بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للقاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ٥٩٥ هـ

تحقيق ومقارنة بآراء الإمامية

جاسم التميمي و عبدالامير الوردي

الجزء الرابع

مركز الدراسات العلمية
التابع للمجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية

بداية المجتهد
ونهاية المقتصد

تأليف

القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي

(٥٢٠ ـ ٥٩٥هـ)

تحقيق ومقارنة بآراء الإماميّة

جاسم التميمي و عبد الأمير الوردي

الجزء الرابع



عنوان و نام پدیدآور: بداية المجتهد ونهاية المقتصد/ تأليف أبي الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي؛ تحقيق و مقارنه بأراء الاماميه جاسم التميمي، عبد الامير الوردى.
وضعيت ويراست: ويراست ٢
مشخصات نشر: طهران: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلاميه، مركز الدراسات العلميه، المعاونية الثقافيه، ١٣٨٩.
مشخصات ظاهرى: ٧ ج
شابك: دوره: ٧-١١٠-١٦٧-٩٦٤-٩٧٨ ؛ ج٤. ٠-١٠٦-١٦٧-٩٦٤-٩٧٨
وضعيت فهرست نويسى: فيپا
يادداشت: عربى
يادداشت: هر جلد محقق و مصحح خاص خود دارد.
يادداشت: ج . ٤ : تحقيق و مقارنه جاسم التميمي وعبد الامير الوردى
يادداشت: واژه نامه
موضوع: فقه مالكي – قرن ٦ ق.
موضوع: فقه مالكى – مطالعات تطبيقى.
موضوع: فقه جعفرى – مطالعات تطبيقى.
شناسه افزوده: تميمي، جاسم، ١٣٣٥ ــ ، مصحح
شناسه افزوده: وردي، عبد الامير ، ١٣٣٩ ــ ، مصحح
شناسه افزوده: ابن رشد، محمد بن احمد [فيلسوف] ، ٥٢٠ ــ ٥٩٥ ق ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد
شناسه افزوده: مجمع جهانى تقريب مذاهب اسلامى . مركز مطالعات علمى. معاونت فرهنگى.
رده بندى كنگره: ١٣٨٩ ٤٠٥٢ الف / ٥٥ / BP ١٧٨
رده بندى ديويى: ٣٣٤ / ٢٩٧
شماره كتابشناسى ملى: ١٩٦٢١٠٢

المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية

- اسم الكتاب: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج ٤).
- تأليف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي
- تحقيق ومقارنة: عبد الأمير الوردي وجاسم التميمي
- تقييم تحقيق الكتاب: الشيخ أحمد شفيعي نيا
- تقويم النص: شوقي شالباف
- الناشر: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية – المعاونية الثقافية، مركز الدراسات العلمية.
- الطبعة: الثانية ـ ١٤٣٢ هـ ق / ٢٠١١ م
- الكمية: ١٠٠٠ نسخة
- سعر الدورة: ٧٠٠.٠٠٠ ريال
- المطبعة: نگار
- شابك: دوره: ٧-١١٠-١٦٧-٩٦٤-٩٧٨ ؛ ج٤. ٠-١٠٦-١٦٧-٩٦٤-٩٧٨
- العنوان: الجمهورية الإسلامية في إيران – طهران – ص . ب : ٦٩٩٥ ـ ١٥٨٧٥
تلفكس : ١٤ ــ ٨٨٣٢١٤١١ ــ ٢١ ـ٠٠٩٨
مركز قم – ص. ب: ٣٨٣٧-٣٧١٨٥
تلفكس: ٧٧٥٤٩٦٦ ــ ٧٧٥٥٤٤٨ ٠٠٩٨٢٥١
البريد الالكتروني: qomtaghrib@yahoo.com

جميع الحقوق محفوظة للناشر


بسم الله الرحمن الرحيم

دليل الكتاب / ج٤

كتاب النكاح ٩

الباب الأوّل في مقدّمات النكاح ٩

الباب الثاني في موجبات صحّة النكاح ١٤

الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح ١٣٦

الباب الرابع في الحقوق الزوجية ١٤٩

الباب الخامس في الأنكحة المنهيّ عنها بالشرع، والأنكحة الفاسدة وحكمها ١٦٣

كتاب الطلاق ١٧٥

الجملة الأولى في أنواع الطلاق ١٧٥

الجملة الثانية في أركان الطلاق ٢١٠

الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق ٢٣٩

الجملة الرابعة في أحكام المطلّقات ٢٥١

كتاب الإيلاء ٢٩١

كتاب الظهار ٣٠٧

الفصل الأول في ألفاظ الظهار ٣٠٩

الفصل الثاني في شروط وجوب الكفّارة فيه ٣١٢

الفصل الثالث في من يصحّ فيه الظهار ٣١٨

الفصل الرابع فيما يَحرُم على المظاهِر ٣٢٢

الفصل الخامس هل يتكرّر الظهار بتكرّر النكاح؟ ٣٢٤

الفصل السادس في دخول الإيلاء عليه ٣٢٦

الفصل السابع في أحكام كفّارة الظهار ٣٢٧
كتاب اللعان ٣٤٥
الفصل الأول في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها ٣٤٨
الفصل الثاني في صفات المتلاعنَين ٣٥٨
الفصل الثالث في صفة اللعان ٣٦٣
الفصل الرابع في حكم نكول أحدهما أو رجوعه ٣٦٥
الفصل الخامس في الأحكام اللازمة لتمام اللعان ٣٧١
كتاب الإحداد ٣٧٧
كتاب البيوع ٣٨٧
الجزء الأول: أنواع البيوع المطلقة ٣٨٨
الجزء الثاني: أسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة ٣٨٩

كتاب النكاح

كتاب النكاح

وأصول هذا الكتاب تنحصر في خمسة أبواب: **الباب الأوّل**: في مقدّمات النكاح، **الباب الثاني**: في موجبات صحّة النكاح، **الباب الثالث**: في موجبات الخيار في النكاح، **الباب الرابع**: في حقوق الزوجية، **الباب الخامس**: في الأنكحة المنهيّ عنها والفاسدة.

الباب الأوّل في مقدّمات النكاح

وفي هذا الباب أربع مسائل: في حكم النكاح، وفي حكم خطبة النكاح، وفي الخطبة علىٰ الخطبة، وفي النظر إلىٰ المخطوبة قبل التزويج.

فأمّا حكم النكاح فقال قوم: هو مندوب إليه [1] *. وهم الجمهور، وقال أهل الظاهر: هو

---

* أجمعت الإماميّة علىٰ استحباب النكاح استحباباً مؤكّداً في حدّ نفسه لمن تاقت نفسه، واستدلّوا بالكتاب والسنّة المستفيضة بل المتواترة. ←

---

١. المبسوط للسرخسي ٤: ٢١٤، الحاوي الكبير ٩: ٣١، عيون المجالس ٣: ١٠٣١ المغني لابن قدامة ٧: ٣٣٤، البيان للعمراني ٩: ٩٤، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٤٠٩.

واجب [١]، وقالت المتأخّرة من المالكية: هو في حقّ بعض الناس واجب، وفي حقّ بعضهم مندوب إليه، وفي حقّ بعضهم مباح [٢]. وذلك عندهم بحسب ما يخاف علىٰ نفسه من العنت.

وسبب اختلافهم هل تُحمل صيغة الأمر به في قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [٣]، وفي قوله عليه الصلاة والسلام: «تناكحوا فإنّي مكاثر بكم الأمم» [٤] وما أشبه ذلك من الأخبار الواردة في ذلك [٥] علىٰ الوجوب أم علىٰ الندب أم علىٰ الإباحة؟ فأمّا من قال: إنّه في حقّ بعض الناس واجب، وفي حقّ بعضهم مندوب إليه، وفي حقّ بعضهم مباح، فهو التفات إلىٰ المصلحة، وهذا النوع من القياس هو الذي يسمّى المرسل [٦]، وهو الذي ليس له أصل معيّن يستند إليه، وقد أنكره كثير من العلماء، والظاهر من مذهب مالك القول به [٧].

← وأمّا من لم تتق نفسه فكذلك على المشهور، خلافاً للشيخ الطوسي في المبسوط حيث قال: «إنّ من لايشتهي النكاح يستحبّ له أن لايتزوج» مستدلّاً بالآية ﴿وَسَيِّداً وَحَصُوراً﴾.

هذا مع قطع النظر عن العوارض اللاحقة، وإلّا فمع طروّها تجري عليه الأحكام الأربعة الباقية، وبهذا الاعتبار يمكن القول بانقسامه إلى الأحكام الخمسة. (مسالك الأفهام ٧: ٩ ـ ١٤، جواهر الكلام ٢٩: ٨ ـ ٣٣، فقه الصادق ٢١: ١٠ ـ ١٣، المبسوط ٤: ١٦٠).

---

١. المحلّىٰ بالآثار ٩: ٤٤٠.

٢. المقدّمات الممهّدات ١: ٤٥٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٢٩.

٣. سورة النساء: الآية ٣.

٤. سنن ابن ماجة ١: ٥٩٢، كتاب النكاح، باب ما جاء في فضل النكاح، الحديث ١٨٤٦، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٧٨، كتاب النكاح، باب الرغبة في النكاح، وفيهما: «تزوّجوا».

٥. أنظر: سنن ابن ماجة ١: ٥٩٢ كتاب النكاح، باب ما جاء في فضل النكاح، الحديث ١٨٤٥.

٦. أنظر: الضروري في أصول الفقه: ١٢٧ ـ ١٢٨.

٧. الإحكام للآمدي ٤: ٣٩٤.

وأمّا خطبة النكاح المرويّة [١] عن النبي ﷺ؛ فقال الجمهور: إنّها ليست واجبة [٢]*، وقال داود: هي واجبة [٣]. وسبب الخلاف هل يحمل فعله في ذلك عليه الصلاة والسلام علىٰ الوجوب أو علىٰ الندب؟

فأمّا الخطبة علىٰ الخطبة، فإنّ النهي في ذلك ثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام [٤]. واختلفوا هل يدلّ ذلك علىٰ فساد المنهي عنه أو لايدلّ؟ وإن كان يدلّ ففي أيّ حالة يدلّ؟ فقال داود: يفسخ [٥]، وقال الشافعي وأبو حنيفة: لايفسخ [٦]**، وعن مالك القولان جميعاً [٧]، وثالث وهو أنّه يفسخ قبل الدخول ولايفسخ بعده [٨].

---

* أطبق فقهاء الإماميّة علىٰ استحباب الخطبة أمام العقد، واستدلّوا علىٰ ذلك بالإجماع، وبالتأسّي بالنبي ﷺ والأئمة عليهم السلام بعده. (الخلاف ٤: ٢٩٢، مسالك الأفهام ٧: ١٩، جواهر الكلام ٢٩: ٤٠).

** المعروف عند الإماميّة أنّ الخاطب إذا خطب فأجابته المرأة أو وكيلها أو وليّها كره لغيره خطبتها، بل ادّعى في الرياض الإجماع عليه، ولايحرم؛ للأصل.

خلافاً للشيخ في المبسوط والشهيد الأول في اللمعة فيحرم، وذلك للنبوي: ←

---

١. سنن الدارمي ٢: ١٤٢، كتاب النكاح، باب في خطبة النكاح، سنن أبي داود ٢: ٢٣٨ ـ ٢٣٩، كتاب النكاح، باب في خطبة النكاح.

٢. عيون المجالس ٣: ١٠٧٦، التهذيب للبغوي ٥: ٣١٨، المغني لابن قدامة ٧: ٤٣٣.

٣. حكاه عنه في البيان ٩: ٢٠٣، وعيون المجالس ٣: ١٠٧٧.

٤. الموطّأ ٢: ٥٢٣، كتاب النكاح، باب ما جاء في الخطبة، الحديث ١ و٢، صحيح البخاري ٧: ٣٢، كتاب النكاح، باب لايخطب علىٰ خطبة أخيه حتىٰ ينكح أو يدع، الحديث ٧٥، صحيح مسلم ٢: ١٠٣٢ ـ ١٠٣٣، كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة علىٰ خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك، الحديث ١٤١٢/٤٩.

٥. حكاه عنه في عيون المجالس ٣: ١١٠٢، والحاوي الكبير ٩: ٢٥٣.

٦. الأُمّ ٥: ٦٤، وحكاه عن أبي حنيفة في: عيون المجالس ٣: ١١٠٢ والاستذكار ١٦: ١٢.

٧. المنتقى للباجي ٣: ٢٦٤ ـ ٢٦٥، الاستذكار ١٦: ١٢.

٨. هذه رواية ابن مزين كما في المنتقى ٣: ٢٦٥، ونسبه ابن عبدالبر إلىٰ المشهور عن مالك. (الاستذكار ١٦: ١٢).

وقال ابن القاسم: إنّما معنى النهي إذا خطب رجل صالح علىٰ خطبة رجل صالح، وأمّا إن كان الأوّل غير صالح والثاني صالح جاز [١].

وأمّا الوقت عند الأكثر فهو إذا ركن بعضهم إلىٰ بعض لا في أول الخطبة [٢]، بدليل حديث فاطمة بنت قيس، حيث جاءت إلىٰ النبيﷺ فذكرت له أنّ أبا جهم بن حذيفة ومعاوية بن أبي سفيان خطباها، فقال: «أمّا أبو جهم فرجل لايرفع عصاه عن النساء. وأمّا معاوية فصعلوك لا مال له، ولكن انكحي أسامة» [٣].

وأمّا النظر إلىٰ المرأة عند الخطبة، فأجاز ذلك مالك إلىٰ الوجه والكفّين فقط [٤]، وأجاز ذلك غيره إلىٰ جميع البدن عدا السوأتين [٥]، ومنع ذلك قوم علىٰ الإطلاق [٦]، وأجاز

← «لايخطب أحدكم على خطبة أخيه» فإنّ النهي ظاهر فيه، وحرمة الدخول في سوم المؤمن، ولما فيه من إيذاء المؤمن وإثارة الشحناء.

ونوقش الأول بمنع صحة الخبر ولا جابر له، والثالث بأنّه أخصّ من المدّعى، والثاني بالمنع.

وعلى تقدير الحرمة فلو أقدم وخطب وتزوج ـ أي: الخاطب الثاني ـ كان العقد صحيحاً؛ للأصل والعمومات، إذ لا منافاة بين تحريم الخطبة وصحة العقد. (المبسوط ٤: ٢١٨ ـ ٢١٩، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية: ٢: ٣١٤، مسالك الأفهام ٧: ٤١٧ ـ ٤١٨، كشف اللثام ٧: ٣٣، رياض المسائل ١٠: ٢٦٨، جواهر الكلام ٣٠: ١٢٤).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٣: ٢٦٤، الاستذكار ١٦: ١٣.

٢. المقدّمات الممهدّات ١: ٤٨١، المنتقىٰ للباجي ٣: ٢٦٤.

٣. سنن الترمذي ٣: ٤٤١، كتاب النكاح، باب ما جاء أن لايخطب الرجل علىٰ خطبة أخيه، الحديث ١١٣٤، سنن الدارمي ٢: ١٣٥، كتاب النكاح، باب النهي عن خطبة الرجل علىٰ خطبة أخيه.

٤. عيون المجالس ٣: ١٠٣٢، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٤٠٩.

٥. حكاه غير واحد عن داود. راجع: عيون المجالس ٣: ١٠٣٣ المغني لابن قدامة ٧: ٤٥٣، البيان للعمراني ٩: ١٠٣.

٦. البيان للعمراني ٩: ١٠٣، حلية العلماء ٦: ٣١٩.

أبو حنيفة النظر إلىٰ القدمين مع الوجه والكفّين [١]*.

والسبب في اختلافهم أنّه ورد الأمر بالنظر إليهنّ مطلقاً، وورد بالمنع مطلقاً، وورد مقيّداً ـ أعني: بالوجه والكفّين ـ علىٰ ما قاله كثير من العلماء في قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [٢] أنّه الوجه والكفّان [٣]، وقياساً علىٰ جواز كشفهما في الحجّ عند الأكثر [٤]، ومن منعَ تمسّكَ بالأصل، وهو تحريم النظر إلىٰ النساء.

---

* اختلفت الإماميّة في مسألة النظر إلىٰ المرأة التي يراد تزويجها علىٰ أقوال ثلاثة:

الأول: اختصاص جواز النظر بالوجه والكفّين، وقيل: إنّه المشهور. وقد أفتىٰ علىٰ طبقه بالاحتياط جماعة من المحشّين علىٰ العروة الوثقى.

الثاني: اختصاص جواز النظر بالوجه واليدين بما فيها المعصم والشعر والساقين، وبه قال السيد الخوئي.

الثالث: القول بجواز النظر إلىٰ جميع الجسد ما عدا العورة وقد اختاره صاحب الجواهر، وأفتىٰ به صاحب العروة الوثقى. ومنشأ اختلاف الأقوال اختلاف النصوص في المقام. (تذكرة الفقهاء (حجري) ٢: ٥٧٢، جواهر الكلام ٢٩: ٦٣ ـ ٦٧، العروة الوثقى ٥: ٤٩١).

---

١. حكاه في العزيز شرح الوجيز ٧: ٤٧٠، وأنظر: حلية العلماء ٦: ٣١٩.

٢. سورة النور: ٣١.

٣. أنظر: البيان للعمراني ٩: ١٠٤، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٨٥ ـ ٨٦، المغني لابن قدامة ٧: ٤٥٤، العزيز شرح الوجيز ٧: ٤٧١.

٤. أنظر: الحاوي الكبير ٤: ٩٣، عقد الجواهر الثمينة ١: ٢٩٢.

الباب الثاني
في موجبات صحّة النكاح

وهذا الباب ينقسم إلىٰ ثلاثة أركان:
الركن الأوّل: في معرفة كيفية هذا العقد.
الركن الثاني: في معرفة محلّ هذا العقد.
الثالث: في معرفة شروط هذا العقد.

الركن الأوّل في الكيفية

والنظر في هذا الركن في مواضع: في كيفية الإذن المنعقد به، ومَن المعتبر رضاه في لزوم هذا العقد؟ وهل يجوز عقده علىٰ الخيار أم لايجوز؟ وهل إنْ تراخىٰ القبول من أحد المتعاقدين لزم ذلك العقد، أم من شرط ذلك الفور؟

الموضع الأول: الإذن في النكاح علىٰ ضربين: فهو واقع في حقّ الرجال والثيّب من النساء بالألفاظ، وهو في حقّ الأبكار المستأذنات واقع بالسكوت ـ أعني: الرضا ـ وأمّا الردّ فباللفظ. ولا خلاف في هذه الجملة إلّا ما حكي عن أصحاب الشافعي أنّ إذن البكر

إذا كان المنكِح غير أب ولا جدّ بالنطق [١]*.

وإنّما صار الجمهور إلىٰ أنّ إذنها بالصمت للثابت من قوله عليه الصلاة والسلام: «الأيم أحقّ بنفسها من وليّها، والبكر تستأمر في نفسها، وإذنها صماتها» [٢].

واتّفقوا علىٰ أنّ انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممّن إذنه اللفظ، وكذلك بلفظ التزويج [٣]**، واختلفوا في انعقاده بلفظ الهبة أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة؛ فأجازه قومٌ، وبه قال مالك وأبو حنيفة [٤]، وقال الشافعي: لاينعقد إلّا بلفظ النكاح أو التزويج [٥]***.

---

* المشهور بين فقهاء الإماميّة الاكتفاء بسكوت البكر؛ للروايات، منها: ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يريد أن يزوّج أخته، قال: «يؤامرها، فإن سكتت فهو إقرارها، وإن أبت فلا يزوّجها».

وخالف ابن إدريس؛ معتبراً أنّ السكوت لايدلّ على الرضا. (مسالك الأفهام ٧: ١٦٤، جواهر الكلام ٢٩: ٢٠٣).

** لا خلاف بين الإماميّة في الاكتفاء في الإيجاب بصيغة: زوّجتك وأنكحتك. (مسالك الأفهام ٧: ٨٥، كشف اللثام ٧: ٤٣، جواهر الكلام ٢٩: ١٣٢).

*** لا خلاف بين الإماميّة ـ بل أُدّعي الإجماع ـ علىٰ عدم انعقاد النكاح بلفظ البيع، ولا الهبة ـ وإن خُصّ بها النبي صلى الله عليه وآله ـ ولا الإجارة، ولا غيرها من الالفاظ التي لم يتعارف استعمالها في عقد النكاح. (الخلاف ٤: ٢٨٨ ـ ٢٨٩، جامع المقاصد ١٢: ٧٦، كشف اللثام ٧: ٤٨، جواهر الكلام ٢٩: ١٤٢).

---

١. أنظر: الوسيط ٥: ٦٧، المهذّب للشيرازي ٤: ١٢٦ وذكرا أنّه أحد وجهين.

٢. الموطّأ ٢: ٥٢٤، كتاب النكاح، باب استئذان البكر والأيم في أنفسهما، الحديث ٤، سنن الترمذي ٣: ٤١٦، كتاب النكاح، باب ما جاء في استئمار البكر والثيّب، الحديث ١١٠٨.

٣. الاشراف لعبدالوهاب، ٢: ٦٩٩، المغني لابن قدامة ٧: ٤٢٨، البيان للعمراني ٩: ٢٠٥، بدائع الصنائع ٣: ٣١٧.

٤. عيون المجالس ٣: ١٠٦٨ ـ ١٠٦٩، الهداية للمرغيناني ١: ٢٠٦، وحكاه أيضاً عن آخرين في المغني ٧: ٤٢٩.

٥. الأُمّ ٥: ٦٠ ـ ٦١، الوسيط ٥: ٤٤، وهذا مذهب الحنابلة أيضاً، انظر: المغني ٧: ٤٢٩.

وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاصّ به، أم ليس من صحته اعتبار اللفظ؟ فمن ألحقه بالعقود التي يعتبر فيها الأمران قال: لا نكاح منعقد إلّا بلفظ النكـاح أو التزويج، ومن قال: إنّ اللفظ ليس من شرطه؛ اعتباراً بما ليس من شرطه اللفظ، أجاز النكاح بأيّ لفظٍ اتّفق إذا فهم المعنى الشرعي من ذلك، أعني: أنّه إذا كان بينه وبين المعنى الشرعي مشاركة.

الموضع الثاني: وأمّا مَنِ المعتبر قبوله في صحّة هذا العقد فإنّه يـوجد فـي الشـرع علىٰ ضربين:

أحدهما: يعتبر فيه رضا المتناكحين أنفسهما ـ أعني: الزوج والزوجة ـ إمّا مـع الوليّ، وإمّا دونه علىٰ مذهب من لا يشترط الوليّ في رضا المرأة المالكة أمر نفسها.

والثاني: يعتبر فيه رضا الأولياء فقط. وفي كلّ واحدٍ من هذين الضربين مسائل اتّفقوا عليها، ومسائل اختلفوا فيها، ونحن نذكر منها قواعـدها وأصـولها، فـنقول: أمّـا الرجـال البالغون الأحرار، المالكون لأمر أنفسهم، فإنّهم اتّفقوا علىٰ اشتراط رضاهم وقـبولهم فـي صحّة النكاح [١]*.

واختلفوا هل يُجبِر العبْدَ علىٰ النكاح سيّدُه، والوصيُّ محجورَه البالغَ، أم ليس يـجبره؟ فقال مالك: يُجبر السيدُ عبدَه علىٰ النكاح [٢]**، وبه قال أبو حنيفة [٣].

---

* اتّفق علماء الإماميّة علىٰ أنّه لا ولاية للأب والجد على الذكر البالغ الرشيد، ولذا فيكون رضاه معتبراً في صحة النكاح. (الحدائق الناضرة ٢٣: ٢٣٤، جواهر الكلام ٢٩: ١٨٦).

** لا خلاف عند الإماميّة في جواز إجبار المولى مملوكته أو عبده علىٰ النكـاح؛ لأنّ المولى مالك لمنافعهما إجماعاً وفتوى، ودليلاً كتاباً وسنّةً، والنـصوص بـهما←

---

١. التهذيب للبغوي ٥: ٢٦٥، وأنظر: البيان للعمراني ٩: ١٦٦، والمغني لابن قدامة ٧: ٣٩٣.

٢. عيون المجالس ٣: ١٠٥٢، المنتقىٰ للباجي ٣: ٣٣٧.

٣. المبسوط للسرخسي ٥: ١٠٧، الهداية للمرغيناني ١: ٢٣٥.

وقال الشافعي: لا يجبره [١]. والسبب في اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد أم ليس من حقوقه [٢]؟ وكذلك اختلفوا في جبر الوصيّ محجوره، والخلاف في ذلك موجود في المذهب [٣]. وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له، أم ليس بمصلحة وإنّما طريقه الملاذّ؟ وعلىٰ القول بأنّ النكاح واجب ينبغي أن لايتوقّف في ذلك.

وأمّا النساء اللّاتي يعتبر رضاهنّ في النكاح، فاتّفقوا علىٰ اعتبار رضا الثيّب البالغ [٤]*؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «والثيّب تعرب عن نفسها» [٥]، إلّا ما حكي عن الحسن البصري [٦].

واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيّب الغير البالغ ما لم يكن ظهر منها الفساد، فأمّا البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلىٰ: للأب فقط أن يجبرها علىٰ النكاح [٧]، وقال

← ـ كما اعترف به في الرياض ـ مستفيضة، بل متواترة. ففي الحديث الحسن عن مملوك تزوّج بغير إذن سيده، فقال: «ذاك إلىٰ سيّده، إن شاء أجازه وإن شاء فرّق بينهما». (جامع المقاصد ١٢: ٩٥، رياض المسائل ١٠: ١٠٥ ـ ١٠٦، جواهر الكلام ٢٩: ١٨٧).

* اجمع علماء الإماميّة علىٰ أنّ الثيّب التي ذهبت بكارتها بالجماع لا ولاية للأب ولا لغيره عليها مع بلوغها ورشدها، واستدلّ له ـ مضافاً إلىٰ الإجماع ـ بالأصل، والعمومات، والصحاح المستفيضة. (تذكرة الفقهاء ٢: ٥٨٦ (حجري)، رياض المسائل ١٠: ٨٩، ٩٤، مسالك الأفهام ٧: ١٤٣).

---

١. هذا هو القول الجديد، والقديم: له إجباره، أنظر: الحاوي الكبير ٩: ١٣٨، البيان للعمراني ٩: ١٩٠.

٢. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٩٢، البيان للعمراني ٩: ١٩٠، المبسوط للسرخسي ٥: ١٠٧.

٣. أنظر: الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٣٢، المعونة ٢: ٧٣٣.

٤. الإجماع لابن المنذر: ١٣٨، فتح المالك ٧: ١٩٥، المغني لابن قدامة ٧: ٣٨٥، بدائع الصنائع ٣: ٣٥٨، ٣٥٩.

٥. سنن ابن ماجة ١: ٦٠٢، كتاب النكاح، باب استئمار البكر، الحديث ١٨٧٢، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ١٢٣، كتاب النكاح، باب إذن البكر الصمت وإذن الثيّب بالكلام.

٦. حكاه عنه في فتح المالك ٧: ١٩٥، والمغني لابن قدامة ٧: ٣٨٥.

٧. فتح المالك ٧: ١٦٢، التهذيب للبغوي ٥: ٢٥٥، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٥٥. وذكر الأخيران أنّ الشافعي يرىٰ ذلك للجدّ أيضاً.

أبوحنيفة والثوري والأوزاعي وأبو ثور وجماعة: لابدّ من اعتبار رضاها [١]. ووافقهم مالك في البكر المعنسة علىٰ أحد القولين عنه [٢]*.

وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا للعموم، وذلك أنّ ما روي عنه عليه الصلاة والسلام من قوله: «لاتُنكح اليتيمة إلّا بإذنها» [٣] وقوله «تستأمر اليتيمة في نفسها» [٤] أخرجه أبو داود، والمفهوم منه بدليل الخطاب أنّ ذات الأب بخلاف اليتيمة، وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عباس المشهور: «والبكر تستأمر» [٥] يوجب بعمومه استئمار

---

* اختلفت الإماميّة في ثبوت الولاية للأب والجدّ علىٰ البكر البالغة الرشيدة علىٰ أقوال، منها: استقلال الوليّ بالولاية، واستقلالها هي، والتشريك بمعنى اعتبار إذنهما معاً، وذلك نظراً لاختلاف الروايات في المسألة.

والقول الأوّل نسب اختياره إلىٰ جملةٍ من الأصحاب، وأصرّ عليه صاحب الحدائق، وتدلّ عليه نصوص كثيرة صحيحة السند.

والثاني هو المشهور بينهم نقلاً وتحصيلاً بين القدماء والمتأخّرين، بل ادّعي عليه الإجماع في كلمات السيد المرتضى، ويقتضيه من الأدلّة العامّة إطلاقات الآيات والنصوص الواردة في النكاح، مضافاً إلىٰ النصوص الخاصّة.

والقول الأخير احتاط به صاحب العروة الوثقى والإمام الخميني، وجعله السيد الخوئي هو المتعيّن في المقام؛ لما فيه من الجمع بين النصوص في المسألة. (مسالك الأفهام ٧: ١٢٠ ـ ١٢١، مستند الشيعة ١٦: ١٠٤ ـ ١٢٠، جواهر الكلام ٢٩: ١٧٤ ـ ١٧٦، العروة الوثقى ٥: ٦٢٣ ـ ٦٢٤، تحرير الوسيلة ٢: ٧٠٨، التنقيح في شرح العروة الوثقىٰ ٣٣: ٢١٥).

---

١. المبسوط للسرخسي ٥: ٣، وحكاه عنهم في فتح المالك ٧: ١٦٣، وعيون المجالس ٣: ١٠٤٤.

٢. الكافي في فقه أهل المدينة ٢٣١، المعونة ٢: ٧١٩.

٣. سنن الدارقطني ٣: ٢٣٠ كتاب النكاح، الحديث ٣٧، سنن البيهقي ٧: ١٢٠.

٤. أخرجه أبو داود في السنن ٢: ٢٣١، كتاب النكاح، باب في الاستئمار، الحديث ٢٠٩٣.

٥. تقدّم تخريجه آنفاً.

كلّ بكر، والعموم أقوىٰ من دليل الخطاب، مع أنّه خرّج مسلم في حديث ابن عباس زيادة، وهو أنّه قال عليه الصلاة والسلام: «والبكر يستأذنها أبوها» [١] وهو نصّ في موضع الخلاف.

وأمّا الثيّب الغير البالغ، فإنّ مالكاً وأبا حنيفة قالا: يجبرها الأب علىٰ النكاح [٢]*، وقال الشافعي: لايجبرها [٣]، وقال المتأخّرون: إنّ في المذهب فيها ثلاثة أقوال: قول: إنّ الأب يجبرها ما لم تبلغ بعد الطلاق، وهو قول أشهب، وقول: إنّه يجبرها وإن بلغت، وهو قول سحنون، وقول: إنّه لايجبرها وإن لم تبلغ، وهو قول أبي تمام. والذي حكيناه عن مالك هو الذي حكاه أهل مسائل الخلاف؛ كابن القصّار وغيره عنه [٤].

وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم، وذلك أنّ قوله عليه الصلاة والسلام: «تُستأمر اليتيمة في نفسها، ولاتُنكح اليتيمة إلّا بإذنها» [٥] يفهم منه أنّ ذات الأب لاتستأمر إلّا ما أجمع عليه الجمهور من استئمار الثيّب البالغ، وعموم قوله عليه الصلاة والسلام: «والثيّب أحقّ بنفسها من وليّها» [٦] يتناول البالغ وغير البالغ، وكذلك قوله: «لاتنكح الأيم حتّىٰ تُستأمر،

---

* لا إشكال عند الإماميّة في أنّه تثبت ولاية الأب والجد للأب علىٰ الصغيرة وإن ذهبت بكارتها بوطء أو غيره، ضرورة كون المدار في ولايتهما عليها صغرها لا بكارتها، وحينئذٍ فلو عقداها أو أحدهما فلا خيار لها بعد بلوغها علىٰ أشهر الروايتين.

وقال صاحب الجواهر: لم أجد عاملاً بالرواية المخالفة، بل لا بأس بوصفها بالشذوذ الذي أُمرنا بالإعراض عن أمثالها معه. (جواهر الكلام ٢٩: ١٧٢، مسالك الأفهام ٧: ١١٨، مستند الشيعة ١٦: ١٢٨).

---

١. صحيح مسلم ٢: ١٠٣٧، كتاب النكاح، باب استئذان الثيّب في النكاح، الحديث ١٤٢١/٦٨.

٢. عيون المجالس ٣: ١٠٤٧، الهداية للمرغيناني ١: ٢١٥ ـ ٢١٦، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٥٦.

٣. الأم ٥: ٣٠، الحاوي الكبير ٩: ٦٦.

٤. المقدّمات الممهّدات ١: ٤٧٧، القبس لابن العربي ٣: ٤٢.

٥. تقدّم تخريجه آنفاً.

٦. صحيح مسلم ٢: ١٠٣٧، كتاب النكاح، باب استئذان الثيّب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، الحديث ١٠٣٧/٦٧، سنن النسائي ٦: ٨٤، كتاب النكاح، باب استئذان البكر في نفسها.

ولاتُنكح البكر حتّىٰ تُستأذن»[١] يدلّ بعمومه علىٰ ما قاله الشافعي[٢].

ولاختلافهم في هاتين المسألتين سبب آخر، وهو استنباط القياس من موضع الإجماع، وذلك أنّهم لمّا أجمعوا علىٰ أنّ الأب يجبر البكر غير البالغ، وأنّه لايجبر الثيّب البالغ[٣] إلّا خلافاً شاذّاً فيهما جميعاً كما قلنا، اختلفوا في موجب الإجبار: هل هو البكارة أو الصغر؟ فمن قال: الصغر، قال: لاتُجبر البكر البالغ، ومن قال: البكارة قال: تُجبر البكر البالغ ولاتُجبر الثيّب الصغيرة، ومن قال: كلّ واحدٍ منهما يوجب الإجبار إذا انفرد قال: تُجبر البكر البالغ والثيّب الغير البالغ. والتعليل الأوّل تعليل أبي حنيفة[٤]، والثاني تعليل الشافعي[٥]، والثالث تعليل مالك[٦] والأصول أكثر شهادةً لتعليل أبي حنيفة.

واختلفوا في الثيوبة التي ترفع الإجبار وتوجب النطق بالرضا أو الردّ، فذهب مالك وأبو حنيفة إلىٰ أنّها الثيوبة التي تكون بنكاحٍ صحيحٍ أو شبهة نكاح أو ملك، وأنّها لاتكون بزنا ولا بغصب[٧]، وقال الشافعي: كلّ ثيوبة ترفع الإجبار[٨]*.

---

* قال العلّامة الحلّي: «الثيّب هي التي زالت بكارتها بالجماع، فإن زالت بوطءٍ في النكاح أو الملك أو الشبهة فهي ثيّب تُستأمر وتُستأذن إن كانت كبيرة، وإن كانت صغيرة كان للأب والجدّ للأب إجبارها علىٰ النكاح. وأمّا إذا زالت بكارتها بالزنا، فإن كانت ←

١. السنن الكبرى للبيهقي ٧: ١٢٢، كتاب النكاح، باب إذن البكر الصمت وإذن الثيّب الكلام، سنن النسائي ٦: ٨٦، كتاب النكاح، باب إذن البكر.

٢. التهذيب للبغوي ٥: ٢٥٦، البيان للعمراني ٩: ١٥٧، الحاوي الكبير ٩: ٦٧.

٣. البيان للعمراني ٩: ١٥٤، ١٥٧.

٤. الهداية للمرغيناني ١: ٢١٣، بدائع الصنائع ٣: ٣٥٧، ٣٥٨.

٥. البيان للعمراني ٩: ١٥٥، ١٥٧، الوسيط ٥: ٦٥.

٦. عيون المجالس ٣: ١٠٤٣، ١٠٤٧، المعونة ٢: ٧٢٠، ٧٢٣.

٧. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٣١ ـ ٢٣٢، المنتقى للباجي ٣: ٢٧٣، الهداية للمرغيناني ١: ٢١٤، المبسوط للسرخسي ٥: ٧.

٨. البيان للعمراني ٩: ١٥٧ ـ ١٥٨، الوجيز ٢: ٥، الحاوي الكبير ٩: ٦٨.

وسبب اختلافهم هل يتعلّق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام: «الثيّب أحقّ بنفسها من وليّها»[١] بالثيوبة الشرعية أم بالثيوبة اللغوية؟

واتّفقوا علىٰ أنّ الأب يجبر ابنه الصغير علىٰ النكاح، وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولايستأمرها[٢]؛ لما ثبت أنّ رسول الله ﷺ تزوّج عائشة رضي الله عنها بنت ستّ أو سبع، وبنىٰ بها بنت تسع بإنكاح أبي بكر أبيها ﷺ[٣] إلّا ما روي من الخلاف عن ابن شُبرُمة[٤].

واختلفوا من ذلك في مسألتين:

إحداهما: هل يزوّج الصغيرة غير الأب؟

والثانية: هل يزوّج الصغير غير الأب؟

← صغيرة لم يعتدّ بإذنها في الصغر، ولا إذا بلغت عندنا، ولايكفي سكوتها في الإذن؛ لخروجها عن كونها بكراً؛ لأنّ بكارتها ذهبت بالوطء، فكان إذنها بالنطق كالموطوء بالنكاح الصحيح، ولأن الحياء يغلب في البكر، فلهذا اكتفى الشارع بسكوتها، بخلاف الموطوءة التي قد باشرت الرجال، بل الزانية أولىٰ بالاستنطاق... ولو زالت بكارتها بطفرة أو وثبة أو سقطة أو بالإصبع... فالأقرب أنّها كالأبكار؛ لأنّ حكم الأبكار تزول باختيار الرجال، ولم يحصل ولم تمارس الرجال، فهي على حيائها». وفاقاً للشيخ الطوسي في الخلاف، واختاره الشهيد الثاني في مسالك الأفهام. إلّا أنّ النراقي خالف في من ذهبت بكارتها بالزنا، فذكر أنّ ولاية الأب باقية عليها؛ لعدم معلومية صدق الثيّب، فيستصحب الحكم. (الخلاف ٤: ٢٦٥، تذكرة الفقهاء ٢: ٥٨٧ (حجري)، مسالك الأفهام ٧: ١٤٤، مستند الشيعة ١٦: ١٢٣).

---

١. تقدّم استخراجه آنفاً.

٢. المعونة ٢: ٧١٨، ٧٣٣، مختصر اختلاف الفقهاء ٢: ٢٥٧، الهداية للمرغيناني ١: ٢١٥.

٣. صحيح البخاري ٧: ٢٩، كتاب النكاح، باب إنكاح الرجل ولده الصغار، الحديث ٦٦، صحيح مسلم ٢: ١٠٣٩، كتاب النكاح، باب تزويج الأب البكر الصغيرة، الحديث ٧٠، ١٤٢٢/٧٢.

٤. حكاه عنه في الشروط الصغير ٢: ٦٧٣، ومختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٥٧، والمبسوط للسرخسي ٤: ٢٣٦.

فأمّا هل يزوّج الصغيرة غير الأب أم لا؟ فقال الشافعي: يزوّجها الجدّ أبو الأب والأب فقط [١]. وقال مالك: لايزوّجها إلّا الأب فقط أو من جعل الأب له ذلك إذا عيَّن الزوج، إلّا أن يخاف عليها الضيعة والفساد [٢]. وقال أبو حنيفة: يزوّج الصغيرة كلّ من له عليها ولاية، من أب أو قريب وغير ذلك، ولها الخيار إذا بلغت [٣]*.

وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس، وذلك أنّ قوله عليه الصلاة والسلام «والبكر تُستأمر، وإذنها صماتها» [٤] يقتضي العموم في كلّ بكرٍ، إلّا ذات الأب التي خصّصها الإجماع، إلّا الخلاف الذي ذكرناه، وكون سائر الأولياء معلوماً منهم النظر والمصلحة لوليّتهم يوجب أن يلحقوا بالأب في هذا المعنىٰ، فمنهم من ألحق به جميع الأولياء، ومنهم من ألحق به الجدّ

---

* اختلف فقهاء الإماميّة في ولاية الجدّ للأب ـ أي أبي الأب ـ في النكاح للصغير والصغيرة هل هي مشروطة بحياة الأب أم لا؟ اختار الاشتراط الشيخ الصدوق والشيخ الطوسي والاسكافي والحلبي وابن زهرة وابن حمزة والنراقي ـ بل ادّعي عليه الإجماع في الخلاف ـ مستدلّين عليه بالأصل، واختصاص أخبار ولاية الجدّ طراً بما إذا كان الأب حيّاً.

وذهب إلىٰ عدم اشتراط ولاية الجد بحياة الأب ولا موته الشيخ المفيد والحلّي والفاضلان وصاحب العروة الوثقى من متأخّري المتأخّرين، وجمع ممن علّق علىٰ عبارته، وذلك للاستصحاب، وكونه أقوىٰ عند التعارض، ولايفوت الأقوى بفوت الأضعف، ولصحيح ابن سنان: «الذي بيده عقدة النكاح هو وليّ أمرها». (لاحظ: الخلاف ٤: ٢٦٥، مستند الشيعة ١٦: ١٢٨ ـ ١٢٩، العروة الوثقى ٥: ٦٢٥).

---

١. الأم ٥: ٣٣، التهذيب للبغوي ٥: ٢٥٥، ٢٥٦، البيان للعمراني ٩: ١٥٤.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ١٥٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٣١، المعونة ٢: ٧٢٢.

٣. مختصر القدوري: ١٤٦، الهداية للمرغيناني ١: ٢١٥.

٤. تقدّم تخريجه آنفاً.

فقط؛ لأنّه في معنى الأب إذ كان أباً أعلىٰ وهو الشافعي [١]. ومن قصر ذلك علىٰ الأب رأىٰ أنّ ما للأب في ذلك غير موجود لغيره: إمّا من قبل أنّ الشرع خصّه بذلك، وإمّا من قبل أنّ ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لايوجد في غيره، وهو الذي ذهب إليه مالك ﷺ [٢] وما ذهب إليه أظهر، ـ والله أعلم ـ إلّا أن يكون هنالك ضرورة.

وقد احتجّ الحنفية بجواز إنكاح الصغار غيرُ الآباء بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ [٣] قال: و«اليتيم» لايـنطلق إلّا علىٰ غير البالغة [٤].

والفريق الثاني قالوا: إنّ اسم «اليتيم» قد ينطلق علىٰ البالغة، بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: «تُستأمر اليتيمة» والمستأمرة هي من أهل الإذن، وهي البالغة، فيكون لاختلافهم سبب آخر وهو اشتراك اسم اليتيم.

وقد احتج أيضاً من لم يجز نكاح غير الأب لها بقوله عليه الصلاة والسلام: «تُستأمر اليتيمة في نفسها» [٥] قالوا: والصغيرة ليست من أهل الاستئمار باتّفاق، فوجب المنع [٦]. ولأولئك أن يقولوا: إنّ هذا حكم اليتيمة التي هي من أهل الاستئمار، وأمّا الصغيرة فمسكوت عنها.

وأمّا هل يُزوّج الوليُّ غيرُ الأب الصغيرَ؟ فإنّ مالكاً أجازه للوصي، وأبا حنيفة أجازه للأولياء، إلّا أنّ أبا حنيفة أوجب الخيار له إذا بلغ، ولم يوجب ذلك مالك [٧]،

---

١. الأُمّ ٥: ٣٣.

٢. عيون المجالس ٣: ١٠٤٤، المعونة ٢: ٧٢٣.

٣. سورة النساء: ٣.

٤. أنظر: مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٥٨ ـ ٢٥٩، أحكام القرآن للجصّاص ٢: ٥١ ـ ٥٢.

٥. تقدّم تخريجه آنفاً.

٦. أنظر: فتح المالك ٧: ١٦٥، وأحكام القرآن للجصّاص ٢: ٥١ ـ ٥٢.

٧. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ١٧٣، التفريع ٢: ٣٠، عيون المجالس ٣: ١٠٧٥ ـ ١٠٧٦، المبسوط للسرخسي ٤: ٢٣٦ ـ ٢٣٧، مختصر القدوري: ١٤٦، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٥٧.

وقال الشافعي: ليس لغير الأب إنكاحه [١]*.

وسبب اختلافهم قياس غير الأب في ذلك علىٰ الأب، فمن رأى أنّ الاجتهاد الموجود فيه الذي جاز للأب به أن يزوّج الصغير من ولده لايوجد في غير الأب، لم يجز ذلك، ومن رأى أنّه يوجد فيه أجاز ذلك. ومن فرّق بين الصغير في ذلك والصغيرة فلأنّ الرجل يملك الطلاق إذا بلغ، ولاتملكه المرأة، ولذلك جعل أبو حنيفة لهما الخيار إذا بلغا.

---

* اختلف فقهاء الإماميّة في ثبوت ولاية التزويج للوصي علىٰ الصغير والصغيرة علىٰ أقوال:

الأوّل: نفي ولاية الوصي مطلقاً، وقد اختاره جماعة، بل هو المشهور كما في المسالك وغيرها؛ للأصل، وعدم قابلية نقل الولاية من حيث القرابة بعد الموت.

الثاني: ثبوت ولايته مطلقاً، ذهب إليه جماعة، وقوّاه في الجواهر، ووجهه: أنّ الوصي العامّ قد فوّض إليه الموصي ماكان له فيه الولاية، وتصرّفاته كلّها منوطة بالغبطة، وقد تتحقّق الغبطة في نكاح الصغير من ذكر أو أنثى بوجود كفوء لايتفق في كلّ وقت.. ولصحيح محمّد بن مسلم وأبي بصير كلاهما عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الذي بيده عقد النكاح، قال: «هو الأب والأخ والموصىٰ إليه». ونحوه رواية أبي بصير.

الثالث: ثبوتها إذا نصّ الموصي علىٰ النكاح وعدمه، وقد حكي عن الخلاف والجامع للشرائع وجامع المقاصد وغيرهم، وحجّتهم أنّه مع التفويض ينتقل، فلاينقطع بالموت، وأنّ الوصية تثبت بالمال فكذا في النكاح، ولعموم قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ ...﴾. (الخلاف ٤: ٢٥٤، مسالك الأفهام ٧: ١٤٨، مستند الشيعة ١٦: ١٣٨، جواهر الكلام ٢٩: ١٨٩).

---

١. الأم ٥: ٣٣، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٧، البيان للعمراني ٩: ١٨٤.

وأمّا **الموضع الثالث**: وهو هل يجوز عقد النكاح علىٰ الخيار؟ فإنّ الجمهور علىٰ أنّه لا يجوز [١]، وقال أبو ثور: يجوز [٢]*.

والسبب في اختلافهم تردّد النكاح بين البيوع التي لا يجوز فيها الخيار، والبيوع التي يجوز فيها الخيار. أو نقول: إنّ الأصل في العقود أنْ لا خيار إلّا ما وقع عليه النصّ، وعلىٰ المثبت للخيار الدليلُ. أو نقول: إنّ أصل منع [٣] الخيار في البيوع هو الغرر، والأنكحة لا غرر فيها؛ لأنّ المقصود بها المكارمة لا المكايسة [٤]، ولأنّ الحاجة إلىٰ الخيار والرؤية في النكاح أشدّ منه في البيوع.

وأمّا **[الموضع الرابع]**: تراخي القبول من أحد الطرفين عن العقد، فأجاز مالك من ذلك التراخي اليسير [٥]، ومنعه قوم وأجازه قوم، وذلك مثل أن ينكح الوليّ امرأةً بغير إذنها، فيبلغها النكاح فتجيزه.

---

* المشهور بطلان العقد عند الإماميّة لو اشترط الخيار، لأنّ النكاح ليس من عقود المعاوضات القابلة لخيار الشرط، بل فيه شائبة العبادة، فالشرط يخرجه عن وضعه. وذهب ابن إدريس منهم إلىٰ صحّة العقد وفساد الشرط؛ لوجود المقتضي لصحة العقد باجتماع شرائط الصحة فيه كما هو المفروض، وانتفاء الموانع، وليس إلّا اشتراط الخيار فيه. (الخلاف ٤: ٢٩٢، مختلف الشيعة ٧: ١١٩ ـ ١٢٠، الحدائق الناضرة ٢٣: ١٨٤، السرائر ٢: ٥٧٥).

---

١. التفريع ٢: ٣٤، الاشراف لابن المنذر ١: ٥٩، بدائع الصنائع ٣: ٥٩٩، المقدّمات الممهّدات ١: ٤٨٠، المغني لابن قدامة ٧: ٤٥١.

٢. الاشراف لابن المنذر ١: ٥٩، المغني لابن قدامة ٧: ٤٥٢.

٣. هكذا في جميع النسخ عندنا، ولعلّ الصواب: وَضْع.

٤. كايَسَهُ: غلبه. أنظر: لسان العرب ٦: ٢٠٢ مادة: «كيس».

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ١٥٧ ـ ١٥٨، التفريع ٢: ٣٢، عيون المجالس ٣: ١٠٣٩ ـ ١٠٤٠.

وممّن منعه مطلقاً الشافعي [١]، وممّن أجازه مطلقاً أبو حنيفة وأصحابه [٢]*، والتفرقة بين الأمد الطويل والقصير لمالك.

وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين في وقت واحد معاً أم ليس ذلك من شرطه؟ ومثل هذا الخلاف عرض في البيع.

---

* ذكر غير واحد من علماء الإماميّة أنّه يشترط الموالاة بين الإيجاب والقبول، وأنّه تكفي الموالاة العرفية منها. وذكروا أنّ الأصل في ذلك إنّما هو ارتباط المستثنىٰ بالمستثنىٰ منه، حيث إنّه إذا فصل بينهما لم يكن أحدهما مرتبطاً بالآخر. (التنقيح في شرح العروة ٣٣: ١٤٤، تذكرة الفقهاء ٢: ٥٨٣ حجري).

---

١. الأم ٥: ٣٠، البيان للعمراني ٩: ١٣٦ ـ ١٣٧.

٢. المبسوط للسرخسي ٥: ٩، بدائع الصنائع ٣: ٣٢٥.

الركن الثاني في شروط العقد

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأوّل: في الأولياء، الثاني: في الشهود، الثالث: في الصداق.

الفصل الأوّل في الأولياء

والنظر في الأولياء في مواضع أربعة:

الأوّل: في اشتراط الولاية في صحّة النكاح.

الموضع الثاني: في صفة الوليّ.

الثالث: في أصناف الأولياء وترتيبهم في الولاية، وما يتعلّق بذلك.

الرابع: في عضل الأولياء من يلونهم، وحكم الاختلاف الواقع بين الوليّ والمولّىٰ عليه.

الموضع الأوّل: اختلف العلماء: هل الولاية شرط من شروط صحّة النكاح أم ليست بشرط؟ فذهب مالك إلىٰ أنّه لايكون نكاح إلّا بوليّ، وأنّها شرط في الصحّة في رواية أشهب عنه[1]، وبه قال الشافعي[2]. وقال أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهري: إذا عقدت المرأة نكاحها بغير وليّ وكان كفوءاً جاز[3]. وفرّق داود بين البكر والثيّب فقال باشتراط

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ١٦٥، الاستذكار ١٦: ٣٥.

٢. الأم ٥: ٣١ ـ ٣٢، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٢، البيان للعمراني ٩: ١٢٩.

٣. الهداية للمرغيناني ١: ٢١٣، مختصر القدوري: ١٤٦، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٤٧، حلية العلماء ٦: ٣٢٤، الاستذكار ١٦: ٣٥.

الوليّ في البكر وعدم اشتراطه في الثيّب [١] *.

ويتخرّج علىٰ رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع: إنّ اشتراطها سنّة لا فرض، وذلك أنّه روي عنه أنّه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير وليّ، وأنّه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلاً من الناس علىٰ إنكاحها، وكان يَستحبّ أن تقدّمَ الثيبُ وليّها ليعقد عليها [٢]، فكأنّه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحّة، بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك، أعني أنّهم يقولون: إنّها من شروط الصحّة [٣] لا من شروط التمام.

وسبب اختلافهم أنّه لم تأت آية ولا سنّة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح، فضلاً عن أن يكون في ذلك نصّ، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلّها محتملة، وكذلك الآيات والسنن التي يحتجّ بها من يشترط إسقاطها هي أيضاً محتملة في ذلك، والأحاديث ـ مع كونها محتملة في ألفاظها ـ مختلف في صحتها، إلّا حديث ابن عباس، وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل؛ لأنّ الأصل براءة الذمة.

ونحن نورد مشهور ما احتجّ به الفريقان، ونبيّن وجه الاحتمال في ذلك: فمِن أظهر ما يَحتجّ به من الكتاب من اشترط الولاية قوله تعالى: ﴿وَإِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْواجَهُنَّ﴾ [٤] قالوا: وهذا خطاب للأولياء، ولو لم يكن لهم حقّ في

---

* المشهور بين الإماميّة، بل عليه الإجماع: أنّ الولاية ثابتة للأب والجدّ في نكاح الصغيرة والصغير، واستدلّ له ـ بعد الإجماع ـ بالنصوص الكثيرة، خلافاً للثيّب والولد مع البلوغ والرشد فلا ولاية عليهما، وأمّا البكر البالغة الرشيدة فقد تقدّمت الاشارة إلى أنّ فيها ثلاثة أقوال، فراجع. (مسالك الأفهام ٧: ١١٨ ـ ١٤٣، مستند الشيعة ١٦: ١٠٥ ـ ١٢٥، جواهر الكلام ٢٩: ١٧٢ ـ ١٧٥).

---

١. المحلّى بالآثار ٩: ٤٥٥، عيون المجالس ٣: ١٠٣٧.

٢. الاستذكار ١٦: ٣٥، عيون المجالس ٣: ١٠٣٤.

٣. المعونة ٢: ٧٢٧.

٤. سورة البقرة: ٢٣٢.

الولاية لما نهوا عن العضل [١]. وقوله تعالى: ﴿وَلَاتُنكِحُواْ الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُواْ﴾ [٢] قالوا: وهذا خطاب للأولياء أيضاً [٣].

ومِن أشهر ما احتجّ [٤] به هؤلاء من الأحاديث ما رواه الزهري، عن عروة، عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «أيّما امرأة نُكحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل (ثلاث مرات) وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن اشتجروا فالسلطان وليّ من لا وليّ له» خرّجه الترمذي، وقال فيه: حديث حسن [٥].

وأمّا ما احتجّ [٦] به مَن لم يشترط الولاية من الكتاب والسنّة فقوله تعالى: ﴿فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيما فَعَلْنَ فِى أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [٧] قالوا: وهذا دليل علىٰ جواز تصرّفها في العقد علىٰ نفسها. قالوا: وقد أضاف إليهنّ في غير ما آية من الكتاب الفعل، فقال: ﴿أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْواجَهُنَّ﴾ [٨]، وقال: ﴿حَتّىٰ تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [٩].

وأمّا من السنّة فاحتجّوا بحديث ابن عباس المتّفق علىٰ صحته، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «الأيم أحقّ بنفسها من وليّها، والبكر تُستأمر في نفسها، وإذنها صماتها» [١٠ و ١١].

---

١. الاستذكار ١٦: ٤٤، المنتقى للباجي ٣: ٢٦٨، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٣، البيان للعمراني ٩: ١٣٠.

٢. سورة البقرة: ٢٢١.

٣. المقدّمات الممهّدات ١: ٤٧١.

٤. لاحظ الاستدلال في المنتقى ٣: ٢٦٨، وفي البيان للعمراني ٩: ١٣١.

٥. سنن الترمذي ٣: ٤٠٧ ـ ٤٠٨، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلّا بوليّ، الحديث ١١٠٢.

٦. أنظر: المبسوط للسرخسي ٥: ١٢، بدائع الصنائع ٣: ٣٧٢ ـ ٣٧٣.

٧. سورة البقرة: ٢٣٤.

٨. سورة البقرة: ٢٣٢.

٩. سورة البقرة: ٢٣٠.

١٠. صحيح مسلم ٢: ١٠٣٧، كتاب النكاح، باب استئذان الثيّب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، الحديث ١٤٢١/٦٦. وقال الغماري في الهداية: «وقوله: المتفق علىٰ صحته، إن أراد أنّه مخرج في الصحيحين علىٰ ما هو المصطلح في هذه العبارة فليس كذلك، فإنّ البخاري لم يخرّجه، وإنّما خرّجه مسلم» الهداية في تخريج أحاديث البداية ٦: ٣٧٥ ـ ٣٧٦.

١١. المبسوط للسرخسي ٥: ١٢، بدائع الصنائع ٣: ٣٧٣.

وبهذا الحديث احتجّ داود في الفرق عنده بين الثيّب والبكر في هذا المعنىٰ[١]. فهذا مشهور ما احتجّ به الفريقان من السماع.

فأمّا قوله تعالى: ﴿فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ﴾[٢] فليس فيه أكثر من نهي قرابة المرأة وعصبتها أن يمنعوها النكاح، وليس نهيهم عن العضل ممّا يفهم منه اشتراط إذنهم في صحّة العقد، لا حقيقةً ولا مجازاً، أعني: بوجه من وجوه أدلّة الخطاب الظاهرة أو النصّ، بل قد يمكن أن يفهم منه ضدّ هذا، وهو أنّ الأولياء ليس لهم سبيل علىٰ من يلونهم.

وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾[٣] هو أن يكون خطاباً لأولي الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أحرىٰ منه أن يكون خطاباً للأولياء، وبالجملة: فهو متردّد بين أن يكون خطاباً للأولياء أو لأولي الأمر.

فمن احتجّ بهذه الآية فعليه البيان أنّه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولي الأمر. فإن قيل: إنّ هذا عام، والعام يشمل ذوي الأمر والأولياء، قيل: إنّ هذا الخطاب إنّما هو خطاب بالمنع، والمنع بالشرع، فيستوي فيه الأولياء وغيرهم، وكون الوليّ مأموراً بالمنع بالشرع لايوجب له ولايةً خاصةً في الإذن، أصله الأجنبي، ولو قلنا: إنّه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إذنهم في صحّة النكاح لكان مجملاً، لايصحّ به عمل؛ لأنّه ليس فيه ذكر أصناف الأولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم، والبيان لايجوز تأخيره عن وقت الحاجة، ولو كان في هذا كلّه شرع معروف لنُقل تواتراً أو قريباً من التواتر؛ لأنّ هذا ممّا تعم به البلوى، ومعلوم أنّه كان في المدينة من لا وليّ له، ولم ينقل عنه ﷺ أنّه كان يعقد أنكحتهم، ولاينصب لذلك من يعقدها.

وأيضاً فإنّ المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية، وإنّما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات، وهذا ظاهر، والله أعلم.

---

١. المحلّىٰ بالآثار ٩: ٤٥٧.

٢. تقدّم آنفاً.

٣. تقدّم آنفاً.

وأمّا حديث عائشة فهو حديث مختلف في وجوب العمل به، والأظهر أنّ ما لايتّفق علىٰ صحته أنّه ليس يجب العمل به. وأيضاً فإن سلّمنا صحّة الحديث، فليس فيه إلّا اشتراط إذن الوليّ لمن لها وليّ ـ أعني: المولّىٰ عليها ـ وإن سلّمنا أنّه عام في كلّ امرأةٍ فليس فيه أنّ المرأة لاتعقد علىٰ نفسها ـ أعني: أن لاتكون هي التي تلي العقد ـ بل الأظهر منه: أنّه إذا أذن الوليّ لها جاز أن تعقد علىٰ نفسها دون أن تشترط في صحّة النكاح إشهاد الوليّ معها.

وأمّا ما احتجّ به الفريق الآخر من قوله تعالى: ﴿فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيما فَعَلْنَ فِى أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [١] فإنّ المفهوم منه النهي عن التثريب عليهنّ فيما استبددن بفعله دون أوليائهنّ، وليس هاهنا شيء يمكن أن تستبدّ به المرأة دون الوليّ إلّا عقد النكاح، فظاهر هذه الآية ـ والله أعلم ـ أنّ لها أن تعقد النكاح، وللأولياء الفسخ إذا لم يكن بالمعروف، وهو الظاهر من الشرع، إلّا أنّ هذا لم يقل به أحد، وأن يُحتجَّ ببعض ظاهر الآية ـ علىٰ رأيهم ـ ولا يحتجَّ ببعضها فيه ضَعف.

وأمّا إضافة النكاح إليهنّ فليس فيه دليل علىٰ اختصاصهنّ بالعقد، لكنّ الأصل هو الاختصاص، إلّا أن يقوم الدليل علىٰ خلاف ذلك.

وأمّا حديث ابن عباس [٢] فهو ـ لعمري ـ ظاهر في الفرق بين الثيّب والبكر؛ لأنّه إذا كان كلّ واحدٍ منهما يستأذن ويتولّى العقد عليهما الوليُّ فبماذا ـ ليت شعري ـ تكون الأيم أحقّ بنفسها من وليّها؟

وحديث الزهري [٣] هو أن يكون موافقاً هذا الحديث أحرىٰ من أن يكون معارضاً له، ويحتمل أن تكون التفرقة بينهما في السكوت والنطق فقط، ويكون السكوت كافياً في العقد، والاحتجاج بقوله تعالى: ﴿فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيما فَعَلْنَ فِى أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [٤] هو

---

١. تقدّم آنفاً.

٢. المتقدّم آنفاً.

٣. تقدم تخريجه آنفاً.

٤. تقدّم آنفاً.

أظهر في أنّ المرأة تلي العقد، من الاحتجاج بقوله: ﴿وَلَاتُنكِحُواْ الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُواْ﴾ [١] علىٰ أنّ الوليّ هو الذي يلي العقد.

وقد ضعّفت الحنفية [٢] حديث عائشة، وذلك أنّه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهري. وحكىٰ ابن علية عن ابن جريج أنّه سأل الزهري عنه، فلم يعرفه! قالوا: والدليل علىٰ ذلك أنّ الزهري لم يكن يشترط الولاية، ولا الولاية من مذهب عائشة [٣].

وقد احتجّوا [٤] أيضاً بحديث ابن عباس أنّه قال: «لا نكاح إلّا بوليّ وشاهدي عدل» [٥] ولكنّه مختلف في رفعه [٦]. وكذلك اختلفوا أيضاً في صحّة الحديث الوارد في نكاح النبي عليه الصلاة والسلام أم سلمة، وأمره لابنها أن يُنكحها إياه [٧].

وأمّا احتجاج الفريقين من جهة المعاني فمحتمل، وذلك أنّه يمكن أن يقال: إنّ الرشد إذا وجد في المرأة اكتفي به في عقد النكاح، كما يكتفىٰ به في التصرّف في المال، ويشبه أن يقال: إنّ المرأة مائلة بالطبع إلىٰ الرجال أكثر من ميلها إلىٰ تبذير الأموال، فاحتاط الشرع بأن جعلها محجورة في هذا المعنى علىٰ التأبيد، مع أنّ ما يلحقها من العار في إلقاء نفسها في غير موضع كفاءة يتطرّق إلىٰ أوليائها، لكن يكفي في ذلك أن يكون للأولياء الفسخ أو الحسبة، والمسألة محتملة كما ترى لكن الذي يغلب علىٰ الظنّ أنّه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبيّن جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم، فإنّ تأخُّر البيان عن وقت الحاجة لايجوز، فإذا كان لايجوز عليه ـ عليه الصلاة والسلام ـ تأخير البيان عن وقت الحاجة، وكان عموم

---

١. سورة البقرة: ٢٢١.

٢. المبسوط للسرخسي ٥: ١٢، بدائع الصنائع ٣: ٣٧٥.

٣. أنظر: سنن الترمذي ٣: ٤١٠، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلّا بوليّ، ذيل الحديث ١١٠٨، وفتح المالك ٧: ١٥٣.

٤. البيان للعمراني ٩: ١٣٠ ـ ١٣١، الحاوي الكبير ٩: ٦١.

٥. سنن الدارقطني ٣: ٢٢١ ـ ٢٢٢، كتاب النكاح، الحديث ١١، السنن الكبرى ٧: ١٢٤ كتاب النكاح، باب لا نكاح إلّا بولي مرشد.

٦. أنظر: فتح المالك ٧: ١٥٥، وبدائع الصنائع ٣: ٣٧٤.

٧. سنن النسائي ٦: ٨١ ـ ٨٢، كتاب النكاح، باب إنكاح الابن أُمّه، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ١٣١، كتاب النكاح، باب الابن يزوّجها إذا كان عصبة لها بغير البنوة.

البلوى في هذه المسألة يقتضي أن ينقل اشتراط الولاية عنه ﷺ تواتراً أو قريباً من التواتر، ثم لم ينقل، فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين: إمّا أنّه ليست الولاية شرطاً في صحّة النكاح، وإنّما للأولياء الحسبة في ذلك، وإمّا إن كان شرطاً فليس من صحتها تمييز صفات الوليّ وأصنافهم ومراتبهم، ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الوليّ الأبعد مع وجود الأقرب.

الموضع الثاني: وإمّا النظر في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها فإنّهم اتّفقوا على أنّ مِن شرط الولاية: الإسلام والبلوغ والذكورة، وأنّ سوالبها أضداد هذه، أعني: الكفر والصغر والأنوثة [1]*.

---

* عدّ جمع من فقهاء الإماميّة مسقطات الولاية: الكفر، وعدم الكمال بالبلوغ والرشد، والرقّية والإحرام. أمّا الكفر فلاشتراط الاسلام الولاية، فلا تثبت للكافر إجماعاً؛ لانتفاء السبيل، ولأنّ الإسلام يعلو ولايعلىٰ عليه.

وأمّا عدم الكمال بالبلوغ والرشد فلاشتراطهم الكمال بالبلوغ والرشد، فلا ولاية للصبي، ولا المجنون، ولا المغمىٰ عليه، ولا السكران الموجب سكره لذهاب عقله، قالوا: والوجه فيه أنّ هؤلاء لعجزهم عن اختيار الأزواج، والنظر في أحوالهم، وإدراك التفاوت بينهم المطلوب من الوليّ، لاتثبت لهم الولاية.

وأمّا الرقية فلاشتراطهم الحرية في الوليّ، فلا ولاية للمملوك على ولده؛ لأنّه لايقدر على شيء. وأمّا الإحرام فإنّه يسلب ولاية عقد النكاح إيجاباً وقبولاً بغير خلاف بينهم، وعليه تدلّ جملة من النصوص.

وأمّا اشتراط الذكورة فقد ذكر غير واحد من الأعلام أنّه لا ولاية للأمّ على الولد الصغير، بل قال في الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، إلّا من الاسكافي الذي يمكن تحصيل الإجماع على خلافه؛ للأصل، وظاهر النصوص، خصوصاً الحاصرة للولاية في غير الأمّ.

(مسالك الأفهام ٧: ١٩٥، كشف اللثام ٧: ٦٦ ـ ٦٧، الحدائق الناضرة ٢٣: ٢٦٧ ـ ٢٧١، جواهر الكلام ٢٩: ٢٣٤).

---

١. المقدّمات الممهّدات ١: ٤٧٣، الاجماع لابن المنذر: ١٣٩، مختصر القدوري: ١٤٦.

واختلفوا في ثلاثة: في العبد والفاسق والسفيه. فأمّا العبد فالأكثر علىٰ منع ولايته [١] * وجوّزها أبو حنيفة [٢].

وأمّا الرشد فالمشهور في المذهب، أعني: عند أكثر أصحاب مالك [٣] أنّ ذلك ليس من شرطها، أعني: الولاية، وبه قال أبو حنيفة [٤]. وقال الشافعي: ذلك من شرطها [٥] **، وقد روي عن مالك مثل قول الشافعي، وبقول الشافعي قال أشهب وأبو مصعب [٦].

وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال، فمن رأى أنّه قد يوجد الرشد في هذه الولاية مع عدمه في المال، قال: ليس من شرطه أن يكون رشيداً في المال، ومن رأى أنّ ذلك ممتنع الوجود، قال: لابدّ من الرشد في المال، وهما قسمان كما ترىٰ، أعني: أنّ الرشد

---

* لاريب عند الإماميّة في أنّ الرقّ من سوالب الولاية، فلا ولاية لمملوك علىٰ ولده، حرّاً كان أو عبداً، ذكراً أو أنثىٰ، بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر؛ للأصل، ولأنّه لايقدر علىٰ شيء، وليس له النكاح، فالإنكاح أولى. (جامع المقاصد ١٢: ١٠٤، كشف اللثام ٧: ٦٦، جواهر الكلام ٢٩: ٢٠٦).

** قرّب المحقق الثاني ـ وفاقاً للعلّامة في التذكرة ـ مانعية السفه في ولاية الوليّ؛ معلّلاً له بأنّه سبب في ثبوت الولاية علىٰ السفيه، فوجب أن لاتكون له ولاية علىٰ غيره. والمفهوم من ذلك اعتبار الرشد في الولاية هنا. (تذكرة الفقهاء ٢: ٦٠٠ (حجري)، جامع المقاصد ١٢: ١٠٦، كشف اللثام ٧: ٦٧).

---

١. المعونة ٢: ٧٤٠، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٨ ـ ٢٩، البيان للعمراني ٩: ١٤٥، المنتقىٰ للباجي ٣: ٢٧١.

٢. المعروف في فقه الحنفية خلاف ذلك. أنظر: مختصر القدوري: ١٤٦ بدائع الصنائع ٣: ٣٤٦، المحيط البرهاني ٣: ٤٢، الهداية للمرغيناني ١: ٢١٧، وحكاه أيضاً ابن المنذر عن أبي حنيفة في الاشراف ١: ٢٩.

٣. عقد الجواهر الثمينة ٢: ٤٢١، المنتقىٰ للباجي ٣: ٢٧١.

٤. راجع: بدائع الصنائع ٣: ٣٥٢.

٥. الأم ٥: ٢٤، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٩، التهذيب للبغوي ٥: ٢٦٠.

٦. المنتقىٰ للباجي ٣: ٢٧١، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٤٢١.

في المال غير الرشد في اختيار الكفاءة لها.

وأمّا العدالة فإنّما اختلفوا [١] * فيها من جهة أنّها نظر للمعنىٰ، أعني: هذه الولاية، فلايؤمن مع عدم العدالة أن لايختار لها الكفاءة، وقد يمكن أن يقال: إنّ الحالة التي بها يختار الأولياء لمولياتهم الكفء غير حالة العدالة، وهي خوف لحوق العار بهم، وهذه هي موجودة بالطبع، وتلك العدالة الأخرىٰ مكتسبة، ولنقص العبد يدخل الخلاف في ولايته كما يدخل في عدالته.

الموضع الثالث: وأمّا أصناف الولاية عند القائلين بها فهي: نسب، وسلطان، ومولى أعلىٰ وأسفل. ومجرّد الإسلام عند مالك صفة تقتضي الولاية علىٰ الدنيئة [٢] **.

واختلفوا في الوصي، فقال مالك: يكون الوصيّ وليّاً [٣] ومنع ذلك الشافعي [٤] ***.

---

* المشهور عند الإماميّة عدم اعتبار العدالة في الولاية، فيجوز للفاسق تزويج ابنته الصغيرة، سواء كان الفسق سابقاً أو متجدّداً، بل ادّعي عليه الإجماع. واستدلّوا له ـ بعد الإجماع ـ بإطلاق النصوص، كقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا ٱلأَيامىٰ مِنْكُمْ﴾. (الخلاف ٤: ٢٦٠، قواعد الاحكام ٣: ١٣، كشف اللثام ٧: ٧٠).

** أسباب الولاية عند الإماميّة خمسة: الأبوّة والجدودة والملك والسلطنة والوصاية على خلاف في الأخير. ولاتثبت بغير ذلك عندهم؛ كالعتق والعصوبة والبنوّة وغيرها. (تذكرة الفقهاء ٢: ٥٨٦ (حجري)، كشف اللثام ٧: ٥٧ ـ ٦٣، كتاب النكاح للشيخ الأنصاري: ١٤٢).

*** يظهر من فقهاء الإماميّة الإجماع علىٰ ثبوت الولاية للوصيّ في حالة بلوغ الموصىٰ عليه فاسد العقل إذا كان به ضرورة إلىٰ النكاح. ←

---

١. عيون المجالس ٣: ١٠٤٧ ـ ١٠٤٨، البيان للعمراني ٩: ١٤٦، بدائع الصنائع ٣: ٣٤٩.

٢. المعونة ٢: ٧٢٩ ـ ٧٣٠، المقدّمات الممهّدات ١: ٤٧٢ ـ ٤٧٣.

٣. المعونة ٢: ٧٣٢، التفريع ٢: ٣٠.

٤. الحاوي الكبير ٩: ١١٣، الوسيط ٥: ٦٧.

وسبب اختلافهم هل صفة الولاية ممّا يمكن أن يستناب فيها أم ليس يمكن ذلك؟

ولهذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة في النكاح، لكن الجمهور علىٰ جوازها[١] * إلّا أبا ثور[٢]. ولا فرق بين الوكالة والإيصاء؛ لأنّ الوصيّ وكيل بعد الموت، والوكالة تنقطع بالموت.

واختلفوا في ترتيب الولاية من النسب، فعند مالك أنّ الولاية معتبرة بالتعصيب، إلّا الابن، فمن كان أقرب عصبةً كان أحقّ بالولاية، والأبناء عنده أولىٰ وإن سفلوا، ثم الآباء، ثم الإخوة للأب والأم، ثم للأب، ثم بنو الإخوة للأب والأم، ثم للأب فقط، ثم الأجداد للأب وإن علوا[٣]. وقال المغيرة: الجدّ وأبوه أولىٰ من الأخ وابنه؛ لأنّه أصل، ثم العمومة علىٰ

← وعمّم البعض ولاية الوصيّ علىٰ تزويج الصغيرة في غير هذه الحالة أيضاً، مستدلّاً بالأصل، وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ...﴾ الآية، وجواز الوصية له بالنظر في مالها، فكذلك التزويج. (جواهر الكلام ٢٩: ١٩١، كتاب الخلاف ٤: ٢٥٥، مسالك الأفهام ٧: ١٤٨ ـ ١٤٩).

* أجمع علماء الإماميّة علىٰ جواز توكيل كلّ من الزوجين أو وليّهما أو أحدهما في عقد النكاح، وتدلّ عليه الأخبار المستفيضة؛ كموثقة البصري: «تزوّج من شاءت إذا كانت مالكة لأمرها، وإن شاءت جعلت وكيلاً». وصحيحة أبي ولّاد عن رجلٍ أمر رجلاً أن يزوّجه امرأةً بالمدينة وسمّاها له، والذي أمره بالعراق، فخرج المأمور وزوّجها إيّاه، ثم قدم العراق فوجد الذي أمره قد مات، قال عليه السلام: «ينظر في ذلك، فإن كان المأمور زوّجها إيّاه قبل أن يموت الآمر، ثم مات الآمر بعده، فإنّ المهر في جميع ذلك الميراث بمنزلة الدين». وغير ذلك من الأخبار. (جامع المقاصد ٨: ٢٣٣، مستند الشيعة ١٦: ١٤٣ ـ ١٤٤، جواهر الكلام ٢٩: ١٩٥)

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ١٩٠، الأم ٥: ٢٤، المغني لابن قدامة ٧: ٣٥٢، الهداية للمرغيناني ١: ٢٢٠.

٢. حلية العلماء ٦: ٣٤٥.

٣. التفريع ٢: ٣٠، المعونة ٢: ٧٣٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٣٢.

ترتيب الإخوة وإن سفلوا، ثم المولىٰ، ثم السلطان. والمولى الأعلىٰ عنده أحقّ من الأسفل، والوصيّ عنده أولىٰ من وليّ النسب، أعني: وصي الأب [١].

واختلف أصحابه في من هو أولىٰ: وصيّ الأب أو وليّ النسب؟ فقال ابن القاسم: الوصيّ أولىٰ، مثل قول مالك [٢]. وقال ابن الماجشون وابن عبدالحكم: الوليّ أولىٰ [٣].

وخالف الشافعي مالكاً في ولاية البنوّة، فلم يجزها أصلاً، وفي تقديم الإخوة علىٰ الجدّ، فقال: لا ولاية للابن [٤]*. وروي عن مالك: أنّ الأب أولىٰ من الابن، وهو أحسن، وقال أيضاً: الجدّ أولىٰ من الأخ، وبه قال المغيرة [٥]. والشافعي اعتبر التعصيب، أعني: أنّ الولد ليس من عصبتها؛ لحديث عمر: «لاتنكح المرأة إلّا بإذن وليّها، أو ذي الرأي من أهلها، أو السلطان» [٦] ولم يعتبره مالك في الابن؛ لحديث أم سلمة: «أنّ النبي ﷺ أمر ابنها أن ينكحها إيّاه» [٧] ولأنّهم اتّفقوا ـ أعني: مالكاً والشافعي ـ علىٰ أنّ الابن يرث الولاء الواجب للأم، والولاء عندهم للعصبة [٨].

وسبب اختلافهم في الجدّ هو اختلافهم في من هو أقرب: هل الجدّ أو الأخ؟

---

* أجمع علماء الإماميّة علىٰ أنّه لا ولاية للابن. (تذكرة الفقهاء ٢: ٥٩٣ (حجري)، وأنظر الخلاف ٤: ٢٧٠).

---

١. أنظر: عقد الجواهر الثمينة ٢: ٤٢٠، والمنتقىٰ للباجي ٣: ٢٦٨.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ١٦٦، التفريع ٢: ٣٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٣٣.

٣. عقد الجواهر الثمينة ٢: ٤١٦.

٤. التهذيب للبغوي ٥: ٢٧٩ ـ ٢٨٠، الاشراف لابن المنذر ١: ٣١، الوسيط ٥: ٦٨.

٥. المنتقى للباجي ٣: ٢٦٨، شرح العلّامة زرّوق علىٰ متن الرسالة ٢: ٣٢، الاستذكار ١٦: ٣٦ـ٣٧.

٦. سنن الدارقطني ٣: ٢٢٩، كتاب النكاح، الحديث ٣٢، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ١١١، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلّا بوليّ.

٧. أنظر: المعونة ٢: ٧٣١، والرواية تقدّمت آنفاً.

٨. المعونة ٢: ٧٣١، التهذيب للبغوي ٥: ٢٧٩.

ويتعلّق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة:

أحدها: إذا زوّج الأبعد مع حضور الأقرب.

والثانية: إذا غاب الأقرب هل تنتقل الولاية إلىٰ الأبعد أو إلىٰ السلطان؟

والثالثة: إذا غاب الأب عن ابنته البكر، هل تنتقل الولاية أو لا تنتقل؟

فأمّا المسألة الأولى: فاختلف فيها قول مالك؛ فمرّة قال: إن زوّج الأبعد مع حضور الأقرب فالنكاح مفسوخ، ومرّة قال: النكاح جائز، ومرّة قال: للأقرب أن يجيز أو يفسخ. وهذا الخلاف كلّه عنده فيما عدا: الأب في ابنته البكر، والوصيّ في محجورته، فإنّه لايختلف قوله: إنّ النكاح في هذين مفسوخ، أعني تزويج غير الأب البنت البكر مع حضور الأب، أو غير الوصيّ المحجورة مع حضور الوصيّ[1]. وقال الشافعي: لايعقد أحد مع حضور الأب، لا في بكر ولا في ثيّب[2]*.

وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعي، أعني: ثابتاً بالشرع في الولاية أم ليس بحكم شرعي؟ وإن كان حكماً فهل ذلك حقّ من حقوق الوليّ الأقرب أم ذلك حقّ من حقوق الله؟ فمن لم ير الترتيب حكماً شرعياً قال: يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب، ومن رأىٰ أنّه حكم شرعي ورأىٰ أنّه حقّ للوليّ قال: النكاح منعقد، فإن أجازه الوليّ جاز

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه إذا كان هناك جدّ وأب، وزوّجا من عليه الولاية لهما بشخصين، فإن اختلفا زماناً فالعقد للسابق منهما وإن كان أباً، سواء علم كلٌّ منهما بعقد الآخر أم لا، وإن اقترنا ثبت عقد الجد، وذلك لبعض النصوص، كصحيح هشام وابن حكيم: «إذا زوّج الأب والجدّ كان التزويج للأول، فإن كانا جميعاً في حال واحدة فالجدّ أولى». ونحوه موثّق عبيد. (الخلاف ٤: ٢٦٩، رياض المسائل ١٠: ٩٢، مستند الشيعة ١٦: ٢٠٦، جواهر الكلام ٢٩: ٢٠٨ ـ ٢١٠، العروة الوثقى ٥: ٦٢٨).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ١٦١ ـ ١٦٢، المنتقى للباجي ٣: ٢٦٨ ـ ٢٦٩، شرح العلّامة زرّوق ٢: ٣٢ ـ ٣٣.

٢. الأم ٥: ٢٣، الاشراف لابن المنذر ١: ٣٢، التهذيب للبغوي ٥: ٢٨٣ ـ ٢٨٤.

وإن لم يجزه انفسخ، ومن رأىٰ أنّه حقّ الله قال: النكاح غير منعقد. وقد أنكر قوم[١] هذا المعنىٰ في المذهب، أعني: أن يكون النكاح منفسخاً غير منعقد.

وأمّا المسألة الثانية: فإنّ مالكاً يقول: إذا غاب الوليّ الأقرب انتقلت الولاية إلىٰ الأبعد[٢]. وقال الشافعي: تنتقل إلىٰ السلطان[٣]*. وسبب اختلافهم هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أم لا؟ وذلك أنّه لا خلاف عندهم في انتقالها في الموت.

وأمّا المسألة الثالثة: وهي غيبة الأب عن ابنته البكر، فإنّ في المذهب فيها تفصيلاً واختلافاً، وذلك راجع إلىٰ بُعد المكان وطول الغيبة، أو قربه والجهل بمكانه أو العلم به، وحاجة البنت إلىٰ النكاح إمّا لعدم النفقة وإمّا لما يخاف عليها من عدم الصون، وإمّا للأمرين جميعاً، فاتّفق المذهب علىٰ أنّه إذا كانت الغيبة بعيدةً أو كان الأب مجهول الموضع أو أسيراً، وكانت في صونٍ وتحت نفقةٍ، إنّها إن لم تُدْعَ إلىٰ التزويج لا تزوَّج[٤]، وإن دُعيت فتزوّج عند الأسر وعند الجهل بمكانه[٥].

واختلفوا هل تزوّج مع العلم بمكانه أم لا إذا كان بعيداً؟ فقيل: تُزوّج، وهو قول مالك.

---

* ذكر الشيخ في الخلاف أنّ أولى الأولياء إذا كان مفقوداً أو غائباً غيبةً منقطعةً جاز للمرأة أن توكل وتزوّج نفسها، واستدلّ علىٰ ذلك بأنّه لا ولاية لغير الأب والجدّ، ومتىٰ كان أحدهما غائباً كان للآخر تزويجها، وإن غابا جميعاً وكانت بالغة كان لها أن تعقد علىٰ نفسها أو توكل من شاءت من الأولياء. وقال المولى النراقي: الأولى الاستدلال له بانتفاء الإجماع المركّب الدالّ علىٰ عدم جواز نكاحها علىٰ القول باستقلاله. (الخلاف ٤: ٢٧٨، مستند الشيعة ١٦: ١٢٤).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ١٦١ ـ ١٦٢، المنتقى للباجي ٣: ٢٦٨ ـ ٢٦٩، شرح العلّامة زرّوق ٢: ٣٢ ـ ٣٣.

٢. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٣٣، عيون المجالس ٣: ١٠٦١، شرح العلّامة زرّوق ٢: ٣٢.

٣. الأم ٥: ٢٤، التهذيب للبغوي ٥: ٢٨٤، الوسيط ٥: ٧٤.

٤. النوادر والزيادات ٤: ٣٩٦، البيان والتحصيل ٤: ٣٢٨.

٥. البيان والتحصيل ٤: ٣٢٨، ٣٢٩.

وقيل: لاتزوّج، وهو قول عبد الملك وابن وهب [١]. وأمّا إن عدمت النفقة، أو كانت في غير صونٍ، فإنّها تزوّج أيضاً في هذه الأحوال الثلاثة، أعني: في الغيبة البعيدة وفي الأسر والجهل بمكانه. وكذلك إذا اجتمع الأمران، فإذا كانت في غير صونٍ تزوّج وإن لم تدع إلىٰ ذلك [٢].

ولم يختلفوا ـ فيما أحسب ـ أنّها لاتزوّج في الغيبة القريبة المعلومة؛ لمكان إمكان مخاطبته [٣]. وليس يبعد بحسب النظر المصلحي الذي انبنىٰ عليه هذا النظر أن يقال: إن ضاق الوقت وخشي السلطان عليها الفساد زوّجت وإن كان الموضع قريباً.

وإذا قلنا: إنّه يجوز ولاية الأبعد مع حضور الأقرب، فإن جعلت امرأة أمرها إلىٰ وليّين، فزوّجها كلّ واحدٍ منهما، فإنّه لايخلو أن يكون تقدّم أحدهما في العقد علىٰ الآخر أو يكونا عقدا معاً، ثم لايخلو ذلك من أن يعلم المتقدّم أو لايعلم. فأمّا إذا علم المتقدّم منهما فأجمعوا علىٰ أنّها للأول إذا لم يدخل بها واحد منهما. واختلفوا إذا دخل الثاني، فقال قوم: هي للأول، وقال قوم: هي للثاني، وهو قول مالك وابن القاسم [٤]، وبالأول قال الشافعي وابن عبدالحكم [٥]. وأمّا إن أنكحاها معاً فلا خلاف في فسخ النكاح فيما أعرف [٦]*.

---

* قال الشيخ الطوسي: إذا كان للمرأة وليّان في درجةٍ واحدةٍ، وأذنت لهما في التزويج إذناً مطلقاً، ولم تعيّن الزوج، فزوّجاها معاً، نظر: فإن كان أحدهما متقدّماً والآخر متأخّراً، كان المتأخّر باطلاً، دخل بها الزوج أو لم يدخل، وهو المروي عن علي عليه السلام. وقال قوم: ينظر: فإن لم يدخل بها واحد منهما، أو دخل بها كلّ واحد منهما، ←

---

١. البيان والتحصيل ٤: ٣٢٨، و٥: ٣٦ ـ ٣٧، المعونة ٢: ٧٢٤.

٢. البيان والتحصيل ٤: ٣٢٨.

٣. البيان والتحصيل ٤: ٣٢٨، المعونة ٢: ٧٢٣.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ١٦٨، التفريع ٢: ٣٣، عيون المجالس ٣: ١٠٦٥ ـ ١٠٦٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٣٥.

٥. الأم ٥: ٢٦ ـ ٢٧، التهذيب للبغوي ٥: ٢٩٠، المقدّمات الممهّدات ١: ٤٧٤.

٦. انظر الهامشين السابقين.

وسبب الخلاف في اعتبار الدخول أو لا اعتباره معارضة العموم للقياس، وذلك أنّه قد روي أنّه عليه الصلاة والسلام قال: «أيّما امرأةٍ أنكحها وليّان فهي للأول منهما»[١] فعموم هذا الحديث يقتضي أنّها للأول، دخل بها الثاني أو لم يدخل، ومن اعتبر الدخول فتشبيهاً بفوات السلعة في البيع المكروه، وهو ضعيف. وأمّا إن لم يعلم الأوّل فإنّ الجمهور على الفسخ[٢]، وقال مالك: يفسخ ما لم يدخل أحدهما[٣] وقال شريح: تخيَّر، فأيّهما اختارت كان هو الزوج، وهو شاذّ، وقد روي عن عمر بن عبدالعزيز[٤].

الموضع الرابع في عضل الأولياء: واتّفقوا على أنّه ليس للوليّ أن يعضل وليّته إذا دعيت إلى كفء وبصداق مثلها، وأنّها ترفع أمرها إلى السلطان فيزوّجها[٥]، ما عدا الأب فإنّه اختلف فيه المذهب[٦]*.

← أو دخل الأوّل وحده، فالثاني باطل كما قلناه. وإن دخل الثاني دون الأوّل، صحّ الثاني وبطل الأوّل، ذهب إليه عمر بن الخطاب وعطاء والزهري ومالك. دليلنا: قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ـ إلى قوله: ـ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾ وأراد به ذوات الأزواج بلا خلاف، فأخبر تعالى أنّهنّ محرّمات إلّا بملك اليمين، وهذه زوجه الأوّل عن نكاح صحيح، فوجب أن تكون محرّمة على الثاني. (الخلاف ٤: ٢٨٠ ـ ٢٨١).

* أجمعت الإماميّة على أنّ الوليّ لو عضل من له الولاية عليها ـ وهو أن لا يزوّجها من كفوء مع رغبتها ـ فإنّها حينئذٍ تستقلّ وتسقط ولايته على القول بانفراده بالاستقلال، ←

---

١. سنن الدارمي ٢: ١٣٩، كتاب النكاح، باب المرأة يزوّجها الوليّان، سنن أبي داود ٢: ٢٣٠، كتاب النكاح، باب إذا نكح الوليان، الحديث ٢٠٨٨.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٥٣، الاشراف لابن المنذر ١: ٣٠.

٣. المعونة ٢: ٧٣٨ ـ ٧٣٩، التفريع ٢: ٣٣.

٤. حكاه في الاشراف ١: ٣٠.

٥. المعونة ٢: ٧٤٦ ـ ٧٤٧، الاشراف لابن المنذر ١: ٣٣، بدائع الصنائع ٣: ٣٧٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٣٥.

٦. النوادر والزيادات ٤: ٣٨٩ ـ ٣٩٠.

واختلفوا بعد هذا الاتّفاق فيما هي الكفاءة المعتبرة في ذلك، وهل صداق المثل منها أم لا؟ وكذلك اتّفقوا علىٰ أنّ للمرأة أن تمنع نفسها من إنكاح من له من الأولياء جبرها إذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة؛ كالأب في ابنته البكر، أمّا غير البالغ باتفاق، والبالغ والثيّب الصغيرة باختلاف علىٰ ما تقدّم[١]، وكذلك الوصيّ في محجوره علىٰ القول بالجبر[٢].

فأمّا الكفاءة فإنّهم اتّفقوا علىٰ أنّ الدين معتبر في ذلك[٣]، إلّا ما روي عن محمّد بن الحسن من إسقاط اعتبار الدين[٤]. ولم يختلف المذهب أنّ البكر إذا زوّجها الأب من شارب الخمر، وبالجملة من فاسقٍ *، أنّ لها أن تمنع نفسها من النكاح، وينظر الحاكم في ذلك فيفرّق بينهما. وكذلك إن زوّجها ممّن ماله حرام، أو ممّن هو كثير الحلف بالطلاق[٥].

← واستدلّ له ـ بعد الإجماع ـ بقوله تعالى: ﴿فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْواجَهُنَّ إِذا تَراضَوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾. (الخلاف ٤: ٢٧٩، مسالك الأفهام ٧: ١٤٢، مستند الشيعة ١٦: ١٢٣، جواهر الكلام ٢٩: ١٨٣ ـ ١٨٤).

* حكم علماء الإماميّة بكراهة تزويج الفاسق، وخصوصاً شارب الخمر، بل قيل: لا شبهة في ذلك بقوله تعالى: ﴿أَفَمَنْ كانَ مُؤْمِناً كَمَنْ كانَ فاسِقاً لا يَسْتَوُونَ﴾ ولبعض النصوص. وتتأكّد الكراهة في شارب الخمر للنصوص، منها: «من زوّج كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها»، بل في الرياض: لا خلاف فيه. (مسالك الأفهام ٧: ٤١٢، كشف اللثام ٧: ٩٣، رياض المسائل ١٠: ٢٦٠ ـ ٢٦١، جواهر الكلام ٣٠: ١١٤ ـ ١١٥).

---

١. تقدم آنفاً.

٢. أنظر: البيان للعمراني ٩: ١٨٥ ـ ١٨٦.

٣. مختصر القدوري: ١٤٦، عيون المجالس ٣: ١٠٤٣، المعونة ٢: ٧٤٧، التهذيب للبغوي ٥: ٢٩٧.

٤. الهداية للمرغيناني ١: ٢١٩، حلية العلماء ٦: ٣٥٢.

٥. أنظر: النوادر والزيادات ٤: ٣٩٥، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٤٢٤.

واختلفوا في النسب هل هو من الكفاءة أم لا؟ وفي الحرية وفي اليسار وفي الصحة من العيوب، فالمشهور عن مالك أنّه يجوز نكاح الموالي من العرب [١]* وأنّه احتج لذلك بقوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ [٢] وقال سفيان الثوري وأحمد: لاتُزوّج العربية من مولىً [٣]. وقال أبو حنيفة وأصحابه: لاتُزوّج قرشية إلّا من قرشي، ولا عربية إلّا من عربي [٤].

والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: «تنكح المرأة لدينها وجمالها، ومالها وحسبها، فاظفر بذات الدين تربت يمينك» [٥] فمنهم من رأىٰ أنّ الدين هو المعتبر فقط لقوله عليه الصلاة والسلام: «فعليك بذات الدين تربت يمينك» ومنهم من رأىٰ أنّ الحسب في ذلك هو بمعنى الدين، وكذلك المال، وأنّه لايخرج من ذلك إلّا ما أخرجه الإجماع، وهو كون الحسن ليس من الكفاءة، وكلّ من يقول بردّ النكاح من العيوب يجعل الصحة منها من الكفاءة، وعلىٰ هذا فيكون الحسن يعتبر لجهةٍ ما.

ولم يختلف المذهب أيضاً أنّ الفقر ممّا يوجب فسخ إنكاح الأب ابنته البكر، أعني:

---

* لا خلاف عند الإمامية في أنّ النسب غير معتبر في الكفاءة فيجوز إنكاح الحرّة العبد والعربية العجمي والهاشمية غير الهاشمي وبالعكس وذلك لعموم الأدلّة الدالة علىٰ تكافؤ المؤمنين وخصوص بعض الأخبار كتزويج جويبر الدلفاء وغيرها. (مسالك الأفهام ٧: ٤٠٨، كشف اللثام ٧: ٨٩، جواهر الكلام ٣٠: ١٠٦).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ١٦٣، المعونة ٢: ٧٤٨.

٢. سورة الحجرات: ١٣.

٣. المغني لابن قدامة ٧: ٣٧٤، وأنظر: مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٥٢.

٤. بدائع الصنائع ٣: ٥٧٦ ـ ٥٧٨، الهداية للمرغيناني ١: ٢١٨.

٥. صحيح البخاري ٧: ١٢، كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدِّين، الحديث ٢٩، صحيح مسلم ٢: ١٠٨٦ كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، الحديث ١٤٦٦/٥٣.

إذا كان فقيراً غير قادر على النفقة عليها، فالمال عنده من الكفاءة[١]، ولم ير ذلك أبو حنيفة[٢]*. وأمّا الحرّية فلم يختلف المذهب أنّها من الكفاءة[٣]**؛ لكون السنّة

---

* اختلف فقهاء الإماميّة في أنّ التمكن من النفقة شرطٌ في صحّة النكاح، وأنّه معتبر في الكفاءة على قولين:

الأوّل: اعتباره في الكفاءة المشترطة في النكاح، وإليه ذهب جمع من الفقهاء، بل قيل: ظاهر الشيخ الطوسي وسلّار والسيد ابن زهرة الإجماع عليه. واستدلّوا عليه بأمور:

منها: المرسل: الكفوء أن يكون عفيفاً وعنده يسار.

ومنها: أنّ قوام النكاح ودوام الزواج بالنفقة.

ومنها: أنّ الإعسار مضرّ جداً ولعدّه نقصاً عرفاً. ونوقشت هذه الأدلّة.

الثاني: عدم اعتبار التمكّن شرطاً، وهو قول الأكثر، وذلك للأصل وقوله تعالى: ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ...﴾ وعموم: «المؤمنون بعضهم اكفاء بعض» ولضعف الأدلّة المستدل بها للقول الأوّل.

هذا مع عدم علمها، وإلّا فقد قام الاجماع على عدم اشتراطه في صحّة العقد مع علمها. (كشف اللثام ٧: ٨٩ ـ ٩٠، رياض المسائل ١٠: ٢٥٣ ـ ٢٥٥، جواهر الكلام ٣٠: ١٠٣، مختلف الشيعة ٧: ٢٩٩).

** اتّفق علماء الإماميّة على عدم اعتبار الحرّية شرطاً في الكفاءة، وذلك للأصل، وللأخبار. (قواعد الأحكام ٣: ١٤، كشف اللثام ٧: ٨٩، رياض المسائل ١٠: ٢٥٨).

---

١. المدوّنة الكبرى ٢: ٢٥٥، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٩٦.

٢. المعروف عن أبي حنيفة وأصحابه اعتبار القدرة على النفقة. لاحظ: بدائع الصنائع ٣: ٥٨٠ ـ ٥٨١، مختصر القدوري: ١٤٧، الهداية للمرغيناني ١: ٢١٩.

٣. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٩٦، المعونة ٢: ٧٤٨.

الثابتة لتخيير [١] الأمة إذا عتقت [٢]*. وأمّا مهر المثل، فإنّ مالكاً والشافعي يريان أنّه ليس من الكفاءة، وأنّ للأب أن يُنكح ابنته بأقلّ من صداق المثل ـ أعني: البكر ـ وأنّ الثيّب الرشيدة إذا رضيت به لم يكن للأولياء مقال [٣]**. وقال أبو حنيفة: مهر المثل من الكفاءة [٤].

وسبب اختلافهم: أمّا في الأب فلاختلافهم هل له أن يضع من صداق ابنته البكر شيئاً أم لا؟ وأمّا في الثيّب فلاختلافهم هل ترتفع عنها الولاية في مقدار الصداق إذا كانت رشيدة كما ترتفع في سائر تصرّفاتها المالية، أم ليس ترتفع الولاية عن مقدار الصداق إذا كانت لا ترتفع عنها في التصرّف في النكاح والصداق من أسبابه؟ وقد كان هذا القول أخلق بمن يشترط الولاية ممّن لم يشترطها لكن أتى الأمر بالعكس.

---

* اتّفقت الإماميّة على أنّ الأمة إذا عتقت، وكانت مزوّجة بعبد، فإنّ لها الخيار بعد العتق كما في أكثر الأخبار، ولقصة بريدة. وإن كانت مزوجة بحرّ فالمشهور ثبوت الخيار لها أيضاً، وذلك لإطلاق الأخبار بالخيار، وفي بعضها التنصيص على التعميم وإن كانت ضعيفة، ولأنّ المخيّر ملّكها لنفسها وهو مشترك، ولا وجه لقصور سلطنتها على نفسها عن سلطنة المشتري، والحرية ليست من الكفاءة كما تقدّم.

خلافاً للشيخ الطوسي في المبسوط والخلاف، حيث نفى الخيار عنها، واختاره المحقّق الحلّي؛ وذلك اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع اليقين. (الخلاف ٤: ٣٥٣، مسالك الأفهام ٨: ٣٣، كشف اللثام ٧: ٩٩، جواهر الكلام ٣٠: ٢٤٣).

** لا يشترط في صحة النكاح عند الإماميّة تمكّن الزوج من المهر فعلاً، بالإجماع المحكي عن جماعة. (رياض المسائل ١٠: ٢٥٣).

---

١. لعلّ الصواب: تخيير.

٢. صحيح مسلم ٢: ١١٤٣ كتاب العتق، باب إنّما الولاء لمن أعتق، الحديث ١٥٠٤/٩، سنن الترمذي ٣: ٤٦٠ ـ ٤٦١، كتاب الرضاع، باب ما جاء في المرأة تعتق ولها زوج، الحديث ١١٥٤.

٣. عيون المجالس ٣: ١١٤٠، المعونة ٢: ٧٥٦ ـ ٧٥٧، الحاوي الكبير ٩: ١٠٨.

٤. مختصر القدوري: ١٤٧، بدائع الصنائع ٣: ٥٨٠ ـ ٥٨١، الهداية للمرغيناني ١: ٢١٩.

ويتعلّق بأحكام الولاية مسألة مشهورة، وهي: هل يجوز للوليّ أن ينكح وليّته من نفسه أم لايجوز ذلك؟ فمنع ذلك الشافعي [١] * قياساً علىٰ الحاكم والشاهد ـ أعني: أنّه لا يحكم لنفسه، ولايشهد لنفسه ـ وأجاز ذلك مالك [٢]، ولاأعلم له حجّة في ذلك إلّا ما روي من أنّه عليه الصلاة والسلام «تزوّج من أم سلمة بغير وليّ» [٣] لأنّ ابنها كان صغيراً، أو ما ثبت أنّه عليه الصلاة والسلام «أعتق صفية، فجعل صداقها عتقها» [٤]. والأصل عند الشافعي في أنكحة النبي عليه الصلاة والسلام أنّها علىٰ الخصوص حتّىٰ يدلّ الدليل علىٰ العموم؛ لكثرة خصوصيته ﷺ في هذا المعنىٰ، ولكن تردّد قوله في الإمام الأعظم [٥].

---

* يرىٰ فقهاء الإماميّة أنّ المرأة المالكة لأمرها إذا وكّلت أحداً في تزويجها للغير نصّاً أو ما في حكمه، فلايجوز للوكيل تزويجها لنفسه إلّا مع إذنها إجماعاً، للأصل، ولعدم اندراجه في إطلاق التوكيل علىٰ ذلك، ولخصوص صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام «في امرأةٍ ولّت أمرها رجلاً فقالت: زوّجني فلاناً، فقال: لاأزوّجك حتىٰ تشهدي لي أنّ أمرك بيدي، فأشهدت له، فقال عند التزويج للذي يخطبها: يافلان! عليك كذا وكذا، فقال: نعم، فقال هو للقوم: إشهدوا أنّ ذلك لها عندي، وقد زوّجتها نفسي، فقالت المرأة: لا ولا كرامة! وما أمري إلّا بيدي، وما ولّيتك أمري إلّا حياء من الكلام، قال: تنزع منه ويوجع رأسه». ونحوه صحيح الكناني. (مسالك الأفهام ٧: ١٥٢، مستند الشيعة ١٦: ١٤٦، جواهر الكلام ٢٩: ١٩٥).

---

١. الاشراف لابن المنذر ١: ٣١، الحاوي الكبير ٩: ١٢٨.

٢. التفريع ٢: ٣٥، المعونة ٢: ٧٤٩، عيون المجالس ٣: ١٠٦٦ وفيها جميعاً: بعد أن تأذن له.

٣. تقدّم تخريجه.

٤. صحيح مسلم ٢: ١٠٤٥ كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمته ثم يتزوّجها، الحديث ١٣٦٥/٨٥، سنن أبي داود ٢: ٢٢١ كتاب النكاح، باب في الرجل يعتق أمته ثم يتزوّجها، الحديث ٢٠٥٤.

٥. الحاوي الكبير ٩: ١٢٩ ـ ١٣٠.

الفصل الثاني في الشهادة

واتّفق أبو حنيفة والشافعي ومالك علىٰ أنّ الشهادة من شرط النكاح. واختلفوا هل هي شرط تمامٍ يؤمر به عند الدخول أو شرط صحّةٍ يؤمر به عند العقد؟ [١]

واتفقوا علىٰ أنّه لايجوز نكاح السرّ [٢]. واختلفوا إذا أشهد شاهدين ووصّيا بالكتمان، هل هو سرّ أو ليس بسرّ؟ فقال مالك: هو سرّ ويفسخ [٣]. وقال أبو حنيفة والشافعي: ليس بسرّ [٤].

وسبب اختلافهم: هل الشهادة في ذلك حكم شرعي أم إنّما المقصود منها سدّ ذريعة الاختلاف أو الإنكار؟ فمن قال: حكم شرعي، قال: هي شرط من شروط الصحة، ومن قال: توثّق، قال: من شروط التمام. والأصل في هذا ما روي عن ابن عباس: «لا نكاح إلّا بشاهدي عدل ووليّ مرشد» [٥]، ولا مخالف له من الصحابة. وكثير من الناس رأى هذا داخلاً في باب الإجماع، وهو ضعيف. وهذا الحديث قد روي مرفوعاً، ذكره الدارقطني، وذكر أنّ في سنده مجاهيل [٦].

وأبو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة فاسقين؛ لأنّ المقصود عنده بالشهادة هو الإعلان فقط [٧]، والشافعي يرى أنّ الشهادة تتضمّن المعنيين ـ أعني: الإعلان والقبول ـ ولذلك اشترط

---

١. مختصر القدوري: ١٤٥، بدائع الصنائع ٣: ٣٨٩ ـ ٣٩٠، ٣٩٤، المقدّمات الممهّدات ١: ٤٧٩، المدوّنة الكبرىٰ ٢: ١٩٢، الرسالة الفقهية: ١٩٦، الأم ٥: ٢٥٠، البيان للعمراني ٩: ١٩٤.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ١٩٤، التفريع ٢: ٣٤، المبسوط للسرخسي ٥: ٣٠، الأم ٥: ٣٥.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ١٩٣، المعونة ٢: ٧٤٦.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٥١، الأم ٥: ٣٦، الاشراف لابن المنذر ١: ٣٥.

٥. تقدّم تخريجه.

٦. سنن الدارقطني ٣: ٢٢١ ـ ٢٢٢ كتاب النكاح، الحديث ١١. إلّا أنّه لم يذكر أنّ في سنده مجاهيل؛ وأنظر: السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ١٢٤، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلّا بوليّ مرشد.

٧. بدائع الصنائع ٣: ٤٠٣، المبسوط للسرخسي ٥: ٣٠.

فيها العدالة [١]، وأمّا مالك فليس تتضمن عنده الإعلان إذا وصّىٰ الشاهدان بالكتمان [٢]، وسبب اختلافهم: هل ما تقع فيه الشهادة ينطلق عليه اسم السرّ أم لا؟

والأصل في اشتراط الإعلان قول النبي عليه الصلاة والسلام: «أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف» [٣] أخرجه أبو داود [٤]. وقال عمر فيه: هذا نكاح السرّ، ولو تقدّمت فيه لرجمت [٥]. وقال أبو ثور وجماعة: ليس الشهود من شرط النكاح [٦]، لا شرط صحّة ولا شرط تمام، وفعل ذلك الحسن بن علي، روي عنه أنّه تزوّج بغير شهادة، ثم أعلن بالنكاح [٧]*.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه لا يشترط الإشهاد في صحّة النكاح، للأصل وللأخبار الكثيرة، منها: ما روي عن النبي أنّه لمّا تزوّج بصفية أولم بتمر وأقط، فقال الناس: ترىٰ أتزوّج بها أم جعلها أمَّ ولده؟ ثم قالوا: إن حجبها فهي امرأته. ولو كان أشهد ما اختلفوا.

ومنها: ما رواه هشام بن سالم: «إنّما جعلت البينة للنسب والمواريث». ولرواية محمد بن الفضيل قال: قال أبو الحسن موسى ـ الكاظم عليه السلام ـ لأبي يوسف القاضي: «إنّ الله تبارك وتعالىٰ أمر في كتابه بالطلاق ووكّده فيه بشاهدين، ولم يرض بهما إلّا بعدلين، وأمر في كتابه بالتزويج فأهمله بلا شهود، فأثبتّم شاهدين فيما أهمل، وأبطلتم الشاهدين فيما أكّد»، نعم إن الإشهاد مستحبّ عندهم. (تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧١ حجري، رياض المسائل ١٠: ٤٥ ـ ٤٦، جواهر الكلام ٢٩: ٣٩ ـ ٤٠، مستند الشيعة ١٦: ١٥ ـ ١٧).

---

١. الأم ٥: ٣٥، الوسيط ٥: ٥٣ ـ ٥٤، التهذيب للبغوي ٥: ٢٥٧.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ١٩٣، المعونة ٢: ٧٤٥، ٧٤٦.

٣. سنن الترمذي ٣: ٣٩٩، كتاب النكاح، باب ما في إعلان النكاح، الحديث ١٠٨٩، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ٢٩٠، كتاب الصداق، باب ما يستحب من إظهار النكاح...

٤. لم نعثر عليه في سنن أبي داود، ونقله البيهقي والترمذي. أنظر الهامش السابق.

٥. السنن الكبرى للبيهقي ٧: ١٢٦، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلّا بشاهدين عدلين.

٦. حلية العلماء ٦: ٣٦٥، الوسيط ٥: ٥٣، عيون المجالس ٣: ١٠٥٠ ـ ١٠٥١، المغني لابن قدامة ٧: ٣٣٩ والجماعة هم: ابن الزبير وابن عمر وعبدالرحمان بن مهدي ويزيد بن هارون وغيرهم.

٧. أنظر: عيون المجالس ٣: ١٠٥٠ ـ ١٠٥١، المغني لابن قدامة ٧: ٣٣٩.

الفصل الثالث في الصداق

والنظر في الصداق في ستّة مواضع:

الأوّل: في حكمه وأركانه، **الموضع الثاني**: في تقرّر جميعه للزوجة، **الموضع الثالث**: في تشطيره، **الموضع الرابع**: في التفويض وحكمه، **الموضع الخامس**: الأصدقة الفاسدة وحكمها، **الموضع السادس**: في اختلاف الزوجين في الصداق.

الموضع الأوّل: وهذا الموضع فيه أربع مسائل: **الأُولى**: في حكمه، **الثانية**: في قدره، **الثالثة**: في جنسه ووصفه، **الرابعة**: في تأجيله.

المسألة الأولىٰ: أمّا حكمه فإنّهم اتّفقوا علىٰ أنّه شرط من شروط الصحّة، وأنّه لايجوز التواطؤ علىٰ تركه [١] * لقوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ وقوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [٢].

المسألة الثانية: وأمّا قدره فإنّهم اتّفقوا علىٰ أنّه ليس لأكثره حدّ [٣] **. واختلفوا في

---

* ذكر فقهاء الإماميّة أنّ العقد يبطل لو صرّح بنفي المهر في الحال والمآل، علىٰ وجهٍ يشمل ما بعد الدخول، أو قال: قبل الدخول وبعده. والأصل في الصداق: الكتاب والسنّة والإجماع. (الحدائق الناضرة ٢٤: ٤٧٧، تحرير الاحكام ٣: ٥٤٥).

** المشهور عند الإماميّة شهرة عظيمة أنّه لا حدّ لأكثر المهر، ولايتقدّر بقدر، بل ما تراضىٰ عليه الزوجان، وقد حكي عليه الإجماع؛ لإطلاق الأدلّة وعمومها كتاباً وسنّةً، ولأنّه نوع معاوضة فيتبع المتعاوضين. خلافاً للصدوق والسيد المرتضىٰ فقدّراه بما لايزيد علىٰ خمسمائة درهم، فإن زاد ردّ إليها، بل ادّعىٰ الثاني الإجماع عليه، مضافاً ←

---

١. أنظر: بدائع الصنائع ٣: ٤٨٠، المعونة ٢: ٧٥٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٤٩، الاشراف لابن المنذر ١: ٣٥.

٢. المعونة ٢: ٧٥٠، البيان للعمراني ٩: ٣٣٠، والآيتان من سورة النساء: الآية ٤، ٢٥.

٣. الاستذكار ١٦: ٧٧، عيون المجالس ٣: ١١٣٦، الحاوي الكبير ٩: ٣٩٦، الاشراف لابن المنذر ١: ٣٦.

أقلّه، فقال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وفقهاء المدينة من التابعين: ليس لأقلّه حدّ[١]، وكلّ ما جاز أن يكون ثمناً وقيمةً لشيءٍ جاز أن يكون صداقاً، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك[٢]*. وقال طائفة بوجوب تحديد أقلّه، وهؤلاء اختلفوا، فالمشهور في ذلك مذهبان: أحدهما: مذهب مالك وأصحابه، والثاني: مذهب أبي حنيفة وأصحابه. فأمّا مالك: فقال: أقلّه ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلاً من فضة أو ما ساوى الدراهم الثلاثة ـ أعني: دراهم الكيل فقط ـ في المشهور، وقيل: أو ما يساوي أحدهما[٣]. وقال أبو حنيفة: عشرة دراهم أقلّه[٤]، وقيل: خمسة دراهم[٥]، وقيل: أربعون درهماً[٦].

← لخبر المفضّل بن عمر سأل الصادق ﷺ عن المهر الذي لايجوز للمؤمن أن يجوزه، فقال: «السنّة المحمدية خمسمائة، فما زاد علىٰ ذلك ردّ علىٰ السنّة، ولا شيء عليه أكثر من الخمسمائة درهم». وردّ الإجماع بالمنع، والخبر بالضعف، والحمل علىٰ الاستحباب. (الانتصار: ٢٨٩ ـ ٢٩٠، كشف اللثام ٧: ٤٠٢، رياض المسائل ١٠: ٤٠٧، جواهر الكلام ٣١: ١٣، مهذّب الأحكام ٢٥: ١٤٥).

* لا خلاف بين الإماميّة في أنّ المهر لايتقدّر بقدر في جانب القلّة، بل هو كلّ ما تراضىٰ عليه الزوجان وإن قلّ، ما لم يقصر عن التقويم؛ كحبة حنطة ونحوها، بل لعلّ الإجماع بقسميه عليه، وذلك للأصل وعموم الأخبار. (مسالك الأفهام ٨: ١٦٦، كشف اللثام ٧: ٤٠٢، رياض المسائل ١٠: ٤٠٧، جواهر الكلام ٣١: ١٣).

---

١. الاشراف لابن المنذر ١: ٣٦، الاستذكار ١٦: ٧٤ ـ ٧٥، حلية العلماء ٦: ٤٤٤، المغني لابن قدامة ٨: ٥.

٢. الاستذكار ١٦: ٧١، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٤٩.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٢٢٣ ـ ٢٢٤، الاستذكار ١٦: ٧٠ ـ ٧١، عيون المجالس ٣: ١١٣٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٤٩.

٤. المبسوط للسرخسي ٥: ٧٦، مختصر القدوري: ١٤٧، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٥٢.

٥. قاله ابن شُبرُمة كما في عيون المجالس ٣: ١١٣٧، وفتح المالك ٧: ١٧٤.

٦. قاله النخعي كما في عيون المجالس ٣: ١١٣٧، وفتح المالك ٧: ١٧٤.

وسبب اختلافهم في التقدير سببان:

أحدهما: تردّده بين أن يكون عوضاً من الأعواض يعتبر فيه التراضي، بالقليل كان أو بالكثير؛ كالحال في البيوعات، وبين أن يكون عبادة فيكون مؤقّتاً، وذلك أنّه من جهة أنّه يملك به علىٰ المرأة منافعها علىٰ الدوام، يشبه العرض، ومن جهة أنّه لايجوز التراضي علىٰ إسقاطه، يشبه العبادة.

والسبب الثاني: معارضة هذا القياس فالمقتضى [١] التحديد لمفهوم الأثر الذي لايقتضي التحديد. أمّا القياس الذي يقتضي التحديد فهو كما قلنا: إنّه عبادة، والعبادات مؤقّتة، وأمّا الأثر الذي يقتضي مفهومه عدمَ التحديد، فحديث سهل بن سعد الساعدي المتّفق علىٰ صحّته وفيه: أنّ رسول الله ﷺ جاءته امرأة فقالت: يارسول الله! إنّي قد وهبت نفسي لك، فقامت قياماً طويلاً، فقام رجل فقال: يارسول الله! زوّجنيها إن لم يكن لك بها حاجة، فقال رسول الله ﷺ: «هل معك من شيء تصدقها إيّاه؟» فقال: ما عندي إلّا إزاري، فقال رسول الله ﷺ: «إن أعطيتها إيّاه جلست لا إزار لك، فالتمس شيئاً» فقال: لاأجد شيئاً، فقال ﷺ: «إلتمس ولو خاتماً من حديد»، فالتمس فلم يجد شيئاً، فقال رسول الله ﷺ: «هل معك شيء من القرآن؟» قال: نعم، سورة كذا وسورة كذا، لسورٍ سمّاها، فقال رسول الله ﷺ: «قد أنكحتكها بما معك من القرآن» [٢]. قالوا: فقوله ﷺ: «التمس ولو خاتماً من حديد» دليل علىٰ أنّه لا قدر لأقلّه؛ لأنّه لو كان له قدر لبيّنه، إذ لايجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة [٣].

وهذا استدلال بيّن ـ كما ترى ـ مع أنّ القياس الذي اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدّماته، وذلك أنّه انبنىٰ علىٰ مقدّمتين: إحداهما: أنّ الصداق عبادة، والثانية: أنّ العبادة مؤقّتة، وفي كليهما نزاع للخصم، وذلك أنّه قد يلغىٰ في الشرع من العبادات ما ليست مؤقّتة،

---

١. لعلّ الصواب: «لمقتضىٰ» لسياق الجملة، كما هو واضح.

٢. صحيح البخاري ٧: ٣٠، كتاب النكاح، باب السلطان ولي، الحديث ٦٨، صحيح مسلم ٢: ١٠٤١ كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن... الحديث ١٤٢٥.

٣. أنظر: الاستذكار ١٦: ٧٧، المنتقى للباجي ٣: ٢٧٦.

بل الواجب فيها هو أقلّ ما ينطلق عليه الاسم. وأيضاً فإنّه ليس فيه شبه العبادات خالصاً، وإنّما صار المرجّحون لهذا القياس علىٰ مفهوم الأثر؛ لاحتمال أن يكون ذلك الأثر خاصاً بذلك الرجل؛ لقوله فيه: «قد أنكحتكها بما معك من القرآن» وهذا خلاف للأصول وإن كان قد جاء في بعض رواياته أنّه قال «قم فعلّمها» [١] لما ذكر أنّه معه من القرآن، فقام فعلّمها، فجاء نكاحاً بإجارة، لكن لمّا التمسوا أصلاً يقيسون عليه قدر الصداق لم يجدوا شيئاً أقرب شبهاً به من نصاب القطع [٢] علىٰ بعد ما بينهما.

وذلك أنّ القياس الذي استعملوه في ذلك هو أنّهم قالوا: عضو مستباح بمالٍ، فوجب أن يكون مقدّراً أصله القطع [٣]. وضعف هذا القياس هو من قبل أنّ الاستباحة فيهما هي مقولة باشتراك الاسم، وذلك أنّ القطع غير الوطء، وأيضاً فإنّ القطع استباحة علىٰ جهة العقوبة والأذىٰ ونقص خلقة، وهذا استباحة علىٰ جهة اللذّة والمودّة، ومن شأن قياس الشبه علىٰ ضعفه أن يكون الذي به تشابه الفرع والأصل شيئاً واحداً، لا باللفظ بل بالمعنىٰ، وأن يكون الحكم إنّما وجد للأصل من جهة الشبه، وهذا كلّه معدوم في هذا القياس ومع هذا فإنّه من الشبه الذي لم ينبّه عليه اللفظ.

وهذا النوع من القياس مردود عند المحقّقين [٤]، لكن لم يستعملوا هذا القياس في إثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث إذ هو في غاية الضعف، وإنّما استعملوه في تعيين قدر التحديد.

وأمّا القياس الذي استعملوه في معارضة مفهوم الحديث فهو أقوىٰ من هذا، ويشهد لعدم التحديد ما أخرجه الترمذي: أنّ امرأةً تزوّجت علىٰ نعلين، فقال لها رسول الله ﷺ:

---

١. أنظر: سنن أبي داود ٢: ٢٣٧، كتاب النكاح، باب التزويج علىٰ العمل الحديث ٢١١٢، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٢٤٢، كتاب الصداق، باب النكاح علىٰ تعليم القرآن.

٢. أي: قطع اليد في السرقة، وسيأتي من المؤلّف توضيحه.

٣. المعونة ٢: ٧٥٠، المقدّمات الممهّدات ١: ٤٦٩.

٤. أنظر: الضروري في أصول الفقه: ١٢٩، المحصول ٥: ٢٠٣.

«أرضيت من نفسك ومالك بنعلين؟» فقالت: نعم، فجوز نكاحها. وقال: هو حديث حسن صحيح [١].

ولمّا اتفق القائلون بالتحديد علىٰ قياسه علىٰ نصاب السرقة [٢] اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في نصاب السرقة، فقال مالك: هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم؛ لأنّه النصاب في السرقة عنده [٣]، وقال أبو حنيفة: هو عشرة دراهم؛ لأنّه النصاب في السرقة عنده [٤]، وقال ابن شُبرُمة: هو خمسة دراهم؛ لأنّه النصاب عنده أيضاً في السرقة [٥].

وقد احتجّت الحنفية لكون الصداق محدّداً بهذا القدر بحديثٍ يروونه عن جابر عن النبي ﷺ أنّه قال: «لا مهر بأقلّ من عشرة دراهم» [٦و٧]. ولو كان هذا ثابتاً لكان رافعاً لموضع الخلاف؛ لأنّه كان يجب لموضع هذا الحديث أن يحمل حديث سهل بن سعد علىٰ الخصوص، لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث، فإنّه يرويه ـ قالوا ـ مبشر بن عبيد عن الحجّاج بن أرطاة عن عطاء عن جابر، ومبشر والحجّاج ضعيفان، وعطاء أيضاً لم يلق جابراً، ولذلك لايمكن أن يقال: إنّ هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد [٨].

المسألة الثالثة: أمّا جنسه فكلّ ما جاز أن يتملّك، وأن يكون عوضاً.

واختلفوا من ذلك في مكانين: في النكاح بالإجارة، وفي جعل عتق أمته صداقها.

---

١. سنن الترمذي ٣: ٤٢٠ ـ ٤٢١، كتاب النكاح، باب ما جاء في مهور النساء، الحديث ١١١٣.

٢. المعونة ٢: ٧٥٠، الهداية للمرغيناني ١: ٢٢٢.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٢٢٣، عيون المجالس ٣: ١١٣٧، التفريع ٢: ٣٧.

٤. مختصر القدوري: ١٤٧، بدائع الصنائع ٣: ٤٨٧، الهداية للمرغيناني ١: ٢٢٢.

٥. حكاه في عيون المجالس ٣: ١١٣٧، البيان للعمراني ٩: ٣٣٣.

٦. سنن الدارقطني ٣: ٢٤٤ ـ ٢٤٥، كتاب النكاح، باب المهر، الحديث ١١، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٢٤٠، كتاب الصداق، باب ما يجوز أن يكون مهراً.

٧. الهداية للمرغيناني ١: ٢٢٢، بدائع الصنائع ٣: ٤٨٩.

٨. أنظر: السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٢٤٠، الضعفاء الكبير ٤: ٢٣٥.

أمّا النكاح علىٰ الإجارة ففي المذهب فيه ثلاثة أقوال: قول بالإجازة*، وقول بالمنع، وقول بالكراهة. والمشهور عن مالك الكراهة، ولذلك رأىٰ فسخه قبل الدخول [١]، وأجازه من أصحابه أصبغ وسحنون [٢]، وهو قول الشافعي [٣]. ومنعه ابن القاسم [٤] وأبو حنيفة إلّا في العبد، فإنّ أبا حنيفة أجازه [٥].

وسبب اختلافهم سببان: أحدهما: هل شرع من قبلنا لازم لنا حتّىٰ يدلّ الدليل علىٰ ارتفاعه أم الأمر بالعكس [٦]، فمن قال: هو لازم، أجازه؛ لقوله تعالى: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ الآية [٧ و ٨]، ومن قال: ليس بلازم، قال: لايجوز النكاح بالإجارة؟

---

* صرّح فقهاء الإماميّة بجواز جعل منافع الحرّ مهراً، مثل تعليم سورة أو تعليم صنعة ونحو ذلك ممّا له أجرة وإن كان لايحسنها بالفعل، وقد ادّعى عليه الإجماع في الخلاف. قالوا: والوجه فيه: أنّ المعتبر فيه كونه معيناً في حدّ ذاته ومقدوراً عليه عادةً، ولايشترط وجوده بالفعل عنده، بل لمكان تحصيله له أو بمعاون، وغايته أنّه يثبت في الذمّة، ويجب وفاؤه عند المطالبة إن أمكن، ومع عدم امكان حصوله فإنّه يرجع إلىٰ أجرة المثل؛ لأنّه قيمة المهر حيث تتعذّر عينه. (الخلاف ٤: ٣٦٦، الحدائق الناضرة ٢٤: ٤٥٠، كشف اللثام ٧: ٤٠٧، جواهر الكلام ٣١: ٣٢).

---

١. أنظر: عيون المجالس ٣: ١١٣٨، التفريع ٢: ٣٧، الاستذكار ١٦: ٨٤.

٢. أنظر: الاستذكار ١٦: ٨٤، المنتقى للباجي ٣: ٢٧٧.

٣. الحاوي الكبير ٩: ٤٠٣، البيان للعمراني ٩: ٣٣٧.

٤. حكاه في الاستذكار ١٦: ٨٤، المنتقى للباجي ٣: ٢٧٧.

٥. مختصر القدوري: ١٤٧، بدائع الصنائع ٣: ٤٩٣ ـ ٤٩٥.

٦. أنظر: التبصرة في أصول الفقه للشيرازي: ٢٨٥، إحكام الفصول ١: ٣٢٧ ـ ٣٢٨، المستصفىٰ ٢: ٤٣٥.

٧. سورة القصص: ٢٧.

٨. البيان للعمراني ٩: ٣٣٧، الحاوي الكبير ٩: ٤١١.

والسبب الثاني: هل يجوز أن يقاس النكاح في ذلك علىٰ الإجارة؟ وذلك أنّ الإجارة هي مستثناة من بيوع الغرر المجهول، ولذلك خالف فيها الأصمّ وابن عليّة [١] وذلك أنّ أصل التعامل إنّما هو علىٰ عينٍ معروفةٍ ثابتةٍ في عينٍ معروفةٍ ثابتة، والإجارة هي عين ثابتة في مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدّرة بنفسها. ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الأجرة علىٰ المستأجر.

وأمّا كون العتق صداقاً فإنّه منعه فقهاء الأمصار، ما عدا داود وأحمد [٢]*. وسبب اختلافهم معارضة الأثر الوارد في ذلك للأصول، أعني ما ثبت من أنّه عليه الصلاة والسلام أعتق صفية وجعل عتقها صداقها [٣]. مع احتمال أن يكون هذا خاصّاً به عليه الصلاة والسلام، لكثرة اختصاصه في هذا الباب.

ووجه مفارقته للأصول: أنّ العتق إزالة ملكٍ، والإزالة لاتتضمّن استباحة الشيء بوجهٍ

---

* أجمع علماء الإماميّة علىٰ جواز جعل عتق الأمة صداقها، واستدلّوا ـ مضافاً للإجماع ـ بالنصوص المستفيضة أو المتواترة وإن كان الأصل فيه ماروي من أنّ النبي ﷺ اصطفىٰ صفيّة بنت حيّ بن أخطب من ولد هارون بن عمران عليه السلام في فتح خيبر، ثم أعتقها وتزوّجها، وجعل عتقها مهرها بعد أن حاضت حيضة، إلّا أنّ الأخبار من طرق أهل البيت عليهم السلام في ذلك كثيرة دالّة علىٰ تعدية الجواز إلىٰ غيره ﷺ، فلايتوهّم الاختصاص به، فعن عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام، قال: قلت له: رجل قال لجاريته: اعتقتك وجعلت عتقك مهرك، فقال: «جايز» وغير ذلك من الأخبار. (مسالك الأفهام ٨: ٣٩، جواهر الكلام ٣٠: ٢٥١).

---

١. حكاه العمراني في البيان ٧: ٢٤٦، عيون المجالس ٤: ١٧٩٧.

٢. المعونة ٢: ٧٦٦، البيان للعمراني ٩: ٣٤٦، حلية العلماء ٦: ٤٥١ ـ ٤٥٢، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٧٢، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٥٠١، المغني لابن قدامة ٧: ٤٢٣.

٣. تقدّم تخريجه آنفاً.

آخر؛ لأنّها إذا أُعتقت مَلَكَت نفسها، فكيف يلزمها النكاح؟ ولذلك قال الشافعي: إنّها إن كرهت زواجه غرمت له [١] قيمتها؛ لأنّه رأى أنّها قد أتلفت عليه قيمتها إذ كان إنّما أعتقها بشرط الاستمتاع بها [٢]. وهذاكلّه لايعارض به فعله عليه الصلاة والسلام، ولو كان غير جائزٍ لغيره لبيّنه عليه الصلاة والسلام، والأصل: أنّ أفعاله لازمة لنا، إلّا ما قام الدليل على خصوصيّته.

وأمّا صفة الصداق، فإنّهم اتّفقوا على انعقاد النكاح على العوض المعيَّن الموصوف، أعني: المنضبط جنسه وقدره بالوصف [٣]*، واختلفوا في العوض الغير موصوف ولا معيَّن، مثل أن يقول: أنكحتكها على عبدٍ أو خادمٍ، من غير أن يصف ذلك وصفاً يضبط قيمته، فقال مالك وأبو حنيفة: يجوز [٤]، وقال الشافعي: لايجوز [٥]**. وإذا وقع النكاح على هذا الوصف

---

* لا خلاف عند فقهاء الإماميّة في أنّ المهر لابدّ من تعيينه في متن العقد؛ ليخرج عن الجهالة الموجبة للغرر، ويتحقّق ذلك بالوصف المعيّن له ولو في الجملة، فتكفي فيه المشاهدة عن اعتبار الوزن أو الكيل مثلاً، وقد نسب ذلك في الرياض إلى قطع الأصحاب.

واستدلّوا عليه بإطلاق الأدلّة المشتملة على تحديد المهر بما تراضى عليه الزوجان، والمعتضد بالأصل. (مسالك الأفهام ٨: ١٧٠، كشف اللثام ٧: ٤٠٤، رياض المسائل ١٠: ٤٠٩، جواهر الكلام ٣١: ١٨).

** وحيث اشترط فقهاء الإماميّة التعيين في المهر ولو إجمالاً، فمع عدمه يكون مجهولاً، بحيث لايمكن استعلامه في نفسه، فيبطل المهر، ويثبت مهر المثل. وقد نفى في المسالك الخلاف عن ذلك. ←

---

١. أي: لسيّدها.

٢. أنظر: البيان للعمراني ٩: ٣٤٧ ـ ٣٤٩.

٣. التفريع ٢: ٣٧، الأم ٥: ٩١، بدائع الصنائع ٣: ٥٠١، الكافي لابن قدامة ٣: ٥٨.

٤. أنظر: التفريع ٢: ٣٧، مختصر القدوري: ١٤٨، بدائع الصنائع ٣: ٥٠٢.

٥. الأم ٥: ٩١، البيان للعمراني ٩: ٣٣٧.

عند مالك كان لها الوسط ممّا سمّىٰ [١]، وقال أبو حنيفة: يُجبر علىٰ القيمة [٢].

وسبب اختلافهم: هل يجري النكاح في ذلك مجرى البيع من القصد في التشاحّ، أو ليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه أكثر ذلك المكارمة [٣]؟ فمن قال يجري في التشاحّ مجرى البيع، قال: كما لايجوز البيع علىٰ شيء غير موصوف كذلك لايجوز النكاح، ومن قال: ليس يجري مجراه، إذ المقصود منه إنّما هو المكارمة، قال: يجوز.

[المسألة الرابعة]: وأمّا التأجيل، فإنّ قوماً لم يجيزوه أصلاً [٤] وقوم أجازوه واستحبّوا

← لكن استثنى الشيخ وجماعة ما ذكروه من الخادم والبيت والدار، فلو تزوّجها علىٰ أحد هذه الثلاثة فلها الوسط. وقد اختاره في الرياض، ناسباً إيّاه إلىٰ أكثر القدماء، بل لم يقتصر في الجواهر علىٰ الثلاثة وإن استظهر من عبارات الجميع الاقتصار علىٰ الثلاثة، وقد حكى الإجماع عليها في الخلاف.

وقد استدلّ للاقتصار علىٰ الثلاثة بمرسلة ابن أبي عمير ورواية علي بن أبي حمزة، ففي الأوّل: في رجلٍ تزوّج امرأةً علىٰ دار، قال: «لها دار وسط». وفي الثاني: قلت لأبي الحسن: رجل تزوّج امرأة علىٰ خادمٍ قال: «لها وسط من الخدم» قال: قلت: علىٰ بيت، قال: «وسط من البيوت».

إلّا أنّ الشهيد الثاني قوّىٰ البطلان هنا أيضاً، والرجوع إلىٰ مهر المثل؛ معلّلاً ذلك بأنّ الوسط من هذه الأمور لاينضبط، وتبعه الفاضل الهندي في كشف اللثام. (الخلاف ٤: ٣٧١، مسالك الأفهام ٨: ١٧٤ ـ ١٧٥، كشف اللثام ٧: ٤٠٥، رياض المسائل ١٠: ٤١٠، جواهر الكلام ٣١: ٢٠ ـ ٢١).

---

١. التفريع ٢: ٣٨.

٢. المبسوط للسرخسي ٥: ٧٥، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٧٩.

٣. المعونة ٢: ٧٥٢.

٤. أنظر: الاشراف لابن المنذر ١: ٤٨ ـ ٤٩.

أن يقدّم شيئاً منه إذا أراد الدخول، وهو مذهب مالك [١]*. والذين أجازوا التأجيل: منهم من لم يجزه إلّا لزمنٍ محدودٍ، وقدّر هذا البعد، وهو مذهب مالك [٢]، ومنهم من أجازه لموتٍ أو فراق، وهو مذهب الأوزاعي [٣]. وسبب اختلافهم: هل يشبه النكاح البيع في التأجيل أو لا يشبهه؟ فمن قال: يشبهه، لم يجز التأجيل لموتٍ أو فراق، ومن قال: لا يشبهه، أجاز ذلك، ومن منع التأجيل فلكونه عبادة.

الموضع الثاني: في النظر في التقرّر، واتّفق العلماء على أنّ الصداق يجب كلّه بالدخول أو الموت [٤]**. أمّا وجوبه كلّه بالدخول فلقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدالَ زَوْجٍ

---

* نصّ فقهاء الإماميّة على أنّ المهر المسمّى قد يكون حالّاً، وربّما كان مؤجّلاً، وقد يكون بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً. نعم صرّح غير واحد بأنّه يكره أن يدخل بالزوجة قبل تقديمه وتسليمه المهر أو بعضه أو غيره ولو هديةً، وذلك لما رواه أبو بصير عن الإمام الصادق عليه السلام قال: «إذا تزوّج الرجل المرأة فلا يحلّ له فرجها حتّى يسوق إليها شيئاً درهماً فما فوقه، أو هديةً من سويق أو غيره». (مسالك الأفهام ٨: ١٩٧ ـ ٢٠٠، كشف اللثام ٧: ٤١١ ـ ٤١٤، الحدائق الناضرة ٢٤: ٤٦٠ ـ ٤٧٣، جواهر الكلام ٣١: ٤٣ ـ ٤٨).

** لا خلاف عند الإماميّة في أنّ استقرار المهر كاملاً بالدخول، وهو الوطء قبلاً أو دبراً، بل عليه الإجماع في الروضة، وكلام جماعة للنصوص المستفيضة، منها: «إذا أدخله وجب الغسل والمهر». ويستقرّ المهر أيضاً بموت الزوج، وهو الأشهر، بل عليه الإجماع في الناصريات؛ للأصل وعموم قوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّساءَ صَدُقاتِهِنَّ...﴾ ←

---

١. التفريع ٢: ٣٨ ـ ٣٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٥٠، المعونة ٢: ٧٥٣.

٢. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٥٠.

٣. المغني لابن قدامة ٨: ٢٢.

٤. المعونة ٢: ٧٥٤، الإفصاح ٢: ١١١، البيان للعمراني ٩: ٣٦٣ ـ ٣٦٤، بدائع الصنائع ٣: ٥٢٠، حلية العلماء ٦: ٤٥٩، الكافي لابن قدامة ٣: ٦٥.

مَكانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطاراً فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً﴾ [١] الآية، وأمّا وجوبه بالموت فلا أعلم الآن فيه دليلاً مسموعاً إلّا انعقاد الإجماع علىٰ ذلك.

واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس، أم ليس ذلك من شرطه بل يجب بالدخول والخلوة، وهو الذي يعنون بإرخاء الستور؟ فقال مالك والشافعي وداود: لايجب بإرخاء الستور إلّا نصف المهر ما لم يكن المسيس [٢]، وقال أبوحنيفة: يجب المهر بالخلوة نفسها، إلّا أن يكون مُحْرماً أو مريضاً أو صائماً في رمضان أو كانت المرأة حائضاً [٣].

← وللنصوص المدّعىٰ استفاضتها، منها: الصحيح في المتوفّىٰ عنها زوجها إذا لم يدخل بها إن كان فرض لها مهراً، فلها مهرها ولها الميراث.

خلافاً للشيخ الصدوق، بل نسب اختياره إلىٰ جماعة من المتأخّرين؛ كالسيد السند في نهاية المرام، فجعلوا لها نصف المهر، وعليه تدلّ بعض الأخبار التي لم يستبعد في الرياض تواترها، منها: في الصحيح: الرجل يموت وتحته امرأة لم يدخل بها، قال: «لها نصف المهر».

وبموت الزوجة على الأشهر أيضاً؛ للأصل وعموم ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ﴾ خلافاً للشيخ في النهاية وتبعه ابن البرّاج والكيدري حيث ذهب إلى تنصيف المهر؛ لما رواه الشيخ في الصحيح عن ابن أبي يعفور عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال: في امرأةٍ توفّيت قبل أن يدخل بها مالها من مهرها؟ وكيف ميراثها؟ قال: «إذا كان قد مهرها صداقها نصف المهر وهو يرثها، وإن لم يكن فرض لها مهراً صداقاً فلا صداق لها». (نهاية المرام ١: ٣٨٦ ـ ٣٩٠، قواعد الأحكام ٣: ٧٥، كشف اللثام ٧: ٤١٣ ـ ٤١٥، الحدائق الناضرة ٢٤: ٥٤٨، رياض المسائل ١٠: ٤٣٢ ـ ٤٣٣).

---

١. سورة النساء: الآية ٢٠.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٣٢٠، الاستذكار ١٦: ١٣٠، عيون المجالس ٣: ١١٤٥، الوسيط ٥: ٢٢٦، الاشراف لابن المنذر ١: ٥٠، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٤٨٢.

٣. بدائع الصنائع ٣: ٥٢١، الهداية للمرغيناني ١: ٢٢٣.

وقال ابن أبي ليلى: يجب المهر كلّه بالدخول، ولم يشترط في ذلك شيئاً[١]*.

وسبب اختلافهم في ذلك: معارضة حكم الصحابة في ذلك لظاهر الكتاب، وذلك أنّه نصّ تبارك وتعالى في المدخول بها المنكوحة أنّه ليس يجوز أن يؤخذ من صداقها شيء، في قوله تعالىٰ: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضىٰ بَعْضُكُمْ إِلىٰ بَعْضٍ﴾[٢] ونصّ في المطلَّقة قبل المسيس أنّ لها نصف الصداق، فقال تعالىٰ: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ﴾[٣] وهذا نصّ ـ كما ترىٰ ـ في حكم كلّ واحدةٍ من هاتين الحالتين ـ أعني: قبل المسيس وبعد المسيس ـ ولا وسط بينهما، فوجب بهذا إيجاباً ظاهراً أنّ الصداق لا يجب إلّا بالمسيس.

والمسيس هاهنا الظاهر من أمره أنّه الجماع، وقد يحتمل أن يحمل علىٰ أصله في اللغة، وهو المسّ[٤]، ولعلّ هذا هو الذي تأوّلت الصحابةُ؛ ولذلك قال مالك في العنّين المؤجّل: إنّه

---

* المشهور عند الإماميّة أنّ مجرّد الخلوة بالمرأة وإرخاء الستر لا يوجب استقرار المهر، وذلك للأصل، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ﴾ والمراد من المسّ: الجماع، للإجماع علىٰ أنّ مطلق المسّ غير موجب للجميع، فتنتفي إرادة مطلق المسّ، وللنصوص المعتبرة، منها: لا يوجب الصداق إلّا الوقاع في الفرج.

وقيل: يجب المهر بالخلوة أيضاً، علىٰ معنى أنّها سبب تامّ في وجوبه؛ كالدخول، وقد اعترف في الجواهر بعدم تحقّقه للقائل بذلك. (قواعد الأحكام ٣: ٧٥، مسالك الأفهام ٨: ٢٢٥ ـ ٢٢٦، كشف اللثام ٧: ٤١٣، رياض المسائل ١٠: ٤٣٦ ـ ٤٣٧، جواهر الكلام ٣١: ٧٦ ـ ٧٧).

---

١. حكاه ابن المنذر في الاشراف ١: ٥١، الاستذكار ١٦: ١٣١.

٢. سورة النساء: الآية ٢١.

٣. سورة البقرة: الآية ٢٣٧.

٤. أنظر: الصحاح للجوهري، النهاية لابن الأثير: كلاهما مادة «مس».

قد وجب لها الصداق عليه إذا وقع الطلاق؛ لطول مقامه معها[١]، فجعل له دون الجماع تأثيراً في إيجاب الصداق، وأمّا الأحكام الواردة في ذلك عن الصحابة فهو أنّ من أغلق باباً أو أرخىٰ ستراً فقد وجب عليه الصداق، لم يختلف عليهم في ذلك فيما حكوا[٢].

واختلفوا من هذا الباب، في فرعٍ، وهو إذا اختلفا في المسيس ـ أعني: القائلين باشتراط المسيس ـ وذلك مثل أن تدّعي هي المسيس وينكر هو، فالمشهور عن مالك: أنّ القول قولها[٣]، وقيل: إن كان دخول بناء صُدِّقت، وإن كان دخول زيارة لم تُصدَّق[٤]. وقيل: إن كانت بِكراً نظر إليها النساء[٥]، فيتحصّل فيها في المذهب ثلاثة أقوال، وقال الشافعي وأهل الظاهر: القول قوله[٦]*، وذلك لأنّه مدّعىً عليه، ومالك ليس يعتبر في وجوب اليمين علىٰ المدّعىٰ عليه من جهة ما هو مدّعىً عليه، بل من جهة ما هو أقوىٰ شبهة في الأكثر، ولذلك يجعل القول في مواضع كثيرة قول المدّعي إذا كان أقوىٰ شبهةً. وهذا الخلاف يرجع إلىٰ: هل إيجاب اليمين علىٰ المدّعىٰ عليه معلَّل أو غير معلّل؟ وكذلك القول في وجوب البيّنة علىٰ المدّعي، وسيأتي هذا في مكانه.

---

* الأشهر عند الإماميّة أنّ الزوجة لو ادّعت المواقعة، وأنكرها الزوج، كان القول قوله بيمينه؛ عملاً بالأصل، وهو عدم المواقعة، وعن البعض: أنّ القول قولها مع يمينها؛ عملاً بشاهد حال الصحيح في خلوته بالحلائل. هذا كلّه مع عدم تمكّنه من إقامة البيّنة، وإلّا فإن أقامها علىٰ فساد دعواها فلا كلام في بطلان دعواها في المواقعة. (مسالك الأفهام ٨: ٣٠٣، رياض المسائل ١٠: ٤٥٥، كشف اللثام ٧: ٤٨٣، جواهر الكلام ٣١: ١٤١).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٢٦٣ ـ ٢٦٤.

٢. الاستذكار ١٦: ١٢٥ ـ ١٣٤.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٣٢٠، الاستذكار ١٦: ١٢٦، عيون المجالس ٣: ١١٤٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٥٤.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٣٢٠ ـ ٣٢١، الاستذكار ١٦: ١٢٩.

٥. المنتقى للباجي ٣: ٢٩٣.

٦. البيان للعمراني ٩: ٤٢٩، الحاوي الكبير ٩: ٥٤٥، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٤٨٤ ـ ٤٨٥.

الموضع الثالث: في التشطير، واتّفقوا اتّفاقاً مجملاً أنّه إذا طلّق قبل الدخول، وقد فرض صداقاً، أنّه يرجع عليها بنصف الصداق [١]*؛ لقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [٢] الآية.

والنظر في التشطير في أصولٍ ثلاثةٍ في محلّه من الأنكحة، وفي موجبه من أنواع الطلاق، أعني: الواقع قبل الدخول، وفي حكم ما يعرض له من التغييرات قبل الطلاق. أمّا محلّه من النكاح عند مالك: فهو النكاح الصحيح، أعني: أن يكون يقع الطلاق الذي قبل الدخول في النكاح الصحيح **، وأمّا النكاح الفاسد فإن لم تكن الفرقة فيه فسخاً، وطلّق قبل الفسخ، ففي ذلك قولان [٣].

وأمّا موجب التشطير فهو الطلاق الذي يكون باختيارٍ من الزوج لا باختيارٍ منها، مثل الطلاق الذي يكون من قبل قيامها بعيبٍ يوجد فيه.

واختلفوا من هذا الباب في الذي يكون سببه قيامها عليه بالصداق أو النفقة مع عسره [٤]، ولا فرق بينه وبين القيام بالعيب. وأمّا الفسوخ التي ليست طلاقاً، فلا خلاف أنّها ليست

---

* أجمع علماء الإماميّة علىٰ أنّ المهر ينتصف بالطلاق مع عدم الدخول بالزوجة، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ مضافاً إلى الروايات المستفيضة في ذلك. (الخلاف ٤: ٣٩٦ ـ ٣٩٧، مسالك الأفهام ٨: ٢٦٠، كشف اللثام ٧: ٤٤٩، رياض المسائل ١٠: ٤٣٢، جواهر الكلام ٣١: ١٠٩).

** وقع التسالم عند الإماميّة في أنّ الطلاق إنّما هو لرفع النكاح الصحيح، وأنّه لايتعقّب النكاح الفاسد طلاق، فإذا طلّق قبل الدخول وجب عليه نصف المهر المسمّىٰ إجماعاً ونصّاً. (كشف اللثام ٧: ٤٤٩، عيون الحقائق ١: ٩، مستند الشيعة ١٦: ٢٠٤).

---

١. أنظر: الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٥١، مختصر القدوري: ١٤٧، حلية العلماء ٦: ٤٦٩، الوسيط ٥: ٢٤٧.

٢. سورة البقرة: الآية ٢٣٧.

٣. عيون المجالس ٣: ١١٥٧ ـ ١١٥٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٥١.

٤. أنظر: عيون المجالس ٣: ١١٧٦، الوسيط ٥: ٢٤٧.

توجب التشطير إذا كان فيها الفسخ من قبل العقد أو من قبل الصداق [١]*، وبالجملة: من قبل عدم موجبات الصحّة، وليس لها في ذلك اختيار أصلاً.

وأمّا الفسوخ الطارئة علىٰ العقد الصحيح، مثل: الردّة والرضاع، فإن لم يكن لأحدهما فيه اختيار، أو كان لها دونه، لم يوجب التشطير، وإن كان له فيه اختيار، مثل: الردّة، أوجب التشطير [٢]. والذي يقتضيه مذهب أهل الظاهر: أنّ كلّ طلاقٍ قبل البناء فواجب أن يكون فيه التنصيف، سواء كان من سببها أو سببه، وأنّ ما كان فسخاً ولم يكن طلاقاً، فلا تنصيف فيه [٣].

وسبب الخلاف: هل هذه السنّة معقولة المعنىٰ أو ليست بمعقولة؟ فمن قال: إنّها معقولة المعنىٰ، وإنّه إنّما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها؛ لمكان الجبر علىٰ ردّ سلعتها وأخذ الثمن، كالحال في المشتري، فلمّا فارق النكاح في هذا المعنى البيع، جعل لها هذا عوضاً من ذلك الحقّ، قال: إذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شيء؛ لأنّها أسقطت ما كان لها من جبره علىٰ دفع الثمن وقبض السلعة، ومن قال: إنّها سنّة غير معقولة، واتّبع ظاهر اللفظ، قال: يلزم التشطير في كلّ طلاقٍ كان، من سببه أو سببها.

فأمّا حكم ما يعرض للصداق من التغيّرات قبل الطلاق، فإنّ ذلك لايخلو أن يكون من قبلها أو من الله، فما كان من قبل الله فلا يخلو من أربعة أوجه: إمّا أن يكون تلفاً للكلّ، وإمّا أن يكون نقصاً، وإمّا ان يكون زيادة، وإمّا أن يكون زيادة ونقصاناً معاً. وما كان من قبلها

---

* يرى فقهاء الإماميّة أنّ الفسخ في العيب بأنواعه ليس بطلاقٍ؛ إجماعاً ونصّاً؛ لوقوع التصريح به في الصحيح وغيره، فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الطلاق، فلا يطرد معه تنصيف المهر لو وقع قبل الدخول. (مسالك الأفهام ٨: ١٢٦، كشف اللثام ٧: ٣٧٢، رياض المسائل ١٠: ٣٨٧، جواهر الكلام ٣٠: ٣٤٤).

---

١. بدائع الصنائع ٣: ٥٢٨، البيان للعمراني ٩: ٣٩٤، المعونة ٢: ٧٥٣.

٢. أنظر: المعونة ٢: ٧٥٤.

٣. المحلّى بالآثار ٩: ٤٨١ ـ ٤٨٢، ٤٨٦.

فلا يخلو أن يكون تصرّفها فيه بتفويتٍ، مثل البيع والعتق والهبة، أو يكون تصرّفها فيه في منافعها الخاصة بها أو فيما تتجهّز به إلىٰ زوجها، فعند مالك أنّهما في التلف، وفي الزيادة وفي النقصان شريكان [١]، وعند الشافعي أنّه يرجع في النقصان والتلف، عليها بالنصف، ولا يرجع بنصف الزيادة [٢]*.

وسبب اختلافهم: هل تملك المرأة الصداق قبل الدخول أو الموت ملكاً مستقرّاً أو لا تملكه؟ فمن قال: إنّها لا تملكه ملكاً مستقرّاً، قال: هما فيه شريكان ما لم تتعدّ فتدخله في منافعها، ومن قال: تملكه ملكاً مستقرّاً، والتشطير حقّ واجب تعيّن عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك، أوجب الرجوع عليها بجميع ما ذهب عندها [٣].

---

* اختلف فقهاء الإماميّة في نقصان المهر عيناً أو صفةً، وقد طلّق قبل الدخول، فقيل: له الرجوع بنصف القيمة، ولا يجبر علىٰ أخذ نصف العين؛ تنزيلاً للتعيّب بذلك منزلة التلف. وقيل: يرجع بنصف العين مع الأرش؛ لأنّ التعيّب بذلك لا يخرج العين عن حقيقتها. وقيل: غير ذلك.

وأمّا لو نقصت قيمة المهر؛ لتفاوت السعر، كان له نصف العين قطعاً. وكذا لو زادت قيمته لزيادة السوق، إذ لا نظر إلىٰ القيمة مع بقاء العين أو زاد زيادةً متّصلةً أو منفصلة، فإنّ له الرجوع بنصف القيمة من دون زيادة. هذا كلّه إذا كان المهر باقياً.

وإن وجده تالفاً أو منتقلاً عن ملكها، فله نصف مثله إن كان مثلياً، أو قيمته علىٰ الأظهر أو نصف قيمته علىٰ الأشهر إن كان قيمياً، كما نصّ عليه في الرياض. (الخلاف ٤: ٣٦٩، رياض المسائل ١٠: ٤٤٠ ـ ٤٤١، جواهر الكلام ٣١: ٨٢ ـ ٨٥).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٢٢٥ ـ ٢٣٢، التفريع ٢: ٤١، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٥١ ـ ٢٥٢.

٢. الأم ٥: ٩٣، الاشراف لابن المنذر ١: ٥٢ ـ ٥٣، البيان للعمراني ٩: ٣٨٤.

٣. أنظر: المعونة ٢: ٧٥٤.

ولم يختلفوا أنّها إذا صرفته في منافعها ضامنة للنصف [١]، واختلفوا إذا اشترت به ما يصلحها للجهاز ممّا جرت به العادة، هل يرجع عليها بنصف ما اشترته أم بنصف الصداق الذي هو الثمن؟ فقال مالك: يرجع عليها بنصف ما اشترته [٢]، وقال أبو حنيفة والشافعي: يرجع عليها بنصف الثمن الذي هو الصداق [٣].

واختلفوا من هذا الباب في فرعٍ مشهورٍ متعلّق بالسماع، وهو: هل للأب أن يعفو عن نصف الصداق في ابنته البكر، أعني: إذ طلّقت قبل الدخول * ؟ وللسيد في أمته؟ فقال مالك: ذلك له [٤]، وقال أبو حنيفة والشافعي: ليس ذلك له [٥].

وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذي في قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا الَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [٦] وذلك في لفظة (يعفو) فإنّها تقال في كلام العرب [٧] مرة بمعنى: يسقط، ومرة بمعنى: يهب، وفي قوله: ﴿الَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ علىٰ من يعود هذا الضمير؟ هل علىٰ

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ الأب والجدّ للأب يجوز له أن يعفو عن بعض الصداق لا جميعه. ويدلّ عليه الأصل، مع عدم دلالة النصوص من الكتاب والسنّة علىٰ جواز العفو عن الكلّ، وصحيح رفاعة: سأل الصادق عليه السلام عن الذي بيده عقدة النكاح؟ فقال: «الوليّ الذي أنكح يأخذ بعضاً ويترك بعضاً، وليس له أن يدع كلّه». (المبسوط ٤: ٣٠٥، مسالك الأفهام ٨: ٢٦٩، الحدائق الناضرة ٢٤: ٥٦٥، كشف اللثام ٧: ٤٦٣، جواهر الكلام ٣١: ١١٥).

---

١. التفريع ٢: ٤١، الاشراف لابن المنذر ١: ٥٣، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٧٥.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٢٣٠، عيون المجالس ٣: ١١٦٣.

٣. الأم ٥: ٩٣، الاشراف لابن المنذر ١: ٥٣، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٧٥.

٤. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٥٤، عيون المجالس ٣: ١١٥٥ ـ ١١٥٧، التفريع ٢: ٥١.

٥. أحكام القرآن للجصّاص ١: ٤٣٩ ـ ٤٤٠، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٦٣، الأم ٥: ١٠٣ ـ ١٠٤. وقد نسب إلىٰ الشافعي في قوله الجديد كما في التهذيب للبغوي ٥: ٥١٦، والبيان للعمراني ٩: ٤٠١ ـ ٤٠٢.

٦. سورة البقرة: الآية ٢٣٧.

٧. أنظر: لسان العرب مادة «عفا».

الوليّ أو علىٰ الزوج؟ فمن قال: علىٰ الزوج جعل «يعفو» بمعنىٰ يهب، ومن قال: علىٰ الوليّ جعل «يعفو» بمعنى: يسقط. وشذّ قوم فقالوا: لكلّ وليٍّ أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة[١].

ويشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان في الآية علىٰ السواء، لكن من جعله الزوج فلم يوجب حكماً زائداً في الآية ـ أي: شرعاً زائداً ـ لأنّ جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع، ومن جعله الوليّ: إمّا الأب وإمّا غيره فقد زاد شرعاً، فلذلك يجب عليه أن يأتي بدليل يبيّن به أنّ الآية أظهر في الوليّ منها في الزوج، وذلك شيء يعسر.

والجمهور علىٰ أنّ المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها، وشذّ قوم فقالوا: يجوز أن تهب؛ مصيراً لعموم قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَنْ يَعْفُونَ﴾[٢].

واختلفوا من هذا الباب في المرأة إذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلّقت قبل الدخول، فقال مالك: ليس يرجع عليها بشيء[٣]، وقال الشافعي: يرجع عليها بنصف الصداق[٤]*.

---

* المشهور عند الإماميّة أنّ الزوجة إذا وهبت الصداق للزوج أو أبرأته منه، ثم بعد ذلك طلّقها الزوج قبل أن يدخل بها، فله أن يرجع عليها بنصف الصداق، بل ادّعي عليه الإجماع، مستدلّين لذلك مضافاً للإجماع بالنصوص في المقام، منها: مضمر سماعة أنّها «إذا جعلته في حلّ من صداقها وخلّاها قبل أن يدخل بها ردّت عليه الصداق» ونحوها غيرها، ولم يفرّق الشيخ الطوسي بين القبض وعدمه، بل صرّح الطباطبائي بالإطلاق مدّعياً عليه الاجماع. (الخلاف ٤: ٣٩١، المبسوط ٤: ٣٠٨، كشف اللثام ٧: ٤٧٠ ـ ٤٧١، رياض المسائل ١٠: ٤٤٢).

---

١. أنظر: الاشراف لابن المنذر ١: ٥٠.

٢. أنظر: أحكام القرآن لابن العربي ١: ٢٢١، الأم ٥: ١٠٤، أحكام القرآن للجصّاص ١: ٤٣٩.

٣. التفريع ٢: ٣٩ ـ ٤٠، عيون المجالس ٣: ١١٧١، المعونة ٢: ٧٦٧.

٤. الاشراف لابن المنذر ١: ٥٥، البيان للعمراني ٩: ٣٩٦، المهذّب للشيرازي ٤: ٢٠٨ ـ ٢٠٩، ولايخفى أنّ ما حكاه في المتن عن الشافعي هو أحد قوليه في المسألة.

وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو في عين الصداق أو في ذمّة المرأة؟ فمن قال: في عين الصداق، قال: لا يرجع عليها بشيء؛ لأنّه قبض الصداق كلّه، ومن قال: هو في ذمة المرأة، قال: يرجع وإن وهبته له، كما لو وهبت له غير ذلك من مالها. وفرّق أبو حنيفة في هذه المسألة بين القبض ولا قبض، فقال: إن قبضت فله النصف، وإن لم تقبض حتّىٰ وهبت فليس له شيء [1]. كأنّه رأى أنّ الحقّ في العين ما لم تقبض، فإذا قبضت صار في الذمّة.

الموضع الرابع: في التفويض، وأجمعوا علىٰ أنَّ نكاح التفويض جائز، وهو أن يعقد النكاح دون صداق [2] *؛ لقوله تعالى: ﴿لا جُناحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّساءَ ما لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [3].

واختلفوا من ذلك في موضعين:

أحدهما: إذا طلبت الزوجة فرض الصداق، واختلفا في القدر.

الموضع الثاني: إذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا؟

---

* تعرّض فقهاء الإماميّة إلىٰ مسألة التفويض في باب النكاح، وقسّموه إلىٰ قسمين:

الأوّل: تفويض البضع، وهو عدم ذكر المهر في العقد أصلاً، وإخلاؤه منه، وهو غير مبطل للعقد بالإجماع والنصّ من الكتاب والسنّة.

الثاني: تفويض المهر، وهو أن يذكر المهر علىٰ الإجمال، ويفوّض تقديره إلىٰ أحد الزوجين، ولا خلاف بين الفقهاء في جوازه، والأخبار دالّة عليه، كما نصّ عليه في الحدائق الناضرة وغيرها. (الخلاف ٤: ٣٧٦ ـ ٣٨٠، مسالك الأفهام ٨: ٢٠١ ـ ٢١٥، كشف اللثام ٧: ٤٣٠ ـ ٤٤٢، الحدائق الناضرة ٢٤: ٤٧٥ ـ ٤٨٩، رياض المسائل ١٠: ٤١٨، جواهر الكلام ٣١: ٤٩ ـ ٦٦).

---

١. الهداية للمرغيناني ١: ٢٢٥، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٧٥ ـ ٢٧٦، بدائع الصنائع ٣: ٥٢٩ ـ ٥٣١.

٢. المنتقى للباجي ٣: ٢٨٠، الوسيط ٥: ٢٣٧، البيان للعمراني ٩: ٤٠٦، المبسوط للسرخسي ٥: ٥٩، المعونة ٢: ٧٦٣.

٣. سورة البقرة: الآية ٢٣٦.

فأمّا المسألة الأولى، وهي إذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهراً، فقالت طائفة: يفرض لها مهر مثلها، وليس للزوج في ذلك خيار، فإن طلّق بعد الحكم، فمن هؤلاء من قال: لها نصف الصداق، ومنهم من قال: ليس لها شيء؛ لأنّ أصل الفرض لم يكن في عقدة النكاح، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه[1]. وقال مالك وأصحابه: الزوج بين خيارات ثلاث: إمّا أن يطلّق ولا يفرض، وإمّا أن يفرض ما تطالبه المرأة به، وإمّا أن يفرض صداق المثل ويلزمها[2]*.

وسبب اختلافهم، أعني: بين من يوجب مهر المثل من غير خيار للزوج إذا طلّق بعد طلبها الفرض ومن لا يوجب، اختلافهم في مفهوم قوله تعالى: ﴿لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ ما لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ هل هذا محمول على العموم في سقوط

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على أنّ مفوّضة البضع لو طلّقت بعد الدخول وقبل الفرض، فلها مهر أمثالها، واستدلّوا عليه ـ بعد الإجماع ـ بالمعتبرة المستفيضة، منها الصحيح: عن رجلٍ تزوّج امرأةً فدخل بها، ولم يفرض لها مهراً، ثم طلّقها، فقال: «لها مثل مهور نسائها».

وإن طلّقها قبل الدخول فلها المتعة، ولا مهر لها، بلا خلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى ظاهر الكتاب والسنّة المستفيضة. هذا إذا لم يفرض المهر، وإلّا فلو فرض ثبت نصف المفروض. هذا كلّه في مفوّضة البضع.

وأمّا الكلام في مفوّضة المهر، فإن طلّقها ـ سواء قبل الدخول أو بعده ـ لم يبطل الحكم، لكن إذا كان قبل الدخول ألزم من إليه الحكم الحكم به، ويثبت لها نصف المهر، ولو كانت هي الحاكمة لم يتقدّر في جانب القلّة، ويتقدر في جانب الكثرة بما لا يزيد عن مهر السنّة إجماعاً. (راجع: مسالك الأفهام ٨: ٢٠٣ ـ ٢١٨، كشف اللثام ٧: ٤٣٢ ـ ٤٤٥، رياض المسائل ١٠: ٤٢٧، جواهر الكلام ٣١: ٥٠ ـ ٦٩).

---

١. أنظر: المبسوط للسرخسي ٥: ٥٩ ـ ٦٠.

٢. المعونة ٢: ٧٦٣، التفريع ٢: ٥١ ـ ٥٢.

الصداق، سواء كان سبب الطلاق اختلافهم في فرض الصداق أو لم يكن الطلاق سببه الخلاف في ذلك، وأيضاً فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر في كلّ حال أو لا يفهم ذلك؟ فيه احتمال وإن كان الأظهر سقوطه في كلّ حال؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ [١].

ولا خلاف أعلمه في أنّه إذا طلّق ابتداءً، أنّه ليس عليه شيء، وقد كان يجب علىٰ من أوجب لها المتعة مع شطر الصداق إذا طلّق قبل الدخول في نكاح غير التفويض؛ وأوجب لها مهر المثل في نكاح التفويض أن يوجب لها مع المتعة فيه شطر مهر المثل؛ لأنّ الآية لم تتعرّض بمفهومها لإسقاط الصداق في نكاح التفويض، وإنّما تعرّضت لإباحة الطلاق قبل الفرض، فإن كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل إذا طلب، فواجب أن يتشطّر إذا وقع الطلاق، كما يتشطّر في المسمّىٰ، ولهذا قال مالك: إنّه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيار الزوج.

وأمّا المسألة الثانية، وهي إذا مات الزوج قبل تسمية الصداق، وقبل الدخول بها، فإنّ مالكاً وأصحابه والأوزاعي قالوا: ليس لها صداق، ولها المتعة [٢] والميراث [٣]، وقال أبو حنيفة: لها صداق المثل والميراث [٤]، وبه قال أحمد وداود [٥]، وعن الشافعي القولان جميعاً، إلّا أنّ المنصور عند أصحابه هو مثل قول مالك [٦]*.

---

* يظهر من الإماميّة الإجماع علىٰ أنّه إذا مات أحد الزوجين قبل الدخول وقبل الفرض، فلا مهر لها ولا متعة؛ للأصل، وهو براءة الذمّة، وشغلها بذلك يحتاج إلىٰ ←

---

١. سورة البقرة: الآية ٢٣٦.

٢. متعة الطلاق: هو أن يعطي المطلّق للمرأة عند طلاقها شيئاً يهبها إيّاه. أنظر: النهاية لابن الأثير ٤: ٢٤٩.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٢٣٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٥٠، الاستذكار ١٦: ١٠٦ ـ ١٠٩ وفي الجميع: «ولا متعة لها».

٤. المبسوط للسرخسي ٥: ٥٩، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٦٠، الهداية للمرغيناني ١: ٢٢٢.

٥. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢٤٥، مختصر الخرقي مع شرح الزركشي ٥: ٣١١، الاستذكار ١٦: ١٠٨، الكافي لابن قدامة ٣: ٧١.

٦. المهذّب للشيرازي ٤: ٢١١، البيان للعمراني ٩: ٤٠٨ ـ ٤٠٩، التهذيب للبغوي ٥: ٥٠٦.

وسبب اختلافهم: معارضة القياس للأثر، أمّا الأثر فهو ما روي عن ابن مسعود أنّه سئل عن هذه المسألة، فقال: أقول فيها برأيي، فإن كان صواباً فمن الله، وإن كان خطأً فمنّي: أرىٰ لها صداق امرأةٍ من نسائها [١]، لا وكس ولا شطط، وعليها العدّة، ولها الميراث، فقام معقل بن يسار الأشجعي فقال: أشهد لَقضيتَ فيها بقضاء رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق. خرَّجه أبو داود والنسائي والترمذي [٢] وصحّحه.

وأمّا القياس المعارض لهذا فهو أنّ الصداق عوض، فلمّا لم يقبض المعوّض لم يجب العوض؛ قياساً على البيع، وقال المزني عن الشافعي في هذه المسألة: إن ثبت حديث بروع فلا حجّة في قول أحدٍ مع السنّة [٣]، والذي قاله هو الصواب، والله أعلم.

الموضع الخامس: في الأصدقة الفاسدة، والصداق يفسد: إمّا لعينه وإمّا لصفةٍ فيه من جهل أو عذر، فالذي يفسد لعينه فمثل الخمر والخنزير وما لايجوز أن يتملّك، والذي يفسد من قبل العذر والجهل فالأصل فيه تشبيهه بالبيوع. وفي ذلك خمس مسائل مشهورة:

المسألة الأولى: إذا كان الصداق خمراً أو خنزيراً أو ثمرةً لم يبد صلاحها أو بعيراً

← دليل، ولصحيح الحلبي عن الإمام الصادق ﷺ أنّه قال ـ في المتوفّىٰ عنها زوجها إذا لم يدخل بها ـ: «إن كان فرض لها مهراً فلها مهرها الذي فرض لها، ولها الميراث، وعدّتها أربعة أشهر وعشراً كعدّة التي دخل بها، وإن لم يكن فرض لها مهراً، فلا مهر لها، وعليها العدّة ولها الميراث».

وقال الشيخ الطوسي في المبسوط: وإن مات أحدهما قبل الفرض وقبل الدخول ورثه الآخر. (جواهر الكلام ٣١: ٥١، رياض المسائل ١٠: ٤١٩، ٤٢٠، الخلاف ٤: ٣٧٨، المبسوط ٤: ٢٩٦).

---

١. يريد: من نساء أهلها وعائلتها، كأختها أو ابنة عمها أو خالها مثلاً.

٢. سنن أبي داود ٢: ٢٣٧ ـ ٢٣٨، كتاب النكاح، باب في من تزوّج ولم يُسمِّ صداقاً حتّى مات، الحديث ٢١١٦، سنن النسائي ٦: ١٢١ ـ ١٢٢، كتاب النكاح، باب التزويج بغير صداق، سنن الترمذي ٣: ٤٥٠ كتاب النكاح، باب الرجل يتزوّج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها، الحديث ١١٤٥ وفيه: «معقل بن سنان الأشجعي».

٣. الأم ٥: ١٠١، مختصر المزني: ١٩٤.

شارداً، فقال أبو حنيفة: العقد صحيح إذا وقع فيه مهر المثل [١]، وعن مالك في ذلك روايتان: إحداهما: فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده، وهو قول أبي عبيد، والثانية: أنّه إن دخل ثبت ولها صداق المثل [٢]*.

وسبب اختلافهم: هل حكم النكاح في ذلك حكم البيع أم ليس كذلك؟ فمن قال: حكمه حكم البيع، قال: يفسد النكاح بفساد الصداق كما يفسد البيع بفساد الثمن، ومن قال: ليس من شرط صحّة عقد النكاح صحّة الصداق، بدليل أنّ ذكر الصداق ليس شرطاً في صحّة العقد، قال: يمضي النكاح ويصحّح بصداق المثل، والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف.

والذي تقتضيه أصول مالك أن يفرّق بين الصداق المحرَّم العين [٣] وبين المحرَّم لصفةٍ فيه؛ قياساً على البيع، ولست أذكر الآن فيه نصّاً.

المسألة الثانية: واختلفوا إذا اقترن بالمهر بيع، مثل أن تدفع إليه عبداً ويدفع ألف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد، ولا يسمّىٰ الثمن من الصداق، فمنعه مالك وابن القاسم [٤]، وبه

---

* مشهور الإماميّة صحّة العقد، وقيل: يبطل العقد؛ لتعليق الرضا بالباطل المقتضي لارتفاعه بارتفاعه، واختاره جماعة؛ كالمفيد في المقنعة والشيخ في النهاية وغيرهما.

وأمّا بالنسبة للمهر فالأشهر بين الإماميّة ثبوت مهر المثل مع الدخول، واختار الشيخ الطوسي في موضعٍ من الخلاف قيمة المسمّىٰ.

ولو طلّقت قبل الدخول فلها المتعة علىٰ قولٍ، حكاه الشهيد الثاني في الروضة، وأطلق العلّامة الحلّي في جملةٍ من كتبه ثبوت المثل ولو قبل الدخول. (الخلاف ٤: ٣٦٣، إرشاد الأذهان ٢: ١٤، جواهر الكلام ٣١: ١٠ ـ ١٣، الروضة البهية ٢: ٣٣٥، رياض المسائل ١٠: ٤١٥ ـ ٤١٦).

---

١. بدائع الصنائع ٣: ٤٩٢، ٤٩٦، الهداية للمرغيناني ١: ٢٢٧ ـ ٢٢٨.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٢١٦ ـ ٢١٧، عيون المجالس ٣: ١١٣٥ ـ ١١٣٦، التفريع ٢: ٤١، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٥١.

٣. كالخمر والخنزير.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٢١٦، المعونة ٢: ٧٦٧.

قال أبو ثور [١]، وأجازه أشهب [٢]، وهو قول أبي حنيفة [٣]*، وفرّق عبدالله فقال: إن كان الباقي بعد البيع ربع دينار فصاعداً بأمرٍ لايشكّ فيه جاز [٤]. واختلف فيه قول الشافعي: فمرة قال: ذلك جائز، ومرة قال: فيه مهر المثل [٥].

وسبب اختلافهم: هل النكاح في ذلك شبيه بالبيع أم ليس بشبيه؟ فمن شبّهه في ذلك بالبيع منعه، ومن جوَّز في النكاح من الجهل ما لايجوز في البيع، قال: يجوز.

---

* المعروف عند الإماميّة جواز الجمع بين النكاح والبيع في عقدٍ واحد، فيقسّط العوض على الثمن ومهر الثمن، ويجوز إضافة غيرهما من العقود، كالاجارة وغيرها، فيوزّع العوض المسمّىٰ علىٰ مهر المرأة، وثمن مثل المبيع، وأجرة مثل العين المستأجرة، ونحو ذلك. فلو كان العوض مائة مثلاً، وقيل: مهر مثلها مائة، وثمن مثله خمسون، قسّمت المائة بينهما أثلاثاً... وهكذا.

واختلفوا فيما لو تزوّج امرأةً واشترىٰ منها ديناراً بدينار، فقد جمع بين نكاح وصرف في عقدٍ واحد، فمنهم من أبطل عقد الصداق والصرف، وصحّح النكاح بغير مهر، فثبّت مهر المثل بالدخول؛ لأنّ ذلك عقداً يوجب الربا. ومنهم من أبطل الصرف خاصّةً دون الصداق؛ نظراً إلىٰ أنّ الدينار في مقابلة الدينار والبضع، فيكون لكلٍّ منها منه ما يقتضيه التقسيط، واللازم من ذلك بطلان الصرف خاصّةً، وصحّة النكاح بما يقتضيه الدينار علىٰ مهر مثلها وعلى الدينار. (المبسوط ٤: ٢٨٩، مسالك الأفهام ٨: ٢٧٧، كفاية الفقه ٢: ٢٤١، كشف اللثام ٧: ٤٢٠، جواهر الكلام ٣١: ١٢١).

---

١. الاشراف لابن المنذر ١: ٤٢.

٢. المعونة ٢: ٧٦٧، البيان والتحصيل ٤: ٤١٥، النوادر والزيادات ٤: ٤٦٨ ـ ٤٦٩.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٨٨، المبسوط للسرخسي ٥: ٨٢.

٤. المعونة ٢: ٧٦٧، البيان والتحصيل ٤: ٤١٥، النوادر والزيادات ٤: ٤٦٨ ـ ٤٦٩، وفيها جميعاً: «أمّا عبدالملك، وأمّا ابن الماجشون..».

٥. الاشراف لابن المنذر ١: ٤٣.

المسألة الثالثة: واختلف العلماء في من نكح امرأةً واشترط عليه في صداقها حباءً يحابي به الأب، على ثلاثة أقوال: فقال أبو حنيفة وأصحابه: الشرط لازم والصداق صحيح [١]، وقال الشافعي: المهر فاسد ولها صداق المثل [٢]، وقال مالك: إذا كان الشرط عند النكاح فهو لابنته، وإن كان بعد النكاح فهو له [٣]*.

وسبب اختلافهم: تشبيه النكاح في ذلك بالبيع، فمن شبّهه بالوكيل يبيع السلعة ويشترط لنفسه حباءً، قال: لايجوز النكاح كما لايجوز البيع، ومن جعل النكاح في ذلك مخالفاً للبيع، قال: يجوز وأمّا تفريق مالك فلأنّه اتّهمه إذا كان الشرط في عقد النكاح أن يكون ذلك الذي اشترطه لنفسه نقصاناً من صداق مثلها، ولم يتّهمه إذا كان بعد انعقاد النكاح، والاتفاق على الصداق. وقول مالك هو قول عمر بن عبدالعزيز والثوري، وأبي عبيد [٤]، وأخرج أبو داود

---

* لا خلاف عند الإماميّة في أنّه لو سمّى للمرأة مهراً ولأبيها شيئاً معيّناً خارجاً عن المهر، لزم ما سمّى لها خاصّةً وسقط ما سمّىٰ لأبيها، وعليه دعوى الإجماع؛ لصحيح الوشّاء عن الرضا عليه السلام قال: «لو أنّ رجلاً تزوّج امرأةً وجعل مهرها عشرين ألفاً، وجعل لأبيها عشرة آلاف، كان المهر جائزاً، والذي جعله لأبيها فاسداً».

ولو مهرها شيئاً وشرط أن يعطي أباها منه شيئاً، فالمشهور كما في مسالك الأفهام وغيرها البطلان أيضاً، بل لم يعرف فيه خلاف، إلّا من ابن الجنيد. ووجه ما تقدّم: من أنّ المهر حقّه أن يكون للزوجة، وشرطه لغيرها منافٍ لمقتضى العقد.

وقال ابن الجنيد: الشرط لازم؛ لأنّه شرط سائغ وقع في عقدٍ لازم، والمسلمون عند شروطهم. (مسالك الأفهام ٨: ١٧٦ ـ ١٧٩، كشف اللثام ٧: ٤٢٤، جواهر الكلام ٣١: ٢٧ ـ ٢٩).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٦٩ ـ ٢٧٠، الاستذكار ١٦: ١١١.

٢. الأم ٥: ١٠٧، البيان للعمراني ٩: ٣٥٠.

٣. المعونة ٢: ٧٦٢، المنتقى للباجي ٣: ٢٨٣، الاستذكار ١٦: ١١٠.

٤. الاشراف لابن المنذر ١: ٤٢، الاستذكار ١٦: ١٠٩ ـ ١١٣، المنتقى للباجي ٣: ٢٨٣، المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٢٥٧ ـ ٢٥٩.

والنسائي وعبدالرزاق عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جدّه قال: قال رسول الله ﷺ: «أيّما امرأةٍ نكحت علىٰ حباءٍ قبل عصمة النكاح فهو لها، وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه، وأحقّ ما أكرم الرجل عليه ابنته وأخته»[١]. وحديث عمرو بن شعيب مختلف فيه من قِبل أنّه صحّفه، ولكنّه نصّ في قول مالك، وقال أبو عمر بن عبدالبرّ: إذا روته الثقات وجب العمل به[٢].

المسألة الرابعة: واختلفوا في الصداق يستحقّ[٣] أو يوجد به عيب، فقال الجمهور: النكاح ثابت[٤].

واختلفوا: هل ترجع بالقيمة أو بالمثل أو بمهر المثل؟ واختلف في ذلك قول الشافعي، فقال مرةً بالقيمة، وقال مرةً بمهر المثل[٥]. وكذلك اختلف المذهب في ذلك، فقيل: ترجع بالقيمة، وقيل: ترجع بالمثل[٦]، قال أبو الحسن اللخمي: ولو قيل: ترجع بالأقلّ من القيمة أو صداق المثل، لكان ذلك وجهاً[٧]. وشذّ سحنون فقال: النكاح فاسد[٨]*.

---

* لا خلاف عند الإماميّة في أنّ المرأة لو وجدت المهر معيباً، وكان العيب قبل العقد، ولم تعلم به، كان لها ردّه بالعيب والرجوع إلىٰ قيمته، ولها إمساكه بالأرش؛ ←

---

١. سنن أبي داود ٢: ٢٤١، كتاب النكاح، باب المقام عند البكر، الحديث ٢١٢٩، سنن النسائي ٦: ١٢٠، كتاب النكاح، باب التزويج علىٰ نواة من ذهب، المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٢٥٧، كتاب النكاح، باب ما يشترط على الرجال من الحِباء، الحديث ١٠٧٣٩.

٢. أنظر: الاستذكار ١٦: ١١٣.

٣. أي: يستحقّ لأحدٍ غير الزوجة، بأن يكون ملكاً لغيرها.

٤. الإقناع لابن القطّان ٢: ٢٢، وأنظر: حلية العلماء ٦: ٤٥٦ ـ ٤٥٨.

٥. الأم ٥: ٩٢، حلية العلماء ٦: ٤٥٦ ـ ٤٥٨، المهذّب للشيرازي ٤: ٢٠١.

٦. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٥٢، المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٢١٨، ٢٢٠، التفريع ٢: ٤٠ ـ ٤١.

٧. حكاه القرافي في الذخيرة ٤: ٣٦٢.

٨. البيان والتحصيل ٤: ٤٤٤ ـ ٤٤٦ وفيه: قال سحنون: «لو تزوّج بعبد اغتصبه... ولو كانت عالمة فسخ النكاح قبل البناء وثبت بعده، وكان لها صداق مثلها».

ومبنى الخلاف: هل يشبه النكاح في ذلك البيع أو لا يشبهه؟ فمن شبّهه، قال: ينفسخ، ومن لم يشبّهه، قال: لاينفسخ.

المسألة الخامسة: واختلفوا في الرجل ينكح المرأة علىٰ أنّ الصداق ألف إن لم يكن له زوجة، وإن كانت له زوجة فالصداق ألفان، فقال الجمهور بجوازه[١].

واختلفوا في الواجب في ذلك، فقال قوم: الشرط جائز، ولها من الصداق بحسب ما اشترط، وقالت طائفة: لها مهر المثل، وهو قول الشافعي[٢]، وبه قال أبو ثور، إلّا أنّه قال: إن طلّقها قبل الدخول لم يكن لها إلّا المتعة[٣]، وقال أبو حنيفة: إن كانت له امرأة فلها ألف درهم، وإن لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها ما لم يكن أكثر من ألفين أو أقلّ من الألف[٤].

ويتخرّج في هذا قول: إنّ النكاح مفسوخ لمكان الغرر[٥]، ولست أذكر الآن نصّاً فيه في

← لأنّ العقد إنّما وقع على السليم، فإذا لم تجده كذلك أخذت عوض الفائت وهو الأرش، وأمّا لو عاب المهر بعد العقد، وقبل تسليمها، فالمشهور أنّ لها أرش النقصان من غير ردّ؛ لأنّه عين حقّها، ونقصه ينجبر بضمان أرشه.

وقيل: تتخيّر بين أخذه بالأرش وردّه، فتأخذ القيمة كما لو تلف؛ لأنّه مضمون عليه، وقد وقع العقد عليه سليماً، فإذا تعيَّب كان لها ردّه. وضعِّف بأن كونه مضموناً ضمان اليد يوجب بقاؤه علىٰ ملكها، وضمان الفائت لا غير، كما لو عابت العين عند الغاصب.

وقال بعض الإماميّة: ولو أصدقها عيناً فخرجت مستحقّة للغير، فسد الصداق قطعاً، فإن كانت مثلية فالمثل، وإلّا فالقيمة، ويحتمل مهر المثل. (المبسوط ٤: ٣٢١، مسالك الأفهام ٨: ١٩٠ ـ ١٩١، كشف اللثام ٧: ٤١٨، الحدائق الناضرة ٢٤: ٤٥٩، جواهر الكلام ٣١: ٤٠ ـ ٤١).

---

١. أنظر: المبسوط للسرخسي ٥: ٨٥، بدائع الصنائع ٣: ٥٠٨، الاشراف لابن المنذر ١: ٤٣.

٢. الاشراف لابن المنذر ١: ٤٣.

٣. المصدر السابق.

٤. المبسوط للسرخسي ٥: ٨٥، بدائع الصنائع ٣: ٥٠٨.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٢١٩، قال: «هذا من الغرر، وهو مثل البعير الشارد فيما فسّرت لك؛ لأنّ هذا لايجوز في البيوع عند مالك».

المذهب. فهذه مشهور مسائلهم في هذا الباب، وفروعه كثيرة.

واختلفوا فيما يعتبر به مهر المثل إذا قضي به في هذه المواضع وما أشبهها، فقال مالك: يعتبر في جمالها ومنصبها ومالها[١]، وقال الشافعي: يعتبر بنساء عصبتها فقط[٢]، وقال أبو حنيفة: يعتبر في ذلك نساء قرابتها من العصبة وغيرهم[٣]*.

ومبنى الخلاف: هل المماثلة في المنصب فقط أو في المنصب والمال والجمال، لقوله عليه الصلاة والسلام: «تنكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها» الحديث؟[٤].

الموضع السادس: في اختلاف الزوجين في الصداق، واختلافهم لايخلو أن يكون في القبض أو في القدر أو في الجنس أو في الوقت، أعني: وقت الوجوب.

فأمّا إذا اختلفا في القدر فقالت المرأة مثلاً بمائتين، وقال الزوج بمائة، فإنّ الفقهاء اختلفوا في ذلك اختلافاً كثيراً. فقال مالك: إنّه إن كان الاختلاف قبل الدخول، وأتى الزوج بما يشبه، والمرأة بما يشبه أنّهما يتحالفان ويتفاسخان، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر،

---

* لايظهر خلاف بين الإماميّة في أنّ المعتبر في مهر المثل حال المرأة في الشرف والجمال والعقل والأدب والبكارة وصراحة النسب وحسن التدبير وكثرة العشائر وعادة نسائها. وبالجملة: ما يختلف به الغرض والرغبة اختلافاً بيّناً، فيكون المعتبر حينئذٍ المثلية بالأهل والصفات جميعاً.

والمشهور عندهم اعتبار الأقارب مطلقاً، خلافاً للمحكي عن المهذّب والجامع، فاعتبر الأقارب من قبل الأب دون الأُم. (مسالك الأفهام ٨: ٢٠٤، جواهر الكلام ٣١: ٥٢، رياض المسائل ١٠: ٢٥، ٤٢٤).

---

١. المنتقى للباجي ٣: ٢٨٢، المعونة ٢: ٧٥٦.

٢. الاشراف لابن المنذر ١: ٣٧ ـ ٣٨، المهذّب للشيرازي ٤: ٢١٢، البيان للعمراني ٩: ٤١١.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٦٢، مختصر القدوري: ١٤٩، الهداية للمرغيناني ١: ٢٢٩.

٤. صحيح البخاري ٧: ١٢، كتاب النكاح، باب الاكفاء في الدين، الحديث ٢٩، صحيح مسلم ٢: ١٠٨٦، كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، الحديث ١٤٦٦/٥٣.

كان القول قول الحالف، وإن نكلا جميعاً كان بمنزلة ما إذا حلفا جميعاً، ومن أتىٰ بما يشبه منهما، كان القول قوله. وإن كان الاختلاف بعد الدخول، فالقول قول الزوج [١]، وقالت طائفة: القول قول الزوج مع يمينه، وبه قال أبو ثور وابن أبي ليلى وابن شُبرُمة وجماعة [٢]، وقالت طائفة: القول قول الزوجة إلىٰ مهر مثلها، وقول الزوج فيما زاد علىٰ مهر مثلها [٣]، وقالت طائفة: إذا اختلفا تحالفا، ورجع إلىٰ مهر المثل، ولم تر الفسخ؛ كمالك وهو مذهب الشافعي والثوري وجماعة [٤]، وقد قيل: إنّها ترد إلىٰ صداق المثل دون يمين ما لم يكن صداق المثل أكثر ممّا ادّعت، وأقلّ ممّا ادّعى هو [٥]*.

واختلافهم مبنيّ علىٰ اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: «البيّنة علىٰ من ادّعىٰ، واليمين علىٰ من أنكر» [٦] هل ذلك معلّل أو غير معلل؟ فمن قال: معلّل، قال: يحلف

---

* المشهور عند الإماميّة أنّه لو اختلف الزوجان في قدر المهر، بأن ادّعت أنّها تستحقّ عنده من جهة المهر مائة دينار، فقال الزوج: بل خمسون ديناراً، فالقول قول الزوج مع يمينه، بل في الجواهر أنّه كالمجمع عليه، وذلك لصحيح أبي عبيدة عن الباقر عليه السلام في رجلٍ تزوّج امرأةً فلم يدخل بها، فادّعت أنّ صداقها مائة دينار، وذكر الزوج أنّ صداقها خمسون ديناراً، وليس لها بيّنة علىٰ ذلك، قال: «القول قول الزوج مع يمينه».

مضافاً إلى الاتفاق المذكور، وأصالة البراءة من الزائد. (مسالك الأفهام ٨: ٢٩٨، الحدائق الناضرة ٢٤: ٥٨٢، جواهر الكلام ٣١: ١٣٦).

---

١. عيون المجالس ٣: ١١٦٦ ـ ١١٦٧، المعونة ٢: ٧٦٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٥٣، التفريع ٢: ٤٢ ـ ٤٣.

٢. عيون المجالس ٣: ١١٦٩، المغني لابن قدامة ٨: ٤١، المبسوط للسرخسي ٥: ٦٢.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٨٤، المبسوط للسرخسي ٥: ٦٢ ـ ٦٣.

٤. الأم ٥: ١٠٦، الاشراف ١: ٤٦، المهذّب للشيرازي ٤: ٢١٥، حلية العلماء ٦: ٥٠١ ـ ٥٠٣.

٥. حلية العلماء ٦: ٥٠٢، المغني لابن قدامة ٨: ٤١.

٦. السنن الكبرىٰ للبيهقي ١٠: ٢٥٢، كتاب الدعوى والبيّنات، باب البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعىٰ عليه.

أبداً أقواهما شبهةً، فإن استويا تحالفا وتفاسخا، ومن قال: غير معلّل قال: يحلف الزوج؛ لأنّها تقرّ له بالنكاح وجنس الصداق، وتدّعي عليه قدراً زائداً، فهو مدّعىٰ عليه. وقيل أيضاً: يتحالفان أبداً؛ لأنّ كلّ واحد منهما مدّعىً عليه، وذلك عند من لم يراع الأشباه، والخلاف في ذلك في المذهب.

ومن قال: القول قولها إلىٰ مهر المثل، والقول قوله فيما زاد علىٰ مهر المثل، رأىٰ أنّهما لايستويان أبداً في الدعوىٰ، بل يكون أحدهما ولابد أقوىٰ شبهةً، وذلك أنّه لايخلو دعواها من أن يكون فيما يعادل صداق مثلها فما دونه، فيكون القول قولها، أو يكون فيما فوق ذلك، فيكون القول قوله.

وسبب اختلاف مالك والشافعي في التفاسخ بعد التحالف والرجوع إلىٰ صداق المثل هو: هل يُشبّه النكاح بالبيع في ذلك أم ليس يُشبّه؟ فمن يشبّه به قال بالتفاسخ، ومن قال: لايشبهه؛ لأنّ الصداق ليس من شرط صحّة العقد، قال بصداق المثل بعد التحالف.

وكذلك من زعم من أصحاب مالك: أنّه لايجوز لهما بعد التحالف أن يتراضيا علىٰ شيء، ولا أن يرجع أحدهما إلىٰ قول الآخر ويرضىٰ به، فهو في غاية الضعف. ومن ذهب إلىٰ هذا فإنّما يشبّه باللعان، وهو تشبيه ضعيف، مع أنّ وجود هذا الحكم للّعان مختلف فيه.

وأمّا إذا اختلفا في القبض فقالت الزوجة: لم أقبض، وقال الزوج: قد قبضتِ، فقال الجمهور: القول قول المرأة، الشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور [١]*. وقال مالك: القول قولها

---

* لا خلاف معتدّاً به عند الإماميّة فيما لو ادّعى الزوج تسليم المهر وأنكرت الزوجة ذلك، في أنّ القول قولها مع يمينها؛ لثبوته في ذمّته باعترافه، وأصالة عدم التسليم، فيكون مدّعياً له، وهي المنكرة.

وحكي عن ابن الجنيد تقديم قول الزوج في البراءة من المهر بعد الدخول، وتقديم ←

١. المهذّب للشيرازي ٤: ٢١٦، الاشراف لابن المنذر ١: ٤٧، التهذيب للبغوي ٥: ٥١٢، المغني لابن قدامة ٨: ٤٣ ـ ٤٤، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٨٦.

قبل الدخول، والقول قوله بعد الدخول [١]. وقال بعض أصحابه: إنّما قال ذلك لأنّ العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتّى يدفع الصداق، فإن كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها أبداً.

والقول بأنّ القول قولها أبداً أحسن؛ لأنّها مدّعىً عليها، ولكن مالك راعىٰ قوة الشبهة التي له إذا دخل بها الزوج [٢] واختلف أصحاب مالك إذا طال الدخول، هل يكون القول قوله بيمين، أو بغير يمين؟ وبيمينٍ أحسن [٣].

وأمّا إذا اختلفا في جنس الصداق، فقال هو ـ مثلاً ـ زوّجتكِ علىٰ هذا العبد، وقالت هي: زوّجتك علىٰ هذا الثوب، فالمشهور في المذهب أنّهما يتحالفان ويتفاسخان إن كان الاختلاف قبل البناء، وإن كان بعد البناء ثبت، وكان لها صداق مثل ما لم يكن أكثر ممّا ادّعت أو أقلّ ممّا اعترف به [٤]. وقال ابن القصّار: يتحالفان قبل الدخول، والقول قول الزوج بعد الدخول [٥]. وقال أصبغ: القول قول الزوج إن كان يشبه، سواء أشبه قولهما أو لم يشبه، فإن

← قول الزوجة في ثبوته قبل الدخول لبعض الروايات. قال في الحدائق: بعضها غير معمول عليها عند أصحابنا، سيّما مع ما في متنها من المخالفة للأُصول، فإنّ المهر إذا تعيّن في ذمّة الزوج فهو المدّعي للإيفاء، وهي المنكِرة، فتكون البيّنة عليه لا عليها. وفي الجواهر: هي مطرحة أو منزّلة علىٰ ما إذا كانت عادة بتقديم المهر علىٰ وجهٍ يكون الظاهر مع الزوج. (الخلاف ٤: ٣٨٥، مسالك الأفهام ٨: ٣٠١، الحدائق الناضرة ٢٤: ٥٨٣، جواهر الكلام ٣١: ١٣٩).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٢٤٠، التفريع ٢: ٤٣، المعونة ٢: ٧٦٨ ـ ٧٦٩.

٢. المعونة ٢: ٧٦٨ ـ ٧٦٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٥٣ ـ ٢٥٤.

٣. النوادر والزيادات ٤: ٤٧٩، وحكاه في مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٨٦ عن ابن شُبرُمة.

٤. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٥٣، التفريع ٢: ٤٢ ـ ٤٣، عيون المجالس ٣: ١١٦٦.

٥. أنظر: عقد الجواهر الثمينة ٢: ٤٨٥.

لم يشبه قول الزوج، فإن كان قولها مشبهاً كان القول قولها، وإن لم يكن قولها مشبهاً تحالفا وكان لها صداق المثل [١].

وقول الشافعي في هذه المسألة مثل قوله عند اختلافهما في القدر، أعني: يتحالفان ويتراجعان إلىٰ مهر المثل [٢]*.

وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ في البيع ستعرف أصله في كتاب البيوع إن شاء الله.

وأمّا اختلافهم في الوقت، فإنّه يتصوّر في الكالئ [٣]، والذي يجيء علىٰ أصل قول مالك فيه ـ في المشهور عنه ـ: أنّ القول في الأجل قول الغارم [٤]؛ قياساً على البيع، وفيه خلاف.

ويتصوّر أيضاً متىٰ يجب: هل قبل الدخول أو بعده؟ [٥] فمن شبّه النكاح بالبيوع، قال: لا يجب إلّا بعد الدخول؛ قياساً على البيع، إذ لا يجب الثمن على المشتري إلّا بعد قبض السلعة [٦].

---

* إذا اختلف الزوجان في جنس المهر، فقد اختار جمعٌ من فقهاء الإماميّة؛ كالشيخ الطوسي وابن إدريس والعلّامة الحليّين تقديم قول الزوج، واستدلّ له في الخلاف بالإجماع، وبأنّ الزوجة هي المدّعية وهو المنكر. إلّا أنّ الشهيد الثاني استوجه التحالف، واختاره في الجواهر. (المبسوط ٤: ٣٠٠، الخلاف ٤: ٣٨٣، مسالك الأفهام ٨: ٣٠٠، الحدائق الناضرة ٢٤: ٥٨٢، جواهر الكلام ٣١: ١٣٨ ـ ١٣٩).

---

١. أنظر: عقد الجواهر الثمينة ٢: ٤٨٥.

٢. الأم ٥: ١٠٦، التهذيب للبغوي ٥: ٥١١، حلية العلماء ٦: ٥٠١.

٣. الكالئ: النسيئة. أنظر: النهاية لابن الأثير ٤: ١٦٨.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٢٦٨.

٥. المعونة ٢: ٧٥٣، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٨٥، المقدّمات الممهّدات ١: ٤٦٨، المهذّب للشيرازي ٤: ٢٠٠، الكافي لابن قدامة ٣: ٦٥، الافصاح ٢: ١١١.

٦. المهذّب للشيرازي ٤: ٢٠٠، البيان للعمراني ٩: ٣٥٥ ـ ٣٥٦.

ومن رأىٰ أنّ الصداق عبادة يشترط في الحلّية، قال: يجب قبل الدخول [1]*، ولذلك استحبّ مالك أن يقدِّم الزوج قبل الدخول شيئاً من الصداق [2].

---

* المشهور عند الإماميّة شهرةً عظيمةً ـ ولعلّه لا خلاف فيه ـ أنّ الصداق يملَّك بالعقد. وحكي عن الاسكافي أنّه ملّكها النصف بالعقد، والآخر بالدخول أو ما يقوم مقامه. ويحتمل كلامه علىٰ إرادة الاستقرار، فلا خلاف حينئذٍ أصلاً، فيكون الدليل الإجماع إن لم يكن سبقه، مضافاً إلىٰ ظهور قوله تعالى: ﴿وَآتُوا ٱلنِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ﴾.

ويستدلّ للاسكافي بخبر محمد بن مسلم سأل الباقر عليه السلام: متى يجب المهر؟ قال: «إذا دخل بها» المحمول فيه الوجوب على الثبوت والاستقرار. (جواهر الكلام ٣١: ١٠٧، رياض المسائل ١٠: ٤٣٠، ٤٣١).

---

١. المعونة ٢: ٧٥٣، المقدّمات الممهّدات ١: ٤٦٨، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧١٦ ـ ٧١٧.

٢. التفريع ٢: ٣٨، المعونة ٢: ٧٥٣، النوادر والزيادات ٤: ٤٥٥ ـ ٤٥٧.

الركن الثالث

في معرفة محل العقد

وكلّ امرأةٍ فإنّها تحلّ في الشرع بوجهين: إمّا بنكاحٍ أو بملك يمين.

والموانع الشرعية بالجملة تنقسم أولاً إلىٰ قسمين: موانع مؤبّدة وموانع غير مؤبّدة، والموانع المؤبّدة تنقسم إلىٰ:

متّفق عليها ومختلف فيها. فالمتفق عليها ثلاث: **نسب وصهر ورضاع**، والمختلف فيها: **الزنا واللعان**.

والغير مؤبّدة تنقسم إلىٰ تسعة:

أحدها: مانع العَدد.

والثاني: مانع الجمع.

والثالث: مانع الرقّ.

والرابع: مانع الكفر.

والخامس: مانع الإحرام.

والسادس: مانع المرض.

والسابع: مانع العدّة علىٰ اختلاف في عدم تأبيده.

والثامن: مانع التطليق ثلاثاً للمطلّق.

والتاسع: مانع الزوجية.

فالموانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعاً، ففي هذا الباب أربعة عشر فصلاً:

الفصل الأول في مانع النسب

واتّفقوا علىٰ أنّ النساء اللائي يحرمن من قبل النسب السبع المذكورات في القرآن [١ و ٢]*: **الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت.** واتّفقوا علىٰ أنّ «الأم» هاهنا: اسم لكلّ أنثى لها عليك ولادة من جهة الأم أو من جهة الأب، و«البنت» اسم لكلّ أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة، وأمّا «الأخت» فهي اسم لكلّ أنثى شاركتك في أحد أصليك أو مجموعيهما، أعني: الأب أو الأم أو كليهما، و«العمة» اسم لكلّ أنثى هي أختٌ لأبيك أو لكلّ ذكرٍ له عليك ولادة،

---

* اتفق فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ النساء اللاتي يحرمن من قبل النسب هي سبعة من أصناف النساء المستفادة من قوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ...﴾ إلىٰ قوله: ﴿وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾.

وأنّ المراد بالأُم هاهنا: كل انثى ولدتك أو انتهى نسبك إليها من العلو بالولادة لأب كان أو أُمّ، والمراد بالبنت كلّ انثى ولدتها أو ولدت من ولدها ذكراً كان أو انثى بواسطة أو غير واسطة.

والمراد بالأخت وابنتها هي كلّ انثىٰ ولدها أبواك أو أحدهما، وضابط العمّة كل انثى هي أُخت ذكر ولدتك بواسطة أو غير واسطة من جهة الأب أو الأُم أو منهما. وضابط الخالة فصاعداً كل انثىٰ هي أُخت انثى ولدتك بواسطة أو غير واسطة. (مسالك الأفهام ٧: ١٩٨، كشف اللثام ٧: ١٢٣، الحدائق الناضرة ٢٣: ٣٠٨، رياض المسائل ١٠: ١٢٧، جواهر الكلام ٢٩: ٢٣٨).

---

١. وهي قوله تعالىٰ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ﴾ سورة النساء: الآية ٢٣.

٢. أنظر: بدائع الصنائع ٣: ٤٠٥ ـ ٤٠٦، المعونة ٢: ٨١٢، البيان للعمراني ٩: ٢١٠، الوسيط ٥: ١٠١.

وأمّا «الخالة» فهي اسم لأخت أمك أو أخت كلّ أنثى لها عليك ولادة، و«بنات الأخ» اسم لكلّ أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة، و«بنات الأخت» اسم لكلّ أنثى لأختك عليها ولادة مباشرةً أو من قبل أمها أو من قبل أبيها. فهؤلاء الأعيان السبع محرّمات، ولا خلاف أعلمه في هذه الجملة، والأصل فيها قوله تعالى: ﴿حرِّمت عليكم﴾... إلى آخر الآية [١].

وأجمعوا علىٰ أنّ النسب الذي يحرم الوطء بنكاحٍ يحرم الوطء بملك اليمين [٢]*.

الفصل الثاني في المصاهرة

وأمّا المحرّمات بالمصاهرة فإنّهن أربع:

زوجات الآباء، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَاتَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاء﴾ [٣] الآية.

---

* لا خلاف عند الإماميّة في أنّ النسب الذي هو مناط كثير من الأحكام الشرعية ـ مثل تحريم النكاح ونحوه ـ يثبت بالنكاح الصحيح، والمراد به: الوطء المستحقّ شرعاً بعقدٍ صحيحٍ أو تحليلٍ أو ملك يمينٍ وإن حرم بالعارض؛ لصومٍ أو حيضٍ أو اعتكافٍ أو إحرامٍ أو غير ذلك ممّا يجتمع مع الزوجية أو الملك، بل لا خلاف في ذلك بين العلماء كما في المسالك والحدائق، بل بين أهل الإسلام كما في جامع المقاصد. (جامع المقاصد ١٢: ١٩٠، مسالك الأفهام ٧: ٢٠٢، الحدائق الناضرة ٢٣: ٣١٠، جواهر الكلام ٢٩: ٢٤٣).

---

١. سورة النساء: الآية ٢٣ وقد تقدّم نصّها الكريم في الصفحة السابقة.

٢. الاشراف لابن المنذر ١: ٨٠، الإجماع لابن المنذر: ١٤١، الإقناع لابن القطّان ٢: ١٤، مراتب الإجماع: ٦٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٤٣، مختصر القدوري: ١٤٥، البيان للعمراني ٩: ٢١٩.

٣. سورة النساء: الآية ٢٢.

وزوجات الأبناء، والأصل في ذلك أيضاً قوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [١].

وأمهات النساء أيضاً، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [٢].

وبنات الزوجات، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [٣].

فهؤلاء الأربع اتّفق المسلمون علىٰ تحريم اثنتين منهن بنفس العقد، وهو تحريم زوجات الآباء والأبناء *، وواحدة بالدخول وهي ابنة الزوجة [٤]. واختلفوا منها في موضعين: أحدهما: هل من شرطها أن تكون في حجر الزوج؟ والثانية: هل تحرم بالمباشرة للأم للذّة أو بالوطء؟

وأمّا أم الزوجة فإنّهم اختلفوا: هل تحرم بالوطء أو بالعقد على البنت فقط؟

---

* أطبقت الإماميّة علىٰ أنّ العقد لو تجرّد عن الوطء حرمت الزوجة علىٰ أبيه وولده. أمّا تحريمها علىٰ أبيه بمجرّد العقد؛ فلعموم قوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ...﴾ الآية الشامل للمدخول بهنّ وغيرهنّ. وأمّا تحريمها علىٰ ولده فلقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ...﴾ والنكاح حقيقة في العقد.

واتّفقوا أيضاً في أنّه لاتحرم مملوكة الأب على الابن ولا العكس بمجرّد الملك، وأمّا مع الوطء لكلّ منهما مملوكته فإنّها تحرم على الآخر. وهذان الحكمان إجماعيان منصوصان. (مسالك الأفهام ٧: ٢٨٣ ـ ٢٨٦، الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٤٨ ـ ٤٦٠، رياض المسائل ١٠: ١٧١، جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٠ ـ ٣٥٤).

---

١. سورة النساء: الآية ٢٣.

٢. سورة النساء: الآية ٢٣.

٣. سورة النساء: الآية ٢٣.

٤. بدائع الصنائع ٣: ٤١٧، ٤١٩، ٤٢١ ـ ٤٢٣، البيان للعمراني ٩: ٢١٢ ـ ٢١٥، التفريع ٢: ٤٤، ٦٣، المعونة ٢: ٨١٥.

واختلفوا أيضاً من هذا الباب في مسألةٍ رابعة، وهي: هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجبه النكاح الصحيح أو النكاح بشبهة؟ فهنا أربع مسائل:

(المسألة الأولى) وهي: هل من شرط تحريم بنت الزوجة أن تكون في حجر الزوج، أم ليس ذلك من شرطه؟ فإنّ الجمهور علىٰ أنّ ذلك ليس من شرط التحريم [١] *، وقال داود: ذلك من شرطه [٢].

ومبنى الخلاف: هل قوله تعالى: ﴿اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم﴾ [٣] وصف له تأثير في الحرمة، أو ليس له تأثير وإنّما خرج مخرج الموجود أكثر؟ [٤] فمن قال: خرج مخرج الموجود الأكثر، وليس هو شرطاً في الربائب، إذ لا فرق في ذلك بين التي في حجره أو التي ليست في حجره، قال: تحرم الربيبة بإطلاق [٥]، ومن جعله شرطاً غير معقول المعنىٰ، قال: لاتحرم إلّا إذا كانت في حجره [٦].

---

* أجمعت الإماميّة علىٰ أنّ تحريم بنت الزوجة المستفاد من قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُم اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ الآية، سواء كانت في الحجر أم لم تكن.

ولايتوهّم من ظاهر الآية الكريمة اشتراط كون الربائب في الحجر حيث وصف المحرّمات بكونهنّ في الحجر، فإنّ الوصف إنّما خرج مخرج الغالب، وقد وقع الاتّفاق نصّاً وفتوىً علىٰ أنّ هذا الوصف غير معتبر، والأخبار به مستفيضة، سواء كنّ في الحجر أم لا، فالوصف للتعريف لا للتخصيص. (الخلاف ٤: ٣٠٥، مسالك الأفهام ٧: ٢٨٢، الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٤٥، رياض المسائل ١٠: ١٦٨، جواهر الكلام ٢٩: ٣٤٩).

---

١. المعونة ٢: ٨١٥ ـ ٨١٦، البيان للعمراني ٩: ٢١٣، بدائع الصنائع ٣: ٤١٧.

٢. المحلّىٰ بالآثار ٩: ٥٢٩، المعونة ٢: ٨١٥، البيان للعمراني ٩: ٢١٣.

٣. سورة النساء: الآية ٢٣.

٤. فإنّ العادة جارية في أن البنت تربىٰ في حجر زوج أمّها، إلّا ما ندر.

٥. البيان للعمراني ٧: ٢١٤، المعونة ٢: ٨١٥.

٦. المحلّىٰ بالآثار ٩: ٥٢٩، الإقناع لابن القطّان ٢: ١٧.

(المسألة الثانية): وأمّا هل تحرم البنت بمباشرة الأم فقط أو بالوطء؟ فإنّهم اتّفقوا علىٰ أنّ حرمتها بالوطء [١]*.

واختلفوا فيما دون الوطء من اللمس والنظر إلى الفرج لشهوة أو لغير شهوة، هل ذلك يحرم أم لا؟ فقال مالك والثوري وأبو حنيفة والأوزاعي والليث بن سعد: إنّ اللمس لشهوة يحرّم البنت، وهو أحد قولي الشافعي [٢]، وقال داود والمزني: لايحرّمها إلّا الوطء، وهو أحد قولي الشافعي المختار عنده [٣].

والنظر عند مالك كاللمس إذا كان نظر تلذّذ إلىٰ أيّ عضوٍ كان، وفيه عنه خلاف [٤]، ووافقه أبو حنيفة في النظر إلى الفرج فقط [٥]، وحمل الثوري النظر محمل اللمس ولم يشترط اللذّة [٦]، وخالفهم في ذلك ابن أبي ليلىٰ والشافعي في أحد قوليه، فلم يوجب

---

* أجمعت الإماميّة على أنّ تحريم البنت مشروط بالدخول بالأُمّ، والأخبار الواردة في ذلك كثيرة، منها: خبر ابن عمّار قال الصادق عليه السلام: «إنّ علياً عليه السلام كان يقول: الربائب عليكم حرام من الأُمّهات اللاتي دخلتم بهنّ، هنّ في الحجور وغير الحجور سواء». (مسالك الأفهام ٧: ٢٨٣، ٢٨٤، الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٤٦ ـ ٤٤٩، رياض المسائل ١٠: ١٧١، جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٠).

---

١. الإفصاح ٢: ١٠٤ ـ ١٠٥، مراتب الإجماع: ٦٨، الإقناع لابن القطّان ٢: ١٧، الاستذكار ١٦: ١٨٠، ١٨١، المعونة ٢: ٨١٥، بدائع الصنائع ٣: ٤٢٥، التهذيب للبغوي ٥: ٣٥٢، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٥٢٩.

٢. المعونة ٢: ٨١٥، بدائع الصنائع ٣: ٤٢٥، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٠٩، المهذّب للشيرازي ٤: ١٤٦، التهذيب للبغوي ٥: ٣٦٦ ـ ٣٦٧، الاستذكار ١٦: ١٨٨ ـ ١٩٠، ٢٦٠، وفي التهذيب والاستذكار: إنّه الأكثر عن الشافعي، أو هو أصحّ القولين.

٣. أنظر: المحلّىٰ بالآثار ٩: ٥٣٠، وحكاه عن المزني وداود في الاستذكار ١٦: ٢٦٠، الوسيط ٥: ١٠٨، الوجيز ٢: ١١.

٤. المعونة ٢: ٨١٥ ـ ٨١٦، الاستذكار ١٦: ٢٦٠، النوادر والزيادات ٤: ٥٠٧ ـ ٥٠٩.

٥. الهداية للمرغيناني ١: ٢٠٩، بدائع الصنائع ٣: ٤٢٣.

٦. الاستذكار ١٦: ٢٦١، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٠٩ ـ ٣١٠.

في النظر شيئاً، وأوجب في اللمس [١]*.

ومبنىٰ الخلاف: هل المفهوم من اشتراط الدخول في قوله تعالى: ﴿اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [٢] الوطء أو التلذّذ بما دون الوطء؟ فإذا كان التلذّذ فهل يدخل فيه النظر أم لا؟

(المسألة الثالثة): وأمّا الأم فذهب الجمهور من كافّة فقهاء الأمصار إلى أنّها تحرم بالعقد على البنت، دخل بها أو لم يدخل [٣]**، وذهب قوم إلىٰ أنّ الأم لاتحرم إلّا بالدخول

---

* اختلف فقهاء الإماميّة في أنّ النظر واللمس من المعقود عليها أو مملوكته هل يحرّم بنت الزوجة أو المملوكة من نسبٍ كانت أو رضاع كما يحرم وطوءها؟ اختار ابن الجنيد التحريم، وإليه ذهب الشيخ الطوسي في الخلاف؛ محتجّاً بإجماع الطائفة وأخبارها.

وذهب العلّامة الحلّي إلىٰ عدم التحريم، وقوّاه ولده في الإيضاح؛ مستدلّاً بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُناحَ عَلَيْكُمْ﴾ والنظر واللمس ليس شيء منهما دخولاً، وأنّه لم يفرّق أحد بين البنت وأُمّ الأمة، وقد ثبت في البنت الإباحة فكذا أُمّ الأمة، وبما رواه عيص بن القاسم في الصحيح قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجلٍ باشر امرأةً وقبّل غير أنّه لم يفض إليها، ثم تزوج ابنتها، قال: «**إن لم يكن أفضى فلابأس، وإن أفضى فلايتزوّج**». (الخلاف ٤: ٣٠٨، إيضاح الفوائد ٣: ٦٥ ـ ٦٦، كشف اللثام ٧: ١٧٤ ـ ١٧٥).

** المشهور عند الإماميّة أنّ الأُمّ تحرم بمجرّد العقد على البنت، دخل بها أو لم يدخل، بل كاد يكون ذلك إجماعاً، بل في الرياض أنّه إجماع في الحقيقة. واستدلّ له بقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهاتُ نِسائِكُمْ...﴾ الشامل للمدخول بهنّ وغيره، وبالأخبار الكثيرة، وبالاحتياط. ←

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣١٠، الاشراف لابن المنذر ١: ٧٩، التهذيب للبغوي ٥: ٣٦٧، الاستذكار ١٦: ٢٦٠.

٢. سورة النساء: الآية ٢٣.

٣. أنظر: المعونة ٢: ٨١٤، بدائع الصنائع ٣: ٤١٢، التهذيب للبغوي ٥: ٣٥١، الاستذكار ١٦: ١٨١ ـ ١٩٠، المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٢٧٣ ـ ٢٧٦، ٢٧٨.

على البنت، كالحال في البنت [١]، أعني: أنّها لاتحرم إلّا بالدخول على الأُم، وهو مروي [٢] عن علي وابن عباس رضي الله عنهما من طرق ضعيفة.

ومبنى الخلاف: هل الشرط في قوله تعالى: ﴿اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ يعود إلىٰ أقرب مذكور وهنّ الربائب فقط، أو إلى الربائب والأمهات المذكورات قبل الربائب في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ فإنّه يحتمل أن يكون قوله: ﴿اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ يعود على الأمهات والبنات، ويحتمل أن يعود إلىٰ أقرب مذكور وهنّ البنات [٣].

ومن الحجّة للجمهور ما روىٰ المثنّىٰ بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه: أنّ النبي عليه الصلاة والسلام قال: «أيّما رجلٍ نكح امرأةً، فدخل بها أو لم يدخل، فلاتحلّ له أمّها» [٤و٥].

(وأمّا المسألة الرابعة): فاختلفوا في الزنا، هل يوجب من التحريم في هؤلاء

← خلافاً لابن أبي عقيل، فاشترط الدخول في الحرمة؛ كالبنت؛ للأصل، ولبعض الأخبار. (مسالك الأفهام ٧: ٢٨٣، ٢٨٤، الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٤٨ ـ ٤٥٧، رياض المسائل ١٠: ١٦٦، جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٠).

---

١. الاستذكار ١٦: ١٨١، المنتقىٰ للباجي ٣: ٣٠٣، بدائع الصنائع ٣: ٤١٣.

٢. المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٢٧٥ باب أمهات نسائكم، الحديث ١٠٨١٩، الاستذكار ١٦: ١٨١، ١٨٢، ١٨٤، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٥٢٩، أحكام القرآن للجصّاص ٢: ١٢٧.

٣. المنتقىٰ للباجي ٣: ٣٠٣، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٥٢٩، أحكام القرآن للجصّاص ٢: ١٢٧ـ١٢٨، أحكام القرآن لابن العربي ١: ٣٧٨ ـ ٣٧٩.

٤. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ١٦٠، كتاب النكاح، باب ما جاء في قول الله عزّ وجلّ: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسائِكُمْ...﴾، سنن الترمذي ٣: ٤٢٥ ـ ٤٢٦، كتاب النكاح، باب ما جاء في من يتزوّج المرأة ثم يطلّقها قبل أن يدخل بها هل يتزوّج ابنتها (٢٦)، الحديث ١١١٧.

٥. بدائع الصنائع ٣: ٤١٥، الاستذكار ١٦: ١٨٧، البيان للعمراني ٩: ٢٢٦.

ما يوجب الوطء في نكاح صحيح أو بشبهة، أعني الذي يدرأ فيه الحدّ؟ فقال الشافعي: الزنا بالمرأة لايحرم نكاح أمها ولا ابنتها، ولا نكاح أبي الزاني لها ولا ابنه [١]، وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي: يحرم الزنا ما يحرم النكاح [٢]، وأمّا مالك ففي الموطّأ عنه مثل قول الشافعي: أنّه لايحرم [٣]، وروىٰ عنه ابن القاسم مثل قول أبي حنيفة: أنّه يحرم [٤]، وقال سحنون: أصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها، ويذهبون إلىٰ ما في الموطّأ [٥]*.

---

* اتّفقت الإماميّة علىٰ أنّ الزنا اللاحق للعقد الصحيح أو للملك لاينشر حرمة المصاهرة، سواء في ذلك الزنا بالعمة أو بالخالة أو غيرهما؛ لأصالة بقاء الحكم الحاصل بالعقد.

ولبعض الأخبار، منها: «لايفسد الحرامُ الحلالَ»، بل الإجماع بقسميه عليه كما في الجواهر.

وأمّا الزنا السابق للعقد فالأكثرون على التحريم، وذلك للأخبار الكثيرة الدالّة عليه.

وذهب الشيخ المفيد والسيد المرتضى والحلّي إلىٰ عدم التحريم؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ ما وَراءَ ذٰلِكُمْ﴾ ولبعض الأخبار.

وضعّف بأنّ عموم الآية مخصوص بأخبار التحريم، وأخباره أوضح سنداً ودلالة.

واستثنى أصحاب هذا القول من عدم التحريم الزنا بالعمة والخالة، فإنّه يحرم ابنتها على تقدير سبقه على العقد، كما صرّح به المفيد والمرتضى. (الخلاف ٤: ٣٠٦، مسالك الأفهام ←

---

١. الاشراف لابن المنذر ١: ٨٤، البيان للعمراني ٩: ٢٢٥، المهذّب للشيرازي ٤: ١٤٦ـ١٤٧.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٠٩، بدائع الصنائع ٣: ٤٢٤، البيان للعمراني ٩: ٢٢٦.

٣. الموطّأ ٢: ٥٣٤، باب نكاح الرجل أم امرأة قد أصابها علىٰ وجه ما يكره، الحديث ١٠.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٢٧٧ ـ ٢٧٨، الاستذكار ١٦: ١٩٦ ـ ١٩٧.

٥. أنظر المصدرين السابقين.

وقد روي عن الليث: أنّ الوطء بشبهةٍ لايحرم [١]*، وهو شاذّ.

وسبب الخلاف الاشتراك في اسم النكاح، أعني: في دلالته على المعنى الشرعي واللغوي، فمن راعىٰ الدلالة اللغوية في قوله: ﴿وَلَاتَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاء﴾ [٢] قال: يحرم الزنا، ومن راعىٰ الدلالة الشرعية قال: لايحرم الزنا، ومن علّل هذا الحكم بالحرمة التي بين الأم والبنت، وبين الأب والابن، قال: يحرم الزنا أيضاً، ومن شبّهه بالنسب قال: لايحرم؛ لإجماع الأكثر علىٰ أنّ النسب لايلحق بالزنا [٣].

واتّفقوا فيما حكى ابن المنذر علىٰ أنّ الوطء بملك اليمين يحرم منه ما يحرم الوطء بالنكاح [٤]، واختلفوا في تأثير المباشرة في ملك اليمين كما اختلفوا في النكاح [٥].

← ٧: ٢٩٧ ـ ٣٠٠، كشف اللثام ٧: ١٧١، الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٧٩، رياض المسائل ١٠: ١٨٢، جواهر الكلام ٢٩: ٣٦٣).

* أكثر الإماميّة ـ إن لم يكن إجماعاً منهم ـ علىٰ تحريم المصاهرة بوطء الشبهة، وخالف ابن إدريس والمحقّق الحلّي، واستدلّ لهما بالأصل والعمومات من الآيات والروايات، واختصاص المحرّم منهما بالنكاح الصحيح، ودليل الأكثرية الإجماع المحكي المعتضد بنفي الخلاف، وبالشهرة العظيمة. (رياض المسائل ١٠: ١٧٨، جواهر الكلام ٢٩: ٣٧٣ ـ ٣٧٤).

---

١. الاستذكار ١٦: ١٩٨، وأنظر: المحلّىٰ بالآثار ٩: ٥٣٣.

٢. سورة النساء: الآية ٢٢.

٣. الاستذكار ١٦: ١٩٥، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٥٣٢ ـ ٥٣٤، المغني لابن قدامة ٧: ٤٨٢ ـ ٤٨٣.

٤. الإجماع لابن المنذر: ١٤١، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٤٣، مختصر القدوري: ١٤٥، البيان للعمراني ٩: ٢١٩، الإقناع لابن القطّان ٢: ١٤، مراتب الاجماع: ٦٦، الاشراف لابن المنذر ١: ٨٠.

٥. الاستذكار ١٦: ١٨٨ ـ ١٨٩، ٢٥٨ ـ ٢٦١، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٠٩، المهذّب للشيرازي ٤: ١٤٦.

الفصل الثالث في مانع الرضاع

واتّفقوا علىٰ أنّ الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب[١]*، أعني: أنّ المرضعة تنزَّل منزلة الأم، فتحرم على المرضع هي وكلّ من يحرم على الابن من قبل أم النسب. واختلفوا من ذلك في مسائل كثيرة، القواعد منها تسع:

إحداها: في مقدار المحرّم من اللبن.

الثانية: في سنّ الرضاع.

الثالثة: في حال المرضع في ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرَّم وقتاً خاصّاً.

والرابعة: هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثدي أو لاتعتبر؟

والخامسة: هل يعتبر فيه المخالطة أم لايعتبر؟

والسادس: هل يعتبر فيه الوصول من الحلق أو لايعتبر؟

والسابعة: هل ينزَّل صاحب اللبن ـ أعني: الزوج ـ من المرضع منزلة أب، وهو الذي يسمّونه لبن الفحل، أم ليس ينزَّل منه بمنزلة أب؟

والثامنة: الشهادة على الرضاع.

والتاسعة: صفة المرضعة.

---

* أجمعت الإماميّة علىٰ أنّه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، فالأمّ من الرضاع محرّمة، والنصوص به مستفيضة: منها الصحيح عن امرأةٍ أرضعت غلاماً مملوكاً لها من لبنها حتّىٰ فطمته، هل يحلّ لها بيعه؟ قال: فقال: «لا، هو ابنها من الرضاع، وحرم عليها بيعه وأكل ثمنه» قال: «أليس قد قال رسول الله ﷺ: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

(كشف اللثام ٧: ١٤٥، رياض المسائل ١٠: ١٣٠، جواهر الكلام ٢٩: ٣٠٩).

---

١. الإفصاح ٢: ١٤٧، مراتب الاجماع: ٦٧، الاشراف لابن المنذر ١: ٩١.

المسألة الأولى: أمّا مقدار المحرّم من اللبن، فإنّ قوماً قالوا فيه بعدم التحديد، وهو مذهب مالك وأصحابه [١]، وروي عن علي وابن مسعود، وهو قول ابن عمر وابن عباس، وهؤلاء يحرم عندهم أيّ قدر كان [٢]. وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي [٣]. وقالت طائفة بتحديد القدر المحرّم، وهؤلاء انقسموا ثلاث فرق: فقالت طائفة: لاتحرم المصّة ولا المصّتان، وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها، وبه قال أبو عبيد وأبو ثور [٤]. وقالت طائفة: المحرّم خمس رضعات، وبه قال الشافعي [٥]، وقالت طائفة: عشر رضعات [٦]*.

---

* أطبقت الإماميّة علىٰ اعتبار الكمية في الرضاع المحرّم، فلايكفي مسمّى الرضاع؛ إجماعاً بقسميه، ونصوصاً مستفيضة أو متواترة، ولهم في الكمية تقديرات ثلاثة: الأثر والزمان والعدد، والمشهور ثبوت تحريم الرضاع بكلٍّ منها؛ خلافاً لما حكي عن المفيد والديلمي فخصّا الحكم بالعدد.

وللصدوق حيث قصره في محكي هدايته على الزمان، والمقنع حيث قصره على الأثر.

كما سوف يتّضح من بيان التقديرات الثلاثة:

الأول: الأثر، والمراد به: ما أنبت اللحم وشدّ العظم، ولا خلاف في نشر الحرمة به؛ لبعض الأخبار.

الثاني: العدد، والمراد به: اعتبار عدد الرضعات، وقد اختلف فيه بسبب اختلاف الأخبار: ←

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤٠٥، عيون المجالس ٣: ١٣٨٤ ـ ١٣٨٥، التفريع ٢: ٦٨، المعونة ٢: ٩٤٦ ـ ٩٤٧.

٢. رواه عبدالرزاق في المصنّف ٧: ٤٦٧ ـ ٤٦٩، باب القليل من الرضاع، الحديث ١٣٩١٩ و١٣٩٢٤، والبيهقي في السنن الكبرىٰ ٧: ٤٥٨، كتاب الرضاع، باب من قال: يحرم قليل الرضاع وكثيره، وابن المنذر في الاشراف ١: ٩٢.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣١٤، مختصر القدوري: ١٥٢، الاشراف لابن المنذر ١: ٩٢.

٤. الاشراف لابن المنذر ١: ٩٣، عيون المجالس ٣: ١٣٨٦.

٥. الأم ٥: ٤٥، البيان للعمراني ٩: ٢١٢، الاشراف لابن المنذر ١: ٩٣، المهذّب للشيرازي ٤: ٥٨٤ ـ ٥٨٦.

٦. حكاه ابن المنذر في الاشراف ١: ٩٣، ومالك في الموطّأ ٢: ٦٠٨، والشافعي في الأم ٥: ٤٤.

والسبب في اختلافهم في هذه المسألة معارضة عموم الكتاب للأحاديث الواردة في التحديد، ومعارضة الأحاديث في ذلك بعضها بعضاً. فأمّا عموم الكتاب فقوله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [١] الآية، وهذا يقتضي ما ينطلق عليه اسم «الإرضاع»، والأحاديث المتعارضة في ذلك راجعة إلى حديثين في المعنى:

أحدهما: حديث عائشة وما في معناه، أنّه قال عليه الصلاة والسلام: «لاتحرّم المصّة والمصّتان، أو الرضعة أو الرضعتان» أخرجه مسلم من طريق عائشة، ومن طريق أم الفضل، ومن طريق ثالث، وفيه قال: قال رسول الله ﷺ: «لاتحرّم الإملاجة [٢] ولا الاملاجتان» [٣].

والحديث الثاني: حديث سهلة أنّه قال لها النبي ﷺ: «أرضعيه خمس رضعات» [٤] وحديث عائشة في هذا المعنى أيضاً قالت: «كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات

← فذهب ابن الجنيد إلى الاكتفاء برضعة واحدة تملأ جوف الولد: إمّا بالمصّ أو بالوجور؛ لبعض الأخبار، إلّا أنّها رميت بالشذوذ وعدم العمل بها.

وذهب أكثر المتقدّمين وبعض المتأخّرين إلىٰ أنّ المعتبر عشر رضعات؛ نظراً لعموم قوله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ ٱللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ...﴾ خرج ما دون العشر بالإجماع فيبقى الباقي.

وذهب الشيخ الطوسي والمحقق وأكثر المتأخّرين إلىٰ اعتبار خمس عشرة رضعة.

الثالث: الزمان: والمراد به: أن يرضع يوماً وليلة من غير نظرٍ إلى العدد ولا إلى النشوء، وهو أضبط من الآخرين كما في المسالك. (مسالك الأفهام ٧: ٢١٣، الحدائق الناضرة ٢٣: ٣٣٠، كشف اللثام ٧: ١٣٤ ـ ١٣٥، رياض المسائل ١٠: ١٣٥ ـ ١٣٦، جواهر الكلام ٢٩: ٢٦٩ ـ ٢٧١).

---

١. سورة النساء: الآية ٢٣.

٢. الإملاجة: أي المصّة. انظر: البيان للعمراني ١١: ١٢٣.

٣. صحيح مسلم ٢: ١٠٧٣ ـ ١٠٧٥، كتاب الرضاع، باب في المصّة والمصّتان، الحديث ١٤٥٠/١٧ و١٨ و٢٠ و٢١ و١٤٥١/٢٢.

٤. الموطّأ ٢: ٦٠٥، كتاب الرضاع، باب ما جاء في الرضاعة بعد الكبر، الحديث ١٢، سنن أبي داود ٢: ٢٢٣، كتاب النكاح، باب في من حرّم به، الحديث ٢٠٦١. وسهلة هذه هي امرأة أبي حذيفة، وهي من بني عامر بن لؤي.

معلومات، ثم نسخن بخمسٍ معلومات، فتوفّي رسول الله ﷺ وهنّ ممّا يقرأ من القرآن»[١].

فمن رجّح ظاهر القرآن على هذه الأحاديث قال: تحرّم المصّة والمصّتان، ومن جعل الأحاديث مفسّرةً للآية، وجمع بينها وبين الآية، ورجّح مفهوم دليل الخطاب في قوله عليه الصلاة والسلام: «لاتحرّم المصّة ولا المصّتان» على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم قال: «الثلاثة فما فوقها هي التي تحرّم» وذلك أنّ دليل الخطاب في قوله: «لاتحرّم المصّة ولا المصّتان» يقتضي أن ما فوقها يحرّم، ودليل الخطاب في قوله: «أرضعيه خمس رضعات» يقتضي أنّ ما دونها لايحرّم، والنظر في ترجيح أحد دليلي الخطاب.

المسألة الثانية: واتّفقوا على أنّ الرضاع يحرّم في الحولين[٢]*.

واختلفوا في رضاع الكبير، فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وكافة الفقهاء: لا يحرّم رضاع الكبير[٣]، وذهب داود وأهل الظاهر إلى أنّه يحرّم، وهو مذهب عائشة[٤]، ومذهب

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه يشترط في الرضاع الشرعي الموجب للتحريم أن يكون في الحولين، وذلك ـ مضافاً للإجماع ـ لقوله تعالىٰ: ﴿وَالوالِداتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كامِلَيْنِ لِمَنْ أَرادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضاعَةَ﴾ ولما رواه حمّاد بن عثمان قال: سمعت أبا عبدالله ﷺ يقول: «لا رضاع بعد فطام»، قلت: وما الفطام؟ قال: «الحولين اللذين قال الله عزّ وجلّ». (تذكرة الفقهاء ٢: ٦١٩ حجري، مستند الشيعة ١٦: ٢٥٠، الخلاف ٥: ٩٩ ـ ١٠٠، مسالك الأفهام ٧: ٢٣٥ ـ ٢٣٦، جواهر الكلام ٢٩: ٢٩٦).

---

١. صحيح مسلم ٢: ١٠٧٥، كتاب الرضاع، باب التحريم بخمس رضعات، الحديث ١٤٥٢/٢٤، سنن أبي داود ٢: ٢٢٣ ـ ٢٢٤ كتاب النكاح، باب هل يحرم ما دون خمس رضعات، الحديث ٢٠٦٢.

٢. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٤٢، البيان للعمراني ١١: ١٢١، مراتب الاجماع: ٦٧، الإفصاح ٢: ١٤٨.

٣. المعونة ٢: ٩٤٩، عيون المجالس ٣: ١٣٨٦ ـ ١٣٨٧، الهداية للمرغيناني ١: ٢٤٣ ـ ٢٤٤، بدائع الصنائع ٥: ٧٣، البيان للعمراني ١١: ١٢١.

٤. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ١٧، ٢٤، الاستذكار ١٨: ٢٧٢، بدائع الصنائع ٥: ٧٣، عيون المجالس ٣: ١٣٨٧.

الجمهور هو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبي عليه الصلاة والسلام [١]*.

وسبب اختلافهم: تعارض الآثار في ذلك، وذلك أنّه ورد في ذلك حديثان: **أحدهما**: حديث سالم، وقد تقدّم [٢]، **والثاني**: حديث عائشة أخرجه البخاري ومسلم قالت: دخل رسول الله ﷺ وعندي رجل، فاشتد ذلك عليه، ورأيت الغضب في وجهه، فقلت: يا رسول الله! إنّه أخي من الرضاعة، فقال عليه الصلاة والسلام: «أُنظرن من إخوانكنّ من الرضاعة، فإنّ الرضاعة من المجاعة» [٣].

فمن ذهب إلى ترجيح هذا الحديث قال: لا يحرّم اللبن الذي لا يقوم للمرضع مقام الغذاء، إلّا أنّ حديث سالم نازلة في عين، وكان سائر أزواج النبي ﷺ يرون ذلك رخصةً لسالم، ومن رجّح حديث سالم وعلّل حديث عائشة بأنّها لم تعمل به، قال: يحرّم رضاع الكبير [٤].

المسألة الثالثة: واختلفوا إذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم، ثم

---

* أجمعت الإماميّة على أنّه لا عبرة بالرضاع بعد الحولين، ودليلهم ـ مضافاً إلى الإجماع ـ الأخبار، منها: ما رواه في الكافي بإسناده عن الحلبي عن أبي عبدالله ﷺ قال: «جاء رجل إلى أمير المؤمنين ﷺ فقال: يا أمير المؤمنين! إنّ امرأتي حلبت من لبنها في مكوك فأسقته جاريتي، فقال: ارجع امرأتك وعليك جاريتك». (الخلاف ٥: ٩٨، جواهر الكلام ٢٩: ٢٩٦).

---

١. المقدّمات الممهّدات ١: ٤٩٤، الاستذكار ١٨: ٢٧٥ ـ ٢٧٦.

٢. تقدّم تخريجه آنفاً من حديث سهلة المتقدّم.

٣. صحيح البخاري ٣: ٣٣٦، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الانساب والرضاع المستفيض والموت القديم، الحديث ١٣، صحيح مسلم ٢: ١٠٧٨، كتاب الرضاع، باب إنّما الرضاعة من المجاعة، الحديث ١٤٥٥/٣٢.

٤. المقدّمات الممهّدات ١: ٤٩٤، الاستذكار ١٨: ٢٧٢، ٢٧٤، ٢٧٥ ـ ٢٧٦.

أرضعته امرأة، فقال مالك: لايحرّم ذلك الرضاع[١]، وقال أبو حنيفة والشافعي: تثبت الحرمة به[٢]*.

وسبب اختلافهم: اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: «فإنّما الرضاعة من المجاعة»[٣] فإنّه يحتمل أن يريد بذلك: الرضاع الذي يكون في سنّ المجاعة كيفما كان الطفل وهو سنّ الرضاع، ويحتمل أن يريد: إذا كان الطفل غير مفطوم، فإن فطم في بعض الحولين لم يكن رضاعاً من المجاعة.

فالاختلاف آيل إلى أنّ الرضاع الذي سببه المجاعة، والافتقار إلى اللبن، هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعي للأطفال وهو الافتقار الذي سببه سنّ الرضاع، أو افتقار المرضع نفسه وهو الذي يرتفع بالفطم ولكنّه موجود بالطبع؟

والقائلون بتأثير الإرضاع في مدّة الرضاع، سواء من اشترط منهم عدم الفطام أو لم يشترطه، اختلفوا في هذه المدّة، فقال: هذه المدّة حولان فقط، وبه قال زفر[٤]، واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين، وفي قولٍ: الشهر عنه، وفي قولٍ عنه:

---

* المشهور عند الإماميّة أنّ الرضاع في الحولين ينشر الحرمة، سواء كان قد فطم قبل الحولين أو لا.

وذهب ابن أبي عقيل إلى أنّ الرضاع بعد الطعام لايحرّم. واستدلّ المشهور بعموم الأخبار. (مختلف الشيعة ٧: ١٢ ـ ١٣، الخلاف ٥: ١٠٠).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤٠٨، التفريع ٢: ٦٨، المعونة ٢: ٩٥٠.

٢. بدائع الصنائع ٥: ٧٨ ـ ٧٩، الهداية للمرغيناني ١: ٢٤٤، البيان للعمراني ١١: ١٢٣، الحاوي الكبير ١١: ٣٦٨. وفي الأولين أنّه قد روي عن أبي حنيفة ما يوافق قول مالك في هذه المسألة.

٣. تقدّم تخريجه آنفاً.

٤. أنظر: الهداية للمرغيناني ١: ٢٤٣، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣١٥، وفيهما: «إنّ هذا القول لأبي يوسف ومحمد والشافعي». وأمّا قول زفر فثلاثة أحوال كما نقلوه عنه، وحكاه عنه أيضاً في بدائع الصنائع ٥: ٧٦، وعيون المجالس ٩: ١٣٨٨ ـ ١٣٨٩.

إلى ثلاثة أشهر [١]. وقال أبو حنيفة: حولان وستة شهور [٢]*.

وسبب اختلافهم: ما يظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدّم، وذلك أنّ قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [٣] يوهم أنّ ما زاد على هذين الحولين ليس هو رضاع مجاعة من اللبن، وقوله عليه الصلاة والسلام: «إنّما الرضاعة من المجاعة» يقتضي عمومه أنّ ما دام الطفل غذاؤه اللبن أنّ ذلك الرضاع محرّم.

المسألة الرابعة: وأمّا هل يحرم الوجور واللدود [٤]، وبالجملة: ما يصل إلى الحلق من غير رضاع؟ فإنّ مالكاً قال: يحرّم الوجور واللدود [٥]، وقال عطاء وداود: لايحرم [٦]**.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على أنّه يشترط في الرضاع أن يكون في حولي المرتضع، فلا عبرة بما بعدهما ولو في الشهر والشهرين؛ لقول النبي ﷺ فيما رواه الإمام الصادق عليه السلام عنه، وقول الصادق عليه السلام في روايةٍ أخرىٰ: «لا رضاع بعد فطام» وإنّ معناه ـ كما في الفقيه ـ إنّه إذا ارتضع الصبي حولين كاملين، ثم شرب بعد ذلك من لبن امرأةٍ أخرىٰ، فما شرب لم يحرّم ذلك الرضاع؛ لأنّه رضاع بعد سنّ الفطام، وقد فسّر الإمام الصادق عليه السلام الفطام في رواية حمّاد بقوله: «الحولان اللّذان قال الله عزّ وجلّ». (جواهر الكلام ٢٩: ٢٩٦، رياض المسائل ١٠: ١٤٥).

** المشهور عند الإماميّة اعتبار الارتضاع من الثدي، وأنّه لو وجر في حلق المرتضع أو وصل إلى جوفه بحقنة ونحوها لم ينشر الحرمة، بل قال في المسالك: ←

---

١. المقدّمات الممهّدات ١: ٤٩٣، المعونة ٢: ٩٤٦ ـ ٩٤٧.

٢. الهداية للمرغيناني ١: ٢٤٣، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣١٤، بدائع الصنائع ٥: ٧٨.

٣. سورة البقرة: الآية ٢٣٣.

٤. الوجور: هو الصبّ في وسط الفم، واللدود: الصبّ في أحد شقّي الفم، وكلاهما بمعنىٰ أن يحلب لبن المرأة ويصبّ في فم الصبي بغير اختياره. أنظر: المحكم والمحيط الأعظم: مادتي «وجر» و«لدد»، البيان للعمراني ١١: ١٢٧.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤٠٥، المعونة ٢: ٩٤٦ ـ ٩٤٧، ٩٤٨.

٦. عيون المجالس ٣: ١٣٩٠، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٧.

وسبب اختلافهم: هل المعتبر وصول اللبن كيفما وصل إلى الجوف أو وصوله على الجهة المعتادة؟ فمن راعىٰ وصوله على الجهة المعتادة، وهو الذي ينطلق عليه اسم الرضاع، قال: لايحرّم الوجور ولا اللدود [١]، ومن راعىٰ وصول اللبن إلى الجوف كيفما وصل، قال: يحرّم [٢].

المسألة الخامسة: وأمّا هل من شرط اللبن المحرّم إذا وصل إلى الحلق أن يكون غير مخالط لغيره؟ فإنّهم اختلفوا في ذلك أيضاً، فقال ابن القاسم: إذا استهلك اللبن في ماءٍ أو غيره ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة، وبه قال أبوحنيفة وأصحابه [٣]*، وقال الشافعي وابن حبيب

← لانعلم خلافاً من أصحابنا ـ غير ابن الجنيد ـ في اشتراط ذلك وتحقّق حكمه؛ لأنّ المفهوم من الرضاع المستفاد من الكتاب والسنّة هو ذلك، فيقال لمن التقم الثدي وتناول منه اللبن: إنّه ارتضع، ولايقال لمن شربه من غيره: ارتضع. وهذا أمر شائع واقع في الناس، وفي رواية زرارة عن الصادق عليه السلام: «لايحرم من الرضاع إلّا ما ارتضع من ثدي واحد» وهو نصّ في الباب وإن كان ظاهره غير مراد.

وقال ابن الجنيد: كلّ ما ملأ بطن الصبي بالمصّ أو الوجور محرّم للنكاح. (جامع المقاصد ١٢: ٢١١، مسالك الأفهام ٧: ٢٣٠، الحدائق الناضرة ٢٣: ٣٥٩، رياض المسائل ١٠: ١٤١، جواهر الكلام ٢٩: ٢٩٤).

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ المعتبر في الرضاع المحرّم وصول عين اللبن خالصاً إلى الحلق، فلو جبّن له فأكله، أو امتزج بمائعٍ أخرجه عن مسمّىٰ اللبن، لم ينشر الحرمة. واستدلّوا بظواهر النصوص، حيث علّق الحكم بالتحريم على اسم الرضاع، فإنّ مثل ذلك لايسمّىٰ رضاعاً. (الخلاف ٥: ١٠٢ ـ ١٠٣، جامع المقاصد ١٢: ٢١١، كشف اللثام ٧: ١٣٣، جواهر الكلام ٢٩: ٢٩٤ ـ ٢٩٥).

---

١. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٧.

٢. المعونة ٢: ٩٤٨.

٣. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٥٣، المعونة ٢: ٩٥١، بدائع الصنائع ٥: ٩٥، الهداية للمرغيناني ١: ٢٤٤.

ومطرّف وابن الماجشون من أصحاب مالك: تقع به الحرمة، بمنزلة ما لو انفرد اللبن أو كان مختلطاً تذهب عينه [١].

وسبب اختلافهم: هل يبقى للّبن حكم الحرمة إذا اختلط بغيره أم لايبقىٰ بـه حكـمها؛ كالحال في النجاسة إذا خالطت الحلال الطاهر؟ والأصل المعتبر في ذلك: انطلاق اسم اللبن عليه؛ كالماء هل يطهر إذا خالطه شيء طاهر؟ [٢].

المسألة السادسة: وأمّا هل يعتبر فيه الوصول إلى الحلق أو لايعتبر؟ فـإنّه يشـبه أن يكون هذا هو سبب اختلافهم في السعوط [٣] باللبن والحقنة به، ويشبه أن يكون اختلافهم في ذلك لموضع الشكّ، هل يصل اللبن من هذه الأعضاء أو لايصل؟ [٤]*.

المسألة السابعة: وأمّا هل يصير الرجل الذي له اللبن، أعني: زوج المرأة أباً للمرضع حتّى يحرم بينهما ومن قـبلهما مـا يـحرم مـن الآبـاء والأبـناء الذيـن مـن النسب، وهـي التي يسمّونها لبن الفحل؟ فإنّهم اختلفوا فـي ذلك، فـقال مـالك وأبـو حـنيفة والشـافعي وأحمد والأوزاعي والثوري: لبن الفحل يحرّم [٥]، وقـالت طـائفة: لايـحرّم لبـن الفـحل [٦].

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في عدم اعتبار وصول اللبن إلى دماغ الطفل أو حلقه ما لم يبلغ المعدة. (قواعد الأحكام ٣: ٢٢، جامع المقاصد ١٢: ٢١٢، كشف اللثام ٧: ١٣٤).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٥٣، المعونة ٢: ٩٥١، التهذيب للبغوي ٦: ٣٠٢، الاشراف لابـن المـنذر ١: ٩٧، الحـاوي الكبير ١١: ٣٧٣.

٢. المعونة ٢: ٩٥١، المنتقى للباجي ٤: ١٥٣.

٣. السعوط: هو ما يُجعل في الأنف من الدواء. أنظر: النهاية لابن الأثير ٢: ٣٣١ ـ ٣٣٢.

٤. أنظر: بدائع الصنائع ٥: ٩٣ ـ ٩٥، المبسوط للسرخسي ٥: ١٢٧.

٥. الاستذكار ١٨: ٢٤٩، الكـافي فـي فـقه أهـل المـدينة: ٢٤٣، عـيون المـجالس ٣: ١٣٧٩ ـ ١٣٨١، الهـداية للمرغيناني ١: ٢٤٤، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣١٨، مختصر المزني: ٢٤٠، الوجـيز ٢: ١٠٦، المـغني لابـن قدامة ٩: ٢٠٠ ـ ٢٠١.

٦. الاستذكار ١٨: ٢٥١، عيون المجالس ٣: ١٣٨٢.

وبالأول قال علي وابن عباس [١]*، وبالقول الثاني قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر [٢].

وسبب اختلافهم: معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور، أعني: آية الرضاع، وحديث عائشة هو: قالت: جاء أفلح أخو أبو القعيس يستأذن عليَّ بعد أن أُنزل الحجاب، فأبيت أن آذن له، وسألت رسول الله ﷺ فقال: «إنّه عمك فاذني له» فقلت: يا رسول الله! إنّما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل، فقال: «إنّه عمّك فليلج عليك» أخرجه البخاري [٣] ومسلم [٤] ومالك [٥].

فمن رأىٰ أنّ ما في الحديث شرع زائد على ما في الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ ٱللَّاتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَاعَةِ﴾ [٦] وعلى قوله ﷺ: «يحرم من الرضاعة

---

* لا خلاف بين علماء الإماميّة ـ بل ادّعي الإجماع ـ في أنّ الرضاع إذا حصل بشروطه نشر إلى الأم المرضعة وصاحب اللبن، بمعنىٰ: أنّ المرضعة تصير أُماً للمرتضع، والفحل أباً، وآباؤهما وأمهاتهما أجداداً وجدّات، وأولادهما إخوة، وأولاد أولادهما أبناء إخوة، وإخوة المرضعة وأخواتها أخوالاً وخالات، وإخوة الفحل وأخواته أعماماً وعمات. واستدلّوا بالنصوص، منها: قوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» وقوله ﷺ للذي سأله عن حكم زواجه ببعض ولد امرأةٍ أرضعت بعض ولده: «لايجوز ذلك؛ لأنّ ولدها قد صار بمنزلة ولدك». (الخلاف ٥: ٩٣ ـ ٩٤، الحدائق الناضرة ٢٣: ٣٨١، جواهر الكلام ٢٩: ٣٠٩).

---

١. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٤٣، عيون المجالس ٣: ١٣٨١، الحاوي الكبير ١١: ٣٥٨، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣١٨، المغني لابن قدامة ٩: ٢٠١.

٢. عيون المجالس ٣: ١٣٨٢، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢ ـ ٣. وحكي عن عائشة قول آخر وهو موافق للجمهور، أنظر: الحاوي الكبير ١١: ٣٥٨.

٣. صحيح البخاري ٧: ٦٨، كتاب النكاح، باب ما يحلّ من الدخول والنظر إلى النساء في الرضاع، الحديث ١٦٨.

٤. صحيح مسلم ٢: ١٠٧٠، كتاب الرضاع، باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل، الحديث ١٤٤٥/٧.

٥. الموطّأ ٢: ٦٠١ ـ ٦٠٢، كتاب الرضاع، باب رضاعة الصغير، الحديث ٢.

٦. سورة النساء: الآية ٢٣.

ما يحرم من الولادة»[١]، قال: لبن الفحل محرّم. ومن رأىٰ أنّ آية الرضاع، وقوله: «يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة» إنّما ورد على جهة التأصيل لحكم الرضاع، إذ لايجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة، قال: ذلك الحديث إن عمل بمقتضاه أوجب أن يكون ناسخاً لهذه الأُصول؛ لأنّ الزيادة المغيِّرة للحكم ناسخة، مع أنّ عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلبن الفحل، وهي الراوية للحديث، ويصعب ردّ الأصول المنتشرة التي يقصد بها التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالأحاديث النادرة، وبخاصة التي تكون في عين[٢]، ولذلك قال عمر ﷺ في حديث فاطمة بنت قيس: لانترك كتاب الله لحديث امرأة[٣].

المسألة الثامنة: وأمّا الشهادة على الرضاع، فإنّ قوماً قالوا: لاتقبل فيه إلّا شهادة امرأتين[٤]، وقوماً قالوا: لاتقبل فيه إلّا شهادة أربع، وبه قال الشافعي وعطاء[٥]، وقوم قالوا: تقبل فيه شهادة امرأةٍ واحدة[٦].

والذين قالوا: تقبل فيه شهادة امرأتين، منهم من اشترط في ذلك فُشُوّ قولهما بذلك قبل الشهادة، وهو مذهب مالك وابن القاسم[٧]، ومنهم لم يشترطه وهو قول مطرّف وابن الماجشون[٨].

والذين أجازوا أيضاً شهادة امرأةٍ واحدة، منهم من لم يشترط فشوّ قولها قبل الشهادة

---

١. صحيح البخاري ٧: ١٥، كتاب النكاح، باب وأُمّهاتكم اللاتي أرضعنكم ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب، الحديث ٣٧.

٢. أنظر: بدائع الصنائع ٥: ٦٦ ـ ٦٨، المبسوط للسرخسي ٥: ١٢٤ ـ ١٢٥، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٥.

٣. سنن الدارقطني ٤: ٢٤، كتاب الطلاق، الحديث ٦٩، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ٤٧٥، كتاب النفقات، باب من قال: لها النفقة.

٤. عيون المجالس ٣: ١٣٩٣ ـ ١٣٩٤، الاشراف لابن المنذر ١: ٩٩، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٣٩٩.

٥. الاشراف لابن المنذر ١: ٩٩، الحاوي الكبير ١١: ٤٠٢.

٦. عيون المجالس ٣: ١٣٩٤، المغني لابن قدامة ٩: ٢٢٣.

٧. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤١١، النوادر والزيادات ٥: ٨٤، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٥٩٤.

٨. النوادر والزيادات ٥: ٨٤، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٥٩٤، المعونة ٣: ١٥٥٢.

وهو مذهب أبي حنيفة [١]، ومنهم من اشترط ذلك وهي رواية عن مالك [٢]، وقد روي عنه: أنّه لاتجوز فيه شهادة أقلّ من اثنتين [٣]*.

---

* اختلفت الإماميّة في قبول شهادة النساء منفردات أو منضمّات في الرضاع على قولين:

الأول: قبول شهادتهنّ، ونُسب إلى المشهور، والثاني: عدم القبول.

احتجّ للقول الأول بأنّ ذلك من الأُمور الخفيّة التي تعمّ البلوىٰ بها، ولايطّلع عليها غالباً إلّا النساء، فوجب قبول شهادتهنّ كسائر أُمورهنّ الخفيّة على الرجال. وقد استفاضت الأخبار بأنّ ما كان كذلك فإنّه تقبل شهادة النساء فيه. منها: قول الرضا عليه السلام في رواية الفضيل: «تجوز شهادة النساء فيما لايستطيع الرجال أن ينظروا إليه، وليس معهنّ رجل».

واحتجّ للقول الثاني بأصالة الإباحة، ولمرسل المبسوط بعدم قبول شهادة النساء في الرضاع أصلاً.

وينبغي أنّ يعلم أنّ المشهور عند الإماميّة أنّه في كلّ موضع يكفي فيه شهادة النساء منفردات لايكفي فيه أقلّ من أربع نساء، لما عُلم من عادة الشرع في باب الشهادات من اعتبار امرأتين برجلٍ واحد، والأمر بإشهاد رجلٍ وامرأتين، نعم إنّهم استثنوا من ذلك صورتين: ميراث المستهلّ، والوصية بالمال. (الخلاف ٥: ١٠٦ ـ ١٠٧، جامع المقاصد ١٢: ٢٦٥، كشف اللثام ٧: ١٦١، الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٣٢ ـ ٤٣٥، جواهر الكلام ٢٩: ٣٤٤ ـ ٣٤٦).

---

١. المعروف عند الحنفية أنّه لايقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات، وإنّما يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين. راجع: مختصر القدوري: ١٥٣، الفقه النافع ٢: ٥٦٣، بدائع الصنائع ٥: ١٠٤، المبسوط للسرخسي ٥: ١٣٠، الهداية للمرغيناني ١: ٢٤٦.

٢. المعروف عن مالك هو عدم قبول أقلّ من شهادة امرأتين في الرضاع. أنظر: المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤١١ ـ ٤١٢ و٥: ١٥٨، النوادر والزيادات ٥: ٨٤، المعونة ٣: ١٥٥٣، إلّا أنّه حكي عنه في المبسوط ٥: ١٣٠، والهداية ١: ٢٤٦.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤١١، ٥: ١٥٨، النوادر والزيادات ٥: ٨٤، المعونة ٣: ١٥٥٣.

والسبب في اختلافهم: أمّا بين الأربع والاثنين فاختلافهم في شهادة النساء، هل عديل كلّ رجلٍ هو امرأتان فيما ليس يمكن فيه شهادة الرجل، أو يكفي في ذلك امرأتان؟ وستأتي هذه المسألة في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى.

وأمّا اختلافهم في قبول شهادة المرأة الواحدة، فمخالفة الأثر الوارد في ذلك للأصل المجمع عليه: أنّه لايقبل من الرجال أقلّ من اثنين [١]، وأنّ حال النساء في ذلك: إمّا أن يكون أضعف من حال الرجال، وإمّا أن تكون أحوالهم في ذلك مساوية للرجال، والإجماع منعقد على أنّه لايقضىٰ بشهادة واحدةٍ، والأمر الوارد في ذلك هو حديث عقبة بن الحارث قال: يارسول الله! إنّي تزوّجت امرأةً، فأتت امرأة فقالت: قد أرضعتكما، فقال رسول الله ﷺ: «كيف وقد قيل؟ دعها عنك» [٢] وحمل بعضهم هذا الحديث على الندب؛ جمعاً بينه وبين الأصول [٣]، وهو أشبه روايةً عن مالك [٤].

المسألة التاسعة: وأمّا صفة المرضعة، فإنّهم اتّفقوا علىٰ أنّه يحرم ابن كلّ امرأةٍ بالغ وغير بالغ، واليائسة من المحيض، كان لها زوج أو لم يكن، حاملاً كانت أو غير حامل [٥]*.

---

* لا خلاف عند الإماميّة في أنّه يشترط في الرضاع المحرّم الذي ينشر الحرمة أن يكون اللبن من مرضعة عن نكاح صحيح مع حصول الولد، فلو درّ لا كذلك، لم ينشر الحرمة. وكذا لو كان عن زنا، بل ادّعي عليه الإجماع. واستدلّوا بموثّقة يونس بن يعقوب عن أبي عبدالله الصادق ﷺ، قال: سألته عن امرأةٍ درّ لبنها من غير ولادة، فأرضعت جاريةً وغلاماً بذلك اللبن، هل يحرم بذلك اللبن ما يحرم من الرضاع؟ ←

---

١. بدائع الصنائع ٥: ١٠٦.

٢. صحيح البخاري ٣: ٣٤١، كتاب الشهادات، باب شهادة المرضعة، الحديث ٢٦، سنن الدارمي ٢: ١٥٧ ـ ١٥٨، كتاب النكاح، باب شهادة المرأة الواحدة على الرضاع.

٣. المبسوط للسرخسي ٥: ١٣٠ ـ ١٣١، بدائع الصنائع ٥: ١٠٦ ـ ١٠٧، كتاب الرضاع: ٢١٥ ـ ٢١٦.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤١١، النوادر والزيادات ٥: ٨٤.

٥. أنظر: المقدّمات الممهّدات ١: ٤٩٦، الاشراف لابن المنذر ١: ٩٧، المعونة ٢: ٩٥٠، الإفصاح ٢: ١٤٨.

وشذّ بعضهم فأوجب حرمةً للبن الرجل [١] *، وهذا غير موجود، فضلاً عن أن يكون له حكم شرعي، وإن وجد فليس لبناً إلّا باشتراك الاسم.

واختلفوا من هذا الباب في لبن الميتة [٢] **، وسبب الخلاف: هل يتناولها العموم أو لا يتناولها؟ [٣] ولا لبن للميتة إن وجد لها إلّا باشتراك الاسم، ويكاد أن تكون مسألةً غير واقعة، فلايكون لها وجود إلّا في القول.

← قال: «لا». (جامع المقاصد ١٢: ٢٠١، مسالك الأفهام ٧: ٢٠٧، كشف اللثام ٧: ١٢٨ ـ ١٢٩، الحدائق الناضرة ٢٣: ٣٢٣، جواهر الكلام ٢٩: ٢٦٤ ـ ٢٦٥، تذكرة الفقهاء ٢: ٦١٥).

* اتّفق فقهاء الإماميّة على أنّه لا حكم للبن الرجل. (جامع المقاصد ١٢: ٢٠١ ـ ٢٠٢، كشف اللثام ٧: ١٢٨).

** أجمع علماء الإماميّة على اشتراط كون المرضعة حيّةً حين الارضاع، فلو ماتت في أثناء الرضاع، وأكمل النصاب حال الموت باليسير ولو جرعة، لم ينشر الحرمة وإن صدق عليه اسم الرضاع، وذلك حملاً له على الأفراد المعهودة المتعارفة وهو إرضاع الحية، ولتعليق الحكم على الإرضاع أو لبن الامرأة في الأخبار، والأول في الميتة منتفٍ، وصدق الثاني عليها مجاز، ولاينفع الاستصحاب؛ لتبدّل الموضوع. كما أنّ الظاهر من قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ ٱلَّلَاتِى أَرْضَعْنَكُمْ﴾ هو كون المرضعة مباشرة للرضاع، والميتة ليست كذلك، فتدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾، ولأنّ الأصل الإباحة إلى أن يثبت المزيل. (تذكرة الفقهاء ٢: ٦١٥، كشف اللثام ٧: ١٢٨، قواعد الأحكام ٣: ٢١، رياض المسائل ١٠: ١٣٤، مستند الشيعة ١٦: ٢٣٦، مسالك الأفهام ٧: ٢٣٣ ـ ٢٣٤).

---

١. المقدّمات الممهّدات ١: ٤٩٦، البيان للعمراني ١١: ١٣٤.

٢. أنظر: بدائع الصنائع ٥: ٩٢، المعونة ٢: ٩٥٠، المنتقى للباجي ٤: ١٥٠، الاشراف لابن المنذر ١: ٩٨، التهذيب للبغوي ٦: ٣٠٣.

٣. المعونة ٢: ٩٥٠، بدائع الصنائع ٥: ٩٢ ـ ٩٣.

الفصل الرابع في مانع الزنا

واختلفوا في زواج الزانية، فأجاز هذا الجمهور [١]، ومنعها قوم [٢]*.

وسبب اختلافهم في مفهوم قوله تعالى: ﴿وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [٣] هل خرج مخرج الذمّ أو مخرج التحريم؟ وهل الإشارة في قوله: ﴿وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ إلى الزنا أو إلى النكاح؟

وإنّما صار الجمهور لحمل الآية على الذمّ لا على التحريم؛ لما جاء في الحديث: أنّ رجلاً قال للنبي ﷺ في زوجته: إنّها لاتردّ يد لامس، فقال له النبي عليه الصلاة والسلام: «طلّقها» فقال له: إنّي أحبّها، فقال له: «فأمسكها» [٤ و ٥].

---

* المعروف لدى فقهاء الإماميّة أنّ الزنا لايحرّم الزانية على الزاني بها وغيره وإن كانت مشهورة بالزنا، تابت أم لا؛ للأصل والخبر.

خلافاً لجماعة حيث شرطوا التوبة؛ لظاهر الآية، وخبر عمّار عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يحلّ له أن يتزوّج امرأةً كان يفجر بها؟ فقال: «إن أنس منها رشداً فنعم، وإلّا فليراودها على الحرام، فإن تابعته فهي عليه حرام، وإن أبت فليتزوّجها». هذا كلّه في غير ذات البعل وذات العدّة الرجعية. (الخلاف ٥: ٣٠٠، جامع المقاصد ١٢: ٣١٤، كشف اللثام ٧: ١٨٥، الحدائق الناضرة ٢٣: ٣٩١، رياض المسائل ١٠: ١٧٩).

---

١. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٤٤، المعونة ٢: ٧٩٥، أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٢٦٥، الاشراف لابن المنذر ١: ٨٤، المهذّب للشيرازي ٤: ١٤٦، الحاوي الكبير ٩: ١٨٩، عيون المجالس ٣: ١٠٧٤ ـ ١٠٧٥.

٢. أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٢٦٥، الاشراف لابن المنذر ١: ٨٤.

٣. سورة النور: الآية ٣.

٤. سنن النسائي ٦: ١٦٩ ـ ١٧٠، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع، سنن أبي داود ٢: ٢٢٠ كتاب النكاح، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء، الحديث ٢٠٤٩ وفيهما: «غرّبها» بدلاً من «طلّقها».

٥. المعونة ٢: ٧٩٥ ـ ٧٩٦، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٠١، أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٢٦٦.

وقال قوم أيضاً: إنّ الزنا يفسخ النكاح؛ بناءً على هذا الأصل، وبه قال الحسن [١]*. وأمّا زواج الملاعنة من زوجها الملاعن فسنذكرها في كتاب اللعان.

الفصل الخامس في مانع العدد

واتّفق المسلمون على جواز نكاح أربعة من النساء معاً، وذلك للأحرار من الرجال [٢]**، واختلفوا في موضعين: في العبيد، وفيما فوق الأربع.

أمّا العبيد فقال مالك في المشهور عنه: يجوز أن ينكح أربعاً، وبه قال أهل الظاهر [٣]،

---

* المشهور بين الإماميّة أنّه لاتحرم الزوجة الزانية وإن أصرّت؛ لعموم: «أنّ الحرام لايفسد الحلال» وللأصل، ولخبر عبّاد عن الصادق عليه السلام قال: «لابأس أن يمسك الرجل امرأته أن رآها تزني...» خلافاً للمفيد والديلمي فتحرم مع الإصرار؛ لفوات فائدة التناسل معه؛ لاختلاط النسب. ورُدّ بأنّه لا نسب للزاني. (جواهر الكلام ٢٩: ٤٤٤ ـ ٤٤٥، كشف اللثام ٧: ١٨٦، رياض المسائل ١٠: ١٨١، ١٨٢).

** أجمع علماء الإماميّة على أنّه يجوز للحرّ أن يتزوّج بالعقد الدائم أربع حرائر، ولايجوز له الزيادة على ذلك، بل في الجواهر أنّه إجماعٌ من المسلمين، بل ضرورة من الدين، مضافاً للنصوص المستفيضة، بل المتواترة، منها: «لايجمع ماؤه في خمس». (جامع المقاصد ١٢: ٣٧٣ ـ ٣٧٤، مسالك الأفهام ٧: ٣٤٧، كشف اللثام ٧: ٢١٢، الحدائق الناضرة ٢٣: ٦١٧، رياض المسائل ١٠: ٢١٦، جواهر الكلام ٣٠: ٢).

---

١. الحاوي الكبير ٩: ١٩٠، الاشراف لابن المنذر ١: ٨٥، عيون المجالس ٣: ١٠٧٤، المغني لابن قدامة ٧: ٥١٨.

٢. مراتب الإجماع: ٦٢، المغني لابن قدامة ٧: ٤٣٦، الهداية للمرغيناني ١: ٢١١، عيون المجالس ٣: ١٠٦٩، الوسيط ٥: ١١٢، المهذّب للشيرازي ٤: ١٥٧.

٣. الموطّأ ٢: ٥٤٣، الاستذكار ١٦: ٣٠٨، المحلّى بالآثار ٩: ٤٤١، ٤٤٤.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لايجوز له الجمع إلّا بين اثنتين فقط [١]*.

وسبب اختلافهم: هل العبودية لها تأثير في إسقاط هذا العدد كما لها تأثير في إسقاط نصف الحدّ الواجب على الحرّ في الزنا، وكذلك في الطلاق عند من رأىٰ ذلك [٢]، وذلك أنّ المسلمين اتّفقوا على تنصيف حدّه في الزنا، أعني: أنّ حدّه نصف حدّ الحر [٣]**،

---

* لاخلاف عند الإماميّة في أنّه لايجوز للعبد الزيادة على أربع إماء أو حرّتين أو حرّة وأمتين بالعقد الدائم، وفي الجواهر: «إجماعاً منّا بقسميه، ونصوصاً كادت تكون متواترة، ففي صحيح ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام، سألته عن العبد يتزوّج أربع حرائر؟ قال: «لا، ولكن يتزوّج حرّتين، وإن شاء تزوّج أربع إماء...» وغيره من الأخبار.

وأمّا الاستدلال على جواز الحرّة والأمتين، ففي الجواهر: الأوجه أنّ يقال: إنّ دليله بعد الإجماع بقسميه عليه، وعدم صدق الزيادة على الأربع: ما في الفقيه، فإنّه بعد أن روىٰ عن حمّاد بن عيسى أنّه سأل أبا عبدالله عليه السلام: كم يتزوّج العبد؟ قال: قال أبي عليه السلام: قال علي عليه السلام: «لايزيد على امرأتين». قال: وفي حديث آخر: «يتزوّج العبد حرّتين أو أربع إماء أو أمتين وحرّة» مؤيّداً بإمكان دعوىٰ ظهور نصوص العبد خاصّة في تنزيل الحرّة بالنسبة إليه منزلة الأمتين، فالعدد الممتنع منه الزيادة على أربع إماء حقيقةً أو حكماً.

(جامع المقاصد ١٢: ٣٨٢، مسالك الأفهام ٧: ٣٤٨، كشف اللثام ٧: ٢١٥، الحدائق الناضرة ٢٣: ٦١٩ـ ٦٢٠، رياض المسائل: ٢١٧ ـ ٢١٨، جواهر الكلام ٣٠: ٥ ـ ٧).

** أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ المملوك البالغ العاقل يحدّ في الزنا خمسون جلدة، نصف ما على الحرّ، سواء كان شيخاً أم شاباً مسلماً أو كافراً لقوله تعالى: ←

---

١. مختصر القدوري: ١٤٩، الهداية للمرغيناني ١: ٢١١، المهذّب للشيرازي ٤: ١٥٨، التهذيب للبغوي ٥: ٣٣٧.

٢. الاستذكار ١٦: ٣١٠، المبسوط للسرخسي ٥: ١١٦ـ ١١٧.

٣. الإفصاح ٢: ١٩٢، المعونة ٣: ١٣٧٧، النتف في الفتاوىٰ ٢: ٦٣٣، التهذيب للبغوي ٧: ٣١٦، البيان للعمراني ١٢: ٢٩٣، الوسيط ٦: ٤٣٧.

واختلفوا في غير ذلك [أم لا؟][1].

وأما ما فوق الأربع، فإنّ الجمهور على أنّه لاتجوز الخامسة[2]؛ لقوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِنَ ٱلنِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾[3]، ولما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنّه قال لغيلان لمّا أسلم وتحته عشرة نسوة: «أمسك أربعاً وفارق سائرهنّ»[4و5*]، وقالت فرقة: يجوز تسع[6]، ويشبه أن يكون من أجاز التسع ذهب مذهب الجمع في الآية المذكورة، أعني: جمع الأعداد في قوله تعالى: ﴿مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾[7].

← ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ ما عَلَى الْمُحْصَناتِ مِنَ العَذابِ﴾. وقد دلت على ثبوت نصف الجلدة للأمة والعبد مطلقاً روايات كثيرة، منها: خبر الحسن بن السري: إذا زنا العبد والأمة وهما محصنان فليس عليهما الرجم إنّما عليهما الضرب خمسين نصف الحدّ.

ولا جزّ على أحدهما ولا تغريب إجماعاً في الظاهر. (مسالك الأفهام ١٤: ٣٧٠، مجمع الفائدة والبرهان ١٣: ٨٦، كشف اللثام ١٠: ٤٤٦ ـ ٤٤٧، جواهر الكلام ٤١: ٣٢٩).

* أجمع فقهاء الإماميّة على تحريم الخامسة من النساء بعد الأربع زوجات بالعقد الدائم، بل هو إجماع من المسلمين، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا ما طابَ لَكُمْ مِنَ ٱلنِّساءِ مَثْنىٰ وَثُلاثَ وَرُباعَ﴾. والنصوص في ذلك متواترة، منها: ماكتبه الإمام الرضا عليه السلام إلى المأمون: «لايجوز الجمع بين أكثر من أربع حرائر». (مسالك الأفهام ٧: ٣٤٧، كشف اللثام ٧: ٢١٢ ـ ٢١٣، رياض المسائل ١٠: ٢١٦، جواهر الكلام ٣٠: ٢).

---

١. زيادة مناسبة يقتضيها سياق الجملة.

٢. الهداية للمرغيناني ١: ٢١١، المعونة ٢: ٨٠٩، عيون المجالس ٣: ١٠٦٩، الوسيط ٥: ١١٢، المهذّب للشيرازي ٤: ١٥٧.

٣. سورة النساء: الآية ٣.

٤. الموطّأ ٢: ٥٨٦، كتاب الطلاق، باب جامع الطلاق، الحديث ٧٦.

٥. المعونة ٢: ٨٠٩، المهذّب للشيرازي ٤: ١٥٨ ـ ١٥٩، الهداية للمرغيناني ١: ٢١١.

٦. عيون المجالس ٣: ١٠٧٠، أحكام القرآن لابن العربي ١: ٣١٢.

٧. أحكام القرآن للكيا الهراسي ٢: ٣١٧، بدائع الصنائع ٣: ٤٤٤ ـ ٤٤٥، المغني لابن قدامة ٧: ٤٣٦.

الفصل السادس في مانع الجمع

واتّفقوا على أنّه لايجمع بين الأختين بعقد نكاح [١]؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [٢]*، واختلفوا في الجمع بينهما بملك اليمين، والفقهاء على منعه [٣]**، وذهبت طائفة إلى إباحة ذلك [٤].

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على تحريم أخت الزوجة جمعاً لا عيناً، بل هو إجماع المسلمين. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا إِلَّا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾، وللأخبار، منها: الخبر الصحيح في رجلٍ طلّق امرأته أو اختلعت أو بانت، أله أن يتزوّج بأختها؟ فقال: «إذا برئت عصمتها، ولم يكن له عليها رجعة، فله أن يخطب أختها». (مسالك الأفهام ٧: ٢٨٩، رياض المسائل ١٠: ١٧٢، جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٦).

** أجمع فقهاء الإماميّة على تحريم الجمع بين الأختين في الوطء بملك اليمين، فإذا كان عنده أمتان، ووطئ إحداهما، حرمت عليه الأخرى حتّى تخرج الأولى عن ملكه ببيعٍ أو نحوه، فإذا خرجت حلّت إجماعاً، وللنصوص، منها: الصحيح: «إذا كانت عند الرجل الأختان المملوكتان، فنكح إحداهما، ثم بدا له في الثانية فنكحها، فليس ينبغي له أن ينكح الأخرى حتّى تخرج الأولىٰ من ملكه، يهبها أو يبيعها، وإن وهبها لولده جاز». (مسالك الأفهام ٧: ٣١٦، رياض المسائل ١٠: ١٩١، جواهر الكلام ٢٩: ٣٨٦).

---

١. مراتب الإجماع: ٦٨، بدائع الصنائع ٣: ٤٢٩، التفريع ٢: ٦٤، الاشراف لابن المنذر ١: ٨٠.

٢. سورة النساء: الآية ٢٣.

٣. عيون المجالس ٣: ١٠٨١، التفريع ٢: ٦٤، بدائع الصنائع ٣: ٤٤٠، مختصر القدوري: ١٤٥، البيان للعمراني ٩: ٢١٩، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٥٢٢.

٤. حكاه عن قوم في المعونة ٢: ٨٠٨، وعن داود وأهل الظاهر في البيان ٩: ٢١٩، وعيون المجالس ٣: ١٠٨٢، والمحلّىٰ بالآثار ٩: ٥٢٢.

وسبب اختلافهم: معارضة عموم قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ لعموم الاستثناء في آخر الآية، وهو قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ وذلك أنّ هذا الاستثناء يحتمل أن يعود لأقرب مذكور، ويحتمل أن يعود لجميع ما تضمّنته الآية من التحريم، إلّا ما وقع الإجماع على أنّه لا تأثير له فيه، فيخرج من عموم قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ ملك اليمين، ويحتمل أن لا يعود إلّا إلى أقرب مذكور، فيبقىٰ قوله: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ على عمومه، ولاسيّما إن علّلنا ذلك بعلّة الأخوّة أو بسببٍ موجود فيهما [1].

واختلف الذين قالوا بالمنع في ملك اليمين إذا كانت إحداهما بنكاحٍ والأخرىٰ بملك يمين، فمنعه مالك [2] وأبو حنيفة [3]، وأجازه الشافعي [4]*.

---

* لا خلاف بين الإماميّة في أنّه إذا تزوّج امرأةً لم يحلّ له وطء أختها بملك يمين إن كانت ملكه قبل نكاح أختها، وكذلك إن اشتراها بعد نكاح أختها لم يحلّ له وطيها.

وإذا تقدم الوطء بملك اليمين ثم تزوّج أختها، قال الشيخ الطوسي: صحّ نكاحها، وحرم عليه وطء الأولىٰ؛ لعموم ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ ما وَراءَ ذٰلِكُمْ﴾. وقال النجفي: هو نكاح الأخت على الاخت، كما هو واضح. (المبسوط ٤: ٢٠٧، جواهر الكلام ٢٩: ٣٨٥ ـ ٣٨٦، الخلاف ٤: ٣٠٥، مسالك الأفهام ٧: ٣١٥).

---

١. أنظر: المحلّىٰ بالآثار ٩: ٥٢٣، المبسوط للسرخسي ٤: ٢٢٤ ـ ٢٢٥، بدائع الصنائع ٣: ٤٤٠ ـ ٤٤١.

٢. أنظر: عيون المجالس ٣: ١٠٨٥ ـ ١٠٨٦، المدونة الكبرىٰ ٢: ٢٨٠، المنتقى للباجي ٣: ٣٠١ ـ ٣٠٢، وفيها نقلت ثلاثة أقوال في مذهب المالكية: الأول: صحّة النكاح إلّا أنّه لا يطأ حتى يحرّم فرج الأولى. الثاني: بطلان النكاح. الثالث: صحّة النكاح وجواز وطء الزوجة وحرمة الأمة عليه.

٣. بدائع الصنائع ٣: ٤٤١ ـ ٤٤٢، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٣٣. وفيهما: أنّه يصحّ النكاح، إلّا أنّه لا يطأ الزوجة حتّى يحرّم فرج الأمة.

٤. مختصر المزني: ١٨٠، الحاوي الكبير ٩: ٢١١، البيان للعمراني ٩: ٢٢١، التهذيب للبغوي ٥: ٢٦٢ ـ ٢٦٣ وفيها: أنّه يصحّ النكاح، ويحرم وطء الأمة.

وكذلك اتّفقوا ـ فيما أعلم ـ على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها[١]؛ لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبي هريرة، وتواتره عنه عليه الصلاة والسلام من أنّه قال عليه الصلاة والسلام: «لايجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها»[٢ و ٣*].

واتّفقوا على أنّ العمة هاهنا هي كلّ أنثى هي أخت لذكرٍ له عليك ولادة: إمّا بنفسه، وإمّا

---

* لا خلاف معتدّ به بين الإماميّة في تحريم بنت أخت الزوجة وبنت أخيها إلّا برضا الزوجة، وحينئذٍ فلو أذنت صحّ. وفي الجواهر: الإجماع مستفيضاً أو متواتراً عليه؛ كالنصوص، ففي الصحيح المروي في نوادر أحمد بن محمد بن عيسىٰ: «لاتنكح الجارية علىٰ عمتها ولا علىٰ خالتها إلّا باذن العمة والخالة، ولابأس أن تنكح العمة والخالة على بنت أخيها وبنت أختها».

وكذلك لا خلاف معتدّ به ـ بل في التذكرة: الإجماع عليه ـ أنّ له إدخال العمة والخالة على بنت أخيها وأختها ولو كره المدخول عليها، ودليلهم: الإجماع، مضافاً إلى الأصل، وعموم الكتاب والأخبار، منها: «لاتزوّج ابنة الأخت علىٰ خالتها إلّا باذنها، وتزوج الخالة علىٰ ابنة الأخ بغير إذنها». وفي المسالك: ولكن يشترط علم الداخلة بكون المدخول عليها زوجة، وإلّا لم يصحّ. (مسالك الأفهام ٧: ٢٩٠ ـ ٢٩٢، كشف اللثام ٧: ١٩٨، رياض المسائل ١٠: ١٧٢ ـ ١٧٥، جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٧ ـ ٣٥٨).

---

١. الاشراف لابن المنذر ١: ٨١، مختصر القدوري ١٤٥، المعونة ٢: ٨٠٧، البيان للعمراني ٩: ٢١٥، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٥٢٤.

٢. صحيح البخاري ٧: ٢٠، كتاب النكاح، باب لاتنكح المرأة على عمتها، الحديث ٤٦، صحيح مسلم ٢: ١٠٢٩، كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، الحديث ١٤٠٨/٣٨، سنن أبي داود ٢: ٢٢٤، كتاب النكاح، باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء، الحديث ٢٠٦٦، سنن الترمذي ٣: ٤٣٣، كتاب النكاح، باب ما جاء لاتنكح المرأة على عمتها ولا علىٰ خالتها، الحديث ١١٢٦.

٣. الاشراف لابن المنذر ١: ٨١، الهداية للمرغيناني ١: ٢٠٩، المعونة ٢: ٨٠٨.

بواسطة ذكرٍ آخر، وأنّ الخالة هي كلّ أنثى هي أخت لكلّ أنثىً لها عليك ولادة: إمّا بنفسها، وإمّا بتوسّط أنثىً غيرها[١]*، وهن الجدّات من قبل الأم.

واختلفوا: هل هذا من باب الخاصّ أريد به الخاصّ، أم هو من باب الخاصّ أريد به العامّ؟

والذين قالوا: هو من باب الخاصّ أُريد به العامّ، اختلفوا: أيّ عامّ هو المقصود به؟ فقال قوم ـ وهم الأكثر، وعليه الجمهور من فقهاء الأمصار ـ: هو خاصّ أريد به الخصوص فقط، وأنّ التحريم لايتعدّى إلىٰ غير من نصّ عليه[٢]. وقال قوم: هو خاصّ والمراد به العموم، وهو الجمع بين كلّ امرأتين بينهما رحم محرّمة أو غير محرّمة، فلايجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتي عم أو عمة، ولا بين ابنتي خال أو خالة، ولا بين المرأة وبنت عمها أو بنت عمتها، أو بينها وبين بنت خالتها[٣]. وقال قوم: إنّما يحرم الجمع بين كلّ امرأتين بينهما قرابة محرّمة، أعني: لو كان أحدهما ذكراً والآخر أُنثى، لم يجز لهما أن يتناكحا.

ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنىٰ أن يعتبر هذا من الطرفين جميعاً، أعني: إذا جعل كلّ واحدٍ منهما ذكراً والآخر أنثى، فلم يجز لهما أن يتناكحا، فهؤلاء لايحلّ الجمع بينهما. وأمّا إن جعل في أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الآخر، فإنّ الجمع يجوز؛ كالحال في الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها، فإنّه إن وضعنا البنت ذكراً

---

* ذكر كثير من فقهاء الإماميّة أنّ ضابط العمة المحرّمة: هي كلّ أنثىً هي أخت ذكرٍ ولدك بواسطةٍ أو بغير واسطة. وأنّ ضابط الخالة المحرّمة: هي كلّ أُنثىً هي أخت أُنثىً ولدتك بواسطةٍ أو بغير واسطة. (مسالك الأفهام ٧: ٢٠٠، رياض المسائل ١٠: ١٢٧، جواهر الكلام ٢٩: ٢٣٩).

---

١. مراتب الإجماع: ٦٦.

٢. الاستذكار ١٦: ١٧٣.

٣. المصدر السابق: ١٧٢.

لم يحلّ نكاح المرأة منه؛ لأنّها زوج أبيه، وإن جعلنا المرأة ذكراً حلّ لها نكاح ابنة الزوج؛ لأنّها تكون ابنة الأجنبي، وهذا القانون هو الذي اختاره أصحاب مالك [١]، وأولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها [٢]*.

الفصل السابع في موانع الرقّ

واتّفقوا على أنّه يجوز للعبد أن ينكح الأمة [٣]، وللحرّة أن تنكح العبد إذا رضيت بذلك هي وأولياؤها [٤]**.

واختلفوا في نكاح الحرِّ الأمة، فقال قوم: يجوز بإطلاق، وهو المشهور من مذهب ابن القاسم [٥]، وقال قوم: لايجوز إلّا بشرطين: عدم الطول وخوف العنت [٦]، وهو المشهور

---

* الظاهر أنّ فقهاء الإماميّة مجمعون على أنّه يجوز للرجل أن يجمع بين المرأة وزوجة أبيها إذا لم تكن أُمها، واحتجّوا ـ مضافاً للإجماع ـ بقوله تعالى: ﴿فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء﴾ وقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاء ذَلِكُمْ﴾ ولم يفرّق في ذلك. (الخلاف ٤: ٣٠٦).

** لا خلاف عند الإماميّة في جواز إنكاح الحرّة العبد، وبالعكس، بل في الرياض اتّفاقاً إلّا من ابن الجنيد، وذلك لعموم الأدلّة، وخصوص ما جاء في تزويج جويبر الدلفاء وغيره. (مسالك الأفهام ٧: ٤٠٨، رياض المسائل ١٠: ٢٥٨، جواهر الكلام ٣٠: ١٠٦ ـ ١٠٧).

---

١. المنتقى للباجي ٣: ٣٠٢، المعونة ٢: ٨٠٧.

٢. الاستذكار ١٦: ١٧٤ ـ ١٧٦.

٣. مراتب الإجماع: ٦٤، الإقناع لابن القطّان ٢: ١٢.

٤. الحاوي الكبير ٩: ١٠٧، المعونة ٢: ٧٤٨، المغني لابن قدامة ١: ٣٧٢.

٥. المقدّمات الممهّدات ١: ٤٦٦، المدوّنة الكبرى ٢: ٢٠٥، الاستذكار ١٦: ٢٢٩.

٦. المراد بعدم الطول: ألّا يجد نفقات الزواج بالحرّة، وبالعنت: أن يخشى على نفسه العزوبة.

من مذهب مالك [١]، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي [٢]*.

---

* لا خلاف عند فقهاء الإماميّة في جواز نكاح الأمة بالعقد للحرّ لمن فقد الطول وخشي العنت، والقرآن ناطق بجوازه كذلك، وأمّا مع فقد أحد الشرطين ففيه أقوال:

الأول: الجواز على كراهة، ونسبه في كشف اللثام إلى أكثر المتقدّمين، وعزاه غير واحد إلى الشهرة، بل أُدّعي عليه الإجماع، للأصل، وعموم قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ﴾.

الثاني: المنع من ذلك، ذهب إليه الشيخ في أحد قوليه، وكثير من المتقدّمين والمتأخّرين؛ لدلالة مفهوم الشرط عليه في قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مِّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم...﴾ الآية، حيث شرط في صحّة نكاح الأمة عدم الطول، وشرط خوف العنت بقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ والمفهوم الثاني وإن لم يكن مفهوم شرط إلّا أنّه في معناه، ولا قائل بالفرق. وإذا ثبت اشتراط الجواز بذلك كان مخصّصاً لعموم تلك الآيات التي استدلّ بها المجوّزون، ورافعاً لأصلهم، كما صرّح بذلك الشهيد الثاني.

الثالث: المنع من تزويج الأمة لمن عنده حرّة ولايحرم لغيره، نقله الشيخ في الخلاف، وحجّته جعل فقد الطول بالفعل شرطاً لا للقدرة عليه؛ كنكاح الأخت والخامسة، ولقول الصادق عليه السلام: «تزوّج الحرّة على الأمة، ولاتزوّج الأمة على الحرّة».

وأجيب بأنّ الطول أعمّ ممّا ذكر، فالتخصيص بحاجة إلى دليل، والرواية لاتدلّ على جواز نكاح الأمة مطلقاً، بل على إمكانه في الجملة. (الخلاف ٤: ٣١٣، مسالك الأفهام ٧: ٣٢٣ ـ ٣٢٥، كشف اللثام ٧: ١٩٩، ٢١٠ ـ ٢١١، رياض المسائل ١٠: ١٩٦ ـ ١٩٧، جواهر الكلام ٢٩: ٣٩٣، ٤٠٤ ـ ٤٠٥).

---

١. المقدّمات الممهّدات ١: ٤٦٦، عيون المجالس ٣: ١٠٩٥ ـ ١٠٩٦، التفريع ٢: ٤٥.

٢. البيان للعمراني ٩: ٢٣٥، التهذيب للبغوي ٥: ٣٨٢، بدائع الصنائع ٣: ٤٤٧ ـ ٤٤٩، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٠٤ ـ ٣٠٥، المبسوط للسرخسي ٥: ١٠٢ ـ ١٠٣. وفي الثلاثة الأواخر: «إنّ عدم الطول ليس بشرط عند الحنفية في جواز النكاح هنا، بل صرّح في البدائع أنّ خوف العنت هو كذلك عندهم».

والسبب في اختلافهم: معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى: ﴿وَمَن لَم يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ﴾ [١] الآية، لعموم قوله: ﴿وَأَنكِحُوا ٱلْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّالِحِينَ﴾ [٢] الآية.

وذلك أنّ مفهوم دليل الخطاب في قوله تعالى: ﴿وَمَن لَم يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ﴾ الآية، يقتضي أنّه لايحلّ نكاح الأمة إلّا بشرطين: أحدهما: عدم الطول إلى الحرّة، والثاني: خوف العنت. وقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا ٱلْأَيَامَىٰ مِنكُمْ﴾ يقتضي بعمومه إنكاحهنّ من حرٍّ أو عبد، واجداً كان الحرّ أو غير واجد، خائفاً للعنت أو غير خائف، لكن دليل الخطاب أقوى هاهنا ـ والله أعلم ـ من العموم؛ لأنّ هذا العموم لم يتعرّض فيه إلى صفات الزوج المشترطة في نكاح الإماء، وإنّما المقصود به الأمر بإنكاحهنّ، وألّا يجبرن على النكاح. وهو أيضاً محمول على الندب عند الجمهور [٣]، مع ما في ذلك من إرقاق الرجل ولده [٤].

واختلفوا من هذا الباب في فرعين مشهورين، أعني: الذين لم يجيزوا النكاح إلّا بالشرطين المنصوص عليهما:

أحدهما: إذا كانت تحته حرّة، هل هي طول أو ليست بطول؟ فقال أبوحنيفة: هي طول [٥]*، وقال غيره: ليست بطول [٦]، وعن مالك في ذلك القولان [٧].

---

* تقدّم نقل قول الإماميّة، وهو المنع من تزويج الأمة لمن عنده حرّة ومناقشته، فراجع ما تقدّم.

---

١. سورة النساء: الآية ٢٥.

٢. سورة النور: الآية ٣٢.

٣. أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٣١٩، زاد المسير ٦: ٣٦. وفي الأول: «عليه إجماع السلف وفقهاء الأمصار» وفي الثاني: «إنّه مذهب المفسّرين».

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٦٦، التهذيب للبغوي ٥: ٣٨٣، بدائع الصنائع ٣: ٤٤٩.

٥. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٠٥، المبسوط للسرخسي ٥: ١٠٢ ـ ١٠٣.

٦. الاستذكار ١٦: ٢٢٩، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٠٦.

٧. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٢٠٤ ـ ٢٠٥، الاستذكار ١٦: ٢٢٨ ـ ٢٢٩، المنتقىٰ للباجي ٣: ٣١٩ ـ ٣٢٠.

والمسألة الثانية: هل يجوز لمن وُجد فيه هذان الشرطان نكاح أكثر من أمة واحدة ثلاث أو أربع أو اثنتان؟ فمن قال: إذا كانت تحته حرّة فليس يخاف العنت لأنّه غير عزب، قال: إذا كانت تحته حرّة لم يجز له نكاح الأمة [١]، ومن قال: خوف العنت إنّما يعتبر بإطلاق، سواء كان عزباً أو متأهّلاً؛ لأنّه قد لاتكون الزوجة الأولى مانعة من العنت، وهو لايقدر على حرّة تمنعه من العنت، فله أن ينكح أمةً؛ لأنّ حاله مع هذه الحرّة في خوف العنت كحاله قبلها، وبخاصّة إذا خشي العنت من الأمة التي يريد نكاحها [٢]*.

وهذا بعينه هو السبب في اختلافهم: هل ينكح أمةً ثانيةً على الأمة الأولى أو لا ينكحها؟ وذلك أنّ من اعتبر خوف العنت مع كونه عزباً إذا كان الخوف على العزب أكثر، قال: لاينكح أكثر من أمةٍ واحدة [٣]، ومن اعتبره مطلقاً، قال: ينكح أكثر من أمةٍ واحدة [٤].

وكذلك يقول: إنّه ينكح على الحرّة، واعتباره مطلقاً فيه نظر، وإذا قلنا: إنّ له أن يتزوّج على الحرّة أمةً، فتزوّجها بغير إذنها، فهل لها الخيار في البقاء معه أو في

---

* ذكر بعض فقهاء الإماميّة أنّه ممّا يتفرّع على القول بالمنع من جواز نكاح الحرّ الأمة: عدم جواز الزيادة على الواحدة حيث يسوّغ له النكاح؛ لانتفاء العنت بالواحدة. هذا إذا تمكّن من الوصول إليها بحيث يزول العنت في المنع، فلو كانت بعيدة عنه لايمكنه الوصول إليها بدون العنت جاز الثانية، كما تجوز على القول الآخر، وهو الجواز علىٰ كراهته مطلقاً، أمّا الثالثة فتحرم مطلقاً اتّفاقاً. (مسالك الأفهام ٧: ٣٢٩ ـ ٣٣٠، جواهر الكلام ٢٩: ٤٠٩).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٠٥، المبسوط للسرخسي ٥: ١٠٣ ـ ١٠٤.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٠٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٦٦، ٤٦٧.

٣. التهذيب للبغوي ٥: ٣٨٣، الاستذكار ١٦: ٢٣٩.

٤. المبسوط للسرخسي ٥: ١٠٢، ١٠٤، الاستذكار ١٦: ٢٣٩.

فسخ النكاح؟ اختلف في ذلك قول مالك [١]*.

واختلفوا إذا وجد طولاً بحرّة، هل يفارق الأمة أم لا؟ [٢] ولم يختلفوا أنّه إذا ارتفع عنه خوف العنت أنّه لايفارقها، أعني: أصحاب مالك [٣]**.

واتّفقوا من هذا الباب على أنّه لايجوز أن تنكح المرأة مَنْ ملكَتْه [٤]، وأنّها إذا ملكت زوجها انفسخ النكاح [٥]***.

---

* اختلف فقهاء الإماميّة في أنّه لو تزوّج الحرّ الأمة على الحرّة مع عدم إذن الحرّة، علىٰ ثلاثة أقوال:

الأول: بطلان عقد الأمة، وهو مذهب ابن إدريس وجماعة.

الثاني: تخيُّر الحرّة بين فسخ عقد الأمة وإمضائه من غير أن يبطل في نفسه ابتداءً.

الثالث: تخيُّر الحرّة بين فسخ عقد الأمة وعقد نفسها، وهو قول الشيخين وأتباعهما. (مسالك الأفهام ٧: ٣٣٠ ـ ٣٣٢، جواهر الكلام ٢٩: ٤١١).

** ذكر بعض فقهاء الإماميّة أنّه لو وُجد الشرطان فتزوّج الأمة، ثم تجدّد زوالهما ولو بفقد أحدهما، لم يقدح في صحّة النكاح السابق وإن لم يدخل؛ للحكم بصحّته ولزومه حين إيقاعه فيستصحب. (مسالك الأفهام ٧: ٣٢٧، جواهر الكلام ٢٩: ٤٠٧).

*** لا خلاف بين الإماميّة علىٰ أنّه لايجوز للحرّة أن تنكح عبدها، أي: يطؤها عبدها، لا بالعقد ولا بالملك. ولو ملكت زوجها انفسخ النكاح. وقد حدّ أمير المؤمنين عليه السلام امرأةً أمكنت نفسها من عبدها. (قواعد الأحكام ٣: ٥٤، جامع المقاصد ١٣: ٥٠ ـ ٥١، كشف اللثام ٧: ٢٩٥، كتاب النكاح للأنصاري: ٣٩١).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٦٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٤٥.

٢. المقدّمات الممهّدات ١: ٤٦٧.

٣. المصدر السابق.

٤. الإجماع لابن المنذر: ١٤٤، الإفصاح ٢: ٩٠.

٥. الإفصاح ٢: ٩٠.

الفصل الثامن في مانع الكفر

واتّفقوا على أنّه لايجوز للمسلم أن ينكح الوثنية [١]؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ [٢و٣]، واختلفوا في نكاحها بالملك [٤]*.

واتفقوا على أنّه يجوز أن ينكح الكتابية الحرّة [٥]، إلّا ما روي في ذلك عن ابن عمر [٦]. واختلفوا في إحلال الكتابية الأمة بالنكاح [٧]؛ واتّفقوا على إحلالها بملك اليمين [٨]**.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على تحريم نكاح المسلم للوثنية، بل في كشف اللثام: أنّه إجماع المسلمين. ولا فرق في النكاح بين الدوام والمتعة وملك اليمين بالكتاب والسنّة. (كشف اللثام ٧: ٢٢٠، جامع المقاصد ١٢: ٣٩١، رياض المسائل ١٠: ٢٣٤، جواهر الكلام ٣٠: ٢٧).

** اختلف فقهاء الإماميّة في نكاح الكتابية علىٰ أقوال، والأصل في ذلك اختلاف ظاهر الآيات والروايات، واختلاف الافهام في الجمع بينها:

الأول: المنع مطلقاً، وقد ذهب إليه السيد المرتضىٰ والحلّي، وهو أحد قولي الشيخين.

الثاني: الجواز مطلقاً، وهو محكي عن الصدوقين وابن أبي عقيل. ←

---

١. الاستذكار ١٦: ٢٦٨، الهداية للمرغيناني ١: ٢١٠، مختصر القدوري: ١٤٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٤٤، البيان للعمراني ٩: ٢٣١.

٢. سورة الممتحنة: الآية ١٠.

٣. البيان للعمراني ٩: ٢٣١، وانظر: الحاوي الكبير ٩: ٢٥٥.

٤. بدائع الصنائع ٣: ٤٦٤، الاستذكار ١٦: ٢٦٨، البيان للعمراني ٩: ٢٣١، المغني لابن قدامة ٧: ٥٠٧.

٥. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٤٤، الإفصاح ٢: ٩٤، الاستذكار ١٦: ٢٧١، المعونة ٢: ٧٩٩، الهداية للمرغيناني ١: ٢١٠، بدائع الصنائع ٣: ٤٥٨ ـ ٤٥٩، البيان للعمراني ٩: ٢٣٠، الوسيط ٥: ١٢٤.

٦. أحكام القرآن للجصّاص ٢: ٣٢٤، الحاوي الكبير ٩: ٢٢٢، الاستذكار ١٦: ٢٧٠، وفيها: «إنّ ابن عمر كره نكاح الكتابية».

٧. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٠٦ بدائع الصنائع ٣: ٤٥٩، ٤٦٣، التفريع ٢: ٤٥، البيان للعمراني ٩: ٢٣٥، الاشراف لابن المنذر ١: ١٠٣.

٨. الإجماع لابن المنذر: ١٤٣، الاستذكار ١٦: ٢٦٥.

والسبب في اختلافهم في نكاح الوثنيات بملك اليمين: معارضة عموم قوله تعالى: ﴿وَلَاتُمْسِكُوا بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ وعموم قوله تعالى: ﴿وَلَاتَنكِحُوا ٱلْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [١] لعموم قوله: ﴿وَٱلْمُحْصَنَاتُ مِنَ ٱلنِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [٢] وهن المسبيّات، وظاهر هذا يقتضي العموم، سواء كانت مشركة أو كتابية [٣]، والجمهور على منعها [٤]، وبالجواز قال طاوس ومجاهد [٥]، ومن الحجّة لهم ما روي من نكاح المسبيّات في غزوة أوطاس [٦] إذ استأذنوه بالعزل [٧]، فأذن لهم [٨و٩].

← **الثالث**: التفصيل بين العقد الدائم فالمنع، والمنقطع وملك اليمين فالجواز، وهو اختيار أكثر المتأخّرين.

الرابع: التفصيل بين الاختيار والاضطرار، فالحرمة مطلقاً في الأول، والجواز مطلقاً في الثاني، واختاره ابن الجنيد.

الخامس: الجواز في الدوام خاصّة حال الاضطرار، والجواز مطلقاً في المتعة، وهو أحد قولي الشيخ الطوسي، واختيار ابن حمزة وابن البرّاج.

والمشهور من هذه الأقوال الأول والثالث. (مسالك الأفهام ٧: ٣٥٨ ـ ٣٦١، جامع المقاصد ١٢: ٣٩٠ ـ ٣٩١، كشف اللثام ٧: ٨٤ ـ ٨٦، رياض المسائل ١٠: ٢٣٤، الحدائق الناضرة ٢٤: ٣ ـ ٤، كتاب النكاح للأنصاري: ٣٩٢).

---

١. سورة البقرة: الآية ٢٢١.

٢. سورة النساء: الآية ٢٤.

٣. الاستذكار ١٦: ٢٦٩ ـ ٢٧٠.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٠٦، الاشراف لابن المنذر ١: ١٠٣، الاستذكار ١٦: ٢٦٤.

٥. الاستذكار ١٦: ٢٦٦، الاشراف لابن المنذر ١: ١٠٣.

٦. أوطاس: واد في ديار هوازن، فيه كانت وقعة حنين للنبيﷺ ببني هوازن. (معجم البلدان ١: ٢٧٣)

٧. العزل: هو الوطء مع منع وصول مني الرجل إلى رحم المرأة، وإنزاله خارجه؛ لمنع الحمل (معجم ألفاظ الفقه الجعفري: ٢٧٩)

٨. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ١٦٧، كتاب النكاح، باب ما جاء في قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلْمُحْصَنَاتُ مِنَ ٱلنِّسَاءِ...﴾.

٩. الاستذكار ١٦: ٢٦٨.

وإنّما صار الجمهور لجواز نكاح الكتابيات الأحرار بالعقد؛ لأنّ الأصل بناء الخصوص على العموم: أعني: أنّ قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلْمُحْصَنَاتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا ٱلْكِتَابَ﴾ [١] هو خصوص، وقوله: ﴿وَلَا تَنكِحُوا ٱلْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ هو عموم، فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم [٢]. ومن ذهب إلىٰ تحريم ذلك جعل العامّ ناسخاً للخاصّ، وهو مذهب بعض الفقهاء [٣].

وإنّما اختلفوا في إحلال الأمة الكتابية بالنكاح لمعارضة العموم في ذلك القياس، وذلك أنّ قياسها على الحرّة يقتضي إباحة تزويجها، وباقي العموم إذا استثني منه الحرّة يعارض ذلك؛ لأنّه يوجب تحريمها على قول من يرىٰ أنّ العموم إذا خصِّص بقي الباقي علىٰ عمومه، فمن خصّص العموم الباقي بالقياس، أو لم ير الباقي من العموم المخصوص عموماً، قال: يجوز نكاح الأمة الكتابية، ومن رجّح باقي العموم بعد التخصيص على القياس، قال: لايجوز نكاح الأمة الكتابية.

وهنا أيضاً سبب آخر لاختلافهم، وهو معارضة دليل الخطاب للقياس، وذلك أنّ قوله تعالىٰ: ﴿مِن فَتَيَاتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَاتِ﴾ [٤] يوجب أن لايجوز نكاح الأمة الغير مؤمنة بدليل الخطاب، وقياسها على الحرّة يوجب ذلك، والقياس [٥] من كلّ جنس يجوز فيه النكاح بالتزويج، ويجوز فيه النكاح بملك اليمين أصله المسلمات، والطائفة الثانية أنّه لمّا لم يجز نكاح الأمة المسلمة بالتزويج إلّا بشرطٍ، فأحرىٰ أن لايجوّز نكاح الأمة الكتابية بالتزويج.

---

١. سورة المائدة: الآية ٥.

٢. المنتقىٰ للباجي ٣: ٣٢٨، زاد المسير ١: ٢٤٧.

٣. أنظر: الاستذكار ١٦: ٢٧٠ ـ ٢٧١، أحكام القرآن للجصّاص ٢: ٣٢٥.

٤. سورة النساء: الآية ٢٥.

٥. قوله: «والقياس... بالتزويج» قال مصحّح طبعة الشريف الرضي بقم: «هو زائد ببعض النسخ الخطّية والمصرية، وفيه خفاء، فليتأمّل في معناه».

وإنّما اتّفقوا على إحلالها بملك اليمين [١] لعموم قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [٢ و ٣]، ولإجماعهم على أنّ السبي يحلّ المسبيّة الغير متزوّجة [٤]. وإنّما اختلفوا في المتزوّجة هل يهدم السبيُ نكاحَها؟ وإن هدم فمتىٰ يهدم؟ فقال قوم: إن سُبيا معاً ـ أعني: الزوج والزوجة ـ لم يُفسخ نكاحهما، وإن سُبي أحدُهما قبل الآخر انفسخ النكاح، وبه قال أبو حنيفة [٥]، وقال قوم: بل السبي يَهدِم، سُبِيا معاً أو سُبي أحدُهما قبل الآخر، وبه قال الشافعي [٦]، وعن مالك قولان: أحدهما: السبي لايهدم النكاح أصلاً، والثاني: إنّه يهدم بإطلاق، مثل قول الشافعي [٧]*.

---

* الظاهر إجماع الإماميّة علىٰ انفساخ النكاح لو أُسر الزوجان معاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ الّا ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾.

ولا خلاف بينهم ـ بل ادّعي عليه الإجماع ـ فيما لو أُسر الزوج البالغ لم ينفسخ النكاح؛ للأصل وغيره.

وأنّ الإمام مخيَّر فيه بين المنّ والفداء والاسترقاق إذا كان قد أسر بعد تقضّي الحرب، فحينئذٍ لو استرقّ باختيارٍ من الإمام عليه السلام انفسخ النكاح؛ لتجدّد الملك الموجب لانفساخ نكاحه، بلا خلاف، ولعلّه اجماع.

وأجمعت الإماميّة علىٰ أنّه لو أُسرت الزوجة وحدها انفسخ النكاح. (جواهر الكلام ٢١: ١٤٠ ـ ١٤١، تذكرة الفقهاء ٩: ١٧٨ ـ ١٨٠، مسالك الأفهام ٣: ٤٧).

---

١. الاستذكار ١٦: ٢٦٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٦٥ ـ ٤٦٦، وفي الأوّل: «إنّ هذا هو مذهب الجمهور».

٢. سورة النساء: الآية ٢٤.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٦٥ ـ ٤٦٦، الاستذكار ١٦: ٢٦٥.

٤. مراتب الإجماع: ١٢٢.

٥. الهداية للمرغيناني ١: ٢٤٠، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٣٩، مختصر القدوري: ١٥٠.

٦. المهذّب للشيرازي ٥: ٢٧٥، الوجيز ٢: ١٩١.

٧. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٠٩، عيون المجالس ٢: ٧١٤.

والسبب في اختلافهم: هل يهدم أو لايهدم؟ هو تردّد المسترقّين الذين أَمِنوا من القتل بين نساء الذمّيين أهل العهد وبين الكافرة التي لا زوج لها أو المستأجرة من كافر. وأمّا تفريق أبي حنيفة بين أن يُسبيا معاً وبين أن يُسبىٰ أحدهما، فلأنّ المؤثر عنده في الإحلال هو اختلاف الدار بهما لا الرقّ[١]. والمؤثر في الإحلال عند غيره هو الرقّ[٢]، وإنّما النظر: هل هو الرقّ مع الزوجية أو مع عدم الزوجية؟ والأشبه: أن لايكون للزوجية هاهنا حرمة؛ لأنّ محلّ الرقّ وهو الكفر سبب الإحلال. وأمّا تشبيهها بالذمّية فبعيد؛ لأنّ الذمّي إنّما أعطى الجزية بشرط أن يقرَّ على دينه، فضلاً عن نكاحه.

الفصل التاسع في مانع الإحرام

واختلفوا في نكاح المُحْرِم، فقال مالك والشافعي والليث والأوزاعي وأحمد: لايَنكح المحرم ولايُنكِح، فإن فعل فالنكاح باطل، وهو قول عمر بن الخطاب وعلي وابن عمر وزيد بن ثابت[٣]*.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ حرمة إيقاع المحرم عقد النكاح لنفسه أو لغيره، ووردت به نصوص مستفيضة، منها: قول الصادق عليه السلام في صحيح ابن سنان: «ليس للمحرم أن يتزوّج ولايزوّج، فإن تزوّج أو زوّج مُحلّاً فتزويجه باطل». (كشف اللثام ٥: ٣٣٧، مستند الشيعة ١١: ٣٦٥ ـ ٣٦٦، جواهر الكلام ١٨: ٢٩٨).

---

١. الهداية للمرغيناني ١: ٢٤٠، المبسوط للسرخسي ٦: ١٠٠، بدائع الصنائع ٣: ٤٥١.

٢. البيان للعمراني ١٢: ١٣٤، العزيز شرح الوجيز ١١: ٤١٦.

٣. عيون المجالس ٢: ٨٠٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ١٥٤، الاستذكار ١١: ٢٦٢ ـ ٢٦٣، المهذّب للشيرازي ٢: ٧١٥، البيان للعمراني ٤: ١٥٨، المغني لابن قدامة ٣: ٣١٨.

وقال أبو حنيفة: لابأس بذلك [١].

وسبب اختلافهم: تعارض النقل في هذا الباب، فمنها حديث ابن عباس: أنّ رسول الله ﷺ نكح ميمونة وهو محرم [٢].

وهو حديث ثابت النقل، أخرجه أهل الصحيح، وعارضه أحاديث كثيرة: عن ميمونة: أنّ رسول الله ﷺ تزوّجها وهو حلال [٣].

قال أبو عمر: رويت عنها من طرق شتّىٰ: من طريق أبي رافع، ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها، وعن يزيد بن الأصمّ [٤].

وروى مالك أيضاً من حديث عثمان بن عفّان مع هذا أنّه قال: قال رسول الله ﷺ: «لايَنكح المُحْرِم، ولايُنكِح ولا يخطب» [٥].

فمن رجّح هذه الأحاديث على حديث ابن عباس، قال: لايَنكِح المُحْرِم ولايُنكِح، ومن رجّح حديث ابن عباس أو جمع بينه وبين حديث عثمان بن عفّان بأن حمل النهي الوارد في ذلك على الكراهية، قال: يَنكح ويُنكح [٦]. وهذا راجع إلى تعارض الفعل والقول، والوجه: الجمع، أو تغليب القول [٧].

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٢: ١١٤، مختصر القدوري: ١٤٦، الهداية للمرغيناني ١: ٢١٠.

٢. صحيح البخاري ٣: ٤٠ كتاب الحج، باب تزويج المحرم، الحديث ٤١٢، صحيح مسلم ٢: ١٠٣٢ كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة الخطبة، الحديث ١٤١٠/٤٦.

٣. صحيح مسلم ٢: ١٠٣٢، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة الخطبة، الحديث ١٤١١/٤٨، سنن الترمذي ٣: ٢٠٠ ـ ٢٠١، كتاب الحج، باب ما جاء في كراهية تزويج المحرم، الحديث ٨٤١، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٥: ٦٦، كتاب الحج، باب المحرم لاينكح ولاينكح.

٤. الاستذكار ١١: ٢٥٩.

٥. الموطّأ ١: ٣٤٨ ـ ٣٤٩، كتاب الحجّ، باب نكاح المحرم، الحديث ٧٠.

٦. الاستذكار ١١: ٢٦٣ ـ ٢٦٤، المغني لابن قدامة ٣: ٣١٨ ـ ٣١٩، البيان للعمراني ٤: ١٥٩، الهداية للمرغيناني ١: ٢١٠.

٧. وغلبته على الفعل من جهة كون العموم فيه أكثر من الفعل، أو كونه ناسخاً للفعل على ما استظهره الشهيد الأول في القواعد والفوائد ١: ٢١٤ ذيل قاعدة (٦٢)

الفصل العاشر في مانع المرض

واختلفوا في نكاح المريض، فقال أبو حنيفة والشافعي: يجوز [١]*، وقال مالك في المشهور عنه: إنّه لايجوز، ويتخرّج من قوله ذلك: إنّه يفرق بينهما وإن صحّ، ويتخرّج من قوله أيضاً: إنّه لايفرق بينهما، أنّ التفريق مستحبّ غير واجب [٢].

وسبب اختلافهم: تردّد النكاح بين البيع وبين الهبة، وذلك أنّه لاتجوز هبة المريض إلّا من الثلث، ويجوز بيعه [٣]. ولاختلافهم أيضاً سبب آخر، وهو: هل يتّهم على إضرار الورثة بإدخال وارثٍ زائدٍ أو لايتّهم؟ [٤]

وقياس النكاح على الهبة غير صحيح؛ لأنّهم اتّفقوا على أنّ الهبة تجوز إذا حملها الثلث [٥]، ولم يعتبروا النكاح هنا بالثلث.

---

* لا خلاف عند الإماميّة في جواز نكاح المريض، وعمومات الكتاب وصريح الأخبار شاهدة بذلك، إلّا أنّ صحّته مشروطة بالدخول عندهم، فإن مات قبله بطل العقد، ولا مهر ولا ميراث، ولو ماتت الزوجة قبله فكذلك. ويدلّ على ذلك حسنة زرارة عن أحدهما عليهما السلام قال: «ليس للمريض أن يطلّق وله أن يتزوّج، فإن تزوّج ودخل بها فهو جائز، وإن لم يدخل بها حتى مات في مرضه فنكاحه باطل، ولا مهر لها ولا ميراث».

(جامع المقاصد ١١: ١١٥ ـ ١١٦، مسالك الأفهام ١٣: ١٩٦، جواهر الكلام ٣٩: ٢٢٠).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٥١، الاشراف لابن المنذر ١: ٨٥.

٢. التفريع ٢: ٥٦، المعونة ٢: ٧٨٧، المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٢٤٦، عيون المجالس ٣: ١٠٧٩ ـ ١٠٨٠.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٥١.

٤. أنظر: الاشراف لابن المنذر ١: ٨٥.

٥. الإجماع لابن المنذر: ١٨٠.

وردّ جواز النكاح بإدخال وارثٍ قياس مصلحي لايجوز عند أكثر الفقهاء[١]، وكونه يوجب مصالح لم يعتبرها الشرع إلّا في جنس بعيد من الجنس الذي يرام فيه إثبات الحكم بالمصلحة، حتى إنّ قوماً رأوا أنّ القول بهذا القول شرع زائد[٢]، وإعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من التوقيف، وأنّه لاتجوز الزيادة فيه كما لايجوز النقصان.

والتوقّف أيضاً عن اعتبار المصالح تطرّق للناس أن يتسرّعوا ـ لعدم السنن التي في ذلك الجنس ـ إلى الظلم؛ فلنفرض[٣] أمثال هذه المصالح بحكمة الشرائع إلى العلماء الفضلاء الذين لايُتّهمون بالحكم بها، وبخاصة إذا فهم من أهل ذلك الزمان أنّ في الاشتغال بظواهر الشرائع تطرّقاً إلى الظلم؛ ووجه عمل الفاضل العالم في ذلك أن ينظر إلى شواهد الحال؛ فإن دلّت الدلائل على أنّه قصد بالنكاح خيراً لايمنع النكاح، وإن دلّت على أنّه قصد الإضرار بورثته منع من ذلك، كما في أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصنّاع الشيء وضدّه ممّا اكتسبوا من قوة مهنتهم، إذ لايمكن أن يحدّ في ذلك حد موقفٍ صناعي، وهذا كثيراً ما يعرض في صناعة الطب وغيرها من الصنائع المختلفة.

الفصل الحادي عشر في مانع العدّة

واتّفقوا على أنّ النكاح لايجوز في العدّة، كانت عدّة حيضٍ أو عدّة حملٍ أو عدّة أشهر[٤]*.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على عدم جواز نكاح المرأة، دائماً أو متعةً، في العدّة، رجعية كانت أو بائنة، عدّة وفاة أو غيرها، من نكاح دوام أو منقطع؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ...﴾ بناءً على أنّ المراد من ←

---

١. الضروري في أصول الفقه: ١٢٧ ـ ١٢٨، الإحكام للآمدي ٤: ٣٩٤.

٢. المنخول: ٣٥٦، الضروري في أصول الفقه: ١٢٧ ـ ١٢٨.

٣. الظاهر أنّها تصحيف «فلنفوّض»، وكما يدلّ عليه سياق الجملة.

٤. مراتب الإجماع: ٧٨، المقدّمات الممهّدات ١: ٤٨٤ ـ ٤٨٥، المعونة ٢: ٧٩١.

واختلفوا في من تزوّج امرأةً في عدّتها ودخل بها [١]، فقال مالك والأوزاعي والليث: يفرّق بينهما ولاتحلّ له أبداً [٢] *، وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري: يفرّق بينهما، وإذا انقضت العدّة بينهما فلابأس في تزويجه إياها مرّةً ثانية [٣].

وسبب اختلافهم: هل قول الصاحب حجّة أم ليس بحجّة؟ وذلك أنّ مالكاً روىٰ عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار: أنّ عمر بن الخطاب فرّق بين طُلَيْحة الأسدية وبين زوجها راشد الثقفي لمّا تزوّجها في العدّة من زوجٍ ثانٍ، وقال: أيّما امرأةٍ نكحت في عدّتها، فإن كان زوجها الذي تزوّجها لم يدخل بها فرّق بينهما، ثم اعتدّت بقية عدّتها من الأول، ثم كان الآخر خاطباً من الخطّاب، وإن كان دخل بها فرّق بينهما، ثم

← عزم العقدة: نفس العقدة لا العزم نفسه؛ لظهور تحليله كما يظهر من سياق الآيات. والمراد من بلوغ الكتاب أجله: انتهاء العدّة، بلا خلاف، كما في مجمع البيان. ولكن مورد الآية عدّة الوفاة، فالتعدّي عنها لابدّ أن يكون بالإجماع. (مسالك الأفهام ٧: ٣٣٥ ـ ٣٣٧، جواهر الكلام ٢٩: ٤٢٨، مستمسك العروة الوثقىٰ ١٤: ١١٥).

* إذا تزوّج امرأةً في عدّتها، عالماً بالحكم والموضوع، عامداً، حرمت عليه أبداً بمجرّد العقد عند الإماميّة، وإن جهل العدّة والتحريم أو أحدهما ودخل حرمت عليه أيضاً، ولو لم يدخل بطل العقد وكان له استئنافه بعد انقضاء العدّة، بلا خلافٍ في ذلك كلّه عندهم، بل في الجواهر الإجماع بقسميه عليه، وهو الحجّة بعد الأخبار المستفيضة، منها: رواية زرارة وغيره عن أبي عبدالله الصادق عليه السلام أنّه قال: «الذي يتزوّج المرأة في عدّتها وهو يعلم لاتحلّ له أبداً». (مسالك الأفهام ٧: ٣٣٥، رياض المسائل ١٠: ٢٠٧ ـ ٢٠٨، جواهر الكلام ٢٩: ٤٣٠، مستمسك العروة الوثقىٰ ١٤: ١١٥).

---

١. ولم يذكر المعتبر في الدخول؛ بناءً على رأي القوم، فهل يعتبر فيه الوطء، أو التمكين دونه، أو إرخاء الستور، أو الخلوة.

٢. المعونة ٢: ٧٩٣، عيون المجالس ٣: ١٣٦٨ ـ ١٣٦٩، الاستذكار ١٦: ٢١٩.

٣. الموطّأ برواية الشيباني: ١٨٣، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٩٩، الأم ٥: ٣٣٧، الاستذكار ١٦: ٢١٩.

اعتدّت بقية عدّتها من الأول، ثم اعتدّت من الآخر، ثم لايجتمعان أبداً. قال سعيد: ولها مهرها بما استحلّ منها [١].

وربّما عضدوا هذا القياس بقياسٍ شبه ضعيفٍ مختلف في أصله، وهو أنّه أدخل في النسب شبهةً، فأشبه الملاعن [٢]. وروي عن علي وابن مسعود مخالفة عمر في هذا [٣].

والأصل: أنّها لاتحرم إلّا أن يقوم على ذلك دليل، من كتابٍ أو سنّةٍ أو إجماعٍ من الأُمة. وفي بعض الروايات أنّ عمر كان قضىٰ بتحريمها، وكون المهر في بيت المال، فلمّا بلغ ذلك علياً أنكره، فرجع عن ذلك عمر [٤]، وجعل الصداق على الزوج، ولم يقض بتحريمها عليه. رواه الثوري عن أشعث، عن الشعبي، عن مسروق [٥].

وأمّا من قال بتحريمها بالعقد [٦] فهو ضعيف.

وأجمعوا على أنّه لاتوطأ حامل مسبيّة حتّى تضع [٧]؛ لتواتر الأخبار بذلك عن رسول الله ﷺ [٨ و ٩]*.

---

* المشهور بين فقهاء الإماميّة هو عدم جواز وطئ الأمة الحامل قُبُلاً عند شرائها قبل أن يمضي لحملها أربعة أشهر وعشرة أيام، وذلك للروايات المستفيضة التي كادت ←

---

١. الموطّأ ٢: ٥٣٦، كتاب النكاح، باب جامع ما لايجوز من النكاح، الحديث ٢٧.

٢. المعونة ٢: ٧٩٣.

٣. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ٤٤١ ـ ٤٤٢، كتاب العدد، باب الاختلاف في مهرها وتحريم نكاحها على الثاني، المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٢٠٩، كتاب النكاح، باب نكاحها في عدّتها، الحديث ١٠٥٣٣، ١٠٥٣٤، الاستذكار ١٦: ٢١٨.

٤. وكثيراً ما كان عمر يرجع إلى قول عليٍّ عليه السلام، وكان يقول: «لولا علي لهلك عمر»، ويقول: «وقضية ولا أبا حسن لها» ولم يكن يرجع لغيره.

٥. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ٤٤٢ كتاب العدد، باب الاختلاف في مهرها وتحريم نكاحها على الثاني.

٦. المعونة ٢: ٧٩٤، المقدّمات الممهّدات ١: ٥٢١.

٧. الاشراف لابن المنذر ١: ٢٨٦، مراتب الإجماع: ٧٠، ٧٩، الاستذكار ١٦: ١٧٨.

٨. سنن أبي داود ٢: ٢٤٨، كتاب النكاح، باب في وطء السبايا، الحديث ٢١٥٧، السنن الكبرىٰ ٩: ١٢٤، كتاب السير، باب المرأة تُسبىٰ مع زوجها.

٩. الاستذكار ١٦: ١٧٨، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٨٦.

واختلفوا إن وطئ، هل يعتق عليه الولد أو لا يعتق؟ والجمهور على أنّه لا يعتق [١]*.

وسبب اختلافهم: هل ماؤه مؤثّر في خلقته أو غير مؤثّر، فإن قلنا: إنّه مؤثّر كان له ابناً بجهة ما، وإن قلنا: إنّه ليس بمؤثّر لم يكن ذلك.

وروي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «كيف يستعبده وقد غذّاه في سمعه وبصره» [٢].

وأمّا النظر في مانع التطليق ثلاثاً فسيأتي في كتاب الطلاق.

← تكون متواترة، منها: قول الإمام الباقر عليه السلام لمن سأله عمّا يحلّ من الجارية المشتراة وهي حامل: «ما دون الفرج» وغيرها من الأخبار.

بينما ذهب الشيخ الطوسي في بعض كتبه، وابن إدريس إلى الكراهة.

علماً أنّ المشهور بينهم هو عدم اختصاص استبراء الأمة بالبيع، بل كلّ مَن ملك أمةً بوجهٍ من وجوه التملُّك، من بيعٍ أو هبةٍ أو إرثٍ أو استرقاقٍ أو غير ذلك، وجب عليه الاستبراء قبل الوطء، خلافاً لابن إدريس فخصّه بالبائع والمشتري. (جواهر الكلام ٢٤: ٢٠٠، ٢١١، رياض المسائل ٨: ٤٠٤ ـ ٤٠٥ الدروس الشرعية ٣: ٢٢٨).

* ظاهر متأخّري فقهاء الإماميّة، وجمع من قدمائهم: استحباب عتق الولد عند وطء أمّه الحامل من غير الواطئ.

وذهب جماعة من قدمائهم إلىٰ وجوب العتق، مستدلّين بظاهر بعض الأخبار، لكنّها مخالفة لما عليه متأخّري الأصحاب كافّة وجمع من القدماء من القول بالاستحباب؛ لقصور أسانيد هذه الأخبار، مع أصالة البراءة. (رياض المسائل ٨: ٤٠٨، ٤٠٩، جواهر الكلام ٢٤: ٢١٩).

---

١. الاستذكار ١٦: ١٧٨، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٨٩.

٢. الاستذكار ١٦: ١٧٨.

الفصل الثاني عشر في مانع الزوجية

وأمّا مانع الزوجية، فإنّهم اتّفقوا على أنّ الزوجية بين المسلمين مانعة وبين الذمّيين [١]*. واختلفوا في المسبيّة على ما تقدّم.

واختلفوا أيضاً في الأمة إذا بيعت، هل يكون بيعها طلاقاً؟ فالجمهور على أنّه ليس بطلاق [٢]، وقال قوم: هو طلاق، وهو مروي عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وأبيّ بن كعب [٣]**.

وسبب اختلافهم: معارضة مفهوم حديث بُرَيْرة [٤] لعموم قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [٥]، وذلك أنّ قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ يقتضي المسبيّات وغيرهنّ، وتخيير بُرَيْرة يوجب أن لايكون بيعها طلاقاً؛ لأنّه لو كان بيعها طلاقاً لما خيّرها

---

* لاتحلّ ذات البعل عند الإماميّة لغيره إجماعاً أو ضرورةً، إلّا بعد مفارقته وانقضاء العدّة إن كانت ذات عدّة. (جواهر الكلام ٢٩: ٤٥٣، مسالك الأفهام ٧: ٣٣٤).

** أطبق فقهاء الإماميّة على أنّ بيع الأمة المزوّجة يكون طلاقاً لها، للأخبار، منها: صحيح عبدالرحمان: سأله عن الأمة تُباع ولها زوج فقال: «صفقتها طلاقها». (جامع المقاصد ١٣: ١٤٠، رياض المسائل ١٠: ٣٤٤ ـ ٣٤٥، جواهر الكلام ٣: ٢٦٣).

---

١. مراتب الإجماع ٦٣، ٦٦، بدائع الصنائع ٣: ٤٥١.

٢. المحلّى بالآثار ١٠: ١٣١ ـ ١٣٢، عيون المجالس ٣: ١١٢٤ ـ ١١٢٥، الاشراف لابن المنذر ١: ١٠٥، الحاوي الكبير ٩: ٣٥٧.

٣. الاشراف لابن المنذر ١: ١٠٤، عيون المجالس ٣: ١١٢٥، المحلّى بالآثار ١٠: ١٣٠ ـ ١٣١.

٤. صحيح البخاري ٧: ٨٤، كتاب الطلاق، باب لايكون بيع الأمة طلاقاً، الحديث ٢٤، صحيح مسلم ٢: ١١٤٣ ـ ١١٤٥، كتاب العتق، باب إنّما الولاء لمن أعتق، الحديث ١٥٠٤/١١.

٥. سورة النساء: الآية ٢٤.

رسول الله ﷺ بعد العتق، ولكان نفس شراء عائشة لها طلاقاً من زوجها[١].

والحجّة للجمهور: ما أخرجه ابن أبي شيبة عن أبي سعيد الخدري: أنّ رسول الله ﷺ بعث يوم حُنَين سريةً فأصابوا حياً من العرب يوم أوطاس، فهزموهم وقتلوهم، وأصابوا نساءً لهنّ أزواج، وكان ناس من أصحاب رسول الله ﷺ تأثّموا من غشيانهنّ من أجل أزواجهنّ، فأنزل الله عزّ وجلّ: ﴿وَٱلْمُحْصَنَاتُ مِنَ ٱلنِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾»[٢و٣] وهذه المسألة هي أليق بكتاب الطلاق.

فهذه هي جملة الأشياء المصحّحة للأنكحة في الإسلام، وهي ـ كما قلنا ـ راجعة إلىٰ ثلاثة أجناس: صفة العاقد والمعقود عليها، وصفة العقد، وصفة الشروط في العقد. وأمّا الأنكحة التي انعقدت قبل الإسلام ثم طرأ عليها الإسلام، فإنّهم اتّفقوا على أنّ الإسلام إذا كان منهما معاً، أعني: من الزوج والزوجة، وقد كان عقد النكاح علىٰ من يصحّ ابتداءً العقد عليها في الإسلام: أنّ الإسلام يصحّح ذلك[٤*].

واختلفوا في موضعين:

أحدهما: إذا انعقد النكاح علىٰ أكثر من أربع، أو علىٰ من لايجوز الجمع بينهما في الإسلام.

والموضع الثاني: إذا أسلم أحدهما قبل الآخر.

فأمّا المسألة الأولى: وهي إذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة، أو أسلم وعنده

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة على أنّه لو أسلم الزوجان الكافران، فالنكاح بحاله، لاينفسخ بتبديل الدين. (تذكرة الفقهاء ٢: ٦٤٩ حجري).

---

١. أحكام القرآن للجصّاص ٢: ١٣٦ ـ ١٣٧، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ١٣٢.

٢. المصنّف لابن أبي شيبة ٤: ٢٦٥، كتاب النكاح، باب في قوله: ﴿وَٱلْمُحْصَنَاتُ مِنَ ٱلنِّسَاءِ﴾.

٣. أحكام القرآن للجصّاص ٢: ١٣٦، وأنظر: المحلّىٰ بالآثار ١٠: ١٣٣.

٤. الاشراف لابن المنذر ١: ١٨٨.

أُختان، فإنّ مالكاً قال: يختار منهنّ أربعاً، ومن الأُختين واحدةً أيّتهما شاء، وبه قال الشافعي وأحمد وداود [١]*. وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى: يختار الأوائل منهنّ في العقد، فإن تزوّجهنّ في عقدٍ واحدٍ فرّق بينه وبينهنّ [٢]. وقال ابن الماجشون من أصحاب مالك: إذا أسلم وعنده أختان فارقهما جميعاً، ثم استأنف نكاح أيّتهما شاء [٣]. ولم يقل بذلك أحد من أصحاب مالك غيره.

وسبب اختلافهم: معارضة القياس للأثر؛ وذلك أنّه ورد في ذلك أثران:

أحدهما: مرسل مالك: أنّ غيلان بن سلامة الثقفي أسلم وعنده عشر نسوة أسلمن معه، فأمره رسول الله ﷺ أن يختار منهنّ أربعاً [٤].

---

* ذكر كثير من فقهاء الإماميّة أنّ الكافر إذا أسلم عن أختين كتابيتين أو وثنيتين، وقد أسلمتا معه، يتخيّر أيّتهما شاء ولو كان قد وطئهما؛ لقول النبي ﷺ لفيروز الديلمي وقد أسلم عن أختين: «طلّق أيّتهما شئت» فخيّره النبي ﷺ في إمساك أيّتهما شاء.

ولا خلاف بينهم في الكافر إذا أسلم عن أكثر من أربع زوجات كتابيات أو وثنيات، وقد أسلمن معه، في أنّه يتخيّر أربعاً ويفارق سائرهن من دون طلاق. واستدلّ لذلك بأنّ النبي ﷺ قال لغيلان: «أمسك أربعاً وفارق سائرهن» حيث أسلم وعنده ثمان نسوة، وبخبر عقبة بن خالد عن أبي عبدالله ﷺ في مجوسيٍّ أسلم وله سبع نسوة، وأسلمن معه، كيف يصنع؟ قال: «يمسك أربعاً، ويطلّق ثلاثاً». (مسالك الأفهام ٧: ٣٧٧، كشف اللثام ٧: ٢٣٧، ٢٤٠، الحدائق الناضرة ٢٤: ٣٩، ٥١، رياض المسائل ١٠: ٢٤٥ ـ ٢٤٦، جواهر الكلام ٣٠: ٧٠ ـ ٧١، تذكرة الفقهاء ٢: ٦٥٢ حجري).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٣١٠، عيون المجالس ٣: ١١٠٨ ـ ١١٠٩، الاشراف لابن المنذر ١: ١٩٠، الاستذكار ١٨: ١٤٣، الأم ٥: ٧٧ ـ ٧٨، ٧٩، المهذّب للشيرازي ٤: ١٨١، ١٨٤، المغني لابن قدامة ٧: ٥٤٠.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٣٥، المبسوط للسرخسي ٥: ٥٢، الاستذكار ١٨: ١٤٣.

٣. الاستذكار ١٨: ١٤٤، الاشراف لابن المنذر ١: ١٩٠.

٤. الموطّأ ٢: ٥٨٦، كتاب الطلاق، باب جامع الطلاق، الحديث ٧٦.

والحديث الثاني: حديث قيس بن الحارث أنّه أسلم على الأختين، فقال له رسول الله ﷺ: «اختر أيّتهما شئت»[١].

وأمّا القياس المخالف لهذا الأثر فتشبيه العقد على الأواخر قبل الإسلام بالعقد عليهنّ بعد الإسلام، أعني: أنّه كما أنّ العقد عليهنّ فاسد في الإسلام كذلك قبل الإسلام[٢]، وفيه ضعف.

وأمّا إذا أسلم أحدهما قبل الآخر ـ وهي المسألة الثانية ـ ثم أسلم الآخر، فإنّهم اختلفوا في ذلك، فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي: إنّه إذا أسلمت المرأة قبله فإنّه إن أسلم في عدّتها كان أحقّ بها[٣]*. .....

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على أنّه لو أسلمت زوجة الوثني ـ كتابية كانت أو وثنية ـ فإن كان قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال، للقاعدة القائلة: إنّ اختلاف الدين فسخ للنكاح إلّا ما خرج بالدليل، ولصحيح ابن سنان: «إذا أسلمت امرأة وزوجها على غير الإسلام، فرّق بينهما». ←

---

١. قال صاحب الهداية في تخريج أحاديث البداية (٦: ٤٧٣ ـ ٤٧٤): «هذا وهم، لم يسلم قيس بن الحارث على أُختين، بل على ثمان نسوة، كما أخرجه أبو داود وابن ماجة والدارقطني والبيهقي وغيرهم....» وأمّا الذي أسلم على الأُختين فهو فيروز الديلمي، أنظر: سنن أبي داود ٢: ٢٧٢، كتاب الطلاق، باب من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان، الحديث ٢٢٤١، ٢٢٤٣، وسنن الترمذي ٣: ٤٣٦، كتاب النكاح، باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده أختان، الحديث ١١٢٩ و ١١٣٠، وسنن ابن ماجة ١: ٦٢٨، كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، الحديث ١٩٥٢، وسنن الدارقطني ٣: ٢٧٠ ـ ٢٧١، كتاب النكاح، الحديث ١٠٠، والسنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ١٨٣، كتاب النكاح، باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة.

٢. الاستذكار ١٨: ١٤٣ ـ ١٤٤، بدائع الصنائع ٣: ٥٦٧.

٣. الاشراف لابن المنذر ١: ١٨٩، الاستذكار ١٦: ٣٢٣، المعونة ٢: ٨٠٥، والمعروف في مصادر الأحناف أنّه إن كان الزوجان في دار الإسلام، فأسلمت الزوجة، عرض على الزوج الإسلام، فإن أسلم وإلّا فرّق بينهما، وأمّا لو كانا في دار الحرب فلا تقع الفرقة بينهما حتىٰ تحيض ثلاث حِيَض، فإن أسلم في هذه المدّة فهي امرأته، وإلّا وقعت الفرقة بينهما. راجع: مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٣٥، مختصر القدوري: ١٥٠، الهداية للمرغيناني ٢: ٢٣٩، بدائع الصنائع ٣: ٦١٨، ٦٢١، الفقه النافع ٢: ٥٤٦ ـ ٥٤٧.

وإن أسلم هو وهي كتابية فنكاحها ثابت [١] *؛ لما ورد في ذلك من حديث صفوان بن أميّة، وذلك أنّ زوجه عاتكة ابنة الوليد بن المغيرة أسلمت قبله، ثم أسلم هو، فأقرّه رسول الله ﷺ على نكاحه [٢ و ٣]. قالوا: وكان بين إسلام صفوان وبين إسلام امرأته نحو من شهر [٤].

قال ابن شهاب: ولم يبلغنا أنّ امرأةً هاجرت إلى رسول الله ﷺ وزوجها كافر مقيم بدار الكفر، إلّا فرّقت هجرتها بينها وبين زوجها، إلّا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقضي عدّتها [٥].

وأمّا إذا أسلم الزوج قبل إسلام المرأة، فإنّهم اختلفوا في ذلك، فقال مالك: إذا أسلم الزوج قبل المرأة وقعت الفرقة إذا عرض عليها الإسلام فأبت [٦]، وقال الشافعي: سواء أسلم الرجل

← كما أجمعوا علىٰ أنّه إن كان إسلامها بعد الدخول، وُقف علىٰ انقضاء العدّة، فإن أسلم قبل انقضائها فهي امرأته، وإلّا بان أنّها بانت منه حين إسلامها. واحتجّوا بالإجماع والأخبار، منها: ما في رواية البزنطي الصحيحة: سُئل الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الزوجة النصرانية فتسلم، يحلّ لها أن تقيم معه؟ قال: «إذا أسلمت لم تحلّ له» قلتُ: جعلتُ فداك! فإن الزوج أسلم بعد ذلك، أيكونان على النكاح؟ قال: «لا، إلّا بتزويج جديد». (مهذّب الأحكام ٢٥: ٦٤ ـ ٦٥، رياض المسائل ١٠: ٢٤٤ ـ ٢٤٥، جواهر الكلام ٣٠: ٥٤).

* اتّفق علماء الإماميّة علىٰ أنّ زوج الكتابية إذا أسلم فهو علىٰ نكاحه، قبل الدخول أو بعده، ويستدلّ له بحسن ابن أبي عمير، عن بعض أصحابه، عن ابن أسلم، عن أبي جعفر عليه السلام: «إنّ أهل الكتاب وجميع من له ذمّة إذا أسلم أحد الزوجين فهما علىٰ نكاحهما» وغيره من الأخبار. (مسالك الأفهام ٧: ٣٦٥، الحدائق الناضرة ٢٤: ٣٠، رياض المسائل ١٠: ٢٤١ ـ ٢٤٣، جواهر الكلام ٣٠: ٥٠ ـ ٥١).

---

١. المعونة ٢: ٨٠٤، بدائع الصنائع ٣: ٦١٨، الاشراف لابن المنذر ١: ١٨٧.

٢. الموطّأ ٢: ٥٤٣ ـ ٥٤٤، كتاب النكاح، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله، الحديث ٤٤.

٣. المعونة ٢: ٨٠٥، الاستذكار ١٦: ٣٢٣.

٤. الموطّأ ٢: ٥٤٤، كتاب النكاح، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله، الحديث ٤٥.

٥. المصدر السابق.

٦. الموطّأ ٢: ٥٤٥، المعونة ٢: ٨٠٤، الاستذكار ١٦: ٣٢٤.

قبل المرأة أو المرأة قبل الرجل، إذا وقع إسلام المتأخّر في العدّة ثبت النكاح [١]*.

وسبب اختلافهم: معارضة العموم للأثر والقياس، وذلك أنّ عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ [٢] يقتضي المفارقة على الفور، وأمّا الأثر المعارض لمقتضى هذا العموم فما روي: من أنّ أبا سفيان بن حرب أسلم قبل هند بنت عتبة امرأته، وكان إسلامه بمرِّ الظَّهران، ثم رجع إلى مكة وهند بها كافرة، فأخذت بلحيته وقالت: اقتلوا الشيخ الضالّ، ثم أسلمت بعده بأيام، فاستقرّا على نكاحهما» [٣و٤].

وأمّا القياس المعارض للأثر فلأنّه يظهر أنّه لا فرق بين أن تسلم هي قبله أو هو قبلها، فإن كانت العدّة معتبرة في إسلامها قبلُ، فقد يجب أن تعتبر في إسلامه أيضاً قبلُ [٥].

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة ـ بل حكي الإجماع عليه ـ إنّه إذا أسلم زوج الوثنية ـ وثنياً كان أو كتابياً ـ فإن كان قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال؛ لما أجمعوا عليه من أنّ اختلاف الدين هو فسخ للعقد الواقع بين الزوجين، وأجمعوا علىٰ أنّه إن كان إسلامه بعد الدخول فإنّه ينتظر انقضاء العدّة، فإن أسلمت الزوجة قبل انقضائها بقيا علىٰ نكاحهما، فإن لم تسلم حتّىٰ انقضت العدة، تبيّن انفساخ النكاح من حين إسلامه، واحتجّوا له بعد الإجماع بالأخبار، منها: خبر منصور بن حازم، عن أبي عبدالله ـ الصادق عليه السلام ـ عن رجلٍ مجوسي أو مشركٍ من غير أهل الكتاب، كانت تحته امرأة، فأسلم أو أسلمت، قال: «ينتظر بذلك انقضاء عدّتها، فإن هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضي عدّتها فهما على نكاحهما الأول، وإن هي لم تسلم حتىٰ تنقضي العدّة فقد بانت منه».

(مهذّب الأحكام ٢٥: ٦٤، رياض المسائل ١٠: ٢٤٤ ـ ٢٤٥، فقه الصادق ٢١: ٤٥٥، جواهر الكلام ٣٠: ٥٤).

---

١. الأم ٥: ٧٢، الاشراف لابن المنذر ١: ١٨٩.

٢. سورة الممتحنة: الآية ١٠.

٣. الأم ٥: ٧١، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ١٨٦، كتاب النكاح، باب من قال: لاينفسخ بينهما بإسلام أحدهما....

٤. الاستذكار ١٦: ٣٢٤ ـ ٣٢٥، المعونة ٢: ٨٠٤.

٥. أنظر: المعونة ٢: ٨٠٤.

الباب الثالث

في موجبات الخيار في النكاح

وموجبات الخيار أربعة: العيوب، والإعسار بالصداق أو بالنفقة والكسوة، والثالث: الفقد، أعني: فقد الزوج، والرابع: العتق للأمة المزوَّجة. فينعقد في هذا الباب أربعة فصول:

الفصل الأول في خيار العيوب

اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكلّ واحد من الزوجين، وذلك في موضعين: **أحدهما**: هل يردّ بالعيوب أو لا يردّ؟ **والموضع الثاني**: إذا قلنا: إنّه يردّ، فمن أيّها يرد؟ وما حكم ذلك؟

فأمّا الموضع الأول، فإنّ مالكاً والشافعي وأصحابهما قالوا: العيوب توجب الخيار في الردّ أو الإمساك[1]*، وقال أهل الظاهر: لا توجب خيار الردِّ والإمساك،

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على أنّ العيوب، سواء في الرجل أو المرأة، توجب الخيار في الردّ أو الإمساك في النكاح. (الخلاف ٤: ٣٤٦ ـ ٣٤٧، الحدائق الناضرة ٢٤: ٣٣٥، ٣٥٤، جواهر الكلام ٣٠: ٣١٨ ـ ٣٢١).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٢١١، المعونة ٢: ٧٧٠، الأم ٥: ١٢٢ ـ ١٢٣، التهذيب للبغوي ٥: ٤٥١.

وهو قول عمر بن عبدالعزيز [١].

وسبب اختلافهم شيئان: **أحدهما**: هل قول الصاحب حجّة؟ **والآخر**: قياس النكاح في ذلك على البيع.

فأمّا قول الصاحب الوارد في ذلك فهو ما روي عن عمر بن الخطاب أنّه قال: أيّما رجلٍ تزوّج امرأةً وبها جنون أو جذام أو برص ـ وفي بعض الروايات: أو قرن [٢] ـ فلها صداقها كاملاً، وذلك غرم لزوجها على وليها [٣].

وأمّا القياس على البيع، فإنّ القائلين بموجب الخيار للعيب في النكاح قالوا: النكاح في ذلك شبيه بالبيع [٤]، وقال المخالفون لهم: ليس شبيهاً بالبيع؛ لاجتماع المسلمين على أنّه لا يردّ النكاح بكلّ عيب، ويردّ به البيع [٥].

وأمّا الموضع الثاني في الردّ بالعيوب فإنّهم اختلفوا في أيّ العيوب يردّ بها، وفي أيّها لا يردّ وفي حكم الردّ؟ فاتّفق مالك والشافعي على أنّ الردّ يكون من أربعة عيوب: الجنون، والجذام، والبرص، وداء الفرج الذي يمنع الوطء: إمّا قرن أو رتق [٦] في المرأة، أو عنّةٌ [٧] في الرجل أو خصاء [٨]. واختلف أصحاب مالك في أربع: في السواد والقرع وبخر الفرج وبخر

---

١. المحلّى بالآثار ١٠: ١٠٩، ١١٣، المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٢٤٥، باب ما رُدَّ من النكاح، الحديث ١٠٦٨٤.

٢. القرن: عيب يوجد في الفرج يتعذّر معه الوطء، كلحمة مرتفعة أو عظم بارز وما شابههما. (معجم ألفاظ الفقه الجعفري: ٣٢٥)

٣. المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٢٤٤، باب ما ردّ في النكاح، الحديث ١٠٦٧٩/، السنن الكبرىٰ ٧: ٢١٤ ـ ٢١٥، كتاب النكاح، باب ما يردّ به النكاح من العيوب.

٤. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ٢١٥، كتاب النكاح، باب ما يردّ به النكاح من العيوب، المعونة ٢: ٧٧٠ ـ ٧٧١، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧١١ ـ ٧١٢.

٥. الاستذكار ١٦: ٩٨، المحلّى بالآثار ١٠: ١١٤ ـ ١١٥.

٦. الرتق في المرأة: التصاق ختانها فلاتنال لالتصاق ذلك الموضع. (معجم ألفاظ الفقه الجعفري: ٢٠٥)

٧. العنّة في الرجل: عدم انتشار ذكره وعجزه عن الجماع. (معجم لغة الفقهاء: ٣٢٣)

٨. التفريع ٢: ٤٧، المعونة ٢: ٧٧٠، ٧٧٥، القبس لابن العربي ٣: ٥٠، البيان للعمراني ٩: ٢٥٩، المهذّب للشيرازي ٤: ١٦٥ ولم يُذكر في الأخيرين «الخصاء».

الفم، فقيل: تردّ بها، وقيل: لاتردّ[١]. وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري: لاتردّ المرأة في النكاح إلّا بعيبين فقط: القرن والرتق[٢]*.

---

* العيوب التي توجب الخيار في النكاح عند الإماميّة: إمّا أن تكون مشتركة بين الرجل والمرأة أو مختصّة بأحدهما:

الأول: العيوب المشتركة بين الزوجين، وهي الجنون، ولا كلام في ثبوت خيار الفسخ به لعقد النكاح لكلٍّ من الرجل أو المرأة، بلا خلاف في ذلك، بل الإجماع عليه فتوىً ونصّاً.

وعدّ القاضي ابن البرّاج في المهذّب ـ مضافاً للجنون ـ الجذام والبرص والعمىٰ من العيوب المشتركة، وكذلك ابن الجنيد وزاد العرج والزنا. قال في المسالك بعد حكايته ذلك: ودليلهما في غير الجذام والبرص غير واضح، أمّا فيهما ففي غاية الجودة؛ لصحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: «يردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل» وهو متناول بإطلاقه للرجل والمرأة.

الثاني: العيوب المختصّة بأحد الزوجين:

(أ) عيوب الرجل: والمشهور مع عدم نقل الخلاف لكثير منهم أنّها ثلاثة ـ مضافاً للجنون ـ: الخصاء والعنن والجبّ، وقد ذكر في الجواهر: أنّه لايردّ الرجل بعيبٍ في غير ذلك، وفاقاً للمشهور، للأصل، وحرمة القياس، وقوله عليه السلام في المعتبر: «والرجل لايردّ من عيب» فإنّه حجّة فيما لم يخرجه دليل، خلافاً لابن البرّاج فردّه بالجذام ←

---

١. النوادر والزيادات ٤: ٥٣١، المنتقىٰ للباجي ٣: ٢٧٨، القبس لابن العربي ٣: ٥٠، التفريع ٢: ٤٧، البيان والتحصيل ٤: ٤٠٦ ـ ٤٠٧.

٢. المعروف في مصادر الحنفية ـ بل وغيرهم ـ أنّه لايردّ الرجلُ المرأة بأيّ عيب من العيوب عند الحنفية والثوري، بل ادّعى السمرقندي في التحفة إجماع فقهاء الحنفية عليه. أنظر: تحفة الفقهاء ٢: ٢٢٥، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٩٦، المبسوط للسرخسي ٥: ٩٠، الهداية للمرغيناني ٢: ٣٠٧، مختصر القدوري: ١٥٠، اختلاف العلماء للمروزي: ١٥٠، الاشراف لابن المنذر ١: ٦٢.

فأمّا أحكام الردّ، فإنّ القائلين بالردّ اتّفقوا على أنّ الزوج إذا علم بالعيب قبل الدخول طلّق ولا شيء عليه [١].

واختلفوا إن علم بعد الدخول والمسيس، فقال مالك: إن كان وليّها الذي زوّجها ممّن يظنّ به ـ لقربه منها ـ أنّه عالم بالعيب؛ مثل الأب والأخ، فهو غار، يرجع عليه الزوج بالصداق، وليس يرجع على المرأة بشيء، وإن كان بعيداً رجع الزوج على المرأة بالصداق كلّه إلّا ربع دينار فقط [٢].

← والبرص والعمىٰ، وابن الجنيد بها وبالعرج والزنا، ولم يوافقهما أحد عدا جماعة من المتأخّرين في خصوص الجذام والبرص، كما صرّح به في الجواهر.

(ب) عيوب المرأة: وهي على المشهور ستة ـ مضافاً للجنون ـ: الجذام والبرص والقرن والإفضاء والعمىٰ والإقعاد.

وفي العرج أقوال، والمشهور هو تسلّط الزوج على الفسخ به، وعدّ بعضهم من عيوب المرأة الموجبة للفسخ: إذا زنت قبل دخول الزوج بها، لكن المشهور بين المتأخّرين ـ كما صرّح به في الحدائق ـ عدم عدّ ذلك، علماً أنّهم أجمعوا علىٰ أنّ العيوب في المرأة الحاصلة قبل العقد هي مبيحة للفسخ، ولا خلاف بينهم ـ إلّا من بعضهم ـ في أنّها لاتفسخ لو تجدّدت بعد العقد والوطء، والمشهور بينهم شهرةً عظيمةً أنّ المتجدِّد بعد العقد وقبل الدخول لايبيح الفسخ. (جامع المقاصد ١٣: ٢١٨ ـ ٢٤٢، مسالك الأفهام ٨: ١٠١ ـ ١١٢، كشف اللثام ٨: ٣٥٩ ـ ٣٦٩، الحدائق الناضرة ٢٤: ٣٣٥ ـ ٣٥٤، رياض المسائل ١٠: ٣٧٣ ـ ٣٨٠، جواهر الكلام ٣٠: ٣١٨ ـ ٣٣٥، ٣٤١ ـ ٣٤٢).

---

١. أنظر: المعونة ٢: ٧٧٠، البيان للعمراني ٩: ٢٦٦، المغني لابن قدامة ٧: ٥٨٥.

٢. المعونة ٢: ٧٧١ ـ ٧٧٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٥٩، النوادر والزيادات ٤: ٥٢٧. والربع دينار عوض عمّا استحلّ به ما استحلّ.

وقال الشافعي: إن دخل لزمه الصداق كلّه بالمسيس، ولا رجوع له عليها ولا على وليّ [١]*.

وسبب اختلافهم: تردّد تشبيه النكاح بالبيع، أو بالنكاح الفاسد الذي وقع فيه المسيس، أعني: اتّفاقهم على وجوب المهر في الأنكحة الفاسدة بنفس المسيس [٢]؛ لقوله عليه الصلاة والسلام «أيّما امرأةٍ نكحت بغير إذن سيدها فنكاحها باطل، ولها المهر بما استحلّ منها» [٣]

---

* لا خلاف عند الإماميّة في أنّ أحد الزوجين إذا فسخ بأحد العيوب فلايخلو أن يكون ذلك قبل الدخول أو بعده حيث يجوز الفسخ للجهل بالحال:

فأمّا لو فسخ الزوج قبل الدخول فلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، في انتفاء المهر بالنسبة للزوجة، وذلك للأخبار الواردة. منها: قول الباقر في صحيح أبي عبيدة: «وإن لم يكن دخل بها فلا عدّة لها ولا مهر لها» مضافاً إلى استناد الفسخ إليها باعتبار أنّ العيب بها.

وأمّا لو فسخت المرأة فلا مهر لها أيضاً، بلا خلاف ولا إشكال نصّاً وفتوى، إلّا في العنن؛ للدليل عليه بخصوصه.

وإن فسخ بعد الدخول فللزوجة المسمّى على الأشهر؛ لظهور النصّ والفتوى في أنّه يثبت بالوطء ثبوتاً مستقرّاً، فلايسقط بالفسخ. وله الرجوع على المدلّس من غير خلاف في ذلك.

ولو فسخت الزوجة بعد الدخول كان لها المسمّى الذي استقرّ بالوطء، وبما استحلّ من فرجها بلا خلاف معتدّ به، بل عليه حكاية الإجماع. (مسالك الأفهام ٨: ١٢٩ ـ ١٣٠، كشف اللثام ٧: ٣٤٧، الحدائق الناضرة ٢٤: ٣٧٥ ـ ٣٧٧، رياض المسائل ١٠: ٣٨٨ ـ ٣٨٩، جواهر الكلام ٣٠: ٣٤٦ ـ ٣٤٩).

---

١. الأم ٥: ١٢٤، التهذيب للبغوي ٥: ٤٥٥، البيان للعمراني ٩: ٢٦٧ ـ ٢٦٨.

٢. أنظر: بدائع الصنائع ٣: ٦١٥، المغني لابن قدامة ٧: ٣٤٣، التنف في الفتاوىٰ ١: ٢٦٧، فتاوىٰ ابن رشد ١: ٢٨٠، مراتب الإجماع: ٦٩.

٣. سنن الترمذي ٣: ٤٠٧ ـ ٤٠٨، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلّا بوليّ، الحديث ١١٠٢.

فكان موضع الخلاف تردّد هذا الفسخ بين حكم الردّ بالعيب في البيوع، وبين حكم الأنكحة المفسوخة، أعني: بعد الدخول.

واتّفق الذين قالوا بفسخ العنّين أنّه لايفسخ حتّى يؤجّل سنة، يخلّىٰ بينه وبينها بغير عائق [١]*.

واختلف أصحاب مالك في العلّة التي من أجلها قصر الردّ علىٰ هذه العيوب الأربعة، فقيل: لأنّ ذلك شرع غير معلّل، وقيل: لأنّ ذلك ممّا يخفىٰ، ومحمل سائر العيوب على أنّها ممّا لاتخفىٰ، وقيل: لأنّها يخاف سرايتها إلى الأبناء، وعلى هذا التعليل يردّ بالسواد والقرع [٢]، وعلى الأول يردّ بكلّ عيب إذا علم أنّه ممّا خفي على الزوج [٣].

الفصل الثاني

في خيار الإعسار بالصداق والنفقة

واختلفوا في الإعسار بالصداق، فكان الشافعي يقول: تخيّر إذا لم يدخل بها، وبه قال مالك [٤]. واختلف أصحابه في قدر التلوّم [٥] له، فقيل: ليس له في ذلك حدّ، وقيل: سنة، وقيل:

---

* أطبق فقهاء الإماميّة علىٰ كون أجل العنّين سنة، للإجماع، مضافاً إلىٰ صحيح محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام: «العنّين يتربّص به سنة». (جامع المقاصد ١٣: ٢٦٦ ـ ٢٦٧، مسالك الأفهام ٨: ١٣٨).

---

١. الاشراف لابن المنذر ١: ٦٦ ـ ٦٧، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٠٤، البيان للعمراني ٩: ٢٧٢ وفيها نقل الخلاف في المسألة.

٢. والقرع لايسري إلّا باختيار أو بالعدوىٰ، نعم الصلع وراثي، ويخاف سرايته إلى الأبناء كما هو واضح.

٣. أنظر: القبس لابن العربي ٣: ٤٩ ـ ٥١.

٤. الاشراف لابن المنذر ١: ٤٩، عيون المجالس ٣: ١١٧٦ ـ ١١٧٧.

٥. التلوّم: الانتظار والتلبُّث. (لسان العرب، مادة «لوم»).

سنتين [١]. وقال أبو حنيفة: هي غريم من الغرماء، لا يفرَّق بينهما، ويؤخذ بالنفقة، ولها أن تمنع نفسها حتّى يعطيها المهر [٢]*.

وسبب اختلافهم: تغليب شبه النكاح في ذلك بالبيع، أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة في ذلك من عدم الوطء؛ تشبيهاً بالإيلاء والعنّة.

وأمّا الإعسار بالنفقة، فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجماعة: يفرّق بينهما، وهو مروي عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب [٣]. وقال أبو حنيفة والثوري: لا يفرَّق بينهما، وبه قال أهل الظاهر [٤]**.

---

* المشهور عند الإماميّة ـ بل ادّعي عليه الإجماع ـ جواز امتناع الزوجة من تسليم نفسها إلى الزوج لو أعسر بالمهر الحال حتىٰ تقبضه، وذلك ما تقتضيه القاعدة، وهي لكلٍّ من المتعاوضين الامتناع من الاقباض حتىٰ يقبض الآخر، وعجز أحد المتعاوضين لا يسقط حقّ الآخر ممّا ثبت له.

ويظهر من ابن إدريس أنّه ليس لها الامتناع مع الإعسار؛ لمنع مطالبته حينئذٍ، وضُعّف ذلك. (مسالك الأفهام ٨: ١٩٥، نهاية المرام ١: ٤١٣ ـ ٤١٤، الحدائق الناضرة ٢٤: ٤٦٠، جواهر الكلام ٣١: ٤٣).

** اختلف فقهاء الإماميّة فيما لو عجز الزوج وعسر عن النفقة للزوجة، هل لها أن تتسلّط على الفسخ أم لا؟ أشهر القولين الثاني، فليس لها أن تفسخ النكاح، بل تصبر حتّى يوسّع الله تعالى عليه، وظاهر المبسوط الإجماع عليه؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾. (المبسوط ٦: ٢١، قواعد الأحكام ٣: ١١١، كشف اللثام ٧: ٥٨٨).

---

١. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٥٥، عيون المجالس ٣: ١١٧٦ ـ ١١٧٧، البيان والتحصيل ٥: ٤٥٦ ـ ٤٥٧.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٦٧، الاشراف لابن المنذر ١: ٤٩.

٣. عيون المجالس ٣: ١٣٩٩ ـ ١٤٠٠، المعونة ٢: ٧٨٤، الأُم ٥: ١٣٢، الاشراف لابن المنذر ١: ١٢٤، المغني لابن قدامة ٩: ٢٤٤.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٦٦، الهداية للمرغيناني ٢: ٣٢٢، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٩٧.

وسبب اختلافهم: تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنّة [١]؛ لأنّ الجمهور على القول بالتطليق على العنّين [٢]، حتّى لقد قال ابن المنذر: إنّه إجماع [٣]. وربّما قالوا: النفقة في مقابلة الاستمتاع، بدليل أنّ الناشز لا نفقة لها عند الجمهور [٤]، فإذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع، فوجب الخيار [٥]. وأمّا من لا يرى القياس فإنّهم قالوا: قد ثبتت العصمة بالإجماع، فلا تنحلّ إلّا بإجماعٍ أو بدليلٍ من كتاب الله أو سنّة نبيّه [٦]. فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس.

الفصل الثالث في خيار الفقد

واختلفوا في المفقود الذي تجهل حياته أو موته في أرض الإسلام، فقال مالك: يضرب لامرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم، فإذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجهل ذلك، ضرب لها الحاكم الأجل، فإذا انتهىٰ اعتدّت عدّة الوفاة أربعة أشهر وعشراً وحلّت [٧]*، قال: وأمّا ماله فلا يورَّث حتّى يأتي عليه من الزمان ما يعلم أنّ المفقود لا يعيش

---

* اتّفقت كلمة الإماميّة في أنّ زوجة المفقود الذي يجهل خبره ولم يثبت وفاته ولا حياته يجب عليها الصبر ما أنفق عليها من مال المفقود أو الوليّ أو غيرهما، وأمّا مع عدم الإنفاق فإن صبرت فلا كلام، وإلّا رفعت أمرها إلى الحاكم فيؤجّلها أربع سنين، ويبحث ←

---

١. البيان للعمراني ١١: ١٨٩، الهداية للمرغيناني ٢: ٣٢٢، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٩٦.

٢. البيان للعمراني ٩: ٢٧١، الهداية للمرغيناني ٢: ٣٠٦، المعونة ٢: ٧٧٦، المغني لابن قدامة ٧: ٦٠٥.

٣. أنظر: الاشراف لابن المنذر ١: ٦٩.

٤. الاشراف لابن المنذر ١: ١٢٣، المعونة ٢: ٧٨٢، مختصر القدوري: ١٧٢.

٥. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٨٠٧ ـ ٨٠٨، المعونة ٢: ٧٨٤، البيان للعمراني ١١: ١٨٩ ـ ١٩٠.

٦. عيون المجالس ٣: ١١٧٧ ـ ١١٧٨.

٧. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤٥٠، التفريع ٢: ١٠٧ ـ ١٠٨، الرسالة الفقهية: ٢٠٣، المعونة ٢: ٨٢٠.

إلى مثله غالباً، فقيل: سبعون، وقيل: ثمانون، وقيل :تسعون، وقيل: مائة في من غاب وهو دون هذه الأسنان [١]، وروي هذا القول عن عمر بن الخطاب، وهو مرويّ أيضاً عن عثمان، وبه قال الليث [٢].

وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري: لاتحلّ امرأة المفقود حتّى يصحّ موته، وقولهم مرويّ عن علي وابن مسعود [٣].

والسبب في اختلافهم: معارضة استصحاب الحال للقياس، وذلك أنّ استصحاب الحال يوجب أن لاتنحلّ عصمة إلّا بموتٍ أو طلاقٍ، حتّى يدلّ الدليل على غير ذلك [٤]. وأمّا القياس

← عنه في هذه المدّة، فإن عرف خبره صبرت، وعلى الإمام أن ينفق عليها من بيت المال حتّى يفارقها بموت أو غيره.

وإن لم يعرف حياته طلّقها الحاكم، وأمرها بالاعتداد عدّة الوفاة، ثم تحلّ بعد ذلك للأزواج، بلا خلاف في ذلك نصّاً وفتوىً، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر. والنصوص فيه كثيرة، منها: مارواه في الموثّق عن سماعة قال: سألته عن المفقود، فقال: «إن علمت أنّه في أرضٍ فهي تنتظر له أبداً حتّى يأتيها موته أو يأتيها طلاقه. وإن لم تعلم أين هو من الأرض كلّها، ولم يأتها منه كتاب ولا خبر، فإنّها تأتي الإمام فيأمرها أن تنتظر أربع سنين، فيطلب في الأرض، فإن لم يوجد له أثر حتّى تمضي الأربع سنين، أمرها أن تعتدّ أربعة أشهر وعشراً ثم تحلّ للرجال...» الحديث. (مسالك الأفهام ٩: ٢٨٤، كشف اللثام ٨: ١٢٤ ـ ١٢٥، الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٧٩، رياض المسائل ١١: ١٣٧ ـ ١٣٨، جواهر الكلام ٣٢: ٢٨٨ ـ ٢٩٣).

---

١. المقدّمات الممهّدات ١: ٥٣١، المعونة ٢: ٨٢٣.

٢. الاشراف لابن المنذر ١: ٨٥، الاستذكار ١٧: ٣٠٣.

٣. التهذيب للبغوي ٦: ٢٧٣، الاشراف لابن المنذر ١: ٨٦، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٢٩، الاستذكار ١٧: ٣٠٨، ٣١١.

٤. الاشراف لابن المنذر ١: ٨٦، التهذيب للبغوي ٦: ٢٧٤.

فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالإيلاء والعنّة، فيكون لها الخيار كما يكون في هذين [١].

والمفقودون عند المحصّلين من أصحاب مالك أربعة: مفقود في أرض الإسلام وقع الخلاف فيه، ومفقود في أرض الحرب، ومفقود في حروب الإسلام، أعني: فيما بينهم، ومفقود في حروب الكفّار [٢]. والخلاف عن مالك وعن أصحابه في الأصناف الثلاثة من المفقودين كثيرٌ:

فأمّا المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الأسير، لاتتزوّج امرأته، ولايقسم ماله حتّى يصحّ موته، ما خلا أشهب فإنّه حكم له بحكم المفقود في أرض المسلمين [٣]. وأمّا المفقود في حروب المسلمين، فقال: إنّ حكمه حكم المقتول دون تلوّم، وقيل: يتلوّم له بحسب بُعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه، وأقصى الأجل في ذلك سنة [٤].

وأمّا المفقود في حروب الكفّار ففيه في المذهب أربعة أقوال: قيل: حكمه حكم الأسير، وقيل: حكمه حكم المقتول بعد تلوّم سنة، إلّا أن يكون بموضعٍ لايخفىٰ أمره، فيحكم له بحكم المفقود في حروب المسلمين وفتنهم، والقول الثالث: أنّ حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين، والرابع: حكمه حكم المقتول في زوجته، وحكم المقتول في أرض المسلمين في ماله، أعني: يعمَّر [٥] وحينئذٍ يورّث [٦]*.

---

* قال صاحب الجواهر في مقام ردّه علىٰ صاحب الحدائق الذي خصَّ حكم المفقود بخصوص المفقود بسبب سفرٍ أو غيبةٍ دون المفقود بانكسار سفينةٍ أو ←

---

١. المقدّمات الممهّدات ١: ٥٢٧ ـ ٥٢٨، الاشراف لابن المنذر ١: ٨٦.

٢. المقدّمات الممهّدات ١: ٥٢٥، ٥٣٣ ـ ٥٣٤، الاستذكار ١٧: ٣١١ ـ ٣١٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٥٩ ـ ٢٦١.

٣. المقدّمات الممهّدات ١: ٥٣٣، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٠ ـ ٢٦١.

٤. المقدّمات الممهّدات ١: ٥٣٤ ـ ٥٣٥، المنتقى للباجي ٤: ٩٢ ـ ٩٣، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦١.

٥. أي يؤخّر، فلا يورّث حتّىٰ يأتي عليه زمان لايعيش إلىٰ مثله غالباً. أنظر: المقدّمات الممهّدات ١: ٥٣٤.

٦. المقدّمات الممهّدات ١: ٥٣٣ ـ ٥٣٤، المنتقىٰ للباجي ٤: ٩٢.

وهذه الأقاويل كلّها مبناها على تجويز النظر بحسب الأصلح في الشرع، وهو الذي يُعرف بالقياس المرسل؛ وبين العلماء فيه اختلاف، أعني: بين القائلين بالقياس[١].

الفصل الرابع في خيار العتق

واتّفقوا على أنّ الأمة إذا عتقت تحت عبد: أنّ لها الخيار[٢]*. واختلفوا إذا عتقت تحت الحرّ، هل لها خيار أم لا؟ فقال مالك والشافعي وأهل المدينة والأوزاعي وأحمد

← معركةٍ أو نحو ذلك: «إنّ العنوان في النصوص المزبورة «المفقود» الشامل لهذه الأفراد... ومن هنا لم أجد أحداً من أساطين الأصحاب تردّد في شيءٍ من ذلك، وقد جعلوا العنوان ما في النصوص من المفقود الشامل لجميع الأفراد المزبورة». (جواهر الكلام ٣٢: ٣٩٢ ـ ٣٩٣، الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٨٨ ـ ٤٨٩، مسالك الأفهام ٩: ٢٨٦ ـ ٢٨٧).

* أجمعت الإماميّة ـ بل هو إجماع المسلمين ـ على أنّ الأمة المزوّجة بعبدٍ إذا أُعتقت ثبت لها الخيار مطلقاً، كان العتق قبل الدخول أم بعده، والنصوص به مستفيضة، منها: الصحيح عن محمد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن المملوكة تكون تحت العبد ثم تعتق، فقال: «تتخير، فإن شاءت أقامت على زوجها، وإن شاءت فارقته». (جامع المقاصد ١٣: ١٠١ ـ ١٠٢، تذكرة الفقهاء ٩: ٣٦٨، كشف اللثام ٧: ٣١٧ ـ ٣١٨، رياض المسائل ١٠: ٣٣٣ ـ ٣٣٤، جواهر الكلام ٣٠: ٢٤٣).

---

١. الضروري في أصول الفقه: ١٢٧ ـ ١٢٨، الاحكام للآمدي ٤: ٣٩٤.

٢. المعونة ٢: ٨٦٧، الكافي في فقه أهل المدينة ٢٧٥، الاشراف لابن المنذر ١: ٦٥، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٦٣، الاستذكار ١٧: ١٤٩.

والليث: لا خيار لها [١]، وقال أبو حنيفة والثوري لها الخيار، حرّاً كان أو عبداً [٢]*.

وسبب اختلافهم: تعارض النقل في حديث بُرَيرة، واحتمال العلّة الموجبة للخيار أن يكون الجبر الذي كان في إنكاحها بإطلاق إذا كانت أمة، أو الجبر على تزويجها من عبد. فمن قال: العلّة الجبر على النكاح بإطلاق، قال: تخيّر تحت الحرّ والعبد، ومن قال: الجبر على تزويج العبد فقط، قال: تخيّر تحت العبد فقط [٣].

وأمّا اختلاف النقل فإنّه روي عن ابن عباس أنّ زوج بُرَيْرة كان عبداً أسود [٤]، وروي عن

---

* اختلف الإماميّة في أنّ الأمة لو اعتقت وكان زوجها حرّاً، هل يكون لها الخيار أو لا؟

المشهور: أنّ لها الخيار، وذلك لإطلاق الصحيح: «أيّما امرأة أُعتقت فأمرها بيدها، إن شاءت أقامت معه، وإن شاءت فارقته».

وخصوص خبر زيد الشحّام: «إذا أُعتقت الأمة ولها زوج، خيّرت إن كانت تحت حرّ أو عبد».

خلافاً للشيخ الطوسي في المبسوط والخلاف، فلم يثبت لها الخيار، واختاره المحقّق الحلّي أيضاً، واستدلّ له بأصالة اللزوم في العقد، وقاعدة الاقتصار على المتيقّن، ولأنّ الأصل في هذا الحكم عتق عائشة لبُرَيْرة، فخيّرها رسول الله ﷺ ولم تثبت حرّيته. (المبسوط ٤: ٢٥٨، الخلاف ٤: ٣٥٣، شرائع الاسلام ٢: ٣١١، جامع المقاصد ١٣: ١٠٤، كشف اللثام ٧: ٣١٨، رياض المسائل ١٠: ٣٣٤، جواهر الكلام ٣٠: ٢٤٣).

---

١. عيون المجالس ٣: ١١٢٦ ـ ١١٢٧، الاستذكار ١٧: ١٥٣، الاشراف لابن المنذر ١: ٦٥، التهذيب للبغوي ٥: ٤٦٢، المغني لابن قدامة ٧: ٥٩١.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٦٣، المبسوط للسرخسي ٥: ٩٣، بدائع الصنائع ٣: ٦٠٠.

٣. الاستذكار ١٧: ١٥٣ ـ ١٥٤.

٤. صحيح البخاري ٧: ٨٥، كتاب الطلاق، باب خيار الأمة تحت العبد، الحديث ٢٧، سنن أبي داود ٢: ٢٧٠، كتاب الطلاق، باب في المملوكة تعتق وهي تحت حرّ أو عبد، الحديث ٢٢٣٢.

عائشة: أنّ زوجها كان حرّاً[١]، وكلا النقلين ثابت عند أصحاب الحديث.

واختلفوا أيضاً في الوقت الذي يكون لها الخيار فيه، فقال مالك والشافعي: يكون لها الخيار مالم يمسّها[٢]، وقال أبو حنيفة: خيارها على المجلس[٣]، وقال الأوزاعي: إنّما يسقط خيارها بالمسيس إذا علمت أنّ المسيس يسقط خيارها[٤]*.

---

* اتّفق فقهاء الإماميّة ـ ظاهراً ـ على أنّ خيار الأمة عند عتقها هو على الفور. (جواهر الكلام ٣٠: ٢٤٨، كشف اللثام ٧: ٣١٧ ـ ٣١٨، رياض المسائل ١٠: ٣٣٤).

---

١. سنن أبي داود ٢: ٢٧٠، كتاب الطلاق، باب من قال: كان حرّاً، الحديث ٢٢٣٥، سنن الترمذي ٣: ٤٦١، كتاب الرضاع، باب ما جاء في المرأة تعتق ولها زوج، الحديث ١١٥٥.

٢. الاستذكار ١٧: ١٥٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٧٥، الاشراف لابن المنذر ١: ٦٦.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٦٤، بدائع الصنائع ٣: ٦٠٢.

٤. الاشراف لابن المنذر ١: ٦٦، الاستذكار ١٧: ١٥٢.

الباب الرابع في الحقوق الزوجية

واتّفقوا على أنّ من حقوق الزوجة على الزوج: النفقة والكسوة [1]، لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [2] الآية، ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام: «ولهنّ عليكم رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف» [3]، ولقوله لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» [4 و 5].

فأمّا النفقة فاتّفقوا على وجوبها *.

---

* لا خلاف بين علماء الإسلام في وجوب النفقة للزوجة، والأصل في وجوبها بالزوجية الكتاب والسنّة، قال عزّ وجلّ: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى ٱلنِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾. وروي في الكافي عن أسحاق بن عمّار في الموثّق قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما حقّ المرأة علىٰ زوجها الذي إذا فعله كان محسناً؟ قال: «يشبعها ويكسوها، وإن جهلت غفر لها». (الحدائق الناضرة ٢٥: ٩٧ ـ ٩٨، رياض المسائل ١٠: ٥٢٩ ـ ٥٣٠).

---

١. الاشراف لابن المنذر ١: ١١٩، ١٢١، المعونة ٢: ٧٨٢، الهداية للمرغيناني ٢: ٣٢٠، التهذيب للبغوي ٦: ٣٢٠.

٢. سورة البقرة: الآية ٢٣٣.

٣. صحيح مسلم ٢: ٨٩٠، كتاب الحجّ، باب حجّة النبي صلى الله عليه وآله، الحديث ١٢١٨/١٤٧، سنن أبي داود ٢: ١٨٥، كتاب المناسك، باب صفة حج النبي صلى الله عليه وآله، الحديث ١٩٠٥.

٤. صحيح البخاري ٧: ١١٧، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بعلمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، الحديث ٩٩، صحيح مسلم ٣: ١٣٣٨، كتاب الأقضية، باب قضية هند، الحديث ١٧١٤/٧.

٥. الاشراف لابن المنذر ١: ١١٩، المعونة ٢: ٧٨٢.

واختلفوا في أربعة مواضع: في وقت وجوبها، ومقدارها، ولمن تجب، وعلى من تجب؟

فأمّا وقت وجوبها * فإنّ مالكاً قال: لاتجب النفقة على الزوج حتّى يدخل بها أو يدعى إلى الدخول بها، وهي ممّن توطأ، وهو بالغ [١]. وقال أبو حنيفة والشافعي: يلزم غير البالغ النفقة إذا كانت هي بالغاً [٢]. وأمّا إذا كان هو بالغاً والزوجة صغيرة فللشافعي قولان: أحدهما: مثل قول مالك، والقول الثاني: أنّ لها النفقة بإطلاق [٣] **.

---

* اختلف فقهاء الإماميّة في أنّه هل تجب النفقة بمجرّد العقد أو أنّه يشترط التمكين الكامل أو ما يعبّر عنه بالتخلية بينها وبينه بحيث لايختصّ موضعاً ولا وقتاً؟ المشهور الثاني، بل كاد يكون إجماعاً كما في الرياض، واختار الأول المحدّث البحراني؛ وفاقاً للشهيد الثاني في مسالك الأفهام.

واحتجّ المشهور بأنّ المهر إنّما يجب بالتمكين، وروي: أنّ النبي ﷺ تزوّج ودخل بعد سنتين، ولم ينفق إلّا بعد دخوله، ولأنّ الأصل براءة الذمة من وجوب النفقة خرج منه حالة التمكين بالإجماع، فيبقى، الباقي على الأصل.

وضعّف صاحب المسالك جميع هذه الأدلّة، واستدلّ البحراني للقول الأول ببعض الأخبار؛ مدعياً ظهورها في ترتّب النفقة على مجرّد العقد. (مسالك الأفهام ٨: ٤٤٠ ـ ٤٤٢، كشف اللثام ٧: ٥٥٧ ـ ٥٥٨، الحدائق الناضرة ٢٥: ٩٨ ـ ١٠٠، رياض المسائل ١٠: ٥٣٠ ـ ٥٣١، جواهر الكلام ٣١: ٣٠٣).

** فرّع فقهاء الإماميّة على اعتبار التمكين في وجوب النفقة على الزوجة فرعين:

الأول: لو كانت الزوجة صغيرة يحرم نكاحها، فإنّ المشهور بينهم عدم وجوب النفقة عليها؛ لعدم تحقّق التمكين المعتبر في وجوب النفقة من جانبها، من حيث عدم صلاحيتها لذلك عادةً. ←

---

١. المعونة ٢: ٧٨٢، التفريع ٢: ٥٣.

٢. مختصر المزني: ٢٤٦، المهذّب للشيرازي ٤: ٦٠١، الهداية للمرغيناني ٢: ٣٢١.

٣. المهذّب للشيرازي ٤: ٦٠٠، الوسيط ٦: ٢١٦.

وسبب اختلافهم: هل النفقة لمكان الاستمتاع، أو لمكان أنّها محبوسة على الزوج؛ كالغائب والمريض.

وأمّا مقدار النفقة * فذهب مالك إلى أنّها غير مقدّرة بالشرع، وأنّ ذلك راجع إلى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة، وأنّ ذلك يختلف بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال، وبه قال أبو حنيفة [١]. وذهب الشافعي إلى أنّها مقدّرة، فعلىٰ الموسر مدّان، وعلى الأوسط مدّ ونصف، وعلى المعسر مدّ [٢]**.

← خلافاً لابن إدريس في السرائر، فأوجب نفقة الصغيرة إذا كان زوجها كبيراً، وقد استظهره المحدّث البحراني من الأخبار المترتّب فيها وجوب الإنفاق على مجرّد الزوجية بقولٍ مطلقٍ، من غير تقييدٍ بحالٍ ولا زمان.

الثاني: لو كانت الزوجة كبيرةً والزوج صغيراً، فإنّ الشيخ في الخلاف والمبسوط قال بعدم النفقة عليه. وظاهر جملةٍ منهم: الوجوب، بل الظاهر أنّه المشهور، وعلّل ذلك بأنّ الأصل عدم اشتراط أمر آخر زائد على التمكين في وجوب النفقة. (المبسوط ٦: ١٢ ـ ١٣، مسالك الأفهام ٨: ٤٤٢ ـ ٤٤٣، الحدائق الناضرة ٢٥: ١٠٣ ـ ١٠٤).

* اعتبر فقهاء الإماميّة في قدر النفقة للزوجة ممّا تحتاج إليه من طعام وكسوة وإسكان وإخدام وآلة إدهان ضابطاً، وهو اتّباع عادة أمثالها من أهل البلد، وذلك للأصل، وإطلاق الأوامر بالإنفاق كتاباً وسنّة، الذي يرجع في مثله إليها بعد أن لم يكن ثمَّ تقدير شرعي. (مسالك الأفهام ٨: ٤٥٥، الحدائق الناضرة ٢٥: ١١٩، جواهر الكلام ٣١: ٣٣٠).

** اختلف الإماميّة في تقدير الإطعام بالنسبة لنفقة الزوجة على أقوال:

الأول: وهو المشهور بين الفقهاء شهرة عظيمة من عدم التقدير، والرجوع إلىٰ ←

---

١. التفريع ٢: ٥٣، عيون المجالس ٣: ١٣٩٥ ـ ١٣٩٦، المعونة ٢: ٧٨٣، الهداية للمرغيناني ٢: ٣٢٠، بدائع الصنائع ٥: ١٤٥.

٢. الوسيط ٦: ٢٠٤، التهذيب للبغوي ٦: ٣٣٢، المهذّب للشيرازي ٤: ٦٠٦ ـ ٦٠٧.

وسبب اختلافهم: تردّد حمل النفقة في هذا الباب على الإطعام في الكفّارة أو على الكسوة، وذلك أنّهم اتّفقوا أنّ الكسوة غير محدودة [١] وأنّ الإطعام محدود.

واختلفوا من هذا الباب في: هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة؟ وإن وجبت فكم يجب؟ والجمهور على أنَّ على الزوج النفقة لخادم الزوجة إذا كانت ممّن لاتخدم نفسها [٢]، وقيل: بل على الزوجة خدمة البيت [٣]*. واختلف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة

← قدر الكفاية وسدّ الخلّة؛ وفاقاً لابن الجنيد والحلّي وسائر المتأخّرين؛ للأصل، وإطلاق الكتاب والسنّة.

وأمّا الكسوة فقد صرّح الفقهاء بالرجوع فيها إلىٰ عادة أمثالها من أهل البلد وما يليق بحالها.

الثاني: ما اختاره في المبسوط، فجعل في التقدير مدّين كلّ يوم على الموسر، وعلى المتوسط مدّاً ونصف، وعلى المعسر مدّاً.

والأصل في هذا التقدير في الأول والثاني: أنّ المدّ قدّره الشارع في الكفّارات قوتاً للمسكين، فاعتبرت النفقة به؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما مال يجب بالشرع لأجل القوت، ويسقط في الذمة، وربّما أوجب بين الأمرين بجعل المدّين على الموسر، والمدّ على المعسر، وجعل المتوسط بينهما فألزم بمدّ ونصف.

الثالث: تقديره بمدٍّ مطلقاً، للرفيعة والوضيعة، من الموسر والمعسر، اختاره الشيخ في الخلاف. (الخلاف ٥: ١١٢، المبسوط ٦: ٦، مسالك الأفهام ٨: ٤٥٦، ٤٦٠ ـ ٤٦١، كشف اللثام ٧: ٥٦٣، ٥٦٦).

* لا خلاف عند الإماميّة في أنّ الزوجة لو كانت من النساء اللواتي لايخدمن بأنفسهن بحسب العادة في البلد؛ لشرفها ومنزلتها، فهذه يجب أن يتّخذ الزوج لها خادماً. ←

---

١. مراتب الإجماع: ٨٠.

٢. المعونة ٢: ٧٨٤، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٣١، التهذيب للبغوي ٦: ٣٣١، المهذّب للشيرازي ٤: ٦١١، الهداية للمرغيناني ٢: ٣٢١.

٣. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٩٠، البيان للعمراني ١١: ١٨٠.

على كم تجب نفقته؟ فقالت طائفة: ينفق على خادم واحدة [١]، وقيل: على خادمين إذا كانت المرأة ممّن لايخدمها إلّا خادمان، وبه قال مالك وأبو ثور [٢]*. ولست أعرف دليلاً شرعياً لإيجاب النفقة على الخادم إلّا تشبيه الإخدام بالإسكان، فإنّهم اتّفقوا على أنّ الإسكان على الزوج [٣]؛ للنصّ الوارد في وجوبه للمطلّقة الرجعية [٤].

وأمّا لمن تجب النفقة، فإنّهم اتّفقوا على أنّها تجب للحرّة الغير ناشز [٥]، واختلفوا في الناشز والأمة.

← ولا فرق في ذلك بين كون الزوج موسراً أو معسراً، حرّاً أو عبداً؛ لأنّ الاعتبار بحال المرأة في بيت أبيها.

وإن لم تكن من أهل الإخدام خدمت نفسها، ولايجب على الزوج إخدامها إلّا لمرضٍ ونحوه.

وإذا وجبت الخدمة على الزوج، فهو بالخيار الإنفاق على خادمها إن كان لها خادم وبين ابتياع خادمٍ لها أو استئجارها أو الخدمة لها بنفسه. (مسالك الأفهام ٨: ٤٥٧، كشف اللثام ٧: ٥٦٥، الحدائق الناضرة ٢٥: ١٢٢ ـ ١٢٣، جواهر الكلام ٣١: ٣٣٧).

* اتّفق فقهاء الإماميّة علىٰ عدم وجوب إخدام أكثر من خادم واحد ولو كانت من ذوي الحشم ومن أجلّ الناس؛ لأنّ الاكتفاء يحصل به.

واحتمل في المسالك اعتبار عادتها في بيت أبيها، فإن كانت ممّن تُخدم بخادمين وأكثر وجب إخدامها بذلك العدد؛ لأنّه من المعاشرة بالمعروف. (مسالك الأفهام ٨: ٤٥٧ ـ ٤٥٨، كشف اللثام ٧: ٥٧٠، جواهر الكلام ٣١: ٣٣٨).

---

١. الاشراف لابن المنذر ١: ١٢٢، الهداية للمرغيناني ٤: ٣٢٢، الإفصاح ٢: ١٥٠.

٢. المعونة ٢: ٧٨٤، الاشراف لابن المنذر ١: ١٢٢، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٣١.

٣. الاشراف لابن المنذر ١: ٢٥٢، مراتب الاجماع: ٨٠، البيان للعمراني ١١: ١٨٠، المعونة ٢: ٩٣٣.

٤. سورة الطلاق: الآية ٦.

٥. مراتب الاجماع: ٧٩، الاشراف لابن المنذر ١: ١١٩.

فأمّا الناشز فالجمهور على أنّها لاتجب لها نفقة [١]*، وشذَّ قوم فقالوا: تجب لها النفقة [٢].

وسبب الخلاف: معارضة العموم للمفهوم، وذلك أنّ عموم قوله عليه الصلاة والسلام: «ولهنّ عليكم رزقهنّ وكسوتهن بالمعروف» [٣] يقتضي أنّ الناشز وغير الناشز في ذلك سواء، والمفهوم من أنّ النفقة هي في مقابلة الاستمتاع يوجب أن لا نفقة للناشز [٤].

وأمّا الأمة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافاً كثيراً، فقيل: لها النفقة كالحرّة، وهو المشهور، وقيل: لا نفقة لها، وقيل أيضاً: إن كانت تأتيه فلها النفقة، وإن كان يأتيها فلا نفقة لها، وقيل: لها النفقة في الوقت الذي تأتيه، وقيل: إن كان الزوج حرّاً فعليه النفقة، وإن كان عبداً فلا نفقة عليه [٥]**.

---

* فرّع الإماميّة على اعتبار التمكين في النفقة سقوط النفقة بالنشوز، فلا خلاف بينهم في أنّه لا نفقة لناشزة خارجة عن طاعة الزوج ولو بالخروج من بيته بلا إذن، والإجماع منعقد على ذلك. (كشف اللثام ٧: ٥٧٦، رياض المسائل ١٠: ٥٣٢، جواهر الكلام ٣١: ٣١٤، ٣٢٧).

** ذكر كثير من فقهاء الإماميّة أنّ الأمة تستحقّ النفقة، ولاتسقط إذا أرسلها إليه مولاها ليلاً ونهاراً؛ لعموم الأدلّة، بخلاف ما إذا لم يرسلها إلّا في أحد الزمانين، فلا تستحقّ؛ لإجماعهم على سقوط النفقة عند عدم التمكين التام المشترط في الاستحقاق؛ لأنّها أمة ليست أهلاً للاستقلال في التمكين، حيث إنّ المولى يملك منافعها، إلّا ما ملكه منها الزوج وهو الاستمتاع، فلا عبرة إلّا بتمكين المولى. (مسالك الأفهام ٨: ٤٥٤، كشف اللثام ٧: ٥٧٧، رياض المسائل ١٠: ٥٣٥، جواهر الكلام ٣١: ٣٢٧).

---

١. المعونة ٢: ٧٨٢، الاشراف لابن المنذر ١: ١٢٣، البيان للعمراني ١١: ١٦٥، مختصر القدوري: ١٧٢.

٢. حكاه عن الحكم بن عتيبة في الاشراف ١: ١٢٣، والبيان ١١: ١٦٥.

٣. تقدّم تخريجه آنفاً.

٤. أنظر: المعونة ٢: ٧٨٢، ٧٨٣، البيان للعمراني ١١: ١٦٥.

٥. الاستذكار ١٧: ٢٩٧ ـ ٢٩٨، المنتقى للباجي ٤: ١٢٧ ـ ١٢٨، النوادر والزيادات ٤: ٦٠٩ ـ ٦١٠.

وسبب اختلافهم: معارضة العموم للقياس، وذلك أنّ العموم يقتضي لها وجوب النفقة، والقياس يقتضي أن لا نفقة لها إلّا على سيدها الذي يستخدمها، أو تكون النفقة بينهما؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما ينتفع بها ضرباً من الانتفاع، ولذلك قال قوم: عليه النفقة في اليوم الذي تأتيه [١]. وقال ابن حبيب: يحكم على مولى الأمة المزوَّجة أن تأتي زوجها في كلّ أربعة أيام [٢].

وأمّا على من تجب، فاتّفقوا أيضاً أنّها تجب على الزوج الحرّ الحاضر [٣]، واختلفوا في العبد والغائب.

فأمّا العبد، فقال ابن المنذر: أجمع كلّ من يحفظ عنه من أهل العلم أنّ على العبد نفقة زوجته [٤]. وقال أبو المصعب من أصحاب مالك: لا نفقة عليه [٥]*. وسبب الخلاف: معارضة العموم؛ لكون العبد محجوراً عليه في ماله.

---

* اختلف فقهاء الإماميّة في أنّ العبد الذي تزوّج بإذن مولاه، هل تكون نفقة زوجته في ذمّة المولى أو في كسبه؟ قولان:

والأول: هو المشهور بينهم، ووجّه ذلك بأنّ الإذن في النكاح إذن في لوازمه وتوابعه، والعبد لا يملك شيئاً، وكسبه من جملة أموال مولاه.

والثاني: اختيار جماعة، وقوّاه في كشف اللثام، ووجهه: أنّ ذلك يجب في مقابلة عوض يستوفيه العبد في الحال، والسيد لم يلتزمه، ولا هو مستوفي بدله. (مسالك الأفهام ٧: ١٨٥، كشف اللثام ٧: ١١٠، جواهر الكلام ٢٩: ٢٢٥ ـ ٢٢٧).

---

١. النوادر والزيادات ٤: ٦٠٩، المنتقى للباجي ٤: ١٢٨.

٢. المنتقى للباجي ٤: ١٢٨، النوادر والزيادات ٤: ٦٠٩.

٣. مراتب الاجماع: ٧٩، الاشراف لابن المنذر ١: ١٢٤.

٤. الاشراف لابن المنذر ١: ١٢٧، الاجماع لابن المنذر: ١٤٤.

٥. أنظر: مواهب الجليل ٥: ٨٣.

وأمّا الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه [١]*، وقال أبو حنيفة: لاتجب إلّا بإيجاب السلطان [٢]. وإنّما اختلفوا في من القول قوله إذا اختلفوا في الإنفاق. وسيأتي ذلك في كتاب الأحكام إن شاء الله.

وكذلك اتّفقوا على أنّ من حقوق الزوجات العدل بينهنّ في القسم [٣]**؛ لما ثبت من

---

* صرّح فقهاء الإماميّة أنّ الزوج إذا غاب غيبةً بعد أن مكّنته الزوجة، وجبت عليه نفقتها، بلا خلاف ولا إشكال، مع فرض بقائها على الصفة التي فارقها.

وإن غاب قبل التمكين، فإن اكتفي بالعقد بشرط عدم المانع، فالحكم كذلك.

وإن اعتبر التمكين في وجوب النفقة، كما هو المشهور بينهم، فلا نفقة لها، فإن كان الزوج غائباً فحضرت عند الحاكم وبذلت له التمكين والتسليم والطاعة، فقد ذكر كثير من فقهائهم أنّه لاتجب النفقة إلّا بعد إعلام الزوج المتوقّف صدق التمكين عليه، ووصوله إليها أو وكيله، وتسليمها نفسها إيّاه لو أراد نقلها من مكان إلى آخر، ونحو ذلك. (مسالك الأفهام ٨: ٤٦٩، الحدائق الناضرة ٢٥: ١٠٥، جواهر الكلام ٣١: ٣٥٣، تحرير الأحكام ٤: ٢٢، المبسوط ٦: ١٢).

** المشهور عند علماء الإماميّة في وجوب القسم بين الزوجات بعد حصول العقد والتمكين ـ ابتداءً ـ لما فيه من العدل والمعروف وحسن المعاشرة المأمور بها في الآية، وللتأسّي بالنبي ﷺ، فإنّه كان يقسّم بين زوجاته، حتى إنّه كان في مرضه يطاف به بينهنّ، وكان يقول: «هذا قسمي فيما أملك وأنت أعلم بما لا أملك» يعني: المودة والميل القلبي، وروي: أنّ علياً عليه السلام كان له امرأتان، فكان إذا كان يوم واحدة لايتوضأ في بيت ←

---

١. التفريع ٢: ٥٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٥٥، الاشراف لابن المنذر ١: ١٢٣، البيان للعمراني ١١: ١٦٢، المغني لابن قدامة ٩: ٢٨٣ ـ ٢٨٤.

٢. الهداية للمرغيناني ٢: ٣٢٤، مختصر القدوري: ١٧٣.

٣. المغني لابن قدامة ٨: ١٣٩، الهداية للمرغيناني ١: ٢٤١.

قسمه ﷺ بين أزواجه [١]، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا كان للرجل امرأتان، فمال إلى إحداهما، جاء يوم القيامة وأحد شقّيه مائل» [٢]. ولما ثبت أنّه عليه الصلاة والسلام كان إذا أراد السفر أقرع بينهنّ [٣و٤].

واختلفوا في مقام الزوج عند البكر والثيّب، وهل يحتسب به أو لا يحتسب إذا كانت له زوجة أخرى؟ فقال مالك والشافعي وأصحابهما: يقيم عند البكر سبعاً، وعند الثيّب ثلاثاً، ولا يحتسب إذا كان له امرأة أخرى بأيام التي تزوّج [٥*]. وقال أبو حنيفة: الإقامة عندهنّ

← الأخرىٰ، خلافاً للطوسي في المبسوط فقال: لا تجب القسمة حتىٰ يبتدئ بها. (المبسوط ٤: ٣٢٥ ـ ٣٢٦، مسالك الأفهام ٨: ٣١٠ ـ ٣١١، كشف اللثام ٧: ٤٨٦، الحدائق الناضرة ٢٤: ٥٨٨ ـ ٥٩٠، رياض المسائل ١٠: ٤٦١، جواهر الكلام ٣١: ١٤٨ ـ ١٥٢).

* ذكر فقهاء الإماميّة أنّ من أسباب تفضيل بعض الزوجات علىٰ بعض تجدّد النكاح، فإنّه يقتضي تخصيص الجديدة بزيادة مبيت عند الزفاف وهي سبع ليال إن كانت بكراً، وثلاث إن كانت ثيّباً كما هو المشهور بينهم، بل حكي الإجماع في البكر. والأصل فيه: ما روي عن النبي ﷺ أنّه قال: «للبكر سبعة أيام، وللثيب ثلاثة، ثم يعود إلى نسائه». ←

---

١. سنن أبي داود ٢: ٢٤٢، كتاب النكاح، باب في القسم بين النساء، الحديث ٢١٣٤، سنن الترمذي ٣: ٤٤٦، كتاب النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر، الحديث ١١٤٠، سنن ابن ماجة ١: ٦٣٣، كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء، الحديث ١٩٧١.

٢. سنن ابن ماجة ١: ٦٣٣، كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء، الحديث ١٩٦٩، سنن أبي داود ٢: ٢٤٢، كتاب النكاح، باب في القسمة بين النساء، الحديث ٢١٣٣، سنن الترمذي ٣: ٤٤٧، كتاب النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر، الحديث ١١٤١.

٣. سنن ابن ماجة ١: ٦٣٣، كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء، الحديث ١٩٧٠، سنن أبي داود ٢: ٢٤٣، كتاب النكاح، باب في القسمة بين النساء، الحديث ٢١٣٨.

٤. الهداية للمرغيناني ١: ٢٤١، المغني لابن قدامة ٨: ١٢٩.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٢٦٩، التفريع ٢: ٦٥، عيون المجالس ٣: ١١٨٥ ـ ١١٨٦، الأم ٥: ١٥٩، الاشراف لابن المنذر ١: ١١٥، التهذيب للبغوي ٥: ٥٣٩ ـ ٥٤٠.

سواء، بكراً كانت أو ثيّباً، ويحتسب بالإقامة عندها إن كانت له زوجة أخرى[١].

وسبب اختلافهم: معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة، وحديث أنس هو: أنّ النبي ﷺ كان إذا تزوّج البكر أقام عندها سبعاً، وإذا تزوّج الثيّب أقام عندها ثلاثاً. وحديث أم سلمة هو: أنّ النبي ﷺ تزوّجها فأصبحت عنده، فقال: «ليس بك على أهلك هوان، إن شئتِ سبَّعتُ عندك وسبَّعتُ عندهنّ، وإن شئتِ ثلَّثتُ عندكِ ودُرتُ» فقالت: ثلِّث.

وحديث أم سلمة هو مدني متّفق عليه، أخرجه مالك والبخاري ومسلم[٢]، وحديث أنس حديث بصري، أخرجه أبو داود[٣]. فصار أهل المدينة إلى ما أخرجه أهل البصرة،

← ومن طريق أهل البيت رواية محمد بن مسلم، عن الباقر ﷺ في رجلٍ تزوّج امرأةً وعنده امرأة، فقال: «إذا كانت بكراً فليبت عندها سبعاً، وإن كانت ثيّباً فثلاثاً». وظاهر عباراتهم أنّ هذا التخصيص على جهة الوجوب.

خلافاً للشيخ في النهاية وكتابي الحديث، حيث ذهب إلى أنّ اختصاص البكر بالسبع على جهة الاستحباب، وأمّا الواجب لها فثلاث كالثيّب؛ جمعاً بين رواية محمد بن مسلم ورواية الحلبي عن أبي عبدالله ﷺ قال: «إذا تزوّج الرجل بكراً وعنده ثيّب فله أن يفضّل البكر بثلاثة أيام» ووافق الشيخ أيضاً ابن سعيد في الجامع. (تهذيب الأحكام ٧: ٤٢٠، الحديث ١٦٨٢، الاستبصار ٣: ٢٤١، الحديث ٨٦٤، النهاية ونكتها ٢: ٣٥٥، الجامع للشرائع ٤٥٧، مسالك الأفهام ٨: ٣٢٦ ـ ٣٢٧، كشف اللثام ٧: ٥٠١، الحدائق الناضرة ٢٤: ٦٠٢، رياض المسائل ١٠: ٤٧٠ ـ ٤٧١، جواهر الكلام ٣١: ١٧٠ ـ ١٧١).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٩٥، الهداية للمرغيناني ١: ٢٤١.

٢. الموطّأ ٢: ٥٢٩، كتاب النكاح، باب المقام عند البكر والأيم، الحديث ١٤، صحيح مسلم ٢: ١٠٨٣، كتاب الرضاع، باب قدر ما تستحقّه البكر والثيّب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف، الحديث ٤٢/١٤٦٠ وذكر الغماري في الهداية ٦: ٤٩٢، ٤٩٤ أنّه لم يخرّج البخاري هذا الحديث. نعم إنّه خرّج حديث أنس، راجع صحيح البخاري ٧: ٦٠، كتاب النكاح، باب إذا تزوّج البكر على الثيّب، الحديث ١٤٣.

٣. قال الغماري في الهداية ٦: ٤٩٢: «هذا وهْم، فإنّ الحديث لايوجد بهذا اللفظ، والنسبة إلىٰ فعل النبي ﷺ لا عند أبي داود ولا غيره». أنظر: سنن أبي داود ٢: ٢٤٠، كتاب النكاح، باب في المقام عند البكر، الحديث ٢١٢٤.

وصار أهل الكوفة إلى ما أخرجه أهل المدينة [١].

واختلف أصحاب مالك في: هل مقامه عند البكر سبعاً وعند الثيّب ثلاثاً واجب أو مستحبّ؟ فقال ابن القاسم: هو واجب، وقال ابن عبدالحكم: يستحبّ [٢]. وسبب الخلاف: حمل فعله عليه الصلاة والسلام على الندب أو على الوجوب.

وأمّا حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك، وذلك أنّ قوماً أوجبوا عليها الرضاع على الإطلاق [٣]، وقوم لم يوجبوا ذلك عليها بإطلاق [٤]*، وقوم أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة، إلّا أن يكون الطفل لا يقبل إلّا ثديها، وهو مشهور قول مالك [٥].

وسبب اختلافهم: هل آية الرضاع متضمّنة حكم الرضاع، أعني: إيجابه، أو متضمّنة أمره

---

* المشهور بين الإماميّة ـ بل في الجواهر: بلا خلاف فيه بيننا ـ أنّه لا يجب على الأُم إرضاع الولد، إلّا إذا لم يكن مرضعة أخرى سواها، أو كانت ولم يمكن؛ لعدم وجود الأب أو وجوده مع إعساره، أو عدم تمكّنه منه مع عدم مال للولد يمكن به إرضاعه من غيرها، فيجب عليها بلا خلاف؛ لوجوب إنفاقها عليه في هاتين الصورتين.

وأمّا عدم الوجوب في غير هاتين الصورتين، فللأصل، ولقوله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ...﴾ ولخبر سليمان بن داود قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرضاع فقال: «لا تُجبر الحرّة علىٰ رضاع الولد، وتُجبر أُمّ الولد». (مسالك الأفهام ٨: ٤١٨، كشف اللثام ٧: ٥٤٥، الحدائق الناضرة ٢٥: ٧١، رياض المسائل ١٠: ٥١٥، جواهر الكلام ٣١: ٢٧٢).

---

١. الاستذكار ١٦: ١٣٨، فتح المالك ٧: ١٧٩.
٢. فتح المالك ٧: ١٧٩، الاستذكار ١٦: ١٣٨، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٤٨٩.
٣. أحكام القرآن لابن العربي ٤: ١٨٤٠، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٣٣٥، المغني لابن قدامة ٩: ٣١٣.
٤. أحكام القرآن لابن العربي ٤: ١٨٤٠، المغني لابن قدامة ٩: ٣١٣، بدائع الصنائع ٥: ٢٠٤.
٥. أحكام القرآن لابن العربي ٤: ١٨٤٠، المعونة ٢: ٩٣٤ ـ ٩٣٥، المغني لابن قدامة ٩: ٣١٣.

فقط؟ فمن قال: أمره، قال: لايجب عليها الرضاع، إذ لا دليل هنا على الوجوب، ومن قال: تتضمّن الأمر بالرضاع وإيجابه، وأنّها من الأخبار التي مفهومها مفهوم الأمر، قال: يجب عليها الإرضاع. وأمّا من فرّق بين الدنيئة والشريفة، فاعتبر في ذلك العرف والعادة[١].

وأمّا المطلَّقة فلا رضاع عليها، إلّا أن لايقبل ثدي غيرها فعليها الإرضاع، وعلى الزوج أجر الرضاع. هذا إجماع[٢]*؛ لقوله سبحانه وتعالى ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٣و٤].

والجمهور على أنّ الحضانة للأُم إذا طلّقها الزوج، وكان الولد صغيراً[٥]**؛ لقوله عليه

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّه يجب على الأب بذل أجرة الرضاع مع يسره إذا لم يكن للولد مال؛ لأنّها من النفقة الواجبة عليه إجماعاً، بل إنّه مقتضىٰ قوله تعالى: ﴿فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ بل وقوله: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ الذي هو كناية عن أجرة الرضاع. (جواهر الكلام ٣١: ٢٧٥، رياض المسائل ١٠: ٥٤٨).

** لا خلاف عند الإماميّة في أنّ الأمّ أحقّ بحضانة الولد مدّة الرضاع ـ وهي الحولان ـ لو لم يفطم قبلهما، ذكراً كان أم انثى، بل في الرياض إجماعاً نصّاً وفتوى؛ لقوله تعالىٰ: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ﴾ وللنصوص الدالّة على أحقيّة الأم، ولمرسل المنقري: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرجل يطلّق امرأته وبينهما ولد، أيّهما أحقّ بالولد؟ قال: «المرأة أحقّ بالولد ما لم تتزوّج». هذا وقد اشترطوا في الأم شروطاً، منها: الحرية والإسلام والعقل وعدم التزويج وغيرها. (مسالك الأفهام ٨: ٤٢١، كشف اللثام ٧: ٥٤٩، الحدائق الناضرة ٢٥: ٨٦، رياض المسائل ١٠: ٥٢٢ ـ ٥٢٤، جواهر الكلام ٣١: ٢٨٤ ـ ٢٨٦، ٢٩٠ ـ ٢٩١).

---

١. أحكام القرآن لابن العربي ٤: ١٨٤٠، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٣٣٧، بدائع الصنائع ٥: ٢٠٤، المعونة ٢: ٩٣٤ ـ ٩٣٥.

٢. المعونة ٢: ٩٣٥، أحكام القرآن لابن العربي ٤: ١٨٤٠ ـ ١٨٤١، وأنظر: بدائع الصنائع ٥: ١٧٧، الحاوي الكبير ١١: ٤٩٦ ـ ٤٩٧، المغني لابن قدامة ٩: ٣١٤، مراتب الاجماع: ٧٩.

٣. سورة الطلاق: الآية ٦.

٤. المعونة ٢: ٩٣٥، أحكام القرآن لابن العربي ٤: ١٨٤٠ ـ ١٨٤١.

٥. الاشراف لابن المنذر ١: ١٣٢، المعونة ٢: ٩٤٠، مختصر القدوري: ١٧٣.

الصلاة والسلام «من فرّق بين والدةٍ وولدها فرّق الله بينه وبين أحبّته يوم القيامة»[١]، ولأنّ الأمة المسبيّة إذا لم يفرّق بينها وبين ولدها فأخصّ بذلك الحرّة.

واختلفوا إذا بلغ الولد حدّ التمييز، فقال قوم: يخيَّر، ومنهم الشافعي[٢]*. واحتجّوا بأثرٍ ورد في ذلك[٣و٤]، وبقي قوم على الأصل؛ لأنّه لم يصحّ عندهم هذا الحديث[٥]. والجمهور على أنّ تزويجها لغير الأب يقطع الحضانة[٦]**؛ لما روي أنّ رسول الله ﷺ قال: «أنتِ أحقّ

---

* المشهور بين فقهاء الإماميّة: أنّ الولد إذا فُصل عن الرضاع فالأب أحقّ بالذَّكر، والأم أحقّ بالأُنثىٰ حتّىٰ تبلغ سبعاً من حين الولادة، بل أُدّعي علىٰ ذلك الإجماع، واحتجّوا بالأخبار، منها: الرواية الموثَّقة: «إذا فطم فالأب أحقّ به من الأُم»، ومنها: الرواية الصحيحة: «المرأة أحقّ بالولد إلىٰ أن يبلغ سبع سنين، إلّا أن تشاء المرأة»، وقيل: إنّ الأم أحقّ بالبنت إلىٰ تسع سنين، وقيل: ما لم تتزوَّج، ومنشأ الاختلاف اختلافُ الأخبار. (مسالك الأفهام ٨: ٤٢١ ـ ٤٢٢، رياض المسائل ١٠: ٥٢٤ ـ ٥٢٥، كشف اللثام ٧: ٥٤٩ـ٥٥١، جواهر الكلام ٣١: ٢٩٠ ـ ٢٩١).

** لا خلاف عند الإماميّة في اشتراط عدم التزويج في ثبوت حضانة الأمّ، فلو تزوّجت سقطت حضانتها، بل عليه الإجماع في الروضة وكشف اللثام؛ للأخبار، ←

---

١. مسند أحمد ٦: ٥٧٥، في حديث أبي أيوب الأنصاري، الحديث ٢٣٠٠٢، سنن الترمذي ٤: ١٣٤، كتاب السير، باب في كراهية التفريق بين السبي، الحديث ١٥٦٦.

٢. الوجيز ٢: ١١٨، الاشراف لابن المنذر ١: ١٣٢، التهذيب للبغوي ٦: ٣٩٤.

٣. سنن أبي داود ٢: ٢٨٣ ـ ٢٨٤، كتاب الطلاق، باب من أحقّ بالولد، الحديث ٢٢٧٧، سنن الترمذي ٣: ٦٣٨، كتاب الأحكام، باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا، الحديث ١٣٥٧.

٤. التهذيب للبغوي ٦: ٣٩٤، البيان للعمراني ١١: ٢٥١ ـ ٢٥٢.

٥. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٥٧ ـ ٤٥٩، بدائع الصنائع ٥: ٢١٢ ـ ٢١٤، الاشراف لابن المنذر ١: ١٣٢، المعونة ٢: ٩٤١.

٦. عيون المجالس ٣: ١٤٠٧، التفريع ٢: ٧٠ ـ ٧١، بدائع الصنائع ٥: ٢١٠، الاشراف لابن المنذر ١: ١٣٢، البيان للعمراني ١١: ٢٤٢، التهذيب للبغوي ٦: ٣٩٣.

به ما لم تنكحي»[١و٢] ومن لم يصحّ عنده هذا الحديث طرد الأصل[٣].

وأمّا نقل الحضانة من الأم إلى غير الأب، فليس في ذلك شيء يعتمد عليه[٤].

← منها: مرسل المنقري: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرجل يطلّق امرأته وبينهما ولد، أيّهما أحقّ؟ قال: «المرأة أحقّ بالولد ما لم تتزوّج» معتضداً بالنبوي أنّه صلى الله عليه وآله قال: «الأمّ أحقّ بحضانة ابنها ما لم تتزوّج».

وبأنّها بالتزويج تشتغل بحقوق الزوج عن الحضانة، ويمنعها من الكفالة. (مسالك الأفهام ٨: ٤٢٤، الحدائق الناضرة ٢٥: ٩٢، كشف اللثام ٧: ٥٥٢، رياض المسائل ١٠: ٥٢٤، جواهر الكلام ٣١: ٢٨٩ ـ ٢٩٠، الروضة البهية ٢: ٣٧٠).

---

١. سنن أبي داود ٢: ٢٨٣، كتاب الطلاق، باب من أحقّ بالولد، الحديث ٢٢٧٦، سنن الدارقطني ٣: ٣٠٥، كتاب النكاح، الحديث ٢٢٠.

٢. المعونة ٢: ٩٤١، البيان للعمراني ٢: ٢٤٢، المغني لابن قدامة ٩: ٣٠٧.

٣. المغني لابن قدامة ٩: ٣٠٧، المحلّى بالآثار ١٠: ٣٢٣.

٤. يذكر مصحّح نسخة طبعة الشريف الرضي أنّ جملة: «وأمّا نقل...» لم توجد في النسخ، وهي موجودة بالنسخة الخطيّة تعليق أحمد بك تيمور فقط.

الباب الخامس في الأنكحة المنهيّ عنها بالشرع، والأنكحة الفاسدة وحكمها

والأنكحة التي ورد النهي فيها مصرّحاً أربعة: نكاح الشِغار [1]، ونكاح المتعة، والخطبة على خطبة أخيه، ونكاح المحلّل [2].

فأمّا نكاح الشغار فإنّهم اتّفقوا على أنّ صفته هو أن ينكح الرجل وليّته رجلاً آخر، على أن ينكحه الآخر وليّته، ولا صداق بينهما إلّا بضع هذه ببضع الأخرى [3]، واتّفقوا على أنّه نكاح غير جائز، لثبوت النهي عنه [4].

واختلفوا إذا وقع، هل يصحَّح بمهر المثل أم لا؟ فقال مالك: لايصحَّح ويفسخ أبداً، قبل

---

١. نكاح الشِغار ـ بكسر الشين ـ: نكاح كان في الجاهلية، وهو أن يقول الرجل للآخر: زوّجني ابنتك أو أختك على أن أزوّجك ابنتي أو أختي، علىٰ أنّ صداق كلّ واحدة منهما بضع الأخرىٰ، كأنّهما رفعا المهر وأخليا البضع منه. (الصحاح)

٢. صحيح مسلم ٢: ١٠٢٣ ـ ١٠٢٨، ١٠٣٢ ـ ١٠٣٥، كتاب النكاح، باب نكاح المتعة...، الحديث ١٤٠٦، ١٤٠٧، وفي باب تحريم الخطبة علىٰ خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك، الحديث ١٤١٢/٤٩، وفي باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه، الحديث ١٤١٦/٦١، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ٢٠٧ ـ ٢٠٨، كتاب النكاح، باب ما جاء في نكاح المحلّل.

٣. المعونة ٢: ٧٥٧، البيان للعمراني ٩: ٢٤٢، المبسوط للسرخسي ٥: ٩٩، المغني لابن قدامة ٧: ٥٦٧ ـ ٥٦٨.

٤. الاستذكار ١٦: ٢٠٢، فتح المالك ٧: ١٩٤. وأنظر: المغني لابن قدامة ٧: ٥٦٨، وعيون المجالس ٣: ١١٢٠، والبيان للعمراني ٩: ٢٤٢، والتهذيب للبغوي ٥: ٤٢٨.

الدخول وبعده [١] *، وبه قال الشافعي، إلّا أنّه قال: إن سمّىٰ لإحداهما صداقاً أو لهما معاً فالنكاح ثابت بمهر المثل، والمهر الذي سمياه فاسد [٢]. وقال أبو حنيفة: نكاح الشغار يصحّ بفرض صداق المثل، وبه قال الليث وأحمد وإسحاق وأبو ثور والطبري [٣].

وسبب اختلافهم: هل النهي المعلّق بذلك معلَّل بعدم العوض أو غير معلَّل؟ فإن قلنا: غير معلّل، لزم الفسخ على الإطلاق، وإن قلنا: العلّة عدم الصداق، صحّ بفرض صداق المثل، مثل العقد على خمرٍ أو على خنزير.

وقد أجمعوا على أنّ النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لايفسخ إذا فات بالدخول، ويكون فيه مهر المثل [٤] **. وكأنّ مالكاً ﷺ رأىٰ أنّ الصداق وإن لم يكن من شرط صحّة العقد، ففساد العقد هاهنا من قبل فساد الصداق مخصوص؛ لتعلّق النهي به، أو رأىٰ أنّ النهي إنّما يتعلّق بنفس تعيين العقد، والنهي يدلّ على فساد المنهيّ [٥] [عنه] [٦].

---

* أطبقت الإماميّة على حرمة نكاح الشغار وبطلانه، واستدلّ على بطلانه ـ مضافاً للإجماع المحكي ـ تواتره بالأخبار: منها النبوي: «لا شغار في الإسلام». ومنها: ما رواه غياث بن إبراهيم قال: سمعت أبا عبدالله ﷺ يقول: «لا جلب، ولا جنب، ولا شغار في الإسلام». (مسالك الأفهام ٧: ٤٢٠، كشف اللثام ٧: ٢٦٢ ـ ٢٦٣، الحدائق الناضرة ٢٤: ٩٩، رياض المسائل ١٠: ٢٦٩، جواهر الكلام ٣٠: ١٢٨ ـ ١٢٩).

** تقدّم رأي الإماميّة فيها في باب الصداق، فراجع.

---

١. التفريع ٢: ٤٨، المدوّنة الكبرىٰ ٢: ١٥٢، المعونة ٢: ٧٥٧، الاستذكار ١٦: ٢٠٢.

٢. مختصر المزني: ١٨٧، الاشراف لابن المنذر ١: ٤٥، البيان للعمراني ٩: ٢٤٤.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٧٩، المبسوط للسرخسي ٥: ٩٩، الاشراف لابن المنذر ١: ٤٥، عيون المجالس ٣: ١١٢١، الاستذكار ١٦: ٢٠٣، المغني لابن قدامة ٧: ٥٦٨ ـ ٥٦٩، الكافي لابن قدامة ٣: ٤١، وفي الأخيرين: أنّه لاتختلف الرواية عن أحمد في فساد نكاح الشغار، والمنصوص عنه هو صحته إن سميا الصداق.

٤. الاستذكار ١٦: ٢٠٣ ـ ٢٠٥، المغني لابن قدامة ٧: ٥٦٨.

٥. الاستذكار ١٦: ٢٠٣ ـ ٢٠٤، المعونة ٢: ٧٥٧ ـ ٧٥٨، فتح المالك ٧: ١٩٤.

٦. كذا الزيادة من طبعة مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة، بتصحيح طه عبدالرؤوف سعد.

وأمّا نكاح المتعة، فإنّه وإن تواترت الأخبار عن رسول الله ﷺ بتحريمه، إلّا أنّها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم. ففي بعض الروايات أنّه حرّمه يوم خيبر [١]، وفي بعضها: يوم الفتح [٢]، وفي بعضها: في غزوة تبوك [٣]، وفي بعضها: في حجّة الوداع [٤]، وفي بعضها: في عمرة القضاء [٥]، وفي بعضها: في عام أوطاس [٦]. وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الأمصار على تحريمه [٧].

واشتهر عن ابن عباس تحليله، وتبع ابن عباس على القول به أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن [٨]* ورووا: أنّ ابن عباس كان يحتجّ لذلك بقوله تعالى: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ

---

* أجمع علماء الفريقين كافّة على أنّ نكاح المتعة كان مشروعاً في صدر الإسلام، وفعله الصحابة في زمن النبيﷺ وزمن أبي بكر وبرهة من زمن عمر، ثم نهى عنها وادّعى نسخها.

وقد أطبق فقهاء الإماميّة تبعاً لأهل البيت عليهم السلام على بقاء مشروعية نكاح المتعة، ←

---

١. صحيح مسلم ٢: ١٠٢٧ ـ ١٠٢٨، كتاب النكاح، باب نكاح المتعة وبيان أنّه أبيح ثم نُسخ...، الحديث ٢٩، ٣٠، ٣١، ١٤٠٧/٣٢، سنن الترمذي ٣: ٤٢٩ ـ ٤٣٠، كتاب النكاح، باب ما جاء في تحريم نكاح المتعة، الحديث ١١٢١، المصنّف لعبدالرزاق ٧: ٥٠١، باب المتعة، الحديث ١٤٠٣٢.

٢. صحيح مسلم ٢: ١٠٢٥، ١٠٢٦، كتاب النكاح، باب نكاح المتعة وبيان أنّه أُبيح ثم نُسخ...، الحديث ٢٢، ٢٣، ٢٥، ١٤٠٦/٢٦، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ٢٠٢، كتاب النكاح، باب نكاح المتعة.

٣. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ٢٠٧، كتاب النكاح، باب نكاح المتعة.

٤. سنن أبي داود ٢: ٢٢٦ ـ ٢٢٧، كتاب النكاح، باب في نكاح المتعة، الحديث ٢٠٧٢.

٥. المصنّف لعبدالرزاق ٧: ٥٠٣ ـ ٥٠٤، باب المتعة، الحديث ١٤٠٤٠.

٦. سنن الدارقطني ٣: ٢٥٨، كتاب النكاح، باب المهر، الحديث ٥٢، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ٢٠٤، كتاب النكاح، باب نكاح المتعة.

٧. عيون المجالس ٣: ١١٢١ ـ ١١٢٢، الاستذكار ١٦: ٣٠٠ ـ ٣٠١، الاشراف لابن المنذر ١: ٦١، البيان للعمراني ٩: ٢٤٥، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٠٧.

٨. عيون المجالس ٣: ١١٢٣، الاستذكار ١٦: ٢٩٥، البيان للعمراني ٩: ٢٤٥ وفيه نسبة القول بالصحة إلى ابن جريج.

﴿مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [١ و ٢] وفي حرف [٣] عنه: «إلى أجل مسمى» [٤].

وروي عنه أنّه قال: «ما كانت المتعة إلّا رحمة من الله عزّ وجلّ، رحم بها أمة محمد ﷺ. ولولا نهي عمر عنها ما اضطرّ إلى الزنا إلّا شقي» [٥]. وهذا الذي روي عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمرو بن دينار [٦].

وعن عطاء قال: سمعت جابر بن عبدالله يقول: «تمتّعنا على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر،

← وأخبارهم فيه بالغة حدّ التواتر، وأنّه لم ينسخ.

قال الشهيد الثاني في المسالك ـ بعد أن نقل جملةً من أخبارهم المختلفة في الوقت الذي وقع فيه التحريم ـ: فتأمّل هذا الاختلاف العظيم في رواية نسخها، وأين النهي عنها في خيبر؟ والإذن فيها في أوطاس ثم النهي عنها بعد ثلاثة أيام؟ مع الحكم بأنّها كانت سائغة في أول الإسلام، إلى آخر ذلك الحديث المقتضي لطول مدّة شرعيتها ثم الإذن فيها في فتح مكة، وهي متأخّرة عن الجميع، ثم النهي عنها في ذلك الوقت، ثم في حجة الوداع وهي متأخّرة عن الجميع؟! أفيلزم على هذا أن تكون شرّعت مراراً ونسخت كذلك؟ ثم لو كان نسخها حقّاً لما اشتبه ذلك على الصحابة في زمن خلافة أبي بكر، وصدر من خلافة عمر، ثم شاع النهي عنها. (جامع المقاصد ١٣: ٧، مسالك الأفهام ٧: ٤٢٧ ـ ٤٢٩، كشف اللثام ٧: ٢٧٣، الحدائق الناضرة ٢٤: ١١٣، جواهر الكلام ٣٠: ١٣٩).

---

١. سورة النساء: الآية ٢٤.

٢. المصنّف لعبدالرزاق ٧: ٤٩٨، باب المتعة، الحديث ١٤٠٢٢، فتح المالك ٧: ٢٠٨.

٣. أي: قراءة عنه.

٤. المصنّف لعبدالرزاق ٧: ٤٩٨، باب المتعة، ذيل حديث ١٤٠٢٢.

٥. الاستذكار ١٦: ٢٩٥، المصنّف لعبدالرزاق ٧: ٤٩٦ ـ ٤٩٧، باب المتعة، الحديث ١٤٠٢١.

٦. المصنّف لعبدالرزاق ٧: ٤٩٦ ـ ٤٩٩، الحديث ١٤٠٢١، ١٤٠٢٢، ١٤٠٢٤.

ونصفاً من خلافة عمر» ثم نهىٰ عنها عمر الناس [١].

وأمّا اختلافهم في النكاح الذي تقع فيه الخطبة على خطبة غيره، فقد تقدّم [٢] أنّ فيه ثلاثة أقوال: قول بالفسخ، وقول بعدم الفسخ. وفرّق بين أن ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام، أو لا تردّ وهو مذهب مالك.

وأمّا نكاح المحلِّل، أعني: الذي يقصد بنكاحه تحليل المطلّقة ثلاثاً، فإنّ مالكاً قال: هو نكاح مفسوخ [٣]، وقال أبو حنيفة والشافعي: هو نكاح صحيح [٤]*.

---

* المشهور عند الإماميّة: أنّ المطلّقة ثلاثاً إذا شرطت في العقد على المحلّل أنّه إذا حلّلها فلا نكاح بينهما، بمعنى ارتفاعه بنفسه بعد حصول ما يتحقّق به التحليل، فالعقد هنا باطل، بل عن المبسوط: الإجماع عليه؛ لأنّه ليس من حقيقة النكاح في شيءٍ، لا من الدوام ولا من المنقطع، فإنّه نكاح منقطع بالإصابة، وليس ذلك بنكاح شرعي، بل عن النبي ﷺ: «لعن المحلّل والمحلّل له».

وقيل بصحة العقد ولغو الشرط. ولو شرطت الطلاق، قيل: يصحّ النكاح ويبطل الشرط، وبطلان الشرط هنا متّفق عليه.

وإن دخل فلها مهر المثل باعتبار بطلان الشرط الذي له قسط من المهر؛ لأنّها إنّما رضيت به لأجل الشرط، وقد صرّح في المسالك وجامع المقاصد ببطلان العقد، وأنّه من مسألة اقتضاء بطلان الشرط بطلان العقد.

ولو لم يصرّح بالشرط في متن العقد، وكان ذلك في نيّته أو نيّة الزوجة أو الوليّ، ←

---

١. مسند أحمد ٤: ٣٦٥، في مسند جابر بن عبدالله، الحديث ١٤٦٥٥، صحيح مسلم ٢: ١٠٢٣، كتاب النكاح، باب نكاح المتعة...، الحديث ١٤٠٤/١٥.

٢. تقدّم في مطلع كتاب النكاح، في الباب الأول منه (في مقدّمات النكاح).

٣. الاستذكار ١٦: ١٥٨، التفريع ٢: ٦١ ـ ٦٢، المعونة ٢: ٨٢٥، ٨٢٩.

٤. النتف في الفتاوىٰ ١: ٢٥٧، الهداية للمرغيناني ٢: ٢٨٩، مختصر القدوري: ١٦٠، الأم ٥: ١١٨، الحاوي الكبير ٩: ٣٣٣.

وسبب اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: «لعن الله المحلّل» الحديث [١]. فمن فهم من اللعن التأثيم فقط، قال: النكاح صحيح، ومن فهم من التأثيم فساد العقد؛ تشبيهاً بالنهي الذي يدلّ على فساد المنهيّ عنه، قال: النكاح فاسد [٢]. فهذه هي الأنكحة الفاسدة بالنهي.

وأمّا الأنكحة الفاسدة بمفهوم الشرع، فإنّها تفسد: إمّا بإسقاط شرطٍ من شروط صحّة النكاح، أو لتغيير حكمٍ واجبٍ بالشرع من أحكامه ممّا هو عن الله عزّ وجلّ، وإمّا بزيادة تعود إلى إبطال شرطٍ من شروط الصحة. وأمّا الزيادات التي تعرض من هذا المعنى فإنّها لاتفسد النكاح باتّفاق.

وإنّما اختلف العلماء في لزوم الشروط التي بهذه الصفة أو لا لزومها، مثل أن يُشترط عليه أن لايتزوّج عليها أو لايتسرّىٰ [٣] أو لاينقلها من بلدها، فقال مالك: إن اشترط ذلك لم يلزمه إلّا أن يكون في ذلك يمين بعتقٍ أو طلاق، فإنّ ذلك يلزمه، إلّا أن يطلّق أو يعتق من أقسم عليه، فلايلزم الشرط الأول أيضاً [٤].

← لم يفسد شيء، لا من العقد ولا من المهر، بلا خلاف، بل في كشف اللثام: لعلّه موضع وفاق، بل هو كذلك في المسالك.

والدليل عليه ـ مضافاً إلى عموم الأمر بالوفاء بالعقود ـ الإجماع في الظاهر المصرّح به وبعض الكلمات. (مسالك الأفهام ٧: ٤١٨ ـ ٤١٩، جامع المقاصد ١٢: ٤٩٥ ـ ٤٩٧، كشف اللثام ٧: ٢٦٥ ـ ٢٦٦، جواهر الكلام ٣٠: ١٢٤ ـ ١٢٧).

---

١. سنن الترمذي ٣: ٤٢٨، كتاب النكاح، باب ما جاء في المُحلّ والمحلّل له، الحديث ١١٢٠، سنن النسائي ٦: ١٤٩، كتاب الطلاق، باب إحلال المطلّقة ثلاثاً....

٢. الاستذكار ١٦: ١٦١ ـ ١٦٣، المعونة ٢: ٨٢٩ ـ ٨٣٠.

٣. أي: لايتّخذ جاريةً لنفسه.

٤. الموطّأ ٢: ٥٣٠، المدوّنة الكبرىٰ ٢: ١٩٧، الاستذكار ١٦: ١٤٧، ١٤٨، المنتقىٰ للباجي ٣: ٢٩٦، المقدّمات الممهّدات ١: ٤٨٤.

وكذلك قال الشافعي وأبو حنيفة [١] *. وقال الأوزاعي وابن شُبرُمة: لها شرطها وعليه الوفاء [٢]، وقال ابن شهاب: كان من أدركت من العلماء يقضون بها [٣]. وقول الجماعة مرويّ

---

* المعروف عند فقهاء الإماميّة أنّه إذا شرط في عقد النكاح ما يخالف المشروع، كأن لايتزوّج عليها أو لايتسرّىٰ بطل الشرط اتّفاقاً، حكاه جماعة، وصحّ العقد والمهر، بلا خلاف فيه، بل أطبق فقهاؤهم عليه. واستدلّ للأول مضافاً للاتّفاق بقوله ﷺ: «من اشترط شرطاً سوىٰ كتاب الله فلايجوز له ولا عليه». واستدلّ للثاني بخبر محمد بن قيس عن الباقر ﷺ: في رجلٍ تزوّج امرأةً وشرط لها إن هو تزوّج عليها امرأةً أو هجرها أو اتّخذ عليها سريةً فهي طالق، فقضى في ذلك: «إنّ شرط الله قبل شرطكم، فإن شاء وفىٰ لها بما شرطه، وإن شاء أمسكها واتّخذ عليها ونكح عليها».

والأشهر بينهم أنّه لو شرط أن لايخرجها من بلدها هو لزوم الشرط، لأنّه شرط لايخالف الشرع، وللأخبار، منها: الرواية الصحيحة عن الصادق ﷺ: في الرجل يتزوّج امرأةً ويشترط لها أن لايخرجها من بلدها، قال: «يفي لها بذلك» أو قال: «يلزمه ذلك»، ولعموم «المؤمنون عند شروطهم».

خلافاً للحلّي وجماعة فأبطلوا الشرط وصحّحوا العقد؛ لأنّ الاستمتاع بالزوجة في الأزمنة والأمكنة حقّ الزوج بأصل الشرع، وكذا السلطنة عليها، فإذا شرط ما يخالفه كان باطلاً، وحملوا الرواية على الاستحباب. (جامع المقاصد ١٣: ٣٨٨، مسالك الأفهام ٨: ٢٤٥ ـ ٢٤٦، كشف اللثام ٧: ٤٢١، الحدائق الناضرة ٢٤: ٥٢٥ ـ ٥٢٦، ٥٣٦ ـ ٥٣٨، رياض المسائل ١٠: ٤٤٦، ٤٥٠ ـ ٤٥١، جواهر الكلام ٣١: ٩٥ ـ ٩٦، ١٠١).

---

١. الأم ٥: ١٠٧، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٧٠، الهداية للمرغيناني ٢: ٢٢٦، المهذّب للشيرازي ٤: ١٦٢، الاستذكار ١٦: ١٤٨، الإفصاح ٢: ١٠٨.

٢. حكاه في الاستذكار ١٦: ١٤٨.

٣. المقدّمات الممهّدات ١: ٤٨٣ ـ ٤٨٤، البيان والتحصيل ٤: ٣٧٧.

عن علي [١]، وقول الأوزاعي مرويّ عن عمر [٢].

وسبب اختلافهم: معارضة العموم للخصوص. فأمّا العموم فحديث عائشة رضي الله عنها: أنّ النبي ﷺ خطب الناس فقال في خطبته: «كلّ شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط» [٣]. وأمّا الخصوص فحديث عقبة بن عامر، عن النبي ﷺ أنّه قال: «أحقّ الشروط أن يوفىٰ به ما استحللتم به الفروج». والحديثان صحيحان أخرجهما البخاري ومسلم [٤]، إلّا أنّ المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم [٥]، وهو لزوم الشروط، وهو ظاهر ما وقع في العتبية وإن كان المشهور خلاف ذلك [٦].

وأمّا الشروط المقيّدة بوضع من الصداق فإنّه قد اختلف فيها المذهب اختلافاً كثيراً، أعني: في لزومها أو عدم لزومها [٧]، وليس كتابنا هذا موضوعاً على الفروع.

وأمّا حكم الأنكحة الفاسدة إذا وقعت، فمنها ما اتّفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده، وهو ما كان منها فاسداً بإسقاط شرطٍ متّفقٍ على وجوب صحّة النكاح بوجوده، مثل أن ينكح محرّمة العين [٨].

ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم في ضعف علّة الفساد وقوتها، ولماذا يرجع من الإخلال بشروط الصحّة. ومالك في هذا الجنس ـ وذلك في الأكثر ـ يفسخه قبل الدخول،

---

١. المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٢٣٠ ـ ٢٣١، الاستذكار ١٦: ١٤٤.

٢. المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٢٢٧، الاستذكار ١٦: ١٤٦.

٣. صحيح البخاري ٣: ١٥٢، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لاتحلّ، الحديث ١١٧، صحيح مسلم ٢: ١١٤١ ـ ١١٤٣، كتاب العتق، باب إنّما الولاء لمن أعتق، الحديث ٦، ٨/١٥٠٤.

٤. صحيح البخاري ٧: ٣٥، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، الحديث ٨٣، صحيح مسلم ٢: ١٠٣٥ ـ ١٠٣٦، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، الحديث ٦٣/١٤١٨.

٥. التبصرة في أصول الفقه: ١٥١، المحصول في علم الأصول ٣: ١٠٤، أحكام الفصول: ١٦٠.

٦. المقدّمات الممهّدات ١: ٤٨٤.

٧. المصدر السابق: ٤٨٣.

٨. المصدر نفسه: ٤٨٤ ـ ٤٨٥، وانظر: فتاوىٰ ابن رشد ١: ٢٨٠.

ويثبته بعده [١]. والأصل فيه عنده أن لا فسخ، ولكنّه يحتاط بمنزلة ما يرى في كثيرٍ من البيع الفاسد أنّه يفوت بحوالة الأسواق وغير ذلك، ويشبه أن تكون هذه عنده هي الأنكحة المكروهة، وإلّا فلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول، والاضطراب في المذهب في هذا الباب كثير، وكأنّ هذا راجع عنده إلى قوة دليل الفسخ وضعفه، فمتىٰ كان الدليل عنده قوياً فسخ قبله وبعده، ومتىٰ كان ضعيفاً فسخ قبل ولم يفسخ بعد، وسواء كان الدليل القوي متّفقاً عليه أو مختلفاً عليه [٢].

ومن قِبل هذا أيضاً اختلف المذهب في وقوع الميراث في الأنكحة الفاسدة إذا وقع الموت قبل الفسخ، وكذلك وقوع الطلاق فيه، فمرّة اعتبر فيه الاختلاف والاتّفاق، ومرّة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول أو عدمه [٣]. وقد نرى أن نقطع هاهنا القول في هذا الكتاب، فإنّ ما ذكرنا منه كفاية، بحسب غرضنا المقصود.

---

١. المقدّمات الممهّدات ١: ٤٨٥، المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٢٤١، ٢٤٣.

٢. كذا في النسخ، ولعلّ الصحيح «فيه».

٣. المقدّمات الممهّدات ١: ٤٨٥ ـ ٤٨٦، فتاوىٰ ابن رشد ١: ٢٨٠ ـ ٢٨١، المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٢٤٣ ـ ٢٤٤.

كتاب الطلاق

كتاب الطلاق

والكلام في هذا الباب ينحصر في أربع جمل: **الجملة الأولى**: في أنواع الطلاق. **الجملة الثانية**: في أركان الطلاق. **الجملة الثالثة**: في الرجعة. **الجملة الرابعة**: في أحكام المطلَّقات.

الجملة الأولى

وفي هذه الجملة خمسة أبواب: **الباب الأول**: في معرفة الطلاق البائن والرجعيّ. **الباب الثاني**: في معرفة الطلاق السنّي من البِدعي. **الباب الثالث**: في الخلع. **الباب الرابع**: في تمييز الطلاق من الفسخ. **الباب الخامس**: في التخيير والتمليك.

الباب الأول
في معرفة الطلاق البائن والرجعي

واتّفقوا على أنّ الطلاق نوعان: بائن ورجعي [1]*، وأنّ الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج

---

* قسّم فقهاء الإماميّة الطلاق إلىٰ بائن ورجعي، ومقصودهم هنا: الطلاق السني، ←

١. أنظر: المعونة ٢: ٨٢٥، بدائع الصنائع ٤: ٢٤٠، التهذيب ٦: ١١٣ ـ ١١٤، المغني لابن قدامة ٨: ٤٧٧.

رجعتها من غير اختيارها [١]*، وأنّ من شرطه أن يكون في مدخول بها [٢]**. وإنّما اتّفقوا على هذا لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا ٱلْعِدَّةَ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذٰلِكَ أَمْرًا﴾ [٣]، وللحديث الثابت أيضاً من حديث ابن عمر: أنّه ﷺ أمره أن يراجع زوجته لمّا طلّقها حائضاً» [٤]، ولا خلاف في هذا.

وأمّا الطلاق البائن، فإنّهم اتّفقوا على أنّ البينونة إنّما توجد للطلاق مِنْ قِبَل عدم الدخول [٥]، ومِنْ قِبَل عدد التطليقات [٦]، ومِنْ قِبَل العوض في الخُلع [٧]***، على اختلاف

← وأمّا البدعي فهو عندهم محرّم وباطل.

وذكر بعضهم: أنّ الطلاق السنّي ينقسم إلى البائن والرجعي وطلاق العدّة، ولكن المعروف عندهم جعل الأخير قسماً من الثاني لا قسيماً له. (مسالك الأفهام ٩: ١١٩، ١٢٢، جواهر الكلام ٣٢: ١١٧).

* لا خلاف بين الإماميّة أنّ الطلاق الرجعي هو الذي للمطلِّق مراجعتها فيه، سواء رجع أو لم يرجع، ولا يفتقر إلىٰ رضاها. (السرائر ٢: ٦٦٤، جواهر الكلام ٣٢: ١٢١، رياض المسائل ١١: ٨٠، مسالك الأفهام ٩: ١٢٤).

** وهو ظاهر فقهاء الإماميّة. (السرائر ٢: ٦٦٤، جواهر الكلام ٣٢: ١٢١، رياض المسائل ١١: ٨٠، مسالك الأفهام ٩: ١٢٤).

*** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة نصّاً وفتوىً في أنّ البينونة تحصل في طلاق ←

---

١. مراتب الاجماع: ٧٥، المعونة ٢: ٨٢٥، المقدّمات الممهدّات ١: ٤٩٩، المغني لابن قدامة ٨: ٤٨٢.

٢. المقدّمات الممهّدات ١: ٥٠٥، المعونة ٢: ٨٢٥، الاجماع لابن المنذر: ١٤٦.

٣. سورة الطلاق: الآية ١.

٤. صحيح البخاري ٧: ٧٢ ـ ٧٣، كتاب الطلاق، الحديث ١، الموطّأ ٢: ٥٧٦، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الإقراء، الحديث ٥٣، صحيح مسلم ٢: ١٠٩٣، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، الحديث ١٤٧١/١.

٥. الإجماع لابن المنذر: ١٤٦، المغني لابن قدامة ٨: ٢٥٠، ٤٧١.

٦. الإجماع لابن المنذر: ١٤٦، المغني لابن قدامة ٨: ٤٧٢.

٧. مختصر القدوري: ١٦٣، البيان للعمراني ١٠: ٣٢، التلقين ١: ٣١٤.

بينهم: هل الخُلع طلاق أو فسخ؟ على ما سيأتي بعد.

واتّفقوا على أنّ العدد الذي يوجب البينونة في طلاق الحُرّ ثلاثُ تطليقات إذا وقعت مفترقات [١]*؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ الآية [٢ و ٣]، واختلفوا إذا وقعت ثلاثاً في اللفظ دون الفعل [٤]**. وكذلك اتّفق الجمهور على أنّ الرقّ مؤثّر في إسقاط أعداد الطلاق، وإنّ الذي يوجب البينونة في الرقّ اثنتان [٥]***.

← غيرالمدخول بها، والمختلعة، والمباراة ما لم يرجعا في البذل، والمطلّقة ثلاثاً بينهما رجعتان.

وكذا تحصل البينونة على الأشهر في طلاق اليائسة والصغيرة وإن دخل بها. ومذهب المرتضىٰ وابن زهرة أنّ طلاقها ليس ببائن. (جواهر الكلام ٣٢: ١١٩ ـ ١٢١، رياض المسائل ١١: ٧٩، المهذب البارع ٣: ٤٦٤).

* ذكرنا في الهامش السابق أنّ الإماميّة اشترطوا أن يعقب الطلقة الأولىٰ رجعة، والطلقة الثانية كذلك، كي تكون الطلقة الثالثة بائناً. (جواهر الكلام ٣٢: ١٦٧، كشف اللثام ٨: ٨١).

** أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه لو كرّر الصيغة مرتين أو ثلاثاً قاصداً لتعدّد الطلاق، لم يقع ذلك، بل تقع طلقة واحدة.

واستدلّوا ـ مضافاً للإجماع ـ بأنّ إيقاع الطلاق بعد الطلاق من غير مراجعة بدعة وخلاف للسنّة، والتحريم في الشرع يتبعه الفساد ونفي الأحكام الشرعية. (الانتصار: ٣١٤، جواهر الكلام ٣٢: ٨١).

*** بلا خلاف بين فقهاء الإماميّة، كما سيأتي. (جواهر الكلام ٣٢: ١٦٧، كشف اللثام ٨: ٨١، ٨٣).

---

١. بدائع الصنائع ٤: ٢٠٧، المعونة ٢: ٨٢٥، ٨٢٧، الوسيط ٥: ٤٠٠، المغني لابن قدامة ٨: ٤٧١.

٢. سورة البقرة: الآية ٢٢٩.

٣. بدائع الصنائع ٤: ٢٠٨، البيان للعمراني ١٠: ٢٢٥، المعونة ٢: ٨٢٧.

٤. الإفصاح ٢: ١٢٥، ١٢٧، اختلاف العلماء للمروزي: ١٣٤، الإقناع لابن القطّان ٢: ٣٦.

٥. الوسيط ٥: ٤٠٠، الهداية للمرغيناني ١: ٢٥١، المعونة ٢: ٨٢٥، المقدّمات الممهّدات ١: ٥١٨، المغني لابن قدامة ٨: ٤٤٤.

واختلفوا: هل هذا معتبر بِرِقّ الزوج، أو بِرِقّ الزوجة، أم بِرِقّ من رَقَّ منهما؟ ففي هذا الباب ـ إذن ـ ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: جمهور فقهاء الأمصار على أنّ الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة [١]. وقال أهل الظاهر وجماعة: حكمه حكم الواحدة، ولا تأثير للّفظ في ذلك [٢]*.

---

* اتّفقت كلمة الإماميّة على أنّ الطلاق بالعدد بلفظ واحد، كما لو قال: أنت طالق ثلاثاً، أو: أنت طالق اثنتين، لايقع مجموعه، بمعنى: أنّه لايقع ثلاثاً أو اثنين بمجرّد قوله ذلك، بل لابد من تخلّل الرجعة بينهما، والإجماع بقسميه على ذلك، بل كأنّه من ضروري مذهب الشيعة.

لكن اختلفوا في أنّه هل يقع باطلاً من رأس أو يقع واحدة ويلغو الزائد؟ قولان: المشهور الثاني، أي: الوقوع طلقة واحدة، بل ادّعي عليه الإجماع، وذلك لوجود المقتضي وانتفاء المانع، وللأخبار المستفيضة؛ كصحيح زرارة سأل أحدهما عليه السلام عن رجلٍ طلّق امرأته ثلاثاً في مجلس وهي طاهر، قال: «هي واحدة».

وذهب إلى الأول، وهو البطلان رأساً: ابن أبي عقيل وابن حمزة وسلّار، وذلك لصحيح أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: «من طلّق ثلاثاً في مجلس فليس بشيء، من خالف كتاب الله ردّ إلى كتاب الله». وأُجيب بالقول بموجبها؛ لأنّ نفي الثلاث لاينافي وقوع الواحدة، فإنّها أمر آخر غير الثلاث. (مسالك الأفهام ٩: ٩٢ ـ ٩٣، كشف اللثام ٨: ٣٩ ـ ٤٠، الحدائق الناضرة ٢٥: ٢٣٤ ـ ٢٣٥، رياض المسائل ١١: ٦١ ـ ٦٥، جواهر الكلام ٣٢: ٨١ ـ ٨٢).

---

١. الاستذكار ١٧: ١٩، الاشراف لابن المنذر ١: ١٤٣، المنتقى للباجي ٤: ٣، الافصاح ٢: ١٢١، مختصر القدوري: ١٥٤، الإقناع لابن القطّان ٢: ٣٦. هذا وقد ذكر بعض المعاصرين أنّ القول في القوانين والمحاكم العربية على الرأي القائل بأنّه يقع طلقة واحدة؛ رعايةً للتيسير، وأنّه أقلّ مفسدةً من القول بوقوعها ثلاثاً. (أنظر: فقه السنّة للسيد سابق ٣: ٣٧، الفقه الميّسر للطنطاوي ٣: ١٠٦، مقارنة المذاهب في الفقه لشلتوت والسايس: ٨٩، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ١: ٢٥٢).

٢. أنظر: المنتقى للباجي ٤: ٣، المحلّى بالآثار ١٠: ١٦١.

وحجّة هؤلاء ظاهر قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ [١] إلى قوله في الثالثة: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [٢] والمطلّق بلفظ الثلاث مطلّق واحدةٍ لا مطلّق ثلاثٍ [٣]، واحتجّوا أيضاً بما خرّجه البخاري ومسلم عن ابن عباس قال: «كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فأمضاه عليهم عمر» [٤ و ٥]. واحتجّوا أيضاً بما رواه ابن إسحاق عن عكرمة عن ابن عباس قال: طلّق ركانة زوجه ثلاثاً في مجلسٍ واحد، فحزن عليها حزناً شديداً، فسأله رسول الله ﷺ: «كيف طلّقتها؟» قال: طلّقتها ثلاثاً في مجلسٍ واحد، قال: «إنمَا تِلْكَ طَلْقَةٌ واحِدَةٌ» فارْتَجِعْها [٦ و ٧].

وقد احتجّ من انتصر لقول الجمهور بأنّ حديث ابن عباس الواقع في الصحيحين إنّما رواه عنه من أصحابه طاوس، وأن جُلّة أصحابه رووا عنه لزوم الثلاث، منهم: سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار وجماعة غيرُهم، وأنّ حديث ابن إسحاق وهمٌ، وإنّما روى الثقات أنّه طلّق ركانةُ زوجَه البتة، لا ثلاثاً [٨].

وسبب الخلاف: هل الحكم الذي جعله الشرع من البينونة للطلقة الثالثة يقع بإلزام المكلَّف نفسَه هذا الحكم في طلقة واحدة، أم ليس يقع ولا يلزم من ذلك إلّا ما ألزم الشرع؟ فمن شبّه الطلاق بالأفعال التي يشترط في صحّة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها؛

---

١. سورة البقرة: الآية ٢٢٩.

٢. سورة البقرة: الآية ٢٣٠.

٣. المحلّى بالآثار ١٠: ١٦٧، الحاوي الكبير ١٠: ١١٨.

٤. صحيح مسلم ٢: ١٠٩٩، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، الحديث ١٤٧٢/١٥، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٣٣٦ ـ ٣٣٧، كتاب الخلع والطلاق، باب من جعل الثلاث واحدة... وقد تركه البخاري ولم يخرّجه كما اعترف به البيهقي في السنن.

٥. المحلّى بالآثار ١٠: ١٦٨، الحاوي الكبير ١٠: ١١٨، الاشراف لابن المنذر ١: ١٤٣، المغني لابن قدامة ٨: ٢٤٤.

٦. مسند أحمد بن حنبل ١: ٤٣٨، في مسند عبدالله بن عباس، الحديث ٢٣٨٣، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٣٣٩، كتاب الخلع والطلاق، باب من جعل الثلاث واحدة...، وفيهما: امرأته.

٧. المحلّى بالآثار ١٠: ١٦٨، الاستذكار ١٧: ٢٠.

٨. الاشراف لابن المنذر ١: ١٤٣، المنتقى للباجي ٤: ٣ ـ ٤، الاستذكار ١٧: ١٥ ـ ٢١.

كالنكاح والبيوع، قال: لا يلزم، ومن شبّهه بالنذور والأيمان التي ما التزم العبد منها لزمه على أيّ صفةٍ كان، ألزم الطلاق كيفما ألزمه المطلِّق نفسَه. وكأنّ الجمهور غلّبوا حكم التغليظ في الطلاق سدّاً للذريعة، ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك، أعني: في قوله تعالى: ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْراً﴾ [١].

المسألة الثانية: وأمّا اختلافهم في اعتبار نَقْص عدد الطلاق البائن بالرقّ، فمنهم من قال: المعتبر فيه الرجال، فإذا كان الزوجُ عبداً كان طلاقه البائن الطلقة الثانية، سواء كانت الزوجة حرّة أو أمة، وبهذا قال مالك والشافعي، ومن الصحابة: عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس، وإن كان اختلف عنده [٢] في ذلك، لكن الأشهر عنه هو هذا القول [٣]. ومنهم من قال: إنّ الاعتبار في ذلك هو بالنساء، فإذا كانت الزوجة أمةً كان طلاقها البائن الطلقة الثانية، سواء كان الزوج عبداً أو حرّاً، وممّن قال بهذا القول من الصحابة: علي وابن مسعود، ومن فقهاء الأمصار: أبو حنيفة وغيره [٤]*.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة أنّ الاعتبار في عدد الطلقات إنّما هو بالمرأة، فالحرّة تحرم بثلاث وإن كان زوجها عبداً، والأمة تحرم بطلقتين وإن كان المطلّق حرّاً، بل في كشف اللثام: عند فقهائنا كافة.

واحتجّوا بعد الإجماع المستفيض بالأخبار، منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «طلاق الحرّة إذا كانت تحت العبد ثلاث تطليقات، وطلاق الأمة إذا كانت تحت الحرّ تطليقتان». (مسالك الأفهام ٩: ١٧٣، كشف اللثام ٨: ٨٣، الحدائق الناضرة ٢٥: ٣٤٢، جواهر الكلام ٣٢: ١٦٧، رياض المسائل ١٠: ٢٢٦).

---

١. سورة الطلاق: الآية ١.

٢. كذا في النسخ، ولعلّ الصحيح: عنه.

٣. المعونة ٢: ٨٢٥، ٨٢٧، الاستذكار ١٧: ٢٨٨ ـ ٢٨٩، المقدّمات الممهّدات ١: ٥١٨، البيان للعمراني ١٠: ٦٥، الوسيط ٥: ٤٠٠، المحلّى بالآثار ١٠: ٢٣٣، عيون المجالس ٣: ١٢٤٣ ـ ١٢٤٤.

٤. الهداية للمرغيناني ١: ٢٥١، بدائع الصنائع ٤: ٢٠٨، المغني لابن قدامة ٨: ٤٤٤، الاستذكار ١٧: ٢٩٠، المحلّى بالآثار ١٠: ٢٣٢.

وفي المسألة قول أشذّ من هذين، وهو: أنّ الطلاق يعتبر برقّ مَنْ رقّ منهما، قال ذلك عثمان البتي وغيره، وروي عن ابن عمر [١].

وسبب هذا الاختلاف: هل المؤثّر في هذا هو رِقّ المرأة أو رِقّ الرجل؟ فمن قال: التأثير في هذا لمن بيده الطلاق، قال: يعتبر بالرجال، ومن قال التأثير في هذا للذي عليه الطلاق، قال: هو حكمٌ من أحكام المطلّقة، فشبّهوها بالعدّة [٢]. وقد أجمعوا على أنّ العدّة بالنساء، أي: نقصانها تابع لرقّ النساء [٣]*.

واحتجّ الفريق الأول بما روي عن ابن عباس مرفوعاً إلى النبي عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «الطَّلاقُ بالرجال، والعِدَّة بالنساءِ» [٤ و ٥]، إلّا أنّه حديث لم يثبت في الصحاح. وأمّا من اعتبر من رَقّ منهما، فإنّه جَعَلَ سبب ذلك هو الرقّ مطلقاً، ولم يجعل سبب ذلك لا الذكورية ولا الأنوثية مع الرقّ.

المسألة الثالثة: وأمّا كون الرقّ مؤثّراً في نقصان عدد الطلاق، فإنّه حكىٰ قوم أنّه إجماع [٦]**، وأبو محمد بن حزم وجماعة من أهل الظاهر مخالفون فيه، ويرون

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على أن عدة الأمة قرءان إذا لم تكن حاملاً. وذكر كثير منهم أنّه لا فرق في ذلك بين كون الزوج حرّاً أو عبداً. (مسالك الأفهام ٩: ٢٩٨ ـ ٢٩٩، كشف اللثام ٨: ١٣٤، تحرير الأحكام ٤: ١٧٣، الحدائق الناضرة ٢٥: ٥٠٣).

** مرّ رأي الإماميّة سابقاً.

---

١. الاستذكار ١٧: ٢٩٠، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢٣٣، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٠٧، بدائع الصنائع ٤: ٢٠٨، المغني لابن قدامة ٨: ٤٤٤.

٢. الحاوي الكبير ١٠: ٣٠٤ ـ ٣٠٥، المغني لابن قدامة ٨: ٤٤٤ ـ ٤٤٥.

٣. الاستذكار ١٧: ٢٩٠. وأنظر: مراتب الإجماع: ٧٦ ـ ٧٧.

٤. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ٣٧٠ كتاب الرجعة، باب ما جاء في عدد طلاق العبد، المصنّف لعبدالرزاق ٧: ٢٣٤، باب طلاق الحرّة، الحديث ١٢٩٤٥.

٥. البيان للعمراني ١٠: ٦٦، الهداية للمرغيناني ١: ٢٥١.

٦. بدائع الصنائع ٤: ٢٠٧.

أنّ الحرّ والعبد في هذا سواء[١].

وسبب الخلاف: معارضة الظاهر في هذا للقياس، وذلك أنّ الجمهور صاروا إلى هذا لمكان قياس طلاق العبد والأمة على حدودهما[٢]، وقد أجمعوا على كون الرقّ مؤثّراً في نقصان الحدّ[٣].

أمّا أهل الظاهر: فلمّا كان الأصل عندهم أن حُكمَ العبد في التكاليف حكمُ الحرّ إلّا ما أخرجه الدليل، والدليل عندهم هو نصّ أو ظاهر من الكتاب أو السنّة، ولم يكن هنا دليل مسموع صحيح، وجب أن يبقى العبد على أصله[٤].

ويشبه أن يكون قياسُ الطلاق على الحدّ غيرَ سديد؛ لأنّ المقصود بنقصان الحدّ رخصة للعبد لمكان نقصه، وأنّ الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر. وأمّا نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ؛ لأنّ وقوع التحريم على الإنسان بتطليقتين أغلظ من وقوعه بثلاث؛ لما عسى أن يقع في ذلك من الندم، والشرع إنّما سلك في ذلك سبيل الوسط، وذلك أنّه لو كانت الرجعةُ دائمةً بين الزوجة لَعَنتت المرأة وشَقيت، ولو كانت البينونةُ واقعةً في الطلقة الواحدة لَعَنَت الزوج[٥] من قبل الندم، وكان ذلك عسراً عليه، فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين، ولذلك ما نرى ـ والله أعلم ـ أنّ من ألزم الطلاق الثلاث في واحدة، فقد رفع الحكمة الموجودة في هذه السنّة المشروعة.

---

١. المحلّى بالآثار ١٠: ٢٣٠، الحاوي الكبير ١٠: ٢٢٣.

٢. الاستذكار ١٧: ٢٨٨، الحاوي الكبير ١٠: ٣٠٤.

٣. الافصاح ٢: ١٩٢، بدائع الصنائع ٩: ٢٥٠، البيان للعمراني ١٢: ٢٩٣، فتح المالك ٩: ٦٤.

٤. المحلّى بالآثار ١٠: ٢٣٠.

٥. وكذلك فيه عنت للزوجة وشقاء لنفس السبب.

الباب الثاني
في معرفة الطلاق السنّي من البِدعي

أجمع العلماء علىٰ أنّ المطلِّق للسنّة في المدخول بها، هو الذي يطلّق امرأته في طهرٍ لم يمسّها فيه طلقةً واحدةً، وأنّ المطلِّق في الحيض أو الطهر الذي مسّها فيه غير مطلّق للسنّة [1]*. وإنّما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر: أنّه طلّق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ، فقال عليه الصلاة والسلام: «مُرْهُ فليراجعها حتّى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك، وإن شاء طلّق قبل أن يَمَسَّ، فتلك العدّة التي أمر الله أن تُطلّقَ لها النساء» [2و3].

---

* المشهور في كلام فقهاء الإماميّة أنّ الطلاق ينقسم إلى: بدعي وسنّي.

والأول: هو المحرَّم، ومن أسبابه: الحيض، وعدم استبرائها بطهرٍ آخر غير الذي مسّها فيه، وأجمع فقهاء الإماميّة علىٰ عدم وقوع الطلاق فيهما.

والثاني: هو الجائز شرعاً، وهو أن يطلّق زوجته طلقةً واحدةً في طهرٍ لا جماع فيه.

(الناصريات: ٣٤٣، جواهر الكلام ٣٢: ٢٩، ١١٦ ـ ١١٧، مسالك الأفهام ٩: ١١٩، ١٢٢).

---

١. التفريع ٢: ٧٣، الاشراف لابن المنذر ١: ١٤٠ ـ ١٤١، التهذيب للبغوي ٦: ٨، بدائع الصنائع ٤: ١٨٦، ٢٠١، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٧٥، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ١٧٣.

٢. الموطّأ ٢: ٥٧٦، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الإقراء وعدّة الطلاق وطلاق الحائض، الحديث ٥٣، سنن الترمذي ٢: ٣٢١، كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في طلاق السنّة، الحديث ١١٨٦. وفيهما أن أباه سأل النبي ﷺ عن أمره فأجابه النبي ﷺ بـ«مرْهُ..».

٣. التهذيب للبغوي ٦: ٨، بدائع الصنائع ٤: ٢٠١.

واختلفوا من هذا الباب في ثلاثة مواضع:

الموضع الأول: هل من شرطه أن لايُتبِعَها طلاقاً في العدّة؟

والثاني: هل المطلّق ثلاثاً ـ أعني: بلفظ الثلاث ـ مطلّق للسنّة أم لا؟

والثالث: في حكم من طلّق في وقت الحيض.

أمّا الموضع الأول: فإنّه اختلف فيه مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما، فقال مالك: من شرطها أن لايتبعها في العدّة طلاقاً آخر [١]*، وقال أبو حنيفة: إن طلّقها عند كلّ طهرٍ طلقةً واحدةً كان مطلّقاً للسنّة [٢].

وسبب هذا الاختلاف: هل من شرط هذا الطلاق أن يكون في حال الزوجية بعد رجعة، أم ليس من شرطه؟ فمن قال: هو من شرطه، قال: لايتبعها فيه طلاقاً، ومن قال: ليس من

---

* المشهور بين فقهاء الإماميّة أنّه يصحّ أن يطلّق ثانيةً في الطهر الذي طلّق فيه وراجع فيه ولم يطأ؛ لعموم الكتاب والسنّة بجواز طلاق الزوجة التي منها هذه المطلّقة؛ لحصول الزوجية بمجرّد الرجعة ولو من دون مواقعة، بإجماع الطائفة، مضافاً للموثّق: «رجل طلّق امرأته ثم راجعها بشهود، ثم طلّقها ثم بدا له فراجعها بشهود ثم طلّقها بشهود ثم راجعها بشهود، تبين منه؟ قال: «نعم» قلت: كلّ ذلك في طهر واحد، قال: «تبين منه».

خلافاً للعماني فاشترط في الطلاق بعد المراجعة الوقاع؛ للمستفيضة، ففي الصحيح: قال أبو عبدالله عليه السلام في الرجل يطلّق امرأته: «له أن يراجع» وقال: «لايطلّق التطليقة الأخرىٰ حتى يمسّها».

علماً أنّه لا خلاف بين الإماميّة في أنّه لايصحّ تكرار الطلاق مع الوطء في طهر واحد. (رياض المسائل ١١: ٨٩، ٩٠، كشف الرموز ٢: ٢١٨، كشف اللثام ٨: ٦٠، الحدائق الناضرة ٢٥: ٩٤).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤١٩، التفريع ٢: ٧٣، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٢.

٢. الهداية للمرغيناني ١: ٢٤٧، بدائع الصنائع ٤: ١٨٧.

شرطه، أتبعها الطلاق، ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المُتْبَع [١].

وأمّا الموضع الثاني: فإنّ مالكاً ذهب إلى أنّ المطلّق ثلاثاً بلفظٍ واحدٍ مطلِّق لغير سنّة [٢]*، وذهب الشافعي إلى أنّه مطلِّق للسنّة [٣]. وسبب الخلاف: معارضة إقراره عليه الصلاة والسلام للمطلِّق بين يديه ثلاثاً في لفظة واحدة لمفهوم الكتاب في حكم الطلقة الثالثة.

والحديث الذي احتجّ به الشافعي هو: ما ثبت من أنّ العجلانيَّ طلّق زوجته ثلاثاً بحضرة رسول الله ﷺ بعد الفراغ من الملاعَنَةَ [٤]، قال: فلو كان بدعةً لما أقرّه رسول الله ﷺ [٥]. وأمّا مالك: فلمّا رأى أنّ المطلِّق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التي جعلها الله في العَدد، قال فيه: إنّه ليس للسنّة [٦]. واعتذر أصحابه عن الحديث بأنّ المتلاعنَين عنده قد وقعت الفُرقة بينهما من قِبَل التلاعن نفسه، فوقع الطلاق على غير محلّه، فلم يتّصف لا بسنّة ولا ببدعة [٧]، وقول مالك ـ والله أعلم ـ أظهر هاهنا من قول الشافعي.

وأمّا الموضع الثالث: في حكم من طلّق في وقت الحيض، فإنّ الناس اختلفوا من ذلك

---

* ظاهر الإماميّة الإجماع على أنّ طلاق الثلاث من غير رجعة بينها هو طلاق بدعة إذا أتىٰ به بعنوان الشرعية واعتقاد الوقوع. (جواهر الكلام ٣٢: ١١٦، تحرير الأحكام ٤: ٦٦، رياض المسائل ١١: ٧٨).

---

١. التفريع ٢: ٧٣، مراتب الاجماع: ٧٢.

٢. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٢، عيون المجالس ٣: ١٢١٦.

٣. الأم ٥: ٢٦٥، المهذّب للشيرازي ٤: ٢٨٧، الاشراف لابن المنذر: ١٤١.

٤. صحيح البخاري ٧: ٧٥ ـ ٧٦، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، الحديث ٧، صحيح مسلم ٢: ١١٢٩، كتاب اللعان، الحديث ١٤٩٢/١.

٥. الأم ٥: ٢٦٥، البيان للعمراني ١٠: ٧١ ـ ٧٢.

٦. المقدّمات الممهّدات ١: ٥٠٢، المعونة ٢: ٨٢٧، عيون المجالس ٣: ١٢١٦.

٧. المعونة ٢: ٨٢٨، المقدّمات الممهّدات ١: ٥٠٢.

في مواضع: منها: أنّ الجمهور قالوا: يمضى طلاقه [١]، وقالت فرقة: لاينفذ ولايقع [٢]*. والذين قالوا: ينفذ، قالوا: يؤمر بالرجعة، وهؤلاء افترقوا فرقتين: فقوم رأوا أنّ ذلك واجب، وأنّه يجبر على ذلك، وبه قال مالك وأصحابه [٣]، وقالت فرقة: بل يندب إلى ذلك ولايجبر، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد [٤].

والذين أوجبوا الإجبار اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الإجبار، فقال مالك وأكثر أصحابه: ابن القاسم وغيره: يجبر ما لم تنقض عدّتها [٥]، وقال أشهب: لايجبر إلّا في الحيضة الأولى [٦].

والذين قالوا بالأمر بالرجعة اختلفوا متىٰ يُوقِع الطلاقَ بعد الرجعة إن شاء، فقوم اشترطوا في الرجعة أن يمسكها حتّى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيضَ ثم تطهر، ثم إن شاء طلّقها وإن

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على عدم وقوع طلاق الحائض مع الدخول وحضور الزوج، والنصوص به مستفيضة إن لم تكن متواترة ـ مضافاً إلى الكتاب ـ منها: صحيح الحلبي، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يطلّق امرأته وهي حائض، قال: «الطلاق على غير السنّة باطل».

واستثني منها: غير المدخول بها، والغائب زوجها، والحامل على القول بأنّها تحيض. (مسالك الأفهام ٩: ٣٥ ـ ٣٦، جواهر الكلام ٣٢: ٣٠ ـ ٣١، نهاية المرام ٢: ١٥ ـ ١٦، الحدائق الناضرة ٢٥: ١٨٢).

---

١. التفريع ٢: ٧٣، المعونة ٢: ٨٣٣، البيان للعمراني ١٠: ٦٩، الهداية للمرغيناني ١: ٢٤٩، المغني لابن قدامة ٨: ٢٣٨، الحاوي الكبير ١٠: ١١٥.

٢. البيان للعمراني ١٠: ٧٠، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ١٦٤ ـ ١٦٥، حلية العلماء ٧: ٢١.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤٢٢، التفريع ٢: ٧٣، الاستذكار ١٨: ٢٣.

٤. البيان للعمراني ١٠: ٦٩ ـ ٧٠، الهداية للمرغيناني ١: ٢٤٩، المغني لابن قدامة ٨: ٢٣٩.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤٢٣، المعونة ٢: ٨٣٣.

٦. المعونة ٢: ٨٣٣، الاستذكار ١٨: ٢٣.

شاء أمسكها، وبه قال مالك والشافعي وجماعة [١]، وقوم قالوا: بل يراجُعها، فإذا طهرت من تلك الحيضة التي طلّقها فيها، فإن شاء أمسك وإن شاء طلّق، وبه قال أبو حنيفة والكوفيون [٢].

وكلّ من اشترط في طلاق السنّة أن يطلّقها في طهر لم يمسّها فيه، لم ير الأمر بالرجعة إذا طلّقها في طهرٍ مسّها فيه.

فهنا إذاً أربع مسائل:

أحدها: هل يقع هذا الطلاق أم لا؟

والثانية: إن وقع، فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط؟

والثالثة: متىٰ يوقع الطلاق بعد الإجبار أو الندب؟

والرابعة: متىٰ يقع الإجبار؟

أمّا المسألة الأولى: فإنّ الجمهور إنّما صاروا إلى أنّ الطلاق إن وقع في الحيض اعتدّ به، وكان طلاقاً؛ لقوله ﷺ في حديث ابن عمر: «مُرْهُ فليُراجِعْها»، قالوا: والرجعة لاتكون إلّا بعد طلاق [٣]. وروى الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن جُـرَيج: أنّـهم أرسـلوا إلى نـافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله ﷺ؟ قال: نعم [٤]. وروي أنّه الذي كان يفتى به ابن عمر [٥].

وأمّا من لم ير هذا الطلاقَ واقعاً، فإنّه اعتمد عموم قوله ﷺ: «كُلُّ فعلٍ أو عملٍ ليس عليه أمرُنا فهو ردّ» [٦ و ٧]، وقالوا: أمْرُ رسول الله ﷺ بردّه يشعر بعدم نفوذه ووقوعه [٨].

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤٢٢، المعونة ٢: ٨٣٣، المنتقىٰ للباجي ٤: ٩٧ ـ ٩٨، الحاوي الكبير ١٠: ١٢٤ ـ ١٢٥.

٢. بدائع الصنائع ٤: ١٩٢، الهداية للمرغيناني ١: ٢٤٩، الاستذكار ١٨: ١٣.

٣. البيان للعمراني ١٠: ٧٠، المغني لابن قدامة ٨: ٢٣٩، الهداية للمرغيناني ١: ٢٤٩، فتح المالك ٧: ٣١٩.

٤. مسند الإمام الشافعي: ٤٤٠ من كتاب الطلاق.

٥. الاستذكار ١٨: ١٩.

٦. صحيح مسلم ٣: ١٣٤٤، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة وردّ محدثات الأُمور، الحديث ١٧١٨/١٨، سنن أبي داود ٤: ٢٠٠، كتاب السنّة، باب في لزوم السنّة، الحديث ٤٦٠٦.

٧. أنظر: المحلّىٰ بالآثار ١٠: ١٦٤.

٨. أنظر: الحاوي الكبير ١٠: ١١٥، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ١٦٦، فتح المالك ٧: ٣١٧.

وبالجملة: فسبب الاختلاف: هل الشروط التي اشترطها الشرع في الطلاق السنّي هي شروط صحّة وإجزاء أم شروط كمال وتمام؟ فمن قال: شروط إجزاء، قال: لا يقع الطلاق الذي عَدِمَ هذه الصفة، ومن قال: شروط كمال وتمام، قال: يقع، ويندب إلى أن يقع كاملاً، ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجَبْرِه على الرجعة فقد تناقض، فتدبّر ذلك.

وأمّا المسألة الثانية: وهي هل يجبر على الرجعة أو لايجبر؟ فمن اعتمد ظاهر الأمر ـ وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور [١] ـ قال: يجبر، ومن لحظ هذا المعنى الذي قلناه من كون الطلاق واقعاً، قال: هذا الأمر هو على الندب [٢].

وأمّا المسألة الثالثة: وهي متىٰ يوقع الطلاقَ بعد الإجبار؟ فإنّ من اشترط في ذلك أن يمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، فإنّما صار لذلك؛ لأنّه المنصوص عليه في حديث ابن عمر المتقدّم، قالوا: والمعنىٰ في ذلك: لتصحّ الرجعة بالوطء في الطهر الذي بعد الحيض؛ لأنّه لو طلّقها في الطهر الذي بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الآخِر عدّة؛ لأنّه كان يكون كالمطلِّق قبل الدخول.

وبالجملة: فقالوا: إنّ من شرط الرجعة وجودَ زمانٍ يصحّ فيه الوطء، وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنّة أن يطلّقها في طهرٍ لم يطلّق في الحيضة التي قبله، وهو أحد الشروط المشترطة عند مالك في طلاق السنّة، فيما ذكره عبدالوهاب [٣].

وأمّا الذين لم يشترطوا ذلك، فإنّهم صاروا إلى ما روىٰ يونس بن جُبير وسعيد بن جبير وابن سيرين ومن تابعهم عن ابن عمر في هذا الحديث أنّه قال: «يراجعُها، فإذا طهرت طلّقها إن شاء» [٤]، وقالوا: المعنىٰ في ذلك: أنّه إنّما أمر بالرجوع عقوبةً له؛ لأنّه طلّق في زمانٍ كره له

---

١. منتهىٰ الوصول والأمل: ٩١.

٢. مرّ الكلام فيه مفصّلاً.

٣. المعونة ٢: ٨٣٣.

٤. المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٣٠٨، باب طلاق الحائض والنفساء، الحديث ١٠٩٥٥.

فيه الطلاق، فإذا ذهب ذلك الزمان وقع منه الطلاق على وجهٍ غير مكروه [١]. فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذه المسألة، وتعارض مفهوم العِلّة.

وأمّا المسألة الرابعة: وهي متىٰ يجبر؟ فإنّما ذهب مالك إلى أنّه يجبر على رجعتها؛ لطول زمان العدّة، لأنّه الزمان الذي له فيه ارتجاعها. وأمّا أشهب فإنّه إنّما صار في هذا إلى ظاهر الحديث؛ لأن فيه: «مُرْهُ فليراجعها حتّى تطهر»، فدلّ ذلك على أنّ المراجعة كانت في الحيضة. وأيضاً فإنّه قال: إنّما أُمر بمراجعتها لئلّا تطول عليها العِدّة، فإنّه إذا وقع عليها الطلاق في الحيضة لم تعتدّ بها بإجماع [٢]. فإن قلنا: إنّه يراجعها في غير الحيضة، كان ذلك عليها أطول، وعلى هذا التعليل فينبغي أن يجوز إيقاع الطلاق في الطهر الذي بعد الحيضة. فسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم في علّة الأمر بالردّ.

---

١. الاستذكار ١٨: ١٦، فتح المالك ٧: ٣٢٠.

٢. فتح المالك ٧: ٣٢١، الاستذكار ١٨: ٢٣، المقدّمات الممهّدات ١: ٥٠٤.

الباب الثالث في الخلع

واسم الخُلع والفدية والصلح والمبارأة، كلُّها تؤول إلى معنىً واحد، وهو: بذل المرأة العوضَ على طلاقها، إلّا أنّ اسم «الخلع» يختصّ ببذلها له جميع ما أعطاها، والصلح ببعضه، والفدية بأكثره، والمبارأة بإسقاطها عنه حقّاً لها عليه على ما زعم الفقهاء [1]*.

والكلام ينحصر في أصول هذا النوع من الفراق في أربعة فصول: في جواز وقوعه أولاً، ثم ثانياً: في شروط وقوعه، أعني: جواز وقوعه، ثم ثالثاً: في نوعه، أعني: هل هو طلاق أو فسخ؟ ثم رابعاً: فيما يلحقه من الأحكام.

الفصل الأول في جواز وقوعه

فأمّا جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء [2]**، والأصل في ذلك الكتاب والسنّة. أمّا الكتاب

---

* المشهور عند الإماميّة في تعريف الخلع أنّه: إزالة قيد البكارة بفديةٍ من الزوجة الكارهة لزوجها. وقيل: هو إزالة قيد النكاح بفديةٍ من الزوجة، وكراهةٍ منها له خاصةً دون العكس. وقيل: بذل المرأة لزوجها مالاً فديةً لنفسها؛ لكراهية. (تحرير الأحكام ٤: ٨١، إيضاح الفوائد ٣: ٣٧٥، جواهر الكلام ٣٣: ٢، مهذب الاحكام ٢٦: ١٧٨).

** أجمعت الإماميّة علىٰ وقوع الخلع، وأنّ شرعيته ثابتة كتاباً وسنّةً وإجماعاً ←

---

١. المقدّمات الممهّدات ١: ٥٦٠، الاستذكار ١٧: ١٧٥.

٢. الاستذكار ١٧: ١٧٥، عيون المجالس ٣: ١١٩٣ ـ ١١٩٤، الاشراف لابن المنذر ١: ١٩٥، المغني لابن قدامة ٨: ١٧٤ ـ ١٧٥.

فقوله تعالى: ﴿فَلا جُناحَ عَلَيْهِما فِيما اَفْتَدَتْ بِهِ﴾ [١ و ٢]. وأمّا السنّة فحديث ابن عباس: أنّ امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يارسول الله! ثابت بن قيس لا أعيب عليه في خُلُق ولا دين، ولكن أكره الكفر بعد الدخول في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: «أتردّين عليه حديقته؟» قالت: نعم، قال رسول الله ﷺ: «اقبل الحديقة وطلّقها طلقةً واحدة». خرّجه بهذا اللفظ البخاري وأبو داود والنسائي [٣ و ٤]، وهو حديث متّفق على صحّته.

وشذّ أبو بكر بن عبدالله المزيني عن الجمهور، فقال: لايحلّ للزوج أن يأخذ من زوجته شيئاً [٥]، واستدلّ على ذلك بأنّه زعم أنّ قوله تعالى: ﴿فَلا جُناحَ عَلَيْهِما فِيما اَفْتَدَتْ بِهِ﴾ منسوخ بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اَسْتِبْدالَ زَوْجٍ مَكانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْداهُنَّ قِنْطاراً فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً﴾ الآية [٦ و ٧]. والجمهور على أنّ معنىٰ ذلك بغير رضاها، وأمّا برضاها

← من المسلمين، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلّا يُقِيما حُدُودَ اللّٰهِ فَلا جُناحَ عَلَيْهِما فِيما اَفْتَدَتْ بِهِ﴾ والنصوص به كثيرة متواترة، منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «إذا قالت المرأة لزوجها جملة: لا أُطيع لك أمراً مفسّراً وغير مفسّر، حلّ له ما أخذ منها، وليس له عليها رجعة». (مسالك الأفهام ٩: ٣٦٥، كشف اللثام ٨: ١٨١، الحدائق الناضرة ٢٥: ٥٥٥، جواهر الكلام ٣٣، ٢ ـ ٣، مهذب الاحكام ٢٦: ١٧٨ ـ ١٧٩).

---

١. سورة البقرة: الآية ٢٢٩.

٢. الاستذكار ١٧: ١٧٥ ـ ١٧٦، الحاوي الكبير ١٠: ٣، الهداية للمرغيناني ٢: ٢٩٢.

٣. صحيح البخاري ٧: ٨٢، كتاب الطلاق، باب الخلع، الحديث ١٩، سنن أبي داود ٢: ٢٦٩، كتاب الطلاق، باب في الخلع، الحديث ٢٢٢٩، سنن النسائي ٦: ١٦٩، باب ما جاء في الخلع.

٤. المعونة ٢: ٨٦٩، المغني لابن قدامة ٨: ١٧٤.

٥. الحاوي الكبير ١٠: ٤، الاستذكار ١٧: ١٧٥، الاشراف لابن المنذر ١: ١٩٥، الإقناع لابن القطّان ٢: ٣٧، وفي الجميع: بكر بن عبدالله المزني.

٦. سورة النساء: الآية ٢٠.

٧. الحاوي الكبير ١٠: ٤، الاستذكار ١٧: ١٧٥ ـ ١٧٦، الاشراف لابن المنذر ١: ١٩٥.

فجائز. فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومه أو على خصوصه [١].

الفصل الثاني في شروط وقوعه

فأمّا شروط جوازه، **فمنها**: ما يرجع إلى القدر الذي يجوز فيه، **ومنها**: ما يرجع إلى صفة الشيء الذي يجوز به، **ومنها**: ما يرجع إلى الحال التي يجوز فيها، **ومنها**: ما يرجع إلى صفة من يجوز له الخلع من النساء، أو من أوليائهنّ ممّن لاتملك أمرها. ففي هذا الفصل أربع مسائل:

المسألة الأولى: أمّا مقدار ما يجوز لها أن تختلع به، فإنّ مالكاً والشافعي وجماعة قالوا: جائز أن تختلع المرأة بأكثر ممّا يصير لها من الزوج في صداقها إذا كان النشوز من قِبلها، وبمثله، وبأقلّ منه [٢]*. وقال قائلون: ليس له أن يأخذ أكثر ممّا أعطاها على ظاهر حديث ثابت [٣]. فمن شبّهه بسائر الأعواض في المعاملات رأىٰ أنّ القدر فيه راجع إلى

---

* لا خلاف عند الإماميّة في أنّ الفدية في الخلع لاتتقدّر، فيجوز بالقليل والكثير، عيناً أو ديناً أو منفعة بعد أن كان ممّا يتموّل، وأنّ سبيله سبيل المهر، فكلّ ما صحّ أن يكون مهراً صحّ كونه فدية للخلع إجماعاً.

واستدلّ له بعموم قوله تعالىٰ: ﴿فَلا جُناحَ عَلَيْهِما فِيما اَفْتَدَتْ بِهِ...﴾ وببعض النصوص عموماً وإطلاقاً؛ كحسنة محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله: «فإذا فعلت ذلك حلّ له ما أخذ منها». (مسالك الأفهام ٩: ٣٨٦، كشف اللثام ٨: ٢٠٥، رياض المسائل ١١: ١٧٤ ـ ١٧٥، جواهر الكلام ٣٣: ١٩ ـ ٢٠).

---

١. الاستذكار ١٧: ١٧٦، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢٣٦ ـ ٢٣٧.

٢. المعونة ٢: ٨٦٩، الموطّأ ٢: ٥٦٥، الاشراف لابن المنذر ١: ١٩٥، البيان للعمراني ١٠: ٦، تحفة الفقهاء ٢: ٢٠٠ ـ ٢٠١، الاستذكار ١٧: ١٧٧.

٣. الاستذكار ١٧: ١٧٧ ـ ١٧٨، الاشراف لابن المنذر ١: ١٩٥، البيان للعمراني ١٠: ٦.

الرضا، ومن أخذ بظاهر الحديث لم يُجِز أكثر من ذلك، وكأنّه رآه من باب أخذ المال بغير حقّ [١].

المسألة الثانية: وأمّا صفة العوض، فإنّ الشافعي وأبا حنيفة يَشترطان فيه أن يكون معلوم الصفة، ومعلوم الوجود [٢]*، ومالك يجيز فيه المجهول الوجود، والغرر، والمعدوم، مثل: الآبق والشارد، والثمرة التي لم يَبْدُ صلاحُها، والعبدِ غيرِ الموصوف [٣]. وحكي عن أبي حنيفة: جواز الغرر ومنع المعدوم [٤].

وسبب الخلاف: تردّد العوض هاهنا بين العوض في البيوع أو الأشياء الموهوبة والموصىٰ بها. فمن شبّهها بالبيوع اشترط فيه ما يشترط في البيوع، وفي أعواض البيوع، ومن شبّهه بالهبات لم يشترط ذلك [٥].

---

* نصّ فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه يكفي في عوض الخلع بالمشاهدة أو بالوصف الرافع للجهالة إن كان العوض عيناً حاضرة. واستدل له بأن هذا حال كل ما يبذل بازائه العوض.

وإن كان العوض غائباً أو كلياً في الذمة فلابد من ذكر جنسه ووصفه وقدره. واحتج له بالإجماع وبقطع منشأ النزاع وما يوجب اثارة الخصومة. (مسالك الأفهام ٩: ٣٨٧، كشف اللثام ٨: ٢٠٥، رياض المسائل ١١: ١٧٥، جواهر الكلام ٣٣: ٢٠، مهذب الاحكام ٢٦: ١٩٠).

---

١. البيان للعمراني ١٠: ٦، المعونة ٢: ٨٦٩ ـ ٨٧٠، المغني لابن قدامة ٨: ١٧٦ ـ ١٧٧، الاستذكار ١٧: ١٧٦ ـ ١٧٩.

٢. البيان للعمراني ١٠: ١٩، الحاوي الكبير ١٠: ٦٢، التهذيب للبغوي ٥: ٥٥٧. والمعروف عن أبي حنيفة جواز الخلع بالمجهول، فيكون قوله كقول مالك [أنظر: مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٦٨، الفقه النافع ٢: ٦٢٦، الهداية للمرغيناني ٢: ٢٩٣ ـ ٢٩٤، بدائع الصنائع ٤: ٣١٩ ـ ٣٢١] ولعلّ ابن رشد اعتمد علىٰ حكاية القاضي أبي الوليد في المنتقى (٤: ٦٢) حيث حكىٰ عن الشافعي وأبي حنيفة عدم الجواز، خلافاً لمالك، فلاحظ.

٣. عيون المجالس ٣: ١٢٠٦، المنتقىٰ للباجي ٤: ٦٢.

٤. بدائع الصنائع ٤: ٣٢٠ ـ ٣٢١، عيون المجالس ٣: ١٢٠٨ ـ ١٢٠٩، الهداية ٢: ٢٩٣ ـ ٢٩٤، المبسوط للسرخسي ٦: ٢٢١.

٥. المقدّمات الممهّدات ١: ٥٥٨، المنتقىٰ للباجي ٤: ٦٢، المغني لابن قدامة ٨: ١٨٨، الحاوي الكبير ١٠: ٦٣.

واختلفوا إذا وقع الخلع بما لايحلّ؛ كالخمر والخنزير: هل يجب لها عوض أم لا، بعد اتّفاقهم على أنّ الطلاق يقع [١]؟ فقال مالك: لاتستحقّ عوضاً [٢]، وبه قال أبو حنيفة [٣]. وقال الشافعي: يجب لها [٤] مهر المثل [٥]*.

---

* لا خلاف عند الإماميّة في أنّ الخلع لو وقع على ما لايملكه المسلم؛ كالخمر والخنزير، وعلم الزوج بذلك، فسد الخلع. وعلّلوه بأنّ من شرط الفدية أن يكون مالاً مملوكاً للمرأة، وأنّ العوض جزء من ماهية الخلع، فلا يتحقّق بدونه، وهو منتفٍ هنا.

لكنّ الخلاف في وقوعه طلاقاً رجعياً أم لا؟ فقد قال الشيخ في المبسوط بوقوعه طلاقاً رجعياً؛ لاشتماله على أمرين: الطلاق والعوض حيث لم يعتبر العوض في مفهوم الخلع.

وفصّل المحقّق الحلّي، وقال: ـ رادّاً كلام الشيخ الطوسي ـ: وهو حقّ إن أُتبع بالطلاق، وإلّا كان البطلان أحقّ. واختاره العلّامة في القواعد.

وقيل بالبطلان مطلقاً؛ لأنّ الطلاق الرجعي غير مقصود، والمقصود وهو البائن غير صحيح ولا واقع؛ لعدم البذل ـ فإنّ وجوده كعدمه ـ هنا. هذا إذا كان الزوج عالماً.

وأمّا لو كان جاهلاً بعدم ماليّته، كما لو ظنّه خلّاً فبان خمراً، أو ظنّه عبداً فبان حرّاً، فظاهر فقهاء الإماميّة، بل لا خلاف بينهم، في صحّة الخلع، وكان له بقدر الخمر خلّاً، كما لو أمهرها ذلك فظهر كونه كذلك.

وعلّلوه بأنّ تراضيهما على المقدار من الجزئي المعيّن الذي يظنّان كونه متموّلاً يقتضي الرضا بالكلّي المنطبق عليه؛ لأنّ الجزئي مستلزم له، فالرضا به يستلزم الرضا ←

---

١. مختصر القدوي: ١٦٣، عيون المجالس ٣: ١٢٠٦ ـ ١٢٠٧، الحاوي الكبير ١٠: ٦٣.

٢. عيون المجالس ٣: ١٢٠٧، المنتقى للباجي ٤: ٦٣.

٣. بدائع الصنائع ٤: ٣١٨ ـ ٣١٩، الهداية للمرغيناني ٢: ٢٩٣.

٤. كذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب: يجب عليها.

٥. الحاوي الكبير ١٠: ٦٣، البيان للعمراني ١٠: ٢٠.

المسألة الثالثة: وأمّا ما يرجع إلى الحال التي يجوز فيها الخلع من التي لايجوز، فإنّ الجمهور على أنّ الخلع جائز مع التراضي إذا لم يكن سببُ رضاها بما تعطيه إضرارَه بها[١]. والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ ما آتَيْتُمُوهُنَّ إِلّا أَنْ يَأْتِينَ بِفاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾[٢ و٣]، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلّا يُقِيما حُدُودَ اللّهِ فَلا جُناحَ عَلَيْهِما فِيما افْتَدَتْ بِهِ﴾[٤ و٥].

وشذّ أبو قلابة والحسن البصري فقالا: لايحلّ للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها تزني، وحملوا الفاحشة في الآية على الزنا[٦]. وقال داود: لايجوز إلّا بشرط الخوف أن لايقيما حدود الله على ظاهر الآية[٧]، وشذّ النعمان فقال: يجوز الخلع مع الإضرار[٨*].

← بالكلّي، فإذا فات الجزئي لمانعٍ بقي الكلّي، ولأنّه أقرب إلى المعقود عليه. (المبسوط ٤: ٣٥٨، شرائع الاسلام ٣: ٥٠ ـ ٥١، قواعد الاحكام ٣: ١٦١، مسالك الأفهام ٩: ٣٨٩ ـ ٣٩٠، كشف اللثام ٨: ٢٠٥، الحدائق الناضرة ٢٥: ٥٩٠ ـ ٥٩١، جواهر الكلام ٣٣: ٢٢ ـ ٢٣).

* لا خلاف ولا إشكال بين فقهاء الإماميّة أنّه لو عضلها أو أكرهها على الفدية فعل حراماً، ولم تُسلَّم له الفدية، ووقع الطلاق رجعياً إذا كان مورده كذلك، أي: ممّا له الرجعة فيه. ←

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٣٣٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٧٦، البيان للعمراني ١٠: ٤، عيون المجالس ٣: ١١٩٣ ـ ١١٩٤.

٢. سورة النساء: الآية ١٩.

٣. الاستذكار ١٧: ١٨١، البيان للعمراني ١٠: ٥.

٤. سورة البقرة: الآية ٢٢٩.

٥. الاستذكار ١٧: ١٨١.

٦. الاستذكار ١٧: ١٨١، فتح المالك ٧: ٢٨٦، المغني لابن قدامة ٨: ١٧٥، وفي الأخيرين: ابن سيرين، بدلاً عن الحسن البصري.

٧. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢٣٥، عيون المجالس ٣: ١١٩٤.

٨. مختصر القدوري: ١٦٣، الاشراف لابن المنذر ١: ١٩٣.

والفقه أنّ الفداء إنّما جُعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنّه لمّا جعل الطلاق بيد الرجل إذا فَرَك [١] المرأة، جعل الخُلع بيد المرأة إذا فركت الرجل.

فيتحصّل في الخلع خمسةُ أقوال: **قولٌ**: إنّه لايجوز أصلاً، **وقول**: إنّه يجوز على كلّ حال، أي: مع الضرر، **وقول**: إنّه لايجوز إلّا مع مشاهدة الزنا، **وقول**: مع خوفِ أن لايقيما حدود الله، **وقول**: إنّه يجوز في كلّ حال إلّا مع الضرر، وهو المشهور [٢].

المسألة الرابعة: وأمّا من يجوز له الخلع ممّن لايجوز، فإنّه لا خلاف عند الجمهور أنّ الرشيدة تخالع عن نفسها [٣]*، وأنّ الأمة لاتخالع عن نفسها إلّا برضا سيدِها [٤]**، وكذلك السفيهة مع وليّها عند من يرى الحَجْر [٥]***.

← واستدلّوا لبطلان الخلع بقوله تعالىٰ: ﴿وَلا تَعْضُلُوهُنَّ ...﴾ ولأنّه ظلم محرَّم، وبالأخبار. (جواهر الكلام ٣٣: ٥٤، مهذب الاحكام ٢٦: ١٩٦، تحرير الاحكام ٤: ٨٣، الحدائق الناضرة ٢٥: ٦٠٢ـ٦٠٣).

* وهو ظاهر فقهاء الإماميّة. (رياض المسائل ١١: ١٧٦، جواهر الكلام ٣٣: ٤٠).

** لا خلاف عند الإماميّة في صحّة البذل للخلع من الأمة، بل لعلّه إجماع، ولولاه لأمكن المناقشة ـ في أصل جواز ذلك منها على أن تتبع به بعد العتق ـ بأنّه منافٍ لما دلّ علىٰ عدم قدرة العبد علىٰ شيءٍ، خصوصاً المعاوضات. (جواهر الكلام ٣٣: ٣٦، تحرير الاحكام ٤: ٨٥ ـ ٨٦، مسالك الأفهام ٩: ٤٠٥، كشف اللثام ٨: ١٩٨ـ١٩٩).

*** ظاهر فقهاء الإماميّة الإجماع علىٰ فساد بذل المختلعة السفيهة بدون إذن الولي. ولو أذن لها الوليّ فالوجه الصحة مع المصلحة. (رياض المسائل ١١: ١٧٦، تحرير الاحكام ٤: ٨٦، جواهر الكلام ٣٣: ٤٩، كشف اللثام ٨: ٢٠٠).

---

١. الفرك: البغض. (النهاية لابن الأثير ٣: ٣٩٥).

٢. الاستذكار ١٧: ١٧٥، عيون المجالس ٣: ١١٩٣ ـ ١١٩٤، المغني لابن قدامة ٨: ١٧٤.

٣. المنتقىٰ للباجي ٤: ٦٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٧٦، البيان للعمراني ١٠: ٨، المغني لابن قدامة ٨: ١٧٤.

٤. الحاوي الكبير ١٠: ٨١، المنتقىٰ للباجي ٤: ٦٦، المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٣٥١، الإقناع لابن القطّان ٢: ٣٨.

٥. المنتقىٰ للباجي ٤: ٦٦، المغني لابن قدامة ٨: ٢١٦ ـ ٢١٧، المهذّب للشيرازي ٤: ٢٥٦.

وقال مالك: يخالِع الأب على ابنته الصغيرة * كما يُنكِحها، وكذلك على ابنه الصغير لأنّه عنده يطلِّق عليه [١]. والخلاف في الابن الصغير، قال الشافعي وأبو حنيفة: لايجوز؛ لأنّه لايطلِّق عليه عندهم [٢] **، والله أعلم.

وخُلعُ المريضة يجوز عند مالك إذا كان بقدر ميراثه منها [٣]، وروى ابن نافع عن مالك: أنّه يجوز خُلعها بالثلث كلّه [٤]. وقال الشافعي: لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز، وكان من رأس المال، وإن زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث [٥] ***.

---

* ذكر بعض فقهاء الإماميّة أنّ لوليّ الصغيرة اختلاعها مع المصلحة.

وخالف الشيخ الطوسي في المبسوط، فلم يجوّز للأب أن يخالع على ابنته الصغيرة، واستدلّ لذلك بأنّه إنّما يملك التصرّف فيما فيه نظر لها وحظّ، ولا نظر لها في هذا. (تحرير الاحكام ٤: ٩٣، كشف اللثام ٨: ١٩٦، المبسوط ٤: ٣٦٠، جواهر الكلام ٣٣: ٣٩، ٤٠).

** ذكر كثير من فقهاء الإماميّة أنّه لو خالع وليّ الطفل بعوضٍ فإنّه يصحّ مع المصلحة أو عدم المفسدة إذا قلنا: إنّ الخلع ليس طلاقاً، ويبطل مع القول بكونه طلاقاً، وذلك لعدم صحّته من الوليّ.

خلافاً للشيخ الطوسي في الخلاف، حيث أبطل خلع الوليّ، ووافقه على ذلك البعض. (الخلاف ٤: ٤٤٢، مسالك الأفهام ٩: ٤٠٨، كشف اللثام ٨: ١٩٣، جواهر الكلام ٣٣: ٣٩).

*** المشهور عند الامامية أنّ المرأة لو خالعت في مرض الموت صحّ الخلع ←

---

١. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٣٤، المنتقىٰ للباجي ٤: ٦٦، المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٣٤٨ ـ ٣٤٩.

٢. البيان للعمراني ١٠: ٦، الاشراف لابن المنذر ١: ١٩٩، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٦٩.

٣. المقدّمات الممهدّات ١: ٥٥٩، المعونة ٢: ٨٧٣، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٤٩٧.

٤. المعونة ٢: ٨٧٣.

٥. الحاوي الكبير ١٠: ١٠٢، الاشراف لابن المنذر ١: ١٩٨.

وأمّا المهملة التي لا وصيّ لها ولا أب، فقال ابن القاسم: يجوز خُلعها إذا كان خَلَعَ مثلها [١].

والجمهور على أنّه يجوز خُلع المالكة لنفسها، وشذّ الحسن وابن سيرين فقالا: لايجوز الخلع إلّا بإذن السلطان [٢]*.

← وإن بذلت أكثر من الثلث، والزائد عن مهر المثل يكون من الثلث، وذلك لكونه كالمحاباة في المعاوضات، وهو الأشبه بأصول المذهب وقواعده التي منها أنّ تصرّف المريض مقصور على ثلث ماله حيث يكون متبرّعاً به، وكان مهر المثل هو عوض البضع شرعاً؛ كالقيمة في المتقوّمات. وحكىٰ في المبسوط قولاً: إنّ الجميع يعتبر من الثلث؛ لأنّ العائد إليها غير متموّل بالنسبة إلى الورثة، والحجر على المريض إنّما هو لحقّ الورثة.

وحكىٰ في الشرائع قولاً بأنّ الجميع يكون من الأصل وإن زاد عن الثلث، وهو قول نادر غير موجّه كما في مسالك الأفهام. (المبسوط ٤: ٣٧٠، مسالك الأفهام ٩: ٣٩٥ ـ ٣٩٦، جواهر الكلام ٣٣: ٢٨ ـ ٢٩).

* المشهور عند علماء الإماميّة ـ بل ادّعي عليه الإجماع ـ أنّ الخلع لايفتقر إلى السلطان، بل يجوز بغيره، واستدلّوا عليه بأنّه عقد معاوضة، فلم يكن من شرطه الحاكم؛ كسائر العقود.

وقال ابن الجنيد: لايكون ذلك إلّا عند سلطانٍ قيّمٍ بأمر المسلمين، واحتجّ بما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام: «... ولايكون ذلك إلّا عند سلطان». وهو محمول على الاستحباب. (مختلف الشيعة ٧: ٣٩٧، كشف اللثام ٨: ١٩٠، الخلاف ٤: ٤٢٤).

---

١. البيان والتحصيل ٥: ٢٩٣.

٢. الاستذكار ١٧: ١٩٥، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٦٥ ـ ٤٦٦، حلية العلماء ٦: ٥٤٣.

الفصل الثالث في نوعه

وأمّا نوع الخلع، فجمهور العلماء على أنّه طلاق، وبه قال مالك [١] *، وأبو حنيفة سوّىٰ بين الطلاق والفسخ [٢]، وقال الشافعي: هو فسخ [٣]، وبه قال أحمد وداود، ومن الصحابة ابن عباس [٤].

وقد روي عن الشافعي أنّه كناية، فإن أراد به الطلاق كان طلاقاً، وإلّا كان فسخاً [٥]. وقد قيل عنه في قوله الجديد: إنّه طلاق [٦].

وفائدة الفرق: هل يعتدّ به في التطليقات أم لا؟ وجمهور من رأى أنّه طلاق يجعله بائناً؛

---

* المشهور بين علماء الإماميّة أنّه علىٰ تقدير الاجتزاء بلفظ الخلع من غير اتّباع له بالطلاق يكون طلاقاً لا فسخاً، بل في صريح الناصريات الإجماع عليه. والنصوص بذلك مستفيضة، منها: «خلعها طلاقها».

وخالف الشيخ الطوسي فقال: إنّه فسخ؛ لأنّه ليس بلفظ الطلاق، ولوجوه أُخر. ورُدّ بأنّه اجتهاد صرف في مقابلة النصوص المعتبرة. (الناصريات: ٣٥١، الخلاف ٤: ٤٢٢ ـ ٤٢٤، مسالك الأفهام ٩: ٣٧٣، كشف اللثام ٨: ١٨٤، الحدائق الناضرة ٢٥: ٥٦٦، رياض المسائل ١١: ١٧٤، جواهر الكلام ٣٣: ٩).

---

١. الاستذكار ١٧: ١٨٤ ـ ١٨٥، المنتقىٰ للباجي ٤: ٦٧، الاشراف لابن المنذر ١: ١٩٦.

٢. المبسوط للسرخسي ٦: ١٩٩، تحفة الفقهاء ٣: ١٩٩، الهداية للمرغيناني ٢: ٢٩٢، المحيط البرهاني ٣: ٣٣٥، وفي جميعها: أنّه طلاق.

٣. الوسيط ٥: ٣١١، الحاوي الكبير ١٠: ٩، وهذا قوله في القديم.

٤. المغني لابن قدامة ٨: ١٨١، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢٣٨، الاستذكار ١٧: ١٨٤، ١٨٧ ـ ١٨٨، المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٤٨٥، باب الفداء، الحديث ١١٧٦٥.

٥. الاشراف لابن المنذر ١: ١٩٦، البيان للعمراني ١٠: ١١ ـ ١٢.

٦. البيان للعمراني ١٠: ١١.

لأنّه لو كان للزوج في العدّة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنىً [١]. وقال أبو ثور: إن لم يكن بلفظ الطلاق لم يكن له عليها رجعة، وإن كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة [٢].

احتجّ من جعله طلاقاً بأنّ الفسوخ إنّما هي التي تقتضي الفُرقة الغالبة للزوج في الفراق ممّا ليس يرجع إلى اختياره، وهذا راجع إلى الاختيار، فليس بفسخ.

واحتجّ من لم يره طلاقاً بأنّ الله تبارك وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال: ﴿الطَّلاقُ مَرَّتانِ﴾ [٣] ثم ذكر الافتداء فقال: ﴿فَإِنْ طَلَّقَها فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتّىٰ تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [٤] فلو كان الافتداء طلاقاً لكان الطلاق الذي لاتحلّ له فيه إلّا بعد زوج هو الطلاق الرابع [٥].

وعند هؤلاء: أنّ الفسوخ تقع بالتراضي؛ قياساً على فسوخ البيع، أعني: الإقالة، وعند المخالف: أنّ الآية إنّما تضمّنت حكم الافتداء على أنّه شيء يلحق جميع أنواع الطلاق، لا أنّه شيء غير الطلاق. فسبب الخلاف: هل اقتران العوض بهذه الفُرقة يخرجها من نوع فُرقة الطلاق إلى نوع فُرقة الفسخ أم ليس يخرجها؟

الفصل الرابع فيما يلحقه من الأحكام

وأمّا لواحقه ففروع كثيرة، لكن نذكر منها ما شُهر:

فمنها: هل يرتدف على المختلِعة طلاق أم لا؟ فقال مالك: لايرتدف إلّا إن كان الكلام

---

١. الاستذكار ١٧: ١٨٩، الإقناع لابن القطّان ٢: ٣٧.

٢. حلية العلماء ٦: ٥٤٤، المقدّمات الممهّدات ١: ٥٦١، الاستذكار ١٧: ١٩٠.

٣. سورة البقرة: الآية ٢٢٩.

٤. سورة البقرة: الآية ٢٣٠.

٥. الاستذكار ١٧: ١٨٤، البيان للعمراني ١٠: ١١، المقدّمات الممهّدات ١: ٥٦٠ ـ ٥٦١.

متّصلاً[١]، وقال الشافعي: لايرتدف وإن كان الكلام متّصلاً[٢]*، وقال أبو حنيفة: يرتدف، ولم يفرّق بين الفور والتراخي[٣].

وسبب الخلاف: أنّ العِدة عند الفريق الأول من أحكام الطلاق، وعند أبي حنيفة من أحكام النكاح، وذلك لايجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها. فمن رآها من أحكام النكاح ارتدف الطلاق عنده، ومن لم ير ذلك لم يرتدف[٤].

ومنها: أنّ جمهور العلماء أجمعوا على أنّه لا رجعة للزوج على المختلعة في العدّة[٥]**،

---

* لا خلاف بين الإماميّة في أنّ المختلعة لايلحقها طلاق بعد الخلع؛ لأنّ وقوع الثاني بها مشروط بالرجعة، والفرض انتفاؤها، فهي بالخلع الذي هو تطليقة بائنة صارت كالأجنبية. (جواهر الكلام ٣٣: ٧٠، مسالك الأفهام ٩: ٤٣٠ ـ ٤٣١، الخلاف ٤: ٤٢٩).

** أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه متىٰ صحّ الخلع واجتمعت شرائطه، كانت فرقةً بائنةً لا رجعة للزوج فيها. واحتجّ له مضافاً للإجماع والأصل بالنصوص المستفيضة أو المتواترة، منها: قول الإمام الرضا عليه السلام في صحيح ابن بزيع: «تبين منه وإن شاءت أن يرد إليها ما أخذ منها وتكون امرأته فعلت».

نعم، لو رجعت هي في البذل جاز له الرجوع في العدّة، وهو ممّا لا خلاف فيه أيضاً، كما دلّت عليه الأخبار، وقد تقدّم في صحيح ابن بزيع، إلّا أنّ ابن حمزة اعتبر التراضي من الطرفين مع إطلاقهما، أمّا إذا قيّدا أو أحدهما كان للمرأة الرجوع بما بذلت، وله الرجوع بها إن شاء. قال في جواهر الكلام: ولاريب في ضعفه وإن نفىٰ عنه البأس ←

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ٦٨، الاستذكار ١٧: ١٨٨.

٢. الاشراف لابن المنذر ١: ١٩٦، البيان للعمراني ١٠: ٣٢.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٦٧، المبسوط للسرخسي ٦: ٢٠٤ ـ ٢٠٥.

٤. الحاوي الكبير ١٠: ١٧، أحكام القرآن للجصّاص ١: ٣٩٧.

٥. الاستذكار ١٧: ١٨٩، الاشراف لابن المنذر ١: ١٩٧، البيان للعمراني ١٠: ٣٢.

إلّا ما روى عن سعيد بن المسيب وابن شِهاب أنّهما قالا: إن ردّ لها ما أخذ منها في العدّة أشهد على رجعتها [١]. والفرق الذي ذكرناه عن أبي ثور بيّن أن يكون بلفظ الطلاق أو لا يكون [٢].

ومنها: أنّ الجمهور أجمعوا على أنّ له أن يتزوّجها برضاها في عدّتها [٣]*، وقالت فرقة من المتأخّرين: لا يتزوّجها هو ولا غيره في العدّة [٤].

وسبب اختلافهم: هل المنع من النكاح في العدّة عبادة أو ليس بعبادة بل معلّل؟

واختلفوا في عدّة المختلعة، وسيأتي بعد. واختلفوا إذا اختلف الزوج والزوجة في مقدار العَدد الذي وقع به الخلع، فقال مالك: القول قوله إن لم يكن هنالك بيّنة [٥]، وقال الشافعي: يتحالفان، ويكون عليها مهر المثل [٦]. شبّه الشافعي اختلافهما باختلاف المتبايعين،

← في المختلف، ضرورة كونه كالاجتهاد في مقابلة النصّ الحاكم على قاعدة كون ذلك مقتضى المعاوضة بعد تسليم كونه كذلك حقيقةً. (الخلاف ٤: ٤٢٦، مسالك الأفهام ٩: ٤٢٣ ـ ٤٢٤، كشف اللثام ٨: ١٩٠، الحدائق الناضرة ٢٥: ٦٠٧، رياض المسائل ١١: ١٨١ ـ ١٨٢، جواهر الكلام ٣٣: ٦٢ ـ ٦٣).

* لا خلاف بين الإماميّة أنّه إذا أراد الرجل مراجعة الزوجة، ولم ترجع في البذل، فإنّه لا يكون إلّا بعقد جديد ومهر مستأنف؛ لأنّها بالخلع صارت بائنة أجنبية، وللصحيح: «كانت بائناً بذلك، وكان خاطباً من الخطّاب». (الحدائق الناضرة ٢٥: ٦١٥، رياض المسائل ١١: ١٨٣).

---

١. الاشراف لابن المنذر ١: ١٩٧، الاستذكار ١٧: ١٨٩.

٢. حلية العلماء ٦: ٥٤٤، المقدّمات الممهّدات ١: ٥٦١.

٣. الإقناع لابن القطّان ٢: ٣٨، المعونة ٢: ٨٧٢، الاستذكار ١٧: ١٨٩.

٤. الاستذكار ١٧: ١٩٠، فتح المالك ٧: ٢٨٨، الإقناع لابن القطّان ٢: ٣٨.

٥. النوادر والزيادات ٥: ٢٧٨، المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٣٤٨، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٧٢، المغني لابن قدامة ٨: ٢٣٠، وذكر هؤلاء جميعاً أن القول قولها عند مالك.

٦. البيان للعمراني ١٠: ٥٤ ـ ٥٥، حلية العلماء ٦: ٥٧٠.

وقال مالك: هي مدّعىً عليها وهو مدّعٍ[١]*. ومسائل هذا الباب كثيرة، وليس ممّا يليق بقصدنا.

---

* ظاهر فقهاء الإماميّة أنّ القول قول المرأة في القدر الذي وقع عليه الخلع، وعلى الزوج البيّنة لأنّه مدّعٍ وهي منكرة. (مهذب الاحكام ٢٦: ٢٠٠ ـ ٢٠١، الخلاف ٤: ٤٤١، تلخيص الخلاف ٣: ١٥، المبسوط ٤: ٣٦٨).

---

١. أنظر: البيان للعمراني ١٠: ٥٥، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٧٢.

الباب الرابع

في تمييز الطلاق من الفسخ

واختلف قول مالك ﷺ في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتدّ به في التطليقات الثلاث، وبين الطلاق الذي يعتدّ به في الثلاث إلى قولين:

أحدهما: أنّ النكاح إن كان فيه خلافٌ خارجٌ عن مذهبه ـ أعني: في جوازه ـ وكان الخلاف مشهوراً، فالفُرقة عنده فيه طلاق، مثل الحكم بتزويج المرأة نفسَها والمحرِم، فهذه ـ على هذه الرواية ـ هي طلاق لا فسخ.

والقول الثاني: أنّ الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للتفرّق، فإن كان غير راجع إلى الزوجين، ممّا لو أرادا الإقامة على الزوجية معه لم يصح، كان فسخاً، مثل نكاح المحرّمة بالرضاع، أو النكاح في العدّة، وإن كان ممّا لهما أن يقيما عليه، مثل الردّ بالعيب، كان طلاقاً [1].

---

١. المعونة ٢: ٨٦١ ـ ٨٦٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٣٧ ـ ٢٣٨.

الباب الخامس في التخيير والتمليك

وممّا يعدّ من أنواع الطلاق ممّا يُرىٰ أنّ له أحكاماً خاصة: التمليك والتخيير. و«التمليك» عن مالك في المشهور غير «التخيير»، وذلك أنّ التمليك هو عنده تمليك المرأة إيقاعَ الطلاق [1]، فهو يحتمل الواحدة فما فوقها، ولذلك له أن يناكرها عنده فيما فوق الواحدة، و«الخيار» بخلاف ذلك؛ لأنّه يقتضي إيقاعَ طلاق تنقطع معه العصمةُ [2]، إلّا أن يكون تخييراً مقيّداً، مثل أن يقول لها: اختاري نفسك، أو اختاري تطليقةً أو تطليقتين، ففي الخيار المطلق عند مالك ليس لها إلّا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث، وإن اختارت واحدةً لم يكن لها ذلك، والمملَّكة لايبطل تمليكها عنده إن لم توقع الطلاق حتّى يطول الأمر بها على إحدى الروايتين أو يتفرّقا من المجلس، والرواية الثانية: أنّه يبقى لها التمليك إلى أن تردّ أو تطلِّق [3].

والفرق عند مالك بين التمليك وتوكيله إيّاها على تطليق نفسها: أنّ في التوكيل له أن يعزلها قبل أن تطلِّق، وليس له ذلك في التمليك [4].

وقال الشافعي: «اختاري» و«أمرك بيدك» سواء، ولايكون ذلك طلاقاً إلّا أن ينويه [5]، وإن نواه فهو ما أراد، إن واحدةً فواحدةً وإن ثلاثاً فثلاث، فله عنده أن يناكرها في الطلاق نفسه، وفي العدد في الخيار أو التمليك، وهي عنده إن طلّقت نفسها رجعية، وكذلك هي عند

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٦، الاستذكار ١٧: ٥٦، المعونة ٢: ٨٧٨.

٢. المقدّمات الممهّدات ١: ٥٨٧، المعونة ٢: ٨٧٩، الاستذكار ١٧: ١٦٦ ـ ١٦٧.

٣. المعونة ٢: ٨٧٨ ـ ٨٨١، الاستذكار ١٧: ١٦٦ ـ ١٧٠، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٦ ـ ١٧.

٤. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١، المقدّمات الممهّدات ١: ٥٨٨، الاشراف لابن المنذر ١: ١٦٢.

٥. المهذّب للشيرازي ٤: ٢٩٨، البيان للعمراني ١٠: ٨٧ ـ ٨٨.

مالك في التمليك [١]، وقال أبو حنيفة وأصحابه: الخيار ليس بطلاق، فإن طلّقت نفسها في التمليك واحدةً فهي بائنة [٢]. وقال الثوري: الخيار والتمليك واحد لا فرق بينهما [٣].

وقد قيل: القول قولها في أعداد الطلاق في التمليك، وليس للزوج مناكرتها. وهذا القول مروي عن علي وابن المسيب، وبه قال الزهري وعطاء [٤]. وقد قيل: إنّه ليس للمرأة في التمليك إلّا أن تطلّق نفسها تطليقةً واحدةً، وذلك مروي عن ابن عباس وعمر رضي الله عنهما [٥].

روي أنّه جاء ابنَ مسعود رجلٌ فقال: كان بيني وبين امرأتي بعض ما يكون بين الناس، فقالت: لو أنّ الذي بيدكَ من أمري بيدي لعلمتَ كيف أصنع، قال: فإنّ الذي بيدي من أمرك بيدكِ، قالت: فأنتَ طالق ثلاثاً، قال: أراها واحدةً، وأنتَ أحقّ بها ما دامت في عدّتها، وسألقىٰ أمير المؤمنين عمر، ثم لقيه فقصّ عليه القصة، فقال: صنع الله بالرجال وفعل، يعمِدون إلى ما جعل الله في أيديهم فيجعلونه بأيدي النساء، بفيها التراب! ماذا قلتَ فيها؟ قال: قلت: أراها واحدةً، وهو أحقّ بها، قال: وأنا أرى ذلك، ولو رأيتَ غير ذلك علمتُ أنّك لم تصب [٦].

وقد قيل: ليس التمليك بشيء؛ لأنّ ما جَعل الشرعُ بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع إلى يد المرأة بجَعل جاعل، وكذلك التخيير، وهو قول أبي محمد بن حزم [٧]*.

---

* المشهور عند الإماميّة عدم صحّة التخيير، وهو بمعنىٰ تفويض الزوج أمر الطلاق إلى المرأة؛ قاصداً بذلك تفويض الطلاق، فلو خيّرها الزوج لم يقع الطلاق به، بل لعلّه لا خلاف في ذلك إلّا ما يحكى عن ابن الجنيد وابن أبي عقيل، كما سيأتي نقل قولهما في خلاف المشهور. ←

---

١. الاستذكار ١٧: ١٧١، المقدّمات الممهّدات ١: ٥٩٠.

٢. تحفة الفقهاء ٢: ١٨٧، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤١٧.

٣. الاستذكار ١٧: ١٧٢، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ١١٨.

٤. الاشراف لابن المنذر ١: ١٦٠.

٥. المصدر السابق: ١٥٨.

٦. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ٣٤٧ ـ ٣٤٨، كتاب الطلاق، باب ما جاء في التمليك.

٧. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ١١٦ ـ ١١٧.

وقول مالك في المملَّكة: إنّ لها الخيار في الطلاق أو البقاء على العصمة ما دامت في المجلس [١]، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة والأوزاعي وجماعة فقهاء الأمصار [٢]. وعند الشافعي: أنّ التمليك إذا أراد به الطلاق كالوكالة، وله أن يرجع في ذلك متىٰ أحبّ ذلك ما لم يوقع الطلاق [٣].

وإنّما صار الجمهور للقضاء بالتمليك أو التخيير، وجَعْل ذلك للنساء، لما ثبت من تخيير

← احتجّ المشهور بالأصل والاحتياط، والأخبار الحاصرة لصيغة الطلاق في غير ذلك وبالأخبار الناطقة بأنّ التخيير كان من خواصّ النبي ﷺ وأنّه في غيره ليس بشيء، وهي كثيرة، منها: موثّقة العيص بن القاسم عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن رجلٍ خيّر امرأته فاختارت نفسها، بانت منه؟ فقال: «لا، إنّما هذا شيء كان لرسول الله ﷺ خاصّةً، أمر بذلك ففعل...» الحديث.

واختار ابن الجنيد أنّه يقع بائناً إذاكان بعوض، فيما قال ابن أبي عقيل بأنّ الفرقة تقع رجعية. واستدلّا بالأخبار، منها: صحيح حمران قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «المخيّرة تبين من ساعتها من غير طلاق ولا ميراث بينهم؛ لأنّ العصمة قد بانت منها ساعة كان ذلك منها ومن الزوج». وأجاب المشهور عنها بحملها على التقية، أو على التخيير التوكيلي، وأنّ الأخبار التي استدلّ بها المشهور قد اشتركت في الدلالة على أنّ جعل الطلاق بيد المرأة خلاف السنّة المحمدية الشريفة، فكل ما خالفها فهو باطل.

(مختلف الشيعة ٧: ٣٣٨ ـ ٣٣٩، مسالك الأفهام ٩: ٨٠ ـ ٨١، كشف اللثام ٨: ٣٣ ـ ٣٤، الحدائق الناضرة ٢٥: ٢١٧ ـ ٢٢١، جواهر الكلام ٣٢: ٦٧ ـ ٧٤).

---

١. التفريع ٢: ٨٩، الاستذكار ١٧: ١٦٧ ـ ١٦٩.

٢. البيان للعمراني ١٠: ٧٢، الهداية للمرغيناني ١: ٢٦٥، بدائع الصنائع ٤: ٢٤٨ ـ ٢٤٩، الاشراف لابن المنذر ١: ١٥٧. وحكاه عن الأوزاعي وجماعة في الاستذكار وقد تقدّم.

٣. البيان للعمراني ١٠: ٧٣ ـ ٧٤، الاشراف لابن المنذر ١: ١٦٢.

رسول الله ﷺ نساءَه، قالت عائشة: «خيّرنا رسول الله ﷺ فاخترناه، فلم يكن طلاقاً» [١ و ٢]. لكن أهل الظاهر يرون أنّ معنى ذلك: أنّهنّ لو اخترن أنفسهنّ طلّقهنّ رسول الله ﷺ، لا أنّهنّ كنّ يطلّقن بنفس اختيار الطلاق [٣].

وإنّما صار جمهور الفقهاء إلى أنّ التخيير والتمليك واحد في الحكم؛ لأنّ من عُرف دلالة اللغة أنّ من ملّك إنساناً أمراً من الأمور، إن شاء أن يفعله أو لا يفعلَه، فإنّه قد خيّره. وأمّا مالك فيرى أنّ قوله لها: اختاريني أو اختاري نفسك، أنّه ظاهر بعرف الشرع في معنى البينونة بتخيير رسول الله ﷺ نساءه؛ لأنّ المفهوم منه إنّما كان البينونةَ. وإنّما رأى مالك أنّه لا يُقبل قول الزوج في التمليك أنّه لم يُرِد به طلاقاً إذا زعم ذلك، لأنّه لفظ ظاهر في معنى جعل الطلاق بيدها [٤]. وأمّا الشافعي: فلمّا لم يكن اللفظ عنده نصّاً اعتبر فيه النيّة ـ فسبب الخلاف: هل يُغلَّب ظاهر اللفظ أو دعوى النيّة ـ وكذلك فَعَل في التخيير [٥].

وإنّما اتّفقوا على أنّ له مناكرتها في العدد ـ أعني: في لفظ التمليك ـ لأنّه لا يدلّ عليه دلالة محتمَلة، فضلاً عن ظاهره [٦]، وإنّما رأى مالك والشافعي أنّه إذا طلّقت نفسها بتمليكه إيّاها طلقةً واحدةً أنّها تكون رجعية؛ لأنّ الطلاق إنّما يُحمل على العرف الشرعي وهو طلاق السنّة [٧]. وإنّما رأى أبو حنيفة أنّها بائنة؛ لأنّه إذا كان له عليها رجعة لم يكن لما طلبت من التمليك فائدة، ولِمَا قصد هو من ذلك [٨].

---

١. سنن أبي داود ٢: ٢٦٢، كتاب الطلاق، باب في الخيار، الحديث ٢٢٠٣، صحيح مسلم ٢: ١١٠٤، كتاب الطلاق، باب بيان أنّ تخيير امرأته لا يكون طلاقاً إلّا بالنية، الحديث ٢٧.

٢. البيان للعمراني ١٠: ٨٧، المحلّى بالآثار ١٠: ١٢٣.

٣. المحلّى بالآثار ١٠: ١٢٣ ـ ١٢٤.

٤. الاستذكار ١٧: ١٦٦ ـ ١٦٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٧٣، الموطّأ ٢: ٥٦٣.

٥. البيان للعمراني ١٠: ٨٨، الاستذكار ١٧: ١٧١.

٦. المهذّب للشيرازي ٤: ٢٩٨، الاستذكار ١٧: ٥٦، المحلّى بالآثار ١٠: ١١٧ ـ ١٢١.

٧. الاشراف لابن المنذر ١: ١٦٠، الاستذكار ١٧: ٦٣ ـ ٦٤.

٨. الهداية للمرغيناني ١: ٢٦٥، بدائع الصنائع ٤: ٢٥٧.

وأمّا من رأى أنّ لها أن تطلّق نفسها في التمليك ثلاثاً، وأنّه ليس للزوج مناكرتها في ذلك، فلأنّ معنى التمليك عنده إنّما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة، فهي مخيَّرة فيما توقعه من أعداد الطلاق، وأمّا من جعل التمليك طلقةً واحدةً فقط أو التخيير، فإنّما ذهب إلى أنّه أقلّ ما ينطلق عليه الاسم، واحتياطاً للرجل؛ لأنّ العلّة في جعل الطلاق بأيدي الرجال دون النساء هو لنقصان عقلهنّ وغلبة الشهوة عليهنّ مع سوء المعاشرة.

وجمهور العلماء على أنّ المرأة إذا اختارت زوجها أنّه ليس بطلاق؛ لقول عائشة المتقدّم[1]. وروي عن الحسن البصري: أنّها إذا اختارت زوجها فواحدة، وإذا اختارت نفسها فثلاث[2].

فيتحصّل في هذه المسألة الخلاف في ثلاثة مواضع:

أحدها: أنّه لا يقع بواحد منهما طلاق.

والثاني: أنّه تقع بينهما فرقة.

والثالث: الفرق بين التخيير والتمليك فيما تُملَّك به المرأة، أعني: أن تَملك بالتخيير البينونة، وبالتمليك ما دون البينونة. وإذا قلنا بالبينونة، فقيل: تملك واحدةً، وقيل: تملك الثلاث. وإذا قلنا: إنّها تملك واحدةً، فقيل: رجعية، وقيل: بائنة.

وأمّا حكم الألفاظ التي تجيب بها المرأة في التخيير والتمليك، فهي ترجع إلى حكم الألفاظ التي يقع بها الطلاق، في كونها صريحةً في الطلاق أو كنايةً أو محتمِلة، وسيأتي تفصيل ذلك عند التكلّم في ألفاظ الطلاق.

---

١. البيان للعمراني ١٠: ٨٧، الاستذكار ١٧: ١٦٤، الاشراف لابن المنذر ١: ١٥٧.

٢. الاستذكار ١٧: ١٦٤، المحلّى بالآثار ١٠: ١١٧، الاشراف لابن المنذر ١: ١٥٨.

الجملة الثانية

وفي هذه الجملة ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في ألفاظ الطلاق وشروطه. **الباب الثاني**: في تفصيل من يجوز طلاقه ممّن لايجوز. **الباب الثالث**: في تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء ممّن لايقع.

الباب الأول في ألفاظ الطلاق وشروطه

وهذا الباب فيه فصلان:

الفصل الأول: في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة.

الفصل الثاني: في أنواع ألفاظ الطلاق المقيَّدة.

الفصل الأول في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة

أجمع المسلمون على أنّ الطلاق يقع إذا كان بنيّةٍ وبلفظٍ صريح[1]*. واختلفوا هل يقع

---

* وهو ظاهر فقهاء الإماميّة. (الخلاف ٤: ٤٥٩ ـ ٤٦١، مسالك الأفهام ٩: ٦٣، ٦٤).

---

١. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٤، المحلّى بالآثار ١٠: ١٨٥، الهداية للمرغيناني ١: ٢٥١، حلية العلماء ٧: ٣١ ـ ٣٢، المغني لابن قدامة ٨: ٢٦٤.

بالنيّة مع اللفظ الذي ليس بصريح، أو بالنيّة دون اللفظ، أو باللفظ دون النيّة [١]. فمن اشترط فيه النيّةَ واللفظَ الصريح فاتّباعاً لظاهر الشرع، وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح، ومن شبّهه بالعقد في النذر وفي اليمين أوقعه بالنيّة فقط، ومن أعمل التُّهمة أوقعه باللفظ فقط [٢].

واتّفق الجمهور على أنّ ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان: صريح وكناية [٣]*. واختلفوا في تفصيل الصريح من الكناية، وفي أحكامها وما يلزم فيها، ونحن إنّما قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجري مجرى الأُصول، فقال مالك وأصحابه: الصريح هو لفظ الطلاق فقط، وما عدا ذلك كناية، وهي عنده على ضربين: ظاهرة ومحتملة، وبه قال أبو حنيفة [٤]**.

---

* ألفاظ الطلاق عند الإماميّة صنفان: صريح وغير صريح وهو الكناية. والأول ينحصر في لفظ «طالق» دون غيره من الألفاظ، ولا خلاف في وقوع الطلاق به. وأمّا غيره من الألفاظ فالمشهور عدم وقوعه بها، وذهب البعض إلى وقوعه في بعضها مع النية أو القصد إلى الطلاق. (الخلاف ٤: ٤٥٩، مسالك الأفهام ٩: ٦٣ ـ ٦٧، كشف اللثام ٨: ٢٩ ـ ٣١، الحدائق الناضرة ٢٥: ١٩٩، رياض المسائل ١١: ٥٦ ـ ٥٧، جواهر الكلام ٣٢: ٥٦ ـ ٥٩).

** المشهور عند فقهاء الإماميّة انحصار صيغة الطلاق في لفظ الطلاق الصريح، بصيغة مخصوصة متلقّاة من الشرع، وهي: «أنتِ أو فلانة طالق» وما شاكلها من الألفاظ الدالّة على تعيين المطلَّقة دون غيرها من الصيغ، وقد ثبت ذلك بالإجماع والنصّ.

فقد روى أحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي في كتاب الجامع عن محمد بن سماعة، ←

---

١. المقدّمات الممهّدات ١: ٤٩٨، البيان للعمراني ١٠: ٧٩، ٨٦، حلية العلماء ٧: ٣١، مختصر القدوري: ١٥٥، الإفصاح ٢: ١٢٢.

٢. البيان للعمراني ١٠: ٧٩ ـ ٨٣، حلية العلماء ٧: ٣١ ـ ٣٤، الهداية للمرغيناني ١: ٢٥١ ـ ٢٥٢، المحلّى بالآثار ١٠: ١٨٥ ـ ١٨٨.

٣. التفريع ٢: ٧٤، مختصر القدوري: ١٥٥، البيان للعمراني ١٠: ٧٩.

٤. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٤، التفريع ٢: ٧٤، التلقين ١: ٣٢٣، بدائع الصنائع ٤: ٢١٦ ـ ٢٢٢، مختصر القدروي: ١٥٥.

وقال الشافعي: ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاث: الطلاق والفراق والسراح، وهي المذكورة في القرآن [١]. وقال بعض أهل الظاهر: لايقع طلاق إلّا بهذه الثلاث [٢]. فهذا هو اختلافهم في صريح الطلاق من غير صريحه.

وإنّما اتّفقوا على أنّ لفظ «الطلاق» صريح؛ لأنّ دلالتَه على هذا المعنى الشرعي دلالةٌ وضعية بالشرع فصار أصلاً في هذا الباب، وأمّا ألفاظ «الفراق» و«السراح» فهي متردّدة بين أن يكون للشرع فيها تصرّف، أعني: أن تدلّ بعرف الشرع على المعنى الذي يدلّ عليه الطلاق، أو هي باقية على دلالتها اللغوية، فإذا استعملت في هذا المعنى ـ أعني: في معنى الطلاق ـ كانت مجازاً، إذ هذا هو معنى الكناية، أعني: اللفظ الذي يكون مجازاً في دلالته. وإنّما ذهب من ذهب إلى أنّه لايقع الطلاق إلّا بهذه الألفاظ الثلاثة، لأنّ الشرع إنّما ورد بهذه الألفاظ الثلاثة، وهي عبادة، ومن شرطها اللفظ، فوجب أن يقتصر بها على اللفظ الشرعي الوارد فيها [٣].

فأمّا اختلافهم في أحكام صريح ألفاظ الطلاق، ففيه مسألتان مشهورتان: **إحداهما**: اتّفق مالك والشافعي وأبو حنيفة عليها، **والثانية**: اختلفوا فيها.

فأمّا التي اتّفقوا عليها، فإنّ مالكاً والشافعي وأبا حنيفة قالوا: لايقبل قول المطلِّق إذا نطق

← عن محمد بن مسلم، عن الباقر ﷺ في رجلٍ قال لامرأته: أنتِ حرام أو بائنة أو بتّة أو بريّة أو خليّة، فقال: «هذا ليس بشيء، إنّما الطلاق أن يقول لها من قبل عدّتها قبل أن يجامعها: أنت طالق، ويشهد علىٰ ذلك رجلين عدلين». (مسالك الأفهام ٩: ٦٣؛ كشف اللثام ٨: ٢٩، الحدائق الناضرة ٢٥: ١٩٩، رياض المسائل ١١: ٥٦ ـ ٥٨، جواهر الكلام ٣٢: ٥٦ ـ ٥٧).

---

١. البيان للعمراني ١٠: ٧٩ ـ ٨٠، التهذيب للبغوي ٦: ٢١ ـ ٢٢.

٢. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ١٨٥.

٣. المصدر السابق: ١٨٥ ـ ١٨٦، التهذيب للبغوي ٦: ٢١ ـ ٢٢، بدائع الصنائع ٤: ٢٣٤، البيان للعمراني ١٠: ٧٩ ـ ٨٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٤.

بألفاظ الطلاق أنّه لم يُرد به طلاقاً إذا قال لزوجته: أنت طالق [١] *، وكذلك «السراح» و«الفراق» عند الشافعي [٢]. واستثنت المالكية بأن قالت: إلّا أن تقترن بالحالة أو بالمرأة قرينةٌ تدلّ على صدق دعواه [٣]، مثل أن تسأله أن يُطْلقها من وثاقٍ هي فيه وشبهِه، فيقول لها: أنت طالق [٤].

وفقه المسألة عند الشافعي وأبي حنيفة: أنّ الطلاق لايحتاج عندهم إلى نيّة [٥]، وأمّا مالك

---

* المشهور عند الإماميّة أنّ المطلّق لو ادّعىٰ عدم القصد بعد إيقاعه الطلاق، قُبل منه ظاهراً ودين بنيّته باطناً وإن تأخّر تفسيره، ما لم تخرج من العدّة، بل في ظاهر المبسوط وصريح الخلاف الاجماع عليه.

واستدلّ له ـ مضافاً للاجماع ـ بالأصل، أي: أصل بقاء النكاح، وإيقاع الطلاق بلا نيّة يحتاج إلى دليل، وبكونه مخبراً عن نيّته التي لاتعلم إلّا من جهته.

وقيل: لايقبل منه إلّا مع قيام قرينة علىٰ صدقه، أو كونها في عدّة رجعية، فيجعل ذلك بمنزلة الرجعة. وقوّاه الشهيد الثاني وبسطه في نهاية المرام، والمحدّث البحراني في الحدائق.

ووجهه: أنّ الأمر هناكما في سائر التصرّفات القولية من بيع ونحوه؛ لأنّ الظاهر من حال العاقل المختار القصد إلىٰ مدلول اللفظ الذي يتكلّم به، فإخباره بخلاف ذلك منافٍ للظاهر. (الخلاف ٤: ٤٥٨، قواعد الاحكام ٣: ١٢٢، مسالك الأفهام ٩: ٢٧، كشف اللثام ٨: ١١، الحدائق الناضرة ٢٥: ١٦٧، ١٦٨، جواهر الكلام ٣٢: ٢٠).

---

١. التفريع ٢: ٧٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٤، بدائع الصنائع ٤: ٢٢٣، الهداية للمرغيناني ١: ٢٥١، حلية العلماء ٧: ٣٢، التهذيب للبغوي ٦: ٢٩.

٢. التهذيب للبغوي ٦: ٢٩، حلية العلماء ٧: ٣٢.

٣. التفريع ٢: ٧٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٤.

٤. المعونة ٢: ٨٤٧.

٥. الهداية للمرغيناني ١: ٢٥١، بدائع الصنائع ٤: ٢٢٢، التهذيب للبغوي ٦: ٢١، البيان للعمراني ١٠: ٧٩.

فالمشهور عنه أنّ الطلاق عنده يحتاج إلى نيّة [١] *، لكن لم ينوّه هاهنا لموضع التهم، ومن رأيه: الحكم بالتهم سدّاً للذرائع، وذلك ممّا خالفه فيه الشافعي وأبو حنيفة، فيجب على رأي من يشترط النيّة في ألفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم أن يصدّقه فيما ادّعىٰ [٢].

وأمّا المسألة الثانية فهي اختلافهم في من قال لزوجته: أنت طالق، وادّعى أنّه أراد بذلك أكثر من واحدة، إمّا ثنتين وإمّا ثلاثاً. فقال مالك: هو ما نوى، وقد لزمه [٣]، وبه قال الشافعي، إلّا أن يقيِّد فيقولَ طلقةً واحدة، وهذا القول هو المختار عند أصحابه [٤]. وأمّا أبو حنيفة فقال: لا يقع ثلاثاً بلفظ الطلاق؛ لأنّ العدد لا يتضمّنه لفظ الإفراد، لا كنايةً ولا تصريحاً [٥] **.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ اشتراط القصد في صحّة الطلاق، بمعنىٰ كونه قاصداً بلفظ الطلاق معناه في المقام، كما في غيره من التصرّفات القولية.

واستدلّ له ـ مضافاً إلىٰ الإجماع ـ بالنصوص المستفيضة؛ كصحيح هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا طلاق إلّا من أراد الطلاق». (مسالك الأفهام ٩: ٢٤، كشف اللثام ٨: ١٠، الحدائق الناضرة ٢٥: ١٦٦، رياض المسائل ١١: ٣٧، جواهر الكلام ٣٢: ١٧).

** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّ المطلّق لو قال: أنتِ طالق، لم يصحّ أن ينوي بها أكثر من طلقة واحدة، ومتىٰ نوىٰ أكثر من ذلك لم يقع إلّا واحدة، بل ادّعي عليه الاجماع.

واستدلّ له ـ مضافاً للاجماع ـ بأنّ الأصل بقاء العقد، ووقوع الواحدة بصريح الطلاق مع النيّة مجمع عليه، وما زاد عليه وبغير الصريح لا دلالة عليه. (الخلاف ٤: ٤٦٨، المبسوط ٥: ٢٨، المهذب لابن البرّاج ٢: ٢٧٦).

---

١. المقدّمات الممهّدات ١: ٤٩٨.

٢. أنظر: المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٩، بدائع الصنائع ٤: ٢٢٣، البيان للعمراني ١٠: ٨٠.

٣. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٤، المعونة ٢: ٨٤٧.

٤. حلية العلماء ٧: ٥٣ ـ ٥٤، الوجيز ٢: ٥٩، الوسيط ٥: ٤٠٥ ـ ٤٠٦، البيان للعمراني ١٠: ١٠٠.

٥. الجامع الصغير: ١٩٣، مختصر القدوري: ١٥٥، الهداية للمرغيناني ١: ٢٥٢، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤١١.

وسبب اختلافهم: هل يقع الطلاق بالنيّة دون اللفظ، أو بالنيّة مع اللفظ المحتمِل؟

فمن قال بالنيّة أوجب الثلاث، وكذلك من قال بالنيّة واللفظ المحتمِل ورأى أنّ لفظ الطلاق يحتمل العدد. ومن رأى أنّه لايحتمل العدد، وأنّه لابدّ من اشتراط اللفظ في الطلاق مع النيّة، قال: لايجب العدد وإن نواه.

وهذه المسألة اختلفوا فيها، وهي من مسائل شروط ألفاظ الطلاق ـ أعني: اشتراطَ النيّة مع اللفظ، أو بانفراد أحدهما ـ فالمشهور عن مالك أنّ الطلاق لايقع إلّا باللفظ والنيّة، وبه قال أبو حنيفة [١] *، وقد روي عنه: أنّه يقع باللفظ دون النيّة [٢]. وعند الشافعي: أنّ لفظ الطلاق الصريح لايحتاج إلى نيّة [٣].

فمن اكتفىٰ بالنيّة احتجّ بقوله ﷺ: «إنّما الأعمال بالنيّات» [٤ و ٥]، ومن لم يعتبر النيّة دون اللفظ احتجّ بقوله عليه الصلاة والسلام: «رُفعَ عن أُمتي الخطأ والنسيان وما حدَّثت به

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ إيقاع الطلاق مشروط بالقصد، فلا يقع طلاق الغافل والساهي وتارك النيّة وإن نطق باللفظ الصريح، والنصوص به كثيرة، منها: قول الباقر: «ولو أنّ رجلاً طلّق علىٰ سنّة، وعلىٰ طهرٍ من غير جماع، وأشهد، ولم ينو الطلاق، لم يكن طلاقه طلاقاً». وغير ذلك من النصوص المعتضدة بعموم «لا عمل إلّا بنية» و«إنّما الأعمال بالنيات» بناءً علىٰ ارادة القصد منها، لا خصوص القربة. وأمّا اشتراط اللفظ فيُعلم ممّا مرّ سابقاً. (كشف اللثام ٨: ١٠، جواهر الكلام ٣٢: ١٧ ـ ١٨).

---

١. المقدّمات الممهّدات ١: ٤٩٨. والمعروف في فقه الحنفية: أنّ لفظ الطلاق الصريح هو لفظ الطلاق أو التطليق، وهو لايحتاج إلى النيّة. لاحظ: بدائع الصنائع ٤: ٢٢٢، الهداية للمرغيناني ١: ٢٥١، مختصر القدوري: ١٥٥.

٢. المقدّمات الممهّدات ١: ٤٩٨، القبس لابن العربي ٣: ٩٩، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٥٠٩.

٣. التهذيب للبغوي ٦: ٢١، البيان للعمراني ١٠: ٧٩.

٤. صحيح البخاري ١: ٢، كيف كان بدء الوحي إلىٰ رسول الله ﷺ، الحديث ١، سنن أبي داود ٢: ٢٦٢، كتاب الطلاق، باب فيما عنىٰ به الطلاق والنيات، الحديث ٢٢٠١.

٥. المقدّمات الممهّدات ١: ٤٩٨، الحاوي الكبير ١٠: ١٥٠.

أنفُسها»[١و٢]. والنيّة دون قولٍ حديثُ نفس، قال: وليس يلزم من اشتراط النيّة في العمل في الحديث المتقدّم أن تكون النيّة كافيةً بنفسها.

واختلف المذهب: هل يقع بلفظ الطلاق في المدخول بها طلاق بائن إذا قصد ذلك المطلِّق ولم يكن هنالك عوض؟ فقيل: يقع، وقيل: لايقع[٣]، وهذه المسألة هي من مسائل أحكام صريح ألفاظ الطلاق.

وأمّا ألفاظ الطلاق التي ليست بصريحة *، فمنها: ما هي كناية ظاهرة عند مالك،

---

* الظاهر إجماع الإماميّة علىٰ عدم وقوع الطلاق بالكنايات مطلقاً، ظاهرة كانت كقوله: «أنتِ خليّة أو بريّة» أو خفية كقوله: «حبلكِ علىٰ غاربك» ونحوها، سواء نوىٰ به الطلاق أو لم ينو.

واستدلّ له ـ مضافاً للإجماع ـ بالنصوص التي تقدّم بعضها في انحصار صيغة الطلاق بقوله: «أنتِ طالق».

خلافاً لابن الجنيد من المتقدّمين، حيث ذهب إلى وقوع الطلاق بقوله: «اعتدّي»، ومال إليه الشهيد الثاني، وسبطه في المدارك.

واحتجّ لابن الجنيد بحسنة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «الطلاق أن يقول لها: اعتدّي، أو يقول لها: أنتِ طالق ونحوها حسنة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام.

إلّا أنّ المعروف بين الفقهاء عدم العمل بالخبرين المذكورين، وإعراضهم عنهما، أو حملهما على التقية، أو غير ذلك. ←

---

١. المصنّف لعبدالرزاق ١١: ٢٩٨، باب الله أرحم بعبده، الحديث ٢٠٥٨٨، سنن ابن ماجة ١: ٦٥٩، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، الحديث ٢٠٤٥، وفيهما: «الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، وأمّا «ما حدّثت به أنفسها» ففي حديث آخر، لاحظ: سنن أبي داود ٢: ٢٦٤، كتاب الطلاق، باب الوسوسة في الطلاق، الحديث ٢٢٠٩، سنن ابن ماجة ١: ٦٥٨، كتاب الطلاق، باب من طلّق في نفسه ولم يتكلّم به، الحديث ٢٠٤٠.

٢. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٥، المغني لابن قدامة ٨: ٢٦٤، الحاوي الكبير ١٠: ١٥٠.

٣. أنظر: الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٤ ـ ٢٦٥.

ومنها: ما هي كناية محتملة. ومذهب مالك أنّه إذا ادّعىٰ في الكناية الظاهرة أنّه لم يرد طلاقاً، لم يقبل قوله، إلّا أن تكون هنالك قرينة تدلّ على ذلك؛ كرأيه في الصريح، وكذلك لايقبل عنده ما يدّعيه من دون الثلاث في الكنايات الظاهرة [١]، وذلك في المدخول بها، إلّا أن يكون قال ذلك في الخُلع.

وأمّا غير المدخول بها فيصدّقه في الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث؛ لأنّ طلاق غير المدخول بها بائن، وهذه هي مثلُ قولهم: حَبْلُكِ على غاربك، ومثل: البتة، ومثل قولهم: أنت خليّة وبريّة [٢].

وأمّا مذهب الشافعي في الكنايات الظاهرة، فإنّه يرجع في ذلك إلى ما نواه، فإن كان نوىٰ طلاقاً كان طلاقاً، وإن كان نوىٰ ثلاثاً كان ثلاثاً، أو واحدةً كان واحدةً ويُصدّق في ذلك [٣].

وقول أبي حنيفة في ذلك مثل قول الشافعي، إلّا أنّه إذا نوىٰ على أصله واحدةً أو اثنتين وقع عنده طلقة واحدة بائنة. وإن اقترنت به قرينة تدلّ على الطلاق، وزعم أنّه لم ينوه، لم يصدّق، وذلك إذا كان عنده في مذاكرته الطلاق. وأبو حنيفة يطلّق بالكنايات كلّها إذا

← وقد أجاب الشيخ الطوسي عن الخبرين بقوله: إنّ قولهم: اعتدّي إنّما يكون به اعتبار إذا تقدّمه قول الرجل: «أنتِ طالق»، ثم يقول لها: اعتدّي؛ لأنّ قوله لها: اعتدّي، ليس له معنى؛ لأنّ لها أن تقول: من أيّ شيء اعتدّ؟ فلابدّ من أن يقول لها: اعتدّي لأنّي قد طلّقتك، فالاعتبار بالطلاق لا بهذا القول، إلّا أن يكون هذا القول كالكاشف لها عن أنّه لزمها حكم الطلاق، وكالموجب لها ذلك، ولو تجرّد من غير أن يتقدّمه لفظ الطلاق لما كان به اعتبار. (مختلف الشيعة ٧: ٣٤٤ ـ ٣٤٥، مسالك الأفهام ٩: ٧٥ ـ ٧٦، كشف اللثام ٨: ٣١ ـ ٣٢، رياض المسائل ١١: ٥٦ ـ ٥٧، جواهر الكلام ٣٢: ٥٩ ـ ٦٦، الحدائق الناضرة ٢٥: ١٩٩ ـ ٢٠٢).

---

١. المعونة ٢: ٨٤٧ ـ ٨٤٨، عيون المجالس ٣: ١٢٢١ ـ ١٢٢٢، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٥٠٩ ـ ٥١٠.

٢. المعونة ٢: ٨٤٧، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٥٠٩، عيون المجالس ٣: ١٢٢١ ـ ١٢٢٢.

٣. التهذيب للبغوي ٦: ٣٠، ٣٣، البيان للعمراني ١٠: ٨٣ ـ ٨٤، الاشراف لابن المنذر ١: ١٤٥.

اقترنت بها هذه القرينة، إلّا أربع: حبلك على غاربك، واعتدّي، واستبرئي، وتقنّعي، لأنّها عنده من المحتمِلة غير الظاهرة [١].

وأمّا ألفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة، فعند مالك أنّه يعتبر فيها نيّته، كالحال عند الشافعي في الكناية الظاهرة. وخالفه في ذلك جمهور العلماء فقالوا: ليس فيها شيء وإن نوى طلاقاً [٢].

فيتحصّل في الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال: قول: إنّه يصدّق بإطلاق وهو قول الشافعي، وقول: إنّه لايصدّق إلّا أن يكون هنالك قرينة وهو قول مالك، وقول: إنّه يصدّق إلّا أن يكون في مذاكرة الطلاق وهو قول أبي حنيفة.

وفي المذهب خلاف في مسائل يتردّد حملها بين الظاهر والمحتمل، وبين قوتها وضعفها في الدلالة على صفة البينونة، فوقع فيها الاختلاف، وهي راجعة إلى هذه الأصول.

وإنّما صار مالك إلى أنّه لايقبل قوله في الكنايات الظاهرة إنّه لم يرد به طلاقاً؛ لأنّ العرف اللغوي والشرعي شاهد عليه، وذلك أنّ هذه الألفاظ إنّما تَلفَّظ بها الناس غالباً، والمراد بها الطلاق، إلّا أنّ يكون هنالك قرينة تدلّ على خلاف ذلك.

وإنّما صار إلى أنّه لايقبل قوله فيما يدّعيه دون الثلاث؛ لأنّ الظاهر من هذه الألفاظ هو البينونة، والبينونة لاتقع إلّا خلعاً عنده في المشهور أو ثلاثاً، وإذا لم تقع خلعاً ـ لأنّه ليس هناك عوض ـ فبقي أن يكون ثلاثاً، وذلك في المدخول بها [٣]. ويتخرّج على القول في المذهب بأنّ البائن تقع من دونِ عوضٍ ودون عددٍ: أن يصدّق في ذلك، وتكون واحدة بائنة.

وحجّة الشافعي: أنّه إذا وقع الإجماع على أنّه يقبل قوله فيما دون الثلاث في صريح ألفاظ الطلاق، كان أحرىٰ أن يقبل قوله في كنايته؛ لأنّ دلالة الصريح أقوىٰ من دلالة

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٢١، الجامع الصغير: ٢٠٦، بدائع الصنائع ٤: ٢٣٥، حلية العلماء ٧: ٣٤.

٢. المعونة ٢: ٨٤٧ ـ ٨٤٨، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٥١٠، التهذيب للبغوي ٦: ٣٠، البيان للعمراني ١٠: ٨٤.

٣. المعونة ٢: ٨٤٧.

الكناية، ويشبه أن تقول المالكية: إنّ لفظ الطلاق وإن كان صريحاً في الطلاق فليس بصريح في العدد، ومن الحجّة للشافعي [١] حديث ركانة المتقدّم [٢]، وهو مذهب عمر [٣] في «حبلك على غاربك»، وإنّما صار الشافعي إلى أنّ الطلاق في الكنايات الظاهرة إذا نوى ما دون الثلاث يكون رجعياً؛ لحديث ركانة المتقدّم.

وصار أبو حنيفة إلى أنّه يكون بائناً لأنّه المقصود به قطع العصمة، ولم يجعله ثلاثاً؛ لأنّ الثلاث معنىً زائد على البينونة عنده [٤].

فسبب اختلافهم: هل يقدَّم عرف اللفظ على النيّة أو النيّة على عرف اللفظ؟ وإذا غلّبنا عرف اللفظ: فهل يقتضي البينونة فقط أو العدد؟ فمن قدّم النيّة لم يقض عليه بعرف اللفظ، ومن قدّم العرف الظاهر لم يلتفت إلى النيّة.

وممّا اختلف فيه الصدر الأول وفقهاء الأمصار من هذا الباب، أعني: من جنس المسائل الداخلة في هذا الباب: لفظ التحريم أعني: من قال لزوجته: أنت عليّ حرام، وذلك أنّ مالكاً قال: يحمل في المدخول بها على البتّ ـ أي: الثلاث ـ وينوي في غير المدخول بها، وذلك على قياس قوله المتقدّم في الكنايات الظاهرة، وهو قول ابن أبي ليلى وزيدِ بن ثابت وعليٍّ من الصحابة، وبه قال أصحابه، إلّا ابنَ الماجشون فإنّه قال: لاينوي في غير المدخول بها، وتكون ثلاثاً، فهذا هو أحد الأقوال في هذه المسألة [٥].

والقول الثاني: إنّه إن نوىٰ بذلك ثلاثاً فهي ثلاث، وإن نوىٰ واحدةً فهي واحدة بائنة، وإن نوىٰ يميناً فهو يمين يكفّرها، وإن لم ينو بِهِ طلاقاً ولا يميناً فليس بشيء، هي كذبة، وقال بهذا القول الثوري [٦].

---

١. البيان للعمراني ١٠: ٩٩ ـ ١٠٠، التهذيب للبغوي ٦: ٣٣ ـ ٣٥.

٢. تقدّم تخريجه.

٣. حكاه ابن المنذر في الاشراف ١: ١٤٨.

٤. بدائع الصنائع ٤: ٢٣٥ ـ ٢٣٦.

٥. الاستذكار ١٧: ٣٦ ـ ٣٩، البيان للعمراني ١٠: ٨٩ ـ ٩٠، الاشراف لابن المنذر ١: ١٥١ ـ ١٥٢.

٦. الاستذكار ١٧: ٣٩ ـ ٤٠، الاشراف لابن المنذر ١: ١٥٢.

والقول الثالث: إنّه يكون أيضاً ما نوىٰ بها، وإن نوىٰ واحدةً فواحدة، أو ثلاثاً فثلاث، وإن لم ينو شيئاً فهو يمين يكفّرها، وهذا القول قاله الأوزاعي [١].

والقول الرابع: إنّه ينوي فيها في الموضعين: في إرادة الطلاق وفي عدده، فما نوى كان ما نوىٰ، فإن نوىٰ واحدةً كان رجعياً، وإن أراد تحريمها بغير طلاق فعليه كفّارة يمين، وهو قول الشافعي [٢].

والقول الخامس: إنّه ينوي أيضاً في الطلاق وفي العدد، فإن نوىٰ واحدةً كانت بائنة، فإن لم ينو طلاقاً كان يميناً، وهو مولٍ، فإن نوى الكذب فليس بشيء، وهذا القول قاله أبو حنيفة وأصحابه [٣].

والقول السادس: إنّها يمين يكفّرها ما يكفّر اليمين، إلّا أنّ بعض هؤلاء قال: يمين مغلَّظة، وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين [٤]. وقال ابن عباس وقد سئل عنها: ﴿لَقَدْ كانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللّٰهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾ [٥] خرّجه البخاري ومسلم [٦]. ذهب إلى الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿يا أَيُّها النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ ما أَحَلَّ اللّٰهُ لَكَ﴾ الآية ٧ و ٨.

والقول السابع: إنّ تحريم المرأة كتحريم الماء، وليس فيه كفّارة ولا طلاق؛ لقوله تعالى: ﴿لا تُحَرِّمُوا طَيِّباتِ ما أَحَلَّ اللّٰهُ لَكُمْ﴾ [٩] وهو قول مسروق والأجدع وأبي سلمة بن

---

١. الاستذكار ١٧: ٤٠، البيان للعمراني ١٠: ٨٩ ـ ٩٠، الاشراف لابن المنذر ١: ١٥٢.

٢. البيان للعمراني ١٠: ٨٩، الاستذكار ١٧: ٤٠، الاشراف لابن المنذر ١: ١٥٢.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤١٣، الهداية للمرغيناني ١: ٢٦٣، الاستذكار ١٧: ٤٠، البيان للعمراني ١٠: ٩١، الاشراف لابن المنذر ١: ١٥٢.

٤. الاستذكار ١٧: ٤١، ٤٣، البيان للعمراني ١٠: ٩٠، الاشراف لابن المنذر ١: ١٥٢.

٥. سورة الأحزاب: الآية ٢١.

٦. صحيح البخاري ٧: ٧٨، كتاب الطلاق، باب لِمَ تحرّم ما أحلّ الله لك، الحديث ١٣، صحيح مسلم ٢: ١١٠٠، كتاب الطلاق، باب وجوب الكفّارة علىٰ من حرّم امرأته ولم ينو الطلاق، الحديث ١٨، ١٤٧٣/١٩.

٧. سورة التحريم: الآية ١.

٨. الاستذكار ١٧: ٤٧، البيان للعمراني ١٠: ٩١.

٩. سورة المائدة: الآية ٨٧.

عبدالرحمان والشعبي وغيرِهم [١]*.

ومن قال فيها: إنّها غير مغلَّظة، بعضهم أوجب فيها الواجب في الظهار، وبعضهم أوجب فيها عتقَ رقبة.

وسبب الاختلاف: هل هو يمين أو كناية [٢]، أو ليس بيمين ولا كناية؟ فهذه أصول لم يقع من الاختلاف في ألفاظ الطلاق.

الفصل الثاني في ألفاظ الطلاق المقيّدة

والطلاق المقيَّد لايخلو من قسمين: إمّا تقييد اشتراط، أو تقييد استثناء. والتقييد المشترط لايخلو أن يعلّق بمشيئة من له اختيار، أو بوقوع فعلٍ من الأفعال المستقبلة، أو بخروج شيءٍ مجهول العلم إلى الوجود على ما يدّعيه المعلِّق للطلاق به ممّا لايُتوصّل إلى علمه إلّا بعد خروجه إلى الحسّ، أو إلى الوجود، أو بما لا سبيل إلى الوقوف عليه ممّا هو ممكن أن يكون أو لايكون.

فأمّا تعليق الطلاق بالمشيئة فإنّه لايخلو أن يعلّقه بمشيئة الله أو بمشيئة مخلوق، فإذا علّقه بمشيئة الله، وسواء علّقه على جهة الشرط، مثل أن يقول: أنت طالق إن شاء الله، أو على جهة الاستثناء مثل أن يقول: أنت طالق إلّا أن يشاء الله، فإنّ مالكاً قال: لايؤثّر الاستثناء في الطلاق شيئاً، وهو واقع ولابد [٣].

---

* ذكرنا رأي الإماميّة في الكنايات آنفاً، فراجع.

---

١. الاشراف لابن المنذر ١: ١٥٢، البيان للعمراني ١٠: ٩٠ ـ ٩١، الاستذكار ١٧: ٤١، ٤٥ـ٤٦: وفيه: مسروق بن الاجدع.

٢. الاستذكار ١٧: ٤٤ ـ ٤٧. وانظر: البيان للعمراني ١٠: ٩٢، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤١٣ ـ ٤١٤.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ١٦، عيون المجالس ٣: ١٢٤٠، المعونة ٢: ٨٤٤.

وقال أبو حنيفة والشافعي: إذا استثنى المطلِّق مشيئة الله لم يقع الطلاق[١]*.

وسبب الخلاف: هل يتعلّق الاستثناء بالأفعال الحاضرة الواقعة كتعلّقه بالأفعال المستقبلة أو لايتعلّق؟ وذلك أنّ الطلاق هو فعل حاضر، فمن قال: لايتعلّق به قال: لايؤثّر الاستثناء، ولا اشتراط المشيئة في الطلاق. ومن قال: يتعلّق به، قال: يؤثّر فيه.

وأمّا إن علّق الطلاق بمشيئة من تصحّ مشيئته، ويتوصل إلى علمها، فلا خلاف في مذهب مالك أنّ الطلاق يقف علىٰ اختيار الذي علّق الطلاق بمشيئته[٢]**.

وأمّا تعليق الطلاق بمشيئة من لا مشيئة له، ففيه خلاف في المذهب، قيل: يلزمه الطلاق، وقيل: لايلزمه. والصبي والمجنون داخلان في هذا المعنى[٣]، فمن شبّهه بطلاق الهزل، وكان

---

* المشهور عند الإماميّة: عدم وقوع الطلاق لو علّقه بشرطٍ أو صفةٍ أو بمشيئة الله، بل ادّعي عليه الإجماع. واستدلّ له ـ بعد الإجماع المذكور ـ بظهور النصوص في الحصر، ومنافاة التعليق لقاعدة عدم تأخّر المعلول عن علّته، إذ السبب الشرعي كالسبب العقلي في ذلك، إلّا ما خرج بالدليل. (كشف اللثام ٨: ٣٨، جواهر الكلام ٣٢: ٧٨ ـ ٨٠، تحرير الأحكام ٤: ٦٢).

** نصّ فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه لو قال الرجل لامرأته: أنتِ طالق لرضا فلان، فإن قصد الشرط بمعنىٰ: إن رضي فلان، بطل الطلاق، وذلك لعدم جواز التعليق في الطلاق.

وإن عنىٰ الغرض الذي هو داعٍ من الدواعي، لم يبطل الطلاق، ويكون واقعاً؛ لأنّه منجّز غايته أنّ الباعث عليه رضا فلان، فلا يقدح قصد الضميمة، إذ لابدّ من باعثٍ عليه من رضا فلان وغيره، وضميمة البواعث غير منافية له. (مسالك الأفهام ٩: ١٠٠، كشف اللثام ٨: ٣٧، جواهر الكلام ٣٢: ٩٢).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٤٠، الهداية للمرغيناني ١: ٢٧٦، الوسيط ٥: ٤١٧، التهذيب للبغوي ٦: ٩٥.

٢. المعونة ٢: ٨٤٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٨.

٣. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٨، المعونة ٢: ٨٤٤.

الطلاق بالهزل عنده يقع، قال: يقع هذا الطلاق، ومن اعتبر وجود الشرط قال: لايقع؛ لأنّ الشرط قد عُدم هاهنا [١].

وأمّا تعليق الطلاق بالأفعال المستقبلة *، فإنّ الأفعال التي يعلَّق بها توجد على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما يمكن أن يقع أو لايقع على السواء؛ كدخول الدار وقدوم زيد، فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف [٢].

[والثاني:] وأمّا ما لابدّ من وقوعه؛ كطلوع الشمس غداً، فهذا يقع ناجزاً عند مالك [٣]، ويقف وقوعه عند الشافعي وأبي حنيفة على وجود الشرط [٤]. فمن شبّهه بالشرط الممكن الوقوع، قال: لايقع إلّا بوقوع الشرط. ومن شبّهه بالوطء الواقع في الأجل بنكاح المتعة؛ لكونه وطئاً مستباحاً إلى أجل، قال: يقع الطلاق.

والثالث: هو الأغلب منه بحسب العادة وقوع الشرط، وقد لايقع؛ كتعليق الطلاق بوضع الحمل ومجيء الحيض والطهر، ففي ذلك روايتان عن مالك: إحداهما: وقوع الطلاق ناجزاً، والثانية: وقوعه على وجود شرطه [٥]، وهو الذي يأتي على مذهب أبي حنيفة والشافعي [٦]. والقول بإنجاز الطلاق في هذا يضعف؛ لأنّه مشبّه عنده بما يقع ولابدّ، والخلاف فيه قوي.

---

* تقدّم أنّ المشهور من مذهب الإماميّة عدم جواز التعليق في الطلاق، بل عليه الإجماع. واستدلّ له بالأصل والاحتياط، وأنّه منافٍ للإيقاع والإنشاء. (مسالك الأفهام ٩: ١٠١، كشف اللثام ٨: ٣٧، جواهر الكلام ٣٢: ٩٢).

---

١. المعونة ٢: ٨٤٦.

٢. المعونة ٢: ٨٤٣، ٨٤٦، التفريع ٢: ٨٥.

٣. المعونة ٢: ٨٤٤، التفريع ٢: ٨٥.

٤. البيان للعمراني ١٠: ١٢٦، المهذّب للشيرازي ٤: ٣١٩، الهداية للمرغيناني ١: ٢٥٥، مختصر القدوري: ١٥٦.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٤، المعونة ٢: ٨٤٤، التفريع ٢: ٨٤.

٦. مختصر القدوري: ١٥٧، الهداية للمرغيناني ١: ٢٧٥، الاشراف لابن المنذر ١: ١٧٥، البيان للعمراني ١٠: ١٣٦.

وأمّا تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود، فإن كان لا سبيل إلى علمه، مثل أن يقول: إن كان خلق الله اليوم في بحر القلزم حوتاً بصفة كذا فأنت طالق، فلا خلاف أعلمه في المذهب أنّ الطلاق يقع في هذا[١]، وأمّا إن علّقه بشيءٍ يمكن أن يعلم بخروجه إلى الوجود، مثل أن يقول: إن ولدْتِ أنثى فأنت طالق، فإنّ الطلاق يتوقّف على خروج ذلك الشيء إلى الوجود[٢]. وأمّا إن حلف بالطلاق أنّها تلد أنثى، فإنّ الطلاق في الحين يقع عنده وإن ولدت أنثى، وكأنّ هذا من باب التغليظ، والقياس يوجب أن يوقف الطلاق على خروج ذلك الشيء أو ضدِّه[٣]*.

ومن قول مالك: إنّه إذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط أن يفعل فعلاً من الأفعال، أنّه لا يحنث حتى يفعل ذلك الفعل، وإذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعلٍ من الأفعال، فإنّه على الحنث حتى يفعل، ويوقف عنده عن وطء زوجته[٤]، فإن امتنع عن ذلك الفعل أكثر من مدّة أجَلِ الإيلاء ضُرب له أجل الإيلاء، ولكن لا يقع عنده حتى يفوت الفعل إن كان ممّا يقع فوتُه. ومن العلماء من يرىٰ أنّه على بِرٍّ حتى يفوت الفعل، وإن كان ممّا لا يفوت كان على البِرّ حتى يموت[٥].

ومن هذا الباب اختلافهم في تبعيض المطلّقة أو تبعيض الطلاق، وإرداف الطلاق على الطلاق. فأمّا مسألة تبعيض المطلّقة، فإنّ مالكاً قال: إذا قال: يدك أو رجلك أو شعرك طالق،

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ اليمين بالطلاق فاسدة، وأنّ الأصل بقاء العقد، وإيقاع الطلاق بهذا يحتاج إلى دليل. (الخلاف ٦: ١٦٦، جواهر الكلام ٣٥: ٢٣٩).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٧، المقدّمات الممهّدات ١: ٥٨٣.

٢. المقدّمات الممهّدات ١: ٥٨٣.

٣. أنظر: الحاوي الكبير ١٥: ٣٩١ ـ ٣٩٩، حلية العلماء ٧: ٩٧ ـ ٩٨، الأم ٧: ١٣٢.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٨، ١٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٩، المقدّمات الممهّدات ١: ٥٧٩ ـ ٥٨٠.

٥. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٩، المقدّمات الممهّدات ١: ٥٨٠.

طلقت عليه [١]. وقال أبو حنيفة: لاتطلّق إلّا بذكر عضوٍ يعبّر به عن جملة البدن، كالرأس والقلب والفرْج، وكذلك تطلّق عنده إذا طلّق الجزء منها، مثل الثلث أو الربع [٢]. وقال داود: لاتطلّق [٣]*.

وكذلك إذا قال ـ عند مالك ـ: طلّقتك نصف تطليقة، طلّقت؛ لأنّ هذا كلّه عنده لايتبعّض [٤]. وعند المخالف: إذا تبعّض لم يقع [٥].

وأمّا إذا قال لغير المدخول بها: أنت طالق أنت طالق أنت طالق؛ نسقاً، فإنّه يكون ثلاثاً عند مالك [٦]، وقال أبو حنيفة والشافعي: يقع واحدة [٧]**. فمن شبّه تكرار اللفظ بلفظه

---

* يظهر الاتّفاق من الإماميّة علىٰ أنّ مِن شروط صيغة الطلاق إضافته إلى المحل، وهو ذات الزوجة باللفظ المطابق لها، مثل: أنتِ، أو هذه، أو زوجتي، أو فلانة... ونحوه، فلو أضافه إلى الأجزاء، سواء كانت معيّنة؛ كيدها أو رأسها، أو مبهمة؛ كنصفها أو ثلثها، لم يقع الطلاق بذلك. واستدلّ له بالأصل والاحتياط والحصر. (قواعد الأحكام ٣: ١٢٩، مسالك الأفهام ٩: ١٠٣، كشف اللثام ٨: ٤٣، جواهر الكلام ٣٢: ٩٤).

** أجمعت الإماميّة علىٰ أنّه لو كرّر صيغة الطلاق مرّتين أو ثلاثاً؛ قاصداً لتعدّد الطلاق، وقع واحدة. واستدلّ له ـ مضافاً للاجماع ـ بوجود المقتضي وانتفاء المانع، فإنّ الزيادة عليها لايمنع منها، بل غايته أن يكون لغواً، وبالأخبار؛ كصحيح زرارة سأل ←

---

١. المعونة ٢: ٨٥٣، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٨.

٢. الهداية للمرغيناني ١: ٢٥٣، مختصر القدوري: ١٥٦.

٣. حكاه في عيون المجالس ٣: ١٢٣٩.

٤. عيون المجالس ٣: ١٢٣٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٨، ونسبه ابن المنذر في الاشراف ١: ١٧٥ إلى إجماع أهل العلم.

٥. عيون المجالس ٣: ١٢٣٩، المغني لابن قدامة ٨: ٤١٨.

٦. عيون المجالس ٣: ١٢٣٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٧.

٧. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤١١، حلية العلماء ٧: ٥٧، البيان للعمراني ١٠: ١٠٥.

بالعدد ـ أعني: بقوله: طلّقتك ثلاثاً ـ قال: يقع الطلاق ثلاثاً، ومن رأى أنّه باللفظة الواحدة قد بانت منه، قال: لايقع عليها الثاني والثالث [١]. ولا خلاف بين المسلمين في ارتدافه في الطلاق الرجعي [٢].

وأمّا الطلاق المقيَّد بالاستثناء، فإنّما يتصوّر في العدد فقط، فإذا طلّق أعداداً من الطلاق، فلا يخلو من ثلاثة أحوال: إمّا أن يستثني ذلك العدد بعينه، مثل أن يقول: أنت طالق ثلاثاً إلّا ثلاثاً، أو اثنتين إلّا اثنتين، وإمّا أن يستثني ما هو أقلّ. وإذا استثنىٰ ما هو أقلّ: فإمّا أن يستثني ما هو أقلّ ممّا هو أكثر، وإمّا أن يستثني ما هو أكثر ممّا هو أقلّ. فإذا استثنىٰ الأقلّ من الأكثر، فلا خلاف أعلمه أنّ الاستثناء يصحّ ويسقط المستثنى، مثل أن يقول: أنت طالق ثلاثاً إلّا واحدة [٣]. وأمّا إن استثنى الأكثر من الأقلّ، فيتوجّه فيه قولان: أحدهما: إنّ الاستثناء لايصحّ، وهو مبني علىٰ مَنْ منع أن يستثنىٰ الأكثر من الأقلّ. والآخر: إنّ الاستثناء يصحّ، وهو قول مالك [٤].

وأمّا إذا استثنىٰ ذلك العدد بعينه، مثل أن يقول: أنت طالق ثلاثاً إلّا ثلاثاً، فإنّ مالكاً قال: يقع الطلاق؛ لأنّه اتّهمه على أنّه رجوع منه [٥]*.

← أحدهما عليه السلام عن رجلٍ طلّق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد، وهي طاهر، قال: «هي واحدة». ولا فرق بين المدخول بها وغيرها. (الخلاف ٤: ٤٧٦، مسالك الأفهام ٩: ٩٤، كشف اللثام ٨: ٤٠، ٤١، جواهر الكلام ٣٢: ٨١).

* نصّ فقهاء الإماميّة على أنّه لو قال: أنتِ طالق ثلاثاً إلّا ثلاثاً، صحّت واحدة إن نوىٰ بالأول الطلاق وبطل الاستثناء. قال الشهيد الثاني: وأولىٰ منه ما لو قال: ثلاثاً إلّا اثنتين أو إلّا واحدة. (قواعد الأحكام ٣: ١٢٨، مسالك الأفهام ٩: ١٠٨، كشف اللثام ٨: ٤١، جواهر الكلام ٣٢: ٩٨).

---

١. المهذّب للشيرازي ٤: ٣٠٦، المعونة ٢: ٨٥٢ ـ ٨٥٣، البيان للعمراني ١٠: ١٠٥ ـ ١٠٦، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤١١.

٢. مرّ ذكره آنفاً، فراجع.

٣. المعونة ٢: ٨٤٦، التهذيب للبغوي ٦: ٨٨، الهداية للمرغيناني ١: ٢٧٧.

٤. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٨، المعونة ٢: ٨٤٦، التلقين ١: ٣٢٣.

٥. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٨، المعونة ٢: ٨٤٦.

وأمّا إذا لم يقل بالتهمة، وكان قصده بذلك استحالة وقوع الطلاق، فلا طلاق عليه، كما لو قال: أنت طالق لا طالق معاً، فإنّ وقوع الشيء مع ضدّه مستحيل.

وشذّ أبو محمد ابن حزم فقال: لا يقع طلاق بصفةٍ لم تقع بعد، ولا بفعلٍ لم يقع؛ لأنّ الطلاق لا يقع في وقت وقوعه إلّا بإيقاع من يطلّق في ذلك الوقت، ولا دليل من كتابٍ ولا سنّة ولا إجماع علىٰ وقوع طلاق في وقتٍ لم يوقعه فيه المطلّق[1]، وإنّما ألزم نفسه إيقاعه فيه، فإن قلنا باللزوم، لزم أن يوقف عند ذلك الوقت حتى يوقع، هذا قياس قوله عندي وحجّته وإن كنت لست أذكر في هذا الوقت احتجاجَه في ذلك.

---

١. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢١٣.

الباب الثاني في المطلِّق الجائز الطلاق

واتّفقوا على أنّه الزوج العاقل البالغ الحرّ غير المكره *. واختلفوا في طلاق المكرَه والسكران، وطلاقِ المريض، وطلاق المقارِب للبلوغ [1].

واتّفقوا على أنّه يقع طلاق المريض إن صحّ، وإن اختلفوا هل ترثُه إن مات أم لا؟ [2] **.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على أنّه يشترط في المطلِّق البلوغ والعقل والاختيار، وهناك قول بصحّة طلاق الصبي البالغ عشراً؛ لخبر ضعيف. (كشف اللثام ٨: ٥ ـ ١٠، تحرير الأحكام ٤: ٤٩، جواهر الكلام ٣٢: ٤ ـ ١٧).

** يكره للمريض أن يطلّق عند مشهور الإماميّة، وذلك للنهي عنه في بعض الأخبار، منها: صحيح زرارة: «ليس للمريض أن يطلّق، وله أن يتزوج» وقد حملت هذه الاخبار على الكراهة؛ للجمع بينها وبين ما دلّ على الصحّة من النصوص المعتبرة الأخرى المستفيضة، بل المتواترة، ولكن لو طلّق وقع الطلاق وكان صحيحاً، بلا خلاف بين الفقهاء؛ للنصوص المتواترة الدالّة على الصحة؛ كصحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه سئل عن الرجل يحضره الموت فيطلّق امرأته، أيجوز طلاقه؟ قال: «نعم، وإن مات ورثته...» الحديث. ←

---

١. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٢، التفريع ٢: ٧٥، الهداية للمرغيناني ١: ٢٥٠، المهذّب للشيرازي ٤: ٢٧٧ ـ ٢٧٨، البيان للعمراني ١٠: ٥٨ ـ ٦٢، مراتب الاجماع: ٧١.

٢. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٧١، الاشراف لابن المنذر ١: ١٦٦ ـ ١٦٧، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٣٢، الهداية للمرغيناني ٢: ٢٨٣.

فأمّا طلاق المكرَه، فإنّه غير واقع عند مالك والشافعي وأحمد وداود وجماعة [١]، وبه قال عبدالله بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن عباس [٢] *. وفرّق أصحاب الشافعي بين أن ينوي الطلاق أو لاينوي شيئاً، فإن نوى الطلاق فعنهم قولان: أصحّهما لزومه، وإن لم ينو فقولان: أصحّهما أنّه لايلزم [٣]. وقال أبو حنيفة وأصحابه:

← وترثه هي، سواء كان طلاقها بائناً أو رجعياً ما بين الطلاق وبين سنة، ما لم تتزوّج أو يبرأ من مرضه الذي طلّقها فيه. ولو برئ ثم مرض ثم مات لم ترثه إلّا في العدّة الرجعية، بلا خلاف في ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً لاستفاضة النصوص به؛ كخبر عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام سألته عن رجلٍ طلّق امرأته وهو مريض حتىٰ مضىٰ لذلك سنة، قال: «ترثه إذا كان في مرضه الذي طلّقها لم يصحّ بين ذلك». (مسالك الأفهام ٩: ١٥٣، كشف اللثام ٨: ٦٥ ـ ٦٦، الحدائق الناضرة ٢٥: ٣١٤، رياض المسائل ١١: ٩٦ـ٩٧، جواهر الكلام ٣٢: ١٤٧ ـ ١٥٣).

* أجمعت الإماميّة على أنّ الاختيار شرط من شروط المطلِّق، فلايصحّ طلاق المكره. واستدلّ له ـ مضافاً للإجماع المذكور ـ بالنصوص العامة، مثل: «رفع عن أمتي...»، وبالنصوص الخاصة؛ كحسنة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: سألته عن طلاق المكره وعتقه، فقال: «ليس طلاقه بطلاق، ولا عقته بعتق».

والمرجع في الإكراه كغيره من الالفاظ التي هي عنوان لحكم شرعي إلى العرف واللغة إذ ليس له وضع شرعي ولا مراد وقد قيل: إنّ الاكراه لغة حمل الانسان علىٰ ارتكاب مايكرهه بتخويفه مما يحذره. (مسالك الأفهام ٩: ١٧ ـ ١٩، كشف اللثام ٨: ٨، الحدائق الناضرة ٢٥: ١٥٨ ـ ١٥٩، رياض المسائل ١١: ٤٢ ـ ٤٣، جواهر الكلام ٣٢: ١٠ ـ ١١).

---

١. عيون المجالس ٣: ١٢٢٧ ـ ١٢٢٨، التهذيب للبغوي ٦: ٧٥، الكافي لابن قدامة ٣: ١١١، الاشراف لابن المنذر ١: ١٧١، المغني لابن قدامة ٨: ٢٦٠، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢٠٢.

٢. حلية العلماء ٧: ١٢، الاشراف لابن المنذر ١: ١٧١.

٣. المهذّب للشيرازي ٤: ٢٨١، البيان للعمراني ١٠: ٦٤، التهذيب للبغوي ٦: ٧٥.

هو واقع [١]، وكذلك عتقه دون بيعه، ففرّقوا بين البيع والطلاق والعتق [٢].

وسبب الخلاف: هل المطلِّق من قِبَل الإكراه مختار أم ليس بمختار؟ لأنّه ليس يكره على اللفظ، إذ كان اللفظ إنّما يقع باختياره، والمكره على الحقيقة هو الذي لم يكن له اختيار في إيقاع الشيء أصلاً. وكلّ واحد من الفريقين يحتجّ بقوله عليه الصلاة والسلام: «رُفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» [٣ و ٤] ولكن الأظهر أنّ المكره على الطلاق وإن كان موقعاً للفظ باختياره، أنّه ينطلق عليه في الشرع اسم المكره؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمانِ﴾ [٥ و ٦].

وإنّما فرّق أبو حنيفة بين البيع والطلاق، لأنّ الطلاق مغلَّظ فيه، ولذلك استوى جدّه وهزله.

وأمّا طلاق الصبي، فإنّ المشهور عن مالك أنّه لايلزمه حتى يبلغ [٧]*، وقال في مختصر

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على عدم صحّة طلاق الصبي ما لم يبلغ عشراً وإن كان مميّزاً.

والمشهور عندهم عدم صحّته أيضاً، في من بلغ عشراً وهو مميّز، خلافاً للبعض حيث ذهبوا إلى صحّة طلاقه لبعض النصوص. واستدلّ المشهور بالأصل، وأدلّة الحجر، وبعض النصوص، منها: خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «ليس طلاق الصبي بشيء» ونحوه غيره. (مسالك الأفهام ٩: ٩ ـ ١٠، كشف اللثام ٨: ٥ ـ ٦، الحدائق الناضرة ٢٥: ١٤٩، رياض المسائل ١١: ٣٧، جواهر الكلام ٣٢: ٤ ـ ٥).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٢٩، الهداية للمرغيناني ١: ٢٥٠.

٢. الاشراف لابن المنذر ١: ١٧١.

٣. سنن ابن ماجة ١: ٦٥٩، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، الحديث ٢٠٤٥، السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٨٤، كتاب الإقرار، باب من لايجوز إقراره.

٤. الاشراف لابن المنذر ١: ١٧٢، المغني لابن قدامة ٨: ٢٦٠.

٥. سورة النحل: الآية ١٠٦.

٦. الاشراف لابن المنذر ١: ١٧٢.

٧. المعونة ٢: ٨٤٠، التفريع ٢: ٧٥.

ما ليس في المختصر: إنّه يلزمه إذا ناهز الاحتلام [١]، وبه قال أحمد بن حنبل إذا هو أطاق صيام رمضان [٢]. وقال عطاء: إذا بلغ اثنتي عشرة سنة جاز طلاقه [٣]، وروي عن عمر بن الخطاب ﷺ [٤].

وأمّا طلاق السكران، فالجمهور من الفقهاء على وقوعه [٥]، وقال قوم: لايقع، منهم: المزني وبعض أصحاب أبي حنيفة [٦]*.

والسبب في اختلافهم: هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق؟ فمن قال: هو والمجنون سواء، إذ كان كلاهما فاقداً للعقل، ومن شرط التكليف العقل، قال: لايقع، ومن قال: الفرق بينهما أنّ السكران أدخل الفساد على عقله بإرادته، والمجنون بخلاف ذلك،

---

* اتّفقت كلمة الإماميّة على أنّ العقل شرط في المطلّق، فلا يصحّ طلاق المجنون ولا السكران، ولا من زال عقله، إجماعاً بقسميه عليه، وذلك لعدم القصد الذي يترتّب عليه الحكم بعد استفاضة النصوص على أنّه لا طلاق لهم، منها: خبر زكريا بن آدم قال: سألت الرضا ﷺ عن طلاق السكران والصبي والمعتوه على عقله ومن لم يتزوّج، فقال: «لايجوز». (مسالك الأفهام ٩: ١٥، كشف اللثام ٨: ٧، الحدائق الناضرة ٢٥: ١٥٦ ـ ١٥٧، رياض المسائل ١١: ٤١، جواهر الكلام ٣٢: ٨ ـ ٩).

---

١. نقله عن مالك ابن حجر العسقلاني في فتح الباري ٩: ٣٢٣.

٢. المغني لابن قدامة ٨: ٢٥٨ – ٢٥٩.

٣. المعروف حكاية ذلك عن إسحاق، وأمّا عطاء فقال بجواز طلاق الصبي إذا بلغ أن يصيب النساء، كما في الاشراف لابن المنذر ١: ١٧٠، والمغني لابن قدامة ٨: ٢٥٨ ـ ٢٥٩.

٤. قال القلعه‌جي في موسوعة فقه عمر: أمّا الصبي المميّز فهل يقع طلاقه أم لايقع؟ هذا ما لم نعثر عليه عن عمر. أنظر: موسوعة فقه عمر بن الخطاب: ٦٢١. ونقل عبدالرزاق في مصنّفه (٩: ٧٧ ـ ٧٨) عن عمر: أنّه أجاز وصية عمرو بن سليم الغساني وهو ابن عشر، أو ثنتي عشرة سنة.

٥. المعونة ٢: ٨٤٠، التفريع ٢: ٧٥، الهداية للمرغيناني ١: ٢٥٠، مختصر القدوري: ١٥٦، البيان للعمراني ١٠: ٦١، التهذيب للبغوي ٦: ٧٢.

٦. الاشراف لابن المنذر ١: ١٧٠، الهداية للمرغيناني ١: ٢٥٠ ـ ٢٥١، البيان للعمراني ١٠: ٦٠ ـ ٦١.

ألزم السكرانَ الطلاقَ، وذلك من باب التغليظ عليه [١].

واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران بالجملة من الأحكام وما لايلزمه، فقال مالك: يلزمه الطلاق والعتق والقَودَ من الجراح والقتل، ولم يلزمه النكاح ولا البيع [٢]. وألزمه أبو حنيفة كلَّ شيء [٣]، وقال الليث: كلّ ما جاء من منطق السكران فموضوع عنه، ولا يلزمه طلاق ولا عتق ولا نكاح ولابيع ولا حدّ في قذف، وكلّ ما جنته جوارحه فلازم له، فيحدّ في الشرب والقتل والزنا والسرقة [٤]. وثبت عن عثمان بن عفان ﷺ: أنّه كان لايرى طلاق السكران [٥]، وزعم بعض أهل العلم: أنّه لا مخالف لعثمان في ذلك من الصحابة [٦].

وقول من قال: إنّ كلّ طلاق جائزٌ إلّا طلاقَ المعتوه، ليس نصّاً في إلزام السكران الطلاقَ؛ لأنّ السكرانَ معتوهٌ مَّا [٧]، وبه قال داود وأبو ثور وإسحاق وجماعة من التابعين، أعني: أنّ طلاقه ليس يلزم [٨]، وعن الشافعي القولان في ذلك، واختار أكثر أصحابه قولَه الموافقَ للجمهور، واختار المزني من أصحابه أنّ طلاقه غير واقع [٩].

وأمّا المريض الذي يطلّق طلاقاً بائناً ويموت من مرضه، فإنّ مالكاً وجماعةً يقول: ترثه زوجته [١٠]، والشافعي وجماعة لايورّثها [١١].

---

١. الهداية للمرغيناني ١: ٢٥١، البيان للعمراني ١٠: ٦١، التهذيب للبغوي ٦: ٧٢.

٢. المعونة ٢: ٨٤٠، التفريع ٢: ٧٥.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٣٠ ـ ٤٣١.

٤. حكاه في مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٣١.

٥. الاشراف لابن المنذر ١: ١٧٠، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٣١.

٦. المغني لابن قدامة ٨: ٢٥٧.

٧. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٣١ ـ ٤٣٢، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ٣٥٩، كتاب الخلع والطلاق، باب لايجوز طلاق الصبي حتىٰ يبلغ ولا طلاق المعتوه حتىٰ يفيق.

٨. الاشراف لابن المنذر ١: ١٧٠، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢٠٨، ٢١٠، المهذّب للشيرازي ٤: ٢٧٨، البيان للعمراني ١٠: ٦١.

٩. البيان للعمراني ١٠: ٦٠ ـ ٦١، التهذيب للبغوي ٦: ٧٢ – ٧٣، المهذب للشيرازي ٤: ٢٧٨.

١٠. الاستذكار ١٧: ٢٦٣، المنتقىٰ للباجي ٤: ٨٥، الاشراف لابن المنذر ١: ١٦٦.

١١. للشافعي في المسألة قولان: قول: لايورّثها وهو في الجديد، وقول: يورّثها وهو في القديم. أنظر: التهذيب للبغوي ٦: ١٠٢، الحاوي الكبير ١٠: ٢٦٤، الاشراف لابن المنذر ١: ١٦٧.

والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق: ففرقة قالت: لها الميراث ما دامت في العِدّة، وممّن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري [١]. وقال قوم: لها الميراث ما لم تتزوّج، وممّن قال بهذا أحمد وابن أبي ليلى [٢]*. وقال قوم: بل ترث، كانت في العِدّة أو لم تكن، تزوّجت أم لم تتزوّج، وهو مذهب مالك والليث [٣].

وسبب الخلاف: اختلافهم في وجوب العمل بسدِّ الذرائع، وذلك أنّه لمّا كان المريض يُتّهم في أن يكون إنّما طلّق في مرضه زوجتَه ليقطع حظّها من الميراث، فمن قال بسدّ الذرائع أوجب ميراثها، ومن لم يقل بسدّ الذرائع ولَحظ وجوب الطلاق، لم يوجب لها ميراثاً، وذلك أنّ هذه الطائفة تقول: إن كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه؛ لأنّهم قالوا: إنّه لا يرثها إن ماتت، وإن كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها. ولابدّ لخصومهم من أحد الجوابين؛ لأنّه يعسر أن يقال: إنّ في الشرع نوعاً من الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية.

وأعسر من ذلك: القول بالفرق بين أن يصح أو لا يصح؛ لأنّ هذا يكون طلاقاً موقوف

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على أنّه إذا طلّق المريض زوجته، طلاقاً بائناً أو رجعياً، فإنّها ترثه ما بين الطلاق وبين سنة مالم تتزوّج أو يبرأ من مرضه الذي طلّقها فيه، ولو برئ ثم مرض ثم مات لم ترثه إلّا في العدّة الرجعية. واستدلّ له ـ إضافة للإجماع ـ بالنصوص؛ كخبر عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام: سألته عن رجلٍ طلّق امرأته وهو مريض حتى مضىٰ لذلك سنة، قال: «ترثه إذا كان في مرضه الذي طلّقها، لم يصحُ بين ذلك». (مسالك الأفهام ٩: ١٥٣، كشف اللثام ٨: ٦٥ ـ ٦٦، الحدائق الناضرة ٢٥: ٣١٤، رياض المسائل ١١: ٩٦ـ٩٧، جواهر الكلام ٣٢: ١٤٧ ـ ١٥٣).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٣٢، الاشراف لابن المنذر ١: ١٦٦.

٢. الاستذكار ١٧: ٢٦٥، التهذيب للبغوي ٦: ١٠٢.

٣. الاستذكار ١٧: ٢٦٣ ـ ٢٦٤، المنتقىٰ للباجي ٤: ٨٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٧٠.

الحكم إلى أن يصح أو لا يصح، وهذا كلّه ممّا يعسر القول به في الشرع [١]، ولكن إنّما أنِس القائلون به أنّه فتوى عثمانَ وعمرَ، حتى زعمت المالكية أنّه إجماع الصحابة [٢]، ولا معنى لقولهم، فإنّ الخلافَ فيه عن ابن الزبير مشهورٌ [٣].

وأمّا من رأى أنّها ترث في العِدّة، فلأنّ العدّة عنده من بعض أحكام الزوجية، وكأنّه شبّهها بالمطلّقة الرجعية، وروي هذا القول عن عمر، وعن عائشة [٤].

وأمّا من اشترط في توريثها ما لم تتزوّج، فإنّه لَحظ في ذلك إجماعَ المسلمين على أنّ المرأة الواحدة لاترث زوجين، ولكون التهمة هي العلّة عند الذين أوجبوا الميراث [٥]*.

---

* تقدّم أنّ المرأة إذا طلّقها زوجها وهو مريض، ترثه عند موته على التفصيل المتقدّم، والإماميّة متّفقون على ذلك.

ولكن اختلفوا في أنّ ثبوت الإرث للمطلّقة في المرض، هل هو مترتّب على مجرّد الطلاق فيه، أو معلّل بتهمة المريض في إرادة حرمانها من الإرث فعوقب بنقيض ضدّه، كما لو قتل مورّثه استعجالاً للإرث فإنّه يحرم الميراث؟ قولان:

المشهور عند الفقهاء الأول، وذلك لإطلاق النصوص بكون الطلاق في تلك الحالة مقتضياً لذلك، ولأنّ العلّة ـ وهي التهمة ـ مستنبطة لا منصوصة فلاتعتبر.

وذهب الشيخ في الاستبصار إلى الثاني، واختاره العلّامة وجملة من متأخّري المتأخّرين، وذلك لرواية زرعة عن سماعة قال: سألته عن رجل طلّق امرأته وهو مريض، قال: «ترثه ما دامت في عدّتها، وإن طلّقها في حال اضرار فهي ترثه إلى سنة، فإن زاد على السنة يوم واحد لم ترثه». ←

---

١. أنظر: المنتقى للباجي ٤: ٨٥، الاستذكار ١٧: ٢٦٧.

٢. المنتقى للباجي ٤: ٨٥.

٣. المنتقى للباجي ٤: ٨٥، الاشراف لابن المنذر ١: ١٦٦ ـ ١٦٧.

٤. رواه في الاستذكار ١٧: ٢٦٦ ـ ٢٦٧، المحلّى بالآثار ١٠: ٢١٩.

٥. الاستذكار ١٧: ٢٦٧.

واختلفوا إذا طلبت هي الطلاق، أو ملّكها أمرَها الزوجُ فطلّقت نفسها، فقال أبو حنيفة: لاترث أصلاً[١]، وفرّق الأوزاعي بين التمليك والطلاق فقال: ليس لها الميراث في التمليك، ولها في الطلاق[٢]*، وسوّىٰ مالك في ذلك كلّه، حتى لقد قال: إن ماتت لايرثها، وترثه هي إن مات[٣]، وهذا مخالف للأصول جدّاً.

← وهذه الأخبار ظاهرة في التهمة، وضعّفها بعض الفقهاء، فلا تصلح لإثبات الحكم. (مسالك الأفهام ٩: ١٥٧ ـ ١٥٨، كشف اللثام ٨: ٦٧ ـ ٦٨، الحدائق الناضرة ٢٥: ٣١٩، رياض المسائل ١١: ١٠٠، جواهر الكلام ٣٢: ١٥٣ ـ ١٥٤).

* ذكر بعض محقّقي الإماميّة: أنّه يتفرّع على القولين المتقدّمين ـ أي ترتّب الإرث للمطلَّقة حال المرض على مجرّد الطلاق أو أنّه معلّل بالتهمة ـ ما لو سألته الطلاق، وما لو خالعها إن قيل: إنّ الخلع طلاق إذا تبع بالطلاق، ولو لم يجعل فأولىٰ بعدم ثبوت الإرث، فهل ترث هنا أم لا؟

تردّد المحقّق الحلّي في الشرائع لأجل اطلاق الأدلّة بالإرث، ومن انتفاء التهمة بسؤالها، وخصوص خبر الهاشمي: «لاترث المختلعة والمبارأة والمستأمرة في طلاقها من الزوج شيئاً إذا كان ذلك منهنّ في مرض الزوج وإن مات، لأنّ العصمة قد انقطعت منهنّ ومنه».

واختار المحقّق وغيره عدم الإرث؛ للخبر المذكور المعتضد بالأصول. (مسالك الأفهام ٩: ١٥٨، جواهر الكلام ٣٢: ١٥٤).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٣٤، الاستذكار ١٧: ٢٦٨.

٢. حكاه في مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٣٤، الاستذكار ١٧: ٢٦٨.

٣. الاستذكار ١٧: ٢٦٨، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٣٤.

الباب الثالث

في من يتعلّق به الطلاق من النساء ومن لايتعلّق

وأمّا من يقع طلاقُه من النساء، فإنّهم اتّفقوا على أنّ الطلاق يقع على النساء اللاتي في عصمة أزواجهنّ، أو قَبْل أن تنقضي عِدَدُهن في الطلاق الرجعي، وأنّه لايقع على الاجنبيات، أعني: الطلاق المطلق [1].

وأمّا تعليق الطلاق على الأجنبيات بشرط التزويج، مثل أن يقول: إن نكحتُ فلانة فهي طالق، فإنّ للعلماء في ذلك ثلاثة مذاهب: قول: إنّ الطلاق لايتعلّق بأجنبية أصلاً، عمَّ المطلِّق أو خصَّ، وهو قول الشافعي، وأحمد وداود وجماعة [2]*.

---

* أطبق فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ من شروط المطلّقة أن تكون زوجةً، إجماعاً بقسميه عليه، بل هو من ضروريات المذهب، فلو طلّق الموطوءة بالملك لم يكن له حكم.

وكذا لو طلّق أجنبيةً، وإن تزوّجها بعد ذلك أو علّق الطلاق بالتزويج، لم يصحّ ذلك، سواء عيّن الزوجة؛ كقوله: إن تزوّجت فلانة فهي طالق، أو عمّم؛ كقوله: كلّ من أتزوّجها فهي طالق، بلا خلاف في ذلك كلّه فتوىً ونصّاً، بل هو من ضرورة المذهب. ←

---

١. أنظر: مراتب الاجماع: ٧١، الإقناع لابن المنذر: ٢٤٣، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٦٣، الاشراف لابن المنذر ١: ١٦٤ ـ ١٦٥، المقدّمات الممهّدات ١: ٤٩٧، الكافي لابن قدامة ٣: ١٠٩

٢. الاشراف لابن المنذر ١: ١٦٤، الكافي لابن قدامة ٣: ١٠٩، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢٠٥، الإقناع لابن المنذر: ٢٤٣.

وقول: إنّه يتعلّق بشرط التزويج، عمّم المطلَّق جميع النساء أو خصّص، وهو قول أبي حنيفة وجماعة [١].

وقول: إنّه إن عمّم جميع النساء لم يلزمه، وإن خصّص لزمه، وهو قول مالك وأصحابه، أعني: مثل أن يقول: كلّ امرأة أتزوّجها من بني فلان أو من بلد كذا فهي طالق، وكذلك في وقت كذا، فإنّ هؤلاء يطلّقن عند مالك إذا زُوجنّ [٢].

وسبب الخلاف: هل من شرط وقوعِ الطلاق وجودُ الملك متقدّماً بالزمان على الطلاق، أم ليس ذلك من شرطه؟ فمن قال: هو من شرطه، قال: لا يتعلّق الطلاق بالأجنبية، ومن قال: ليس من شرطه إلّا وجود الملك فقط، قال: يقع بالأجنبية.

وأمّا الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبنيّ على المصلحة، وذلك أنّه إذا عمّم فأوجبنا عليه التعميم، لم يجد سبيلاً إلى النكاح الحلال، فكان ذلك عَنَتاً به وحرجاً، وكأنّه من باب نذر المعصية. وأمّا إذا خصّص فليس الأمر كذلك إذا ألزمناه الطلاق.

واحتجّ الشافعي بحديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا طلاقَ

← واستدلّ له بعد كونه إجماعياً بأنّه لمّا كان حلّ النكاح أمراً مستفاداً من الشرع، كان زواله أيضاً موقوفاً على حكم الشرع به، فيقتصر على القدر المتيقّن جوازه من السنّة النبوية الشريفة، وما جعله الشارع سبباً للبينونة، وليس إلّا الطلاق في الزوجة، مضافاً للنصوص المستفيضة، منها: الصحيح: «لا طلاق إلّا بعد نكاح، ولا عتق إلّا بعد ملك». (مسالك الأفهام ٩: ٣٣، كشف اللثام ٨: ١٤، الحدائق الناضرة ٢٥: ١٧٣، رياض المسائل ١١: ٤٥، جواهر الكلام ٣٢: ٢٧).

---

١. مختصر القدوري: ١٥٦، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٤٧، الاشراف لابن المنذر ١: ١٦٥.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ١٩، المعونة ٢: ٨٤٢، الاشراف لابن المنذر ١: ١٦٥.

إلّا من بعد نكاح»[١ و ٢]، وفي رواية أخرى: «لا طلاقَ فيما لايملكُ، ولا عتق فيما لا يملك»[٣]، وثبت ذلك عن عليّ ومعاذ وجابر بن عبدالله وابن عباس وعائشة[٤]. وروي مثل قول أبي حنيفة عن عمر وابن مسعود[٥]، وضعّف قوم الرواية بذلك عن عمر رضي الله عنهم[٦].

١. السنن الكبرىٰ ٧: ٣١٧ ـ ٣١٨، كتاب الخلع والطلاق، باب الطلاق قبل النكاح، سنن ابن ماجة ١: ٦٦٠، كتاب الطلاق، باب لا طلاق قبل النكاح، الحديث ٢٠٤٨.

٢. الاشراف لابن المنذر ١: ١٦٥، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢٠٥.

٣. سنن ابن ماجة ١: ٦٦٠، كتاب الطلاق، باب لا طلاق قبل النكاح، الحديث ٢٠٤٧، سنن الترمذي ٣: ٤٨٦، كتاب الطلاق، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح، الحديث ١١٨١.

٤. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ٣١٩ ـ ٣٢١، كتاب الخلع والطلاق، باب الطلاق قبل النكاح، الاشراف لابن المنذر ١: ١٦٤.

٥. المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٤٢٠ ـ ٤٢١، باب الطلاق قبل النكاح، الحديث ١١٤٦٨، ١١٤٧٤، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢٠٦.

٦. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢٠٦ ـ ٢٠٧. وانظر: المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٤٢١، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٤٨.

الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق

ولمّا كان الطلاق على ضربين: بائن ورجعي، وكانت أحكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير أحكام الرجعة بعد الطلاق الرجعي، وجب أن يكون في هذا الجنس بابان:

الباب الأول: في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي.

الباب الثاني: في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن.

الباب الأول في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي

وأجمع المسلمون على أنّ الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي ما دامت في العدّة، من غير اعتبار رضاها[1] *، لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذٰلِكَ﴾[2]

---

* اتّفقت الإماميّة على أنّ للزوج الرجعة متىٰ شاء في العدّة وإن لم يبلغها الخبر، ولا خلاف بين المسلمين في أصل مشروعيتها المستفادة من الكتاب والسنّة والإجماع. ←

---

١. مراتب الاجماع: ٧٥، البيان للعمراني ١٠: ٢٢٦، ٢٢٩، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٧٦، ٢٧٧، المغني لابن قدامة ٨: ٤٨٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٩١.

٢. سورة البقرة: الآية ٢٢٨.

وأنّ من شرط هذا الطلاق تقدّم المسيس له [١]. واتّفقوا على أنّها تكون بالقول والإشهاد [٢]، واختلفوا: هل الإشهاد شرط في صحّتها أم ليس بشرط؟ وكذلك اختلفوا: هل تصحّ الرجعة بالوطء؟ فأمّا الإشهاد فذهب مالك إلى أنّه مستحبّ [٣]*، وذهب الشافعي إلى أنّه واجب [٤].

وسبب الخلاف: معارضة القياس للظاهر، وذلك أنّ ظاهر قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [٥] يقتضي الوجوب، وتشبيه هذا الحقّ بسائر الحقوق التي يقبضها الانسان يقتضي أن لايجب الإشهاد؛ فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على الندب [٦].

وأمّا اختلافهم فيما تكون به الرجعة، فإن قوماً قالوا: لاتكون الرجعة إلّا بالقول فقط، وبه

← أمّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾، وأمّا السنّة فأخبار كثيرة مستفيضة، وأمّا الإجماع فقد نقله غير واحد. (مسالك الأفهام ٩: ١٨٤، الحدائق الناضرة ٢٥، ٣٥٦ ـ ٣٦٨، رياض المسائل ١١: ١٠٦، جواهر الكلام ٣٢: ١٧٩).

* أجمع فقهاء الإماميّة على أنّ الإشهاد في الرجعة غير واجب، بل هو مستحبّ، فهو ليس بشرط فيها، والإجماع بقسميه عليه.

واستدلّ له ـ مضافاً للإجماع ـ بالأصل والنصوص البالغة حدّ الاستفاضة. ففي صحيح ابن مسلم: «إنّ الطلاق لايكون بغير شهود، وإنّ الرجوع بغير شهود رجعة، ولكن ليشهد بعد فهو أفضل». (مسالك الأفهام ٩: ١٨٨، كشف اللثام ٨: ٧٣، الحدائق الناضرة ٢٥: ٣٥٩، رياض المسائل ١١: ١٠٨، جواهر الكلام ٣٢: ١٨٤ ـ ١٨٥).

---

١. مرّ سابقاً.

٢. الاشراف لابن المنذر ١: ٢٧٦، المغني لابن قدامة ٨: ٤٨٥، الهداية للمرغيناني ٢: ٢٨٤.

٣. المعونة ٢: ٨٥٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٩١.

٤. المهذّب للشيرازي ٤: ٣٧٨ ـ ٣٧٩، الأم ٥: ٣٥٤.

٥. سورة الطلاق: الآية ٢.

٦. البيان للعمراني ١٠: ٢٣١ ـ ٢٣٢، المغني لابن قدامة ٨: ٤٨٣، بدائع الصنائع ٤: ٣٩١، المعونة ٢: ٢٥٨.

قال الشافعي [١]. وقوم قالوا: تكون رجعتها بالوطء، وهؤلاء انقسموا قسمين: فقال قوم: لاتصحّ الرجعة بالوطء إلّا إذا نوى بذلك الرجعة؛ لأنّ الفعل عنده يُنزَّل منزلة القول مع النيّة، وهو قول مالك [٢]*. وأمّا أبو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء إذا نوى بذلك الرجعة ودون النيّة [٣]، فأمّا الشافعي فقاس الرجعة على النكاح وقال: قد أمر الله بالإشهاد، ولايكون الإشهاد إلّا على القول [٤].

وأمّا سبب الاختلاف بين مالك وأبي حنيفة، فإنّ أبا حنيفة يرى أنّ الرجعية محلّلة الوطء عنده؛ قياساً على المولى منها، وعلى المظاهرة، ولأنّ الملك لم ينفصل عنده، ولذلك

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على أنّ الرجعة تصحّ قولاً وفعلاً. أمّا القول فكقوله: «راجعتك» و«رجّعتك» و«ارتجعتك» ونحو ذلك ممّا يصلح لإرادتها منه مع القصد، وبالجملة: كلّ ما دلّ على قصد الرجل الرجوع في النكاح من الألفاظ بنفسه، أو ضمّ شيءٍ من الخارج، فهو مفيد للرجوع، بلا خلاف ولا اشكال.

وأمّا الرجوع بالفعل؛ فكالوطء والتقبيل واللمس بشهوة ونحوه ممّا لايحلّ إلّا للزوج، وهو موضع وفاق بينهم.

وإنّما يحصل الرجوع بالفعل إذا قصد به الرجوع؛ لأنّه أعمّ في حدّ ذاته، فلا عبرة بما وقع منه غفلةً أو سهواً، أو بقصد عدم الرجوع. لكن يظهر من البعض عدم اعتبار قصد الرجوع، باعتبار أنّ الأفعال بنفسها رجوع، لا دالّة على الرجوع فتحتاج إلى القصد.

(مسالك الأفهام ٩: ١٨٤ ـ ١٨٥، كشف اللثام ٨: ٧١ ـ ٧٢، الحدائق الناضرة ٢٥: ٣٥٧ـ٣٥٨، رياض المسائل ١١: ١٠٦، جواهر الكلام ٣٢: ١٧٩ ـ ١٨٠).

---

١. الأم ٥: ٣٥٢ـ٣٥٣، البيان للعمراني ١٠: ٢٢٩.

٢. المعونة ٢: ٨٥٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٩١ ـ ٢٩٢.

٣. الهداية للمرغيناني ١: ٢٨٤، بدائع الصنائع ٤: ٣٩٢، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٥٨.

٤. الأم ٥: ٣٥٢، المهذّب للشيرازي ٤: ٣٧٦.

كان التوارث بينهما [١]، وعند مالك: أنّ وطء الرجعية حرام حتى يرتجعها، فلابد عنده من النيّة [٢]، فهذا هو اختلافهم في شروط صحّة الرجعة.

واختلفوا في مقدار ما يجوز للزوج أن يطلّع عليه من المطلّقة الرجعية ما دامت في العدّة، فقال مالك: لايخلو معها، ولايدخل عليها إلّا بإذنها، ولاينظر إلى شعرها، ولابأس أن يأكل معها إذا كان معهما غيرهما، وحكى ابن القاسم: أنّه رجع عن إباحة الأكل معها [٣]. وقال أبو حنيفة: لابأس أن تتزيّن الرجعية لزوجها، وتتطيّب له وتتشوّف، وتبدي البنان والكحل [٤]. وبه قال الثوري وأبو يوسف والأوزاعي [٥]، وكلّهم قالوا: لايدخل عليها إلّا أن تعلم بدخوله بقولٍ أو حركةٍ، من تنحنحٍ أو خفق نعل [٦].

واختلفوا في هذا الباب في الرجل يطلّق زوجته طلقةً رجعيةً وهو غائب، ثم يراجعها، فيبلغها الطلاق ولاتبلغها الرجعة، فتتزوّج إذا انقضت عدّتها، فذهب مالك إلى أنّها للذي عقد عليها النكاح، دخل بها أو لم يدخل، هذا قوله في الموطّأ [٧]، وبه قال الأوزاعي والليث [٨]، وروىٰ عنه ابن القاسم أنّه رجع عن القول الأول، وأنّه قال: الأول أولى بها، إلّا أن يدخل الثاني [٩]. وبالقول الأول قال المدنيون من أصحابه، قالوا: ولم يرجع عنه؛ لأنّه أثبته في موطّئه إلى يوم مات وهو يقرأ عليه [١٠]، وهو قول عمر بن الخطاب، ورواه عنه مالك في

---

١. المبسوط للسرخسي ٥: ٢٢ ـ ٢٣، بدائع الصنائع ٤: ٣٩٢.

٢. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٥٧ ـ ٧٥٨.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤٢٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٩٢، الاستذكار ١٨: ٦٠.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٨٣، مختصر القدوري: ١٥٩، الاستذكار ١٨: ٦١.

٥. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٨٣ ـ ٣٨٤، الاستذكار ١٨: ٦٠ ـ ٦١.

٦. الاستذكار ١٨: ٦٠ ـ ٦١، مختصر القدوري: ١٥٩، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٨٣ ـ ٣٨٤.

٧. الموطّأ ٢: ٥٧٦، كتاب الطلاق، باب عدّة التي تفقد زوجها، ذيل الحديث ٥٢.

٨. حكاه في مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٩٠، الاستذكار ١٧: ٣١٦، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢٥٤ لكن ليس على إطلاقه، بل إن دخل بها الآخر فهي امرأته، وإن لم يدخل فالأول أحقّ بها.

٩. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤٤٩، الاستذكار ١٧: ٣١٣.

١٠. الاستذكار ١٧: ٣١٣.

الموطّأ[١]. وأما الشافعي والكوفيون وأبو حنيفة وغيرهم فقالوا: زوجها الأول الذي ارتجعها أحقّ بها، دخل بها الثاني أو لم يدخل[٢]*، وبه قال داود وأبو ثور[٣]، وهو مروي عن علي[٤]، وهو الأبين.

وقد روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنّه قال في هذه المسألة: إنّ الزوج الذي ارتجعها مخيَّر بين أن تكون امرأته أو أن يرجع عليها بما كان أصدقها[٥]، وحجّة مالك في الرواية الأولى ما رواه ابن وهب عن يونس، عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيّب أنّه قال: مضت

---

* تقدّم اتّفاق كلمة الإماميّة على القول بأنّ الزوج يملك رجعة زوجته المطلّقة متى رجع في العدّة وإن لم يبلغها الخبر، وأنّه بالإشهاد على الرجعة يستردّ نكاحها لو نكحت غيره مع عدم بلوغها الخبر.

فلو لم تعلم، وتزوّجت بعد انقضاء العدّة، ثم جاء زوجها الأول وادّعى الرجعة، وقد أقام بيّنةً، فهو أحقّ بها من الثاني، دخل بها الثاني أو لم يدخل، بلا خلاف فيه فتوىً ونصّاً، ويجب لها مهر المثل على الثاني أن دخل بها، وعليها العدّة.

ولو لم تكن للأول بيّنة على الرجعة، وأنكرها الثاني، حلف الثاني على عدم علمه بالرجوع، وكانت زوجته.

وإن صدّقت الأول، فإن نكل حلف الأول وردّت إليه إن لم تنكرها، ولو صدّقه الثاني والمرأة جميعاً ردّت إليه لأخذهما بإقرارهما. وللمسألة فروض أخرىٰ. (مسالك الأفهام ٩: ٢٠١، كشف اللثام ٩: ٧٧، الحدائق الناضرة ٢٥: ٣٦٨، جواهر الكلام ٣٢: ١٩٩).

---

١. الموطّأ ٢: ٥٧٦، كتاب الطلاق، باب عدّة التي تفقد زوجها.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٩٠، البيان للعمراني ١٠: ٢٣٦، الحاوي الكبير ١٠: ٣١٥، الاستذكار ١٧: ٣١٧.

٣. الاستذكار ١٧: ٣١٧، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢٥٥.

٤. الاستذكار ١٧: ٣١٤، ٣١٥، الاشراف لابن المنذر ١: ٨٩، الحاوي الكبير ١٠: ٣١٦.

٥. الموطّأ ٢: ٥٧٦ كتاب الطلاق، باب عدة التي تفقد زوجها: ذيل الحديث ٥٢.

السنّة في الذي يطلّق امرأته ثم يراجعها، فيكتمها رجعتها، حتى تحلّ فتنكح زوجاً غيره: أنّه ليس له من أمرها شيء، ولكنّها لمن تزوّجها [١]. وقد قيل: إنّ هذا الحديث إنّما يُروىٰ عن ابن شهاب فقط [٢]. وحجّة الفريق الأول: أنّ العلماء قد أجمعوا على أنّ الرجعة صحيحة وإن لم تعلم بها المرأة، بدليل أنّهم قد أجمعوا على أنّ الأول أحقّ بها قبل أن تتزوّج، وإذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثاني فاسداً، فإنّ نكاح الغير لا تأثير له في إبطال الرجعة، لا قبل الدخول ولا بعد الدخول [٣]، وهو الأظهر إن شاء الله. ويشهد لهذا ما أخرجه الترمذي عن سمرة بن جندب: أنّ النبي ﷺ قال: «أيّما امرأةٍ تزوّجها اثنان فهي للأول منهما، ومن باع بيعاً من رجلين فهو للأول منهما» [٤].

---

١. الاستذكار ١٧: ٣١٦، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢٥٤.

٢. الاستذكار ١٧: ٣١٧.

٣. المصدر السابق، المغني لابن قدامة ٨: ٥٠٠، البيان للعمراني ١٠: ٢٣٦ ـ ٢٣٧، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٩٠.

٤. سنن الترمذي ٣: ٤١٨، كتاب النكاح، باب ما جاء في الوليّين يزوّجان، الحديث ١١١٠.

الباب الثاني

في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن

والطلاق البائن، أمّا بما دون الثلاث فذلك يقع في غير المدخول بها بلا خلاف [1]، وفي المختلعة باختلاف [2]. وهل يقع أيضاً دون عوض؟ فيه خلاف [3]، وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح، أعني: في اشتراط الصداق والوليّ والرضا، إلّا أنّه لايعتبر فيه انقضاء العدّة عند الجمهور، وشذّ قوم فقالوا: المختلعة لايتزوّجها زوجها في العدّة ولا غيره [4]. وهؤلاء كأنّهم رأوا منع النكاح في العدّة عبادة.

وأمّا البائنة بالثلاث، فإنّ العلماء كلّهم على أنّ المطلّقة ثلاثاً لاتحلّ لزوجها الأول إلّا بعد الوطء [5]*؛ لحديث رفاعة بن سموأل: أنّه طلّق امرأته تميمة بنت وهب في عهد رسول الله ﷺ

---

* المعروف من مذهب الإماميّة أنّ كلّ امرأة حرّة استكملت الطلاق ثلاثاً، حرمت حتى تنكح زوجاً غير المطلّق، سواء كانت مدخولاً بها أو لم تكن، راجعها في العدّة وواقعها أو لم يواقعها، ثم طلّقها ثم راجعها كذلك ثم طلّقها أو لم يراجعها فيها بل تركها إلى أن انقضت عدّتها ثم تزوّجها بعقدٍ جديدٍ ثم طلّقها، وهكذا ثلاثاً. ←

---

١. الاجماع لابن المنذر: ١٤٦.

٢. أنظر: المغني لابن قدامة ٨: ١٨١.

٣. المصدر السابق: ١٩٥ ـ ١٩٦.

٤. الاستذكار ١٧: ١٨٩ ـ ١٩٠، الاشراف لابن المنذر ١: ١٩٧.

٥. الاجماع لابن المنذر: ١٤٨، الاستذكار ١٦: ١٥٦، البيان للعمراني ١٠: ٢٣٩.

ثلاثاً، فنكحت عبدالرحمان بن الزبير، فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسّها ففارقها، فأراد رفاعة زوجها الأول أن ينكحها، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فنهاه عن تزويجها، وقال: «لاتحلّ لك حتى تذوق العسيلة»[١]*.

وشذّ سعيد بن المسيّب فقال: إنّه جائز أن ترجع إلى زوجها الأول بنفس العقد[٢]؛ لعموم قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[٣]، والنكاح ينطلق على العقد[٤].

وكلّهم قال: التقاء الختانين يحلّها، إلّا الحسن البصري فقال: لاتحلّ إلّا بوطء بإنزال[٥].

← وذلك للكتاب والسنّة، قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَها﴾ يعني: الثالثة ﴿فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾، وللروايات المستفيضة والمتواترة، منها: ما رواه في الكافي عن أبي حاتم، عن أبي عبدالله ﷺ، قال: سألته عن الرجل يطلّق امرأته الطلاق الذي لاتحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره، ثم تزوّج رجلاً لايدخل بها، قال: «لا، حتى يذوق عسيلتها»، مضافاً إلى الإجماع في المقام. (مسالك الأفهام ٩: ١٢٦، كشف اللثام ٨: ٦٢، الحدائق الناضرة ٢٥: ٢٦٩، ٣٢٨، رياض المسائل ١١: ٨٢، جواهر الكلام ٣٢: ١٢٨، ١٦١).

* أجمعت الإماميّة على أنّ من شروط المحلّل: الوطء الموجب للغسل، فلا تحليل بمجرّد العقد ولا الخلوة.

واستدلّ له ـ مضافاً للإجماع بين المسلمين ـ بالأصل، وبالنبوي المشهور من الجانبين: «حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك». (مسالك الأفهام ٩: ١٦٧، كشف اللثام ٨: ٨٥، الحدائق الناضرة ٢٥: ٣٢٨ ـ ٣٢٩، رياض المسائل ١١: ١٠١، جواهر الكلام ٣٢: ١٦٠).

---

١. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ٣٧٥، كتاب الرجعة، باب المطلّقة ثلاثاً.

٢. الاستذكار ١٦: ١٥٦، البيان للعمراني ١٠: ٢٤٠.

٣. سورة البقرة: الآية ٢٣٠.

٤. الاستذكار ١٦: ١٥٦.

٥. المصدر السابق: ١٥٦ ـ ١٥٧، المنتقىٰ للباجي ٣: ٢٩٩.

وجمهور العلماء على أنّ الوطء الذي يوجب الحدّ، ويفسد الصوم والحجّ، ويحلّ المطلّقة، ويحصن الزوجين، ويوجب الصداق، هو التقاء الختانين[١]. وقال مالك وابن القاسم: لايحلّ المطلّقةَ إلّا الوطء المباح الذي يكون في العقد الصحيح في غير صومٍ أو حجٍّ أو حيضٍ أو اعتكاف، ولايحلّ الذمّية عندهما وطء زوج ذميٍّ لمسلم، ولا وطء من لم يكن بالغاً[٢]*. وخالفهما في ذلك كلّه الشافعي وأبو حنيفة والثوري والأوزاعي، فقالوا: يحلّ الوطء وإن وقع في عقدٍ فاسدٍ أو وقتٍ غير مباح **، وكذلك وطء المراهق عندهم يحلّ، ويحل وطء

---

* اتّفقت كلمة الإماميّة على أنّ المحلّل يعتبر فيه البلوغ، فلا تحليل بالصغير إجماعاً.

واختلفوا في المراهق، فالمشهور أنّه لايحلّل، خلافاً للشيخ الطوسي في أحد قوليه، وابن الجنيد من وقوع التحليل به.

استدلّ المشهور بالأصل، وما رواه في الكافي عن علي بن الفضل الواسطي قال: كتبت إلى الرضا عليه السلام: رجل طلّق امرأته الطلاق الذي لاتحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره، فتزوّجها غلام لم يحتلم، قال: «لا، حتى يبلغ»، فكتبت إليه: ما حدّ البلوغ؟ فقال: «ما أوجب على المؤمنين الحدود» وقد ضعّف غير واحد ما ذهب إليه الشيخ وابن الجنيد. (مسالك الأفهام ٩: ١٦٤ ـ ١٦٥، كشف اللثام ٨: ٨٤، الحدائق الناضرة ٢٥: ٣٢٧ ـ ٣٢٨، رياض المسائل ١١: ١٠١، جواهر الكلام ٣٢: ١٥٩ ـ ١٦٠).

** اختلف الإماميّة فيما لو وطئها المحلّل وطئاً محرّماً شرعاً؛ كالوطء في الإحرام منه أو منها أو منهما، والوطء في الحيض، وفي الصوم الواجب ...، ونحو ذلك، على قولين:

الأول: عدم التحليل، واستدلّ له بأنّ التحريم معلوم، ولا دليل على أنّ هذا الوطء ←

---

١. البيان للعمراني ١٠: ٢٤٠ ـ ٢٤١، الاستذكار ١٦: ١٥٧.

٢. الاستذكار ١٦: ١٥٧، البيان للعمراني ١٠: ٢٤١.

الذمي الذمية للمسلم، وكذلك المجنون عندهم، والخصي الذي يبقىٰ له ما يغيّبه في الفرج [١]*.

والخلاف في هذا كلّه آيل إلى: هل يتناول اسم النكاح أصناف الوطء الناقص أم لايتناوله؟

واختلفوا من هذا الباب في نكاح المحلّل، أعني: إذا تزوّجها على شرط أن يحلّلها لزوجها الأول، فقال مالك: النكاح فاسد، يفسخ قبل الدخول وبعده، والشرط فاسد لاتحلّ به [٢]. ولايعتبر في ذلك عنده إرادة المرأة التحليل، وإنّما يعتبر عنده ارادة الرجل [٣].

← محلّل، ولقول النبي ﷺ: «حتى يذوق عسيلتها» يدلّ عليه، لأنّه إنّما أراد بذلك ذوقاً مباحاً؛ لأنّ النبي ﷺ لايبيح المحرم.

الثاني: ثبوت التحليل، وهو المشهور بين المتأخّرين، واستدلّوا بقوله تعالى: ﴿حَتّىٰ تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ حيث جعل غاية التحريم نكاح الغير، وقد حصل. (الحدائق الناضرة ٢٥: ٣٥٤ ـ ٣٥٥، كشف اللثام ٨: ٨٦).

* لا خلاف عند فقهاء الإماميّة في حصول التحليل بالذمّي، وأنّه كالمسلم، إذ لم يذكر أحد منهم أنّ الاسلام شرط في المحلّل. وذلك لإطلاق الآية الشريفة، وهي قوله تعالى: ﴿حَتّىٰ تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ وكذلك إطلاق الاخبار.

وأمّا المجبوب فقد نصّوا علىٰ وقوع التحليل به إذا بقي من ذكره ما يغيب في فرجها قدر الحشفة، مع اجتماع باقي شرائط المحلّل، وذلك لصدق الوطء وذوق العسيلة.

وكذا الموجوء والخصي إذا تمكّنا من الوطء، مع اجتماع باقي الشرائط، وادّعى البحراني عدم الخلاف بالنسبة إلىٰ تحليل الخصي. (مسالك الأفهام ٩: ١٧٢ ـ ١٧٣، ١٧٧، كشف اللثام ٨: ٨٨، ٨٩، الحدائق الناضرة ٢٥: ٣٤١، ٣٤٧، جواهر الكلام ٣٢: ١٦٧، ١٧١).

---

١. الاستذكار ١٦: ١٥٧ ـ ١٥٨، البيان للعمراني ١٠: ٢٤١ ـ ٢٤٢، الاشراف لابن المنذر ١: ١٨٠ ـ ١٨١، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٢٥، الهداية للمرغيناني ٢: ٢٨٩.

٢. عيون المجالس ٣: ١٢٦٣، الاستذكار ١٦: ١٥٨.

٣. المعونة ٢: ٨٣٢.

وقال الشافعي وأبو حنيفة: النكاح جائز، ولاتؤثّر النيّة في ذلك[١]. وبه قال داود وجماعة[٢] وقالوا: هو محلّل للزوج المطلّق ثلاثاً[٣]. وقال بعضهم: النكاح جائز والشرط باطل، أي: ليس يحلّلها، وهو قول ابن أبي ليلىٰ، وروي عن الثوري[٤].

واستدلّ مالك وأصحابه بما روي عن النبي ﷺ من حديث علي بن أبي طالب وابن مسعود وأبي هريرة وعقبة بن عامر أنّه قال ﷺ: «لعن الله المحلّل والمحلّل له»[٥] فلعنه إيّاه كلعنه آكل الربا وشارب الخمر، وذلك يدلّ على النهي، والنهي يدلّ على فساد المنهيّ عنه، واسم النكاح الشرعي لاينطلق على النكاح المنهيّ عنه[٦].

وأمّا الفريق الآخر فتعلّق بعموم قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[٧] وهذا ناكح، وقالوا: ليس في تحريم قصد التحليل ما يدلّ على أنّ عدمه شرط في صحّة النكاح، كما أنّه ليس النهي عن الصلاة في الدار المغصوبة ممّا يدلّ على أنّ من شرط صحّة الصلاة صحّة ملك البقعة أو الإذن من مالكها في ذلك، قالوا: وإذا لم يدلّ النهي على فساد عقد النكاح، فأحرىٰ أن لايدلّ على بطلان التحليل[٨].

وإنّما لم يعتبر مالك قصد المرأة؛ لأنّه إذا لم يوافقها على قصدها، لم يكن لقصدها معنىً، مع أنّ الطلاق ليس بيدها.

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٢٣، الهداية للمرغيناني ٢: ٢٨٩. النتف في الفتاوىٰ ١: ٢٥٧، الأم ٥: ١١٨، الاستذكار ١٦: ١٥٩، ١٦٠، الحاوي الكبير ٩: ٣٣٣.

٢. المحلّىٰ بالآثار: ١٨٠، ١٨٢، الاستذكار ١٦: ١٦٠.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٢٣، الاستذكار ١٦: ١٥٩ ـ ١٦٠، الحاوي الكبير ٩: ٣٣٤، الهداية للمرغيناني ٢: ٢٨٩، إلّا أنّه قد حُكي في الأوليين عن أبي حنيفة قول آخر، وهو: أنّها لاتحلّ للزوج الأوّل.

٤. الاستذكار ١٦: ١٥٨ ـ ١٥٩.

٥. سنن الترمذي ٣: ٤٢٨، كتاب النكاح، باب المحلّل والمحلّل له، الحديث ١١٢٠، سنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ٢٠٨، كتاب النكاح، باب ما جاء في نكاح المحلّل.

٦. الاستذكار ١٦: ١٦١ ـ ١٦٣.

٧. سورة البقرة: الآية ٢٣٠.

٨. أنظر: المحلّىٰ بالآثار ١٠: ١٨٣ ـ ١٨٤، الاستذكار ١٦: ١٦٣.

واختلفوا في: هل يهدم الزواج ما دون الثلاث؟ فقال أبو حنيفة: يهدم [١] *، وقال مالك والشافعي: لا يهدم [٢]، أعني: إذا تزوّجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الأول ثم راجعها، هل يعتدّ بالطلاق الأول أم لا؟ فمن رأى أنّ هذا شيء يخصّ الثالثة بالشرع، قال: لا يهدم ما دون الثالثة عنده، ومن رأى أنّه إذا هدم الثالثة فهو أحرىٰ أن يهدم ما دونها، قال: يهدم ما دون الثلاث، والله أعلم.

---

* المشهور عند الإماميّة أنّ الزوج الثاني إذا دخل بها يهدم ما دون الثلاث من الطلقة والطلقتين، فلو طلّق مرةً أو مرتين، ثم خرجت من عدّته وتزوّجت بغيره تزويجاً يفيد التحليل على تقدير الحاجة إليه، ثم طلّقها أو مات عنها، ورجعت إلى الأول بعقدٍ جديدٍ بقيت معه على ثلاث طلقات، كأنّه لم يطلّقها فيما سبق، ولم تعدّ الطلقة السابقة ولا الطلقتان. وهذا أشهر الروايتين عملاً.

ومستنده موثّقة رفاعة عن أبي عبدالله ﷺ، قال: سألته عن رجل طلّق امرأته حتىٰ بانت منه وانقضت عدّتها، ثم تزوّجت زوجاً آخر فطلّقها أيضاً، ثم تزوّجها زوجها الأول، أيهدم ذلك الطلاق الأول؟ قال: «نعم»، ونقل عن بعضهم: عدم الهدم؛ استناداً إلى بعض الروايات. (الخلاف ٤: ٤٨٨ ـ ٤٨٩، مسالك الأفهام ٩: ١٦٩ ـ ١٧٢، كشف اللثام ٨: ٨٢، جواهر الكلام ٣٢: ١٦٣).

---

١. مختصر القدوري: ١٦٠، الهداية للمرغيناني ٢: ٢٨٩ ـ ٢٩٠.

٢. المعونة ٢: ٨٥٧، البيان للعمراني ١٠: ٢٤٥ ـ ٢٤٦.

الجملة الرابعة

وهذه الجملة فيها بابان: **الأول**: في العدّة، **الثاني**: في المتعة.

الباب الأول في العدّة

والنظر في هذا الباب في فصلين: **الفصل الأول**: في عدّة الزوجات، **الفصل الثاني**: في عدّة ملك اليمين.

الفصل الأول في عدّة الزوجات

والنظر في عدّة الزوجات ينقسم إلى نوعين: **أحدهما**: في معرفة العدّة، **والثاني**: في معرفة أحكام العدّة.

النوع الأول

وكلّ زوجة فهي إمّا حرّة وإمّا أمة، وكلّ واحدة من هاتين إذا طلّقت فلا يخلو أن تكون مدخولاً بها أو غير مدخول بها، فأمّا غير المدخول بها فلا عدّة عليها بإجماع؛ لقوله تعالى:

﴿فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [١ و ٢]*، وأمّا المدخول بها، فلا يخلو أن تكون من ذوات الحيض أو من غير ذوات الحيض، وغير ذوات الحيض: إمّا صغار وإمّا يائسات، وذوات الحيض: إمّا حوامل وإمّا جاريات على عاداتهنّ في الحيض وإمّا مرتفعات الحيض وإمّا مستحاضات. والمرتفعات الحيض في سنّ الحيض: إمّا مرتابات بالحمل ـ أي: يُحسّ في البطن ـ وإمّا غير مرتابات، وغير المرتابات: إمّا معروفات سبب انقطاع الحيض من رضاعٍ أو مرضٍ وإمّا غير معروفات، فأمّا ذوات الحيض الأحرار الجاريات في حيضهنّ على المعتاد فعدّتهن ثلاثة قروء [٣]**، والحوامل منهنّ عدّتهن وضع حملهنّ [٤]***.

---

* أجمع علماء الإماميّة، بل هو إجماع المسلمين، على أنّه لا عدّة على الزوجة غير المدخول بها، سواء بانت بطلاق أو فسخ، في غير المتوفّى عنها زوجها. واستدلّوا بالنصّ والإجماع، ولأنّ الغرض منها براءة الرحم. (كشف اللثام ٨: ٩٠، الحدائق الناضرة ٢٥: ٣٩١ ـ ٢٩٢).

** أجمع فقهاء الإماميّة على أنّ المرأة المستقيمة الحيض ـ أي: التي يأتيها حيضها في كلّ شهر مرة على عادة النساء، وفي معناها: معتادة الحيض فيما دون الثلاثة أشهر ـ تعتدّ بثلاثة أقراء ـ أي: أطهار ـ واستدلّوا عليه ـ مضافاً للإجماع ـ بالكتاب والسنّة. (مسالك الأفهام ٩: ٢١٧ ـ ٢١٩، كشف اللثام ٨: ٩٥، الحدائق الناضرة ٢٥: ٣٩٨ ـ ٤٠٠، جواهر الكلام ٣٢: ٢١٩).

*** المشهور بين الإماميّة شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً: أنّ عدّة الحامل في الطلاق بوضع الحمل، بالكتاب والإجماع والسنّة المستفيضة أو المتواترة، منها: الصحيح: في الرجل يطلّق امرأته وهي حبلى، قال: «أجلها أن تضع حملها». ←

---

١. سورة الاحزاب: الآية ٤٩.

٢. مراتب الاجماع: ٧٦، التهذيب للبغوي ٦: ٢٣٣، ٢٤٨، المعونة ٢: ٩١١، تحفة الفقهاء ٢: ٢٤٤، الكافي لابن قدامة ٣: ١٩٤.

٣. مراتب الاجماع: ٧٦، التهذيب للبغوي ٦: ٢٣٣، المعونة ٢: ٩١٢.

٤. مراتب الاجماع: ٧٧، الإفصاح ٢: ١٤٣، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٥٧.

واليائسات منهنّ عدّتهن ثلاثة أشهر [١] *.

← ولا فرق في توقف انقضاء العدّة علىٰ وضع الحمل بين طول مدّته وقصرها، فقد تكون لحظة وقد تكون سنة؛ لعموم الآية: ﴿وَأُولاٰتُ ٱلأَحْمالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ ونصوص الرواية.

وعن ابن بابويه وابن حمزة: تعتدّ بأقرب الأجلين، فإن مضت ثلاثة أشهر ولم تضع خرجت من العدّة، وإن وضعت قبل ثلاثة أشهر خرجت أيضاً من العدّة. (مسالك الأفهام ٩: ٢٥٤، ٢٥٦، كشف اللثام ٨: ١٠٧، الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٤٧، رياض المسائل ١١: ١٢٧، جواهر الكلام ٣٢: ٢٥٢، ٢٥٣).

* اختلف علماء الإماميّة في الصبية التي لم تبلغ واليائسة إذا طلّقت بعد الدخول، فالمشهور أنّه لا عدّة عليهما، خلافاً للسيدين: المرتضىٰ وابن زهرة، فأوجبا عليهما العدّة ثلاثة اشهر.

والأصل في ذلك اختلاف الروايات، وأشهرها بينهم ما دلّ على انتفائها، فمنها: حسنة زرارة عن الصادق عليه السلام في الصبية التي لاتحيض مثلها، والتي قد يئست من المحيض، قال: «ليس عليهما عدّة وإن دخل بهما».

واستدلّ السيد علم الهدى بظاهر قوله تعالى: ﴿وَالّلاٰئِي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِنْ نِسائِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ ...﴾. وأجيب عنها بأنّها غير واضحة الدلالة، بل ربّما كانت بالخلاف واضحة المقالة.

وأمّا الأخبار، فمع رجحان الأخبار النافية للعدّة عليها، لابأس بحملها على إرادة من بلغت سنّ الحيض ولكن لم تحض، أو انقطع حيضها ولكن لم تبلغ سنّ اليأس، كما في الجواهر. (مسالك الأفهام ٩: ٢٣٠ ـ ٢٣٣، الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٣١، رياض المسائل ١١: ١٢٢ـ١٢٣، جواهر الكلام ٣٢: ٢٣٢ ـ ٢٣٥).

---

١. مراتب الاجماع ٧٦ ـ ٧٧، التهذيب للبغوي ٦: ٢٣٣، المعونة ٢: ٩١٥ ـ ٩١٦، تحفة الفقهاء ٢: ٢٤٤.

ولا خلاف في هذا؛ لأنّه منصوص عليه في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ الآية [١ و ٢] وفي قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولاتُ الأَحْمالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ الآية [٣ و ٤].

واختلفوا من هذه الآية في الأقراء ما هي؟ فقال قوم: هي الأطهار، أعني: الأزمنة التي بين الدمين، وقال قوم: هي الدم نفسه. وممّن قال: إنّ الأقراء هي الأطهار: أمّا من فقهاء الأمصار: فمالك والشافعي وجمهور أهل المدينة وأبو ثور وجماعة [٥]*، وأمّا من الصحابة: فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة [٦]. وممّن قال: إنّ الأقراء هي الحِيَض: أمّا من فقهاء الأمصار: فأبو حنيفة والثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى وجماعة [٧]، وأمّا من الصحابة فعلي وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الأشعري [٨].

---

* المعروف من مذهب الإماميّة أنّ الأقراء الوارد في الآية الكريمة هو بمعنى الأطهار، بل عليه الإجماع في الخلاف وغيره.

واستدلّ له بقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ فإنّ الظاهر كون اللام ظرفية، والطلاق لايصحّ إلّا في الطهر، فهو من المعدود من العدّة، مضافاً للاخبار؛ كحسن زرارة عن الباقر عليه السلام قال: «القرء: ما بين الحيضتين». (مسالك الأفهام ٩: ٢١٩، كشف اللثام ٨: ٩٥، الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٠٠، رياض المسائل ١١: ١١٤، جواهر الكلام ٣٢: ٢١٩).

---

١. سورة البقرة: الآية ٢٢٨.

٢. التهذيب ٦: ٢٣٣، المعونة ٢: ٩١٢، تحفة الفقهاء ٢: ٢٤٥.

٣. سورة الطلاق: الآية ٤.

٤. المعونة ٢: ٩١٦، تحفة الفقهاء ٢: ٢٤٥، المهذّب للشيرازي ٤: ٥٣٨.

٥. المعونة ٢: ٩١٢، الاستذكار ١٨: ٣٢، المهذّب للشيرازي ٤: ٥٣٤، التهذيب للبغوي ٦: ٢٣٤.

٦. الاستذكار ١٨: ٣٣، التهذيب للبغوي ٦: ٢٣٤.

٧. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٨٥، الهداية للمرغيناني ٢: ٣٠٧، الاستذكار ١٨: ٣٤.

٨. الاستذكار ١٨: ٣٤، التهذيب للبغوي ٦: ٢٣٤.

وحكى الأثرم عن أحمد أنّه قال: الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ يقولون: الأقراء هي الحيض [١]. وحكى أيضاً عن الشعبي أنّه قول أحد عشر أو اثني عشر من أصحاب رسول الله ﷺ [٢].

وأمّا أحمد بن حنبل فاختلفت الرواية عنه، فروي عنه أنّه كان يقول: إنّها الأطهار، على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة، ثم توقّفت الآن من أجل قول ابن مسعود وعلي هو أنّها الحيض [٣]. والفرق بين المذهبين هو أنّ من رأى أنّها الأطهار رأى أنّها إذا دخلت الرجعية عنده في الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة، وحلّت للأزواج، ومن رأى أنّها الحِيَض لم تحلّ عنده حتى تنقضي الحيضة الثالثة [٤].

وسبب الخلاف: اشتراك اسم «القرء»، فإنّه يقال في كلام العرب على حدّ سواء على الدم وعلى الأطهار [٥]، وقد رام كلا الفريقين أن يدلّ علىٰ أنّ اسم «القرء» في الآية ظاهر في المعنى الذي يراه، فالذين قالوا: إنّها الأطهار، قالوا: إنّ هذا الجمع خاصّ بالقرء الذي هو الطهر، وذلك أنّ «القرء» الذي هو الحيض يُجمع على «أقراء» لا على «قروء»، وحكوا ذلك عن ابن الأنباري [٦]؟ وأيضاً فإنّهم قالوا: إنّ الحيضة مؤنّثة، والطهر مذكّر، فلو كان «القرء» الذي يراد به الحيض لما ثبت في جمعه الهاء؛ لأنّ الهاء لاتثبت في جمع المؤنّث فيما دون العشرة. وقالوا أيضاً: إنّ الاشتقاق يدلّ على ذلك؛ لأنّ «القرء» مشتقّ من: قرأت الماء في الحوض، أي: جمعته، فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر. فهذا هو أقوى ما تمسّك به الفريق الأول من ظاهر الآية [٧].

---

١. المغني لابن قدامة ٩: ٨٣، الاستذكار ١٨: ٣٣.

٢. الاستذكار ١٨: ٣٤.

٣. الكافي لابن قدامة ٣: ١٩٦، المغني لابن قدامة ٩: ٨٣، الاستذكار ١٨: ٣٣.

٤. التهذيب للبغوي ٦: ٢٣٤.

٥. أنظر: الصحاح ١: ٦٤، المحكم والمحيط الأعظم ٦: ٤٧٠ مادة «قرأ».

٦. أنظر: كتاب الأضداد ٢٧ ـ ٣٢.

٧. أنظر: المعونة ٢: ٩١٢ ـ ٩١٣.

وأمّا ما تمسّك به الفريق الثاني من ظاهر الآية، فإنّهم قالوا: إنّ قوله تعالى: ﴿ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ ظاهر في تمام كلّ قرء منها؛ لأنّه ليس ينطلق اسم «القرء» على بعضه إلّا تجوّزاً، وإذا وصفت الأقراء بأنّها هي الأطهار أمكن أن تكون العدّة عندهم بقرأين وبعض قرءٍ؛ لأنّها عندهم تعتدّ بالطهر الذي تطلّق فيه وإن مضى أكثره، وإذا كان ذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة إلّا تجوزاً، واسم الثلاثة ظاهر في كمال كلّ قرء منها، وذلك لا يتّفق إلّا بأن تكون «الأقراء» هي الحيض [١]؛ لأنّ الإجماع منعقد على أنّها إن طلّقت في حيضةٍ أنّها لا تعتدّ بها [٢].

ولكلّ واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ «القرء»، والذي رضيه الحذّاق أنّ الآية مجملة في ذلك، وأنّ الدليل ينبغي أن يطلب من جهة أخرى.

فمِن أقوى ما تمسّك به مَن رأى أنّ «الأقراء» هي الأطهار: حديث ابن عمر المتقدّم [٣]، وقوله ﷺ: «مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم يطلّقها إن شاء قبل أن يمسّها، فتلك العدّة التي أمر الله أن يطلّق لها النساء» [٤]، قالوا: وإجماعهم على أنّ طلاق السنّة لا يكون إلّا في طهرٍ لم تمسّ فيه [٥]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «فتلك العدّة التي أمر الله أن يطلّق لها النساء» دليل واضح على أنّ العدّة هي الأطهار لكي يكون الطلاق متّصلاً بالعدّة، ويمكن أن يتأوّل قوله: «فتلك العدة» أي: فتلك مدّة استقبال العدّة لئلّا يتبعّض القرء بالطلاق في الحيض [٦].

وأقوىٰ ما تمسّك به الفريق الثاني: أنّ العدّة إنّما شرّعت لبراءة الرحم، وبراءته إنّما تكون بالحيض لا بالأطهار، ولذلك كان عدّة من ارتفع الحيض عنها بالأيام فالحيض هو سبب

---

١. الاستذكار ١٨: ٣٨، ٤٠، الكافي لابن قدامة ٣: ١٩٦.

٢. أنظر: الاستذكار ١٨: ٣٩ ـ ٤٠.

٣. تقدَّم في مطلع الباب الأول (في معرفة الطلاق البائن والرجعي) من كتاب الطلاق.

٤. صحيح البخاري ٧: ٧٢ ـ ٧٣، كتاب الطلاق، الحديث ١، الموطّأ ٢: ٥٧٦، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الأقراء، الحديث ٥٣.

٥. الاستذكار ١٨: ٣٩.

٦. المصدر السابق: ٢٤ ـ ٢٥، ٣٩، فتح المالك ٧: ٣٢٩.

العدّة بالأقراء. فوجب أن تكون الأقراء هي الحيض [١]. واحتجّ من قال: «الأقراء» هي الأطهار بأنّ المعتبر في براءة الرحم هو النقلة من الطهر إلى الحيض، لا انقضاء الحيض، فلا معنى لاعتبار الحيضة الأخيرة، وإذا كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهنّ التمام، أعني: المشترط هي الأطهار التي بين الحيضتين [٢]، ولكلا الفريقين احتجاجات طويلة.

ومذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى، وحجّتهم من جهة المسموع متساوية أو قريب من متساوية.

ولم يختلف القائلون: إنّ العدّة هي الأطهار: أنّها تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة [٣]*، واختلف الذين قالوا: إنّها الحيض، فقيل: تنقضي بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة، وبه قال الأوزاعي [٤]. وقيل: حتىٰ تغتسل من الحيضة الثالثة، وبه قال من الصحابة: عمر بن الخطاب وعلي وابن مسعود، ومن الفقهاء: الثوري وإسحاق وأبو عبيد [٥]. وقيل: حتى يمضي وقت

---

* لا خلاف عند الإماميّة في أنّ المرأة إذا طلّقت، وحاضت بعد الطلاق ولو بلحظة، احتسبت تلك اللحظة قرءاً، ثم أكملت قرءين آخرين، فإذا رأت الدم الثالث فقد قضت العدّة، بل ظاهرهم أنّه محلّ وفاق بينهم. وتدلّ عليه الأخبار الناطقة على أنّها بدخولها في الدم الثالث فقد قضت عدّتها.

ففي الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قلت له: رجل طلّق امرأته على طهر من غير جماع بشهادة عدلين، فقال: «إذا دخلت في الحيضة الثالثة فقد انقضت عدّتها، وحلّت للازواج». (مسالك الأفهام ٩: ٢٢٣، نهاية المرام ٢: ٧٩، ٨١، كشف اللثام ٨: ٩٧، الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٠٠، ٤٠٥، جواهر الكلام ٣٢: ٢٢٠، ٢٢٥).

---

١. الاستذكار ١٨: ٢٦، ٤٠.

٢. المصدر السابق: ٣٢، فتح المالك ٧: ٣٣٥.

٣. الاستذكار ١٨: ٣٢، المهذّب للشيرازي ٤: ٥٣٥، التهذيب للبغوي ٦: ٢٣٤.

٤. الاستذكار ١٨: ٣٦.

٥. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٨٦، الاستذكار ١٨: ٣٤.

الصلاة التي طهرت في وقتها [١]، وقيل: إنّ للزوج عليها الرجعة وإن فرطت في الغسل عشرين سنة، حكي هذا عن شريك. وقد قيل: تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة [٢]، وهو أيضاً شاذّ. فهذه هي حال الحائض التي تحيض.

وأمّا التي تطلّق فلا تحيض وهي في سنّ الحيض، وليس هناك ريبة حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض، فإنّها تنتظر عند مالك تسعة أشهر، فإن لم تحض فيهنّ اعتدّت بثلاثة أشهر، فإن حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة الأشهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره، فإن مرّ بها تسعة أشهر قبل أن تحيض الثانية اعتدّت ثلاثة أشهر، فإن حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة أشهر من العام الثاني انتظرت الحيضة الثالثة، فإن مرّ بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدّت ثلاثة أشهر، فإن حاضت الثالثة في الثلاثة الأشهر، كانت قد استكملت عدّة الحِيَض وتمّت عدّتها، ولزوجها عليها الرجعة ما لم تحلّ [٣].

واختلف عن مالك: متى تعتدّ بالتسعة أشهر؟ فقيل: من يوم طلّقت، وهو قوله في الموطّأ [٤]، وروىٰ ابن القاسم عنه: من يوم رفع حيضتها [٥]. وقال أبو حنيفة والشافعي والجمهور في التي ترتفع حيضتها وهي لاتيأس منها في المستأنف: إنّها تبقىٰ أبداً تنتظر حتى تدخل في السنّ الذي تيأس فيه من المحيض، وحينئذٍ تعتدّ بالأشهر، وتحيض قبل ذلك [٦]*.

---

* لا خلاف بين الإماميّة أنّ المسترابة بالحيض ـ وهي التي لاتحيض مع كونها في سنّ من تحيض، ولا فرق عندهم بين كون انقطاع حيضها خلقياً أو لعارضٍ من ←

---

١. أنظر الاستذكار ١٨: ٣٥.

٢. المصدر السابق: ٣٦.

٣. الموطّأ ٢: ٥٨٣، الاستذكار ١٨: ٩٤ ـ ٩٥.

٤. الموطّأ ٢: ٥٨٣.

٥. الاستذكار ١٨: ٩٥، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٨٢.

٦. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٨٢، المبسوط ٦: ٣١، مختصر المزني: ٢٣٢، أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٤٥٧، الاستذكار ١٨: ٩٥، المغني لابن قدامة ٩: ٩٨.

← حملٍ أو رضاعٍ أو مرض ـ تعتدّ بثلاثة أشهر إن كانت حرّة، لظاهر قوله تعالىٰ: ﴿وَالّٰلَائِي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ...﴾ وللإجماع المحكي في كلام جماعة، مضافاً للأخبار المستفيضة. ثم إنّ هذه تراعي الشهور والحِيَض، وتعتدّ بأسبقهما إلى الطلاق، فتعتدّ بالأشهر إن مرّت بها بعد الطلاق، بلا فاصلة خالية من الحيض، كما أنّها تعتدّ بالأقراء إن مرّت بها كذلك.

والأصل في ذلك ـ بعد الاتّفاق ـ الأخبار، منها: الصحيح: «أمران أيّهما سبق بانت به المطلّقة: المستريبة تستريب الحيض إن مرّت بها ثلاثة أشهر بيض ليس فيها دم بانت منه، وإن مرّت بها ثلاث حِيَض ليس بين الحيضتين ثلاثة أشهر بانت بالحِيَض».

إلّا إذا رأت في الثالث حيضة وتأخّرت الثانية أو الثالثة، فإنّها تصبر تسعة أشهر؛ لاحتمال الحمل، ثم تعتدّ بثلاثة أشهر على أشهر القولين. قال في نهاية المرام: هذا بمنزلة التقييد للكلام السابق، والمراد: أنّ المستريبة تعتدّ بالأسبق من الشهور أو الحِيَض، إلّا إذا رأت في الشهر الثالث حيضة، وتأخّرت الحيضة الثانية والثالثة فإنّه يجب عليها الصبر تسعة أشهر؛ لاحتمال الحمل، فإن وضعت انقضت عدّتها، وإلّا اعتدّت بعدها بثلاثة أشهر.

والأصل في ذلك ـ بعد الشهرة العظيمة ـ خبر سورة بن كليب: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل طلّق امرأته تطليقةً واحدةً على طهرٍ من غير جماع بشهودٍ طلاق السُّنّة، وهي ممّن تحيض، فمضى ثلاثة أشهر فلم تحض إلّا حيضةً واحدة، ثم ارتفعت حيضتها حتى مضت ثلاثة أشهر أخرى، ولم تدر ما رفع حيضتها، فقال: «إن كانت شابة مستقيمة الطمث، فلم تطمث في ثلاثة أشهر إلّا حيضة واحدة، ثم ارتفع طمثها، فما تدري ما رفعها، فإنّها تتربّص تسعة أشهر من يوم طلّقها، ثم تعتدّ بعد ذلك ثلاثة أشهر، ثم تتزوّج إن شاءت...» وإن ناقش فيها بعضهم بضعف السند، إلّا أنّه مجبور بالعمل بها، وبعض ←

وقول مالك مروي عن عمر بن الخطاب وابن عباس[١]، وقول الجمهور قول ابن مسعود وزيد[٢]. وعمدة مالك من طريق المعنىٰ هو أنّ المقصود بالعدّة إنّما هو ما يقع به براءة الرحم ظنّاً غالباً، بدليل أنّه قد تحيض الحامل، وإذا كان ذلك كذلك فعدّة الحمل كافية في العلم ببراءة الرحم، بل هي قاطعة علىٰ ذلك، ثم تعتدّ بثلاثة أشهر، عدّة اليائسة، فإن حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض، واحتسبت بذلك القرء، ثم تنتظر القرء الثاني أو السنة إلى أن تمضي لها ثلاثة أقراء.

وأمّا الجمهور فصاروا إلى ظاهر قوله تعالى: ﴿وَالَّـٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِنْ

← آخر بأنّها واردة في خصوص المستقيمة الحيض التي عرض لها ارتفاع الحيض، لكنّه استوجه عدم المنافاة للضابط السابق من الاعتداد بأسبق الأمرين.

والقول الآخر المقابل للأشهر هو الصبر سنة، ثم تعتدّ بثلاثة أشهر، وهو مروي عن عمّار الساباطي عن الصادق عليه السلام، قال: سئل عن رجل عنده امرأة شابة، وهي تحيض في كلّ شهرين أو ثلاثة أشهر حيضةً واحدة، كيف يطلّقها زوجها؟ فقال: «هذه أمرها شديد، تطلّق طلاق السنّة تطليقةً واحدةً على طهر من غير جماع بشهود، ثم تترك حتى تحيض ثلاث حيض متى حاضتها فإذا حاضت ثلاثاً فقد انقضت عدّتها»، قيل له: فإن مضت سنة ولم تحض فيها ثلاث حيض؟ قال: «يتربّص بها بعد السنة ثلاثة أشهر، ثم قد انقضت عدّتها»، قيل: فإن ماتت أو مات زوجها؟ قال: «فأيّهما مات ورثه صاحبه ما بينه وبين خمسة عشر شهراً». وقال صاحب الجواهر وغيره: ولم أجد عاملاً به. (مسالك الأفهام ٩: ٢٢٩ ـ ٢٤٠، نهاية المرام ٢: ٨٢ ـ ٨٧، كشف اللثام ٨: ١٠٣ ـ ١٠٤، الحدائق الناضرة ٢: ٤٠٩ ـ ٤١٩، رياض المسائل ١١: ١١٧ ـ ١٢٠، جواهر الكلام ٣٢: ٢٣٠ ـ ٢٣٨).

---

١. المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٣٣٩ كتاب الطلاق، باب المرأة يحسبون أن يكون الحيض قد أدبر عنها، الحديث ١١٠٩٥، أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٤٥٦، الاستذكار ١٨: ٩٦.

٢. الاستذكار ١٨: ٩٦، المحلّى بالآثار ١٠: ٢٢٥، أحكام الطلاق.

نِسائِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [١] والتي هي من أهل الحيض ليست بيائسة. وهذا الرأي فيه عسر وحرج، ولو قيل: إنّها تعتدّ بثلاثة أشهر، لكان جيداً إذا فهم من اليائسة التي لايقطع بانقطاع حيضتها. وكان قوله: ﴿إِنِ ٱرْتَبْتُمْ﴾ راجعاً إلى الحكم لا إلى الحيض، على ما تأوّله مالك عليه، فكأنّ مالكاً لم يطابق مذهبه تأويله الآية، فإنّه فهم من اليائسة هنا من تقطع على أنّها ليست من أهل الحيض. وهذا لايكون إلّا من قبل السنّ، ولذلك جعل قوله: ﴿إِنِ ٱرْتَبْتُمْ﴾ راجعاً إلى الحكم لا إلى الحيض، أي: إن شككتم في حكمهنّ، ثم قال في التي تبقىٰ تسعة أشهر لا تحيض، وهي في سنّ من تحيض: إنّها تعتدّ بالأشهر.

وأمّا إسماعيل وابن بكير من أصحابه فذهبوا إلى أنّ الريبة هنا في الحيض، وأنّ اليائس في كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يئس منه بالقطع [٢]، فطابقوا بتأويل الآية مذهبهم الذي هو مذهب مالك، ونِعْم ما فعلوا؛ لأنّه إن فهم هاهنا من اليائس القطع، فقد يجب أن تنتظر الدم وتعتدّ به حتى تكون في هذا السنّ، أعني: سنّ اليائس، وإن فهم من اليائس ما لايقطع بذلك، فقد يجب أن تعتدّ التي انقطع دمها عن العادة، وهي في سنّ من تحيض بالأشهر. وهو قياس قول أهل الظاهر؛ لأنّ اليائسة في الطرفين ليس هي عندهم من أهل العدّة، لا بالأقراء ولا بالشهور، وأمّا الفرق في ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها فاستحسان.

وأمّا التي ارتفعت حيضتها لسببٍ معلومٍ، مثل رضاعٍ أو مرضٍ، فإنّ المشهور عند مالك أنّها تنتظر الحيض، قصر الزمان أم طال [٣]؛ وقد قيل: إنّ المريضة مثل التي ترتفع حيضتها لغير سبب [٤].

وأمّا المستحاضة فعدّتها عند مالك سنة إذا لم تميّز بين الدمين، فإن ميّزت بين الدمين فعنه روايتان: إحداهما: أنّ عدّتها السنة، والأخرى: أنّها تعمل على التمييز فتعتدّ بالأقراء [٥].

---

١. سورة الطلاق: الآية ٤.

٢. المقدّمات الممهّدات ١: ٥١٠ ـ ٥١١.

٣. الاستذكار ١٨: ١٠٣ ـ ١٠٤، المعونة ٢: ٩٢٠.

٤. المعونة ٢: ٩٢١، الاستذكار ١٨: ١٠٣.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤٢٨، المعونة ٢: ٩٢٣.

وقال أبو حنيفة: عدّتها الأقراء إن تميّزت لها، وإن لم تتميّز لها فثلاثة أشهر [١]، وقال الشافعي: عدّتها بالتمييز إذا انفصل عنها الدم، فيكون الأحمر القاني من الحيضة، ويكون الأصفر من أيام الطهر، فإن طبق عليها الدم اعتدّت بعدد أيام حيضتها في صحّتها [٢]*.

وإنّما ذهب مالك إلى بقاء السنة لأنّه جعلها مثل التي لاتحيض، وهي من أهل الحيض. والشافعي إنّما ذهب في العارفة أيامها أنّها تعمل على معرفتها؛ قياساً على الصلاة؛ لقوله ﷺ للمستحاضة: «اتركي الصلاة أيام أقرائك، فإذا ذهب عنك قدرها فاغسلي الدم» [٣].

وإنما اعتبر التمييز من اعتبره لقوله ﷺ لفاطمة بنت حبيش: «إذا كان دم الحيض فإنّه دم أسود يعرف، فإذا كان ذلك فأمسكي عن الصلاة، فاذا كان الآخر فتوضّئي وصلّي، فإنّما هو عرق»

---

* لا خلاف بين الإماميّة أنّ حكم المستحاضة في العدّة أن ترجع إلى عادتها في زمان الاستقامة وقتاً وعدداً أو أحدهما، فإذا لم تكن لها عادة لابتدائها أو اضطرابها، أو نسيت عادتها، اعتبرت صفة الدم، فتعتدّ بثلاثة أقراء بلا خلاف في ذلك. ولو اشتبه دم الحيض علىٰ وجهٍ لايمكن التمييز، رجعت إلى عادة نسائها من أقربائها أو أقرانها. ويدلّ عليه خبر محمد بن مسلم سأل أبا عبدالله ﷺ عن عدّة المستحاضة، فقال: «تنتظر قدر أقرائها، فتزيد يوماً أو تنقص يوماً، فإن لم تحض فلتنظر إلى بعض نسائها، فلتعتدّ بأقرانها».

فإن اختلفن اعتدّت بثلاثة أشهر؛ لصحيح الحلبي عن الصادق ﷺ: «عدّة المرأة التي لاتحيض، والمستحاضة التي لاتطهر، والجارية التي قد يئست ولم تدرك المحيض: ثلاثة أشهر» وغيرها من الاخبار. (مسالك الأفهام ٩: ٢٤٧ ـ ٢٥٠، كشف اللثام ٨: ١٠٠ ـ ١٠١، الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٤١، جواهر الكلام ٣٢: ٢٤٤ ـ ٢٤٥).

---

١. الموطّأ برواية الشيباني: ٢٠٨.

٢. الأم ٥: ٣٠٥، التهذيب للبغوي ٦: ٢٣٥.

٣. صحيح البخاري ١: ١٣٨، كتاب الحيض، باب الاستحاضة، الحديث ١١.

أخرجه أبو داود[١]. وإنّما ذهب من ذهب إلىٰ أنّ عدتها بالشهور إذا اختلط عليها الدم؛ لأنّه معلوم في الأغلب أنّها في كلّ شهر تحيض، وقد جعل الله العدّة بالشهور عند ارتفاع الحيض، وخفاؤه كارتفاعه.

وأمّا المسترابة ـ أعني: التي تجد حسّاً في بطنها، تظنّ به أنّه حمل ـ فإنّها تمكث أكثر مدّة الحمل. وقد اختلف فيه؛ فقيل في المذهب: أربع سنين، وقيل: خمس سنين[٢]، وقال أهل الظاهر: تسعة أشهر[٣]*. ولا خلاف أنّ انقضاء عدّة الحوامل لوضع حملهنّ ـ أعني:

---

* اختلف فقهاء الامامية في المسترابة بالحمل ـ وهي كما قيل: التي ابتدأت العدّة بالأشهر، فرأت في الشهر الثالث أو قبله حيضاً، فإن كملت لها ثلاثة قروء، بأن حصل لها قرءان بعد الأول، وهو السابق على الدم، فإنّه محسوب بقرء، ولو أزيد من ثلاثة أشهر اعتدّت بها، وإن تأخّرت الحيضة الثانية أو الثالثة فقد استرابت بالحمل ـ على قولين:

الأول: هو اختيار الأكثر أنّها تصبر مدّة يعلم بها براءة رحمها من الحمل، وهي عندهم تسعة أشهر من حين الطلاق، لأنّها أقصى مدّة الحمل على المشهور، فإن ظهر بها حمل اعتدّت بوضعه، وإن لم يظهر بها علم براءة رحمها، واعتدّت بعد التسعة بثلاثة أشهر.

والأصل في هذا الحكم رواية سورة بن كليب قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجلٍ طلّق امرأته تطليقةً واحدةً على طهر من غير جماع بشهودٍ طلاق السنّة، وهي ممّن تحيض، فمضى ثلاثة أشهر فلم تحض إلّا حيضةً واحدة، ثم ارتفعت حيضتها حتى مضت ثلاثة أشهر أخرى، ولم تدر ما رفع حيضتها، قال: «إن كانت شابة مستقيمة الطمث، فلم تطمث في ثلاثة أشهر إلّا حيضة واحدة، ثم ارتفع طمثها، فما تدري ما رفعها، ←

---

١. سنن أبي داود ١: ٧٥، كتاب الطهارة، باب من قال: إذا أقبلت الحيضة تدع الصلاة، الحديث ٢٨٦.
٢. التفريع ٢: ١١٦، المعونة ٢: ٩٢٣.
٣. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٣١٦.

المطلّقات ـ لقوله تعالى: ﴿وَأُولاتُ ٱلأَحْمالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [١ و ٢].

وأمّا الزوجات غير الحرائر، فانّهنّ ينقسمن أيضاً بتلك الأقسام بعينها، أعني: حُيَّضاً ومستحاضات ومرتفعات الحيض من غير يائسات. فأمّا الحُيَّض اللاتي يأتيهنّ حيضهنّ، فالجمهور على أنّ عدّتهنّ حيضتان [٣]*، وذهب داود وأهل الظاهر إلى أنّ عدّتهنّ

← فإنّها تتربّص تسعة أشهر من يوم طلّقها، ثم تعتدّ بعد ذلك ثلاثة أشهر، ثم تتزوّج إن شاءت».

القول الثاني: إنّها تصبر سنة؛ لأنّها أقصى مدة الحمل، وهو القول المقابل للمشهور، فإن ظهر بها حمل اعتدّت بوضعه، وإن مرّت الأقراء الثلاثة بها ضمن هذه الثلاثة اعتدّت بها، وإلّا اعتدّت بثلاثة أشهر بعد كمال السنة إن لم تتمّ الأقراء في أثنائها. وقد اختاره العلّامة في بعض كتبه؛ وفاقاً للشيخ الطوسي في نهايته.

ومستند هذا القول موثّقة عمّار الساباطي عن أبي عبدالله عليه السلام: أنّه سئل عن رجلٍ عنده امرأة شابة، وهي تحيض في كلّ شهرين أو ثلاثة أشهر حيضةً واحدة، كيف يطلّقها زوجها؟ فقال: «هذه أمرها شديد، تطلّق طلاق السنّة تطليقةً واحدةً على طهر من غير جماع بشهود، ثم تترك حتى تحيض ثلاث حيض متى حاضتها، فإذا حاضت ثلاثاً فقد انقضت عدّتها» قيل له: فإن مضت سنة ولم تحض فيها ثلاث حيض؟ فقال: «يتربّص بها بعد السنة ثلاثة أشهر، ثم قد انقضت عدّتها»، قيل: فإن ماتت أو مات زوجها؟ فقال: «فأيّهما مات ورثه صاحبه ما بينه وبين خمسة عشر شهراً». (مسالك الأفهام ٩: ٢٥٧، نهاية المرام ٢: ٩٥، كشف اللثام ٨: ١١٢، رياض المسائل ١١: ١١٩ ـ ١٢٠، الحدائق الناضرة ٢٥: ٤١٦ ـ ٤٢٤، جواهر الكلام ٣٢: ٢٣٧ ـ ٢٣٨).

* لا خلاف عند الإماميّة في أنّ عدّة الأمة في الطلاق مع الدخول والبلوغ وعدم اليأس قرءان، بل الإجماع بقسميه عليه. ←

---

١. سورة الطلاق: الآية ٤.

٢. مراتب الاجماع: ٧٧، الاجماع لابن المنذر: ١٥٣، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٥٧.

٣. الهداية للمرغيناني ٢: ٣٠٨، عيون المجالس ٣: ١٣٥٢، البيان للعمراني ١١: ٢٣، الاستذكار ١٨: ١٩٢.

ثلاث حِيَض؛ كالحرة [١]، وبه قال ابن سيرين [٢]. فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [٣]. وهي ممّن ينطلق عليها اسم «المطلّقة» [٤].

← والأصل فيه ـ بعد الإجماع ـ ما روي عن النبي ﷺ أنّه قال: «يطلّق العبد تطليقتين، وتعتدّ الأمة بقرءين». وروى زرارة في الصحيح عن أبي جعفر ﷺ، قال: سألته عن حرٍّ تحته أمة، أو عبد تحته حرّة، كم طلاقها، وكم عدتها؟ فقال: «السنّة في النساء في الطلاق، فإن كانت حرّة فطلاقها ثلاث وعدّتها ثلاثة أقراء، وإن كان حرّ تحته أمة فطلاقها تطليقتان وعدّتها قرءان».

مضافاً إلى عدّة الأمة على النصف من عدّة الحرّة؛ جرياً على الأصول المقرّرة من أنّ كلّ عدد يؤثر الرقّ فيه بالنقصان يكون الرقيق على النصف ممّا عليه الحرّ؛ كالحدود وعُدد المنكوحات والقسم، إلّا أنّ القرء لايتبعّض فكمّل؛ كالطلاق.

وإنّما الخلاف كما تقدّم ذكره في أنّ القرء عبارة عن الطهر أو الحيض، والمشهور كما في الحرّة أنّهما طهران.

وقيل في المحكي عن الاسكافي والعماني: إنّهما حيضتان، وتبعهما بعض متأخّري المتأخّرين؛ كسيد المدارك، وصاحبي الكفاية والحدائق.

ولكن الأول ـ مع كونه هو المشهور كما في الجواهر، بل يمكن دعوى الاتّفاق عليه ـ هو الأظهر؛ لصحيح زرارة المتقدّم الذي هو كالصريح في اتّحاد المراد بالقرء في الحرّة والأمة. (مسالك الأفهام ٩: ٢٩٨، ٢٩٩، نهاية المرام ٢: ١٠٧، كشف اللثام ٨: ١٣٤، الحدائق الناضرة ٢٥: ٥٠١، رياض المسائل ١١: ١٤١، جواهر الكلام ٣٢: ٣٠٥ ـ ٣٠٦).

---

١. المحلّى بالآثار ١٠: ٣٠٦، وحكاه عن داود العمراني في البيان ١١: ٢٣.

٢. حكاه عنه ابن المنذر في الاشراف ١: ٢٦٦.

٣. سورة البقرة: الآية ٢٢٨

٤. المحلّى بالآثار ١٠: ٣٠٦.

واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه، وذلك أنّهم شبّهوا الحيض بالطلاق والحدّ، أعني: كونه متنصّفاً مع الرقّ، وإنّما جعلوها حيضتين لأنّ الحيضة الواحدة لا تتبعّض [١].

وأمّا الأمة المطلّقة اليائسة من المحيض أو الصغيرة، فإنّ مالكاً وأكثر أهل المدينة قالوا: عدّتها ثلاثة أشهر [٢]، وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأبو ثور وجماعة: عدّتها شهر ونصف شهر، نصف عدّة الحرة [٣]*، وهو القياس إذا قلنا بتخصيص العموم، فكأنّ مالكاً

---

* المشهور عند الإماميّة أنّ الأمة لو لم تحض بالكلّية، أو كانت مستريبة، فعدّتها شهر ونصف، سواء كانت تحت حرّ أو تحت عبد، بل الحكم فيه موضع وفاق كما قيل.

ومستند الحكم: الأخبار، منها: خبر محمد بن الفضيل عن أبي الحسن الماضي عليه السلام: «عدّة الأمة التي لاتحيض خمسة وأربعون يوماً». ومنها: خبر أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام: «عدّة الأمة المطلّقة شهر ونصف».

مضافاً إلى معلومية كون عدّة الأمة على النصف من عدّة الحرّة. لكن اختار في الرياض أنّ الأمة المستريبة بالحمل عليها الصبر تسعة أشهر؛ وفاقاً للعلّامة في بعض كتبه، التفاتاً إلى ظواهر النصوص الآمرة به في الحرّة التي هي كالصريحة، في أنّ الصبر تلك المدة لاستعلام البراءة، ولايتفاوت فيه الحرّة والأمة.

وقد ضعّف ذلك في الجواهر بأنّه إن كان مراده خبر سورة بن كليب فهو ليس إلّا خبر واحد، وإن كان مراده نصوص مدّعية الحمل فهي غير الاستريبة فيه. (مسالك الأفهام ٩: ٢٩٨، نهاية المرام ٢: ١٠٨، كشف اللثام ٨: ١٣٥، الحدائق الناضرة ٢٥: ٥٠٤، رياض المسائل ١١: ١٤٢ ـ ١٤٣، جواهر الكلام ٣٢: ٣٠٨ ـ ٣١٠).

---

١. الهداية للمرغيناني ٢: ٣٠٨، البيان للعمراني ١١: ٢٤ ـ ٢٥.

٢. التفريع ٢: ١١٦، الاستذكار ١٨: ١٩٣.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٨٦، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٦٦، الاستذكار ١٨: ١٩٣.

اضطرب قوله، فمرّة أخذ بالعموم، وذلك في اليائسات، ومرّة أخذ بالقياس، وذلك في ذوات الحيض، والقياس في ذلك واحد.

وأمّا التي ترتفع حيضتها من غير سببٍ، فالقول فيها * هو القول في الحرّة، والخلاف في ذلك، وكذلك المستحاضة [١].

واتّفقوا على أنّ المطلّقة قبل الدخول لا عدّة عليها **.

واختلفوا في من راجع امرأته في العدّة من الطلاق الرجعي، ثم فارقها قبل أن يمسّها، هل تستأنف عدّة أم لا؟ فقال جمهور فقهاء الأمصار: تستأنف [٢] ***، وقالت فرقة: تبقى في

---

* تقدّم في الحرّة أنّه لا فرق في من لاتحيض وهي في سنّ من تحيض وبين كون انقطاع الدم لطبيعةٍ أو لعارضٍ ما، فكذا الأمة.

** أجمعت الإماميّة على أنّه لا عدّة على الزوجة الغير المدخول بها، سواء بانت بطلاقٍ أو بفسخٍ، عدا المتوفّى عنها زوجها، للاتّفاق على وجوب العدّة نصّاً وفتوىً في الحالة المذكورة.

وممّا يدلّ على نفي العدّة في الفرض الأول ـ مضافاً للإجماع ـ قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ ... فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾.

والأخبار به كثيرة، منها: ما رواه أبو بصير عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن الرجل إذا طلّق امرأته ولم يدخل بها، فقال: «قد بانت منه، وتتزوّج من ساعتها إن شاءت». (مسالك الأفهام ٩: ٢١٤، ٢٧١، نهاية المرام ٢: ٧٦، ٩٨، كشف اللثام ٨: ٩٠، ١١٧، الحدائق الناضرة ٢٥: ٣٩١، ٤٦٠، جواهر الكلام ٣٢: ٢١١، ٢٧٤).

*** قال فقهاء الإماميّة: لو طلّق بعد الدخول، ثم راجع في العدّة، ثم طلّق قبل المسيس، لزمها استئناف العدّة المقتضية لفسخ الطلاق وعود النكاح السابق. ←

---

١. التفريع ٢: ١١٦.

٢. الاشراف لابن المنذر ١: ٢٥٨ ـ ٢٥٩، عيون المجالس ٣: ١٣٥٤ ـ ١٣٥٥، البيان للعمراني ١١: ٩٢.

عدّتها من طلاقها الأول، وهو أحد قولي الشافعي [١]، وقال داود: ليس عليها أن تتمّ عدّتها، ولا عدّة مستأنفة [٢].

وبالجملة: فعند مالك أنّ كلّ رجعة تهدم العدّة وإن لم يكن مسيس، ما خلا رجعة المُولي [٣]. وقال الشافعي: إذا طلّقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدّتها الأولى [٤]، وقول الشافعي أظهر، وكذلك عند مالك رجعة المعسر بالنفقة تقف صحّتها عنده على الإنفاق [٥]، فإن أنفق صحّت الرجعة وهدمت العدّة إن كان طلاقاً، وإن لم ينفق بقيت على عدّتها الأولى. وإذا تزوّجت ثانياً في العدّة، فعن مالك في ذلك روايتان: إحداهما: تداخل العدّتين، والأخرى: نفيه [٦]. فوجه الأولى: اعتبار براءة الرحم؛ لأنّ ذلك حاصل مع التداخل، ووجه الثانية: كون العدّة عبادة، فوجب أن تتعدَّد بتعدّد الوطء الذي له حرمة.

وإذا عتقت الأمة في عدّة الطلاق، مضت على عدة الأمة عند مالك، ولم تنتقل إلى عدّة الحرّة [٧].

← وعللّوه بأنّها بالرجعة عادت إلى النكاح الذي مسّها فيه، فالطلاق الثاني طلاق في نكاح وجد فيه المسيس، سواء كان الثاني بائناً أم رجعياً؛ لاشتراكها في المقتضي للعدّة، وهو كونه طلاقاً عن نكاح وجد فيه الوطء، وفي معنى البائن الخلع. (إرشاد الأذهان ٢: ٤٨، مسالك الأفهام ٩: ٣٥٥، الحدائق الناضرة ٢٥: ٥٤٦ ـ ٥٤٧، جواهر الكلام ٣٢: ٣٧٧).

---

١. الأم ٥: ٣٥٠، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٥٩، البيان للعمراني ١١: ٩٢.

٢. حكاه في الاستذكار ١٨: ١٠٦، وعيون المجالس ٣: ١٣٥٦، والبيان للعمراني ١١: ٩٢، والموجود في المحلّى بالآثار ١٠: ٢٦٢: تبتدئ العدّة.

٣. المعونة ٢: ٩٢٦.

٤. الأم ٥: ٣٥٠، البيان للعمراني ١١: ٩٢، المهذّب للشيرازي ٤: ٥٦٨.

٥. المعونة ٢: ٩٢٦.

٦. المصدر السابق: ٩٢٦ ـ ٩٢٧.

٧. الموطّأ ٢: ٥٨١، كتاب الطلاق، باب ما جاء في عدة الأمة من طلاق زوجها، الحديث ٦٩، المدوّنة الكبرى ٢: ٤٣٥، ما جاء في عدة الأمة.

وقال أبو حنيفة: تنتقل في الطلاق الرجعي دون البائن [١]*، وقال الشافعي: تنتقل في الوجهين معاً [٢].

وسبب الخلاف: هل العدّة من أحكام الزوجية، أم من أحكام انفصالها؟ فمن قال: من أحكام الزوجية، قال: لاتنتقل عدّتها، ومن قال: من أحكام انفصال الزوجية، قال: تنتقل كما لو أعتقت وهي زوجة ثم طلّقت. وأمّا من فرّق بين البائن والرجعي فبيِّنٌ، وذلك أنّ الرجعي فيه شبه من أحكام العصمة، ولذلك وقع فيه الميراث باتّفاق إذا مات [٣]** وهي في عدّة

---

* لا خلاف عند الإماميّة في أنّ الأمة إذا اعتقت بعد الطلاق، فإن كان الطلاق رجعياً لزمها الاعتداد بعدّة الحرة، وإن كان بائناً أتمّت عدّة الأمة، وادّعي الإجماع عليه.

ويدلّ على هذا التفصيل ـ بعد الاجماع ـ معتبر أبي أيوب الخزاز عن مهزم عن أبي عبدالله عليه السلام في أمةٍ تحت حرّ طلّقها على طهر بغير جماع تطليقةً، ثم اعتقت بعدما طلّقها بثلاثين يوماً ولم تنقض عدّتها، فقال: «إذا أعتقت قبل أن تنقضي عدّتها، اعتدّت عدّة الحرة من اليوم الذي طلّقها فيه، وله عليها رجعة قبل انقضاء العدّة، فإن طلّقها تطليقتين واحدة بعد واحدة، ثم أعتقت قبل عدّتها، فلا رجعة له عليها، وعدّتها عدّة الأمة». (مسالك الأفهام ٩: ٣٠١، نهاية المرام ٢: ١٠٩، كشف اللثام ٨: ١٣٨ ـ ١٣٩، الحدائق الناضرة ٢٥: ٥٠٥، رياض المسائل ١١: ١٤٤، جواهرالكلام ٣٢: ٣١٢ ـ ٣١٣).

** لا خلاف عند الإماميّة في أنّه متى طلّقت رجعية توارثا إذا مات أحدهما في العدّة؛ لأنّها بحكم الزوجة، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً للنصوص المستفيضة أو المتواترة.

منها: ما رواه زرارة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يطلّق المرأة، فقال: «يرثها وترثه ما دام له عليها رجعة». ←

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٣٨٧، بدائع الصنائع ٤: ٤٤٠، الاستذكار ١٨: ٨٩.

٢. الأم ٥: ٣١٥، كتاب النفقات، عدّة الأمة.

٣. الاشراف لابن المنذر ١: ٢٦٢، المعونة ٢: ٩٢٥، الاستذكار ١٨: ٩٠.

من طلاق رجعي، وأنّها تنتقل إلى عدّة الموت [١]، فهذا هو القسم الأول من قسمي النظر في العدّة [٢].

القسم الثاني

وأمّا النظر في أحكام العدّة، فإنّهم اتّفقوا على أنّ للمعتدّة الرجعية النفقة والسكنى، وكذلك الحامل [٣]*؛ لقوله تعالى في الرجعيات: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ الآية [٤].

← ومنها: ما رواه زرارة أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إذا طلّق الرجل امرأته توارثا ما كانت في العدّة، فإذا طلّقها التطليقة الثالثة فليس له عليها رجعة، ولا ميراث بينهما». (مسالك الأفهام ١٣: ١٧٧، كشف اللثام ٨: ٦٥، رياض المسائل ١١: ٩٧، جواهر الكلام ٣٩: ١٩٦ ـ ١٩٧).

* اتّفقت كلمة الإماميّة على ثبوت النفقة والسكنى للمطلّقة الرجعية، حاملاً كانت أو حائلاً، بل الإجماع بقسميه عليه. وكذا لا خلاف في ثبوت النفقة والسكنى للمطلّقة البائن إذا كانت حاملاً، بل إجماعاً بقسميه كذلك.

واستدلّ لثبوت النفقة والسكنى في الفرض الأول ـ مضافاً للإجماع ـ بالكتاب والسنّة. أمّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُمْ﴾ وقوله تعالى: ﴿لاتُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلايَخْرُجْنَ إِلّا أَنْ يَأْتِينَ بِفاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾.

وأما السنّة فأخبار كثيرة، منها: ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: قال: «إنّ المطلّقة ثلاثة ليس لها نفقة على زوجها، إنّما ذلك للتي لزوجها عليها رجعة». ←

---

١. بدائع الصنائع ٤: ٤٤٠، المبسوط للسرخسي ٦: ٤٢.

٢. ويذكر أنّ المصنّف قد ذكر في تقسيمه لهذا الفصل (في عدّة الزوجات) إلى نوعين: معرفة العدّة وأحكامها، وتمّ كلامه في الأول. وهاهنا يشرع الكلام في النوع الثاني الذي أطلق عليه اسم: القسم الثاني.

٣. المعونة ٢: ٩٣٢، البيان للعمراني ١١: ١٩٨، بدائع الصنائع ٤: ٤٤٩ ـ ٤٥٠، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٥٢، الاستذكار ١٨: ٦٩.

٤. سورة الطلاق: الآية ٦.

ولقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُوْلاٰتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [١ و ٢].

واختلفوا في سكنى المبتوتة ونفقتها إذا لم تكن حاملاً على ثلاثة أقوال: أحدها: إنّ لها السكنى والنفقة، وهو قول الكوفيين [٣]. والقول الثاني: إنّه لا سكنى لها ولا نفقة،

← ومنها: ما رواه سعد بن أبي خلف في الصحيح عن الكاظم عليه السلام، قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن شيءٍ من الطلاق، فقال: «إذا طلّق الرجل امرأته طلاقاً لايملك فيه الرجعة، فقد بانت منه ساعة طلّقها، وملكت نفسها، ولا سبيل له عليها، وتعتدّ حيث شاءت، ولا نفقة لها»، قال: قلت: أليس الله يقول: ﴿لاتُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلايَخْرُجْنَ﴾ قال: فقال: «إنّما عنى بذلك التي تطلّق تطليقة بعد تطليقة، فتلك التي لاتخرج حتى تطلّق الثالثة، فإذا طلّقت الثالث فقد بانت منه، ولا نفقة لها، والمرأة التي يطلّقها الرجل تطليقةً، ثم يدعها حتى يخلو أجلها، فهذه أيضاً تقعد في منزل زوجها ولها النفقة والسكنى حتى تنقضي عدّتها».

واستدلّ للفرض الثاني ـ مضافاً للإجماع ـ بالكتاب والسنّة، فمن الأول قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُوْلاٰتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾.

ومن الثاني: ما رواه سماعة في الموثّق قال: قلت: المطلّقة ثلاثاً، ألها سكنى أو نفقة؟ فقال: «حبلى هي؟» فقلت: لا، قال: «ليس لها سكنى ولا نفقة».

وما رواه الحلبي في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام: أنّه سئل عن المطلّقة ثلاثاً، لها النفقة والسكنى؟ فقال: «أحبلى هي؟» قلت: لا، قال: «لا». (مسالك الأفهام ٨: ٤٤٩، و٩: ٣١٤، كشف اللثام ٨: ١٦١، الحدائق الناضرة ٢٥: ١٠٨، رياض المسائل ١٠: ٥٣٦ ـ ٥٣٨، ١١: ١٥٨، جواهر الكلام ٣١: ٣١٦ ـ ٣٢٠، و٣٢: ٣٣٠).

---

١. سورة الطلاق: الآية ٦.

٢. الاستذكار ١٨: ٦٩، البيان للعمراني ١١: ١٩٨، المعونة ٢: ٩٣٢.

٣. بدائع الصنائع ٤: ٤٥٠، المبسوط للسرخسي ٥: ١٨٨، وهو محكي أيضاً عن سفيان الثوري والحسن بن حي، كما في الاستذكار ١٨: ٧٠.

وهو قول أحمد وداود وأبي ثور وإسحاق وجماعة [١]*. والثالث: إنّ لها السكنى ولا نفقة لها، وهو قول مالك والشافعي وجماعة [٢].

وسبب اختلافهم: اختلاف الرواية في حديث فاطمة بنت قيس، ومعارضة ظاهر الكتاب له، فاستدلّ من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روى في حديث فاطمة بنت قيس أنّها قالت: طلّقني زوجي ثلاثاً على عهد رسول الله ﷺ، فأتيت النبي ﷺ، فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة. خرّجه مسلم [٣]، وفي بعض الروايات أنّ رسول الله ﷺ قال: «إنّما السكنى والنفقة لمن لزوجها عليها الرجعة» [٤ و ٥]، وهذا القول مروي عن علي وابن عباس وجابر بن عبدالله [٦].

---

* لا خلاف عند الإماميّة في سقوط نفقة البائن وسكناها إذا لم تكن حاملاً، سواء كانت عن طلاق أو فسخ، بل الاجماع بقسميه عليه.

واستدلّ لذلك ـ مضافاً للاجماع، وللاصل بعد انقطاع الزوجية ـ بالاخبار المتظافرة، منها: ما رواه عبدالله بن سنان في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن المطلّقة ثلاثاً على السنّة هل، لها سكنى أو نفقة؟ قال: «لا».

ومنها: ما رواه زراره عن الباقر عليه السلام: «أن المطلّقة ثلاثاً ليس لها نفقة على زوجها».

(مسالك الأفهام ٨: ٤٥٠، ٩: ٣٢١، كشف اللثام ٨: ١٦١، الحدائق الناضرة ٢٥: ١٠٨، رياض المسائل ١٠: ٥٣٨، ١١: ١٥٨، جواهر الكلام ٣١: ٣٢٠ و ٣٢: ٣٣٩).

---

١. المغني لابن قدامة ٩: ٢٨٩، الاستذكار ١٨: ٧٢، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٥٣، المحلّى بالآثار ١٠: ٢٨٢، ٢٨٤.

٢. التفريع ٢: ١١١، المعونة ٢: ٩٣٢ ـ ٩٣٣، الاستذكار ١٨: ٥٣، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٥٣، البيان للعمراني ١١: ١٩٨.

٣. صحيح مسلم ٢: ١١١٧ كتاب الطلاق باب المطلّقة ثلاثاً الحديث ٤٢.

٤. مسند أحمد بن حنبل ٧: ٥١٧، في حديث فاطمة بنت قيس، الحديث ٢٦٥٦٠، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٤٧٣ كتاب النفقات باب المبتوتة لا نفقة لها إلّا أن تكون حاملاً.

٥. الاستذكار ١٨: ٧٢ ـ ٧٣، المغني لابن قدامة ٩: ٢٨٩.

٦. رواه في الاستذكار ١٨: ٧٢.

وأمّا الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة، فإنّهم احتجّوا بما رواه مالك في موطّئه من حديث فاطمة المذكورة، وفيه: فقال رسول الله ﷺ: «ليس لك عليه نفقة» وأمرها أن تعتدّ في بيت ابن أم مكتوم، ولم يذكر فيها إسقاط السكنى، فبقي على عمومه في قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ وعلّلوا أمره عليه الصلاة والسلام لها بأنّ تعتدّ في بيت ابن أم مكتوم بأنّه كان في لسانها بذاء [١].

وأمّا الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة، فصاروا إلى وجوب السكنى لها بعموم قوله تعالىٰ: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾، وصاروا إلى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الإسكان في الرجعية، وفي الحامل، وفي نفس الزوجية [٢]. وبالجملة: فحيثما وجبت السكنى في الشرع وجبت النفقة، وروي عن عمر أنّه قال في حديث فاطمة هذا: لاندع كتاب ربّنا وسنّة نبيّه لقول امرأة [٣]. يريد: قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ الآية، ولأنّ المعروف من سنّته عليه الصلاة والسلام أنّه أوجب النفقة حيث تجب السكنى، فلذلك الأولىٰ في هذه المسألة: إمّا أن يقال: إنّ لها الأمرين جميعاً؛ مصيراً إلى ظاهر الكتاب والمعروف من السنّة، وإمّا أن يخصّص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور.

وأمّا التفريق بين إيجاب النفقة والسكنى فعسير، ووجه عسره: ضعف دليله.

وينبغي أن تعلم أنّ المسلمين اتّفقوا على أنّ العدّة تكون في ثلاثة أشياء: في طلاق أو موت أو اختيار الأمة نفسها إذا اعتقت [٤]. واختلفوا فيها في الفسوخ، والجمهور على وجوبها [٥].

---

١. الاستذكار ١٨: ٥٤، ٥٥، ٦٩، ٧٣، المعونة ٢: ٩٣٢.

٢. المبسوط للسرخسي ٥: ١٨٩.

٣. المصنّف لعبدالرزاق ٧: ٢٤، باب عدّة الحبلى ونفقتها الحديث ١٢٠٢٧، الاستذكار ١٨: ٧١.

٤. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢٥٦. وانظر: مراتب الاجماع: ٧٦، ٧٧، الوجيز ٢: ٩٣، المقدّمات الممهّدات ١: ٥٠٧، تحفة الفقهاء ٢: ٢٤٣، المغني لابن قدامة ٩: ٧٨، ٧٩، ١٠٧.

٥. المعونة ٢: ٩١١، تحفة الفقهاء ٢: ٢٤٥، المغني لابن قدامة ٩: ٧٧، ٧٩، العزيز شرح الوجيز ٩: ٤٢٣.

ولمّا كان الكلام في العدّة يتعلّق فيه أحكام عدّة الموت، رأينا أن نذكرها هاهنا، فنقول: إنّ المسلمين اتّفقوا على أنّ عدّة الحرّة من زوجها الحرّ أربعة أشهر وعشر [١]*؛ لقوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ [٢و٣].

واختلفوا في عدّة الحامل، وفي عدة الأمة إذا لم تأتها حيضتها في الأربعة الأشهرٍ وعشر،

---

* لا خلاف عند الإماميّة في أنّ الحرّة الحائل تعتد من الوفاة أربعة أشهر وعشراً بل الاجماع بقسميه عليه.

واستدل له مضافاً للاجماع بالكتاب والسنّة قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْواجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾.

وأما السنة فهي مستفيضة بل كادت تكون متواترة:

منها: ما عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال في حديث: إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال للنساء: أُف لكنّ قد كنتن قبل أن أُبعث فيكنّ وأن المرأة منكن إذا توفي عنها زوجها أخذت بعرة فرمت بها خلف ظهرها ثم قالت: لا أمتشط ولا اكتحل ولا اختضب حولاً كاملاً وإنما أمرتكن بأربعة أشهر وعشر؛ ثم لاتصبرن.

واطلاق هذه الأخبار كالآية الشريفة وصريح الاجماع عموم الحكم لكل امرأة صغيرة كانت أو كبيرة مسلمة كانت أو ذمية دخل بها أو لم يدخل بها بالغاً كان الزوج أو غيره حراً كان أو عبداً، دائمة كانت أو متمتعاً بها وغيرها من الافراد من الأمة والحامل إلّا أن هذين الفردين المذكورين خرجا بالدليل الخاص. (مسالك الأفهام ٩: ٢٧١، نهاية المرام ٢: ٩٨، الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٦٠، رياض المسائل ١١: ١٣٢، جواهر الكلام ٣٢: ٢٧٤، ٢٧٧).

---

١. الإجماع لابن المنذر: ١٥٣، الاستذكار ١٨: ١٠٢، الإفصاح ٢: ١٤٣.

٢. سورة البقرة: الآية ٢٣٤.

٣. المقدّمات الممهّدات ١: ٥٠٨، المغني لابن قدامة ٩: ١٠٧، الحاوي الكبير ١١: ٢٣٢.

ماذا حكمها؟ فذهب مالك إلى أنّ من شرط تمام هذه العدّة أن تحيض حيضةً واحدةً في هذه المدّة، فإن لم تحض فهي عنده مستريبة فتمكث مدّة الحمل [١]؛ وقيل عنه: إنّها قد لاتحيض، وقد لاتكون مستريبة، وذلك إذا كانت عادتها في الحيض أكثر من مدّة العدّة [٢]، وهذا إمّا غير موجود، أعني: من تكون عادتها أن تحيض أكثر من أربعة أشهر، وإمّا نادر.

واختلف عنه في من هذه حالها من النساء إذا وجدت، فقيل: تنتظر حتى تحيض [٣]، وروىٰ عنه ابن القاسم: تتزوّج إذا انقضت عدّة الوفاة، ولم يظهر بها حمل [٤]، وعلى هذا جمهور فقهاء الأمصار: أبي حنيفة والشافعي والثوري [٥].

وأمّا المسألة الثانية وهي الحامل التي يُتوفّىٰ عنها زوجها، فقال الجمهور وجميع فقهاء الأمصار: عدّتها أن تضع حملها [٦]؛ مصيراً إلى عموم قوله تعالى: ﴿وَأُولَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [٧] وإن كانت الآية في الطلاق، وأخذاً أيضاً بحديث أم سلمة: «أنّ سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر»، وفيه: فجاءت رسول الله ﷺ، فقال لها: «قد حللت، فانكحي من شئت» [٨ و ٩].

وروي عن ابن عباس: أنّ عدّتها آخر الأجلين، يريد: أنّها تعتدّ بأبعد الأجلين: إمّا

---

١. الاستذكار ١٨: ١٠٢، المقدّمات الممهّدات ١: ٥٠٩.

٢. المقدّمات الممهّدات ١: ٥٠٩.

٣. الاستذكار ٨: ١٠٢، المعونة ٢: ٩١٦، المقدّمات الممهّدات ١: ٥٠٩.

٤. الاستذكار ٨: ١٠٣، المعونة ٢: ٩١٦، المقدّمات الممهّدات ١: ٥٠٩.

٥. الاستذكار ١٨: ١٠٣، الحاوي الكبير ١١: ٢٣٩، المغني لابن قدامة ٩: ١٠٨.

٦. مراتب الاجماع ٧٧: الاشراف لابن المنذر ١: ٢٥٧، البيان للعمراني ١١: ٢٩، بدائع الصنائع ٤: ٤٢٣.

٧. سورة الطلاق: الآية ٤.

٨. الموطّأ ٢: ٥٨٩، كتاب الطلاق، باب عدّة المتوفّى عنها زوجها إذا كانت حاملاً، الحديث ٨٣، سنن النسائي ٦: ١٩١، كتاب الطلاق، باب عدّة المتوفّى عنها زوجها.

٩. بدائع الصنائع ٤: ٤٣١ ـ ٤٣٢، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٥٧، البيان للعمراني ١١: ٢٩ ـ ٣٠.

الحمل، وإمّا انقضاء العدّة: عدّة الموت [١]*.

وروي مثل ذلك عن علي بن أبي طالب ﷺ [٢]، والحجّة لهم أنّ ذلك هو الذي يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة [٣].

وأمّا الأمة المتوفّىٰ عنها من تحلّ له فإنّها لاتخلو أن تكون زوجةً، أو ملك يمينٍ، أو

---

* أجمعت الإماميّة علىٰ أنّ الحرّة المنكوحة بالعقد الصحيح إذا كانت حاملاً تعتدّ بأبعد الأجلين، فإن وضعت قبل استكمال الأربعة أشهر وعشراً صبرت إلى انقضائها، وكذا العكس، بلا خلاف في ذلك، بل الاجماع بقسميه عليه.

والوجه في ذلك ـ بعد الاجماع ـ: الجمع بين عموم الآيتين في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْواجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ وقوله تعالى: ﴿وَأُولاتُ الأَحْمالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ فقد دخلت الحامل تحت عامين، فامتثالها الأمر فيهما يحصل باعتدادها بأبعد الأجلين.

ويدلّ عليه بالخصوص الروايات المستفيضة، بل المتواترة، منها: ما رواه زرارة عن أبي جعفر ﷺ قال: «عدّة المتوفّى عنها زوجها آخر الأجلين؛ لأنّ عليها أن تحدّ أربعة أشهر وعشراً، وليس عليها في الطلاق أن تحدّ»، ومنها: حسنة الحلبي عن أبي عبدالله ﷺ أنّه قال في المتوفّى عنها زوجها: «تنقضي عدّتها آخر الأجلين». (مسالك الأفهام ٩: ٢٧٤، نهاية المرام ٢: ٩٩، كشف اللثام ٨: ١١٨، الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٦٤ ـ ٤٦٦، رياض المسائل ١١: ١٣٣، جواهر الكلام ٣٢: ٢٧٥).

---

١. الموطّأ ٢: ٥٩٠، كتاب الطلاق، باب عدّة المتوفّى عنها زوجها إذا كانت حاملاً الحديث ٨٦، صحيح مسلم ٢: ١١٢٣، كتاب الطلاق، باب انقضاء عدّة المتوفّى عنها زوجها وغيرها بوضع الحمل، الحديث ٥٧/١٤٨٥.

٢. المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٤٧١، باب المطلّقة يموت عنها زوجها وهي في عدّتها أو تموت في العدّة، الحديث ١١٧١٤.

٣. المبسوط للسرخسي ٦: ٣٥، بدائع الصنائع ٤: ٤٣١، الاستذكار ١٨: ١٧٧.

أم ولدٍ، أو غير ولد. فأمّا الزوجة فقال الجمهور: إنّ عدّتها نصف عدّة الحرّة[١]*، قاسوا ذلك على العدّة؛ وقال أهل الظاهر: بل عدّتها عدّة الحرّة، وكذلك عندهم عدّة الطلاق؛ مصيراً إلى التعميم[٢].

---

* المشهور عند الإماميّة: أنّ عدّة الوفاة للأمة الحائل على زوجها شهران وخمسة أيام؛ لقاعدة التنصيف ممّا عليه الحرّة، وللصحاح المستفيضة المعتضدة بالشهرة، منها: الصحيح في الأمة إذا توفّي عنها زوجها فعدّتها شهران وخمسة أيام.

وقيل: عدّتها عدّة الحرّة أربعة أشهر وعشرة أيام، وهو قول الصدوق وابن إدريس الحلّي، وذلك لعموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ...﴾، وخصوص بعض الصحاح.

وأُجيب عن الآية الكريمة بأنّها عامة، والأخبار على قول المشهور خاصّة فتخصّص. وعن الاخبار بأنّها تعارضت مع الأخبار في القول المشهور، فيجب الجمع بينها بحمل الأخبار الأول على غير أم الولد إذا كان قد زوّجها المولىٰ بغيره فمات زوجها. والأخبار الدالّة على التسوية بينها وبين الحرّة على أم الولد من موت زوجها.

ويؤيّد هذا التفصيل صحيح سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الأمة إذا طلّقت ما عدّتها؟ قال: «حيضتان، أو شهران» قلت: فإن توفّي عنها زوجها؟ فقال: «إنّ علياً عليه السلام قال في أمهات الاولاد: لايتزوّجن حتى يعتددن أربعة أشهر وعشراً وهنّ إماء».

هذا كلّه إذا كانت حائلاً، وأمّا إذا كانت حاملاً اعتدّت بأبعد الأجلين من الوضع أو المدّة المذكورة، وهي شهران وخمسة أيام، وهو موضع وفاق، بل الإجماع بقسميه عليه. (مسالك الأفهام ٩: ٣٠٢ ـ ٣٠٥، نهاية المرام ٢: ١١١ ـ ١١٢، كشف اللثام ٨: ١٣٥ ـ ١٣٦، الحدائق الناضرة ٢٥: ٥٠٩ ـ ٥١٣، رياض المسائل ١١: ١٤٦ ـ ١٤٨، جواهر الكلام ٣٢: ٣١٤ ـ ٣١٥).

---

١. الاستذكار ١٨: ١٩٢، المعونة ٢: ٩١٦، مختصر القدوري: ١٦٩، الهداية للمرغيناني ٢: ٣٠٨، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٦٦، التهذيب للبغوي ٦: ٢٤٩، المغني لابن قدامة ٩: ١٠٨.

٢. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٣٠٦.

وأمّا أم الولد فقال مالك والشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة: عدّتها حيضة [١]، وبه قال ابن عمر [٢]. وقال مالك: وإن كانت ممّن لا تحيض اعتدّت ثلاثة أشهر، ولها السكنى [٣]. وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري: عدّتها ثلاث حِيَض [٤]، وهو قول علي وابن مسعود [٥]. وقال قوم: عدّتها نصف عدّة الحرّة المتوفّىٰ عنها زوجها [٦]. وقال قوم: عدّتها عدّة الحرّة أربعة أشهر وعشر [٧]*.

---

* اختلف الإماميّة في عدّة أُمّ الولد من وفاة زوجها مطلقاً، أي: سواء كانت ذات ولد منه أم لا، على قولين:

الأول: أنّها تعتدّ عدّة الحرّة أربعة أشهر وعشراً، وهو القول الأشهر، بل في الخلاف وظاهر المبسوط الإجماع عليه، وذلك للصحيحين:

أحدهما: عن رجلٍ كانت له أم ولد فزوّجها من رجلٍ فأولدها غلاماً، ثم إنّ الرجل مات فرجعت إلى سيدها، أله أن يطأها؟ قال: «تعتدّ من الزوج أربعة أشهر وعشراً، ثم يطأها بالملك من غير نكاح».

وثانيها: أنّ علياً عليه السلام قال في أمهات الأولاد: «لايتزوجنّ حتى يعتددن أربعة أشهر وعشراً» وهن إماء.

الثاني: للشيخ المفيد وأكثر القدماء، وهو الاعتداد بنصف عدّة الحرّة، وهو شهران وخمسة أيام. ←

---

١. الاستذكار ١٨: ١٩٢، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٦٤، المغني لابن قدامة ٩: ١٥٥.

٢. الاستذكار ١٨: ١٨٧، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٦٤.

٣. الاستذكار ١٨: ١٨٧، ١٨٨، المعونة ٢: ٩١٦ـ٩١٧.

٤. الهداية للمرغيناني ٢: ٣٠٩، المبسوط ٦: ٦٣، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٦٤.

٥. رواه ابن المنذر في الاشراف ١: ٢٦٤.

٦. الاشراف لابن المنذر ١: ٢٦٤.

٧. المصدر السابق، الاستذكار ١٨: ١٩٠.

وحجّة مالك: أنّها ليست زوجة فتعتدّ عدّة الوفاة. ولا مطلّقة فتعتدّ ثلاث حيض، فلم يبق إلّا استبراء رحمها، وذلك يكون بحيضةٍ؛ تشبيهاً بالأمة يموت عنها سيدها، وذلك ما لا خلاف فيه [١]. وحجة أبي حنيفة: أنّ العدّة إنّما وجبت عليها وهي حرّة، وليست بزوجة فتعتدّ عدّة الوفاة، ولا بأَمة فتعتدّ عدّة أمة، فوجب أن تستبرئ رحمها بعدّة الأحرار [٢].

وأمّا الذين أوجبوا لها عدّة الوفاة فاحتجّوا بحديثٍ روي عن عمرو بن العاص، قال: لاتلبّسوا علينا سنّة نبيّنا: عدّة أم الولد إذا توفّي عنها سيدها أربعة أشهر وعشر [٣]. وضعّف أحمد هذا الحديث ولم يأخذ به [٤]. وأمّا من أوجب عليها نصف عدّة الحرّة تشبيهاً بالزوجة الأمة، فسبب الخلاف أنّها مسكوت عنها، وهي متردّدة الشبه بين الأمة والحرّة، وأمّا من شبّهها بالزوجة الأمة فضعيف، وأضعف منه من شبّهها بعدّة الحرّة المطلّقة، وهو مذهب أبي حنيفة.

← وقد ضعّف هذا القول في الرياض والجواهر وغيرهما. هذا إذا لم تكن حاملاً، وإلّا اعتدّت بأبعد الأجلين، كما تقدم، وهو موضع وفاق. (مسالك الأفهام ٩: ٣٠٢ ـ ٣٠٥، نهاية المرام ٢: ١١٢، كشف اللثام ٨: ١٣٦، الحدائق الناضرة ٢٥: ٥١٤، رياض المسائل ١١: ١٤٩ ـ ١٥٠، جواهر الكلام ٣٢: ٣١٦ ـ ٣١٧).

---

١. الاستذكار ١٨: ١٩١.

٢. المصدر السابق: ١٩٠.

٣. سنن أبي داود ٢: ٢٩٤، كتاب الطلاق، باب عدة أمّ الولد، الحديث ٢٣٠٨.

٤. أنظر: الاشراف لابن المنذر ١: ٢٦٤، الاستذكار ١٨: ١٨٨، المغني لابن قدامة ٩: ١٤٩.

الباب الثاني في المتعة

والجمهور على أنّ المتعة [1] ليست واجبة في كلّ مطلّقة [2]*، وقال قوم من أهل الظاهر: هي واجبة في كلّ مطلّقة [3]، وقال قوم: هي مندوب إليها وليست واجبة، وبه قال مالك [4].

والذين قالوا بوجوبها في بعض المطلّقات اختلفوا في ذلك، فقال أبو حنيفة: هي واجبة على من طلّق قبل الدخول، ولم يفرض لها صداقاً مسمّى [5]**. وقال الشافعي: هي واجبة

---

* ذهبت الإماميّة إلى أنّ المتعة ليست واجبة في كلّ مطلقة، نعم حكموا بوجوبها في المطلّقة التي لم يفرض لها مهر ولم يدخل بها، وهذا المورد محلّ اتّفاق بينهم.

والمورد الآخر فيما وقع الفسخ من قبل الزوج قبل الدخول ولم يكن قد سمّى مهراً، فقد قيل بوجوب المتعة كما لو طلّقها حينئذٍ، وقيل بعدم وجوب شيء؛ لأصالة البراءة، وحملها على المطلّقة قياس. (مسالك الأفهام ٧: ٣٨٦، الحدائق الناضرة ٢٤: ٢٦، رياض المسائل ١٠: ٢٣٩، جواهر الكلام ٣٠: ٧٧).

** لا خلاف عند الإماميّة في أنّ المفوّضة التي لم يذكر لها مهر، لو طلّقت قبل الدخول وجبت لها المتعة، حرّة كانت أو مملوكة، بل اجماعاً بقسميه عليه، مضافاً ←

---

١. متعة الطلاق: هو أن يعطي المطلّق للمرأة عند طلاقها شيئاً يهبها إيّاه. أنظر: النهاية لابن الأثير ٤: ٢٤٩.

٢. أنظر: الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٩١، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٦٥ ـ ٢٦٦، البيان للعمراني ٩: ٤٣١.

٣. المحلّى بالآثار ١٠: ٢٤٥.

٤. الاستذكار ١٧: ٢٨١، المعونة ٢: ٧٨٠، التفريع ٢: ٥٢، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٧٣.

٥. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٦٥، المبسوط للسرخسي ٦: ٧١.

لكلّ مطلّقة إذا كان الفراق من قبله، إلّا التي سمّىٰ لها وطُلّقت قبل الدخول[١]، وعلى هذا جمهور العلماء[٢].

واحتجّ أبو حنيفة بقوله تعالى: ﴿يا أَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا إِذا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِناتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَما لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَها فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَراحاً جَمِيلاً﴾[٣] فاشترط المتعة مع عدم المسيس، وقال تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ

← إلى ظاهر الكتاب والسنّة المستفيضة بل المتواترة.

وهل تختصّ المتعة بهذه المطلّقة المذكورة دون غيرها من المطلّقات؟

المعروف أنّ المتعة لاتستحقّ إلّا للمطلّقة التي لم يفرض لها مهر ولم يدخل بها، وهو ظاهر معظم النصوص والفتاوى، كما في الجواهر، فلا تجب المتعة لغيرها من المطلّقات، وهو المذهب، والأصل من غير معارض، كما في كشف اللثام.

نعم، تستحبّ لكلّ مطلّقة وإن لم تكن مفوّضة، للأخبار.

وهل تعمّ المتعة غير المطلّقة ممّن لم يفرض لها مهر ولا دخل بها؛ كالتي بانت بموتٍ أو فسخٍ أو لعانٍ أو ردّة ونحو ذلك، قولان:

الأول: الاختصاص بالمطلّقة المذكورة، وعدم عمومها لغيرها، وذلك للأصل، وهو القول المشهور.

الثاني: إنّها تثبت بما يقع من قبل الزوج من طلاق أو فسخ، أو من قبلهما دون ماكان من قبلها خاصّة، وقوّىٰ العلّامة في المختلف وجوبها للجميع. (مسالك الأفهام ٨: ٢٠٣ ـ ٢٠٩، كشف اللثام ٧: ٤٣٣ ـ ٤٣٧، جواهر الكلام ٣١: ٥١ ـ ٥٨).

---

١. مختصر المزني: ١٩٧، البيان للعمراني ٩: ٤٣١، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٢٦٦، الاستذكار ١٧: ٢٨٢.

٢. الاستذكار ١٧: ٢٨٠، البيان للعمراني ٩: ٤٣١، المبسوط للسرخسي ٦: ٧١، التفريع ٢: ٥٢.

٣. سورة الاحزاب: الآية ٤٩.

أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ﴾ [١] فعلم أنّه لا متعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس؛ لأنّه إذا لم يجب لها الصداق فأحرىٰ أن لاتجب لها المتعة [٢]. وهذا لعمري مخيّل؛ لأنّه حيث لم يجب لها صداق أقيمت المتعة مقامه، وحيث ردّت من يدها نصف الصداق لم يجب لها شيء.

وأمّا الشافعي فيحمل الأوامر الواردة بالمتعة في قوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ [٣] على العموم في كلّ مطلّقة، إلّا التي سمّىٰ لها وطُلّقت قبل الدخول [٤]. وأمّا أهل الظاهر فحملوا الأمر على العموم [٥].

والجمهور على أنّ المختلعة لا متعة لها [٦]*؛ لكونها معطية من يدها؛ كالحال في التي

---

* المشهور بين الإماميّة اختصاص المتعة بالمطلّقة التي لم يفرض لها مهر ولم يدخل بها، ولا يستحقّ غيرها المتعة؛ كالمختلعة؛ للأصل.

خلافاً لما يظهر من الشيخ الطوسي في المبسوط من إيجابه المتعة لها، واختاره العلّامة في المختلف.

وضعّفه في الجواهر بأنّه لا دليل لهما سوى دعوىٰ تنقيح المناط، وما يشعر به خبر جابر ـ عن أبي جعفر عليه السلام في قوله تعالى: ﴿فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَراحاً جَمِيلاً...﴾ قال: «متّعوهنّ: حمّلوهنّ بما قدرتم عليه من معروف فإنّهنّ يرجعن بكآبة وخسارة وهمّ عظيم ومهانة من إعلاقهنّ...» الخبر ـ من التعليل. قال صاحب الجواهر: وهما معاً ـ كما ترىٰ ـ ضرورة عدم التنقيح المعتبر، خصوصاً بعد الشهرة العظيمة أو الإجماع على ←

---

١. سورة البقرة: الآية ٢٣٧.

٢. أنظر: المبسوط للسرخسي ٦: ٧٠، أحكام القرآن للجصاص ١: ٤٢٧ ـ ٤٢٨.

٣. سورة البقرة: الآية ٢٣٦.

٤. أنظر: البيان للعمراني ٩: ٤٣١، الاستذكار ١٧: ٢٨٣ ـ ٢٨٤.

٥. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢٤٥ ـ ٢٤٦.

٦. المعونة ٢: ٧٨١، المقدّمات الممهّدات ١: ٥٥٢، التفريع ٢: ٥٢، وانظر: الاشراف لابن المنذر ١: ٢٧٥.

طلِّقت قبل الدخول وبعد فرض الصداق. وأهل الظاهر يقولون: هو شرع، فتأخذ وتعطي[١]. وأمّا مالك فإنّه حمل الأمر بالمتعة على الندب؛ لقوله تعالى في آخر الآية: ﴿حَقّاً عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[٢] أي: على المتفضّلين المتجمّلين، وما كان من باب الإجمال والإحسان فليس بواجب[٣].

واختلفوا في المطلّقة المعتدّة، هل عليها إحداد؟ فقال مالك: ليس عليها إحداد[٤]*.

← الاختصاص بالمطلّقة، وضعف الخبر المذكور الظاهر في جريان ما فيه مجرى الحكمة، لا العلّة. ولعلّه لذا وافق الشيخُ في خلافه الأصحابَ. (المبسوط ٤: ٣٢٠، مختلف الشيعة ٧: ١٨٠، مسالك الأفهام ٨: ٢٠٨، كشف اللثام ٧: ٤٣٧، الحدائق الناضرة ٢٤: ٤٨٧، جواهر الكلام ٣١: ٥٩).

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في اختصاص الحداد بالمتوفّىٰ عنها زوجها دون المطلّقة، رجعياً كانت أم بائناً، بل عليه الإجماع في الانتصار وغيره.

واستدلّ لذلك ـ مضافاً للإجماع والأصل ـ بالأخبار المستفيضة النافية للحداد عن مطلّق المطلقة، منها: قول الصادق عليه السلام في خبر زرارة: «المطلّقة تكتحل وتختضب وتلبس ما شاءت من الثياب؛ لأنّ الله عز وجل يقول: ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذٰلِكَ أَمْراً﴾ لعلّها أن تقع في نفسه فيراجعها»، بل استفاضت النصوص بتزيين المطلّقة الرجعية لزوجها لعلّ الله يحدث بعد ذلك امراً، كما في الخبر المتقدّم. (مسالك الأفهام ٩: ٢٧٩، كشف اللثام ٨: ١٢٣، الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٧٦، رياض المسائل ١١: ١٣٦، جواهر الكلام ٣٢: ٢٨٣).

---

١. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢٤٥.

٢. سورة البقرة: الآية ٢٣٦.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٣٣٣، المقدّمات الممهّدات ١: ٥٥١.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤٣٠، الاستذكار ١٨: ٢٢١.

باب في بعث الحكمين

اتّفق العلماء على جواز بعث الحكمين إذا وقع التشاجر بين الزوجين، وجُهلت أحوالهما في التشاجر [١]*، أعني: المحقّ من المبطل؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقاقَ بَيْنِهِما فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِها﴾ الآية [٢و٣].

وأجمعوا على أنّ الحكمين لايكونان إلّا من أهل الزوجين، أحدهما من قبل الزوج، والآخر من قبل المرأة، إلّا أن لايوجد في أهلهما من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما [٤]**.

---

* اختلف الإماميّة في بعث حكمي الشقاق، فقيل بوجوب بعث الحكمين، واختاره جماعة؛ وفاقاً لابن إدريس الحلّي. واستدلّ له بظاهر الأمر في الآية الكريمة، ولكون ذلك من الأمر بالمعروف، ومن الحسب التي نصب الحاكم لأمثالها.

وقيل باستحباب ذلك، اختاره العلّامة في التحرير؛ للأصل، وظهور الأمر في الإرشاد على أنّه من الأمور الدنيوية التي لايظهر إرادة الوجوب منه فيها.

ونوقش بأنّ الأصل مقطوع بما عرفت، والأخيرين لاينافيان ظهوره في الوجوب.

(مسالك الأفهام ٨: ٣٦٦، كشف اللثام ٧: ٥٢٠ ـ ٥٢١، الحدائق الناضرة ٢٤: ٦٣٥ـ٦٣٦، رياض المسائل ١٠: ٤٧٩، جواهر الكلام ٣١: ٢١٣).

** المشهور لدى فقهاء الإماميّة أنّه لايتعيّن كون الحكمين من أهل الزوجين، بأن يكون المبعوث من قبل الزوج من أهله، والمبعوث من قبل الزوجة من أهلها، بل يجوز من الأجنبي أيضاً. ←

---

١. الاستذكار ١٨: ١١٠ ـ ١١١، المعونة ٢: ٨٧٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٧٨، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٠٢، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٢٨، الحاوي الكبير ٩: ٦٠٢.

٢. سورة النساء: الآية ٣٥.

٣. الاستذكار ١٨: ١١٠ ـ ١١١، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٠٢.

٤. الاستذكار ١٨: ١١١، الإقناع لابن القطّان ٢: ٢٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٧٨.

وأجمعوا على أنّ الحكمين إذا اختلفا لم ينفذ قولهما[١]، وأجمعوا على أنّ قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين[٢].

واختلفوا في تفريق الحكمين بينهما إذا اتّفقا على ذلك، هل يحتاج إلىٰ إذنٍ من الزوج أو لايحتاج إلى ذلك؟ فقال مالك وأصحابه: يجوز قولهما في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما في ذلك[٣]*، وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما: ليس لهما

← واستدلّ له بأنّ الغرض يحصل بهما وإن كانا أجنبيين، والآية مسوقة للإرشاد.

وقيل: يعتبر كونهما من الأهلين، وهو مذهب ابن إدريس، وقوّاه العلّامة، واختاره صاحب الرياض، واستجوده السيد السند في الشرح.

واستدلّ لهذا القول بدلالة الآية عليه خصوصاً بعد حمل الأمر على الوجوب، ولأنّ الأهل أعرف بالمصلحة.

نعم، لو تعذّر الأهل فلاكلام في جواز الأجانب. (مسالك الأفهام ٨: ٣٦٦، نهاية المرام ١: ٤٣٠، كشف اللثام ٧: ٥٢١، الحدائق الناضرة ٢٤: ٦٣٤، رياض المسائل ١٠: ٤٨٠، جواهر الكلام ٣١: ٢١٣).

* المشهور عند الإماميّة أنّ بعث الحكمين على جهة التحكيم لا التوكيل، بل ادّعي عليه الإجماع. وعلّل ذلك بأنّه مقتضى تسميتهما حكمين في الكتاب والسنّة والفتاوى، ومقتضى خطاب غير الزوجين ببعثهما، والوكيل مأذون ليس بحَكَم، والمخاطب به الزوجان لا غيرهما ولأنّهما إن رأيا الإصلاح فعلاه من غير استئذان، ويلزم ما يشترطانه عليهما من السائغ، ولو كان توكيلاً لم يقع إلّا ما دلّ عليه لفظهما.

وعليه فإن اتّفقا على الصلح فعلاه من غير معاودة إلى الحاكم أو اليهما، من غير خلاف في ذلك، والأخبار به كثيرة، وهو ظاهر الآية؛ لأنّه مقتضى تحكيمهما على ←

---

١. الاستذكار ١٨: ١١١، الإقناع لابن القطّان ٢: ٢٩.

٢. المصدران السابقان.

٣. الموطّأ ٢: ٥٨٤، المعونة ٢: ٨٧٥، ٨٧٦، المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٣٧٢، الاستذكار ١٨: ١١٢.

أن يفرّقا، إلّا أن يجعل الزوج إليهما التفريق [١]. وحجّة مالك: ما رواه من ذلك عن علي بن أبي طالب أنّه قال في الحكمين: «إليهما التفرقة بين الزوجين والجمع» [٢]. وحجّة الشافعي وأبي حنيفة: أنّ الأصل أنّ الطلاق ليس بيد أحدٍ سوى الزوج أو من يوكّله الزوج [٣].

واختلف أصحاب مالك في الحكمين يطلّقان ثلاثاً، فقال ابن القاسم: تكون واحدة [٤]، وقال أشهب والمغيرة: تكون ثلاثاً إن طلّقاها ثلاثاً [٥]. والأصل: أنّ الطلاق بيد الرجل،

← ذلك. وإن اتّفقا على التفريق استأذنا الزوج في الطلاق والمرأة في البذل إن كان خلعاً، ولايستبدّان بالفرقة على القول المشهور.

واستدلّ له بخروجه عن الآية، وكون الطلاق بيد من أخذ بالساق، وللأخبار؛ كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «ليس للحكمين أن يفرّقا حتى يستأمرا».

وقيل: إنّ المرسل للحكمين إن كان هو الحاكم كان بعثهما تحكيماً محضاً، فليس لهما التفريق قطعاً، وإن كان الزوجان كان توكيلاً، فيجوز لهما التصرّف فيما تعلّقت به الوكالة، من صلح أو طلاق أو بذل صداق أو غير ذلك، وليس لهما تجاوز ما تعلّقت به الوكالة.

ولو اختلف الحكمان لم يمض لهما حكم، بلا إشكال في ذلك؛ للأصل، واختصاص الأدلّة باتفاقهما مع استحالة الترجيح من غير مرجح. (مسالك الأفهام ٨: ٣٦٦ ـ ٣٦٧، نهاية المرام ١: ٤٣١، كشف اللثام ٧: ٥٢٢، الحدائق الناضرة ٢٤: ٦٣١، رياض المسائل ١٠: ٤٨١ ـ ٤٨٢، جواهر الكلام ٣١: ٢١٤ ـ ٢١٥).

---

١. الاشراف لابن المنذر ١: ٢٠٣، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٢٨.

٢. الموطّأ ٢: ٥٨٤، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الحكمين، الحديث ٧٢، المدوّنة الكبرى ٢: ٣٧٢، المعونة ٢: ٨٧٦.

٣. الاستذكار ١٨: ١١٣، أحكام القرآن للجصّاص ٢: ١٩١، الحاوي الكبير ٩: ٦٠٣ ـ ٦٠٤.

٤. المدوّنة الكبرى ٢: ٣٦٩، ٣٧٠، الاستذكار ١٨: ١١٣.

٥. الاستذكار ١٨: ١١٣، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٧٨.

إلّا أن يقوم دليل على غير ذلك [١].

وقد احتجّ الشافعي وأبو حنيفة بما روي في حديث علي هذا أنّه قال للحكمين: «هل تدريان ما عليكما؟ إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرّقا فرّقتما» فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله وبما فيه لي وعليّ، فقال الرجل: أمّا الفرقة فلا، فقال علي: «لا والله، لاتنقلب حتى تقرّ بمثل ما أقرّت به المرأة» [٢]، قال: فاعتبر في ذلك إذنه [٣]، ومالك يشبّه الحكمين بالسلطان، والسلطان يطلّق بالضرر عند مالك إذا تبيّن [٤].

---

١. الاستذكار ١٨: ١١٣.

٢. المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٥١٢، باب الحكمين، الحديث ١١٨٨٣، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٣٠٥ ـ ٣٠٦، كتاب القسمة والنشوز، باب الحكمين في الشقاق بين الزوجين.

٣. التهذيب للبغوي ٥: ٥٤٩، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٢٨.

٤. الاستذكار ١٨: ١١٣، المعونة ٢: ٨٧٦.

كتاب الإيلاء

كتاب الإيلاء

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلّى الله على سيّدنا محمّد وآله وصحبه وسلّم تسليماً.

والأصل في هذا الباب قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[1].

والإيلاء: هو أن يحلف الرجل أن لايطأ زوجته: إمّا مدة هي أكثر من أربعة أشهر، أو أربعة أشهر، أو بإطلاق[2]* على الاختلاف المذكور في ذلك فيما بعد.

---

* الإيلاء لغةً: الحلف، وهو مصدر مأخوذ من آلى يولي إيلاءً وألية، والجمع: ألايا، مثل: عطية وعطايا، ويقال: ائتلىٰ يأتلي ائتلاءً، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلايَأْتَلِ أُولُوا ٱلْفَضْلِ مِنْكُمْ وَٱلسَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولِي ٱلْقُرْبىٰ﴾.

وعرّفه فقهاء الإماميّة بأنّه الحلف على ترك وطء الزوجة الدائمة المدخول بها مطلقاً أو أكثر من أربعة أشهر، للإضرار بها. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ * وَإِنْ عَزَمُوا ٱلطَّلاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ مضافاً للإجماع والسنّة المستفيضة.

وقد كان طلاقاً في الجاهلية؛ كالظهار، فغيّر الشرع حكمه، وجعل له أحكاماً ←

---

١. سورة البقرة: الآية ٢٢٦.

٢. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٦٠، المقدّمات الممهّدات ١: ٦١٦.

واختلف فقهاء الأمصار في الإيلاء في مواضع:

فمنها: هل تطلّق المرأة بانقضاء الأربعة الاشهر المضروبة بالنصّ للمولي، أم إنّما تطلّق بأن يوقَف بعد الأربعة الأشهر، فإمّا فاءَ وإمّا طلّق؟

ومنها: هل الإيلاء يكون بكلّ يمين، أم بالأيمان المباحة في الشرع فقط؟

ومنها: إن أمسك عن الوطء بغير يمين، هل يكون مُولياً أم لا؟

ومنها: هل المولي هو الذي قيّد يمينه بمدّةٍ من أربعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك، أو المُولي هو الذي لم يقيّد يمينه بمدّةٍ أصلاً؟

ومنها: هل طلاق الإيلاء بائن أو رجعي؟

ومنها: إن أبىٰ الطلاق والفيء، هل يطلّق القاضي عليه أم لا؟

ومنها: هل يتكرّر الإيلاء إذا طلّقها ثم راجعها من غير إيلاءٍ حادثٍ في الزواج الثاني؟

ومنها: هل من شرط رجعة المُولي أن يطأها في العدّة أم لا؟

ومنها: هل إيلاء العبد حكمُه أن يكون مثل إيلاء الحرّ أم لا؟

ومنها: هل إذا طلّقها بعد انقضاء مدّة الإيلاء تلزمها عدّة أم لا؟

فهذه هي مسائل الخلاف المشهورة في الإيلاء بين فقهاء الأمصار التي تتنزّل من هذا الباب منزلة الأصول، ونحن نذكر خلافَهم في مسألة مسألة منها، وعيونَ أدلّتهم، وأسباب خلافهم على ماقصدنا.

المسألة الأولى: أمّا اختلافهم: هل تطلق بانقضاء الأربعة الأشهر نفسِها، أم لا تطلّق، وإنّما الحكم أن يوقف: فإمّا فاءَ وإمّا طلّق؟ فإنّ مالكاً والشافعي وأحمدَ وأبا ثور وداود

← خاصّة إن جمع شرائطه، وإلّا فهو يمين، يعتبر فيه ما يعتبر في اليمين ويلحقه حكمه. (مسالك الأفهام ١٠: ١٢٥، نهاية المرام ٢: ١٧٦، كشف اللثام ٨: ٢٦٣، عيون الحقائق ١: ٤٣، رياض المسائل ١١: ٢١٧، جواهر الكلام ٣٣: ٢٩٧).

والليث ذهبوا إلى أنّه يوقف بعد انقضاء الأربعة الأشهر، فإمّا فاءَ وإمّا طلّق [١] *، وهو قول علي وابن عمر وإن كان قد روي عنهما غيرُ ذلك، لكنّ الصحيحَ هو هذا [٢]. وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثوري ـ وبالجملة الكوفيون ـ إلى أنّ الطلاق يقع بانقضاء الأربعة الأشهر، إلّا أن يفيء فيها [٣]، وهو قول ابنِ مسعود وجماعةٍ من التابعين [٤].

وسبب الخلاف هل [٥] قولهُ تعالى: ﴿فَإِنْ فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [٦] أي: فإن فاءوا قبل انقضاء الأربعة الأشهر أو بعدها، فمن فهم منه قبل انقضائها قال: يقع الطلاق، ومعنى

---

* اتّفق الإماميّة أنّه بانتهاء مدّة التربّص لاتطلّق الزوجة، بل الحكم أن يوقف الزوج بعد مرافعتها، ويخيّره الحاكم بين الفيئة وبين الطلاق، ولم يكن للحاكم طلاقها.

احتجّ لذلك بعد الإجماع والأصل بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ * وَإِنْ عَزَمُوا ٱلطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ حيث دلّ على بقاء تخييره فيهما بعد المدّة. وبالأخبار؛ كقول الامام الصادق عليه السلام في خبر برير بن معاوية: «فإذا مضت الأربعة أشهر أوقف: فإمّا أن يفيء فيمسّها، وإمّا أن يعزم على الطلاق فيخلّي عنها، حتى إذا حاضت وطهرت من محيضها طلّقها تطليقة قبل أن يجامعها بشهادة عدلين، ثم هو أحقّ برجعتها ما لم تمض الثلاثة أقراء». (الخلاف ٤: ٥١٥، مسالك الأفهام ١٠: ١٤١، كشف اللثام ٨: ٢٧٨، عيون الحقائق ١: ٦٥ ـ ٦٦، رياض المسائل ١١: ٢٢٣، جواهر الكلام ٣٣: ٣١٣ ـ ٣١٤).

---

١. الموطّأ ٢: ٥٥٦، الأم ٥: ٣٨٨، الاستذكار ١٧: ٨٧، المحلّى بالآثار ١٠: ٤٧، المقدّمات الممهّدات ١: ٦١٧ ـ ٦١٨، حلية العلماء ٧: ١٤١، المغني لابن قدامة ٨: ٥٢٩.

٢. الاستذكار ١٧: ٨٤ ـ ٨٥، المقدّمات الممهّدات ١: ٦١٧، المغني لابن قدامة ٨: ٥٢٩، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٧٥.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٧٤، أحكام القرآن للجصّاص ١: ٣٦٠، الاستذكار ١٧: ٨٩.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٧٤، الاستذكار ١٧: ٨٩ ـ ٩٠.

٥. كذا في النسخ، والظاهر أنّه تصحيف «هو» لتستقيم العبارة.

٦. سورة البقرة: الآية ٢٢٦.

العزم عنده في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا ٱلطَّلَاقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [١]: أن لا يفيء حتى تنقضيَ المدّة، فمن فهم من اشتراط الفيئة اشتراطها بعدَ انقضاء المدّة، قال: معنى قوله: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا ٱلطَّلَاقَ﴾ أي: باللفظ ﴿فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [٢].

وللمالكية في الآية أربعة أدلة:

أحدها: أنّه جعل مدّة التربّص حقّاً للزوج دون الزوجة، فأشبهت مدّة الأجل في الديون المؤجّلة.

الدليل الثاني: أنّ الله تعالى أضاف الطلاق إلى فعله، وعندهم ليس يقع من فعله إلّا تجوّزاً، أعني: ليس ينسب إليه على مذهب الحنفية إلّا تجوّزاً، وليس يصار إلى المجاز عن الظاهر إلّا بدليل.

الدليل الثالث: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا ٱلطَّلَاقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ قالوا: فهذا يقتضي وقوعَ الطلاق على وجهٍ يُسمَع، وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدّة.

الرابع: أنّ الفاء في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ ظاهرة في معنى التعقيب، فدلّ ذلك على أنّ الفيئة بعد المدّة، وربّما شبّهوا هذه المدّة بمدّة العتق [٣].

وأمّا أبو حنيفة فإنّه اعتمد في ذلك تشبيهَ هذه المدّة بالعدّة الرجعية، إذ كانت العدّة إنّما شرعت لئلّا يقع منه ندم. وبالجملة: فشبّهوا الإيلاء بالطلاق الرجعي، وشبّهوا المدّة بالعِدّة، وهو شبه قوي [٤]، وقد روي ذلك عن ابن عباس [٥].

المسألة الثانية: وأمّا اختلافهم في اليمين التي يكون بها الإيلاء، فإنّ مالكاً قال: يقع الإيلاء بكلّ يمين [٦].

---

١. سورة البقرة: الآية ٢٢٧.

٢. المقدّمات الممهّدات ١: ٦١٧ ـ ٦١٨، ٦١٩، أحكام القرآن لابن العربي ١: ١٨٠ ـ ١٨١.

٣. الاستذكار ١٧: ٩٤ ـ ٩٥، المقدّمات الممهّدات ١: ٦١٧ ـ ٦١٨، ٦١٩.

٤. المحيط البرهاني ٣: ٤٣٩، المبسوط للسرخسي ٧: ٢١ ـ ٢٢، ٢٣.

٥. المصنّف لابن أبي شيبة ٥: ١٢٨، المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٤٥٤، الحديث ١١٦٤٠، الاستذكار ١٧: ٩٣ ـ ٩٤.

٦. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٨٥، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٧، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٦٢.

وقال الشافعي: لا يقع إلّا بالأيمان المباحة في الشرع، وهي اليمين بالله أو بصفةٍ من صفاته [١]*.

فمالك اعتمد العموم، أعني: عموم قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [٢]، والشافعي يشبّه الإيلاء بيمين الكفّارة، وذلك أنّ كلا اليمينين يترتّب عليهما حكم شرعي، فوجب أن تكون اليمين التي يترتّب عليها حكم الإيلاء هي اليمين التي يترتّب عليها الحكم الذي هو الكفّارة [٣].

---

* لا خلاف عند الإماميّة في أنّ الإيلاء لاينعقد إلّا بأسماء الله تعالى المختصّة به أو الغالبة فيه.

واحتجّ له بعد الأصل بأنّه يمين، وكلّ يمين كذلك، إجماعاً ونصوصاً مستفيضة، منها: قول النبي ﷺ: «من قال حالفاً فليحلف بالله أو فليصمت»، ومنها: صحيح ابن مهزيار عن أبي جعفر الثاني ﷺ في حديث قال: «إنّ الله عز وجل يقسم من خلقه بما شاء، وليس لخلقه أن يقسموا إلّا به عزّ وجلّ»، وغيرها من الأخبار الدالّة بعمومها على المنع في الإيلاء وغيره من الأقسام أن يقع بغيره تعالى.

وبالأخبار الدالّة على المنع بالخصوص في الايلاء، منها: ما رواه الحلبي في الصحيح عن أبي عبدالله ﷺ أنّه قال: «والإيلاء أن يقول: والله لا أُجامعك كذا وكذا، والله لأغبضنك ثم يغاضبها، فانّه يتربّص به أربعة أشهر، ثم يؤخذ بعد الأربعة أشهر فيوقف...» الحديث.

ومنها: صحيح ليث المرادي عن أبي عبدالله ﷺ، قال: سألته عن الإيلاء ما هو؟ قال: «أن يقول الرجل لامرأته: والله لا أُجامعنّك كذا وكذا، ويقول: والله لأغضبنك فيتربّص..».

(مسالك الأفهام ١٠: ١٢٦، نهاية المرام ٢: ١٧٧، كشف اللثام ٨: ٢٦٨، عيون الحقائق ١: ٥٧ ـ ٥٩، رياض المسائل ١١: ٢١٩، جواهر الكلام ٣٣: ٢٩٨، مهذب الأحكام ٢٦: ٢٣٥).

---

١. الأم ٥: ٣٨٢ ـ ٣٨٣، العزيز شرح الوجيز ٩: ١٩٨.

٢. المنتقى للباجي ٤: ٢٧، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٦٢.

٣. الأم ٥: ٣٨٢ ـ ٣٨٣، البيان للعمراني ١٠: ٢٤٩.

المسألة الثالثة: وأمّا لحوق حكم الإيلاء للزوج إذا ترك الوطء بغير يمين، فإنّ الجمهور على أنّه لايلزمه حكم الإيلاء بغير يمين [١] *، ومالك يُلزمه، وذلك إذا قصد الإضرار بترك الوطء وإن لم يحلف علىٰ ذلك [٢].

فالجمهور اعتمدوا الظاهر، ومالك اعتمد المعنىٰ؛ لأنّ الحكم إنّما لزمه باعتقاده تركَ الوطء، وسواء شدَّ ذلك الاعتقاد بيمين أو بغير يمين؛ لأنّ الضرر يوجَد في الحالتين جميعاً [٣].

المسألة الرابعة: وأمّا اختلافهم في مدّة الإيلاء، فإنّ مالكاً ومن قال بقوله يرىٰ أنّ مدّة الإيلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة أشهر، إذ كان الفيء عندهم إنّما هو بعد الأربعة الأشهر [٤] **.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه لايلزمه حكم الإيلاء وذلك لما تقدّم من أنّه لاينعقد إلّا بالصيغة الخاصة المشتملة على الحلف المعيّن، لا مطلق ترك وطء الزوجة. (مسالك الأفهام ١٠: ١٢٦ ـ ١٢٧، نهاية المرام ٢: ١٧٧، كشف اللثام ٨: ٢٦٨، عيون الحقائق ١: ٥٧ ـ ٥٩، رياض المسائل ١١: ٢١٩، جواهر الكلام ٣٣: ٢٩٨).

** اتّفقت الإماميّة على أنّ مدّة الإيلاء يجب أن تزيد على أربعة أشهر ولو لحظة، فلو حلف على ترك وطئها مدّة لاتزيد على الأربعة أشهر لم يكن ايلاءً.

واحتجّ له بعد ظهور الإجماع بالكتاب والسنّة، منها: صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «لايكون إيلاءً حتى يحلف على أكثر من أربعة أشهر»، وبأنّ الزوجة ليس لها المطالبة بالوطء دون هذه المدّة، ولايجب على الزوج الوطء إلّا في كلّ أربعة أشهر؛ لما ورد من أنّه غاية صبرها. (مسالك الأفهام ١٠: ١٣٧، نهاية المرام ٢: ١٧٦، كشف اللثام ٨: ٢٧٥، عيون الحقائق ١: ٤٣، جواهر الكلام ٣٣: ٢٩٧، ٣٠٩).

---

١. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٦٤، الاستذكار ١٧: ٩٧.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ١٠٠ ـ ١٠١، المنتقىٰ للباجي ٤: ٣٦، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٦٤، المعونة ٢: ٨٨٧.

٣. أنظر: الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٦٤، المعونة ٢: ٨٨٧.

٤. الاستذكار ١٧: ١٠٣، المقدّمات الممهّدات ١: ٦٢٨، الأم ٥: ٣٨٨.

وأمّا أبو حنيفة فإنّ مدّة الإيلاء عنده هي الأربعة الأشهر فقط، إذ كان الفيء عنده إنّما هو فيها [١]. وذهب الحسن وابن أبي ليلى إلى أنّه إذا حلف وقتاً ما وإن كان أقلَّ من أربعة أشهر كان مُوْلياً، يضرب له الأجل إلى انقضاء الأربعة الأشهر من وقت اليمين [٢]. وروي عن ابن عباس: أنّ المُوْلي هو من حلف أن لايصيب امرأته على التأبيد [٣].

والسبب في اختلافهم في المدّة: إطلاق الآية، فاختلافهم في وقت الفيء، وفي صفة اليمين ومدّته هو كون الآية عامةً في هذه المعاني أو مجملة، وكذلك اختلافهم في صفة المُوْلي والمُوْلَىٰ منها، ونوع الطلاق، على ما سيأتي بعد. وأمّا ما سوىٰ ذلك فسبب اختلافهم فيه هو سبب السكوت عنه.

وهذه هي أركان الإيلاء، أعني: معرفة نوع اليمين، ووقتِ الفيء، والمدة، وصفة المُوْلي والمُوْلَىٰ منها، ونوع الطلاق الواقع فيه.

المسألة الخامسة: فأمّا الطلاق الذي يقع بالإيلاء، فعند مالك والشافعي: أنّه رجعي؛ لأنّ الأصل أنّ كلّ طلاقٍ وقع بالشرع أنّه يحمل على أنّه رجعي، إلى أن يدلّ الدليل على أنّه بائن [٤]*. وقال أبو حنيفة وأبو ثور: هو بائن، وذلك أنّه إن كان رجعياً لم يَزُل الضرر

---

* المشهور بين فقهاء الإماميّة: إن طلّق الزوج بعد انتهاء المدّة يقع الطلاق رجعياً ما لم يكن ما يقتضي البينونة.

واستدلّ له بأنّ الأصل في الطلاق ذلك، وبالعمومات، وخصوص حسنة بريد بن معاوية عن الصادق عليه السلام: «فإذا مضت الأربعة أشهر أوقف: فإمّا أن يفيء فيمسّها، وإمّا أن يعزم على الطلاق فيخلي عنها، حتّى إذا حاضت وطهرت من محيضها طلّقها تطليقة قبل ←

---

١. مختصر القدوري ١٦١، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٧٣، المقدّمات الممهّدات ١: ٦٢٨.

٢. الاستذكار ١٧: ١٠٤، المقدّمات الممهّدات ١: ٦٢٨، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٧٣.

٣. المقدّمات الممهّدات ١: ٦٢٨، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٤٣، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٠٤.

٤. الأم ٥: ٣٩١، الاستذكار ١٧: ٨٧، المقدّمات الممهّدات ١: ٦١٨.

عنها بذلك؛ لأنّه يجبرها على الرجعة [١].

فسبب الاختلاف: معارضة المصلحة المقصودة بالإيلاء للأصل المعروف في الطلاق، فمن غلّب الأصل قال: رجعي، ومن غلب المصلحة قال: بائن [٢].

المسألة السادسة: وأمّا هل يطلّق القاضي إذا أبىٰ الفيءَ أو الطلاقَ أو يحبس حتى يطلّق؟ فإنّ مالكاً قال: يطلّق القاضي عليه [٣]، وقال أهل الظاهر: يحبس حتى يطلّقها بنفسه [٤]*.

← أن يجامعها بشهادة عدلين، ثم هو أحقّ برجعتها ما لم تمض الثلاثة الأقراء» وهو نصّ في المطلوب.

وفي المسألة قول نادر وهو: وقوع الطلاق بائناً، وربّما كان مستنده قوله ﷺ في صحيح منصور بن حازم: «فإن عزم الطلاق بانت منه».

وحملها الشيخ الطوسي على من كانت عنده على تطليقة واحدة، فإنّ طلاقه بعد ذلك يقع بائناً.

واستبعد بعضهم هذا الحمل، وحملها على كون المراد من بينونتها خروجها عن الزوجية المحضة وإن كان الطلاق رجعياً؛ جمعاً بين الأدلّة. (مسالك الأفهام ١٠: ١٤٢، نهاية المرام ٢: ١٨٢، كشف اللثام ٨: ٢٧٨، عيون الحقائق ١: ٧٨، جواهر الكلام ٣٣: ٣١٤ ـ ٣١٥، مهذب الاحكام ٢٦: ٢٤٣).

* تقدّم أنّ الإماميّة متّفقون على أنّ الزوج مخيّر بين أن يفيء أو يطلّق بعد مرافعة الزوجة وانقضاء مدّة التربّص وأنّه ليس للحاكم طلاقها. لكن لو امتنع الزوج عن الأمرين بعد المرافعة، وانتهاء المدّة المضروبة، حبُس وضُيّق عليه حتى يفيء أو يطلّق، ولا خلاف في ذلك. ←

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٧٤، الاستذكار ١٧: ٨٩، مختصر القدوري: ١٦١، المهذّب للشيرازي ٤: ٤٠٤.

٢. أنظر: المنتقى للباجي ٤: ٣٣.

٣. المعونة ٢: ٨٨٦، المنتقى للباجي ٤: ٣١، المقدّمات الممهّدات ١: ٦١٨.

٤. المحلّى بالآثار ١٠: ٤٢، ٤٣، ٤٨، المقدّمات الممهّدات ١: ٦١٨.

وسبب الخلاف: معارضة الأصل المعروف في الطلاق للمصلحة، فمن راعى الأصلَ المعروف في الطلاق، قال: لايقع طلاق إلّا من الزوج، ومن راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء، قال: يطلِّق السلطانُ [١]، وهو نظر إلى المصلحة العامة، وهذا هو الذي يعرف بالقياس المرسل، والمنقول عن مالك العمل به [٢]، وكثيرٌ من الفقهاء يأبى ذلك [٣].

المسألة السابعة: وأمّا هل يتكرّر الإيلاء إذا طلّقها ثم راجعها؟ فإنّ مالكاً يقول: إذا راجعها فلم يطأها تكرّر الإيلاء عليه، وهذا عنده في الطلاق الرجعي والبائن [٤]. وقال أبو حنيفة: الطلاق البائن يُسقط الإيلاء [٥]، وهو أحدُ قولي الشافعي [٦]، وهذا القول هو الذي اختاره المزني وجماعة من العلماء على أنّ الإيلاء لايتكرّر بعد الطلاق إلّا بإعادة اليمين [٧]*.

← واستدلّ لذلك بالأخبار، منها: ما رواه غياث بن ابراهيم عن الإمام الصادق عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام إذا أبى المولي أن يطلّق يجعل له حظيرةً من قصب، وأعطاه ربع قوته حتى يطلّق». ومنها: المرسل: «إن فاء ـ وهو أن يراجع إلى الجماع ـ وإلّا حُبس في حظيرةٍ من قصب، وشدِّد عليه في المأكل والمشرب حتى يطلّق». (مسالك الأفهام ١٠: ١٤٣، نهاية المرام ٢: ١٧٩، كشف اللثام ٨: ٢٧٩، عيون الحقائق ١: ٧٩ ـ ٨٠، رياض المسائل ١١: ٢٢٣، جواهر الكلام ٣٣: ٣١٥).

* ذكر بعض فقهاء الإماميّة أنّه لو طلّقها بعد الإيلاء طلاقاً رجعياً: أنّ المدّة لاتنقطع، بل يحتسب زمان العدّة من المدّة، فإن راجع طولب بأحد الأمرين ـ الفئة أو الطلاق ـ مع انقضائها. ←

---

١. المعونة ٢: ٨٨٥ ـ ٨٨٦، المحلّى بالآثار ١٠: ٤٢، ٤٣، ٤٨، المغني لابن قدامة ٨: ٥٤٣.

٢. الإحكام للآمدي ٤: ٣٩٤.

٣. الإحكام للآمدي ٤: ٣٩٤.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٩٦، الاستذكار ١٧: ٩٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٨١.

٥. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٨١، المبسوط للسرخسي ٧: ٣٢.

٦. الأم ٥: ٣٩٢، مختصر المزني: ٢١٣، الحاوي الكبير ١٠: ٣٨٠ ـ ٣٨١، المهذّب للشيرازي ٤: ٤٠٥.

٧. مختصر المزني: ٢١٣، المحلّى بالآثار ١٠: ٤٣، الاستذكار ١٧: ٩٨.

والسبب في اختلافهم: معارضة المصلحة لظاهر شرط الإيلاء، وذلك أنّه لا إيلاء في الشرع إلّا حيث يكون يمين في ذلك النكاح بنفسه لا في نكاح آخر، ولكن إن راعينا هذا وُجد الضرر المقصود إزالته بحكم الإيلاء [١]، ولذلك رأى مالك أنّه يُحكم بحكم الإيلاء بغير يمين إذا وجد معنى الإيلاء [٢].

المسألة الثامنة: وأمّا هل تلزم الزوجة المُولَىٰ منها عدّة أو ليس تلزمها؟ فإنّ الجمهور على أنّ العدّة تلزمها [٣]*. وقال جابر بن زيد: لاتلزمها عدّة إذا كانت قد حاضت في مدّة

← ووجهه: أنّه وإن كانت الزوجية قد اختلّت، إلّا أنّه متمكّن من الوطء بالرجعة، فلايكون الطلاق عذراً كالردّة، وإن افترقا بأنّ النكاح معها لاينخرم، والطلاق بالرجعة لاينهدم، إلّا أنّ هذا الفرق لايوجب اختلاف الحكم.

والشيخ منع من احتساب المدّة فيهما، محتجّاً بأنّ الطلاق رفع النكاح وأجراها إلى البينونة، بمعنىٰ أنّها في العدّة في زمانٍ يقتضي مضيّه البينونة، فلايجوز احتساب هذه المدّة من مدّة يقتضي مضيّها المطالبة بالوطء، وهو زمان التربّص؛ لتضادّ الأثرين المقتضي لتضادّ المؤثرين، وكذا الردّة.

وعن التحرير موافقته علىٰ انهدامها، وأنّه إن راجع ضربت له مدّة أخرىٰ وقف عند انقضائها. (مسالك الأفهام ١٠: ١٦٦، ١٦٧، جواهر الكلام ٣٣: ٣٣٩).

* لا خلاف عند الإماميّة في وجوب العدّة على المطلّقة بالإيلاء إذا كانت من أهل الاعتداد، بل هو متّفق عليه نصّاً وفتوى، فإنّها كسائر المطلّقات كما يتّضح من خلال النصوص:

ففي صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن رجل آلىٰ من امرأته حتى مضت أربعة أشهر، قال: «يوقف، فإن عزم الطلاق اعتدّت كما تعتدّ المطلّقة، وإن أمسك فلابأس». ←

---

١. المبسوط للسرخسي ٧: ٣٢، المغني لابن قدامة ٨: ٥٤٩ ـ ٥٥٠.

٢. التفريع ٢: ٩٢، المعونة ٢: ٨٨٧.

٣. الاستذكار ١٧: ٩١.

الأربعة الاشهر ثلاثَ حِيَض، وقال بقوله طائفة [١]، وهو مروي عن ابن عباس [٢]. وحجّته: أنّ العدّة إنّما وضعت لبراءة الرحم، وهذه قد حصلت لها البراءة. وحجّة الجمهور: أنّها مطلّقة، فوجب أن تعتدّ، كسائر المطلّقات [٣].

وسبب الخلاف: أنّ العدّة جَمعت عبادة ومصلحة، فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدّة، ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدّة.

المسألة التاسعة: وأمّا إيلاء العبد، فإنّ مالكاً قال: إيلاء العبد شهران، على النصف من إيلاء الحرّ؛ قياساً على حدوده وطلاقه [٤]. وقال الشافعي وأهل الظاهر: إيلاؤه مثل إيلاء الحرّ أربعة أشهر؛ تمسّكاً بالعموم *، والظاهر أنّ تعلّق الأيمان بالحرّ والعبد سواء، والإيلاء

← وفي صحيح عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله ﷺ، قال: سألته عن الإيلاء، قال: «إذا مضت أربعة أشهر ووقف: فإمّا أن يفيء، وإمّا أن يطلّق». قلت: فإن طلّق تعتدّ عدّة المطلّقة؟ قال: «نعم».

وفي صحيح منصور بن حازم قال: سألت أبا عبدالله ﷺ عن رجلٍ آلىٰ من امرأته، فمرّت أربعة أشهر، قال: «يوقف، فإن عزم الطلاق بانت منه، وعليها عدّة المطلقة، وإلّا كفّر عن يمينه وأمسكها». (مسالك الأفهام ٩: ٢١٣، عيون الحقائق ١: ٨٠ ـ ٨١، جواهر الكلام ٣٢: ٢١١).

* المعروف عند الإماميّة أنّه لا فرق في مدّة التربّص وهي الأربعة أشهر بين الحرّة والأمة، والمسلمة والذمية، سواء كان الزوج حرّاً أو مملوكاً، مسلماً أو ذمياً، بل إجماعاً. وفي الجواهر: يمكن دعوى تواتر النصوص فيه. وذلك هو مقتضى إطلاق الكتاب والسنّة والإجماع. (مسالك الأفهام ١٠: ١٤١، عيون الحقائق ١: ٦٩، جواهر الكلام ٣٣: ٣١١).

---

١. المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٤٥٤ ـ ٤٥٥، الاستذكار ١٧: ٩١، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٤٦.

٢. المصنف لعبدالرزاق ٦: ٤٥٤ ـ ٤٥٥، الاستذكار ١٧: ٩٢، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٤٥ ـ ٤٦.

٣. أنظر: الاستذكار ١٧: ٩٤ ـ ٩٥.

٤. الموطّأ ٢: ٥٥٨، كتاب الطلاق، باب إيلاء العبد، الاستذكار ١٧: ١٠٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ٣٧.

يمين، وقياساً أيضاً على مدّة العِنّين [١]. وقال أبو حنيفة: النقص الداخل على الإيلاء معتبر بالنساء لا بالرجال؛ كالعدة، فإن كانت المرأة حرّةً كان الإيلاء إيلاءَ الحرّ وإن كان الزوج عبداً، وإن كانت أمةً فعلى النصف [٢].

وقياس الإيلاء على الحدّ غير جيد، وذلك أنّ العبد إنّما كان حدّه أقلَّ من حدّ الحرّ؛ لأن الفاحشة منه أقلّ قبحاً، ومن الحرّ أعظم قبحاً، ومدّة الإيلاء إنّما ضربت جمعاً بين التوسعة على الزوج وبين إزالة الضرر عن الزوجة، فإذا فرضنا مدّةً أقصر من هذه، كان أضيقَ على الزوج وأنفىٰ للضرر عن الزوجة، والحرُّ أحقّ بالتوسعة ونفي الضرر عنه، فلذلك كان يجب على هذا القياس أن لاينقص من الإيلاء إلّا إذا كان الزوج عبداً والزوجة حرَّة فقط، وهذا لم يقل به أحد، فالواجب التسوية.

والذين قالوا بتأثير الرقّ في مدّة الإيلاء اختلفوا في زوال الرقّ بعد الإيلاء، هل ينتقل إلى إيلاء الأحرار أم لا؟ فقال مالك: لاينتقل من إيلاء العبيد إلى إيلاء الأحرار [٣]*، وقال أبو حنيفة: ينتقل، فعنده: أنّ الأمة إذا عتقت، وقد آلىٰ زوجها منها، انتقلت إلى إيلاء الأحرار [٤]. وقال ابن القاسم: الصغيرة التي لايجامَعُ مثلها لا إيلاء عليها، فإن وقع وتمادىٰ

---

* لا خلاف عند الإماميّة في أنّه لو آلى الحرّ من الأمة، ثم اشتراها واعتقها وتزوّجها، لم يعد الإيلاء، وكذا لو آلى العبد ثم اشترته واعتقته وتزوّج بها.

واحتجّ لذلك بضرورة كون العنوان تحريم ما حلّ بالزوجية، فمع فرض انتفائها ينتفي موضوع الحكم وإن عاد بعد ذلك بسبب جديد. (مسالك الأفهام ١٠: ١٥٩، ١٦٠، كشف اللثام ٨: ٢٨٦، عيون الحقائق ١: ٨٣، جواهر الكلام ٣٣: ٣٣١).

---

١. الأم ٥: ٣٨٩، الحاوي الكبير ١٠: ٣٨٣، الاستذكار ١٧: ١٠٩ ـ ١١٠، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٤٨.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٨٠، مختصر القدوري: ١٦٢، المبسوط للسرخسي ٧: ٣٥، الهداية للمرغيناني ٢: ٢٩٢، الاستذكار ١٧: ١١٠.

٣. الاستذكار ١٧: ١١٠، المنتقىٰ للباجي ٤: ٣٧.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٨١، المبسوط للسرخسي ٧: ٣٦ ـ ٣٧.

حسبت الأربعة الأشهر من يوم بلغَتْ، وإنّما قال ذلك لأنّه لا ضرر عليها في ترك الجماع[١]، وقال أيضاً: لا إيلاء على خَصيّ، ولا على من لايقدر على الجماع[٢].

المسألة العاشرة: وأمّا هل من شرط رجعة المُولي أن يطأ في العدّة أم لا؟ فإنّ الجمهور ذهبوا إلى أنّ ذلك ليس من شرطها[٣]*، وأمّا مالك فإنّه قال: إذا لم يطأ فيها من غير عذر: مرض أو ما أشبه ذلك، فلا رجعة عنده له عليها، وتبقى على عدّتها، ولا

---

* تقدّم أنّ المشهور عند الإماميّة في الطلاق الواقع بالإيلاء يكون رجعياً ما لم يقتض البينونة، وعليه فيشمله حكم الطلاق الرجعي، وهو صحة رجوع الزوج في العدّة؛ لأنّ معنى الطلاق الرجعي ما للزوج فيه رجعة، سواء رجع أو لا، في قبال الطلاق البائن وهو ما لايصحّ للزوج معه الرجعة، وذلك بالكتاب والسنّة والإجماع.

ويستدلّ للمقام بالخصوص بالأخبار، منها: صحيح بريد بن معاوية عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام قالا: «إذا آلىٰ أن لايقرب من امرأته، فليس لها قول ولا حقّ في أربعة أشهر، ولا إثم عليه في كفّه عنها في الأربعة الأشهر، فإن مضت الأربعة الأشهر قبل أن يمسّها، فسكتت ورضيت، فهو في حلٍّ وسعة، فإن رفعت أمرها قيل له: إمّا أن تفيء فتمسّها، وإمّا أن تطلّق، وعزم الطلاق أن يخلّي عنها، فإذا حاضت وطهرت طلّقها، وهو أحقّ برجعتها ما لم تمض ثلاثة قروء».

ومنها: خبر أبي مريم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «المولي يوقف بعد الأربعة: فإن شاء أمسك بمعروف أو سرّح باحسان، فإن عزم الطلاق فهي واحدة، وهو أملك برجعتها».

(مسالك الأفهام ١٠: ١٤٢، كشف اللثام ٨: ٢٧٨، نهاية المرام ٢: ١٨٢، عيون الحقائق ١: ٦٥ ـ ٧٠، جواهر الكلام ٣٣: ٣١٤ ـ ٣١٥).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٩٤، الاستذكار ١٧: ٩٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٧.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ١٠١، الاستذكار ١٧: ٩٩، المنتقى للباجي ٤: ٢٦ ـ ٢٧.

٣. الاستذكار ١٧: ٨٧، ٩٦، المنتقىٰ للباجي ٤: ٣٣، المهذّب للشيرازي ٤: ٣٩٨.

سبيل له إليها إذا انقضت العدّة [١].

وحجّة الجمهور: أنّه لايخلو أن يكون الإيلاء يعود برجعته إيّاها في العِدّة أو لايعود، فإن عاد لم يعتبر، واستؤنف الإيلاء من وقت الرجعة، أعني: تحسب مدّة الإيلاء من وقت الرجعة، وإن لم يعد الإيلاء لم يعتبر أصلاً، إلّا على مذهب من يرى أنّ الإيلاء يكون بغير يمين. وكيفما كان فلابد من اعتبار الأربعة الأشهر من وقت الرجعة [٢].

وأمّا مالك فإنّه قال: كلّ رجعة من طلاق كان لرفع ضرر، فإنّ صحةَ الرجعة معتبرةٌ فيه بزوال ذلك الضرر، وأصله: المعسر بالنفقة إذا طُلِّق عليه ثم ارتجع، فإنّ رجعتَه تعتبر صحّتها بيساره [٣].

فسبب الخلاف: قياس الشبه، وذلك أنّ من شبّه الرجعةَ بابتداء النكاح أوجب فيها تجدّد الإيلاء، ومن شبّه هذه الرجعة برجعة المطلِّق لضررٍ لم يرتفع منه ذلك الضررُ، قال: يبقى على الأصل.

---

١. المعونة ٢: ٨٨٢ ـ ٨٨٣، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٦٣، الاستذكار ١٧: ٨٧، ٩٥ ـ ٩٦، المنتقىٰ للباجي ٤: ٣٣.

٢. المهذّب للشيرازي ٤: ٣٩٨، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٦٣، المغني لابن قدامة ٨: ٥٤٧ ـ ٥٤٨.

٣. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٦٣، المنتقىٰ للباجي ٤: ٣٣.

كتاب الظهار

كتاب الظهار

والأصل في الظهار: الكتاب والسنّة، فأمّا الكتاب فقوله تعالىٰ: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [1] الآية، وأمّا السنّة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت: ظاهر منّي زوجي أوس بن الصامت، فجئت رسول الله ﷺ أشكو إليه، ورسول الله يجادلني فيه ويقول: «اتّقي الله فإنّه ابن عمكِ» فما خرجت حتّىٰ أنزل الله: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا﴾ الآيات [2]، فقال: «ليعتق رقبةً» قالت: لايجد، قال: «فيصوم شهرين متتابعين» قالت: يارسول الله! إنّه شيخ كبير ما به من صيام، قال: «فليطعم ستين مسكيناً» قالت: ما عنده من شيء يتصدّق به، قال: «فإني سأعينه بعَرَقٍ [3] مِن تمر» قالت: وأنا أعينه بعرق آخر، قال: «لقد أحسنت، اذهبي فأطعمي عنه ستين مسكيناً» خرّجه أبو داود [4].

---

١. سورة المجادلة: الآية ٣.

٢. سورة المجادلة: الآيات ١ ـ ٤.

٣. العَرَق: هو زنبيل منسوج من نسائج الخوص، وكلّ شيءٍ مضفور فهو عَرَق وعَرَقَة، بفتح الراء فيهما. (النهاية لابن الاثير ٣: ١٩٨، المغني لابن قدامة ٨: ٥٥٤).

٤. سنن أبي داود ٢: ٢٦٦، كتاب الطلاق، باب في الظهار، الحديث ٢٢١٤، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ٣٩١ـ٣٩٢، كتاب الظهار، باب لايجزئ أن يطعم أقلّ من ستين مسكيناً.

وحديث سلمة بن صخر البياضي عن النبي ﷺ [١ و ٢]*.

والكلام في أصول الظهار ينحصر في سبعة فصول: منها: في ألفاظ الظهار. ومنها: في شروط وجوب الكفّارة فيه. ومنها: في من يصحّ فيه الظهار. ومنها: فيما يحرم على المظاهر. ومنها: هل يتكرّر الظهار بتكرّر النكاح؟ ومنها: هل يدخل الإيلاء عليه؟ ومنها: القول في أحكام كفّارة الظهار.

---

* الأصل في حرمة الظهار عند علماء الإماميّة، مضافاً إلىٰ قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسائِهِمْ ما هُنَّ أُمَّهاتِهِمْ إِنْ أُمَّهاتُهُمْ إِلّا اللّائِي وَلَدْنَهُمْ...﴾ الآية، والإجماع: الروايات الخاصة الواردة عن أهل البيت، وهي كثيرة:

منها: صحيح أبان عن أبي عبدالله عليه السلام: «كان رجل علىٰ عهد رسول الله ﷺ يقال له: أوس بن الصامت، وكان تحته امرأة يقال لها: خولة بنت المنذر، فقال لها ذات يوم: أنتِ عليّ كظهر أمي، ثم ندم وقال لها: أيتها المرأة ما أظنّك إلّا وقد حرمتِ عليّ، فجاءت إلىٰ رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله! إنّ زوجي قال لي: أنت عليّ كظهر أمي ـ وكان هذا القول فيما مضىٰ يحرم المرأة على زوجها ـ فقال لها رسول الله ﷺ: ما أظنّك إلّا وقد حرمت عليه، فرفعت المرأة يدها إلى السماء فقالت: أشكو إلى الله فراق زوجي، فأنزل الله: يا محمد: ﴿قَدْ سَمِعَ اللّٰهُ قَوْلَ الَّتِي تُجادِلُكَ فِي زَوْجِها﴾ الآيتين، ثم أنزل الله عزّ وجلّ الكفّارة في ذلك، فقال: ﴿وَالَّذِينَ يُظاهِرُونَ مِنْ نِسائِهِمْ﴾ الآيتين». (جواهر الكلام ٣٣: ٩٦ ـ ٩٨، مهذب الاحكام ٢٦: ٢٠٩ ـ ٢١٢، الحدائق الناضرة ٢٥: ٦٢٩ـ٦٣٣، المهذب البارع ٣: ٥٢٠ ـ ٥٢٢، فقه الصادق ٢٣: ١٣٥ ـ ١٣٦).

---

١. سنن الترمذي ٣: ٥٠٢، كتاب الطلاق، باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفّر، الحديث ١١٩٨، سنن الدارمي ٢: ١٦٣ ـ ١٦٤، كتاب الطلاق، باب في الظهار.

٢. البيان للعمراني ١٠: ٣٠٠ ـ ٣٠١، المغني لابن قدامة ٨: ٥٥٤ ـ ٥٥٥، المقدّمات الممهّدات ١: ٦٠١ـ٦٠٢، المبسوط للسرخسي ٦: ٢٦٢.

الفصل الأول في ألفاظ الظهار

واتّفق الفقهاء علىٰ أن الرجل إذا قال لزوجته: أنت عليّ كظهر أمي، أنّه ظهار[١]*. واختلفوا إذا ذكر عضواً غير الظهر**، أو ذكر ظهر من تَحْرُم عليه من المحرّمات النكاح

---

* أجمع علماء الإماميّة نصّاً وفتوىٰ علىٰ أنّ الظهار يقع بصيغة: «أنت عليّ كظهر أُمّي» قاصداً إليه، للروايات الكثيرة المستفيضة علىٰ ذلك. (رياض المسائل ١١: ١٩١، جواهر الكلام ٣٣: ٩٩، الحدائق الناضرة ٢٥: ٦٣٤، تحرير الاحكام الشرعية ٤: ١٠٢).

** اختلفت الإماميّة فيما نصّاً وفتوىٰ لو شبّه المظاهر زوجته بعضوٍ من أعضاء أُمّه غير الظهر، كما لو قال لها: «أنت عليّ كيد أمي أو شعرها» علىٰ قولين:

الأول: عدم وقوع الظهار به، ذهب إليه المرتضىٰ وجماعة، وهو ظاهر الأكثر، وقال: إنّ هذا ممّا انفردت به الإماميّة. ودليلهم:

أولاً: أصالة الإباحة، خرج منها ما وجد فيه لفظ الظهر فقط؛ للإجماع والآية، فيبقىٰ الباقي على الأصل.

ثانياً: صحيح زرارة عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن الظهار، فقال: «هو من كلّ ذي محرّم أو أختاً أو خالة، ولايكون إلّا في يمينٍ» قلت: فكيف؟ قال: «يقول الرجل لامرأته وهي طاهر في غير جماعٍ: أنتِ عليّ حرام مثل ظهر أُمّي أو أُختي، وهو يريد بذلك الظهار» فالجواب بعد السؤال يعطي أنّ المعنى ذلك لا غير، وكذا صحيح جميل بن درّاج.

الثاني: وقوع الظهار به، ذهب إليه الشيخ الطوسي وجماعة، ودليلهم: كونه موافقاً ←

---

١. الاجماع لابن المنذر: ١٥٠، الاشراف لابن المنذر ١: ٢١٣، الأُم ٥: ٣٩٦، الفقه النافع ٢: ٦٣٣، المغني لابن قدامة ٨: ٥٥٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٨٣.

على التأبيد غير الأم *، فقال مالك: هو ظهار [١]، وقال جماعة من العلماء: لايكون ظهاراً إلّا بلفظ الظهر والأم [٢]، وقال أبو حنيفة: يكون بكلّ عضوٍ يحرم النظر إليه [٣].

وسبب اختلافهم: معارضة المعنىٰ للظاهر، وذلك أنّ معنىٰ التحريم تستوي فيه الأمّ وغيرها من المحرّمات، والظهر وغيره من الأعضاء. وأمّا الظاهر من الشرع فإنّه يقتضي

← للاحتياط، ولمرسلة يونس، وخبر سدير، فعن الإمام الصادق عليه السلام: «المظاهر إذا ظاهر من امرأته فقال: هي عليه كظهر أمّه، أو كيدها، أو كرجلها، أو كشعرها، أو كشيءٍ منها ينوي بذلك التحريم، فقد لزمه الكفّارة في كلّ قليل منها أو كثير». (كشف اللثام ٨: ٢٣١، الحدائق الناضرة ٢٥: ٦٣٨ ـ ٦٣٩، مختلف الشيعة ٧: ٤٠٩ ـ ٤١١، جواهر الكلام ٣٣: ١٠١ ـ ١٠٢).

* اختلفت الإماميّة فيما لو شبّه زوجته بظهر من تحرم عليه من محرّمات النكاح غير الأم، كقوله: «أنت عليّ كظهر أُختي، أو عمتي» علىٰ قولين:

الأول: وقوع الظهار به، ذهب إليه الشيخ الطوسي في خلافه وجماعة، وقال: «فالظاهر الأشهر الأكثر أنّه يكون مظاهراً». واستدلّوا عليه بصحيحة زرارة، وصحيحة جميل بن درّاج، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يقول لامرأته: أنتِ عليّ كظهر عمته أو خالته، قال: «الظهار».

الثاني: عدم وقوع الظهار به، ذهب إليه ابن إدريس وغيره، واستدلّ عليه:

أولاً: بأنّ الظهار حكم شرعي، وقد ثبت وقوعه إذا علّق بالظهر وأضيف إلى الأم، ولم يثبت ذلك في باقي الأرحام ولا المحرّمات.

ثانياً: ما في الصحيح عن سيف التمار قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يقول لامرأته: أنت عليّ كظهر أختي أو عمتي أو خالتي؟ قال: فقال: «إنما ذكر الله الأمهات، وإنّ هذا لحرام».

(جواهر الكلام ٣٣: ١٠٠ ـ ١٠١، الحدائق الناضرة ٢٥: ٦٣٤، السرائر ٢: ٧٠٨ ـ ٧٠٩، رياض المسائل ١١: ١٩٢).

---

١. التفريع ٢: ٩٤، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٦٧ ـ ٧٦٨، الاشراف لابن المنذر ١: ٢١٥.

٢. المغني لابن قدامة ٨: ٥٥٧، حلية العلماء ٧: ١٦٣ ـ ١٦٤، المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٤٢٣، المنتقىٰ للباجي ٤: ٣٩، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٥٠.

٣. تحفة الفقهاء ٢: ٢١١، الهداية للمرغيناني ٢: ٢٩٧، بدائع الصنائع ٥: ٣.

أن لا يسمّىٰ ظهاراً إلّا ما ذكر فيه لفظ الظهر والأمّ[١].

وأمّا إذا قال: هي عليّ كأمي، ولم يذكر الظهر، فقال أبو حنيفة والشافعي: ينوي في ذلك؛ لأنّه قد يريد بذلك الإجلال لها، وعِظَم منزلتها عنده[٢]. وقال مالك: هو ظهار[٣]*.

وأمّا من شبّه زوجته بأجنبية لاتحرم عليه على التأبيد، فإنّه ظهار عند مالك[٤]، وعند ابن الماجشون: ليس بظهار[٥]**.

وسبب الخلاف: هل تشبيهه الزوجة بمحرَّمةٍ غير مؤبّدة التحريم كتشبيهها بمؤبّدة التحريم؟

---

* اختلف علماء الإماميّة في هذه المسألة على قولين:

الأول: وقوع الظهار به، وذهب إليه الشيخ الطوسي وابن البرّاج، واستدلّوا بأنّ التشبيه بالأمّ يدخل فيه الظهر وغيره، والوقوع بلفظ الظهر إجماعي، فكذا ما يتضمّنه، ولأنّه ـ الظهار ـ قد ورد بلفظ الشعر، فبلفظ الأُمّ أولىٰ.

الثاني: عدم وقوعه، وذهب إليه الأكثر؛ لفوات الشرط وهو التشبيه بالظهر. هذا كلّه إذا قصد الظهار، وأمّا إذا قصد الكرامة والتعظيم لها لم يقع اتفاقاً؛ لأنّه كناية يتوقّف على القصد. (غاية المراد ٣: ٢٦٦، كشف اللثام ٨: ٢٣٠، مسالك الأفهام ٩: ٤٧١، ٤٧٢، الحدائق الناضرة ٢٥: ٦٣٩).

** أجمعت الإماميّة علىٰ أنّه إذا شبّهها بامرأة محرّمة لا على التأبيد؛ كالمطلّقة ثلاثاً، أو أُخت امرأته أو عمّتها أو خالتها، لم يكن مظاهراً؛ للأصل، وعدم انسباق ذلك من الأدلّة، فيكون حكمها حكم الأجنبية. (مختلف الشيعة ٧: ٤١٤، المبسوط ٥: ١٤٩، نهاية المرام ٢: ١٥٣، الحدائق الناضرة ٢٥: ٦٤١).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ٣٨، الهداية للمرغيناني ٢: ٢٩٧، المحلّىٰ لابن حزم ١٠: ٥٠.

٢. مختصر القدوري: ١٦٥، المبسوط للسرخسي ٦: ٢٦٧، البيان للعمراني ١٠: ٣٠٤.

٣. التفريع ٢: ٩٤، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٦٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٨٣.

٤. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٨٣، الاستذكار ١٧: ١٢٥، المغني لابن قدامة ٨: ٥٥٨، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٦٩.

٥. الاستذكار ١٧: ١٢٥، المقدّمات الممهّدات ١: ٦٠٧.

الفصل الثاني في شروط وجوب الكفّارة فيه

وأمّا شروط وجوب الكفّارة، فإنّ الجمهور علىٰ أنّها لاتجب دون العود [1]*، وشذّ مجاهد وطاوس فقالا: تجب دون العود [2].

ودليل الجمهور: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [3] وهو نصّ في معنىٰ وجوب تعلّق الكفّارة بالعود [4].

---

* أجمعت الإماميّة علىٰ عدم وجوب الكفّارة بمجرّد الظهار (واللفظ)؛ للكتاب وهو قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظاهِرُونَ مِنْ نِسائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِما قالُوا فَتَحْرِيرُ...﴾ [5]، فإنّه تعالى رتّب الكفّارة على العود ـ وهو إرادة الوطء ـ وللروايات الكثيرة الدالّة علىٰ ذلك.

منها: الصحيح عن أحدهما وقد سئل عن الظهار: متىٰ يقع علىٰ صاحبه فيه الكفّارة؟ فقال: «إذا أراد أن يواقع امرأته». (رياض المسائل ١١: ٢٠٢ ـ ٢٠٣، نهاية المرام ٢: ١٦١، جواهر الكلام ٣٣: ١٣٠).

---

١. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٢، الحاوي الكبير ١٠: ٤٤٣، المغني لابن قدامة ٨: ٥٧٣ ـ ٥٧٤، المنتقىٰ للباجي ٤: ٤٩.

٢. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٢، الحاوي الكبير ١٠: ٤٤٣، المغني لابن قدامة ٨: ٥٧٤.

٣. سورة المجادلة: الآية ٣.

٤. الحاوي الكبير ١٠: ٤٤٣ ـ ٤٤٨، المغني لابن قدامة ٨: ٥٧٤، المنتقىٰ للباجي ٤: ٤٩، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٢، العزيز شرح الوجيز ٩: ٢٦٨ ـ ٢٦٩.

٥. المجادلة: ٣.

وأيضاً فمن طريق القياس، فإنّ الظهار يشبه الكفّارة في اليمين، فكما أنّ الكفّارة إنّما تلزم بالمخالفة، أو بإرادة المخالفة، كذلك الأمر في الظهار [١].

وحجّة مجاهد وطاوس: أنّه معنىً يوجب الكفّارة العليا، فوجب أن يوجبها بنفسه لا بمعنىً زائدٍ؛ تشبيهاً بكفّارة القتل والفطر. وأيضاً فإنّهم قالوا: إنّه كان طلاق الجاهلية، فنسخ تحريمه بالكفّارة، وهو معنىٰ قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ والعود ـ عندهم ـ هو العود في الإسلام [٢].

فأمّا القائلون باشتراط العود في إيجاب الكفّارة، فإنّهم اختلفوا فيه ما هو؟

فعن مالك في ذلك ثلاث روايات:

إحداهنّ: أنّ العود هو أن يعزم علىٰ امساكها والوطء معاً [٣].

والثانية: أنّ يعزم على وطئها فقط، وهي الرواية الصحيحة المشهورة عن أصحابه [٤]، وبه قال أبو حنيفة [٥] وأحمد [٦].

والرواية الثالثة: أنّ العود هو نفس الوطء، وهي أضعف الروايات عند أصحابه [٧].

وقال الشافعي: العود هو الإمساك نفسه، قال: ومن مضىٰ له زمان يمكنه أن يُطلّق فيه، ولم يُطلّق، ثبت أنّه عائد، ولزمته الكفّارة؛ لأنّ إقامته زماناً يمكن أن يُطلّق فيه، من غير أن يطلّق، يقوم مقام إرادة الإمساك منه، أو هو دليل ذلك [٨].

وقال داود وأهل الظاهر: العود هو أن يكرّر لفظ الظهار ثانية، ومتىٰ لم يفعل ذلك

---

١. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٢، المنتقىٰ للباجي ٤: ٤٩.

٢. الحاوي الكبير ١٠: ٤٤٣ ـ ٤٤٤.

٣. الموطّأ ٢: ٥٦٠، الاستذكار ١٧: ١٢٩، التفريع ٢: ٩٥، المنتقىٰ للباجي ٤: ٤٩.

٤. الاستذكار ١٧: ١٣٠، التفريع ٢: ٩٥.

٥. المبسوط للسرخسي ٦: ٢٦٣، الفقه النافع ٢: ٦٣٣ ـ ٦٣٤، مختصر القدوري: ١٦٥.

٦. رؤوس المسائل الخلافية ٤: ٢٦٥، البيان للعمراني ١٠: ٣١٤، المغني لابن قدامة ٨: ٥٧٦.

٧. التفريع ٢: ٩٥، المنتقىٰ للباجي ٤: ٤٩، الاستذكار ١٧: ١٢٩.

٨. الأم ٥: ٤٠٠، الحاوي الكبير ١٠: ٤٤٣، البيان للعمراني ١٠: ٣١٤.

فليس بعائد، ولا كفّارة عليه[١]*.

فدليل الرواية المشهورة لمالك ينبني على أصلين: **أحدهما**: أنّ المفهوم من الظهار هو أنّ وجوب الكفّارة فيه إنّما يكون بإرادته العود إلىٰ ما حرّم علىٰ نفسه بالظهار، وهو الوطء، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن تكون العودة هي: إمّا الوطء نفسه، وإمّا العزم عليه وإرادته.

والأصل الثاني: ليس يمكن أن يكون العود نفسه هو الوطء؛ لقوله تعالىٰ في الآية: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[٢] ولذلك كان الوطء محرّماً حتّىٰ يكفّر. قالوا: ولو كان العود نفسه هو الإمساك، لكان الظهار نفسه يحرِّم الإمساك، فكأنّ الظهار يكون طلاقاً.

وبالجملة: فالمعوَّل عليه عندهم في هذه المسألة هو الطريق الذي يعرّفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم[٣]، وذلك أنّ معنىٰ العود لايخلو أن يكون تكرار اللفظ على ما يراه داود، أو

---

* المشهور بين علماء الإماميّة ـ بل يظهر من التبيان ومجمع البيان الاتّفاق عليه ـ أنّ المراد من العود: هو إرادة استباحة الوطء الذي حرّمه الظهار؛ للآية، وللروايات الصحيحة الوارد فيها: سألته عن الظهار متىٰ يقع علىٰ صاحبه فيه الكفارة؟ فقال: «إذا أراد أن يواقع امرأته» قلت: فإن طلّقها قبل أن يواقعها، أعليه كفّارة؟ قال: «سقطت الكفّارة عنه».

خلافاً للاسكافي والمرتضىٰ، حيث فسّرا العود: بإمساك المرأة على النكاح زماناً وإن قلّ؛ لأنّ العود إنّما هو المخالفة، وهي محقّقة بذلك، ولبعض الأخبار الظاهرة فيما ذهبا إليه. (كشف اللثام ٨: ٢٥٣، رياض المسائل ١١: ٢٠٢ ـ ٢٠٣، نهاية المرام ٢: ١٦١، جواهر الكلام ٣٣: ١٣٠ ـ ١٣٢، مختلف الشيعة ٧: ٤٢٥ ـ ٤٢٧).

---

١. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٥٢، الحاوي الكبير ١٠: ٤٤٣، المغني لابن قدامة ٨: ٥٧٧، الاستذكار ١٧: ١٣٢ ـ ١٣٣، البيان للعمراني ١٠: ٣١٤.

٢. سورة المجادلة: الآية ٣.

٣. المحصول للرازي ٥: ٢١٧، الإحكام للآمدي ٤: ٢٧١. والسَبر والتقسيم: حصر الأوصاف التي يظنّ أنّها علّة الحكم، ثم إبطالها الواحد تلو الآخرِ، إلّا واحداً منها حيث يتعيّن كونها علّة. (معجم لغة الفقهاء: ٢٣٩)

الوطء نفسه، أو الإمساك نفسه، أو إرادة الوطء. ولايكون تكرار اللفظ؛ لأنّ ذلك تأكيد، والتأكيد لايوجب الكفّارة، ولايكون إرادة الإمساك للوطء فإنّ الإمساك موجود بعدُ[١]، فقد بقي أن يكون إرادة الوطء، وإن كان إرادة الإمساك للوطء فقد أراد الوطء، فثبت: أنّ العود هو الوطء[٢].

ومعتمد الشافعية في إجرائهم إرادة الإمساك، أو الإمساك مجرىٰ إرادة الوطء: أنّ الإمساك يلزم عنه الوطء، فجعلوا لازم الشيء مشبَّهاً بالشيء، وجعلوا حكمهما واحداً، وهو قريب من الرواية الثانية. وربّما استدلّت الشافعية علىٰ أنّ إرادة الإمساك هو السبب في وجوب الكفّارة: أنّ الكفّارة ترتفع بارتفاع الإمساك، وذلك إذا طلّق إثر الظهار. ولهذا احتاط مالك في الرواية الثانية، فجعل العودَ هو إرادة الأمرين جميعاً، أعني: الوطء والإمساك. وأمّا أن يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنصّ، والمعتمد فيها تشبيه الظهار باليمين، أي: كما أنّ كفّارة اليمين إنّما تجب بالحنث، كذلك الأمر هاهنا، وهو قياس شَبَهٍ عارضه النصّ[٣].

وأمّا داود: فإنّه تعلّق بظاهر اللفظ في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾[٤] وذلك يقتضي الرجوع إلى القول نفسه[٥]. وعند أبي حنيفة: أنّه العود في الإسلام إلىٰ ما تقدّم من ظهارهم في الجاهلية[٦]، وعند مالك والشافعي: أنّ المعنىٰ في الآية: ثم يعودون فيما قالوا[٧].

---

١. لأنّه لم يطلّقها.

٢. المنتقىٰ للباجي ٤: ٤٩، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٢ ـ ٧٧٤.

٣. الأمّ ٥: ٤٠٠، الحاوي الكبير ١٠: ٤٤٣ ـ ٤٤٩، البيان للعمراني ١٠: ٣١٤.

٤. سورة المجادلة: الآية ٣.

٥. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٤٩، ٥٢، المنتقىٰ للباجي ٤: ٤٩، المغني لابن قدامة ٨: ٥٧٧، الحاوي الكبير ١٠: ٤٤٥، البيان للعمراني ١٠: ٣١٥.

٦. الاستذكار ١٧: ١٣٢، ولم نجد نسبة هذا القول إلىٰ أبي حنيفة إلّا في كتاب الاستذكار، وإنّما هو منسوب إلىٰ مجاهد والثوري. لاحظ: التهذيب للبغوي ٦: ١٥٧، الحاوي الكبير ١٠: ٤٤٣ ـ ٤٤٤.

وأمّا أبو حنيفة فعنده أنّ العود هو العزم على الوطء. أنظر: المبسوط للسرخسي ٦: ٢٦٣، بدائع الصنائع ٥: ٢٢.

٧. المنتقىٰ للباجي ٤: ٤٩، الأم ٥: ٤٠٠، التهذيب للبغوي ٦: ١٥٧.

وسبب الخلاف بالجملة: إنّما هو مخالفة الظاهر للمفهوم، فمن اعتمد المفهوم جعل العودة إرادة الوطء أو الإمساك، وتأوّل معنىٰ اللام في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [١] بمعنىٰ الفاء. وأمّا من اعتمد الظاهر فإنّه جعل العودة تكرير اللفظ، وأنّ العودة الثانية إنّما هي ثانية للأولىٰ التي كانت منهم في الجاهلية [٢]. ومن تأوّل أحد هذين، فالأشبه له أن يعتقد أنّ بنفس الظهار تجب الكفّارة، كما اعتقد ذلك مجاهد [٣]، إلّا أن يقدّر في الآية محذوفاً وهو إرادة الإمساك، فهنا إذاً ثلاثة مذاهب: إمّا أن تكون العودة هي تكرار اللفظ، وأمّا أن تكون إرادة الإمساك، وإمّا أن تكون العودة التي هي في الاسلام. وهذان ينقسمان قسمين، أعني: الأول والثالث: أحدهما: أن يقدِّر في الآية محذوفاً وهو إرادة الإمساك، فيشترط هذه الإرادة في وجوب الكفّارة، وإمّا [الآخر:] ألّا يقدّر فيها محذوفاً، فتجب الكفّارة بنفس الظهار.

واختلفوا من هذا الباب في فروع، وهو: هل إذا طلّق قبل إرادة الإمساك، أو ماتت عنه زوجته، هل تكون عليه كفّارة أم لا؟ فجمهور العلماء علىٰ أن لا كفّارة عليه إلّا أن يطلّق بعد إرادة العودة [٤]، أو بعد الإمساك بزمان طويل علىٰ ما يراه الشافعي [٥]، وحُكي عن عثمان البتي: أنّ عليه الكفّارة بعد الطلاق، وأنّها إذا ماتت قبل إرادة العودة لم يكن له سبيل إلىٰ ميراثها إلّا بعد الكفّارة [٦]، وهذا شذوذ مخالف للنصّ *، والله أعلم.

---

* المشهور بين الإماميّة أنّ المظاهر إذا طلّق زوجته بائناً أو رجعياً، وخرجت من العدّة، ثم تزوّجها بعقدٍ جديدٍ، سقطت عنه الكفّارة. وكذا لو طلّقها بائناً وتزوّجها ←

---

١. سورة المجادلة: الآية ٣.

٢. المنتقىٰ للباجي ٤: ٤٩، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٤٩، ٥٢، بدائع الصنائع ٥: ٢٢.

٣. البيان للعمراني ١٠: ٣١٣ ـ ٣١٤، عيون المجالس ٣: ١٢٦٩.

٤. البيان للعمراني ١٠: ٣١٥ ـ ٣١٦، المغني لابن قدامة ٨: ٥٧٤ ـ ٥٧٥، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٨٥ ـ ٤٨٦، المنتقىٰ للباجي ٤: ٥٠.

٥. البيان للعمراني ١٠: ٣١٤، المغني لابن قدامة ٨: ٥٧٤، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٣.

٦. الاستذكار ١٧: ١٣٢، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٨٦.

← في العدّة فوطأها؛ لأصالة البراءة، والخروج عن العهدة بالطلاق، وصيرورته اجنبياً بعد خروج العدّة، وإنّما استباح وطؤها بالعقد الثاني الذي لم يلحقه حكم الظهار، ولصحيحة محمد بن مسلم قال: سألته عن رجلٍ ظاهر من امرأته، ثمَّ طلّقها قبل أن يواقعها، فبانت منه، عليه كفّارة؟ قال: «لا». وغيرها من الصحاح.

خلافاً للبعض، ومنهم سلّار؛ محتجّاً بعموم القرآن، والاحتياط، وبالحديث الحسن عن علي بن جعفر عن أخيه الكاظم عليه السلام أنّه سأل عن رجلٍ ظاهر من امرأته، ثمّ طلّقها بعد ذلك بشهر أو شهرين، فتزوّجت، ثم طلّقها الذي تزوّجها، فراجعها الأول، هل عليه فيها الكفّارة للظهار الأوّل؟ قال: «نعم، عتق أو صوم أو صدقة».

هذا، ولا خلاف بينهم أنّه لا كفّارة عليه لو ماتت قبل العود. (مختلف الشيعة ٧: ٤٢٧ ـ ٤٣١، نهاية المرام ٢: ١٦٣ ـ ١٦٥، جواهر الكلام ٣٣: ١٣٨ ـ ١٤٠).

الفصل الثالث في من يصحّ فيه الظهار

واتّفقوا علىٰ لزوم الظهار من الزوجة التي في العصمة [1]*. واختلفوا في الظهار من الأمة، ومِن التي في غير العصمة، وكذلك اختلفوا في ظهار المرأة من الرجل.

فأمّا الظهار من الأمة، فقال مالك والثوري وجماعة: الظهار منها لازم؛ كالظهار من الزوجة الحرّة، وكذلك المدبَّرة وأم الولد [2]. وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور: لا ظهار من أمَة [3]. وقال الأوزاعي: إن كان يطأ أمَته فهو منها مظاهر، وإن لم يطأها فهي يمين، وفيها كفّارة يمين [4]. وقال عطاء: هو مظاهر، لكن عليه نصف كفّارة [5]**.

---

* وهو كذلك عند الإماميّة، بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه. (كشف اللثام ٨: ٢٣٦، تحرير الاحكام ٤: ١٠٠، مسالك الأفهام ٩: ٤٩٣، المبسوط ٥: ١٤٤، جواهر الكلام ٣٣: ١٢٣).

** اختلف الإماميّة ـ في الموطوءة بملك اليمين ولو مدبّرة أو أم ولد ـ على قولين: الأول: وقوع الظهار، وهو المشهور بين المتأخّرين؛ لعموم الآية، والأمة يصدق عليها أنّها من نسائه. وما رواه إسحاق بن عمّار في الموثّق عن الكاظم عليه السلام، قال: ←

---

١. الإفصاح ٢: ١٣٣، المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٤٩، التهذيب للبغوي ٦: ١٥١، الأم ٥: ٣٩٦، تحفة الفقهاء ٢: ٢١٢، الاستذكار ١٠: ١١٥، المغني لابن قدامة ٨: ٥٥٦، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٥٥١.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٥١، الاشراف لابن المنذر ١: ٢١٦ ـ ٢١٧، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٦٧، الاستذكار ١٧: ١٣٩، المغني لابن قدامة ٨: ٥٦٩.

٣. الأم ٥: ٣٩٦، المغني لابن قدامة ٨: ٥٦٩، الاستذكار ١٧: ١٣٩.

٤. الاشراف لابن المنذر ١: ٢١٧، المغني لابن قدامة ٨: ٥٦٩، الاستذكار ١٧: ١٣٩.

٥. الاشراف لابن المنذر ١: ٢١٧، الاستذكار ١٧: ١٤٠.

فدليل من أوقع ظهارَ الأمة: عموم قوله تعالىٰ: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾ [١] والإماء من النساء [٢]. وحجّة من لم يجعله ظهاراً: أنّهم قد أجمعوا أنّ النساء في قوله تعالىٰ: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [٣] هنّ ذوات الأزواج، فكذلك اسم النساء في آية الظهار [٤]. فسبب الخلاف: معارضة قياس الشبه للعموم، أعني: تشبيه الظهار بالإيلاء، وعموم لفظ النساء، أعني: أنّ عموم اللفظ يقتضي دخول الإماء في الظهار، وتشبيهه بالإيلاء يقتضي خروجهنّ من الظهار.

وأمّا هل من شروط الظهار كون المظاهَر منها في العصمة أم لا؟ فمذهب مالك: أنّ ذلك ليس من شرطه، وأنّ من عيّن امرأةً ما بعينها، وظاهَر منها بشرط التزويج، كان مظاهراً منها، وكذلك إن لم يعيّن وقال: كلّ امرأةٍ أتزوّجها فهي منّي كظهر أمي، وذلك بخلاف الطلاق. وبقول مالك في الظهار قال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي [٥].

وقال قائلون: لايلزم الظهار إلّا فيما يملك الرجل، وممّن قال بهذا القول الشافعي

← سألته عن الرجل يُظاهر من جاريته، فقال: «الحرّة والأمة في هذا سواء».

الثاني: عدم الوقوع، ذهب إليه أبو الصلاح وجماعة؛ لأصالة الإباحة، ولأنّ المعهود انصراف لفظ النساء إلى الزوجة، ولأنّ الظهار كان في الجاهلية طلاقاً، وهو لايقع بها، ولرواية حمزة بن حمران قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجلٍ جعل جاريته عليه كظهر أمّه، قال: «يأتيها وليس عليه شيء». (مختلف الشيعة ٧: ٤١٩ ـ ٤٢٢، رياض المسائل ١١: ٢٠١ ـ ٢٠٢، جواهر الكلام ٣٣: ١٢٥ـ١٢٦).

---

١. سورة المجادلة: الآية ٣.

٢. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٦٧، الاستذكار ١٧: ١٤٠ وانظر: المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٥١.

٣. سورة البقرة: الآية ٢٢٦.

٤. الأم ٥: ٣٩٦، المغني لابن قدامة ٨: ٥٦٩، الاستذكار ١٧: ١٤٠.

٥. الاستذكار ١٧: ١٢٠، المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٥٥، المغني لابن قدامة ٨: ٥٧٨ ـ ٥٧٩، المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٤٣٦، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٨٨.

وأبو ثور وداود [١]. وفرّق قوم فقالوا: إن أطلق لم يلزمه ظهار، وهو أن يقول: كلّ امرأةٍ أتزوّجها فهي منّي كظهر أمي، فإن قيّد لزمه، وهو أن يقول: إن تزوّجت فلانة، أو سمّىٰ قريةً أو قبيلةً. وقائل هذا القول هو ابن أبي ليلىٰ والحسن بن حيي [٢]*.

ودليل الفريق الأول: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [٣] ولأنّه عقد علىٰ شرط المِلك، فأشبه إذا مَلك، والمؤمنون عند شروطهم، وهو قول عمر [٤]. وأمّا حجّة الشافعي فحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أنّ النبي ﷺ قال: «لا طلاق إلّا فيما يملك، ولا عتق إلّا فيما يملك، ولا بيع إلّا فيما يملك، ولا وفاء بنذرٍ إلّا فيما يملك» خرّجه أبو داود والترمذي [٥]، والظهار شبيه بالطلاق، وهو قول ابن عباس [٦ و٧]. وأمّا الذين فرّقوا بين التعميم والتعيين، فإنّهم رأوا أنّ التعميم في الظهار من باب الحرج، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [٨].

---

* لا خلاف بين الإماميّة ـ بل قال في المسالك: هو عندنا موضع وفاق ـ في أن تكون المظاهرة مملوكة الوطء له، ولا يقع بالاجنبية وإن علّقه على النكاح، بأن يقول لها: متىٰ تزوّجتُكِ فأنتِ عليَّ كظهر أمي؛ للأصل، والخروج عن النصوص. (مسالك الأفهام ٩: ٤٩٣، جواهر الكلام ٣٣: ١٢٣، الحدائق الناضرة ٢٥: ٦٦٣، كشف اللثام ٨: ٢٣٦).

---

١. الأم ٥: ٣٩٨، الحاوي الكبير ١٠: ٤٣٤، المنتقىٰ للباجي ٤: ٤٠، المحلّىٰ لابن حزم ١٠: ٥٦.

٢. الاستذكار ١٨: ١٢٠.

٣. سورة المائدة: الآية ١.

٤. أنظر: المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٥٦، المغني لابن قدامة ٨: ٥٧٩، الاستذكار ١٧: ١١٣، المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٤٣٥ ـ ٤٣٦، سنن البيهقي ٧: ٣٨٣.

٥. سنن أبي داود ٢: ٢٥٨، كتاب الطلاق، باب في الطلاق قبل النكاح، الحديث ٢١٩٠، سنن الترمذي ٣: ٤٨٦، كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح، الحديث ١١٨١.

٦. المغني لابن قدامة ٨: ٥٧٩، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ٣٨٣ باب لا ظهار قبل النكاح.

٧. الأم ٥: ٣٩٨، الحاوي الكبير ١٠: ٤٣٤، الاستذكار ١٧: ١١٥.

٨. سورة الحج: الآية ٧٨.

واختلفوا أيضاً من هذا الباب في: هل تظاهر المرأة من الرجل؟ فعن العلماء في ذلك ثلاثة أقوال: أشهرها: أنّه لايكون منها ظهار، وهو قول مالك والشافعي [١] *، والثاني: أنّ عليها كفّارة يمين [٢]، والثالث: أنّ عليها كفّارة الظهار [٣].

ومعتمد الجمهور: تشبيه الظهار بالطلاق [٤]، ومن ألزم المرأة الظهار فتشبيهاً للظهار باليمين، ومن فرّق فلأنّه رأىٰ أنّ أقلّ اللازم لها في ذلك المعنىٰ هو كفّارة يمين [٥]، وهو ضعيف. وسبب الخلاف: تعارض الأشباه في هذا المعنىٰ.

---

* أجمعت الإماميّة علىٰ عدم وقوع الظهار من المرأة، ولايلزم به شيء؛ لأنّ الظهار من أحكام الرجال؛ كالطلاق؛ إجماعاً. ويشهد لذلك خبر السكوني، مضافاً إلى الأصل.

(جواهر الكلام ٣٣: ١٠٤، مسالك الأفهام ٩: ٤٧٥، تحرير الاحكام ٤: ١٠٧، فقه الصادق ٢٣: ١٤٥).

---

١. الأم ٥: ٣٩٧، الاستذكار ١٧: ١٢٦، ١٢٧، الموطّأ ٢: ٥٦٠، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٦٩، الحاوي الكبير ١٠: ٤٣٣.

٢. الاستذكار ١٧: ١٢٧، الحاوي الكبير ١٠: ٤٣٣.

٣. الاستذكار ١٧: ١٢٦، الحاوي الكبير ١٠: ٤٣٣.

٤. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٦٩، الأم ٥: ٣٩٧، الحاوي الكبير ١٠: ٤٣٣.

٥. الاستذكار ١٧: ١٢٧، الحاوي الكبير ١٠: ٤٣٣.

الفصل الرابع فيما يَحرُم على المظاهِر

واتّفقوا علىٰ أنّ المظاهِر يحرم عليه الوطء [1] *، واختلفوا فيما دونه من ملامسةٍ ووطءٍ في غير الفرج ونظر اللذّة، فذهب مالك إلىٰ أنّه يحرم الجماع، وجميع أنواع الاستمتاع ممّا دون الجماع، من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر للذّة، ما عدا وجهها وكفّيها ويديها من سائر بدنها ومحاسنها [2]. وبه قال أبو حنيفة، إلّا أنّه إنّما كَرِه النظر للفرج فقط [3]، وقال الشافعي: إنّما يُحَرِّم الظهار الوطء في الفرج فقط المجمع عليه، لا ما عدىٰ

---

* أجمعت الإماميّة ـ بل هو موضع وفاق بين المسلمين ـ علىٰ حرمة الوطء قبل العتق أو الصيام؛ للكتاب والسنّة، أمّا حرمة الوطء قبل الإطعام فذهب الأكثر إلىٰ الحرمة؛ لأنّ الله تعالىٰ جعله بدلاً عن العتق والصيام، بقوله: ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾ والبدل يجب مساواته للمبدل منه، ولعموم الاخبار؛ كصحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لايمسّها حتّىٰ يكفّر، فإن فعل يعتق أيضاً رقبةً».

خلافاً لابن الجنيد فلم يحكم بحرمة الوطء؛ لأن الله تعالىٰ شرط في العتق والصيام أن يكون قبل العود، ولم يشترط ذلك في الإطعام، كما هو في سورة المجادلة الآية: ٣ ـ ٤.

(مسالك الأفهام ٩: ٥٢٧ ـ ٥٢٨، كشف اللثام ٨: ٢٤٧ ـ ٢٤٨، جواهر الكلام ٣٣: ١٥٥).

---

١. الإفصاح ٢: ١٣٣، المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٦٠، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٤، مختصر القدوري: ١٦٥، التفريع ٢: ٩٥، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٥٠، المغني لابن قدامة ٨: ٥٦٧.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٨٢ ـ ٨٣، الاستذكار ١٧: ١٢٤، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٤، المغني لابن قدامة ٨: ٥٦٨.

٣. النتف في الفتاوى ١: ٣٧٤، بدائع الصنائع ٥: ١٦، الاستذكار ١٧: ١٢٤.

ذلك[١]، وبه قال الثوري وأحمد وجماعة[٢]*.

ودليل مالك: قوله تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ وظاهر لفظ «التماسّ» يقتضي المباشرة فما فوقها، ولأنّه أيضاً لفظ حرمت به عليه، فأشبه لفظ «الطلاق»[٣]. ودليل قول الشافعي: أنّ المباشرة كناية هاهنا عن الجماع، بدليل إجماعهم على أنّ الوطء محرّم عليه، وإذا دلّت على الجماع لم تدلّ علىٰ ما فوق الجماع؛ لأنّها إمّا أن تدلّ علىٰ ما فوق الجماع، وإمّا أن تدلّ على الجماع، وهي الدلالة المجازية، لكن اتّفقوا علىٰ أنّها دالّة على الجماع، فانتفت الدلالة المجازية، إذ لايدلّ لفظ واحد دلالتين: حقيقةً ومجازاً[٤].

قلت: الذين يرون أنّ اللفظ المشترك له عموم، لايبعد أن يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمّن المعنيين جميعاً، أعني: الحقيقة والمجاز وإن كان لم تجر به عادة للعرب، ولذلك القول به في غايةٍ من الضعف، ولو علم أنّ للشرع فيه تصرّفاً لجاز. وأيضاً فإنّ الظهار مشبّه عندهم بالإيلاء، فوجب أن يختصّ عندهم بالفرج.

---

* للإمامية في هذه المسألة قولان؛ فذهب الشيخ وجماعة إلىٰ حرمة سائر الاستمتاعات؛ كالقبلة والملامسة؛ لأنّ المسيس في قوله تعالىٰ: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ حقيقة في تلاقي الأبدان لغةً، والأصل: عدم النقل والاشتراك.

وذهب ابن إدريس وجماعة إلىٰ عدم حرمة ما دون الوطء؛ لأنّ المسيس يطلق على الوطء في قوله تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ والأصل في الإطلاق: الحقيقة. (مختلف الشيعة ٧: ٤٢٤، جواهر الكلام ٣٣: ١٥٩، مسالك الأفهام ٩: ٥٣٠).

---

١. البيان للعمراني ١٠: ٣٢٣، الحاوي الكبير ١٠: ٤٥١ ـ ٤٥٢، الاستذكار ١٧: ١٢٣.

٢. المغني لابن قدامة ٨: ٥٦٨. المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٤٢٥، الاستذكار ١٧: ١٢٣، ١٢٤، اختلاف العلماء للمروزي: ١٩٢.

٣. المقدّمات الممهّدات ١: ٦٠٥، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٤، رؤوس المسائل الخلافية ٤: ٢٥٩.

٤. البيان للعمراني ١٠: ٣٢٣، العزيز شرح الوجيز ٩: ٢٦٦ ـ ٢٦٧، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٤ ـ ٧٧٥.

الفصل الخامس هل يتكرّر الظهار بتكرّر النكاح؟

وأمّا تكرر الظهار بعد الطلاق، أعني: إذا طلّقها بعد الظهار قبل أن يكفّر، ثم راجعها، هل يتكرّر عليها الظهار فلا يحلّ له المسيسُ حتىٰ يكفّر؟ فيه خلاف. قال مالك: إن طلّقها دون الثلاث، ثم راجعها في العدّة أو بعدها، فعليه الكفّارة [1]. وقال الشافعي: إن راجعها في العدّة فعليه الكفّارة، وإن راجعها في غير العدّة فلا كفّارة عليه، وعنه قول آخر مثل قول مالك [2]. وقال محمد بن الحسن [3]: الظهار راجع عليها، نكحها بعد الثلاث أو بعد واحدة [4]*.

---

* لا خلاف بين الإماميّة في أنّ المظاهر إذا طلّق طلاقاً رجعياً، ثم راجع في العدّة، فإن حكم الظهار باقٍ، فلاتحلّ له حتّىٰ يكفّر؛ لبقاء الزوجية، وشمول الآية (سورة المجادلة: الآية ٣) لها بإطلاقها، ولدلالة بعض الروايات عليه.

واختلفوا فيما إذا طلّقها الزوج بائناً أو رجعيّاً، وخرجت من العدّة. وكذا لو طلّقها بائناً وتزوّجها في العدّة، ثم تزوّجها بعقد جديد وأراد العود إليها، علىٰ قولين: فالأشهر والأكثر علىٰ أنّه لا كفّارة عليه؛ لبطلان حكم الظهار بالبينونة، ولصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام، قال: سألته عن رجلٍ ظاهر من امرأته، ثمّ طلّقها قبل أن يواقعها، فبانت منه، أعليه كفّارة؟ قال: «لا». ←

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٦٥، الاستذكار ١٧: ١٣٧، البيان والتحصيل ٥: ١٧٣.

٢. الأم ٥: ٤٠١، الاشراف لابن المنذر ١: ٢١٨، مختصر المزني: ٢١٨، الاستذكار ١٧: ١٣٧.

٣. هو محمد بن الحسن الشيباني، أحد أصحاب أبي حنيفة.

٤. الاستذكار ١٧: ١٣٧.

وهذه المسألة شبيهة بمن يحلف بالطلاق، ثم يُطلّق، ثم يراجع، هل تبقىٰ تلك اليمين عليه أم لا؟

وسبب الخلاف: هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجية ويهدمها أو لايهدمها؟ فمنهم من رأىٰ أنّ البائن الذي هو الثلاث يهدم، وأنّ ما دون الثلاث لايهدم[١]، ومنهم من رأىٰ أنّ الطلاق كلَّه غير هادم[٢]، وأحسب أنّ من الظاهرية من يرىٰ أنّه كلّه هادم[٣].

← وذهب أبو الصلاح وسلّار إلىٰ عود حكم الظهار بتزويجها ولو بعد العدّة البائنة؛ لعموم الآية ـ سورة المجادلة: الآية ٣ ـ وخصوص حسنة عليّ بن جعفر عليه السلام عن أخيه عليه السلام: أنّه سأله عن رجلٍ ظاهر من امرأته، ثمّ طلّقها بعد ذلك بشهر أو بشهرين، فتزوّجت، ثم طلّقها الذي تزوّجها، فراجعها الأول، هل عليه فيها الكفّارة للظهار الأول؟ قال: «نعم، عتق رقبة أو صوم أو صدقة». (مسالك الأفهام ٩: ٥٠٧ ـ ٥٠٩، رياض المسائل ١١: ٢٠٦ ـ ٢٠٧، الحدائق الناضرة ٢٥: ٦٨١، جواهر الكلام ٣٣: ١٣٨ ـ ١٣٩).

---

١. أنظر: الاشراف لابن المنذر ١: ٢١٨، الاستذكار ١٧: ١٣٧.

٢. أنظر المصدرين السابقين.

٣. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٥٢.

الفصل السادس في دخول الإيلاء عليه

وأمّا هل يدخل الإيلاء علىٰ الظهار إذا كان مضارّاً، وذلك بأن لا يكفّر مع قدرته على الكفّارة؟ فإنّ فيه أيضاً اختلافاً، فأبو حنيفة والشافعي يقولان: لا يتداخل الحكمان؛ لأنّ حكم الظهار خلاف حكم الإيلاء، وسواء كان عندهم مضارّاً أو لم يكن [1]، وبه قال الأوزاعي وأحمد وجماعة [2]. وقال مالك: يدخل الإيلاء على الظهار بشرط أن يكون مضارّاً [3]، وقال الثوري: يدخل الإيلاء على الظهار، وتبين منه بانقضاء الأربعة الأشهر، من غير اعتبار المضارّة [4]*. ففيه ثلاثة أقوال: قول: إنّه يدخل بإطلاق، وقول: إنّه لا يدخل بإطلاق، وقول: إنّه يدخل مع المضارّة ولا يدخل مع عدمها.

وسبب الخلاف: مراعاة المعنىٰ واعتبار الظاهر، فمن اعتبر الظاهر قال: لا يتداخلان، ومن اعتبر المعنىٰ قال: يتداخلان إذا كان القصد الضرر.

---

* ذكر جماعة من فقهاء الإماميّة أنّه إذا جمع بين الظهار والإيلاء لزمه حكمهما، سواء قدّم الظهار على الإيلاء أم أخّره؛ لبقاء الزوجية الصالحة لإيقاع كلٍّ منهما عليها، وإن كانت قد حرمت بالسبب الآخر فتحرم من الجهتين، ولا تستباح بدون الكفّارتين. (مسالك الأفهام ١٠: ١٤٨، جواهر الكلام ٣٣: ٣٢٠، عيون الحقائق ١: ٨٢).

---

١. الحاوي الكبير ١٠: ٤٢٥، مختصر المزني: ٢١٦، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٨٣، الاستذكار ١٧: ١٤١ ـ ١٤٢.

٢. المبسوط للسرخسي ٦: ٢٧٣ ـ ٢٧٤، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٨٣، الاستذكار ١٧: ١٤١ ـ ١٤٢. وانظر: المغني لابن قدامة ٨: ٥٣٧.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٦١، الموطّأ ٢: ٥٦١، عيون المجالس ٣: ١٢٦٧.

٤. الذي نقله المصنّف عن الثوري هو إحدى الروايتين عنه ـ كما ذكره الطحاوي والجصّاص ـ والرواية الأخرىٰ هي: عدم دخول الإيلاء على الظهار (أنظر: مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٨٣، أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٤٢١) بل اكتفى بعضهم بحكاية رواية عدم الدخول. أنظر: الاشراف لابن المنذر ١: ٢٠٧، الاستذكار ١٧: ١٤٢.

الفصل السابع في أحكام كفّارة الظهار

والنظر في كفّارة الظهار في أشياء، منها: في عدد أنواع الكفّارة وترتيبها، وشروط كلّ نوع منها، أعني: الشروط المصحّحة، ومتىٰ تجب كفّارة واحدة، ومتىٰ تجب أكثر من واحدة.

فأمّا أنواعها، فإنّهم أجمعوا علىٰ أنّها ثلاثة أنواع: إعتاق رقبة أو صيام شهرين أو إطعام ستين مسكيناً [1] *، وأنّها على الترتيب، فالإعتاق أولاً، فإن لم يكن فالصيام، فإن لم يكن فالإطعام [2] **، هذا في الحرّ.

واختلفوا في العبد، هل يكفّر بالعتق أو بالإطعام، بعد اتّفاقهم أنّ الذي يبدأ به الصيام [3] ***،

---

* وهو كذلك عند الإماميّة؛ للآيات والروايات. (كشف اللثام ٩: ١٢٢، نهاية المرام ٢: ١٨٥، جواهر الكلام ٣٣: ١٧٠).

** لا خلاف بين الإماميّة ـ بل ادّعي عليه الإجماع ـ أنّ كفّارة الظهار مرتّبة؛ للآية والروايات. (نهاية المرام ٢: ١٨٥، كشف اللثام ٩: ١٢٢، جواهر الكلام ٣٣: ١٦٩ ـ ١٧٠).

*** نصّ فقهاء الإماميّة في أنّ فرض العبد في الكفّارات الصوم، سواء كانت مرتّبة أم مخيّرة؛ لأنّ التكفير بالإطعام والكسوة والعتق فرع ملك العبد، وهو لا يملك حقيقةً علىٰ الأشهر، فإن كانت مرتّبة فهو عاجز عن العتق، فينقل إلى الصوم لذلك، ←

---

١. الإفصاح ٢: ١٣٣، التهذيب للبغوي ٦: ١٦٤، المعونة ٢: ٨٩٢، المغني لابن قدامة ٨: ٥٨٥، بدائع الصنائع ٥: ٢٠، الفقه النافع ٢: ٦٣٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٨٤ ـ ٢٨٥.

٢. الإفصاح ٢: ١٣٣، مراتب الاجماع: ٨٢، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٤٩ ـ ٥٠، بدائع الصنائع ٥: ٢٠، التهذيب للبغوي ٦: ١٦٤، البيان للعمراني ١٠: ٣٢٥، التفريع ٢: ٩٦، الهداية للمرغيناني ٢: ٢٩٨.

٣. الاستذكار ١٧: ١٤٦.

أعني: إذا عجز عن الصيام؟ فأجاز للعبد العتق إن أذن له سيّده أبو ثور وداود [١]، وأبىٰ ذلك سائر العلماء [٢]. وأمّا الإطعام فأجازه له مالك إن أطعم بإذن سيّده [٣]، ولم يُجز ذلك أبو حنيفة والشافعي [٤]*.

ومبنىٰ الخلاف في هذه المسألة: هل يملك العبد أو لا يملك؟

وأمّا اختلافهم في الشروط المصحّحة، فمنها: اختلافهم إذا وطئ في صيام الشهرين، هل عليه استئناف الصيام أم لا؟

فقال مالك وأبو حنيفة: يستأنف الصيام، إلّا أن أبا حنيفة شرط في ذلك العمد، ولم يفرّق مالك بين العمد في ذلك والنسيان [٥].

← وإن كانت مخيّرة فالتخيير إنّما يكون بين أمرين أو أُمور يتمكّن المكلّف منها، وهنا ليس كذلك. (مختلف الشيعة ٨: ٢٤٥، مسالك الأفهام ١١: ٣٠٢، المبسوط ٦: ٢١٧، إصباح الشيعة: ٤٩٠).

* للإمامية في هذه المسألة ـ لو أذن السيد لعبده بالعتق أو الإطعام ـ قولان: الأول: الإجزاء ـ كما في المبسوط والإصباح ـ لأنّ المانع من الإجزاء كان عدم القدرة، فإذا أذن المولىٰ حصلت، وجرىٰ مجرىٰ ما لو كفّر المتبرّع عن المعسر.

الثاني: عدم الإجزاء؛ لأنّه كفّر بما لا يجب عليه، فلا يسقط عنه الواجب، سواء قلنا بملكه أم أحلناه، خصوصاً العتق؛ لأنّه لا عتق إلّا في ملك. (المبسوط ٦: ٢١٧، اصباح الشيعة: ٤٩٠، مسالك الأفهام ١١: ٣٠٢ ـ ٣٠٣، كشف اللثام ٩: ١٧٨).

---

١. الاستذكار ١٧: ١٤٦، أنظر: المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٤٩، ٥٧.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٦٤، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٢٠، بدائع الصنائع ٥: ٦، الإفصاح ٢: ١٣٣، الاستذكار ١٧: ١٤٦.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٦٤، الإفصاح ٢: ١٣٣، التفريع ٢: ٩٧، الاستذكار ١٧: ١٤٧.

٤. بدائع الصنائع ٥: ٦، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٢٠، الاستذكار ١٧: ١٤٦.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٦٦، تحفة الفقهاء ٢: ٢١٥، الهداية للمرغيناني ٢: ٣٠٠، الاستذكار ١٧: ١٣٨.

وقال الشافعي: لايستأنف على حال [١]*.

وسبب الخلاف: تشبيه كفّارة الظهار بكفّارة اليمين، والشرط الذي ورد في كفّارة الظهار، أعني: أن تكون قبل المسيس. فمن اعتبر هذا الشرط قال: يستأنف الصوم، ومن شبّهه بكفّارة اليمين قال: لايستأنف؛ لأنّ الكفّارة في اليمين ترفع الحنث بعد وقوعه باتّفاق.

ومنها: هل من شرط الرقبة أن تكون مؤمنة أم لا؟ فذهب مالك والشافعي إلىٰ أن ذلك شرط في الإجزاء [٢]، وقال أبو حنيفة: يُجزي في ذلك رقبة الكافر [٣]،

---

* ذكر علماء الإماميّة في هذه المسألة فرعين: الأوّل: ما لو جامع المظاهر زوجته نهاراً في الشهر الأوّل من صيام الشهرين المتتابعين، فالإجماع علىٰ أن هذا إفطاراً، ويبطل به التكفير، ويجب عليه الاستئناف، وكفّارة أخرىٰ للوطء.

الثاني: ما لو جامع ليلاً مطلقاً ـ في الشهر الأول أو الثاني ـ أو في نهار الثاني بعد أن صام منه يوماً. وللإمامية في هذا الفرع قولان:

ذهب الشيخ في المبسوط، وتبعه العلّامة وغيره، إلىٰ بطلان الكفّارة، ووجوب الاستئناف؛ لقوله تعالى: ﴿فَصِيامُ شَهْرَيْنِ مُتَتابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسّا﴾ [٤]، وهذا قد وطئ قبل الشهرين، فلم تقع الكفّارة على الوجه المأمور، فلا تجزي، فيلزمه كفّارتان.

وقال ابن إدريس: لايجب الاستئناف، ويجب عليه كفّارة واحدة؛ لكونه وطءاً قبل التكفير. (التنقيح الرائع ٣: ٤٠٧، السرائر ٢: ٧١٣ ـ ٧١٤، الخلاف ٤: ٥٤٠، كشف اللثام ٩: ١٦١).

---

١. البيان للعمراني ١٠: ٣٥٠، العزيز شرح الوجيز ٩: ٣٢٣، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٢٩. علماً أنّ هذه الأحكام مختصّة بمن جامع زوجته المظاهر منها ليلاً، لا نهاراً.

٢. الأم ٥: ٤٠٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٨٤، البيان العمراني ١٠: ٣٢٩، المعونة ٢: ٨٩٣.

٣. الهداية للمرغيناني ٢: ٢٩٩، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٩٣، المبسوط للسرخسي ٧: ٣ ـ ٤، الفقه النافع ٢: ٦٣٧.

٤. المجادلة: ٤.

ولايجزي عندهم إعتاق الوثنية والمرتدّة [١]*.

ودليل الفريق الأول: أنّه إعتاق على وجه القربة، فوجب أن تكون مسلمة، أصله الإعتاق في كفّارة القتل. وربّما قالوا: إنّ هذا ليس من باب القياس، وإنّما هو من باب حمل المطلق على المقيّد، وذلك أنّه قيّد الرقبة بالإيمان في كفّارة القتل، وأطلقها في كفّارة الظهار، فيجب صرف المطلق إلى المقيّد، وهذا النوع من حمل المطلق على المقيّد فيه خلاف، والحنفية لايجيزونه، وذلك أنّ الأسباب في القضيتين مختلفة [٢]. وأمّا حجّة أبي حنيفة فهو ظاهر العموم، ولامعارضة عنده بين المطلق والمقيّد، فوجب عنده أن يُحمل كلٌّ على لفظه [٣].

---

* للإمامية في هذه المسألة قولان: فذهب الأكثر إلىٰ اشتراط الاسلام ـ بل ادّعي عليه الإجماع ـ حملاً للإطلاق الوارد في سائر الكفّارات على المقيّد، وهو اشتراط الإيمان في كفّارة قتل الخطأ، ولرواية سيف بن عمير عن الصادق عليه السلام قال: سألته: أيجوز للمسلم أن يعتق مملوكاً مشركاً؟ قال: «لا»، ولقوله تعالى: ﴿وَلا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ﴾ والكافر خبيث، والكفّارة إنفاق، والنهي يدلّ على الفساد، ولأنّ الذمّة مشغولة بالعتق يقيناً، فلايجزي في رفع ما وجب باليقين إلّا اليقين.

وذهب جماعة ـ منهم الشيخ وابن الجنيد ـ إلىٰ عدم اشتراط الاسلام هنا؛ لأصالة الجواز، وأنّ الله تعالى ذكر هذه الكفّارات، ولم يشترط فيها الإيمان، بل أطلق الرقبة، وإنّما قيّدها بالإيمان في قتل الخطأ خاصّةً، فحملُ غيرها عليها يحتاج إلىٰ دليل، ولا دليل في الشرع يوجب ذلك، ورواية الحسن بن صالح عن الصادق عليه السلام قال: «إنّ علياً عليه السلام أعتق عبداً نصرانياً، فأسلم حين أعتقه». (مختلف الشيعة ٨: ٢٢٨ ـ ٢٣١، مسالك الأفهام ١٠: ٣٦ ـ ٤٠، رياض المسائل ١١: ٢٥٠ ـ ٢٥٥، نهاية المرام ٢: ١٩٩ ـ ٢٠١).

---

١. أنظر: المبسوط للسرخسي ٧: ٢٠، المحيط البرهاني ٣: ٤٣٤ ـ ٤٣٥.

٢. الأم ٥: ٤٠٢، البيان للعمراني ١٠: ٣٢٩، العزيز شرح الوجيز ٩: ٢٩٥ ـ ٢٩٦.

٣. المبسوط للسرخسي ٧: ٤، الهداية للمرغيناني ٢: ٢٩٩.

ومنها: اختلافهم هل من شرط الرقبة أن تكون سالمة من العيوب أم لا؟ ثم إن كانت سليمة، فمن أيّ العيوب تُشترط سلامتها؟ فالذي عليه الجمهور أنّ للعيوب تأثيراً في منع إجزاء العتق[1]، وذهب قوم إلىٰ أنّه ليس لها تأثير في ذلك[2]*.

---

* لا خلاف بين الإماميّة في اشتراط السلامة من العيوب التي توجب عتق المملوك؛ كالعمىٰ والإقعاد والجذام والتنكيل من مولاه؛ لأنّ الرقبة المملوكة تنعتق بحصول أحد هذه الأسباب، فلا يتصوّر وقوع العتق عليها ثانياً، وفي الموثّق عن الإمام الباقر عليه السلام: «لايجزئ الأعمىٰ في الرقبة، ويجزئ ما كان منه، مثل الأقطع والأشلّ والأعرج والأعور، ولايجزئ المقعد». إلىٰ غيرها من الروايات.

والمشهور بين الإماميّة أنّه يجزي إعتاق ناقص الخلقة في الكفّارات إذا لم يوجب النقص العتق؛ كالعمىٰ والإقعاد، فيجزئ الأصمّ، والخصي، وأقطع اليدين أو إحدى الرجلين، لا مقطوعهما، والأقرع، والأعرج، والأعور وأقطع الاذنين، والرتقاء، والهرم، والعاجز، والمريض، سواء رجي برؤه أو لا، وسواء مات في مرضه ذلك أو لا، والأبرص، كلّ ذلك لإطلاق الأمر بتحرير الرقبة، المتناول للصحيحة والمعيبة، بالإضافة إلىٰ قيام الإجماع على بعض الأفراد.

خلافاً لابن الجنيد القائل بأنّه لايجزي الناقص في خلقته ببطلان الجارحة إذا لم يكن في البدن سواها؛ كالأصمّ والأخرس، وإن كان أشلّ من يد واحدة أو أقطع منها جاز.

وقال في التحرير: في إجزاء المجنون المطبق عندي إشكال إذا لم يسبق منه الإسلام ولا ولد عليه. (مختلف الشيعة ٨: ٢٤٣ ـ ٢٤٤، جواهر الكلام ٣٣: ٢٠٤ ـ ٢٠٧، نهاية المرام ٢: ٢٠١ـ٢٠٢، تحرير الاحكام ٤: ٣٧٦، المبسوط ٥: ١٦٩ ـ ١٧١).

---

١. الأم ٥: ٤٠٥، المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٧٣ ـ ٧٤، المبسوط للسرخسي ٧: ٥ ـ ٦، مختصر المزني: ٢١٩، الاجماع لابن المنذر: ١٥١، عيون المجالس ٣: ١٢٨٥ ـ ١٢٨٦.

٢. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٥٠، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٩، المغني لابن قدامة ٨: ٥٨٧، عيون المجالس ٣: ١٢٨٦.

وحجّة الجمهور: تشبيهها بالأضاحي والهدايا؛ لكون القربة تجمعها [١]، وحجّة الفريق الثاني: إطلاق اللفظ في الآية [٢]. فسبب الخلاف: معارضة الظاهر لقياس الشبه.

والذين قالوا: إنّ للعيوب تأثيراً في منع الإجزاء، اختلفوا في عيب ممّا يعتبر في الإجزاء أو عدمه: أمّا العمىٰ وقطع اليدين أو الرجلين فلا خلاف عندهم في أنّه مانع للإجزاء [٣]، واختلفوا فيما دون ذلك، فمنها: هل يجوز قطع اليد الواحدة؟ أجازه أبو حنيفة [٤]، ومنعه مالك والشافعي [٥]. وأمّا الأعور، فقال مالك: لايُجزي، وقال عبدالملك: يُجزي [٦]. وأمّا الأقطع الأذنين، فقال مالك: لايُجزي [٧]، وقال أصحاب الشافعي: يُجزي [٨]. وأمّا الأصمّ، فاختلف فيه في مذهب مالك، فقيل: يُجزي، وقيل: لا يُجزي [٩]. وأمّا الأخرس، فلايُجزي عند مالك [١٠]، وعن الشافعي في ذلك قولان [١١]. أمّا المجنون فلايُجزي [١٢]. أمّا الخصيّ، فقال ابن القاسم: لايعجبني الخصيّ [١٣]، وقال غيره: لايُجزي [١٤]، وقال الشافعي: يُجزي [١٥]. وإعتاق الصغير جائز

---

١. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٩، المغني لابن قدامة ٨: ٥٨٧، وانظر: الحاوي الكبير ١٠: ٤٩١.

٢. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٥٠، المغني لابن قدامة ٨: ٥٨٧، الحاوي الكبير ١٠: ٤٩١، عيون المجالس ٣: ١٢٨٦.

٣. الحاوي الكبير ١٠: ٤٩٢، المعونة ٢: ٨٩٣، الاجماع لابن المنذر: ١٥١.

٤. الهداية للمرغيناني ٢: ٢٩٩، المبسوط للسرخسي ٧: ٣، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٩٤.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٧٣، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٩، الأم ٥: ٤٠٥، الحاوي الكبير ١٠: ٤٩٢.

٦. المدوّنة الكبرى ٣: ٧٥، المعونة ٢: ٨٩٤، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٥٥٥، المنتقىٰ للباجي ٣: ٢٥٥ والموجود في جميع هذه المصادر عكس ذلك. وفي الأخيرين أيضاً نسب القول بعدم الإجزاء إلىٰ مالك في المبسوط.

٧. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٧٤، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٩، المعونة ٢: ٨٩٤.

٨. الحاوي الكبير ١٠: ٤٩٣، العزيز شرح الوجيز ٩: ٣٠١، البيان للعمراني ١٠: ٣٣٤.

٩. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٧٤، المعونة ٢: ٨٩٤، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٥٥٥.

١٠. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٧٤، المعونة ٢: ٨٩٤.

١١. الحاوي الكبير ١٠: ٤٩٤، البيان للعمراني ١٠: ٣٣٤، مختصر المزني ١٠: ٢١٩ ـ ٢٢٠.

١٢. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٧٣، المعونة ٢: ٨٩٤.

١٣. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٧٤، المنتقىٰ للباجي ٣: ٢٥٥، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٥٥٦.

١٤. المنتقىٰ للباجي ٣: ٢٥٥، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٥٥٦.

١٥. الأم ٥: ٤٠٥ ـ ٤٠٦، البيان للعمراني ١٠: ٣٣٥.

في قول عامة فقهاء الأمصار[١]، وحكي عن بعض المتقدّمين منعه[٢]. والعرج الخفيف في المذهب يُجزي، أمّا البيّن العرج فلا[٣].

والسبب في اختلافهم: اختلافهم في قدر النقص المؤثّر في القُربة، وليس له أصل في الشرع إلّا الضحايا.

وكذلك لايُجزي في المذهب ما فيه شركة، أو طرف حرّية؛ كالكتابة والتدبير؛ لقوله تعالىٰ: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[٤] والتحرير هو ابتداء الإعتاق، وإذا كان فيه عقد من عقود الحرّية؛ كالكتابة، كان تنجيزاً لا إعتاقاً. وكذلك الشركة؛ لأنّ بعض الرقبة ليس برقبة[٥]، وقال أبو حنيفة: إن كان المكاتَبُ أدّىٰ شيئاً من مال الكتابة لم يَجُز، وإن كان لم يؤدِّ جاز[٦].

واختلفوا هل يُجزيه عتق مدبَّره؟ فقال مالك: لايجزيه؛ تشبيهاً بالكتابة؛ لأنّه عقد ليس له حلُّه[٧]، وقال الشافعي: يُجزيه[٨]*.

---

* في المسألة ثلاثة فروع نذكرها تباعاً مع بيان رأي الإماميّة فيها: عتق العبد المشترك، والمكاتب، والمدبر.

الأول: عتق العبد المشترك، فإنّه لو أعتق شقصاً من عبدٍ مشتركٍ نفذ العتق في نصيبه، فإن نوى الكفّارة وهو موسر أجزأ إن قلنا: إنّه ينعتق بنفس إعتاق الشقص، وإن قلنا: لاينعتق إلّا بأداء قيمة حصّة الشريك، فهل يجزي عند أدائها؟ قيل: نعم؛ لتحقّق ←

---

١. الاشراف لابن المنذر ١: ٢٢٣، الأم ٥: ٤٠٦، المبسوط للسرخسي ٧: ٤، المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٧٥، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٥٥٦.

٢. الكافي لابن قدامة ٣: ١٧٢، البيان للعمراني ١٠: ٣٣٠ ـ ٣٣١.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٧٥، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٢٥، المنتقىٰ للباجي ٣: ٢٥٥.

٤. سورة المجادلة: الآية ٣.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٧٢ ـ ٧٣، المنتقىٰ للباجي ٤: ٤٢، المعونة ١: ٦٤٢ و٢: ٨٩٣.

٦. المبسوط للسرخسي ٧: ٦ ـ ٧، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٩٣ ـ ٤٩٤.

٧. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٧٢، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٢٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٨٤ ـ ٢٨٥.

٨. الأم ٥: ٤٠٤، التهذيب للبغوي ٦: ١٧١.

← عتق الرقبة، وفيه تردّد، منشؤه تحقّق عتق الشقص أخيراً بسبب بذل العوض لا بالإعتاق.

ولو كان معسراً صحّ العتق في نصيبه، ولايجزي عن الكفّارة ولو أيسر بعد ذلك؛ لاستقرار الرقّ في نصيب الشريك. ولو ملك النصيب، فنوى إعتاقه عن الكفّارة، صحّ وإن تفرّق العتق؛ لتحقّق عتق الرقبة. وسوف يأتي تفصيل ذلك في كتاب العتق.

الثاني: عتق العبد المكاتب، وهو علىٰ أنواع: إمّا مكاتب مطلق وقد أدّىٰ من كتابته شيئاً، وإمّا مطلق لم يؤدِّ من كتابته شيئاً، وإمّا مشروط. أمّا الأول فإنّه لا خلاف ولا إشكال في كونه لايجزي عن الكفّارة؛ لحرّيته حينئذٍ بمقدار ما أدّىٰ. وأمّا الثاني والثالث ففيه قولان أحدهما: الإجزاء ـ قيل: ذهب إليه الأكثر، بل عن الحلّي الإجماع عليه ـ لبقائهما على الرقّ، ولجواز عتقهما تبرّعاً، وما ذاك إلّا لبقائهما على الرقّية، فيجزي عتقهما عن الكفّارة. والآخر: ما ذهب إليه الطوسي في الخلاف: لايجزي، ولعلّه نظر إلىٰ نقصان الرقّ.

الثالث: عتق العبد المدبّر، وهنا حالتان: تارة ينقض التدبير أولاً ثم يعتق، وتارة لاينقض التدبير ويعتق. أمّا في الحالة الأولىٰ فإنّه يجوز للمظاهر الإعتاق قولاً واحداً، وأمّا الحالة الثانية ففيها قولان: أولهما: وهو الأشهر ـ بل لعلّه عليه عامة المتأخّرين ـ هو إجزاء العتق عن الظهار، ويكون عتقه فسخاً للتدبير؛ لأنّه بمنزلة الوصية، يبطلها التصرّف الناقل عن الملك ويقع صحيحاً. وثانيهما: ما ذهب إليه الشيخ في (النهاية) والقاضي وابن الجنيد، من عدم إجزاء العتق؛ لحسنة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في رجلٍ يجعل لعبده العتق إن حدث به حدث، وعلىٰ الرجل تحرير رقبة في كفّارة يمين أو ظهار، أيجزي عنه أن يعتق عبده ذلك في تلك الرقبة الواجبة؟ قال: «لا» وغيرها.

(مختلف الشيعة ٨: ٢٤٦، جواهر الكلام ٣٣: ٢٠٨ ـ ٢١٤، مسالك الأفهام ١٠: ٤٧ ـ ٤٨، ٥٠ ـ ٥٣، رياض المسائل ١١: ٢٥٧ ـ ٢٥٨، السرائر ٣: ٧٣، الخلاف ٤: ٥٤٤ ـ ٥٤٥).

ولايُجزي عند مالك إعتاق أم ولده *، ولا المعتق إلىٰ أجل مسمّىٰ [١]. أمّا عتق أم الولد فلأنّ عقدها آكد من عقد الكتابة والتدبير، بدليل أنّهما قد يطرأ عليهما الفسخ: أمّا في الكتابة فمن العجز عن أداء النجوم، وأمّا في التدبير فإذا ضاق عنه الثلث. وأمّا العتق إلىٰ أجلٍ فإنّه عقد عتق لا سبيل إلىٰ حلّه.

واختلف مالك والشافعي مع أبي حنيفة في إجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب، فقال مالك والشافعي: لايُجزي عنه [٢]، وقال أبو حنيفة: إذا نوىٰ به عتقه عن ظهار أجزأ [٣] **.

---

* المشهور بين الإماميّة جواز عتق أم الولد في الكفّارة؛ لبقاء الملك والرقّية، ولجواز بيعها على بعض الوجوه، ولإطلاق الأدلّة المؤيّدة بما ورد عن الإمام زين العابدين علي بن الحسين عليه السلام: «أم الولد تجزئ في الظهار».

ومنع منه بعضهم مطلقاً أو إذا كان ولدها حياً، واحتجّوا بنقصان الرقّ باستحقاقها العتق لجهة الاستيلاد. (مختلف الشيعة ٨: ٢٤٤، مسالك الأفهام ١٠: ٤٩ ـ ٥٠، جواهر الكلام ٣٣: ٢١١، المبسوط ٥: ١٦٠).

** اختلفت الإماميّة في ما لو اشترىٰ المظاهر مَن ينعتق عليه ـ بالنسب كالابن والأب ـ على قولين: الأول: عدم الإجزاء، ذكره الطوسي في الخلاف والمبسوط ـ ويظهر منه الإجماع عليه ـ لقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [٤] والمفهوم منه فعل الحرّية بالاختيار، وهنا الحرّية إجبارية، ولأنّ النيّة معتبرة وهي هنا متعذّرة، لأنّها إنّما تؤثّر في ملك المعتق، لا في ملك الغير.

الثاني: الإجزاء، وحكي عن الشيخ في المبسوط؛ للصدق، إذ العتق وإن كان قهرياً ←

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٧٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٨٥.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٧٢، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٨، الأم ٥: ٤٠٤، البيان للعمراني ١٠: ٣٣٨.

٣. الهداية للمرغيناني ٢: ٣٠٠، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٢٣.

٤. المجادلة: ٣.

فأبو حنيفة شبّهه بالرقبة التي لايجب عتقها، وذلك أنّ كلّ واحدةٍ من الرقبتين غير واجب عليه شراؤها وبذل القيمة فيها علىٰ وجه العتق، فإذا نوىٰ بذلك التكفير جاز [١]، والمالكية والشافعية رأت أنّه إذا اشترىٰ من يعتق عليه عتق عليه من غير قصد إلىٰ إعتاقه فلايُجزيه [٢].

فأبو حنيفة أقام القصد للشراء مقام العتق، وهؤلاء قالوا: لابدّ أن يكون قاصداً للعتق نفسه، فكلاهما يسمّىٰ معتقاً باختياره، ولكن أحدهما معتق بالاختيار الأول، والآخر معتق بلازم الاختيار، فكأنّه معتِق على القصد الثاني ومشترٍ على القصد الأول، والآخر بالعكس.

واختلف مالك والشافعي في من أعتق نصفي عبدين، فقال مالك: لايجوز ذلك [٣]، وقال الشافعي: يجوز؛ لأنّه في معنى الواحد [٤]. ومالك تمسّك بظاهر دلالة اللفظ [٥]*. فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة المعتقة.

← إلّا أنّه اختياري السبب، مثل عتق النصف المقتضي للسراية، ومع فرض استمرار النيّة تصادف ملكه الذي هو شرط أو سبب الانعتاق. وشكّك البعض بنسبته للشيخ، واستغرب ذلك. (المبسوط ٥: ١٦٢، الخلاف ٤: ٥٤٧ ـ ٥٤٨، مسالك الأفهام ١٠: ٧٣ ـ ٧٥، جواهر الكلام ٣٣: ٢٤٣ ـ ٢٤٥، كشف اللثام ٩: ١٥٠).

* لا خلاف بين الإماميّة في أنّه لو أعتق نصفين من عبدين مشتركين ـ سواء كان الباقي منهما مملوكين أو حرّين ـ لم يجز عن الكفّارة، إذ لايسمّىٰ ذلك عتق نسمة حقيقة ولا رقبة، فلا امتثال. وأيضاً أنّه قد ثبت شغل الذمّة بوجوب كفّارة تحرير رقبة، ولم يقم دليل على أنّها تبرأ بهذا، فالاحتياط يقتضي عتق رقبة مفردة. (الخلاف ٤: ٥٤٨ ـ ٥٤٩، مسالك الأفهام ١٠: ٥٠ ـ ٥١، كشف اللثام ٩: ١٤٢، جواهر الكلام ٣٣: ٢١١).

---

١. أنظر: الهداية للمرغيناني ٢: ٣٠٠، ٣٣٥.

٢. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٨، البيان للعمراني ١٠: ٣٣٨ ـ ٣٣٩.

٣. عقد الجواهر الثمينة ٢: ٥٥٧، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٨.

٤. الأم ٥: ٤٠٥، البيان للعمراني ١٠: ٣٤٤.

٥. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٩.

وأمّا شروط الإطعام، فإنّهم اختلفوا من ذلك في القدر الذي يُجزي لمسكين مسكين من الستين مسكيناً الذين وقع عليهم النصّ، فعن مالك في ذلك روايتان، أشهرهما: أن ذلك مدّ بمدّ هشام لكلّ واحد، وذلك مدّان بمدّ النبي ﷺ [١]، وقد قيل: هو أقلّ، وقد قيل: هو مدّ وثلث [٢]. وأمّا الرواية الثانية: فمدّ مُدّ لكلّ مسكين بمدّ النبي ﷺ [٣]، وبه قال الشافعي [٤]*.

---

* للإمامية في هذه المسألة عدّة أقوال:

الأول: وهو الأشهر ـ خصوصاً بين المتأخّرين ـ أنّه يجب إطعام ستين مسكيناً، لكلّ مسكين مدّ من طعام؛ لأصالة البراءة، وخروج المكلّف عن عهدة التكليف؛ لإتيانه بالمسمّى، ولقول الصادق عليه السلام ـ في صحيحة ابن سنان ـ الوارد في كفّارة قتل الخطأ: «فإن لم يستطع أطعم ستين مسكيناً، مُدّاً مُدّاً»، وصحيحة عبدالرحمان في كفّارة شهر رمضان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «عليه خمسة عشر صاعاً، لكلّ مسكين مدّ». فإنّه متىٰ ما ثبت الاكتفاء بالمُدّ في هذين الموضعين ثبت في غيرهما، إذ لا قائل بالفصل.

الثاني: ما ذهب اليه الشيخ الطوسي في كتبه الثلاث، من أنّه يجب إطعام مدّين لكلّ مسكين مع القدرة، ومُدّ مع العجز، محتجّاً بالإجماع والاحتياط، مضافاً إلىٰ خبر أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام ـ في كفّارة الظهار ـ قال: «تصدّق على ستين مسكيناً ثلاثين صاعاً، لكلّ مسكين مدّين مدّين».

الثالث: وذهب المفيد وغيره إلى إشباع المسكين في يومه، أي يجب ضمّ الأدم إلى الخبز، والأدم ما جرت العادة بأكله مع الخبز. (رياض المسائل ١١: ٢٦٧ ـ ٢٦٩، نهاية المرام ٢: ٢١٠ ـ ٢١١، مسالك الأفهام ١٠: ٩١ ـ ٩٢، جواهر الكلام ٣٣: ٢٥٨ ـ ٢٦٠).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٦٨، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٦، المنتقىٰ للباجي ٤: ٤٥.

٢. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٦، المنتقىٰ للباجي ٤: ٤٥، البيان للعمراني ١٠: ٣٥٥.

٣. المنتقىٰ للباجي ٤: ٤٥، عيون المجالس ٣: ١٢٩٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٨٥.

٤. الاشراف لابن المنذر ١: ٢٢٩، الأم ٥: ٤٠٨، البيان للعمراني ١٠: ٣٥٤.

فوجه الرواية الأولىٰ: اعتبار الشبع غالباً، أعني: الغداء والعشاء[١]، ووجه هذه الرواية الثانية: اعتبار هذه الكفّارة بكفّارة اليمين[٢]. فهذا هو اختلافهم في شروط الصحّة في الواجبات في هذه الكفّارة.

وأمّا اختلافهم في مواضع تعدّدها ومواضع اتّحادها:

فمنها: إذا ظاهر بكلمةٍ واحدةٍ من نسوةٍ أكثر من واحدة، هل يُجزي في ذلك كفّارة واحدة أم يكون عدد الكفّارات على عدد النسوة؟ فعند مالك: أنّه يُجزي في ذلك كفّارة واحدة[٣]، وعند الشافعي وأبي حنيفة: أنّ فيها من الكفّارات بعدد المظاهر منهنّ: إن اثنتين فاثنتين، وإن ثلاثاً فثلاثاً، وإن أكثر فأكثر[٤]*.

فمن شبّهه بالطلاق أوجب في كلّ واحدةٍ كفّارة[٥]، ومن شبّهه بالإيلاء أوجب فيه كفّارةً

---

* ذهب المعظم من الإماميّة ـ بل ادّعي الإجماع عليه ـ إلى أنّه لو ظاهر من أربع نسوة بكلمة واحدة، فقال: أنتنّ عليّ كظهر أُمّي، يكون مظاهراً منهنّ جميعاً، ووجب عليه أربع كفّارات، لصدق الظهار عن كلّ واحدة مع العود إليها وإن اتّحدت الصيغة، ولحسنة حفص بن البختري عن الصادق والكاظم عليهما السلام: في رجلٍ كان له عشر جوارٍ، فظاهر منهنّ كلهنّ جميعاً بكلام واحد، فقال: «عليه عشر كفّارات».

خلافاً لابن الجنيد، حيث أوجب كفّارةً واحدةً؛ لأنّ الظهار كلمة يقتضي مخالفتها الكفّارة، فإذا تعلّقت بجماعة لم يقتض إلّا كفّارة واحدة؛ كاليمين، ولرواية غياث بن ابراهيم عن الصادق، عن أبيه، عن علي عليه السلام في رجلٍ ظاهر من أربع نسوة قال: «عليه كفّارة واحدة». (مسالك الأفهام ٩: ٥١٤ ـ ٥١٥، كشف اللثام ٨: ٢٥٨ ـ ٢٥٩، نهاية المرام ٢: ١٦٥).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ٤٥، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٦ ـ ٧٧٧، المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٦٨.

٢. المنتقىٰ للباجي ٤: ٤٥، المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٦٨.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٥٤، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧١، المنتقىٰ للباجي ٤: ٤١، الموطّأ ٢: ٥٥٩.

٤. الأم ٥: ٣٩٩، البيان للعمراني ١٠: ٣٢١، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٨٩.

٥. الأم ٥: ٣٩٩، العزيز شرح الوجيز ٩: ٢٧٨، الاستذكار ١٧: ١١٨.

واحدة[١]، وهو بالإيلاء أشبه.

ومنها: إذا ظاهر من امرأته في مجالس شتىٰ، هل عليه كفّارة واحدة أو على عدد المواضع التي ظاهر فيها؟ فقال مالك: ليس عليه إلّا كفّارة واحدة، إلّا أن يظاهر ثم يكفّر، ثم يظاهر، فعليه كفّارة ثانية[٢]، وبه قال الأوزاعي وأحمد وإسحاق[٣]. وقال أبو حنيفة والشافعي: لكلّ ظِهار كفّارة[٤].

وأمّا إذا كان ذلك في مجلسٍ واحدٍ، فلا خلاف عند مالك أنّ في ذلك كفّارةً واحدة[٥]، وعند أبي حنيفة: أنّ ذلك راجع إلى نيّته: فإن قصد التأكيد كانت الكفّارة واحدة، وإن أراد استئناف الظهار كان ما أراد، ولزمه من الكفّارات على عدد الظهار[٦]. وقال يحيى بن سعيد: تلزم الكفّارة علىٰ عدد الظهار، سواء كان في مجلس واحدٍ أو في مجالس شتىٰ[٧]*.

---

* اختلفت الإماميّة: ـ فيما لو ظاهر من واحدة مراراً ـ علىٰ أقوال:

الأول: وهو الأشهر ـ بل قيل الأكثر ـ يلزمه بكلّ مرّة كفّارة مطلقاً، اتّحد المجلس أم تعدّد، اتّحدت المُشَبَّه بها أم اختلفت، تخلّل التكفير أم لا، قصد التأكيد أم لا؛ لأنّ كلّ ظهار سبب تامّ موجب للكفّارة، مع العود لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِما قالُوا فَتَحْرِيرُ... فَمَنْ لَمْ يَجِدْ...﴾[٨]، وتعدّد الأسباب يقتضي تعدّد المسبّبات، ولصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجلٍ ظاهر من امرأته ←

---

١. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧١، المنتقىٰ للباجي ٤: ٤١، الاستذكار ١٧: ١١٨.

٢. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧١، كتاب الموطّأ ٢: ٥٦٠، المنتقىٰ للباجي ٤: ٤٦، الاستذكار ١٧: ١١٨.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٨٩، الاستذكار ١٧: ١١٨ ـ ١١٩.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٤٨٨، المبسوط للسرخسي ٦: ٢٦٥.

٥. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧١، المنتقىٰ للباجي ٤: ٤٦.

٦. المبسوط للسرخسي ٦: ٢٦٤ ـ ٢٦٥، بدائع الصنائع ٥: ١٩.

٧. الاستذكار ١٧: ١٢٠، وانظر: المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٥٧.

٨. سورة المجادلة: ٣ ـ ٤.

والسبب في هذا الاختلاف: أنّ الظهار الواحد بالحقيقة هو الذي يكون بلفظٍ واحدٍ، من امرأةٍ واحدةٍ، في وقتٍ واحد. والمتعدّد ـ بلا خلاف ـ هو الذي يكون بلفظين، من امرأتين، في وقتين.

فإن كرّر اللفظ من امرأةٍ واحدة، فهل يوجب تعدّد اللفظ تعدّد الظهار، أم لا يوجب ذلك فيه تعدّداً؟ وكذلك إن كان اللفظ واحداً والمظاهر منها أكثر من واحدة؟ وذلك أنّ هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين. فمن غلّب عليه شبه الطرف الواحد أوجب له حكمه. ومن غلّب عليه شبه الطرف الثاني أوجب له حكمه [١].

ومنها: إذا ظاهر من امرأته ثم مسّها قبل أن يكفّر، هل عليه كفّارة واحدة أم لا؟ فأكثر

← خمس مرّات، أو أكثر، ما عليه؟ قال: «قال علي ﷺ: عليه مكان كلّ مرّة كفّارة» وغيرها.

الثاني: ما ذهب اليه الشيخ في المبسوط، وهو إن قصد بالقول الثاني والثالث التأكيد فكفّارة واحدة، وإلّا فتتعدّد. وتبعه ابن حمزة؛ لأصالة البراءة مع إرادة التأكيد، وبأنّه واحد واحد، وبتعليق الكفّارة على مطلق الظهار، وهو يتناول الواحد والكثير، وللصحيح عن الصادق ﷺ: في رجلٍ ظاهر من امرأته أربع مرّات في مجلسٍ واحدٍ، قال: «عليه كفّارة واحدة». هذا إن تكرّر اللفظ متوالياً، وأمّا لو كان متراخياً فإنّها تتعدّد.

الثالث: ما ذهب اليه ابن الجنيد وهو التفصيل بين تعدّد المشبّه بها في الظهار ـ بأن قال: أنت عليّ كظهر أمي، وأنت كظهر أختي ـ فتتعدّد الكفّارة، لأنّهما حرمتان انتهكهما، فيجب لكلّ واحدة كفّارة، وبين اتّحاد المشبّه بها ـ بأن قال: أنتِ عليّ كظهر أمي، أنتِ عليّ كظهر أمي ـ فكفّارة واحد، لما مرّ في القول الثاني فلاحظ. (مسالك الأفهام ٩: ٥١٦ ـ ٥١٧، مختلف الشيعة ٧: ٤٣١ ـ ٤٣٣، كشف اللثام ٨: ٢٥٩ ـ ٢٦٠، المبسوط ٥: ١٥٢).

---

١. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٢، بدائع الصنائع ٥: ١٩، المغني لابن قدامة ٨: ٦٢٤، المبسوط للسرخسي ٦: ٢٦٥.

فقهاء الأمصار: مالك والشافعي وأبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود والطبري وأبو عبيد: أنّ في ذلك كفّارة واحدة [١]. والحجّة لهم: حديث سلمة بن صخر البياضي: أنّه ظاهر من امرأته في زمان رسول الله ﷺ، ثم وقع بامرأته قبل أن يكفِّر، فأتىٰ رسول الله ﷺ فذكر له ذلك، فأمره أن يكفّر تكفيراً واحداً [٢].

وقال قوم: عليه كفّارتان: كفارة العزم على الوطء وكفّارة الوطء؛ لأنّه وطئ وطءاً محرّماً، وهو مروي عن عمرو بن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وابن شهاب [٣].

وقد قيل: إنّه لايلزمه شيء، لا عن العود ولا عن الوطء؛ لأنّ الله تعالى اشترط صحّة الكفّارة قبل المسيس، فإذا مسّ فقد خرج وقتها، فلا تجب إلّا بأمرٍ مجدّد، وذلك معدوم في مسألتنا [٤]، وفيه شذوذ.

وقال أبو محمد ابن حزم: من كان فرضه الإطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الإطعام، وإنّما يحرم المسيس علىٰ من كان فرضه العتق أو الصيام [٥]*.

---

* المشهور عند الإماميّة ـ بل ادّعي عليه الإجماع من أكثر من واحد ـ أنّه إذا وطئ زوجته عامداً قبل التكفير لزمه كفّارتان: أحدهما للظهار، والأخرىٰ للمواقعة، وكلّ واحدةٍ منهما سبب لكفّارة، وللأخبار؛ كصحيحة الحلبي قال للصادق عليه السلام: إن أراد أن يمسّها؟ قال: «لايمسّها حتىٰ يكفّر» قلت: فإن فعل فعليه شيء؟ قال: «إي والله إنّه لآثم ظالم» قال: عليه كفّارة غير الأُولىٰ؟ قال: «نعم، يعتق أيضاً رقبة». ←

---

١. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٧٥، البيان للعمراني ١٠: ٣٢٣، المصنّف لعبدالرزاق ٦: ٤٣٠ـ٤٣٢، المغني لابن قدامة ٨: ٦٢٠، الموطّأ ٢: ٥٦٠، الأم ٥: ٤٠٠، الاستذكار ١٧: ١٢١، المبسوط للسرخسي ٦: ٢٦٤.

٢. سنن الترمذي ٣: ٥٠٢، كتاب الطلاق، باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفّر، الحديث ١١٩٨، سنن الدارمي ٢: ١٦٣، كتاب الطلاق، باب في الظهار، مسند أحمد ٤: ٣٧.

٣. الاستذكار ١٧: ١٢١، المصنف لعبدالرزاق ٦: ٤٣٢، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٥٥، المغني لابن قدامة ٨: ٦٢١.

٤. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٥٥، المغني لابن قدامة ٨: ٦٢٢.

٥. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٥٠.

← خلافاً لابن الجنيد حيث لم يوجب عليه كفّارة ثانية فيما إذا انتقل فرضه إلى التكفير بالإطعام؛ لأنّه لم يوجب تقديم التكفير بالإطعام على المسّ (الوطء)، لأنّ الله تعالى شرط في العتق والصيام أن يكون قبل العود، ولم يشترط ذلك في الإطعام، وللاخبار؛ كحسنة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: فإن واقع قبل أن يكفّر؟ قال: «يستغفر الله، ويمسك حتىٰ يكفّر». (مختلف الشيعة ٧: ٤٣٧ ـ ٤٣٨، مسالك الأفهام ٩: ٥٢٧ ـ ٥٢٨، كشف اللثام ٨: ٢٥٤ ـ ٢٥٥، جواهر الكلام ٣٣: ١٣٤ ـ ١٣٦، رياض المسائل ١١: ٢٠٩ ـ ٢١٠).

كتاب اللعان

كتاب اللعان

والقول فيه يشتمل على خمسة فصول بعد القول بوجوبه[1]: الفصل الأول: في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها، الفصل الثاني: في صفات المتلاعنين، الثالث: في صفة اللعان، الرابع: في حكم نكول أحدهما أو رجوعه، الخامس: في الأحكام اللازمة لتمام اللعان.

فأمّا الأصل في وجوب اللعان: أمّا من الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾[2]. وأمّا من السنّة فما رواه مالك وغيره من مخرّجي الصحيح من حديث عويمر العجلاني: إذ جاء إلى عاصم بن عدي العجلاني رجل من قومه، فقال له: ياعاصم! أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلوه، أم كيف يفعل؟ سل ياعاصم عن ذلك رسول الله ﷺ، فسأل عاصم عن ذلك رسول الله ﷺ، فلمّا رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر، فقال: ياعاصم! ماذا قال لك رسول الله ﷺ؟ فقال: لم تأتني بخير، قد كره رسول الله ﷺ المسألة التي سألت عنها، فقال: والله لا أنتهي حتى أسأله عنها، فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله ﷺ وسط الناس، فقال: يارسول الله! أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلوه، أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ﷺ: «قد نزل فيك وفي صاحبتك قرآن، فاذهب فأت بها» قال سهل: فتلاعنا، وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ، فلمّا فرغا من

---

١. أي: ثبوته.

٢. سورة النور: الآية ٦.

تلاعنهما، قال عويمر: كذبت عليها يارسول الله إن أمسكتها، فطلّقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ»[١و٢]. قال مالك: قال ابن شهاب: فلم تزل تلك سنّة المتلاعنين[٣].

وأيضاً من طريق المعنى: لمّا كان الفراش موجباً للحوق النسب، كان بالناس ضرورة إلىٰ طريقٍ ينفونه به إذا تحقّقوا فساده، وتلك الطريق هي اللعان[٤]. فاللعان حكم ثابت بالكتاب والسنّة والقياس[٥] والإجماع[٦]*، إذ لا خلاف في ذلك أعلمه، فهذا هو القول في إثبات حكمه.

---

* اللعان عند الإماميّة ثابت تشريعه بالكتاب والسنّة والإجماع، أمّا الكتاب فآيات اللعان، وأمّا السنّة فالأخبار به مستفيضة متظافرة:

منها: ما رواه عبدالرحمان بن الحجاج في الموثّق عن أبي عبدالله الصادق عليه السلام، قال: إن عبّاد البصري سأل أبا عبدالله عليه السلام وأنا عنده حاضر: كيف يلاعن الرجل المرأة؟ فقال: «إنّ رجلاً من المسلمين أتى رسول الله ﷺ فقال: يارسول الله أرأيت لو أنّ رجلاً دخل منزله فرأى مع امرأته رجلاً يجامعها، ما كان يصنع به؟ فأعرض عنه رسول الله ﷺ، فانصرف الرجل وكان الرجل هو الذي ابتلي بذلك من امرأته، قال: فنزل الوحي من عند الله عزّ وجلّ بالحكم فيها، فأرسل رسول الله ﷺ إلى ذلك الرجل فدعاه، فقال ﷺ: أنت الذي رأيت مع امرأتك رجلاً؟ فقال: نعم، فقال ﷺ: انطلق فائتني بامرأتك، فإنّ الله عزّ وجلّ قد أنزل الحكم فيك وفيها، قال: فأحضرها زوجها فأوقفها عند رسول الله ﷺ، ←

---

١. الموطّأ ٢: ٥٦٦ ـ ٥٦٧، كتاب الطلاق، باب ما جاء في اللعان، الحديث ٣٤، صحيح البخاري ٧: ٧٥ ـ ٧٦، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، الحديث ٧.

٢. المقدّمات الممهّدات ١: ٦٣١، المعونة ٢: ٨٩٨ ـ ٨٩٩.

٣. الموطّأ ٢: ٥٦٧، كتاب الطلاق، باب ما جاء في اللعان، ذيل الحديث ٣٤، الاستذكار ١٧: ٢٠٠.

٤. المعونة ٢: ٨٩٨ ـ ٨٩٩، الاستذكار ١٧: ٢٠٧، المغني لابن قدامة ٩: ٥.

٥. الاستذكار ١٧: ٢٠٧.

٦. المقدّمات الممهّدات ١: ٦٢٩، ٦٣٠، المعونة ٢: ٨٩٨، مراتب الإجماع ٨٠ ـ ٨١، الإجماع لابن المنذر: ١٥٢.

← ثم قال للزوج: اشهد أربع شهادات بالله إنّك لمن الصادقين فيما رميتها به، فشهد، قال: ثم قال رسول الله ﷺ: أمسك، ووعظه، ثم قال له: إتّق الله فإنّ لعنة الله شديدة، ثم قال له: اشهد الخامسة أنّ لعنة الله عليك إن كنت من الكاذبين، قال: فشهد، فأمر به فنحّي، ثم قال ﷺ للمرأة: إشهدي أربع شهادات بالله أنّ زوجك لمن الكاذبين فيما رماك به، قال: فشهدت، ثم قال لها: أمسكي، فوعظها، ثم قال لها: إتّقي الله فإنّ غضب الله شديد، ثم قال لها: اشهدي الخامسة أنّ غضب الله عليك إن كان زوجك من الصادقين فيما رماك، قال: فشهدت، ففرّق بينهما وقال لهما: لاتجتمعا بنكاح أبداً بعد ما تلاعنتما».

وأمّا الإجماع فقد ادّعاه غير واحد منهم. (مسالك الأفهام ١٠: ١٧٥، كشف اللثام ٨: ٢٨٧، رياض المسائل ١١: ٢٨٧ ـ ٢٨٨، عيون الحقائق ١: ٨٧ ـ ٨٨، جواهر الكلام ٣٤: ٢ ـ ٤، مهذب الاحكام ٢٦: ٢٤٥).

الفصل الأول
في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها

وأمّا صور الدعاوى التي يجب بها اللعان فهي أولاً صورتان: إحداهما: دعوى الزنا، والثانية: نفي الحمل. ودعوى الزنا لايخلو أن تكون مشاهدة، أعني: أن يدّعي أنّه شاهدها تزني كما يشهد الشاهد على الزنا، أو تكون دعوى مطلقة. وإذا نفى الحمل فلايخلو أن ينفيه أيضاً نفياً مطلقاً، أو يزعم أنّه لم يقربها بعد استبرائها. فهذه أربعة أحوال بسائط، وسائر الدعاوى تتركّب عن هذه، مثل: أن يرميها بالزنا وينفي الحمل، أو يثبت الحمل ويرميها بالزنا.

فأمّا وجوب اللعان بالقذف بالزنا إذا ادّعى الرؤية فلا خلاف فيه[1]*، قالت المالكية: إذا

---

* الظاهر إجماع الإماميّة علىٰ أنّ اللعان بالقذف لايترتّب إلّا على رمي الزوجة المحصنة الظاهرة بالعفّة المدخول بها قبلاً أو دبراً بالزنا، مع ادّعاء المشاهدة وعدم البيّنة، بل ادّعي عليه الإجماع، وهو الحجّة فيهما، مضافاً إلى الأخبار المستفيضة في الأول:

منها: الصحيح: «إذا قذف الرجل امرأته فإنّه لايلاعنها حتى يقول: رأيت بين رجليها رجلاً يزني بها». وفي رواية: «إذا قال: إنّه لم يره، قيل له: أقم البيّنة، وإلّا كان بمنزلة غيره جلد الحدّ».

والأصل المؤيّد بمفهوم الآية ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَداءُ إِلّا أَنْفُسُهُمْ﴾ في الثاني. ←

---

١. مراتب الإجماع: ٨٠، الإفصاح ٢: ١٣٥.

زعم أنّه لم يطأها بعد [١]. وأمّا وجوب اللعان بمجرّد القذف فالجمهور على جوازه: الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وداود وغيرهم [٢]، وأمّا المشهور عن مالك فإنّه لايجوز اللعان عنده بمجرّد القذف [٣]*، وقد قال ابن القاسم أيضاً: إنّه يجوز [٤]، وهي أيضاً رواية عن مالك [٥].

← ويلزم على اشتراط المشاهدة أنّ الأعمى لو قذف زوجته حدّ؛ لعدم إمكان المشاهدة في حقّه، واستشكله ثاني الشهيدين بإمكان علمه بدون المشاهدة، وأنّ اشتراط المشاهدة في الأخبار يمكن حمله على من يمكن في حقّه ذلك.

وضعّف ذلك بأنّ الأصل والنصوص حجّة عليه، فإنّها صريحة في أنّ الحكم معلّق على المشاهدة فيها، كما أنّه لا استبعاد في سقوط اللعان بذلك للأعمى بعد أدلّة الاشتراط، فدعواه بلا دليل، واجتهاد في مقابلة النصّ. (مسالك الأفهام ١٠: ١٧٧ ـ ١٧٩، نهاية المرام ٢: ٢٢٢ ـ ٢٢٣، كشف اللثام ٨: ٢٨٨، عيون الحقائق ١: ٩٠ ـ ٩٤، رياض المسائل ١١: ٢٨٧ ـ ٢٨٨، جواهر الكلام ٣٤: ٦ ـ ٧، مهذب الاحكام ٢٦: ٢٤٩).

* تقدّم عند الإماميّة اشتراط المشاهدة في القذف وثبوت اللعان به إجماعاً ونصوصاً، وأنّه يخرج بذلك الأعمى فلا لعان له، إلّا أن ينفي الولد، وذلك لقاعدة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه، مضافاً إلى الإجماع، فيختصّ لعانه بنفي الولد فقط. وتقدّم أيضاً ما نقل عن الشهيد الثاني وردّه. (مسالك الأفهام ١٠: ١٧٨، كشف اللثام ٨: ٢٨٨، عيون الحقائق ١: ٩٣، رياض المسائل ١١: ٢٨٨، جواهر الكلام ٣٤: ٧، مهذب الاحكام ٢٦: ٢٤٩).

---

١. المعونة ٢: ٩٠٠.

٢. الاستذكار ١٧: ٢٠٨، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٤٠، مختصر القدوري: ١٦٧، المغني لابن قدامة ٩: ٢٠ـ٢١، المحلّى بالآثار ١٠: ١٤٤.

٣. الاستذكار ١٧: ٢٠٥، البيان والتحصيل ٦: ٤٠٩.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٦: ٢١٨، المقدّمات الممهّدات ١: ٦٣٤، أحكام القرآن لابن العربي ٣: ١٣٤٣.

٥. التفريع ٢: ٩٨، المقدّمات الممهّدات ١: ٦٣٤.

وحجّة الجمهور: عموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [١] الآية، ولم يخصّ في الزنا صفةً دون صفة، كما قال في إيجاب حدّ القذف [٢].

وحجّة مالك: ظواهر الأحاديث الواردة في ذلك، منها: قوله في حديث سعد [٣]: «أرأيت لو أنّ رجلاً وجد مع امرأته رجلاً».

وحديث ابن عباس، وفيه: «فجاء رسول الله ﷺ فقال: والله يارسول الله! لقد رأيت بعيني وسمعت بأُذني، فكره رسول الله ﷺ ما جاء به واشتدّ عليه، فنزلت: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ الآية» [٤].

وأيضاً فإنّ الدعوى يجب أن تكون بيّنةً؛ كالشهادة [٥].

وفي هذا الباب فرع اختلف فيه قول مالك، وهو: إذا ظهر بها حمل بعد اللعان، فعن مالك في ذلك روايتان: إحداهما: سقوط الحمل عنه، والأخرى: لحوقه به [٦]*.

---

* ذهبت الإماميّة إلى أنّ ولد المطلّقة يلحق بالمطلِّق في الظاهر إن أمكن كونه منه؛ لكونها فراشاً له وإن زال، إلّا أن يعارضه فراش جديد يمكن إلحاقه به، كما لو وضعته تامّاً بعد ستة أشهر فصاعداً من حين وطئه، ولم ينتف عنه إلّا بتصادقهما، أو باللعان لنفي الولد وإن لم تكن الآن زوجته، إذ لا طريق إلى الانتفاء منه إلّا بذلك. (مسالك الأفهام ١٠: ١٩٩، كشف اللثام ٨: ٣٠١، جواهر الكلام ٣١: ٢٣٧ و٣٤: ٢٢).

---

١. سورة النور: الآية ٦.

٢. أحكام القرآن لابن العربي ٣: ١٣٤٢، المغني لابن قدامة ٩: ٢١.

٣. والأولى نسبته إلى سهل بن سعد الساعدي الذي روى مالك قصة عويمر العجلاني عنه، وقد تقدّم.

٤. سنن أبي داود ٢: ٢٧٦ ـ ٢٧٨، كتاب الطلاق، باب في اللعان، الحديث ٢٢٥٦، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ٣٩٤ ـ ٣٩٥، كتاب اللعان، باب الزوج يقذف امرأته.

٥. الاستذكار ١٧: ٢٠٤ ـ ٢٠٥، ٢٠٧ ـ ٢٠٨، القبس لابن العربي ٣: ١٢٩، المعونة ٢: ٩٠٠.

٦. المعونة ٢: ٩٠٠، التفريع ٢: ٩٨.

واتّفقوا فيما أحسب أنّ من شرط الدعوى الموجبة للعان برؤية الزنا أن تكون في العصمة [١]*.

واختلفوا في من قذف زوجته بدعوى الزنا ثم طلّقها ثلاثاً: هل يكون بينهما لعان أم لا؟ فقال مالك والشافعي والأوزاعي وجماعة: بينهما لعان [٢]**، وقال أبو حنيفة: لا لعان بينهما، إلّا أن ينفي ولداً، ولا حدّ [٣]. وقال مكحول والحكم وقتادة: يُحَدّ ولا يلاعن [٤].

وأمّا إن نفى الحمل فإنّه ـ كما قلنا ـ على وجهين: أحدهما: أن يدّعي أنّه استبرأها ولم يطأها بعد الاستبراء، وهذا ما لا خلاف فيه [٥]. واختلف قول مالك في الاستبراء، فقال مرّة: ثلاث حِيَض، وقال مرّة: حيضة [٦]. وأمّا نفيه مطلقاً فالمشهور عن مالك أنّه لا يجب بذلك لعان [٧]، وخالفه في هذا الشافعي وأحمد وداود، وقالوا: لا معنى لهذا؛

---

* نصّ فقهاء الإماميّة على عدم ترتّب اللعان بالقذف إلّا على رمي الزوجة ولو كانت في العدّة الرجعية، فلا لعان في البائن أو الأجنبية، بل يثبت الحدّ بالقذف. (مسالك الأفهام ١٠: ١٧٧، ١٨٣، كشف اللثام ٨: ٢٨٧، ٢٩١، جواهر الكلام ٣٤: ٦، ١٠، تحرير الأحكام ٤: ١٢٣، ١٢٥).

** ذهبت الإماميّة إلى أنّه لو قذف الزوجة ثمّ أبانها، كان بينهما لعان، وعلّلوه بصدق رمي الزوجة. (قواعد الأحكام ٣: ١٨٢، إيضاح الفوائد ٣: ٤٣٦، كشف اللثام ٨: ٢٩٢، جواهر الكلام ٣٤: ١٠).

---

١. مراتب الإجماع: ٨٠، الإفصاح ٢: ١٣٥، الإجماع لابن المنذر: ١٥٢، تحفة الفقهاء ٢: ٢١٩.

٢. الاستذكار ١٧: ٢٤٠، البيان للعمراني ١٠: ٣٩٦، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٣٥.

٣. احكام القرآن للجصّاص ٣: ٢٩٣، تحفة الفقهاء ٢: ٢١٩.

٤. الاشراف لابن المنذر ١: ٢٣٥، الاستذكار ١٧: ٢٤١.

٥. المقدّمات الممهّدات ١: ٦٣٤، المنتقى للباجي ٤: ٧٤، الحاوي الكبير ١١: ١٧، الاستذكار ١٧: ٢١٨.

٦. المنتقى للباجي ٤: ٧٤، الافصاح ٢: ١٣٧، الاستذكار ١٧: ٢١٨ ـ ٢١٩، المقدّمات الممهّدات ١: ٦٣٧، النوادر والزيادات ٥: ٣٣٤.

٧. المنتقى للباجي ٤: ٧٤، الاستذكار ١٧: ٢١٨، المقدّمات الممهّدات ١: ٦٣٤.

لأنّ المرأة قد تحمل مع رؤية الدم [١]*. وحكىٰ عبدالوهاب عن أصحاب الشافعي: أنّه لايجوز نفي الحمل مطلقاً من غير قذف [٢].

---

* لا خلاف عند الإماميّة في مشروعية اللعان بنفي الولد، نصّاً وفتوى، ويكون اللعان بنفي الولد فيما لو وضعته تامّاً لستة أشهر فصاعداً من حين وطئها، ما لم يتجاوز حملها أقصىٰ مدة الحمل، وتكون موطوءة بالعقد الدائم فلو ولدته تامّاً لأقلّ من ستة أشهر لم يلحق به قطعاً، وانتفى بغير لعان.

نعم لو ولدته ناقصاً اعتبر إمكان لحوقه به عادةً، ولا فرق في مشروعية اللعان لنفي الولد بين كونه حملاً أو منفصلاً على المشهور، وذلك لعموم الآية، وخصوص ما روي عن النبي ﷺ من أنّه لاعن بين هلال بن أُمية وزوجته، وكانت حاملاً ونفي هلال الحمل، ولمّا ولدته جاء على صفات من قذفها به، فقال النبي ﷺ: «لولا الايمان لكان لي ولها شأن».

وصحيح الحلبي عن أبي عبدالله ﷺ أنّه سأله عن رجلٍ لاعن امرأته وهي حبلىٰ، وقد استبان حملها وأنكر ما في بطنها، فلمّا وضعت ادّعاه وأقرّ به، وزعم أنّه منه، فقال: «يردّ عليه ولده ويرثه، ولايجلد؛ لأنّ اللعان بينهما قد مضى».

خلافاً للشيخ المفيد وسلّار والتقي الحلبي حيث منعوا من لعان الحامل؛ لرواية أبي بصير عن أبي عبدالله ﷺ قال: «كان أمير المؤمنين ﷺ يلاعن على كلّ حال، إلّا أن تكون حاملاً»، وردّ الخبر بضعف سنده، فلا يعارض الصحيح، ولايقيّد إطلاق الكتاب وعمومه. (مسالك الأفهام ١٠: ١٨٧، كشف اللثام ٨: ٢٩٦، عيون الحقائق ١: ١٢٩، جواهر الكلام ٣٤: ١٣، مهذب الاحكام ٢٦: ٢٥٥).

---

١. الاستذكار ١٧: ٢١٩ ـ ٢٢٠، الحاوي الكبير ١١: ١٢٢ ـ ١٢٣، رؤوس المسائل الخلافية ٤: ٣١٢ـ٣١٣، الكافي لابن قدامة ٣: ١٧٩ ـ ١٨٠.

٢. المعونة ٢: ٩٠٥، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٨٧، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٣٤.

واختلفوا من هذه الباب في فرعٍ: وهو وقت نفي الحمل، فقال الجمهور: ينفيه وهي حامل [١]، وشرط مالك أنّه متى لم ينفه وهي حامل لم يجز له أن ينفيه بعد الولادة بلعان [٢]*.

وقال الشافعي: إذا علم الزوج بالحمل، فأمكنه الحاكم من اللعان، فلم يلاعن، لم يكن له أن ينفيه بعد الولادة [٣]. وقال أبو حنيفة: لاينفي الولد حتى تضع [٤].

---

* المشهور عند الإماميّة: أنّ الزوج لو كان حاضراً وقت الولادة، ولم ينكر الولد مع ارتفاع الأعذار، لم يكن له إنكاره بعد ذلك، إلّا أن يؤخّره بما جرت به العادة؛ كالسعي إلى الحاكم، أو ادّعاء الجهل بأنّ له النفي.

وعلّل ذلك بأنّ الحقّ على الفور، إذ هو كخيار الردّ بالعيب والغبن ـ مثلاً ـ في الثبوت لدفع الضرر.

وقيل: له إنكاره ما لم يعترف به؛ لأصل عدم الفورية، وعموم الأدلّة، وافتقار النفي كثيراً إلى نظر وتأمّل، ولايتقدّر التأخير بزمانٍ؛ لعدم المقدّر شرعاً.

ولو أمسك عن نفي الحمل حتى وضعت، جاز له نفيه بعد الوضع، وذلك لاحتمال أن يكون التوقّف لتردده بين أن يكون حملاً أو ريحاً، فلا يكون سكوته منافياً للفور، وهذا أحد الأعذار المسوّغة للتأخير على القول بالفورية.

ومن الأعذار أيضاً: ما لو أخّر وقال: إني لم اعلم بأنها ولدت وكان غائباً أو حاضراً بحيث يمكن ذلك في حقه. (مسالك الأفهام ١٠: ١٩٣، كشف اللثام ٨: ٣٠٠، عيون الحقائق ١: ١٠٧، جواهر الكلام ٣٤: ١٧ـ١٩).

---

١. المغني لابن قدامة ٩: ٤٧، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٣٤.

٢. الاستذكار ١٧: ٢١٧، المنتقى للباجي ٤: ٧٥.

٣. الأم ٥: ٤١٨، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٤٥.

٤. المبسوط للسرخسي ٧: ٤٨؛ بدائع الصنائع ٥: ٣٤، احكام القرآن للجصّاص ٣: ٢٩٣.

وحجّة مالك ومن قال بقوله: الآثار المتواترة من حديث ابن عباس [١] وابن مسعود [٢] وأنس [٣] وسهل بن سعد [٤]: «أنّ النبي عليه الصلاة والسلام حين حكم باللعان بين المتلاعنين قال: إن جاءت به على صفة كذا، فما أراه إلّا قد صدّق عليها». قالوا: وهذا يدلّ على أنّها كانت حاملاً في وقت اللعان [٥].

وحجّة أبي حنيفة: أنّ الحمل قد ينفش ويضمحلّ، فلا وجه للعان إلّا على يقين [٦]. ومن حجّة الجمهور: أنّ الشرع قد علّق بظهور الحمل أحكاماً كثيرة؛ كالنفقة والعدّة ومنع الوطء، فوجب أن يكون قياس اللعان كذلك [٧].

وعند أبي حنيفة أنّه يلاعن وإن لم ينف الحمل إلّا وقت الولادة، وكذلك ما قرب من الولادة، ولم يوقّت في ذلك وقتاً [٨]، ووقّت صاحباه أبو يوسف ومحمد فقالا: له أن ينفيه ما بين أربعين ليلة من وقت الولادة [٩].

والذين أوجبوا اللعان في وقت الحمل اتّفقوا على أنّ له نفيه في وقت العصمة [١٠]،

---

١. صحيح البخاري ٦: ١٨٥، كتاب التفسير، تفسير سورة النور، باب قوله ﴿وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ...﴾، الحديث ٢٦٨، السنن الكبرىٰ ٧: ٣٩٤، كتاب اللعان، باب الزوج يقذف امرأته فيخرج من موجب قذفه.

٢. صحيح مسلم ٢: ١١٣٣، كتاب اللعان، الحديث ١٤٩٥/١٠، سنن أبي داود ٢: ٢٧٥ـ٢٧٦، كتاب الطلاق، باب في اللعان، الحديث ٢٢٥٣.

٣. صحيح مسلم ٢: ١١٣٤، كتاب اللعان، الحديث ١٤٩٦/١١، سنن النسائي ٦: ١٧١، كتاب الطلاق، باب اللعان في قذف الرجل زوجته برجل بعينه.

٤. صحيح البخاري ٦: ١٨٤، كتاب التفسير، تفسير سورة النور، باب قوله عزّ وجلّ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾، الحديث ٢٦٦، الموطّأ ٢: ٥٦٦ ـ ٥٦٧، كتاب الطلاق، باب ما جاء في اللعان، الحديث ٣٤.

٥. الاستذكار ١٧: ٢٢١ ـ ٢٢٢، فتح المالك ٧: ٣٠٧ـ٣٠٨.

٦. أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٢٩٤، المبسوط للسرخسي ٧: ٤٨، الاستذكار ١٧: ٢٢١.

٧. المغني لابن قدامة ٩: ٤٧، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٥٧٠.

٨. أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٢٩٠، المبسوط للسرخسي ٧: ٥٥، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٥٠٢.

٩. المصادر السابقة.

١٠. أنظر: الاشراف لابن المنذر ١: ٢٣٤، المنتقى للباجي ٤: ٧٥.

واختلفوا في نفيه بعد الطلاق *، فذهب مالك إلى أنّ له ذلك في جميع المدّة التي يلحق الولد فيها بالفراش، وذلك هو أقصىٰ زمان الحمل عنده، وذلك نحو من أربع سنين عنده أو خمس سنين [١]. وكذلك عنده حكم نفي الولد بعد الطلاق إذا لم يزل منكراً له [٢]، وبقريب من هذا المعنى قال الشافعي [٣]. وقال قوم: ليس له أن ينفي الحمل إلّا في العدّة فقط، وإن نفاه في غير العدّة حُدّ وأُلحق به الولد [٤].

فالحكم يجب به عند الجمهور إلى انقضاء أطول مدّة الحمل، على اختلافهم في ذلك [٥]، فإنّ الظاهرية ترىٰ أنّ أقصر مدّة الحمل التي يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك، وهي التسعة أشهر وما قاربها [٦].

ولا اختلاف بينهم أنّه يجب الحكم به في مدّة العصمة فما زاد على أقصر مدّة الحمل، وهي الستة أشهر [٧] **، أعني: أن يولد المولود لستة أشهر من وقت الدخول أو إمكانه،

---

* تقدّم بيان قول الإماميّة في كيفية إلحاق ولد المطلّقة بالمطلّق تحت عبارة «إذا ظهر بها حمل» ما يفيد المقام، فراجع.

** لا خلاف عند الإماميّة في أنّ الزوجة الدائمة إذا ولدت ولداً، فإن أمكن كونه منه بأن دخل بأمّه وقد مضى منه إلى زمان وضعته ستة أشهر فصاعداً، ولم يتجاوز عن أقصى مدّة الحمل، وجب عليه إلحاقه به، وحرم عليه نفيه. ←

---

١. الاستذكار ١٧: ٢٣٨، النوادر والزيادات ٥: ٣٣٧ ـ ٣٣٩، البيان والتحصيل ٦: ٤١٥.

٢. النوادر والزيادات ٥: ٣٣٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ٨١.

٣. البيان للعمراني ١٠: ٣٧٦، المنتقى للباجي ٤: ٧٩ ـ ٨٠، حلية العلماء ٧: ٢١٤.

٤. الاستذكار ١٧: ٢٣٩، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٣٥، أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٢٩٢.

٥. الاستذكار ١٧: ٢٣٨، المغني لابن قدامة ٩: ٥٧، النوادر والزيادات ٥: ٣٣٧.

٦. المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٣١٧ وفيه: «عمر لايرى الحمل أكثر من تسعة أشهر... وهو قول أبي سليمان [وهو داود]»، الاستذكار ٢٢: ١٧٩ وفيه: «داود يقول: تسعة أشهر، لايكون عنده حمل أكثر منها». وعليه فلعلّ الصحيح في عبارة المصنّف «أقصىٰ» وليس «أقصر» كما في نسخة.

٧. الاستذكار ٢٢: ١٧٨، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٥٥.

لا من وقت العقد. وشذّ أبو حنيفة فقال: من وقت العقد وإن علم أنّ الدخول غير ممكن، حتى إنّه إن تزوّج عنده رجل بالمغرب الأقصى امرأةً بالمشرق الأقصى، فجاءت بولدٍ لرأس ستة أشهر من وقت العقد، أنّه يلحق به، إلّا أن ينفيه بلعان [١]. وهو في هذه المسألة ظاهري محض؛ لأنّه إنّما اعتمد في ذلك عموم قوله عليه الصلاة والسلام: «الولد للفراش» [٢]، وهذه المرأة قد صارت فراشاً له بالعقد، فكأنّه رأى أنّ هذه عبادة غير معلّلة [٣]، وهذا شيء ضعيف.

واختلف قول مالك من هذا الباب في فرع، وهو أنّه إذا ادّعى أنّها زنت، واعترف بالحمل، فعنه في ذلك ثلاث روايات: إحداها: أنّه يحدّ، ويلحق به الولد ولا يلاعن، والثانية: أنّه يلاعن وينفي الولد، والثالثة: أنّه يلحق به الولد، ويلاعِن ليدرأ الحدّ عن نفسه [٤].

وسبب الخلاف: هل يلتفت إلى إثباته مع موجب نفيه، وهو دعواه الزنا؟

واختلفوا أيضاً من هذا الباب في فرع، وهو: إذا أقام الشهود على الزنا، هل له أن يلاعن أم لا؟ *

← واستدلّ له بما روى عن النبي ﷺ بأنّ الولد للفراش، وما روى عنه ﷺ قال: «أيّما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله منه، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين».

نعم، يجب عليه نفيه -إجماعاً- مع علمه بعدم تكوّنه منه، من جهة علمه باختلال شروط الالتحاق به، وحذراً من لحوقه به مع سكوته. (مسالك الأفهام ١٠: ١٨٧، كشف اللثام ٨: ٢٩٦، جواهر الكلام ٣٤: ١٣ ـ ١٤، مهذب الاحكام ٢٦: ٢٥٣).

* اختلفت الإماميّة في مسألة ما لو شهد على المرأة بالزنا أربعة، والزوج أحدهم، على قولين: ←

---

١. أنظر: الهداية للمرغيناني ٢: ٣١٤، التهذيب للبغوي ٦: ٢٣٢، عيون المجالس ٣: ١٣٣٧، رؤوس المسائل الخلافية ٤: ٣٣١.

٢. صحيح مسلم ٢: ١٠٨٠، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش، الحديث ١٤٥٧/٣٦، صحيح البخاري ٣: ١١٥، كتاب البيوع، باب تفسير المشبّهات، الحديث ٧.

٣. الاستذكار ٢٢: ١٧٩.

٤. الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٩٠، المعونة ٢: ٩٠٤، التفريع ٢: ٩٨ ـ ٩٩.

فقال أبو حنيفة وداود: لا يلاعن؛ لأنّ اللعان إنّما جعل عوض الشهود؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَداءُ إِلّا أَنْفُسُهُمْ﴾ الآية [١ و ٢]. وقال مالك والشافعي: يلاعن؛ لأنّ الشهود لا تأثير لهم في دفع الفراش [٣ و ٤].

← الأول ـ وهو للأكثر ـ: قبول الشهادة على الزنا، وثبوت الحدّ على المرأة، ولا يلاعن الرجل. ومستند هذا القول: رواية ابراهيم بن نعيم عن الصادق عليه السلام أنّه سأله عن أربعةٍ شهدوا على امرأةٍ بالزنا، أحدهم زوجها، قال: «تجوز شهادتهم». ومعنى الجواز: الصحة، والصحيح ما يترتّب أثره عليه، وهو ثبوت الحدّ على المشهود عليه. وهذه الرواية مؤيّدة بعدم الفرق بين الزوج وغيره في قبول شهادته للمرأة وعليها، بل لعلّ الزوج أولىٰ بالقبول لهتك عرضه، فيندرج فيما دلّ على ثبوت الزنا بشهادة الأربع، بل وبقوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَداءُ إِلّا أَنْفُسُهُمْ﴾ فإنّه مشعر بأنّه نفسه شاهد أيضاً لو حصل معه تمام العدد، وصدق الشهداء على الثلاثة، وبقوله تعالى: ﴿وَاللّاتِي يَأْتِينَ الْفاحِشَةَ مِنْ نِسائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾ الشامل للزوج وغيره؛ بناءً على أنّ الخطاب للحكّام.

الثاني: يحدّ الشهود الثلاثة، ويلاعن الزوج، وهو منسوب إلى الصدوق وجماعة. ومستنده: رواية زرارة عن أحدهما عليه السلام في أربعة شهود شهدوا على امرأةٍ بالزنا، أحدهم زوجها، قال: «يلاعن، ويجلد الآخرون». ونوقشت الرواية بأنّها ضعيفة السند. وحملها الشيخ الطوسي على اختلال بعض الشرائط. (مسالك الأفهام ١٠: ٢٥٨، كشف اللثام ٨: ٣٣٠، عيون الحقائق ١: ١٠١، جواهر الكلام ٣٤: ٨١ـ٨٢، مهذّب الاحكام ٢٦: ٢٦٦ ـ ٢٦٧).

---

١. سورة النور: الآية ٦.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٢: ٥١٥، أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٢٩٥، الاستذكار ١٧: ٢٠٩ ـ ٢١٠، المبسوط للسرخسي ٧: ٥٨ ـ ٥٩.

٣. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٨٨، عيون المجالس ٣: ١٣٣٢، الأم ٥: ٤٢٢، التهذيب للبغوي ٦: ٢٢٥، البيان للعمراني ١٠: ٣٩٦.

٤. كذا في الأصل، وفي الاستذكار ١٧: ٢٠٩: «رفع الفراش» بدل «دفع الفراش».

الفصل الثاني في صفات المتلاعنَين

وأمّا صفة المتلاعنَين، فإنّ قوماً قالوا: يجوز اللعان بين كلّ زوجين، حرّين كانا أو عبدين، أو أحدهما حرّ والآخر عبد، محدودَين كانا أو عدلَين أو أحدهما، مسلمَين كانا أو كان الزوج مسلماً والزوجة كتابية. ولا لعان بين كافرَين إلّا أن يترافعا إلينا، وممّن قال بهذا القول: مالك والشافعي [1]. وقال أبوحنيفة وأصحابه: لا لعان إلّا بين مسلمَين حرّين عدلَين [2]*.

---

* لاتعتبر الحرية ولا الاسلام في الملاعن على القول المشهور عند الإماميّة، وذلك لعموم آيات اللعان، وأصالة عدم الاشتراط، وكون اللعان أيماناً، وهي تصحّ من الكلّ.

خلافاً لابن الجنيد فاشترط الاسلام مطلقاً؛ بناءً منه على كون اللعان شهادات، فيعتبر في الملاعن ما يعتبر في الشاهد. وخلافاً للمحكي عن المفيد والديلمي فاشترطا الحرية مطلقاً، والحلّي فاشترطها في اللعان؛ للقذف.

وأمّا الملاعنة فيعتبر فيها ـ بلا خلاف ولا إشكال ـ البلوغ، وكمال العقل، والسلامة من الصمم والخرس، وأن تكون زوجةً بالعقد الدائم. واستدلّ له بالأخبار مضافاً للاجماع. (مسالك الأفهام ١٠: ٢٠٠ ـ ٢١١، كشف اللثام ٨: ٣٠٢ ـ ٣٠٦، عيون الحقائق ١: ١١٣ـ ١٢١، رياض المسائل ١١: ٢٩٠ ـ ٢٩٢، جواهر الكلام ٣٤: ٢٣ ـ ٣٣، مهذّب الأحكام ٢٦: ٢٥٠ ـ ٢٥٢).

---

١. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٨١، التفريع ٢: ٩٧، عيون المجالس ٣: ١٢٩٦، الأم ٥: ٤١٠ـ ٤١١، الإفصاح ٢: ١٣٦، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٤٠ ـ ٢٤١.

٢. تحفة الفقهاء ٢: ٢١٩، أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٢٨٥، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٥٠٠، الإفصاح ٢: ١٣٦.

وبالجملة: فاللعان عندهم إنّما يجوز لمن كان من أهل الشهادة.

وحجّة أصحاب القول الأول: عموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ [١] ولم يشترط في ذلك شرطاً [٢]. ومعتمد الحنفيّة: أنّ اللعان شهادة، فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة؛ إذ قد سمّاهم الله شهداء لقوله: ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾ [٣]، ويقولون: إنّه لايكون لعان إلّا بين من يجب عليه الحدّ في القذف الواقع بينهما [٤].

وقد اتّفقوا على أنّ العبد لايُحدّ بقذفه [٥]، وكذلك الكافر [٦]، فشبّهوا من يجب عليه اللعان بمن يجب في قذفه الحدّ؛ إذ كان اللعان إنّما وضع لدرء الحدّ مع نفي النسب [٧].

وربّما احتجّوا [٨] بما روىٰ عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه: أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا لعان بين أربعة: العبدَيْن والكافرَيْن» [٩].

---

١. سورة النور: الآية ٦.

٢. الاشراف لابن المنذر ١: ٢٤٠ ـ ٢٤١، الاستذكار ١٧: ٢٤٤ ـ ٢٤٥، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ١٤٤.

٣. سورة النور: الآية ٦.

٤. المبسوط للسرخسي ٧: ٤٢، أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٢٨٦ ـ ٢٨٧.

٥. الإفصاح ٢: ١٤١، الاستذكار ٢٤: ١٣١.

٦. الاستذكار ١٧: ٢٤٤ و٢٤: ١٣١.

٧. بدائع الصنائع ٥: ٤٧.

٨. بدائع الصنائع ٥: ٤٧، المبسوط للسرخسي ٧: ٤٣.

٩. قال في الهداية: لم أجده بهذه اللفظة، وقد خرّجه ابن ماجة والدارقطني والبيهقي من رواية عثمان بن عطاء الخراساني عن أبيه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه: أنّ النبي ﷺ قال: «أربع من النساء لا ملاعنة بينهنّ: النصرانية تحت المسلم، واليهودية تحت المسلم، والحرّة تحت المملوك، والمملوكة تحت الحرّ» (الهداية في تخريج أحاديث البداية ٧: ١٣٧. وانظر: سنن ابن ماجة ١: ٦٧٠، كتاب الطلاق، باب اللعان، الحديث ٢٠٧١، سنن الدارقطني ٣: ١٦٣ ـ ١٦٤، كتاب الحدود، الحديث ٢٤٠، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٣٩٦، كتاب اللعان، باب من يلاعن من الأزواج ومن لا يلاعن).

والجمهور يرون أنّه يمين وإن كان يسمّى شهادة، فإنّ أحداً لايشهد لنفسه [١]*، وأمّا أنّ الشهادة قد يعبّر عنها باليمين فذلك بيّن في قوله تعالى: ﴿إِذا جاءَكَ المُنافِقُونَ قالُوا﴾ الآية، ثم قال: ﴿إِتَّخَذُوا أَيْمانَهُمْ جُنَّةً﴾ [٢].

---

* المشهور عند الإماميّة: أنّ اللعان أيمان، وقد ذهب إليه الشيخ الطوسي وجماعة، خلافاً لابن الجنيد فجعله من الشهادات.

احتجّ للأول بقوله تعالى: ﴿بِاللّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصّادِقِينَ﴾ وقوله: ﴿بِاللّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكاذِبِينَ﴾، ولأنّ كلاً منهما يلاعن لنفسه، ولم يعهد بشهادة أحد لنفسه، ولا معنى لكونه شهادة من المرأة، فكذا منه، ولقول النبي ﷺ لهلال بن أُميّة: «احلف بالله الذي لا إله إلّا هو أنّك لصادق»، ولقوله ﷺ بعد التلاعن: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن».

واحتجّ لابن الجنيد بقوله تعالى: ﴿فَشَهادَةُ أَحَدِهِمْ...﴾ الآية، حيث أطلق لفظ الشهادة في خمسة مواضع، ولقول النبي ﷺ للرجل الذي لاعن بينه وبين زوجته: «إشهد أربع شهادات بالله إنّك لمن الصادقين»، وغير ذلك من الأخبار الناطقة بلفظ الشهادة.

وأُجيب عن ذلك كلّه بأنّ لفظ الشهادة في الأصل حقيقة عرفية، أو مجاز مشهور في اليمين، وقد جاء التعبير في هذه الشهادات باليمين أيضاً، ولمخالفته لسائر الأيمان في بعض الأحكام.

ولأجل ذلك جعل الشهيد الثاني في المسالك أنّ الأولىٰ أن يقال: إنّه يمين فيه شائبة الشهادة، بعد فرض عدم جريان جميع أحكام اليمين عليه وأحكام الشهادة، فهو شهادة من جهة، ويمين من جهة أخرى، بل في الجواهر بعد نفي البأس عن ذلك قال: بل لعلّ الغالب عليه جهة اليمينية. (مسالك الأفهام ١٠: ٢٣٨ ـ ٢٤٠، كشف اللثام ٨: ٣٣١ ـ ٣٣٢، عيون الحقائق ١: ١٥٤ ـ ١٥٥، جواهر الكلام ٣٤: ٦٣ ـ ٦٥).

---

١. أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٢٨٧، المقدّمات الممهّدات ١: ٦٣٣، المغني لابن قدامة ٩: ٧، الإفصاح ٢: ١٣٦، المبسوط للسرخسي ٧: ٤٣.

٢. سورة المنافقون: الآية ١، ٢.

وأجمعوا على جواز لعان الأعمىٰ [١]*، واختلفوا في الأخرس، فقال مالك والشافعي: يلاعن الأخرس إذا فُهم عنه [٢]**، وقال أبو حنيفة: لايلاعن؛ لأنّه ليس من أهل الشهادة [٣].

---

* تقدّم أنّ من شروط اللعان عند الإماميّة اشتراط المشاهدة والمعاينة، وهذا الشرط مجمع عليه كما قيل، ويتفرّع على ذلك سقوط اللعان في حقّ الأعمىٰ، وإنّما يثبت في حقّه اللعان بنفي الولد فقط، والأخبار به كثيرة، منها: صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا قذف الرجل امرأته، فإنّه لايلاعنها حتى يقول: رأيت بين رجليها رجلاً يزني بها».

خلافاً للشهيد الثاني في المسالك، حيث قال: ويشكل بإمكان علمه بدون المشاهدة، واشتراط المشاهدة لو سُلّم يمكن حمله علىٰ من يمكن في حقّه، أو علىٰ جعله كناية عن العلم بذلك، وأنّه لايكفي الظنّ المستند إلى القرائن أو الشياع منفرداً. وضعف ذلك بأنّه دعوى بلا دليل، واجتهاد في مقابلة النصّ. (مسالك الأفهام ١٠: ١٧٨، كشف اللثام ٨: ٢٨٨، عيون الحقائق ١: ٩٣، رياض المسائل ١١: ٢٨٨، جواهر الكلام ٣٤: ٧، مهذّب الأحكام ٢٦: ٢٤٩، ٢٥٠).

** مشهور الإماميّة أنّ الأخرس يصحّ لعانه إذا كانت له إشارة مفهمة، وقد نفي الخلاف عنه، بل ادّعي عليه الإجماع.

واستدلّ له ـ مضافاً للاجماع، وعموم الآية ـ بعموم ما دلّ على قيام إشارته مقام اللفظ في جميع ما اعتبر فيه ذلك، من عباداته وإقراره وعقوده وغيرها، فيصحّ حينئذٍ في الفرض المذكور، ولأنّ اللعان إمّا يمين أو شهادة، وكلاهما من الأخرس صحيح.

وتوقّف فيه ابن إدريس والعلّامة الحلّي؛ نظراً لاختصاص اللعان بألفاظ خاصة، وانتفاء الرمي منه، ولما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال: «الخرساء والأخرس ليس بينهما لعان». ←

---

١. الاستذكار ١٧: ٢٠٨، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٤١، الإقناع لابن القطّان ٢: ٦٨.

٢. الاشراف لابن المنذر ١: ٢٤٢، الاستذكار ١٧: ٢٠٨، المدوّنة الكبرىٰ ٣: ١١٧.

٣. الهداية للمرغيناني ٢: ٣٠٥، مختصر القدوري: ١٦٨، الاستذكار ١٧: ٢٠٨ ـ ٢٠٩.

وأجمعوا على أنّ من شرطه العقل والبلوغ[١]*.

← وضعف هذا الاستدلال بأنّه لما علم من الشارع الاكتفاء بإشارته فيما علم اختصاصه بصيغة خاصة، فليكن هنا كذلك؛ لأنّ الفرق بين الأمرين لا يخلو من إشكال، وبأنّ القذف مرجعه إلى الرمي، فإنّ معناه ـ لغةً ـ الرمي، وهو غير مختصّ بلفظ، بل بما دلّ على الرمي بالزنا في معرض التعبير

وأمّا بالنسبة للخبر فيمكن تخصيص التعليل بالخرساء أو بهما معاً عند اجتماعهما، فلا يمنع من ملاعنة الأخرس الصحيحة عند إفهامه، وعلى كلّ تقدير فلا خلاف في نفي لعانه إذا لم تكن إشارته مفهمة. (مسالك الأفهام ١٠: ٢٠٢، كشف اللثام ٨: ٣٠٣ ـ ٣٠٤، عيون الحقائق ١: ١١٦ـ١١٨، جواهر الكلام ٣٤: ٢٦ ـ ٢٧، مهذّب الأحكام ٢٦: ٢٥٣).

* أجمعت الإماميّة على اشتراط البلوغ والعقل في الملاعن، واستدلّوا ـ مضافاً للإجماع ـ بمعلومية سلب عبارة غيرهما فيما يشمل المقام الذي هو شهادة أو يمين. (جواهر الكلام ٣٤: ٢٣، كشف اللثام ٨: ٣٠٢).

---

١. بدائع الصنائع ٥: ٤٥، الإجماع لابن المنذر: ١٥٢، مراتب الإجماع: ٨٠.

الفصل الثالث في صفة اللعان

فأمّا صفة اللعان فمتقاربة عند جمهور العلماء، وليس بينهم في ذلك كبير خلاف، وذلك على ظاهر ما تقتضيه ألفاظ الآية، فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيتها تزني، وأنّ ذلك الحمل ليس منّي، ويقول في الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. ثم تشهد هي أربع شهادات بنقيض ما شهد هو به، ثمّ تخمّس بالغضب. هذا كلّه متّفق عليه[1]*.

واختلف الناس: هل يجوز أن يبدّل مكان اللعنة: الغضب، ومكان الغضب: اللعنة، ومكان أشهدُ: أقسم، ومكان قوله بالله: غيره من أسمائه؟ والجمهور على أنّه لايجوز من ذلك إلّا

---

* صورة اللعان وكيفيته عند الإماميّة هو أن يبدأ الرجل ويقول بعد ما قذفها أو نفى ولدها: (أشهد بالله إنّي لمن الصادقين من قذفها، ومن نفي ولدها) يقول ذلك أربع ذلك أربع مرّات: (أشهد بالله أنّه لمن الكاذبين في مقالته من الرمي بالزنا أو نفي الولد) ثم تقول مرّةً واحدةً: (إنّ غضب الله عليّ إن كان من الصادقين).

فيتحقّق اللعان بعد تساوي اللعنات وتقابلها، وهذه الكيفية نطق بها الكتاب العزيز والسنّة المستفيضة، ومورد إجماع الفقهاء وفتاواهم بها. (مسالك الأفهام ١٠: ٢٢٩، كشف اللثام ٨: ٣١١، عيون الحقائق ١: ١٣٨، رياض المسائل ١١: ٢٩٨ ـ ٢٩٩، جواهر الكلام ٣٤: ٥٥ ـ ٥٦، مهذّب الأحكام ٢٦: ٢٥٧ ـ ٢٥٨).

---

١. مراتب الإجماع: ٨١، الإفصاح ٢: ١٣٥، الاستذكار ١٧: ٢١١ ـ ٢١٥.

ما نصّ عليه من هذه الألفاظ، أصله عدد الشهادات [١]*.

وأجمعوا على أنّ من شرط صحّته أن يكون بحكم حاكم [٢]**.

---

* أجمعت الإماميّة على وجوب إتيان الشهادة واللعن على الوجه المذكور، والاقتصار عليه، فلو أبدل شيئاً منها لم يقع اللعان.

واستدلّ لذلك بأصالة عدم ترتّب الأثر في غير ما هو الظاهر من القرآن والخبر؛ لأنّ اللعان وظيفة شرعية كالعبادة، لا مجال للعقل فيها، والاقتصار عليه هو المتيقّن من الإجماع المعتبر. (مسالك الأفهام ١٠: ٢٣٠ ـ ٢٣١، كشف اللثام ٨: ٣١٥، عيون الحقائق ١: ١٣٩، رياض المسائل ١١: ٢٩٩، جواهر الكلام ٣٤: ٥٦، مهذّب الأحكام ٢٦: ٢٥٨).

** لا خلاف عند الإماميّة في أنّ اللعان لا يصحّ إلّا عند الحاكم أو منصوبه، بل ادّعي الإجماع عليه.

واستدلّ لذلك بأنّه حكم شرعي يتعلّق بكيفية خاصّة وأحكام وهيئات، فيناط بالإمام وخليفته؛ لأنّه المنصوب لذلك، ولأنّ الحدّ يقيمه الحاكم، فكذا ما يدرؤه. ولصحيح محمد بن مسلم سأل الباقر عليه السلام عن الملاعن والملاعنة كيف يصنعان؟ قال: «يجلس الإمام مستدبر القبلة يقيمهما بين يديه، مستقبل القبلة بحذائه، ويبدأ بالرجل ثم المرأة...» الحديث، ونحوه غيره.

نعم، لو تراضيا برجلٍ من العامّة، فلاعن بينهما، جاز. وقيل: المراد بالرجل العامي الفقيه المجتهد حال حضور الامام عليه السلام إذا لم يكن منصوباً منه عليه السلام.

وبالجملة: فينبغي القول بصحّة إيقاع اللعان من الفقيه الجامع للشرائط زمن الغيبة، وذلك لعموم النصوص من الكتاب والسنّة. (مسالك الأفهام ١٠: ٢٢٨، كشف اللثام ٨: ٣١٢ ـ ٣١٤، جواهر الكلام ٣٤: ٥٣ ـ ٥٤، مهذّب الأحكام ٢٦: ٢٥٨).

---

١. حلية العلماء ٧: ٢٢٩ ـ ٣٣٠، البيان للعمراني ١٠: ٤٠٧، المغني لابن قدامة ٩: ٦٤ ـ ٦٥، المحلّى بالآثار ١٠: ١٤٦، الاستذكار ١٧: ٢١٢ ـ ٢١٣.

٢. الإقناع لابن القطّان ٢: ٦٨، مراتب الإجماع: ٨١، المغني لابن قدامة ٩: ٦٠، ٦٥، البيان للعمراني ١٠: ٤٠٤، بدائع الصنائع ٥: ٤٥.

الفصل الرابع في حكم نكول أحدهما أو رجوعه

فأمّا إذا نكل الزوج، فقال الجمهور: إنّه يحدّ[1]*، وقال أبو حنيفة: إنّه لا يحدّ، ويحبس[2].

وحجّة الجمهور: عموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَاتِ﴾[3] الآية، وهذا عامّ في الأجنبي والزوج، وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود، فوجب إذا نكل أن يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود، أعني: أنّه يُحدّ. وما جاء أيضاً من حديث ابن عمر وغيره

---

* لا خلاف عند الإماميّة في أنّ الزوج إذا أكذب نفسه أثناء اللعان، أو نكل عنه ولو بكلمة واحدة، ثبت عليه الحدّ، ولم تثبت عليه أحكام اللعان الباقية التي علم أنّها مرتّبة على اللعان الذي لا يتحقّق إلّا بإكماله، وبدونه لا يثبت شيء منها.

ويحتجّ له مضافاً إلى الأصل بأخبار المقام:

منها: صحيح علي بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام، قال: سألته عن رجلٍ لاعن امرأته فحلف أربع شهادات بالله، ثم نكل عن الخامسة، قال: «إن نكل في الخامسة فهي امرأته، وجلد الحدّ...» الحديث.

ومنها: موثّق عباد بن صهيب، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجلٍ أوقفه الإمام للعان، فشهد شهادتين، ثم نكل وأكذب نفسه قبل أن يفرغ من اللعان، قال: «يجلد حدّ القذف، ولا يُفرّق بينه وبين امرأته». (مسالك الأفهام ١٠: ٢٤٤، كشف اللثام ٨: ٣٢٣، عيون الحقائق ١: ١٤٩، جواهر الكلام ٣٤: ٦٧).

---

١. الاستذكار ١٧: ٢٠٩، الإفصاح ٢: ١٣٦، أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٢٩٦، رؤوس المسائل الخلافية ٤: ٢٩٠.

٢. الهداية للمرغيناني ٢: ٣٠٣، مختصر القدوري: ١٦٧، أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٢٩٦.

٣. سورة النور: الآية ٦.

في قصّة العجلاني من قوله عليه الصلاة والسلام: «إن قَتلتُ قُتِلتُ، وإن نَطقتُ جلدتُ، وإن سكتُّ سكتُّ علىٰ غيظ» [١و٢].

واحتجّ الفريق الثاني بأنّ آية اللعان لم تتضمّن إيجاب الحدّ عليه عند النكول، والتعريض لايجابه زيادة في النصّ، والزيادة عندهم نسخ، والنسخ لايجوز بالقياس، ولا بأخبار الآحاد [٣].

قالوا: وأيضاً لو وجب الحدّ لم ينفعه الالتعان، ولا كان له تأثير في إسقاطه؛ لأنّ الالتعان يمين، فلم يسقط به الحدّ عن الأجنبي، فكذلك الزوج [٤]. والحقّ: أنّ الالتعان يمين مخصوصة، فوجب أن يكون لها حكم مخصوص، وقد نصّ على المرأة أنّ اليمين يدرأ عنها العذاب، فالكلام فيما هو العذاب الذي يندرئ عنها باليمين.

وللاشتراك الذي في اسم العذاب اختلفوا أيضاً في الواجب عليها إذا نكلت، فقال الشافعي ومالك وأحمد والجمهور: إنّها تحدّ، وحدّها الرجم إن كان دخل بها * ووجدت فيها

---

* نصّ فقهاء الإمامية علىٰ أنّ الزوجة لو نكلت أثناء اللعان أو أقرّت بالزنا رُجمت؛ لأنّها محصنة، إذا كان قد قذفها بالزنا، أمّا إذا لاعنها لنفي الولد بلا قذف، لم يثبت الحدّ عليها، إلّا أن تقرّ بموجبه. ←

---

١. قال في الهداية في تخريج أحاديث البداية ٧: ١٣٩: كذا وقع في الأصل من قوله عليه الصلاة والسلام، وكأنّه تحريف، والصواب من قول العجلاني للنبي ﷺ كما سبق في حديث ابن مسعود، وسبق نحوه في حديث سهل بن سعد. وأمّا حديث ابن عمر فأخرجه مسلم والبيهقي من حديث سعيد بن جبير عنه قال: إنّ أوّل مَن سأل عن ذلك فلان بن فلان، قال: يارسول الله! أرأيت أن لو وجد أحدنا امرأته على فاحشة، كيف يصنع؟ إن تكلّم تكلّم بأمرٍ عظيم، وإن سكت سكت على مثل ذلك.

صحيح مسلم ٢: ١١٣٠ ـ ١١٣١، كتاب اللعان، الحديث ١٤٩٣/٤، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ٤٠٤، كتاب اللعان، باب كيفية اللعان.

٢. الاستذكار ١٧: ٢٠٩.

٣. أنظر: أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٢٩٧.

٤. أنظر: المصدر السابق.

شروط الإحصان، وإن لم يكن دخل بها فالجلد [١]. وقال أبو حنيفة: إذا نكلت وجب عليها الحبس حتى تلاعن [٢]. وحجّته قوله عليه الصلاة والسلام: «لايحلُّ دم امرئٍ مسلمٍ إلّا بإحدى ثلاث: زنىً بعد إحصان، أو كفر بعد إيمان، أو قتل نفسٍ بغير نفس» [٣ و ٤]، وأيضاً فإنّ سفك الدم بالنكول حكم تردّه الأصول، فإنّه إذا كان كثير من الفقهاء لايوجبون غرم المال بالنكول؛ فكان بالحريّ أن لايجب بذلك سفك الدماء.

وبالجملة: فقاعدة الدماء مبناها في الشرع على أنّها لاتراق إلّا بالبيّنة العادلة أو بالاعتراف، ومن الواجب ألّا تخصّص هذه القاعدة بالاسم المشترك. فأبو حنيفة في هذه المسألة أولىٰ بالصواب إن شاء الله. وقد اعترف أبو المعالي في كتابه البرهان بقوّة أبي حنيفة في هذه المسألة، وهو شافعي [٥].

← وفي الأول سقط الحدّ عنه بلعانه، ولم يزل الفراش، ولايثبت التحريم مع فرض إقرارها أو نكولها ولو بكلمةٍ واحدةٍ، بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك نصّاً وفتوى، ففي صحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر ﷺ، وقد تقدّم الاستدلال به في نكول الزوج، وفيه «... وإن نكلت المرأة عن ذلك إذا كان اليمين عليها، فعليها مثل ذلك»، إلى غير ذلك من النصوص.

ولايحتاج إلى إقرارها أربعاً بعد لعانه في رجمها؛ لأنّه كإقامة البيّنة عليها، فمع فرض نكولها عن اللعان لم يسقط الحدّ عنها الثابت بلعانه. نعم، لو أقرّت قبل لعانه اعتبر كونه أربعاً، كغيره من الإقرار بالزنا. (مسالك الأفهام ١٠: ٢٤٤ ـ ٢٤٥، كشف اللثام ٨: ٣٢٥، جواهر الكلام ٣٤: ٦٧).

---

١. الاشراف لابن المنذر ١: ٢٤٣، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٨٩، الإفصاح ٢: ١٣٦، الاستذكار ١٧: ٢١٠.

٢. أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٢٩٦، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٥٠٩، الاستذكار ١٧: ٢١٠ ـ ٢١١.

٣. أنظر: سنن الترمذي ٤: ١٩، كتاب الديات، باب ما جاء لايحل دم امرئ مسلم، الحديث ١٤٠٢.

٤. أنظر: أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٢٩٦.

٥. البرهان في أصول الفقه ١: ٢٥٦ ـ ٢٥٧.

واتّفقوا على أنّه إذا أكذب نفسه حُدّ، وأُلحق به الولد إن كان نفىٰ ولداً[١]*.

---

* لا خلاف بين الإماميّة ـ بل عليه الإجماع ـ أنّ الزوج لو أكذب نفسه بعد اللعان لحق به الولد، لكن فيما عليه لا فيما له؛ لإقراره أولاً بالانتفاء منه، ولذا يرثه الولد ولا يرثه الأب ولا من يتقرّب به، وترثه الأم ومن يتقرّب بها. وبالجملة: حكم اللعان لا يتغيّر بالنسبة للتحريم المؤبّد، وانتفاء الإرث لو أكذب نفسه.

واختلف في الحدّ، هل يثبت عليه أم لا؟ بسبب اختلاف الرواية، أظهرهما: أنّه لا حدّ، كما في الشرائع؛ وفاقاً للشيخ في النهاية والعلّامة في أحد قوليه، واختاره صاحب الجواهر.

لصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام في رجلٍ لاعن امرأته وهي حبلى قد استبان حملها، وأنكر ما في بطنها، فلمّا وضعت ادّعاه وأقرّ به، وزعم أنّه منه، فقال: «يرد عليه ابنه ويرثه، ولا يجلد؛ لأنّ اللعان قد مضى».

والرواية الثانية وهي ثبوت الحدّ عليه، لما في خبر محمد بن الفضيل أنّه سأل الكاظم عليه السلام عن رجلٍ لاعن امرأته وانتفى من ولدها، ثم أكذب نفسه، هل يردّ عليه ولدها؟ قال: «إذا أكذب نفسه جلد الحدّ، وردّ عليه ابنه، ولا ترجع إليه امرأته». وعمل بها الشيخ الطوسي في المبسوط والعلّامة في القواعد، والشهيد الثاني في المسالك، والفاضل الهندي. قالوا: لما فيه من زيادة هتكها، وتكرار قذفها، وظهور كذب لعانه، مع أنّه يثبت عليه الحدّ بالقذف، فيستصحب إلى أن يعلم المزيل، ولا يعلم زواله بلعانٍ ظهر كذبه، والأخبار الأولى إنّما نفت الحدّ إذا أكذب نفسه في نفي الولد دون القذف.

قال في الجواهر: الجميع كما ترى ضرورة أن إكذاب نفسه تنزيه لها، لا زيادة هتك، وتكرار قذف، وإطلاق أدلّة اللعان، فضلاً عن الأولىٰ مقتضٍ لسقوط الحدّ، فلا معنى لاستصحابه، بل المتّجه استصحاب العكس، مضافاً لما في الخبر الأخير من القصور ←

---

١. أنظر: الاستذكار ١٧: ٢٣٥، البيان للعمراني ١٠: ٤٢٢.

واختلفوا: هل له أن يراجعها ـ بعد اتّفاق جمهورهم على أنّ الفرقة تجب باللعان: إمّا بنفسه أو بحكم حاكمٍ على ما نقوله بعد [١] ـ فقال مالك والشافعي والثوري وداود وأحمد وجمهور فقهاء الأمصار: إنّهما لايجتمعان أبداً وإن أكذب نفسه [٢] *، وقال أبو حنيفة وجماعة: إذا أكذب نفسه جلد الحدّ، وكان خاطباً من الخطّاب [٣]. وقد قال قوم: تُردّ إليه امرأته [٤].

← سنداً وعدداً بالنسبة للأخبار الأول النافية للحدّ. (مسالك الأفهام ١٠: ٢٤٥، كشف اللثام ٨: ٣٢٣ ـ ٣٢٤، عيون الحقائق ١: ١٤٩ ـ ١٥٠، رياض المسائل ١١: ٣٠٣ ـ ٣٠٤، جواهر الكلام ٣٤: ٦٧ ـ ٦٩، مهذّب الاحكام ٢٦: ٢٦٤ ـ ٢٦٥).

* لا خلاف عند الإماميّة نصّاً وفتوىً في أنّ الفراش لم يعد، ولم يزل التحريم المؤبّد بعد أن أكذب نفسه، بل ولا إشكال؛ استصحاباً لحكم اللعان، وخصوص الأخبار.

منها: ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في حديثٍ، قال: سألته عن الملاعنة التي يقذفها زوجها وينتفي ولدها، فيلاعنها ويفارقها، ثم يقول بعد ذلك: الولد ولدي ويكذّب نفسه، فقال: «أمّا المرأة فلاترجع إليه أبداً، وأمّا الولد فإنّي أردّه إليه إذا ادّعاه...» الحديث.

ومنها: ما رواه محمد بن الفضيل أنّه سأل الكاظم عليه السلام عن رجلٍ لاعن امرأته وانتفى من ولدها، ثم أكذب نفسه، هل يردّ عليه ولدها؟ قال: إذا اكذب نفسه جلد الحد ويرد عليه ابنه، ولاترجع اليه امرأته أبداً. (مسالك الأفهام ١٠: ٢٤٥، كشف اللثام ٨: ٣٢٣، ٣٢٤، عيون الحقائق ١: ١٤٩ ـ ١٥٠، رياض المسائل ١١: ٣٠٣، جواهر الكلام ٣٤: ٦٨).

---

١. الاستذكار ١٧: ٢٢٢، ٢٢٤، الإفصاح ٢: ١٣٧.

٢. المحلّى بالآثار ١٠: ١٤٤، الاستذكار ١٧: ٢٣١ ـ ٢٣٣، البيان للعمراني ١٠: ٤٢٢، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٥٠٦، رؤوس المسائل الخلافية ٤: ٣٠١.

٣. بدائع الصنائع ٣: ٢٤٨ ـ ٢٤٩، المبسوط للسرخسي ٧: ٤٧، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٥٠٦.

٤. الاستذكار ١٧: ٢٣٦، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٥٠٦، ٥٠٧.

وحجّة الفريق الأول: قول رسول الله ﷺ: «لا سبيل لك عليها»[١]، ولم يستثن، فأطلق التحريم[٢]. وحجّة الفريق الثاني: أنّه إذا أكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان، فكما يلحق به الولد كذلك تردُّ المرأة عليه، وذلك أنّ السبب الموجب للتحريم إنّما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما، مع القطع بأنّ أحدهما كاذب، فإذا انكشف ارتفع التحريم[٣].

١. صحيح مسلم ٢: ١١٣١ ـ ١١٣٢، كتاب اللعان، الحديث ١٤٩٣/٥.

٢. المقدّمات الممهّدات ١: ٦٣٧ ـ ٦٣٨، الاستذكار ١٧: ٢٣٥.

٣. الاستذكار ١٧: ٢٣٧، بدائع الصنائع ٥: ٥٤.

الفصل الخامس في الأحكام اللازمة لتمام اللعان

فأمّا موجبات اللعان، فإنّ العلماء اختلفوا من ذلك في مسائل، منها: هل تجب الفرقة أم لا؟ وإن وجبت فمتى تجب؟ وهل تجب بنفس اللعان أم بحكم الحاكم؟ وإن وقعت فهل هي طلاق أو فسخ؟

فذهب الجمهور إلىٰ أنّ الفرقة تقع باللعان [1]*؛ لما اشتهر من ذلك في أحاديث اللعان

---

* ذهبت الإماميّة إلى أنّ الفرقة التي تترتّب بعد تمام لعان المتلاعنين ـ وكذا سائر أحكامه ولوازمه ـ تحصل بنفس اللعان، ولاتفتقر إلى تفريق الحاكم بينهما.

واستدلّ له ـ مضافاً إلى الاجماع في المقام ـ بالنصوص:

منها: ما رواه عبدالرحمان بن الحجّاج في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث، وفيه: «أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله بعدما تمّ اللعان فرّق بينهما، وقال لهما: لاتجتمعا بنكاح أبداً بعدما تلاعنتما».

ومنها: ما رواه زرارة عن أبي عبدالله الصادق عليه السلام أنّه قال بعد بيان كيفية اللعان: «ثمّ لاتحلّ له إلى يوم القيامة».

ولا خلاف أيضاً في أنّ هذه الفرقة تحصل ظاهراً وباطناً، سواء كان الزوج صادقاً أو هي صادقة. (مسالك الأفهام ١٠: ٢٤٣، كشف اللثام ٨: ٣٢٢، عيون الحدائق ١: ١٤٦ ـ ١٤٧، جواهر الكلام ٣٤: ٦٥ ـ ٦٦، مهذّب الأحكام ٢٦: ٢٦٢).

---

١. الإفصاح ٢: ١٣٧، الاستذكار ١٧: ٢٢٢، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٥٠٥، الوسيط ٦: ١٠٧، البيان للعمراني ١٠: ٤١٨.

من أنّ رسول الله ﷺ فرّق بينهما [١ و ٢]. وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه: فكانت تلك سنّة المتلاعنين [٣]، ولقوله ﷺ: «لا سبيل لك عليها» [٤]. وقال عثمان البتي وطائفة من أهل البصرة: لايعقب اللعان فرقة [٥]. واحتجّوا بأنّ ذلك حكم لم تتضمنه آية اللعان، ولا هو صريح في الأحاديث؛ لأنّ في الحديث المشهور أنّه طلّقها بحضرة النبي ﷺ، فلم ينكر ذلك عليه. وأيضاً فإنّ اللعان إنّما شُرِّع لدرء حدّ القذف، فلم يوجب تحريماً تشبيهاً بالبيّنة [٦].

وحجّة الجمهور أنّه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاتر وإبطال حدود الله ما أوجب أن لايجتمعا بعده أبداً؛ وذلك أنّ الزوجيّة مبناها على المودّة والرحمة، وهؤلاء قد عدموا ذلك كلّ العدم، ولا أقلّ من أن تكون عقوبتهما الفرقة. وبالجملة: فالقبح الذي بينهما غاية القبح [٧].

وأمّا متىٰ تقع الفرقة، فقال مالك والليث وجماعة: إنّها تقع إذا فرغا جميعاً من اللعان [٨*]،

---

* لا خلاف عند الإماميّة في أنّ الفرقة لاتحصل إلّا بعد وقوع اللعان الجامع للشرائط من المتلاعنين معاً، فلا تحصل بلعان الزوج خاصّة.

واستدلّ له ـ مضافاً إلى الإجماع ـ بالأصل، وتعليقها في الأخبار المتقدّمة على التلاعن. (مسالك الأفهام ١٠: ٢٤٢، ٢٤٣، كشف اللثام ٨: ٣٢٢، عيون الحقائق ١: ١٤٦، جواهر الكلام ٣٤: ٦٥، مهذّب الأحكام ٢٦: ٢٦٢).

---

١. صحيح البخاري ٦: ١٨٥ ـ ١٨٦، كتاب التفسير، تفسير سورة النور، باب قوله: (ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله...)، الحديث ٢٦٩.

٢. الاستذكار ١٧: ٢٢٤.

٣. الموطّأ ٢: ٥٦٧، كتاب الطلاق، باب ما جاء في اللعان، ذيل الحديث ٣٤.

٤. صحيح مسلم ٢: ١١٣١ ـ ١١٣٢، كتاب اللعان، الحديث ١٤٩٣/٥.

٥. الاستذكار ١٧: ٢٢٣، ٢٢٨، المغني لابن قدامة ٩: ٣٠ ـ ٣١، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٥٠٥.

٦. أنظر: الاستذكار ١٧: ٢٢٨ ـ ٢٢٩، أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٢٩٠ ـ ٢٩١، المغني لابن قدامة ٩: ٣٠ ـ ٣١.

٧. أنظر: فتح المالك ٧: ٣٠٢ ـ ٣٠٣.

٨. الاستذكار ١٧: ٢٢٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٨٩، المعونة ٢: ٩٠٨، المغني لابن قدامة ٩: ٣٠.

وقال الشافعي: إذا أكمل الزوج لعانه وقعت الفرقة [١]، وقال أبو حنيفة: لاتقع إلّا بحكم حاكم [٢]، وبه قال الثوري وأحمد [٣].

وحجّة مالك على الشافعي حديث ابن عمر، قال: فرّق رسول الله ﷺ بين المتلاعنين وقال: «حسابكما على الله، أحدكما كاذب، لاسبيل لك عليها» [٤]، وما روي: أنّه لم يفرّق بينهما إلّا بعد تمام اللعان [٥ و٦].

وحجّة الشافعي: أنّ لعانها إنّما تدرأ به الحدّ عن نفسها فقط، ولعان الرجل هو المؤثّر في نفي النسب، فوجب إن كان للعان تأثير في الفرقة أن يكون لعان الرجل تشبيهاً بالطلاق [٧].

وحجّتهما جميعاً على أبي حنيفة. أنّ النبي ﷺ أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما، فدلّ ذلك على أنّ اللعان هو سبب الفرقة [٨].

وأمّا أبو حنيفة فيرىٰ أنّ الفراق إنّما نفذ بينهما بحكمه وأمره ﷺ بذلك حين قال: «لا سبيل لك عليها» فرأى أنّ حكمه شرط في وقوع الفرقة، كما أنّ حكمه شرط في صحّة اللعان [٩].

فسبب الخلاف بين من رأىٰ أنّه تقع به فرقة وبين من لم يرَ ذلك: أنّ تفريق النبي ﷺ بينهما ليس هو بيّناً في الحديث المشهور؛ لأنّه بادر بنفسه فطلّق قبل أن يخبره بوجوب الفرقة، والأصل أن لا فرقة إلّا بطلاق، وأنّه ليس في الشرع تحريم بتأبّد، أعني: متّفقاً عليه. فَمَن

---

١. الأم ٥: ٤١٧، البيان للعمراني ١٠: ٤١٨.

٢. بدائع الصنائع ٥: ٥٠، مختصر اختلاف العلماء ٢: ٥٠٥.

٣. المغني لابن قدامة ٩: ٣٠، الاستذكار ١٧: ٢٢٣.

٤. مرَّ آنفاً.

٥. مرَّ آنفاً.

٦. الاستذكار ١٧: ٢٢٤، المعونة ٢: ٩٠٨.

٧. الاستذكار ١٧: ٢٢٧، الحاوي الكبير ١١: ٥٣.

٨. الاستذكار ١٧: ٢٢٤، ٢٢٦، البيان للعمراني ١٠: ٤١٨ ـ ٤١٩.

٩. ذكر العمراني الشافعي في كتابه البيان (١٠: ٤١٨) استدلال أبي حنيفة بالحديث المذكور، وأمّا ما في أيدينا من كتب الحنفية فتذكر الاستدلال بحديث: «المتلاعنان لايجتمعان أبداً». أنظر: تحفة الفقهاء ٢: ٢٢٢، المبسوط للسرخسي ٧: ٤٦، بدائع الصنائع ٥: ٥٣.

غلَّب هذا الأصل على المفهوم لاحتماله نفيٰ وجوب الفرقة، ومَن قال بالمفهوم قال بايجابها.

وأمّا سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أو لم يشترطه: فتردّد هذا الحكم بين أن يغلَّب عليه شَبَه الأحكام التي يشترط في صحّتها حكم الحاكم أو لا يشترط ذلك فيها.

وأمّا **المسألة الرابعة** وهي: إذا قلنا: إنّ الفرقة تقع، فهل ذلك فسخ أو طلاق؟ فإنّ القائلين بالفرقة اختلفوا في ذلك، فقال مالك والشافعي: هو فسخ [١]*، وقال أبو حنيفة: هو طلاق بائن [٢].

وحجّة مالك: تأبيد التحريم به، فأشبه ذات المحرم [٣]. وأمّا أبو حنيفة: فشبّهها بالطلاق؛ قياساً على فرقة العنّين؛ إذ كانت عنده بحكم الحاكم [٤].

---

* المعروف عند الإماميّة أنّ فرقة اللعان فسخ، وليس طلاقاً، لا لغةً ولا شرعاً ولا عرفاً، بل في الخلاف نسبته إلى إجماع الفرقة.

واستدلّ له ـ مضافاً للإجماع ـ بأنّه لو كان طلاقاً لوجب فيه ألفاظه، واعتبرت شرائطه من الطهر والسلامة من الحيض وشهادة الشاهدين، ولم تحرم مؤبّداً ابتداءً.

(الخلاف ٥: ٢٥ ـ ٢٦، قواعد الأحكام ٣: ١٩٠، مسالك الأفهام ١٠: ٢٦٠، كشف اللثام ٨: ٣٢٣، عيون الحقائق ١: ١٤٨، جواهر الكلام ٣٤: ٨٣).

---

١. عيون المجالس ٣: ١٣١٣، التفريع ٢: ١٠٠، البيان للعمراني ١٠: ٤١٩، الحاوي الكبير ١١: ٥٤.

٢. تحفة الفقهاء ٢: ٢٢٢، بدائع الصنائع ٥: ٥٣.

٣. المقدّمات الممهّدات ١: ٦٣٧، المعونة ٢: ٩٠٩.

٤. بدائع الصنائع ٥: ٥٣ ـ ٥٤، وانظر: المبسوط للسرخسي ٧: ٤٧.

كتاب الإحداد

كتاب الإحداد

أجمع المسلمون علىٰ أنّ الإحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات في عدّة الوفاة [1]* إلّا الحسن وحده [2].

واختلفوا فيما سوىٰ ذلك من الزوجات، وفيما سوىٰ عدّة الوفاة، وفيما تمتنع الحادة منه ممّا لاتمتنع. فقال مالك: الإحداد على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة [3]**.

---

* أجمع علماء الإماميّة علىٰ وجوب الحداد على المرأة الحرّة المتوفّىٰ عنها زوجها؛ للأخبار المستفيضة، منها: صحيحة ابن أبي يعفور عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن المتوفّىٰ عنها زوجها، قال: «لاتكتحل للزينة، ولاتطيب، ولاتلبس ثوباً مصبوغاً، ولاتبيت عن بيتها، وتقتضي الحقوق، وتمتشط بغسلة، وتحجّ وإن كانت في عدّتها». (جواهر الكلام ٣٢: ٢٧٦ ـ ٢٧٧، مسالك الأفهام ٩: ٢٧٦، رياض المسائل ١١: ١٣٤ ـ ١٣٥، كشف اللثام ٨: ١١٨).

** لا خلاف بين علماء الإماميّة في وجوب الحداد على الكبيرة والمسلمة والذمية، لإطلاق الأدلّة المتقدّم بعضها. ←

---

١. الإجماع لابن المنذر: ١٥٥، المدونة الكبرىٰ ٢: ٤٣٠، الأم ٥: ٣٣٢، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٦٩، الفقه النافع ٢: ٦٦٥، الاستذكار ١٨: ٢١٨، البيان للعمراني ١١: ٦٤.

٢. حكاه عن الحسن البصري: ابن المنذر في الإجماع: ١٥٥، والاشراف ١: ٢٦٩، والعمراني في البيان ١١: ٦٤.

٣. الاستذكار ١٨: ٢١٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٤٥، المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤٣٠ ـ ٤٣٤.

وأمّا الأمة يموت عنها سيدها، سواء كانت أم ولد أو لم تكن، فلا إحداد عليها عنده [١]*، وبه قال فقهاء الأمصار [٢]. وخالف قول مالك المشهور في الكتابية: ابن نافع وأشهب،

← وذهب المعظم منهم إلىٰ وجوبه على الصغيرة، وهو المشهور ـ بل ادّعى الطوسي عدم الخلاف فيه ـ إلّا أنّ ابن إدريس والعلّامة الحلّي تردّدا فيه، وتبعهما آخرون.

ووجه التردّد ناشئ من إطلاق الأدلّة المتقدّم بعضها، ومن أنّ الحداد تكليف لايتوجّه إلى الصغيرة. وقال العلّامة: وقول ابن إدريس لابأس به؛ لأنّ الحداد هو ترك ما يحصل به الجمال والزينة، ولبس الثياب المزعفرات والملونات التي تدعو النفس إليها، ويميل الطباع نحوها، وهو إنّما يؤثّر في البالغ دون الصبية غالباً. (مسالك الأفهام ٩: ٢٧٨، جواهر الكلام ٣٢: ٢٨١، فقه الصادق ٢٣: ٥١ ـ ٥٢، مختلف الشيعة ٧: ٤٩٥ ـ ٤٩٦، الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٧٣ ـ ٤٧٤، تحرير الأحكام الشرعية ٤: ١٦٧).

* اختلف علماء الإماميّة في وجوب الحداد على الأمة المزوّجة، سواء كانت أم ولد أو لا، على قولين:

الأول ـ وهو الأشهر ـ: عدم الوجوب، وذهب إليه جماعة؛ لصحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «إنّ الأمة والحرّة كلتيهما إذا مات عنهما زوجهما سواء في العدّة، إلّا أنّ الحرّة تحدّ والأمة لاتحدّ»، بالاضافة إلىٰ أصالة البراءة.

الثاني: الوجوب، وذهب إليه جماعة، محتجّين بإطلاق النبوي المرسل، وهو قوله صلى الله عليه وآله: «لايحلّ لامرأةٍ تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ علىٰ ميّت فوق ثلاث ليال، إلّا علىٰ زوج أربعة أشهر وعشراً». (مختلف الشيعة ٧: ٤٩٦ ـ ٤٩٧، رياض المسائل ١١: ١٣٦ ـ ١٣٧، جواهر الكلام ٣٢: ٢٨١ ـ ٢٨٢، الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٧٤ ـ ٤٧٥).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٤٨.

٢. الاشراف لابن المنذر ١: ٢٧٠، المغني لابن قدامة ٩: ١٦٧، الفقه النافع ٢: ٦٦٦ ـ ٦٦٧، البيان للعمراني ١١: ٦٥.

ورويا عن مالك [١]، وبه قال الشافعي، أعني: أنّه لا إحداد على الكتابية [٢]. وقال أبو حنيفة: ليس على الصغيرة ولا على الكتابية إحداد [٣]*. وقال قوم: ليس على الأمة المزوَّجة إحداد، وقد حكي ذلك عن أبي حنيفة [٤].

فهذا هو اختلافهم المشهور في من عليه إحداد من أصناف الزوجات ممّن ليس عليه إحداد. وأمّا اختلافهم من قبل العِدد، فإنّ مالكاً قال: لا إحداد إلّا في عدّة الوفاة [٥]، وقال أبو حنيفة والثوري: الإحداد في العدّة من الطلاق البائن واجب [٦]. وأمّا الشافعي فاستحسنه للمطلّقة، ولم يوجبه [٧]**.

وأمّا الفصل الثالث، وهو ما تمتنع الحادّة منه ممّا لاتمتنع عنه، فإنّها تمتنع عند الفقهاء

---

* اتّضح ممّا تقدّم رأي الإماميّة في الكتابية، فلاحظ.

** لا خلاف بين علماء الإماميّة، بل ادّعي عليه الإجماع، في عدم وجوب الحداد على المطلّقة، بائنة كانت أو رجعية؛ لعدّة أدلّة:

منها: اختصاص أدلّة الوجوب بالمتوفّىٰ عنها زوجها، والذي يقتضي ـ حسب الأصل ـ عدم الوجوب علىٰ غيرها.

ومنها: معتبرة زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «المطلّقة تكتحل وتختضب وتطيّب ←

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤٣٠، الاستذكار ١٨: ٢١٩ ـ ٢٢١.

٢. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٤٤، الاشراف لابن المنذر ١: ٢٦٩، البيان للعمراني ١١: ٦٨، التهذيب للبغوي ٦: ٢٦٣، الأم ٥: ٣٣٥ ـ ٣٣٦، وفي جميعها القول بالإحداد.

٣. الهداية للمرغيناني ٢: ٣١٢، تحفة الفقهاء ٢: ٢٥١، ٢٥٣، الاستذكار ١٨: ٢٢٠.

٤. نقل العمراني في البيان (١١: ٦٧) حكايته عن أبي حنيفة، ونسبه ابن المنذر في الاشراف (١: ٢٧٠) إلى الحسن البصري، بينما نسبه عبدالوهاب في الاشراف (٢: ٨٠٠) إلىٰ قوم. ألّا أنّ المعروف عن الحنفية والموجود في مصادرهم وجوب الإحداد. أنظر: الفقه النافع ٢: ٦٦٦، تحفة الفقهاء ٢: ٢٥٣، بدائع الصنائع ٤: ٤٦٣، المبسوط ٦: ٦٨.

٥. التفريع ٢: ١١٩، المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤٣٠، المعونة ٢: ٩٢٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٩٥.

٦. الاستذكار ١٨: ٢٢٢، الهداية للمرغيناني ٢: ٣١١ ـ ٣١٢، تحفة الفقهاء ٢: ٢٥١، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢٨١.

٧. الأم ٥: ٣٣٢، الاستذكار ١٨: ٢٢٢.

بالجملة من الزينة الداعية للرجال إلى النساء، وذلك كالحلي والكحل إلّا ما لم تكن فيه زينة، ولباس الثياب المصبوغة [١] إلّا السواد، فإنّه لم يكره مالك لها لبس السواد [٢]*، ورخّص كلُّهم في الكحل عند الضرورة [٣]، فبعضهم اشترط فيه ما لم يكن فيه زينة [٤]، وبعضهم لم يشترطه [٥]، وبعضهم اشترط جعله بالليل دون النهار [٦]*.

← وتلبس ما شاءت من الثياب؛ لأنّ الله تعالى يقول: ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْراً﴾ [٧]».

(مسالك الأفهام ٩: ٢٧٩، الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٧٦، رياض المسائل ١١: ١٣٦، فقه الصادق ٢٣: ٥٣).

* الذي عليه فقهاء الإماميّة أنّ الحادّة يجب عليها ترك الزينة في البدن، بمثل التكحيل والتطيّب والخضاب وتحمير الوجه والخطاط ونحوها، وفي اللباس بلبس الأحمر والأصفر والحلي ونحوها. فتجتنب كلّما يجلب الأبصار إليها، ويدعو إلىٰ مباشرتها، من تحسين وتطيّب وزينة.

وأمّا الثوب الأسود فصرّح الأكثر بعدم حرمة لبسه؛ لأنّه لا يتّخذ عادةً إلّا لمصيبة أو دفع وسخ، أو قل: إنّه بعيد عن الزينة، التي هي المدار في الحرمة. (قواعد الأحكام ٣: ١٤٣، جواهر الكلام ٣٢: ٢٨٠، المبسوط ٥: ٢٦٤ ـ ٢٦٥، تحرير الأحكام ٤: ١٦٩).

** لا خلاف بين علماء الإماميّة في جواز الاكتحال للحادّة إذا كانت هناك ضرورة، إلّا أنّ كثيراً منهم قيّده بأنّه إذا تأدّت الحاجة باستعماله ليلاً فلابدّ من مسحه نهاراً. (جواهر الكلام ٣٢: ٢٨١، الروضة البهية ٢: ٣٩٣، تحرير الأحكام ٤: ١٦٨، مهذّب الأحكام ٢٦: ١١٠، مسالك الأفهام ٩: ٢٧٧).

---

١. الأم ٥: ٣٣٣ ـ ٣٣٤، المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤٣١، المغني لابن قدامة ٩: ١٧٠، المبسوط للسرخسي ٦: ٦٨.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤٣١، فتح المالك ٧: ٣٨٥، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٥٨٠.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤٣١، الأم ٥: ٣٣٤، الاستذكار ١٨: ٢٣٢ ـ ٢٣٤، المغني لابن قدامة ٩: ١٦٩، بدائع الصنائع ٤: ٤٦١.

٤. الاستذكار ١٨: ٢٣٢ ـ ٢٣٣، المغني لابن قدامة ٩: ١٦٩، الأم ٥: ٣٣٤، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢٧٨.

٥. الاستذكار ١٨: ٢٣٤، المدوّنة الكبرىٰ ٢: ٤٣١.

٦. الأم ٢: ٣٣٤، الاستذكار ١٨: ٢٣٣، المغني لابن قدامة ٩: ١٦٩.

٧. سورة الطلاق: ١.

وبالجملة فأقاويل الفقهاء فيما تجتنب الحادّة متقاربة، وذلك ما يحرّك الرجال بالجملة إليهنّ.

وإنّما صار الجمهور لإيجاب الإحداد في الجملة؛ لثبوت السنّة بذلك عن رسول الله ﷺ، فمنها: حديث أم سلمة زوج النبي عليه الصلاة والسلام: أنّ امرأةً جاءت إلىٰ رسول الله ﷺ فقالت: يارسول الله! إنّ ابنتي توفّي عنها زوجها، وقد اشتكت عينيها، أفتكتحلهما؟ فقال رسول الله ﷺ: «لا» مرتين أو ثلاثاً، كلّ ذلك يقول لها: لا، ثم قال: «إنّما هي أربعة أشهر وعشر، وقد كانت إحداكنّ ترمي بالبعرة علىٰ رأس الحول»[١]. وقال أبو محمد: فعلىٰ هذا الحديث يجب التعويل على القول بإيجاب الإحداد[٢].

وأمّا حديث أم حبيبة حين دعت بالطيب فمسحت به عارضيها، ثم قالت: والله مالي به من حاجة، غير أنّي سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لايحلّ لامرأةٍ مؤمنةٍ تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ علىٰ ميت فوق ثلاث ليال، إلّا علىٰ زوجٍ أربعة أشهر وعشراً»[٣]، فليس فيه حجّة؛ لأنّه استثناء من حظر، فهو يقتضي الإباحة دون الإيجاب. وكذلك حديث زينب بنت جحش[٤].

قال القاضي: وفي الأمر إذا ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلّمين، أعني: هل يقتضي الوجوب أو الإباحة؟[٥]

وسبب الخلاف بين من أوجبه على المسلمة دون الكافرة: أنّ من رأىٰ أن الإحداد عبادة

---

١. صحيح البخاري ٧: ١٠٥ ـ ١٠٦، كتاب العدّة، باب تحدّ المتوفّىٰ عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً، الحديث ٧٤، صحيح مسلم ٢: ١١٢٤، كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدّة الوفاة، الحديث ١٤٨٨.

٢. المعونة ٢: ٩٢٨ ـ ٩٢٩، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٧٩٩.

٣. صحيح البخاري ٧: ١٠٥، كتاب العدّة، باب تحدّ المتوفّىٰ عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً، الحديث ٧٤، صحيح مسلم ٢: ١١٢٣ ـ ١١٢٤ كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدّة الوفاة، الحديث ١٤٨٦/٥٨.

٤. صحيح البخاري ٧: ١٠٥، كتاب العدّة، باب تحدّ المتوفّىٰ عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً، الحديث ٧٤، صحيح مسلم ٢: ١١٢٤، كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدّة الوفاة، الحديث ١٤٨٧.

٥. إحكام الفصول ١: ٨٦، الضروري في أصول الفقه: ١٢٢.

لم يلزمه الكافرة [١]، ومن رأىٰ أنّه معنىً معقول، وهو تشوّف [٢] الرجال إليها، وهي إلى الرجال سوىً بين الكافرة والمسلمة [٣]، ومن راعىٰ تشوّف الرجال دون تشوّف النساء فرّق بين الصغيرة والكبيرة إذا كانت الصغيرة لا يتشوّف الرجال إليها [٤].

ومن حجّة من أوجبه على المسلمات دون الكافرات: قوله عليه الصلاة والسلام: «لايحلّ لامرأةٍ تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدَّ، إلّا علىٰ زوج» [٥] قال: وشرطه الإيمان في الإحداد يقتضي أنّه عبادة [٦]*.

وأمّا من فرّق بين الأمة والحرّة وكذلك الكتابية، فلأنّه زعم أنّ عدّة الوفاة أوجبت شيئين باتّفاق: أحدهما: الإحداد، والثاني: ترك الخروج، فلمّا سقط ترك الخروج عن الأمة بتبذّلها والحاجة إلىٰ استخدامها، سقط عنها منع الزينة.

وأمّا اختلافهم في المكاتبة فمن قبل تردّدها بين الحرّة والأمة **. وأمّا الأمة بملك اليمين وأمّ الولد، فإنّما صار الجمهور إلىٰ إسقاط الإحداد عنها لقوله عليه الصلاة والسلام: «لايحلّ لامرأةٍ تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدَّ، إلّا على زوج» فعلم بدليل الخطاب أنّ من عدا ذات الزوج لايجب عليها إحداد [٧]***.

---

* تقدّم رأي الإماميّة في المسألة.

** مرّ ذكر اختلاف الإماميّة في الأمة، ومنه يعلم حكم المكاتبة.

*** مرّ الكلام في المسألة، فراجع.

---

١. الفقه النافع ٢: ٦٦٦، البيان للعمراني ١١: ٦٨، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٤٤، الاستذكار ١٨: ٢٢٠.

٢. تشوَّفت المرأة: إذا تزيّنت وظهرت. (المحيط في اللغة ٧: ٣٨٩، ترتيب كتاب العين ٢: ٩٥٤)

٣. أنظر: الاستذكار ١٨: ٢١٩ ـ ٢٢٠، الحاوي الكبير ١١: ٢٨٤.

٤. أنظر: الحاوي الكبير ١١: ٢٨٣، الاستذكار ١٨: ٢١٩، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٢٧٥.

٥. صحيح البخاري ٧: ١٠٥، كتاب العدّة، باب تحدّ المتوفّىٰ عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً، صحيح مسلم ٢: ١١٢٣ ـ ١١٢٤، كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدّة الوفاة، الحديث ٥٨/١٤٨٦ و١٤٨٧.

٦. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٤٤، المعونة ٢: ٩٣٠.

٧. المعونة ٢: ٩٣٠، الاستذكار ١٨: ٢٣٥ ـ ٢٣٦، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٤٥.

ومن أوجبه على المتوفّىٰ عنها زوجها دون المطلّقة، فتعلّق بالظاهر المنطوق به [١]، ومن ألحق المطلّقات بهنّ فمن طريق المعنىٰ، وذلك أنّه يظهر من معنىٰ الإحداد أنّ المقصود به أن لايتشوّف إليها الرجال في العدّة، ولاتتشوّف هي إليهم، وذلك سدّاً للذريعة؛ لمكان حفظ الأنساب [٢]*، والله أعلم.

كمل كتاب الطلاق والحمد لله على آلائه، والشكر علىٰ نعمه، ويتلوه كتاب البيوع إن شاء الله تعالىٰ.

---

* مرّ الكلام في أصل المسألة مع دليلها، فراجع.

١. المعونة ٢: ٩٢٨، الكافي لابن قدامة ٣: ٢١٠، الأم ٥: ٣٣٢، الاستذكار ١٨: ٢٢١.

٢. الكافي لابن قدامة ٣: ٢١٠، الاستذكار ١٨: ٢٢٢، وانظر: بدائع الصنائع ٤: ٤٦٢.

كتاب البيوع

كتاب البيوع

الكلام في البيوع ينحصر في خمس جمل: في معرفة أنواعها، وفي معرفة شروط الصحّة في واحدٍ واحدٍ منها، وفي معرفة شروط الفساد، وفي معرفة أحكام البيوع الصحيحة، وفي معرفة أحكام البيوع الفاسدة.

فنحن نذكر أنواع البيوع المطلقة، ثم نذكر شروط الفساد والصحّة في واحدٍ واحدٍ منها، وأحكام بيوع الصحّة، وأحكامَ البيوع الفاسدة.

ولمّا كانت أسباب الفساد والصحّة في البيوع منها عامّة لجميع أنواع البيوع أو لأكثرها، ومنها خاصّة، وكذلك الأمر في أحكام الصحة والفساد، اقتضى النظر الصناعي أن نذكر المشترك من هذه الأصناف الأربعة، أعني: العامَّ من أسباب الفساد وأسباب الصحّة، وأحكام الصحّة وأحكامِ الفساد لجميع البيوع، ثمّ نذكر الخاصّ من هذه الأربعة بواحدٍ واحدٍ من البيوع.

فينقسم هذا الكتاب باضطرار إلىٰ ستّة أجزاء:

الجزء الأول: تُعرف فيه أنواع البيوع المطلقة.

والثاني: تُعرف فيه أسباب الفساد العامّة في البيوع المطلقة أيضاً، أعني: في كلّها أو أكثرها، إذ كانت أعرفَ من أسباب الصحّة.

الثالث: تُعرف فيه أسباب الصحّة في البيوع المطلقة أيضاً.

الرابع: نذكر فيه أحكام البيوع الصحيحة، أعني: الأحكام المشتركة لكلّ البيوع الصحيحة أو لأكثرها.

الخامس: نذكر فيه أحكام البيوع الفاسدة المشتركة، أعني: إذا وقعت.

السادس: نذكر فيه نوعاً نوعاً من البيوع بما يخصّه من الصحّة والفساد وأحكامها.

الجزء الأول: [أنواع البيوع المطلقة]

إنّ كلَّ معاملة وُجدت بين اثنين، فلا يخلو: أن تكون عيناً بعين، أو عيناً بشيء في الذمّة، أو ذمّة بذمّة. وكلّ واحد من هذه الثلاث: إمّا نسيئةٌ، وإمّا ناجزٌ. وكلّ واحد من هذه أيضاً: إمّا ناجز من الطرفين، وإمّا نسيئة من الطرفين، وإمّا ناجز من الطرف الواحد نسيئة من الطرف الآخر. فتكون أنواع البيوع تسعةً.

فأمّا النسيئة من الطرفين فلايجوز بإجماع، لا في العين ولا في الذمّة [١] *؛ لأنّه الدَّين بالدَّين المنهي عنه [٢].

وأسماء هذه البيوع: منها ما يكون من قِبَل صفة العقد وحال العقد، ومنها ما يكون من قِبل صفة العين المبيعة. وذلك أنّها إذا كانت عيناً بعين فلا تخلو: أن تكون ثمناً بمثمون أو ثمناً بثمن، فإن كانت ثمناً بثمن سُمّي صرفاً، وإن كانت ثمناً بمثمون سُمّي بيعاً مطلقاً، وكذلك مثموناً [٣] بمثمون على الشروط التي تُقال بعد، وإن كان عيناً بذمّة سُمّي سَلَماً.

وإن كان على الخيار سُمّي بيع خيار، وإن كان على المرابحة سُمّي بيع مرابحة، وإن كان على المزايدة سُمّي بيع مزايدة.

---

* سيأتي بيان رأي الإماميّة عند قوله: «وأمّا الدين بالدين، فأجمع المسلمون على منعه...».

---

١. الإجماع لابن المنذر: ١٦٠، الإفصاح ١: ٣٠٢.

٢. السنن الكبرى للبيهقي ٥: ٢٩٠، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين، المصنّف لابن أبي شيبة ٦: ٥٩٨، كتاب البيوع والأقضية، باب من كره أجلاً بأجل، الحديث ٢١٦٩.

٣. أي من غير النقود.

الجزء الثاني

[أسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة]

وإذا اعتُبرت الأسباب التي من قِبَلها ورد النهي الشرعي في البيوع ـ وهي أسباب الفساد العامّة ـ وجِدت أربعةً:

أحدها: تحريم عين المبيع.

والثاني: الربا.

والثالث: الغرر.

والرابع: الشروط التي تؤول إلى أحد هذين أو لمجموعهما.

وهذه الأربعة هي بالحقيقة أصول الفساد، وذلك أنّ النهي إنّما تعلّق فيها بالبيع من جهة ما هو بيع، لا لأمر من خارج. وأمّا التي ورد النهي فيها لأسبابٍ من خارج، فمنها: الغشّ، ومنها: الضرر، ومنها: لمكان الوقت المستحَقّ بما هو أهمّ منه، ومنها: لأنّها محرّمة البيع.

ففي هذا الجزء أبواب:

الباب الأول في الأعيان المحرَّمة البيع

وهذه على ضربين: نجاسات وغير نجاسات. فأمّا بيع النجاسات فالأصل في تحريمها حديث جابر، ثبت في الصحيحين قال: قال رسول الله ﷺ: «إنّ الله ورسوله حرَّما بيع الخمر

والميتة والخنزير والأصنام» فقيل: يارسول الله! أرأيت شحومَ الميتة فإنّه يُطلىٰ بها السفن، ويستصبح بها؟ فقال: «لعنَ اللهُ اليهودَ! حُرِّمت الشحوم عليهم فباعوها وأكلوا أثمانها»[١]*.

وقال في الخمر: «إنَّ الذي حَرَّمَ شُرْبَها حرَّم بيعَها»[٢].

والنجاسات على ضربين: ضرب اتّفق المسلمون على تحريم بيعها، وهي: **الخمر**[٣]**،

---

* لا خلاف يعتدّ به بين الإماميّة في حرمة التكسّب بالأعيان النجسة التي لاتقبل الطهارة بغير الاستحالة، عدا ما استثني؛ كبعض أفراد الكلب والرقّ الكافر في الجملة.

والأصل في تحريم ذلك قول الإمام الصادق عليه السلام المروي في تحف العقول: «أو شيء من وجوه النجس، فهذا كلّه حرام محرَّم؛ لأنّ ذلك كلّه منهيّ عن أكله وشربه، ولبسه وملكه، وإمساكه والتقلّب فيه، فجميع تقلّبه في ذلك حرام». (الحدائق الناضرة ١٨: ٦٨ ـ ٧٢، جواهر الكلام ٢٢: ٨ ـ ٩).

** أجمعت الإماميّة علىٰ حرمة التكسّب بالخمر وسائر المسكرات ـ المائعة بالأصالة ـ بالأدلّة الثلاثة، قال تعالى: ﴿إِنَّما الخَمْرُ وَالمَيْسِرُ وَالأَنْصابُ وَالأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾[٤]، وإطلاق الأمر بالاجتناب يعمّ الاجتناب عن بيعه وشرائه أيضاً ولو بقرينة الأخبار الآتية. والإجماع محقّق عليه، والنصوص متواترة، منها: قول أبي جعفر عليه السلام في موثّق عمار: «والسحت أنواع كثيرة، منها: أُجور الفواجر، وثمن الخمر والنبيذ والمسكر...» الخبر.

والحكم عامّ لجميع المسكرات؛ للتصريح به في مورد الإجماع، وما تقدّم من موثّق عمّار، مع إطلاق «الخمر» على كلّ مسكر لغةً وشرعاً. (مسالك الأفهام ٣: ١١٩، رياض المسائل ٨: ٤٠، جواهر الكلام ٢٢: ٨، المكاسب ١: ٤٢، مهذّب الأحكام ١٦: ٣٨).

---

١. صحيح البخاري ٣: ١٧٣، كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام، الحديث ١٧٨، صحيح مسلم ٣: ١٢٠٧، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، الحديث ١٥٨١/٧١.

٢. صحيح مسلم ٣: ١٢٠٦، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر، الحديث ١٥٧٩/٦٨.

٣. الإجماع لابن المنذر: ١٥٨، المقدّمات الممهّدات ٢: ٦٢، الإقناع لابن المنذر: ١٧٠.

٤. المائدة: ٩٠.

وأنّها نجسة، إلّا خلافاً شاذّاً في الخمر، أعني في كونها نجسة [١]. والميتة بجميع أجزائها التي تقبل الحياة *، وكذلك الخنزير بجميع أجزائه التي تقبل الحياة [٢] **. واختُلف في الانتفاع بشعره، فأجازه ابن القاسم [٣]، ومنعه أصبغ [٤].

---

* لا خلاف بين الإماميّة في تحريم المعاوضة على الميتة وأجزائها التي تحلّها الحياة من ذي النفس السائلة.

ويدلّ عليه من الأخبار قولهﷺ في النبوي المشهور: «إنّ الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه» وما دلّ على أنّ الميتة لاينتفع بها، مع أنّه اشترطت الفائدة المحلّلة المقصودة في المبيع.

نعم، لابأس بما لاتحلّه الحياة من أجزائها، كما أنّه لابأس بميتة غير ذي النفس السائلة. (التنقيح الرائع ٢: ٥، مسالك الأفهام ٣: ١٢١، رياض المسائل ٨: ٤٠، جواهر الكلام ٢٢: ١٧، المكاسب ١: ٣١، مهذب الاحكام ١٦: ٤٠).

** لا خلاف عند الإماميّة ـ بل ادّعي عليه الاجماع ـ في حرمة التكسّب بالخنزير البري، وكذلك أجزائه.

نعم في استعمال شعر الخنزير وجلده خلاف بينهم، كما في جلد الميتة، إلّا أنّ الشيخ الأنصاري وغيره اختار جواز بيعه لو فرض جواز الانتفاع به منفعةً مقصودةً، وعلّل بأنّ ما دل على المنع عن بيع النجس من النص والاجماع ظاهر في كون المانع حرمة الانتفاع فإذا فرض وجود الانتفاع انتفى المانع وشمله العمومات والاطلاقات لوجود المقتضي. (رياض المسائل ٨: ٤٤، جواهر الكلام ٢٢: ٢٣، المكاسب ١: ٣١ ـ ٣٥، ٤١، مهذب الأحكام ١٦: ٤٠، ٤٨).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ١: ١٢٣.

٢. الإجماع لابن المنذر: ١٥٨، الإقناع لابن المنذر: ١٧٠، المقدّمات الممهّدات ٢: ٦٢.

٣. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٢٨، البيان والتحصيل ٨: ٤٦.

٤. المصدران السابقان.

وأمّا القسم الثاني ـ وهي النجاسات التي تدعو الضرورة إلى استعمالها؛ كالرجيع والزبل الذي يتّخذ في البساتين ـ فاختُلف في بيعها في المذهب، فقيل بمنعها مطلقاً[١]، وقيل بإجازتها مطلقاً[٢]، وقيل بالفرق بين العَذِرَة والزبل، أعني: إباحة الزبل ومنعَ العَذِرة[٣]*.

واختلفوا فيما يتّخذ من أنياب الفيل؛ لاختلافهم: هل هو نجس أم لا؟ فمن رأىٰ أنّه نابٌ

---

* لا خلاف يعتدّ به بين الإماميّة ـ بل ادّعي الإجماع ـ علىٰ عدم جواز التكسّب في أرواث ما لا يؤكل لحمه.

واستدلّ له ـ مضافاً للإجماع ـ بخبر يعقوب بن شعيب: «ثمن العذرة من السحت»، وبأنّ البيع مشروط بالملك، والعذرات غير مملوكة بالاتّفاق، بل هي والأبوال والدماء ليست من المتموّلات عرفاً.

وتوقّف بعضهم في حكم العذرة وغيرها من الأرواث النجسة، بل مال إلىٰ جواز بيعها؛ تمسّكاً بالأصل، واستضعافاً لدليل المنع، والتفاتاً إلىٰ ظهور الانتفاع بها في الزرع والغرس. هذا، وجوّز الكثير ـ بل الأكثر ـ من فقهائهم من زماننا بيعها.

وأمّا الأرواث الطاهرة، أي من الحيوان الذي يؤكل لحمه، ففي الجواهر لم يظهر لنا خلاف في جواز بيعها، بل سيرة المسلمين في الأعصار والأمصار من غير نكير على ذلك، مضافاً إلى أنّها أعيان طاهرة ينتفع بها نفعاً ظاهراً بيّناً في التسميد والإيقاد، فيحلّ بيعها كغيرها من الأعيان، وعموم قوله تعالىٰ: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾. (مسالك الأفهام ٣: ١٢١، جواهر الكلام ٢٢: ١٧ ـ ١٩، المكاسب ١: ٢٣ ـ ٢٦، فقه الصادق ١٤: ٥٠ ـ ٥١، مهذب الأحكام ١٦: ٥٠، ٥٢).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ١٦٠، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦١٨، المعونة ٢: ١٠٤١.

٢. عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦١٩، البيان والتحصيل ٨: ٨٣.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ١٦٠، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦١٨ ـ ٦١٩.

جَعَلَه ميتة [١]، ومن رأىٰ أنّه قَرْن معكوس جعل حكمه حكم القرْن. والخلاف فيه في المذهب [٢]*.

وأمّا ما حرم بيعه ممّا ليس بنجسٍ، أو مختلف في نجاسته: فمنها الكلب والسِّنَّوْر [٣]. أمّا الكلب فاختلفوا في بيعه، فقال الشافعي: لايجوز بيع الكلب أصلاً [٤]، وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك [٥]. وفرّق أصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع المأذون في اتّخاذه؛ وبين ما لايجوز اتّخاذه. فاتّفقوا على أنّ ما لايجوز اتّخاذه لايجوز بيعه للانتفاع به وإمساكه [٦]**.

---

* لاشكّ في جواز الانتفاع بعظم الفيل، بل دعوىٰ الإجماع في الخلاف علىٰ جواز التمشّط به واستعماله، ودعوىٰ عدم الخلاف في السرائر في جواز استعمال عظم الفيل في المداهن والأمشاط وغير ذلك.

وفي الخبر عن عبدالحميد بن سعد قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن عظام الفيل، أيحلّ بيعه وشراؤه للذي يجعل منه الأمشاط؟ فقال: «لا بأس، قد كان لأبي منه مشط أو أمشاط»، وفي آخر: «رأيت أبا الحسن عليه السلام يتمشّط بمشطٍ عاج، واشتريته له»، وفي ثالث عن العاج قال: «لابأس به، وإن لي منه لمشطاً». (جواهر الكلام ٢٢: ٣٥ ـ ٣٦، مفتاح الكرامة ٨: ٧٦، الخلاف ١: ٦٧، السرائر ٢: ٢٢٠).

** أجمعت الإماميّة على عدم جواز بيع الكلب ـ عدا ما استثني منه كما سيأتي تفصيله ـ واستدلّوا ـ مضافاً إلى الإجماع ـ بالنصوص الخاصة والعامة للنجاسات. منها: موثّقة أبان الوارد فيها: «ثمن الكلب الذي لايصيد سحت». (جواهر الكلام ٢٢: ١٣٦، رياض المسائل ٨: ٤٤، مسالك الأفهام ٣: ١٣٥).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ١٦١، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٢٠.

٢. عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٢٠.

٣. السنّور: الهر.

٤. الأم ٣: ١٥، التهذيب للبغوي ٣: ٥٦٢، البيان للعمراني ٥: ٤٥.

٥. كتاب الحجّة على أهل المدينة ٢: ٧٥٤، النتف في الفتاوى ١: ٤٩١.

٦. عيون المجالس ٣: ١٥٠٤، المنتقى للباجي ٥: ٢٨، البيان والتحصيل ٨: ٨٣ ـ ٨٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٢٧.

فأمّا من أراده للأكل فاختلفوا فيه، فمن أجاز أكلَه أجاز بيعه [١]، ومَن لم يُجِزْه ـ على رواية ابن حبيب [٢] ـ لم يُجِز بيعه [٣] *.

واختلفوا أيضاً في المأذون في اتّخاذه، فقيل: هو حرام [٤]، وقيل: مكروه [٥] **.

---

* أجمعت الإماميّة على تحريم أكل لحم الكلب؛ لأنّه نجس وسبع ومسوخ، فيشمله ما دلّ على حرمة ذلك من نصٍّ وإجماع. فعن الحسين بن خالد، قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: أيحلّ أكل لحم الفيل؟ فقال: «لا» فقلت: لِمَ؟ قال: «لأنّه مثلة، وقد حرّم الله لحوم الأمساخ، ولحم ما مثل به في صورها». (المبسوط ٦: ٢٨٠، مستند الشيعة ١٥: ٩٨ ـ ٩٩، جواهر الكلام ٣٦: ٢٩٢).

** لا خلاف عند الإماميّة في جواز المعاوضة على غير كلب الهراش من أنواع الكلاب في الجملة، فإنّ ما عدا كلب الهراش على أقسام:

أحدها: كلب الصيد السلوقي، وهو المتيقّن من الأخبار ومعاقد الإجماعات الدالّة على الجواز.

الثاني: كلب الصيد غير السلوقي، وبيعه جائز على المعروف من الفقهاء، ويدلّ عليه قبل الإجماع الأخبار، منها: رواية القاسم بن الوليد قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن ثمن الكلب الذي لايصيد، قال: «سحت، وأمّا الصيود فلابأس به».

الثالث: كلب الماشية والحائط ـ وهو البستان والزرع ـ وفي هذا القسم خلاف، قيل بالمنع، ونسبَ إلى الأشهر بين القدماء، واختاره السبزواري، وصاحب الحدائق ←

---

١. أنظر: المنتقى للباجي ٣: ١٣٠، فتح المالك ٧: ٧٦.

٢. المنتقى للباجي ٣: ١٣٠.

٣. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٢٧، فتح المالك ٧: ٧٦ ـ ٧٧.

٤. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٦٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ٦٢، المعونة ٢: ١٠٤٠.

٥. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٦٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٢٧، المعونة ٢: ١٠٤٠.

فأمّا الشافعي فعمدته شيئان: أحدهما: ثبوت النهي الوارد عن ثمن الكلب عن النبي ﷺ [١]، والثاني: أنّ الكلب عنده نجس العين؛ كالخنزير [٢]، وقد ذكرنا دليله في ذلك في كتاب الطهارة.

وأمّا من أجازه فعمدته أنّه طاهر العين، غير محرَّم الأكل، فجاز بيعه؛ كالأشياء الطاهرة العين [٣]. وقد تقدّم أيضاً في كتاب الطهارة استدلال من رأىٰ أنّه طاهر العين، وفي كتاب الأطعمة استدلال من رأى أنّه حلال. ومن فرّق ـ أيضاً ـ فعمدته أنّه غير مباح الأكل ولا مباح الانتفاع به [٤]، إلّا ما استثناه الحديث من كلب الماشية، أو كلب الزرع وما في معناه [٥]. ورويت أحاديث غير مشهورة اقترن فيها بالنهي عن ثمن الكلب استثناء أثمان الكلاب المباحة الاتّخاذ [٦].

← والطباطبائي في المصابيح، ولعلّه أُستظهر ذلك من الأخبار الحاصرة لما يجوز بيعه في الصيود.

وقيل بالجواز، وهو المشهور بين الشيخ الطوسي ومن تأخّر عنه، بل هو اختيار أكثر المتأخّرين، وجمع من متأخّري المتأخّرين؛ لما أرسله في المبسوط من جواز بيع كلب الماشية والحائط، المنجبر قصور سنده ودلالته باشتهاره بين المتأخّرين، بل ظهور الاتّفاق. (مسالك الأفهام ٣: ١٣٥، الحدائق الناضرة ١٨: ٧٩، مفتاح الكرامة ٨: ٤٩ ـ ٥٤، رياض المسائل ٨: ٤٥، جواهر الكلام ٢٢: ١٣٧ ـ ١٣٨، المكاسب ١: ٥١ ـ ٥٧).

---

١. صحيح مسلم ٣: ١١٩٨، كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب، الحديث ١٥٦٧/٣٩.

٢. الوسيط ٣: ١٨، بدائع الصنائع ٦: ٥٥٥، الأم ٣: ١٦.

٣. أنظر: فتح المالك ٨: ١٢٧، ١٢٩.

٤. أنظر: المصدر السابق: ١٢٧.

٥. صحيح مسلم ٣: ١٢٠١، كتاب المساقاة، باب الأمر بقتل الكلاب، الحديث ١٥٧٤/٥٠.

٦. سنن الترمذي ٣: ٥٧٨ ـ ٥٧٩، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية ثمن الكلب والسنّور، الحديث ١٢٨١، سنن الدارقطني ٣: ٧٣، كتاب البيوع، الحديث ٢٧٤.

وأمّا النهيّ عن ثمن السِّنَّورِ فثابت [١]، ولكن الجمهور على إباحته [٢]*؛ لأنّه طاهر العين مباح المنافع [٣]، فسبب اختلافهم في الكلاب تعارض الأدلّة.

ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزيت النجس، وما ضارعه، بعد اتّفاقهم على تحريم أكله [٤]، فقال مالك: لايجوز بيع الزيت النجس [٥]، وبه قال الشافعي [٦]. وقال أبو حنيفة: يجوز إذا بَيَّنَ [٧]، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك [٨]**.

---

* المشهور -بل يظهر الاتّفاق- بين الإماميّة علىٰ جواز بيع الهرّ والمعاوضة عليه، وذلك لطهارته وللانتفاع به نفعاً معتداً به، مضافاً إلى ما في الصحيح من قول الصادق عليه السلام: «لابأس بثمن الهرّ». (مسالك الأفهام ٣: ١٢٥، الحدائق الناضرة ١٨: ٨٢، مفتاح الكرامة ٨: ٧٢ ـ ٧٣، رياض المسائل ٨: ٥٦، جواهر الكلام ٢٢: ٣٩).

** أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ حرمة التكسّب بالمائعات النجسة بالذات أو بالعرض وإن قصد بها نفع محلّل، وأعلم المشتري بحالها إن لم تكن قابلة للتطهير؛ للعمومات المانعة عن بيع النجس.

ويستثنىٰ من ذلك الدهن بجميع أصنافه، فيجوز بيعه مع الإعلام بالنجاسة؛ لفائدة الاستصباح به بالإجماع. ←

---

١. صحيح مسلم ٣: ١١٩٩، كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب، الحديث ١٥٦٩/٤٢، السنن الكبرىٰ ٦: ١٠ ـ ١١، كتاب البيوع، باب ما جاء في ثمن السنّور، سنن الترمذي ٣: ٥٧٨، كتاب البيوع، باب كراهية ثمن الكلب والسنّور، الحديث ١٢٨٠.

٢. كتاب الحجّة على أهل المدينة ٢: ٧٧١، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٢٧، البيان للعمراني ٥: ٥٥.

٣. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٢٧، البيان للعمراني ٥: ٥٥.

٤. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٢٨، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٩١، المغني لابن قدامة ٤: ١٧.

٥. المعونة ٢: ١٠٤١، التفريع ١: ٤٠٧.

٦. العزيز شرح الوجيز ٤: ٢٤، البيان للعمراني ٥: ٤٩، الإقناع لابن المنذر: ١٧٠.

٧. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٩١، أحكام القرآن للجصّاص ١: ١١٨.

٨. عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦١٩.

وحجّة من حرّمه: حديث جابر المتقدّم: أنّه سمع رسول الله ﷺ عام الفتح يقول: «إنّ الله ورسوله حرّما الخمر والميتة والخنزير»[١].

وعمدة من أجازه: أنّه إذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة، وحرِّم منه واحدةٌ من تلك المنافع، أنّه ليس يلزمه أن يُحرَّم منه سائر المنافع، ولاسيما إذا كانت الحاجة إلى المنفعة غير المحرَّمة كالحاجة إلى المحرَّمة، فإذا كان الأصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والخنزير، وبقيت سائر محرّمات الأكل على الإباحة، أعني: أنّه إن كان فيها منافع سوىٰ الأكل فبيعت لهذا جاز[٢]، ورووا عن علي وابن عباس وابن عمر أنّهم أجازوا بيع الزيت النجس ليُستصبح به[٣]. وفي مذهب مالك جواز الاستصباح به وعملِ الصابون * مع تحريم

← واستدلّ له ـ مضافاً للإجماع ـ بالصحاح المستفيضة: منها: صحيح زرارة عن أبي جعفر ﷺ قال: «إذا وقعت الفأرة في السمن وماتت، فإن كان جامداً فألقها وما يليها وكلّ ما بقي، وإن كان ذائباً فلا تأكله واستصبح به، والزيت مثل ذلك». ونحوه غيره. (مسالك الأفهام ٣: ١١٩، رياض المسائل ٨: ٤٦، مستند الشيعة ١٤: ٦٩ ـ ٧٥، مفتاح الكرامة ٨: ٤٢ـ٤٦، جواهر الكلام ٢٢: ١٢ ـ ١٣، المكاسب ١: ٦٥ ـ ٦٧).

* اختلف فقهاء الإماميّة في جواز الانتفاع بالدهن المتنجّس في غير الاستصباح، بأن يعمل صابوناً، أو يطلىٰ به الأجرب أو السفن ونحو ذلك، فقيل بالمنع من ذلك، وهو ظاهر جماعة من القدماء، ووافقهم صاحب الرياض، والسيد العاملي في مفتاح الكرامة، والنراقي في مستنده. وهذا القول مبني على أنّ الأصل في المتنجّس المنع من التصرّف إلّا ما خرج بالدليل؛ كالاستصباح تحت السماء، وبيقى الباقي تحت المنع.

وقيل بالجواز، اختاره المحقّق الثاني والشهيدين والعلّامة الحلّي والشيخ الأنصاري، ←

---

١. تقدّم آنفاً.

٢. أنظر: أحكام القرآن للجصّاص ١: ١١٨، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٩١ ـ ٩٢.

٣. المحلّىٰ بالآثار ١: ١٣٨. والمراد بالاستصباح: أنّه يستعمل في مصابيح الإضاءة التي كانت متداولة ومستعملة آنذاك.

بيعه [١]، وأجاز ذلك الشافعي أيضاً مع تحريم ثمنه [٢]. وهذا كلّه ضعيف. وقد قيل: إنّ في المذهب روايةً أخرىٰ تمنع الاستصباح به [٣]، وهو ألزم للأصل، أعني: لتحريم البيع.

واختُلف أيضاً في المذهب في غَسله وطبخه، هل هو مؤثّر في عين النجاسة ومزيل لها؟ على قولين: أحدهما: جواز ذلك [٤]، والآخر: منعه [٥]. وهما مبنيان على أنّ الزيت إذا خالطته النجاسة: هل نجاسته نجاسة عين أو نجاسة مجاورة؟ فمن رآه نجاسة مجاورة طهّره عند الغسل والطبخ، ومن رآه نجاسة عينٍ لم يطهّره عند الطبخ والغسل.

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب: اختلافهم في جواز بيع لبن الآدمية إذا حُلِب [٦]، فمالك والشافعي يجوّزانه [٧]*، وأبو حنيفة لايجوّزه [٨].

← وقد نسب إلى أكثر المتأخّرين. والقول مبني على جواز الانتفاع بالمتنجّس إلّا ما خرج بالدليل، فتكون عيناً ينتفع بها منفعةً محلّلةً مقصودةً للعقلاء، فتندرج في إطلاق البيع وغيره من أسباب التكسّب، وقاعدة حلّ الانتفاع بما في الأرض، ولا حاكم عليهما سوى ما يتخيّل من بعض الآيات والروايات. (مسالك الأفهام ٣: ١١٩، رياض المسائل ٨: ٤٨، مفتاح الكرامة ٨: ٤٣ ـ ٤٤، مستند الشيعة ١٤: ٧٤، جواهر الكلام ٢٢: ١٥ ـ ١٦، المكاسب ١: ٨٠ ـ ٨٣).

* ذكر جمع من فقهاء الإماميّة أنّه يجوز بيع لبن الآدميات المنفصل، وهو مختار الشيخ الطوسي في الخلاف والمبسوط، والعلّامة في موضعٍ من التذكرة، والمحقّق الثاني وغيرهم. ←

١. البيان والتحصيل ١: ١٧٠، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦١٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٢٨، التفريع ١: ٤٠٧.

٢. الوجيز ١: ١٣٣، البيان للعمراني ٥: ٥٠، الوسيط ٣: ١٨.

٣. عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦١٩.

٤. عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦١٩ ـ ٦٢٠.

٥. التفريع ١: ٤٠٧، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦١٩ ـ ٦٢٠.

٦. وقيّد بالحلب لأنّه يجوز استئجاره للرضاعة بإلقام الصبي ثدي المرضع.

٧. عيون المجالس ٣: ١٥١٥، البيان للعمراني ٥: ٥٥، حلية العلماء ٤: ٦٧.

٨. الهداية للمرغيناني ٣: ٥٠، الجامع الصغير: ٣٢٨.

وعمدة من أجاز بيعه: أنّه لبن أُبيح شربه فأبيح بيعه؛ قياساً على لبن سائر الأنعام[١]. وأبو حنيفة يرىٰ أنّ تحليله إنّما هو لمكان ضرورة الطفل إليه، وأنّه في الأصل محرّم، إذ لحم ابن آدم محرّم. والأصل عندهم أنّ الألبان تابعة للّحوم، فقالوا في قياسهم هكذا: الإنسان حيوان لايؤكل لحمه، فلم يَجُز بيع لبنه، أصله: لبنُ الخنزير والأتان[٢]. فسبب اختلافهم في هذا الباب: تعارض أقيسة الشبه.

وفروع هذا الباب كثيرة، وإنّما نذكر من المسائل في كلّ باب المشهور؛ ليجري ذلك مجرىٰ الأصول.

← وقد استدلّ له بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَا﴾ وبالأصل، ولأنّه طاهر ينتفع به؛ كلبن الشاة، ولجواز أخذ العوض عليه في إجارة الظئر هذا.

إلّا أنّ العلّامة تردّد فيه في التحرير، بل قرّب المنع في التذكرة في موضع آخر.

(الخلاف ٣: ١٨٧، تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٨ و١٢: ١٤٠، جامع المقاصد ٤: ٢٢، مفتاح الكرامة ١٢: ١٥٥، تحرير الاحكام الشرعية ٢: ٢٦٤، جواهر الكلام ٢٢: ٣٧).

---

١. البيان للعمراني ٥: ٥٥، الهداية للمرغيناني ٣: ٥٠.

٢. أنظر: تحفة الفقهاء ٣: ٣٤٣ ـ ٣٤٤، المحلّىٰ بالآثار ٧: ٤١٠.

الباب الثاني في بيوع الربا

واتّفق العلماء على أنّ الربا يوجد في شيئين: في البيع، وفيما تقرّر في الذمّة من بيعٍ أو سلفٍ أو غير ذلك [1]. فأمّا الربا فيما تقرّر في الذمّة فهو صنفان: صنف متّفق عليه، وهو ربا الجاهلية الذي نُهي عنه؛ وذلك أنّهم كانوا يُسلِفون بالزيادة ويُنظِرون، فكانوا يقولون: أنظِرني أزدك، وهذا هو الذي عناه عليه الصلاة والسلام بقوله في حجّة الوداع: «ألا وإنّ ربا الجاهليّة موضوعٌ، وأوّل رباً أضعه ربا العبّاس بن عبدالمطّلب» [2]. والثاني: «ضع وتعجّل» وهو مختلف فيه، وسنذكره فيما بعد.

وأمّا الربا في البيع فإنّ العلماء أجمعوا على أنّه صنفان: نسيئة، وتفاضل [3]، إلّا ما روي عن ابن عباس من إنكاره الربا في التفاضل؛ لما رواه عن النبيﷺ أنّه قال: «لا رِبا إلّا في النَّسِيئَةِ» [4 و 5]، وإنّما صار جمهور الفقهاء إلى أنّ الربا في هذين النوعين؛ لثبوت ذلك عنهﷺ [6].

والكلام في الربا ينحصر في أربعة فصول:

الفصل الأول: في معرفة الأشياء التي لايجوز فيها التفاضل، ولايجوز فيها النَّساء [7]، وتبيين علّة ذلك.

---

١. المحلّى بالآثار ٨: ٤٦٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥.

٢. صحيح مسلم ٢: ٨٨٩، كتاب الحجّ، باب حجة النبيﷺ، الحديث ١٢١٨/١٤٧.

٣. الإفصاح ١: ٢٧٦، المغني لابن قدامة ٤: ١٣٤.

٤. صحيح مسلم ٣: ١٢١٧ ـ ١٢١٨، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل، الحديث ١٠١، ١٠٢، ١٥٩٦/١٠٣.

٥. المغني لابن قدامة ٤: ١٣٤.

٦. أنظر: الإفصاح ١: ٢٧٦، المغني لابن قدامة ٤: ١٣٤.

٧. أي: التأخير. أنظر: النهاية لابن الأثير ٥: ٣٨.

الثاني: معرفة الأشياء التي يجوز فيها التفاضل، ولايجوز فيها النَّساء.

الثالث: في معرفة ما يجوز فيه الأمران جميعاً.

الرابع: في معرفة ما يُعدّ صنفاً واحداً ممّا لايعدّ صنفاً واحداً.

الفصل الأول

في معرفة الأشياء التي لايجوز فيها التفاضل، ولايجوز فيها النَّساء وتبيين علّة ذلك

فنقول: أجمع العلماء على أنّ التفاضل والنَّساء ممّا لايجوز واحد منهما في الصنف الواحد من الأصناف التي نُصَّ عليها في حديث عبادة بن الصامت[1]*، إلّا ما حكي

---

* القول في حرمة بيع أحد المثلين بالآخر بزيادة على شكلين: نقداً ونسيئة. أمّا الأولى: فأجمعت الإماميّة على حرمتها، كما لو باع كيلو غراماً من الحنطة بكيلويين منها، نعم يصحّ بيعهما متساوياً يداً بيد.

ويستدلّ له ـ بالإضافة إلى الإجماع ـ النصوص المستفيضة بل المتواترة. منها: صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: «الفضّة بالفضّة مثل بمثل، والذهب بالذهب مثل بمثل، ليس فيه زيادة ولا نقصان، الزائد والمستزيد في النار».

ومنها: صحيح منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام: «كلّ شيء يكال أو يوزن، فلايصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد».

وأمّا الثانية: فلا خلاف محقّق معتدّ به في عدم الجواز، كبيع كيلو بكيلو نسيئة، إلّا ما يظهر من الشيخ في الخلاف والمبسوط، فإنّه يشعر بكراهة السلف، ولانعلم مأخذه، ←

---

١. الإفصاح ١: ٢٧٦، أحكام القرآن للجصّاص ١: ٥٦٥ ـ ٥٦٦.

عن ابن عباس [١]. وحديثُ عبادة هو: قال: سَمِعتُ رسولَ اللهِ ﷺ يَنهىٰ عن بيع الذهب بالذهب، والفضّة بالفضّة، والبُرِّ بالبُرِّ، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، إلّا سواءً، بسواءٍ عيناً بعين، فمن زاد أو ازداد فقد أربىٰ [٢و٣]. فهذا الحديث نصّ في منع التفاضل في الصنف الواحد من هذه الأعيان.

وأمّا منع النسيئة فيها فثابت من غير ما حديث، أشهرها حديث عمر بن الخطاب، قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب رباً إلّا هاءَ [٤] وهاء، والبُرّ بالبُرّ رباً إلّا هاءَ وهاءَ، والتمر بالتمر رباً إلّا هاءَ وهاءَ، والشعير بالشعير رباً إلّا هاءَ وهاءَ» [٥].

فتضمّن حديث عبادة منع التفاضل في الصنف الواحد، وتضمّن أيضاً حديث عبادة منعَ النَّساء في الصنفين من هذه، وإباحةَ التفاضل، وذلك في بعض الروايات الصحيحة، وذلك أنّ فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة: «وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يداً بيد، والبُرّ

← وربّما حمل على إرادة التحريم، فإنّه بعض معاني المكروه، وقد استعمله الشيخ في ذلك في غير موضع.

واستدلّ لأصل الحكم: بأنّ للأجل قسطاً من الثمن عرفاً وشرعاً إجماعاً، وبما في الصحيح: «لاتبع الحنطة بالشعير إلّا يداً بيد»، وبأنّ الزيادة ـ وإن كانت حكمية وبنحو الاشتراط في أحدهما ـ تخرجه عن كونه مثلاً، المعتبر في صحّة المعاملة مع اتّحاد الجنس. (مسالك الأفهام ٣: ٣١٧ ـ ٣١٨، الحدائق الناضرة ١٩: ٢٢٣ ـ ٢٢٤، رياض المسائل ٨: ٢٨٣ ـ ٢٨٤، جواهر الكلام ٢٣: ٣٤٠ ـ ٣٤١، مهذب الاحكام ١٧: ٢٩٧ ـ ٣٠٦، فقه الصادق ١٨: ١٠١ ـ ١٠٤).

---

١. تقدّم آنفاً.

٢. صحيح مسلم ٣: ١٢١٠، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، الحديث ١٥٨٧/٨٠.

٣. المغني لابن قدامة ٤: ١٣٥.

٤. أي: هاءَ: اسم فعل بمعنى «خذ»، يقال: هاء درهماً، أي: خذ درهماً. قال النووي: فيه لغتان: المدّ والقصر، والمدّ أفصح وأشهر، وأصله: هاك، فأبدلت المدّة من الكاف. (تنوير الحوالك: ٤٩٢).

٥. صحيح مسلم ٣: ١٢١٠، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، الحديث ١٥٨٦/٧٩.

بالشعيرِ كيف شئتم يداً بيد»[١]. وهذا كلّه متّفق عليه بين الفقهاء، إلّا البُرَّ بالشعير[٢].

واختلفوا فيما سوىٰ هذه الستّة * المنصوص عليها، فقال قوم منهم أهل الظاهر: إنّما يمتنع التفاضل في صنف صنف من هذه الأصناف الستّة فقط، وأنّ ما عداها لايمتنع في الصنف الواحد منها التفاضل[٣]. وقال هؤلاء أيضاً: إنّ النَّساء ممتنع في هذه الستّة فقط، اتّفقت الأصناف أو اختلفت[٤]. وهذا أمر متّفق عليه ـ أعني: امتناع النَّساء فيها مع اختلاف

---

* أجمعت الإماميّة ـ بل لا خلاف بين المسلمين، بل هو كالضروري من الدين ـ علىٰ أنّ الربا يثبت في البيع مع وصفين: أحدهما: اتّحاد الثمن والمثمن في الجنسية، وثانيهما: كونهما ممّا يعتبران بالكيل والوزن.

ويدلّ على الأول ـ مضافاً إلى الإجماع ـ عدّة روايات، منها: صحيح عمر بن يزيد عن أبي عبدالله عليه السلام: قلت: ما الربا؟ قال عليه السلام: «دراهم بدراهم مثلين بمثل، وحنطة بحنطة مثلين بمثل».

ويدلّ على الثاني ـ مضافاً إلى الاجماع ـ النصوص المستفيضة ـ إن لم تكن متواترة ـ منها: صحيح زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام: «لايكون الربا إلّا في ما يكال أو يوزن».

وضابط الجنس ـ المستفاد من العرف واللغة والشرع بالإجماع ـ: كلّ ما يتناوله اسم خاص، كالحنطة بالحنطة، والأُرزّ بالأُرزّ.

والمراد بالجنسية هنا الحقيقة النوعية باصطلاح أهل المنطق، ولاتخرج الحقيقة باختلاف الصفات العارضية، فالحنطة ودقيقها جنس، والتمر ودبسه جنس، والعنب والزبيب جنس. (رياض المسائل ٨: ٢٨٢ ـ ٢٨٣، جواهر الكلام ٢٣: ٣٣٦ ـ ٣٥٩، نهاية الاحكام ٢: ٥٤٤ ـ ٥٤٥، تذكرة الفقهاء ١٠: ١٣٦، مهذب الاحكام ١٧: ٣٠٦ ـ ٣٠٩).

---

١. سنن أبي داود ٣: ٢٤٨، كتاب البيوع، باب في الصرف، الحديث ٣٣٤٩.
٢. المغني لابن قدامة ٤: ١٣٤، الإفصاح ١: ٢٧٦.
٣. المحلّىٰ بالآثار ٨: ٤٦٧ ـ ٤٦٨، المعونة ٢: ٩٥٧.
٤. المحلّىٰ بالآثار ٨: ٤٦٨، الاستذكار ٢٠: ٤١.

الأصناف [١] ـ إلّا ما حكي عن ابن عليّة أنّه قال: إذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسيئة، ما عدا الذهب والفضة [٢]. فهؤلاء جعلوا النهي المتعلّق بأعيان هذه الستّة من باب: الخاصّ أُريد به الخاصّ.

وأمّا الجمهور من فقهاء الأمصار، فإنّهم اتّفقوا على أنّه من باب الخاصّ أُريد به العام [٣]. واختلفوا في المعنىٰ العام الذي وقع التنبيه عليه بهذه الأصناف، أعني: في مفهوم علّة التفاضل ومنع النَساء فيها، فالذي استقرّ عليه حذّاق المالكية أنّ سبب منع التفاضل: أمّا في الأربعة فالصنف الواحد من المدّخر المقتات [٤]، وقد قيل: الصنف الواحد المدّخر وإن لم يكن مقتاتاً [٥]. ومن شرط الادّخار عندهم أن يكون في الأكثر [٦]، وقال بعض أصحابه: الربا في الصنف المدّخر وإن كان نادر الادّخار [٧].

وأمّا العلّة * عندهم في منع التفاضل في الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضاً مع

---

* الظاهر إجماع الإماميّة في أنّ ما يثبت فيه الربا إنّما يثبت بالنصّ لا لعلّةٍ من العلل، واستدلّ له الشيخ الطوسي بإجماع الفرقة وأخبارهم.

وقال العلّامة في التذكرة: وهذا البحث ساقط عنّا؛ لأنّا نعتبر النصّ لا القياس، فمهما دلّ على شيء عملنا به، وقد سئل الصادق عليه السلام عن البيضة بالبيضتين، قال: «لابأس به» والثوب بالثوبين، قال: «لابأس به» والفرس بالفرسين فقال: «لابأس به» ثم قال: «كلّ شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد، فإذا كان لايكال ولايوزن فليس به بأس اثنين بواحد». (الخلاف ٣: ٤٤ ـ ٤٦، تذكرة الفقهاء ١٠: ١٣٦ ـ ١٤٠).

---

١. الإفصاح ١: ٢٧٦، الإجماع لابن المنذر: ١٦١.

٢. الاستذكار ٢٠: ٤١.

٣. البيان للعمراني ٥: ١٥٢، عيون المجالس ٣: ١٤٢٣، الهداية للمرغيناني ٣: ٦٧ ـ ٦٩.

٤. المعونة ٢: ٩٥٨، عيون المجالس ٣: ١٤٢٤.

٥. أنظر: عيون المجالس ٣: ١٤٢٥.

٦. عيون المجالس ٣: ١٤٢٤، المعونة ٢: ٩٥٨.

٧. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٧.

كونهما رؤوساً للأثمان وقِيَماً للمتلفات. وهذه العلّة هي التي تُعرف عندهم بالقاصرة، لأنّها ليست موجودة عندهم في غير الذهب والفضة [١].

وأمّا علّة منع النَّساء عند المالكية في الأربعة المنصوص عليها فهو الطُّعم والادّخار دون اتّفاق الصنف، ولذلك إذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسيئة، ولذلك يجوز التفاضل عندهم في المطعومات التي ليست مدّخرة ـ أعني: في الصنف الواحد منها ـ ولا يجوز النَّساء [٢].

أمّا جواز التفاضل فلكونها ليست مدّخرة، وقد قيل: إنّ الادّخار شرط في تحريم التفاضل في الصنف الواحد. وأمّا منع النَّساء فيها: فلكونها مطعومة مدّخرة [٣]، وقد قلنا: إنّ الطُّعم بإطلاق علّةٌ لمنع النَّساء في المطعومات.

وأمّا الشافعية فعلّة منع التفاضل عندهم في هذه الأربعة هو الطعم فقط، مع اتّفاق الصنف الواحد [٤]. وأمّا علّة النَّساء فالطعم دون اعتبار الصنف، مثل قول مالك [٥]. وأمّا الحنفية فعلّة منع التفاضل عندهم في الستّة واحدة، وهو الكيل أو الوزن مع اتّفاق الصنف، وعلّة النَّساء فيها اختلاف الصنف [٦]، ما عدا النحاس والذهب [٧]؛ فإنّ الإجماع انعقد على أنّه يجوز فيها النساء [٨]. ووافق الشافعي مالكاً في علّة منع التفاضل والنَّساء في الذهب والفضة، أعني: أنّ

---

١. أنظر: عيون المجالس ٣: ١٤٢٤، التهذيب للبغوي ٣: ٣٣٧، المغني لابن قدامة ٤: ١٣٦، الهداية للمرغيناني ٣: ٦٨.

٢. أنظر: الكافي في فقه أهل المدينة: ٣١٠، عيون المجالس ٣: ١٤٢٥، التلقين ٢: ٣٦٦.

٣. أنظر: الكافي في فقه أهل المدينة: ٣١٠، التلقين ٢: ٣٦٦ ـ ٣٦٩.

٤. التهذيب للبغوي ٣: ٣٣٦، البيان للعمراني ٥: ١٥٣.

٥. التهذيب للبغوي ٣: ٣٤٠، الوجيز ١: ١٣٦.

٦. بدائع الصنائع ٧: ٥٥، تحفة الفقهاء ٢: ٢٥.

٧. كذا في النسخ.

٨. قال الطحاوي في مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٥: عند أصحابنا أنّ الجنس بانفراده يحرم النساء، وكذلك الكيل والوزن، كلّ واحدٍ منهما بانفراده يحرم النساء وإن اختلف الجنس، إلّا الذهب والفضة في الموزونات فإنّه جائز، وهو قول إبراهيم النخعي.

كونهما رؤوساً للأثمان وقِيَماً للمتلفات، وهو عندهم علّة منع النسيئة إذا اختلف الصنف، فإذا اتّفقا مُنع التفاضل [١]. والحنفية تعتبر في المكيل قدراً يتأتّىٰ فيه الكيل [٢].

وسيأتي أحكام الدنانير والدراهم بما يخصّها في كتاب الصرف، وأمّا هاهنا فالمقصود هو تبيين مذاهب الفقهاء في علل الربا المطلق في هذه الأشياء، وذكر عمدة دليل كلٍّ فريق منهم، فنقول:

إنّ الذين قصَروا صنف الربا على هذه الأصناف الستّة فهم أحد صنفين: إمّا قوم نفوا القياس في الشرع ـ أعني: استنباط العلل من الألفاظ ـ وهم الظاهرية [٣]، وإمّا قوم نفوا قياس الشَّبَه، وذلك أنّ جميع من أَلحق المسكوت هاهنا بالمنطوق به فإنّما ألحقه بقياس الشبه لا بقياس العلّة، إلّا ما حكي عن ابن الماجشون أنّه اعتبر في ذلك المالية، وقال: علّة منع الربا إنّما هي حياطة الأموال، يريد: منع الغبن [٤].

وأمّا القاضي أبو بكر الباقلاني، فلمّا كان قياس الشبه عنده ضعيفاً، وكان قياس المعنىٰ عنده أقوى منه، اعتبر في هذا الموضع قياس المعنىٰ، إذ لم يتأتّ له قياس علّة، فألحق الزبيب فقط بهذه الأصناف الأربعة، لأنّه زعم أنّه في معنى التمر [٥]. ولكلّ واحد من هؤلاء ـ أعني: من القائسين ـ دليل في استنباط الشَّبَه الذي اعتبره في إلحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الأربعة.

أمّا الشافعية فإنّهم قالوا في تثبيت علّتهم الشبهية: إنّ الحكم إذا عُلّق باسم مشتقّ، دلّ على أنّ ذلك المعنى الذي اشتقّ منه الاسم هو علّة الحكم، مثل قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [٦]، فلمّا عَلَّق الحكم بالاسم المشتقّ وهو «السارق» عُلم أنّ

---

١. البيان للعمراني ٥: ١٥٢، التهذيب للبغوي ٣: ٣٣٤ ـ ٣٣٦.

٢. الهداية للمرغيناني ٣: ٦٨، المبسوط للسرخسي ١٢: ١٤١.

٣. المحلّىٰ بالآثار ٨: ٤٦٨.

٤. القبس لابن العربي ٣: ٢٦٦.

٥. أنظر: القوانين الفقهية: ٢٥٤، البرهان للجويني ٢: ٥٦٨.

٦. سورة المائدة: الآية ٣٨.

الحكم متعلّق بنفس السرقة، قالوا: وإذا كان هذا هكذا، وكان قد جاء من حديث مَعْمَر بن عبدالله أنّه قال: كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول: «الطَّعَامُ بالطَّعامِ مثلاً بِمِثلٍ» [١]. فمِنَ البيّن أنّ الطُّعمَ هو الذي عُلِّق به الحكم [٢].

وأمّا المالكية فإنّها زادت على الطُّعم إمّا صفةً واحدة وهو الادّخار على ما في الموطأ [٣]، وإمّا صفتين وهو الادّخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون [٤]. وتمسّكت في استنباط هذه العلّة بأنّه لو كان المقصود الطُّعمَ وحده لاكتُفي بالتنبيه على ذلك بالنصّ على واحد من تلك الأربعة الأصناف المذكورة، فلمّا ذَكر منها عدداً عُلم أنّه قَصَد بكلّ واحد منها التنبيه على ما في معناه، وهي كلّها يجمعها الاقتيات والادّخار. أمّا البرّ والشعير فنبّه بهما على أصناف الحبوب المدّخرة، ونبّه بالتمر على جميع أنواع الحلاوات المدّخرة؛ كالسكر والعسل والزبيب، ونبّه بالملح على جميع التوابل المدخّرة لإصلاح الطعام [٥]. وأيضاً فإنّهم قالوا: لمّا كان معقول المعنى في الربا إنّما هو أن لايَغبِن بعض الناس بعضاً، وأن تحفظ أموالهم، فواجب أن يكون ذلك في أصول المعايش، وهي الأقوات [٦].

وأمّا الحنفية فعمدتهم في اعتبار المكيل والموزون أنّه ﷺ لمّا علّق التحليل باتّفاق الصنف واتّفاق القدر، وعلّق التحريم باتّفاق الصنف واختلاف القدر في قوله ﷺ لعامله بخيبر من حديث أبي سعيد وغيره: «إلّا كيلاً بكيل، يَداً بيد» [٧] رأوا أنّ التقدير ـ أعني: الكيل أو

---

١. صحيح مسلم ٣: ١٢١٤، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل، الحديث ١٥٩٢/٩٣.

٢. التهذيب للبغوي ٣: ٣٣٤ ـ ٣٣٧، العزيز شرح الوجيز ٤: ٧٢.

٣. أنظر: الموطّأ ٢: ٦٣١.

٤. المعونة ٢: ٩٥٨، التلقين ٢: ٣٦٦.

٥. المعونة ٢: ٩٥٨ ـ ٩٥٩، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٢٨.

٦. المعونة ٢: ٩٥٩.

٧. صحيح مسلم ٣: ١٢١٥، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل، الحديث ١٥٩٣/٩٤، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٥: ٢٨٥، كتاب البيوع، باب من قال بجريان الربا في كلّ ما يكال ويوزن.
قال في (الهداية ٧: ١٨٦): لم أجده بهذا اللفظ، وهو غريب جداً. وقد روى البخاري في الاعتصام من صحيحه ←

الوزن ـ هو المؤثّر في الحكم كتأثير الصنف [١].

وربّما احتجّوا بأحاديثَ ليست مشهورةً، فيها تنبيه قويّ على اعتبار الكيل أو الوزن [٢]، منها: أنّهم روَوا في بعض الأحاديث المتضمّنة المسمّيات المنصوص عليها في حديث عُبادة زيادةً، وهي: «كذلك ما يكال ويوزن» [٣]. وفي بعضها: «وكذلك المكيال والميزان» [٤]. هذا نصّ لو صحّت الأحاديث.

ولكن إذا تؤمِّل الأمر من طريق المعنى، ظهر ـ والله أعلم ـ أنّ علّتهم أولىٰ العلل، وذلك أنّه يظهر من الشرع أنّ المقصود بتحريم الربا إنّما هو لمكان الغبن الكثير الذي فيه، وأنّ العدل في المعاملات إنّما هو مقاربة التساوي، ولذلك لمّا عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات جُعل الدينار والدرهم لتقويمها ـ أعني: تقديرَها ـ ولمّا كانت الأشياء المختلفة الذواتّ ـ أعني: غيرَ الموزونة والمكيلة ـ العدل فيها إنّما هو في وجود النسبة، أعني: أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين إلى جنسه نسبةَ قيمة الشيء الآخر إلى جنسه، مثال ذلك: أنّ العدل إذا باع إنسانٌ فرساً بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس إلى الأفراس

← ومسلم والبيهقي، كلّهم من طريق سليمان بن بلال عن عبدالمجيد بن سهيل أنّه سمع سعيد بن المسيب: أنّ أبا سعيد الخدري وأبا هريرة حدّثاه: أنّ رسول الله ﷺ بعث أخا بني عَدِيّ الأنصاري فاستعمله علىٰ خيبر، فقدِم بتمر جَنيب، فقال له رسول الله ﷺ: «أكلّ تمر خيبر هكذا؟» قال: لا والله يارسول الله! إنّا لنشتري الصّاع بالصّاعين من الجمع، فقال رسول الله ﷺ: «لاتفعلوا، ولكن مِثلاً بمثل، أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا، وكذا الميزان»، ورواه... الخ.

١. الهداية للمرغيناني ٣: ٦٧ ـ ٦٨، بدائع الصنائع ٧: ٥٥، ٦١.

٢. الهداية للمرغيناني ٣: ٦٨، بدائع الصنائع ٧: ٦١.

٣. السنن الكبرى للبيهقي ٥: ٢٨٦، كتاب البيوع، باب من قال بجريان الربا في كلّ ما يكال ويوزن.

٤. قال في (الهداية ٧: ١٩٢): «وأما اللفظ الثاني وهو: وكذلك الميكال والميزان» فلم أره يذكر المكيال، وقد سبق عزوه إلى الصحيح بزيادة: «وكذلك الميزان» في حديث أبي سعيد وأبي هريرة دون ذكر المكيال، وقد بين الحفاظ أن هذه الكلمة ليست مرفوعة من كلام النبي ﷺ، فقال البيهقي: «ويقال إن هذا اللفظ من جهة أبي سعيد الخدري... الخ». أنظر: السنن الكبرىٰ للبيهقي ٥: ٢٨٦، كتاب البيوع، باب من قال بجريان الربا في كل ما يكال ويوزن.

هي نسبة قيمة ذلك الثوب إلى الثياب، فإن كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون، فليكن مَثَلاً الذي يساوي هذه القدْر عددها هو عشرة أثواب، فإذاً اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجبة في المعاملة العادلة، أعني: أن يكون عديل فرس عشرةَ أثواب في المثل.

وأمّا الأشياء المكيلة والموزونة، فلمّا كانت ليست تختلف كلَّ الاختلاف، وكانت منافعها متقاربةً؛ ولم تكن حاجةً ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه إلّا على جهة السَّرَف؛ كان العدل في هذا إنّما هو بوجود التساوي في الكيل أو الوزن إذ كانت لاتتفاوت في المنافع، وأيضاً فإنّ مَنْعَ التفاضل في هذه الأشياء يوجب أن لايقع فيها تعامل؛ لكون منافعها غيرَ مختلفة، والتعامل إنّما يضطرّ إليه في المنافع المختلفة.

فإذن مَنَعَ التفاضل في هذه الأشياء ـ أعني: المكيلة والموزونة ـ علّتان: إحداهما: وجود العدل فيها، والثاني: منع المعاملة إذا كانت المعاملة بها من باب السرف. وأمّا الدينار والدرهم فعلّة المنع فيها أظهر؛ إذ كانت هذه ليس المقصود منها الربحَ، وإنّما المقصود بها تقدير الأشياء التي لها منافع ضرورية.

وروى مالك عن سعيد بن المسيّب: أنّه كان يَعتبر في علّة الربا في هذه الأصناف الكيلَ والطُّعم[1]. وهو معنىً جيّدٌ لكون الطُّعم ضرورياً في أقوات الناس، فإنّه يشبه أن يكون حفظُ العين وحفظُ السرَف فيما هو قوت أَهمَّ منه فيما ليس هو قوتاً.

وقد روي عن بعض التابعين أنّه اعتبر في الربا الأجناسَ التي يجب فيها الزكاة[2]. وعن بعضهم: الانتفاعَ مطلقاً ـ أعني: المالية ـ وهو مذهب ابن الماجشون[3].

---

١. الموطّأ ٢: ٦٣٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٣.

٢. عيون المجالس ٣: ١٤٢٧، المحلّى بالآثار ٨: ٤٦٩.

٣. القبس لابن العربي ٣: ٢٦٦.

الفصل الثاني في معرفة الأشياء
التي يجوز فيها التفاضل، ولايجوز فيها النّساء

فيجب من هذا أن تكون علّة امتناع النسيئة في الربويات هي الطُّعم عند مالك والشافعي [١]، وأمّا في غير الربويات ممّا ليس بمطعوم فإنّ علّة منع النسيئة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتّفقُ المنافعِ مع التفاضل [٢]، وليس عند الشافعي نسيئة في غير الربويات [٣].

وأمّا أبو حنيفة فعلّة منع النّساء عنده هو الكيل في الربويات، وفي غير الربويات الصنف الواحد، متفاضلاً كان أو غير متفاضل [٤]. وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك أنّه يمنع النسيئة في هذه؛ لأنّه عنده من باب السلف الذي يجرّ منفعة [٥].

الفصل الثالث
في معرفة ما يجوز فيه الأمران جميعاً

وأمّا ما يجوز فيه الأمران جميعاً ـ أعني: التفاضلَ والنّساء ـ فما لم يكن ربوياً عند الشافعي [٦]*، وأمّا عند مالك فما لم يكن ربويّاً؛ ولا كان صنفاً واحداً

---

* ذكر علماء الإماميّة عدّة أمور يجوز بيعها متفاضلاً حالاً ومؤجّلاً:
الأول: أن لايكون شيء منهما ربوياً ـ بأن لايعتبر فيه الكيل أو الوزن ـ وهو يجوز ←

---

١. التفريع ٢: ١٢٦، التهذيب للبغوي ٣: ٣٤٠.
٢. المعونة ٢: ٩٩٥، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٣٣، عيون المجالس ٣: ١٤٢٩.
٣. التهذيب للبغوي ٣: ٣٤١، البيان للعمراني ٥: ١٥٩.
٤. تحفة الفقهاء ٢: ٢٥ ـ ٢٦، بدائع الصنائع ٧: ٥٥.
٥. أنظر: المدوّنة الكبرىٰ ٤: ١٣٣.
٦. التهذيب للبغوي ٣: ٣٣٨، البيان للعمراني ٥: ١٥٩.

متماثلاً[١]*، أو صنفاً واحداً بإطلاق على مذهب أبي حنيفة[٢]. ومالك يعتبر في الصنف

← بيعه، مثل بيع عبد بعبدين وثوب بثوبين إجماعاً.

وما دلّ على الخلاف ـ من كلام الطوسي وصاحب الغنية والمقنعة والمراسم ـ محمول على الكراهية. نعم، تردّد المحقّق في (الشرائع) وقال: إنّ المنع أحوط.

الثاني: أن يكون أحدهما ربوياً دون الآخر؛ كالثوب بالحنطة أو الدراهم، وظاهر (التذكرة) وصريح (المختلف) الإجماع على الجواز مطلقاً.

الثالث: أن يكون كلاهما ربويّين مع اختلاف الجنس، فيجوز التفاضل إذا بيعت نقداً إجماعاً؛ للأصل، وللروايات الآتية.

واختلفوا في النسيئة على قولين: الأشهر الجواز؛ للأصل والعمومات، والنبوي المشهور: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»، المعتضد بعد الشهرة بعموم كثير من المعتبرة، الدالّة عليه منطوقاً، كما في الصحيح: «يكره قفيز لوز بقفيزين، وقفيز تمر بقفيزين، ولكن صاع من حنطة بصاعين من تمر، وصاع من تمر بصاعين من زبيب».

خلافاً للإسكافي وجماعة فمنعوا عنها؛ للحديث المشهور: «إنّما الربا في النسيئة» وغيره من الأخبار. (تذكرة الفقهاء ١٠: ١٤٣ ـ ١٤٦، جواهر الكلام ٢٣: ٣٤٠ ـ ٣٤١، رياض المسائل ٨: ٢٨٩ ـ ٢٩١، مفتاح الكرامة ٩: ٨٦٨ ـ ٨٦٩).

* المشهور عند الإماميّة ـ بل ادّعي عليه الإجماع ـ أنّه لا ربا إلّا في المكيل والموزون مع اتّحاد الجنس، فلو انتفى الكيل والوزن معاً كما في المعدود، فلابأس بالتفاضل نقداً ونسيئةً، فيجوز بيع الثوب بثوبين وشاة بشاتين.

واستدلّ لذلك ـ مضافاً إلى الأصل ـ بالنصوص المستفيضة؛ كالصحيح: «لابأس بمعاوضة المتاع ما لم يكن مكيلاً أو موزوناً». ←

---

١. التفريع ٢: ١٢٥ ـ ١٢٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣١٠ ـ ٣١١.

٢. بدائع الصنائع ٧: ٥٥، الهداية للمرغيناني ٣: ٦٨.

المؤثّر في التفاضل في الربويات، وفي النَّساء في غير الربويات: اتّفاقَ المنافع واختلافَها، فإذا اختلفت جعلها صنفين وإن كان الاسم واحداً [١]. وأبو حنيفة يعتبر الاسم [٢]، وكذلك الشافعي [٣] وإن كان الشافعي ليس الصنف عنده مؤثّراً إلّا في الربويات فقط، أعني: أنّه يمنع التفاضل فيه، وليس هو عنده علّة للنساء أصلاً [٤]. فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة في هذه الفصول الثلاثة.

فأمّا الأشياء التي لاتجوز فيها النسيئة فإنّها قسمان: منها ما لايجوز فيها التفاضل، وقد تقدّم ذكرها، ومنها ما يجوز فيها التفاضل.

فأمّا الأشياء التي لايجوز فيها التفاضل فعلّة امتناع النسيئة * فيها: هو الطُّعم عند

← وموثّق منصور بن حازم سأل الصادق ﷺ عن البيضة بالبيضتين، قال: «لابأس». والثوب بالثوبين، قال: «لابأس» والفرس بالفرسين؟ قال: «لابأس به...» الخبر.

خلافاً لما نقل عن المفيد والاسكافي وسلّار من أنّ حكم المعدود حكم المكيل والموزون؛ محتجّاً لهم بإطلاق حرمة الربا وببعض الأخبار.

وقد ضُعّف بأنّ الإطلاق مقيّد، والأخبار معارضة بمثلها، وبالإجماع على الجواز، وحُملت على الكراهة. (الخلاف ٣: ٥٠، تذكرة الفقهاء ١٠: ١٩٤، مسالك الأفهام ٣: ٣٢٢، الحدائق الناضرة ١٩: ٢٥١، جواهر الكلام ٢٣: ٣٥٨).

* أجمعت الإماميّة على أنّ الربا يثبت بشرطين: الاتّحاد في الجنس، والتقدير في الوزن والكيل، سواء في ربا الفضل أو ربا النسيئة. ويدلّ عليه ـ إضافة إلى الإجماع ـ إطلاق الكتاب والسنّة، وخصوص المعتبرة المستفيضة، كالموثّق: «لايكون الربا إلّا ←

---

١. المعونة ٢: ٩٩٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣١١ ـ ٣١٢.

٢. أنظر: بدائع الصنائع ٧: ٧٢ ـ ٧٤، الهداية للمرغيناني ٣: ٧٢.

٣. البيان للعمراني ٥: ١٧٤، الأم ٣: ٢٧.

٤. أنظر: الوسيط ٣: ٤٧، الأم ٣: ٢٦.

مالك [١ و ٢]، وعند الشافعي: الطُّعم فقط [٣]، وعند أبي حنيفة: مطعومات الكيل والوزن [٤].

فإذا اقترن بالطُّعم اتّفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعي [٥]، وإذا اقترن وصف ثالث وهو الادّخار حرم التفاضل عند مالك [٦]، وإذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرمت النسيئة [٧].

وأمّا الأشياء التي ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فإنّها صنفان: إمّا مطعومة، وإمّا غير مطعومة فأمّا المطعومة فالنَّساء عنده لايجوز فيها، وعلّة المنع الطُّعم [٨]. وأمّا غير المطعومة فإنّه لايجوز فيها النَّساء عنده فيما اتّفقت منافعه مع التفاضل، فلايجوز عنده شاة واحدة بشاتين إلى أجل، إلّا أن تكون إحداهما حلوبة والأخرى أكولة، هذا هو المشهور عنه [٩]. وقد قيل: إنّه يعتبر اتّفاق المنافع دون التفاضل، فعلى هذا لايجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة إلى أجل [١٠]. فأمّا إذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسيئة عنده جائزان وإن كان الصنف واحداً [١١]،

← فيما يكال أو يوزن». والموثّق: «كلّ شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد...». (الخلاف ٣: ٤٦، مسالك الأفهام ٣٢: ٣١٧، رياض المسائل ٨: ٢٨٢ ـ ٢٨٣، تحرير الأحكام الشرعية ٢: ٣٠٢، تذكرة الفقهاء ١٠: ١٩٤، جواهر الكلام ٢٣: ٣٤٠).

---

١. والادّخار، كما تقدّم.

٢. التفريع ٢: ١٢٥ ـ ١٢٦، الرسالة الفقهية: ٢١٠.

٣. التهذيب للبغوي ٣: ٣٣٦، ٣٤٠، الوجيز ١: ١٣٦.

٤. تحفة الفقهاء ٢: ٢٥، بدائع الصنائع ٧: ٥٥.

٥. البيان للعمراني ٥: ١٥٣، الوجيز ١: ١٣٦.

٦. المعونة ٢: ٩٥٨، التفريع ٢: ١٢٥، الكافي في أهل المدينة: ٣١٠.

٧. التفريع ٢: ١٢٥ ـ ١٢٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣١٠.

٨. أنظر: الكافي في فقه أهل المدينة: ٣١٠ ـ ٣١٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٣ ـ ١٤، المنتقى للباجي ٤: ١٥٨.

٩. أنظر: التفريع ٢: ١٦٠ ـ ١٦١، المعونة ٢: ٩٩٥، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٣٣.

١٠. أنظر: المنتقى للباجي ٤: ١٥٨.

١١. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣١٦ ـ ٣١٧، المنتقى للباجي ٤: ١٥٨.

وقيل: يعتبر اتّفاق الأسماء مع اتّفاق المنافع [١]. والأشهر: أن لايعتبر [٢]، وقد قيل: يُعتبر [٣].

وأمّا أبو حنيفة: فالمعتبر عنده في منع النَّساء ما عدا التي لايجوز عنده فيها التفاضل هو اتّفاق الصنف، اتّفقت المنافع أو اختلفت، فلايجوز عنده شاة بشاةٍ، ولا بشاتين نسيئة وإن اختلفت منافعها [٤]. وأمّا الشافعي: فكلّ ما يجوز التفاضل عنده في الصنف الواحد يجوز فيه النساء، فيُجيز شاة بشاتين نسيئةً ونقداً. وكذلك شاة بشاة [٥].

ودليل الشافعي: حديث عمرو بن العاص [٦]: أنّ رسول الله ﷺ أمره أن يأخذ في قلائص الصدقة البعيرَ بالبعيرين إلى الصدقة [٧]. قالوا: فهذا التفاضل في الجنس الواحد مع النَّساء [٨]. وأمّا الحنفية فاحتجّت بحديث الحسن عن سمرة: أنّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة [٩]. قالوا: وهذا يدلّ على تأثير الجنس على الانفراد في النسيئة [١٠].

وأمّا مالك فعمدته في مراعاة منع النَّساء عند اتّفاق الأغراض سدُّ الذريعة، وذلك أنّه لا فائدة في ذلك إلّا أن يكون من باب سَلَفٍ يجرّ نفعاً، وهو يحرم [١١]. وقد قيل عنه: إنّه أصل

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٥٩.

٢. أنظر: المنتقىٰ للباجي ٤: ١٥٩.

٣. والظاهر أنّ قوله: «وقد قيل: يعتبر» زائدة، للتصريح بهذا القول في أول العبارة وهو قوله: «وقيل: يعتبر اتّفاق الأسماء مع اتّفاق المنافع»، مع أنّ المصادر لم تذكر إلّا قولين، أنظر: الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٣٣، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٥٩.

٤. أنظر: بدائع الصنائع ٧: ٦٨ ـ ٦٩، المبسوط للسرخسي ١٢: ١٤٤.

٥. التهذيب للبغوي ٣: ٣٤١، البيان للعمراني ٥: ١٥٩.

٦. الصحيح أنّه مروي عن عبدالله بن عمرو بن العاص. أنظر: الهداية في تخريج أحاديث البداية ٧: ١٩٤.

٧. سنن أبي داود ٣: ٢٥٠، كتاب البيوع، باب في الرخصة [في بيع الحيوان]، الحديث ٣٣٥٧، وفيه: إلى إبل الصدقة.

٨. البيان للعمراني ٥: ١٥٩.

٩. سنن أبي داود ٣: ٢٥٠، كتاب البيوع، باب في الحيوان بالحيوان نسيئة، الحديث ٣٣٥٦.

١٠. أنظر: المبسوط للسرخسي ١٢: ١٤٥ ـ ١٥٤.

١١. المعونة ٢: ٩٩٦ ـ ٩٩٧، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٥٨.

بنفسه، وقد قيل عن الكوفيين: إنّه لايجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئةً، اختلف الجنس أو اتّفق، على ظاهر حديث سمرة [١].

فكأنّ الشافعي ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص، والحنفية لحديث سمرة مع التأويل له، لأنّ ظاهره يقتضي أن لايجوز الحيوان بالحيوان نسيئةً، اتّفق الجنس أو اختلف. وكأنّ مالكاً ذهب مذهب الجمع، فحمل حديثَ سمرةَ على اتّفاق الأغراض، وحديثَ عمرو بن العاص على اختلافها [٢]. وسماعُ الحسن من سمرة مختلف فيه [٣]، ولكن صحّحه الترمذي [٤]، ويشهد لمالك ما رواه الترمذي عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «الحيوانُ اثنانِ بوَاحدٍ، لايَصلُحُ النَّساءُ، ولابأسَ بهِ يَداً بيَدٍ» [٥]. وقال ابن المنذر: ثبت أنّ رسول الله ﷺ اشترى عبداً بعبدين أسودين، واشترى جارية بسبعة أرؤس [٦ و٧]. وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان بالحيوان يشبه أن يكون أصلاً بنفسه، لا من قِبَل سدّ ذريعة.

واختلفوا فيما لايجوز بيعه نَساءً: هل من شرطه التقابض في المجلس قبل الافتراق في سائر الربويات، بعد اتّفاقهم في اشتراط ذلك في المصارفة [٨]؛ لقوله عليه الصلاة والسلام:

---

١. الاستذكار ٢٠: ٨٩.

٢. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣١٨.

٣. قال البيهقي: «أكثر الحفّاظ لايثبتون سماع الحسن من سمرة في غير الحديث». وقال صاحب الهداية في تخرج أحاديث البداية: «والسند عن الإمام الشافعي أنّه قال: هذا الحديث غير ثابت عن رسول الله ﷺ». أنظر: سنن البيهقي ٥: ٢٨٨، الهداية في تخريج أحاديث البداية ٧: ١٩٦.

٤. سنن الترمذي ٣: ٥٣٨، كتاب البيوع، باب كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، ذيل الحديث ١٢٣٧.

٥. المصدر السابق: ٥٣٩، الحديث ١٢٣٨.

٦. صحيح مسلم ٢: ١٠٤٥ ـ ١٠٤٦، ٣: ١٢٢٥، كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمته ثم يتزوّجها، الحديث ١٣٦٥/٨٧، وفي كتاب المساقاة، باب جواز بيع الحيوان بالحيوان من جنسه متفاضلاً، الحديث ١٦٠٢/١٢٣.

٧. أنظر: الإقناع لابن المنذر: ١٧٣. وفيه: اشترىٰ رسول الله ﷺ عبداً بعبدين أسودين.

٨. عيون المجالس ٣: ١٤٢٧ ـ ١٤٢٨، الهداية للمرغيناني ٣: ٧٠، الافصاح ٢: ٢٧٦، العزيز شرح الوجيز ٤: ٧٥، وانظر الإقناع لابن القطّان ٢: ٢٧٦.

«لاتَبِيعُوا مِنْها غائِباً بِناجِزٍ»[١]؟ فمَن شَرَط فيها التقابض في المجلس شبّهها بالصرف، ومن لم يشترط ذلك * قال: إنّ القبض قبل التفرّق ليس شرطاً في البيوع إلّا ما قام الدليل عليه، ولمّا قام الدليل على الصرف فقط بقيت سائر الربويات على الأصل.

الفصل الرابع في معرفة ما يُعَدّ صنفاً واحداً، وما لايُعَدّ صنفاً واحداً

واختلفوا من هذا الباب فيما يعدّ صنفاً واحداً ـ وهو المؤثّر في التفاضل ـ ممّا لايعدّ صنفاً واحداً في مسائل كثيرة، لكن نذكر منها أشهرَها. وكذلك اختلفوا في صفات الصنف الواحد المؤثّر في التفاضل: هل من شرطه أن لايختلف بالجودة والرداءة، ولا باليبس والرطوبة؟

---

* لا خلاف عند الإماميّة ـ بل دعوىٰ الإجماع عليه ـ في عدم اشتراط التقابض في المجلس حيث يجوز بيع المتجانسين، وذلك لإطلاق الأدلّة السالم عن المعارض، ضرورة عدم الربا بعد أن كانا حالين، وإن قبض أحدهما وبقي الآخر فاليد باليد، إن كان في الأدلّة يراد به نفي النسيئة، لا اشتراط التقابض في المجلس.

نعم، لا خلاف ـ بل دعوىٰ الإجماع عليه ـ في اعتبار القبض في الصرف، فيجب التقابض حتى مع اختلاف الجنس. (تذكرة الفقهاء ١٠: ١٤٧، مسالك الأفهام ٣: ٣١٨، ٣٣٣، الحدائق الناضرة ١٩: ٢٧٧، جواهر الكلام ٢٣: ٣٤١، رياض المسائل ٨: ٣١٥).

---

١. أي: بحاضر، يريد: لاتبيعوا النسيئة بنقد. أخرجه في صحيح مسلم ٣: ١٢٠٨، كتاب المساقاة، باب الربا، الحديث ١٥٨٤/٧٥.

فأمّا اختلافهم فيما يعدّ صنفاً واحداً ممّا لايعدّ صنفاً واحداً، فمن ذلك القمح والشعير *: صار قوم إلى أنّهما صنف واحد، وصار آخرون إلى أنّهما صنفان، فبالأول قال مالك [١] والأوزاعي [٢]، وحكاه مالك في الموطّأ عن سعيد بن المسيّب [٣]. وبالثاني قال الشافعي وأبو حنيفة [٤].

---

* المشهور عند الإماميّة ـ بل ادّعي عليه الإجماع، خصوصاً بين المتأخّرين ـ أنّ الحنطة والشعير جنس واحد، فلايجوز التفاضل بينهما نقداً ولا نسيئة، ولابيع أحدهما بالآخر نسيئة.

واستدلّ على ذلك بالنصوص المستفيضة، منها: صحيح أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «الحنطة والشعير رأساً برأس، لايزداد واحد منهما على الآخر».

خلافاً لابن الجنيد وابن أبي عقيل وابن إدريس، فجعلوهما جنسين؛ يباع أحدهما بالآخر، متفاضلاً يداً بيد ونسيئة. واستدلّ ابن إدريس بقوله عليه السلام: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم». وقد اختلف الجنس في الحنطة والشعير صورةً وشكلاً، ولوناً وطعماً ونطقاً، وادراكاً وحسّاً. وجعل الأخبار الدالّة على القول الأول أخبار آحاد.

ونوقش: أولاً: بأنّه مبني على أصل فاسد كما حُرّر في الأصول.

وثانياً: منع كون الأخبار آحاداً، بل هي إن لم تكن متواترة، فمضمونها بسبب اعتضاد بعضها ببعض، والعمل بها والإجماع ونحو ذلك قطعي.

وثالثاً: أنّ اختلاف القديمين ـ أي ابن الجنيد وابن أبي عقيل ـ لايقدح في سبق الإجماع، ولا في لحوقه. (تذكرة الفقهاء ١٠: ١٤٨، مسالك الأفهام ٣: ٣١٨، الحدائق الناضرة ١٩: ٢٣٠، رياض المسائل ٨: ٢٩٢، جواهر الكلام ٢٣: ٣٤٤، السرائر ٢: ٢٥٤ ـ ٢٥٥).

---

١. الاستذكار ٢٠: ٣٢، المنتقى للباجي ٥: ٢ ـ ٣، فتح المالك ٨: ٥٠، ٩٥، ١٠٣.

٢. الاستذكار ٢٠: ٣٣.

٣. لم نعثر عليه في مظانّه، ولكن نسبه مالك في الموطّأ ٢: ٦٤٥، باب بيع الطعام بالطعام الحديث ٥٠ إلى سعد بن أبي وقاص. وكذا نسبه ابن عبدالبر في الاستذكار ٢٠: ٣١ ـ ٣٢ إلى سعد أيضاً.

٤. المعونة ٢: ٩٦١، بدائع الصنائع ٧: ٧٠. وانظر: مختصر المزني: ٨٦، روضة الطالبين ٣: ٥٦، البيان للعمراني ٥: ١٨٦.

وعمدتهما السماع والقياس. أمّا السماع: فقوله ﷺ: «لاتبيعوا البُرَّ بالبُرِّ والشّعير بالشّعير إلّا مثلاً بمثلٍ»[١] فجعلهما صنفين، وأيضاً فإنّ في بعض طرق حديث عبادة بن الصامت: «وبيعوا الذهَبَ بالفضَّة كيف شئتم، والبُرَّ بالشعيرِ كيف شئتم، والملح بالتمر كيف شئتم، يداً بيَدٍ». ذكره عبدالرزاق ووكيع عن الثوري[٢]. وصحّح هذه الزيادة الترمذي[٣]. وأمّا القياس فلأنّهما شيئان اختلفت أسماؤهما ومنافعهما، فوجب أن يكونا صنفين، أصله الفضة والذهب وسائر الأشياء المختلفة في الاسم والمنفعة.

وأمّا عمدة مالك فإنّه عَمَلُ سلفه بالمدينة[٤]، وأمّا أصحابه فاعتمدوا في ذلك أيضاً السماع والقياس. أمّا السماع فما روي أنّ النبي عليه الصلاة والسلام قال: «الطعامُ بالطعام مثلاً بمثل»[٥]. فقالوا: اسم الطعام يتناول البُرّ والشعير[٦]. وهذا ضعيف، فإنّ هذا عام يفسّره الأحاديث الصحيحة. وأمّا من طريق القياس فإنّهم عدّدوا كثيراً من اتّفاقهما في المنافع[٧]، والمتّفقة المنافع لايجوز التفاضل فيها باتّفاق[٨].

والسُّلْت[٩] ـ عند مالك ـ والشعير صنف واحد[١٠]*.

---

* اختلف الإماميّة في السُلت والعلس أنّهما من أفراد الحنطة والشعير أو لا، ←

---

١. صحيح مسلم ٣: ١٢١٠، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، الحديث ١٥٨٧/٨٠.

٢. فتح المالك ٨: ٩٩، الاستذكار ٢٠: ٣٥ ـ ٣٦. وانظر: المصنف لعبدالرزاق ٨: ٣٤.

٣. السنن للترمذي ٣: ٥٤١، كتاب البيوع، باب ما جاء أنّ الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل كراهية التفاضل فيه، الحديث ١٢٤٠.

٤. الموطّأ ٢: ٦٤٥ كتاب البيوع، باب بيع الطعام بالطعام لا فضل بينهما، الحديث ٥٠، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٦٤، فتح المالك ٨: ٥٠.

٥. صحيح مسلم ٣: ١٢١٤، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل، الحديث ١٥٩٢/٩٣.

٦. فتح المالك ٨: ٥٠ ـ ٥١.

٧. أنظر: المنتقى للباجي ٢: ١٦٧، الاستذكار ٩: ٢٥٧، ٢٠: ٣١ ـ ٣٣.

٨. أنظر: المنتقى للباجي ٤: ١٥٩، ٥: ٣.

٩. السُلت ـ بالضمّ ـ: ضرب من الشعير ليس له قشر، كأنّه الحنطة. (الصحاح ١: ٢٥٣ مادة سلت).

١٠. التفريع ٢: ١٢٦، المنتقى للباجي ٥: ٣.

وأمّا القِطنيّة [١] فإنّها عنده صنف واحد في الزكاة [٢]، وعنه في البيوع روايتان: إحداهما: أنّها صنف واحد [٣]، والأخرى: أنّها أصناف [٤].

وسبب الخلاف: تعارض اتّفاق المنافع فيها واختلافها: فمن غلّب الاتّفاق قال: صنف واحد [٥]،

← ففي بحث الزكاة جعل بعضهم السلت (ضرب من الشعير ليس له قشر) كالشعير والعلس (ضرب من الحنطة تكون حبتان في قشر واحد) كالحنطة في وجوب الزكاة، والمشهور ـ بل دعوى الإجماع عليه ـ خروجهما عن الحنطة والشعير، ولا يجب الزكاة فيهما؛ لأصالة عدم الوجوب، وحصر الزكاة في أمور تسعة في المستفيض من النصوص المنساق من الحنطة والشعير فيه غيرهما.

وقال الشيخ الطوسي وجمع من الأصحاب: إنّ السُلت كالشعير والعلس كالحنطة في الوجوب.

وأمّا في باب الربا فقد ذكروا أنّ مقتضى الضابط في تحقيق الربا عدم دخول السلت والعلس في الحنطة والشعير؛ لمغايرة الاسم، إلّا إذا ثبت الاتّحاد بنحوٍ من اللغة والعرف أو الشرع فيدخل. واستدلّوا للجوّاز بالأصل، والإطلاق، واختلاف الاسم الكاشف عن اختلاف الجنس عرفاً. (مسالك الأفهام ٣: ٣١٧، الحدائق الناضرة ١٢: ١٠٨، ١٩: ٢٢٣، رياض المسائل ٨: ٢٨٣، جواهر الكلام ١٥: ٢٠٥، جواهر الكلام ٢٣: ٣٤٧، مختلف الشيعة ٨: ٢٨٣، مهذب الاحكام ١٧: ٣١١).

---

١. القطنية ـ بالكسر ـ: ما يدّخر من الحبوب؛ كالعدس والباقلاء والحمّص، وسمّي القطنية لأنّه يُقطن في البيت ويقيم زماناً، وليس منه القمح والشعير. أنظر: المنتقىٰ للباجي ٥: ١٦٨، تاج العروس ١٨: ٤٥٨ مادة (قطن)، المصباح المنير: ٣٧٨ مادة (قطن).

٢. الكافي في فقه أهل المدينة: ١٠٢ ـ ١٠٣، التفريع ١: ٢٩٢.

٣. المنتقىٰ للباجي ٥: ٣، الاستذكار ٢٠: ٣٤.

٤. التفريع ٢: ١٢٦، المنتقى للباجي ٥: ٣، الاستذكار ٢٠: ٣٥.

٥. المنتقىٰ للباجي ٢: ١٦٨، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٦٦.

ومن غلّب الاختلاف قال: صنفان أو أصناف[١]. والأرزّ والدُّخْن والجاوَرْس عنده صنف واحد[٢].

مسألة: واختلفوا من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم الذي لايجوز فيه التفاضل، فقال مالك: اللحوم ثلاثة أصناف: فلحم ذوات الأربع صنف، ولحم ذوات الماء صنف، ولحم الطير كلّه صنف واحد* أيضاً. وهذه الثلاثة الأصناف مختلفة يجوز فيها التفاضل[٣].

---

* لا خلاف بين الإماميّة ـ بل دعوىٰ الإجماع عليه ـ أنّ اللحوم مختلفة في الجنس بحسب اختلاف أسماء الحيوان، والاشتراك في اسم اللحم لايقتضي الاتحاد، كالاشتراك في اسم الحيوان. نعم، لحم البقر والجاموس جنس واحد بالإجماع؛ لدخولهما تحت لفظ «البقر» لغةً، ولحم الضأن والمعز جنس واحد بلا خلاف بل اجماعاً؛ لدخولهما تحت لفظ «الغنم»، ولحم الإبل ـ عرابها وبخاتيها ـ جنس واحد بلا خلاف، بل بالإجماع أيضاً.

والطيور أجناس مختلفة لغة وعرفاً لاختصاص كل منها باسم وإن جمع الجميع اسم الطير بلا خلاف فيه.

نعم، في الحمام، وهو ما عبّ وهدَرَ، قيل: إنّه جنس واحد؛ للاشتراك في الاسم، وقيل: إنّ كلّ ما يختصّ باسم منه فهو جنس علىٰ انفراده؛ كالفخاتي والورشان.

والأسماك أجناس مختلفة متعدّدة بتعدّد اسم كلّ واحد. وعن بعضهم: أنّ المعروف كونه جنساً واحداً، لشمول الاسم للجميع، والاختلاف بالعوارض لايوجب الاختلاف بالحقيقة.

وظاهر الإماميّة الإجماع علىٰ أنّ الوحشي في كلّ جنس مخالف لأهليّه، فالبقر ←

---

١. المنتقىٰ للباجي ٥: ٣، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٦٦.

٢. المنتقىٰ للباجي ٥: ٣. ولكن في المعونة ٢: ٩٦١ والاستذكار ٢٠: ٣٥ أنّها أصناف مختلفة.

٣. التفريع ١: ١٢٦، المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٦.

وقال أبو حنيفة: كلّ واحد من هذه هو أنواع كثيرة، والتفاضل فيه جائز، إلّا في النوع الواحد بعينه [١]. وللشافعي قولان: أحدهما مثل قول أبي حنيفة [٢]، والآخر: أنّ جميعها صنف واحد [٣].

وأبو حنيفة يجيز لحم الغنم بالبقر متفاضلاً [٤]، ومالك لايجيزه [٥]، والشافعي لايجيز بيع لحم الطير بلحم الغنم متفاضلاً [٦]، ومالك يجيزه [٧]. وعمدة الشافعي: قوله عليه الصلاة والسلام: «الطعام بالطعام مِثلاً بمثل» [٨]، ولأنّها إذا فارقتها الحياة زالت الصفات التي كانت بها تختلف، ويتناولها اسم اللحم تناولاً واحداً [٩]. وعمدة المالكية: أنّ هذه أجناس مختلفة، فوجب أن يكون لحمها مختلفاً [١٠]. والحنفية تعتبر الاختلاف الذي في الجنس الواحد من هذه، وتقول: إنّ الاختلاف الذي بين الأنواع التي في الحيوان ـ أعني: في الجنس الواحد منه ـ كأنّك قلت: الطائر هو وزّان الاختلاف الذي بين التمر والبُرّ والشعير [١١].

وبالجملة: فكلّ طائفة تدّعي أنّ وزّان الاختلاف الذي بين الأشياء المنصوص عليها هو

← الأهلي مع البقر الوحشي مختلفان... وهكذا. (مسالك الأفهام ٣: ٣٢٠، تذكرة الفقهاء ١٠: ١٥٢، الحدائق الناضرة ١٩: ٢٤٦ ـ ٢٤٧، رياض المسائل ٨: ٢٩٧، جواهر الكلام ٢٣: ٣٥٥ ـ ٣٥٧).

---

١. بدائع الصنائع ٧: ٧٤، الهداية للمرغيناني ٣: ٧٢.
٢. التهذيب للبغوي ٣: ٣٦٢، البيان للعمراني ٥: ١٧٧.
٣. التهذيب للبغوي ٣: ٣٦٢، البيان للعمراني ٥: ١٧٦.
٤. بدائع الصنائع ٧: ٧٤، الهداية للمرغيناني ٣: ٧٢.
٥. المنتقى للباجي ٥: ٢٦، فتح المالك ٨: ١٢٣.
٦. أنظر: البيان للعمراني ٥: ١٧٧، المهذّب للشيرازي ٣: ٦٦.
٧. المنتقى للباجي ٥: ٢٦، فتح المالك ٨: ١٢٣.
٨. صحيح مسلم ٣: ١٢١٥، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل، الحديث ١٥٩٣/٩٤.
٩. أنظر: المهذّب للشيرازي ٣: ٦٦، البيان للعمراني ٥: ١٧٦ ـ ١٧٧.
١٠. المنتقى للباجي ٥: ٢٦ ـ ٢٧، فتح المالك ٨: ١٢٣.
١١. أنظر: بدائع الصنائع ٧: ٧٤.

الاختلاف الذي تراه في اللحم، والحنفية أقوىٰ من جهة المعنى؛ لأنّ تحريم التفاضل إنّما هو عند اتفاق المنفعة.

مسألة: واختلفوا من هذا الباب في بيع الحيوان بالميت [1] على ثلاثة أقوال: قول: إنّه لايجوز باطلاق، وهو قول الشافعي والليث [2]. وقول: إنّه يجوز في الأجناس المختلفة التي يجوز فيها التفاضل، ولايجوز ذلك في المتّفقة ـ أعني الربويّة ـ لمكان الجهل الذي فيها من طريق التفاضل، وذلك في التي المقصود منها الأكل، وهو قول مالك، فلايجوز شاة مذبوحة بشاة تُراد للأكل *، وذلك عنده في الحيوان المأكول، حتّى إنّه لايجيز الحي بالحي إذا كان

---

* المشهور عند الإماميّة ـ بل ادّعي عليه الإجماع ـ عدم جواز بيع اللحم بالحيوان إذا كان من جنسه؛ كلحم الشاة بالشاة، ولحم البقر بالبقر، فإن اختلف لم يكن به بأس.

خلافاً لابن إدريس الحلّي فجوّز بيع اللحم إذا كان موزوناً، سواء اتّفق الجنس أو لا، يداً بيد، وسلفاً أيضاً إن كان اللحم معجلاً، دون العكس، واختاره المحدّث البحراني.

احتجّ المشهور برواية غياث بن ابراهيم عن الصادق عليه السلام: «أنّ أمير المؤمنين عليه السلام كرّه اللحم بالحيوان»، وبأنّه أحوط وأسلم من الربا، وبأنّ الشيخ في الخلاف ادّعى عليه إجماع الفرقة.

واحتج ابن إدريس بأنّ المقتضي، وهو قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ موجود، والمانع وهو الربا منفي، إذ الربا إنّما يثبت في الموزون، والحيوان الحي ليس بموزون.

وردّه في المختلف بالمنع من نفي المانع، ومن كون المانع هو الربا خاصةً، ثم قال: ولو قيل بالجواز في الحيوان الحي دون المذبوح؛ جمعاً بين الأدلّة، كان قوياً.

وتمسّك صاحب الحدائق ـ انتصاراً لابن إدريس ـ بأنّ الجواز هو الموافق للقواعد الشرعية، وبأصالة الصحّة، وجعلها أقوى مستمسكٍ في المقام؛ رادّاً على العلّامة، ←

---

١. أي: المذبوح.

٢. التهذيب للبغوي ٣: ٣٦٤، البيان للعمراني ٥: ٢١٠، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٤١، فتح المالك ٨: ١٢٢.

المقصود الأكل من أحدهما، فهي عنده من هذا الباب، أعني: أنّ امتناع ذلك عنده من جهة الربا والمزابنة [١]. وقول ثالث: إنّه يجوز مطلقاً، وبه قال أبو حنيفة [٢].

وسبب الخلاف: معارضة الأصول في هذا الباب لمرسل سعيد بن المسـيّب، وذلك أنّ مالكاً روىٰ عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيّب: أنّ رسول الله ﷺ نهىٰ عن بيع الحيوان باللحم [٣].

فمن لم تنقدح عنده معارضة هذا الحديث لأصل من أصول البيوع التي توجب التحريم قال به، ومن رأىٰ أنّ الأصول معارضةٌ له وجب عليه أحد أمرين: إمّـا أن يـغلّب الحـديث فيجعلَه أصلاً زائداً بنفسه، أو يردّه لمكان معارضة الأصول له. فالشافعي غلّب الحديث [٤]، وأبو حنيفة غلّب الأصول [٥]، ومالك ردّه إلى أصوله في البيوع، فجعل البيع فيه من باب الربا ـ أعني: بيع الشيءِ الربوي بأصله ـ مثل بيع الزيت بالزيتون [٦]، وسيأتي الكلام عـلى هـذا الأصل، فإنّه الذي يعرّفه الفقهاء بالمزابنة، وهي داخلة في الربا بجهة، وفـي الغـرر بـجهة، وذلك أنّها ممنوعة في الربويات من جهة الربا والغرر، وفي غير الربويات من جهة الغرر فقط الذي سببه الجهل بالخارج عن الأصل.

مسألة: ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الدقيق بالحنطة مثلاً بمِثل، فالأشهر عن مالك

← وحمل رواية غياث على الكراهة بالمعنى المصطلح كـما هـو أحـد مـعنييها فـي الأخبار؛ لعدم ظهور الموجب للتحريم. (الخلاف ٣: ٧٥، مختلف الشيعة ٥: ٩٣ ـ ٩٤، الحدائق الناضرة ١٩: ٢٤٨ ـ ٢٤٩، جواهر الكلام ٢٣: ٣٨٤ ـ ٣٨٥).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٥، فتح المالك ٨: ١٢١، الاستذكار ٢٠: ١٠٦.

٢. بدائع الصنائع ٧: ٧٥، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٤١.

٣. الموطّأ ٢: ٦٥٥، كتاب البيوع، باب بيع الحيوان باللحم، الحديث ٦٤.

٤. البيان للعمراني ٥: ٢١٠، مختصر المزني ٩: ٨٨.

٥. بدائع الصنائع ٧: ٧٥، وانظر: المحيط البرهاني ٧: ٣١٢.

٦. المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٥، البيان للعمراني ٥: ٢١١.

جوازه، وهو قول مالك في موطئه [١]*. وروي عنه: أنّه لايجوز [٢]، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وابن الماجشون من أصحاب مالك [٣]. وقال بعض أصحاب مالك: ليس هو اختلافاً من قوله، وإنّما رواية المنع إذا كان اعتبار المثلية بالكيل؛ لأنّ الطعام إذا صار دقيقاً اختَلف كيله، ورواية الجواز إذا كان الاعتبار بالوزن [٤]. وأمّا أبو حنيفة فالمنع عنده في ذلك من قِبَل أنّ أحدهما مكيل والآخر موزون [٥]. ومالك يعتبر الكيل أو الوزن فيما جرت العادة أن يكال أو يوزن، والعدد فيما لايكال ولا يوزن [٦].

---

* الظاهر أنّه لا خلاف في أنّ كلّ ما يعمل من جنس واحد يحرم التفاضل فيه وإن اختصّ هو باسم؛ كالحنطة بدقيقها، والشعير بسويقه، ونحوهما؛ إلحاقاً للفرع بالأصل، ويجوز البيع مثلاً بمثل بالإجماع.

واستدلّ له بأنّ الدقيق نفس الحنطة، وإنّما تفرّقت أجزاؤه، فصار بمنزلة الحنطة الدقيقة مع السمينة، وبالأخبار المستفيضة المتضمّنة لنفي البأس عن بيع الحنطة بالدقيق إذا كانا مثلاً بمثل: ما رواه زرارة في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال: «الدقيق بالحنطة، والسويق بالدقيق، مثلاً بمثل، لابأس به».

ومنها: ما رواه سماعة في الموثّق عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن العنب بالزبيب، قال: «لايصلح إلّا مثلاً بمثل». قلت: والتمر والزبيب؟ قال: «مثلاً بمثل».

(مختلف الشيعة ٥: ٩٨ ـ ١٠٢، مسالك الأفهام ٣: ٣١٩، الحدائق الناضرة ١٩: ٢٣٥ ـ ٢٣٧، تذكرة الفقهاء ١٠: ١٧٠ ـ ١٧١، رياض المسائل ٨: ٢٩٤، جواهر الكلام ٢٣: ٣٤٨ ـ ٣٤٩، فقه الصادق ١٨: ١٣٤ ـ ١٣٥).

---

١. الموطّأ ٢: ٦٤٨، كتاب البيوع، باب بيع الطعام بالطعام، ذيل الحديث ٥٢، عيون المجالس ٣: ١٤٣٠، المنتقى للباجي ٥: ٦.

٢. عيون المجالس ٣: ١٤٣٠، المنتقى للباجي ٥: ٦.

٣. الهداية للمرغيناني ٣: ٧٠، الاستذكار ٢٠: ٤٩ ـ ٥٠، التهذيب للبغوي ٣: ٣٥٠.

٤. المنتقى للباجي ٥: ٦، عيون المجالس ٣: ١٤٣٠ ـ ١٤٣١.

٥. أنظر: الهداية للمرغيناني ٣: ٧٠ ـ ٧١، بدائع الصنائع ٧: ٧٠.

٦. أنظر: المنتقى للباجي ٦: ٧، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٥٨.

واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة ممّا أصله منع الربا فيه؛ مثل الخبز بالخبز، فقال أبو حنيفة: لابأس ببيع ذلك متفاضلاً ومتماثلاً؛ لأنّه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا [١]. وقال الشافعي: لايجوز متماثلاً، فضلاً عن متفاضل؛ لأنّه قد غيّرته الصنعة تغيّراً جُهلت به مقاديره التي تعتبر فيها المماثلة [٢]. وأمّا مالك فالأشهر في الخبز عنده أنّه يجوز متماثلاً [٣]*، وقد قيل فيه: أنّه يجوز فيه التفاضل والتساوي [٤]. وأمّا العجين بالعجين فجائز عنده مع المماثلة [٥]**.

وسبب الخلاف: هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله؟ وإن لم تنقلْه فهل تُمكِن المماثلة فيه أو لاتمكن؟ فقال أبو حنيفة: تنقله [٦]. وقال مالك والشافعي: لاتنقله [٧].

---

* هذا أحد فروع وتطبيقات القاعدة المعروفة عند الإماميّة التي تقدّمت، وهي أنّ كلّ ما يعمل من جنس واحد يحرم التفاضل فيه وإن اختصّ هو باسمٍ، فإنّ المراد بالجنس في الربا هو الحقيقة الأصلية خاصّة وإن اختلفت أفرادها، وعليه فيجوز بيع الخبز بالخبز، سواء كانا رطبين أو يابسين، أو بالتفريق، مثلاً بمثل، نقداً لا نسيئة. (تذكرة الفقهاء ١٠: ١٧٣، جامع المقاصد ٤: ٢٧٤، الحدائق الناضرة ١٩: ٢٣٨ ـ ٢٣٩، رياض المسائل ٨: ٢٩٦، جواهر الكلام ٢٣: ٣٥٠ ـ ٣٥١).

** أنظر ما تقدّم آنفاً رأي الإماميّة على قاعدتهم المعروفة.

---

١. كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٢: ٦١٩، وحكاه في عيون المجالس ٣: ١٤٣٤ ـ ١٤٣٥.

٢. التهذيب للبغوي ٣: ٣٥٠، الاستذكار ٢٠: ٤٧.

٣. عيون المجالس ٣: ١٤٣٤، المنتقىٰ للباجي ٥: ٤ ـ ٥، فتح المالك ٨: ٥٧.

٤. عيون المجالس ٣: ١٤٣٤، الاستذكار ٢٠: ٤٦.

٥. الاستذكار ١٩: ١٥٣، وقال في ٢٠: ٤٧: «لم يختلفوا ـ أصحاب مالك ـ في أنّ العجين بالعجين لايجوز متفاضلاً، ولا متساوياً».

٦. كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٢: ٦١٩، وحكاه في فتح المالك ٨: ٥٧.

٧. الاستذكار ٢٠: ٤٦ ـ ٤٧، المنتقىٰ للباجي ٥: ٤، فتح المالك ٨: ٥٧.

واختلفوا في إمكان المماثلة فيهما، فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة في الخبز واللحم بالتقدير والحَزْر، فضلاً عن الوزن [١]. وأمّا إذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة، والآخر قد دخلته الصنعة، فإنّ مالكاً يرىٰ في كثير منها أنّ الصنعة تنقله من الجنس [٢] ـ أعني: من أن يكون جنساً واحداً فيجيز ـ فيها التفاضل، وفي بعضها ليس يرىٰ ذلك، وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الانفصال، فاللحم المشوي والمطبوخ عنده من جنس واحد، والحنطة المقلوّة عنده وغير المقلوّة جنسان [٣]*. وقد رام أصحابه التفصيل في ذلك، والظاهر من مذهبه أنّه ليس في ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها. وقد رام حصرها الباجي في المنتقىٰ [٤]، وكذلك أيضاً يعسر حصر المنافع التي توجِب عنده بالاتفاق في شيءٍ شيءٍ من الأجناس التي يقع بها التعامل، وتمييزها من التي لاتوجب ذلك، أعني: في الحيوان والعروض والنبات.

وسبب العسر: أنّ الإنسان إذا سئل عن أشياء متشابهة في أوقات مختلفة، ولم يكن عنده قانون يعمل عليه في تمييزها إلّا ما يعطيه بادئ النظر في الحال، جاوب فيها بجوابات مختلفة، فإذا جاء مِن بعده أحدٌ فرام أن يُجري تلك الأجوبة علىٰ قانون واحد وأصل واحد عسر ذلك عليه، وأنت تتبيّن ذلك من كتبهم.

فهذه هي أُمّهات هذا الباب.

---

* يعرف حكم هذه الفروع على رأي الإماميّة ممّا تقدّم من القاعدة المعروفة، بل قد نصّ على حكم بعضها، قال في التذكرة: يجوز بيع الحنطة المقلية بمثلها متساوياً، وبغير المقلية لقلّة الرطوبة فيها؛ لأنّها لاتخرج عن كونها جنساً واحداً، فلايجوز التفاضل فيها. (تذكرة الفقهاء ١٠: ١٩١، نهاية الإحكام ٢: ٥٤٣).

---

١. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣١٢ ـ ٣١٣، المعونة ٢: ٩٦٧، التفريع ٢: ١٢٨.

٢. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣١٣.

٣. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣١٣، المنتقىٰ للباجي ٥: ٤.

٤. المنتقىٰ للباجي ٥: ٤ ـ ٥.

فصل: وأمّا اختلافهم في بيع الربوي الرطب بجنسه من اليابس مع وجود التماثل في القدر والتناجز، فإنّ السبب في ذلك ما روىٰ مالك عن سعد بن أبي وقّاص أنّه قال: سمعت رسول الله ﷺ يُسأل عن شراء التمر بالرُّطَب، فقال رسول الله ﷺ: «أيَنقص الرطَب إذا جَفَّ؟» فقالوا: نعم، فنهىٰ عن ذلك [١]. فأخذ به أكثر العلماء، وقال: لايجوز بيع التمر بالرُّطَب علىٰ حال، مالك والشافعي وغيرهما [٢]. وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك [٣]. وخالفه في ذلك صاحباه: محمد بن الحسن وأبو يوسف [٤]. وقال الطحاوي بقول أبي حنيفة [٥]*.

---

* المشهور عند فقهاء الإماميّة: عدم جواز بيع الرطب بالتمر، بل ادّعي عليه الإجماع في الخلاف وغيره.

واستدلّ عليه ـ مضافاً للإجماع ـ بجملة من النصوص، أشهرها المستفيض من طرق الفريقين: أنّه لمّا سئل النبي ﷺ عن بيع الرطب بالتمر فقال ﷺ: «أينقص إذا جفّ؟!» فقالوا له: نعم، فقال: «لا، إذاً».

وصحيح الحلبي عن الصادق ﷺ قال: «لايصلح التمر اليابس بالرطب، من أجل أنّ التمر يابس والرطب رطب، فإذا يبس نقص».

خلافاً للشيخ الطوسي في الاستبصار وموضع من المبسوط، وابن إدريس، وصاحبي الكفاية والحدائق، فذهبوا إلى الجواز؛ تمسّكاً بالأصل والعمومات السليمة عمّا يصلح للمعارضة؛ لاختصاص أدلّة حرمة الربا بالزيادة الحاصلة وقت المبايعة، وهي مفقودة هنا، وقدحاً في النصوص المتقدّمة للقول الأول. (مسالك الأفهام ٣: ٣٢٤ ـ ٣٢٥، الحدائق الناضرة ١٩: ٢٤٢ ـ ٢٤٦، رياض المسائل ٨: ٣٠٣ ـ ٣٠٥، جواهر الكلام ٢٣: ٣٦٧ ـ ٣٦٩).

---

١. الموطّأ ٢: ٦٢٤، كتاب البيوع، باب ما يكره من بيع التمر، الحديث ٢٢.

٢. عيون المجالس ٣: ١٤٣٦ ـ ١٤٣٧، البيان للعمراني ٥: ١٨٧، الأم ٣: ٣١، الاستذكار ١٩: ١٥١ ـ ١٥٢.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٣٦، بدائع الصنائع ٧: ٧١، الهداية للمرغيناني ٣: ٧١.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٣٦، بدائع الصنائع ٧: ٧١، الهداية للمرغيناني ٣: ٧١ ـ ٧٢.

٥. شرح معاني الآثار ٤: ٦ ـ ٧، الاستذكار ١٩: ١٥٢.

وسبب الخلاف: معارضة ظاهر حديث عبادة وغيرِه له، واختلافهم في تصحيحه، وذلك أنّ حديث عبادة اشترط في الجواز فقط المماثلة والمساواة، وهذا يقتضي بظاهره حال العقد لا حال المآل. فمن غلّب ظواهر أحاديث الربويّات ردّ هذا الحديث، ومن جعل هذا الحديث أصلاً بنفسه قال: هو أمر زائد، ومفسِّرٌ لأحاديث الربويّات [١].

والحديث أيضاً اختلف الناس في تصحيحه، ولم يخرّجه الشيخان، قال الطحاوي: خولف فيه عبدالله، فرواه يحيىٰ بن كثير عنه: أنّ رسول الله ﷺ نهىٰ عن بيع الرُّطَب بالتمر نسيئةً [٢]. وقال: إنّ الذي يروي عنه هذا الحديث عن سعد بن أبي وقّاص هو مجهول، لكنّ جمهور الفقهاء صاروا إلى العمل به [٣].

وقال مالك في موطّئه قياساً به علىٰ تعليل الحُكم في هذا الحديث [٤]: وكذلك كلّ رَطْب بيابس من نوعه حرام؛ يعني: منع المماثلة؛ كالعجين بالدقيق، واللحم اليابس بالرَّطْب [٥] *.

---

* اختلف الإماميّة في أنّ العلّة المنصوصة لتحريم بيع التمر بالرطب، هل تسري في كلّ رطب بيابسه؟ قولان: الأول: التعدية والمنع من البيع، اختاره العلّامة في القواعد وجماعة، بل في التذكرة أنّه مشهور عند علمائنا. قال السيد العاملي في مفتاح الكرامة: وحيث إنّه قد حرّر في غير محلّه أنّها ـ أي: العلّة المنصوصة ـ حجّة في غير موردها، وأنّها تدلّ دلالة كلّ نسبة ناقصة على نسبة تامة، كان القول بالمنع هو المتّجه.

والثاني: عدم التعدية وجواز البيع، ذهب إليه الشيخ في الخلاف وموضع من المبسوط، وابن إدريس، وأبو المكارم، والمحقّق الحلّي. ←

---

١. شرح معاني الآثار ٤: ٦، بدائع الصنائع ٧: ٧١ ـ ٧٣.

٢. سنن أبي داود ٣: ٢٥١، كتاب البيوع، باب في التمر، حديث ٣٣٦٠.

٣. شرح معاني الآثار ٤: ٦ ـ ٧. لكن ذكر الطحاوي: أنّ عمران بن أبي أنيس ـ الذي يروي حديث سعد ـ هو رجل متقدّم معروف.

٤. الموطّأ ٢: ٦٢٤، كتاب البيوع، باب ما يكره من بيع التمر، الحديث ٢٢.

٥. الاستذكار ١٩: ١٥٣، التفريع ٢: ١٢٧.

وهو أحد قسمي المزابنة عند مالك المنهيِّ عنها عنده [١]، والعَرِيّة عنده مستثناة من هذا الأصل [٢]، وكذلك عند الشافعي [٣].

والمزابنة المنهي عنها عند أبي حنيفة: هو بيع التمر على الأرض بالتمر في رؤوس النخيل؛ لموضع الجهل بالمقدار الذي بينهما، أعني: بوجود التساوي [٤]*.

← قال الشيخ في الخلاف: دليلنا... علىٰ جواز الباقي ـ أي بيع العنب بالزبيب أو الثمرة بيابسها وما أشبهه ـ الآية، ودلالة الأصل والمنع يحتاج إلىٰ دليل، وحمله على الرطب قياس، وهو عندنا فاسد. (الخلاف ٣: ٦٤، تذكرة الفقهاء ١٠: ١٨٩ ـ ١٩٠، مسالك الأفهام ٣: ٣٢٥، الحدائق الناضرة ١٩: ٢٤٢، رياض المسائل ٨: ٣٠٥ ـ ٣٠٦، مفتاح الكرامة ٩: ٨٩٥ ـ ٨٩٦).

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ حرمة المزابنة؛ للنصوص، إلّا أنّهم قد اختلفوا في معناها، فذهب المشهور إلىٰ أنّها بيع ثمر النخل الموجود بتمر منه أو من غيره ولو كان مطروحاً على الأرض، واحتجّوا بالأخبار، منها: صحيحة عبدالرحمان بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «نهىٰ رسول الله صلى الله عليه وآله عن المحاقلة والمزابنة» قلتُ: وما هو؟ قال: «أن يشتري حمل النخل بالتمر، والزرع بالحنطة».

خلافاً لبعضهم، فخصّ ذلك ببيع تمر النخل بتمر منه، واستندوا في ذلك إلىٰ ما دلّ من جواز البيع بتمر غير ما في المبيع، منه: حسنة الحلبي أو صحيحته قال: قال أبو عبدالله عليه السلام في رجل قال لآخر: بعني ثمرة نخلك هذا الذي فيها بقفيزين من تمر أو أقلّ أو أكثر، يسمّي ما شاء، فباعه، فقال: «لابأس به».

هذا وقد ذكر البعض أنّ المزابنة: بيع السنبل بالحنطة، والمحاقلة هو ما ذكر ـ بيع ←

---

١. الموطّأ ٢: ٦٢٥، كتاب البيوع، باب ما جاء في المزابنة والمحاقلة، ذيل الحديث ٢٥، الاستذكار ١٩: ١٥٣ ـ ١٥٤، ١٥٦ ـ ١٥٧.

٢. الموطّأ ٢: ٦٢٠ كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع العريّة، ذيل الحديث ١٤.

٣. الأم ٣: ٣١ ـ ٣٢، ٦٨، البيان للعمراني ٥: ١٩١.

٤. بدائع الصنائع ٧: ٨٤، الهداية للمرغيناني ٣: ٤٩.

وطَرَد الشافعي هذه العلّة في الشيئين الرطبين، فلم يُجز بيع الرَّطْب بالرَّطْب، ولا العجين بالعجين مع التماثل؛ لأنّه زعم أنّ التفاضل يوجد بينهما عند الجفاف [١]. وخالفه في ذلك جلّ من قال بهذا الحديث [٢].

وأمّا اختلافهم في بيع الجَيد بالرديء في الأصناف الربويّة، فذلك يتصوّر بأن يباع منها صنف واحد وسط في الجودة بصنفين: أحدهما أجود من ذلك الصنف، والآخر أردأ، مثل أن يبيع مُدَّين من تمرٍ وسط بمُدّين من تمر أحدِهما أعلىٰ من الوسط، والآخر أدون منه، فإنّ مالكاً يردّ هذا لأنّه يتّهمه أن يكون إنّما قصد أن يدفع مدّين من الوسط في مدٍّ من الطيّب، فجعل معه الرديءَ ذريعة إلىٰ تحليل ما لايجب من ذلك [٣]. ووافقه الشافعي في هذا [٤]، ولكنّ

← تمر النخل بالتمر ـ واستدلّ له بصحيحة عبدالرحمان الآنفة، وبموثقته: «نهىٰ رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة، فقال: المحاقلة بيع النخل بالتمر، والمزابنة بيع السنبل بالحنطة».

وعلّق البعض علىٰ ذلك بأنّه حُمل علىٰ وهم الراوي، ولابأس به جمعاً، فإنّ ما عليه الأصحاب أقوىٰ؛ لإجماعهم عليه ظاهراً، مع اعتضاده بما روي في خبر أبي القاسم المروي في معاني الأخبار مسنداً عن النبي ﷺ: «أنّه نهىٰ عن بيع المحاقلة والمزابنة، فالمحاقلة: بيع الزرع وهو في سنبله بالبرّ، والمزابنة: بيع التمر في رؤوس النخل بالتمر» المنجبر ضعفه بعمل الأصحاب. مع أنّه لا ثمرة للاختلاف بالباب؛ للإجماع علىٰ تحريمهما مطلقاً، سمّيت إحداهما باسم الأخرىٰ أم لا. (مسالك الأفهام ٣: ٣٦٣، جواهر الكلام ٢٤: ٩٢ ـ ٩٥، الحدائق الناضرة ١٩: ٣٥٢، رياض المسائل ٨: ٣٦٣ ـ ٣٦٥).

---

١. الأم ٣: ٣١ ـ ٣٢، البيان للعمراني ٥: ١٨٧ ـ ١٨٨، التهذيب للبغوي ٣: ٣٤٣.

٢. التهذيب للبغوي ٣: ٣٤٣، البيان للعمراني ٥: ١٨٨.

٣. الموطّأ ٢: ٦٣٩ ـ ٦٤٠، كتاب البيوع، باب المراطلة، ذيل الحديث ٣٩، المنتقىٰ للباجي ٥: ١١.

٤. الأم ٣: ٢٨، التهذيب للبغوي ٣: ٣٤٨، البيان للعمراني ٥: ١٨٤، الاستذكار ١٩: ٢٤٥.

التحريم عنده ليس هو ـ فيما أحسب ـ لهذه التهمة؛ لأنّه لايُعمِل التهم، ولكنْ يُشْبِه أن يعتبر التفاضل في الصفة؛ وذلك أنّه متىٰ لم تكن زيادة الطيّب على الوسط مثل نقصان الرديء عن الوسط، وإلّا فليس هناك مساواة في الصفة *.

ومن هذا الباب اختلافهم في جواز بيع صنف من الربويّات بصنفٍ مثلِه وعرَضٍ أو دنانير ودراهم إذا كان الصنف الذي يُجعل معه العرض أقلَّ من ذلك الصنف المفرد، أو يكون مع كلّ واحد منهما عرض، والصنفان مختلفان في القدر. فالأول: مثل أن يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم، والثاني: مثل أن يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة أكيال من التمر ودرهم، فقال مالك والشافعي والليث: إنّ ذلك لايجوز [1]، وقال أبوحنيفة والكوفيون: إنّ ذلك جائز [2] **.

---

* الظاهر إجماع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ الجيّد والرديء جنس واحد، وأنّ جيّد كلّ شيء ورديئه لايباع أحدهما بالآخر متفاضلاً، لا نقداً ولا نسيئة، ويجوز متساوياً نقداً لا نسيئة، فلايصحّ بيع مدّ من الحنطة الجيّدة بمدّين من الرديئة منها.

واستدلّ لذلك بما روى عن الإمام الصادق عليه أنّه سئل عن رجل استبدل قوصرتين فيهما بسر مطبوخ بقوصرة فيها تمر مشقّق، فقال: «هذا مكروه؛ لأنّ علياً عليه السلام كان يكره أن يستبدل وسقاً من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر، ولم يكن علي عليه السلام يكره الحلال». (تذكرة الفقهاء ١٠: ١٨١، ٢٠٥، جواهر الكلام ٢٣: ٣٤٧ ـ ٣٤٨، مهذّب الاحكام ١٧: ٣٢٢).

** أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ جواز بيع الجنسين المختلفين بأحدهما إذا زاد علىٰ ما في المجموع من جنسه، بحيث تكون الزيادة في مقابلة المخالف، وهو من الطرق التي يتخلّص بها من الربا؛ كبيع مدّ من تمر ودرهم بمدّين أو أمداد ودرهمين ودراهم، فتكون الزيادة في مقابل الجنس المخالف في أحدهما، فهو في الصحة حينئذٍ كذي الجنسين. ←

---

١. عيون المجالس ٣: ١٤٤١ ـ ١٤٤٢، التهذيب للبغوي ٣: ٣٤٧ ـ ٣٤٨، الإفصاح ١: ٢٨٣، الاستذكار ١٩: ٢٤٥.

٢. حكاه في الاستذكار ١٩: ٢٤٥ ـ ٢٤٦، وعيون المجالس ٣: ١٤٤١ ـ ١٤٤٢، الإفصاح ١: ٢٨٣، وانظر: بدائع الصنائع ٧: ٨٨، المحيط البرهاني ٧: ٢٢٥ ـ ٢٢٦.

فسبب الخلاف: هل ما يقابل العرَض من الجنس الربوي ينبغي أن يكون مساوياً له في القيمة، أو يكفي في ذلك رضا البائع؟ فمن قال: الاعتبار بمساواته في القيمة، قال: لايجوز لمكان الجهل بذلك؛ لأنّه إذا لم يكن العرض مساوياً لفضل أحد الربويين على الثاني، كان التفاضل ضرورة، مثال ذلك: أنّه إن باع كيلين من تمر بكيل وثوب، فقد يجب أن تكون قيمة الثوب تساوي الكيل، وإلّا وقع التفاضل ضرورة. وأمّا أبو حنيفة فيكتفي في ذلك بأن يرضىٰ به المتبايعان [1]. ومالك يعتبر أيضاً في هذا سدَّ الذريعة؛ لأنّه إنّما جَعل جاعلُ ذلك ذريعةً إلىٰ بيع الصنف الواحد متفاضلاً [2]. فهذه مشهورات مسائلهم في هذا الجنس.

← واستدلّ لذلك ـ مضافاً للأصل والعمومات، واختصاص أدلّة التحريم بحكم التبادر، والسياق بغير مفروض المسألة ـ بالأخبار المدّعىٰ استفاضتها:

منها: ما رواه البجلي وفيه: قلت له: اشتري ألف درهم وديناراً بألفي درهم، فقال: «لابأس بذلك»، إنّ أبي كان أجرأ علىٰ أهل المدينة منّي، وكان يقول هذا، فيقولون: إنّما هذا الفرار، لو جاء رجل بدينار لم يعط ألف درهم، ولو جاء بألف درهم لم يعط ألف دينار، وكان يقول لهم: «نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال». (الخلاف ٣: ٦١، تذكرة الفقهاء ١٠: ١٨١، جامع المقاصد ٤: ٢٧٤ ـ ٢٧٥، الحدائق الناضرة ١٩: ٢٦٥، رياض المسائل ٨: ٣١١ ـ ٣١٢، جواهر الكلام ٢٣: ٣٩١ ـ ٣٩٢).

---

١. تقدَّم تخريجه.

٢. الموطّأ ٢: ٦٣٩ ـ ٦٤٠، المعونة ٢: ٩٩٦ ـ ٩٩٧.

باب
في بيوع الذرائع الربويّة

وهاهنا شيء يَعرِض للمتبايعَين إذا أقال أحدهما الآخر بزيادة أو نقصان، وللمتبايعَين إذ اشترىٰ أحدهما من صاحبه الشيء الذي باعه بزيادة أو نقصان، وهو أن يُتصوّر بينهما من غير قصد إلىٰ ذلك تبايع ربوي، مثلُ أن يبيع إنسان من إنسان سلعةً بعشرة دنانير نقداً، ثـمّ يشتريها منه بعشرين إلىٰ أجل، فإذا أُضيفت البيعة الثانية إلى الأُولىٰ استقرّ الأمر عـلىٰ أنّ أحدَهما دفع عشرة دنانير في عشرين إلىٰ أجل، وهذا هو الذي يُعرف ببيوع الآجال.

فنذكر من ذلك مسألةً في الإقالة، ومسألةً من بيوع الآجال، إذ كان هـذا الكـتاب ليس المقصودَ به التفريع، وإنّما المقصود فيه تحصيل الأصول.

مسألة: لم يختلفوا أنّ من باع شيئاً مّا كأنّك قلت عبداً بمائة دينار ـ مثلاً ـ إلىٰ أجل، ثمّ ندم البائع، فسأل المبتاع أن يصرف إليه مبيعه ويدفع إليه عشرة دنانير ـ مثلاً ـ نـقداً أو إلىٰ أجل؛ أنّ ذلك يجوز، وأنّه لابأس بذلك[1]، وأنّ الإقالة عندهم إذا دخلتها الزيادة والنقصان هي بيع مستأنف[2]*، ولا حرج في أن يبيع الإنسان الشيء بثمنٍ ثم يشتريه بأكثر منه؛ لأنّه

---

* أجمعت الإماميّة علىٰ أنّ الإقالة فسخ لا بيع في حقّ المتعاقدين وغيرهما، وذلك للأصل، ولأنّ الصيغة ليست لفظ بيع، ولعدم قصد معنى البيع، بل المقصود خلافه، وردّ الملك ليس تمليكاً جديداً، فلايجري عليها شيء من أحكام البيع. ←

---

١. الموطّأ ٢: ٦١٠، الاستذكار ١٩: ١٦ و٢١: ١٠.

٢. الاستذكار ١٩: ١٦، ٢١: ١٠.

في هذه المسألة اشترىٰ منه البائع الأول العبدَ الذي باعه بالمائة، التي وجبت له، وبالعشرة مثاقيل التي زادها نقداً أو إلىٰ أجل.

وكذلك لا خلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار إلىٰ أجلٍ والعشرة مثاقيل نقداً أو إلىٰ أجل [١]. وأمّا إن ندم المشتري في هذه المسألة، وسأل الإقالة علىٰ أن يعطي البائع العشرة المثاقيل نقداً أو إلىٰ أجلٍ أبعدَ من الأجل الذي وجبت فيه المائة، فهنا اختلفوا، فقال مالك: لايجوز [٢]، وقال الشافعي: يجوز [٣].

← ولا خلاف بينهم في أنّ شرط الإقالة عدم الزيادة والنقصان في الثمن، فتبطل بدونه، فإنّه لمّا لم تكن بيعاً لاتجوز الزيادة فيها عن الثمن؛ لعدم ما يصلح مملّكاً للزيادة المفروضة، ولا نقصان؛ لعدم ما يصلح مملّكاً لما بقي من الثمن بعد فسخ العقد فيما قابله تماماً، إلّا ما يحكىٰ عن ابن الجنيد.

هذا، مضافاً إلى صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن رجل اشترىٰ ثوباً ولم يشترط علىٰ صاحبه شيئاً، فكرهه، ثم ردّه علىٰ صاحبه، فأبىٰ أن يقبله إلّا بوضيعة، قال: «لايصلح له أن يأخذه بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه، ردّ علىٰ صاحبه الأول ما زاد».

فلو أقاله بزيادة عن الثمن أو نقيصة، فالمبيع باقٍ على ملك المشتري؛ لأنّها فسخ، ومقتضاه رجوع كلّ عوض إلىٰ ملكه.

وذكر بعضهم ـ من دون نقل خلاف ـ: أنّه لا فرق في الزيادة بين أن تكون عينية أو حكمية، فلو أقاله علىٰ أن ينظره بالثمن، أو يأخذ الصحاح عوض المكسّرة ونحوه، لم يصح. (تذكرة الفقهاء ١٢: ١١٨، ١١٩، جامع المقاصد ٤: ٤٥٤، مسالك الأفهام ٣: ٤٣٧، مفتاح الكرامة ١٠: ١٣١٩، مهذب الاحكام ١٨: ١٢٠، جواهر الكلام ٢٤: ٣٥٢ ـ ٣٥٣).

---

١. الظاهر أنّ هذا تكرار لما سبق.

٢. الموطّأ ٢: ٦١٠، الاستذكار ١٩: ١٦، المعونة ٢: ١٠٠٢ ـ ١٠٠٣.

٣. الأم ٣: ٩٥، التهذيب للبغوي ٣: ٤٨٩، حلية العلماء ٤: ٢٨٧.

ووجه ما كره من ذلك مالك: أنّ ذلك ذريعة إلىٰ قصد بيع الذهب بالذهب إلىٰ أجل، وإلىٰ بيع ذهب وعرَض بذهب؛ لأنّ المشتري دفع العشرة مثاقيل والعبدَ في المائة دينار التي عليه [١]، وأيضاً يدخله بيع وسلف، كأنّ المشتري باعه العبد بتسعين، وأسلفه عشرة إلى الأجل الذي يجب عليه قبضها من نفسه لنفسه [٢]. وأمّا الشافعي فهذا كلّه عنده جائز؛ لأنّه شراء مستأنف، ولا فرق عنده بين هذه المسألة، وبين أن تكون لرجل علىٰ رجل مائةُ دينار مؤجّلة، فيشتري منه غلاماً بالتسعين دينار التي عليه، ويتعجّل له عشرة دنانير [٣]، وذلك جائز بإجماع [٤]، قال: وحَمْل الناس على التُّهَم لايجوز [٥].

وأمّا إن كان البيع الأول نقداً فلا خلاف في جواز ذلك [٦]؛ لأنّه ليس يدخله بيع ذهب بذهب نسيئة، إلّا أنّ مالكاً كره ذلك لمن هو من أهل العِيْنة [٧]، أعني: الذي يداين الناس؛ لأنّه عنده ذريعة لسلف في أكثرَ منه يتوصّلان إليه بما أظهرا من البيع من غير أن تكون له حقيقة.

وأمّا البيوع التي يعرّفونها ببيوع الآجال فهي أن يبيع الرجل سلعةً بثمنٍ إلىٰ أجلٍ، ثمّ يشتريها بثمنٍ آخر إلىٰ أجلٍ آخر أو نقداً *[٨].

---

* ذكر بعض فقهاء الإماميّة أنّ بيع الآجال من البيوع التي يُفَرّ بها عن الربا في القرض، وذلك بأن يشتري المقرض دار المقترض مثلاً بعشرة الآف نقداً، ثمّ يبيعها منه بعشرين ألفاً نسيئة، فيكون بحسب اللب العشرة آلاف نقداً إزاء العشرين ألفاً ←

---

١. الموطّأ ٢: ٦١٠، الاستذكار ١٩: ١٦، المعونة ٢: ١٠٠٢ـ١٠٠٣.

٢. المعونة ٢: ١٠٠٣.

٣. الأم ٣: ٩٥، العزيز شرح الوجيز ٤: ١٣٥ـ١٣٧.

٤. لم نعثر على الإجماع، ولا من يحكيه.

٥. الأم ٣: ٨٩ـ ٩٠، ٩٥، الاستذكار ١٩: ١٦ـ١٧.

٦. الاستذكار ١٩: ١٧.

٧. الاستذكار ١٩: ١٧، المعونة ٢: ١٠٠٣.

٨. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٩، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٥٩، التفريع ٢: ١٦٣.

وهنا تسع مسائل ـ إذا لم تكن هناك زيادةُ عرَض ـ اختُلف منها في مسألتين واتُّفِق في الباقي. وذلك أنّه من باع شيئاً إلىٰ أجلٍ ثمّ اشتراه: فإمّا أن يشتريه إلىٰ ذلك الأجل بعينه أو قبله أو بعده، وفي كلّ واحد من هذه الثلاثة: إمّا أن يشتريه بمثل الثمن الذي باعه به منه وإمّا بأقلّ وإمّا بأكثر، يختلف من ذلك في اثنين، وهو أن يشتريها قبل الأجل نقداً بأقلّ من الثمن، أو إلىٰ أبعد من ذلك الأجل بأكثر من ذلك الثمن. فعند مالك وجمهور أهل المدينة: أنّ ذلك لايجوز [١]، وقال الشافعي وداود وأبو ثور: يجوز [٢].

فمن منعه فوجْه منعِه اعتبار البيع الثاني بالبيع الأول، فاتّهمه أن يكون إنّما قصد دفع دنانير في أكثر منها إلىٰ أَجل، وهو الربا المنهيّ عنه، فزوَّرا لذلك هذه الصورة ليتوصّلا بها إلى الحرام، مثل أن يقول قائل لآخر: أسلفني عشرة دنانير إلىٰ شهر، وأَردّ إليك عشرين ديناراً، فيقول: هذا لايجوز، ولكن أبيع منك هذا الحمار بعشرين إلىٰ شهر، ثمّ اشتريه منك بعشرة نقداً [٣].

وأمّا في الوجوه الباقية فليس يُتّهم بها؛ لأنّه إن أعطىٰ أكثر من الثمن في أقلّ من ذلك الأجل لم يُتّهم، وكذلك إن اشتراها بأقلّ من ذلك الثمن إلىٰ أبعد من ذلك الأجل [٤].

ومن الحجّة لمن رأىٰ هذا الرأي: حديث أبي إسحاق السبيعي عن امرأته العالية عن عائشة: أنّها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أُمّ ولد لزيد بن أرقم: يا أُمّ المؤمنين! إنّي بعت

← نسيئة، ويكون للأجل قسط، وبذلك لايقع في الحرام، ويفرّ من الربا بالكلام والانشاء بحسب مقام الاثبات، فإنّ الكلام يحرّم ويحلّل. (كتاب البيع للسيد مصطفى الخميني ٢: ٢٩١ ـ ٢٩٢).

---

١. الاستذكار ١٩: ٢٠ ـ ٢١، المعونة ٢: ١٠٠٢ ـ ١٠٠٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٣ ـ ٤٤.

٢. الأم ٣: ٩٥، التهذيب للبغوي ٣: ٤٨٩، الاستذكار ١٩: ٢٦ ـ ٢٧.

٣. الاستذكار ١٩: ٢٠، ٢٢، المعونة ٢: ١٠٢ ـ ١٠٣.

٤. المعونة ٢: ١٠٠٢ ـ ١٠٠٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٣ ـ ٤٤، الاستذكار ١٩: ٢٢، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٥٩ ـ ٥٦٠.

من زيد عبداً إلى العطاء بثمانمائة، فاحتاج إلىٰ ثمنه فاشتريته منه قبل مَحِلّ الأجل بستمائة، فقالت عائشة: بئسما شريتِ، وبئسما اشتريت! أبلغي زيداً أنّه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب، قالت: أرأيت إن تركتُ وأخذتُ الستمائة دينار؟ قالت: نعم ﴿فَمَنْ جاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهىٰ فَلَهُ ما سَلَفَ﴾[1]»[2].

وقال الشافعي وأصحابه: لايثبت حديث عائشة، وأيضاً فإنّ زيداً قد خالفها، وإذا اختلف الصحابة فمذهبنا القياس[3]. وروي مثل قول الشافعي عن ابن عمر[4].

وأمّا إذا حدَث بالمبيع نقص عند المشتري الأول، فإنّ الثوري وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنَّظِرة، أن يشتريه نقداً بأقلّ من ذلك الثمن[5]. وعن مالك في ذلك روايتان[6].

والصورة التي يعتبرها مالك في الذرائع في هذه البيوع هي أن يَتذرّع منها إلىٰ «أنظرني أزدْك»، أو إلىٰ بيع ما لايجوز متفاضلاً، أو بيع ما لايجوز نَسَاءً، أو إلىٰ بيع وسلَف، أو إلىٰ ذهب وعرَض بذهب، أو إلىٰ «ضع وتعجّل»، أو بيع الطعام قبل أن يستوفىٰ، أو بيع وصرْف، فإنّ هذه هي أصول الربا[7].

ومن هذا الباب اختلافهم في من باع طعاماً بطعام قبل أن يقبضه، فمنعه مالك وأبو حنيفة وجماعة[8]، وأجازه الشافعي والثوري والأوزاعي وجماعة[9]. وحجّة من كرهه: أنّه

---

١. سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

٢. سنن الدارقطني ٣: ٥٢، كتاب البيوع، الحديث ٢١١ و٢١٢، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٦٠، الاستذكار ١٩: ٢٤.

٣. الأم ٣: ٩٥، مختصر المزني: ٩٤، الاستذكار ١٩: ٢٦ ـ ٢٧.

٤. المصنّف لعبدالرزاق ٨: ١٨٧، الاستذكار ١٩: ٢٧.

٥. الاستذكار ١٩: ٢٧، المصنّف لعبدالرزاق ٨: ١٨٨.

٦. الاستذكار ١٩: ٢٧ ـ ٢٨، البيان والتحصيل ٧: ١١٨ ـ ١١٩.

٧. المعونة ٢: ٩٩٠ ـ ٩٩١، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٢٤.

٨. الموطّأ ٢: ٦٤٣، الاستذكار ٢٠: ١٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٢١، حلية العلماء ٤: ٣٨٤. وانظر: كتاب الأصل ٥: ٨٩، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٢٩.

٩. حلية العلماء ٤: ٣٨٤، البيان للعمراني ٥: ٦٩، بحر المذهب ٦: ٢٢٢، الاستذكار ٢٠: ١١.

شبيه ببيع الطعام بالطعام نَساء [١]، ومن أجازه لم ير ذلك فيه؛ اعتباراً بترك القصد إلىٰ ذلك [٢].

ومن ذلك اختلافهم في من اشترىٰ طعاماً بثمن إلىٰ أجلٍ معلوم، فلمّا حلّ الأجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه إليه، فاشترىٰ من المشتري طعاماً بثمنٍ يدفعه إليه مكان طعامه الذي وجب له، فأجاز ذلك الشافعي وقال: لا فرق بين أن يشتري الطعام من غير المشتري الذي وجب له عليه أو من المشتري نفسه [٣]. ومنع من ذلك مالك ورآه من الذريعة إلىٰ بيع الطعام قبل أن يستوفىٰ؛ لأنّه ردّ إليه الطعام الذي كان ترتّب في ذمته، فيكون قد باعه منه قبل أن يستوفيه [٤].

وصورة الذريعة في ذلك: أن يشتري رجل من آخر طعاماً إلىٰ أجلٍ معلوم، فإذا حلّ الأجل قال الذي عليه الطعام: ليس عندي طعام، ولكن اشتري منك الطعام الذي وجب لك عليَّ، فقال: هذا لايصحّ، لأنّه بيع الطعام قبل أن يُستوفىٰ، فيقول له: فبع طعاماً منّي وأردّه عليك. فيعرض من ذلك ما ذكرناه، أعني: أن يردّ عليه ذلك الطعام الذي أُخذ منه، ويبقىٰ الثمنُ المدفوع إنّما هو ثمنُ الطعام الذي هو في ذمّته [٥].

وأمّا الشافعي فلا يعتبر التُّهَم كما قلنا، وإنّما يراعي فيما يحلّ ويحرّم من البيوع ما اشترطا وذكراه بألسنتهما، وظهر من فعلهما؛ لإجماع العلماء علىٰ أنّه إذا قال: أبيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها، وأُنظِرك بها حولاً أو شهراً، أنّه لايجوز. ولو قال له: أسلفني دراهم وأمهلني بها حولاً أو شهراً، جاز، فليس بينهما إلّا اختلاف لفظ البيع وقصده، ولفظ القرض وقصده [٦].

---

١. الاستذكار ٢٠: ٨ ـ ٩، الكافي لابن قدامة ٢: ١٧.

٢. أنظر: الحاوي الكبير ٥: ٢٣٥.

٣. الحاوي الكبير ٥: ٢٣٥، الاستذكار ٢٠: ٥٨.

٤. الموطّأ ٢: ٦٤٨ ـ ٦٤٩، الاستذكار ٢٠: ٥٩.

٥. الموطّأ ٢: ٦٤٨ ـ ٦٤٩، الاستذكار ٢٠: ٥٧ ـ ٥٨.

٦. الاستذكار ٢٠: ٥٩، الأم ٣: ٨٩ ـ ٩٠، ٩٥.

ولمّا كانت أصول الربا ـ كما قلنا ـ خمسة: «أَنْظِرني أزدْك»، و«التفاضل»، و«النَسـاء»، و«ضَعْ وتعجّل»، و«بيع الطعام قبل قبضه»، فإنّه يُظنّ أنّه من هذا الباب، إذ فاعل ذلك يدفع دنانير، ويأخذ أكثر منها من غير تكلّف فِعْلٍ، ولا ضمانٍ يتعلّق بذمّته، فينبغي أن نذكر هاهنا هذين الأصلين:

أمّا «ضع وتعجّل» فأجازه ابن عباس من الصحابة [١]، وزفر من فقهاء الأمصار [٢]. ومنعه جماعة، منهم: ابن عمر من الصحابة، ومالك وأبو حنيفة والثوري وجماعة من فقهاء الأمصار [٣]، واختلف قول الشافعي في ذلك [٤]. فأجاز مالك وجمهور من ينكر: «ضَعْ وتعجّل» أن يتعجّل الرجل في دَينه المؤجّل عرَضاً يأخذه وإن كانت قيمته أقلَّ من دينه [٥].

وعمدة من لم يُجِز «ضع وتعجّل»: أنّه شبيه بالزيادة مع النَّظِرة المجتمَع علىٰ تحريمها. ووجه شَبَهِهِ بها أنّه جعل للزمان مقداراً من الثمن بدلاً منه في الموضعين جميعاً؛ وذلك أنّه هنالك لمّا زاد له في الزمان زاد له عرضه ثمناً، وهنا لمّا حطّ عنه الزمان حطّ عنه في مقابلته ثمناً [٦]. وعمدة من أجازه ما روي عن ابن عباس: أنّ النبي ﷺ لمّا أمر بإخراج بني النضير جاءه ناس منهم فقالوا: يانبي الله! إنّك أمرت بإخراجنا، ولنا على الناس ديون لم تحلّ! فقال رسول الله ﷺ: «ضَعُوا وتَعَجَّلُوا» [٧ و ٨]. فسبب الخلاف: معارضة قياس الشبه لهذا الحديث.

---

١. الاستذكار ٢٠: ٢٦٠، ٢٦١، المصنف لعبدالرزاق ٨: ٧٢.

٢. الاستذكار ٢٠: ٢٦٢.

٣. الاستذكار ٢٠: ٢٥٩، ٢٦١، ٢٦٢، المصنّف لعبدالرزاق ٨: ٧٢، التفريع ٢: ١٦٩، المعونة ٢: ١٠٣٨، المبسوط للسرخسي ١٣: ١٤٧، ٢١: ٣٠.

٤. الوجيز ١: ١٧٨، الوسيط ٤: ٥١، التهذيب ٤: ١٤٤، العزيز شرح الوجيز ٥: ٨٩، وفيها جميعاً نقل قول واحد، وهو القول بعدم الصحة، لكن حكىٰ ابن عبدالبر القولين جميعاً. راجع: الاستذكار ٢٠: ٢٦٢.

٥. الاستذكار ٢٠: ٢٦٢ وفيه: (عوضاً) بدل (عرضاً)، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٢٤ـ٣٢٥.

٦. المبسوط للسرخسي ١٣: ١٤٧ـ١٤٨، الوسيط ٤: ٥١، التهذيب للبغوي ٤: ١٤٤.

٧. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ٢٨، كتاب البيوع، باب من عجّل له أدنىٰ من حقّه قبل محلّه فقبله.

٨. الاستذكار ٢٠: ٢٦٤ ـ ٢٦٥، المبسوط للسرخسي ٢١: ٣٠.

وأمّا بيع الطعام قبل قبضه: فإنّ العلماء مجمعون علىٰ منع ذلك [١] *، إلّا ما يحكىٰ عن عثمان البتي [٢]. وإنّما أجمع العلماء علىٰ ذلك لثبوت النهي عنه عن رسول الله ﷺ من حديث مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر: أنّ رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلايبعه حتّىٰ يقبضه» [٣ و ٤].

---

* اختلف فقهاء الإماميّة في بيع الطعام قبل قبضه علىٰ قولين:

الأول: عدم الجواز، وهو اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف، والعلّامة في بعض كتبه، ونسبه في المسالك إلىٰ جماعة من الأصحاب، بل عليه دعوىٰ الإجماع.

الثاني: الجواز علىٰ كراهة والإباحة في التولية، اختاره جماعة، منهم: المحقّق والعلّامة الحلّيان وصاحب الجواهر.

وقد استدلّ له بأصل الإباحة، وعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾، ولأنّه بيع صدر من أهله في محلّه، فكان سائغاً كغيره، ولأنّ الطعام مملوك يجوز التصرّف فيه قبل قبضه لمشتريه بجميع أنواع التصرّف، فجاز له بيعه، وما رواه ابن الحجاج الكرخي قال: قلت لأبي عبدالله ﷺ: اشتري الطعام إلىٰ أجلٍ مسمّى، فيطلبه التجّار بعد ما قد اشتريته قبل أن أقبضه، قال: «لابأس أن تبيع إلىٰ أجل كما اشتريت...» الحديث.

واحتجّ للأول بما رواه معاوية بن وهب في الصحيح قال: سألت أبا عبدالله ﷺ عن الرجل يبيع المبيع قبل أن يقبضه، فقال: «ما لم يكن كيل أو وزن فلاتبيعه حتى تكيله أو تزنه، إلّا أن يولّيه الذي قام عليه» ونحوه غيره.

وأجاب العلّامة عن هذه الأخبار بالحمل على الكراهة؛ جمعاً بين الأدلّة. (الخلاف ٣: ٩٧، مختلف الشيعة ٥: ٢٨٠ ـ ٢٨٤، مسالك الأفهام ٣: ٢٤٧ ـ ٢٤٩، جواهر الكلام ٢٣: ١٦٤ ـ ١٦٨).

---

١. الموطّأ ٢: ٦٤٢، الاستذكار ١٩: ٢٧٠، ٢٠: ١٥٦، الإفصاح ١: ٢٨٧.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٢٩، الاستذكار ٢٠: ١٥٥ ـ ١٥٦، المغني لابن قدامة ٤: ٢٣٩.

٣. الموطّأ ٢: ٦٤٠، كتاب البيوع (٣١)، باب العينة وما يشبهها (١٩)، حديث ٤٠ و ٤١.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٣٠، المعونة ٢: ٩٦٩، البيان للعمراني ٥: ٦٠.

واختلف من هذه المسألة في ثلاثة مواضع: أحدها: فيما يشترط فيه القبض من المبيعات، والثاني: في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لايشترط، والثالث: في الفرق بين ما يُباع من الطعام مكيلاً وجزافاً. ففيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول فيما يشترط فيه القبض من المبيعات

وأمّا بيع ما سوىٰ الطعام قبل القبض فلا خلاف في مذهب مالك في إجازته [١]، وأمّا الطعام الربوي فلا خلاف في مذهبه: أنّ القبض شرط في بيعه [٢]، وأمّا غير الربوي من الطعام فعنه في ذلك روايتان: إحداهما: المنع، وهي الأشهر [٣]، وبها قال أحمد وأبو ثور، إلّا أنّهما اشترطا مع الطعم الكيل والوزن [٤]، والرواية الأُخرىٰ: الجواز [٥]. وأمّا أبو حنيفة: فالقبض عنده شرط في كلّ مبيع، ما عدا المبيعات التي لاتنتقل ولاتُحَوَّل، من الدور والعقار [٦]. وأمّا الشافعي فإنّ القبض عنده شرط في كلّ مبيع [٧]، وبه قال الثوري [٨]، وهو مروي عن جابر بن عبدالله وابن عباس [٩].

وقال أبو عبيد وإسحاق: كلّ شيء لايكال ولايوزن فلابأس ببيعه قبل قبضه، فاشترط

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٨٧، التفريع ٢: ١٣٣، المعونة ٢: ٩٧٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣١٩، فتح المالك ٨: ١١٠.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٨٧، ٩٠، التفريع ٢: ١٣١ ـ ١٣٢، المعونة ٢: ٩٦٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣١٩.

٣. المعونة ٢: ٩٦٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٧٩، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٢١.

٤. الاستذكار ١٩: ٢٥٧، ٢٦٠ ـ ٢٦١، الكافي لابن قدامة ٢: ١٧.

٥. المعونة ٢: ٩٦٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٧٩، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٢١.

٦. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٢٩، النتف في الفتاوىٰ ١: ٤٦٩، الهداية للمرغيناني ٣: ٦٥.

٧. الأم ٣: ٨٧، البيان للعمراني ٥: ٦١، العزيز شرح الوجيز ٤: ٢٩٣.

٨. الاستذكار ١٩: ٢٥٦، فتح المالك ٨: ١٠٧.

٩. صحيح مسلم ٣: ١١٥٩، ١١٦٠، ١١٦٢، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، الحديث ٢٩، ١٥٢٥/٣٠، ١٥٢٩/٤١، الاستذكار ١٩: ٢٥٩ ـ ٢٦٠، فتح المالك ٨: ١٠٧.

هؤلاء القبض في المكيل والموزون[١].

وبه قال ابن حبيب وعبدالعزيز بن أبي سلمة وربيعة، وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المعدود[٢].

فيتحصّل في اشتراط القبض سبعة أقوال*: الأول: في الطعام الربوي فقط، والثاني: في الطعام بإطلاق، الثالث: في الطعام المكيل والموزون، الرابع: في كلّ شيء يُنقل، الخامس: في كلّ شيء، السادس: في المكيل والموزون، السابع: في المكيل والموزون والمعدود.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ جواز بيع الشيء قبل قبضه إن كان ممّا لا يكال ولا يوزن، كما أجمعوا على الجواز إن كان ممّا يكال أو يوزن وبيع تولية. وأما إذا بيع مرابحة فلهم أقوال، أهمها:

الأول: الكراهة مطلقاً، حتىٰ في غير المكيل والموزون.

الثاني: التفصيل بين المكيل والموزون، فيكره فيهما دون غيرهما.

الثالث: المنع مطلقاً، حتىٰ في غير المكيل والموزون.

الرابع: التفصيل بين الطعام فيحرم، وغيره فلا يحرم.

الخامس: التفصيل بين الطعام فيكره، وبين غيره فلا يكره.

السادس: التفصيل في خصوص الطعام بين التولية فيكره وغيرها فيحرم، ويكره في غير الطعام من المكيل والموزون.

وعلّق السبزواري فقال: الجواز مشهور بين المتأخّرين؛ للأصل، وإطلاقات الأدلّة كتاباً وسنّة. وأمّا الكراهة فللأخبار. (تذكرة الفقهاء ١٠: ١١٩ ـ ١٢٢، جواهر الكلام ٢٣: ١٦٤ ـ ١٦٨، مهذب الاحكام ١٧: ٢٨٧ـ٢٩٢).

---

١. الاستذكار ١٩: ٢٦٠، فتح المالك ٨: ١٠٦ـ١٠٨.

٢. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٨٠، القبس لابن العربي ٣: ٢٦١.

أمّا عمدة مالك في منعه ما عدا المنصوص عليه، فدليل الخطاب في الحديث المتقدّم [١ و ٢]. وأمّا عمدة الشافعي في تعميم ذلك في كلّ بيع، فعموم قوله عليه الصلاة والسلام: «لايحلّ بيع وسلف، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك» [٣]. وهذا من باب بيع ما لم يضمن [٤]، وهذا مبنيّ علىٰ مذهبه من أنّ القبض شرط في دخول المبيع في ضمان المشتري [٥]. واحتجّ أيضاً بحديث حكيم بن حزام قال: قلت: يارسول الله! إنّي اشتري بيوعاً، فما يحلّ لي منها وما يحرم؟ فقال: «يابن أخي! إذا اشتريت بيعاً فلاتبعه حتىٰ تقبضه» [٦ و ٧].

قال أبو عمر: حديث حكيم بن حزام رواه يحيىٰ بن أبي كثير عن يوسف بن ماهك: أنّ عبدالله بن عصمة حدّثه: أنّ حكيم بن حزام قال: ويوسف بن ماهك وعبدالله بن عصمة لا أعرف لهما جرحةً، إلّا أنّه لم يرو عنهما إلّا رجل واحد فقط، وذلك في الحقيقة ليس بجرحة [٨] وإن كرهه جماعة من المحدِّثين.

ومن طريق المعنىٰ أنّ بيع ما لم يُقبض يتطرّق منه إلىٰ الربا [٩]، وإنّما استثنىٰ أبو حنيفة ما يُحوَّل وينقل عنده ممّا لاينقل؛ لأنّ ما يُنقل القبض عنده فيه هي التخلية [١٠*]. وأمّا من اعتبر

---

* اتّفق الإماميّة علىٰ أنّ القبض في غير المنقول هو التخلية، وأمّا المنقول فاختلفوا فيه علىٰ أقوال، أهمها: أنّه التخلية، أو أنّه النقل في المنقول وفيما يعتبر كيله أو وزنه ←

---

١. تقدّم آنفاً.

٢. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٨٠، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٤٧.

٣. السنن الكبرىٰ ٥: ٣٣٩ ـ ٣٤٠، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وبيع ما لاتملك.

٤. الاستذكار ١٩: ٢٦٠، ٢٦١، وانظر: العزيز شرح الوجيز ٤: ٢٩٤.

٥. الأم ٣: ٨٧ ـ ٨٨، الوجيز ١: ١٤٥.

٦. السنن الكبرىٰ ٥: ٣١٣، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام.

٧. الحاوي الكبير ٥: ٢٢١، البيان للعمراني ٥: ٦١ ـ ٦٢، الاستذكار ١٩: ٢٦١، ٢٦٢، فتح المالك ٨: ١٠٧ ـ ١٠٨.

٨. الاستذكار ١٩: ٢٦٣ ـ ٢٦٤.

٩. أنظر: المعونة ٢: ٩٦٩.

١٠. بدائع الصنائع ٧: ٢٣٧، المحيط البرهاني ٦: ٢٨٣.

الكيل والوزن فلاتّفاقهم أنّ المكيل والموزون لايخرج من ضمان البائع إلىٰ ضمان المشتري إلّا بالكيل أو الوزن، وقد نُهي عن بيع ما لم يُضمن [١و٢].

الفصل الثاني في الاستفادات التي يُشترط في بيعها القبض من التي لايُشترط

وأمّا ما يُعتبر ذلك فيه ممّا لايُعتبر فإنّ العقود تنقسم أوّلاً إلىٰ قسمين: قسم يكون بمعاوضة، وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات. والذي يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: يختصّ بقصد المغابنة والمكايسة [٣]، وهي البيوع والإجارات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدّي وغيره.

والقسم الثاني: لايختصّ بقصد المغابنة، وإنّما يكون على جهة الرفق، وهو القرض.

والقسم الثالث: فهو ما يصحّ أن يقع على الوجهين جميعاً، أعني: علىٰ قصد المغابنة

← الكيل أو الوزن، وقيل: هو الاستقلال والاستيلاء عليه باليد.

وقال السيد الخوئي: معناه العرفي واضح... وهو عبارة عن الأخذ باليد أو الأخذ علىٰ نحو الإطلاق، وعن الاستيلاء على الشيء وكونه تحت يده واختياره. وبعبارة أخرى: القبض هو ما يتحقّق به الغصب، وهذا هو معناه العرفي، وهو واحد، ولكنّه يختلف باختلاف موارده ومحقّقاته، فقبض كلّ شيء بحسبه. (رياض المسائل ٨: ٢٣٧ ـ ٢٤٠، الحدائق الناضرة ١٩: ١٥٣ ـ ١٥٦، التنقيح في شرح المكاسب ٤٠: ٢٨٦).

---

١. تقدّم آنفاً، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «لايحلّ بيع وسلف ولا ربح ما لم يُضمن، ولا بيع ما ليس عندك».

٢. أنظر: المغني لابن قدامة ٤: ٢٣٥ ـ ٢٣٩، الكافي لابن قدامة ٢: ١٨.

٣. كايسه: غلبه. أنظر: لسان العرب، مادة «كيس».

وعلىٰ قصد الرفق؛ كالشركة والإقالة والتولية، وتحصيل أقوال العلماء في هذه الأقسام:

أمّا ما كان بيعاً وبعوض فلا خلاف في اشتراط القبض فيه[١]، وذلك في الشيء الذي يشترط فيه القبض واحدٌ واحد من العلماء. وأمّا ما كان خالصاً للرفق ـ أعني القرض ـ فلا خلاف أيضاً أنّ القبض ليس شرطاً في بيعه[٢]*، أعني: أنّه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه. واستثنىٰ أبو حنيفة ممّا يكون بعوضٍ المهرَ والخلعَ، فقال: يجوز بيعهما قبل القبض[٣]**.

وأمّا العقود التي تتردّد بين قصد الرفق والمغابنة ـ وهي التولية والشركة والإقالة ـ فإذا وقعت علىٰ وجه الرفق من غير أن تكون الإقالة أو التولية بزيادة أو نقصان، فلا خلاف أعلمه في المذهب أنّ ذلك جائز قبل القبض وبعده[٤]***. وقال أبو حنيفة والشافعي:

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة ـ على القول بمنع بيع المبيع قبل قبضه ـ في أنّه مشروط بكون انتقال المبيع بالبيع، فلو انتقل بغيره ـ كالقرض ـ لم يحرم.

والمشهور بينهم أيضاً هو اشتراطه بكون النقل بالبيع، فلو نقله بغيره لم يحرم، خلافاً للشيخ الطوسي؛ لإطلاقات وعمومات الصحّة، فألحق الإجارة بالبيع، محتجّاً بأنّها ضرب من البيع، وكذلك منع من الكتابة؛ بناءً علىٰ أنّها بيع العبد من نفسه، وقد اعترضوا عليه. (مسالك الأفهام ٣: ٢٤٩، جواهر الكلام ٢٣: ١٧٠).

** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة ـ بل ادّعي الإجماع ـ في جواز بيع ما ملكه الرجل بغير بيع قبل قبضه؛ كالميراث والصداق للمرأة والخلع؛ لعموم الأدلّة وإطلاقها السالمين عن المعارض. (تحرير الأحكام ٢: ٣٣٨، جواهر الكلام ٢٣: ١٧٠).

*** ذكر العلّامة: أنّه تجوز الشركة والتولية والإقالة فيما لا يصحّ بيعه قبل قبضه. (تذكرة الفقهاء ١٠: ١٢٨، ١٢٩، تحرير الأحكام ٢: ٣٣٨).

---

١. المعونة ٢: ٩٧٠، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٨٠.

٢. المعونة ٢: ٩٧٠، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٨١.

٣. المبسوط للسرخسي ١٣: ١٢، بدائع الصنائع ٧: ٤٢، الاستذكار ١٩: ٢٥٩.

٤. الموطّأ ٢: ٦٧٦، الاستذكار ٢١: ١١، المعونة ٢: ٩٧١، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٨٠.

لايجوز الشركة ولا التولية قبل القبض، وتجوز الإقالة عندهما؛ لأنّها قبل القبض فسخُ بيعٍ لا بيعٌ [١].

فعمدة من اشترط القبض في جميع المعاوضات: أنّها في معنىٰ البيع المنهيّ عنه [٢]، وإنّما استثنىٰ مالك من ذلك التولية والإقالة والشركة للأثر والمعنىٰ. أمّا الأثر فما رواه من مرسل سعيد بن المسيب: أنّ رسول الله ﷺ قال: «مَن ابتاع طعاماً فلايبعه حتّىٰ يستوفيه، إلّا ما كان من شركة أو تولية أو إقالة» [٣ و ٤]. وأمّا من طريق المعنىٰ فإنّ هذه إنّما يراد بها الرفق لا المغابنة إذا لم تدخلها زيادة ولا نقصان [٥]، وإنّما استثنىٰ من ذلك أبو حنيفة الصداق والخلع والجُعل؛ لأنّ العوض في ذلك ليس بيّناً إذا لم يكن عيناً [٦].

الفصل الثالث

في الفرق بين ما يُباع من الطعام مكيلاً وجُزافاً

وأمّا اشتراط القبض فيما بيع من الطعام جُزافاً، فإنّ مالكاً رخّص فيه وأجازه [٧]*، وبه

---

* ذكرنا فيما تقدّم جواز بيع ما لم يقبض فيما لم يكن مكيلاً أو موزوناً، والظاهر من مذهب الإماميّة عموم الحكم، واختلاف حقيقة القبض فيه لايؤثّر على الحكم. (مختلف الشيعة ٥: ٢٧٩ ـ ٢٨٠).

---

١. كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٢: ٧٠٦، الاستذكار ٢١: ١١ ـ ١٢، الهداية للمرغيناني ٣: ٦١، العزيز شرح الوجيز ٤: ٢٨٢، ٢٩٦، المبسوط للسرخسي ١٣: ٩ ـ ١٠.

٢. المعونة ٢: ٩٧٠، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٨١.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٨١، كتاب السلم، باب ما جاء في الرجل يبتاع السلعة أو الطعام كيلاً بنقد...، والذي روىٰ الحديث المذكور هو سحنون، أنظر: الهداية في تخريج أحاديث البداية ٧: ٢٣٧.

٤. المعونة ٢: ٩٧١، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٨١.

٥. المعونة ٢: ٩٧١، الاستذكار ٢١: ١١، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٨١.

٦. المبسوط للسرخسي ٩: ١٢.

٧. المعونة ٢: ٩٧١ ـ ٩٧٢، الاستذكار ١٩: ٢٥٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٢٦.

قال الأوزاعي [١]. ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعي [٢]، وحجّتهما: عموم الحديث المتضمّن للنهي عن بيع الطعام قبل قبضه؛ لأنّ الذريعة موجودة في الجُزاف وغير الجُزاف [٣]. ومن الحجّة لهما ما روي عن ابن عمر [٤] أنّه قال: كنّا في زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعام جُزافاً، فبعث إلينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلىٰ مكان سواه قبل أن نبيعه [٥]. قال أبو عمر: وإن كان مالك لم يرو عن نافع في هذا الحديث ذكر الجزاف، فقد روته جماعة وجوّده عبيدالله بن عمر وغيره، وهو مقدّم في حفظ حديث نافع [٦].

وعمدة المالكيّة: أنّ الجزاف ليس فيه حقّ توفية، فهو عندهم من ضمان المشتري بنفس العقد [٧]، وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس المظنون العلّة، وقد يدخل في هذا الباب إجماع العلماء علىٰ منع بيع الرجل شيئاً لايملكه [٨]، وهو المسمّىٰ عِيْنَةً عند من يرىٰ نقله من باب الذريعة إلى الربا [٩]. وأمّا مَن رأىٰ منعه من جهة أنّه قد لايمكنه نقله فهو داخل في بيوع الغرر [١٠]*.

---

* لا خلاف في اشتراط المالكية في البيع، فلايجوز أن يبيع عيناً لايملكها ويمضي ليشتريها ويسلّمها، للإجماع في الجملة، والأخبار، منها: «لا بيع إلّا فيما يملك». (تذكرة الفقهاء ١٠: ١٦، مستند الشيعة ١٤: ٢٧٠ ـ ٢٧١، جواهر الكلام ٢٢: ٣٤٣).

---

١. الاستذكار ١٩: ٢٥٧.

٢. الأم ٣: ٨٧، مختصر المزني: ٩١، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٢٩، ٣٠، التنف في الفتاوىٰ ١: ٤٦٩، المعونة ٢: ٩٧٢.

٣. الأم ٣: ٨٦ ـ ٨٧، مختصر المزني: ٩١؛ مختصر اختلاف العلماء ٣: ٣٠.

٤. صحيح مسلم ٣: ١١٦١، كتاب البيوع (٢١)، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، الحديث ١٥٢٧/٣٤ سنن أبي داود ٣: ٢٨١، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يستوفىٰ، الحديث ٣٤٩٣.

٥. الأم ٣: ٨٧، مختصر المزني: ٩١، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٣٠.

٦. الاستذكار ١٩: ٢٤٩ ـ ٢٥٠، وفيه: (جوَّزه) بدل (جوّده).

٧. المعونة ٢: ٩٧٢، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٤٨.

٨. الاستذكار ١٩: ٢٥٢، الإفصاح ١: ٣٠٢.

٩. الاستذكار ١٩: ٢٥٢.

١٠. معالم السنن ٣: ١٢٠.

وصورة التذرّع منه إلى الربا المنهيّ عنه: أن يقول رجل لرجل: أعطني عشرة دنانير علىٰ أن أدفع لك إلىٰ مدّة كذا ضعفها، فيقول له: هذا لايصلح، ولكن أبيع منك سلعة كذا لسلعة يسمّيها ليست عنده بهذا العدد، ثمّ يعمد هو فيشتري تلك السلعة فيقبضها له بعد أن كمُل البيع بينهما، وتلك السلعة قيمتها قريب ممّا كان سأله أن يعطيه من الدراهم قرضاً، فيردّ عليه ضعفها[1]. وفي المذهب في هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره. ولا خلاف في هذه الصورة التي ذكرنا أنّها غير جائزة في المذهب[2]، أعني: إذا تقارّا على الثمن الذي يأخذ به السلعة قبل شرائها.

وأمّا الدَّين بالدَّين فأجمع المسلمون علىٰ منعه[3]*، واختلفوا في مسائل: هل هي منه

---

* الظاهر أنّه لا خلاف عند الإماميّة في تحريم بيع الدين بالدين وقد ورد النهي عنه وانعقد الاجماع بقسميه علىٰ فساده.

ففي خبر طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لايباع الدين بالدين.

وعنه صلى الله عليه وآله: أنّه نهىٰ عن الكالئ بالكالئ.

والحكم مما لا إشكال فيه في الجملة إلّا أنّ الاشكال هنا في موضعين:

الأول: أن المفهوم من كلام أكثر أهل اللغة اختصاص اسم الدين بالمؤجل وبه صرح في القاموس والغريبين إلّا أنّ المفهوم من كتاب المصباح المنير للفيومي إطلاقه على الحال أيضاً.

الثاني: أن المشهور اطلاق الدين علىٰ ما يقع تأجيله في العقد وقيل بأنّه مخصوص بما كان كذلك قبل العقد وأما ما يقع فيه التأجيل بالعقد فإنّه لايصدق عليه بيع الدين ←

---

١. الاستذكار ١٩: ٢٥٢، المعونة ٢: ١٠٠٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٢٥.

٢. المعونة ٢: ١٠٠٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٢٥.

٣. الاجماع لابن المنذر: ١٦٠، الإفصاح ١: ٣٠٢.

أم ليست منه؟ مثل ما كان ابن القاسم لايجيز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه تمراً قد بدا صلاحه، ولا سكنىٰ دار، ولا جارية تتواضع [١]، ويراه من باب الدين بالدين [٢]. وكان أشهب يجيز ذلك ويقول: ليس هذا من باب الدين بالدين، وإنّما الدين بالدين ما لم يشرع في أخذ شيء منه [٣]. وهو قياس عند كثير من المالكيين [٤]. وهو قول الشافعي وأبي حنيفة [٥].

وممّا أجازه مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء: ما قاله في المدونة من أنّ الناس كانوا يبيعون اللحم بسعرٍ معلوم والثمن إلى العطاء، فيأخذ المبتاع كلّ يوم وزناً معلوماً. قال: ولم يرَ الناس بذلك بأساً، وكذلك كلّ ما يبتاع في الأسواق [٦]. وروىٰ ابن القاسم: أنّ ذلك لايجوز إلّا فيما خشي عليه الفساد من الفواكه إذا أخذ جميعه، وأمّا القمح وشبهه فلا [٧]. فهذه هي أصول هذا الباب، وهذا الباب كلّه إنّما حرم في الشرع لمكان الغبن الذي يكون طوعاً وعن عِلم.

← بالدين. (مسالك الأفهام ٣: ٤٣٣، الحدائق الناضرة ٢٠: ٢٠١ ـ ٢٠٢، رياض المسائل ٨: ٤٥٦، جواهر الكلام ٢٣: ٩٨، ٢٤: ٣٤٦ ـ ٣٤٧).

---

١. أي: توضع الأمة المستبرأة علىٰ يدي امرأة عدلة حتىٰ تحيض، فإن حاضت تمّ البيع فيها للمشتري، وإن لم تحض وألفيت حاملاً ردّت إلى البائع. أنظر: المقدّمات الممهّدات ٢: ١٤٥.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ١٢٨ ـ ١٢٩، النوادر والزيادات ٦: ١٣٧، المعونة ٢: ١٠٣٨، الاستذكار ١٩: ١٧٧.

٣. التفريع ٢: ١٦٩، المعونة ٢: ١٠٣٨، الاستذكار ١٩: ١٧٧.

٤. الاستذكار ١٩: ١٧٨.

٥. المصدر السابق، وأنظر: التهذيب للبغوي ٣: ٤١٧، بدائع الصنائع ٧: ٤٥.

٦. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٩٢ ـ ٢٩٣، الاستذكار ١٩: ١٧٨.

٧. الاستذكار ١٩: ١٧٨.

الباب الثالث

وهي البيوع المنهيّ عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر، والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل علىٰ أوجه: إمّا من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه أو تعيين العقد، أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمون المبيع أو بقدره، أو بأجله إن كان هناك أجل، وإمّا من جهة الجهل بوجوده أو تعذّر القدرة عليه، وهذا راجع إلىٰ تعذّر التسليم، وإمّا من جهة الجهل بسلامته ـ أعني: بقاءه ـ وهاهنا بيوع تجمع أكثر هذه أو بعضها.

ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع: منطوق بها وبيوع مسكوت عنها، والمنطوق به أكثره متّفق عليه، وإنّما يختلف في شرح أسمائها، والمسكوت عنه مختلف فيه. ونحن نذكر أولاً المنطوق به في الشرع وما يتعلّق به من الفقه، ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار؛ ليكون كالقانون في نفس الفقه، أعني: في ردّ الفروع إلى الأصول.

فأمّا المنطوق به في الشرع فمنه: نهيه ﷺ عن بيع حبل الحبلة [1]، ومنها: نهيه عن بيع ما لم يخلق [2]، وعن بيع الثمار حتّى تُزهي [3]، وعن بيع الملامسة والمنابذة [4]، وعن بيع

---

١. صحيح البخاري ٣: ١٤٥، كتاب البيوع، باب بيع الغرر وحبل الحبلة، الحديث ٩٣، صحيح مسلم ٣: ١١٥٣ ـ ١١٥٤، كتاب البيوع، باب تحريم بيع حبل الحبلة، الحديث ٥، ١٥١٤/٦، الموطّأ ٢: ٦٥٣ ـ ٦٥٤، كتاب البيوع، باب ما لايجوز من بيع الحيوان، الحديث ٦٢.

وسيأتي المصنّف علىٰ شرحها، الواحدة تلو الأخرىٰ.

٢. السنن الكبرىٰ ٥: ٣٤١، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع حبل الحبلة.

٣. صحيح البخاري ٣: ١٦٠، كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها...، الحديث ١٤٣، صحيح مسلم ٣: ١١٩٠، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، الحديث ١٥٥٥/١٥.

٤. صحيح البخاري ٣: ١٤٦، كتاب البيوع، باب بيع المنابذة، الحديث ٩٧، صحيح مسلم ٣: ١١٥٢، كتاب البيوع، باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة، الحديث ١٥١٢/٣.

الحصاة [١]، ومنها: نهيه عن المعاومة [٢]، وعن بيعتين في بيعة [٣]، وعن بيع وشرط [٤]، وعن بيع وسلف [٥]، وعن بيع السنبل حتّىٰ يبيضّ [٦]، والعنب حتّىٰ يسودّ [٧]، ونهيه عن المضامين والملاقيح [٨].

أمّا بيع الملامسة فكانت صورته في الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره، أو يبتاعه ليلاً ولا يعلم ما فيه [٩]. وهذا مجمع علىٰ تحريمه [١٠]*، وسبب تحريمه: الجهل بالصفة [١١].

---

* أجمع فقهاء الإماميّة ـ كما في التذكرة ـ علىٰ بطلان بيع الملامسة والمنابذة وبيع الحصاة.

واستدلّ له بأنّ النبي ﷺ نهى عن ذلك كلّه. ومعنىٰ ذلك أن يجعل اللمس للشيء ←

---

١. مسند أحمد ٣: ١٧٨ في مسند أبي هريرة، الحديث ٩٣٤٥، صحيح مسلم ٣: ١١٥٣، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة...، الحديث ١٥١٣/٤.

٢. مسند أحمد ٤: ٢٥٢ في مسند جابر، الحديث ١٣٩٤٨، صحيح مسلم ٣: ١١٧٥، كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة...، الحديث ١٥٣٦/٨٥.

٣. سنن الترمذي ٣: ٥٣٣، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، الحديث ١٢٣١، سنن النسائي ٧: ٢٩٥ ـ ٢٩٦، كتاب البيوع، باب بيعتين في بيعة.

٤. معالم السنن ٣: ١٢٤، كتاب البيوع، باب شرط في بيع، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٤١٥ ـ ٤١٦، كتاب البيوع، المسألة (١٤٤٥).

٥. تقدّم تخريجه في الفصل الأول (فيما يشترط فيه القبض من المبيعات) في الباب السابق من هذا الكتاب.

٦. مسند أحمد ٢: ٦٥ في مسند عبدالله بن عمر بن الخطاب، الحديث ٤٤٧٩، صحيح مسلم ٣: ١١٦٥ ـ ١١٦٦، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدوّ صلاحها بغير شرط القطع، الحديث ١٥٣٥/٥٠.

٧. سنن أبي داود ٣: ٢٥٣، كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، الحديث ٣٣٧١، سنن الترمذي ٣: ٥٣٠، كتاب البيوع، باب كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، الحديث ١٢٢٨.

٨. الموطّأ ٢: ٦٥٤، كتاب البيوع، باب ما لا يجوز من بيع الحيوان، الحديث ٦٣، المصنف لعبدالرزاق ٨: ٢١، كتاب البيوع، باب بيع الحيوان بالحيوان، الحديث ١٤١٣٨.

٩. الموطّأ ٢: ٦٦٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ٧١.

١٠. المغني لابن قدامة ٤: ٢٩٧.

١١. الاستذكار ٢٠: ١٩٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٧٢، المغني لابن قدامة ٤: ٢٩٨.

وأمّا بيع المنابذة فكان أن ينبذ كلّ واحد من المتبايعين إلىٰ صاحبه الثوب، من غير أن يعيّن أنّ هذا بهذا، بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً إلى الاتّفاق [١]*.

وأمّا بيع الحصاة فكانت صورته عندهم: أن يقول المشتري: أيّ ثوب وقعت عليه الحصاة التي أرمي بها فهو لي [٢]**، وقيل أيضاً: إنّهم كانوا يقولون: إذا وقعت الحصاة من يدي فقد وجب البيع [٣]، وهذا قمار [٤].

وأمّا بيع حبل الحبلة ففيه تأويلان: أحدهما أنّها كانت بيوعاً يؤجّلونها إلىٰ أن تُنتج الناقة ما في بطنها، ثم يُنتج ما في بطنها*** والغرر من جهة الأجل في هذا بيّن [٥]، وقيل: إنّما

← والنبذ له وإلقاء الحصاة بيعاً موجباً، وقد ذكر لها تفاسير أخرىٰ. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٦٩ ـ ٧٠، رياض المسائل ٨: ١١١، جواهر الكلام ٢٢: ٢١٦ و٢٣: ٣٣٤ ـ ٣٣٥).

* أنظر ما تقدّم آنفاً.

** أنظر ما تقدّم آنفاً.

*** الذي عليه فقهاء الإماميّة هو بطلان بيع حبل الحبلة. وذلك لما ورد النهي عنه عن النبي ﷺ، قاله الصدوق: (ونهى ﷺ عن بيع حبل الحبلة).

وقال العلّامة الحلّي: وله تفسيران: أحدهما: قال أبو عبيدة وأهل اللغة: أن يبيع نتاج النتاج نفسه؛ لأنّه بيع ما ليس بمملوك ولا معلوم، ولا مقدوراً علىٰ تسليمه.

وثانيهما: أن يجعل نتاج النتاج داخلاً في الشيء، فإنّ الجاهلية كانوا يتبايعون لحم الجزور إلىٰ حبل الحبلة، وهو أن تنتج الناقة ثم تحمل التي نتجت، فنهاهم النبي ﷺ، ←

---

١. الموطّأ ٢: ٦٦٧، كتاب البيوع، باب الملامسة والمنابذة، المقدّمات الممهّدات ٢: ٧١.

٢. الاستذكار ٢٠: ١٩٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٧٢، الحاوي الكبير ٥: ٣٣٧، المغني لابن قدامة ٤: ٢٩٨.

٣. المغني لابن قدامة ٤: ٢٩٨، المقدّمات الممهّدات ٢: ٧٢.

٤. الاستذكار ٢٠: ١٩٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٧٢.

٥. الموطّأ ٢: ٦٥٣ ـ ٦٥٤، كتاب البيوع، باب ما لايجوز من بيع الحيوان، الحاوي الكبير ٥: ٣٣٦، المقدّمات الممهّدات ٢: ٧٢.

هو بيع جنين الناقة [١]، وهذا من باب النهي عن بيع المضامين والملاقيح ـ والمضامين: هي ما في بطون الحوامل، والملاقيح: ما في ظهور الفحول [٢]* ـ فهذه كلّها بيوع جاهلية متّفق علىٰ تحريمها [٣]، وهي محرّمة من تلك الأوجه التي ذكرناها.

وأمّا بيع الثمار فإنّه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام: أنّه نهىٰ عن بيعها حتّىٰ يبدو صلاحها وحتى تُزهي [٤]. ويتعلَّق بذلك مسائل مشهورة نذكر منها نحن عيونها، وذلك أنّ بيع الثمار لايخلو أن تكون: قبل أن تُخلق أو بعد أن تُخلق، ثم إذا خلقت لايخلو أن تكون: بعد الصرام [٥] أو قبله، ثم إذا كان قبل الصرام فلايخلو أن تكون: قبل أن تُزهي أو بعد أن تُزهي، وكلّ واحد من هذين لايخلو أن يكون: بيعاً مطلقاً، أو بشرط التبقية، أو بشرط القطع.

← وهو باطل؛ لأنّه بيع إلىٰ أجل مجهول، فكان غرراً. (نهاية الأحكام ٢: ٥٠٩، الحدائق الناضرة ١٨: ٤٩٣، معاني الأخبار: ٢٧٨، جواهر الكلام ٢٢: ٤٤١ـ٢* ٤٤).

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في عدم جواز بيع الملاقيح ـ وهي ما في بطون الأمهات ـ ولا المضامين ـ وهي ما في أصلاب الفحول ـ وكانوا يبيعون الجنين في بطن الناقة، وما يضرب الفحل في عامه وفي أعوامه.

وفساد هذين البيعين ظاهر، وذلك للجهالة، وعدم القدرة على التسليم، ولأنّ النبي ﷺ نهى عن بيع الملاقيح والمضامين. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٦٦، الحدائق الناضرة ١٨: ٤٩٢ ـ ٤٩٣، جواهر الكلام ٢٢: ٤٤١).

---

١. الحاوي الكبير ٥: ٣٣٦، الاستذكار ٢٠: ٩٦.

٢. الموطّأ ٢: ٦٥٤، كتاب البيوع، باب ما لايجوز من بيع الحيوان، المقدّمات الممهّدات ٢: ٧٢.

٣. الإجماع لابن المنذر: ١٥٨، الإفصاح ١: ٣٠٢، المغني لابن قدامة ٤: ٢٩٧ ـ ٢٩٨، المقدّمات الممهّدات ٢: ٧٢.

٤. صحيح البخاري ٣: ١٥٩، كتاب البيوع، باب بيع النخل قبل أن يبدو صلاحها، الحديث ١٤٢، صحيح مسلم ٣: ١١٦٥ـ١١٦٦، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع، الحديث ٤٩، ١٥٣٤/٥٠، ١٥٣٥.

٥. أي: القطع البائن. أنظر: لسان العرب، مادة: صرم.

أمّا القسم الأول ـ وهو بيع الثمار قبل أن تخلق ـ فجميع العلماء مطبقون علىٰ منع ذلك [١] *،

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ عدم جواز بيع ثمر النخل قبل ظهورها عاماً واحداً؛ لتواتر النصوص. نعم جزم في الحدائق بالصحة؛ لبعض الأخبار التي ادّعي أنّها غير صريحة في المرام؛ لاحتمال إرادة غير المقام.

والمراد بظهور الثمرة: بروزها إلى الخارج وإن كانت في طلعها.

وأمّا بيعها قبل الظهور سنتين فصاعداً فالمشهور نقلاً وبين المتأخّرين تحصيلاً، بل نُسب إلى المشهور العدم أيضاً، وذلك للانعدام، فضلاً عن الغرر والجهالة.

خلافاً لبعضهم فاختاروا الصحة؛ لبعض الأخبار، منها: ما رواه يعقوب بن شعيب في الصحيح قال: سألت أبا عبدالله عن شراء النخل، فقال: «كان أبي يكره شراء النخل قبل أن تطلع ثمرة السنة، ولكن السنتين والثلاث كان يقول: إن لم يحمل في هذه السنة حمل في السنة الأخرى». قال يعقوب: وسألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبتاع النخل والفاكهة قبل أن تطلع، فيشتري سنتين أو ثلاث سنين أو أربعاً، فقال: «لابأس، إنّما يكره شراء سنة قبل أن تطلع» الحديث.

وأمّا جواز البيع مع الضميمة في العام الواحد، ففي المسالك: المشهور المنع مع الضميمة، حيث لاتكون هي المقصودة بالبيع، لأنّه غرر. وقد خالف صاحب الحدائق فذهب إلى الصحة.

وأمّا في أثمار سائر الأشجار، فظاهر النصوص والفتاوىٰ ـ كما صرّح به في الجواهر ـ اتّحاد حكمها مع النخل، بالنسبة إلى البيع قبل الظهور وغيره، ومن هنا جعل في التحرير وغيره موضوع الأحكام السابقة الثمرة لا خصوص ثمر النخل، مع تصريح بعضهم بأنّ النخل والشجر في الحكم سواء. ←

---

١. الإجماع لابن المنذر: ١٥٩، الاستذكار ١٩: ٩٧.

لأنّه من باب النهي عن بيع ما لم يخلق، ومن باب بيع السنين والمعاومة [١]، وقد روي عنه عليه الصلاة والسلام: أنّه نهىٰ عن بيع السنين، وعن بيع المعاومة وهي بيع الشجر أعواماً [٢]، إلّا ما روي عن عمر بن الخطاب وابن الزبير أنّهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين [٣].

وأمّا بيعها بعد الصرام فلا خلاف في جوازه [٤]. وأمّا بيعها بعد أن خلقت فأكثر العلماء علىٰ جواز ذلك [٥]، على التفصيل الذي نذكره، إلّا ما روي عن أبي سلمة ابن عبدالرحمان وعن عكرمة: أنّه لايجوز إلّا بعد الصرام [٦]، فإذا قلنا بقول الجمهور: إنّه يجوز قبل الصرام فلايخلو أن تكون: بعد أن تزهي أو قبل أن تزهي [٧]، وقد قلنا: إنّ ذلك لايخلو أن يكون بيعاً مطلقاً أو بيعاً بشرط القطع أو بشرط التبقية.

فأمّا بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف في جوازه [٨]*، إلّا ما روي عن الثوري

← ومقتضى ذلك أنّه لا خلاف في عدم جواز بيعها قبل الظهور تماماً، وأمّا بيعها لأكثر من ذلك أو مع الضميمة فيأتي فيه ما سبق. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٤٥، مسالك الأفهام ٣: ٣٥٣ ـ ٣٥٤، جامع المقاصد ٤: ١٦٠ ـ ١٦١، الحدائق الناضرة ١٩: ٣٢٤ ـ ٣٣٢، جواهر الكلام ٢٤: ٥٦ ـ ٥٩، ٧٣، ٧٤).

* أجمع فقهاء الإماميّة على جواز بيع الثمرة بعد الظهور وقبل بدوّ صلاحها بشرط القطع، لأنّه مع شرط القطع يتبيّن أنّ غرض المشتري هو الحصرم أو البلح وأنّه حاصل. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٤٧، الحدائق الناضرة ١٩: ٣٣٢ ـ ٣٣٣، رياض المسائل ٨: ٣٤٩ ـ ٣٥٠، جواهر الكلام ٢٤: ٦٤).

---

١. الاستذكار ١٩: ٩٧ ـ ٩٨.

٢. تقدَّم تخريجه آنفاً عند تخريج حديث النهي عن المعاومة.

٣. المصنف لعبدالرزاق ٨: ٦٦، الاستذكار ١٩: ٩٦ ـ ٩٧.

٤. مراتب الإجماع: ٨٣.

٥. الاستذكار ١٩: ٩١.

٦. المصدر السابق.

٧. المراد بالزهو: بدو الصلاح. أنظر المعونة ٢: ١٠٠٧ ـ ١٠٠٨.

٨. الحاوي الكبير ٥: ١٩١ ـ ١٩٢، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٨، الإفصاح ١: ٢٨٥.

وابن أبي ليلىٰ من منع ذلك[١]، وهي رواية ضعيفة. وأمّا بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف في أنّه لايجوز[٢]، إلّا ما ذكره اللخمي من جوازه؛ تخريجاً على المذهب[٣]*.

وأمّا بيعها قبل الزهو مطلقاً، فاختلف في ذلك فقهاء الأمصار، فجمهورهم علىٰ أنّه لايجوز: مالك والشافعي وأحمد وإسحاق والليث والثوري وغيرهم[٤]. وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك إلّا أنّه يلزم المشتري عنده فيه القطع لا من جهة ما هو بيع ما لم يره، بل من جهة أنّ ذلك شرط عنده في بيع الثمر علىٰ ما سيأتي بعد[٥]**.

---

* الأشهر بين فقهاء الإماميّة ـ بل ادّعي الإجماع عليه ـ أنّه لايجوز بيع ثمرة النخيل ـ سنة واحدة ـ بعد ظهورها بشرط التبقية أو مطلقاً ما لم يبدُ صلاحها؛ للأخبار المستفيضة، منها: ما في الخبر الصحيح: «لاتباع الثمرة حتىٰ يبدو صلاحها».

خلافاً لجماعة فأجازوا ذلك علىٰ كراهةٍ؛ عملاً بالأصل، والعمومات، وللخبر الصحيح: «...يكره شراء النخل قبل أن يطلع ثمرة السنة»، وخلافاً للمحكي عن ظاهر الديلمي ففصّل في ذلك بين السلامة من الآفة إلىٰ أوان بلوغ الثمرة فيصحّ وبين ما إذا لم تسلم فلا يصحّ.

وقد ضُعِّف هذان القولان، خصوصاً الأخير منهما، فقد صرّح في الرياض بندرته، وصرّح في الجواهر بأنّ الظاهر رجوعه إلىٰ القول الثاني. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٤٩ ـ ٣٥٠، رياض المسائل ٨: ٣٤٥ ـ ٣٤٩، جواهر الكلام ٢٤: ٥٩ ـ ٦٠).

** تقدّم حكم هذه المسألة عند الإماميّة آنفاً.

---

١. الاستذكار ١٩: ١٠٤.

٢. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٨، الإفصاح ١: ٢٨٥، المغني لابن قدامة ٤: ٢١٨.

٣. حكاه في الذخيرة ٥: ١٩٤، وانظر: المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٨.

٤. الحاوي الكبير ٥: ١٩١، الاستذكار ١٩: ١٠٣، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٨، الإفصاح ١: ٢٨٥، المغني لابن قدامة ٤: ٢١٩.

٥. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١١٧، مختصر القدوري: ٧٩، بدائع الصنائع ٦: ٥٤٢، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٩.

أمّا دليل الجمهور علىٰ منع بيعها مطلقاً قبل الزهو، فالحديث الثابت عن ابن عمر: أنّ رسول الله ﷺ نهىٰ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمشتري [١]. فعلم أنّ ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية، وأنّ هذا النهي يتناول البيع المطلق بشرط التبقية [٢]. ولمّا ظهر للجمهور أنّ المعنىٰ في هذا خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالباً قبل أن تزهي، لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو: «أرأيت إن منع الله الثمرة، فبم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» [٣] لم يحمل العلماء النهي في هذا علىٰ الإطلاق، أعني: النهي عن البيع قبل الإزهاء، بل رأىٰ أنّ معنىٰ النهي هو بيعه بشرط التبقية إلى الإزهاء، فأجازوا بيعها قبل الإزهار بشرط القطع [٤].

واختلفوا إذا ورد البيع مطلقاً في هذه الحال، هل يحمل على القطع وهو الجائز أو على التبقية الممنوعة؟ فمن حمل الإطلاق على التبقية أو رأىٰ أنّ النهي يتناوله بعمومه قال: لايجوز [٥]، ومن حمله على القطع قال: يجوز [٦]، والمشهور عن مالك أنّ الإطلاق محمول على التبقية [٧]، وقد قيل عنه: إنّه محمول على القطع [٨].

وأمّا الكوفيون فحجّتهم في بيع الثمار مطلقاً قبل أن تزهي حديث ابن عمر الثابت: أنّ رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلاً قد أبّرت فثمرتها للبائع، إلّا أن يشترطها المبتاع» [٩] قالوا:

---

١. صحيح البخاري ٣: ١٥٩، كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، الحديث ١٣٩، صحيح مسلم ٣: ١١٦٥، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح بغير شرط القطع، الحديث ١٥٣٤/٤٩.

٢. الحاوي الكبير ٥: ١٩٢، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٨، المعونة ٢: ١٠٠٦، المغني لابن قدامة ٤: ٢١٩.

٣. صحيح مسلم ٣: ١١٩٠، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، الحديث ١٥٥٤/١٤.

٤. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٨ ـ ٢١٩، الحاوي الكبير ٥: ١٩١، ١٩٢، المغني لابن قدامة ٤: ٢١٩.

٥. الحاوي الكبير ٥: ١٩٢، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٨، المغني لابن قدامة ٤: ٢١٩.

٦. مختصر القدوري: ٧٩، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٩.

٧. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٨، القبس لابن العربي ٣: ٢٢٧، عارضة الأحوذي ٥: ٢٣٣.

٨. المصادر السابقة.

٩. صحيح البخاري ٣: ١٦١، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً قد أُبرت...، الحديث ١٤٦، صحيح مسلم ٣: ١١٧٢، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر، الحديث ١٥٤٣/٧٧.

فلمّا جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفرداً، وحملوا الحديث الوارد بالنهي عن بيع الثمار قبل أن تزهي على الندب، واحتجّوا لذلك بما روي عن زيد بن ثابت قال: كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها، فإذا جد الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع: أصاب الثمر الزمان، أصابه ما أضر به قشام[١] ومُراض لعاهات يذكرونها، فلمّا كثرت خصومتهم عند النبي ﷺ قال كالمشورة يشير بها عليهم: «لاتبيعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها»[٢]. وربّما قالوا: إنّ المعنى الذي دلّ عليه الحديث في قوله: «حتىٰ يبدو صلاحها» هو ظهور الثمرة، بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: «أرأيت إن منع الله الثمرة، فبم يأخذ أحدكم مال أخيه؟»[٣ و ٤].

وقد كان يجب علىٰ مَن قال من الكوفيين بهذا القول، ولم يكن يرىٰ رأي أبي حنيفة في أنّ من ضرورة بيع الثمار القطع، أن يجيز بيع الثمر قبل بدو صلاحها علىٰ شرط التبقية، فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الإزهاء على الخصوص، أعني: إذا بيع الثمر مع الأصل[٥]، وأمّا شراء الثمر مطلقاً بعد الزهو فلا خلاف فيه[٦*]،

---

* لا خلاف عند الإماميّة في جواز بيع الثمار بعد ظهورها وبدوّ صلاحها إجماعاً، بل ضرورةً، وإنّما الخلاف فيما قبله كما تقدّم بيانه. ←

---

١. القشام: شيء يصيب الثمر حتىٰ لا يرطب. أنظر: شرح معاني الآثار ٤: ٢٨.

٢. صحيح البخاري ٣: ١٥٨ ـ ١٥٩، كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، الحديث ١٣٨، سنن أبي داود ٣: ٢٥٣، كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، الحديث ٣٣٧٢، وفيهما: (الدمان) بدلاً من (الزمان)، قال القزاز: الدمان: فساد النخل قبل إدراكه، والمراض: هو داء يقع في الثمرة فتهلك. راجع: فتح الباري ٤: ٣١٣.

٣. تقدَّم تخريجه آنفاً.

٤. شرح معاني الآثار ٤: ٢٤ ـ ٢٨، بدائع الصنائع ٦: ٥٤٣، الاستذكار ١٩: ١٠٠ ـ ١٠١.

٥. أنظر: شرح معاني الآثار ٤: ٢٧، الاستذكار ١٩: ١٠٠ ـ ١٠١.

٦. الاستذكار ١٩: ٩١، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٠، الحاوي الكبير ٥: ١٩٣، المعونة ٢: ١٠٠٧، مختصر القدوري: ٧٩، المغني لابن قدامة ٤: ٢٢٢.

والإطلاق فيه عند جمهور فقهاء الأمصار يقتضي التبقية [١]، بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: «أرأيت إن منع الله الثمرة» الحديث، ووجه الدليل منه: أنّ الجوائح إنّما تطرأ في الأكثر على الثمار قبل بدو الصلاح، وأمّا بعد بدو الصلاح فلاتظهر إلّا قليلاً، ولو لم يجب في المبيع بشرط التبقية لم يكن هناك جائحة تتوقّع، وكان هذا الشرط باطلاً [٢].

وأمّا الحنفية فلايجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية، والإطلاق عندهم ـ كما قلنا ـ محمول على القطع [٣]، وهو خلاف مفهوم الحديث. وحجّتهم: أنّ نفس بيع الشيء يقتضي تسليمه، وإلّا لحقه الغرر، ولذلك لم يجز أن تباع الأعيان إلىٰ أجل [٤].

والجمهور علىٰ أنّ بيع الثمار مستثنىً من بيع الأعيان إلىٰ أجل؛ لكون الثمر ليس يمكن أن ييبس كلّه دفعة. فالكوفيون خالفوا الجمهور في بيع الثمار في موضعين: أحدهما: في جواز بيعها قبل أن تزهي، والثاني: في منع تبقيتها بالشرط بعد الإزهاء أو بمطلق العقد.

وخلافهم في الموضع الأول أقوىٰ من خلافهم في الموضع الثاني، أعني: في شرط القطع وإن أزهىٰ، وإنّما كان خلافهم في الموضع الأول أقرب؛ لأنّه من باب الجمع بين حديثي

← والمراد من ظهور الثمرة: خروجها إلى الوجود وإن كانت طلعاً، كما تضمّنته بعض الأخبار.

وأمّا بدو الصلاح فسيأتي بيان معناه إن شاء الله تعالى. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٥٦، مسالك الأفهام ٣: ٣٥٣، الحدائق الناضرة ١٩: ٣٢٤، رياض المسائل ٨: ٣٤٥، جواهر الكلام ٢٤: ٥٩ ـ ٦٩).

---

١. الحاوي الكبير ٥: ١٩٣، المعونة ٢: ١٠٠٧، المغني لابن قدامة ٤: ٢١٩.

٢. المعونة ٢: ١٠٠٧، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٤٣، العزيز شرح الوجيز ٤: ٣٤٦، التهذيب للبغوي ٣: ٣٨٢.

٣. مختصر القدوري: ٧٩، الهداية للمرغيناني ٢: ٢٩.

٤. الهداية للمرغيناني ٣: ٢٩، الحاوي الكبير ٥: ١٩٣، المغني لابن قدامة ٤: ٢٢٢.

ابن عمر المتقدّمين، ولأنّ ذلك أيضاً مروي عن عمر بن الخطاب وابن الزبير [١].

وأمّا بدو الصلاح الذي جوّز رسول الله ﷺ البيع بعده، فهو أن يصفرّ فيه البُسر ويسودّ فيه العنب إن كان ممّا يسودّ. وبالجملة: أن تظهر في الثمرة صفة الطيب. هذا هو قول جماعة فقهاء الأمصار [٢]؛ لما رواه مالك عن حميد عن أنس: أنّه ﷺ سئل عن قوله: «حتّىٰ يُزهي» فقال: «حتّىٰ يحمرّ» [٣].

وروي عنه عليه الصلاة والسلام: أنّه نهىٰ عن بيع العنب حتىٰ يسودّ، والحبّ حتّىٰ يشتدّ» [٤و٥]. وكان زيد بن ثابت ـ في رواية مالك عنه ـ لايبيع ثماره حتّىٰ تطلع الثريا [٦]، وذلك لاثنتي عشرة ليلة خلت من أيار ـ وهو مايو ـ وهو قول ابن عمر أيضاً: سئل عن قول رسول الله ﷺ أنّه نهىٰ عن بيع الثمار حتّىٰ تنجو من العاهات، فقال عبدالله بن عمر: ذلك وقت طلوع الثريا [٧]. وروي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «إذا طلع النجم صباحاً رفعت العاهات عن أهل البلد» [٨].

وروىٰ ابن القاسم عن مالك: أنّه لابأس أن يباع الحائط وإن لم يُزهِ، إذا أزهىٰ ما حوله من الحيطان، إذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة، يريد ـ والله أعلم ـ: طلوع الثريا [٩]، إلّا أنّ المشهور عنه: أنّه لايباع حائط حتّىٰ يبدو فيه الزهو [١٠].

---

١. الاستذكار ١٩: ٩٦، المصنف لعبدالرزاق ٨: ٦٦.

٢. المعونة ٢: ١٠٠٧، الحاوي الكبير ٥: ١٩٤، الاستذكار ١٩: ٩٢، ٩٣، ٩٤، المغني لابن قدامة ٤: ٢٢٤.

٣. الموطّأ ٢: ٦١٨، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار حتىٰ يبدو صلاحها، الحديث ١١.

٤. تقدَّم تخريجه آنفاً من حديث النهي عن بيع العنب حتى يسودّ.

٥. الحاوي الكبير ٥: ١٩٤، المعونة ٢: ١٠٠٧ ـ ١٠٠٨، المغني لابن قدامة ٤: ٢٢٤.

٦. الموطّأ ٢: ٦١٩، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار حتّىٰ يبدو صلاحها، الحديث ١٣.

٧. الأم ٣: ٥٧، كتاب البيوع، باب الوقت الذي يحلّ فيه بيع الثمار، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٥: ٣٠٠، كتاب البيوع، باب الوقت الذي يحلّ فيه بيع الثمار، الاستذكار ١٩: ٩٥.

٨. مسند أحمد ٣: ١٢ في مسند أبي هريرة، الحديث ٨٢٩٠، الاستذكار ١٩: ٩٥.

٩. الاستذكار ١٩: ١٠٤، عيون المجالس ٣: ١٤٥٠.

١٠. الاستذكار ١٩: ١٠٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٣٣.

وقد قيل: إنّه لايعتبر مع الإزهاء طلوع الثريا [١]*.

---

* المشهور عند الإماميّة شهرة عظيمة أنّ بدو الصلاح في ثمرة النخيل هو الاحمرار فيما يحمرّ، والاصفرار فيما يصفرّ، وظاهر السرائر الإجماع عليه، وتدلّ عليه الأخبار، وفي بعضها تفسير الزهو بالاحمرار والاصفرار أيضاً.

وقيل: أن تبلغ مبلغاً يؤمن عليها من الفساد، وتدلّ عليه روايات كثيرة. وفي الشرائع والإرشاد ظاهرها الجمع بين هذا وما قبله، ولعلّه للجمع بين النصوص.

وقال في المسالك: اقتصر جماعة من الأصحاب على العلامة الأولى؛ لصحّة دليلها، وقيل بالثانية خاصّة، وربما نزل كلام الشرائع في الجمع بين العلامتين على القولين، لا على الجمع بينهما. والأقوىٰ اعتبار العلامة الأولىٰ خاصّة، واعترف في الرياض بعدم الوقوف علىٰ قائل بالثانية بعد أنّ ضعّف ما دلّ عليها من الأخبار من جهة السند والدلالة.

وأمّا بدو الصلاح في ثمر سائر الأشجار ففيه أقوال:

الأول: أن ينعقد الحبّ، وقد نُسب للأشهر.

الثاني: أن ينعقد الحبّ مع تناثر الورد، ذكره الشيخ في النهاية وجماعة. وقد ذكر بعضهم: أنّ هذا القول متّحد مع سابقه.

الثالث: ما عن المبسوط والمهذّب حيث قال: بدو الصلاح مختلف، فإن كانت الثمرة ممّا تحمرّ أو تسودّ أو تصفرّ فبدو الصلاح فيها حصول هذه الألوان، وإن كانت ممّا تبيضّ فبأن تتموّه، وهو أن يتموّه فيها الماء الحلو ويصفو لونه، وإن كان ممّا لايتلوّن مثل التفاح فبأن يحلو ويطيب أكله، وإن كانت مثل البطيخ فبأن يقع فيه النضج. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٥٨، ٣٦٠، جامع المقاصد ٤: ١٦١، ١٦٢، ١٦٣، مسالك الأفهام ٣: ٣٥٦، ٣٥٧، الحدائق الناضرة ١٩: ٣٣٥ ـ ٣٣٧، ٣٤١ ـ ٣٤٢، رياض المسائل ٨: ٣٥١ـ٣٥٣، جواهر الكلام ٢٤: ٦٩ ـ ٧٠، ٧٤ ـ ٧٦).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٢.

فالمحصَّل في بدو الصلاح للعلماء ثلاثة أقوال: قول: إنّه الإزهاء، وهو المشهور، وقول: إنّه طلوع الثريا وإن لم يكن في الحائط حين البيع إزهاء، وقول: الأمران جميعاً.

وعلىٰ المشهور من اعتبار الإزهاء يقول مالك: إنّه إذا كان في الحائط الواحد بعينه أجناس من الثمر مختلفة الطيب، لم يبع كلّ صنف منها إلّا بظهور الطيب فيه [١]، وخالفه في ذلك الليث [٢] *، وأمّا الأنواع المتقاربة الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البعض [٣]. وبدو الصلاح المعتبر عن مالك في الصنف الواحد من الثمر هو وجود الإزهاء في بعضه **، لا في كلّه إذا لم يكن ذلك الإزهاء مبكّراً في بعضه تبكيراً يتراخىٰ عنه البعض، بل إذا كان متتابعاً؛ لأنّ الوقت الذي تنجو الثمرة فيه في الغالب من العاهات هو إذا بدا الطيب في الثمرة ابتداء متناسقاً غير منقطع [٤].

---

* لا خلاف عند الإماميّة في جواز بيع ثمر البستان أجمع ـ سواء كان ثمره متّحد النوع أو مختلفاً ـ إذا أدرك بعض ثمرته وبدا صلاحه وإن لم يدرك الآخر، بل عليه الإجماع. وهو الحجّة، مضافاً إلى النصوص، منها: الصحيح عن الصادق عليه السلام: «إذا كان الحائط فيه ثمار مختلفة، فأدرك بعضها، فلابأس ببيعها جميعاً». وصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: «تقبل الثمار إذا تبيّن لك بعض حملها سنة، وإن شئت أكثر، وإن لم يتبيّن لك حملها فلاتستأجره».

مضافاً إلىٰ الأصل السالم عن المعارض، ولأنّ بيع ما لم يدرك جائز مع الضميمة.

(مسالك الأفهام ٣: ٣٥٦، الحدائق الناضرة ١٩: ٣٣٧، رياض المسائل ٨: ٣٥٤، جواهر الكلام ٢٤: ٧٠ ـ ٧١).

** ممّا تقدَّم آنفاً يُعلم مذهب الإماميّة في الأجناس المختلفة.

---

١. التفريع ٢: ١٤٣، المعونة ٢: ١٠٠٩، الاستذكار ١٩: ٩٤، ١٠٥.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١١٧، عيون المجالس ٣: ١٤٥١، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٠.

٣. المعونة ٢: ١٠٠٨، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٩.

٤. التفريع ٢: ١٤٣، المعونة ٢: ١٠٠٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٣٢.

وعند مالك: أنّه إذا بدا الطيب في نخلة بستان جاز بيعه، وبيع البساتين * المجاورة له إذا كان نخل البساتين من جنس واحد [١]، وقال الشافعي: لايجوز إلّا بيع نخل البستان الذي يظهر فيه الطيب فقط [٢].

ومالك اعتبر الوقت الذي تؤمن فيه العاهة إذا كان الوقت واحداً للنوع الواحد [٣]، والشافعي اعتبر نقصان خلقة الثمر، وذلك أنّه إذا لم يطب كان من بيع ما لم يُخلَق، وذلك أنّ

---

* المشهور عند الإمامية: أنّه لو أدركت ثمرة بستان جاز أن يضمّ إليه بستان آخر لم يدرك بعد ويباع جميعاً، وذلك لمكان الضميمة المسوّغة للبيع، مؤيداً بما رواه إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن الصادق عليه السلام عن بيع الثمرة قبل أن تدرك، فقال: «إذا كان في تلك الأرض بيع له غلّة قد أدركت، فبيع ذلك كلّه حلال».

خلافاً للشيخ الطوسي في المبسوط والخلاف، والمحقّق في الشرائع، حيث اختارا عدم الجواز.

ووجه المنع: أنّ لكلّ بستان حكم نفسه؛ لتعدّده، ولرواية عمّار عن الصادق عليه السلام: أنّه سئل عن الفاكهة متىٰ يحلّ بيعها؟ قال: «إذا كانت فاكهة كثيرة في موضع واحد، فأطعم بعضها، فقد حلّ بيع الفاكهة كلّها، فإذا كان نوعاً واحد فلايحلّ بيعه حتّىٰ يطعم، فإن كان أنواعاً متفرقة فلايباع منها شيء حتّىٰ يطعم كلّ نوع منها وحده، ثم تباع تلك الأنواع».

وردّها في المسالك بالضعف، وفي الحدائق: أنّها ليست من قبيل ما نحن فيه، فإنّ ظاهر الخبر أنّ التفرّق إنّما هو في أنواع الفاكهة وإن كانت في بستان واحد، لا في المكان الذي فيه الفاكهة كما هو محلّ البحث. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٥١، مسالك الأفهام ٣: ٣٥٦ ـ ٣٥٧، الحدائق الناضرة ١٩: ٣٣٧ـ٣٣٨، رياض المسائل ٨: ٣٥٦، جواهر الكلام ٢٤: ٧١ ـ ٧٢).

---

١. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٤٤، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٠، المعونة ٢: ١٠٠٩.

٢. الحاوي الكبير ٥: ١٩٤، البيان للعمراني ٥: ٢٤٢، المهذب للشيرازي ٣: ١٠٤.

٣. المعونة ٣: ١٠٠٩، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٤٤.

صفة الطيب فيه وهي مشتراة لم تخلق بعد[١]، لكن هذا كما قال: لايشترط في كلّ ثمرة، بل في بعض ثمرة جَنّة واحدة، وهذا لم يقل به أحد. فهذا هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار.

ومن المسموع الذي اختلفوا فيه من هذا الباب ما جاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهي عن بيع السنبل حتّىٰ يبيضّ، والعنب حتّىٰ يسودّ[٢]. وذلك أنّ العلماء اتّفقوا علىٰ أنّه لايجوز بيع الحنطة في سنبلها دون السنبل؛ لأنّه بيع ما لم تعلم صفته، ولا كثرته[٣].

واختلفوا في بيع السنبل نفسه مع الحبّ، فجوّز ذلك جمهور العلماء: مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة[٤]*. وقال الشافعي: لايجوز بيع السنبل نفسه وإن اشتدّ؛ لأنّه من باب الغرر، وقياساً علىٰ بيعه مخلوطاً بتبنه بعد الدَرْس[٥].

وحجّة الجمهور شيئان: الأثر والقياس. فأمّا الأثر فما روي عن نافع عن ابن عمر: أنّ رسول الله ﷺ نهىٰ عن بيع النخيل حتّىٰ تزهي، وعن السنبل حتّىٰ تبيضّ وتأمن العاهة، نهىٰ البائع والمشتري[٦و٧].

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه يجوز بيع السنبل بعد ظهوره وانعقاد حبّه؛ للأصل، والإطلاقات، والعمومات، والإجماع. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٦٧، مسالك الأفهام ٣: ٣٥٨، الحدائق الناضرة ١٩: ٣٦٤ ـ ٣٦٨، رياض المسائل ٨: ٣٥٧، ٣٥٨، جواهر الكلام ٢٤: ٧٧، مهذّب الاحكام ١٨: ٧٧).

---

١. البيان للعمراني ٥: ٢٤٢، الحاوي الكبير ٥: ١٩٥.

٢. تقدّم تخريجه آنفاً.

٣. المعونة ٢: ١٠١١، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٠، التهذيب للبغوي ٣: ٣٨٧، البيان للعمراني ٥: ٨٥.

٤. المعونة ٢: ١٠١١، مختصر القدوري: ٧٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٠، الهداية للمرغيناني ٣: ٣٠، الاستذكار ٢٠: ٥٥.

٥. الحاوي الكبير ٥: ١٩٩، ٢٠٠، التهذيب للبغوي ٣: ٣٨٧، البيان للعمراني ٥: ٨٥ ـ ٨٦، العزيز شرح الوجيز: ٤: ٣٥٣، الاستذكار ٢٠: ٥٦.

٦. تقدّم تخريجه آنفاً من حديث النهي عن بيع السنبل حتىٰ يبيضّ.

٧. المعونة ٢: ١٠١١، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٠، الهداية للمرغيناني ٣: ٣٠.

وهي زيادة علىٰ ما رواه مالك من هذا الحديث [١]، والزيادة إذا كانت من الثقة مقبولة، وروي عن الشافعي: أنّه لمّا وصلته هذه الزيادة رجع عن قوله، وذلك أنّه لايصحّ عنده قياس مع وجود الحديث [٢].

وأمّا بيع السنبل إذا أفرك [٣] ولم يشتد، فلايجوز عند مالك إلّا على القطع [٤]. وأمّا بيع السنبل غير محصود، فقيل عن مالك: يجوز [٥]*، وقيل: لايجوز إلّا إذا كان في حزمه [٦]. وأمّا بيعه في تبنه بعد الدرس فلايجوز، بلا خلاف فيما أحسب [٧]، هذا إذا كان جزافاً، فأمّا إن كان مكيلاً فجائز عند مالك، ولا أعرف فيه قولاً لغيره [٨].

واختلف الذين أجازوا بيع السنبل إذا طاب علىٰ من يكون حصاده ودرسه، فقال الكوفيون: على البائع حتىٰ يعمله حبّاً للمشتري [٩]، وقال غيرهم: هو على المشتري [١٠].

ومن هذا الباب ما ثبت: أنّ رسول‌اللهﷺ نهىٰ عن بيعتين في بيعة، وذلك من حديث

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه يجوز بيع السنبل بعد انعقاد حبّه، سواء كان قائماً أو حصيداً؛ للإطلاقات، والعمومات، والأصل، والإجماع. (مهذّب الأحكام ١٨: ٧٧، جواهر الكلام ٢٤: ٧٧).

---

١. الموطّأ ٢: ٦١٨، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار حتّىٰ يبدو صلاحها، الحديث ١٠.

٢. الإجماع لابن المنذر: ١٥٩، الاستذكار ٢٠: ٥٦، فتح المالك ٨: ١٤، وانظر: الإحكام للآمدي ٢: ٣٤٤ـ٣٤٥.

٣. أفرك السنبل أي: صار فريكاً، وهو أن يصلح أن يفرك فيؤكل. (لسان العرب: مادة الفرك).

٤. التفريع ٢: ١٤٥، النوادر والزيادات ٦: ١٨٨، فتح المالك ٨: ١٤.

٥. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٠، البيان والتحصيل ٧: ١١٠.

٦. التفريع ٢: ١٤٤ ـ ١٤٥، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٠، البيان والتحصيل ٧: ١١٠.

٧. التفريع ٢: ١٤٥، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢١، البيان والتحصيل ٧: ١١٠.

٨. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢١، وانظر: البيان والتحصيل ٧: ١١٠.

٩. الاستذكار ٢٠: ٥٥.

١٠. الاستذكار ٢٠: ٥٥، المغني لابن قدامة ٤: ٢٢٦ ـ ٢٢٧.

ابن‌عمر [١] وحديث ابن مسعود [٢] وأبي هريرة [٣]، قال أبو عمر: وكلّها من نقل العدول [٤]، فاتفق الفقهاء * على القول بموجب هذا الحديث عموماً [٥]، واختلفوا في التفصيل، أعني: في الصورة التي ينطلق عليها هذا الاسم من التي لاينطلق عليها، واتّفقوا أيضاً على بعضها، وذلك يتصوّر على وجوه ثلاثة: إمّا في مثمونين بثمنين، أو مثمون واحد بثمنين، أو مثمونين بثمن واحد على أنّ أحد البيعين قد لزم.

أمّا في مثمونين بثمنين، فإنّ ذلك يتصوّر على وجهين: أحدهما: أن يقول له: أبيعك هذه

---

* قال الشيخ الطوسي: نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة، وقيل: إنّه يحتمل أمرين: أحدهما: أن يكون المراد أنّه إذا قال: بعتك هذا الشيء بألف درهم نقداً أو بألفين نسيئة، فأيّهما شئت خذه، فإنّه لايجوز؛ لجهالة الثمن.

الثاني: أن يقول: بعتك عبدي هذا بألف على أن تبيعني دارك هذه بألف. فهذا لايصحّ أيضاً؛ لأنّه لايلزمه بيع داره، ولايجوز أن يثبت في ذمته؛ لأنّ السلف في بيع الدار لايصحّ. وتبعه على ذلك ابن إدريس.

وقال العلّامة الحلّي: والأقرب عندي الحمل على الأول وصحّة الثاني، فقول الشيخ ليس بجيّد؛ لأنّ بيع الدار هنا لازم باعتبار اشتراطه في عقد لازم وإن لم يكن لازماً في نفس الأمر لولاه.

وقد استدلّ بهذا الحديث في بعض أبواب الفقه. (المبسوط ٢: ١٥٩، السرائر ٢: ٢٤٠، مختلف الشيعة ٥: ٥٠، جواهر الكلام ٢٣: ١٠٣، ١٠٥).

---

١. مسند أحمد ٢: ١٨٥ في مسند عبدالله بن عمر بن الخطاب، الحديث ٥٣٧٢.

٢. مسند أحمد ١: ٦٥٧ في مسند عبدالله بن مسعود، الحديث ٣٧٧٤.

٣. سنن الترمذي ٣: ٥٣٣، كتاب البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيعة، الحديث ١٢٣١، سنن النسائي ٧: ٢٩٥ ـ ٢٩٦، كتاب البيوع، باب بيعتين في بيعة.

٤. الاستذكار ٢٠: ١٧١.

٥. الإفصاح ١: ٣٠٢، الإقناع لابن المنذر: ١٧٢.

السلعة بثمن كذا علىٰ أن تبيعني هذه الدار بثمن كذا. والثاني: أن يقول له: أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأُخرىٰ بدينارين. وأمّا بيع مثمون واحد بثمنين، فإنّ ذلك يتصوّر أيضاً علىٰ وجهين: أحدهما: أن يكون أحد الثمنين نقداً والآخر نسيئة، مثل أن يقول له: أبيعك هذا الثوب نقداً بثمن كذا علىٰ أن اشتريه منك إلىٰ أجل كذا بثمن كذا. وأمّا مثمونان بثمن واحد، فمثل أن يقول له: أبيعك أحد هذين بثمن كذا.

فأمّا الوجه الأول وهو أن يقول له: أبيعك هذه الدار بكذا علىٰ أن تبيعني هذا الغلام بكذا، فنصّ الشافعي علىٰ أنّه لايجوز؛ لأنّ الثمن في كليهما يكون مجهولاً؛ لأنّه لو أفرد المبيعين لم يتّفقا في كلّ واحد منهما على الثمن الذي اتّفقا عليه في المبيعين في عقد واحد، وأصل الشافعي في ردّ بيعتين في بيعة إنّما هو جهل الثمن أو المثمون [١]*. وأمّا الوجه الثاني وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأُخرىٰ بدينارين علىٰ أنّ البيع قد لزم في أحدهما، فلايجوز عند الجميع، وسواء كان النقد واحداً أو مختلفاً [٢]. وخالف عبدالعزيز بن أبي سلمة في ذلك، فأجازه إذا كان النقد واحداً أو مختلفاً [٣]. وعلّة منعه عند الجميع: الجهل [٤]، وعند مالك: من باب سدّ الذرائع؛ لأنّه ممكن أن يختار في نفسه أحد الثوبين، فيكون قد باع ثوباً

---

* يجوز عند فقهاء الإماميّة ـ كما في التذكرة ـ أن يبيع رجل شيئاً ويشترط في متن العقد أن يشتري منه شيئاً أو يبيعه شيئاً آخر أو يقرضه شيئاً، واحتجّوا بالأخبار، منها: قول الصادق عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم، إلّا كلّ شرط خالف كتاب الله عزّ وجلّ فلا يجوز»، وأنّ هذه الشروط كلّها سائغة لاتخالف كتاب الله تعالىٰ، فوجب جوازها ولزومها وصحّة العقد معها. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٥٠، مفتاح الكرامة ١٠: ١٢٥٣).

---

١. الأم ٣: ٩١، التهذيب للبغوي ٣: ٥٣٧، الوسيط ٣: ٧١ ـ ٧٢.

٢. الاستذكار ٢٠: ١٧٤، المنتقىٰ للباجي ٥: ٣٦.

٣. المدوَّنة الكبرىٰ ٤: ١٩٠ ـ ١٩١، المنتقىٰ للباجي ٥: ٣٦، وفي الثاني حكاية تجويز ابن أبي سلمة ذلك في النقد الواحد فقط، وفي الأول التصريح بتجويزه عند اتحاد وزن الدراهم ومنعه عند اختلافها في الوزن.

٤. المغني لابن قدامة ٤: ٣١٤، التهذيب للبغوي ٣: ٥٣٦.

ودينار بثوب ودينار، وذلك لايجوز علىٰ أصل مالك [١].

وأمّا الوجه الثالث وهو أن يقول له: أبيعك هذا الثوب نقداً بكذا أو نسيئة بكذا، فهذا إذا كان البيع فيه واجباً، فلا خلاف في أنّه لايجوز [٢]*، وأمّا إذا لم يكن البيع لازماً في أحدهما فأجازه مالك [٣]، ومنعه أبو حنيفة والشافعي؛ لأنّهما افترقا علىٰ ثمن غير معلوم [٤]، وجعله مالك من باب الخيار [٥]؛ لأنّه إذا كان عنده على الخيار لم يتصوّر فيه ندم يوجب تحويل أحد الثمنين في الآخر، وهذا عند مالك هو المانع. فعلّة امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعي وأبي حنيفة: من جهة جهل الثمن، فهو عندهما من بيوع الغرر التي نُهي عنها [٦]. وعلّة امتناعه عند مالك: سد الذريعة الموجبة للربا، لإمكان أن يكون الذي له الخيار قد اختار أوّلاً إنفاذ العقد بأحد الثمنين المؤجّل أو المعجّل، ثم بدا له ولم يُظهر ذلك، فيكون قد ترك أحد الثمنين

---

* الأشهر بين فقهاء الإماميّة ـ بل عليه عامة المتأخّرين ـ هو بطلان البيع فيما لو قال: بعتُك هذه السلعة بكذا وكذا نقداً وبكذا وكذا نسيئة؛ للغرر، والإبهام الناشئ من الترديد، وللنهي عن البيعين في بيع واحد.

خلافاً لظاهر جماعة من أنّه يكون للبايع أقلّ الثمنين في أبعد الأجلين؛ للأخبار، منها: خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام: «أنّ علياً عليه السلام قضىٰ في رجلٍ باع بيعاً واشترط شرطين بالنقد كذا وبالنسيئة كذا، فأخذ المتاع علىٰ ذلك الشرط، فقال: هو بأقلّ الثمنين وأبعد الأجلين». (جواهر الكلام ٢٣: ١٠٢ ـ ١٠٥، رياض المسائل ٨: ٢١٤ ـ ٢١٥، مهذّب الأحكام ١٧: ٢٦٦ ـ ٢٦٧).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٥: ٣٦ ـ ٣٧، المعونة ٢: ١٠٢٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٠٤.

٢. الاستذكار ٢٠: ١٧٨، ١٧٩، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ١٩٠.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ١٩٠، الاستذكار ٢٠: ١٧٩، فتح المالك ٨: ١٣٣.

٤. التهذيب للبغوي ٣: ٥٣٦، المبسوط للسرخسي ١٤: ٤٥، بدائع الصنائع ٦: ٥٩٦، الاستذكار ٢٠: ١٧٩.

٥. الاستذكار ٢٠: ١٧٩.

٦. التهذيب للبغوي ٣: ٥٣٦، الاستذكار ٢٠: ١٧٩.

للثمن الثاني، فكأنّه باع أحد الثمنين بالثاني، فيدخله ثمن بثمن نسيئة، أو نسيئة ومتفاضلاً[١]. وهذا كلّه إذا كان الثمن نقداً، وإن كان الثمن غير نقد بل طعاماً دخله وجه آخر، وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلاً[٢].

وأمّا إذا قال: أشتري منك هذا الثوب نقداً بكذا على أن تبيعه منّي إلىٰ أجل، فهو عندهم لايجوز بإجماع؛ لأنّه من باب العِيْنة (وهو بيع الرجل ما ليس عنده)[٣]، ويدخله أيضاً علّة جهل الثمن.

وأمّا إذا قال له: أبيعك أحد هذين الثوبين بدينار، وقد لزمه أحدهما أيّهما اختارَ، وافترقا قبل الخيار، فإن كان الثوبان من صنفين، وهما ممّا يجوز أن يُسلَم أحدهما في الثاني، فإنّه لا خلاف بين مالك والشافعي في أنّه لايجوز[٤]، وقال عبدالعزيز بن أبي سلمة: إنّه يجوز[٥]، وعلّة المنع: الجهل والغرر[٦]. وأمّا إذا كانا من صنف واحد، فيجوز عند مالك[٧]، ولايجوز عند الشافعي وأبي حنيفة[٨]. وأمّا مالك فإنّه أجازه لأنّه يجيز الخيار بعد عقد البيع في الأصناف المستوية؛ لقلّة الغرر عنده في ذلك[٩]. وأمّا من لايجيزه فيعتبره بالغرر الذي لايجوز؛ لأنّهما افترقا علىٰ بيع غير معلوم[١٠].

---

١. المنتقىٰ للباجي ٥: ٣٩، القبس لابن العربي ٣: ٢٩٤، الموطأ ٢: ٦٦٤.

٢. الموطّأ ٢: ٦٦٤، الاستذكار ٢٠: ١٧٥.

٣. القبس لابن العربي ٣: ٢٦٠، المبسوط للسرخسي ١٣: ٨٤، الإفصاح ١: ٣٠٢، الحاوي الكبير ٥: ٣٢٥، المغني لابن قدامة ٤: ٢٩٧، الاستذكار ١٩: ٢٥٢، ٢٠: ١٧٣ ـ ١٧٤، المنتقىٰ للباجي ٥: ٣٨ ـ ٣٩.

٤. النوادر والزيادات ٦: ٣٩١، المنتقىٰ للباجي ٥: ٣٧، المهذّب للشيرازي ٣: ٣٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٩٤، العزيز شرح الوجيز ٤: ٤١.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ١٩٠ ـ ١٩١، المنتقىٰ للباجي ٥: ٣٦، المقدّمات الممهّدات ٢: ٩٤.

٦. المنتقىٰ للباجي ٥: ٣٧، المهذّب للشيرازي ٣: ٣٤، العزيز شرح الوجيز ٤: ٤١.

٧. النوادر والزيادات ٦: ٣٩٠، المقدّمات الممهّدات ٢: ٩٤.

٨. المهذّب للشيرازي ٣: ٣٤، حلية العلماء ٤: ٨٤، بدائع الصنائع ٦: ٥٩٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ٩٤.

٩. النوادر والزيادات ٦: ٤٠٢، المنتقىٰ للباجي ٥: ٣٧.

١٠. العزيز شرح الوجيز ٤: ٤١، المغني لابن قدامة ٤: ٢٥٠.

وبالجملة: فالفقهاء متّفقون علىٰ أنّ الغرر الكثير في المبيعات لايجوز، وأنّ القليل يجوز [١]. ويختلفون في أشياء من أنواع الغرر، فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير، وبعضهم يلحقها بالغرر القليل المباح؛ لتردّدها بين القليل والكثير. فإذا قلنا بالجواز ـ علىٰ مذهب مالك ـ فقبض الثوبين من المشتري علىٰ أن يختار، فهلك أحدهما أو أصابه عيب، فمن يصيبه ذلك؟ فقيل: تكون المصيبة بينهما [٢]، وقيل: بل يضمنه كلّه المشتري، إلّا أن تقوم البيّنة علىٰ هلاكه [٣]، وقيل: فرْقٌ في ذلك بين الثياب وما يغاب عليه وبين ما لايغاب عليه كالعبد، فيضمن فيما يغاب عليه، ولايضمن فيما لايغاب عليه [٤]. وأمّا هل يلزمه أخذ الباقي؟ قيل: يلزم [٥]، وقيل: لايلزم [٦]. وهذا يُذكر في أحكام البيوع.

وينبغي أن نعلم أنّ المسائل الداخلة في هذا المعنىٰ هي: أمّا عند فقهاء الأمصار فمن باب الغرر، وأمّا عند مالك فمنها ما يكون عنده من باب ذرائع الربا، ومنها ما يكون من باب الغرر. فهذه هي المسائل التي تتعلّق بالمنطوق به في هذا الباب.

وأمّا نهيه عن بيع الثُّنيا، وعن بيع وشرط، فهو وإن كان سببه الغرر، فالأشبه أن نذكرها في المبيعات الفاسدة من قبل الشروط.

فصل

وأمّا المسائل المسكوت عنها في هذا الباب، المختلف فيها بين فقهاء الأمصار، فكثيرة، لكن نذكر منها أشهرها لتكون كالقانون للمجتهد النظّار.

---

١. المنتقىٰ للباجي ٥: ٤١، الاستذكار ٢٠: ١٨٦، المقدّمات الممهّدات ٢: ٧٣.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ١٨٦، ١٨٧، النوادر والزيادات ٦: ٣٩٠ ـ ٣٩١، المنتقىٰ للباجي ٥: ٣٧، البيان والتحصيل ٨: ٣٩٣.

٣. النوادر والزيادات ٦: ٣٩٢، المنتقىٰ للباجي ٥: ٣٧.

٤. المصدران السابقان، المعونة ٢: ١٠٤٨.

٥. النوادر والزيادات ٦: ٣٩١، المنتقىٰ للباجي ٥: ٣٧.

٦. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ١٨٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٤٤، المنتقىٰ للباجي ٥: ٣٧، ٣٨.

مسألة: المبيعات علىٰ نوعين: مبيع حاضر مرئي، فهذا لا خلاف في بيعه [١]*، ومبيع غائب أو متعذّر الرؤية، فهنا اختلف العلماء، فقال قوم: بيع الغائب لايجوز بحال من الأحوال، لا ما وصف ولا ما لم يوصف، وهذا أشهر قولي الشافعي، وهو المنصوص عند أصحابه ـ أعني: أنّ بيع الغائب على الصفة لايجوز ـ [٢] وقال مالك وأكثر أهل المدينة: يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته ممّا يؤمن أن تتغيّر فيه قبل القبض صفته [٣]**. وقال أبو حنيفة: يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة، ثم له إذا رآها الخيار، فإن شاء أنفذ البيع وإن شاء ردّه [٤].

وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وإن جاء على الصفة [٥]، وعند مالك: أنّه إذا جاء على الصفة فهو لازم [٦]، وعند الشافعي: لاينعقد البيع أصلاً في

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في صحّة بيع العين الشخصية الحاضرة مع المشاهدة أو الوصف الرافع للجهالة. (تذكرة الفقهاء ١١: ٧٥، رياض المسائل ٨: ١٣٦).

** أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ جواز بيع الغائب ممّا تكفي فيه المشاهدة ـ إذا كان قد شوهد ـ عن ذكر وصفه؛ كالأرض والثوب وغيرهما عند الابتياع، وذلك للعمومات السالمة عن المعارض، إلّا أن تمضي مدّة تجري العادة بتغيّره فيبطل حينئذٍ البيع؛ لتحقق الجهالة والغرر. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٦١، مسالك الأفهام ٣: ١٧٧، الحدائق الناضرة ١٨: ٤٨١، جواهر الكلام ٢٢: ٤٣٠).

---

١. الإجماع لابن المنذر: ١٦٣، مراتب الإجماع: ٨٣، المعونة ٢: ٩٧٨، الإفصاح ١: ٢٧٢، النتف في الفتاوىٰ ٢: ٤٣٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٩.

٢. الحاوي الكبير ٥: ١٨، البيان للعمراني ٥: ٧٣ ـ ٧٤، التهذيب للبغوي ٣: ٢٨٢ ـ ٢٨٤، حلية العلماء ٤: ٨٥ ـ ٨٦.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٠٨، التفريع ٢: ١٧٠، الرسالة الفقهية: ٢١٦، المعونة ٢: ٩٧٨، الاستذكار ٢٠: ٢١٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ٧٦.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٧٤، تحفة الفقهاء ٢: ٨١، الهداية للمرغيناني ٣: ٣٦ ـ ٣٧، المبسوط للسرخسي ١٣: ٨١.

٥. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٧٤، تحفة الفقهاء ٢: ٨١، الهداية للمرغيناني ٣: ٣٦ ـ ٣٧، المنتقىٰ للباجي ٥: ٥٤.

٦. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٠٨، التفريع ٢: ١٧٠، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٢٢.

الموضعين [١]. وقد قيل في المذهب: يجوز بيع الغائب من غير صفة علىٰ شرط الخيار: خيار الرؤية، وقع ذلك في المدوَّنة [٢]، وأنكره عبدالوهاب وقال: هو مخالف لأصولنا [٣].

وسبب الخلاف: هل نقصان العلم المتعلّق بالصفة عن العلم المتعلّق بالحسّ هو جهل مؤثّر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير، أم ليس بمؤثّر وأنّه من الغرر اليسير المعفوّ عنه؟

فالشافعي رآه من الغرر الكثير [٤]، ومالك رآه من الغرر اليسير [٥]، وأمّا أبو حنيفة فإنّه رأىٰ أنّه إذا كان له خيار الرؤية أنّه لا غرر هناك وإن لم تكن له رؤية [٦].

وأمّا مالك فرأىٰ أنّ الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثّر في انعقاد البيع [٧]، ولا خلاف عند مالك أنّ الصفة إنّما تنوب عن المعاينة؛ لمكان غيبة المبيع، أو لمكان المشقّة في نشره، وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه، ولهذا أجاز البيع علىٰ البرنامج على الصفة، ولم يجز عنده بيع السلاح في جرابه، ولا الثوب المطويّ في طيه حتىٰ يُنشَر أو ينظر إلىٰ ما في جرابها [٨].

واحتجّ أبو حنيفة بما روي عن ابن المسيب أنّه قال: قال أصحاب النبي ﷺ: وددنا أنّ عثمان بن عفان وعبدالرحمان بن عوف تبايعا حتّىٰ نعلم أيّهما أعظم جداً في التجارة، فاشترىٰ عبدالرحمان من عثمان بن عفان فرساً بأرض له أُخرىٰ بأربعين ألفاً أو أربعة

---

١. حلية العلماء ٤: ٨٥ ـ ٨٦، الحاوي الكبير ٥: ١٨، البيان للعمراني ٥: ٧٤.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٠٨، المعونة ٢: ٩٧٨، المقدّمات الممهّدات ٢: ٨٢ ـ ٨٣.

٣. المعونة ٢: ٩٧٨.

٤. البيان للعمراني ٥: ٧٣ ـ ٧٤، التهذيب للبغوي ٣: ٢٨٢ ـ ٢٨٣.

٥. أنظر: المقدّمات الممهّدات ٢: ٧٦.

٦. المبسوط للسرخسي ١٣: ٨٢ ـ ٨٣، ١٩٣ ـ ١٩٤، الهداية للمرغيناني ٣: ٣٦ ـ ٣٧.

٧. المعونة ٢: ٩٧٩، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٢٢.

٨. الموطّأ ٢: ٦٧٠، كتاب البيوع، باب البيع على البرنامج، المدونة الكبرىٰ ٤: ٢٠٦، التفريع ٢: ١٦٥، المعونة ٢: ١٠٢٩، الاستذكار ٢٠: ٢١٢، المنتقىٰ للباجي ٥: ٥٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٧٩، وفيما عدا الأول والأخيرين: (الساج) بدلاً من (السلاح).

آلاف، فذكر تمام الخبر، وفيه بيع الغائب مطلقاً [١و٢]، ولابدّ عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس [٣].

ويدخل البيع على الصفة أو علىٰ خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر آخر، وهو هل موجود وقت العقد أو معدوم؟ ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة [٤]، إلّا أن يكون مأموناً؛ كالعقار، ومن هاهنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدّمة، أعني: إذا كان من القرب بحيث يؤمن أن تتغيّر فيه [٥]، فاعلمه.

مسألة: وأجمعوا علىٰ أنّه لايجوز بيع الأعيان إلىٰ أجل، وأنّ من شرطها تسليم المبيع إلى المبتاع بأثر عقد الصفقة [٦]، إلّا أنّ مالكاً وربيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية الرفيعة علىٰ شرط المواضعة، ولم يجيزوا فيها النقد، كما لم يجزه مالك في بيع الغائب [٧]. وإنّما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدَّين بالدَّين *، ومن عدم التسليم [٨]، ويشبه أن يكون بيع الدَّين بالدَّين من هذا الباب ـ أعني: لما يتعلّق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين ـ لا من باب الربا، وقد تكلّمنا في علّة الدَّين بالدَّين.

ومن هذا الباب ما كان يرىٰ ابن القاسم: أنّه لايجوز أن يأخذ الرجل من غريمه في دَين

---

* تقدّم بيان رأي الإماميّة في تحريم بيع الدين بالدين، وما يرتبط بالمقام في الفصل الثالث، في الفرق بين ما يباع من الطعام كيلاً وجزافاً.

---

١. المصنّف لعبدالرزاق ٨: ٤٥ ـ ٤٦، باب البيع على الصفة وهي غائبة، الحديث ١٤٢٤٠.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٧٧، الاستذكار ٢٠: ٢١٣.

٣. المبسوط للسرخسي ١٣: ٨١.

٤. المدوَّنة الكبرىٰ ٤: ٢٠٥، المبسوط للسرخسي ١٣: ٨٧.

٥. المدوَّنة الكبرىٰ ٤: ٢٠٥، ٢٠٧، ٢٠٨، المعونة ٢: ٩٨١.

٦. الاستذكار ١٩: ١٧٧، المعونة ٢: ٩٨٤.

٧. المدوَّنة الكبرىٰ ٤: ١٢٩، الاستذكار ١٩: ١٧٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٢٩.

٨. الاستذكار ١٩: ١٧٧.

له عليه تمراً قد بدا صلاحه، ويراه من باب الدَّين بالدَّين [١]. وكان أشهب يجيز ذلك ويقول: إنّما الدَّين بالدَّين ما لم يشرع في قبض شيء منه، أعني: أنّه كان يرىٰ أنّ قبض الأوائل من الأثمان يقوم مقام قبض الأواخر [٢]، وهو القياس عند كثير من المالكيين [٣]، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة [٤].

مسألة: أجمع فقهاء الأمصار علىٰ بيع الثمر الذي يثمر بطناً واحداً يطيب بعضه وإن لم تطب جملته معاً [٥]*.

واختلفوا فيما يثمر بطوناً مختلفة، وتحصيل مذهب مالك في ذلك: أنّ البطون المختلفة لاتخلو أن تتصل أو لاتتصل، فإن لم تتصل: لم يكن بيع ما لم يُخلق منها داخلاً فيما خُلِق؛ كشجر التين يوجد فيه الباكور [٦] والعصير. ثم إن اتصلت فلا يخلو أن تتميّز البطون أو لاتتميّز، فمثال المتميّز: جزُّ القصيل الذي يُجزّ مدة بعد مدة، ومثال غير المتميّز: المباطخ والمقاثئ والباذنجان والقرع [٧].

ففي الذي يتميّز عنه وينفصل روايتان: إحداهما الجواز [٨]، والأُخرى المنع [٩]. وفي الذي

---

* تقدّم بيان كلمات فقهاء الإماميّة في جواز بيع ثمر البستان أجمع إذا أدرك بعض ثمرته المتحدة وبدا صلاحه وإن لم يدرك البعض الآخر ممّا له علاقة في المقام.

---

١. المصدر السابق، المعونة ٢: ١٠٣٨.

٢. المصدران المتقدّمان.

٣. الاستذكار ١٩: ١٧٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٦٤.

٤. تقدَّم تخريج مفردات هذه المسألة في الفصل الثالث، من باب: بيوع الذرائع الربوية.

٥. مراتب الإجماع: ٨٦، المعونة ٢: ١٠٠٨، الحاوي الكبير ٥: ١٩٤، المغني لابن قدامة ٤: ٢٢٢.

٦. الباكورة: أول الفاكهة. (لسان العرب، مادة بكر)

٧. أنظر: المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٣، الاستذكار ١٩: ٩٣ ـ ٩٤. والمباطخ: جمع مبطخة، وهي موضع البطيخ. وكذا المقاثئ: جمع مقثأة، وهي موضع القثاء أي: الخيار.

٨. النوادر والزيادات ٦: ١٩٢، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٣.

٩. النوادر والزيادات ٦: ١٩٣، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٣.

يتصل ولايتميّز قول واحد وهو الجواز[١]*. وخالفه الكوفيّون وأحمد وإسحاق والشافعي في هذا كلّه، فقالوا: لايجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر[٢].

وحجة مالك فيما لايتميّز: أنّه لايمكن حبس أوله علىٰ آخره، فجاز أن يباع ما لم يُخلَق منها مع ما خُلِق وبدا صلاحه، أصله: جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب؛ لأنّ الغرر في الصفة شبّهه بالغرر في عين الشيء، وكأنّه رأىٰ أنّ الرخصة هاهنا يجب أن تقاس على الرخصة في بيع الثمار، أعني: ما طاب مع ما لم يطب؛ لموضع الضرورة، والأصل عنده: أنّ من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة، ولذلك منع علىٰ إحدىٰ الروايتين عنده بيع القصيل بطناً أكثر من واحد؛ لأنّه لا ضرورة هناك إذا كان متميّزاً[٣]. وأمّا وجه الجواز في القصيل

---

* اتّفق فقهاء الإماميّة علىٰ جواز بيع الخضر؛ كالقثاء والباذنجان والبطيخ والخيار، بعد ظهورها وانعقادها لقطة ولقطات معلومة، وجزّة وجزّات فيما يجزّ كالبقول، وفيما يخترط؛ كالحناء والتوت، خرطة وخرطات.

ويدلّ عليه الأخبار، منها: ما رواه المشايخ الثلاثة في الموثّق عن سماعة قال: وسألته عن ورق الشجر هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات أو أربع خرطات؟ فقال: «إذا رأيت الورق في شجرة فاشتر منه ما شئت من خرطة». وهو ظاهر في أنّه إنّما يشتري بعد ظهوره، وأنّه يجوز شراؤه خرطة واحدة وخرطات متعدّدة.

مضافاً إلىٰ أصل الجواز في الكلّ، والعمومات السليمة عن المعارض. (مهذّب الأحكام ١٨: ٨٠ ـ ٨١، ٨٢، مسالك الأفهام ٣: ٣٥٩، الحدائق الناضرة ١٩: ٣٤٢ـ٣٤٣، رياض المسائل ٨: ٣٥٩ ـ ٣٦٠، جواهر الكلام ٢٤: ٧٧ ـ ٧٩).

---

١. التفريع ٢: ١٤٣، المعونة ٢: ١٠٠٩ ـ ١٠١٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٣٣.

٢. كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٢: ٥٤٣، مختصر المزني: ٨٩، الحاوي الكبير ٥: ١٩٦، الاستذكار ١٩: ١٠٨ ـ ١٠٩، المغني لابن قدامة ٤: ٢٢٤ ـ ٢٢٥.

٣. المعونة ٢: ١٠٠٩ ـ ١٠١٠، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٤٥، الاستذكار ١٩: ١٠٨.

فتشبيهاً له بما لا يتميّز [١]، وهو ضعيف.

وأمّا الجمهور فإنّ هذا كلّه عندهم من بيع ما لم يخلق، ومن باب النهي عن بيع الثمار معاومة [٢].

واللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه إذا بدا صلاحه، وهو استحقاقه للأكل [٣]، ولم يجزه الشافعي إلّا مقلوعاً؛ لأنّه من باب بيع المغيب [٤]*. ومن هذا الباب: بيع الجوز واللوز والباقلا في قشره، أجازه مالك [٥]**، ومنعه الشافعي [٦].

---

* اختلف فقهاء الإماميّة في أنّه لو كانت الخضرة مستورة في الأرض كالجزر والثوم ونحوهما، فهل يجوز البيع أم لا؟ فذهب جماعة إلىٰ عدم الجواز للجهالة. وحكي عن ابن الجنيد جوازه وقوّاه في الدروس تحكيماً للعرف. (الدروس الشرعية ٣: ٢٣٨، جواهر الكلام ٢٤: ٧٨).

** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في جواز بيع ثمر الشجر إذا انعقد مع أصوله أو منفرداً، سواء كان بارزاً مشاهداً كالتفاح والمشمش والعنب، أو في قشر يحتاج إليه لإدخاره كالجوز في القشر الاسفل وكذا اللوز، أو في قشر لا يحتاج إليه كالقشر الأعلى للجوز والباقلا الخضراء ونحو ذلك. وفي التذكرة الإجماع عليه؛ اعتماداً في ذلك كلّه علىٰ أصل السلامة. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٦٠، مهذّب الأحكام ١٨: ٧٧، جواهر الكلام ٢٤: ٧٧).

---

١. أنظر: المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٣، فتح المالك ٢١: ٢٣.

٢. كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٢: ٥٤٣ ـ ٥٤٦، مختصر المزني: ٨٩ ـ ٩٠، الحاوي الكبير ٥: ١٩٦ ـ ١٩٧، الاستذكار ١٩: ١٠٩، المغني لابن قدامة ٤: ٢٢٤ ـ ٢٢٥.

٣. الموطّأ ٢: ٦١٩، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار حتّىٰ يبدو صلاحها، النوادر والزيادات ٦: ١٩١، المعونة ٢: ١٠٠٩.

٤. التهذيب للبغوي ٣: ٣٨٧ ـ ٣٨٨، البيان للعمراني ٥: ٢٤٢ ـ ٢٤٣.

٥. المعونة ٢: ١٠١١، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٤٥.

٦. الحاوي الكبير ٥: ١٩٨، ٢٠١، التهذيب للبغوي ٣: ٣٨٦، البيان للعمراني ٥: ٢٤٦.

والسبب في اختلافهم: هل هو من الغرر المؤثّر في البيوع أم ليس من المؤثّر؟ وذلك أنّهم اتّفقوا أنّ الغرر ينقسم بهذين القسمين، وأنّ غير المؤثّر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع الأمرين [١].

ومن هذا الباب: بيع السمك في الغدير أو البركة، اختلفوا فيه أيضاً، فقال أبو حنيفة: يجوز [٢]*، ومنعه مالك والشافعي فيما أحسب [٣] وهو الذي تقتضيه أصوله.

ومن ذلك: بيع الآبق، أجازه قوم بإطلاق [٤]، ومنعه قوم بإطلاق، ومنهم الشافعي [٥]،

---

* لا خلاف عند الإماميّة في جواز بيع السمك في الماء إذا كان محصوراً ومشاهداً، وذلك لانتفاء الجهالة حينئذٍ.

واحتمل بعضهم في المراد بكون السمك محصوراً أي: يكون الماء محصوراً، ومقتضاه: إذا حصل هذا الشرط صحّ البيع، شوهد السمك أم لا، كأن يكون في بركة كبيرة محصورة كدرة.

ويحتمل أن يكون المراد بكون السمك محصوراً أي: معدوداً، فيعطي أنّه يصحّ بيعه وإن لم يشاهد.

وفي جامع المقاصد: ويمكن أن يريد بالمحصور: ما يكون في مكانٍ يمكن ضبطه بالمشاهدة، ليخرج عنه ما كان في نحو الأجمة والنهر الممتدّ الذي لا يمكن ضبط ما فيه بالمشاهدة. (جامع المقاصد ٤: ٩٢ ـ ٩٣، الحدائق الناضرة ١٨: ٤٨٧، مفتاح الكرامة ٨: ٣٨٨ ـ ٣٨٩، رياض المسائل ٨: ١٤١، جواهر الكلام ٢٢: ٤٠٢).

---

١. المعونة ٢: ١٠١١، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٤٥، المنتقى للباجي ٥: ٤١.

٢. الجامع الصغير: ٣٢٨، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٧٢، مختصر القدوري: ٨٣، تحفة الفقهاء ٢: ٤٨، الهداية للمرغيناني ٣: ٤٨، الفقه النافع ٣: ١٠٤٧، وفيها جميعاً حكاية المنع من بيع السمك قبل اصطياده عن أبي حنيفة.

٣. التفريع ٢: ١٦٥، المعونة ٢: ١٠٣٠، الحاوي الكبير ٥: ٣٢٧، المهذّب للشيرازي ٣: ٣٣ ـ ٣٤، حلية العلماء ٤: ٨٢ ـ ٨٣.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٨٩، الاستذكار ٢٠: ١٨٥.

٥. مختصر المزني ٩٧، الوجيز ١: ١٣٤، حلية العلماء ٤: ٨٢ ـ ٨٣، المهذّب للشيرازي ٣: ٣٣.

وقال مالك: إذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشتري جاز *.

وأظنّه اشترط أن يكون معلوم الإباق ويتواضعان الثمن [١]، أعني: أنّه لا يقبضه البائع حتّىٰ يقبضه المشتري؛ لأنّه يتردّد عند العقد بين بيع وسلف، وهذا أصل من أصوله يمنع به النقد في بيع المواضعة، وفي بيع الغائب غير المأمون، وفيما كان من هذا الجنس. وممّن قال

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ عدم جواز بيع العبد الآبق المتعذّر تسليمه إلّا مع ضميمة.

والحجة فيه ـ مضافاً للإجماع ـ الصحيح: سألت أبا الحسن موسىٰ عليه السلام فقلت: أيصلح لي أن اشتري من القوم الجارية الآبقة وأعطيهم الثمن وأُطلبها أنا؟ فقال: «لا يصلح شراؤها، إلّا أن تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم: اشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً، فإنّ ذلك جائز».

والموثّق عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله، قال: «لا يصلح إلّا أن يشتري معه شيئاً آخر، ويقول: اشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى معه».

وأمّا بيعه علىٰ من كان العبد الآبق في يده، فذكر جمع منهم: أنّه يبقىٰ تحت إطلاق الأدلّة، فيجوز بيعه حينئذٍ.

وأمّا من كان يقدر علىٰ تحصيله وإن لم يكن في يده، فصريح جماعة جواز بيعه عليه، بل عن المرتضى الإجماع عليه؛ لإطلاق الأدلّة السالم عن المعارض، فإنّ الغاية المقصودة من التسليم حصول المبيع بيد المشتري، وهو ممكن بالفرض. (مسالك الأفهام ٣: ١٧٢، الحدائق الناضرة ١٨: ٤٣٤ ـ ٤٣٥، مفتاح الكرامة ٨: ٣٨٩ـ٣٩١، رياض المسائل ٨: ١٥٤، جواهر الكلام ٢٢: ٣٩٣ ـ ٣٩٥).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ١٥٥، الاستذكار ٢٠: ١٨٤.

بجواز بيع الآبق والبعير الشارد عثمان البتي [١] *.

والحجّة للشافعي: حديث شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري: أنّ رسول الله ﷺ نهىٰ عن شراء العبد الآبق، وعن شراء ما في بطون الأنعام حتّىٰ تضع، وعن شراء ما في ضروعها، وعن شراء الغنائم حتّىٰ تقسم [٢ و ٣].

وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياماً معدودة ** إذا كان ما يحلب منها معروفاً في العادة،

---

* الأشهر بين فقهاء الإماميّة أنّه لايلحق بالآبق غيره ممّا في معناه؛ كالبعير الشارد والفرس الغائر، اقتصاراً فيما خالف أصالة عدم جواز بيع الغرر على المنصوص، فلايجوز بيعه منفرداً ولا منضماً، إلّا أن تكون الضميمة مقصودة بالذات. واحتمل بعضهم الصحّة؛ مراعاة بالتسليم. (مسالك الأفهام ٣: ١٧٢، رياض المسائل ٨: ١٥٥ ـ ١٥٦، مستند الشيعة ١٤: ٣٢٤ ـ ٣٢٥، جواهر الكلام ٢٢: ٤٠١ ـ ٤٠٢).

** اتّفق الإماميّة علىٰ عدم جواز بيع اللبن في الضرع مع عدم ضميمة شيء. وإنّما الخلاف مع ضميمة شيء أو ما يحتلب منها، فالمشهور بين المتأخّرين، بل نسب إلى المشهور المنع من البيع، وذلك لأنّ ضميمة المجهول إلى المعلوم يصير المجموع مجهولاً.

خلافاً للشيخ في النهاية وجماعة، فاختاروا الجواز، بل هو المشهور بين المتقدّمين، واختاره بعض المتأخّرين.

والحجّة فيه: الأخبار المستفيضة الواردة في مسألتي السمك واللبن وغيرهما. ففي موثّق سماعة عن أبي عبدالله ﷺ قال: سألته عن اللبن يشترى وهو في الضرع؟ قال: ←

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٨٩، الاستذكار ٢٠: ١٨٥.

٢. المصنّف لابن أبي شيبة ٦: ١٣١، كتاب البيوع والأقضية، باب في بيع الغرر والعبد الآبق، الحديث ٥٤٧، سنن ابن ماجة ٢: ٧٤٠، كتاب التجارات، باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام...، الحديث ٢١٩٦.

٣. الحاوي الكبير ٥: ٣٢٦، الاستذكار ٢٠: ١٨٥، ١٨٦.

ولم يُجِز ذلك في الشاة الواحدة [١]. وقال سائر الفقهاء: لايجوز ذلك إلّا بكيل معلوم بعد الحلب [٢].

ومن هذا الباب: منع مالك بيع اللحم في جلده [٣]*.

ومن هذا الباب: بيع المريض [٤]، أجازه مالك إلّا أن يكون ميؤوساً منه [٥]**، ومنعه الشافعي وأبو حنيفة [٦]، وهي رواية أُخرىٰ عنه [٧].

ومن هذا الباب: بيع تراب المعدن والصوّاغين، فأجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد يخالفه

← «لا، إلّا أن يحلب لك منه سكرجة ـ أي اناء صغير ـ فيقول: اشتر منّي هذا اللبن الذي في السكرجة وما في ضروعها بثمن مسمّى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في السكرجة».

(مسالك الأفهام ٣: ١٨١، الحدائق الناضرة ١٨: ٤٨٧، رياض المسائل ٨: ١٤١ ـ ١٤٢، جواهر الكلام ٢٢: ٤٤١ـ٤٤٣، المكاسب للأنصاري ٤: ٣٠٧ ـ ٣١٠، مفتاح الكرامة ٨: ٤٩١ ـ ٤٩٣).

* ذكر العلّامة أنّه يجوز بيع الشاة المذبوحة قبل السلخ وبعده، سواء بيع اللحم وحده أو الجلد وحده أو بيعاً معاً، لكن بعد السلخ لايجوز إلّا بالوزن، أمّا قبله فالأقرب جوازه من دونه. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٣٩).

** ذكر العلّامة أنّه يجوز بيع المريض الميؤوس من برئه؛ لفائدة الإعتاق، وأمّا الذي هو غير مستقر الحياة فالأقوىٰ بطلان بيعه. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٤٢، مفتاح الكرامة ٩: ٦٤١).

---

١. الاستذكار ٢٠: ١٨٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٣١.

٢. الحاوي الكبير ٥: ٣٣٢، الاستذكار ٢٠: ١٨٦، بدائع الصنائع ٦: ٥٤٢، ٥٧٢.

٣. التلقين ٢: ٣٨٢، المعونة ٢: ١٠٣١.

٤. أي: بيع المبيع المريض، كالعبد والحيوان إذا كان مريضاً.

٥. المعونة ٢: ١٠٣١ ـ ١٠٣٢، التلقين ٢: ٣٨٢، البيان والتحصيل ٨: ٢٥٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٥٦.

٦. أنظر: النتف في الفتاوىٰ ١: ٤٥٠، التهذيب للبغوي ٣: ٤٦٤، العزيز شرح الوجيز ٤: ٣٩، الحاوي ٥: ٢٦٤. هذا وظاهر الشافعية في مصادرهم: الجواز.

٧. النوادر والزيادات ٦: ٤٥٨، البيان والتحصيل ٨: ٢٥٩، المنتقى للباجي ٥: ٤١، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٥٦.

أو بعرَض *، ولم يُجِز بيع تراب الصاغة [١] **، ومنع الشافعي البيع في الأمرين جميعاً [٢]، وأجازه قوم في الأمرين جميعاً، وبه قال الحسن البصري [٣].

فهذه هي البيوع التي يختلف فيها أكثر ذلك من قبل الجهل بالكيفية، وأمّا اعتبار الكمية

---

* ذكر كثير من فقهاء الإماميّة ـ من دون نقل خلاف ـ أنّه لايباع تراب معدن الفضة بالفضة خاصّة، ولا بترابه؛ احتياطاً عن الوقوع بالربا؛ لعدم العلم بالمساواة، ويباع بالذهب وبغيره لاختلاف الجنس.

وكذا تراب معدن الذهب. فلايباع بالذهب، ولابترابه احتياطاً، ويباع بالفضة مثلاً لاختلاف الجنس، وأنّه لو مُزج الترابان أو جمعا في صفقة، جاز بيعهما بالذهب والفضة معاً؛ لانصراف كلّ جنس إلىٰ ما يخالفه.

وكذا يجوز بيعهما بالذهب وحده مع زيادة تقابل الفضة، أو بالفضة خاصة مع زيادة تقابل الذهب، ويدلّ عليه رواية أبي عبدالله مولىٰ عبد ربّه قال: سألتُ أبا عبدالله عليه السلام عن الجوهر الذي يخرج من المعدن وفيه ذهب وفضة وصفر جميعاً، كيف نشتريه؟ فقال: «تشتريه بالذهب والفضة جميعاً». (جواهر الكلام ٢٤: ١٥ ـ ١٦، الحدائق الناضرة ١٩: ٢٩١ ـ ٢٩٢، مفتاح الكرامة ٩: ٧٠١ـ٧٠٢، تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٢٢).

** المعروف عند الإماميّة أنّ ما يجتمع من تراب الصياغة من الذهب والفضة يباع بالذهب والفضة معاً أو بجنس غيرهما ويتصدّق به، قال علي بن ميمون الصائغ علىٰ المحكي: سألت أبا عبدالله عليه السلام عمّا يكنس من التراب فأبيعه، فما أصنع به، قال: «تصدّق به، إمّا لك وإمّا لأهله» قال: فقلتُ له: فإن كان فيه ذهب وفضة وحديد فبأيّ شيء أبيعه، قال: «بعه بطعام...». (تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٢٢، جامع المدارك ٣: ٢٧٢).

---

١. التفريع ٢: ١٥٩، المعونة ٢: ١٠٢٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٠٩.

٢. البيان للعمراني ٥: ٨٢، حلية العلماء ٣: ١١٤.

٣. البيان للعمراني ٥: ٨٢، المغني لابن قدامة ٤: ١٩٦.

فإنّهم اتّفقوا علىٰ أنّه لايجوز أن يباع شيء من المكيل أو الموزون أو المعدود أو الممسوح إلّا أن يكون معلوم القدر عند البائع والمشتري [١] *. واتّفقوا علىٰ أنّ العلم الذي يكون بهذه الأشياء من قبل الكيل المعلوم أو الصنوج المعلومة مؤثّر في صحّة البيع، وفي كلّ ما كان غير معلوم الكيل والوزن عند البائع والمشتري من جميع الأشياء المكيلة والموزونة والمعدودة والممسوحة [٢]، وأنّ العلم بمقادير هذه الأشياء التي تكون من قبل الحَزْر والتخمين، وهو الذي يسمّونه الجُزاف، يجوز في أشياء ويمنع في أشياء.

وأصل مذهب مالك في ذلك أنّه يجوز في كلّ ما المقصود منه الكثرة لا الآحاد، وهو عنده علىٰ أصناف، منها: ما أصله الكيل ويجوز جزافاً، وهي المكيلات والموزونات. ومنها: ما أصله الجزاف ويكون مكيلاً، وهي الممسوحات؛ كالأرضين والثياب. ومنها: ما لايجوز فيها التقدير أصلاً بالكيل والوزن، بل إنّما يجوز فيها العدد فقط، ولايجوز بيعها جزافاً، وهي ـ كما قلنا ـ التي المقصود منها آحاد أعيانها [٣].

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ اشتراط كون المبيع معلوم القدر، فلايجوز بيع ما يكال أو يوزن أو يعدّ جزافاً ولو كان مشاهداً كالصبرة، ولا بمكيال مجهول كقصعة حاضرة وإن تراضيا بها، ولا الوزن المجهول كصخرة معيّنة، ولا العدد المجهول.

واستدلّ له ـ مضافاً للإجماع ـ بالصحاح المستفيضة، وفيها: قول الصادق عليه السلام: «ما كان من طعام سمّيت فيه كيلاً فلايصلح مجازفة» ومنها: «لايصلح للرجل أن يبيع بصاع غير صاع المصر».

مضافاً إلى النهي عن الغرر. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٧٤، ٧٥، مسالك الأفهام ٣: ١٧٥، الحدائق الناضرة ١٨: ٤٧٤ ـ ٤٧٦، رياض المسائل ٨: ١٣٠، جواهر الكلام ٢٢: ٤١٧).

---

١. مراتب الإجماع: ٨٣، ٨٤.

٢. الوجيز ١: ١٣٥، بدائع الصنائع ٧: ١٢٥، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٢٣.

٣. المعونة ٢: ٩٧٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٢٦، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٢٤، النوادر والزيادات ٦: ٧٤ ـ ٧٥.

وعند مالك: أنّ التبر والفضة الغير المسكوكين يجوز بيعهما جزافاً، ولايجوز ذلك في الدراهم والدنانير [١]. وقال أبو حنيفة والشافعي: يجوز ويكره [٢].

ويجوز عند مالك أن تباع الصبرة المجهولة علىٰ الكيل ـ أي: كلّ كيل منها بكذا ـ فما كان فيها من الأكيال وقع من تلك القيمة بعد كيلها والعلم بمبلغها [٣]*. وقال أبو حنيفة: لايلزم إلّا في كيل واحد وهو الذي سمّياه [٤].

ويجوز هذا البيع عند مالك في العبيد والثياب وفي الطعام [٥]، ومنعه أبو حنيفة في الثياب والعبيد [٦]، ومنع ذلك غيره في الكلّ ـ فيما أحسب ـ للجهل بمبلغ الثمن [٧]**.

ويجوز عند مالك أن يصدِّق المشتري البائع في كيلها إذا لم يكن البيع نسيئة، لأنّه يتّهمه أن يكون صدّقه ليُنظره بالثمن [٨]. وعند غيره: لايجوز ذلك حتىٰ يكتالها المشتري؛ لنهيه ﷺ

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في بطلان بيع الصبرة المجهولة، وذلك بأن يباع كلّ قفيز منها بكذا. (رياض المسائل ٨: ١٣٥، تذكرة الفقهاء ١٠: ٧٧، جواهر الكلام ٢٣: ٢٢١).

** الظاهر إجماع فقهاء الإماميّة علىٰ عدم صحّة البيع فيما لو قال: بعتُك هذه الأرض أو هذا الثوب كلّ ذراع بدرهم، أو هذه الأغنام كلّ رأس بدرهم. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٧٧، الحدائق الناضرة ١٨: ٤٨٠، جواهر الكلام ٢٢: ٤١٨ ـ ٤١٩).

---

١. الموطّأ ٢: ٦٣٥ ـ ٦٣٦، كتاب البيوع، باب بيع الذهب بالفضة تبراً وعيناً، المدوّنة الكبرىٰ ٣: ٤٢٣، عيون المجالس ٣: ١٤٣٥، المعونة ٢: ١٠٢٢، الرسالة الفقهية: ٢١٧.

٢. الأم ٣: ٤٠، مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٨٠، الهداية للمرغيناني ٣: ٩١، الاستذكار ١٩: ٢٢٦، وفي الجميع الاقتصار على الجواز. ولعلّ المصنّف نقل الكراهة من الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٧٢.

٣. النوادر والزيادات ٦: ٨٣، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٧٢ ـ ٥٧٣.

٤. المبسوط للسرخسي ١٣: ٧، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٦، بدائع الصنائع ٦: ٥٩٨.

٥. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٧٣، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٤٣٠.

٦. بدائع الصنائع ٦: ٥٩٩، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٦.

٧. المحلّىٰ بالآثار ٨: ٤٢٩ ـ ٤٣٠.

٨. التفريع ٢: ١٣١، المعونة ٢: ٩٧٦، التلقين ٢: ٣٧٢.

عن بيع الطعام حتىٰ تجري فيه الصيعان [١ و ٢]. وأجازه قوم على الإطلاق. وممّن منعه: أبو حنيفة والشافعي وأحمد [٣]. وممّن أجازه بإطلاق: عطاء بن أبي رباح وابن أبي مليكة [٤*].

ولايجوز عند مالك أن يعلم البائع الكيل ويبيع المكيل جزافاً ممّن يجهل الكيل [٥**]، ولا [٦] يجوز عند الشافعي وأبي حنيفة [٧].

والمزابنة المنهي عنها هي عند مالك من هذا الباب، وهي بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية، وذلك: أمّا في الربويات فلموضع التفاضل، وأمّا في غير الربويات فلعدم تحقّق القدر [٨***].

---

* لا خلاف عند فقهاء الإماميّة في أنّه يجوز الاعتماد في الكيل والوزن علىٰ إخبار البائع، والأخبار بذلك مستفيضة، منها الموثّق: «يقول الرجل: أعطيه بكيلك، قال: إذا ائتمنك فلا بأس». (رياض المسائل ٨: ١٣١، تذكرة الفقهاء ١٠: ٨٣، مفتاح الكرامة ٨: ٤٠٣).

** مذهب الإماميّة ـ كما في التذكرة ـ أنّه لايصحّ أن يبيع البائع ما علم كيله صبرة. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٨٣).

*** تقدّم بيان مذهب الإماميّة في المزابنة.

---

١. سنن ابن ماجة ٢: ٧٥٠، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الطعام ما لم يقبض، الحديث ٢٢٢٨، سنن الدارقطني ٣: ٨، كتاب البيوع، الحديث ٢٤.

٢. معالم السنن ٣: ١١٧، الهداية للمرغيناني ٣: ٦٦.

٣. كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٢: ٦٩٦ ـ ٦٩٧، مختصر المزني: ٩٢، التهذيب للبغوي ٣: ٤١٥، البيان للعمراني ٥: ٤٠٦، الهداية للمرغيناني ٣: ٦٦، المغني لابن قدامة ٤: ٢٤٧، معالم السنن ٣: ١١٧.

٤. أنظر: معالم السنن ٣: ١١٧.

٥. الموطّأ ٢: ٦٤٧، كتاب البيوع، باب بيع الطعام بالطعام لا فضل بينهما، التفريع ٢: ١٣٠، المعونة ٢: ٩٧٥، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٩٧٣.

٦. كذا، والظاهر زيادة كلمة (لا) في المقام.

٧. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٦٢، العزيز شرح الوجيز ٤: ٤٩ ـ ٥٠، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٣٠، الاستذكار ٢٠: ٤٥، المغني لابن قدامة ٤: ٢٤٧ وفيها جميعاً نسبة الجواز إلى الشافعي وأبي حنيفة.

٨. الموطّأ ٢: ٦٢٥ ـ ٦٢٦، كتاب البيوع، باب ما جاء في المزابنة، المعونة ٢: ٩٦٤، ٩٦٦، التلقين ٢: ٣٦٩ ـ ٣٧٠.

الباب الرابع في بيوع الشروط والثُّنْيا

وهذه البيوع، الفساد الذي يكون فيها هو راجع إلى الفساد الذي يكون من قِبَل الغرر، ولكن لمّا تضمنها النصّ وجب أن تُجعل قسماً من أقسام البيوع الفاسدة علىٰ حدة.

والأصل في اختلاف الناس في هذا الباب ثلاثة أحاديث، أحدها: حديث جابر قال: ابتاع منّي رسول الله ﷺ بعيراً، وشرط ظهرَه إلى المدينة، وهذا الحديث في الصحيح [1].

والحديث الثاني: حديث بريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «كلّ شرطٍ ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مئة شرطٍ»، والحديث متّفق علىٰ صحّته [2]. والثالث: حديث جابر قال: نهىٰ رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثُّنْيا، ورخّص في العرايا، وهو أيضاً في الصحيح أخرجه مسلم [3].

ومن هذا الباب ما روي عن أبي حنيفة أنّه روىٰ: أنّ رسول الله ﷺ نهىٰ عن بيع وشرط [4].

---

١. صحيح البخاري ٤: ٢٩ ـ ٣٠، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلىٰ مكان مسمّىٰ جاز، الحديث ٦، صحيح مسلم ٣: ١٢٢١، ١٢٢٣، كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، الحديث ١٠٩، ٧١٥/١١٣.

٢. صحيح البخاري ٣: ١٥٢، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لاتحلّ، الحديث ١١٧، صحيح مسلم ٢: ١١٤٢ ـ ١١٤٣، كتاب العتق، باب إنّما الولاء لمن أعتق، الحديث ١٥٠٤/٨، الموطّأ ٢: ٧٨٠ ـ ٧٨١، كتاب العتق والولاء، باب مصير الولاء لمن اعتق، الحديث ١٧.

٣. صحيح مسلم ٣: ١١٧٥، كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة...، الحديث ١٥٣٦/٨٥.

٤. معالم السنن ٣: ١٢٤، كتاب البيوع، باب شرط في بيع، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٤١٥، كتاب البيوع، مسألة ١٤٤٥، المبسوط للسرخسي ١٣: ١٦.

فاختلف العلماء؛ لتعارض هذه الأحاديث في بيع وشرط *، فقال قوم: البيع فاسد

---

* اختلف فقهاء الإماميّة في أنّ الشرط الفاسد مفسد للبيع أو لا على قولين:

الأول: صحّة البيع وبطلان الشرط، وهو خيرة المبسوط، ووافقه جماعة.

الثاني: بطلانهما معاً، اختاره العلّامة وولده والشهيدان، بل نسب إلى الأكثر.

وظاهر جماعة عدم الترجيح والتوقّف، وهذا الكلام جارٍ في كلّ ما شابه البيع من العقود اللازمة.

احتجّ للأول بأنّه لا دليل على بطلان العقد، والأصل صحّة العقد، وبالإجماع كما في الغنية، وبخبر بريرة: أنّ مولاتها شرطت علىٰ عائشة حين اشترتها أن يكون ولاؤها لها إذا اعتقتها، فأجاز النبي ﷺ البيع وقال: «الولاء لمن أعتق» فأفسد الشرط.

واحتجّ له أيضاً بلزوم الدور؛ لأنّ لزوم الشرط وصحّته فرع علىٰ صحّة البيع، فلو كانت موقوفة علىٰ صحّته لزوم الدور.

وأُجيب عن الأصل بأنّه مقطوع بما يأتي من أدلّة القول الثاني، ومعارض بأصل عدم الانتقال. وعن الرواية بضعف السند، وأنّها رويت على وجه آخر، وقد ورد في النكاح جملة أخبار دلّت علىٰ صحّة عقده وفساد الشرط.

وأجاب في المهذّب البارع عن الدور بأنّ تسويغ الشرط ليس شرطاً في الحقيقة لصحّة البيع حتىٰ يلزم الدور، بل هو من صفات البيع، فما كان منها سائغاً داخلاً تحت القدرة لزم باشتراطه في العقد، وإن لم يكن سائغاً بطل العقد، لا من حيث فوات شرطه، بل من حيث وقوع الرضا عليه.

وأقوىٰ ما يحتجّ به للقول الثاني: الأصل، وذلك أنّ الأصل في الملك بقاؤه علىٰ ملك مالكه، فلاينتقل عنه إلّا بسبب شرعي، ولم يحصل. وأنّ التراضي إنّما وقع علىٰ هذا الوجه ـ أي: المجموع ـ من حيث هو مجموع، فإذا بطل بعضه وامتنع نفوذه انتفى متعلّق التراضي، مضافاً إلىٰ تطرّق الجهالة في الثمن. ←

والشرط فاسد، وممّن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة [١]. وقال قوم: البيع جائز والشرط جائز، وممّن قال بهذا القول ابن أبي شُبْرُمة [٢]. وقال قوم: البيع جائز والشرط باطل، وممّن قال بهذا القول ابن أبي ليلىٰ [٣]. وقال أحمد: البيع جائز مع شرط واحد، وأمّا مع شرطين فلا [٤].

فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط، ولعموم نهيه عن الثُّنْيا [٥]، ومن أجازهما جميعاً أخذ بحديث جابر الذي ذُكر فيه البيع والشرط [٦]، ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة [٧]، ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد احتجّ بحديث

← وأُجيب: بأن الأصل مع معارضته بمثله مقطوع باجماع الغنية المتقدم، وخصوص أخبار بريرة، مع تأيّدها بأخبار النكاح والعمومات؛ لأنّه عقد يجب الوفاء به، إلّا أن يدلّ دليل قاهر علىٰ بطلانه، ولا نصّ ولا إجماع في المقام. وأمّا التراضي والجهالة فإنّه حيث يعلم تعلّق التراضي بالمجموع، أو يكون الشرط هو المقصود، وإلّا فقد وقع أمثاله. وأمّا حديث الجهالة فكم من جهالة اغتفروها.

واستوجه في الجواهر البطلان معاً فيما لو كان البطلان؛ لجهالة الشرط، بحيث تؤدّي إلىٰ أحد العوضين، فيبطل العقد حينئذٍ للجهالة، لا لبطلان الشرط. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٤٧، مسالك الأفهام ٨: ٢٤٥، مفتاح الكرامة ١٠: ١٢٥٦ ـ ١٢٥٩، جواهر الكلام ٢٣: ٢١٠ ـ ٢١٦).

---

١. مختصر المزني: ٩٧، الحاوي الكبير ٥: ٣١٢ ـ ٣١٥، التنف في الفتاوىٰ ١: ٤٧٥ ـ ٤٧٨، المبسوط للسرخسي ١٣: ١٦ ـ ٢٠، الوسيط ٣: ٧٣ ـ ٨٠، حلية العلماء ٤: ١٢٦ ـ ١٢٩، الوجيز ١: ١٣٨ ـ ١٣٩، التهذيب للبغوي ٣: ٥١٥ ـ ٥١٧، وقد ذكر في هذه المصادر أنّ لكلّ من الشافعي وأبي حنيفة تفصيل بين أقسام الشروط.

٢. معالم السنن ٣: ١٢٤، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٤١٥، حلية العلماء ٣: ١٣١.

٣. معالم السنن ٣: ١٢٤، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٤١٥، الاستذكار ١٩: ٧٢، حلية العلماء ٤: ١٣١.

٤. المغني لابن قدامة ٤: ٣٠٨، الكافي لابن قدامة ٢: ٢٣ ـ ٢٤.

٥. المبسوط للسرخسي ١٣: ١٦ ـ ١٧، البيان للعمراني ٥: ١١٩، التهذيب للبغوي ٣: ٥١٧.

٦. الاستذكار ١٩: ٧٣، المبسوط للسرخسي ١٣: ١٦ ـ ١٧.

٧. الحاوي الكبير ٥: ٣١٣، المبسوط للسرخسي ١٣: ١٦.

عمرو بن العاص، خرّجه أبو داود قال: قال رسول الله ﷺ: «لايحلّ سلفٌ وبيعٌ، ولايجوز شرطان في بيع، ولا ربح ما لم تضمن، ولا بيع ما ليس هو عندك» [١و٢].

وأمّا مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام: شروط تبطل هي والبيع معاً، وشروط تجوز هي والبيع معاً، وشروط تبطل ويثبت البيع.

وقد يُظنّ أنّ عنده قسماً رابعاً وهو أنّ من الشروط ما إن تمسّك المشترط بشرطه بطل البيع، وإن تركه جاز البيع [٣].

وإعطاء فروق بيّنة في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء، وإنّما هي راجعة إلىٰ كثرة ما يتضمّن الشروط من صنفي الفساد الذي يخلّ بصحة البيوع، وهما الربا والغرر، وإلىٰ قلّته، وإلى التوسّط بين ذلك، أو إلىٰ ما يفيد نقصاً في المِلك. فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيراً من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط، وما كان قليلاً أجازه وأجاز الشرط فيها، وما كان متوسطاً أبطل الشرط وأجاز البيع [٤]. ويرىٰ أصحابه أنّ مذهبه هو أولى المذاهب، إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلّها، والجمع عندهم أحسن من الترجيح [٥].

وللمتأخّرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة، وأحد مَن له ذلك جدّي [٦] والمازري [٧] والباجي، وتفصيله في ذلك أن قال: إنّ الشرط في المبيع يقع علىٰ ضربين أولين، أحدهما: أن يشترطه بعد انقضاء المِلك، مثل من يبيع الأمة أو العبد، ويشترط أنّه متىٰ عتق كان له ولاؤه دون المشتري، فمثل هذا قالوا: يصحّ فيه العقد، ويبطل

---

١. تقدّم تخريجه في الفصل الأول: فيما يشترط فيه القبض من المبيعات.

٢. المغني لابن قدامة ٤: ٣٠٨، الكافي لابن قدامة ٢: ٢٤.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٦٥، ٦٦ ـ ٦٧، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٢ ـ ٢١٣.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٦٦ ـ ٦٧، المعلم بفوائد مسلم ٢: ٢٠٨.

٥. المقدّمات الممهّدات ٢: ٦٧ ـ ٦٨، المعلم بفوائد مسلم ٢: ٢٠٨.

٦. المقدّمات الممهّدات ٢: ٦٦ ـ ٦٧.

٧. المعلم بفوائد مسلم ٢: ٢٠٨.

الشرط [١]*؛ لحديث بريرة. والقسم الثاني: أن يشترط عليه شرطاً يقع في مدّة المِلك، وهذا قالوا: ينقسم إلىٰ ثلاثة أقسام: إمّا أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه، وإمّا أن يشترط على المشتري منعاً من تصرّف عامّ أو خاصّ، وإمّا أن يشترط إيقاع معنىً في المبيع، وهذا أيضاً ينقسم إلىٰ قسمين، أحدهما: أن يكون معنىً من معاني البِرّ، والثاني: أن يكون معنىً ليس فيه من البِرّ شيء [٢].

فأمّا إذا اشترط لنفسه منفعةً يسيرةً لاتعود بمنع التصرّف في أصل المبيع، مثل: أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدّةً يسيرةً، مثل الشهر، وقيل: السنة، فذلك جائز [٣]** علىٰ حديث جابر. وإمّا أن يشترط منعاً من تصرّف خاصٍّ أو عامٍّ، فذلك لايجوز؛ لأنّه من الثنيا، مثل: أن يبيع الأمة علىٰ أن لايطأها أو لايبيعها [٤]***.

---

* ذكر بعض فقهاء الإماميّة ـ من دون نقل خلاف ـ أنّه لو شرط البائع الولاء له لم يصحّ، لقوله ﷺ: «الولاء لمن اعتق» فيكون شرطاً مخالفاً للسنّة. (جامع المقاصد ٤: ٤٢٦، مفتاح الكرامة ١٠: ١٢٥٤، ١٢٧٥).

** يجوز عند فقهاء الإمامية ـ كما في التذكرة ـ الشرط الذي لم يُبنَ على التغليب والسراية، ولم يتعلّق به مصلحة المتعاقدين، ولايقتضيه العقد، ولم يكن مخالفاً للمشروع، ولا منافياً لمقتضىٰ العقد، وذلك مثل أن يبيعه داراً ويشترط سكناها سنة. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٤٦)

*** المشهور بين فقهاء الإماميّة هو عدم جواز اشتراط عدم البيع، وقد استُدلّ للبطلان بكونه خلاف مقتضىٰ العقد، فإنّه يقتضي السلطنة على المبيع بالتصرّف فيه ←

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١١ ـ ٢١٢.

٢. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٢.

٣. النوادر والزيادات ٦: ٣٣٠، الاستذكار ١٩: ٧٤، البيان والتحصيل ٧: ٢٠١.

٤. الاستذكار ١٩: ٧٠، النوادر والزيادات ٦: ١٦٤، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٢ ـ ٢١٣.

وإمّا أن يشترط معنىً من معاني البِرّ، مثل: العتق *، فإن كان اشترط تعجيله جاز عنده، وإن تأخّر لم يجز؛ لعظم الغرر فيه [١].

وبقول مالك في إجازة البيع بشرط العتق المعجّل قال الشافعي [٢]، على أنّ مِن قوله منعَ بيع وشرط [٣]، وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ [٤]؛ لأنّ في بعض رواياته: «أنّه باعه واشترط ظهره إلى المدينة» [٥] وفي بعضها: «أنّه أعاره ظهرَه إلى المدينة» [٦]. ومالك رأىٰ هذا من باب الغرر اليسير، فأجازه في المدّة القليلة، ولم يجزه في الكثيرة [٧]. وأمّا

← بالبيع وشبهه، فاشتراط عدم البيع منافٍ لذلك.

كما أنّ المشهور بينهم هو بطلان اشتراط عدم العتق أو عدم وطء الأمة؛ بناءً على منافاته لمقتضىٰ العقد، وربّما عُلِّل بمنافاته للكتاب والسنّة؛ لمنعه ما أباحاه، خلافاً لبعضهم فذهبوا إلىٰ صحّته؛ تمسّكاً بعموم بعض الأخبار، وعدم كونه محرِّماً لما أباحه الكتاب والسنة. (رياض المسائل ٨: ٢٥٣، فقه الصادق ١٨: ٣١).

* أجمع فقهاء الإماميّة على صحّة اشتراط عتق العبد في البيع.

واحتجّ له بأنّ الأصل صحّة هذا الشرط؛ عملاً بعموم ما دلّ مستفيضاً علىٰ وجوب الوفاء بالشروط التي لا يمنع منها كتاب ولا سنّة، مضافاً إلىٰ إطلاقات الإجماعات. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٦٤، مسالك الأفهام ٣: ٢٧٠، مفتاح الكرامة ١٠: ١٢٥٣، ١٢٦٨، جواهر الكلام ٢٣: ٢٠٥ ـ ٢٠٦).

---

١. المدوَّنة الكبرىٰ ٤: ١٥٢، الاستذكار ١٩: ٧١، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٢.

٢. الحاوي الكبير ٥: ٣١٤ ـ ٣١٥، الوسيط ٣: ٧٨ ـ ٧٩، حلية العلماء ٤: ١٢٦ ـ ١٢٧، البيان للعمراني ٥: ١١٩، التهذيب للبغوي ٣: ٥١٦، وحكي فيها عن الشافعي قول آخر بل حُكي في بعضها قولان عنه.

٣. تقدّم تخريجه.

٤. أنظر: الاستذكار ١٩: ٧٣، البيان للعمراني ٥: ١٢٦.

٥. تقدّم تخريجه.

٦. سنن النسائي ٧: ٢٩٩، كتاب البيوع، باب البيع يكون فيه الشرط فيصحّ البيع والشرط.

٧. المدوَّنة الكبرىٰ ٤: ١٥٢، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٢.

أبو حنيفة فعلىٰ أصله في منع ذلك [١].

وأمّا إن اشترط معنىً في المبيع ليس ببرّ، مثل أن لا يبيعها، فذلك لا يجوز عند مالك [٢]*، وقيل عنه: البيع مفسوخ [٣]، وقيل: بل يبطل الشرط فقط [٤].

وأمّا من قال له البائع: متىٰ جئتك بالثمن رددتَ عليَّ المبيع، فإنّه لا يجوز عند مالك [٥]**؛ لأنّه يكون متردّداً بين البيع والسلف: إن جاء بالثمن كان سلفاً، وإن لم يجئ كان بيعاً [٦].

واختلف في المذهب: هل يجوز ذلك في الإقالة [٧] أم لا؟ فمن رأىٰ أنّ الإقالة بيع فسَخها

---

* تقدَّم آنفاً بيان مذهب الإماميّة في ذلك.

** أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه يجوز اشتراط البائع ردّ المبيع من المشتري حيثُ يردّ عليه الثمن في مدّة معيّنة، واحتجّوا له ـ مضافاً للإجماع ـ بالإطلاق، والنصوص المستفيضة، منها: موثّق إسحاق بن عمار: حدّثني من سمع أبا عبدالله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده، فقال: رجل مسلم احتاج إلىٰ بيع داره، فجاء إلىٰ أخيه فقال: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحبّ إليّ من أن تكون لغيرك، علىٰ أن تشترط لي إن أنا جئتك بثمنها إلىٰ سنة أن تردّ عليّ؟ فقال عليه السلام: «لا بأس بهذا، إن جاء بثمنها إلىٰ سنة ردّها عليه...». (جواهر الكلام ٢٣: ٣٦ ـ ٣٧، مفتاح الكرامة ١٠: ٩٧١، مهذّب الاحكام ١٧: ١٢٤ ـ ١٢٥).

---

١. النتف في الفتاوىٰ ١: ٤٧٥ ـ ٤٧٦، المبسوط للسرخسي ١٣: ١٨.

٢. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٢، البيان والتحصيل ٧: ٢٦٤.

٣. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٢ ـ ٢١٣، البيان والتحصيل ٧: ٢٦٥.

٤. البيان والتحصيل ٧: ٢٦٤ ـ ٢٦٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ٦٥.

٥. النوادر والزيادات ٦: ١٦٠، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٠.

٦. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٠.

٧. ومعناه هو أن يسأل المبتاع البائع أن يقيله، فيقول البائع: أقيلك علىٰ أنّك إن أردت بيعه فأنا أولىٰ به بالثمن. أنظر: المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٠.

عنده ما يفسخ سائر البيوع [١]، ومن رأىٰ أنّها فسخ فرّق بينها وبين البيوع [٢].

واختلف أيضاً في من باع شيئاً بشرط أن لايبيعه حتّىٰ ينتصف من الثمن [٣]، فقيل عن مالك: يجوز ذلك؛ لأنّ حكمَه حكمُ الرهن، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيعُ أو غيرُه [٤]. وقيل عن ابن القاسم: لايجوز ذلك؛ لأنّه شرْط يمنع المبتاع التصرّف في المبيع المدّة البعيدة التي لايجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها، فوجب أن يمنع صحّة البيع [٥]، ولذلك قال ابن المواز: إنّه جائز في الأمد القصير [٦].

ومن المسموع في هذا الباب: نهيُه ﷺ عن بيع وسلف [٧]: اتّفق الفقهاء علىٰ أنّه من البيوع الفاسدة [٨]*. واختلفوا إذا ترك الشرط قبل القبض: فمنعه أبو حنيفة والشافعي وسائر

---

* أورد الشيخ الصدوق من محدّثي الإماميّة في حديث مناهي النبي ﷺ الطويل، وفيه: أنّه ﷺ نهىٰ عن بيع وسلف. قيل: والمراد منه أن يبيع شيئاً نقداً بكذا ونسيئة بكذا.

والمنسوب إلى الأشهر هنا: بطلان البيع، بل عليه عامّة من تأخّر. واستدلّ له بالجهل الواقعي المانع من انتقال الثمن، ولما ورد من النهي عن سلف وبيع.

وأمّا لو اشترط في عقد السلف ما هو معلوم غير موجب للجهالة، فلا يبطل باشتراط بيع فيه أو هبة أو عمل محلّل، بلا خلاف في ذلك بينهم ـ كما عن بعضهم ـ كأن يقول: أسلمت إليك هذه العشرة الدراهم في خمسين منّاً من تمر إلىٰ مدّة كذا بشرط أن تبيع ←

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٠ ـ ٢١١، البيان والتحصيل ٧: ٣٣٤.

٢. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٠.

٣. أي: يقبض الثمن كاملاً.

٤. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٣، البيان والتحصيل ٧: ٢١٣.

٥. المصدران السابقان.

٦. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٣.

٧. تقدّم تخريجه.

٨. الاستذكار ٢٠: ١٤١، الإفصاح ١: ٣٠٢، المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٩.

العلماء [١]، وأجازه مالك وأصحابه [٢] إلّا محمد بن عبدالحكم [٣]، وقد روي عن مالك مثل قول الجمهور [٤].

وحجّة الجمهور: أنّ النهي يتضمّن فساد المنهي عنه، مع أنّ الثمن يكون في البيع مجهولاً؛ لاقتران السلف به [٥]. وقد روي أنّ محمد بن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسألة إسماعيل بن إسحاق المالكي، فقال له: ما الفرق بين السلف والبيع، وبين رجل باع غلاماً بمائة دينار وزِقّ خمر، فلمّا عقد البيع قال: أنا أدع الزقّ؟ قال: وهذا البيع مفسوخ عند العلماء بإجماع، فأجاب إسماعيل عن هذا بجواب لاتقوم به حجّة، وهو أن قال له: الفرق بينهما أنّ مشترِط السلف هو مخيَّر في تركه أو عدم تركه، وليس كذلك مسألة زِقّ الخمر [٦].

← منّي أو توهب لي هذا الكتاب ـ مثلاً ـ ونحو ذلك ممّا يصحّ اشتراطه، وذلك للأصل، والعمومات السليمة عن المعارض.

قال في الرياض: عدا رواية قاصرة السند، مجملة الدلالة من حيث تضمّنها النهي عن سلف وبيع... فلعلّ المراد به ما قيل في تفسيره: من أنّ المراد أن يقول: بعتك منّاً من طعام حالاً بعشرة وسلفاً بخمسة.

وقد تقدَّم في باب النهي عن بيعتين في بيعة بيان مذهب الإماميّة من جواز أن يشترط في البيع القرض. (روضة المتقين ٩: ٣٤٧، الحدائق الناضرة ٢٠: ٧٥، رياض المسائل ٨: ٢١٤، ٤٦١ ـ ٤٦٢، مستند الشيعة ١٤: ٤٣٩، فقه الصادق ١٨: ٢٩٢).

---

١. مختصر المزني: ٩٩؛ النتف في الفتاوىٰ ١: ٤٧٠ ـ ٤٧١، البيان للعمراني ٥: ٤٢٣، الاستذكار ٢٠: ١٤٣.

٢. الموطّأ ٢: ٦٥٧، كتاب البيوع، باب السلف وبيع العروض بعضها ببعض، التفريع ٢: ١٦٩، النوادر والزيادات ٦: ١٢٤، فتح المالك ٨: ١٣٠.

٣. الاستذكار ٢٠: ١٤٣، فتح المالك ٨: ١٣١.

٤. الاستذكار ٢٠: ١٤٣، المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٩، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٧٢.

٥. مختصر المزني: ٩٩، الحاوي الكبير ٥: ٣٥١، الاستذكار ٢٠: ١٤١، ١٤٣.

٦. الاستذكار ٢٠: ١٤٤، فتح المالك ٨: ١٣١، المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٩.

وهذا الجواب هو نفس الشيء الذي طولب فيه بالفرق، وذلك أنّه يقال له: لِمَ كان هنا مخيَّراً، ولم يكن هناك مخيَّراً في أن يترك الزقّ ويصحّ البيع [١]. والأشبه أن يقال: إنّ التحريم هاهنا لم يكن لشيء محرَّم بعينه، وهو السلف؛ لأنّ السلف مباح، وإنّما وقع التحريم من أجل الاقتران ـ أعني: اقتران البيع به ـ وكذلك البيع في نفسه جائز، وإنّما امتنع من قِبَل اقتران الشرط به، وهناك إنّما امتنع البيع من أجل اقتران شيء محرّم لعينه به، لا أنّه شيء محرّم من قبل الشرط.

ونكتة المسألة: هل إذا لحق الفساد بالبيع من قِبَل الشرط يرتفع الفساد إذا ارتفع الشرط، أم لا يرتفع، كما لا يرتفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرّم العين به؟

وهذا أيضاً ينبني علىٰ أصل آخر، هو: هل هذا الفساد حكمي أو معقول؟ فإن قلنا: حكمي، لم يرتفع بارتفاع الشرط، وإن قلنا: معقول، ارتفع بارتفاع الشرط. فمالك رآه معقولاً، والجمهور رأوه غير معقول. والفساد الذي يوجد في بيوع الربا والغرر هو أكثر ذلك حكمي، ولذلك ليس ينعقد عندهم أصلاً وإن تُرك الربا بعد البيع أو ارتفع الغرر [٢]. واختلفوا في حكمه إذا وقع علىٰ ما سيأتي في أحكام البيوع الفاسدة.

ومن هذا الباب بيع العُربان، فجمهور علماء الأمصار علىٰ أنّه غير جائز [٣]*، وحكي عن

---

* ذكر بعض محقّقي الإماميّة أنّ بيع العربان أو العربون باطل، وذلك لورود النهي عنه. وله تفسيران:

الأول: أن يشتري سلعة من غيره ويدفع إليه دراهم علىٰ أنّه إن أخذ السلعة فهي من الثمن، وإلّا فهي إلىٰ المدفوع إليه مجاناً. ←

---

١. الاستذكار ٢٠: ١٤٤، وانظر: المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٩.

٢. المحرر في أصول الفقه ١: ٥٩، إحكام الفصول ١٢٦، ١٢٧، الوسيط ٣: ٦٣.

٣. الموطّأ ٢: ٦٠٩ ـ ٦١٠، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع العربان، الاستذكار ١٩: ١٠، النتف في الفتاوىٰ ١: ٤٧٢، البيان للعمراني ٥: ١٠٣، المعونة ٢: ١٠٣٧.

قوم من التابعين أنّهم أجازوه، منهم: مجاهد وابن سيرين ونافع بن الحرث وزيد بن أسلم [١].

وصورته: أن يشتري الرجل شيئاً فيدفع إلى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئاً علىٰ أنّه إن نَفَذَ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة، وإن لم ينفذ ترك المشتري بذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به [٢]. وإنّما صار الجمهور إلىٰ منعه لأنّه من باب الغَرر والمخاطرة، وأكل المال بغير عوض [٣]، وكان زيد يقول: أجازه رسول الله ﷺ [٤]. وقال أهل الحديث: ذلك غير معروف عن رسول الله ﷺ [٥].

* * *

وفي الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها، أعني: هل تدخل تحت النهي عن الثنيا أم ليس تدخل؟ فمن ذلك: أن يبيع الرجل حاملاً ويستثني ما في بطنها، فجمهور فقهاء الأمصار مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري علىٰ أنّه لايجوز [٦]، وقال أحمد

← الثاني: أن يدفع دراهم إلىٰ صانع ليعمل له ما يريد من صياغة خاتم أو حرز خف أو نسج ثوب أو خياطة أو غير ذلك علىٰ أنّه إن رضيه فالمدفوع من الثمن، وإلّا لم يستردّه منه.

والتفسيران متقاربان. (تحرير الأحكام ٢: ٣٥٥، تذكرة الفقهاء ١٢: ١٧٤ ـ ١٧٥، نهاية الأحكام ٢: ٥٢٣).

---

١. الاستذكار ١٩: ١٠، فتح المالك ٨: ٤.

٢. الموطّأ ٢: ٦٠٩ ـ ٦١٠، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع العربان، المعونة ٢: ١٠٣٧، البيان للعمراني ٥: ١٠٣.

٣. الاستذكار ١٩: ١٠، المعونة ٢: ١٠٣٧، فتح المالك ٨: ٤.

٤. الاستذكار ١٩: ١٠، فتح المالك ٨: ٤.

٥. الاستذكار ١٩: ١٠، فتح المالك ٨: ٤ ـ ٥.

٦. النوادر والزيادات ٦: ١٦٧، البيان والتحصيل ٧: ٤٤٦ ـ ٤٤٧، المبسوط للسرخسي ١٣: ٢٣، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٩، الاستذكار ١٩: ١٤.

وأبو ثور وداود: ذلك جائز [١]، وهو مروي عن ابن عمر [٢]*.

وسبب الخلاف: هل المستثنىٰ مبيع مع ما استثني منه، أم ليس بمبيع وإنّما هو باقٍ علىٰ ملك البائع؟ فمن قال: مبيع، قال: لايجوز، وهو من الثُّنْيا المنهي عنها؛ لما فيها من الجهل بصفته، وقلّة الثقة بسلامة خروجه. ومن قال: هو باقٍ علىٰ مِلك البائع، أجاز ذلك [٣].

وتحصيل مذهب مالك في من باع حيواناً واستثنىٰ بعضه: أنّ ذلك البعض لايخلو أن يكون شائعاً أو معيّناً أو مقدّراً، فإن كان شائعاً فلا خلاف في جوازه، مثل أن يبيع عبداً إلّا ربعه [٤]**. وأمّا إن كان معيّناً فلايخلو أن يكون مغيَّباً ـ مثل الجنين ـ أو يكون غير مغيَّب، فإن كان مغيَّباً فلايجوز [٥]***، وإن كان غير مغيّب؛ كالرأس واليد والرجل، فلايخلو الحيوان أن يكون ممّا يُستباح ذبحه أو لايكون، فإن كان ممّا لايستباح ذبحه فإنّه لايجوز؛ لأنّه لايجوز

---

* الظاهر إجماع الإماميّة علىٰ أنّه لم استثنى الحمل صحّ ذلك، لأنّه يصحّ استثناؤه في العتق فصحّ في البيع، وكذلك فإنّ البيع إنّما تناول الأُمّ دون الحمل، وإطلاق الاستثناء عليه مجاز. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٩٨).

** أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ جواز ابتياع أبعاض الحيوان الحي مأكول اللحم أو غيره مشاعاً إذا كان معيّناً علىٰ وجهٍ يعلم نسبته في الجملة؛ كالنصف والربع ونحوهما، واحتجّوا ـ مضافاً للإجماع ـ بالأصل والعمومات السليمة عن المعارض. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣١٠، مسالك الأفهام ٣: ٣٨٠، رياض المسائل ٨: ٣٨٠ ـ ٣٨١، جواهر الكلام ٢٤: ١٥٧).

*** تقدم بيان مذهب الإماميّة في استثناء الحمل.

---

١. المحلّىٰ بالآثار ٨: ٣٩٨، الاستذكار ١٩: ١٥، البيان والتحصيل ٧: ٤٤٧، المغني لابن قدامة ٤: ٢٣٣، وحكي في الأخير عن أحمد رواية أخرىٰ، وهي موافقة المشهور.

٢. الاستذكار ١٩: ١٥، البيان والتحصيل ٧: ٤٤٧، المغني لابن قدامة ٤: ٢٣٣.

٣. المبسوط للسرخسي ١٣: ٢٣، البيان والتحصيل ٧: ٤٤٧، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٩.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٩٣، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٦٢.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٩٤، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٦٢.

أن يبيع أحدٌ غلاماً ويستثني رجله؛ لأنّ حقّه غير متميّز ولامتبعّض، وذلك ممّا لاخلاف فيه [١]. وإن كان الحيوان ممّا يستباح ذبحه؛ فإن باعه واستثنىٰ منه عضواً له قيمة بشرط الذبح ففي المذهب فيه قولان: أحدهما: إنّه لايجوز وهو المشهور [٢]، والثاني: يجوز، وهو قول ابن حبيب، جوّز بيع الشاة مع استثناء القوائم والرأس [٣]*. وأمّا إذا لم يكن للمستثنىٰ قيمةٌ فلا خلاف في جوازه في المذهب [٤].

---

* اختلف الإماميّة في من باع حيواناً واستثنىٰ رأسه أو جلده علىٰ أقوال:

أحدها: أنّ البائع يكون شريكاً مع المشتري في كلّ الحيوان المبيع بقدر قيمة الرأس أو الجلد، فتنسب قيمة الرأس ـ مثلاً ـ إلىٰ ثمن المُشترىٰ، ويكون له تلك النسبة من جميع أجزاء الحيوان، ويكون للمشتري الباقي، فيكون مشتركاً بينهما بالنسبة المعلومة. وهو خيرة الشيخ الطوسي، ونسبه في الإيضاح إلىٰ كثير من الأصحاب.

واستدلّ له بما رواه الشيخ عن السكوني عن أبي عبدالله الصادق عليه السلام قال: «اختصم إلىٰ أمير المؤمنين عليه السلام رجلان اشترىٰ أحدهما بعيراً واستثنىٰ البيّع الرأس والجلد، ثم بدا للمشتري أن يبيعه، فقال للمشتري: هو شريكك في البعير علىٰ قدر الرأس والجلد...» ونحوها رواية الغنوي.

وردّ بضعف السند، وعدم مقاومتها للقواعد الآتية في كلام جماعة، ومخالفتها للاعتبار، فإنّ الشركة بالنسبة التزام بغير ما وقع عليه التراضي جداً، وقد حملت الرواية علىٰ بعض المحامل. ←

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٦٣.

٢. المعونة ٢: ١٠١٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٣١، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٦٣.

٣. النوادر والزيادات ٦: ٣٣٧، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٦٣.

٤. المعونة ٢: ١٠١٥، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٦٣.

ووجه قول مالك: أنّه إن كان استثناؤه بجلده فما تحت الجلد مغيَّب، وإن كان لم يستثنه بجلده فإنّه لايدري بأيّ صفة يخرج له بعد كشط الجلد عنه[1]. ووجه قول ابن حبيب: أنّه

← **ثانيها**: أنّ البيع والشرط صحيحان، وله عين المستثنىٰ، ولايتشاركان. وهو المنقول عن ابن الجنيد وأبي الصلاح، وخيرة المفيد والمرتضى وجماعة آخرين.

واحتجّ له بأنّه عقد يقع عليه اسم البيع، فيجب أن يدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾. قال في مفتاح الكرامة: لعلّ هذا متّحد مع القول المشهور بين المتأخّرين ـ أي القول الرابع الآتي ـ لأنّ ظاهر عبارة المقنعة كون الشرط المذكور إنّما هو فيما يراد ذبحه، حيث قال فيها: ويشترط عليه جلدها أو رأسها بعد الذبح.

ثالثها: القول ببطلان البيع والشرط، ذكره في الإيضاح والمهذب، واستوجهه المحقّق الثاني؛ استناداً إلىٰ إفضائه إلى الضرر والتنازع.

رابعها: الصحّة في المذبوح، والبطلان في الحي. وهو مختار العلّامة في القواعد والتذكرة، وقوّاه في الرياض؛ جمعاً بين دليلي القولين المتقدّمين.

وألحق بذلك في المختلف وحواشي الشهيد والمهذّب البارع والمسالك والميسية والروضة والكفاية وغيرها ما يراد ذبحه؛ لعدم ورود دليل المنع في ذلك.

وتنظّر فيه بعضهم بأنّ إرادة الذبح قد لايجامعه، فقد يحصل البداء، فيؤدّي إلى المحذور من الضرر والتنازع، مضافاً إلى عدم انحصار دليل المنع في ذلك.

وقد عبّر بعضهم ـ في المقام ـ بالحيوان مأكول اللحم، بينما عبّر البعض بما تقع عليه التذكية، وعقّبه صاحب الجواهر: أنّ ظاهرهم أنّ محلّ الخلاف في ذلك، فلو كان الاستثناء من غيرهما بطل. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣١٠، مسالك الأفهام ٣: ٣٨٠، مفتاح الكرامة ٩: ٥٦٠ ـ ٥٦٢، رياض المسائل ٨: ٣٨١ ـ ٣٨٢، جواهر الكلام ٢٤: ١٥٨ ـ ١٦٢).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٦٣.

استثنىٰ عضواً معيّناً معلوماً، فلم يضرّه ما عليه من الجلد، أصله: شراء الحَبِّ في سنبله، والجوز في قشره [١].

وأمّا إن كان المستثنىٰ من الحيوان ـ بشرط الذبح إمّا عرفاً وإمّا ملفوظاً به ـ جزءاً مقدَّراً، مثل: أرطال من جزور، فعن مالك في ذلك روايتان: إحداهما: المنع، وهي رواية ابن وهب [٢]، والثانية: الإجازة في الأرطال اليسيرة فقط، وهي رواية ابن القاسم [٣].

وأجمعوا من هذا الباب علىٰ جواز بيع الرجل ثمر حائطه واستثناء نخلات معيّنات منه؛ قياساً علىٰ جواز شرائها [٤]*.

واتّفقوا علىٰ أنّه لايجوز أن يستثني من حائطه له عدّةَ نخلات غير معيّنات، إلّا بتعيين المشتري لها بعد البيع؛ لأنّه بيع ما لم يره المتبايعان [٥].

واختلفوا في الرجل يبيع الحائط ويستثني منه عدّة نخلات بعد البيع، فمنعه الجمهور؛

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ جواز استثناء البائع ثمرة شجرات أو نخلات بعينها من حائطه. واستدلّ له ـ مضافاً إلى الإجماع والعمومات ـ بصحيح ربعي عن أبي عبدالله الصادق عليه السلام، قلت له: إنّ لي نخلاً بالبصرة، فأَبيعه وأُسمّي الثمن، واستثني الكرّ من التمر أو أكثر، أو العدد من النخل؟ قال: «لابأس...» الحديث.

وصحيحه الآخر في الرجل يبيع الثمرة ثم يستثني كيلاً وتمراً؟ قال: «لابأس بـه...» الخبر. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٧٢، مسالك الأفهام ٣: ٣٦٠، الحدائق الناضرة ١٩: ٣٤٦ ـ ٣٤٧، مفتاح الكرامة ٩: ٦٦٢، فقه الصادق ١٨: ٢١٤، جواهر الكلام ٢٤: ٨٤ ـ ٨٥).

---

١. المصدر السابق.

٢. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٦٣ ـ ١٦٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٣١.

٣. النوادر والزيادات ٦: ٣٣٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٣١، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٦٤.

٤. الإفصاح ١: ٢٨٦، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٨، المغني لابن قدامة ٤: ٢٣١.

٥. الاستذكار ١٩: ١٦٩، ١٧١.

لمكان اختلاف صفة النخيل [١] *. وروي عن مالك إجازتُه [٢]، ومنع ابن القاسم قولَه في النخلات، وأجازه في استثناء الغنم [٣]. وكذلك اختلف قول مالك وابن القاسم في شراء نخلات معدودة من حائطه علىٰ أن يعيّنها بعد الشراءِ المشتري، فأجازه مالك [٤]، ومنعه ابن القاسم [٥].

وكذلك اختلفوا إذا استثنىٰ البائع مكيلة من حائط. قال أبو عمر بن عبدالبرّ: فمنع ذلك فقهاء الأمصار الذين تدور الفتوىٰ عليهم، وأَلّفتُ الكتاب [٦] علىٰ مذاهبهم لنهيه ﷺ عن الثُّنْيا في البيع؛ لأنّه استثناء مكيل من جزاف [٧]. وأمّا مالك وسلفُه من أهل المدينة فإنّهم أجازوا ذلك فيما دون الثلث، ومنعوه فيما فوقه **، وحملوا النهي علىٰ الثُّنْيا علىٰ ما فوق الثلث،

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة ـ بل ادّعي الإجماع ـ في أنّه لايجوز استثناء نخلة غير معيّنة؛ لأنّ الاستثناء غير معلوم، فصار المبيع مجهولاً. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٧٢، جواهر الكلام ٢٤: ٨٤).

** المشهور بين فقهاء الإماميّة ـ بل ادّعي الإجماع عليه ـ أنّه يجوز استثناء أرطال ـ مثلاً ـ معلومة؛ للأصل، ولقول الصادق ﷺ وقد سأله ربعي: إنّ لي نخلاً بالبصرة، فأبيعه وأُسمّي الثمن واستثني الكرَّ من التمر أو أكثر... قال: «لابأس». ومثله خبره الآخر.

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٠٣، الاستذكار ١٩: ١٧٠ ـ ١٧١.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ١٩٩، ٢٠٣، الاستذكار ١٩: ١٧٠، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٨، التفريع ٢: ١٤٧.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٠٣ ـ ٢٠٤، الاستذكار ١٩: ١٧٠ ـ ١٧١.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٠٠، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٨.

٥. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٨، وانظر: المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٠٣ ـ ٢٠٤.

٦. كذا، والموجود في الاستذكار: «...، وألّفت الكتب علىٰ مذاهبهم،...».

٧. الاستذكار ١٩: ١٣٣.

٨. الموطّأ ٢: ٦٢٢، كتاب البيوع، باب ما يجوز في استثناء الثمر، التفريع ٢: ١٤٧، الاستذكار ١٩: ١٣٣، ١٣٤، البيان والتحصيل ٧: ٢٥٨.

وشبَّهوا بيع ما عدا المستثنىٰ ببيع الصُّبْرة التي لايُعلم مبلغ كيلها، فتباع جزافاً ويستثنىٰ منها كيلٌ مَّا[1]، وهذا الأصل أيضاً مختلف فيه، أعني: إذا استثني منها كيل معلوم.

* * *

واختلف العلماء من هذا الباب في بيعٍ وإجارةٍ معاً في عقد واحد، فأجازه مالك وأصحابه[2]*، ولم يجزه الكوفيّون ولا الشافعي؛ لأنّ الثمن يرون أنّه يكون حينئذٍ

← خلافاً لأبي الصلاح الحلبي فلم يجوّزه؛ لأدائه إلىٰ جهالة المبيع من المشاهد الذي طريق معرفته المشاهدة. وردّه النجفي بأنّه اجتهاد في مقابلة النصّ، وبعدم تحقّق الجهالة في مثله عرفاً. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٧٢، جواهر الكلام ٢٤: ٨٤ ـ ٨٥).

* لا خلاف عند فقهاء الإماميّة في جواز الجمع بين شيئين مختلفين في عقدٍ واحد، وبثمنٍ واحد؛ كبيع وإجارة أو ما شاكل ذلك.

ويشهد له إطلاق الأدلّة، وعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ من شموله لكلّ عقد وإن لم يكن متعارفاً، ومنه هذا العقد الذي في الصورة هو عقد واحد، وفي المعنى عقدان.

ومحلّ الفرض ما إذا قال مثلاً: بعتك هذه الدار وآجرتك تلك الدار بألف ونحو ذلك. أمّا لو قال: بعتك هذه بألف وآجرتك بألف، فقال: قبلت، كان صحيحاً بالإجماع، كما في المبسوط، ويكون العقد متعدّداً وإن جمع المشتري بينهما في القبول، كما في التذكرة. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٩٠، مسالك الأفهام ٣: ٢٨٠، مفتاح الكرامة ١٠: ١٢٩٢ ـ ١٢٩٣، جواهر الكلام ٢٣: ٢٣٣، فقه الصادق ١٨: ٨٨ ـ ٨٩).

---

١. الاستذكار ١٩: ١٣٥.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٠٣، عيون المجالس ٣: ١٤٩٤، الاستذكار ٢١: ١٩.

مجهولاً[١]. ومالك يقول: إذا كانت الإجارة معلومة لم يكن الثمن مجهولاً[٢]، وربّما رآه الذين منعوه من باب بيعتين في بيعة[٣].

وأجمعوا علىٰ أنّه لايجوز السلف أو البيع[٤] كما قلنا *، واختلف قول مالك في إجازة السَّلف والشركة **، فمرّة أجاز ذلك[٥]، ومرّة منعه[٦].

وهذه كلّها اختلف العلماء فيها؛ لاختلافها بالأقلّ والأكثر في وجود علل المنع فيها المنصوص عليها، فمن قويت عنده علّة المنع في مسألة منها منعها، ومن لم تقو عنده أجازها، وذلك راجع إلىٰ ذوق المجتهد؛ لأنّ هذه الموادّ يتجاذب القول فيها إلىٰ الضدّين على السواء عند النظر فيها، ولعلّ في أمثال هذه الموادّ يكون القول بتصويب كلّ مجتهد صواباً، ولهذا ذهب بعض العلماء في أمثال هذه المسائل إلى التخيير.

---

* لاحظ ما تقدم.

** أنظر ما تقدّم.

---

١. الوسيط ٣: ٩٤ ـ ٩٥، المهذّب للشيرازي ٣: ٥٧، التنبيه للشيرازي: ٨٩، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٩، الاستذكار ٢١: ١٩. ونقل في الثلاثة الأُول عن الشافعي القول بالصحة أيضاً.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٠٣، ٤٠٤ ـ ٤٠٥، القبس لابن العربي ٣: ٢٩٦.

٣. الاستذكار ٢١: ١٩.

٤. الموجود في جميع نسخ البداية: (أو)، والمناسب هو: (و) راجع: الاستذكار ٢٠: ١٤١ ـ ١٤٢، الحاوي الكبير ٥: ٣٥١، النتف في الفتاوى ١: ٤٧٠، المغني لابن قدامة ٤: ٣١٤.

٥. الاستذكار ٢١: ١٩ ـ ٢٠.

٦. الاستذكار ٢١: ١٩ ـ ٢٠.

الباب الخامس

في البيوع المنهي عنها من أجل الضَّرر أو الغَبن

والمسموع من هذا الباب ما ثبت من: نهيه ﷺ عن أن يبيع الرجل علىٰ بيع أخيه، وعن أن يسوم أحد علىٰ سوم أخيه، ونهيه عن تلقّي الركبان، ونهيه عن أن يبيع حاضر لباد، ونهيه عن النجش [1].

وقد اختلف العلماء في تفصيل معاني هذه الآثار اختلافاً ليس بمتباعد، فقال مالك: معنىٰ قوله عليه الصلاة والسلام: «لايبع بعضكم علىٰ بيع بعض» ومعنى نهيه عن أن يسوم أحد علىٰ سوم أخيه واحد، وهي في الحالة التي إذا ركن البائع فيها إلىٰ السائم ولم يبق بينهما إلّا شيء يسير، مثل: اختيار الذهب، أو اشتراط العيوب، أو البراءة منها [2]. وبمثل تفسير مالك فسَّر أبو حنيفة هذا الحديث [3]. وقال الثوري معنىٰ: «لايبع بعضكم على بيع بعض» أن لايطرأ رجل آخر علىٰ المتبايعين، فيقول: عندي خير من هذه السلعة، ولم يحدّ وقتَ ركونٍ ولا غيره [4].

وقال الشافعي: معنىٰ ذلك: إذا تمّ البيع باللسان، ولم يفترقا، فأتىٰ أحدٌ يَعرِض عليه سلعة

---

١. صحيح البخاري ٣: ١٤٤، ١٤٧، كتاب البيوع، باب لايبيع علىٰ بيع أخيه...، الحديث ٨٩، ٩٠، وفي باب النهي للبائع أنّ لايُحفِّل الإبل والبقر والغنم، الحديث ١٠٠، صحيح مسلم ٣: ١١٥٥، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل علىٰ بيع أخيه، الحديث ١١، ١٥١٥/١٢، الموطّأ ٢: ٦٨٣ ـ ٦٨٤ كتاب البيوع، باب ما ينهىٰ عنه من المساومة والمبايعة.

٢. الموطّأ ٢: ٦٨٤، كتاب البيوع، باب ما ينهىٰ عنه من المساومة والمبايعة، التفريع ٢: ١٦٦، المعونة ٢: ١٠٣٢.

٣. الهداية للمرغيناني ٣: ٥٩، الاستذكار ٢١: ٦٦.

٤. الاستذكار ٢١: ٦٦، فتح المالك ٨: ١٨٠.

له هي خير منها [١] *. وهذا بناء علىٰ مذهبه في أنّ البيع إنّما يلزم بالافتراق [٢]، فهو ومالك

---

* روى أعلام الإماميّة الحديثين عن النبي ﷺ، أمّا الأول فروي بلفظ: «لايبيعنّ أحدكم علىٰ بيع أخيه» وروي أيضاً: «لايبيع بعضكم علىٰ بيع بعض». وذكروا له معنيين:

الأول: أن لايقول الرجل للمشتري: أنا أبيعك مثل هذه السلعة بأقلّ من الثمن، أو خيراً منها بالثمن أو أقلّ.

الثاني: أن لايقول للبائع في مدّة الخيار: أنا أزيدك في الثمن.

وأمّا الثاني فروي: «لايسوم الرجل على سوم أخيه» ومعناه: أن يطلب المتاع الذي يريد أن يشتريه بأن يزيد في الثمن ليقدّمه، أو يبذل للمشتري متاعاً غير ما اتفق عليه هو والبائع.

قال العلّامة بعد نقله لهذا الخبر: وفي معناه ما روي أنّه ﷺ قال: «لايبع بعضكم على بعض».

وأمّا الحكم ففي الحديث الأول اختار في المبسوط والمنتهى وجامع المقاصد التحريم؛ عملاً بظاهر النهي. واستقرب في التذكرة الكراهة.

وأمّا في الحديث الثاني فالمشهور فيه الكراهة؛ للأصل وضعف سند الحديث. واختار التحريم في المبسوط وجماعة، وذلك لأنّ النهي يقتضي الحرمة، وضعف بأنّ الأصل مع ضعف السند وشهرة الكراهة أوجب الحمل عليها.

وإنّما يحرم أو يكره بعد تراضيهما أو قربه، فلو ظهر منه ما يدلّ على عدم الرضا وطلب الزيادة أو جهل حاله، لم يحرم ولم يكره؛ اتفاقاً، كما نصّ عليه في المسالك وغيره. (تذكرة الفقهاء ١٢: ١٥٩، ١٦٠، نهاية الاحكام ٢: ٥١٩، جامع المقاصد ٤: ٥١ ـ ٥٣، مسالك الأفهام ٣: ١٨٧، رياض المسائل ٨: ١٦٤ ـ ١٦٥، مفتاح الكرامة ٨: ٢٥٢ ـ ٢٥٣، جواهر الكلام ٢٢: ٤٥٩ ـ ٤٦٠).

---

١. الحاوي الكبير ٥: ٣٤٣ ـ ٣٤٤، الوسيط ٣: ٦٥، البيان للعمراني ٥: ٣٢٠ ـ ٣٢١.

٢. الحاوي الكبير ٥: ٣٠، حلية العلماء ٤: ١٥.

متّفقان علىٰ أنّ النهي إنّما يتناول حالة قرب لزوم البيع، ومختلفان في هذه الحالة ما هي؛ لاختلافهما فيما به يكون اللزوم في البيع، علىٰ ما سنذكره بعد.

وفقهاء الأمصار علىٰ أنّ هذا البيع يكره، وإن وقع مضىٰ؛ لأنّه سوم علىٰ بيعٍ لم يتمّ [١]، وقال داود وأصحابه: إن وقع فُسخ في أيّ حالة وقع تمسّكاً بالعموم [٢]. وروي عن مالك وعن بعض أصحابه فسخُه ما لم يفت [٣]، وأنكر ابن الماجشون ذلك في البيع، فقال: وإنّما قال بذلك مالك في النكاح [٤]*، وقد تقدّم ذلك.

واختلفوا في دخول الذمي في النهي عن سوم أحد علىٰ سوم غيره، فقال الجمهور: لا فرق في ذلك بين الذمي وغيره [٥]، وقال الأوزاعي: لابأس بالسوم علىٰ سوم الذمي؛ لأنّه ليس بأخ المسلم [٦]، وقد قال ﷺ: «لايَسُمْ أحد علىٰ سَوْم أخيه» [٧و٨]** ومن هاهنا منع قوم

---

* راجع حكم البيع فيما تقدّم.

** اختلفت الإماميّة في مسألة دخول المؤمن في سوم أخيه ـ بائعاً كان أو مشترياً ـ علىٰ قولين:

المشهور: كراهة ذلك؛ لخبر الحسين بن زيد عن الصادق ﷺ قال: «ونهىٰ رسول الله ﷺ أن يدخل في سوم أخيه المسلم». وهو وإن اقتضى التحريم، إلّا أنّ الأصل مع ضعف السند وشهرة الكراهة أوجب الحمل عليها، سيّما مع تضمّنه كثيراً من النواهي ←

---

١. الاستذكار ٢١: ٦٧، فتح المالك ٨: ١٨٠.

٢. المحلّىٰ بالآثار ٨: ٤٤٧، الاستذكار ٢١: ٦٧.

٣. الاستذكار ٢١: ٦٧، فتح المالك ٨: ١٨٧.

٤. الاستذكار ٢١: ٦٨، فتح المالك ٨: ١٨٠.

٥. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٦١، الاستذكار ٢١: ٦٨.

٦. المصدران السابقان.

٧. تقدّم تخريجه آنفاً.

٨. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٦١، الاستذكار ٢١: ٦٨.

بيع المزايدة [١] وإن كان الجمهور علىٰ جوازه [٢]*.

← التي لها ـ الكراهية ـ بإجماع الطائفة.

وقيل بالحرمة، كما عن الشيخ وجماعة؛ للحديث السابق، لاقتضائه التحريم، وأيّد بأنّ فيه كسر قلب الأخ المؤمن، وبأحاديث الحقوق المشهورة.

والمراد بدخول الرجل في سوم أخيه بالنسبة للشراء: هو أن يزيد في الثمن الذي يريد أن يشتريه الأول ليقدّمه البائع، لأجل الزيادة. والمراد بدخول الرجل في سوم أخيه بالنسبة للبيع: هو أن يبذل الداخل للمشتري متاعاً من عنده غير ما اتفق عليه البائع الأول مع المشتري. (رياض المسائل ٨: ١٦٤ ـ ١٦٥، جواهر الكلام ٢٢: ٤٥٩ ـ ٤٦١، الحدائق الناضرة ١٨: ٤٣ ـ ٤٤، مهذب الأحكام ١٦: ٢٦ ـ ٢٧).

* الذي عليه فقهاء الإماميّة كراهة الزيادة في السلعة وقت النداء؛ لخبر أميّة بن عمر الشعيري عن أبي عبدالله عليه السلام: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: إذا نادى المنادي فليس لك أن تزيد، وإنّما يحرم الزيادة النداء ويحلّها السكوت».

وهذا الحديث حملوه على الكراهية؛ لعدم الصّحة، وعدم ظهور القائل بالتحريم.

ونفىٰ ابن إدريس الكراهية أصلاً.

والمراد بالنداء على السلعة التي تضمّنه خبر الشعيري إنّما هو أن يعطي بعض المشترين ثمناً، فينادي به الدلّال قبل أن يقع بينهما تراضٍ عليه، فإن حصل من أعطىٰ أزيد من الأول فربّما باعه وتراضي مع ذلك المعطى عليه، وربّما نادىٰ به أيضاً طلباً للزيادة، والإمام عليه السلام قد نهىٰ من الزيادة في حال النداء، وجوّزها في حال السكوت. (الحدائق الناضرة ١٨: ٤٣، ٤٥، جواهر الكلام ٢٢: ٤٥٨ ـ ٤٥٩، مفتاح الكرامة ٨: ٢٤٠ ـ ٢٤١).

---

١. المصنف لعبدالرزاق ٨: ٢٣٦ ـ ٢٣٧، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٦٠ ـ ٦١.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٦٠، الهداية للمرغيناني ٣: ٥٩.

وسبب الخلاف بينهم: هل يحمل هذا النهي عن الكراهة أو على الحظر؟ ثم إذا حمل على الحظر، فهل يحمل علىٰ جميع الأحوال، أو في حالةٍ دون حالة؟

فصل

وأمّا نهيه عن تلقّي الركبان للبيع *، فاختلفوا في مفهوم النهي ما هو؟

---

* ذكر فقهاء الإماميّة في آداب الكسب والبيع مسألة تلقّي الركبان، وعنونها غير واحد: تلقّي الركبان القاصدين إلىٰ بلد البيع والخروج إليهم للبيع عليهم والشراء منهم، لورود ذلك في النصوص:

منها: ما روي عن منهال عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «لاتلق، ولاتشتر ما تلقى، ولاتأكل منه».

ومنها: روايته الأُخرى الصحيحة عن ابن أبي عمير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لاتلق، فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن التلقّي» قلت: وما حدّ التلقي؟ قال: «ما دون غدوة أو روحة» قلت: وكم الغدوة والروحة؟ قال: «أربعة فراسخ» قال ابن أبي عمير: وما فوق ذلك فليس بتلّقٍ. ونحوه غيره، وهي متّفقة على النهي عن ذلك.

واختلفت الإماميّة في مسألة تلقّي الركبان علىٰ قولين:

أحدهما: التحريم، كما ذهب إليه الشيخ الطوسي وجماعة، واستظهره في الرياض، وقوّاه النراقي في المستند؛ عملاً بظاهر النهي الوارد في الأخبار المتقدّمة.

واختار المحقّق الكراهة، وذهب إليه في الجواهر، وقد نسبه إلى المشهور بين الأصحاب، بل استظهر من بعضهم الاجماع عليه، قال: وهو الحجّة بعد حمل النهي على الكراهة، وذلك لضعف السند، مضافاً للاستدلال له بالأصل.

وحدّ التلّقي أربعة فراسخ فما دونه، فلا نهي فيما زاد عنها، بلا خلاف في ذلك، ويدلّ عليه خبر منهال الثاني. ←

فرأىٰ مالك أنّ المقصود بذلك أهل الأسواق؛ لئلّا ينفرد المتلقّي برخْص السلعة، دون أهل الأسواق، ورأىٰ أنّه لايجوز أن يشتري أحد سلعةً حتىٰ تدخل السوق، هذا إذا كان

← ثم إنّ بعضهم قيّد التحريم أو الكراهة بقيود:

منها: كون الخروج بقصد ذلك، فلو خرج لا لذلك فاتّفق الركب، لم يحرم ولم يكره.

ومنها: جهل الركب بسعر البلد فيما يبيعه ويشتريه، فلو علم بهما أو بأحدهما لم يثبت الحكم فيه، وبعضهم جعل الأولى تعميم الكراهة لحالي العلم بالسعر وعدمه.

ومنها: أن يكون التلقّي للبيع عليه أو الشراء منه، فلو خرج لغيرها من المقاصد ولو في بعض المعاملات؛ كالاجارة، لم يثبت الحكم.

قال في الجواهر: وفيه: أنّ الحكمة في النهي عن التلقّي ليست لمراعاة حال الركب خاصّة، بل الأعمّ من ذلك ومن حال أهل البلد، باعتبار اختصاص الربح ونحوه بالمتلقّي خاصّة، فيعمّ حينئذٍ جميع ذلك ضرورة منع الرزق علىٰ أهل هذا الصنف.

ثمّ لو خالف وتلقّى، ثم اشترى منهم أو باع عليهم، انعقد البيع وإن قيل بالتحريم: إمّا لأنّ النهي في المعلامات لايقتضي البطلان، وانّما ذلك في العبادات على الوجه المقرّر فيها، أو أنّ النهي وإن اقتضى ذلك في المعاملات إلّا أنّه مخصوص بما إذا تعلّق بحقيقة البيع، ويرجع إلى البيع من حيث هو، لا إلى أمر خارج. وظاهر المنتهى اتّفاق العلماء على الصحّة.

خلافاً لابن الجنيد حيث اعتبر البيع فاسداً.

وعلى القول بالصحة، فالمشهور أنّه لا خيار إلّا مع الغبن الفاحش، خلافاً لظاهر المحكي عن ابن إدريس من ثبوت الخيار مطلقاً، وهو ضعيف. (مختلف الشيعة ٥: ٤٢، مسالك الأفهام ٣: ١٨٨ ـ ١٩٠، الحدائق الناضرة ١٨: ٥٤ ـ ٦٠، رياض المسائل ٨: ١٦٨ ـ ١٧٠، مفتاح الكرامة ٨: ١٧٨ ـ ١٨٤، مستند الشيعة ١٤: ٣٨ ـ ٤٣، جواهر الكلام ٢٢: ٤٧٠ ـ ٤٧٥).

التلقّي قريباً، فإن كان بعيداً فلابأس به[١]. وحدّ القرب في المذهب بنحو من ستة أمـيال[٢]، ورأىٰ أنّه إذا وقع جاز، ولكن يُشرك المشتري أهلَ الأسواق في تلك السلعة التي من شأنها أن يكون ذلك سوقَها[٣]. وأمّا الشافعي فقال: إنَّ المقصود بالنهي إنّما هو لأجل البـائع؛ لئـلّا يغبنه المتلقّي؛ لأنّ البائع يجهل سعر البلد، وكان يقول: إذا وقع فربُّ السلعة بالخيار: إن شاء أنفذ البيع أو ردّه[٤]. ومذهب الشافعي هو نصّ في حديث أبي هريرة الثابت عن رسول الله ﷺ أنّه قال عليه الصلاة والسلام: «لاتتلقّوا الجلَبَ، فمن تلقّىٰ منه شيئاً فاشتراه فصاحبه بالخيار إذا أتىٰ السّوق»[٥] خرّجه مسلم وغيره[٦].

فصل

وأمّا نهيه ﷺ عن بيع الحاضر للبادي فاختلف العلماء في معنىٰ ذلك، فقال قوم: لايبع أهل الحضر لأهل البادية قولاً واحداً[٧]*.

---

* عنونت هذه المسألة عند الإماميّة فـي آداب البـيع تـارة بـ«لايـبيع حـاضر لبـادٍ» وأُخرىٰ بـ«لايتوكل حاضر لبادٍ» واختلف في تفسير العبارة.

وقد فسّرت في المبسوط وجملة ممّن تأخّر عنه: بأن يكون سمساراً له. وهو معنىٰ قول جماعة آخرين أن يقول له: أنا أبيعه لك بأغلىٰ ممّا تبيعه به، أو يعرّفه السـعر ←

---

١. النوادر والزيادات ٦: ٤٤٣، الاستذكار ٢١: ٧٠.

٢. الاستذكار ٢١: ٧٠، النوادر والزيادات ٦: ٤٤٣، فتح المالك ٨: ١٨١.

٣. النوادر والزيادات ٦: ٤٤٦، الاستذكار ٢١: ٧١ ـ ٧٢، فتح المالك ٨: ١٨١، المعونة ٢: ١٠٣٣.

٤. الحاوي الكبير ٥: ٣٤٨ ـ ٣٤٩، المهذّب للشيرازي ٣: ١٤٤، البيان للعمراني ٥: ٣٢٥.

٥. الحاوي الكبير ٥: ٣٤٨، المهذّب للشيرازي ٣: ١٤٤ ـ ١٤٥، البيان للعمراني ٥: ٣٢٥.

٦. صحيح مسلم ٣: ١١٥٧، كتاب البيوع، باب تحريم تلقّي الجلب، الحديث ١٥١٩/١٧، سنن الترمذي ٣: ٥٢٤، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية تلقّي البيوع، الحديث ١٢٢١.

٧. المعونة ٢: ١٠٣٣ ـ ١٠٣٤، الوسيط ٣: ٦٦، الهداية للمرغيناني ٣: ٥٩، المغني لابن قدامة ٤: ٣٠٢.

← ويقول له: أنا أبيع لك وأكون سمساراً، كما في المسالك وغيرها.

وفي نهاية الإحكام: بأن يحمل البدوي أو القروي متاعه إلىٰ بلد ويريد بيعه بسعر اليوم ليرجع إلىٰ موضعه، ولايلزمه مؤونة الاقامة، فيأتيه البلدي ويقول له: ضع متاعك عندي وارجع لأبيعه لك على التدريج بأغلىٰ من هذا السعر. وقيل: إنّه يخرج الحضري إلى البدوي وقد جلب السلعة فيعرّفه السعر، ويقول: أنا أبيع لك وأكون سمساراً. وقد فسّره به في تعليق الارشاد.

وأمّا أخبار الباب:

فمنها: ما روي عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ: «لايتلقّىٰ أحدكم تجارة خارجاً من المصر، ولايبيع حاضر لباد، والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض». ونحوه ما رواه الصدوق في المجالس.

وعن يونس بن يعقوب في تفسير قول النبي ﷺ «لايبيعنّ حاضر لباد» إنّ الفاكهة وجميع أصناف الغلات إذا حملت من القرى إلى السوق، فلايجوز أن يبيع أهل السوق لهم من الناس بل ينبغي أن يبيعه حاملوه من القرى والسواد.

والمشهور: أنّه يكره ذلك، بل الأشبه بأصول المذهب، وذلك لقصور الخبرين عن تخصيص الأُصول بعد قصور سنديهما كما في الجواهر، مضافاً إلى الأصل.

وقيل: يحرم، كما في الخلاف والمهذب والسرائر؛ أخذاً بظاهر النهي من الحديثين. إلّا أن الأصل وضعف السند دعا المشهور إلى القول بالكراهة.

وذكر بعضهم في تحريمه أو كراهته شروطاً:

أحدها: أن يكون الحاضر عالماً بورود النهي.

ثانيها: أن يظهر من ذلك المتاع سعر في البلد، فلو لم يظهر فلا تحريم ولا كراهة.

ثالثها: كون المتاع المجلوب مما تعم به الحاجة، فما لايحتاج إليه إلّا نادراً لايدخل تحت النهي. ←

واختلف عنه في شراء الحضري للبدوي *، فمرّة أجازه، وبه قال ابن حبيب [١]، ومرّة منعه [٢]. وأهل الحضر عنده هم الأمصار [٣].

وقد قيل عنه: إنّه لايجوز أن يبيع أهل القرىٰ لأهل العمود المنتقلين [٤]، وبمثل قول مالك قال الشافعي والأوزاعي [٥]. وقال أبو حنيفة وأصحابه: لابأس أن يبيع الحاضر للبادي

← رابعها: أن يعرض الحضري ذلك على البدوي، فلو التمس الغريب ذلك لم يكن به بأس.

خامسها: كون الغريب جاهلاً بسعر البلد، فلو كان عالماً به لم يكره.

قال في الحدائق: الظاهر أنّ ما عدا الأول والأخير من هذه الشروط تقييد للنصّ من غير دليل. (نهاية الاحكام ٢: ٥١٦، مسالك الأفهام ٣: ١٨٧، الحدائق الناضرة ١٨: ٥٢ ـ ٥٤، مفتاح الكرامة ٨: ٢٤٤ ـ ٢٤٨، رياض المسائل ٨: ١٦٦، مستند الشيعة ١٤: ٣٣ ـ ٣٧، جواهر الكلام ٢٢: ٤٦١ـ٤٦٢).

* اختلف الإماميّة في شراء البلدي للبادي، فقيل: لابأس به، فلايحرم الشراء له، اختاره في المنتهى وجامع المقاصد والمسالك والحدائق، بل نفى الإشكال في جوازه في الأخير، وذلك للأصل واختصاص النصوص بالبيع.

وضعّف ذلك في مفتاح الكرامة والرياض ومستند الشيعة بعموم التعليل، ولا بعد فيه، وهو قوله ﷺ: «ذروا الناس يرزق الله تعالىٰ بعضهم من بعض». قال في الرياض: إلّا إنّي لم أقف علىٰ قائل به. (نهاية الأحكام ٢: ٥١٧، جامع المقاصد ٤: ٥٢، مسالك الأفهام ٣: ١٨٨، مفتاح الكرامة ٨: ٢٤٨، رياض المسائل ٨: ١٦٧، مستند الشيعة ١٤: ٣٧).

---

١. النوادر والزيادات ٦: ٤٤٨، الاستذكار ٢١: ٨١، فتح المالك ٨: ١٨٩، المنتقىٰ للباجي ٥: ١٠٤، وحكي في الجميع عن ابن حبيب القول بالمنع.

٢. المعونة ٢: ١٠٣٤، الاستذكار ٢١: ٨١، فتح المالك ٨: ١٨٨ ـ ١٨٩، المنتقىٰ للباجي ٥: ١٠٤.

٣. النوادر والزيادات ٦: ٤٤٨، المنتقىٰ للباجي ٥: ١٠٣ ـ ١٠٤، البيان والتحصيل ٩: ٣٧٩، الاستذكار ٢١: ٧٩.

٤. فتح المالك ٨: ١٨٩، الاستذكار ٢١: ٨٠، المنتقىٰ للباجي ٥: ١٠٣.

٥. الأم ٣: ١١١، الوسيط ٣: ٦٦ ـ ٦٧، الاستذكار ٢١: ٨١ ـ ٨٢، فتح المالك ٨: ١٩٠.

ويخبره بالسعر [١]، وكرهه مالك، أعني: أن يخبر الحضري البادي بالسعر [٢]، وأجازه الأوزاعي [٣].

والذين منعوه اتّفقوا علىٰ أنّ القصد بهذا النهي هو إرفاق أهل الحضر؛ لأنّ الأشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة، وهي عندهم أرخص، بل أكثر ما يكون مجاناً عندهم ـ أي: بغير ثمن ـ فكأنّهم رأوا أنّه يكره أن ينصح الحضري للبدوي [٤]، وهذا مناقض لقوله عليه الصلاة والسلام: «الدينُ النصيحة» [٥] وبهذا تمسّك في جوازه أبو حنيفة [٦].

وحجّة الجمهور: حديث جابر، خرّجه مسلم وأبو داود، قال: قال رسول الله ﷺ: «لايبع حاضر لباد، ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» [٧ و٨] وهذه الزيادة انفرد بها أبو داود فيما أحسَب [٩]، والأشبه أن يكون من باب غبن البدوي؛ لأنّه يرد والسعر مجهول عنده، إلّا أن تثبت هذه الزيادة، ويكون علىٰ هذا معنىٰ الحديث النهي عن تلقّي الركبان علىٰ ما تأوّله الشافعي [١٠] وجاء في الحديث الثابت.

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٦٥، الهداية للمرغيناني ٣: ٥٩، الاستذكار ٢١: ٨٢، الفقه النافع ٣: ١٠٥٢، بدائع الصنائع ٧: ١١١، ولم يذكر الفرع الثاني من الفتوىٰ في جميع المصادر.

٢. النوادر والزيادات ٦: ٤٤٨، البيان والتحصيل ٩: ٣٨٢.

٣. الاستذكار ٢١: ٨١، فتح المالك ٨: ١٩٠.

٤. المعونة ٢: ١٠٣٣ ـ ١٠٣٤، الوسيط ٣: ٦٦ ـ ٦٧، الهداية للمرغيناني ٣: ٥٩، المغني لابن قدامة ٤: ٣٠٢.

٥. صحيح مسلم ١: ٧٤، كتاب الأيمان، باب بيان أنّ الدِّين النصيحة، الحديث ٥٥/٩٥، سنن داود ٤: ٢٨٦، كتاب الأدب، باب في النصيحة، الحديث ٤٩٤٤.

٦. الاستذكار ٢١: ٨٢، فتح المالك ٨: ١٩٠.

٧. صحيح مسلم ٣: ١١٥٧، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي، الحديث ١٥٢٢/٢٠، سنن أبي داود ٣: ٢٧٠، كتاب البيوع، باب في النهي أن يبيع حاضر لباد، الحديث ٣٤٤٢.

٨. فتح المالك ٨: ١٨٩، الحاوي الكبير ٥: ٣٤٦، المغني لابن قدامة ٤: ٣٠٢.

٩. لم ينفرد أبو داود بذكر الزيادة، بل ذكرها مسلم وغيره، انظر: صحيح مسلم ٣: ١١٥٧، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي، الحديث ١٥٢٢/٢٠، سنن ابن ماجة ٢: ٧٣٤، كتاب التجارات، باب النهي أن يبيع حاضر لباد، الحديث ٢١٧٦، السنن الكبرىٰ ٥: ٣٤٦، كتاب البيوع، باب لايبيع حاضر لباد.

١٠. تقدّم تخريجه في مسألة النهي عن تلقّي الركبان.

واختلفوا إذا وقع، فقال الشافعي: إذا وقع فقد تمّ وجاز البيع *؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»[١]. واختلف في هذا المعنىٰ أصحاب مالك، فقال بعضهم: يُفسخ[٢]، وقال بعضهم: لايُفسخ[٣].

فصل

وأمّا نهيه عليه الصلاة والسلام عن النجش فاتّفق العلماء علىٰ منع ذلك ٤**، وأنّ

---

* إنّ المصرّح به في كلام الأكثر من الإماميّة ممّن قال بالتحريم في هذه المسألة: الصحّة وإن أثم؛ لاصالة الصحّة. (الحدائق الناضرة ١٨: ٥٤، مستند الشيعة ١٤: ٣٧).

** المشهور عند الإماميّة حرمة النجش، بل في المنتهى وغيرها دعوى الإجماع عليه.

احتجّ للحرمة ـ مضافاً للاجماع وأنّه غشّ ـ ببعض النصوص:

منها: ما رواه ابن سنان: «الواشمة والمتوشّمة، والناجش والمنجوش، ملعونون على لسان محمد ﷺ».

ومنها: ما رواه الصدوق عن النبي ﷺ: «لاتناجشوا ولاتباغضوا و...» الحديث.

والنجش باتّفاق اللغويين والفقهاء وإن اختلفت عباراتهم: الزيادة في ثمن المبيع، مظهراً إرادة شرائه من غير إرادته، بل أراد به محض ترغيب الغير بالثمن الغالي. وزاد بعضهم: كونه بمواطأة البائع. وعلىٰ كلا التقديرين يكون خداعاً وغشّاً أيضاً، والأخبار في تحريمهما مستفيضة. ←

---

١. الأم ٣: ١١١، الحاوي الكبير ٥: ٣٤٧ ـ ٣٤٨، الوسيط ٣: ٦٦ ـ ٦٧.

٢. النوادر والزيادات ٦: ٤٤٩، المعونة ٢: ١٠٣٣ ـ ١٠٣٤، الاستذكار ٢١: ٨٠، فتح المالك ٨: ١٨٩.

٣. النوادر والزيادات ٦: ٤٤٩، المعونة ٢: ١٠٣٤، الاستذكار ٢١: ٨٠، فتح المالك ٨: ١٨٩.

٤. فتح المالك ٨: ٢٠١.

النجَش هو: أن يزيد أحد في سلعة وليس في نفسه شراؤها، يريد بذلك أن ينفع البائع ويضرّ المشتري [١].

واختلفوا إذا وقع هذا البيع، فقال أهل الظاهر: هو فاسد [٢]، وقال مالك: هو كالعيب، والمشتري بالخيار: إن شاء أن يردّ ردَّ، وإن شاء أن يمسك أمسك [٣]. وقال أبو حنيفة والشافعي: إن وقع أثِم وجاز البيع [٤]*.

وسبب الخلاف: هل يتضمّن النهي فساد المنهي وإن كان النهي ليس في نفس الشيء بل

← وقيل: إنّه مكروه، كما في الشرائع والنافع والارشاد، وظاهر كشف الرموز وغيره. (تذكرة الفقهاء ١٢: ١٥٧، مسالك الأفهام ٣: ١٩٠، مفتاح الكرامة ٨: ١٨٤ ـ ٣٥٠، رياض المسائل ٨: ١٧٠، مستند الشيعة ١٤: ٤٣ ـ ٤٤، جواهر الكلام ٢٢: ٤٧٦).

* اختلف الإماميّة فيما لو أوقع البيع مع النجش علىٰ أقوال:

الأول: يصحّ ولا خيار له، كما قوّاه في الخلاف والمبسوط؛ لأصالة الصحّة، وقوله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾.

الثاني: يصحّ وله الخيار مطلقاً؛ للتدليس، كما عن القاضي.

الثالث: يصحّ وله الخيار مع الغبن، وهو مختار الفاضلين والمحقّق والشهيد الثانيين، بل نسب إلى الأكثر.

الرابع: يبطل البيع إن كان من البائع، واختاره الاسكافي. (تذكرة الفقهاء ١٢: ١٥٧، مسالك الأفهام ٣: ١٩١، مفتاح الكرامة ٨: ١٨٥ ـ ١٨٦، رياض المسائل ٨: ١٧٠ ـ ١٧١، مستند الشيعة ١٤: ٤٤، جواهر الكلام ٢٢: ٤٧٦).

---

١. فتح المالك ٨: ٢٠١، الاستذكار ٢١: ٧٦ ـ ٧٧، الحاوي الكبير ٥: ٣٤٣.

٢. الاستذكار ٢١: ٧٨، فتح المالك ٨: ٢٠١.

٣. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٦٥، الاستذكار ٢١: ٧٨، فتح المالك ٨: ٢٠٠ ـ ٢٠١.

٤. الحاوي الكبير ٥: ٣٤٣، الاستذكار ٢١: ٧٨، الهداية للمرغيناني ٣: ٥٩، الفقه النافع ٣: ١٠٥١ ـ ١٠٥٣.

من خارج؟ فمن قال: يتضمّن فسخ البيع لم يُجِزه، ومن قال: ليس يتضمّن أجازه[١].

والجمهور علىٰ أنّ النهي إذا ورد لمعنىٰ في المنهيِّ عنه أنّه يتضمّن الفساد، مثل النهي عن الربا والغَرر، وإذا ورد الأمر من خارج لم يتضمّن الفساد[٢].

ويشبه أن يدخل في هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء؛ لقوله عليه الصلاة والسلام في بعض ألفاظه: إنّه نهىٰ عن بيع فضل الماء ليُمنع به الكلأ[٣]. وقال أبوبكر بن المنذر: ثبت: أنّ رسول الله ﷺ نهىٰ عن بيع الماء[٤]، ونهى عن بيع فضل الماء ليُمنع به الكلأ[٥]. وقال: «لايمنع وهو بئر، ولا نَقْع ماء»[٦ و ٧].

واختلف العلماء في تأويل هذا النهي، فحمله جماعة من العلماء علىٰ عمومه، فقالوا: لايحلّ بيع الماء بحال، كان من بئر أو غدير أو عين، في أرض مملَّكة أو غير مملكة، غير أنّه إن كان متملّكاً كان أحقَّ بمقدار حاجته منه[٨]، وبه قال يحيىٰ بن يحيىٰ، قال: أربع لا أرىٰ أن يُمنعن: الماء والنار والحطب والكلأ[٩].

وبعضهم خصّص هذه الأحاديث؛ لمعارضة الأصول لها، وهو أنّه لايحلّ مال أحد إلّا

---

١. المعونة ٢: ١٠٣٣، الهداية للمرغيناني ٣: ٥٩.

٢. أحكام الفصول: ١٢٦ ـ ١٢٨، التقريب والإرشاد ٢: ٣٣٩، ٣٤٦، أصول السرخسي ١: ٨١.

٣. صحيح البخاري ٣: ٢٢١ ـ ٢٢٢، كتاب المساقاة، باب من قال: إنّ صاحب الماء أحقّ بالماء حتىٰ يروىٰ، الحديث ٣، ٤، صحيح مسلم ٣: ١١٩٨، كتاب المساقاة، باب تحريم فضل الماء...، الحديث ١٥٦٦/٣٦، الموطّأ ٢: ٧٤٤، كتاب الأقضية، باب القضاء في المياه، الحديث ٢٩.

٤. سنن الدارمي ٢: ٢٦٩، كتاب البيوع، باب في النهي عن بيع الماء، المستدرك على الصحيحين ٢: ٤٤، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الماء.

٥. تقدّم تخريجه أعلاه.

٦. الموطّأ ٢: ٧٤٥، كتاب الأقضية، باب القضاء في المياه، الحديث ٣٠، سنن ابن ماجة ٢: ٨٢٨، كتاب الرهون، باب النهي عن منع فضل الماء...، الحديث ٢٤٧٩ وفيهما: ولا يمنع نقع بئر.

٧. أنظر: الإقناع لابن المنذر: ١٧٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٣٣٥.

٨. المعلم بفوائد مسلم ٢: ١٨٩ ـ ١٩٠، المغني لابن قدامة ٤: ٣٣٥، معالم السنن ٣: ١٠٨ ـ ١٠٩.

٩. البيان والتحصيل ١٠: ٢٦١، ٣١٤ ـ ٣١٥.

بطيب نفس منه [١]، كما قال عليه الصلاة والسلام [٢]، وانعقد عليه الإجماع [٣]. والذين خصّصوا هذا المعنىٰ اختلفوا في جهة تخصيصه، فقال قوم: معنىٰ ذلك أنّ البئر يكون بين الشريكين يسقي هذا يوماً وهذا يوماً، فيروي زرع أحدهما في بعض يومه، ولا يروي في اليوم الذي لشريكه زرعَه، فيجب عليه أن لا يمنع شريكه من الماء بقية ذلك اليوم [٤]. وقال بعضهم: إنّما تأويل ذلك في الذي يزرع علىٰ مائه فتنهار بئره، ولجاره فضل ماء أنّه ليس لجاره أن يمنعه فضل مائه إلىٰ أن يُصلح بئره، والتأويلان قريبان [٥]. ووجه التأويلين: أنّهم حملوا المطلق في هذين الحديثين على المقيّد، وذلك أنّه نهىٰ عن بيع الماء مطلقاً، ثم نهىٰ عن منع فضل الماء، فحملوا المطلق في هذا الحديث على المقيّد وقالوا: الفضل هو الممنوع في الحديثين [٦].

وأمّا مالك فأصل مذهبه: أنّ الماء متىٰ كان في أرض متملّكة منبعُه فهو لصاحب الأرض، له بيعه ومنعه *، إلّا أن يرد عليه قوم لا ثمن معهم ويُخاف عليهم الهلاك،

---

* المعروف من مذهب الإماميّة: أنّ الماء المخرج من الأرض من بئرٍ وعينٍ بنيّة التملّك يجوز جميع التصرّفات فيه، فله حينئذٍ بيعه؛ لأنّه مال مملوك متموّل، فهو كسائر الأملاك.

خلافاً للمحكي عن المبسوط فأوجب علىٰ مالكه بذل الفاضل عن حاجته لشربه وشرب ماشيته وزرعه إلىٰ غيره بغير عوضٍ إذا احتيج إليه لشربه أو شرب ماشيته من السابلة وغيرهم، لا لسقي الشجر والزرع.

ولموضع من التذكرة فحكم بجواز بيعه علىٰ كراهة. ←

---

١. معالم السنن ٣: ١٠٨ ـ ١٠٩.

٢. سنن الدارقطني ٣: ٢٦، كتاب البيوع، الحديث ٩١، ٩٢، مسند أبي يعلىٰ ٣: ١٤٠، مسند عمّ أبي حرة الرقاشي، الحديث ٢/١٥٧٠.

٣. الإجماع لابن المنذر: ٢٠١، الاشراف لابن المنذر ٣: ٢٣٠.

٤. البيان والتحصيل ١٠: ٢٧٠، وانظر: معالم السنن ٣: ١٠٨ ـ ١١١، المغني لابن قدامة ٤: ٣٣٥.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٦: ١٩٠ ـ ١٩١، البيان والتحصيل ١٠: ٢٦٨ ـ ٢٦٩، وانظر: معالم السنن ٣: ١٠٨ ـ ١١١.

٦. البيان والتحصيل ١٠: ٢٦٩ ـ ٢٧٠، معالم السنن ٣: ١٠٨ ـ ١٠٩، المغني لابن قدامة ٤: ٣٣٥.

وحمل الحديث علىٰ آبار الصحراء التي تتّخذ في الأرضين الغير متملّكة، فرأىٰ أنّ صاحبها ـ أعني: الذي حفرها ـ أولىٰ بها، فإذا روت ماشيتَه ترك الفضل للناس، وكأنّه رأىٰ أنّ البئر لاتُتملّك بالإحياء[1].

ومن هذا الباب: التفرقة بين الوالدة وولدها، وذلك لأنّهم اتّفقوا علىٰ منع التفرقة في المبيع بين الأم وولدها[2]*، لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام: «من فرّق بين والدةٍ وولدها

← ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص:

فمنها ما تضمّن النهي عن بيعه، كموثّق البصري عن أبي عبدالله عليه السلام: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن المحاقلة، إلى أن قال: والنطاف شرب الماء ليس لك إذا استقيت عنه أن تبيعه جارك تدعه له، والاربعاء المسناة تكون بين القوم فيستغني عنها صاحبها» قال عليه السلام: «يدعها لجاره ولايبيعها إيّاه».

والخبر عنه صلى الله عليه وآله أنّه نهى عن بيع فضل الماء.

ومنها ما دلّ على جواز البيع؛ كصحيح سعيد الأعرج عن أبي عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له الشرب مع قوم في قناة فيها شركاء، فيستغني بعضهم عن شربه، يبيع شربه؟ قال عليه السلام: «نعم، إن شاء باعه بورق، وإن شاء بكيل حنطة».

والجمع بين الطائفتين يقتضي البناء علىٰ كراهة البيع، أو أفضلية عدم أخذ العوض.

وأمّا الماء المخرج المملوك المعلوم كيله أو وزنه، أو بالمشاهدة الرافعة للغرر، فلا خلاف في جواز بيعه. (نهاية الأحكام ٢: ٤٦٧، تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٧، مسالك الأفهام ٣: ١٦٩، مفتاح الكرامة ٨: ٤٤٢، جواهر الكلام ٢٢: ٣٥٤، فقه الصادق ١٩: ٤٧٠ ـ ٤٧٢).

* المشهور عند الإماميّة تحريم التفرقة بين الأطفال المماليك وأمهاتهم قبل استغنائهم عنهنّ، بل المحكي عن الخلاف دعوى الإجماع عليه. ←

---

١. المنتقىٰ للباجي ٦: ٣٣، ٣٤، ٣٥، ٣٦، المدوّنة الكبرىٰ ٦: ١٩٠ ـ ١٩١.

٢. الإجماع لابن المنذر: ١٦١، المغني لابن قدامة ١٠: ٤٥٩، الإقناع لابن القطّان ٢: ٢٤١.

فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»[١و٢].

واختلفوا في ذلك في موضعين: في وقت جواز التفرقة، وفي حكم البيع إذا وقع.

← واستدلّ له بتظافر الأخبار بالنهي عنه:

منها: صحيح معاوية بن عمار قال: سمعت الصادق عليه السلام يقول: «أُتي رسول الله صلى الله عليه وآله بسبي من اليمن، فلمّا بلغوا الجحفة نفدت نفقاتهم، فباعوا جاريةً من السبي كانت أمها معهم، فلمّا قدموا على النبي صلى الله عليه وآله سمع بكاؤها، فقال: ما هذا البكاء؟ فقالوا: يارسول الله احتجنا نفقةً فبعنا ابنتها، فبعت بثمنها فأتي بها، وقال: بيعوهما جميعاً أو امسكوهما جميعاً».

ومنها: روى أبو أيوب عن النبي صلى الله عليه وآله: «من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبّته».

ومنها: موثّق سماعة عن الصادق عليه السلام عن أخوين مملوكين هل يفرّق بينهما، وعن المرأة وولدها هل يفرّق بينهما؟ فقال: «لا، هو حرام، إلّا أن يريدوا ذلك».

وضعّف دلالتها على التحريم في الجواهر: بأنّه لايخفى على الفقيه العارف بلسانهم عليهم السلام إرادة الكراهة من أمثال هذه الخطابات، خصوصاً مع عدم تقييد الموثّق بالاستغناء واشتماله على الأخوين.

وقيل: بكراهة التفرقة، كما استظهره المحقّق، واستجوده الشهيد الثاني، واختاره صاحب الجواهر؛ وفاقاً لجماعة؛ للأصل، وبقوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم».

(نهاية الأحكام ٢: ٥٢١، تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٣٥، مسالك الأفهام ٣: ٣٨٩، رياض المسائل ٨: ٤٠٩ ـ ٤١٢، جواهر الكلام ٢٤: ٢٢٠ ـ ٢٢١).

---

١. سنن الترمذي ٣: ٥٨٠، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين، أو بين الوالدة وولدها في البيع، الحديث ١٢٨٣، سنن الدارقطني ٣: ٦٧، كتاب البيع، الحديث ٢٥٦.

٢. الإجماع لابن المنذر: ١٦١، المغني لابن قدامة ١٠: ٤٥٩، تحفة الفقهاء ٢: ١١٥.

فأمّا حكم البيع فقال مالك: يُفسخ[١]، وقال الشافعي وأبو حنيفة: لايُفسخ وأثِم البائع والمشتري[٢]*. وسبب الخلاف: هل النهي يقتضي فسادَ المنهيّ إذا كان لعلّة من خارج؟

وأمّا الوقت الذي ينتقل فيه المنع إلى الجواز، فقال مالك: حَدّ ذلك الإثغار[٣و٤]، وقال الشافعي: حدّ ذلك سبع سنين أو ثمان[٥]**، وقال الأوزاعي: حدُّه فوق عشر سنين، وذلك

---

* صرح جماعة من الإماميّة ـ بل في التذكرة ما يشعر بدعوى الإجماع عليه ـ أنّه بناءً على القول بتحريم التفرقة بين الأطفال وأمهاتهم يبطل البيع لو فرِّق به بينهما؛ لأنّ تحريم التفرقة أخرجهما عن صلاحية المعاوضة، ولظاهر النصوص المشتملة على غير النهي من ردّ الثمن ونحوه.

وأبرز في المسالك والحدائق وجهاً يقتضي عدم الفساد وإن أثم، وذلك لأنّ النهي في غير العبادة لايقتضي الفساد، ولرجوعه إلى وصف خارج عن ذات المبيع، فيكون كالبيع وقت النداء، وعلى هذا فيصحّ البيع وإن أثم. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٣٣، مسالك الأفهام ٣: ٣٩٠ ـ ٣٩١، الحدائق الناضرة ١٩: ٤٢٢، جواهر الكلام ٢٤: ٢٢٣).

** اختلف الإماميّة في الغاية المتفرّعة على الحكم في تفرقة الاطفال، وهي زوال الكراهة أو التحريم، هل هي مدّة سبع سنين، أو أن يستغني عن الرضاع عرفاً، أو يفصّل ←

---

١. التفريع ٢: ١٨٠، المعونة ٢: ١٠٧١.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٦٢، تحفة الفقهاء ٢: ١١٥، الوجيز ١: ١٣٩، الوسيط ٣: ٦٩، المهذّب للشيرازي ٣: ٥٠، التنبيه للشيرازي: ٨٩، حلية العلماء ٤: ١٢٣، وحكي في الوجيز والوسيط: أنّ في المسألة قولان، وفي المهذّب والتنبيه والحلية: حكاية القول بالبطلان فقط.

٣. الإثغار: هو إنبات الأسنان. أنظر: لسان العرب ٤: ١٠٣ مادة (ثغر).

٤. التفريع ٢: ١٨٠، المعونة ٢: ١٠٧١، وحكي فيهما أيضاً تحديده بالبلوغ.

٥. مختصر المزني: ٢٨٩، الحاوي الكبير ١٤: ٢٤٣، العزيز شرح الوجيز ٤: ١٣٣، وحكي أيضاً في الأخيرين القول بتحديده بالبلوغ.

أنّه إذا نفع نفسه واستغنىٰ في حياته عن أمه [١].

ويلحق بهذا الباب: إذا وقع في البيع غبن * لايتغابن الناس بمثله، هل يفسخ البيع أم لا؟ فالمشهور في المذهب أن لايفسخ [٢]، وقال عبدالوهاب: إذا كان فوق الثلث رُدّ، وحكاه عن بعض أصحاب مالك [٣] وجَعْلُه عليه الصلاة والسلام الخيارَ لصاحب الجلب إذا تلقّىٰ خارج المصر دليل علىٰ اعتبار الغبن [٤]، وكذلك ما جَعَل لمنقذ بن حَبّان من الخيار ثلاثاً لمّا ذكر له أنّه يُغبن في البيوع [٥و٦].

← بين الانثى فالأول والذكر فالثاني، أقوال:

المشهور: الأول؛ لأنّه سنّ التمييز، فيستغني عن التعهّد والحضانة، واستصحاباً للحكم، ولغلبة الأذية قبلها.

والثاني محكي إطلاق المقنعة والنهاية والمراسم، وجعله الأظهر في الجواهر؛ لإطلاق الدليل السالم عمّا يقتضي تقييده بالسبع أو غيره.

ورجّح الثالث في المسالك والرياض؛ لمناسبة الحكمة في احتياج الانثى إلىٰ تربية الأمّ زيادة على الذّكر، ولأنّه أولى من إطراح بعض الروايات الواردة في الحضانة، حيث اختلفت في تقدير المدّة فيها. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٣٤، مسالك الأفهام ٣: ٣٩١ ـ ٣٩٢، الحدائق الناضرة ١٩: ٤٢١، رياض المسائل ٨: ٤١٠، جواهر الكلام ٢٤: ٢٢٤).

* الظاهر أنّه لا خلاف بين الإماميّة في أنّه لو كان التفاوت يسيراً يتسامح بمثله في العادة فلا خيار للمغبون، ويدلّ عليه: أنّ المسامحة العادية تكون شاهد حال ←

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٦٣، المغني لابن قدامة ١٠: ٤٦٠ ولم يُذكر فيهما التحديد بعشر سنين.

٢. التلقين ٢: ٣٦٤، عيون المجالس ٣: ١٤١٨ ـ ١٤٢٠، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٢٥، المعونة ٢: ١٠٤٩.

٣. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٢٥، عيون المجالس ٣: ١٤١٩.

٤. تقدّم تخريجه.

٥. تقدّم تخريجه.

٦. المعونة ٢: ١٠٤٩، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٢٥ ـ ٥٢٦.

ورأىٰ [١] قوم من السلف الأول أنّ حكمَ الوالد في ذلك حكم الوالدة [٢] *، وقوم رأوا ذلك في الإخوة [٣].

← على الرضا بذلك التفاوت. أمّا لو كان بما لم تجر العادة بمثله فلا ريب عندهم في ثبوته للمغبون. (مفتاح الكرامة ١٠: ٩٨١ ـ ٩٨٢، رياض المسائل ١٢: ١٩٠، مستند الشيعة ١٤: ٣٩٢، مهذب الاحكام ١٧: ١٣٨).

* اختلف فقهاء الإماميّة في أنّ النهي عن تفريق الولد عن أمّه هل هو مختصّ بها، أم يعمّ غيرها من الأرحام المشارك لها في الشفقة؛ كالأب والأخ والأخت والعمّة والخالة؟

المحكي عن ابن الجنيد وجماعة الثاني، واستجوده الشهيد الثاني في المسالك وجعله القول الأصحّ في الرياض.

واستدلّ له بما روي عن الصادق عليه السلام أنّه قال «في الرجل يشتري الغلام أو الجارية وله أخ أو أُخت أو أب أو أُم بمصر من الأمصار، قال: لايخرجه إلىٰ مصر آخر إن كان صغيراً ولايشتره...» الخبر.

وموثّق سماعة: «عن أخوين مملوكين هل يفرّق بينهما وبين المرأة وولدها؟ فقال: لا، هو حرام، إلّا أن يريدوا ذلك». فإنّ الصحيح والموثّق صريحان، وظهور الحكم فيهما بعدم القائل بالفرق مع قوة احتمال قطعية المناط في المنع.

واختار الأول في التذكرة والجواهر، وضعّف ما صحّحه في الرياض بأنّه في غير محلّه ـ بناءً على الحرمة ـ خصوصاً بعد ما حكي عن المبسوط من التصريح بجواز ←

---

١. يبدو أنّ هذه العبارة تتمة الفرع السابق. وحقّها أن توضع قبل قوله: «ويلحق بهذا الباب،... في البيوع».

٢. المصنف لعبدالرزاق ٨: ٣٠٨ ـ ٣٠٩، سنن الترمذي ٣: ٥٨١، كتاب البيع، باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع، مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٦٣.

٣. المصنف لعبدالرزاق ٨: ٣٠٨ ـ ٣٠٩، سنن الترمذي ٣: ٥٨١، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع.

.....

← التفريق بين الولد والوالد، بل عن السرائر نفي الخلاف فيه، وفي جهاد التحرير قال الشيخ: يجوز التفرقة بين الولد والوالد، وبينه وبين الجدة أم الأم، وبين الأخوين والأختين، وبين من خرج من عمود الأبوين من فوق وأسفل. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٣٦، مسالك الأفهام ٣: ٣٩١، الحدائق الناضرة ١٩: ٤٢٣، رياض المسائل ٨: ٤١١، جواهر الكلام ٢٤: ٢٢١ ـ ٢٢٢).

الباب السادس

في النهي من قبل وقت العبادات

وذلك بما ورد في الشرع في وقت وجوب المشي إلى الجمعة، لقوله تعالى: ﴿إِذا نُودِيَ لِلصَّلاةِ مِنْ يَوْمِ الجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلىٰ ذِكْرِ اللّٰهِ وَذَرُوا ٱلبَيْعَ﴾[1 و 2] وهذا أمر مجمع عليه فيما أحسب، أعني: منع البيع عند الأذان الذي يكون بعد الزوال * والإمام على المنبر[3].

---

* أجمعت الإمامية علىٰ تحريم البيع بعد الأذان يوم الجمعة، قال في الجواهر: وإليه يرجع ما عبّر به جماعة من الحرمة وقت النداء، بل هو معقد ما يحكى من إجماع غاية المرام، وجواهر الفقه.

ويدلّ عليه قوله تعالى: ﴿إِذا نُودِيَ لِلصَّلاةِ مِنْ يَوْمِ الجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلىٰ ذِكْرِ اللّٰهِ وَذَرُوا ٱلبَيْعَ﴾ فإنّ الأمر للوجوب، والنهي للتحريم. وما أرسله الصدوق قال: «وروي أنّه كان بالمدينة إذا أذّن المؤذّن يوم الجمعة نادى منادٍ: «حرم البيع حرم البيع» لقوله تعالى: ﴿يا أَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا إِذا نُودِيَ لِلصَّلاةِ...﴾» الحديث.

والمفهوم من كلام جملة من الفقهاء إناطة التحريم بالأذان وإن تأخّر عن الزوال؛ أخذاً بظاهر الآية الكريمة، والمرسل المذكور، فالبيع بعد الزوال وقبل الأذان ←

---

١. سورة الجمعة: الآية ٩.

٢. أحكام القرآن لابن العربي ٤: ١٨٠٥، الحاوي الكبير ٢: ٤٥٦، البيان للعمراني ٢: ٥٣٦، البيان والتحصيل ١: ٢٧٣.

٣. البيان للعمراني ٢: ٥٣٦، عيون المجالس ٣: ١٥٠٥، أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٤٤٨، أحكام القرآن لابن العربي ٤: ١٨٠٥.

واختلفوا في حكمه إذا وقع، هل يفسخ أو لايفسخ *؟ فإن فسخ فعلىٰ من يفسخ، وهل يلحق سائر العقود في هذا المعنىٰ بالبيع أم لايلحق **؟ فالمشهور عن مالك أنّه يفسخ[١]،

← غير محرّم، بل نسبه في الرياض إلى الأكثر.

خلافاً لما في الإرشاد من تعليق الحكم على الزوال، واختاره في الروض والمسالك والحدائق والجواهر، وذلك لأنّه السبب الموجب للصلاة والنداء إعلام بدخول الوقت، فالعبرة به، فلو تأخّر الأذان عن أول الوقت لم يؤثر في التحريم السابق؛ لوجود العلّة، ووجوب السعي المترتّب على دخول الوقت وإن كان في الآية الكريمة مترتّباً على الأذان، إذ لو فرض عدم الأذان لم يسقط وجوب السعي، وتنظّر فيه في الرياض. (تذكرة الفقهاء ٤: ١٠٧، مسالك الافهام ١: ٢٤٥، الحدائق الناضرة ١٠: ١٧٢، رياض المسائل ٤: ٦٩، جواهر الكلام ١١: ٣٠٤ ـ ٣٠٥).

* اختلف الإماميّة فيما لو أوقع البيع يوم الجمعة في الحال المنهي عنها، فهل ينعقد البيع وإن أثم أو يبطل؟ قولان:

ذهب إلى الأول العلّامة وجملة ممّن بعده، بل هو المشهور نقلاً وتحصيلاً كما في الجواهر؛ لأنّه بيع صدر من أهله ووقع في محلّه.

وعلّله بعضهم بعدم اقتضاء النهي في المعاملات الفساد، وآخر بأنّ النهي عن البيع لما وقع من حيث الزمان، وهو أمر خارج لا مانع من صحة البيع حينئذٍ؛ لعدم تعلّق النهي بذات شيء من العوضين.

ونسب الثاني إلى جمع من الأصحاب؛ كالشيخ في المبسوط وابن الجنيد؛ بناءً علىٰ أنّ النهي يكون مفسداً مطلقاً. وضعّف ذلك في المختلف. (مختلف الشيعة ٢: ٢٣٦، الحدائق الناضرة ١٠: ١٧٦، رياض المسائل ٤: ٧٠، جواهر الكلام ١١: ٣٠٦).

** وفي اختصاص الحكم هنا بالبيع أو عمومه لأنواع المعاوضات عند الإماميّة قولان: الأول: اختصاص الحكم بالبيع؛ للأصل، واختصاص دليل المنع من الكتاب والسنّة ←

---

١. عيون المجالس ٣: ١٥٠٥ ـ ١٥٠٦، أحكام القرآن لابن العربي ٤: ١٨٠٥، البيان والتحصيل ١: ٢٧٣.

وقد قيل: لايفسخ [١]، وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة [٢].

وسبب الخلاف كما قلنا غيرما مرة: هل النهي الوارد لسببٍ من خارج يقتضي فساد المنهي عنه أو لايقتضيه؟ [٣]*.

← بالبيع، فلايتعدّى إلىٰ غيره، اختاره المحقّق الحلّي في المعتبر.

الثاني: وهو المشهور بين المتأخّرين، من شمول الحكم لباقي أنواع المعاوضات؛ للمشاركة في العلّة الموماً إليها في الآية، وهو (خوف الاشتغال عن الصلاة)، وإنّما خصّ البيع بالذكر لأنّ فعله كان أكثرياً ولأن الأمر بالشيء يستلزم النهي عن ضدّه، ولا ريب أن السعي مأمور به فيتحقق النهي عن كل ما ينافيه من بيع وغيره. (تذكرة الفقهاء ٤: ١١٠، مسالك الأفهام ١: ٢٤٥، الحدائق الناضرة ١٠: ١٧٤ ـ ١٧٥، رياض المسائل ٤: ٦٩ ـ ٧٠، جواهر الكلام ١١: ٣٠٧).

* اختلف الفقهاء والأصوليون عند الإماميّة في أنّ النهي عن المعاملات مقتضٍ للفساد أو لا، علىٰ أقوال:

الأول: عدم دلالة النهي على الفساد، وهو مختار العلّامة والشهيد الثاني وصاحب الرياض وغيرهم، بل نسب إلى الاكثرين تارة وإلى المشهور أخرى.

الثاني: اقتضاء النهي عن المعاملة الفساد، ذهب إليه السيد المرتضى والشيخ الطوسي، ونسب إلىٰ جماعة، واختاره من المتأخّرين النراقي.

الثالث: التفصيل بين النهي المتعلّق بأركان المعاملة وبين غيره، فيدلّ الأول على الفساد دون الثاني، وقد استظهر من جماعة وبنى عليه في الجواهر، ولعلّه ظاهر الحدائق أيضاً، فإنّه فصّل بين تعلّق النهي بذات شيء من العوضين وبين تعلّقه باعتبار أمرٍ خارجٍ، من زمان أو مكان أو قيد ممّا لا مدخل له في أصل العوضين، فأبطل العقد في الأول دون الثاني. ←

---

١. عيون المجالس ٣: ١٥٠٦، أحكام القرآن لابن العربي ٤: ١٨٠٥، البيان والتحصيل ١: ٢٧٣.

٢. أحكام القرآن للجصاص ٣: ٤٤٨، مختصر القدوري: ٨٤، الحاوي الكبير ٢: ٤٥٦، البيان للعمراني ٢: ٥٣٧.

٣. أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٤٤٨، البيان للعمراني ٢: ٥٣٧.

← والمستند للقول الأول أوضحه السيد الخوئي بقوله: إنّ المعاملات ـ كالبيع مثلاً ـ مركّبة من أمور ثلاثة لا رابع لها، وهي: الاعتبار الشرعي أو العقلائي والمبرِّر (بالكسر) والمبرَّر (بالفتح). أما الاعتبار الشرعي أو العقلائي فلايعقل تعلّق النهي به؛ لأنّه خارج عن تحت اختيار البائع أو المشتري، وإنّما هو فعل الشارع واعتباره. فما يصحّ تعلّق النهي به إمّا المبرر (بالكسر) أو المبرر (بالفتح) ومجرّد النهي عن أحدهما أو لكليهما لايقتضي الفساد، بل أقصاه دلالته على المبغوضية، ولاينافي ذلك ترتّب أثر البيع، فإنّه من قبيل غسل الثوب بالماء المغصوب، فإنّه وإن كان محرَّماً ولكن يطهر الثوب به جزماً. نعم، لو تعلّق النهي بنفس عنوان البيع؛ إرشاداً إلى الفساد؛ كالنهي عن بيع ما ليس عنده، أو عن البيع الغرري، فيدلّ على الفساد.

واحتجّ للقول الثاني بأنّ صحّة كلّ معاملة مشروطة بأن يكون العاقد مسلّطاً على المعاملة في حكم الشارع، غيرَ محجورٍ عليه من قِبَله من التصرّف في العين التي تجري عليها المعاملة. ونفس النهي عن المسبّب يكون معجِّزاً مولوياً للمكلّف عن الفعل، ورافعاً لسلطنته عليه، فيختلّ به ذلك الشرط المعتبر في صحة المعاملة، فلا محالة يترتّب على ذلك فسادها.

وضعّف ذلك بأنّ استناد الفساد إلى النهي إنّما يصحّ أن يُفرض ويُتنازع فيه فيما إذا كان العقد بشرائطه موجوداً حتى بشرائط المتعاقدين، وشرائط العوضين، وأنّه ليس في البين إلّا المبغوضيّة الصرفة المستفادة من النهي. وحينئذٍ يقع البحث في أنّ هذه المبغوضية هل تنافي صحة المعاملة أو لا؟ إمّا إذا كان النهي دالّاً على اعتبار شيءٍ في المتعاقدين والعوضين أو العقد، فإنّ هذا النهي لاشكّ يكون دالّاً على الفساد، إلّا أنّه راجع إلى ما كان النهي بداعي الإرشاد إلى اعتبار شيء في المعاملة، وهو ليس محلّ الكلام من منافاة نفس النهي بداعي الردع والزجر لصحة المعاملة، فالعمدة هو الكلام في هذه المنافاة، وليس من دليل عليها حتّى تثبت الملازمة بين النهي وفساد المعاملة. ←

وأمّا علىٰ من يفسخ فعند مالك علىٰ من تجب عليه الجمعة، لا علىٰ من لاتجب عليه [١]. وأمّا أهل الظاهر فتقتضي أصولهم أن يفسخ علىٰ كلّ بائع [٢]. وأمّا سائر العقود فيحتمل أن تلحق بالبيوع؛ لأنّ فيها المعنىٰ الذي في البيع من الشغل به عن السعي إلى الجمعة، ويحتمل أن لايلحق به لأنّها تقع في هذا الوقت نادراً، بخلاف البيوع [٣].

وأمّا سائر الصلوات فيمكن أن تلحق بالجمعة علىٰ جهة الندب لمرتقب الوقت، فإن فات فعلىٰ جهة الحظر [٤] وإن كان لم يقل به أحد في مبلغ علمي، ولذلك مدح الله تاركي البيوع لمكان الصلاة، فقال تعالىٰ: ﴿رِجالٌ لا تُلْهِيهِمْ تِجارَةٌ وَلابَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللّٰهِ وَإِقامِ الصَّلاةِ وَإِيتاءِ الزَّكاةِ﴾ [٥].

وإذ قد أُثبتت أسباب الفساد العامة للبيوع فلنصر إلىٰ ذكر الأسباب والشروط المصحّحة له، وهو القسم الثاني من النظر العام في البيوع.

← واستدلّ المفصّل بعدّة وجوه:

منها: أنّ النهي وإن لم يدلّ على الفساد بالوضع، ولكن تعلّق المنع بأحد الأركان يقتضي كون المراد به الفساد، فتكون بمنزلة القرينة؛ نظراً إلى أنّ الأمر أو النهي المتعلّق بشيء ينساق منه إلى الذهن جهته المقصودة بالذات، ولاريب أنّ المقصود الذاتي في المعاملات ترتّب الآثار عليها، فإذا تعلّق النهي بها دلّ على عدم وجود ما هو المقصود من المعاملة فيه، وهو ترتّب الأثر. (مختلف الشيعة ٣: ٥٩٠، مسالك الأفهام ١١: ٢٦٩، الحدائق الناضرة ١٠: ١٧٧، الرسائل الفقهية للوحيد: ٣٠٠، رياض المسائل ٤: ٧٠، العناوين للمراغي ٢: ٣٧٦ ـ ٣٨٠، جواهر الكلام ١١: ٣٠٦، أصول الفقه للمظفّر: ٣٥٧ ـ ٣٥٩، المعتمد في شرح المناسك ٢٨: ٤٧).

---

١. البيان والتحصيل ١: ٢٧٣.

٢. المحلّىٰ بالآثار ٩: ٢٦.

٣. النوادر والزيادات ١: ٤٦٩، أحكام القرآن لابن العربي ٤: ١٨٠٦، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٢٦ ـ ٢٧.

٤. المحلّىٰ بالآثار ٩: ٢٨.

٥. سورة النور: الآية ٣٧.