والأصل بقاؤه. «ر»[٥]، ولأنّه يمكنه التخلّص بالطلاق، فلا حرج عليه في الالتزام وعدم الردّ[٦].

قوله: «إذا فسخ الزوج بأحد العيوب» إلى قوله: **«وله الرجوع به على المدلّس»**[٧].

أقول: نقل عن شيخنا فخر الدين ـ قدّس الله روحه ـ: إن كان يحلّ له النظر إليها ـ كالأب والأخ ـ رجع عليه مع علم المدلّس وجهله، وإن لم يحلّ نظره إليها رجع عليه مع علمه، وإلّا عليها[٨].

---

(١) المقنعة: ٥١٩.

(٢) المراسم العلويّة: ١٥٠.

(٣) كشف الرموز ٢: ١٧٥.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٤.

(٥) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ١٨.

(٦) التنقيح الرائع ٣: ١٧٨.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٥.

(٨) لم نعثر على الناقل مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتب الفقهاء.

قوله: «وقيل: يقام في الماء البارد»[١].

أقول: قاله ابن بابويه[٢]؛ للرواية[٣].

قوله: «وقيل: إن ادّعى الوطء قُبُلاً»[٤] إلى آخره.

أقول: قاله الشيخ [في] الخلاف[٥] والنهاية[٦].

قوله في الثامنة: «وإلّا كان لها الفسخ ونصف المهر»[٧].

أقول: للرواية[٨]. وقال ابن الجنيد: المهر كلّه إذا حصل منها التمكين[٩].

قوله: «وقيل: العقد باطل. والأ[وّل أظهر]»[١٠] إلى آخره.

أقول: قاله [في] المبسوط[١١] والخلاف[١٢]. والأوّل أظهر، بناءً على وقوف عقد الفضوليّ[١٣].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٥.

(٢) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ١٩٩. وكذا ولده الصدوق في المقنع: ٣٢٢.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ٥٥٠، ح ٤٨٩٢.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٥.

(٥) الخلاف ٤: ٣٥٧، المسألة ١٤٠.

(٦) النهاية: ٤٨٧. راجع أيضاً: المبسوط ٤: ٢٦٥.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٥.

(٨) المراد بها رواية محمّد مسلم، تهذيب الأحكام ٧: ٤٣١، ح ١٧١٦؛ كما صرّح به الشارح في التنقيح الرائع ٣: ١٩٥ ـ ١٩٦.

(٩) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٢٠٧.

(١٠) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٦.

(١١) المبسوط ٤: ١٨٩.

(١٢) الخلاف ٤: ٣٥٢، المسألة ١٣٢.

(١٣) كذا في المخطوطة.

قوله: «ولو كان مولاها دلّسها، قيل: يصحّ وتكون حرّة بظاهر إقراره» إلى قوله: «ولم يكن لها مهر»[1][2].

أقول: لأنّ المولى أسقط حقّه بتدليسه.

قوله في المقصد الثالث في التدليس في الخامسة: «**إذا تزوّج امرأة وشرط كونها بكراً فوجدها ثيباً لم يكن له الفسخ؛ لإمكان تجدّده**»[3] إلى آخره.

أقول: هنا مسألتان:

الأُولى: أكثر الأصحاب على جواز الفسخ، ومنعه القاضي[4] [و]التقيّ[5].

وفصّل العلّامة بأنّه إن ثبت ببيّنة أو تصديق منها كان له الفسخ ـ لفوات الشرط ـ وإلّا فلا[6]؛ لأنّ كلّ ما شرط بين الإيجاب والقبول من صفات الكمال ثبت[7] بعدمه حال الشرط التدليس والغرور، فكان له الفسخ ـ لأنّه معنى صحّة الشرط ـ وإلّا كان باطلاً؛ إذ بعدمه لا يبطل العقد، ولا يثبت خيار الفسخ، فكان وجوده وعدمه سواء، وهذا معنى البطلان.

وعلّل بعض القدماء بأنّها غير المعقود عليها[8].

---

(١) في المخطوطة: «مهرا».

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٦.

(٣) المصدر نفسه.

(٤) المهذّب ٢: ٢١٣، وليس فيه التصريح بالمنع.

(٥) الكافي في الفقه: ٢٩٦.

(٦) قواعد الأحكام ٣: ٧٠.

(٧) في المخطوطة زيادة: «حال».

(٨) حكاه فخر الدين في إيضاح الفوائد ٣: ١٨٥.

وهو غلطٌ؛ لاستلزامه تحريمها أو [١٥٤ ب] المصادرة على المطلوب؛ إذ النكاح لا يقع إلّا على معيّن بالشخص، فالمغايرة التي يستدلّ بها إن كانت بالشخص اقتضى تحريمها ـ لأنّه لم يقع عليها العقد ـ وإن عيّن المغايرة بصفة فكأنّه قال لا يصحّ؛ لأنّه لم يكن على الصفة التي ذكرها، وهو نفس الدعوى.

الثانية: هل ينقص من مهرها شيء؟ فيه قولان: قال القاضي: لا ينقص شيء؛ لثبوته بالعقد والأصل البقاء[(١)]. وقيل: بل ينقص. وفيه أقوال:

أ. قول الشيخ [في] النهاية[(٢)]: إنّه ينقص ولم يعيّنه؛ تعويلاً على رواية محمّد بن جزّك[(٣)].

ب. قول القطب: إنّه السدس[(٤)]، وسيأتي تمام تقريره.

ج. قول ابن إدريس: إنّه ما بين مهرها بكراً وثيّباً[(٥)].

قيل عليه: إنّه ربّما استغرق فخلا النكاح من مهر.

وأجاب العلّامة بأنّ المراد أنّ هذا هو مهر البكر، فماذا ينقص منه بسبب عدمها في نظر العقلاء أو نسبته نقص[(٦)] مهر مثلها الثيّب عن مهر مثلها البكر[(٧)].

والأوّل أرجح في التفسير؛ لأنّ قيمة المثل تعتبر في المعاوضة المحضة، والنكاح ليس منها.

---

(١) المهذّب ٢: ٢١٣.

(٢) النهاية: ٤٧٥.

(٣) الكافي ٥: ٤١٣، ح ٢؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٦٣، ح ١٤٧٢.

(٤) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ١٦٨؛ وفخر الدين في إيضاح الفوائد ٣: ١٨٦.

(٥) السرائر ٢: ٣٠٤.

(٦) في المخطوطة: «يقتضي»، وصحّحناه كما في إيضاح الفوائد ٣: ١٨٦.

(٧) حكاه عن درسه فخر الدين في إيضاح الفوائد ٣: ١٨٦.

واستحسن المصنّف إحالته إلى نظر الحاكم؛ فإنّ اللفظ المجمل إذا عرى عن تفسير شرعيّ أو لغويّ رُجِع فيه إلى الحاكم. «ف»[١].

قوله: «وقيل: ينقص السدس، وهو غلط»[٢].

أقول: قاله القطب الراونديّ[٣]؛ لأنّ رواية محمّد بن جزَك يقول فيها: كتبت إلى أبي الحسن[٤] عليه السلام: رجلٌ تزوّج جاريةً بكراً فوجدها ثيّباً، هل يجب لها الصّداق وافياً أم ينتقص؟ قال: «ينتقص»[٥] تمّ الحديث.

ولا بدّ من إضمار شيء؛ لصدقه على كلّ ما يمكن إضماره. ثمّ الشيء في عرف الشرع هو السدس، كما في الوصيّة.

وفيه نظرٌ؛ لأنّ اللازم إضماره المنكّر الكلّيّ الصادق على القليل والكثير بالاشتراك المعنويّ، فلا تصلح هذه الرواية للدلالة عليه؛ لأنّ الأعمّ لا يدلّ على الأخصّ، وصرف الشيء في الوصيّة إلى السدس لا يطّرد؛ لعدم لزومه في الإقرار والأمر.

ويبطله أيضاً قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا﴾[٦]؛ فإنّه ليس المراد [به] السدس. «ف»[٧].

قوله: «الثامنة: كلّ موضع حكمنا فيه ببطلان العقد، فللزوجة مع الوطء مهر المثل لا

---

(١) إيضاح الفوائد ٣: ١٨٥ ـ ١٨٦.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٦.

(٣) حكاه عنه المحقق في نكت الشرائع ٢: ٣٦١.

(٤) في المخطوطة: «ص» وهو علامة «الصادق»، وصحّحناه كما في المصدرين.

(٥) الكافي ٥: ٤١٣، ح ٢؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٦٣، ح ١٤٧٢.

(٦) البقرة (٢): ٢٢٩.

(٧) إيضاح الفوائد ٣: ١٨٦.

المسمّى» إلى قوله: «سواء كان حدوثه قبل العقد أو بعده، والأوّل أشبه»[١].

أقول: قاله في المبسوط؛ بناءً على أنّ المهر لا يلزم بنفس العقد؛ لأنّ الفسخ وإن كان في الحال فإنّه مستند إلى حدوث العيب، فيكون كأنّه مفسوخ من حين حدوث العيب، وإذا وقع الدخول في نكاح مفسوخ لزم مهر المثل[٢].

والأوّل أشبه؛ لأنّ المهر كلّه يلزم بنفس العقد ويستقرّ بالوطء.

قوله: «النظر الثاني في المهور»[٣].

أقول: المهر مال يجب بوطء غير زنى منها، ولا ملك يمين أو بعقد النكاح، وله تسعة أسماء: الصداق، والصدقة، والمهر، والنحلة، والفريضة، والأجر، والعلائق، والعقر، والحباء. «ف»[٤].

قوله: «الأوّل: في المهر الصحيح، وهو كلّ ما يصحّ أن يملك عيناً كان أو منفعة، ويصحّ العقد على منفعة الحرّ ـ كتعليم الصنعة والسورة من القرآن وكلّ عمل محلّل ـ وعلى إجارة الزوج نفسه مدّة معيّنة»[٥].

أقول: بمعنى أن يكون متعلّقه بعينه، أي لا يقبل النيابة، فمنعه الشيخ[٦]؛ لاستلزامه خلوّ البضع من عوض، واللازم محالٌ، وكلّ ما استلزم إمكان المحال محال.

أمّا الأُولى فلجواز موته، وأمّا الثانية والثالثة فظاهرتان، ولرواية أحمد بن محمّد ـ في القويّ ـ عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوّج المرأة ويشترط [لأبيها]

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٧.

(٢) المبسوط ٤: ٢٥٢ ـ ٢٥٣.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٧.

(٤) إيضاح الفوائد ٣: ١٩٢.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٨.

(٦) النهاية: ٤٦٩.

إجارة شهرين. فقال: «إنّ موسى عليه السلام قد علم أنّه سيتمّ له شرطاً، فكيف لهذا بأن يعلم أنّه سيبقى؟!»[١].

وجوّزه المفيد[٢] وابن الجنيد[٣] وسلّار[٤] وابن إدريس[٥]؛ لرواية محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: جاءت امرأة إلى النبيّ صلى الله عليه وآله ـ إلى قوله ـ «زوّجتكها على ما تحسن من القرآن»[٦]. «ف»[٧].

وأُجيب عن الرواية بأنّها تدلّ على الكراهة، والتعليل يدلّ على ذلك، كيف! والتعليل يسري في سائر الإجارات المعيّنة، وإن لم يكن مهراً، ولا قائل بالمنع. «ك»[٨].

قوله: «وقيل بالمنع؛ استناداً إلى رواية لا تخلو من ضعف مع قصورها عن إفادة المنع»[٩].

أقول: هي رواية السكوني عن الصادق عليه السلام قال: لا يحلّ النّكاح اليوم بإجارةٍ أن يقول: أعمل عندك بكذا على أن تزوّجني بنتك أو أختك. قال: «حرامٌ؛ لأنّه ثمن رقبتها وهي أحقّ بمهرها»[١٠]. وهي لا تدلّ على المدّعى؛ لأنّنا[١١] نمنع كون المهر

---

(١) الكافي ٥: ٤١٤، ح ١؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٦٦، ح ١٤٨٣.

(٢) المقنعة: ٥٠٨.

(٣) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ١٥٠.

(٤) المراسم العلويّة: ١٥٢ ـ ١٥٣.

(٥) السرائر ٢: ٥٧٧ ـ ٥٧٩.

(٦) الكافي ٥: ٣٨٠، ح ٥.

(٧) إيضاح الفوائد ٣: ١٩٣.

(٨) المجيب الشارح في التنقيح الرائع ٣: ٢٠٨.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٨.

(١٠) الكافي ٥: ٤١٤، ح ٢؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٢٣، ح ٤٤٧١؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٦٧، ح ١٤٨٨.

(١١) في المخطوطة: «لأنّها».

للوليّ ولا نزاع فيه[١].

قوله: «أو كان الزوج مسلماً قيل: يبطل العقد»[٢] إلى آخره.

أقول: قاله الشيخ [في] النهاية[٣] والمفيد في المقنعة[٤]؛ لأنّه منهيّ عنه.

والثاني قوله في المبسوط[٥] [و]الخلاف[٦] وابن إدريس[٧]، واختاره المصنّف؛ لأنّ ذكر المهر ليس شرطاً في صحّته، فكأنّه عقد بلا مهر. والثالث في المبسوط[٨] أيضاً. وأجاب العلّامة عن الثاني بالفرق بين عدم التسمية وبين تسمية الفاسد؛ فإنّ في الصورة الأُولى قد تراضيا بعدم المهر، فيصحّ العقد ـ للرضا به خالياً عن العوض ـ فيثبت مهر المثل بالدخول، وفي الصورة الثانية لم يقع التراضي بعدم المهر، والمسمّى باطل في نظر الشرع، وغيره غير مرضيّ، به فلا يصلح للعوضيّة[٩].

قوله: «وقيل بالمنع من الزيادة عن مهر السنّة ولو زاد ردّ إليها، وليس بمعتمد».

أقول: قاله المرتضى في الانتصار[١٠]، وأجمع الأصحاب على خلافه.

وحجّته رواية ابن سنان[١١]، هي ضعيفة ومخالفة للروايات الكثيرة، وعموم الآية في

---

(١) كتب الكاتب هنا: «وهذا المبحث يكتب قبل ما تقدّم وإنّما تأخّر سهواً»، ولذا قدّمنا هذه الفقرة على الفقرة التالية وإن جاءت في المخطوطة بعدها.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٨.

(٣) النهاية: ٤٦٩.

(٤) المقنعة: ٥٠٨ ـ ٥٠٩.

(٥) المبسوط ٤: ٢٧٢.

(٦) الخلاف ٤: ٣٦٣، المسألة ١.

(٧) السرائر ٢: ٥٧٧.

(٨) المبسوط ٤: ٢٩٠.

(٩) مختلف الشيعة ٧: ١٤٨.

(١٠) الانتصار: ٢٩٢.

(١١) تهذيب الأحكام ٧: ٣٦١، ح ١٤٦٤؛ عن محمّد بن سنانٍ عن مفضَّل بن عمر.

قوله تعالى: ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا﴾[١]. وروي أنّ عمر تزوّج أُمّ كلثوم على أربعين ألف درهم، ولم ينكر عليه[٢]. وروى الشيخ أنّ [١٥٥ ب] الحسن عليه السلام تزوّج امرأة وأصدقها مئة جارية مع كلّ جارية ألف درهم[٣]. «ك»[٤].

قوله: «وكذا لو تزوّجها على بيت مطلقاً»[٥].

أقول: قاله الشيخ [في] النهاية[٦]، ومنعه ابن إدريس[٧]. وقيل: الأقلّ[٨]. واختار شيخنا فخر الدين بطلان المهر والرجوع إلى مهر المثل[٩]، ولذلك استضعفه المصنّف وقال: «قيل». «ف»[١٠].

[قوله: «ولو سمّى للمرأة مهراً ولأبيها شيئاً معيّناً» إلى قوله: «قيل: يصحّ المهر ويلزم الشرط بخلاف الأوّل»[١١].

أقول: إذا سمّى لها شيئاً، وسمّى لأبيها أو لأجنبيّ شيئاً آخر خارجاً عن مسمّاها، لا يلزمه الدفع إليه؛ لأنّ التسمية][١٢] بسبب[١٣] البضع، ولرواية الوشّاء عن الرضا عليه السلام أنّه

---

(١) النساء (٤): ٢٠.

(٢) تاريخ الطبري ٥: ٢٣؛ الطبقات الكبرى ٨: ٤٦٣؛ الكامل في التاريخ ٣: ٥٣.

(٣) المبسوط ٤: ٢٧٢؛ كشف الغمّة ١: ٥٦٠.

(٤) التنقيح الرائع ٣: ٢٠٩.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٨.

(٦) النهاية: ٤٧٣.

(٧) السرائر ٢: ٥٨٨.

(٨) حكاه فخر الدين في إيضاح الفوائد ٣: ١٩٥.

(٩) إيضاح الفوائد ٣: ١٩٥.

(١٠) إيضاح الفوائد ٣: ١٩٥.

(١١) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٨ ـ ٢٦٩.

(١٢) ما بين المعقوفين لم يأت في المخطوطة، أضفناها من شرائع الإسلام وغاية المراد.

(١٣) في المخطوطة: «ولو سمّى»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ١١٨.

سمعه يقول: «لو أنّ رجلًا تزوّج [امرأة] وجعل مهرها عشرين ألفاً وجعل لأبيها عشرة آلافٍ، كان المهر جائزاً والّذي جعله لأبِيها فاسداً»[(١)].

وأمّا لو أمهرها مئة وشرط أن تعطي أباها منها عشرة، فقد جوّزه ابن الجنيد[(٢)]، أشار المصنّف بقوله: «يلزم الشرط»؛ لأنّ المئة عوض البضع، والمعطى من مالها، فليس مخالفاً للرواية. والمشهور عدم اللزوم أيضاً؛ لما ذكره في الأوّل.

قال الشهيد «وفيه نظر؛ لأنّ هذا ليس تسمية للأب، بل شرط سائغ» «ش»[(٣)].

قال العلّامة في المختلف: إن كان قد جعل للواسطة بلفظ الجعالة شيئاً في مقابل فعله لزم؛ لأنّه جعل على فعل مباح وفعله المجعول له فلزم، وإن لم يكن على سبيل الجعالة لم يلزم[(٤)]. واختاره ولده[(٥)].

وفي قول الشهيد نظرٌ؛ لأنّ الشرط من جملة المهر، فهو للمرأة [أو للرجل فلا يصحّ لغيرهما][(٦)].

قوله: «ولو أصدقها ظرفاً على أنّه خلّ فبان خمراً»[(٧)] إلى آخره.

أقول: أي كان في زعمهما أنّه خلّ. وبالجملة أنّهما عقدا على ما يظنّ صلاحيته للمهر فبان عدمها، فهل يغلّب الكلّي أو الجزئي الشخصي؟

---

(١) الكافي ٥: ٣٨٤، ح ١؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٦١، ح ١٤٦٥.

(٢) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ١٨٢ ـ ١٨٣؛ وولده في إيضاح الفوائد ٣: ٢٠٨.

(٣) غاية المراد ٣: ١١٩.

(٤) مختلف الشيعة ٧: ١٨٣.

(٥) إيضاح الفوائد ٣: ٢٠٨.

(٦) ما بين المعقوفين من إيضاح الفوائد ٣: ٢٠٨.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٩.

يحتمل الأوّل؛ لأنّ قصد الجزئيّ يستلزم قصد الكلّي أو هو نفسه، فإذا تعذّر الجزئي انتقل إلى الكلّي المقصود.

ويحتمل الثاني؛ لأنّ المقصود بالذات هو الجزئي المشخّص والكلّي بالتبعيّة، وقد[١] عدم الجزئي فيعدم.

فعلى الأوّل يكون لها مثل الخلّ، وهو قول ابن الجنيد[٢] وابن إدريس[٣]، و جعله المصنّف حسناً.

وعلى الثاني فيه وجهان:

أحدهما: أنّه يلزمه قيمة الخمر عند مستحلّيه؛ لأنّ قيمة الشيء أقرب إليه عند تعذّره. وهو فتوى المبسوط[٤] والخلاف[٥].

الثاني: [أنّه] يلزمه مهر المثل؛ لبطلان الكلّيّ بتغليب[٦] الشخصيّ عليه، وبطلان الشخصيّ بخروجه عن الماليّة.

وقوّاه العلّامة في بعض كتبه بعض القوّة[٧]، واختار في إرشاده[٨] أنّ لها مثل الخلّ؛ لأنّ المشخّصات إذا امتنع تعلّق الغرض بها كانت لاغية شرعاً، فلمّا عقدا

---

(١) في المخطوطة: «فقد»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ١٢٠.

(٢) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ١٧١؛ وولده في إيضاح الفوائد ٣: ٢٠٣.

(٣) السرائر ٢: ٥٩٣.

(٤) المبسوط ٤: ٢٩٠.

(٥) الخلاف ٤: ٣٧١، المسألة ١٠.

(٦) في المخطوطة: «فتغليب»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ١٢١.

(٧) قواعد الأحكام ٣: ٧٦.

(٨) إرشاد الأذهان ٢: ١٥.

[عليه] على أنّه خلّ وقع تراضيهما على خلّ بقدره، فإذا تعذّر العين الشخصيّة لزمه مثلها، وهو أقوى الوجوه عنده في المختلف[(١)]. «ش»[(٢)].

[١٥٦ أ] **قوله: «ولو قيل: "كان لها مثل الخلّ" كان حسناً»**[(٣)].

أقول: إشارة إلى فائدتين:

الأُولى: الفرق بين ما إذا عقد على الخمر ابتداءً وهو مسلم يعلم أنّه خمر؛ فإنّه واجب فيه مهر[(٤)] المثل، كما تقدّم؛ لأنّه لا ماليّة له، ولا قيمة فيفسد ذكره بالتعيين، ويكون بمنزلة من لم يذكر مهراً؛ لأنّه في الابتداء لم يقصد الماليّة، فيفسد عقد المهر. وإذا تعذّر أحد العوضين مع فساد العقد بالنسبة إلى الآخر، وجب عوض التالف وهو قيمته، كما لو انفسخ البيع من أصله؛ فإنّه يرجع بقيمة المبيع لو تلف دون الثمن. وهنا انفسخ عقد المهر وتعذّر ردّ عوضه ـ لصحّة النكاح ـ فوجبت قيمته، وهو مهر المثل.

وأمّا هنا فقد اعتمدا على ماليّة ظنّاً[(٥)]، ففائدة الذكر هنا أنّه إذا بان الخلّ خمراً أفاد الذكر قصدَ العوض وعدمَ الرضا بالتفويض، ولمّا كان قصدهما ذلك العوض دون قيمة[(٦)] البضع، فنقول: للمهر المذكور خصوصٌ، وهو عينه وعمومٌ قال في ظنّه، وإذا لم يكن اعتبار [لـ]عينه، فيعتبر الماليّة، و [لا يلغو] التعبير بذلك القدر.

---

(١) مختلف الشيعة ٧: ١٧١.

(٢) غاية المراد ٣: ١٢١.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٩.

(٤) في المخطوطة: «خمر».

(٥) في المخطوطة زيادة: «هنا».

(٦) في المخطوطة: «القيمة»، وصحّحناه كما في إيضاح الفوائد ٣: ٢٠٢.

الثانية[(١)]: فيما إذا علم أنّه خمر ابتداءً وقال: «تزوّجتك على هذا الخمر» فسد النكاح؛ لأنّه نفى غيره، وهو لا يصحّ، بخلاف ما إذا ظهر خمراً؛ فإنّه لا يفسد النكاح إجماعاً.

قوله: «والمهر مضمون على الزوج» إلى قوله: «على قول مشهور لنا»[(٢)].

أقول: وقال ابن الجنيد: أعلى القيم من حين العقد إلى حين التلف[(٣)]. هذا إذا كان من ذوات القيم، أمّا لو كان من المثليّات فمثله.

قوله: «ولو عاب بعد العقد قيل»[(٤)].

أقول: قاله في الخلاف[(٥)].

قوله: «ولها أن تمنع من تسليم نفسها حتّى تقبض مهرها، سواءٌ كان الزوج موسراً أو معسراً»[(٦)].

[أقول:] ويلوح من كلام ابن إدريس التفرقة، وأنّه لا امتناع في المعسر؛ لأنّه لا يحلّ مطالبته ما دام معسراً[(٧)].

---

(١) في المخطوطة: «ب».

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٩.

(٣) لم نعثر على من نسبه إليه مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتب الفقهاء.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٩.

(٥) كذا في المخطوطة، وقال النجفيّ: «القائل الشيخ في محكيّ الخلاف وموضع من المبسوط والقاضي في محكيّ المهذّب» جواهر الكلام ٣١: ٤١. ولكن لم نعثر عليه في الخلاف، بل ما وجدناه فيه هذا: «إذا أصدقها صداقاً فأصابت به عيباً كان لها ردّه بالعيب» الخلاف ٤: ٤٠٢، المسألة ٤٩. ونحوه في المبسوط ٤: ٣٢١.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٩.

(٧) السرائر ٢: ٥٩١.

ووجه الأوّل إلحاقه بالمعاوضة، ويتفرّع على ذلك وجوب النفقة مع الامتناع، فمع اليسار تجب النفقة مع التمكين بشرط المهر بخلافه مع الإعسار.

ولا إثم عليها على الأوّل، وعلى الثاني تأثم، ومع اليسار يأثم الزوج بالمنع إجماعاً. «ش»[1].

هذه المسألة تنكشف بمقدّمات:

أ. إنّ النكاح معاوضة محضة أو شبهها، وقد تقدّم ما يصلح أن يكون دليلاً عليها.

ب. إنّ في المعاوضة المحضة لكلّ من المتعاوضين الامتناع من التسليم حتّى يسلّم [١٥٦ ب] إليه الآخر، موسراً كان أو معسراً؛ لتحصل فائدة التعويض، فيجبرهما الحاكم على التقابض معاً؛ لعدم الأولويّة. ولا خفاء أنّ النكاح كذلك إذن.

ج. إنّه لا امتناع بعد قبض أحدهما بإذن صاحبه؛ لأنّ حقّ الإمساك زال بالدفع، واستقرّ الملك للقابض، فلا يستعاد [منه] أو يمنع.

د. إنّ الوطء في النكاح هو القبض؛ إذ البضع لا يدخل تحت اليد ولو كانت أمة[2]، ولهذا لا يجب عليه عوض البضع بالغصب إذا لم يطأ بشروطه.

ويحتمل هنا أنّ الوطء ليس قبضاً تامّاً كقبض المبيع؛ لِما ذكر[3] من عدم دخول منافع البضع تحت اليد، بخلاف المبيع؛ فإنّه داخل تحت اليد قطعاً.

هـ. إنّ المهر يجب جميعه بالعقد، ويستقرّ بالدخول ولو مرّة، والأخير إجماع.

---

(١) غاية المراد ٣: ١٢٣.

(٢) في المخطوطة: «ام»، وصححناه كما في غاية المراد ٣: ١٢٢.

(٣) في المخطوطة: «ذكره».

و. إنّه ليس في مقابلة باقي الوطآت مهر في الدائم؛ للإجماع على وجوب جميعه لو تفرّقا بعد وطئه واحدة. ويحتمل ذلك؛ لأنّ المعقود[١] عليه البضع؛ لينتفع به في أيّ وقت كان، ولا يلزم من استقرار العوض بانتفاعٍ مّا خروج الباقي عن المعاوضة.

ز. هل القبض كرهاً كهو طوعاً؟ يحتمل ذلك؛ لانتقال الضمان إليه. ويحتمل عدمه؛ لتحريمه؛ إذ[٢] للمقبوض منه السلطنة عليه، فلا يترتّب عليه أثره الصحيح، والضمان عقوبة كالغصب.

فنقول: مَن قال بالأُولى والثانية والثالثة وثاني الرابعة أو ثاني السادسة؛ فإنّه أطلق القول بالامتناع حتّى تقبض المهر، سواء كان قبل الدخول أو بعده. وهو الشيخ في النهاية[٣] والقاضي[٤]، وصرّح به في المبسوط[٥] بعد الدخول.

ومَن سلّم الثلاث الأُوَل وقال بأوّل الرابعة أو بأوّل السادسة حكم بأنّ لها الامتناع قبله لا بعده، وهو المرتضى في الانتصار[٦] والشيخ في الخلاف[٧] والتقيّ[٨] وابن إدريس[٩] والمصنّف[١٠] والعلّامة[١١].

---

(١) في المخطوطة: «العقود»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ١٢٢.

(٢) في المخطوطة: «أو»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ١٢٢.

(٣) النهاية: ٤٧٥.

(٤) المهذّب ٢: ٢١٤.

(٥) المبسوط ٤: ٣١٣.

(٦) الانتصار: ٢٨٧.

(٧) الخلاف ٤: ٣٩٣، المسألة ٣٩.

(٨) الكافي في الفقه: ٢٩٤.

(٩) السرائر ٢: ٥٩١.

(١٠) هنا في شرائع الإسلام؛ المختصر النافع ١: ١٩٠.

(١١) إرشاد الأذهان ٢: ١٥؛ تحرير الأحكام ٣: ٥٥٦؛ قواعد الأحكام ٣: ٧٤؛ مختلف الشيعة ٧: ١٧٠.

ومَن سلّم ما سلّم هؤلاء وقال بثاني السابعة ـ كعماد الدين بن حمزة[١] ـ حكم بلزوم تسليمها نفسها إن لم يكرهها، ومع الإكراه لها الامتناع. قال الشهيد: ولا يخلو قوله من قوّة. «ش»[٢].

قوله: «وهل لها ذلك بعد الدخول؟ قيل: [نعم]، وقيل: لا، وهو الأشبه»[٣].

أقول: الأوّل قوله في المبسوط[٤].

والثاني في الخلاف[٥] و[قول] ابن إدريس[٦]، وهو الأشبه؛ لأنّ حقّ الاستمتاع لزمه بالعقد، وقد سلّمته بالدخول، فصار كمبيع سُلِّم قبل قبض الثمن ثمّ أريد المنع منه. «ر».

قوله: «ولا يجب مهر المثل بالعقد وإنّما يجب بالدخول»[٧].

أقول: الفقيه يبحث عن مهر المثل لاحتياجه إليه في سبعة مواضع:

١. الموطوءة بالشبهة.

٢. الموطوءة كَرهاً.

٣. المفوّضة البضع بالوطء.

٤. فساد المسمّى.

---

(١) الوسيلة: ٢٩٩.

(٢) غاية المراد ٣: ١٢١ ـ ١٢٣، من قوله: «هذه المسألة تنكشف بمقدّمات» إلى هنا.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٩.

(٤) المبسوط ٤: ٣١٣.

(٥) الخلاف ٤: ٣٩٢، المسألة ٣٩.

(٦) السرائر ٢: ٥٩٢.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٠.

٥. فساد التفويض.

٦. تقسيط الجملة عليه فيما إذا جمع بين أشياء كثيرة في عقد واحد، وقلنا بالصحّة ويقسّط على مهر المثل، وهو الأصحّ.

٧. إطلاق الوكالة في المهر والتزويج. «ف»[١].

قوله في الخامسة: «**ولو زوّجها الوليّ بدون مهر المثل**» إلى قوله: «**وفيه تردّد منشأه أنّ الوليّ له نظر المصلحة، فيصحّ التفويض؛ وثوقاً بنظره. وهو أشبه**»[٢].

أقول: ومن حيث أنّ تصرّف الوليّ في حقّ المولّى عليه لا يجوز إلّا بعوض المثل، مثل البيع. والوجهان في المبسوط[٣]. «ر».

قوله: «**وأمّا الثاني وهو تفويض المهر**»[٤].

أقول: التفويض: تفعيل من فوّض الأمر إليه أي أسنده. والمرأة إذا فوّضت نفسها فقد أسندته إلى الزوج ولم يقدّر معه مهراً.

وقيل: التفويض الإهمال، كأنّها أهملت أمر المهر. وهو قسمان ـ كما ذكر المصنّف ـ والإطلاق ينصرف إلى تفويض البضع، وهو الأوّل. «تحرير»[٥].

قوله: «**ولو مات الحاكم قبل الحكم وقبل الدخول، قيل: يسقط المهر ولها المتعة، وقيل: ليس لها أحدهما، والأوّل مرويّ**»[٦].

---

(١) إيضاح الفوائد ٣: ٢١٥. راجع: التنقيح الرائع ٣: ٢١٩.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٧١.

(٣) المبسوط ٤: ٢٩٤.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٧١.

(٥) تحرير الأحكام ٣: ٥٦٤.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٧١.

أقول: الأوّل قول الشيخين [في] النهاية[(١)] [و]المقنعة[(٢)].

والثاني قوله في المبسوط[(٣)] والخلاف[(٤)] وابن إدريس[(٥)] وابن أبي عقيل[(٦)]. وهو أشبه؛ لأنّ المتعة لا تستحقّها إلّا المطلّقة قبل الدخول التي لم يسمّ لها مهراً، فالقول بالمتعة هنا تشريع من غير دليل، وبالخبر الواحد[(٧)] لا نتهجّم على أموال المسلمين.

قوله: «وفيه رواية أُخرى مهجورة»[(٨)].

أقول: رواها محمّد بن مسلم: أنّها مع الدخول ليس لها المطالبة[(٩)].

قوله في الطرف الثالث في الأحكام في الأُولى من[(١٠)] مسائله: «**الدخول الموجب للمهر هو الوطء قبلاً أو دبراً، ولا يجب بالخلوة، وقيل: يجب، والأوّل أظهر**»[(١١)].

أقول: الظاهر من قول الكلّ أنّ الخلوة لا توجب المهر في نفس الأمر.

والصدوق وإن كذّبهما في عدم الدخول بعدها[(١٢)] فلم يصرّح بأنّها تملكه في نفس الأمر.

---

(١) النهاية: ٤٧٢.

(٢) لم نعثر عليه في المقنعة، ولا على من نسبه إليه، وإنّما قال بها الصدوق في المقنع: ٣٢٤.

(٣) المبسوط ٤: ٢٩٦.

(٤) الخلاف ٤: ٤٠٠، المسألة ٤٦.

(٥) السرائر ٢: ٥٨٧.

(٦) لم نعثر على من نسبه إليه.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٢.

(٨) وهو ما رواه في تهذيب الأحكام ٧: ٣٦٥، ح ١٤٨١.

(٩) الكافي ٥: ٣٨٣، ح ٢؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٦٠، ح ١٤٦٢.

(١٠) في المخطوطة: «في».

(١١) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٢.

(١٢) المقنع: ٣٢٧.

وهل توجبه في الظاهر؟ ظاهر الروايات ذلك، كرواية زرارة عن الباقر عليه السلام: «إذا تزوّج وخلا بها وأغلق عليها باباً أو أرخى ستراً ثمَّ طلّقها فقد وجب الصداق، وخلاؤه بها دخول»[(١)]. بل ظاهر هذه الرواية يدلّ على وجوبه في نفس الأمر.

وقريب منها رواية إسحاق بن عمّار عن الصادق [عن الباقر] عليهما السلام: «إنّ عليّاً عليه السلام قال: من أغلق من الرجال على أهله باباً أو أرخى ستراً فقد وجب [عليه] الصداق»[(٢)].

وفي رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوّج المرأة ويرخي عليها الستر أو يغلق الباب ثمَّ يطلّقها فقيل للمرأة: هل أتاك؟ فتقول: ما آتاني. ويسأل هو: هل أتيتها؟ فيقول: لم آتها، فقال: «لا[(٣)] يصدّقان؛ لأنّها تريد أن تدفع العدّة، ويريد هو أن يدفع المهر»[(٤)]. وحملها الشيخ على تهمة الزوجين[(٥)].

وهذه الروايات [١٥٧ ب] معارضة برواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام سأله عن رجل تزوّج امرأة، وأغلق الباب عليها، وأرخى الستر، وقبّل ولمس من غير أن يكون وصل إليها بعد، ثمَّ طلّقها على تلك الحال، قال: «ليس عليه إلّا نصف المهر»[(٦)].

وفي قوله عليه السلام إيماء إلى أنّ الواجب في نفس الأمر هو النصف.

وكان محمّد بن أبي عمير من القدماء الجليلي القدر يفتي بأنّ على الحاكم أن

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٤٦٤، ح ١٨٦٣.

(٢) المصدر ٧: ٤٦٤، ح ١٨٦٤.

(٣) في المخطوطة: «لم».

(٤) الكافي ٦: ١١٠، ح ٧؛ تهذيب الأحكام ٧: ٤٦٥، ح ١٨٦٥.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ٤٦٥؛ الاستبصار ٣: ٢٢٧.

(٦) تهذيب الأحكام ٧: ٤٦٧، ح ١٨٧٠.

يحكم بالظاهر، ويُلزِم الزوج بالجميع إذا خلا، وأمّا المرأة فلا يحلّ[١] لها فيما بينها وبين الله إلّا نصف المهر[٢]، واستحسن الشيخ وتابعه[٣] وأتباع الشيخ[٤].

وأبو عليّ بن الجنيد نظر إلى ظاهر قوله تعالى: ﴿مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾[٥]، والمسّ حقيقة في مطلقه ومجاز في الوطء، فجعل الوطء ولمس العورة وإنزال الماء والنظر والقُبلة أسباباً في إيجاب المهر ظاهراً وباطناً[٦]. وقد ألمّ هنا بقياسٍ مّا.

والعلّامة في المختلف قرب من قول الشيخ؛ حيث قدّم قول الزوجة بيمينها؛ ترجيحاً للظاهر، وإقامةً للمظنّة مقام اليقين. وذلك مراد الشيخ هذا وإن لم يصرّح باليمين[٧].

وفي الحقيقة الخلاف في ثلاثة أشياء:

أ. في تقديم دعوى الزوجة، وهو موضع نظر يعرف من تعارض الظاهر والأصل.

ب. أنّ غير الوطء من الاستمتاعات موجب، ولم يقل به إلّا [ابن الجنيد][٨].

ج. أنّه مع التصديق بعدم الدخول يجب المهر، ولم يقل به إلّا[٩] الصدوق[١٠].

---

(١) في المخطوطة: «فلا يجد».

(٢) حكاه عنه الكلينيّ في الكافي ٦: ١١٠؛ والشيخ في تهذيب الأحكام ٧: ٤٦٧؛ والاستبصار ٣: ٢٢٩.

(٣) النهاية: ٤٧١؛ تهذيب الأحكام ٧: ٤٦٧؛ الاستبصار ٣: ٢٢٩.

(٤) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٢٩٨؛ والقاضي في المهذّب ٢: ٢٠٤؛ والكيدريّ في إصباح الشيعة: ٤٢٤ ـ ٤٢٥.

(٥) البقرة (٢): ٢٣٧.

(٦) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ١٥٦.

(٧) مختلف الشيعة ٧: ١٥٩.

(٨) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ١٥٦.

(٩) ما بين المعقوفين من غاية المراد ٣: ١٣٥.

(١٠) المقنع: ٣٢٧.

وقول ابن الجنيد ضعيف؛ لمخالفته الروايات، والآية ليست صريحة في دعواه.

وقوله: «والأوّل أظهر» أي في الفتوى، وبه قال ابن إدريس[١] وابن أبي عقيل[٢] والشيخ [في] المبسوط[٣] [و]الخلاف[٤].

قوله: «الثانية: قيل: إذا لم يسمّ لها مهراً وقدّم لها شيئاً» إلى قوله: «تعويل على تأويل رواية واستناد إلى قول مشهور»[٥].

أقول: رواها عليّ بن رئاب، عن أبي عبيدة، عَنِ الفضيل، عن أبي جعفرٍ عليه السلام في رجلٍ تزوّج امرأةً فدخل بها فأولدها ثمّ مات عنها، فادّعت شيئاً من مهرها على ورثة زوجها فجاءت تطلبه منهم وتطلب الميراث، قال: [فقال:] «أمّا الميراث فلها أن تطلبه، وأمّا الصَّداق فإنّ الذي أخذت من الزوج قبل أن تدخل عليه فهو الذي حلّ للزوج به فرجها، قليلًا كان أو كثيراً، [إذا هي قبضته وقبلته ودخلت عليه] فلا شيء لها بعد ذلك»[٦].

والمشهور عن الثلاثة[٧] ذلك، وادّعى ابن إدريس[٨] عليه الإجماع. والتحقيق هنا أن نقول [...][٩].

---

(١) السرائر ٢: ٥٨٥ ـ ٥٨٦.

(٢) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ١٥٦.

(٣) المبسوط ٤: ٣١٨.

(٤) الخلاف ٤: ٣٩٦، المسألة ٤٢.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٢.

(٦) الاستبصار ٣: ٢٢٢، ح ٨٠٥؛ نحوه في تهذيب الأحكام ٧: ٣٥٩، ح ١٤٥٩.

(٧) كذا في المخطوطة، ولو كان صواباً فالمراد المفيد في المقنعة: ٥٠٩؛ والشيخ في النهاية: ٤٧٠؛ ولكن لم نعثر على قول السيّد المرتضى فيما بأيدينا من كتبه ولا على من نسبه إليه. راجع: المراسم العلويّة: ١٥٢، والمهذّب ٢: ٢٠٢.

(٨) السرائر ٢: ٥٨١.

(٩) في المخطوطة: «كذا بخطّه» هنا، أي الشارح لم يتمّ كلامه.

قوله: «ولو نقصت عينه أو صفته ـ مثل عور الدابّة أو نسيان الصنعة ـ قيل: كان له نصف القيمة سليماً، ولا يجبر على أخذ نصف العين. وفيه تردّد»[(١)].

أقول: نظراً إلى قوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[(٢)]، والمفروض باقٍ بعينه ويأخذه، فجعل تعالى النصف مستحقّاً بالطلاق، ولا يجوز أن يكون المستحقّ هو الزوجة؛ لأنّها كانت مالكة للجميع قبله[(٣)] بالعقد، فيكون هو الزوج، ونظراً إلى أنّ المفروض هو العين سليمة من جميع العيوب [١٥٨ أ]، فيكون بالخيار بين أخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف، وبين [أخذ] نصف قيمتها معاً؛ دفعاً للضرر الناشي من وجوب أخذ نصف العين معيبة[(٤)].

قوله في الثالثة: «لزمها أقلّ الأمرين»[(٥)].

أقول: أي من حين القبض إلى حين التلف.

قوله: «ولا تجبر المرأة على دفع العين على الأظهر»[(٦)].

أقول: قال في المبسوط: تختار المرأة إمّا دفع نصف العين مطلقاً ويجب على الزوج القبول، أو دفع النصف من دون الزيادة المتميّزة[(٧)]؛ لقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[(٨)].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٢.

(٢) البقرة (٢): ٢٣٧.

(٣) في المخطوطة: «قبل».

(٤) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ١٩ ـ ٢٠.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٢.

(٦) المصدر نفسه.

(٧) المبسوط ٤: ٢٧٧ ـ ٢٧٨.

(٨) البقرة (٢): ٢٣٧.

والأوّل قول ابن إدريس[١]؛ لأنّه نماء حدث في ملكها، فيكون لها ولا تجبر على دفعه.

قوله: «ولو كان تعليم سورة، قيل: يعلّمها النصف من وراء الحجاب. وفيه تردّد»[٢].

أقول: ينشأ من كون الصوت عورة، وهو الظاهر في الروايات، ومن قوله تعالى: ﴿فَسْـَٔلُوهُنَّ مِن وَرَآءِ حِجَابٍ﴾[٣]. ويؤيّد الأوّل عدم الأمن من الفتنة، ويؤيّد الثاني الأصل، وأنّ التعليم حقّ لها، فيجوز توفيتها إيّاه كغيره من الحقوق[٤].

قوله: «السادسة. إذا أمهرها مدبّرة ثمّ طلّقها صارت بينهما نصفين» إلى قوله: **«وهو أشبه»**[٥].

أقول: الأوّل قوله في النهاية[٦]؛ لرواية ابن محبوب [عن أبي جميلة عن معلّى بن خنيس] عن الصادق عليه السلام[٧].

والثاني قاله ابن إدريس[٨]؛ لأنّه وصيّة والرواية ضعيفة.

قوله: «الثامنة: إذا شرط أن لا يخرجها من بلدها، قيل: يلزم، وهو المرويّ»[٩].

---

(١) السرائر ٢: ٥٩٢.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٣.

(٣) الأحزاب (٣٣): ٥٣.

(٤) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٢١.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٣.

(٦) النهاية: ٤٧٣.

(٧) الكافي ٥: ٣٨٠، ح ٣؛ تهذيب الأحكام ٧: ٣٦٧، ح ١٤٨٦.

(٨) السرائر ٢: ٥٨٨.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٣.

أقول: قاله[١] الشيخ [في] النهاية[٢].

وقال ابن إدريس: يبطل الشرط[٣].

والأقوى الأوّل إن ذكر في متن العقد.

قوله: «وإن أخرجها إلى بلد الإسلام كان الشرط لازماً، وفيه تردّد»[٤].

أقول: ينشأ من عموم قولهم: «المؤمنون عند شروطهم»[٥]، ومن جهالة المهر، والشيخ[٦] أفتى بمضمون الرواية، وأفتى ابن إدريس[٧] بالثاني.

ويؤيّده أنّ مقتضى العقد تسلّط الزوج على المرأة، والشرط المذكور يخالف ذلك.

قوله: «الثالثة عشرة: الصداق يملك بالعقد على أشهر الروايتين، ولها التصرّف فيه قبل القبض على الأشبه»[٨].

أقول: اختلف هل يوجب كلّ المهر ثمّ يستقرّ بالدخول أو الموت[٩] أو يجب نصفه بالعقد والنصف الآخر بالدخول أو الموت؟

الشيخ[١٠] على الأوّل، ويلوح من كلام المفيد[١١] الثاني.

---

(١) في المخطوطة: «قال».

(٢) النهاية: ٤٧٤.

(٣) السرائر ٢: ٥٩٠.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٣ ـ ٢٧٤.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ٣٧١، ح ١٥٠٣؛ ونحوه ج ٧: ٢٢، ح ٩٣ و٩٤.

(٦) النهاية: ٤٧٥.

(٧) السرائر ٢: ٥٩٠.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٤.

(٩) في المخطوطة زيادة: «الكلّ».

(١٠) المبسوط ٥: ٢٤٧ ـ ٢٤٨؛ ج ٦: ٢٥. ولعلّ الصواب «المشهور»، كما نسب إليهم جماعة، منهم العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ١٧٢؛ والشارح في التنقيح الرائع ٣: ٢٢٤؛ وابن فهد في المهذّب البارع ٣: ٣٩٥.

(١١) حكاه عنه فخر الدين في إيضاح الفوائد ١: ٢٩٣.

ويتفرّع على ذلك لو انفسخ النكاح بالرضاع قبل الدخول لا من جهة المرأة، فعلى الثاني يجب نصف المهر؛ لأنّ الموجب للكلّ هو الدخول أو الموت ولم يحصلا، وإذا انتفى السبب انتفى المسبّب. وعلى الأوّل فقد اختلف القائلون به على قولين:

أحدهما: أنّه إنّما يتشطّر بالطلاق خاصّةً فعلى هذا يجب جميع المهر؛ لأنّه وجب المهر كلّه بالعقد ولم يحصل له سبب التشطّر فيجب الكلّ.

[ثانيهما:] وقال بعضهم: بل يتشطّر بكل فرقة حصلت في حياة الزوجين قبل الدخول لا من جهة المرأة[(١)]، فعلى هذا يجب النصف[(٢)].

هذا هو المشهور؛ لعدم التفصيل في قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾[(٣)]، ولأنّه إن ملكت[(٤)] [١٥٨ ب] كلّ الصداق بنفس العقد وجب أن تملك الكلّ به[(٥)]، والمقدّم لموثّقة عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام[(٦)]، والتالي مثله، والملازمة ظاهرة.

وقال أبو عليّ: تملك بالعقد النصف وبالدخول الكلّ[(٧)]؛ لرواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام: «لا يوجب المهر إلّا الوقاع في الفرج»[(٨)].

---

(١) حكاه الشارح في التنقيح الرائع ٣: ٢٢٥.

(٢) التنقيح الرائع ٣: ٢٢٥.

(٣) النساء (٤): ٤.

(٤) في المخطوطة زيادة: «بما».

(٥) كذا في المخطوطة، ولعلّ صوابه ما جاء في مختلف الشيعة: «لأنّ الصداق بدل البضع، فإذا ملك الزوج البضع بنفس العقد وجب أن تملك المرأة العوض» مختلف الشيعة ٧: ١٧٣.

(٦) تهذيب الأحكام ٧: ٣٦٨، ح ١٤٩١.

(٧) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ١٧٢ و١٨١.

(٨) تهذيب الأحكام ٧: ٤٦٤، ح ١٨٥٩.

وحملت على الاستقرار؛ جمعاً بين الروايات.

نعم، الملك متزلزل حتّى يحصل أحد أُمور أربعة:

أ. ردّة الزوج عن فطرة في وجه.

ب. موته، خلافًا للصدوق[١]؛ فإنّه قال: النصف لا غير؛ لرواية محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام[٢].

وهي معارضة[٣] برواية منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام[٤]، مع اعتضادها بفتوى الأصحاب.

ج. موت الزوجة، خلافاً للشيخ[٥] والقاضي في الكامل[٦].

د. الوطء إجماعاً. «ش»[٧].

قال [في] الخلاف: ليس لها التصرّف قبل القبض؛ إذ لا دليل عليه، ولأنّه صلى الله عليه وآله نهى عن بيع ما لم يقبض[٨].

والحقّ الجواز؛ لعموم: «الناس مسلّطون على أموالهم»[٩]، ولأنّها يجوز لها هبته

---

(١) المقنع: ٣٥٨.

(٢) الكافي ٦: ١١٨، ح ١؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٤٤، ح ٤٩٩.

(٣) في المخطوطة: «وهو معارض»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ١٣٢.

(٤) تهذيب الأحكام ٨: ١٤٦، ح ٥٠٨.

(٥) النهاية: ٤٧١.

(٦) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ١٥٩.

(٧) غاية المراد ٣: ١٣٢ ـ ١٣٣.

(٨) سنن الدارمي ٢: ٢٥٣؛ الخلاف ٤: ٣٧٠، المسألة ٧.

(٩) سنن الدارقطني ٣: ٢٦، ح٩١؛ الخلاف ٣: ١٧٦ ـ ١٧٧.

إجماعاً، والمنع عن البيع لا يقتضي المنع عن سائر التصرّفات.

وممّا يدلّ على ملكها بنفس العقد كلّ[١] المهر أنّ الزوج يملك البضع بالعقد ملكاً تامّاً لجميع منافعه، فتملك الزوجة جميع العوض بالعقد وهو المهر.

قوله في الرابعة عشر: «**هل لها أن تمتنع؟ قيل: نعم، وقيل: لا**»[٢].

أقول: الأوّل في المبسوط[٣]، والثاني في النهاية[٤] وابن إدريس[٥].

قوله في الخامسة عشر: «**وليس كذلك الثوب**»[٦].

أقول: ويمكن أن يقال بأخذ الثوب مع الأرش، كما تقدّم.

قوله في الثاني من الفروع: «**إذا زوّجها الوليّ بدون مهر المثل، قيل: يبطل المهر ولها مهر المثل، وقيل: يصحّ المسمّى، وهو أشبه**»[٧].

أقول: لجواز اشتماله على مصلحة، ويؤيّده قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾[٨].

قوله: «**فرع: لو**[٩] **أدّى الوالد المهر عن ولده الكبير**» إلى قوله: «**وفي المسألتين تردّد**»[١٠].

---

(١) في المخطوطة: «بحمله».

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٥.

(٣) المبسوط ٤: ٣١٣ ـ ٣١٤.

(٤) النهاية: ٤٧٥.

(٥) السرائر ٢: ٥٩١.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٥.

(٧) المصدر ٢: ٢٢٢.

(٨) البقرة (٢): ٢٣٧.

(٩) في المخطوطة: «إذا».

(١٠) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٦.

أقول: ينشأ من أنّ أداء المهر عن الولد بمنزلة الهبة له؛ لأنّ المهر عوض البضع الذي ملكه الولد، فيكون بالعوض واجباً عليه، كغيره من الواجبات، فإذا ظهر أنّ المهر لازم لزمه الولد، فأداء الوالد له يجري مجرى الهبة له، وإلّا لما سقط عن ذمّة الولد. وهبة ذي الرحم لا يجوز الرجوع فيها إجماعاً.

ومن أصالة بقاء الملك على مالكه، وعدم انتقاله عنه خرج ما خرج بالدليل فيبقى الباقي.

والأقوى الأوّل؛ لِما بيّناه.

قوله: «الطرف الرابع: في التنازع، وفيه مسائل: الأُولى: إذا اختلفا في أصل المهر فالقول قول الزوج [مع يمينه] ولا [١٥٩ أ] إشكال قبل الدخول؛ لاحتمال تجرّد العقد عن المهر»[1] إلى آخره.

أقول: لأنّ مطلق العقد لا يستلزمه؛ لانفكاكه في الموت قبل الدخول مع تفويض البضع أو ردّة الزوجة قبله أيضاً، أو لاحتمال صغره حال العقد وإعساره أو كونه عبداً، فمع ارتفاع هذه الاحتمالات يتردّد الحال بين المتعة والمسمّى أو الحكم من أحد الزوجين، فيوقف حتّى تبيّن الحال.

وأمّا بعد الدخول فقد أطلق الأصحاب أنّ القول قوله؛ لأصالة البراءة، وعموم: «واليمين على من أنكر»[2].

وللاحتمالين الأخيرين ـ أعني الصغر والرقّيّة ـ أوجب شيخنا جمال الدين هنا

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٧.

(٢) الخلاف ٣: ١٤٨، المسألة ٢٣٦؛ ونحوه في الكافي ٧: ٤١٥، ح ١؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٩٩؛ تهذيب الأحكام ٦: ٢٢٩، ح ٥٥٣ و٥٥٤.

مهر المثل[١]؛ لأنّ الدخول موجب لاستقرار مهر؛ لأنّه وطء غير زانٍ، والاحتمالان المذكوران نادران، وهما خلاف الظاهر، فوجب الحكم بقيمة البضع ـ وهو المعنيّ بمهر المثل ـ إلّا أن يتداعيا غيره أو تدّعي هي أقلّ[٢].

قوله: «الرابعة: إذا أقامت المرأة بيّنة أنّه تزوّجها في وقتين بعقدين فادّعى الزوج تكرار العقد» إلى قوله: «والأوّل أشبه»[٣].

أقول: فإنّ العقد حقيقة شرعيّة في السبب المبيح للبضع، واستعماله في الإيجاب والقبول المجرّدين مجاز مستعار، كتسمية الصورة المنقوشة فرساً، ولا يفتقر إلى ذكر سبب الفرقة من الأوّل؛ لامتناع وجود المشروط بدون شرطه والدعوى تأتي عليه؛ لأنّها لا تتمّ إلّا به. ولا يفتقر أيضاً إلى دعوى الإصابة؛ لوجوب المهر بمجرّد العقد على ما تقدّم[٤].

فنقول حينئذٍ: يلزم الزوج مهران ما لم يدّع الطلاق في الأوّل قبل الدخول، فإن ادّعى ففي سماعه نظر؛ من منافاة دعوى التكرار دعواه، وبه قال الشيخ في المبسوط[٥] والمصنّف والعلّامة[٦]، ثمَّ قوّى الشيخ فيه لزوم مهر ونصف؛ لأنّ الفرقة متحقّقة، والوطء مظنون، والأصل عدمه.

---

(١) إرشاد الأذهان ١: ١٨١؛ تبصرة المتعلّمين: ١٤١.

(٢) غاية المراد ٣: ١٤٢.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٨.

(٤) في المخطوطة: «تقدّمه».

(٥) المبسوط ٤: ٢٩١.

(٦) قواعد الأحكام ٣: ٨٩؛ مختلف الشيعة ٧: ١٨٩.

والأجود أن نقول: إن أنكر[(١)] الإصابة عقيب الأوّل حلف، ولزمه مهر ونصف، وإن وافق على الإصابة في ذلك الزمان فمهران قطعاً، وإن سكت حكم عليه بالمهرين أيضاً؛ لوجوبهما بالعقدين، ووقوع الشكّ في المسقط، ويقوّى ذلك أنّه إذا كان لادّعاه، وكذا لو مات. هذا قول الشهيد[(٢)].

ويمكن أن يقال: يلزم مهر واحد لا غير؛ لأنّ من أسباب الفرقة ما لا يوجب مهراً ولا نصفه، كردّتها وإسلامها، وفسخه بعيبها قبل الدخول، وفسخها بغير[(٣)] العنّة قبله، فحينئذٍ دعوى أحد هذه الأُمور يسقط المهر بكماله مع تمامها، وتجويزها ينفي [١٥٩ ب] القطع بالزيادة على المهر الثاني[(٤)].

قوله [في] النظر الثالث في القسم[(٥)] والنشوز والشقاق: «**ويقسم عنه الوليّ**»[(٦)].

أقول: بأن يسير به على زوجاته، كما يقسم شرعاً.

قوله: «**وقيل: لا تجب القسمة حتّى يبتدئ بها، وهو أشبه**»[(٧)].

أقول: القسم واجب لمَن يجب الإنفاق عليه من الزوجات؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[(٨)]، ولأنّ النبيّ ﷺ مات عن تسع، وكان يقسم لثمان ـ لأنّ

---

(١) في المخطوطة: «أمكن»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ١٤٠.

(٢) غاية المراد ٣: ١٤٠.

(٣) في المخطوطة: «لغير»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ١٤٠.

(٤) غاية المراد ٣: ١٤٠.

(٥) في المخطوطة: «القسمة».

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٩.

(٧) المصدر نفسه.

(٨) النساء (٤): ١٩.

سودة بنت زمعة وهبت ليلتها لعائشة[١] ـ والتأسّي به واجب. ومنه[٢] استفيد أيضاً جواز هبة الليلة[٣].

وهل هي واجبة بنفس العقد والتمكين أم تتوقّف على الشروع فيها؟ خلاف مبنيّ على أنّها حقّ للزوج ابتداءً أو لهما؟ قال في المبسوط[٤] بالأوّل، ولا تجب إلّا إذا شرع؛ لأنّ بشروعه اقتضى التخصيص، والعدل واجب بين الزوجات.

والمشهور أنّها حقّ للزوجين وأنّها تجب مطلقاً؛ لعموم الأدلّة[٥]. وهو الأجود.

قوله: «فمن له زوجة واحدة فلها ليلة من أربع»[٦] إلى آخره.

أقول: خالف فقهاء الجمهور هنا، وقالوا: يجب التسوية لو كان له اثنتان[٧].

قوله: «وهل يجوز أن يجعل القسمة أزيد من ليلة لكلّ واحدة؟ قيل: نعم، والوجه اشتراط رضاهنّ»[٨].

أقول: قال في المبسوط: يجوز في ثلاث ليال بغير رضاهنّ، وأمّا الزائد فلا بدّ من الرضا[٩]، والمصنّف اختار رضاهنّ مطلقاً، وهو الأقوى.

---

(١) صحيح البخاري ٣: ١٣٥ ـ ١٣٦؛ سنن ابن ماجة ١: ٦٣٤، ح ١٩٧٢.

(٢) في المخطوطة: «وهنا».

(٣) غاية المراد ٣: ١٩٩ ـ ٢٠٠.

(٤) المبسوط ٤: ٣٢٥ ـ ٣٢٦.

(٥) غاية المراد ٣: ٢٠٠ ـ ٢٠١.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٩.

(٧) راجع الأُمّ ٥: ١١٠؛ مختصر المزني: ١٨٥؛ السراج الوهاج: ٣٩٩؛ مغني المحتاج ٣: ٢٥٥؛ كفاية الأخيار ٢: ٤٥؛ المغني لابن قدامة ٨: ١٣٩؛ الشرح الكبير ٨: ١٤٩؛ بدائع الصنائع ٢: ٣٣٢.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٩.

(٩) المبسوط ٤: ٣٢٨.

قوله: «ولو تزوّج أربعاً دفعة رتّبهن بالقرعة، وقيل: يبدأ بمن شاء» إلى قوله: «وهو أشبه»[١].

أقول: إن قلنا بوجوبها ابتداءً وجبت القرعة، وإلّا فلا، والحقّ الأوّل، فيجب القرعة.

قوله: «وقيل: يكون عندها في ليلتها، ويظلّ عندها في صبيحتها. وهو المرويّ»[٢][٣].

أقول: قاله الشيخ [في] النهاية[٤] وابن الجنيد[٥].

قوله: «و إذا كانت الأمة مع الحرّة أو الحرائر فللحرّة ليلتان، وللأمة ليلة»[٦].

أقول: قال بذلك جميع الفقهاء إلّا مالكاً؛ فإنّه سوّى بينهما[٧][٨].

قوله: «ولو بات عند الأمة ليلة ثمّ أُعتِقت قبل استيفاء الحرّة، قيل: يقضي للأمة ليلةً؛ لأنّها ساوت الحرّة. وفيه تردّد»[٩].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٩.

(٢) الكافي ٥: ٥٦٤، ح ٣٤؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٢٧، ح ٤٤٨١؛ تهذيب الأحكام ٧: ٤٢٢، ح ١٦٨٩.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٩.

(٤) في المخطوطة: «هـ» وهو رمز النهاية، ولكن لم نعثر عليه فيها ولا على من نسبه إليها؛ فراجع النهاية: ٤٨٣؛ ولكنّه قال في المبسوط ٤: ٣٢٧: «قد بيّنّا أنّ القسم يكون ليلاً فكل امرأة قسم لها ليلاً فإنّ لها نهار تلك الليلة».

(٥) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٣١٧.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٩.

(٧) حكاه عنه الشيخ في الخلاف ٤: ٤١٢، المسألة ٣. راجع: المغني لابن قدامة ٨: ١٤٩؛ الشرح الكبير ٨: ١٥٣؛ المحلّى ١٠: ٤١ و ٦٦.

(٨) في المخطوطة زيادة: «[هنا بياض] وقيل: يكون عندها في ليلتها [هنا بياض] قاله في النهاية وابن الجنيد»؛ إذ تقدّم آنفاً مثله.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢٨٠.

أقول: ينشأ من قول الشيخ في المبسوط[١]؛ بناءً على أنّها ساوت الحرّة قبل توفية حقّها، فيجب لها مثل الحرّة؛ عملاً بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾[٢]، ومن أنّها إنّما صارت [١٦٠ أ] حرّة بعد استيفاء حقّها، فلا تجب لها شيء حتّى يبتدئ [ب]القسمة بعد توفية الزوجة الأُخرى حقّها[٣].

قوله: «ولو سبق إليه زوجتان» إلى قوله: «وقيل: يقرع. والأوّل أشبه، والثاني أفضل»[٤].

أقول: كان النبيّ ﷺ يقرع بين نسائه[٥]، والاقتداء به أولى.

قوله: «وقيل: يقضي سفر النقلة»[٦].

أقول: سفر النقلة: هو أن يتحوّل من بلد إلى بلد آخر للإقامة.

قوله: «وهل يجوز العدول عمّن خرج اسمها إلى غيرها؟ قيل: لا؛ لأنّها تعيّنت للسفر. وفيه تردّد»[٧].

أقول: ينشأ من أصالة الجواز، ولأنّه حقّ له، فيجوز له تركه، إمّا بأن يعدل إلى غيرها من الزوجات أو لا يستصحب واحدة منهنّ، ومن أنّ القرعة عيّنتها للسفر، فلا يجوز العدول إلى غيرها، وإلّا لم يكن للقرعة فائدة، فيكون الأمر بها عبثاً، وبه أفتى في المبسوط[٨].

---

(١) المبسوط ٤: ٣٣٢.

(٢) النساء (٤): ١٢٩.

(٣) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٢٤.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٨٠.

(٥) المبسوط ٤: ٣٢٦؛ صحيح البخاري ٣: ١٦٤؛ سنن ابن ماجة ١: ٦٣٣، ح ١٩٧٠.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٨٠.

(٧) المصدر نفسه.

(٨) المبسوط ٤: ٣٣٣.

قوله في الثانية: «**إذا وهبت فرضي**[(١)] **الزوج صحّ، ولو رجعت كان لها [و]لكن لا يصحّ في الماضي**»[(٢)] إلى آخره.

أقول: لأنّ الماضي كالهبة المقبوضة، والمستقبل لم يقبض[(٣)].

قوله: «**الخامسة: لا يزور الزوج الضرّة في ليلة ضرّتها**» إلى قوله: «**وهو أشبه**»[(٤)].

أقول: يريد تحريم الزيارة في ليلة الضرّة، لا مطلق الزيارة؛ فإنّها ليست حراماً. وإنّما حرم في الليلة؛ لأنّها تخصيص منافٍ للعدل، ولأنّها حقّ لصاحبتها، فلا يجوز جعلها[(٥)] لغيرها.

واستُثنيَ من هذا صورة المرض؛ فإنّ له أن يعود أجنبيّاً تلك الليلة، ولعدم حصول التهمة مع المرض، بخلاف حال الصحّة. فإن زارها ورجع إلى صاحبتها فلا كلام، وإن بات الليلة عندها هل يقضيها أم لا؟ قولان:

أحدهما: نعم؛ لعدم وصول حقّها إليها، وليس من ضرورات الزيارة الإقامة طول الليلة فهو ظلم يجب قضاؤه.

وثانيهما: قول الشيخ بالعدم، كما لو زار أجنبيّاً[(٦)].

قوله: «**الثامنة: لو طاف على ثلاث، وطلّق الرابعة بعد دخول ليلتها ثمّ تزوّجها، قيل: يجب لها قضاء تلك الليلة. وفيه تردد ينشأ من سقوط حقّها؛ لخروجها عن الزوجيّة**»[(٧)].

---

(١) في المخطوطة: «ورضي».

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٨١.

(٣) المبسوط ٤: ٣٢٥.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٨١.

(٥) في المخطوطة: «فعلها»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ٢٠١.

(٦) المبسوط ٤: ٣٢٧ ـ ٣٢٨؛ كما حكاه عنه فخر الدين في إيضاح الفوائد ٣: ٢٥٠.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٨٢.

أقول: قال في المبسوط: يجب القضاء؛ لاستقرار الوجوب، وإسناد الإسقاط إليه بفعل الطلاق الحرام على ما نصّ عليه في المبسوط[١] أيضاً.

وتوقّف المصنّف والعلّامة[٢]؛ لاحتمال سقوط الحقّ بالكلّيّة؛ لاستحالة مجامعة القسم [١٦٠ ب] للبينونة؛ لأنّها تابع للزوجيّة. وأنّه سقط لمانع؛ لاستقرار الوجوب في الذمّة، والبينونة لا تُسقِط ما هو في الذمّة، كالنفقة.

ولا يلزم من امتناعه حال البينونة[٣] امتناعه مطلقاً، فالبينونة مانع، وقد زال فيعود الحقّ. وهو الأقرب، واختاره الشهيد[٤].

وهنا مسألتان:

أ. لِـمَ قال الرابعة؟ فإنّه مستدرك؛ فإنّه لو طلّق الثانية أو الثالثة أو أيّ واحدة كانت[٥] بعد حضور ليلتها، فالحكم فيها كذلك. اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّه مثال لا حصر، أو يقال: إنّ القضاء هنا من ليالي المظلو[م] بهنّ؛ فإنّه لا يتعيّن حتماً إلّا إذا كنّ أربعاً، ووافق[٦] ردّها بقاءَهنّ مع تحقّق الظلم [بهنّ].

نعم، تعيّن الليلة لغير الرابعة موقوف على القرعة إن أوجبناها بخلاف الرابعة. ولعلّه السرّ في تمثيلهم.

---

(١) المبسوط ٤: ٣٣٢.

(٢) إرشاد الأذهان ٢: ٣٣؛ تحرير الأحكام ٣: ٥٩٣؛ قواعد الأحكام ٣: ٩٣.

(٣) في المخطوطة: «حالاً لبينونة» بدل «حال البينونة»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ٢٠٥.

(٤) غاية المراد ٣: ٢٠٤ ـ ٢٠٥.

(٥) في المخطوطة: «كان».

(٦) في المخطوطة: «ووافى»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ٢٠٦.

ب. إنّ القضاء ليس على إطلاقه، بل إذا تزوّجها ولم ينكح جديدات مع بقاء المظلوم بها في نكاحه[١].

قوله: «وصورة الهجر أن يحوّل إليها ظهره في الفراش، وقيل: أن يعتزل فراشها، والأوّل مرويّ»[٢][٣].

أقول: الأوّل قول الصدوق[٤] ووالده[٥]؛ لأنّ الأمر المطلق القابل للشدّة والضعف يحمل على أقلّ مراتبه. والثاني قول الشيخ[٦] وابن إدريس[٧].

ويمكن أن يقال: يرجع إلى العرف، كما قاله شيخنا فخر الدين[٨].

ولو قيل: «إنّه يعتمد الأوّل فإن لم ينجع اعتمد الثاني» كان حسناً.

قوله في الشقاق: «وهل بعثهما على سبيل التحكيم أو التوكيل؟ الأظهر أنّه تحكيم»[٩].

أقول: قال عليّ عليه السلام وابن عبّاس: إنّه تحكيم[١٠]، وبه قال الشافعيّ[١١].

---

(١) غاية المراد ٣: ٢٠٥ ـ ٢٠٦.

(٢) فقه القرآن للراوندي ٢: ١٩٢.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٨٢.

(٤) من لا يحضره الفقيه ٣: ٥٢١ ـ ٥٢٢؛ المقنع: ٣٥٠.

(٥) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٣٩٥.

(٦) المبسوط ٤: ٣٣٨.

(٧) السرائر ٢: ٧٢٩.

(٨) إيضاح الفوائد ٣: ٢٥٦.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢٨٣.

(١٠) حكاه عنهما الشيخ في الخلاف ٤: ٤١٦، المسألة ٩.

(١١) راجع: الأُمّ ٥: ١١٦؛ المجموع ١٦: ٤٥٤.

وقال أبو حنيفة وجماعة: إنّه توكيل[١].

لنا: قوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا﴾[٢]، ولم يقل: «وكيلاً»، ولأنّ الخطاب إذا ورد مطلقاً فيما هو طريقه الأحكام[٣] كان منصرفاً إلى الأئمّة والقضاة؛ ولأنّ الخطاب لم يتوجّه إلى الزوجين، وإلّا لقال: «فابعثا».

ولِما رواه أصحابنا أنّهما يمضيان ما اتّفق رأيهما عليه إلّا الفرقة، فإنّهما يستأذنان الزوجين[٤].

فدلّ على أنّه على سبيل التحكيم. وإذا ثبت ذلك فليس لهما أن يفرّقا، ولا أن يخلعا إلّا بعد الاستيذان، ولهما أن يجمعا من غير استئذان[٥].

والباعث لهما الحاكم من غير التفات إلى رضا الزوجين.

وعلى تقدير التوكيل يفتقر إلى نصّ كلّ بالتوكيل، ولا يمضيان شيئاً إلّا بإذن الموكّلين، وعليه ابن البرّاج[٦].

وبالأوّل قال الشيخ في المبسوط[٧] والخلاف[٨] وابن إدريس[٩].

---

(١) أحكام القرآن للجصّاص ٢: ٢٣١ ـ ٢٣٢.

(٢) النساء (٤): ٣٥.

(٣) في المخطوطة: «الحكاية»، وصحّحناه كما في الخلاف ٤: ٢١٦، المسألة ٩.

(٤) الكافي ٦: ١٤٧، ح ٥؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٠٣، ح ٣٥٠ و٣٥١.

(٥) كما في الخلاف ٤: ٤١٧، المسألة ١٠.

(٦) المهذّب ٢: ٢٦٦.

(٧) المبسوط ٤: ٣٤٠.

(٨) الخلاف ٤: ٤١٦، المسألة ٩.

(٩) السرائر ٢: ٧٣٠.

وقال ابن حمزة: إن جعل الحاكم الإصلاح[١]، والتفريق إليهما أنفذا ما رأياه صلاحاً من غير مراجعة، وإن أطلق لهما القول [وحضر كلا الزوجين ولم يكن أحدهما مغلوباً على عقله، ورأيا الإصلاح أصلحا من غير مراجعة، وإن رأيا التفريق بينهما بطلاق أو خلع] لم يجز التفريق إلّا بعد المراجعة[٢].

وهذا كلام حسن مبنيّ على إنفاذ الحاكم بإذنهما واختيارهما، كما يفهم من كلام ابن بابويه، فعلى ذلك يتوجّه كلام ابن حمزة؛ لأنّ الإذن السابق كافٍ.

[١٦١ أ] **قوله** [في] النظر الرابع في أحكام الأولاد أو قبل أحكام ولد الشبهة بلا فصل: «**ولا يورثه ميراث الأولاد، وفيه تردّد**»[٣].

أقول: ينشأ من قول الشيخ[٤] بذلك، عملاً بالرواية وعمل أكثر الأصحاب. ومن كونه ولد على فراشه، فيكون لاحقاً به؛ لقوله ﷺ: «الولد للفراش»[٥].

والرواية المشار إليها هي ما رواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام في الأنصاريّ الذي وجد غلامه على بطن امرأته[٦].

قال المصنّف: وفي العمل بها توقّف؛ لأنّ سبب الالتحاق إن كان حاصلاً وجب إلحاقه، وإلّا فيجوز النفي.

---

(١) في المخطوطة: «الصلاح».

(٢) الوسيلة: ٣٣٣، وما بين المعقوفين منه.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٨٦.

(٤) النهاية: ٥٠٦ ـ ٥٠٧.

(٥) الكافي ٥: ٤٩١ ـ ٤٩٢، ح ٣؛ ج ٧: ١٦٣، ح ١ و٣؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٦٩، ح ٥٨٩؛ ص ١٨٣، ح ٦٤٠؛ ص ٢٠٧ ـ ٢٠٨، ح ٧٣٤.

(٦) الكافي ٥: ٤٨٨، ح ١؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٣١٤ ـ ٣١٥، ح ٥٦٧٧؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٧٩، ح ٦٢٨.

قوله: «غُسل المولود»[١].

أقول: بضمّ الغين؛ لأنّه يغتسله [كلّه].

قوله: «وهل يجب العقيقة؟ قيل: نعم، والوجه الاستحباب»[٢].

أقول: قال المرتضى تجب العقيقة[٣]، والمشهور الاستحباب. وبالأوّل قال ابن بابويه[٤]؛ لما ورد: «كلّ مولود مرتهن بعقيقته»[٥]. وهو محمول على شدّة الاستحباب؛ لأصالة البراءة.

قوله: «فلا يجب على الأُمّ إرضاع الولد»[٦].

أقول: قال: أبو ثور[٧] يجب على الأُمّ إرضاع ولدها؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ﴾[٨]، وهو خبر في معنى الأمر.

قوله: «وقيل: لا يصحّ ذلك، وهي [في] حباله، والوجه الجواز»[٩].

أقول: قاله في المبسوط[١٠]، والوجه الجواز؛ لقوله تعالى: ﴿فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[١١]. وبه

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٨٧.

(٢) المصدر٢: ٢٨٨.

(٣) الانتصار: ٤٩٦.

(٤) كذا في المخطوطة، ولكن لم نعثر عليه ولا على من نسبه إليه، بل نسبه إلى ابن الجنيد العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٣٠٣.

(٥) الكافي ٦: ٢٥، ح ٤؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٨٥، ح ٤٧١٤؛ تهذيب الأحكام ٧: ٤٤١، ح ١٧٦٢، نحوه.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٨٩.

(٧) حكاه عنه الشيخ في الخلاف ٥: ١٣٠، المسألة ٣٣. راجع: المغني لابن قدامة ٩: ٣١٣.

(٨) البقرة (٢): ٢٣٣.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢٨٩.

(١٠) المبسوط ٣: ٣٣٩.

(١١) الطلاق (٦٥): ٦.

قال ابن الجنيد[١] وابن إدريس[٢].

قوله: «ونهاية الرضاع حولان، ويجوز الاقتصار على أحد وعشرين شهراً»[٣].

أقول: دلّ قوله تعالى: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيْنِ﴾[٤] على الأوّل، وقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾[٥] على الثاني.

قوله: «فرع: لو ادّعى الأب وجود متبرّعة» إلى قوله: «على تردّد»[٦].

أقول: أي وجوب الأُجرة، والأصل عدم الوجوب. وينشأ التردّد من أنّه منكر ما يجب عليه من أُجرة الرضاع؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾[٧]، ومن أنّه يدّعي إسقاط ما يجب عليه فعليه البيّنة.

وبعبارة أُخرى أوضح ينشأ من كون الأُمّ منكرة، فيكون القول قولها؛ لقوله عليه السلام «واليمين على من أنكر»[٨]، ولأنّ الإرضاع حقّ لوالده[٩]، وهو يدّعي إسقاطه لوجود متبرّعة، فيكون القول قولها إلّا أن يقيم البيّنة، ومن أنّ إنكار الأُمّ لوجود المتبرّعة يتضمّن دعوى شغل ذمّة الأب بالأُجرة[١٠] عليه والأصل براءة الذمّة، فمن ادّعى

---

(١) لم نعثر على من نسبه إليه، فراجع: مختلف الشيعة ٦: ١٦١؛ بل نسبه إلى السيّد المرتضى ابن إدريس في السرائر ٢: ٦٥٠.

(٢) السرائر ٢: ٤٧٢.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٨٩.

(٤) لقمان (٣١): ١٤.

(٥) الأحقاف (٤٦): ١٥.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٨٩.

(٧) البقرة (٢): ٢٣٣.

(٨) الكافي ٧: ٤١٥، ح ١؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٩٩؛ تهذيب الأحكام ٦: ٢٢٩، ح ٥٥٣ و٥٥٤.

(٩) في المخطوطة: «لوالدته».

(١٠) في المخطوطة: «بلأجرة».

شغلها بشيء افتقر [إلى دليل] ولا دليل[(١)].

قوله: «وأمّا الحضانة»[(٢)].

أقول: الحضانة لها اعتباران:

أحدهما: أنّه حقّ يضاف لمَن استحقّه[(٣)] بـ"له".

وثانيهما: أنّه واجب يضاف إلى منسوبه بـ"عليه".

فالفقيه يبحث عن الاعتبارين، أمّا الأوّل فهو حقّ للأُمّ، ومع فقدها للأب، ويترتّب كما ذكر في الكتب.

وأمّا الثاني فهو واجب على الأُمّ والأب [١٦١ ب] على الكفاية، والأُمّ مقدّمة فإن امتنعت كان للأب أخذه، وكذا إن تزوّجت، فإن امتنع الأب أجبر الحاكم الأُمّ؛ لأنّه حقّ الولد عليه كما هو لها، فإن عدمت الأُمّ أو عجزت ترتّب إجبار الحاكم فيجبر الأب أوّلاً ثمّ الجدّ له، فيترتّب الإجبار في الواجب عليه كترتّب الحقّ له.

قوله: «والأُمّ[(٤)] أحقّ بالأنثى حتّى تبلغ سبع سنين»[(٥)].

أقول: قاله [في] النهاية[(٦)].

قوله: «وقيل: تسعاً»[(٧)].

---

(١) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٢٦.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٨٩.

(٣) في المخطوطة: «لاستحقه» بدل «لمن استحقه».

(٤) في المخطوطة: «فالأُمّ».

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٨٩ ـ ٢٩٠.

(٦) النهاية: ٥٠٤.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٠.

[أقول:] قاله المفيد[(١)] وابن إدريس[(٢)].

قوله: «وقيل: الأُمّ أحقّ بها ما لم تتزوّج»[(٣)] إلى آخره.

[أقول:] قاله في المبسوط[(٤)] والخلاف[(٥)].

قوله: «وترتّبوا ترتّب الإرث؛ نظراً إلى الآية، وفيه تردّد»[(٦)].

أقول: ينشأ من قوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ إِنَّ ٱللَّهَ﴾[(٧)] وهو عامّ في كلّ شيء خرج ما خرج بالدليل فيبقى الباقي.

ومن أنّ إثبات الحضانة لغير الأب والأُمّ والجدّ للأب حكم شرعيّ يفتقر إلى دليل شرعيّ ولم يثبت، ونمنع دلالة الآية على موضع النزاع.

قال ابن إدريس: ذلك كلام الشيخ[(٨)]، وهو من تخريجات الجمهور؛ بناءً على القول بالتعصيب، وهو باطل عندنا، والحمل على الإرث قياس[(٩)].

قوله: «ومن لواحق الحضانة ثلاث مسائل: الأُولى: إذا طلبت الأُمّ للرضاع[(١٠)] **أُجرة»** إلى

---

(١) المقنعة: ٥٣١.

(٢) السرائر ٢: ٦٥٣.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٠.

(٤) المبسوط ٦: ٣٩.

(٥) الخلاف ٥: ١٣٢، المسألة ٣٨.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٠.

(٧) الأنفال (٨): ٧٥.

(٨) الخلاف ٥: ١٣١، المسألة ٣٦؛ المبسوط ٦: ٤١ ـ ٤٢.

(٩) السرائر ٢: ٦٥٤.

(١٠) في المخطوطة: «للرضاعة».

قوله: «**تردّد**»[١][٢].

أقول: ينشأ من أنّ الحضانة هل تابعة للرضاع أم لا؟ فإن قلنا بالأوّل سقطت، وإلّا فلا.

والحقّ أنّها لا تسقط؛ لأنّهما شيئان متغايران، فتداخلهما على خلاف الأصل، فلا يصار إليه إلّا بدليل.

أمّا أنّهما شيئان متغايران، فلأنّه يصحّ استيجار المرأة للحضانة دون الرضاع وبا[لعكس]، ولو لا التغاير لما صحّ ذلك. وإذا ثبت عدم سقوطها وجب على الأُمّ تسليمه إلى المرضع كلّما احتاج إلى الرضاع، ثمّ إذا[٣] رَوِيَ أخذته منها للحضانة وهكذا[٤]. وبهذا قال ابن إدريس[٥].

قوله: «والسقوط أشبه»[٦].

أقول: لأدائه إلى الحرج.

قوله: «الثالثة: إذا تزوّجت سقطت حضانتها» إلى قوله: «والوجه الرجوع»[٧].

أقول: قاله في المبسوط[٨] وابن إدريس[٩]؛ لأنّ النكاح أبطله فيبقى؛ عملاً بالاستصحاب.

---

(١) في المخطوطة زيادة: «والسقوط أشبه؛ لأدائه إلى الحرج» إذ سيجيء ذكره بنحو: «قوله ... أقول».

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٠.

(٣) في المخطوطة زيادة: «احد».

(٤) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٢٧.

(٥) السرائر ٢: ٦٥٢.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٠.

(٧) المصدر ٢: ٢٩١.

(٨) المبسوط ٤: ٤٨.

(٩) السرائر ٢: ٦٥١.

وقال في الخلاف بالرجوع؛ لأنّ النبيّ ﷺ علّق ذلك بالتزويج[١] فإذا زال التزويج عاد الحقّ[٢]. وبه قال أيضاً في المبسوط[٣].

قوله في النظر الخامس في النفقات: «**وفي وجوب النفقة بالعقد أو بالتمكين تردّد، أظهره بين الأصحاب وقوف الوجوب على التمكين**»[٤].

أقول: ينشأ من أصالة البراءة من وجوب الإنفاق ترك العمل بها من التمكين التامّ [١٦٢ أ] للإجماع، فيبقى معمولاً به فيما عداه، ومن إطلاق الروايات الدالّة على وجوب الإنفاق على الزوجات[٥]. ويؤيّده قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[٦].

والتحقيق: أنّ مع النشوز لا نفقة إجماعاً، ومع التمكين تجب إجماعاً، فيحتمل[٧] كون النشوز مانعاً، والأصل عدمه، فيجب بالعقد. ويحتمل[٨] كون التمكين شرطاً، ومع الجهل بالشرط لا يحصل المشروط، فلا يجب بالعقد. وهو الأقوى.

قوله: «**أمّا لو كانت كبيرةً وزوجها صغيراً قال الشيخ رحمه الله: لا نفقة لها**»[٩] إلى آخره.

أقول: قاله في المبسوط[١٠]؛ لأصالة البراءة.

---

(١) الخلاف ٥: ١٣٣، المسألة ٣٨؛ سنن الدار قطنيّ ٣: ٢١١، ح ٣٧٦٧.

(٢) الخلاف ٥: ١٣٣ ـ ١٣٤، المسألة ٣٩.

(٣) المبسوط ٦: ٤١.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٩١.

(٥) راجع: الكافي ٥: ٥١٠ ـ ٥١٢، ح١ ـ ٨.

(٦) النساء (٤): ١٩.

(٧) في المخطوطة: «فتحمل».

(٨) في المخطوطة: «وتحمل».

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٢.

(١٠) المبسوط ٦: ١٢ ـ ١٣.

قوله: «وهل النفقة للحمل أو لأُمّه؟ قال الشيخ ﷺ: هي للحمل»[١].

أقول: وقال المخالفون: للأُمّ[٢]، وبه قال ابن زهرة[٣]؛ لعدم وجوبها على الجدّ، وعدم سقوطها[٤] بيسار الولد ولتقديرها.

والتزم الشيخ بذلك كلّه[٥]، واحتَجَّ على أنّه للحمل بالدوران وجوداً وعدماً، كما أنّ مع الزوجيّة تجب النفقة ومع عدمها لا تجب، وهو دليل على العلّيّة[٦].

ويظهر الفائدة [في] أنّه مع الإخلال بها هل تقضى[٧] أم لا؟ فعلى قول الشيخ [لا تقضى]، وهو الأقوى.

قوله: «وتظهر الفائدة في مسائل، منها: في الحرّ إذا تزوّج بأمة[٨]، وشرط مولاها رقّ الولد»[٩].

أقول: فعلى قول الشيخ النفقة على السيّد، وعلى قول المخالفين على الزوج، وكذا في المسألة الثانية. هذا لو قلنا يجوز اشتراط رقّيّة الولد.

وتظهر الفائدة أيضاً في نكاح الشبهة مع الحمل [ف]لو قلنا النفقة للأُمّ فلا نفقة

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٢.

(٢) قال به بعض الشافعيّة وهو الأصحّ عندهم. المجموع ١٨: ٢٧٦، ورأي بعض الحنابلة. المغني ٩: ٢٩١ ـ ٢٩٢. وهو قول المالكيّة، المدوّنة الكبرى ٢: ٣٣٨.

(٣) غنية النزوع: ٣٨٥

(٤) في المخطوطة: «سبوطها».

(٥) المبسوط ٦: ٢٨ ـ ٢٩.

(٦) المصدر ٦: ٢٨.

(٧) في المخطوطة: «وتقضى».

(٨) في المخطوطة: «أمة».

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٣.

هنا؛ لعدم الزوجيّة، وإن قلنا للحمل فالنفقة على الواطئ.

قوله: «وفي الحامل المتوفّى عنها زوجها روايتان، أشهرهما أنّه لا نفقة لها، والأُخرى ينفق عليها من نصيب ولدها» [(١)].

أقول: في رواية الحلبيّ عن الصادق عليه السلام: «لا نفقة لها» [(٢)]. وكذا في رواية أبي الصباح [(٣)].

وعليها فتوى المفيد [(٤)] والشيخ في الخلاف [(٥)] وابن أبي عقيل [(٦)].

وفي رواية محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «ينفق عليها من ماله» [(٧)]. قال الشيخ: أي من مال الحمل وإن لم يقدّم له ذكر [(٨)]. وهو صريح في رواية محمّد بن الفضيل [عن أبي الصّبّاح الكنانيّ] [(٩)].

وعليها فتوى الشيخ في النهاية [(١٠)] وابن الجنيد [(١١)] وأبي الصلاح [(١٢)]. والعمل على الأوّل.

قوله في المسألة الثانية من اللواحق: «**فلو منعها وانقضى اليوم استقرّت**» إلى قوله:

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٣.

(٢) الكافي ٦: ١١٤، ح ٣؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٥١، ح ٥٢٢.

(٣) الكافي ٦: ١١٥، ح ٨؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٥٠ ـ ١٥١، ح ٥٢١.

(٤) حكاه عنه ابن إدريس في السرائر ٢: ٧٣٨.

(٥) الخلاف ٥: ٦٨، المسألة ٢٠.

(٦) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٤٧٥.

(٧) الكافي ٦: ١٢٠، ح ٤؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٥١، ح ٥٢٥.

(٨) تهذيب الأحكام ٨: ١٥١؛ الاستبصار ٣: ٣٤٥.

(٩) الكافي ٦: ١١٥، ح ١٠؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٥٢، ح ٥٢٦.

(١٠) النهاية: ٥٣٧.

(١١) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٤٧٥.

(١٢) الكافي في الفقه: ٣١٣.

«**وإن لم يقدّرها الحاكم**»[(١)].

أقول: قال المخالف: إن قدّرها الحاكم قضيت، وإلّا فلا.

قوله: «**تديناً** [١٦٢ ب] **له بإقراره**»[(٢)].

أقول: ديّنت الرجل تديناً: أي[(٣)] وكلته إلى دينه[(٤)].

قوله: «**الثامنة: نفقة الزوجة مقدّمة على الأقارب**»[(٥)].

أقول: أمّا نفقة القريب فإنّما تجب للمعونة، وسدّ الخلّة[(٦)]، ولذلك لا تقضى.

قوله في القول في نفقة الأقارب: «**وفي وجوب الإنفاق على آباء الأبوين وأُمّهاتهم تردّد، وأظهره الوجوب**»[(٧)].

أقول: ينشأ من أنّه هل صدق الأب على الجدّ حقيقة أم مجاز، فعلى الأوّل يجب، وبه قال معظم الأصحاب[(٨)].

قوله: «**ولا عبرة بنقصان الخلقة، ولا بنقصان الحكم مع الفقر والعجز**»[(٩)].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٤.

(٢) المصدر ٢: ٢٩٥.

(٣) في المخطوطة: «إلى أوكلته» بدل «أي وكلته».

(٤) الصحاح ٥: ٢١١٩ (دين).

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٦.

(٦) في المخطوطة: «المذلّة»، وصحّحناه كما في شرائع الإسلام ٢: ٢٩٧.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٦.

(٨) المبسوط ٦: ٣٣؛ كشف الرموز ٢: ٢٠٣؛ تحرير الأحكام ٤: ٤٠؛ قواعد الأحكام ٣: ١١٣؛ إيضاح الفوائد ٣: ٢٨٣.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٦.

أقول: نقصان الحكم، أي لسفه أو جنون أو صغر أو كفر، ونقصان الخلقة كالجذام[(١)] والإقعاد.

اشترط بعضهم[(٢)] في وجوب النفقة حصول التقصير، والحقّ خلافه، بل يجب مع العجز، وإن كان كاملاً.

---

(١) في المخطوطة: «كالجنان».

(٢) هو الشيخ في المسبوط ٦: ٣٠، ٣٤. وقاله الشافعي: المجموع ٦: ٤٩.



[كتاب الطلاق]



قوله: «وفيمن بلغ عشراً عاقلاً، وطلّق للسنّة رواية بالجواز، فيها ضعف»[1].

أقول: رواية ابن فضّال عن ابن بكير عن الصادق عليه السلام[2]. كذا رواية سماعة[3]، وفيها ذكر طلاق السنّة.

قوله: «فلو[4] **بلغ فاسد العقل طلّق وليّه»** إلى قوله: **«وهو بعيد»**[5].

أقول: المانع الشيخ في الخلاف[6] وابن إدريس[7]. وقال في النهاية[8] بالجواز، وهو أولى.

قوله: «فلا يصحّ طلاق المكره»[9] إلى آخره.

أقول: لو ظهر دلالة اختيار [ه] صحّ طلاقه، بأن يخالف المكرِه نوعاً مّا من المخالفة.

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٣.

(٢) تهذيب الأحكام ٨: ٧٥ ـ ٧٦، ح ٢٥٤.

(٣) المصدر ٨: ٧٦، ح ٢٥٥.

(٤) في المخطوطة: «ولو».

(٥) شرائع الإسلام ٣: ٣.

(٦) الخلاف ٤: ٤٤٢، المسألة ٢٩.

(٧) السرائر ٢: ٦٩٤.

(٨) في المخطوطة: «ف» وهي رمز الخلاف. النهاية: ٥١٧.

(٩) شرائع الإسلام ٣: ٣.

قوله: «وأن يكون ما تُوُعِّد به مضرّاً بالمكرَه في خاصّة نفسه»[١] إلى آخره.

أقول: وكذا لو صادف الضرر ماله ما لم يكن شيئاً يسيراً، فإنّه يعدّ[٢] إكراهاً.

قوله: «وإن تأخّر تفسيره ما لم تخرج عن العدّة»[٣].

أقول: فيه نظرٌ؛ لأنّ الطلاق إن كان رجعيّاً فلا بحث، وإن كان بائناً فأيّ فرق بين أن يخرج من العدّة وأن لا يخرج؟.

قوله: «وتجوز الوكالة في الطلاق للغائب إجماعاً، وللحاضر على الأصحّ»[٤].

أقول: قال الشيخ: لا يصحّ التوكيل للحاضر[٥]؛ لقوله ﷺ: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»[٦]، خرج وكالة الغائب للإجماع، فبقي الباقي على المنع.

والجواب: المراد باليد القوّة وهو هناك كذلك. وكذا منع من وكالة امرأة في طلاق نفسها، والوجه الجواز لما قلنا؛ فإنّ فعل الوكيل فعل الموكّل فهو في قوّته. ولا يلزم أيضاً كونها فاعلةً وقابلةً؛ لأنّ التغاير بالاعتبار كافٍ.

قال الشيخ: هو مذهب الفقهاء[٧]، وللأصحاب فيه خلاف، والأظهر أنّه لا يصحّ[٨]، [١٦٣ أ] وتبعه ابن إدريس[٩].

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٤.

(٢) في المخطوطة: «لا يعدّ».

(٣) شرائع الإسلام ٣: ٤.

(٤) المصدر نفسه.

(٥) النهاية: ٥١١.

(٦) الخلاف ٤: ٤٤٢، المسألة ٢٩؛ سنن ابن ماجة ١: ٦٧٢، ح ٢٠٨١.

(٧) المجموع ١٧: ٨٨ ـ ٨٩؛ المغني ٥: ٢٠٢ و ٢٤٠؛ المدوّنة الكبرى ٣: ٢٢؛ تحفة الفقهاء ٢: ١٨٧ ـ ١٩٠.

(٨) المبسوط ٢: ٣٦٥.

(٩) السرائر ٢: ٨٧.

وقال العلّامة: الوجه الجواز؛ لأنّه فعل تدخله النيابة، وصدر من أهله في محلّه فكان واقعاً؛ عملاً بالأصل[١].

قلت: قوله: «صدر من أهله» هو نفس النزاع، وأيضاً الزوجيّة متحقّقة شرعاً، فلا تزول إلّا باليقين، ولا يقين هناك.

قوله: «تفريع على الجواز، لو قال: "طلّقي نفسكِ ثلاثاً" فطلّقت واحدة، قيل: يبطل»[٢].

أقول: قال الشيخ[٣] والمرتضى[٤] في الصورتين؛ للمخالفة. ووجه الأشبهيّة أنّ الأمر بالشيء أمر بأجزائه، وفي الثاني أنّ الواحدة مأمور بها فيقع.

قوله: «وقيل: يقع واحدة»[٥].

أقول: قاله المفيد[٦]، وهو أجود؛ لأنّ الأمر بالشيء أمر بكلّ واحد من أجزائه، وقد فعلت جزءاً فيصحّ.

قوله: «وكذا لو خرج في طهر لم يقربها فيه، جاز طلاقها مطلقاً»[٧].

أقول: أي سواء وقع في الحيض أو لا، علم بذلك أو لم يعلم؛ لإطلاق الرواية[٨][٩].

---

(١) مختلف الشيعة ٦: ٢١.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٤.

(٣) الخلاف ٤: ٤٧٢، المسألة ٣٣ و٣٤.

(٤) لم نعثر عليه ولا على من نسبه إليه.

(٥) شرائع الإسلام ٣: ٤.

(٦) لم نعثر عليه ولا على من نسبه إليه، وإنّما قال به العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٣٧٨.

(٧) شرائع الإسلام ٣: ٦.

(٨) الكافي ٦: ٨٠، ح ٧؛ تهذيب الأحكام ٨: ٦٠، ح ١٩٥.

(٩) هنا في المخطوطة: «إنّ هذا بغير خطّ [«خطّه» صحّ]».

قوله: «عملاً برواية يعضدها الغالب»[١].

أقول: هي ما رواه إسحاق بن عمّار[٢].

قوله: «ومنهم من قدّرها بثلاثة أشهر؛ عملاً برواية جميل عن أبي عبد الله عليه السلام»[٣][٤].

أقول: قاله ابن الجنيد[٥].

قوله: «وإن لم ينو قيل: يبطل الطلاق؛ لعدم التعيين»[٦].

أقول: قاله أبو الصلاح[٧] وابن إدريس[٨]؛ لأنّ الطلاق أمر معيّن، فلا يقع في المبهم.

والصحّة قول الشيخ في المبسوط[٩]. كما في العتق لو قال: «عبدي حرّ» وله عبيد.

وفيه نظرٌ؛ لأنّ الأصل بقاء العقد ترك العمل به في المعيّنة إجماعاً، فيعمل به في غيرها، وهذا أقوى.

قوله: «وربّما قيل بالاحتمال في الأُولى والأخيرتين»[١٠].

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٦.

(٢) الكافي ٦: ٨٠، ح ٢؛ تهذيب الأحكام ٨: ٦٢، ح ٢٠٢.

(٣) تهذيب الأحكام ٨: ٦٢، ح ٢٠٣.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٦.

(٥) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٣٥٤.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٦.

(٧) الكافي في الفقه: ٣٠٥.

(٨) السرائر ٢: ٦٦٥.

(٩) المبسوط ٥: ٧٨.

(١٠) شرائع الإسلام ٣: ٧.

أقول: لأنّه عطف على المشكوك وهو «أو هذه»، أمّا لو عطفها على الجملة تحقّق في الثالثة، كما ذكر أوّلاً.

قوله: «وإيقاع الطلاق على الاسم يصرف إلى الزوجة، وفي الفرق نظر»[(١)].

أقول: ينشأ من أنّ «إحداكما» لفظ متواطٍ يقع على الزوجة والأجنبيّة وقوعاً متساوياً، فيقبل قولُ الزوج في التخصيص؛ لأنّه أبصر بقصده.

وليس كذلك في المسألة الثانية؛ لأنّ العَلَم في أصل اللغة إنّما وضع لشيء بعينه غير متناول ما أشبهه، فإذا أطلق على آخر كان بالاشتراك، والمشترك لا يمكن حمله على جميع معانيه بالحقيقة، [بل] بالمجاز، فتحتاج إلى قرينة، وهي قائمة من جهة الزوجيّة؛ إذ[(٢)] العادة جارية أنّ الطلاق لا يواجه به[(٣)] [١٦٣ ب] إلّا الزوجة.

ومن أنّ اللفظ في الصورتين صالح لهما فلا يختصّ بأحدهما إلّا بمخصّص وليس، واللفظ ليس بمتواطٍ؛ إذ لا يقال عليهما على الجمع، وشأن المتواطي ذلك.

قوله: «فلو قال: "أنتِ الطلاق" أو "طلاق" أو "من المطلّقات" لم يكن شيئاً ولو نوى به الطلاق، وكذا لو قال: [أنت] مطلّقة»[(٤)].

أقول: «مطلّقة» اسم مفعول بمعنى فاعل، وكذلك المصدر يجيء بمعنى الفاعل، فلا يكون واحد منهما صريحاً في الطلاق، قصد أو لم يقصد.

قوله: «وقال الشيخ [رحمه الله]: الأقوى أنّه يقع إذا نوى الطلاق. وهو بعيد عن شبه الإنشاء»[(٥)].

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٧.

(٢) في المخطوطة: «أنّ»، وصحّحناه كما في إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٣٠.

(٣) في المخطوطة: «بانا لا تحاط بن»، وصحّحناه كما في إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٣٠.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٨.

(٥) المصدر نفسه.

أقول: قال الشيخ في الخلاف: يقع الطلاق في الكلّ؛ لحصول الانشاء، إلّا في قوله: «أنت الطلاق» أو «طلاق»؛ لعدم دلالتها على الزمان[(١)].

قوله: «وفي رواية يلقي عليها القناع، فيكون ذلك طلاقاً، وهي شاذّة»[(٢)].

أقول: رواها النوفليّ قال: «طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها فيضعها على رأسها ثمّ يعتزلها»[(٣)].

وقال ابن إدريس: هذه محمولة على من لم يكن له إشارة مفهومة[(٤)].

قوله: «وقيل: يقع بالكتابة إذا كان غائباً»[(٥)] إلى آخره.

أقول: قاله ابن الجنيد[(٦)].

قوله: «ولو قال: "اعتدّي" ونوى به الطلاق، قيل: يصحّ، وهي رواية الحلبيّ ومحمّد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام[(٧)]**، ومنعه كثير، وهو الأشبه»**[(٨)].

أقول: لأنّ قوله: «اعتدّي» معلول الطلاق؛ فإنّه بانفراده لا معنى له؛ لأنّ لها أن تقول: «لم أعتدّ؟» فيقول: «لأنّي طلّقتكِ»، فتمام «اعتدّي» بتقديم الطلاق فهو كاشف عن لزوم حكم الطلاق، فلا يكون هو، وإلّا دار. والرواية خبر واحد فلا يعارض القرآن[(٩)].

---

(١) الخلاف ٤: ٤٦٥، المسألة ٢١؛ ص ٤٦٨، المسألة ٢٨.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٩.

(٣) تهذيب الأحكام ٨: ٧٤، ح ٢٤٩؛ نحوه في الكافي ٦: ١٢٨، ح ٣.

(٤) السرائر ٢: ١٨٣.

(٥) شرائع الإسلام ٣: ٩.

(٦) راجع: مختلف الشيعة ٧: ٥٤٦. بل القائل به صريحاً الشيخ في النهاية: ٥١١.

(٧) الكافي ٦: ٦٩، ح ١ و٢؛ تهذيب الأحكام ٨: ٣٦ ـ ٣٧، ح ١٠٨ و١٠٩.

(٨) شرائع الإسلام ٣: ٩.

(٩) في المخطوطة: «القرار»، وصحّحناه كما في إيضاح الفوائد ٣: ٣٠٨؛ التنقيح الرائع ٣: ٣٠٤.

قوله: «فإن اختارته»[١].

أقول: الضمير للزوج.

قوله: «أو سكتت ـ ولو[٢] **لحظة ـ فلا حكم**[٣] **»**[٤].

أقول: متى تأخّر اختيارها فلا حكم له اتّفاقاً، وأمّا إذا وقع بلا فصل قال ابن الجنيد وابن أبي عقيل يقع[٥]؛ لرواية حمران عن الباقر عليه السلام[٦].

والجواب: يجوز أن يكون التخيير لتدليس أو عيب، فلا يدلّ على المطلوب، مع أنّها معارضة بإنكار الصادق عليه السلام لذلك؛ حيث قال عليه السلام: «وما للناس والخيار! إنّما هذا شيء خصّ الله به رسول الله صلى الله عليه وآله»[٧].

والحقّ أنّه لا يقع الطلاق بشيء من ذلك.

قوله: «قيل: يقع الفرقة[٨] **»**[٩].

أقول: قاله المرتضى[١٠].

قوله: «ولو قيل: هل طلّقت فلانةَ؟ فقال: "نعم" وقع الطلاق»[١١].

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٩.

(٢) في المخطوطة: «أو» بدل «ولو».

(٣) في المخطوطة: «حكمه».

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٩.

(٥) حكاه عنهما العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٣٣٨ ـ ٣٣٩؛ وولده في إيضاح الفوائد ٣: ٣٠٨.

(٦) تهذيب الأحكام ٨: ٩٠، ح ٣٠٧.

(٧) الكافي ٦: ١٣٦ ـ ١٣٧، ح ٢؛ تهذيب الأحكام ٣: ٣١٢ ـ ٣١٣، ح ١١١٢.

(٨) في المخطوطة: «المعرفة».

(٩) شرائع الإسلام ٣: ٩.

(١٠) رسائل الشريف المرتضى ١: ٢٤٢.

(١١) شرائع الإسلام ٣: ٩.

أقول: قاله الشيخ[١] وأتباعه[٢]؛ لرواية السكونيّ عن الصادق عليه السلام عن عليّ عليه السلام[٣]، ولأنّه صريح في إعادة لفظ السؤال، والصريح في الصريحُ صريح، ولهذا إذا قال الحاكم لزيد: «في ذمّتك مئة؟» فقال: «نعم» حكم عليه[٤].

أجاب شيخنا في المختلف[٥] بضعف السكونيّ، ولقول الباقر عليه السلام: «إنّما الطلاق أن يقول لها في قبل عدّتها قبل أن يجامعها: "أنت طالق" ويُشهِد على ذلك رجلين عدلين»[٦].

وقال ابن إدريس: ذلك إقرار بطلاق شرعيّ[٧]، وبه قال [في] المبسوط[٨].

قوله: «ويشترط في الصيغة تجريدها عن الشرط والصفة في قول مشهور»[٩].

أقول: مثال الشرط: إن جاء زيد، الصفة: إذا طلعت الشمس. والفرق بينهما أنّ الصفة يكون واجبة الوقوع عادةً، والشرط ممكن.

قوله: «ولو فسّر الطلقة باثنتين أو ثلاث، قيل: يبطل الطلاق»[١٠] إلى آخره.

---

(١) النهاية: ٥١١.

(٢) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٣٢٣ ـ ٣٢٤؛ والقاضي في المهذّب ٢: ٢٩٦.

(٣) تهذيب الأحكام ٨: ٣٨، ح ١١١.

(٤) إيضاح الفوائد ٣: ٣٠٧.

(٥) مختلف الشيعة ٧: ٣٤٤ ـ ٣٤٥.

(٦) تهذيب الأحكام ٨: ٣٦ ـ ٣٧، ح ١٠٨.

(٧) السرائر ٢: ٦٧٦.

(٨) المبسوط ٥: ١١٢.

(٩) شرائع الإسلام ٣: ٩.

(١٠) المصدر نفسه.

أقول: قال[١] المرتضى[٢] وابن أبي عقيل[٣]: يبطل؛ لرواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام[٤].

وقال الشيخ [في] النهاية[٥] وابن البرّاج[٦] وابن زهرة[٧] وابن إدريس[٨]: يقع واحدة. وهو الحقّ؛ لوجود المقتضي، وهو الصيغة الصريحة وانتفاء المانع؛ إذ ليس إلّا قوله: «ثلاثاً» أو «اثنتين» وهي مؤكّدة له غير نافية، ولرواية جميل بن درّاج [عن زرارة] عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن الذي يطلّق في حال طهر في مجلسٍ ثلاثاً، قال: «هي واحدةٌ»[٩].

قوله: «وكذا لو قال: "إن دخلت الدار" بكسر الهمزة لم يصحّ، ولو فتحها صحّ إن عرف الفرق فقصده»[١٠].

أقول: لأنّه إذا فتح «أن» كان ماضياً، وإن لم يفتح كان شرطاً، وإذا فتح «أن» وقع الطلاق وإن لم يدخل[١١].

---

(١) في المخطوطة: «قال المرتضى: يبطل؛ لرواية ابن أبي عقيل» بدل «قال المرتضى وابن أبي عقيل: يبطل؛ لرواية أبي بصير»، وصحّحناه كما في مختلف الشيعة ٧: ٣٥١.

(٢) الانتصار: ٣٠٨.

(٣) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٣٥٠.

(٤) تهذيب الأحكام ٨: ٥٤، ح ١٧٧.

(٥) النهاية: ٥١٢.

(٦) المهذّب ٢: ٢٧٧.

(٧) غنية النزوع: ٣٧٦.

(٨) السرائر ٢: ٦٧٨.

(٩) الكافي ٦: ٧١، ح ٢؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٥٢، ح ١٦٨.

(١٠) شرائع الإسلام ٣: ١٠.

(١١) في المخطوطة هنا: «وهذه بغير خطّ المصنّف الشارح المعتاد [المقداد صحّ] رحمه الله».

قوله: «ولو قال: "أنت طالق قبل طلقة" أو "بعدها" أو "قبلها" أو "معها" لم يقع شيء»[١] إلى آخره.

أقول: قال بعض علمائنا[٢]: لا يقع بشيء؛ لأنّه طلاق معلّق بما بعده؛ لأنّه لم يقصد الطلاق مطلقاً، بل قصد طلاقاً موصوفاً بكونه قبل طلقة فغير الموصوف لم يقع ـ لعدم قصده إليه ـ والموصوف من حيث إنّه موصوف موقوف على شرط، وهو باطل قطعاً عندنا، ولأنّه لم يقصد باللفظ الطلقةَ المنفردة؛ لأنّ الكلام لا يَتِمّ إلّا بآخره.

قال المصنّف: «ولو قيل» إلى آخره؛ لأنّها طلّقت بقوله: «أنت طالق» وتلغى الضميمة. وأمّا في قوله: «أنت طالق قبلها طلقة» أو «بعدها» فقيل: لا يقع؛ لِما بيّنّا من التعليق. وقيل: يصحّ؛ لأنّه قصد طلقتين منجّزة ومنضمّة[٣]، فتبطل المنضمّة[٤]، وتصحّ المنجّزة.

قال شيخنا فخر الدين: والأصحّ هنا أنّه لا يقع؛ لأنّ الدور في الطلاق باطل ـ سواءٌ كان دورَ معيّةٍ أو دورَ تقدّم ـ بإجماع علمائنا، وهذا دور؛ لأنّه شرط في الطلقة المنجّزة كونها بعد طلقة، وفي المنضمّة[٥] كونها متعقّبة بطلقة[٦].

قوله: «ولا كذا لو قال: نصف طلقتين»[٧].

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ١٠.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ١٢٨؛ كنز الفوائد ٢: ٥٧٤؛ إيضاح الفوائد ٣: ٣١١ ـ ٣١٢؛ غاية المرام ٣: ٢١٠.

(٣) في المخطوطة: «ومتضمّنة»، وصحّحناه كما في إيضاح الفوائد ٣: ٣١١.

(٤) في المخطوطة: «المتضمّنة»، وصحّحناه كما في إيضاح الفوائد ٣: ٣١١.

(٥) في المخطوطة: «المتضمّنة»، وصحّحناه كما في إيضاح الفوائد ٣: ٣١١.

(٦) إيضاح الفوائد ٣: ٣١١.

(٧) شرائع الإسلام ٣: ١١.

أقول: فإنّه لا يقع.

قوله: «وإن أراد النقض حكم بالطلقة»[١].

أقول: قاله ابن الجنيد رحمه الله[٢].

قوله: «الثانية: إذا طلّق الحامل وراجعها جاز له أن يطأها ويطلّقها [في ال]ثانية للعدّة إجماعاً، وقيل: لا يجوز للسنّة، والجواز أشبه»[٣].

أقول: قاله ابن الجنيد[٤] والشيخ[٥] في أحد قوليه؛ لرواية يزيد الكناسيّ[٦] عن الباقر عليه السلام، إذا طلّق الحبلى وراجعها: «لا يطلّقها حتّى يمضي لها بعد ما مسّها شهرٌ»[٧].

وقال الشيخ في قوله الآخر[٨] وابن إدريس[٩] بالجواز؛ لرواية إسحاق بن عمّار عن الكاظم عليه السلام، قال: سألته عن رجل طلّق امرأته وهي حامل ثمّ راجعها ثمّ طلّقها ثمّ راجعها ثمّ طلّقها الثّالثة في يومٍ واحدٍ تبِين منه، قال: «نعم»[١٠]. وهي أصحّ طريقاً.

قال المصنّف في النكت: والوجه [جواز] طلاق السنّة والعدّة معاً؛ لأنّ الطلاق

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ١١.

(٢) لم نعثر على من نسبه إليه.

(٣) شرائع الإسلام ٣: ١٤.

(٤) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٣٥٧ ـ ٣٥٨.

(٥) النهاية: ٥١٦.

(٦) في المخطوطة: «الكناني».

(٧) الكافي ٦: ٨٢ ـ ٨٣، ح ١٢؛ تهذيب الأحكام ٨: ٧٢، ح ٢٤٠.

(٨) تهذيب الأحكام ٨: ٧٠؛ الاستبصار ٣: ٢٩٨.

(٩) السرائر ٢: ٦٨٩.

(١٠) تهذيب الأحكام ٨: ٧٣، ح ٢٤٢.

واحد، وإنّما يصير للسنّة بترك الرجعة، وترك المواقعة، وللعدّة بالمواقعة بعد الرجعة.

ولا ريب أنّه إذا طلّقها كان له عليه الرجعة والمواقعة، وله ترك ذلك[١]. فإنّما يظهر كونه للسنّة أو العدّة بحصول دلائلهما[٢] فيما بعد.

والحقّ جوازهما مطلقاً؛ لعموم القرآن.

قوله: «الثالثة: إذا طلق الحائل ثمّ راجعها» إلى قوله: **«فيه روايتان: إحداهما لا يقع الثاني أصلاً، والأُخرى يقع، وهو الأصحّ»**[٣].

أقول: رواية المنع رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام[٤].

ورواية الجواز رواية محمّد بن مسلم[٥]، وهي الأصحّ طريقاً، ويعضدها رواية أحمد بن [محمّد بن] أبي نصر عن الرضا عليه السلام[٦]، عليها الفتوى؛ لأنّها زوجة، وكلّ زوجة يصحّ طلاقها. أمّا الأُولى [فـ]ـإجماعيّة، ولأنّه لولاه لم تفد الرجعة، ولم تصحّ، وأمّا الثانية فلعموم الآية[٧].

قوله: «ومن فقهائنا من حمل الجواز على طلاق السنّة»[٨] إلى آخره.

---

(١) نكت النهاية ٢: ٤٤٢.

(٢) في المخطوطة: «دلائلها».

(٣) شرائع الإسلام ٣: ١٥.

(٤) الكافي ٦: ٧٣، ح ١؛ تهذيب الأحكام ٨: ٤٤، ح ١٣٥.

(٥) تهذيب الأحكام ٨: ٤٥، ح ١٣٩.

(٦) المصدر ٨: ٤٥، ح ١٤٠.

(٧) البقرة (٢): ٢٣٦.

إيضاح الفوائد ٣: ٣١٩.

(٨) شرائع الإسلام ٣: ١٥.

أقول: الحامل هو الشيخ في الاستبصار[١].

قوله: «لكن [هنا] الأولى تفريق الطلقات على الأطهار إن لم يقع وطء»[٢].

أقول: منع ابن إدريس هذه الأولويّة، وجوّز الطلقات كلّها في طهر[٣].

وابن الجنيد يقول [بقول] المصنّف[٤]، ولا شكّ [١٦٥ أ] أنّهما أحوط.

قوله: «وربّما قيل: سنة احتياطاً»[٥].

أقول: قاله المرتضى[٦].

قوله في النظر الثالث في اللواحق في طلاق المريض: «**وفي ثبوت الإرث مع سؤالها الطلاق تردّد، أشبهه أنّه لا إرث**»[٧].

أقول: ينشأ من أنّ التوريث لمكان التهمة أو[٨] هو معلّق بالطلاق في المرض كيف ما كان، فإن قلنا بالأوّل لم يكن لها الميراث هنا؛ لانتفاء التهمة بسؤالها. وإن قلنا بالثاني ـ عملاً بعموم الأخبار الدالّة على ثبوت الإرث مع حصول الطلاق في المرض من غير تفصيل ـ كان لها الإرث.

---

(١) الاستبصار ٣: ٢٨٢؛ وأيضاً تهذيب الأحكام ٨: ٤٦.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ١٥.

(٣) السرائر ٢: ٦٨٨ ـ ٦٨٩.

(٤) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٣٧٢ ـ ٣٨٣.

(٥) شرائع الإسلام ٣: ١٥.

(٦) لم نعثر عليه ولا على من نسبه إليه.

(٧) شرائع الإسلام ٣: ١٦.

(٨) في المخطوطة: «إذ»، وصحّحناه كما في إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٢٠.

قوله: «وقيل: لا ترث» [١].

أقول: قاله في المبسوط [٢].

قوله في المقصد الثاني في ما يزول به تحريم الثلاث: «**وفي المراهق تردّد، أشبهه أنّه لا يحلّل**» [٣] إلى آخره.

أقول: نظراً إلى قول الشيخ في الخلاف والمبسوط [٤] إنّه تحليل؛ لعموم: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا﴾ [٥]، والمراهق يسمّى زوجاً، ونظراً إلى قوله عليه السلام: «رفع القلم عن ثلاثة: [عن] الصبيّ حتّى يحتلم» [٦] إلى آخره، وفي رفع القلم عنه دليل على أنّه لا حكم لجميع أفعاله التي من جملتها تحليل الزوجة. وبه قال في النهاية [٧]، وهو أشبه، كما قال المصنّف.

ويؤيّده قوله عليه السلام: «حتّى يذوق عُسَيلتها وتذوق عُسَيلته» [٨]، والمراهق ليس له عُسَيلة، وإلّا لكان بالغاً، ولأنّ [٩] مقاربة الاحتلام ليست ذوقاً تامّاً.

ويؤيّده أيضاً رواية عليّ بن الفضل الواسطيّ عن الرضا عليه السلام قال: «لا حتّى يبلغ» [١٠].

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ١٦.

(٢) المبسوط ٥: ٧٠.

(٣) شرائع الإسلام ٣: ١٧.

(٤) الخلاف ٤: ٥٠٤، المسألة ٨؛ المبسوط ٥: ١٠٩ ـ ١١٠.

(٥) البقرة (٢): ٢٣٠.

(٦) صحيح البخاري ٨: ٢٠٤؛ المسائل الناصريّات: ٢٨٢، المسألة ١٢٢؛ الخلاف ٣: ٣٥٣، المسألة ٢١.

(٧) النهاية: ٥١٥.

(٨) دعائم الإسلام ٢: ٢٩٧، ح ١١١٥.

(٩) في المخطوطة: «ولده».

(١٠) الكافي ٦: ٧٦، ح ٦؛ تهذيب الأحكام ٨: ٣٣، ح ١٠٠.

قوله: «وهل يهدم ما دون الثلاث؟ فيه روايتان، أشهرهما أنّه يهدم»[١].

أقول: رواية الهدم رواها رفاعة بن موسى عن الصادق عليه السلام[٢]، وبها عمل الأصحاب، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف وابن عبّاس[٣] وابن عمر[٤].

ورواية عدم الهدم رواية صفوان عن منصور عن الصادق عليه السلام[٥]، وكذا ابن مُسْكان [عن أبي بصير][٦]، وحملها الشيخ على المتعة أو على الدوام بغير وطء[٧]، وبهذا قال الشافعيّ ومالك[٨].

قوله: «فروع[٩]: الأوّل: لو انقضت مدّة فادّعت أنّها تزوّجت» إلى قوله: **«وفي رواية إذا كانت ثقة صُدِّقت»**[١٠].

أقول: هي رواية حمّاد عن الصادق عليه السلام[١١]، ورواها الحسين بن سعيد أيضاً[١٢].

قوله: «الثالث: لو وطئها محرَّماً، كالوطء في الإحرام» إلى قوله: **«وقيل: يحلّ؛ لتحقّق**

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ١٧.

(٢) تهذيب الأحكام ٨: ٣٢، ح ٩٢.

(٣) حكاه عنهم الشيخ في الخلاف ٤: ٤٨٩، المسألة ٥٩؛ اللّباب ٢: ٢٤٠؛ بداية المجتهد ٢: ٨٧.

(٤) في المخطوطة: «وعمر بن الخطّاب» بدل «وابن عمر»، وصحّحناه كما في الخلاف ٤: ٤٨٩، المسألة ٥٩.

(٥) تهذيب الأحكام ٨: ٣٢، ح ٩٤.

(٦) المصدر ٨: ٣٣، ح ٩٧.

(٧) تهذيب الأحكام ٨: ٣٢؛ الاستبصار ٣: ٣٧٣.

(٨) حكاه عنهما الشيخ في الخلاف ٤: ٤٨٩، المسألة ٥٩؛ المجموع ١٧: ٢٨٧؛ بداية المجتهد ٢: ٨٧، ٨٩.

(٩) في المخطوطة: «وفروع».

(١٠) شرائع الإسلام ٣: ١٨.

(١١) تهذيب الأحكام ٨: ٣٤، ح ١٠٥، عن الحسين بن سعيد عن حمّاد.

(١٢) عوالي اللآلي ٣: ٣٨٣ ـ ٣٨٤، ح ٤٧؛ ولا يخفى أنّ الشيخ رواها عن الحسين بن سعيد عن حمّاد، وحينئذٍ تبعد رواية الحسين بلا واسطة ثانياً.

النكاح المستند إلى العقد الصحيح»[١].

أقول: قال في الخلاف: لا يحلّ؛ لأنّ النكاح وذوق العُسَيلة إنّما يصرف إلى المباح؛ لأنّ الشارع لا يبيح بالمحرّم[٢].

وقال جميع الفقهاء الأربعة[٣] بالتحليل، واختاره شيخنا في مختلفه؛ لاستناده إلى الوطء الصادق في صورتي المحرّم والمحلّل، ولأنّه كالوطء عند ضيق الوقت [١٦٥ ب] المبطل للصلاة، وهو محلِّل[٤]. وهو الأجود؛ لأنّه لا منافاة بين حصول الإثم وترتّب الأثر لوجود حقيق الوطء؛ لِما تقرّر في الأُصول أنّ النهي لا يفسد في غير العبادات.

قوله: «ولو قبّل أو لامس بشهوة» إلى قوله: **«لأنّها زوجته»**[٥][٦].

أقول: لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾[٧]، وإذا كان الزوج بعلاً فهي بعلة.

قوله: «ولو أنكر الطلاق كان ذلك رجعة؛ لأنّه يتضمّن التمسّك بالزوجيّة»[٨].

أقول: لا يقال: إنكار الطلاق تكذيب لمن شهد بالطلاق؛ لأنّا نقول: إنّ إنكاره لوقوعه

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ١٨.

(٢) الخلاف ٤: ٥٠٤ ـ ٥٠٥، المسألة ٩.

(٣) كذا في المخطوطة، ولكن الشيخ حكى الحرمة عن مالك وعن غيره التحليل في الخلاف ٤: ٥٠٤، المسألة ٩. راجع: بداية المجتهد ٦: ٨٦؛ المجموع ١٧: ٢٨٣؛ المغني ٨: ٤٧٦.

(٤) مختلف الشيعة ٧: ٣٧٩.

(٥) في المخطوطة: «زوجة».

(٦) شرائع الإسلام ٣: ١٩.

(٧) البقرة (٢): ٢٢٨.

(٨) شرائع الإسلام ٣: ١٩.

إرادة لإبطال حكمه[١].

قوله: «ولو قال: راجعتك إذا شئت» إلى قوله: «ولو قالت: شئت، وفيه تردّد»[٢].

أقول: ينشأ من أنّه علّق [الرجعة] على شرط، وقد حصل فيقع المشروط، ومن أنّ الرجعة حقّ للزوج فقط فلا اعتبار [بـ]مشيّتها، فيكون وجود هذا الشرط كعدمه، فلا يقع الرجعة، ولأنّها إيقاع، فلا يقع معلّقاً على شرط أو صفة كالطلاق[٣].

قوله: «ولو طلّقها رجعيّة فارتدّت فراجع لم يصحّ، كما لا يصحّ ابتداء الزوجية، وفيه تردّد»[٤].

أقول: ينشأ من كونها صادفت اختلاف الدين فتكون باطلة، ومن كونها زوجة، فيصحّ مراجعتها.

وقال بعضهم: يقع الرجعة ويكون موقوفة فإن أسلمت قبل خروج العدّة فهي له[٥].

قوله: «ولو كان عنده ذمّيّة فطلّقها» إلى قوله: «والوجه الجواز؛ لأنّها لم تخرج عن زوجيّته»[٦] إلى آخره.

أقول: لأنّ الرجعة لو كانت كالعقد المستأنف لما صحّت من المحرم لكنّها جائزة إجماعاً.

---

(١) التنقيح الرائع ٣: ٣٣٠.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ١٩.

(٣) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٣٢.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ١٩.

(٥) قاله فخر الدين في إيضاح الفوائد ٣: ٣٢٧؛ وحكاه الشيخ في المبسوط ٥: ١٠٩.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ١٩.

قوله: «ولو كانت حاملاً فادّعت الوضع قبل قولها»[١] إلى آخره.

أقول: أي مع اليمين؛ لأنّ ذلك لا يمكن الوقوف عليه إلّا من قولها، كالحيض.

وقيل: لا يقبل قولها؛ لأنّ الأصل عدم انقضاء العدّة وبقاء النكاح[٢].

قوله: «ولو ادّعى أنّه راجع زوجته الأمة في العدّة» إلى قوله: **«لتعلّق حقّ النكاح بالزوجين، وفيه تردّد»**[٣].

أقول: ينشأ من أنّ الرجعة استباحة بضع تتعلّق بالزوجين فقط، فمع تصادقهما على صحّتها يحكم بها شرعاً؛ عملاً بعموم قوله عليه السلام: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[٤]، فلا يفتقر إلى يمين؛ لأنّ فائدتها إمّا إسقاط دعوى أو إثباتها، وذلك منتفٍ هنا، ومن أنّ الرجعة إثبات لنوع تسلّط على الأمة، فيقف ثبوتها على إذن المالك؛ لأنّها ماله وقال عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفس منه»[٥].

ومع دعواها الانقضاء [١٦٦ أ]، وإنكار المولى الرجعة قبل الخروج لم يحصل الإذن فلم يحصل حكم بصحتها، ونمنع أنّه حقّ يتعلّق[٦] بالزوجين فقط، بل ذلك في الحرّة[٧].

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٢٠.

(٢) لم نعثر عليه مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتب الفقهاء.

(٣) شرائع الإسلام ٣: ٢٠.

(٤) عوالي اللآلي ١: ٣٢٧، ح ١٠٤، ج ٢: ٢٥٧، ح ٥. راجع أيضاً: الخلاف ٣: ٥٩٧، المسألة ٢٦.

(٥) المسائل الناصريّات: ٤٤٤، المسألة ٢٠٦؛ الخلاف ٣: ١٧٧، المسألة ٢٩٠؛ مسند أحمد ٥: ٧٢.

(٦) في المخطوطة زيادة: «يختصّ».

(٧) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٣٣.

والأوّل أقوى؛ لأنّا نمنع توقّف ثبوتها على إذنه؛ فإنّها لو وقعت[١] في العدّة مع موافقته على الوقوع صحّت وإن لم يرض، بل يكتفى بإذنه في أصل النكاح؛ فإنّ الإذن في الشيء إذن في توابعه.

قوله: «والنيّة أبداً نيّة المدّعي»[٢].

أقول: بمعنى أنّه لا يكون لتورية الحالف تأثير في إسقاطه.

قوله: «ولو حلف ليخبرنّه بما في الرمّانة» إلى قوله: «العدد الممكن»[٣] إلى آخره.

أقول: أي باللفظ وإن لم يعلمه لعلّه لو أكثره[٤].

قوله [في] المقصد الخامس في العدد: **«أمّا لو كان مقطوع الذكر سليم الأُنثيين قيل: تجب العدّة؛ لإمكان الحمل بالمساحقة، وفيه تردّد»**[٥].

أقول: ينشأ من إمكان الحمل بالمساحقة ـ لأنّ محلّ المنيّ الصلب؛ لقوله تعالى: ﴿يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾[٦] ـ ومن عدم آلة المنيّ التي هي[٧] الأُنثيين؛ إذ هما محلّ المنيّ عادة، والصلب محلّ مبدئ الرطوبات قبل صيرورتها منيّاً.

قوله: «ولا تجب العدّة بالخلوة منفردة عن الوطء على الأشهر»[٨].

---

(١) في المخطوطة زيادة: «مع».

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٢١.

(٣) المصدر ٣: ٢٢.

(٤) كذا في المخطوطة.

(٥) شرائع الإسلام ٣: ٢٣.

(٦) الطلاق (٨٦): ٧.

(٧) في المخطوطة: «الذي هو».

(٨) شرائع الإسلام ٣: ٢٣.

أقول: هذا قول الشيخ في الخلاف[(١)]، وقال غيره[(٢)]: إنّ مجرّد الخلوة دخول[(٣)]؛ لرواية ابن بكير[(٤)]. وهي ضعيفة.

وعلى الأوّل دلّت رواية ابن أبي عمير[(٥)]، وعمل الأكثر عليه[(٦)].

قوله: «وهي الأطهار على أشهر الروايتين[(٧)][(٨)]».

أقول: والرواية الأُخرى إنّها الحيض[(٩)]. ويؤيّد الأوّل قوله تعالى: ﴿ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾[(١٠)]، ثبت لها الهاء في العدد وهو مختصّ بالمذكّر، والطهر مذكّر والحيضة مؤنّث. ولقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[(١١)]، أي في وقت عدّتهنّ، كقوله تعالى: ﴿وَنَضَعُ ٱلْمَوَٰزِينَ ٱلْقِسْطَ لِيَوْمِ ٱلْقِيَٰمَةِ﴾[(١٢)]، أي في يوم [القيامة]، والطلاق في الحيض ليس بمأمور إجماعاً؛ لتحريمه.

---

(١) الخلاف ٥: ٦١، المسألة ١٠. وهو رأي آخرين، منهم ابن إدريس في السرائر ٢: ٥٨٤، والعلّامة في مختلف الشيعة ٧: ١٤٢. وتحرير الأحكام ٤: ١٥١، والفخر في ايضاح الفوائد ٣: ١٩٩.

(٢) كالصدوق في المقنع: ٣٢٧.

(٣) وهو قول الشيخ في النهاية: ٤٧١، وتبعه بعضهم كالكيدري في إصباح الشيعة: ٤٢٤؛ وابن البرّاج في المهذّب ٢: ٢٠٤، ونسبه الى ابن الجنيد في مختلف الشيعة ٧: ١٤٠.

(٤) لم نعثر عليها مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتب الحديث والفقه، ما عثرنا عليه رواية حمّادٍ عن الحلبيّ في الكافي ٦: ١٠٩ ـ ١١٠، ح ٧؛ وعن زرارة في تهذيب الأحكام ٧: ٤٦٤، ح ١٨٦٣.

(٥) ولعل المراد ما حكاه عنه الكلينيّ في الكافي ٦: ١١٠؛ والشيخ في تهذيب الأحكام ٧: ٤٦٧؛ والاستبصار ٣: ٢٢٩.

(٦) كذا في المخطوطة، والأنسب: «عليها».

(٧) الكافي ٦: ٨٩، ح ١ ـ ٤؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٢٢ ـ ١٢٣، ح ٤٢٣ ـ ٤٢٥.

(٨) شرائع الإسلام ٣: ٢٣.

(٩) تهذيب الأحكام ٨: ١٢٦، ح ٤٣٤ و٤٣٥.

(١٠) البقرة (٢): ٢٢٨.

(١١) الطلاق (٦٥): ١.

(١٢) الأنبياء (٢١): ٤٧.

قوله: «ولكن الأخيرة ليست من العدّة، وإنّما هي دلالة على الخروج منها، وقال الشيخ ﷺ: هي من العدّة[(١)]» إلى قوله: «والأوّل أحقّ»[(٢)].

أقول: وبه قال المرتضى[(٣)] وابن إدريس[(٤)]. وتظهر الفائدة في الرجعة في الأخيرة وعقد الزوج الثاني، فعند الشيخ تصحّ الرجعة ويبطل العقد، والفتوى على العكس، وبه قال العلّامة[(٥)].

قوله: «الفصل الثالث: في ذات الشهور، وهي التي لا تحيض؛ وهي في سنّ من تحيض تعتدّ من الطلاق، والفسخ مع[(٦)] الدخول بثلاثة أشهر»[(٧)].

أقول: التي تعتدّ بالأشهر أربع:

أ. التي لا تحيض وهي في سنّ من تحيض.

ب. التي تباعد حيضها فلم تر في كلّ ثلاثة أشهر أو ستّة أشهر أو سبعة إلّا مرّة.

ج. التي تأخّر حيضها عن عادتها شهراً فصاعداً.

د. التي انقطع حيضها لعارض [١٦٦ ب] معلوم، كالمرض والإرضاع.

وعبارة [المصنّف] لا تشمل إلّا الأُولى[(٨)]، فإن كان ذلك هو[(٩)] المسترابة، عنده

---

(١) المبسوط ٥: ٢٣٥ ـ ٢٣٦.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٢٣.

(٣) راجع: الانتصار: ٣٣٩ ـ ٣٤٠.

(٤) السرائر ٢: ٧٤٩ ـ ٧٥٠.

(٥) مختلف الشيعة ٧: ٤٩٣.

(٦) في المخطوطة: «و».

(٧) شرائع الإسلام ٣: ٢٤.

(٨) في المخطوطة: «الأوّل».

(٩) كذا في المخطوطة.

فكان ينبغي له ذكر الباقيات، وإلّا يأتي بعبارة أعمّ[١].

قوله: «وفي اليائسة والتي لم تبلغ روايتان، إحداهما أنّهما تعتدّان بثلاثة أشهر، والأُخرى لا عدّة عليهما، وهي الأشهر»[٢].

أقول: الأُولى[٣] رواية الحلبيّ[٤]، والثانية رواية محمّد بن مسلم[٥]، وقال بالأوّل المرتضى[٦] وابن زهرة[٧]؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَ﴾[٨]، أي لم يبلغن ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ﴾، حذف الخبر عن المبتدأ؛ لدلالة ما تقدّم.

قال: والمراد بالارتياب أي في عدّة اليائسات، لا في اليأس و[٩] عدمه؛ لوجهين:

أ. إنّ أُبيّاً سأل النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه لم يذكر في الكتاب عدد الصغار والكبار وأُولات الأحمال فنزلت.

ب. إنّه لو أراد ما ذكر الأصحاب من الشكّ في ارتفاع الحيض لقال[١٠]: «إن ارتبن»؛ لأنّ المرجع إليهنّ[١١].

---

(١) التنقيح الرائع ٣: ٣٣٥.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٢٤.

(٣) في المخطوطة: «الأوّل».

(٤) تهذيب الأحكام ٨: ٦٧ و٦٨ / ٢٢٤.

(٥) الكافي ٦: ٨٥، ح ٣؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٣٨، ح ٤٨٠.

(٦) الانتصار: ٣٣٥ ـ ٣٣٦.

(٧) غنية النزوع: ٣٨٢ ـ ٣٨٣.

(٨) الطلاق (٦٥): ٤.

(٩) في المخطوطة: «في»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٣: ٣٣٩.

(١٠) في المخطوطة: «فقال».

(١١) الانتصار: ٣٣٥ ـ ٣٣٦.

والجواب عن الأوّل[١]: أنّه تأويل وليس بأولى من أنّ المراد ارتفع حيضهنّ بسبب كالمرض أو بسبب الحمل. ويكون «الواو» في: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ﴾ للحال، أي واللائي لم يحضن وهنّ أولات الأحمال. وعن أوّل الوجهين أنّه لو كان المراد ما ذكر لقال: «إن جهلتم» لا ﴿ٱرْتَبْتُمْ﴾؛ لأنّ السائل لم يشكّ في العدّة، بل جهل.

وعن الثاني: أنّ اليأس هو ترجيح انقطاع الحيض على عدمه، وهو مسند إليهنّ، فلو أسند الارتياب إليهنّ لزم التناقض، وهو ترجيح الانقطاع من حيث اليأس وعدمه من حيث الارتياب؛ فإنّ الارتياب هو الشكّ، والشكّ لا ترجيح فيه[٢].

قوله: «وفي رواية عمّار: تصبر سنة[٣]» إلى قوله: «وهو تحكّم»[٤].

أقول: وجه التحكّم[٥] أنّه ليس في الرواية أنّه احتبس الدم الثالث أو الثاني، فتنزيلها على بعض دون بعض تحكّم.

قوله: «ولو طُلِّقت في أثنائه اعتدّت بهلالين»[٦].

أقول: هل تعتدّ بالعدد في الجميع، وتقضي ما فات من الأوّل في الرابع؟ أو يسقط اعتبار الهلال في الشهر الأوّل، ويعتبر بعده هلالين ثمّ يتمّ ثلاثين من الرابع؟

---

(١) في المخطوطة: «أ».

(٢) التنقيح الرائع ٣: ٣٤٠.

(٣) تهذيب الأحكام ٨: ١١٩، ح ٤١٠.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٢٥.

(٥) النهاية: ٥٣٣.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٢٥.

قال بعض الشافعيّة[١] بالأوّل، وأبو حنيفة[٢] بالثاني، والشيخ في الخلاف[٣] بالثالث.

وتظهر الفائدة بين قول الشيخ وأبي حنيفة إذا نقص الشهر الأوّل، فلو كان الطلاق في العشرين منه تضمّ على قول الشيخ أحداً وعشرين يوماً، وعلى قول أبي حنيفة عشرين.

والحقّ ما قاله الشيخ، واختاره المصنّف [١٦٧ أ] وابن إدريس[٤] والعلّامة[٥]؛ لأنّ الشهر إمّا عدّة [ما] بين الهلالين أو ثلاثون، فإذا تعذّر الأوّل تعيّن الثاني، كما إذا غمّ الشهر.

قوله في عدّة الوفاة: «**وفي الأمة تردّد، أظهره أنّه لا حداد عليها**»[٦].

أقول: ينشأ من عموم قوله ﷺ: «لا تحلّ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميّت فوق ثلاث ليال، إلّا على زوج أربعة أشهر وعشراً»[٧]، ولم يفرّق بين الحرّة والأمة. ومن رواية زرارة عن الباقر عليه السلام: «**الأمة لا تحدّ**»[٨].

---

(١) المجموع ١٨: ١٤١ و ١٤٣؛ الوجيز ٢: ٩٤.

(٢) بدائع الصنائع ٣: ١٩٥ و ١٩٦.

(٣) الخلاف ٥: ٥٩، المسألة ٧.

(٤) السرائر ٢: ٧٤٧.

(٥) تحرير الأحكام ٤: ١٥٧؛ قواعد الأحكام ٣: ١٤٠؛ مختلف الشيعة ٧: ٤٩١.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٢٧.

(٧) الخلاف ٥: ٧٢، المسألة ٢٦؛ سنن ابن ماجة ١: ٦٧٤، ح ٢٨٦ و ٢٠٨٦.

(٨) الكافي ٦: ١٧٠، ح ١؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٥٣، ح ٥٢٩.

ويؤيّد الأوّل الاحتياط، والثاني أصالة البراءة ترك العمل بها[١] في الحرّة ـ للإجماع عليه ـ فتبقى معمولاً بها في الأمة.

وهو الحقّ؛ لقوله تعالى: ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ ﴾[٢]، والخبر المذكور ضعيف؛ إذ ليس من طرقنا.

والعجب من ابن إدريس[٣] حيث احتجّ به على وجوب الحداد على الأمة مع ضعفه سنداً ودلالة، هذا مع وجود المقتضي لخروج الأمة منه، وهو دخول الضرر على مالكها بتكليفها، ولخبر زرارة المذكور.

قوله في آخر التفريع: «**وإن خرجت من العدّة ولم تتزوّج فيه روايتان، أشهرهما أنّه لا سبيل له عليها**»[٤].

أقول: هذا قول المفيد[٥] وسلّار[٦] وابن إدريس[٧]، وقال في النهاية: إنّه أولى بها[٨].

وليس هنا روايتان، بل قولان، كذا نقل عن المصنّف[٩].

نعم، ذكر في المبسوط أنّ فيه روايتين[١٠].

---

(١) في المخطوطة: «به»، وصحّحناه كما في إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٣٣.

(٢) الأعراف (٧): ٣٢.

(٣) السرائر ٢: ٧٤٥.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٢٨.

(٥) المقنعة: ٥٣٧.

(٦) المراسم العلويّة: ١٦١.

(٧) السرائر ٢: ٧٣٧.

(٨) النهاية: ٥٣٨.

(٩) لم نعثر عليه.

(١٠) لم نعثر عليه فيه؛ راجع: المبسوط ٥: ٢٧٨.

قال المصنّف: ما وقفت عليهما.

والحقّ أنّه لا سبيل عليها؛ لأنّه بانت فيه ـ وإلّا لم يجز زواجها ـ ومع تحقّق البينونة، فلا سبيل له.

قوله في الفروع: «**الثاني: لا**[1] **نفقة على الغائب في زمان العدّة**» إلى قوله: «**وفيه تردّد**»[2].

أقول: ينشأ من تبعيّة النفقة للزوجيّة، وقد حكم الحاكم بزوالها فيزول معلولها، ومن أنّها في حكم الزوجة ما دامت في العدّة، ولهذا لو حضر وهو فيها كان أملك بها من غير عقد جديد ومهر جديد. ولأنّها محبوسة عليه في الحال المذكور، فتجب عليه نفقها.

وأصل البحث أنّ حكم الحاكم هل ينفذ ظاهراً وباطناً، أو ظاهراً لا غير؟ ومذهبنا هو الثاني، ومذهب أبي حنيفة[3] الأوّل، وللشافعيّ[4] قولان.

قوله في الرابع: «**وقال الشيخ: يقرع بينهما، وهو بعيد**»[5].

أقول: وجه البعد عدم ثبوت وطئه، والفرض أنّها فراش للثاني فالولد له.

قوله: «**الخامس: لا يرثها الزوج لو ماتت بعد العدّة**» إلى قوله: [١٦٧ ب] «**والأشبه الإرث**»[6].

---

(١) في المخطوطة: «لم».

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٢٩.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٦: ١٨٠.

(٤) راجع: المجموع ١٨٠: ١٦٠؛

(٥) شرائع الإسلام ٣: ٢٩.

(٦) المصدر نفسه.

أقول: لأنّ الزوجيّة ثابتة ما دامت في العدّة.

قوله: «**فروع في سكنى المطلّقة. الأوّل: لو انهدم المسكن أو كان مستعاراً**» إلى قوله: «**وفيه تردّد**»[1].

أقول: ينشأ من عموم النهي من إخراجها من بيتها، ولا شكّ في صدق اسم البيت هنا على المسكن الذي يسكنها إيّاه الزوج، وهو الذي طلّقت فيه، ولا يشترط كونه ملكاً لها بدليل أنّه تعالى سوّغ إخراجها منه بالإتيان بالفاحشة، ولو كان ملكاً لها لما ساغ إخراجها أصلاً على كلّ حال.

ومن أنّه ربّما كان على الزوج في ذلك غضاضة، وربّما لحقها في ذلك عار أو ضرر فساغ لها الانتقال[2] إلى مسكن يناسبها؛ دفعاً[3] للضرر[4].

والأولى التفصيل وهو أنّها إن رضيت بذلك فلا يخرج منه، وإلّا جاز لها الخروج، والمطالبة بمسكن مناسب.

قوله: «**الثالث: لو طلّقها ثمّ حجر عليه الحاكم**» إلى قوله: «**وقيل: تضرب مع الغرماء**»[5] إلى آخره.

أقول: قاله الجمهور،[6] والأوّل قول الشيخ في المبسوط،[7] وهو أجود؛ لتقدّم حقّها

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٣٢.

(٢) في المخطوطة: «الانقطاع» وجاء في هامشها: «الانتقال (بدل)»، ورجّحنا ما اثبتناه طبقاً لما في إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٣٥.

(٣) في المخطوطة: «رفعاً».

(٤) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٣٤ ـ ٣٥.

(٥) شرائع الإسلام ٣: ٣٢.

(٦) بل هو المشهور بين الأصحاب وغيرهم، لم ينقل أحد فيه خلافاً، كما في مسالك الأفهام ٩: ٣٢٩.

(٧) المبسوط ٥: ٢٥٥.

على الغرماء.

قوله في آخر السادسة: «وقيل: يلزمها العدّة؛ لأنّها لم تكمل العدّة الأُولى، والأوّل أشبه»[1].

أقول: لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾[2].

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٢٥.

(٢) الأحزاب (٣٣): ٤٩.



كتاب الخلع والمباراة



قوله: «وهل يقع بمجرّده؟ المرويّ نعم. وقال الشيخ: لا يقع حتّى يتبع بالطلاق»[1].

أقول: الوقوع قول المرتضى[2] والمفيد[3] وابن الجنيد[4]؛ لرواية محمّد بن إسماعيل بن بزيع عن الرضا [عليه السلام][5]، وكذا في صحيحة حمّاد عن الصادق عليه السلام: «خلعها طلاقها وهي تجزي من غير أن يسمّي طلاقاً»[6].

وقال الشيخ: لا بدّ من إتباعه بالطلاق[7]؛ لرواية موسى بن بكر[8] عن أبي الحسن عليه السلام، قال: «المختلعة يتبعها الطلاق[9] ما دامت في عدّتها»[10].

وحمل الشيخ الأخبار الواردة بالوقوع بمجرّده على التقيّة؛ لأنّها موافقة للعامّة[11].

واختار العلّامة قول المرتضى في المختلف[12]. وهو الأجود.

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٣٦.

(٢) المسائل الناصريّات: ٣٥١، المسألة ١٦٥.

(٣) المقنعة: ٥٢٨.

(٤) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٣٨٤.

(٥) تهذيب الأحكام ٨: ٩٨، ح ٣٣٢.

(٦) من لا يحضره الفقيه ٣: ٥٢٣، ح ٤٨٢١.

(٧) المبسوط ٤: ٣٣٤.

(٨) في المخطوطة: «بكر».

(٩) في المخطوطة: «بالطلاق».

(١٠) تهذيب الأحكام ٨: ٩٧، ح ٣٢٩.

(١١) تهذيب الأحكام ٨: ٩٨؛ الاستبصار ٣: ٣١٨.

(١٢) مختلف الشيعة ٧: ٣٨٤.

و [على] تقدير الوقوع بمجرّده هل هو فسخ أو طلاق؟ أي هل يعدّ في الطلقات الثلاث؟ قال الشيخ: هو فسخ[(١)]؛ إذ ليس بلفظ الطلاق، فيكون كناية ولا يقع عندنا، ولأنّه [لو] كان طلاقاً لكان رابعاً[(٢)] في قوله تعالى: [١٦٨ أ] ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[(٣)]؛ لأنّ قبله: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ وبعده: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا﴾[(٤)].

وفيه نظرٌ؛ لجواز أن يكون: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا﴾ إشارة إلى قوله تعالى: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ أو إلى استئناف طلاق في أثناء ذلك، وتخلّف حكم زوجة أُخرى مشكل في الخلع بالفدية[(٥)].

والأجود الوقوع بمجرّده وأنّه طلاق؛ لاشتراطه بشروط الطلاق، ولأنّ ثابت بن قيس لمّا خلع زوجته بين يدي النبيّ ﷺ لم يأمره بلفظ الطلاق، فلمّا خالعها قال رسول الله ﷺ: «هذه واحدة»[(٦)]، ولقول الصادق[(٧)] عليه السلام: «الخلع تطليقة بائنة»[(٨)]، وغير ذلك.

قوله: «وقال الشيخ [رحمه الله]: الأولى أن يقال: فسخ، وهو تخريج»[(٩)].

---

(١) المبسوط ٤: ٣٤٤.

(٢) في المخطوطة: «واقعاً»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ٢٥٦.

(٣) البقرة (٢): ٢٢٩.

(٤) الخلاف ٤: ٤٢٤، المسألة ٣.

(٥) في المخطوطة: «أو إلى استئناف طلاق، وتخلّل في أثناء ذلك حكم زوجتي الأخرين مشكل في الحكم بالفدية» بدل «أو إلى استئناف طلاق ... في الخلع بالفدية»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ٢٥٧.

(٦) المسائل الناصريّات: ٣٥٢، المسألة ١٦٥.

(٧) في المخطوطة: «الباقر»، وصحّحناه كما في المصدر.

(٨) تهذيب الأحكام ٨: ١٠٠، ح ٣٣٨.

(٩) شرائع الإسلام ٣: ٣٦.

أقول: فيه نظرٌ؛ لأنّ[١] الفسخ لا يملكه الزوجان بالتراضي.

قوله: «فروع، الأول: لو طلبت منه طلاقاً بعوض فخلعها مجرّداً عن لفظ الطلاق لم يقع على القولين»[٢].

أقول: لأنّه أجاب بغير مطلوبها ثَمَّ على القول بأنّه فسخ، وعلى الآخر الطلاق صريح والخلع كناية، فقد طلبت الصريح وأتى بالكناية، فلم يأت بمطلوبها. وإن طلبت خلعاً فالطلاق وقع رجعيّاً، ولم يصحّ البدل؛ لأنّه غير المجعول عليه.

قوله: «[لو ابتدأ فقال: "أنت طالق بألف"] أو "وعليك"[٣] "ألف" صحّ الطلاق رجعيّاً»[٤].

أقول: فيه نظرٌ؛ لأنّه لم يرد مجرّد الطلاق.

قوله في النظر الثاني في الفدية: **«وهل يصحّ من المتبرّع؟ فيه تردّد، والأشبه المنع»**[٥].

أقول: ينشأ من أنّ الآية[٦] تدلّ على عدم صحّة البذل إلّا منها، ولأنّ الخلع من عقود المعاوضات، فلا يجوز لزوم العوض[٧] لغير صاحب المعوّض، كالبيع، ومن [أنّ] ذلك لمصلحتها، فيجوز أن يتولّاه ويقوم به غيرُها، كما في الدين.

---

(١) في المخطوطة: «وان».

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٣٦ ـ ٣٧.

(٣) كذا في المخطوطة، وفي شرائع الإسلام المطبوع: «عليك» بدو الواو.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٣٧.

(٥) المصدر ٣: ٣٨.

(٦) البقرة (٢): ٢٢٩.

(٧) في المخطوطة: «المعوض».

وبالأوّل قال الشيخ [في] الخلاف[(١)] والمبسوط[(٢)] واختاره العلّامة[(٣)]، وهو الأجود.

وجه آخر ينشأ من أنّه حكم شرعيّ يقف على الدلالة وليس، ولاختصاص البذل بها بنصّ الآية[(٤)]، ولأصالة بقاء العقد، ومن أصالة الجواز[(٥)]، وبه قال جميع الفقهاء[(٦)] إلّا أبا ثور[(٧)].

قوله: «أمّا لو قال: "طلّقها على ألف من مالها وعليّ ضمانها" أو "على عبدها» إلى قوله: «وضمن المتبرّع. وفيه تردّد»[(٨)].

أقول: ينشأ من أنّه أجنبيّ، فلا يصحّ بذل الفدية منه؛ لما قدّمناه. ولأنّه ضمان ما لم يجب، فلا يكون لازماً. ومن أنّه مصلحة عامّة [١٦٨ ب] مقصودة ممّا يمسّ[(٩)] الحاجة إليها، كما لو قال: «ألق متاعك في البحر عند خوف الغرق، وعليّ ضمانه»؛ فإنّه ضمان ما[(١٠)] لم يجب.

وفي الجمع بين هذه والتي قبلها تعاند ظاهر؛ لأنّ المصلحة الداعية إلى

---

(١) الخلاف ٤: ٤٤٠، المسألة ٢٦.

(٢) المبسوط ٤: ٣٦٥.

(٣) إرشاد الأذهان ٢: ٥٢؛ قواعد الأحكام ٣: ١٦٢.

(٤) البقرة (٢): ٢٢٩.

(٥) الخلاف ٤: ٤٤١، المسألة ٢٦.

(٦) حكاه الشيخ في الخلاف ٤: ٤٤٠ ـ ٤٤١، المسألة ٢٦. راجع: بدائع الصنائع ٣: ١٤٦؛ المجموع ١٧: ٩؛ المغني لابن قدامة ٨: ٢١٩.

(٧) في المخطوطة: «الثوريّ»، وصحّحناه كما في الخلاف ٤: ٤٤٠، المسألة ٢٦.

(٨) شرائع الإسلام ٣: ٣٨.

(٩) في المخطوطة: «ييسر»، وصحّحناه كما في إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٣٨.

(١٠) في المخطوطة: «مما»، وصحّحناه كما في إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٣٨.

مشروعيّتهما[١] واحدة، فالعمل بها في إحدى[٢] المسألتين وإلغاؤها في الأُخرى ترجيح من غير مرجّح.

قوله: «وفيه قول أنّ[٣] الزائد عن مهر المثل من الثلث، وهو أشبه»[٤].

أقول: لأنّه بمنزلة المباحاة.

قوله: «ولو قالت: "لأُدخلنّ عليك من تكرهه" لم يجب عليه خلعها، بل يستحبّ، وفيه رواية بالوجوب[٥][٦]».

أقول: عمل بها الشيخ[٧]؛ محتجّاً بأنّ النهي عن المنكر واجب، ولا يتمّ إلّا بالخلع[٨].

وفيه نظرٌ؛ لمنع المقدّمة الثانية. تابع الشيخ في ذلك أبو الصلاح[٩] وابن زهرة[١٠] وابن البرّاج في الكامل[١١].

---

(١) في المخطوطة: «مشروعيّتها»، وصحّحناه كما في إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٣٨.

(٢) في المخطوطة زيادة: «الصورتين».

(٣) في المخطوطة: «قولان» بدل «قول أنّ».

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٣٨.

(٥) لم نعثر عليها مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتب الحديث والفقه، بل قال النجفيّ: «وإن كنّا لم نقف عليها، كما اعترف به غيرنا أيضاً» جواهر الكلام ٣٣: ٤٥.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٤٠.

(٧) النهاية: ٥٢٩.

(٨) الاحتجاج له من العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٣٨٣.

(٩) الكافي في الفقه: ٣٠٧.

(١٠) غنية النزوع: ٣٧٥.

(١١) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٣٨٣.

والحقّ الاستحباب؛ للأصل.

قوله: «الثالثة: إذا أتت بفاحشة جاز عضلها لتفدي نفسها، وقيل: هو منسوخ، ولم يثبت» [(١)].

أقول: لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [(٢)]، والاستثناء من النهي إباحة، ولأنّه لا يأمن أن تلحق به ولداً من غيره وتفسد فراشه، فلا تقيم حدود الله، فيدخل في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [(٣)]. قيل: الآية منسوخة.

أجاب الشيخ بأنّ النسخ خلاف الأصل يحتاج إثباته إلى دليل، وليس [(٤)].

واحتجّ المانع بقوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [(٥)]، والمشروط عدم عند عدم الشرط [(٦)]. وفيه نظرٌ.

قوله في السابعة: «إذا قالت: "طلّقني ثلاثاً بألف" فطلّقها؛ قال الشيخ: لا يصحّ؛ لأنّه طلاق بشرط، والوجه أنّه طلاق في مقابلة بذل فلا يعدّ شرطاً» [(٧)] إلى آخره.

أقول: حجّة الشيخ أنّ «على» التي تعقّبها «أن» من أدوات الشرط؛ لقوله تعالى: ﴿هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَىٰ أَن تُعَلِّمَنِ مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْدًا﴾ [(٨)]، والأصل في الاستعمال الحقيقة.

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٤٣.

(٢) النساء (٤): ١٩.

(٣) البقرة (٢): ٢٢٩.

(٤) المبسوط ٤: ٣٤٣.

(٥) النساء (٤): ٤.

(٦) حكاه فخر الدين في إيضاح الفوائد ٣: ٣٧٧.

(٧) شرائع الإسلام ٣: ٤٢.

(٨) الكهف (١٨): ٦٦.

وعندنا لا يصحّ الطلاق مع الشرط[(١)].

وأجاب المصنّف بمنع كونها من أدوات الشرط حقيقةً، بل هي للعوض والمقابلة؛ لوروده في القرآن، كقوله تعالى: ﴿فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰٓ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا﴾[(٢)]، وكقوله [١٦٩ أ] تعالى: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍ﴾[(٣)]، فيكون مشتركاً فلا ترجيح.

قلنا: المجاز أولى مع التعارض.

قوله: «فإن قصدت الثلاث ولاءً لم يصحّ البذل»[(٤)].

أقول: الطلاق ولاءً ثلاثاً هو أن يكرّر لفظ «أنت طالق» ثلاث مرّات من غير رجعة، والمرسلة هو أن يقول: «أنت طالق ثلاثاً».

قوله: «لم يصحّ البذل»[(٥)].

أقول: إنّما لم يصحّ؛ لأنّ الطلاق ثلاثاً من غير رجعة باطل شرعاً، فلا يصحّ ولا يصرف إلى الواحدة؛ لأنّ المقصود غيرها. ويحتمله؛ حملاً للبذل على الصحيح، فيكون له الألف[(٦)].

وقال الشيخ في المبسوط: يكون له الثلث[(٧)]. وهو ضعيفٌ؛ لأنّ الحمل عليه

---

(١) المبسوط ٤: ٣٤٧.

(٢) الكهف (١٨): ٩٤.

(٣) القصص (٢٨): ٢٧.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٤٢.

(٥) المصدر نفسه.

(٦) غاية المراد ٣: ٢٦١.

(٧) المبسوط ٤: ٣٥٢ و٣٥٣ ـ ٣٥٤.

ليحمل على شرعيّ والبطلان شرعيّ، ولأنّ الطلاق لا قيمة له، وإنّما المعوّض[١] البينونة المطلوبة، ولم تحصل[٢] بالواحدة وإن قلنا بوقوعها.

قوله: «أمّا لو قصدت الثلاث التي يتخلّلها رجعتان صحّ»[٣].

أقول: قيل عليه: إنّ مع تخلّل الرجعة لا يقع الطلاق[٤] على الفور، ولأنّه يتوقّف على رجوعها في البذل، وهو غير لازم، فلا يحصل الطلاق الثاني ولا الثالث.

وأُجيب بأنّ الفوريّة تحصل بالشروع في أوّل الطلاقات[٥]، والباقي من تتمّة الكلام، ونمنع عدم لزوم رجوعها في البذل، بل يلزمها؛ لتوقّف ما طلبته عليه.

وفيه نظرٌ؛ لأنّه لا يبقى مالكاً لكمال العوض[٦].

قال الشهيد: والأولى منع توقّف التطليقتين[٧] الأخيرتين على رجوعها، بل نفس بذلها للعوض في مقابلة الثلاث كافٍ. وفتوى الأصحاب بمنع الزوج من الرجوع[٨] إنّما هو مع تمام الخلع والحكم بلزومه، بخلاف صورة الفرض؛ فإنّ اللزوم موقوف على حصول الثلاث[٩].

---

(١) في المخطوطة: «للمعوّض».

(٢) في المخطوطة: «ولم تجعل».

(٣) شرائع الإسلام ٣: ٤٢.

(٤) في المخطوطة: «الجواب»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ٢٦٢.

(٥) كذا في المخطوطة، وفي غاية المراد ٣: ٢٦٣: «الطلقات».

(٦) غاية المراد ٣: ٢٦٢ ـ ٢٦٣.

(٧) في المخطوطة: «الطلقتين».

(٨) منهم الشيخ في النهاية: ٥٢٩؛ والقاضي في المهذّب ٢: ٢٧٤؛ والمصنّف هنا.

(٩) غاية المراد ٣: ٢٦٣ ـ ٢٦٤.

قوله: «ولو كانت معه على طلقة، فقالت: "طلّقني ثلاثاً بألف" فطلّق واحدة كان له ثلث الألف، وقيل: له الألف»[(١)] إلى آخره.

أقول: التفصيل قول الشيخ[(٢)]، ووجهه أنّه مع علمها لا تبذل في مقابلة ما لا يحصل، والعاقل ينزّل كلامه على الصحّة، فيكون مقصودها حينئذٍ الحرمة الكبرى؛ لأنّها المقصودة من الثلاث، فكأنّها قالت: «كمّل لي الثلاث».

والتحقيق أ[ن] نقول: إن قصدت التكميل فله الألف، وإلّا [١٦٩ ب] فلا شيء له[(٣)].

قوله: «وفيه الإشكال»[(٤)][(٥)].

أقول: أي المتقدّم في أنّ المجعول على عدد هل يوزّع على أفراده أم لا.

قوله: في أحكام مسائل النزاع: **«الثانية: لو اتّفقا على ذكر القدر دون الجنس واختلفا في الإرادة؛ قيل: يبطل، وقيل: على الرجل البيّنة، وهو أشبه»**[(٦)].

أقول: قال الشيخ: يبطل[(٧)].

وقال بعض الأصحاب: القول قولها؛ لأنّه اختلاف في إرادتها، ولا مطّلع عليه إلّا هي، فكان قولها مقدّماً[(٨)].

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٤٢.

(٢) المبسوط ٤: ٣٥٢.

(٣) إيضاح الفوائد ٣: ٣٩٢.

(٤) كذا في المخطوطة، وفي المصدر: «إشكال».

(٥) شرائع الإسلام ٣: ٤٢.

(٦) المصدر ٣: ٤٣.

(٧) المبسوط ٤: ٣٤٩.

(٨) ظاهر المبسوط (ج ٤: ٣٤٩) أنّ القائل به ليس منّا، ولم نعثر على قائل منّا متقدّم على الماتن زمناً، ولكن بعده قال به العلّامة في تحرير الأحكام ٤: ٨٩؛ قواعد الأحكام ٣: ١٦٥؛ وولده في إيضاح الفوائد ٣: ٣٩٦.



كتاب الظهار



قوله: «ولو شبّهها بظهر إحدى المحرَّمات ـ نسباً أو رضاعاً، كالأُمّ أو الأُخت ـ فيه روايتان، أشهرهما الوقوع»[1].

أقول: هنا مسألتان:

الأُولى: أطلق الشيخ [في] النهاية المحرّمات في تعلّق حكم الظهار بهنّ[2]، وكذا الصدوق[3] والحسن[4] والتقيّ[5] وجماعة[6].

وفصّل في المبسوط، فقال: لا يقع بمحرّمة لا على التأبيد، كأُخت الزوجة وعمّتها، وأمّا المحرّمات على التأبيد نسباً فيقع التحريم بهنّ، وأمّا[7] الرضاع فكذلك على الظاهر في كلام الأصحاب، وأمّا بالمصاهرة فلا يقع[8].

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٤٥.

(٢) النهاية: ٥٢٤.

(٣) لم نعثر عليه مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتبه، إنّما حكاه عن مقنعه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٤٠٤.

(٤) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٤٠٤.

(٥) الكافي في الفقه: ٣٠٣.

(٦) منهم سلّار في المراسم العلويّة: ١٦٠؛ وأبو المكارم في غنية النزوع: ٣٦٦؛ والقاضي في الكامل، على ما حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٤٠٤.

(٧) في المخطوطة: «ولنا».

(٨) المبسوط ٥: ١٤٩.

وقال ابن الجنيد: يقع بكلّ من حرّم الله وطأها بالنسب والرضاع[١].

ومنع القاضي من الوقوع بالمحرّمات رضاعاً ومصاهرةً[٢].

ويظهر من كلام العلّامة في مختلفه الوقوع بالمحرّمات مصاهرة؛ للاشتراك[٣] في العلّة[٤].

ولم يتعدّ ابن إدريس الأُمّ والظهر[٥].

الثانية: قال الشيخ في المبسوط: لو أشبه عضواً من أعضاء زوجته[٦] بعضو من أعضاء أُمّه ـ كقوله: «رجلك عليّ كرجل أُمّي» أو «بطنك» أو «فرجك» وما أشبه ذلك ـ وقع الظهار إذا نوى به الظهار[٧].

وقال ابن الجنيد: لا يكون مظاهراً[٨].

وهو المختار؛ لأنّ بعض محلّ الحكم لا يستلزم أن يكون محلّاً له ـ كما لو طلّق عضواً من أعضائها ـ فيحكم ببقاء حكم التحليل؛ تمسّكاً بالأصل[٩].

رواية الوقوع عن زرارة عن الباقر عليه السلام: «هو كلّ ذي محرم، إمّا أختاً»[١٠] إلى آخره.

---

(١) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٤٠٥.

(٢) المهذّب ٢: ٢٩٩.

(٣) في المخطوطة: «الاشتراك».

(٤) مختلف الشيعة ٧: ٤٠٥.

(٥) السرائر ٢: ٧٠٩.

(٦) في المخطوطة: «زوجة».

(٧) المبسوط ٥: ١٤٩.

(٨) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٤٠٧.

(٩) التنقيح الرائع ٣: ٣٧٠ ـ ٣٧١.

(١٠) الكافي ٦: ١٥٣، ح ٣؛ تهذيب الأحكام ٨: ٩، ح ٢٦؛ نحوه في من لا يحضره الفقيه ٣: ٥٢٦، ح ٤٨٢٨.

وكذا في صحيحة جميل بن درّاج عن الصادق عليه السلام[١]، وبه قال أكثر الأصحاب[٢].

وعدم الوقوع رواية سيف التمّار[٣] عن الصادق عليه السلام[٤]، وبه قال ابن إدريس وادّعى أنّه قول الأكثر، ولأنّه اقتصار [١٧٠ أ] على منطوق الآية[٥].

قوله: «ولو شبّهها بيد أُمّه أو شعرها أو بطنها، قيل: لا يقع؛ اقتصاراً على منطوق الآية. وبالوقوع رواية فيها ضعف»[٦].

أقول: الوقوع قول الشيخ[٧] والقاضي[٨]؛ لرواية سدير عن الصادق عليه السلام[٩]. وفيها ضعفٌ؛ لأنّ في طريقها سهل بن زياد وغياث بن إبراهيم وهو بتريٌّ[١٠].

وعدم الوقوع قول السيّد[١١] والمفيد[١٢] وظاهر التقيّ[١٣].

---

(١) الكافي ٦: ١٥٥، ح ١٠؛ تهذيب الأحكام ٨: ٩، ح ٢٨.

(٢) المبسوط ٥: ١٤٨ و ١٤٩؛ المهذّب لابن البرّاج ٢: ٢٩٨؛ الوسيلة: ٣٣٤.

(٣) في المخطوطة: «النجار».

(٤) الكافي ٦: ١٥٧، ح ١٨؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٠، ح ٣٠.

(٥) السرائر ٢: ٧٠٩. تبعاً للسيّد المرتضى في الانتصار: ١٤٢، وجماعة منهم ابن زهرة في الغنية: ٥٥١، والمفيد في المقنعة: ٥٢٣، والحلبي في الكافي: ٣٠٣ وهو المعتمد عند العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٤١٠.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٤٥.

(٧) الخلاف ٤: ٥٣٠، المسألة ٩؛ المبسوط ٥: ١٤٨.

(٨) المهذّب ٢: ٢٩٧ ـ ٢٩٨.

(٩) تهذيب الأحكام ٨: ١٠، ح ٢٩.

(١٠) راجع: رجال ابن داود: ٥٦٢؛ خلاصة الأقوال: ٢٨٠.

(١١) الانتصار: ٣٢٢.

(١٢) المقنعة: ٥٢٣.

(١٣) الكافي في الفقه: ٣٠٣.

وهو الحقّ؛ لعدم صدق المشتقّ. ويعلم من هذا أنّه لو شبّهها بجزء غير الظهر من المحرّمات غير الأُمّ لم يقع بطريق أولى.

ونقل ابن إدريس فيه قولين: الوقوع وعدمه[١]. والحقّ خلافه.

فائدة:

إذا اعتبر[ت] المشبهة كلّاً وجزءاً، والمشبّهة بها كذلك بالنسبة إلى الأُمّ الحقيقيّة والمجازيّة والمحرّمات نسباً ورضاعاً نشأت مسائل كثيرة يوجد في أكثرها خلاف، فعليك باستخراجها وتحصيل[٢] الحقّ فيها[٣].

قوله: «ولو قال: "أنت كأُمّي" أو "مثل أُمّي" قيل: يقع إن قصد به الظهار، وفيه إشكال»[٤].

أقول: قوله: «قيل» قاله الشيخ[٥] والقاضي[٦]؛ لأنّ التشبيه بالأُمّ[٧] يدخل فيه الظهر وغيره، والوقوع بلفظ الظهر إجماعيّ، فكذا ما تضمّنه.

وقال ابن الجنيد[٨] وظاهر أكثر الأصحاب: لا يقع؛ لعدم صدق المشتقّ، وهو الظهار الذي هو معتبر في النصّ؛ لأنّه مشتقّ من الظهر والظهر غير مذكور، ولأصالة[٩]

---

(١) السرائر ٢: ٧٠٨ ـ ٧٠٩.

(٢) في المخطوطة: «ويحصل»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ٢٨٢.

(٣) غاية المراد ٣: ٢٨٢.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٤٥.

(٥) المبسوط ٥: ١٤٩.

(٦) المهذّب ٢: ٢٩٨.

(٧) في المخطوطة: «بلام».

(٨) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٤١٢.

(٩) في المخطوطة: «لاصالها».

الإباحة المعلومة إلّا مع علم سبب التحريم ولا علم.

وأمّا إذا لم يقصد الظهار فلا خلاف في عدم الوقوع؛ لجواز قصد التعظيم والكرامة.

قوله: «فلو علّقه بانقضاء الشهر أو دخول الجمعة لم يقع على القول الأظهر»[(١)].

أقول: كلّ مَن قال بعدم وقوعه مشروطاً قال بعدم وقوعه معلّقاً بالزمان، ومَن قال بوقوعه مشروطاً اختلفوا هنا:

فقيل[(٢)]: لا يقع؛ لأنّ النصّ إنّما جاء بالشرط الممكن وقوعه وعدمه، وأمّا المعلّق على الزمان فينتفي وقوعه في زمان إيقاعه ثمّ يتحتّم إيقاعه في الزمان المستقبل قطعاً.

وقال الشيخ: يقع هنا كما يقع مشروطاً[(٣)].

وقال العلّامة: وفي الفرق نظر[(٤)]. ووجهه[(٥)] من وجود التعليق فيهما، ومن عدم النصّ[(٦)].

قوله: «وهل يقع في إضرار؟ قيل: لا. وفيه إشكال»[(٧)].

[١٧٠ ب] **أقول:** قاله الشيخ [في] النهاية[(٨)]؛ لعموم قوله عليه السلام: «لا ضرر ولا إضرار»[(٩)]،

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٤٦.

(٢) في المخطوطة: «قيل».

(٣) المبسوط ٥: ١٥٠.

(٤) قواعد الأحكام ٣: ١٧٢.

(٥) في المخطوطة: «ووجه».

(٦) إيضاح الفوائد ٣: ٤١٢.

(٧) شرائع الإسلام ٣: ٤٦.

(٨) النهاية: ٥٢٦.

(٩) من لا يحضره الفقيه ٣: ٧٦، ح ٣٣٦٨؛ ص ٢٣٣، ح ٣٨٥٩.

وقول الباقر عليه السلام: «لا يكون ظهار في يمين [ولا في إضرار] ولا [في] غضب»[١].

وأطلق باقي الأصحاب الوقوعَ من غير تقييد[٢].

واستشكل المصنّف من عموم الآية[٣] مع أنّ قبلها: ﴿وَتَشْتَكِيٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾[٤]، وفيه إشعار باستضرارها.

قوله: «وفي وقوعه موقوفاً على الشرط تردّد، أظهره الجواز»[٥].

أقول: ينشأ من عموم الروايات الدالّة على الوقوع مع تأيّدها بعموم الآية[٦]، ومن قول ابن إدريس بعدم الوقوع حاكياً له عن المفيد[٧] والمرتضى[٨]؛ محتجّاً بأنّه إيقاع، فلا يقع مشروطاً، كالطلاق، ولأصالة البراءة وحلّ الزوجة، فمَن حرّم وطأها بهذا النوع من الظهار أوجب[٩] به الكفّارة[١٠].

وفي كلامه نظرٌ؛ أمّا الأوّل فلأنّه قياس. وأمّا الثاني فلأنّ الأصالة مخالفة[١١] الدلالة،

---

(١) الكافي ٦: ١٥٢ ـ ١٥٢، ح ١؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ٥٣٤، ح ٤٨٤٥؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٠ ـ ١١، ح ٣٣.

(٢) راجع: الانتصار: ١٤١؛ الكافي في الفقه: ٣٠٣؛ السرائر ٢: ٧١١.

(٣) المجادلة (٥٨): ٣.

(٤) المجادلة (٥٨): ١.

(٥) شرائع الإسلام ٣: ٤٦.

(٦) المجادلة (٥٨): ٣.

(٧) لم نعثر عليه.

(٨) الانتصار: ٣٢١.

(٩) في المخطوطة: «واجب».

(١٠) السرائر ٢: ٧٠٩، وفيه: «فمن حرّم وطأها يحتاج إلى دليل» بدل «فمن حرّم وطأها بهذا النوع من الظهار أوجب به الكفّارة».

(١١) في المخطوطة: «مخالفو».

وهي موجودة في الروايات.

وفي النظر نظرٌ؛ لأنّا نمنع أنّ الأوّل قياس، بل من باب[١] اتّحاد الطريق وهو حجّة.

وأمّا الثاني فلا دلالة صريحة في الروايات على وقوعه لا على لزوم الكفّارة، ويمكن حملها على الاستحباب.

ولا نسلّم أنّ عموم الآية تناول[٢] المشروط؛ لأنّ مدلول الآية يتناول من وقع منه الظهار، وتعليق[٣] الشيء على شرط ليس بإيقاع ذلك الشيء.

ويؤيّد ما قلناه رواية[٤] الرضا عليه السلام، وقد قال القاسم بن محمّدٍ الزيّات: إنّي قلت لامرأتي: أنت عليَّ كظهرِ أُمّي إن فعلت كذا. فقال: «لا شيء عليك ولا تعد»[٥]، و«لا شيء» للعموم، ويلزم منه نفي الكفّارة، ونفي اللازم يدلّ على نفي الملزوم.

قوله: «ولو قيّده بمدّة ـ كأن يظاهر منها شهراً أو سنةً ـ قال الشيخ: لا يقع، وفيه إشكال»[٦].

أقول: قاله في المبسوط[٧]؛ لأنّه تعالى علّق الحلّ على التكفير في كلّ مظاهر، فلو وقع موقّتاً أفضى إلى الحلّ بغير التكفير، واللازم باطل، فكذا الملزوم. ولرواية سعيدٍ

---

(١) في المخطوطة: «بار».

(٢) في المخطوطة: «تعينا و»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٣: ٣٧٢.

(٣) في المخطوطة: «والمعلّق غير» بدل «وتعليق»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٣: ٣٧٢.

(٤) في المخطوطة: «روية».

(٥) الكافي ٦: ١٥٨، ح ٢٤؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٣، ح ٤٢.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٤٦.

(٧) المبسوط ٥: ١٥٦.

الأعرج عن الكاظم عليه السلام صحيحاً في رجل ظاهر من امرأته يوماً، قال: «ليس عليه شيء»[١].

وقال ابن الجنيد: يقع[٢]؛ لعموم الآية[٣]، ولأنّه منكر من القول وزور، فكان كالمطلق. ولأنّ الظهار كاليمين القابلة للتقييد بالمدّة، ولحديث سلمة بن صخر أنّه ظاهر من امرأته إلى سلخ رمضان، وأقرّه النبيّ صلى الله عليه وآله[٤]، وإقراره حجّة كفعله وقوله.

واختار [١٧١ أ] العلّامة في مختلفه[٥] القول بالتفصيل الذي ذكره المصنّف بقوله: «وربّما قيل» إلى آخره، ووجهه أنّ الظهار يلزمه التربّص مدّة ثلاثة أشهر مع الترافع، وعدم الطلاق، وذلك يدلّ بالاقتضاء[٦] على أنّ مدّة الظهار تزيد على مدّة التربّص.

واختار قولَ الشيخ فخرُ الدين[٧]، وتوقّف في ذلك الشهيد[٨].

قوله: «وفي اشتراط الدخول تردّد، والمرويّ اشتراطه»[٩].

أقول: ينشأ من عموم الآية[١٠] الشامل للمدخول بها وغيره، وبه قال المرتضى[١١]

---

(١) تهذيب الأحكام ٨: ١٤، ح ٤٥.

(٢) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٤٣٢.

(٣) المجادلة (٥٨): ٣.

(٤) سنن أبي داود ٢: ٢٦٥، ح ٢٢١٣؛ سنن ابن ماجة ١: ٦٦٥، ح ٢٠٦٢.

(٥) مختلف الشيعة ٧: ٤٣٣.

(٦) في المخطوطة: «بلاقتضاء»، وصحّحناه كما في إيضاح الفوائد ٣: ٤٢٢.

(٧) في المخطوطة: «السعيد معزّ الدين» بدل «فخر الدين». إيضاح الفوائد ٣: ٤٢١.

(٨) غاية المراد ٣: ٢٧٢.

(٩) شرائع الإسلام ٣: ٤٨.

(١٠) المجادلة (٥٨): ٣.

(١١) نسبه إليه ابن إدريس في السرائر ٢: ٧١٠.

والمفيد[١] وابن إدريس[٢]، ومن صحيحة محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام؛ لأنّه قال: «غير المدخول بها لا يقع عليها إيلاءٌ ولا ظهارٌ»[٣]. وكذا رواية فضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام[٤].

وبه قال الشيخ[٥] والصدوق[٦]، وهو الأقوى؛ لأنّ الخاصّ مقدّم على العامّ عند التعارض.

والتحقيق: أنّ هنا قاعدتين:

أ. هل خبر[٧] الواحد حجّة أم لا؟

ب. هل يخصّص عموم القرآن أم لا؟

فمَن قال بحجّيّته وأنّه مخصّص قال بالثاني، ومَن نفاهما قال بالأوّل.

قوله: «وهل يقع بالمستمتع بها؟ فيه خلاف، والأظهر الوقوع»[٨].

أقول: قال المرتضى[٩] وابن زهرة[١٠] والمفيد[١١] والتقيّ[١٢] والشيخ[١٣] بالوقوع؛

---

(١) المقنعة: ٥٢٤.

(٢) السرائر ٢: ٧١٠.

(٣) تهذيب الأحكام ٨: ٢١، ح ٦٥.

(٤) الكافي ٦: ١٥٨، ح ٢١؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ٥٢٥، ح ٤٨٢٦؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢١، ح ٦٦.

(٥) الخلاف ٤: ٥٢٦، المسألة ٣؛ المبسوط ٥: ١٤٦؛ النهاية: ٥٢٦.

(٦) الهداية: ٢٧٤.

(٧) في المخطوطة: «جزا».

(٨) شرائع الإسلام ٣: ٤٨.

(٩) الانتصار: ٢٧٦.

(١٠) غنية النزوع: ٣٦٦.

(١١) المسائل الصاغانيّة: ٤٨

(١٢) الكافي في الفقه: ٣٠٣.

(١٣) لم نعثر عليه في كتبه.

لعموم الآية[١].

وقال ابن إدريس بعدمه[٢]؛ نظراً إلى أنّها ليس لها جبر الزوج على الوطء.

والأقوى الأوّل؛ لأنّ المستمتع بها يصدق عليها أنّها من نسائنا، فتدخل تحت الحكم.

قوله: «وفي الموطوءة بالملك تردّد، والمرويّ أنّه يقع كما يقع بالحرّة»[٣] إلى آخره.

أقول: ينشأ من دخولها تحت النساء[٤]، كما دخلت في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾[٥] الدالّ[٦] على تحريم أُمّ الموطوءة بالملك، ولرواية محمّد بن مسلم صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام[٧]، وغيرها من الروايات[٨].

وبه قال ابن [أبي] عقيل[٩] والشيخ في النهاية[١٠] والخلاف[١١].

ومن أنّ المفهوم من النساء الزوجات، ولأنّه كالطلاق؛ لأنّه [كان] طلاقاً في

---

(١) المجادلة (٥٨): ٣.

(٢) السرائر ٢: ٧٠٩.

(٣) شرائع الإسلام ٣: ٤٨.

(٤) المجادلة (٥٨): ٣.

(٥) النساء (٤): ٢٣

(٦) في المخطوطة: «الدالّة».

(٧) الكافي ٦: ١٠٦، ح ١١.

(٨) راجع: تهذيب الأحكام ٨: ٢٤، ح ٧٦ ـ ٧٩.

(٩) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٤٠٩.

(١٠) النهاية: ٥٢٧.

(١١) الخلاف ٤: ٥٢٨، المسألة ٨.

الجاهليّة[١]، ولا يقع طلاق بمملوكة، ولرواية حمزة بن حمران عن الصادق عليه السلام فيمن ظاهر من أمته، قال: «يأتيها[٢] وليس عليه شيء»[٣]. وبه قال المرتضى[٤] والتقيّ[٥] وسلّار[٦] والقاضي[٧].

والأوّل أرجح؛ لاعتضاد الروايات بعموم القرآن، ولا نسلّم أنّ المفهوم من النساء الزوجات، بل هو أعمّ؛ فإنّ الإضافة تصدق بأدنى [١٧١ ب] ملابسة.

وأيضاً لو لم يكن من النساء لم يكن أُمّها محرّمة، واللازم كالملزوم في البطلان.

وفي هذا نظرٌ؛ لجواز تحريم أُمّها بدليل خارجيّ.

وأمّا رواية حمزة ففي طريقها ابن فضّال، وهو فاسد العقيدة[٨].

وقولهم: «إنّه طلاق في الجاهليّة» فاسدٌ؛ فإنّ الحجّة في حكم الشرع لا في غيره، وليس الظهار كالطلاق في كلّ الأحكام، مع أنّه قد ورد أنّهم كانوا يظاهرون من الأمة فتعزل سيّدها وكذا الطلاق.

قال الأعشى[٩]:

---

(١) حكاه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٤١٠.

(٢) في المخطوطة: «لا ايتها».

(٣) تهذيب الأحكام ٨: ٢٤، ح ٧٨.

(٤) حكاه عنه ابن إدريس في السرائر ٢: ٧١٠.

(٥) الكافي في الفقه: ٣٠٤.

(٦) المراسم العلويّة: ١٦٠.

(٧) المهذّب ٢: ٢٩٨.

(٨) خلاصة الأقوال: ٩٣ و٢٧٦.

(٩) أبو بصير ميمون بن قيس بن جندل الأعشى الأسديّ، من شعراء الجاهليّة، كان يتردّد على الأشراف ويمدحهم، وهو أوّل من سأل بشعره. انظر: الأغاني ٨: ٧٤؛ الشعر والشعراء: ١٣٥؛ طبقات فحول الشعراء ١: ٦٥.

أيا جارتي[١]، بِيني! فإنّك طالِقَه[٢]

قوله: «الثانية: لا تجب الكفّارة بالتلفّظ وإنّما تجب بالعود، وهو إرادة الوطء، والأقرب أنّه لا استقرار لها»[٣] إلى آخره.

أقول: قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾[٤]، اختلف في العود:

قال جمهور أصحابنا: هو إرادة الوطء، وبه قال مالك وأحمد[٥].

وقال ابن الجنيد: هو إمساكها بالعقد الأوّل[٦]، وهو قول الشافعيّ[٧].

وقال طاوس والزهريّ والحسن: هو الوطء[٨].

وقال داود: إنّه إعادة لفظ الظهار[٩]. وهو قويٌّ من حيث اللفظ، لكن الإجماع على خلافه.

ويضعّف قول الشافعيّ وابن الجنيد بأنّ لفظة «ثمّ» للتراخي، ولا تراخي بين الظهار والإمساك بالزوجيّة.

---

(١) في المخطوطة: «أيا جاري»، وصحّحناه كما في العين ٥: ١٠١ (طلق).

(٢) العين ٥: ١٠١ (طلق)؛ ونحوه في الصحاح ٢: ٦١٨ (جوز)، وعجز البيت: «كذاك أُمور الناس غادٍ وطارِقَة».

(٣) شرائع الإسلام ٣: ٤٨.

(٤) المجادلة (٥٨): ٣.

(٥) حكاه عنهما الشيخ في الخلاف ٤: ٥٣٦، المسألة ٢٠.

(٦) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٤١٤.

(٧) الأُمّ ٥: ٢٧٩؛ مختصر المزني: ٢٠٤؛ المجموع ١٧: ٣٥٩، ٣٦١.

(٨) حكاه عنهم الشيخ في الخلاف ٤: ٥٣٧، المسألة ٢٠. وراجع: الأُمّ ٥: ٢٧٩؛ المجموع ١٧: ٣٥٩، ٣٦١.

(٩) المحلّى ١٠: ٥٢؛ بداية المجتهد ٢: ١٠٥.

وهل تستقرّ الكفّارة، بمعنى أنّها تجب بمجرّد الظهار؟ أم لا، بمعنى أنّها لا تجب إلّا إذا أراد[١] الوطء؟ ذهب مجاهد والثوري[٢] إلى الأوّل، وأبو حنيفة وأصحابه[٣] إلى الثاني.

ومن لوازم مذهب داود وطاوس عدم وجوب الكفّارة مع عدم التكرار وعدم الوطء، وعلى قولنا لا تجب إلّا مع إرادة الوطء؛ لأنّ الوجوب في الظاهر معلّق على مجموع الظهار وللعود، والعود هو إرادة الوطء فلا وجوب قبلهما. وعلى تقدير حصول الإرادة هل تستقرّ أم لا؟ الحقّ: لا، فلو رجع عن الإرادة ارتفع الوجوب.

قوله: «ولو خرجت من العدّة ثم تزوّجها ووطئها فلا كفّارة»[٤].

أقول: وفيه رواية بالكفّارة[٥]، عمل عليها أبو الصلاح[٦]، وحملها الشيخ على التقيّة؛ لأنّه مذهب بعض المخالفين[٧].

قوله: «السادسة: لو ظاهر من أربع بلفظ واحد كان عليه عن[٨] **كلّ واحدة كفّارة، ولو ظاهر من واحدة مراراً وجب عليه بكلّ مرّة كفّارة»**[٩] إلى آخره.

---

(١) في المخطوطة: «ارادة».

(٢) المغني ٨: ٥٧٩؛ المحلّى ١٠: ٥١؛ بداية المجتهد ٢: ١٠٤ و ١٠٥.

(٣) حكاه عنهم الشيخ في الخلاف ٤: ٥٣٧، المسألة ٢٠. راجع: المسبوط للسرخسي ٦: ٢٢٤؛ بدائع الصنائع ٣: ٢٣٥ و٢٣٦.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٤٨.

(٥) مسائل عليّ بن جعفر: ٢٨١، ح ٧٠٥؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٧، ح ٥٢.

(٦) الكافي في الفقه: ٣٠٣ ـ ٣٠٤.

(٧) تهذيب الأحكام ٨: ١٧.

(٨) في المخطوطة: «عنى».

(٩) شرائع الإسلام ٣: ٤٩.

[١٧٢ أ] **أقول:** هذا قول الشيخ في النهاية[(١)]؛ لصحيحة محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرّاتٍ أو أكثر، فقال: «قال عليٌّ عليه السلام: مكان كلّ مرّةٍ كفّارةٌ»[(٢)]. وبمعناه روى الحلبيّ ـ صحيحاً ـ عن الصادق عليه السلام[(٣)].

واحتجّ عليه العلّامة أيضاً بأنّ كلّ مرّة سبب مستقلّ لوجوبها، فتكرّر بتكراره.

أمّا الأُولى فلرواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام: «إنّ رجلاً أتى النبيّ صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله، ظاهرت من امرأتي، فقال: اذهب فكفّر»[(٤)].

وأمّا الثانية فلأنّه لو اتّحدت لزم إمّا تخلّف المعلول عن علّته التامّة أو اجتماع العلل على معلول واحد، [و]كلاهما محال[(٥)].

وفيه نظرٌ؛ لأنّ كون الظهار سبّباً تامّاً ممنوع، كيف! والقرآن[(٦)] على خلافه؛ فإنّ ظاهره أنّ الكفّارة تجب بالظهار والعود معاً وهو إرادة الوطء ـ وعليه تحمل الرواية، ليتطابقا ـ والإرادة لم تتكرّر.

نعم، لو قلنا إنّ العود هو العود إلى الظهار لصحّ ما قاله، لكنّه باطل إجماعاً.

أقول: بل ولا يصحّ أيضاً؛ لأنّ وجوب الكفّارة في ظاهر الآية مشروط بالظهار والعود معاً، فلا يتصوّر أحدهما علّة مستقلّة وحده.

---

(١) النهاية: ٥٢٦.

(٢) الكافي ٦: ١٥٦، ح ١٢؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ٥٣١، ح ٤٨٣٤؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٧، ح ٥٣.

(٣) الكافي ٦: ١٥٦، ح ١٤؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ٥٣١، ح ٤٨٣٣؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٨ ـ ١٩، ح ٥٩.

(٤) الكافي ٦: ١٥٥، ح ٩؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ٥٣٢، ح ٤٨٣٧؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٥، ح ٤٨.

(٥) مختلف الشيعة ٧: ٤٢٠.

(٦) المجادلة (٥٨): ٣.

قوله: «ومن فقهائنا من فصّل»[١].

أقول: والشيخ في المبسوط قال: إذا ظاهر من امرأته مراراً لم يخل إمّا أن يوالي ذلك أو يفرّق، فإن والى وأراد بالثاني والثالث التأكيد لم يلزمه إلّا[٢] كفّارة واحدة بلا خلاف، وإن نوى الاستيناف لزمه بكلّ واحدة كفّارة عندنا وعند قوم، وعند آخرين تجب كفّارة واحدة، وإن أطلق ولم ينو التأكيد ولا الاستيناف فإنّه يلزمه كفّارة واحدة في الأوّل. وإن فرّق فإن تخلّل التكفير لزم لكلّ واحد كفّارة بلا خلاف، وإن لم يتخلّل الأوّل فعندي تجب لكلٍّ واحد[٣] كفّارة، وعند بعضهم كفّارة واحدة[٤].

وقال في الخلاف: تجب لكلّ مرّة كفّارة، ولم يفصّل؛ للاحتياط، وعموم الآية[٥].

وقال العجليّ: لكلّ دفعة كفّارة، فإن كرّر ووطئ لزمه كفّارة الوطء، وكفّارات عن المتعدّد[٦].

قوله: «ولو وطئها قبل التكفير لزمه عن كلّ وطء كفّارةٌ واحدة»[٧].

أقول: هذا مذهب الثلاثة[٨] وأتباعهم[٩] لم يخالف فيه أحد إلّا ابن الجنيد؛ فإنّه

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٤٩.

(٢) في المخطوطة: «لا»، وصحّحناه كما في المصدر.

(٣) في المخطوطة: «واحدة».

(٤) المبسوط ٥: ١٥٢.

(٥) الخلاف ٤: ٥٣٥، المسألة ١٩.

(٦) السرائر ٢: ٧١٣.

(٧) شرائع الإسلام ٣: ٤٩.

(٨) هم الشيخ المفيد في المقنعة: ٥٢٥؛ والسيّد المرتضى في الانتصار: ٣٢٣؛ والشيخ في الخلاف ٤: ٥٣٥ ـ ٥٣٦، المسألة ٢٠؛ المبسوط ٥: ١٥٤؛ النهاية: ٥٢٥.

(٩) منهم القاضي في المهذّب ٢: ٢٩٩؛ وابن حمزة في الوسيلة: ٣٣٥؛ وسلّار في المراسم العلويّة: ١٦٠.

قال: إنّما يجب الكفّارة لو وطئ ثانياً، ولم تجب بالمرّة الأُولى.

وكذا عنده إذا عجز عن العتق والصيام دون الإطعام لم يجب عليه الكفّارة، وإن عاد إلى الوطء ثانياً؛ لأنّ الله تعالى شرط في العتق [١٧٢ ب] والصيام أن يكون قبل العود، ولم يشترط ذلك في الإطعام[(١)].

قوله: «ولا تستقرّ الكفّارة حتّى يعود، وقيل: تجب بنفس الوطء، وهو بعيد»[(٢)].

أقول: القائل هو الشيخ [في] النهاية[(٣)]. وهو بعيدٌ؛ لأنّه ما عاد، بل صار مظاهراً.

قوله: «**ولو وطئها في خلال الصوم استأنف، وقال شاذّ [منّا]: لا يبطل التتابع [لو وطئ ليلاً]، وهو غلط**»[(٤)].

أقول: هو ابن إدريس[(٥)]، وبيانُ غلطه: أنّ الآية تدلّ على وجوب الإتيان بالشهرين خاليين عن وطء، ولم يأت بهما على ما أمر به فلا يجزيه.

قوله: «وهل يحرم عليه ما دون الوطء، كالقُبلة والملامسة؟ قيل: نعم؛ لأنّه مماسّة. وفيه إشكال ينشأ من اختلاف التفسير»[(٦)].

أقول: [قال] الشيخ في المبسوط والخلاف: يحرم القبلة كما يحرم الوطء؛ لأنّ اسم المسّ يقع على الكلّ حقيقةً لغويّةً، والأصل عدم النقل[(٧)].

---

(١) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٤٢٤.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٤٩.

(٣) النهاية: ٥٢٥.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٤٩.

(٥) السرائر ٢: ٧١٤.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٤٩.

(٧) المبسوط ٥: ١٥٥؛ الخلاف ٤: ٥٣٩، المسألة ٢٢.

وقال ابن إدريس: المراد الوطء؛ لأنّه المتعارف والمفهوم من الآية، وأصالة عدم النقل مسلّمة لو لم يثبت وجوده؛ فإنّه لا خلاف أنّ المراد هنا الوطء[١].

قوله ويلحق بذلك النظر في الكفارّات: «**وكذا كفّارة الحنث في العهد، وفي النذر على التردّد**»[٢].

أقول: في رواية يتصدّق على سبعة مساكين[٣]، وفي أُخرى إطعام مسكين[٤]، وفي أُخرى صوم شهرين متتابعين،[٥] وفي أُخرى كفّارة يمين[٦]. منشأه عدم الدلالة، وحمله على العهد قياس. وفي العهد رواية أبي بصير عن أحدهما [عليهما السلام]: «عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستّين مسكيناً»[٧].

وقال الشيخان وسلّار: كفّارة النذر والعهد كفّارة رمضان[٨].

وقال ابن بابويه: كفّارة النذر كفّارة يمين[٩].

وقال ابن إدريس: إن كان النذر صوماً فكفّارته[١٠] كما [قا]ل الشيخان، وإن كان غير صوم فكفّارة يمين[١١].

---

(١) السرائر ٢: ٧١١.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٥٠.

(٣) تهذيب الأحكام ٤: ٢٣٥، ح ٦٨٩.

(٤) المصدر ٢: ٣٣٥، ح ١٣٨٣.

(٥) المصدر ٨: ٣١٤، ح ١١٦٥.

(٦) الكافي ٧: ٤٥٦ و٤٥٧، ح ٩ و١٣؛ تهذيب الأحكام ٨: ٣٠٦ و٣٠٧، ح ١١٣٦ و١١٤١.

(٧) تهذيب الأحكام ٨: ٣١٥، ح ١١٧٠.

(٨) المقنعة: ٥٦٩؛ النهاية: ٥٧٠؛ المراسم العلويّة: ١٨٧.

(٩) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٢٣٥.

(١٠) في المخطوطة: «وكفّارة»، صحّحناه كما في إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٤٣.

(١١) السرائر ٣: ٧٤ ـ ٧٥.

وكذلك قال المرتضى في الموصليّات[١]، كذا قال الصدوق[٢]، والمستند غير معلوم.

قوله: «والواجب في كلّ واحدة عتق رقبة» إلى قوله: «ستّين مسكيناً على الأظهر»[٣].

أقول: في النذر، أمّا العهد فلا تردّد فيه.

قوله: «المقصد الثاني: في ما اختلف فيه، وهي سبع: الأُولى: من حلف بالبراءة فعليه [١٧٣ أ] كفّارة ظهار، فإن عجز فكفّارة يمين، وقيل: يأثم ولا كفّارة، وهو أشبه»[٤].

أقول: الأوّل قول الشيخ [في] النهاية[٥] والقاضي[٦].

والثاني قول ابن إدريس[٧]. ووجه الأشبهيّة التمسّك بالأصل، وضعف الرواية.

وهنا أقوال أُخر:

أ. كفّارة الظهار مع المخالفة، قاله المفيد[٨] وسلّار[٩] والتقيّ[١٠]، و هو قريب من النهاية[١١].

---

(١) رسائل الشريف المرتضى ١: ٢٤٦.

(٢) حكاه عنه ابن إدريس في السرائر ٣: ٧٥. راجع: المقنع: ٤٠٩؛ الهداية: ٢٨٢.

(٣) شرائع الإسلام ٣: ٥٠.

(٤) المصدر ٣: ٥١.

(٥) النهاية: ٥٧٠.

(٦) المهذّب ٢: ٤٢١.

(٧) السرائر ٣: ٣٩.

(٨) المقنعة: ٥٥٨.

(٩) المراسم العلويّة: ١٥٨.

(١٠) الكافي في الفقه: ٢٢٩.

(١١) النهاية: ٥٧٠.

ب. صيام ثلاثة أيّام والصدقة على عشرة مساكين إذا قال: «برئ من دين محمّد صلى الله عليه وآله وكلّ ما يملكه في سبيل الله، وأنّ عليه المشي إلى البيت إن كلّم ذا قرابة»، وهو قول الصدوق[١]، والظاهر أنّ بعض القيود يستغنى عنها في تحقيق الفتوى.

ج. كفّارة النذر، وهو قول ابن حمزة[٢]، وعنده أنّ كفّارة النذر كفّارة شهر رمضان.

د. يلزم مع الحنث إطعامُ عشرة مساكين ـ لكلّ مدٍّ ـ والاستغفارُ، واختاره العلّامة في مختلفه[٣]؛ لرواية الصفّار عن العسكريّ عليه السلام[٤][٥].

هنا فوائد:

أ. صرّح الشيخ[٦] والمفيد[٧] بترتّب الحكم على كلّ واحد من هذه، أعني البراءة من الله أو[٨] من رسوله، أو من أحد الأئمّة عليهم السلام.

وسلّار[٩] رتّب الحكم على المجموع، والظاهر أنّ مراده الأوّل.

والتقيّ[١٠] رتّبه على البراءة من الله ورسوله أو أحد الأئمّة عليهم السلام. والصدوق[١١] رتّبه على الثلاثة.

---

(١) المقنع: ٤٠٩.

(٢) الوسيلة: ٣٤٩.

(٣) مختلف الشيعة ٨: ١٦٣.

(٤) الكافي ٧: ٤٦١، ح ٧؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٧٨، ح ٤٣٣٠؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢٩٩، ح ١١٠٨.

(٥) غاية المراد ٣: ٤٦١ ـ ٤٦٢.

(٦) النهاية: ٥٧٠.

(٧) المقنعة: ٥٥٨.

(٨) في المخطوطة: «و»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ٤٦٢.

(٩) المراسم العلويّة: ١٨٥.

(١٠) الكافي في الفقه: ٢٢٩.

(١١) المقنع: ٤٠٩.

ب. لا إشكال في تحريم التلفّظ بهذه، حقّاً كان المحلوف عليه أو باطلاً.

ج. رتّب المفيد[١] وسلّار[٢] الكفّارةَ على المخالفة، وكذا ابن حمزة[٣]. والصدوق[٤] رتّبها على مجرّد القول، وكذا الشيخ[٥] والقاضي[٦]. و[صرّح] التقيّ[٧] بالأمرين[٨].

قوله: «الثانية: في جزّ المرأة شعرها في المصاب عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستّين مسكيناً، وقيل: مثل كفّارة الظهار. والأوّل مرويّ، وقيل: تأثم ولا كفّارة؛ استضعافاً للرواية، وتمسّكاً بالأصل»[٩].

أقول: الأوّل قول القاضي[١٠] مستنداً إلى رواية خالد بن سدير عن الصادق عليه السلام[١١].

والثاني قول سلّار[١٢] وابن إدريس[١٣] وأسنده إلى ما رواه الأصحاب، وهو يشعر بتوقّفه فيه.

---

(١) المقنعة: ٥٥٨.

(٢) المراسم العلويّة: ١٨٥.

(٣) الوسيلة: ٣٤٩.

(٤) المقنع: ٤٠٩.

(٥) النهاية: ٥٧٠.

(٦) المهذّب ٢: ٤٢١.

(٧) الكافي في الفقه: ٢٢٩.

(٨) غاية المراد ٣: ٤٦٢ ـ ٤٦٣.

(٩) شرائع الإسلام ٣: ٥١.

(١٠) المهذّب ٢: ٤٢٤.

(١١) تهذيب الأحكام ٨: ٣٢٥، ح ١٢٠٧.

(١٢) المراسم العلويّة: ١٨٧.

(١٣) السرائر ٣: ٧٨.

والثالث نقله المصنّف والعلّامة[١]، ولم نظفر بقائله.

واستضعف المصنّف الرواية؛ لكونها نادرة، وفي طريقها محمّد بن عيسى وفيه طعن[٢].

وأمّا الشيخان فقالا: فيه كفّارة قتل الخطإ ومثّلا بـ«أو»[٣].

وقال المصنّف في النكت: [١٧٣ ب] لا أعلم وجه ذلك[٤] مع أنّ الرواية بالتخيير.

قال بعض الفضلاء: يحتمل قول الشيخين أمرين:

أ. أن يكون مرادهما بلفظ «أو» بيان الأجناس على وجه التفصيل لا التخيير.

ب. أن يكون مذهبهما في كفّارة الخطإ التخيير، كما هو رأي سلّار[٥][٦].

قوله: «الرابعة: كفّارة [الوطء في] الحيض مع التعمّد والعلم[٧] بالتحريم والتمكّن[٨] من التكفير، قيل: تستحبّ، وقيل: تجب، وهو الأحوط»[٩].

أقول: الاستحباب قول الشيخ [في] النهاية[١٠].

---

(١) إرشاد الأذهان ٢: ٩٧؛ قواعد الأحكام ٣: ٢٩٧.

(٢) هو محمّد بن عيسى بن عبيد اليقطيني. راجع: الفهرست للشيخ: ١٤٠، الرقم ٦٠١.

(٣) المقنعة: ٥٧٣؛ النهاية: ٥٧٣.

(٤) نكت النهاية ٣: ٧٠.

(٥) المراسم العلويّة: ١٨٦.

(٦) راجع: التنقيح الرائع ٣: ٣٩٩.

(٧) في المخطوطة: «العلم والتعمّد» بدل «التعمّد والعلم».

(٨) في المخطوطة: «والتمكين».

(٩) شرائع الإسلام ٣: ٥١.

(١٠) النهاية: ٢٦.

والوجوب قول المبسوط[١] والخلاف[٢] وأكثر الأصحاب[٣]، وهو أحوط.

قوله: «الخامسة: من تزوّج امرأة في عدّتها فارق وكفّر بخمسة أصوع من دقيق، وفي وجوبها خلاف، والاستحباب أشبه»[٤].

أقول: قال المرتضى: تجب[٥]، وكذا ابن حمزة[٦].

وأنكر ابن إدريس الوجوب[٧]، وكذا المصنّف؛ [لـ]أصالة البراءة، وحمل الرواية[٨] على الاستحباب؛ لخلوّها من لفظ الأمر.

قوله: «السادسة: من نام عن العشاء حتّى جاوز نصف الليل أصبح صائماً على رواية فيها ضعف، ولعلّ الاستحباب أشبه»[٩].

أقول: قال المرتضى يجب الصيام وادّعى عليه الإجماع[١٠]، ولم نحقّقه.

ونصّ الشيخ في النهاية[١١] والتقيّ[١٢] على الوجوب.

---

(١) المبسوط ١: ٤١.

(٢) الخلاف ١: ٢٢٥، المسألة ١٩٤.

(٣) منهم سلّار في المراسم العلويّة: ٤٣ ـ ٤٤؛ والقاضي في المهذّب ١: ٤٢٣؛ وابن إدريس في السرائر ١: ١٤٤؛ ج ٣: ٧٦.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٥١.

(٥) الانتصار: ٣٦٦.

(٦) الوسيلة: ٣٥٤.

(٧) السرائر ٣: ٧٦ و٧٧.

(٨) الكافي ٧: ١٩٣، ح ٣؛ تهذيب الأحكام ١٠: ٢١، ح ٦٢.

(٩) شرائع الإسلام ٣: ٥١.

(١٠) الانتصار: ٣٦٥.

(١١) النهاية: ٥٧٢.

(١٢) الكافي في الفقه: ١٨٨.

واحتجّ الشيخ برواية عبد الله بن المغيرة عمّن حدّثه عن الصادق عليه السلام في رجل نام عن العتمة، [و]لم يقم إلّا بعد انتصاف الليل، قال: «يصلّيها ويصبح صائماً»[(١)].

وأُجيب بأنّها مقطوعة مع عدم الدلالة على الوجوب؛ إذ لا أمر[(٢)].

قالوا: معطوف على الصلاة الواجبة.

قلنا: تكفي المتابعة في[(٣)] وجهٍ مّا، [و]هو اختيار ابن حمزة[(٤)].

قوله في السابعة: «**وربَّما أنكر ذلك قوم**»[(٥)] إلى آخره.

أقول: أنكره ابن إدريس[(٦)] وجماعة[(٧)].

قوله [في] المقصد الثالث في خصال الكفارة: الوصف «**الأوّل: الإيمان، وهو معتبر في كفّارة القتل إجماعاً، وفي غيرها على التردّد، والأشبه اشتراطه**»[(٨)].

أقول: مَن منع عتق الكافر مطلقاً قال لا يجوز هنا، ومَن جاز اختلفوا:

فقال الشيخ [في] المبسوط والخلاف: يصحّ لكنّه مكروه[(٩)].

ومنع منه كثير من الأصحاب[(١٠)].

---

(١) تهذيب الأحكام ٨: ٣٢٣، ح ١٢٠٠.

(٢) أجاب به العلّامة في مختلف الشيعة ٨: ٢٦٢.

(٣) في المخطوطة: «المانع في المنع» بدل «المتابعة في»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ٤٦٨.

(٤) الوسيلة: ٣٥٤.

(٥) شرائع الإسلام ٣: ٥٢.

(٦) السرائر ٣: ٧٥.

(٧) منهم العلّامة في إرشاد الأذهان ٢: ٩٧؛ والشارح في التنقيح الرائع ٣: ٤٠٠.

(٨) شرائع الإسلام ٣: ٥٢.

(٩) المبسوط ٦: ٢١٢؛ الخلاف ٤: ٥٤٢، المسألة ٢٧.

(١٠) منهم ابن إدريس ونسبه إلى السيّد المرتضى وغيره من المشيخة في السرائر ٢: ٧١٤ ـ ٧١٥.

وتردّد المصنّف من حيث أصالة البراءة وعدم الاشتراط خرج القتل [بـ]النصّ فيبقى الباقي على الجواز، ومن أنّ الكافر خبيث والعتق إنفاق، وقال تعالى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ﴾[١]، وليقين البراءة بعتق المسلم، وعدم ذلك بعتق الكافر فتعيّن الأوّل، وللتقييد في القتل[٢] فيحمل المطلق على المقيّد، وإن اختلف السبب عند بعضهم، ولرواية سيف بن عميرة عن الصادق عليه السلام: أيجوز للمسلم [١٦٤ أ] أن يعتق مملوكاً مشركاً؟ قال: «لا»[٣].

قوله: «ويجزي إن[٤] كان أبواه مسلمين» إلى قوله: «وفي رواية: لا يجزي في القتل خاصّةً إلّا البالغ الحنث، وهي[٥] حسنة»[٦].

أقول: رواه معمر بن يحيى ـ في الحسن ـ عن الصادق عليه السلام[٧]، وعمل بها ابن الجنيد[٨]. يقال: بلغ الغلام الحنث، أي كتب عليه الطاعة والمعصية[٩].

وقال القاضي: يجزي الضعيف[١٠]، واختاره العلّامة؛ لأنّه مؤمن؛ للحوق أحكام

---

(١) البقرة (٢): ٢٦٧.

(٢) النساء (٤): ٩٢.

(٣) تهذيب الأحكام ٨: ٢١٨، ح ٧٨٢.

(٤) في المخطوطة: «إذا».

(٥) في المخطوطة: «وهو».

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٥٣.

(٧) الكافي ٧: ٤٦٢ ـ ٤٦٣، ح ١٥.

(٨) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٨: ٢٥٠.

(٩) العين ٣: ٢٠٦؛ الصحاح ١: ٢٨٠ (حنث).

(١٠) المهذّب ٢: ٤١٤.

الإيمان به[١]؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُم بِإِيمَٰنٍ﴾[٢]، ومعنى الاتّباع في الإيمان هو إلحاق أحكامه به[٣].

قوله: «ولا يشترط التبرّي ممّا عدا الإسلام»[٤].

أقول: قال ابن إدريس: لابدّ مع ذلك من اعتقاد إمامة الاثني عشر[٥]، واختاره العلّامة في قواعده[٦]، وهو الحقّ.

قوله: «ولو أسلم المراهق لم يحكم بإسلامه على تردّد»[٧].

أقول: ينشأ من عموم قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة»[٨]، فلا حكم لعبارة الصبيّ حينئذٍ، ومن عموم قوله ﷺ: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[٩]، ولا ريب أنّ المراهق عاقل، ولأنّه يصحّ وصيّته، فيكون قوله معتبراً.

واحتجّ بعضهم على ذلك أيضاً بإسلام عليّ عليه السلام، فإنّه كان قبل بلوغه، كما قاله أبو حنيفة[١٠]، وقال الشافعيّ: كان في زمان يمكن فيه تحقّق[١١] بلوغه[١٢].

---

(١) مختلف الشيعة ٨: ٢٥٢.

(٢) الطور (٥٢): ٢١.

(٣) التنقيح الرائع ٣: ٤٠٢.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٥٣.

(٥) السرائر ٣: ٧٢.

(٦) قواعد الأحكام ٣: ٢٩٨.

(٧) شرائع الإسلام ٣: ٥٣.

(٨) الخصال: ٩٣، ح ٤٠؛ مسند أحمد ١: ١٤٠؛ سنن أبي داود ٤: ١٤، ح ٤٣٩٩.

(٩) عوالي اللآلي ١: ٣٢٧، ح ١٠٤؛ ج ٢: ٢٥٧، ح ٥. راجع أيضاً: الخلاف ٣: ٥٩٧، المسألة ٢٦.

(١٠) حكاه عنه الشيخ في الخلاف ٣: ٥٩٢ ـ ٥٩٣، المسألة ٢٠؛ شرح فتح القدير والهداية: ٤٠٤.

(١١) في المخطوطة: «تحقيق».

(١٢) حكاه عنه الشيخ في الخلاف ٣: ٥٩٣، المسألة ٢٠؛ مغني المحتاج ٢: ١٦٧.

و[ا]لأصحّ أنّه لا اعتبار بإسلام المراهق، و [أ]مّا إسلام عليّ عليه السلام فليس من هذا الباب، وأنّه كان مؤيّداً بالعصمة والكمال من أوّل عمره، فلا يقاس عليه غيره.

قوله: «وهل يفرق بينه وبين أبويه؟ قيل: نعم» [(١)].

أقول: قال الشيخ في المبسوط [(٢)].

قوله في الوصف الثاني السلامة من العيوب «**ويجزي ولد الزنى، ومنعه قوم**» [(٣)].

أقول: المانع ابن الجنيد [(٤)] والمرتضى [(٥)] وابن إدريس [(٦)]؛ لقوله صلى الله عليه وآله: «لا خير في ولد الزنا، لا في لحمه ولا في دمه ولا في جلده ولا في عظمه ولا في شعره ولا في بشره ولا في شيء منه» [(٧)]، و«لا خير» نكرة منفيّة فيفيد العموم، والإجز[اء] عن الكفّارات والعتق خير.

والجواب: أنّه مجمل لا يصحّ الاستدلال به إلّا بعد بيانه.

والفتوى أنّه يصحّ عتقه؛ لأنّه مؤمن، وكلّ مؤمن يجزي. والصغرى مقدّرة، والكبرى؛ للآية [(٨)]، ولرواية سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام: «لا بأس بأن يعتق ولد الزنا» [(٩)].

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٥٣.

(٢) المبسوط ٥: ١٥٩.

(٣) شرائع الإسلام ٣: ٥٣.

(٤) مختلف الشيعة ٨: ٢٦٢ ـ ٢٦٣.

(٥) الانتصار: ٣٦٧.

(٦) السرائر ٣: ٩ ـ ١٠.

(٧) الانتصار: ٣٦٧.

(٨) النساء (٤): ٩٢.

(٩) الكافي ٦: ١٨٢، ح ٢؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ١٤٤، ح ٣٥٢٨؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢١٨، ح ٧٨٠.

قوله: «فلا يجزي المدبَّر ما لم ينقض تدبيره، وقال في المبسوط والخلاف: يجزي»[(١)]**، وهو أشبه»**[(٢)].

أقول: لأنّه مملوك يصحّ بيعه، فيصحّ[(٣)] عتقه.

[١٧٤ ب] **قوله: «وإن قلنا لا ينعتق إلّا بأداء قيمة حصّة الشريك، فهل يجزي عند أدائها؟ قيل: نعم؛ لتحقّق**[(٤)] **عتق الرقبة. وفيه تردّد»**[(٥)] إلى آخره.

أقول: ومن حصول مجموع عتق الرقبة بفعله المستند إلى عتق ذلك البعض، فإذا أدّى ونوى به العتق صحّ العتق؛ لأنّه يصدق أنّه أعتق، وهو الفاعل له، أقصى ما في الباب أنّه بسبب آخر غير الصيغة والآية[(٦)] تنطق بتحرير رقبة، ولم يشرط بصيغة أو غيرها[(٧)].

قوله: «أو رهناً بدله إن كان مؤجّلاً، وهو بعيد»[(٨)].

أقول: وجه البعد أنّه ممنوع من التصرّف، والعتق عبادة، والنهي فيها يدلّ على الفساد.

قوله: «ولو قتل عمداً فأعتقه في الكفّارة، فللشيخ قولان[(٩)]**، و[الأشبه المنع]»**[(١٠)].

---

(١) المبسوط ٥: ١٦٠؛ الخلاف ٤: ٥٤٥، المسألة ٣١.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٥٤.

(٣) في المخطوطة: «فصحّ».

(٤) في المخطوطة: «يتحقق».

(٥) شرائع الإسلام ٣: ٥٤.

(٦) النساء (٤): ٩٢.

(٧) إيضاح الفوائد ٤: ٨٩.

(٨) شرائع الإسلام ٣: ٥٤.

(٩) قال بالمنع في الخلاف ٤: ٥٤٦، المسألة ٣٣؛ وبالجواز في المبسوط ٥: ١٦١.

(١٠) شرائع الإسلام ٣: ٥٥.

أقول: والأظهر الجواز [...]؛[(١)] لأنّ الحرّيّة لا تسقط القول.

قوله: «ولو أعتق الوارث عن الميّت من ماله لا من مال الميّت؛ قال الشيخ: يصحّ. والوجه التسوية بين الأجنبيّ والوارث في المنع أو الجواز»[(٢)].

أقول: وجه الفرق أنّ الوارث مخاطب بأداء الحقوق الواجبة على الميّت، وله التخيير في جهات القضاء، بخلاف الأجنبيّ، ولأنّه قائم مقام الميّت فيما كان يقبل [قوله فيه][(٣)]، كتعيين المطلَقة والعبد المعتق والوصيّة المبهمة، مع كونه مكلّفاً بما عليه من الصلاة و الصيام.

وقال المصنّف: «الوجه التسوية»، ووجه الوجه حصول التبرّع في الصورتين؛ لأنّا نبحث على تقدير عدم كون الوارث وصيّاً، ولا يلزم من قيامه مقامه في بعض الأُمور قيامُه مطلقاً. ثمّ نقول: المقتضي للإجزاء[(٤)] موجود فيهما؛ لأنّ المتبرّع نوى العتق عن ذي الكفّارة فيقع عنه؛ لقوله عليه السلام: «لكلّ امرئ ما نوى»[(٥)]، ولأنّه لو لم يجز عنه لم يجز مطلقاً، أمّا عن ذي الكفّارة فلأنّه الفرض، وأمّا عن المتبرّع فلعدم النيّة، ولا عمل إلّا بنيّة.

وأيضاً [لـ]أنّه قضاء[(٦)] الدين فيقع من المتبرّع، وتوقّف العتق على الملك غير مانع؛ لأنّ الملك الضمنيّ يحصل.

---

(١) في المخطوطة بياض بقدر كلمتين.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٥٥.

(٣) في المخطوطة بياض، وما أضفناه من غاية المراد ٣: ٤٧٠.

(٤) في المخطوطة: «الإجزاء».

(٥) مسائل عليّ بن جعفر: ٣٤٦، ح ٨٥٢؛ تهذيب الأحكام ٤: ١٨٦، ح ٥١٩.

(٦) في المخطوطة: «كاد»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ٤٧٠.

وتوقّف العلّامة في ذلك، وقوّى صحّة عتق الوارث[١]؛ لأنّ التركة تنتقل إليه فالجميع ماله فله الخيار.

قوله: «وإذا قال: "أعتق عبدك عنّي" فقال: "أعتقت عنك" فقد وقع الاتّفاق على الإجزاء، ولكن متى ينتقل إلى الآمر؟ قال الشيخ: ينتقل بعد قول المعتق: [١٧٥ أ] "أعتقت عنك" ثمّ ينعتق بعده. وهو تحكّم، والوجه الاقتصار على الثمرة وهو صحّة العتق وبراءة ذمة الآمر وما عداه تخمين»[٢].

أقول: الإجزاء إجماع وكذا الانتقال[٣]، كما نصّ عليه الشيخ في المبسوط[٤]، ولقوله عليه السلام: «لا عتق إلّا في ملك»[٥]، وإنّما الخلاف في وقت الانتقال [ف]قيل: يملك بالأمر ويكون قوله: «أعتقت عنك» كاشفاً عن ملك الآمر؛ لأنّ الملك شرط في العتق، ويتقدّم عليه حينئذٍ بالزمان، ولا واسطة بين قوله: «أعتق عبدك عنّي»، وبين قوله: «أعتقت»؛ لأنّه[٦] لو تخلّلهما لم يصحّ العتق؛ لأنّه بمنزلة إيجاب وقبول.

وقيل: العلّة في ملكه والعتق، قوله: «أعتقت» فهو علّة لأمرين: أحدهما سابق على الآخر، وهو انتقال الملك إليه ثمّ العتق، واقتضاء العلّة الواحدة شيئين بالترتيب[٧].

---

(١) إرشاد الأذهان ٢: ٩٨.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٥٥.

(٣) في المخطوطة: «لانتقاد» ظاهراً.

(٤) المبسوط ٥: ١٦٥.

(٥) نحوه في الكافي ٦: ١٧٩، ح ٢١؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ١١٦، ح ٣٤٤٥؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢١٧، ح ٧٧٣ و٧٧٤.

(٦) في المخطوطة: «ولأنّه»، وصحّحناه كما في إيضاح الفوائد ٤: ٩٠.

(٧) إيضاح الفوائد ٤: ٩٠.

وقال شيخنا فخر الدين: الحقّ أنّ قوله: «أعتقت» عقيب قوله: «أعتق» مركّب، بأوّل جزء منه يحصل الملك للآمر والمجموع علّة في انعتاقه عنه، وهو اختيار المفيد[١].

قوله: «ومثله إذا قال له: "كل هذا الطعام" فقد اختُلِف أيضاً في الوقت الذي يملكه الآكل»[٢] إلى آخره.

أقول: قيل بأخذه بيده. وقيل بوضعه في فيه. وقيل بابتلاعه. والأقوال الثلاثة حكاها الشيخ في المبسوط[٣].

والفائدة تظهر في جواز إعطائه للغير وعدمه، وفيما لو نبذه في أرض فنبت منه شجرة. والأقوى أنّه لا ينتقل ملكه إليه، بل يكون مباحاً مأذونا له في أكله[٤].

قوله: «ويعتبر نيّة التعيين إن اجتمعت أجناس مختلفة على الأشبه»[٥].

أقول: قال الشيخ في الخلاف: يشترط التعيين مع الاختلاف[٦]، وقال في المبسوط: لا يشترط[٧].

ووجه الأشبهيّة: أنّ كلّ واحدة عمل لابدّ له من نيّته؛ لقوله عليه السلام: «إنّما الأعمال

---

(١) إيضاح الفوائد ٤: ٩١.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٥٥.

(٣) المبسوط ٥: ١٦٥.

(٤) إيضاح الفوائد ٤: ٩١.

(٥) شرائع الإسلام ٣: ٥٦.

(٦) الخلاف ٤: ٥٤٩، المسألة ٣٩.

(٧) المبسوط ٦: ٢٠٩.

بالنيّات»[١]، ولاشتغال ذمّته بالتكفير، فلا يتيقّن[٢] البراءة إلّا بقصده تعييناً.

وقال [العلّامة] في مختلفه[٣]: إنّه يشترط التعيين إن كان[٤] [ال]ـسبب مختلفاً والحكم مختلفاً ـ ككفّارة الظهار ورمضان ـ و إلّا لم يشترط.

أمّا الأوّل فلأنّه إذا أعتق من غير تعيين لم يكن صرفه إلى إحدى الكفّارتين أولى من الأُخرى، لكن صرفه إلى كفّارة الظهار، فبقي التخيير بين الخصال الثلاث، وصرفه إلى كفّارة رمضان يقتضي تعيين العتق مرّة ثانية، وهما مختلفان ولا أولويّة، فلا يدرك الحكم الواجب عليه.

وأمّا الثاني فلأنّه إذا نوى الكفّارة ارتفعت كفّارة مطلقة [١٧٥ ب] وبقيت الأُخرى إمّا متعيّن فيها العتق ثانياً إن كان [ك]ـكفّارة الظهار وقتل الخطأ، أو مخيّر فيها بين الخصال [إن كان] ككفّارتي يمين[٥].

قوله: «ولو كانت الكفّارات من جنس واحد، قال الشيخ: يجزي نيّة التكفير مع القربة»[٦] إلى آخره.

أقول: المراد بالتجانس هنا التجانس في السبب لا في كيفيّة الكفّارة، فعلى هذا القتل والظهار جنسان[٧].

---

(١) مسائل عليّ بن جعفر: ٣٤٦، ح ٨٥٢؛ تهذيب الأحكام ٤: ١٨٦، ح ٥١٩.

(٢) في المخطوطة: «فلا يبق».

(٣) مختلف الشيعة ٨: ٢٢٨.

(٤) في المخطوطة زيادة: «مال».

(٥) غاية المراد ٣: ٤٧٥.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٥٦.

(٧) التنقيح الرائع ٣: ٤١٣.

قوله: «ولا يفتقر إلى التعيين، وفيه إشكال»[١].

أقول: ينشأ من أنّ كلّ واحدة من الكفّارات عمل، وكلّ عمل لا بدّ له من النيّة، ومن أنّ التكفير جنس شامل يتناول جميع ما تحته من الجزئيّات ـ لأنّه مصدر ـ فتجزي نيّة المطلق، ولا أثر لخصوصيّة المحلوف عليه مثلاً.

واعلم أنّ النزاع الثاني [في] اشتراط تعيين خصوصيّة المحلوف عليه أو في اشتراط تعيين مطلق السبب، فإن[٢] كان الأوّل فاحتمال عدم الاشتراط أظهر، وإن كان الثاني فالحقّ الاشتراط؛ لتردّد الكفّارة بين ما في الذمّة وبين غيره، وليس صرفها إلى ما في الذمّة أولى من غيره، فلا يتمحّض؛ لِما في الذمّة إلّا بالنيّة[٣].

قوله: «وأما لو اشترى أباه أو غيره ممّن ينعتق[٤] عليه ونوى به التكفير، قال في المبسوط: يجزي[٥]، وفي الخلاف: لا يجزي[٦]، وهو أشبه»[٧].

أقول: وجه الإجزاء أنّ الملك سابق على السراية قطعاً؛ لسبق العلّة على المعلول، والسبب سابق على الملك؛ ضرورةَ سبق السبب على المسبّب، والنيّة مقارنة للسبب إلى حين الملك، فالسراية لم تصادف إلّا عبداً معتقاً عن كفّارة فلا سراية.

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٥٦.

(٢) في المخطوطة: «وإن»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ٤٧٤.

(٣) غاية المراد ٣: ٤٧٤.

(٤) في المخطوطة: «يتعلق».

(٥) لم نعثر على التصريح بذلك فيه، ولعلّه تخريج على قوله في مسألة شراء الأب بأنّ العتق بعد الملك، فراجع المبسوط ٦: ٥٥.

(٦) الخلاف ٤: ٥٤٧، المسألة ٣٥.

(٧) شرائع الإسلام ٣: ٥٦ ـ ٥٧.

وحينئذٍ نمنع وجود العتق هنا إلّا عن الكفّارة؛ لأنّه إنّما ينعتق بالقرابة لو لم يوجد سبب أسبق، وقد وجد نيّة الكفّارة.

قال الشهيد: ولا يخلو من قوّة[(١)].

وأمّا قوله في الخلاف ـ كما اختاره المصنّف ـ فلأنّ قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ﴾[(٢)] يقتضي فعل الحرّيّة، والحرّيّة هنا إجباريّة، ولأنّ النيّة معتبرة، وهي هنا متعذّرة؛ لأنّها ليست قبل الملك ـ لاستحالة إيقاعها على ملك الغير ـ و لا بعده ـ لحصول العتق ـ وفي حال الملك محال؛ إذ لا استقرار[(٣)]. وهذا اختيار العلّامة[(٤)] وولده[(٥)] والشهيد[(٦)]، وعليه الفتوى.

قوله: «الشرط الثاني تجريده من العوض»[(٧)].

أقول: [١٧٦ أ] إنّما شرط التجريد ليتمحّض للقربة المعتبرة في الكفّارة، فلو شرط عوضاً على المعتق أو أجنبيّ أو عليهما لم يصحّ[(٨)].

وهل يقع العتق؟ فيه تردّد من أنّه عتق صدر من أهله في محلّه، ولأنّ قصد العتق عن الكفّارة يستلزم قصد مطلق العتق وقد تعذّر العتق عن الكفّارة فيقع المطلق، ولأنّ العتق المتبرّع به في غير الكفّارة يجامع العوض فلا ينافيه، ونيّة الكفّارة نيّة لمحال

---

(١) غاية المراد ٣: ٤٧٧.

(٢) النساء (٤): ٩٢.

(٣) غاية المراد ٣: ٤٧٦.

(٤) حكاه عنه ولده في إيضاح الفوائد ٤: ٩٨. راجع: إرشاد الأذهان ٢: ٩٩؛ قواعد الأحكام ٣: ٣٠١.

(٥) إيضاح الفوائد ٤: ٩٨.

(٦) غاية المراد ٣: ٤٧٦.

(٧) شرائع الإسلام ٣: ٥٧.

(٨) غاية المراد ٣: ٤٧١.

فهي عبث. وهو اختيار الشيخ في المبسوط[١].

ومن قول النبيّ ﷺ: «إنّما الأعمال بالنيّات»[٢]، فلو وقع عن غير الكفّارة لزم أن يكون عملاً بلا نيّة، وهو باطل، وقد بيّنّا عدم وقوعه عن الكفّارة، فلا يقع مطلقاً؛ لاستحالة التثليث. واختيارُ الشهيد الوقوعُ؛ لوجود القربة[٣]، وهو النيّة[٤].

ويتفرّع على ذلك أنّه هل يلزم العوض للعبد أو للآمر أم لا؟

قال في المبسوط: يلزم [الآمر]؛ لأنّه فعل ما أمر به، فاستحقّ العوض كغيره من الأعمال[٥]. وحسّنه المصنّف.

وقال العلّامة في مختلفه: لزوم العوض وعدم الإجزاء عن الكفّارة ممّا لا يجتمعان، والثاني ثابت فينتفي الأوّل.

وبيانه: أنّ ما يجعل إنّما هو عن العتق في الكفّارة ولم يقع[٦].

أجاب الشريف بمنع عدم الاجتماع؛ لأنّ الجعل على الإيقاع لا على الإجزاء، وقد أوقع فيستحقّ[٧].

وفيه نظرٌ؛ لأنّ الجعل على فعل إنّما هو ما وقع على الوجه الذي جعل عليه، فإذا لم يحصل لم يستحقّ الجعل، والجاعل لم يجعل على العتق مطلقاً، بل عن عتق مخصوص، وهو جزئيّ من جزئيّات العتق، ولم يحصل[٨].

---

(١) المبسوط ٥: ١٦٣.

(٢) مسائل عليّ بن جعفر: ٣٤٦، ح ٨٥٢؛ تهذيب الأحكام ٤: ١٨٦، ح ٥١٩.

(٣) في المخطوطة: «القرينة»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ٤٧١.

(٤) غاية المراد ٣: ٤٧١.

(٥) المبسوط ٥: ١٦٣.

(٦) مختلف الشيعة ٨: ٢٦٩.

(٧) كنز الفوائد ٣: ٢٦٥.

(٨) إيضاح الفوائد ٤: ٩٤.

قوله: «وكذا قيل في المسكن إذا كان غالياً»[١].

أقول: قاله الشيخ في المبسوط[٢].

قوله: «وإن صام من الثاني ولو يوماً أتمّ، وهل يأثم مع الإفطار؟ فيه تردّد، أشبهه عدم الإثم فيه»[٣].

أقول: ينشأ من أنّ المتابعة[٤] بين الشهرين واجبة إجماعاً، فالمخلّ بها من غير عذر [آثم]، ولا منافاة بين جواز البناء بعد شهر ويوم وبين الإثم، ومن أنّ جواز التفريق دليل على عدم الإثم، وإلّا لم يكن التفريق جائزاً، هذا خلف[٥].

قوله: «كمن وجر الماء في حلقه»[٦].

أقول: لأنّه عذر أوجب الله عنده الإفطار.

قوله: «القول في الإطعام. ويتعيّن الإطعام[٧] **في المرتّبة مع العجز عن الصيام، ويجب إطعام العدد [١٧٦ ب] [المعتبر] لكلّ واحد [مدّ]، وقيل: مدّان ومع العجز مدّ. والأشبه الأوّل**[٨][٩]**»**.

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٥٨.

(٢) المبسوط ٥: ١٧١.

(٣) شرائع الإسلام ٣: ٥٨.

(٤) في المخطوطة: «المتباعة».

(٥) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٤٦ ـ ٤٧.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٥٨.

(٧) في المخطوطة: «الطعام».

(٨) في المخطوطة: «والأوّل الأشبه» بدل «والأشبه الأوّل».

(٩) شرائع الإسلام ٣: ٥٩.

أقول: دلّت الآية الكريمة[١] على إطعام العدد، والمفهوم منه الإشباع، فمنهم مَن قدّره بشبع يوم، وهو المفيد[٢] وسلّار[٣] والقاضي[٤] والتقيّ[٥].

ونحوه قال ابن الجنيد؛ لأنّه اعتبر الغداء والعشاء، واعتبر مع الدفع مدّاً، وزيادةً يكفيه لطحنه وخبزه وأدمه[٦].

وابن حمزة اعتبر مطلق الشبع.

وقد دلّت صحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام في القاتل خطأً: «فإن لم يستطع أطعم ستّين مسكيناً مدّاً مدّاً»[٧]. وعمل بمضمونها ابنا بابويه[٨] وابن إدريس[٩] والمصنّف والعلّامة[١٠].

وقال الشيخ: مدّان اختياراً ومدّ اضطراراً، واحتجّ بإجماع الفرقة والاحتياط[١١].

ورُدّ بإبداء الخلاف ـ كما قلنا ـ وبمعارضة الاحتياط بأصل البراءة[١٢].

قوله: «مسائل أربع: الأُولى: كفّارة اليمين مخيّرة» إلى قوله: «وقيل يجزي الثوب الواحد

---

(١) المائدة (٥): ٨٩.

(٢) المقنعة: ٥٦٨.

(٣) المراسم العلويّة: ١٨٦.

(٤) المهذّب ٢: ٤١٥.

(٥) الكافي في الفقه: ٢٢٧.

(٦) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٨: ٢٤٥.

(٧) تهذيب الأحكام ٨: ٣٢٢، ح ١١٩٦.

(٨) المقنع: ١٩٢ و٤٠٩؛ الهداية: ١٩٠؛ وحكاه عن والد الصدوق في مختلف الشيعة ٨: ٢٤٥.

(٩) السرائر ٣: ٧٠.

(١٠) مختلف الشيعة ٨: ٢٤٥ ـ ٢٤٦.

(١١) الخلاف ٤: ٥٦٠، المسألة ٦٢؛ المبسوط ٥: ١٧٧؛ النهاية: ٥٦٩.

(١٢) ردّه العلّامة في مختلف الشيعة ٨: ٢٤٦.

مع الاختيار، وهو أشبه»[١].

أقول: المفهوم من الكسوة [مسمّاه] عرفاً؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾[٢]، ولا حقيقة له لغويّة فتحمل على العرفيّة، فمنهم من حمله على عرف الشرع في الصلاة، ففرّق بين كسوة الرجل وكسوة المرأة، وهو ابن الجنيد[٣].

وقال عليّ بن بابويه: لكلّ رجل ثوب[٤].

وأطلق المفيد[٥] وسلّار[٦] أنّ الكسوة ثوبان.

وقال الشيخ والقاضي: ثوبان، ومع العجز ثوب[٧]، وفي المبسوط: ثوبان، وروي ثوب[٨].

واختار ابن إدريس[٩] والمصنّف والعلّامة[١٠] إجزاء ثوب واحد مطلقاً؛ [١٧٧ أ] لرواية الحسين بن سعيد عن رجاله عن الصادق عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: في كفّارة اليمين ثوب يواري عورته»[١١].

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٦٠.

(٢) المائدة (٥): ٨٩.

(٣) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٨: ٢٤٦.

(٤) المصدر نفسه.

(٥) المقنعة: ٥٦٨.

(٦) المراسم العلويّة: ١٨٦.

(٧) النهاية: ٥٧٠؛ المهذّب ٢: ٤١٥.

(٨) راجع: المبسوط ٦: ٢١١، حيث قال: «وأقلّ الكسوة ثوب واحد وقد روى أصحابنا ثوبين».

(٩) السرائر ٣: ٧٠.

(١٠) مختلف الشيعة ٨: ٢٤٧.

(١١) تهذيب الأحكام ٨: ٣٢٠، ح ١١٨٧.

وهو الأصحّ؛ للأصل، وصدق مسمّى الآية[١].

قوله في الثانية: «**ومن فقهائنا من خصّ المدّ بحال الضرورة، [والأوّل أشبه]**»[٢].

أقول: الشيخ في المبسوط[٣] والخلاف[٤] و النهاية[٥].

قوله: «**الثالثة: إذا كان له مال يصل إليه بعد مدّة غالباً لم ينتقل فرضه**» إلى قوله: «**وفي الظهار تردّد**»[٦].

أقول: ينشأ من أنّ الانتقال عن إحدى خصال الكفارة المرتّبة مشروط بالعجز عن الخصلة المتقدّمة عليها، وهو غير متحقّق هنا، فلا يجوز الانتقال، بل يجب الصبر؛ لأنّه حقّ لا يفوت بالتأخير. ومن أنّ في التأخير عليه ضرر [اً] ومشقّة فيكون منفيّاً[٧].

---

(١) المائدة (٥): ٨٩.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٦٠.

(٣) المبسوط ٥: ١٧٧.

(٤) الخلاف ٤: ٥٦٠، المسألة ٦٢.

(٥) النهاية: ٥٦٩.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٦٠.

(٧) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٤٧.



[كتاب الإيلاء]



قوله: «كتاب الإيلاء» [1].

أقول: هو الحلف المطلق، يقال: آلى يؤلي إيلاءً وألّيّة فهو مول، وجمع ألّيّة: ألايا. ويقال: تألّى يتألّى تألّياً فهو متألّ، ومنه قوله ﷺ: «من يتألّ على الله يكذّبه» [2]. ويقال: ائتلى يأتلي ائتلاء فهو مؤتل، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْتَلِ أُوْلُوا الْفَضْلِ مِنكُمْ وَالسَّعَةِ﴾ [3].

ونقل شرعاً إلى حلف الزوج الدائم على ترك وطء زوجته صريحاً أو حكمه أو زيادة عن أربعة أشهر، وهو من باب تسمية الجزئيّ باسم الكلّيّ [4].

قوله: «وأمّا لو قال: "لا أجمع رأسي ورأسك [في] بيت أو مخدّة" أو "لا ساقفتك" قال الشيخ في الخلاف: لا يقع به إيلاء [5]**. وقال في المبسوط: يقع مع القصد** [6]**، وهو حسن»** [7].

أقول: لحسنة يزيد بن معاوية عن الصادق عليه السلام [8]، ولأنّه لفظ ربّما استعمل عرفاً

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٦٢.

(٢) الفائق ١: ٤٧ (ألل)، عن ابن مسعود موقوفاً؛ النهاية ١: ٦٦٢ (ألي).

(٣) النور (٢٤): ٢٢.

(٤) غاية المراد ٣: ٢٨٦ ـ ٢٨٧.

(٥) الخلاف ٤: ٥١٥، المسألة ٧.

(٦) المبسوط ٥: ١١٦ ـ ١١٧.

(٧) شرائع الإسلام ٣: ٦٢.

(٨) الكافي ٦: ١٣٠، ح ١؛ تهذيب الأحكام ٨: ٣، ح ٣.

فيما نواه فيحمل عليه.

واختار ابن إدريس قول الخلاف[١]؛ لأصالة الحلّ[٢]. واختاره العلّامة؛ لأنّ هذه الألفاظ محتملة، والحلّ متحقّق، فلا يزول بالمحتمل.

والرواية ليست صريحة في المطلوب؛ لأنّ مضمونها: «إذا آلى أن لا يقرب امرأته ولا يمسّها ولا يجتمع رأسه ورأسها فهو في سعة ما لم تمض أربعة أشهر»، فيمكن كون «الواو» للجمع، فيتعلّق الإيلاء بالجميع، ولا يلزم منه تعلّقه بكلّ واحد[٣].

قال الشهيد: ويشكل بأنّ الآخرين[٤] ليسا صريحين[٥] أيضاً[٦].

قوله: «ولو قال: "لا جامعتك في دبرك" لم يكن مولياً»[٧].

أقول: لأنّه لا ضرار فيه.

قوله: «وهل يشترط تجريد الإيلاء عن الشرط؟ للشيخ [فيه] قولان»[٨].

[١٧٧ ب] **أقول:** قال الشيخ في الخلاف: لا يقع مع الشرط[٩]، وبه قال ابن إدريس[١٠].

---

(١) السرائر ٢: ٧٢٢.

(٢) في المخطوطة: «الحد».

(٣) إرشاد الأذهان ٢: ٥٧؛

(٤) في المخطوطة: «الأخريين».

(٥) في المخطوطة: «صريحتين».

(٦) غاية المراد ٣: ٢٨٨.

(٧) شرائع الإسلام ٣: ٦٢.

(٨) المصدر ٣: ٦٢.

(٩) الخلاف ٤: ٥١٧، المسألة ١٢.

(١٠) السرائر ٢: ٧٢٢.

وقال [في] المبسوط: [يقع]؛ لعموم الآية[(١)].

والأصحّ الأوّل؛ لأصالة عدم الوقوع إلّا في المتّفق عليه.

ويلزم منه أن لا يقع معلّقاً على الصفة بطريق أولى.

قوله: «فلو حلف لصلاح اللبن» إلى قوله: «وكان كالأيمان»[(٢)].

أقول: أي إن وطئها كان عليه الكفّارة إلّا أن يكون تركاً لواجب أو مندوب أو مباح يترجّح فعله، وليس لها المرافعة.

قوله: «وفي صحّته من المجبوب تردّد، أشبهه الجواز»[(٣)].

أقول: ينشأ من عموم الآية[(٤)]، ومن أنّ الايلاء عبارة عن قصد الإضرار بالزوجة[(٥)] بالامتناع من وطئها، ولا ريب أنّ المجبوب ممتنع من غير يمين؛ لعدم قدرته على الوطء[(٦)].

قوله: «وفي وقوعه بالمستمتع بها تردّد، أظهره المنع»[(٧)].

أقول: ينشأ من عموم الروايات، ودخولها تحت الآية؛ لأنّ المستمتع بها من النساء، وقال تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾[(٨)]، وبه قال أبو الصلاح[(٩)]. ومن قوله تعالى: ﴿وَإِنْ

---

(١) البقرة (٢): ٢٢٧.

المبسوط ٥: ١١٧.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٦٢ ـ ٦٣.

(٣) المصدر ٣: ٦٣.

(٤) البقرة (٢): ٢٢٦.

(٥) في المخطوطة: «بالزوجيّة»، وصحّحناه كما في إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٤٧.

(٦) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٤٧.

(٧) شرائع الإسلام ٣: ٦٤.

(٨) البقرة (٢): ٢٢٦.

(٩) الكافي في الفقه: ٣٠٢.

﴿عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[١]؛ عقب بالطلاق لمن يفيء والطلاق[٢] إنّما هو للدائمات، فيخرج المستمتع بها من[٣] الحكم.

وفيه نظرٌ؛ لجواز تخصيص العامّ باللفظ الخاصّ.

والتحقيق: أنّ هنا قاعدتين:

أ. إنّ المستمتع بها من[٤] النساء، وهو قطعيّ.

ب. إنّ رجوع ضمير الجمع إلى البعض هل يخصّص العموم أم لا؟

فإن قلنا: يخصّصه ـ وهو الأصحّ ـ لا يقع بالمستمتع بها إيلاء، وإن قلنا: لا وقع؛ لوجود المقتضي، وانتفاء المانع.

واعلم أنّ المرتضى توقّف في الثانية[٥]، فيمكن على مذهبه أن لا يجزم بعدم وقوعه بها من هذه الآية[٦].

وأكثر الأصحاب على عدم الوقوع بها[٧]، كما اختاره المصنّف.

قوله: «ولو قال: "والله لا وطئتك حتّى أدخل هذه الدار" لم يكن إيلاء»[٨] إلى آخره.

أقول: لأنّه لا يمكنه الدخول إلى الدار ثمّ يطأها، وذلك خلاف الإيلاء.

---

(١) البقرة (٢): ٢٢٧.

(٢) في المخطوطة: «فالطلاق».

(٣) في المخطوطة: «في».

(٤) في المخطوطة: «في»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ٢٩٠.

(٥) لم نعثر عليه مع الفحص فيما بأيدينا من كتبه.

(٦) غاية المراد ٣: ٢٩٠.

(٧) راجع: الانتصار: ٢٧٧؛ النهاية: ٥٢٨؛ السرائر ٢: ٧١٩؛ غاية المراد ٢: ٢٨٨.

(٨) شرائع الإسلام ٣: ٦٤.

قوله: «وتقع الطلقة رجعيّة على الأشهر»[١].

أقول: لأنّه ورد بالرجعيّة رواية[٢]، وبالبينونة رواية[٣]، والأوّل أشهر.

قوله في الفروع: «**الثاني: لو انقضت مدّة التربص وهناك ما يمنع من الوطء ـ كالحيض والمرض ـ لم يكن لها المطالبة؛ لظهور عذره في التخلّف، ولو قيل: لها المطالبة بفئة العاجز عن الوطء كان حسناً**»[٤] إلى آخره.

أقول: أي يستأنف المدّة بعد زوال تلك الأعذار، ولا يبني على ما مضى؛ لأنّ من شأن عدّة الإيلاء التتابع، وعذر الحيض لا يمنع الاستدامة.

والفرق [١٧٨ أ] هو أنّ الحيض في الغالب في كلّ شهر، فلو قطع مدّة التربّص وجب الاستيناف عند زواله لدام التربّص.

والمصنّف تردّد في القطع بالأعذار؛ نظراً إلى ظاهر الآية[٥]، فيجوز التلفيق.

قوله: «عدا الحيض، وفيه تردّد»[٦].

أقول: ينشأ من أنّ الحيض أمر معتاد للمرأة، فلا يُعَدّ مانعاً من جهتها؛ إذ العذر المانع هنا عبارة عن الأمر النادر المانع من الوطء، كالمرض والجنون وما شاكلهما في المنع من الوطء.

ولأنّ الحيض لو قطع الاستدامة لزم أن لا يَتِمّ تربّص واحد في غالب العرف؛ فإنّ المرأة تحيض في كلّ شهر.

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٦٥.

(٢) الكافي ٦: ١٣٠ و١٣٢، ح ١ و٨؛ تهذيب الأحكام ٨: ٣، ح ٣.

(٣) الكافي ٦: ١٣١، ح ٥؛ تهذيب الأحكام ٨: ٣ ـ ٤، ح ٥ و٦.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٦٥.

(٥) البقرة (٢): ٢٢٦.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٦٦.

ومن أنّه عذر فيقطع الاستدامة كغيره من الأعذار[١].

قال في المبسوط: لو كانت أعذارها موجودةً حين الإيلاء لم يضرب لها المدّة؛ لأنّ المدّة إنّما تضرب إذا امتنع من جماعها بعقد[٢] يمين، وهنا قد حصل المانع بغير يمين.

هذا في جميع الأعذار إلّا الحيض؛ فإنّه لو آلى منها[٣] وهي حائض لم يمنع الحيض من ابتداء المدّة[٤].

قوله: «الخامس: إذا ظاهر ثمّ آلى صحّ الأمران ويوقف بعد انقضاء مدّة الظهار،[٥] فإن طلّق فقد وفّى الحقّ»[٦] إلى آخره.

أقول: التكفير للظهار والوطء؛ لأنّه أسقط حقّه، أي تتداخل المدّة، وكان عليه كفّارة الإيلاء؛ لأنّه وطئها.

قوله: «المسألة الثالثة: إذا وطئ في مدّة التربّص لزمته الكفّارة إجماعاً، ولو وطئ بعد المدّة قال في المبسوط: لا كفّارة[٧]**، وفي الخلاف: تلزمه**[٨]**، وهو الأشبه»**[٩].

---

(١) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٤٨ ـ ٤٩.

(٢) في المخطوطة: «بعد»، وصحّحناه كما في المصدر.

(٣) في المخطوطة: «لامسها» بدل «آلى منها»، وصحّحناه كما في المصدر.

(٤) المبسوط ٥: ١٣٥ ـ ١٣٦.

(٥) في المخطوطة: «المدة للظهار».

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٦٦.

(٧) المبسوط ٥: ١٣٥.

(٨) الخلاف ٤: ٥٢٠، المسألة ١٨.

(٩) شرائع الإسلام ٣: ٦٦.

[**أقول:**] لقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيۡمَٰنِكُمۡ﴾[(١)]، ولم يفصّل، ولِما روي عن النبيّ ﷺ: «من حلف على[(٢)] يمين فرأى غيرها خيراً فليأت الذي هو خير، وليكفّر»[(٣)].

وفي دلالة الحديث نظر.

قوله في الرابعة: «**ولم تجب الكفّارة؛ لعدم الحنث**»[(٤)].

أقول: لعدم القصد. وفيه نظرٌ؛ لأنّ الوطء بعد ذلك حنث ـ لتحقّق القصد ـ فيجب الكفّارة.

قوله: «**السادسة: قال في المبسوط: المدّة المضروبة بعد الترافع لا من حين الإيلاء**[(٥)]، **وفيه تردّد**»[(٦)].

أقول: من حيث إطلاق الآية[(٧)] الدالّة على [أنّ] مدّة التربّص أربعة أشهر للمولي، والأصل عدم التوقّف، ولقول الصادق عليه السلام في الرواية المتقدّمة: فهو [في] سعة ما لم يمض أربعة أشهر فإذا مضت وقف فإمّا أن يفيء أو يطلّق[(٨)].

وبالجملة ظواهر الأحاديث والآية تدلّ على أنّه من وقت الإيلاء.

ومن [١٧٨ ب] حيث إنّ ضرب المدّة حكم شرعيّ يتوقّف ثبوته على حكم

---

(١) المائدة (٥): ٨٩.

(٢) في المخطوطة: «عن».

(٣) مختلف الشيعة ٧: ٤٣٩؛ سنن ابن ماجة ١: ٦٨١، ح ٢١٠٨.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٦٦.

(٥) المبسوط ٥: ١٣٧.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٦٧.

(٧) البقرة (٢): ٢٢٦.

(٨) الكافي ٦: ١٣٠، ح ١؛ تهذيب الأحكام ٨: ٣، ح ٣.

الحاكم، وذلك بعد المرافعة.

ولأنّ حقّها يتوقّف على مطالبتها، ولأصالة عدم التسلّط على الزوج بحبس أو غيره إلّا مع تحقّق السبب.

وبالأوّل قال ابن أبي عقيل[١] وابن الجنيد[٢]، وبالثاني قال أكثر الأصحاب، كالشيخ[٣] وأتباعه[٤] وابن إدريس[٥]، وعليه الفتوى.

قوله: «الحادية عشرة: إذا آلى من الرجعيّة صحّ، ويحتسب زمان العدّة من المدّة»[٦].

[أقول:] بناءً على أنّ ابتداء المدّة من حين اليمين.

قوله: «الثانية عشرة: لا تتكرّر الكفّارة بتكرّر اليمين»[٧] إلى آخره.

أقول: لأنّ الكفّارة يلزم بالحنث، وهو واحد.

قوله: «لتعليقه على الصفة على ما قرّره الشيخ»[٨].

أقول: لأنّ أصحّ القولين عنده في المبسوط[٩] أنّه لا يصحّ الإيلاء بالصفة.

---

(١) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٤٣٨.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) النهاية: ٥٢٧.

(٤) منهم الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٠٢؛ والقاضي في المهذّب ٢: ٣٠٢؛ وابن حمزة في الوسيلة: ٣٣٦.

(٥) السرائر ٢: ٧٢٠.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٦٨.

(٧) المصدر نفسه.

(٨) المصدر نفسه.

(٩) في المخطوطة: «ط» وهو رمز المبسوط، ولكن تقدّم في أوائل الإيلاء أنّه قال في الخلاف بعدم وقوع الإيلاء مشروطاً، فقال الشارح: «ويلزم منه أن لا يقع معلّقاً على الصفة بطريق أولى»، فراجع الخلاف ٤: ٥١٧، المسألة ١٢، ولكن قال في المبسوط ٥: ١١٧ بوقوعه مشروطاً.



[كتاب اللعان]



قوله: «كتاب اللعان»[1].

أقول: هو لغة المباهلة المطلقة، وهو فعال من اللعن، وهو الطرد والإبعاد من الخير.

واللعنة الاسم، والجمع لعان ولعنات، واللُّعَنة ـ بضمّ اللام وفتح العين ـ كثير اللعنة للناس، وبسكون العين من يلعنه الناس كثيراً[2].

وشرعاً المباهلة بين الزوجين في إزالة حدّ أو ولد بلفظ مخصوص عند الحاكم[3].

قوله: «ولو كان للقاذف بيّنة فعدل عنها إلى اللعان، قال في الخلاف: يصحّ»[4][5] إلى آخره.

أقول: لأنّ النبيّ ﷺ لاعن بين عويمر العجلانيّ وزوجته، ولم يسأله عن البيّنة[6]، فلو كان عدمها شرطاً لسأل[7]. وفيه نظرٌ؛ لجواز علمه بالحال.

وقوّى في المبسوط عدمه[8]؛ [لـ]لاشتراط في الآية[9] بعدمها، والمشروط عدم عند

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٦٩.

(٢) القاموس المحيط ٤: ٢٦٧ (لعن).

(٣) غاية المراد ٣: ٢٩٧ ـ ٢٩٨.

(٤) الخلاف ٥: ٨، المسألة ٣.

(٥) شرائع الإسلام ٣: ٦٩.

(٦) الخلاف ٥: ٩، المسألة ٣؛ سنن ابن ماجة ١: ٦٦٧، باب اللعان.

(٧) في المخطوطة: «يسأل»، وصححناه كما في غاية المراد ٣: ٢٩٨.

(٨) المبسوط ٥: ١٨٣.

(٩) النور (٢٤): ٦.

عدم شرطه، ولأنّ ابن عبّاس روى أنّ هلال بن أُميّة قذف زوجته بشريك بن السحماء عند رسول الله ﷺ فقال النبيّ ﷺ: «البيّنة، وإلّا حدّ في ظهرك»، ثمّ نزلت الآية فلاعن رسول الله ﷺ بينهما[١]، والتفصيل يقطع الشركة، مع أنّه إذا نكل عن اللعان يحدّ، فيكون قد حدّ مع وجود البيّنة.

واختاره المصنّف والعلّامة في بعض كتبه[٢]، وقوّى في المختلف الأوّل، وأجاب عن الآية: أنّها خرجت مخرج الأغلب، والحكم المقيّد بالوصف الخارج مخرج الأغلب لا يدلّ على نفيه عمّا عداه[٣].

وقال الشهيد: ولي في المسألة نظر؛ للفرق بين الإتيان بالبيّنة وبين وجود البيّنة، وحينئذٍ تحمل الآية والحديث على عدم إحضار البيّنة، سواء كانت موجودة أو لا[٤].

قوله: «ولو قذفها بزنى أضافه إلى ما قبل النكاح فقد وجب الحدّ. وهل له إسقاطه باللعان؟ قال في الخلاف: [١٧٩ أ] ليس له اللعان؛ [اعتباراً بحالة الزنى، وقال في المبسوط: له ذلك؛ اعتباراً بحالة القذف،] وهو أشبه»[٥].

[**أقول:**] هل الاعتبار بالزوجيّة حال الزنى أو حال القذف؟

قال الشيخ في الخلاف: حال الزنى[٦]؛ لأنّ هلالاً وعويمراً لم يكن قذفهما إلّا حال الزوجيّة، وهما سببُ الآية[٧].

---

(١) سنن ابن ماجة ١: ٦٦٨، ح ٢٠٦٧.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ١٨٢.

(٣) مختلف الشيعة ٧: ٤٥٥.

(٤) غاية المراد ٣: ٢٩٩.

(٥) شرائع الإسلام ٣: ٦٩ ـ ٧٠.

(٦) الخلاف ٥: ١٦، المسألة ١٥.

(٧) النور (٢٤): ٦ ـ ٩.

وفيه نظرٌ؛ لأنّ خصوص السبب لا يخصّص، وأيضاً إنّه لو قذف مسلمة بزنى أضافه إلى زمان الكفر عُزِّر، ولو اعتبر زمان القذف حدّ.

وفيه نظرٌ أيضاً؛ لأنّا نمنع التعزير وليس الكلام فيه إلّا كالأوّل، وبأنّ إضافة الفعل إلى زمان وقوعه [حقيقةٌ وإلى غيره مجاز،] فيفتقر إلى سبب خارج[1].

وقال في المبسوط: يعتبر حالة القذف[2]؛ لأنّه رمى زوجته فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ﴾[3]، دلّت على أنّ الرمي حال الزوجيّة، وهو أعمّ من أن يكون بفعل سابق أو متأخّر، واختاره المصنّف، وهو الأقرب.

قوله: «ولا يلحق ولد الخصيّ المجبوب على تردّد»[4].

أقول: الخصيّ هو الذي سُلَّت بيضتاه وبقي ذكره، فهذا يولج وينزل ماءً رقيقاً لا يكون منه الولد.

وقيل: إنّه لا ينزل أصلاً[5].

والمجبوب قد يقدر أن يجامع إذا لم يقطع من أصله، وقد لا يقدر إذا قطع من أصله، فنشأ التردّد من أنّه هل له منيّ أم لا[6]؟

وأمّا المجبوب غير الخصيّ فيلحق به الولد قطعاً؛ لوجود أوعية المنيّ فيه، وفيها

---

(١) غاية المراد ٣: ٣٠٠، وما بين المعقوفين منه.

(٢) المبسوط ٥: ١٩٣.

(٣) النور (٢٤): ٦.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٧١.

(٥) راجع: المبسوط ٥: ٢٥؛ المهذّب لابن البرّاج ٢: ٢٢٣.

(٦) المبسوط ٥: ١٤٢.

قوّة الإحالة للدم، والذكر آلة توصل الماء إلى الرحم بواسطة الإيلاج، وقد يحصل [بغير] الإيلاج، كالمساحقة مع عدم وصول الهواء إلى الماء[(١)].

وأمّا الخصيّ غير المجبوب، فقال الشيخ في المبسوط: يلحق به الولد[(٢)]؛ لأنّ معدن الماء الصلب؛ لقوله تعالى: ﴿يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾[(٣)]، ولأنّه قد يبالغ في الإيلاج فيلتذّ وينزل ماءً رقيقاً، وجعلُ مدار الحكم الوطء أولى من جعل الإنزال مداراً؛ لأنّ الوطء سبب ظاهر وذاك خفيّ؛ ولأنّه سبب الفراش.

وقيل: لا[(٤)]؛ لأنّ التوليد موقوف على تولّد المنيّ، ولا يحصل مع عدم الأنثيين[(٥)].

[والتردّد] ينشأ من أنّ العادة قاضية بأنّ مقطوع الذكر والأُنثيين معاً لا يولد له، فلا يلحق به الولد؛ قضاءً للعادة؛ لأنّ الشرعيّات مبنيّة على الظواهر، ومن قوله ﷺ: «الولد للفراش، وللعاهر الحجر»[(٦)]، وامرأة [الخصيّ] المجبوب تسمّى فراشاً، ولا ينفى عنه إلّا باللعان[(٧)].

قوله: «وإذا كان الزوج حاضراً وقت الولادة، ولم ينكر الولد مع ارتفاع الأعذار، لم يكن له إنكاره بعد ذلك»[(٨)].

---

(١) إيضاح الفوائد ٣: ٤٣٩، وما بين المعقوفين منه.

(٢) المبسوط ٥: ١٨٦.

(٣) الطلاق (٨٦): ٧.

(٤) حكاه الشيخ في المبسوط ٥: ١٨٦.

(٥) إيضاح الفوائد ٣: ٤٣٩.

(٦) الكافي ٥: ٤٩١ ـ ٤٩٢، ح ٣؛ ج ٧: ١٦٣، ح ١ و٣؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٦٩، ح ٥٨٨ و٥٨٩؛ ص ١٨٣، ح ٦٤٠.

(٧) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٥٠، وما بين المعقوفين منه.

(٨) شرائع الإسلام ٣: ٧١.

أقول: لأنّ الشارع حكم بمجرّد الولادة العاري عن النفي باللحوق، وإلّا لم يستقرّ لحاق نسب، ومن أنّ السكوت أعمّ من الإقرار وعدمه، ولا دلالة للعامّ على الخاصّ.

قوله: «إلّا أن يؤخّر[ه] بما جرت العادة به، كالسعي إلى الحاكم»[(١)].

أقول: أو حفظ ماله من التلف، أو انتظار الصبح، أو كونه مريضاً [١٧٩ ب]، [أو] محبوساً لا يتمكّن من الإشهاد، أو كونه غير عالم بأنّ له الإنكار، أو غير ذلك.

قوله: «وإن لم تقم بيّنة كان عليه نصف المهر ولا لعان وعليها [الحدّ] مئة سوط. وقيل: لا يثبت اللعان ما لم يثبت الدخول وهو الوطء» إلى قوله: **«ولعلّ هذا أشبه»**[(٢)].

أقول: الذي اختاره المصنّف مذهب ابن إدريس[(٣)] والثلاثة[(٤)] والعلّامة[(٥)].

وأمّا انتفاء اللعان؛ فلأنّ فائدته في حقّ الزوج إمّا نفي[(٦)] ولد يحكم بلحوقه له شرعاً، وهو موقوف على ثبوت الوطء لتصير فراشاً ولم يثبت. وإمّا انتفاء الحدّ عنه؛ فلأنّه لم يقذف.

وأمّا في حقّ المرأة، فلأنّ الحدّ هنا منتف بالشبهة؛ لأنّ قولها شبهة، وكلّ حدّ ينتفي باللعان هو ما لا وجه لنفيه إلّا اللعان.

وأمّا نفي المهر فلما تقدّم من عدم إيجاب الخلوة المهر[(٧)].

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٧١.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) السرائر ٢: ٧٠٢.

(٤) لم نعثر عليه فيما بأيدينا من كتب المفيد والسيّد المرتضى والشيخ، ولا على من نسبه إليهم.

(٥) قواعد الأحكام ٣: ١٨٤.

(٦) في المخطوطة: «ما يبقى» بدل «إمّا نفي».

(٧) إيضاح الفوائد ٣: ٤٤٠ ـ ٤٤١.

وما ذكره أوّلاً هو قول الشيخ في النهاية[١]، ومستنده رواية عليّ بن جعفر عن أخيه عليه السلام[٢].

قال العلّامة: ولو قيل بهذه الرواية كان وجهاً[٣]؛ لصحّتها واعتضادها بالظاهر والفتوى على ما قاله المصنّف.

قوله: «وفي اعتبار الدخول بها خلاف، المرويّ أنّه لا لعان قبله، وفيه قول بالجواز»[٤].

أقول: في رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام أنّه قال: «لا يقع اللعان حتّى يدخل الرجل بامرأته»[٥].

ومثله في رواية محمّد بن مضارب[٦] عنه عليه السلام[٧].

وبه قال الشيخ[٨] والقاضي[٩] وابن حمزة[١٠]، ونقل ابن إدريس[١١] عدم الاشتراط؛ لإطلاق الآية وفصّل تفصيلاً حسناً، وعليه الفتوى.

---

(١) النهاية: ٥٢٣.

(٢) الكافي ٦: ١٦٥، ح ١٢؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٩٣، ح ٦٧٧.

(٣) مختلف الشيعة ٧: ٤٥٠.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٧٣.

(٥) من لا يحضره الفقيه ٣: ٥٣٥، ح ٤٨٥١؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٨٥ ـ ١٨٦، ح ٦٤٦؛ نحوه في الكافي ٦: ١٦٢، ح ١.

(٦) في المخطوطة: «مصادف».

(٧) تهذيب الأحكام ٨: ١٩٧، ح ٦٩٢.

(٨) النهاية: ٥٢٢.

(٩) المهذّب ٢: ٣٠٩.

(١٠) الوسيلة: ٣٣٦.

(١١) السرائر ٢: ٦٩٨.

قوله: «وقال ثالث بثبوته بالقذف[١] دون نفي الولد»[٢].

أقول: الثالث هو ابن إدريس، قال: مراد الأصحاب بمنعهم اللعان قبل الدخول إذا كان بنفي الولد، فإنّه منتفٍ عنه شرعاً من غير لعان؛ لتقديم قوله في عدم الدخول، ومَن قال منهم باللعان فمراده أنّه إذا كان بالقذف[٣]، فلا خلاف بينهم إذن. وهو حسنٌ؛ لأنّه جمع بين الآية[٤] والرواية.

قوله: «ويثبت اللعان بين الحرّ والمملوكة»[٥].

أقول: لا كلام في ثبوته بين العبد والحرّة، وأمّا العكس ففيه خلاف.

ومنع المفيد[٦] الصورتين؛ لرواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام: «لا يلاعن الحرّ الأمة ولا الذِّمّيَة»[٧]، ولأنّ اللعان شهادة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾[٨]، ولافتقاره إلى لفظ الشهادة.

والجواب بحمل الرواية على كون الأمة والذمّيّة مملوكتين للرجل، وعن الثاني بمنع كونه شهادة، بل هو يمين.

---

(١) في المخطوطة: «بثبوت القذف» بدل «بثبوته بالقذف».

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٧٣.

(٣) السرائر ٢: ٦٩٨.

(٤) النور (٢٤): ٦.

(٥) شرائع الإسلام ٣: ٧٣.

(٦) المقنعة: ٥٤٢.

(٧) تهذيب الأحكام ٨: ١٨٨، ح ٦٥٣.

(٨) النور (٢٤): ٦.

وأجاز الشيخ[١] وأتباعه ذلك[٢]، وفصّل [١٨٠ أ] ابن إدريس[٣] بما ذكر المصنّف.

واحتجّ الشيخ[٤] برواية محمّد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في عبد قذف امرأته قال: «يتلاعنان كما يتلاعن الأحرار[٥]»[٦].

وعن جميل عنه عليه السلام: الحرّ بينه وبين المملوكة لعان؟ فقال: «نعم، وبين المملوك والحرّة و [بين] العبد والأمة و [بين] المسلم والذمّيّة»[٧].

قوله: «ويصحّ لعان الحامل، لكن لا يقام عليها الحدّ إلّا بعد الوضع»[٨].

أقول: هذا قول الشيخ؛ لعموم الآية، وعدم صلاحية الحمل للتخصيص، فإنّ وجوب الحدّ لو نكلت لا يستلزم إقامته حتّى يخصّص به العموم؛ لجواز تأخيره حتّى تضع.

وقال المفيد: لا يلاعنه حتّى تضع[٩]؛ لرواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام: «قال عليّ عليه السلام: تلاعن في كلّ حال إلّا أن تكون حاملاً»[١٠].

ويؤيّده أنّ وضع الحمل قد يعلم به صدق أحدهما إذا علم وقت دخول الزوج بها،

---

(١) الخلاف ٥: ٦ ـ ٧، المسألة ٢؛ المبسوط ٥: ١٨٢؛ النهاية: ٥٢٣.

(٢) منهم الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٠٩؛ والقاضي في المهذّب ٢: ٣٠٩.

(٣) السرائر ٢: ٦٩٧.

(٤) الخلاف ٥: ٨، المسألة ٢؛ المبسوط ٥: ١٨٣.

(٥) في المخطوطة زيادة: «وعن الأحرار».

(٦) تهذيب الأحكام ٨: ١٨٨، ح ٦٥١؛ نحوه في الكافي ٦: ١٦٥ ـ ١٦٦، ح ١٤.

(٧) الكافي ٦: ١٦٤، ح ٧؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٨٨، ح ٦٥٢.

(٨) شرائع الإسلام ٣: ٧٣.

(٩) المقنعة: ٥٤٢.

(١٠) تهذيب الأحكام ٨: ١٩٠، ح ٦٦١، وفيه: «قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يلاعن في كلّ...».

فيؤخّر اللعان لذلك[١].

قوله: «ولا تصير الأمة فراشاً بالملك، وهل تصير فراشاً بالوطء؟ فيه روايتان، أظهرهما أنّها ليست فراشاً»[٢] إلى آخره.

أقول: المراد بكونها فراشاً مجموع أمرين:

أ. إنّه يلزم إلحاق ولد يمكن كونه منه، ولا يتوقّف على إقراره.

ب. عدم انتفائه إلّا باللعان.

هذا في الحرّة المنكوحة دواماً، و [أمّا] الأمة فمعنى كونها فراشاً هو لحوق الولد المذكور من غير توقّف على إقراره، ولا يجوز نفيه، لكن لو نفاه لا يفتقر إلى لعان.

ومعنى كونها ليست فراشاً أنّه لا يلحق ولدها إلّا بإقراره به أو لوطئها، وإمكان لحوقه به.

إذا عرفَت هذا فقد ذكر المصنّف أنّ هنا روايتين:

إحداهما:[٣] تدلّ على عدم كونها فراشاً، وهي رواية عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام في قضيّة الأنصاريّ الذي وجد غلامه على بطن أمته[٤]، إلى آخر الحديث.

وثانيتهما: تدلّ على أنّها فراشاً، وهي رواية سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام[٥] وعن

---

(١) التنقيح الرائع ٣: ٤٢٢.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٧٣.

(٣) في المخطوطة: «أحدهما».

(٤) الكافي ٥: ٤٨٨، ح ١؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٣١٤ ـ ٣١٥، ح ٥٦٧٧؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٧٩، ح ٦٢٨.

(٥) الكافي ٥: ٤٨٩، ح ٤؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٨١، ح ٦٣٤.

أبي الحسن عليه السلام أيضاً[١].

وفي معناها رواية محمّد بن الحسن الصفّار، عن يعقوب بن يزيد أنّه قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في رجلٍ وقع على جاريته ثمّ شكّ في ولده، فكتب عليه السلام: «إن كان فيه مشابهةٌ منه فهو ولده»[٢]. ومتى اتّهم الرّجل جاريةً له [يطؤها] بالفجور ثمّ جاءت بولدٍ لم يكن له نفيه ولزمه الإقرار به.

قوله: «ويثبت حكم اللعان بنفس الحكم، وقيل: يعتبر رضاهما بعد الحكم»[٣].

أقول: قال في المبسوط: يفتقر إلى التراضي بعد الحكم[٤].

وقال في الخلاف: يلزم بنفس الحكم من غير توقّف على الرضا[٥].

قوله: «وأن يكون الرجل قائماً عند التلفّظ وكذا المرأة، وقيل: يكونان جميعاً قائمين بين يدي الحاكم»[٦] إلى آخره.

أقول: ما اختاره المصنّف هو قول الشيخ في المبسوط؛ استدلالاً بقضيّة العجلانيّ؛ فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله كذا [١٨٠ ب] فعل في لعانه[٧].

---

(١) الكافي ٥: ٤٨٩، ح ١؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٨١، ح ٦٣٣.

(٢) الاستبصار ٣: ٣٦٧، ح ١٣١٤؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٨١، ح ٦٣٢. إلى هنا وأمّا بعده إلى آخره فهو من كلام الشيخ ذكره على عادته من الفتوى ثمّ عقّبه بالاستشهاد عليه من الأخبار.

(٣) شرائع الإسلام ٣: ٧٣.

(٤) المبسوط ٨: ١٦٥، في قاضي التحكيم. وفي كتاب اللعان منه اكتفى بذكر القولين، فراجع المبسوط ٥: ٢٢٣.

(٥) الخلاف ٦: ٢٤١، المسألة ٤٠، في قاضي التحكيم.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٧٣.

(٧) المبسوط ٥: ١٩٨.

وقال المفيد[١] وابن أبي عقيل[٢] وسلّار[٣]: يكونان معاً قائمين.

قوله: «ويجوز اللعان في المساجد والجوامع إذ لم يكن هناك مانع من الكون في المسجد»[٤].

أقول: كالكفر، فإنّ الكافر لا يدخل المسجد لا بإذن ولا بغيره.

قوله: «وترثه الأُمّ ومن يتقرّب بها، ولم يَعُد الفراش ولم يَزُل التحريم. وهل عليه الحدّ؟ فيه روايتان، أظهرهما أنّه لا حدّ»[٥].

أقول: رواية الحلبيّ عن الصادق عليه السلام[٦] لم يُذكَر فيها الحدّ، فدلّ على عدم ثبوته وإلّا لذكره، وإلّا لزم تأخّر البيان عن وقت الحاجة [و] الخطاب، وعمل بها الشيخ[٧] والمصنّف والعلّامة في المختلف[٨].

ورواية محمّد بن الفضيل[٩] عن الكاظم عليه السلام[١٠] تدلّ على ثبوت الحدّ صريحاً، وعمل عليها المفيد[١١] وابن أبي عقيل[١٢] والعلّامة في القواعد[١٣].

---

(١) المقنعة: ٥٤٠.

(٢) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٤٤٧.

(٣) المراسم العلويّة: ١٦٣.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٧٥.

(٥) المصدر نفسه.

(٦) الكافي ٦: ١٦٤، ح ٨؛ تهذيب الأحكام ٨: ١٩٤، ح ٦٨٢.

(٧) النهاية: ٥٢١.

(٨) مختلف الشيعة ٩: ٩١.

(٩) في المخطوطة: «الفضل».

(١٠) تهذيب الأحكام ٨: ١٩٤، ح ٦٨١.

(١١) المقنعة: ٥٤٢.

(١٢) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٩: ٩١؛ وولده في إيضاح الفوائد ٣: ٤٥٢ ـ ٤٥٣.

(١٣) قواعد الأحكام ٣: ١٩١.

ويؤيّد الأُولى أنّ الحدّ سقط باللعان بحكم[١] الشارع، ولم يتجدّد قذف آخر، فلا وجه لوجوبه.

ويؤيّد الثانية أنّ الحدّ وجب للقذف، وقد كرّره وأكّده، وإنّما يسقط بعلم صدقه أو إشهاده وذلك لم يحصل، بل حصل زيادة في الهتك، ولأنّ دلالة الأُولى على سقوطه ظاهر[ة]، ودلالة الثانية على ثبوته نصّ، والنصّ أقوى من الظاهر. وتأخير[٢] البيان عن الخطاب جائز، والشيخ حمل الثانية على الإكذاب قبل تمام اللعان[٣]، وهو غلط، وإلّا لم يزل الفراش.

قوله: «ولو اعترفت بعد اللعان لم يجب عليها الحدّ إلّا أن تقرّ أربع مرّات، وفي وجوبه معها تردّد»[٤].

أقول: ينشأ من أنّ ما أقرّت به سقط حدّه باللعان؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا[٥] عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾[٦]، فلا موجب لعوده، ومن تجدّد إقرارها بالزنى وأقرّت أربعاً فتحدّ.

وبالأوّل عمل المصنّف والعلّامة[٧]، وبالثاني عمل الشيخ [في] النهاية[٨] والقاضي[٩].

---

(١) في المخطوطة: «لحكم»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ٣١٠.

(٢) في المخطوطة: «وتأخّر»، صحّحناه كما في غاية المراد ٣: ٣١١.

(٣) تهذيب الأحكام ٨: ١٩٤.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٧٥.

(٥) كذا في المصحف، والقياس: «ويدرأ».

(٦) النور (٢٤): ٨.

(٧) إرشاد الأذهان ٢: ٦٢.

(٨) النهاية: ٥٢١ ـ ٥٢٢.

(٩) المهذّب ٢: ٣٠٨.

قوله: «الرابعة: إذا قذف امرأته برجل على وجه نسبهما إلى الزنى كان عليه حدّان»[١] إلى آخره.

أقول: قوله: «على وجه»، الوجوه ثلاثة:

١. نسبتهما معاً إلى الزنى، كقوله: «رأيتك أنت وفلان تزنيان».

٢. عدم توجّه القذف، كقوله: «رأيت فلاناً يطأك».

٣. أحدهما لا غير، كقوله: «رأيت فلاناً يزني بك، أتزني أنت مع فلان؟»، فإنّه يحتمل هنا أنّ أحدهما مكره أو مجبور أو مجنون.

قوله: «لأنّ تصادق الزوجين على الزنى لا ينفي النسب؛ إذ هو ثابت بالفراش، وفي اللعان تردّد»[٢].

أقول: ينشأ من ثبوت نسب الولد ظاهراً على ما قرّروه مع نفي الوالد إيّاه، وعدم سبق إقراره به، فيدخل تحت عموم: «اللعان لنفي الولد»، ومن أنّ اللعان هنا غير متصوّر؛ لأنّ الزوجة كيف يمكنها أن تقول: «أشهد بالله إنّه لمن الكاذبين» مع تصديقها على الزنى وعلى نسبة الولد إلى الزنى؛ [١٨١ أ] لأنّ هذه هي صورة المسألة.

لا يقال: يحمل على ما إذا لم تصدّقه على أنّه من الزنى، بل من وطئه، أو على ما إذا تصادقا على أنّه ليس من ذلك الزنى، وادّعى الزوج أنّه ليس منه؛ فإنّ في المسألتين يمكن اللعان.

قال الشهيد ولعلّ الأقرب في الصورة الأُولى أنّه لا لعان[٣].

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٧٦.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) غاية المراد ٣: ٣١٥.

والشيخ لم يجزم بثبوت اللعان فيها، بل ظاهره أنّه على سبيل الحكاية، وقال بعدها: «وفيه خلاف»[١]. والمصنّف والعلّامة[٢] تردّدا في هذه المسألة.

قوله: «السادسة: إذا قذفها فاعترفت [ثمّ أنكرت]، فأقام شاهدين باعترافها، قال الشيخ: لا يقبل إلّا بأربعة»[٣] إلى آخره.

أقول: وجه قول الشيخ أنّه شهادة على الإقرار، وظاهر أنّه ليس بزنى، ولا مستلزماً لثبوت الزنى فتقبل شهادتهما. وقال الشهيد: وهو الأصحّ[٤].

إذا عرفتَ هذا فلا إشكال [في] أنّه لا يجب عليها الحدّ بشهادتهما، ولكن فائدته إسقاط حدّ القذف عنه[٥].

قوله: «السابعة: إذا قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان، وورثها الزوج، وعليه الحدّ للوارث. ولو أراد دفع[٦] **الحدّ باللعان جاز. وفي رواية أبي بصير: إن قام رجل من أهلها فلاعنه فلا ميراث له، وإلّا أخذ الميراث**[٧]**، وإليه ذهب [الشيخ] في الخلاف**[٨]**. والأصل أنّ الميراث يثبت بالموت، فلا يسقط باللعان المتعقّب»**[٩].

---

(١) المبسوط ٥: ٢٠٢.

(٢) إرشاد الأذهان ٢: ٦٣؛ تحرير الأحكام ٤: ١٣٦؛ قواعد الأحكام ٣: ١٩١.

(٣) شرائع الإسلام ٣: ٧٦.

(٤) غاية المراد ٣: ٣١٦.

(٥) غاية المراد ٣: ٣١٦؛ وما بين المعقوفين منه.

(٦) في المخطوطة: «رفع».

(٧) تهذيب الأحكام ٨: ١٩٠ ـ ١٩١، ح ٦٦٤.

(٨) الخلاف ٥: ١٣ و ١٢.

(٩) شرائع الإسلام ٣: ٧٦.

أقول: رواها عن الصادق عليه السلام[١]، ومثلها[٢] رواية عمرو بن خالد عن زيد بن عليّ عن آبائه عليهم السلام[٣]، وعليهما فتوى الشيخ في النهاية[٤] والقاضي[٥] وابن حمزة[٦].

وفي العمل بهما نظر من وجوه:

١. إنّ اللعان شرع بين الزوجين، فلا يتعدّى إلى غيرهما.

٢. إنّ المراد بلعان الوارث إن كان حضوره لا غير فليس بلعان حقيقيّ، وإن كان المراد إيقاعه للصيغة الشرعيّة فبعيد جدّاً؛ إذ[٧] كيف يمكن القطع من الوارث على نفي فعل غيره؟ وإن أريد به إيقاعه على نفي العلم تغيّرت صيغة[٨] اللعان. ثمّ كيف يختصّ اللعان بواحد من الورثة مع تساويهم في المنع للزوج مع فضّ حصّته عليهم؟

٣. بتقدير أن نقول به لا يسقط الميراث؛ لاستقراره بالموت، فلا وجه لسقوطه باللعان المتجدّد.

وبهذا قال المصنّف والعلّامة[٩] وابن إدريس[١٠]؛ لمخالفة الروايتين للأُصول، وكون

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٧٦.

(٢) في المخطوطة: «ومثله».

(٣) تهذيب الأحكام ٨: ١٩٤، ح ٦٧٩.

(٤) النهاية: ٥٢٣.

(٥) المهذّب ٢: ٣١٠.

(٦) الوسيلة: ٣٧.

(٧) في المخطوطة: «أو».

(٨) في المخطوطة: «صورة صورة» بدل «صيغة»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ٣١٧.

(٩) تحرير الأحكام ٤: ١٣٧؛ مختلف الشيعة ٧: ٤٥١.

(١٠) السرائر ٢: ٧٠٢ ـ ٧٠٣.

الأُولى مقطوعة، والثانية ضعيفة السند؛ لأنّ عمراً بتريّ على قول الشيخ[١]، وعامّيّ على قول الكشّيّ[٢].

قوله: «الثامنة: إذا قذفها ولم يلاعن فحُدَّ ثمّ قذفها به، قيل: لا حدّ، وقيل: يحدّ؛ تمسّكاً بحصول الموجب، وهو أشبه»[٣].

أقول: تكرار القذف من الزوج للزوجة من غير [١٨١ ب] حدّ ولا لعان لا يوجب زيادة على حدّ واحد، وإن تخلّل الحدّ ثمّ قذف هل يجب الحدّ أم لا؟

قال [في] المبسوط: لا[٤]، وفي الخلاف: نعم[٥]. ومبناه على قاعدة وهي: أنّ الحدّ في القذف مع اشتباه صدق القاذف وكذبه لا مع الحكم بأحدهما جزماً، فمن سلّم هذه القاعدة ـ كالشيخ في المبسوط[٦] ـ قال: لا يجب الحدّ؛ لظهور كذبه بالحدّ. ومن منع أوجبه[٧].

وقال الشهيد: وهو الأقرب؛ لأنّه إن عني بالصدق والكذب في نفس الأمر فممنوع، وإن عني به ظاهراً فحدّه لا يخرج عن الاشتباه، بل معاودته القذف بعد الحدّ توهّم الصدق زيادةً[٨].

---

(١) رجال الطوسي: ١٤٢، الرقم ١٥٣٤.

(٢) رجال الكشّيّ: ٣٩٠، الرقم ٧٣٣.

(٣) شرائع الإسلام ٣: ٧٦.

(٤) المبسوط ٥: ١٩٢ و٢٠٠.

(٥) الخلاف ٥: ٤١، المسألة ٥٣.

(٦) المبسوط ٥: ٢٢٠.

(٧) غاية المراد ٣: ٣١٨.

(٨) المصدر ٣: ٣١٧.

ويشكل بقوله تعالى: ﴿فَأُولَٰئِكَ عِندَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلْكَٰذِبُونَ﴾[١]، إلّا أن يقال في القذف الثاني هو محكوم بكذبه أيضاً؛ للآية.

وإن تخلّل اللعان اتّفق قولا الشيخ على السقوط[٢]؛ لأنّه ظهر صدق الملاعن بلعانه، فلم يوجد شرط الحدّ وهو الاشتباه. أو تقول: اللعان إمّا كالبيّنة أو كإقرار المرأة، وكلاهما لا حدّ معهما.

وأمّا الأجنبيّ فيحدّ؛ لأنّ المقتضي لسقوطه من الزوج مفقود فيه، فهو قاذف محض[٣].

قوله: «التاسعة: لو شهد أربعة والزوج أحدهم، فيه روايتان: إحداهما ترجم المرأة، والأُخرى يحدّ الشهود ويلاعن الزوج. ومن فقهائنا من نزّل ردّ الشهادة على اختلال بعض الشرائط أو سبق الزوج بالقذف، وهو حسن»[٤].

أقول: رواية القبول هي ما رواه إبراهيم بن نعيم عن الصادق عليه السلام[٥]، ورواية عدم القبول رواية زرارة عن أحدهما عليهما السلام[٦].

ويؤيّد الأُولى قوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾[٧]؛ فإنّ ظاهره أنّه إذا كان غيره فلا لعان. وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأْتِينَ ٱلْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَٱسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً

---

(١) النور (٢٤): ١٣.

(٢) الخلاف ٥: ٤١، المسألة ٥٣؛ المبسوط ٥: ٢٢٠.

(٣) غاية المراد ٣: ٣١٨.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٧٧.

(٥) تهذيب الأحكام ٦: ٢٨٢، ح ٧٧٦.

(٦) المصدر ٦: ٢٨٢، ح ٧٧٧؛ ج ٨: ١٨٤، ح ٦٤٣.

(٧) النور (٢٤): ٦.

﴿مِنكُمْ﴾[١]، وهو أعمّ من أن يكون الأربعة غير الزوج أو معه.

ويؤيّد الثانية قوله تعالى: ﴿لَّوْلَا جَآءُو عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾[٢] إن جعل الضمير في ﴿جَآءُو﴾ يرجع إلى القاذفين والأزواج معهم، فإنّه لا يقال: جاء الإنسان بنفسه، بمعنى أتى بها.

وتوقّف ابن طاوس في طريق الروايتين[٣]، لكنّهما مشهورتان بين الأصحاب، والمصنّف والعلّامة[٤] توقّفا هنا؛ نظراً إلى الروايتين، وإلى القرينيتن المذكورتين، لكن العمل بالأُولى، كذا قال الشهيد[٥].

وحمل الشيخ الرواية الثانية على اختلال بعض الشرائط[٦]. وحملها ابن حمزة[٧] وابن إدريس[٨] على سبق قذف الزوج.

وقال ابن الجنيد: إن كانت مدخولاً بها ردّت البيّنة وحدّوا ولاعن الزوج وإلّا حدّت هي[٩]، وكأنّه قصد الجمع.

---

(١) النساء (٤): ١٥.

(٢) النور (٢٤): ١٣.

(٣) حكاه عن كتابه الملاذ الشهيد في غاية المراد ٣: ٣١٤.

(٤) تحرير الأحكام ٥: ٣١٥ ـ ٣١٦؛ تلخيص المرام: ٣١٨.

(٥) غاية المراد ٣: ٣١٤.

(٦) النهاية: ٦٩٠.

(٧) الوسيلة: ٣١٠.

(٨) السرائر ٣: ٤٣١.

(٩) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٩: ١٣٨.

وأمّا الصدوق[١] والقاضي فعملا بالثانية، قال القاضي: لأنّ الزوج خصم لا تقبل شهادته فيما هو خصم فيه[٢].

قوله: «الحادية عشرة: فرقة اللعان فسخ، وليست طلاقاً»[٣].

أقول: قال أبو حنيفة: الفرقة هنا طلاق[٤]. وعلى مذهبه لا يتعلّق به تحريم مؤبّد.

---

(١) المقنع: ٤٤٠.

(٢) المهذّب ٢: ٥٢٥.

(٣) شرائع الإسلام ٣: ٧٧.

(٤) حكاه عنه الشيخ في الخلاف ٥: ٢٥، المسألة ٢٦. راجع: المبسوط للسرخسي ٧: ٤٣.



[كتاب العتق]



قوله: «كتاب العتق»[1].

قوله: «وأمّا العتق فعبارته الصريحة [١٨٢ أ] التحرير، وفي الإعتاق تردّد»[2].

أقول: ينشأ من أنّه صريح أو كناية، فمَن قال بالثاني قال: لا تأثير له، ومَن قال بالأوّل قال: له تأثير، وهو الأظهر؛ لقوله ﷺ: «من أعتق مسلماً أعتق الله [عزّ وجلّ] بِكلّ عضوٍ منه عضواً من النارِ»[3]، ولقولهم: «أعتقتكِ وجعلت مهركِ عتقك».

وقيل: منشأه ليس ذلك؛ لأنّ العتق صريح في التحرير، والكناية ليست صريحة، كقوله: «أنت سائبة» أو «لا سبيل لي عليك»، بل منشأه من أنّ أكثر عبارات الأصحاب تدلّ على الحصر في التحرير فلا يقع بغيره، ومن أنّ العتق مرادف له وحكم أحد المترادفين حكم الآخر فيقع به[4].

وقيل: منشأه من أصالة بقاء الملك على مالكه، ولا ينتقل عنه إلّا بأحد الأسباب المحرِّرة قطعاً، وليس إلّا لفظة التحرير؛ لوقوع الإجماع على صحّة العتق بها، وحصول الخلف في غيرها.

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٧٨.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) الكافي ٦: ١٨٠، ح ٢؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢١٦، ح ٧٦٩.

(٤) لم نعثر عليه مع الفحص في مظانّه ممّا بأيدينا من كتب الفقهاء.

ومن أنّ أهل اللغة يستعملون لفظة العتق في التحرير استعمالاً ظاهراً، و[(١)] سبق الفهم دليل الحقيقة.

ويؤيّده قولنا: «أعتقتكِ وجعلت مهرك عتقك»[(٢)].

قوله: «ولو قال لأمته: "يا حرّة" وقصد العتق ففي تحريرها تردّد، والأشبه عدم التحرير»[(٣)].

أقول: ينشأ من أنّه حكم شرعيّ، فيقف ثبوته على اللفظ الذي وضعه الشارع دليلاً على وقوعه، وهو «أنت حرّ» أو «حرّة»، ولأنّ لفظ النداء بعيد عن شبه الإنشاء، والعتقُ إنّما يقع بصيغة الإنشاء فقط؛ إذ هو إيقاع، فيستحيل وقوعه بلفظ الإخبار أو غيرها، وإن قصد به العتق؛ لأنّ النيّة لا تستقلّ بوقوع العتق إلّا بالصريح، كغيره من الإيقاعات.

ومن عموم قوله ﷺ: «الأعمال بالنيّات»[(٤)]، وهذا قد نوى فيحصل له؛ لقوله: «لكلّ امرئ ما نوى»[(٥)] [(٦)].

قوله: «أمّا لو قال: "بدنك" أو "جسدك" فالأشبه وقوع العتق؛ لأنّه هو المعنيّ بقوله: أنت حرّ»[(٧)].

---

(١) في المخطوطة: «أو»، وصحّحناه كما في إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٥٢.

(٢) قاله الزهدريّ في إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٥١ ـ ٥٢.

(٣) شرائع الإسلام ٣: ٧٩.

(٤) مسائل عليّ بن جعفر: ٣٤٦، ح ٨٥٢؛ تهذيب الأحكام ٤: ١٨٦، ح ٥١٩.

(٥) مسائل عليّ بن جعفر: ٣٤٦، ح ٨٥٢؛ تهذيب الأحكام ٤: ١٨٦، ح ٥١٩.

(٦) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٥٢.

(٧) شرائع الإسلام ٣: ٧٩.

أقول: وقع[(١)] الخلاف في حقيقة الإنسان، وحينئذٍ لا يتحقّق إيقاع الحرّيّة إلّا بعد بيان أنّ هذا الهيكل المحسوس هو الإنسان، ودون ذلك متاعب، والأصل بقاء الرقّيّة حتّى يتحقّق انتفاؤها، ومن أنّ المعنى [الـ]ثابت عرفاً هو البدن والجسد.

قال الشهيد: والتحقيق أنّ القائل يؤاخذ على معتقده، فإن كان عامّيّاً فالأولى الوقوع؛ لأنّهم لا يعرفون مسمّىً غيرَ هذا البدن. وإن كان غيره فإن عرف له معتقد حكم بمقتضاه، وإلّا فالأقرب الوقوع؛ عملاً بالعرف، وأصالة عدم غيره[(٢)].

قوله: «**ولو مات قبل التعيين، قيل: يعيّن الوارث، وقيل: يقرع، وهو أشبه**»[(٣)].

أقول: الأوّل قول الشيخ[(٤)]، والثاني قول ابن الجنيد[(٥)]، وهو قويٌّ.

قوله قبل هذه المسألة بلا فصل: «**وهل يشترط تعيين المعتق؟ الظاهر لا**»[(٦)] إلى آخره.

أقول: نصّ الشيخ[(٧)] وابن حمزة[(٨)] على عدم اشتراط التعيين؛ لأصالة الصحّة، ولأنّ [١٨٢ ب] المعتبر وجود محلٍّ مّا وهو موجود، ومن أنّ العتق أمر معيّن، فلا بدّ له

---

(١) في المخطوطة: «وقوع».

(٢) غاية المراد ٣: ٣٢٣.

(٣) شرائع الإسلام ٣: ٧٩.

(٤) بل قال بالقرعة في المبسوط ٥: ٦٧ ـ ٦٨؛ كما حكاه عنه عميد الدين في كنز الفوائد ٣: ٤٨؛ والشهيد الثاني في مسالك الأفهام ١٠: ٢٨١.

(٥) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٨: ٥٠.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٧٩.

(٧) المبسوط ٦: ٦٧.

(٨) الوسيلة: ٣٤٢.

من محلّ معيّن، ولأصالة بقاء الملك حتّى يثبت السبب المحرِّر، فمع الشكّ يبنى على يقين الملك.

والأقرب الأوّل؛ لأنّ السبب هنا متحقّق. وتأخير هاته عمّا سبقها سهواً.

قوله: «وفي عتق الصبيّ إذا بلغ عشراً وصدقته تردّد»[1] إلى آخره.

أقول: من حيث الحجر عليه، ومن حيث الرواية في رواية زرارة عن أبي جعفر الباقر ـ صلوات الله عليه ـ[2].

قوله: «ويبطل باشتراط نيّة القربة عتق الكافر؛ لتعذّرها في جنبه. وقال الشيخ في الخلاف: يصحّ»[3][4].

أقول: القائل بعدم الصحّة بناؤه[5] على أنّ العتق يشترط فيه القربة ـ لقولهم [عليهم السلام]: «لا عتق إلّا ما أريد به وجه الله»[6] والمراد نفي الصحّة ـ وأنّ القربة هي ما يترتّب عليه الثواب ـ لأنّه عبادة، وكلّ عبادة يترتّب عليها الثواب ـ وأنّ المتقرّب يعتبر معرفته يقيناً، ولا يكفي التقليد. فعلى [هذا] لا يصحّ عتق الكافر.

والقائل بالصحّة سلّم الأُولى والثانية ومنع الثالثة، والكافر العارف بالله المنكر لبعض الاعتقادات عارف بالله قاصد بالتقرّب إليه فيصحّ عتقه، ولأنّه يصحّ وقفه

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٨٠.

(٢) الكافي ٧: ٢٨، ح ١؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ١٩٧، ح ٥٤٥١؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢٤٨، ح ٨٩٨؛ ج ٩: ١٨١، ح ٧٢٩.

(٣) الخلاف ٦: ٣٧١، المسألة ١٢. وكذا المبسوط ٦: ٧٠.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٨٠.

(٥) في المخطوطة: «بناء».

(٦) الكافي ٦: ١٧٨، ح ١ و٢؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢١٧، ح ٧٧٢.

وصدقته، ولأنّ العتق مبنيّ على التغليب.

وهذا القول أقوى، لكن مع عدم إنكاره للصانع.

قوله: «ويعتبر في المعتَق الإسلام والملك، فلو كان المملوك كافراً لم يصحّ عتقه. وقيل: يصحّ مطلقاً. وقيل: يصحّ مع النذر» [(١)].

أقول: الأوّل قول الثلاثة [(٢)] وأتباعهم [(٣)] والحلّيّين [(٤)]؛ لوجهين:

الأوّل: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ﴾ [(٥)]، وهي نهي عن قصد الخبيث بالإنفاق، وهو يفيد التحريم فيفسد؛ لأنّ العتق عبادة.

الثاني [(٦)]: لقولهم عليهم السلام: «لا عتق إلّا ما أريد به وجه الله» [(٧)]، ولا يتصوّر قصد وجه الله لعتق الكافر.

قال الشهيد: وفيهما نظرٌ:

أمّا الأوّل [(٨)] فلأنّ المراد به الرديء من المال ـ قاله المفسّرون [(٩)] ـ فلا يدلّ على

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٨٠.

(٢) الشيخ المفيد في المقنعة: ٥٤٨؛ السيّد المرتضى في الانتصار: ٣٧٢ ـ ٣٧٣؛ الشيخ في تهذيب الأحكام ٨: ٢١٩؛ الاستبصار ٤: ٢.

(٣) منهم الحلبي في الكافي في الفقه: ٣١٨؛ وسلّار في المراسم العلويّة: ١٩١؛ وابن حمزة في الوسيلة: ٣٤١.

(٤) كذا في المخطوطة، ولعلّ المراد (كما في غاية المراد ٣: ٣٢٦ ـ ٣٢٧) ابن إدريس في السرائر ٣: ٤؛ والمصنّف هنا وفي المختصر النافع ٢: ٢٣٧؛ والعلّامة في تحرير الأحكام ٤: ١٩١؛ قواعد الأحكام ٣: ١٩٨.

(٥) البقرة (٢): ٢٦٧.

(٦) في المخطوطة: «٢».

(٧) الكافي ٦: ١٧٨، ح ١ و٢؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢١٧، ح ٧٧٢.

(٨) في المخطوطة: «١».

(٩) راجع: مجمع البيان ٢: ٦٥٧، ذيل الآية ٢٦٧ من سورة البقرة؛ أنوار التنزيل ١: ١٦٠، ذيل الآية ٢٦٧ من سورة البقرة.

المراد؛ لجواز كون ماليّة الكافر أجود من عبد مسلم. سلّمنا، لكن جاز أن يراد به الصدقة الواجبة لا مطلقاً؛ لجواز الصدقة بالمسوّس وشبهه.

وأمّا الثاني[(١)] فلأنّه إذا أعتقه رجاء إسلامه فقد أريد به وجه الله، أو نقول: بعتقه كافراً عارفاً[(٢)] بالله متقرّب إليه؛ لأنّ البحث على تقدير قصد وجه الله، وإلّا لم يصحّ[(٣)].

قوله: «ويصحّ عتق ولد الزنى، وقيل: لا يصحّ؛ بناءً على كفره، ولم يثبت»[(٤)].

أقول: قيل: ولد الزنى كافر؛ لأنّه لا ينجب، وكلّ مؤمن ينجب فولد الزنى ليس بمؤمن.

أمّا الصغرى فلقوله ﷺ: «ولد الزنى لا ينجب»[(٥)]. وأمّا الكبرى فلقوله تعالى: ﴿قَدْ أَفْلَحَ ٱلْمُؤْمِنُونَ﴾[(٦)].

إذا عرفتَ هذا فنقول: هل يصحّ عتقه أم لا؟ إن قلنا بإيمانه صحّ قطعاً، وإن قلنا بكفره قيل: نعم؛ لصحّة عتق الكافر. وقيل: لا؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا ٱلْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ﴾[(٧)]، والكافر خبيث.

[١٨٣ أ] قال ابن إدريس: لا يصحّ[(٨)]؛ لقوله ﷺ: «ولد الزنى لا يدخل الجنّة»[(٩)]، ولو كان مسلماً لدخلها.

---

(١) في المخطوطة: «٣».

(٢) في المخطوطة: «كافر عارف» بدل «كافراً عارفاً».

(٣) غاية المراد ٣: ٣٢٧.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٨٠.

(٥) إيضاح الفوائد ٣: ٤٦٤؛ ونحوه في عوالي اللآلي ٣: ٥٣٤، ح ٢٥.

(٦) المؤمنون (٢٣): ١.

(٧) البقرة (٢): ٢٦٧.

(٨) السرائر ٣: ٩ـ١٠.

(٩) حليه الأولياء ٣: ٢٠٨.

وقال المرتضى ﷺ: ليس عدم دخول الجنّة بسبب ذنب تعدّى إليه من أبويه، بل أنّ الله تعالى علم أنّ ولد الزنى لا يختار طريق الرشاد، وإذا ظهر منه فباطنه بخلافه[١].

والحقُّ صحّة عتقه وأنّه مسلم؛ عملاً بالظاهر، ولرواية سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام قال: «لا بأس بعتق ولد الزنى»[٢].

الأوّل قول الشيخ [في] التهذيب[٣] والاستبصار[٤]، والثاني قوله في المبسوط[٥] والخلاف[٦]، والثالث قوله في النهاية[٧].

قوله: «ولو أعتق غير المالك لم ينفذ عتقه»[٨].

أقول: وجه ذلك أن نقول: لا شيء من العتق الفضوليّ يتقدّمه الملك، وكلّ عتق صحيح يتقدّمه ملك المعتق، ينتج: لا شيء من عتق الفضوليّ بصحيح.

أمّا الصغرى فضروريّة، وأمّا الكبرى فلقوله عليه السلام: «لا عتق إلّا في ملك»[٩].

قوله: «ولو جعل العتق يميناً لم يقع»[١٠].

أقول: إذا جعل العتق زجراً أو شكراً كان يميناً، كقوله: «إن شربت الخمر فعبدي

---

(١) الانتصار: ٥٠١.

(٢) الكافي ٦: ١٨٢، ح ٢؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ١٤٤، ح ٣٥٢٨؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢١٨، ح ٧٨٠.

(٣) تهذيب الأحكام ٨: ٢١٨.

(٤) لم نعثر عليه فيه.

(٥) المبسوط ٦: ٧٠.

(٦) الخلاف ٦: ٣٧٠، المسألة ١١.

(٧) النهاية: ٥٤٢.

(٨) شرائع الإسلام ٣: ٨٠.

(٩) نحوه في الكافي ٦: ١٧٩، ح ٢١؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ١١٦، ح ٣٤٤٥؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢١٧، ح ٧٧٣ و٧٧٤.

(١٠) شرائع الإسلام ٣: ٨٠.

حرّ»، و«إن حججت في عامي فعبدي حرّ».

قوله: «ولو شرط على المعتَق شرطاً في نفس العتق لزمه الوفاء به»[١].

أقول: بأن يكون عتقاً مع شرط، لا أن يكون عتقاً مطلقاً معلّقاً على شرط، كقوله: «إن خطت هذا الثوب فأنت حرّ»، فإنّ ذلك باطل عندنا.

وأمّا الأوّل فيصحّ، كقوله: «أنت حرّ وعليك خياطة هذا الثوب»، فلو شرط[٢] عوده رقّاً عند المخالفة قال الشيخ في النهاية: له ذلك[٣]؛ عملاً برواية إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام: سأله عن الرّجل يعتق مملوكه ويزوّجه ابنته ويشترط عليه إن هو أغارها أن يردّ في الرّقّ، قال: «له شرطه»[٤].

وهي ضعيفة؛ لمخالفتها الأُصول، فإن الحرّ لا يعود رقّاً، ولأنّ إسحاق فيه قول، وفي طريقها حسين بن عثمان وهو ضعيف. كذا قال المصنّف[٥].

لا يقال: المكاتب المشروط يعود رقّاً مع العجز، كقوله: «إن عجزت فأنت ردّ في الرقّ»، فلم لا يجوز هنا كذلك؟

لأنّا نقول: المكاتب ما خرج عن كونه رقّاً وصار حرّاً ثمّ عاد إلى الرقّيّة، وقول السيّد: «فأنت ردّ في الرقّ»، [يعني به الرقّ] المحض الذي ليس فيه كتابة لا مطلق الرقّ، وإلّا فالتحقيق أنّه إمّا أن ينعتق أو لا، وعلى التقديرين لا يتحقّق الردّ، وهو ظاهر[٦].

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٨١.

(٢) في المخطوطة: «شرطه».

(٣) النهاية: ٥٤٢.

(٤) الكافي ٦: ١٧٩، ح ٣.

(٥) نكت النهاية ٣: ١٠.

(٦) غاية المراد ٣: ٣٣٠ ـ ٣٣١، وما بين المعقوفين منه.

قوله: «وهل للورثة مطالبته بأُجرة مثل الخدمة؟ قيل: لا، والوجه اللزوم»[١].

أقول: الأوّل قول أكثر الأصحاب؛ مستنداً إلى رواية يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام: رجل أعتق [١٨٣ ب] جارية، وشرط عليها أن تخدم خمس سنين، فأبقت ثمّ مات الرّجل فوجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها. قال: «لا»[٢].

وقال ابن إدريس: للورثة إلزامها بأُجرة الخدمة؛ لأنّها ثابتة في ذمّتها[٣]. وهو حسنٌ؛ لأنّ نفي الاستخدام لا يستلزم نفي الأُجرة[٤].

قوله: «ويلحق بهذا الفصل مسائل: الأُولى: لو نذر عتق أوّل مملوك يملكه فملك جماعة، قيل: يعتق أحدهم بالقرعة. وقيل: يتخيّر ويعتق. وقيل: لا يعتق شيئاً؛ لأنّه لم يتحقّق شرط النذر. والأوّل مرويّ»[٥].

أقول: الأوّل قول الشيخ[٦]؛ لرواية الحلبيّ عن الصادق عليه السلام[٧].

والثاني قول ابن الجنيد[٨]؛ لرواية الحسن الصيقل عن الصادق عليه السلام[٩].

والثالث قول ابن إدريس؛ لأنّه نذر عبداً موصوفاً بالأوّليّة، ولم يصحّ هذا الوصف في

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٨١.

(٢) الكافي ٦: ١٧٩، ح ٢؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ١١٧، ح ٣٤٤٨؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢٢٢، ح ٧٩٧.

(٣) السرائر ٣: ١١.

(٤) مختلف الشيعة ٨: ٥٠.

(٥) شرائع الإسلام ٣: ٨١.

(٦) النهاية: ٥٤٣.

(٧) من لا يحضره الفقيه ٣: ٩٤، ح ٣٣٩٥؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢٢٥ ـ ٢٢٦، ح ٨١١.

(٨) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٨: ٥٠.

(٩) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٣، ح ٣٥٥٨؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢٢٦، ح ٨١٢.

شيء ممّا ملكه، فلا يلزم عتقه، والأصل براءة الذمّة[١].

والمختار قول ابن الجنيد؛ للرواية، ولأ[نّ] كلّ[٢] واحد يصدق عليه أنّه أوّل بالنسبة إلى من يستملكه فيتخيّر.

وقول ابن إدريس في غاية الضعف؛ لأنّ صفة الأوّليّة وإن لم تصدق على كلّ واحد بالنسبة إلى الباقين لكنّها صادقة بالنسبة إلى من يستملكه، كما إذا ملك واحداً لا غير، فإنّه معتق عليه؛ لأنّه أوّل لثانٍ بالقوّة.

قوله: «الثانية: لو نذر تحرير أوّل ما تلده فولدت توأمين كانا معتَقين»[٣].

أقول: قال العلّامة وجماعة الفرق بين هذه وبين ما تقدّم أنّ «أوّل» أفعل وهي بعض ما يضاف إليه فإذا أضيفت إلى العامّ عمّت وإن أضيفت إلى النكرة لم تعمّ، ولذلك عتق التوأمان؛ لعموم لفظ «ما تلده»، ولم يعتق المماليك جميعاً؛ لعدم عموم «أوّل مملوك».

وقال جدّي[٤] فيه نظرٌ؛ لأنّ الحكم يلحق المضاف دون المضاف إليه، فإنّك تقول: «غلام زيد قائم» فالقائم هو الغلام لا زيد. واكتساء[٥] «أفعل» عموم المضاف إليه ممنوع؛ لأنّك تقول: «جاءني أفضل الناس» وإن لم يكن الجائي إلّا رجل واحد.

---

(١) السرائر ٣: ١٢.

(٢) في المخطوطة: «لكلّ».

(٣) شرائع الإسلام ٣: ٨١.

(٤) في حاشية المخطوطة هنا: «جدّه مولانا الإمام العلّامة والبحر الفهّامة ركن الملّة والدين محمّد بن عليّ الجرجانيّ صاحب التصانيف المحقّقة والكتب المهذّبة في جميع العلوم على الإطلاق وكان معاصراً للعلّامة الحلّيّ ابن المطهّر ـ طاب ثراهما ـ وقرأ عليه وأجاز له رواية مصنّفاته ومصنّفات الفرقة المحقّة. وفهرست كتبه وتعداد كمالاته لا تحتمله هذه الحاشية». وراجع: أعيان الشيعة ٩: ٤٢٥ ـ ٤٢٦.

(٥) في المخطوطة: «والنساء»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٣: ٤٤٢.

وحينئذٍ لا وجه للفرق إلّا ما قاله ابن إدريس[١] من التأويل، وهو أنّ المراد بأوّل ما[٢] تلده [أوّل ما تحمله حتّى يصحّ عتق التوأمين جميعاً، وإن أراد أول ولد تلده] فالوجه عتق الأوّل دون الثاني؛ لعدم اتّصافه بالأوّليّة.

وفيه أيضاً نظرٌ إذا كان الناذر ميّتاً؛ لأنّ الله سبحانه يعلم ما في الضمير[٣].

قوله: «الثالثة: لو كان له مماليك فأعتق بعضهم ثمّ قيل له: هل أعتقت مماليكك؟ فقال: "نعم" انصرف الجواب إلى من باشر عتقهم خاصّة»[٤].

أقول: توجيه هذا الحكم أنّ العتق لم يحصل إلّا بقصد إنشاء العتق ولم يقصد إنشاء عتق الجميع؛ لأنّ «نعم» إخبار، وإلّا لم يقع جواباً للاستخبار [١٨٤ أ] فلا يعتق حينئذٍ غير من عتقه أوّلاً، ويكون ذلك قرينة لتخصيص العامّ المقدّر بعد نعم [و]يحكم عليه بعتق أقلّ من يصدق عليه لفظ الجمع وهو ثلاثة بظاهر إقراره، وإن لم يسبق غير عتق مملوك واحد.

هذا على قول مَن يشترط في التخصيص بقاء [أ]كثره.

قوله: «الخامسة: إذا نذر عتق كلّ عبد قديم انصرف إلى من مضى عليه في ملكه ستّة أشهر فصاعداً»[٥].

أقول: هذه رواية عن الرضا عليه السلام[٦]، ويؤيّده الآية: ﴿حَتَّىٰ عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ﴾[٧].

---

(١) السرائر ٣: ١٣.

(٢) في المخطوطة: «بالأوّل بما» بدل «بأوّل ما».

(٣) التنقيح الرائع ٣: ٤٤٢، وما بين المعقوفين منه.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٨١.

(٥) المصدر ٣: ٨٢.

(٦) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٥، ح ٣٥٦٤؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢٣١، ح ٨٣٥.

(٧) يس (٣٦): ٣٩.

قوله: «السادسة: من أعتق عبده وله مال فماله لمولاه. وقيل: إن لم يعلم به المولى فهو له» إلى قوله: «**والأوّل أشهر**»[١].

أقول: الأوّل قول ابن إدريس[٢] والمصنّف؛ بناءً على أنّ العبد لا يملك شيئاً.

والثاني قول الشيخ[٣] وابن الجنيد[٤]؛ بناءً على أنّه يملكه وللروايات[٥] بذلك.

قوله: «السابعة: إذا أعتق ثلث عبيده وهم ستّة استخرج الثلث بالقرعة، وصورتها»[٦] إلى آخره.

أقول: القرعة أقسام:

١. التساوي قيمةً وعدداً، كستّة قيمةُ كلّ واحد ألف.

٢. يمكن التعديل بالقيمة والعدد، لكن اختلفت قيمتهم اختلافاً لا يمنع من ذلك، كستّة: اثنان ألفان واثنان أربعة آلاف، فيضمّ من قيمته ألفان إلى من قيمته أربعة آلاف.

٣. أن يكونوا[٧] على صفة يمكن تعديلهم، إمّا بالعدد دون القيمة، أو بالقيمة دون العدد، كستّة: واحد ألف واثنان ألف وثلاثة ألف، فالقيمة لا يمكن موافقتها للعدد،

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٨٢.

(٢) السرائر ٣: ٦.

(٣) النهاية: ٥٤٢ ـ ٥٤٣.

(٤) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٨: ٤٢ ـ ٤٣.

(٥) الكافي ٦: ١٩٠ ـ ١٩١، ح ٢ ـ ٥؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢٢٣ ـ ٢٢٤، ح ٨٠٣ ـ ٨٠٦.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٨٢.

(٧) في المخطوطة: «يكون».

فإن اعتبرت العدد وجعلت كلّ اثنين ثلاثا اختلفت القيمة، فما الذي يصنع؟

قال قومٌ: يعتبر القيمة، واختاره الشيخ[١]، كالدار إذا لم يمكن[٢] قسمتها بالمساحة عدّلت بالقيمة؛ لأنّهم مال من الأموال فتقسم على قدر قيمته، كما في الوصيّة، ولأنّ خلافه ضرر عظيم.

وقال قومٌ: يعتبر العدد؛ لأنّ الثلث مضاف إلى العبيد لا إلى قيمتهم، ولأنّ النبيّ ﷺ جعل كلّ عبدين جزءاً؛ لأنّ رجلاً من الأنصار أعتق ستّة أعبد عند موته فدعاهم فجزّأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم وأعتق اثنين وأرقّ أربعة[٣].

والأوّل أصحّ، فعلى الأوّل يُجعَل واحد ثلثاً واثنين ثلثاً وثلاثة ثلثاً، ويقرع بينهم. وعلى الثاني يضمّ إلى كلّ من قيمته ألف واحدٌ من الثلاثة الذين[٤] قيمتهم ألف فقد يكون عبدان بأكثر من ألف وآخران بأقلّ.

٤. أن يمكن[٥] التعديل بالقيمة دون العدد، مثل ما إذا كانوا خمسة واحد ألف واثنان ألف واثنان آخران ألف، فالتعديل هنا بالقيمة.

٥. تعذّرا معاً، كخمسةٍ: واحدٌ أربعة آلاف واثنان ألفان [واثنان ألف]، قيل: لا يراعى قيمةٌ ولا عددٌ، [١٨٤ ب] لكن يكتب اسم كلّ واحد في رقعة ويخرج على الرقّ أو

---

(١) المبسوط ٥: ٥٩.

(٢) في المخطوطة: «لم يكن»، وصحّحناه كما في التنقيح الرائع ٣: ٤٤٨.

(٣) الخلاف ٦: ٣٦٤، المسألة ٢.

(٤) في المخطوطة: «التي».

(٥) في المخطوطة: «يكون».

الحرّيّة حتّى يستوفي الثلث؛ لأنّه إذا لم يمكن[١] واحد منهما استوفينا الثلث على ما يمكن[٢]. أو يجعل اثنان سهماً واثنان سهماً [والخامس بينهما]، ويقرع فمن خرج اسمه كان حرّاً؛ لأنّه أقرب إلى فعل النبيّ ﷺ.

والجواب عن حجّة مَن قال بالعدد في القسم الثالث بأنّا لا نقول: إنّ القيمة مضاف مقدّر حتّى يكون على خلاف الأصل، فكيف يكون كذلك والعتق إنّما تعلّق بالعبيد لا بقيمتهم! بل نقول: إنّ الثلث مضاف إلى العبيد باعتبار ماليّتهم لا باعتبار أعدادهم وأشخاصهم، وثلث الماليّة لا يتحقق إلّا باعتبار القيمة[٣].

قوله في هذه المسألة: «**وإن اختلفت القيمة ولم يمكن التعديل أخرج ثلثهم قيمةً وطرح اعتبار العدد، وفيه تردّد**»[٤].

أقول: ينشأ من أنّ النبيّ ﷺ اعتبر العدد في قضيّة الأنصاريّ[٥]، ومن حيث إنّ المال المشترك إذا لم يمكن قسمته عدّلناه بالقيمة، وهنا للحرّيّة [نصيب] وللرقّيّة نصيب فيعدل[٦] إلى القيمة؛ [تفصّياً] من الحيف في أحد الطرفين.

قوله: «**الثامنة: مَن اشترى أمة نسيئة ولم ينقد ثمنها فأعتقها وتزوّجها ومات ولم يخلف سواها بطل عتقه ونكاحه، ورُدَّت على البائع رقّاً، ولو حملت كان ولدها رقّاً. وهي**

---

(١) في المخطوطة: «لم يكن».

(٢) حكاه الشيخ في المبسوط ٦: ٦٠.

(٣) التنقيح الرائع ٣: ٤٤٨.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٨٢.

(٥) الخلاف ٦: ٣٦٤، المسألة ٢؛ السنن الكبرى للبيهقي ١٠: ٢٨٥، ٢٨٦.

(٦) في المخطوطة: «فتعذر»، وصحّحناه كما في نكت النهاية ٣: ٢٠.

رواية هشام بن سالم[١]. **وقيل: لا يبطل العتق ولا يرقّ الولد، وهو أشبه»**[٢].

أقول: هذا قول ابن إدريس[٣] واختاره؛ لأنّ الرواية على خلاف الأُصول المقرّرة، فهي وإن كانت صحيحةً وعمل بها الشيخ[٤] وجماعة[٥]، لكن العمل بمضمونها مشكل.

ثمّ إنّ من الفقهاء من ذكر لها محامل:

١. أن يكون العتق في المرض. وهذا لا يَتِمّ في الولد.

٢. حملت على فساد البيع. وهذا أيضاً ينافيه قوله عليه السلام[٦] في الرواية: «إن كان له مال فعتقه جائز».

٣. إنّه فعل العتق مضارّة والعتق [يشترط] فيه القربة. ولا يتمّ أيضاً في الولد.

وقال المصنّف في النكت: يجوز استثناء هذا الحكم من جميع الأُصول المنافية[٧] لعلّة غير معقولة، ثمّ عدل إلى قول ابن إدريس؛ لأنّ الرواية خبر واحد لم يعضده دليل[٨].

قوله: «ولو قيل: "يكون للوارث؛ لتحقّق الرقّ عند الاكتساب" كان حسناً»[٩].

---

(١) الكافي ٦: ١٩٣، ح ١؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢٣١ ـ ٢٣٢، ح ٨٣٨.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٨٢.

(٣) السرائر ٣: ١٤.

(٤) النهاية: ٥٤٤ ـ ٥٤٥.

(٥) منهم القاضي في المهذّب ٢: ٣٦١، والفاضل في كشف الرموز ٢: ١٦٩، والعلّامة في تذكرة الفقهاء ٢٣: ٤٣٣ ـ ٤٣٤.

(٦) في المخطوطة: «ص» بدل «عليه السلام».

(٧) في المخطوطة: «الثابتة».

(٨) نكت النهاية ٢: ٣٩٧.

(٩) شرائع الإسلام ٣: ٨٣.

أقول: الأوّل قول الشيخ في المبسوط[١]، والثاني قول المصنّف.

قوله: «العاشرة: إذا أعتق مملوكه عن غيره بإذنه وقع العتق عن الآمر، وينتقل إلى الآمر عند الأمر بالعتق ليتحقّق العتق في الملك. وفي الانتقال تردّد»[٢].

[١٨٥ أ] **أقول:** قال الشيخ: وقت الانتقال وقت التلفّظ بالعتق[٣]. وقد مضى هذا البحث في الكفّارات[٤]. ومنشأ التردّد من أنّ العتق مسبوق بالملك؛ لقوله ﷺ: «[لا عتق] إلّا في ملك»[٥]، وللإجماع على أنّ سبق الملك شرط في صحّة العتق والإ[جما]ع منعقد على صحّته، فالانتقال مستفاد من إجماعين. ومن أنّ انتقال مال شخص إلى غيره لابدّ له من طريق شرعيّ والطرق الشرعيّة محصورة، وليس هنا شيء منها.

وقال ابن إدريس بعدم الانتقال وصحّة العتق عن المباشر؛ لأنّه مالك له إلى حين إعتاقه، لا عن الآذن؛ لأنّه لم يدخل في ملكه[٦].

والقائلون بالانتقال اختلفوا:

فقال بعضهم: ينتقل بشروعه في لفظ الإعتاق.

---

(١) المبسوط ٦: ٦٢ ـ ٦٣.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٨٣.

(٣) المبسوط ٦: ٧١.

(٤) عند قوله: ««وإذا قال: "أعتق عبدك عنّي" فقال: "أعتقت عنك" فقد وقع الاتّفاق على الإجزاء، ولكن متى ينتقل إلى الآمر؟ قال الشيخ ...».

(٥) الكافي ٦: ١٧٩، ح ٢١؛ من لا يحضره الفقيه ٣: ١١٦، ح ٣٤٤٥؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢١٧، ح ٧٧٣ و٧٧٤.

(٦) السرائر ٣: ٢٠ ـ ٢١.

وقيل: عند الأمر بالعتق.

وقيل: بعد التلفّظ بالعتق عنه ينتقل، ثمّ ينعتق بلا فصل[١].

وإن كان بغير إذنه وقع العتق عن المالك[٢]، وقال مالك: يقع عن المعتق عنه[٣].

قوله: «الحادية عشرة: العتق في مرض الموت يمضي من الثلث، وقيل: من الأصل. والأوّل مرويّ»[٤].

أقول: القائل ابن إدريس[٥] والشيخ في المبسوط[٦]؛ لقوله ﷺ: «الناس مسلّطون على أموالهم»[٧].

والأوّل مرويّ عن عليّ بن عقبة[٨] عن الصادق عليه السلام[٩].

قوله: «[إذا أعتق ثلاث] إماء في مرض الموت ولا مال له سواهنّ أُخرجت واحدة منهنّ بالقرعة» إلى قوله: «وفيه تردّد»[١٠].

أقول: ينشأ من أصالتي بقاء الرقّ والملك فيتمسّك بهما إلى حين ظهور المزيل، ولأنّ الإعتاق يفتقر إلى القصد وإلى صريح اللفظ وهما غير موجودين هنا، ولأنّ اللفظ

---

(١) راجع الأقوال في: إيضاح الفوائد ٤: ٩٠.

(٢) في المخطوطة: «المعتق».

(٣) راجع: المدوّنة الكبرى ٣: ٧٦.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٨٣.

(٥) السرائر ٣: ١٤ ـ ١٥، ١٧٦، ٢٠٠، ٢١٧.

(٦) في المخطوطة: «ط» وهو رمز المبسوط، ولكن قال فيه بكونه من الثلث، فراجع المبسوط ٣: ٢٩٩، ٣١٥؛ ج ٤: ٤٤، ٤٦؛ ج ٥: ٧٥؛ ج ٦: ٥٧.

(٧) الخلاف ٣: ١٧٦ ـ ١٧٧؛ عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، ح ٩٩.

(٨) في المخطوطة: «عتبة».

(٩) تهذيب الأحكام ٩: ١٩٤، ح ٧٨١.

(١٠) شرائع الإسلام ٣: ٨٣.

إنّما يتناول الأُمّ فقط وليس الحمل جزءاً [منها]. ومن أنّه تابع لها في البيع فكذا هنا. ولقائل أن يمنع المقدِّمة الأُولى وهو التبع في البيع[١].

القائل هو ابن الجنيد[٢]، والشيخ في المبسوط[٣]؛ بناءً على أنّه جزء من أُمّه فإذا أعتقت فقد أُعتق.

قوله: «ولكن لا يحتسب من[٤] التركة»[٥].

أقول: لأنّه تلف قبل القسمة.

قوله: «وقيل: إن قصد الإضرار فكّه»[٦] إلى آخره.

أقول: قاله الشيخ [في] المبسوط[٧]، [و]الخلاف[٨]، [و]التهذيب[٩].

قوله: «وتعتبر القيمة وقت العتق؛ لأنّه وقت الحيلولة وينعتق حصّة الشريك بأداء القيمة لا بالإعتاق. وقال الشيخ: هو مراعى»[١٠].

أقول: قاله في المبسوط، أي إنّه [إن] أدّى تبيّن عتقه بالإطلاق وإلّا تبيّن الرقّ[١١]،

---

(١) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٥٦.

(٢) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٨: ٥٩.

(٣) المبسوط ٦: ٦٥.

(٤) في المخطوطة: «في».

(٥) شرائع الإسلام ٣: ٨٣.

(٦) المصدر ٣: ٨٤.

(٧) المبسوط ٦: ٥١.

(٨) في المخطوطة: «ف» وهو رمز «الخلاف»، ولكن لم نعثر عليه فيه، ولعلّ الصواب «هـ» وهو رمز النهاية، وقال به أيضاً في النهاية: ٥٤٢.

(٩) تهذيب الأحكام ٨: ٢١٩.

(١٠) شرائع الإسلام ٣: ٨٤ ـ ٨٤.

(١١) المبسوط ٦: ٥٢.

وكأنّه حذراً من الإضرار بالشريك.

[وقال] المفيد[١]، والشيخ [في] الخلاف[٢] والمصنّف والعلّامة[٣] بالأداء؛ لأنّ له مدخلاً في العليّة ولهذا لا ينعتق بالإعسار، ولأنّه لو انعتق بالإعتاق لزم إضرار الشريك لو هرب المعتق وتلف ماله، ولصحيحة محمّد بن قيس عن الباقر عليه السلام[٤][٥].

وقال ابن إدريس: بالإعتاق[٦]، أي باللفظ الذي انعتق به النصيب؛ لرواية غياث بن إبراهيم عن الصادق عن الباقر عن عليّ عليهم السلام في رجل أعتق بعض غلامه قال: «هو حرّ ليس لله شريك»[٧]. وهو أعمّ من أن يكون البعض الآخر [له] أو لغيره؛ لأنّ ذلك الغير شريك لله لو فرض، ولرواية سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام[٨] والباقر[٩] عليه السلام: «أنّه قد أفسد على صاحبه»[١٠]، والإفساد إنّما حصل بالعتق.

ولقائل أن يقول: الإفساد يحصل بعتق البعض[١١]. وتوقّف الشهيد هنا[١٢].

---

(١) المقنعة: ٥٥٠.

(٢) الخلاف ٦: ٣٥٩، المسألة ١.

(٣) تحرير الأحكام ٤: ١٩٧؛ مختلف الشيعة ٨: ٥٦.

(٤) الكافي ٦: ١٨٣، ح ٣؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢٢١، ح ٧٩١.

(٥) في المخطوطة زيادة: «وقال ابن إدريس: بالإعتاق لزم إضرار الشريك لو هرب المعتق وتلف ماله، ولصحيحة محمّد بن قيس عن الباقر عليه السلام».

(٦) السرائر ٣: ١٦.

(٧) تهذيب الأحكام ٨: ٢٢٨، ح ٨٢٤.

(٨) المصدر ٨: ٢٢٠، ح ٧٩٠.

(٩) في المخطوطة: «ق» وهو رمز «الباقر»، ولكن لم نعثر عليه، بل هذه الرواية أيضاً رويت عن الإمام الصادق عليه السلام.

(١٠) تهذيب الأحكام ٨: ٢٢٠، ح ٧٨٩.

(١١) غاية المراد ٣: ٣٤٢ ـ ٣٤٣.

(١٢) المصدر ٣: ٣٤٣.

قوله: «ولو اختلفا في القيمة، فالقول قول المعتق، وقيل: القول[1] [١٨٥ ب] **قول الشريك؛ لأنّه ينزع نصيبه من يده»**[2].

أقول: الأوّل قول ابن الجنيد[3]؛ لعموم «واليمين على من أنكر»[4]. والثاني حكاه في المبسوط[5].

قوله: «ولو ورث شقصاً ممّن ينعتق عليه، قال في الخلاف: يُقوَّم عليه، وهو بعيد»[6].

أقول: مباشرة العتق اختياراً للموسر موجبة للسراية، إجماعاً، وإنّما الخلاف في الكيفيّة والوقت واختيار السبب، كأن يشتري بعض أبيه وينعتق عليه فهل يكون ذلك موجباً للسراية أم لا؟ قولان، أصحّهما أنّ اختيار السبب كاختيار المسبّب ومباشرته.

وقيل: يوجبها. ومنشأ الخلاف أنّ السبب الموجب هل يقال له: «فاعل» ولأثره «مفعول» أم لا؟ اختلف المتكلّمون فيه، فقال بعضهم: لا يسمّى بذلك فلا يدخل تحت قوله ﷺ: «من أعتق شقصاً من عبد عتق عليه كلّه»[7]. وقيل: يسمّى فيدخل تحت قوله عليه السلام: «من أعتق [...]»[8].

---

(١) في المخطوطة زيادة: «قول قول المعتق».

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٨٥.

(٣) حكي عنه في مختلف الشيعة ٨: ٧٠؛ إيضاح الفوائد ٣: ٥٠٠.

(٤) الخلاف ٣: ١٤٨، المسألة ٢٣٦؛ ونحوه في الكافي ٧: ٤١٥، ح ١؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ٩٩؛ تهذيب الأحكام ٦: ٢٢٩، ح ٥٥٣ و٥٥٤.

(٥) المبسوط ٦: ٥٧.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٨٥.

(٧) التنقيح الرائع ٣: ٤٥١ ـ ٤٥٢؛ ونحوه في الانتصار: ٣٧٥.

(٨) التنقيح الرائع ٣: ٤٥١ ـ ٤٥٢.

واستدلّ الشيخ في الخلاف بالإجماع والأخبار[١]، واختاره ابن الجنيد[٢].

ومنع التقويم في المبسوط[٣]، واختاره ابن إدريس[٤] والمصنّف والعلّامة[٥]؛ لأنّ الملك لا يستقرّ حتّى يقوّم، ولأنّه بغير اختياره والأصل أن لا يقوّم، ترك فيما[٦] أعتق فيبقى على أصله.

قوله: «وإذا دفع المعتق قيمة نصيب شريكه هل ينعتق عند الدفع أو بعده؟ فيه تردّد والأشبه أنّه بعد الدفع؛ ليقع العتق عن ملك. ولو قيل بالاقتران كان حسناً»[٧].

أقول: ينشأ من الحكم بثبوت الولاء له، وذلك دليل على انعتاق النصيب بعد الدفع؛ لأنّ الولاء الثابت له هنا عن عتق، والعتق لا يكون إلّا بعد ملك. ومن جواز وقوع الانعتاق حال الدفع؛ لوقوع الملك والعتق معاً في زمان واحد[٨].

وهذا الفرع يتمشّى على رأي مَن يقول إنّه مراعى، أو إنّه واقع باللفظ ودفع القيمة، وأمّا على رأي من يقول بوقوع العتق باللفظ فلا[٩].

قوله: «وأمّا الملك فإذا ملك الرجل أو المرأة أحد الأبوين»[١٠] [إلى آخره].

---

(١) الخلاف ٦: ٣٦٨، المسألة ٧.

(٢) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٨: ٦٠.

(٣) المبسوط ٦: ٦٨.

(٤) السرائر ٣: ٢٠.

(٥) مختلف الشيعة ٨: ٦١.

(٦) في المخطوطة: «فيها».

(٧) شرائع الإسلام ٣: ٨٦.

(٨) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٥٨.

(٩) المصدر ٢: ٥٨ ـ ٥٩.

(١٠) شرائع الإسلام ٣: ٨٦.

أقول: لقوله ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم فهو حرّ»[(١)].

قوله: «ولو ملك الرجل من جهة الرضاع من ينعتق عليه بالنسب هل ينعتق عليه؟ فيه روايتان، أشهرهما العتق»[(٢)].

أقول: إحداهما عن ابن سنان عن الصادق عليه السلام[(٣)]، والأُخرى عن أبي بصير عنه عليه السلام[(٤)]، وهي أشهر وبها عمل الشيخ[(٥)]، وبالأُولى عمل المفيد[(٦)] وابن إدريس[(٧)].

قوله: «ولو ملكه [١٨٦ أ] اختياراً وكان موسراً، قال الشيخ: يُقوَّم عليه، وفيه تردّد»[(٨)].

أقول: ينشأ من أصالة البراءة من وجوب التقويم، تُرِك العمل بها في صورة عتق نصيبه من العبد المشترك؛ للنصّ والاجماع، فيبقى معمولاً بها فيما عداه، ومن أنّه تملّك بعضه مع العلم فينعتق عليه؛ لأنّه بمنزلة مباشرته لعتقه[(٩)].

قوله: «وأمّا العوارض فهي العمى والجذام والإقعاد»[(١٠)].

أقول: هذا بإجماع أصحابنا، وخالف جميع الفقهاء في هذه الثلاثة[(١١)].

---

(١) الخلاف ٦: ٣٦٧، المسألة ٤؛ سنن ابن ماجة ٢: ٨٤٣، ح ٢٥٢٤ و٢٥٢٥.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٨٦.

(٣) تهذيب الأحكام ٨: ٢٤٥، ح ٨٨٥.

(٤) المصدر ٨: ٢٤٣ ـ ٢٤٤، ح ٨٧٧ و٨٧٩.

(٥) الخلاف ٦: ٣٦٧، المسألة ٥؛ النهاية: ٥٤٠.

(٦) المقنعة: ٥٤٤ ـ ٥٤٥.

(٧) السرائر ٢: ٣٤٢ ـ ٣٤٣؛ ج ٣: ٧ ـ ٨.

(٨) شرائع الإسلام ٣: ٨٦.

(٩) إيضاح تردّدات الشرائع ٢: ٥٩.

(١٠) شرائع الإسلام ٣: ٨٧.

(١١) راجع: الأُمّ ٧: ٢٠٨؛ المدوّنة الكبرى ٣: ١٥٠ و ١٩٨؛ بدائع الصنائع ٤: ٤٥؛ المغني ١٢: ٢٣٣.

قوله: «وفي عتق من مثّل به مولاه تردّد، والمرويّ أنّه ينعتق»[1].

أقول: ينشأ من أصالتي بقاء الرقّ والملك فلا يحكم بزوالهما إلّا مع ثبوت المزيل، ومن ظواهر الروايات الواردة بالعتق مع حصول ذلك من السيّد. وعليه فتوى الشيخ[2] وخالف جميع الفقهاء فيه[3]. روى أبو بصير عن الباقر عليه السلام قال: «قضى عليّ عليه السلام فيمن نكّل مملوكه أنّه حرٌّ لا سبيل له عليه»[4].

وحكاه عنهم الشيخ في الخلاف ٦: ٣٦٨، المسألة ٦.

(١) شرائع الإسلام ٣: ٨٧.

(٢) الخلاف ٦: ٣٦٨، المسألة ٦؛ النهاية: ٥٤٠.

(٣) حكاه عنهم الشيخ في الخلاف ٦: ٣٦٨، المسألة ٦.

(٤) تهذيب الأحكام ٩: ٣٩٥، ح ١٤١١.



[كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاد]



قوله: «كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاد»[1].

أقول: سمّي تدبيراً؛ لأنّ عتقه دبر حياة سيّده.

قوله: «وفي صحّة تدبيره بعد وفاة غيره ـ كزوج المملوكة ـ ووفاة من يجعل له خدمته تردّد، أظهره الجواز ومستنده النقل»[2].

أقول: روى يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام في الرّجلِ يكون له الخادم[3] تخدمه، فيقول: هي لفلانٍ تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حرَّةٌ. فتأبق الأمة قبل أن يموت الرَّجل بخمس سنين أو ستٍّ[4] ثمّ يجِدها ورثته، ألهم أن يستخدموها قدر ما أبقت؟ قال: «إذا مات الرجل فقد عتقت»[5].

قال ابن إدريس: هذا غير لازم؛ لأنّه غير تدبير؛ إذ التدبير هو أن يعلّق العتق على موت نفسه لا على موت غيره[6].

قال العلّامة: إذا جعل خدمة عبده لغيره كان رقبى إن قرن به القربة، وإذا أعتقه بعد موت المخدوم صحّ ولم يبطل؛ لأنّ المقتضي للإبطال ليس جعل الخدمة للغير

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٨٨.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) في المخطوطة: «الجارية».

(٤) في المخطوطة: «سنة».

(٥) الكافي ٧: ٣٤، ح ٢٣؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٤٣، ح ٥٩٦.

(٦) السرائر ٣: ٣٣. ١٧١

ـ لأنّه سائغ إجماعاً ـ ولا تأخير التحرير ـ لأنّه جائز في المدبّر إجماعاً ـ ولا خصوصيّة في تعليق التحرير بموته؛ إذ لا اعتبار بذلك في نظر الشرع. ثمّ فرّع على العتق بأنّه ينعتق من الأصل إن كان المالك حيّاً وقت وفاة المخدوم بموته، وإلّا فمن الثلث[١].

قال بعض الفضلاء: لابن إدريس أن يقول: المقتضي للبطلان أنّه عتق معلّق ومن شرط العتق التنجيز، خرج منه التدبير بالموت[٢] بالإجماع لدليل، فيبقى الباقي على المنع، وليس صورة النزاع بتدبير، كما ذكر.

والرواية على تقدير العمل بها تحتمل غير[٣] ما فهم الشيخ وأتباعه وهو أنّ الضمير في: «ما عاش» وفي قوله: «إذا مات» إلى [١٨٦ ب] الرجل المالك إلّا أنّه ترك الحكاية ولذلك اشتبه، وكذلك الضمير في قوله: «ألَهم» يعود إلى ورثة المالك، فيكون على هذا على الاحتمال تدبيراً لا تعليقاً، ومع هذا الاحتمال لا يثبت المطلوب.

وقوله في الرواية: «إذا مات الرجل فقد عتقت»[٤] لا ينفي الاحتمال المذكور؛ لجواز أن يكون التدبير واجباً بالنذر، فلا يبطل بالإباق، فينعتق بعد موت سيّده[٥].

قيل: العتق قابل للتأخير، كما قَبِلَ التنجيزَ، ولا تفاوت بين الأشخاص، وقد جاز تعليقه بوفاة المالك فيجوز بوفاة غيره[٦].

---

(١) مختلف الشيعة ٦: ٣٣٥.

(٢) في المخطوطة: «بالملك».

(٣) في المخطوطة: «تحتمله عن» بدل «تحتمل غير».

(٤) الكافي ٧: ٣٤، ح ٢٣؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٤٣، ح ٥٩٦.

(٥) راجع: التنقيح الرائع ٣: ٤٦٥.

(٦) قاله الشهيد في غاية المراد ٣: ٣٥٨.

قال الشريف: نمنع عدم التفاوت؛ إذ التدبير وصيّة، ولا يجوز تعليق الوصيّة بموت الغير[١].

[والتردّد] ينشأ من الأصل القاضي بالجواز والرواية عن الصادق عليه السلام[٢]، ومن أنّ هذا النوع حكم شرعيّ فيقف ثبوته على الدليل الشرعيّ ولا دليل إلّا هذه، وهي من الآحاد، ولأنّها مخالفة للأُصول؛ لأنّ التدبير شرعاً عتق العبد بعد وفاة المولى، والذي جعل له الخدمة غير المولى. ولأنّ الإباق يبطل التدبير والرواية تتضمّن أنّه غير مبطل.

ولقائل أن يمنعَ عدم العمل بخبر الواحد؛ لِما تقرّر في الأُصول، ويمنعَ التخصيص بالمولى؛ لعدم الدليل عليه ودلالة الرواية على خلافه، ويمنعَ أنّ التدبير المعلّق بموت غير المولى يبطل بالإباق، بل المعلّق بموت المولى لا غير.

قوله: «وفي اشتراط نيّة القربة تردّد، والوجه أنّه غير مشترط»[٣].

أقول: قيل: هو وصيّة فلا تشترط فيه القربة. قاله الشيخ[٤] وجماعة[٥].

وقيل: عتق معلّق[٦]، وكلّ عتق يشترط فيه القربة. ومنه نشأ التردّد. يتفرّع عليه تدبير الكافر، فيصحّ على أنّه وصيّة لا على أنّه عتق، إلّا على قول من يجوّز عتقه، وقد تقدّم[٧].

---

(١) كنز الفوائد ٣: ٧٦.

(٢) الكافي ٧: ٣٤، ح ٢٣؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٤٣، ح ٥٩٦.

(٣) شرائع الإسلام ٣: ٨٩.

(٤) المبسوط ٦: ١٧١ و١٨٢؛ النهاية: ٥٥٢.

(٥) منهم ابن إدريس في السرائر ٣: ٣٠؛ والكيذريّ في إصباح الشيعة: ٣٥٩؛ والعلّامة في مختلف الشيعة ٨: ١٠٩؛ والشهيد في غاية المراد ٣: ٣٦١.

(٦) قاله ابن حمزة في الوسيلة: ٣٤٥.

(٧) عند قوله: «ويبطل باشتراط نيّة القربة عتق الكافر» في كتاب العتق.

قوله: «ولو رجع المولى في تدبيرها لم يكن له الرجوع في تدبير ولدها، وقيل: له الرجوع، والأوّل مرويّ» [(١)].

أقول: القائل ابن إدريس؛ لأنّه وصيّة [(٢)].

والأوّل مرويّ عن أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام [(٣)]. ويؤيّده أنّ تدبير الأوّل حصل بحكم الشرع لا بالمباشرة، فالرجوع فيه يحتاج إلى دليل.

قوله: «ولو دبّرها حاملاً، قيل: إن علم بالحمل فهو مدبَّر وإلّا فهو رقّ. وهي رواية الوشّاء» إلى قوله: «أشبه» [(٤)].

أقول: رواها محمّد بن عيسى عن الوشّاء قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل دبّر جارية وهي حبلى، فقال: «إن كان علم بحَبَل [(٥)] الجارية فما في بطنها بمنزلتها وإن كان لم يعلم فما في بطنها رِقٌّ» [(٦)].

قوله: «وروي أنه إذا كان [(٧)] مميّزاً له عشر سنين صحّ تدبيره» [(٨)].

أقول: رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن [الـ]إمام جعفر الصادق ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيّته» [(٩)]، والتدبير وصيّة.

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٨٩.

(٢) السرائر ٣: ٣٢ ـ ٣٣.

(٣) الكافي ٦: ١٨٤، ح ٦؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢٥٩، ح ٩٤١.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٩٠.

(٥) في المخطوطة: «عبد».

(٦) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٢١، ح ٣٤٦٠؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢٦٠، ح ٩٤٦؛ نحوه في الكافي ٦: ١٨٤، ح ٤.

(٧) في المخطوطة زيادة: «عسر له».

(٨) شرائع الإسلام ٣: ٩٠.

(٩) الكافي ٧: ٢٨ ـ ٢٩، ح ٣؛ من لا يحضره الفقيه ٤: ١٩٦، ح ٥٤٥٠.

قوله: «ولو كان عن فطرة لم ينعتق المدبَّر بوفاة المولى؛ لخروج ملكه عنه. وفيه تردّد» [(١)].

أقول: ينشأ من أنّ السبب المقتضي للعتق ـ وهو موت المولى ـ موجود فيوجد معلوله وهو العتق؛ عملاً بالعلّيّة. ومن أنّ التدبير وصيّة فلا ينفذ فيه شيء حتّى يحصل للوارث مثلاً حالة يعود الوصيّة، لكنّه لم يحصل شيء لزوال ملكه عن جميع أمواله حالة ارتداده وانتقالها إلى ورثته في تلك الحال [(٢)].

منشأ آخر: من أنّ حقّ المدبّر سابق على حقّ الوارث، وحينئذٍ لا ينتقل إلى الوارث، خصوصاً على قول من منع [...] [(٣)] بيع المدبّر، فإذا مات السيّد نفذ العتق. ومن أنّه زال الملك بالارتداد وشرط النفوذ استمرار الملك [(٤)].

قا ل الشهيد: هنا لطيفة، هي أنّه إذا قيل بعدم البطلان ومات السيّد ينعتق ثلثه؛ إذ لا مال سواه، ولا يعجّل للورثة الثلثان قبل الوفاة.

وفي المبسوط أطلق القول ببقاء التدبير مع الارتداد [(٥)]، والعلّامة أفتى به جزماً في القواعد [(٦)]؛ لأنّ المدبّر قابل للخروج عن ملك المدبِّر وقد وجد سببه ـ وهو الارتداد ـ

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٩٠ ـ ٩١.

(٢) كذا في المخطوطة، والظاهر أنّ في العبارة سقطاً، فجاء في إيضاح تردّدات الشرائع: «التدبير وصيّة فلا ينفذ فيه شيء وحيث لم يحصل شيء لم ينفذ العتق. أمّا المقدّمة الأُولى فإجماعيّة، وأمّا المقدّمة الثانية فلزوال ملكه عن جميع أمواله حالة ارتداده وانتقالها إلى وارثه في تلك الحالة» بدل «التدبير وصيّة فلا ينفذ ... ورثته في تلك الحال» إيضاح تردّدات الشرائع ٦: ١٢.

(٣) هنا كلمة غير واضحة كما في الصورة: **معتقه**.

(٤) غاية المراد ٣: ٣٦٢.

(٥) المبسوط ٦: ١٧٣.

(٦) قواعد الأحكام ٣: ٢٢٤.

فكان باطلاً، إلّا أنّه لو قيل بعتق المدبَّر بمجرّد الارتداد لم يكن بذلك البعيد؛ لإجراء الشارع إيّاه مجرى الموت في الأحكام[١].

قوله: «ولو ارتدّ لا عن فطرة ثمّ دبّر صحّ على تردّد»[٢].

أقول: قيل: باطل؛ لزوال ملكه.

وقيل: ملكه باقٍ لكن تصرّفه باطل؛ لأنّه محجور عليه.

وقيل: يكون مراعى[٣].

وقيل: يصحّ؛ إذ[٤] لم يدلّ دليل على زوال ملكه. وهو قول الشيخ في المبسوط[٥].

وينشأ التردّد من الشكّ في اشتراط القربة، فإن قلنا[٦] بالاشتراط لم يصحّ؛ لتعذّرها في حقّه، وإن لم نقل صحّ.

وقال الشيخ: يبطل[٧]؛ لأنّه نوع تصرّف وهو محجور عليه[٨].

قوله: «الثالث: في الأحكام، وهي[٩] مسائل: الأُولى: التدبير بصفة الوصيّة يجوز الرجوع فيه»[١٠] إلى آخره.

---

(١) غاية المراد ٣: ٣٦٢ ـ ٣٦٣.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٩١.

(٣) انظر الأقوال في: المبسوط ٦: ١٧٣ ـ ١٧٤.

(٤) في المخطوطة: «إذا»، وصحّحناه كما في المصدر.

(٥) المبسوط ٦: ١٧٣ ـ ١٧٤.

(٦) في المخطوطة: «قلن».

(٧) في المخطوطة: «لا يبطل»، وصحّحناه كما في المبسوط.

(٨) المبسوط ٦: ١٧٣ ـ ١٧٤.

(٩) في المخطوطة: «وفيه».

(١٠) شرائع الإسلام ٣: ٩٠.

أقول: قال في المبسوط[١]، [و]الخلاف[٢]، وابن إدريس[٣]: التدبير وصيّة، وكلّ وصية يجوز الرجوع فيها، والبيع يتضمّن الرجوع فكان مبطلاً، ولقول الباقر عليه السلام في رواية محمّد بن مسلم: «هو مملوكه إن شاء باعه وإن شاء أعتقه»[٤]، وهو أعمّ من تقدّم الرجوع وعدمه.

وجاءت الروايات بالمنع من بيعه فقال بها في النهاية[٥]، وجمع بين الروايات بأن حمل روايات البيع[٦] على تقدّم النقض أو على بيع الخدمة حال الحياة[٧].

ومنع ذلك العلّامة بأنّ متعلّق البيع الأعيان لا المنافع، وجمع بينهما بحمل المنع [على] التدبير الواجب بالنذر وشبهه، وأمّا روايات [١٨٧ ب] بيع الخدمة فحملها على الإجارة مدّة معيّنة، فإذا انقضت آجره أُخرى[٨]. والمصنّف تابع ابن إدريس[٩] في بطلانه بالبيع مع قصده، وإلّا صرف إلى الخدمة، وكأنّه جمع بين الروايات أيضاً.

قوله في آخر الثانية: «**وتحرّر ثلث من بقي، سواء كان الدين سابقاً على التدبير أو لاحقاً على الأصحّ**»[١٠].

---

(١) المبسوط ٦: ١٧١ و١٨٢.

(٢) الخلاف ٦: ٤١٢، المسألة ٦.

(٣) السرائر ٣: ٣٠.

(٤) الكافي ٦: ١٨٥، ح ٩؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢٩، ح ٩٤٣.

(٥) النهاية: ٥٥٢.

(٦) في المخطوطة: «المنع»، وصحّحناه كما في غاية المراد ٣: ٣٦٥.

(٧) تهذيب الأحكام ٨: ٢٦٣؛ الاستبصار ٤: ٢٩.

(٨) مختلف الشيعة ٨: ٩٣.

(٩) السرائر ٣: ٣٠.

(١٠) شرائع الإسلام ٣: ٩٢.

أقول: قال [في] النهاية: إذا دبّر حال سلامته ثمّ مات وعليه دين، لم يكن للدُّيّان على المدبَّر سبيل[١]؛ لرواية وهيب[٢] بن حفص عن الصادق عليه السلام[٣]. ومثله في رواية ابن يقطين عن أخيه الحسين[٤] عن الصادق عليه السلام[٥]. ووهيب[٦] ضعيف، والثانية مخالفة للأصل؛ لأنّ التدبير وصيّة والدين مقدّم عليها.

وقال الشيخ في موضع آخر: إن فعل ذلك فراراً من الدين قدّم، وإلّا قدّم التدبير[٧]، وهو أيضاً ضعيف.

قوله: «وكذا لو دبّر الشريكان ثمّ أعتق أحدهما لم يُقوَّم عليه حصّة الآخر. ولو قيل يُقوَّم كان وجهاً»[٨].

أقول: وجه ذلك عموم أدلّة التقويم وإطلاقها، والفرض أنّ المدبّر رقّه باق فيقوّم. ومنع الشيخ[٩] مبنيّ على عدم جواز نقل المدبّر، وقد عرفت ضعفه.

قوله: «ولو أعتق صاحب الحصّة القنّ لم يجب عليه فكّ الحصّة المدبّرة، على تردّد»[١٠].

---

(١) النهاية: ٥٥٣.

(٢) في المخطوطة: «وها».

(٣) تهذيب الأحكام ٨: ٢٦١، ح ٩٤٩.

(٤) في المخطوطة: «الحسن».

(٥) تهذيب الأحكام ٨: ٢٦١، ح ٩٥٠.

(٦) في المخطوطة: «ووهب».

(٧) النهاية: ٥٥٣.

(٨) شرائع الإسلام ٣: ٩٢.

(٩) المبسوط ٦: ١٨٠.

(١٠) شرائع الإسلام ٣: ٩٢.

أقول: نشأ من قول الشيخ بعدم صحّة بيعه إلّا بعد نقض تدبيره[١]، وهو ليس بواجب، وأيضاً لعدم وجوب التقويم والحصّة معرّضة للعتق فلا حاجة إلى تقويمها[٢].

والحقّ خلاف ذلك؛ لعموم أدلّة التقويم على من أعتق شركاً في عبد، ولإطلاق قوله عليه السلام: «ليس لله شريك»[٣].

قوله: «ولا يثبت أرش الجناية في تركة المولى»[٤].

أقول: بل في ذمّة العبد. وقال في المبسوط: يتعلّق بتركة المولى[٥]، وهو الوجه.

قوله في الثاني من الفروع: «**إذا كان له مال غائب [عنه] بقدر قيمته مرّتين تحرّر ثلثه**»[٦].

أقول: هذا اختياره في المبسوط[٧]؛ لأنّه أقلّ الأحوال، فإنّ غاية ما في الباب تلف المال الغائب بالكلّيّة وبقاؤه، فعتق الثلث متحقّق، سواء وجد المال الغائب أو لا.

ونقل في المبسوط[٨] قولاً ثانياً، وهو عدم تنجيز عتق الثلث، بل إيقاف عتق الكلّ؛ لأنّ مقتضى الوصيّة أن لا تنفذ إلّا مع تصرّف الوارث في مثليها ولم يحصل.

---

(١) النهاية: ٥٥٢.

(٢) في المخطوطة: «تقويلها».

(٣) تهذيب الأحكام ٨: ٢٢٨، ح ٨٢٤.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ٩٣.

(٥) المبسوط ٦: ١٧٢.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٨٨.

(٧) المبسوط ٦: ١٧٤.

(٨) المصدر نفسه.

ويحتمل هنا المراعاة[١]. والفائدة تظهر في الكسب المتجدّد بعد الوفاة.

قوله في الثالث من الفروع: «**[لو دبّره ثمّ كاتبه] كان نقضاً للتدبير، وفيه إشكال**»[٢].

أقول: نشأ من أصالة عدم النقض، ومن كون المكاتبة تصرّفاً مبطلاً للوصيّة والتدبيرُ وصيّة، فيبطل وهو المطلوب، وعليه الفتوى.

---

(١) ذكره الشهيد في غاية المراد ٣: ٣٦٧.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٩٤.

فهرس المحتويات

كتاب الوديعة ٥

كتاب العارية ١٥

كتاب الإجارة ٢١

كتاب الوكالة ٥٥

كتاب الوقوف والصدقات ٧٧

كتاب العطيّة ١٠٧

كتاب السكنى والحبس ١١١

كتاب الهبات ١١٩

كتاب السبق والرماية ١٣١

كتاب الوصايا ١٤٣

كتاب النكاح ٢١١

كتاب الطلاق ٣٦٧

كتاب الخلع والمباراة ٣٩٧

كتاب الظهار ٤٠٩

كتاب الإيلاء ٤٤٩

كتاب اللعان ٤٥٩

كتاب العتق ٤٨١

كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاد ٥٠٧

فهرس المحتويات ٥١٩