

التَّائِبُ الْمَذْهَبُ

لِأَحْكَامِ الْمَذْهَبِ

شَرْحُ مَبْنَى الْأَرْهَارِ فِي فِئَةِ الْأُمْنَةِ الْأَطْمَارِ

تَأَلَّفَ

الْقَاضِي الْعَلَّامُ أَحْمَدُ بْنُ قَاسِمٍ لَعْنَسِي الْيَمَانِي الصَّنْعَائِي

الْجُزْءُ الثَّانِي



دار الحكمة اليمنية

لِلطَّبَاعَةِ وَالنَّشْرِ وَالتَّوْزِيعِ وَالْإِعْلَانِ

جميع الحقوق محفوظة
١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿١٣٩﴾ كتاب النكاح

النكاح في اللغة ورد بمعنى الضم والوطء : يقال تناكحت الأشجار إذا تمايلت وانضم بعضها إلى بعض . ويقال نكح زوجته أى وطئها بمعنى عقد النكاح : يقال نكح فلان من فلان ابنته أى عقد عليها . وفى عرف الشرع هو العقد الواقع على المرأة بملك الوطاء دون الرقبة . فقولنا بملك الوطاء : احترازاً من المستأجرة للخدمة أو أى عمل . وقولنا دون ملك الرقبة : احترازاً من عقد الشراء فى الأمة فإنه عقد واقع على المرأة بملك الوطاء وليس بنكاح لأنه يتناول ملك الرقبة والوطء . واختلف العلماء هل النكاح حقيقة فى الوطاء مجاز فى العقد ، أم العكس ، أو حقيقة فيهما ؟ : فذهبنا أنه حقيقة فى العقد مجاز فى الوطاء عكس المعنى اللغوى .

﴿ فصل ﴾

﴿ يجب على من يعصى ﴾ ولو بالنظر أو التقبيل أو نحوهما ﴿ تركه ﴾ أى إذا كان الرجل أو المرأة يعلم أو يغلب فى ظنه أنه إن لم يتزوج ارتكب الزنى أو ما فى حكمه وهو نكاح البهيمة أو ما يقرب منه كنكاح يده ، أو كان عليلًا يخشى أن يباشر عورته من لا يجوز له مباشرته لزمه أن يتزوج وهذا إذا لم يمكنه الترسى أو كان لا يحصنه . ولا يسقط وجوب النكاح على من عرف من نفسه أنه لا يترك المحظور ولو تزوج لأنه مع الزواج يكون أقل عصياناً ولو لم يكن إلا فى حال مباشرتها فإنه فى تلك الحال يُشغل عن المحظور بخلاف ما إذا كان متمزباً فهو متفرغ للمعصية فى جميع

حالاته . وأما الصنير سواء كان ذكراً أو أنثى فلا يجب على وليه تزويجه ولو عرف أنه إن لم يزوجه ارتكب الزنى .

﴿ فرع ﴾ فلو كان لا يخشى الوقوع في المحذور إلا في المستقبل ولا يتمكن من الزواج إلا في الحال وجب لأنه من التحرز عن العصيان ولهذا فإن الزهد في النكاح غير مشروع .

﴿ ويحرم على ﴾ الرجل ﴿ العاجز عن الوطء ﴾ للنساء أن يتزوج ﴿ من ﴾ يعرف أو يظن من حالها أنها إذا لم يتفق لها جماع من الزوج ﴿ تمعى لتركه ﴾ بمعنى ترك الوطء بأن تفعل الزنى أو نحوه لأنه يكون سبباً في عصيانها فقمح السبب اقبح السبب وهذا من القياس المرسل الملائم وهو معتبر .

﴿ و ﴾ يحرم النكاح أيضاً على ﴿ عارف التفريط من نفسه ﴾ بدم القيام بالحقوق الزوجية الواجبة بخلّاً أو كسلاً ﴿ مع القدرة ﴾ على ذلك لا مع عدمها فلا يحرم عليه . قال في شرح الأنوار : « وكذا يحرم على المرأة إذا كانت عارفة من نفسها عدم القيام بحقوق الزوج » .

﴿ و ﴾ لكنّه في هاتين الحالتين ﴿ ينمقد ﴾ إذا عقد ﴿ مع ﴾ حصول ﴿ الإثم ﴾ بالدخول فيه . ﴿ ويندب ويكره ما بينهما ﴾ أى بين الواجب والمحذور ، فإن كان يشق به ترك النكاح وهو لا يخشى الوقوع في المحذور ولا صارف له عن النكاح من الأمور الدينية فإنه حينئذ يكون مندوباً ، وأما المكروه فنحو أن يتزوج وهو مظهر التحليل أو يعرف تجزئه عن القيام بالحقوق لفقره أو عدم القدرة عن التكسب أو عن الوطء وهى تنضرر بتركه ولا يخشى عليها الوقوع في المحذور فإنه يكون مكروهاً ﴿ ويباح ما عدا ذلك ﴾ أى ما لم يحصل فيه وجه الوجوب ولا وجه الحظر ولا وجه التندب ولا وجه الكراهة .

﴿ وتحرم الخطبة ﴾ بكسر الخاء وكذا الإجابة ﴿ على خطبة المسلم بعد التراضي ﴾

وذلك نحو أن يخطب المسلم امرأة ويقع التراضي بينهما فلا يجوز لغيره أن يخطبها ويرغبها في نفسه بما يرغب بمثله من زيادة في المهر أو نحو ذلك . وكذا لو رغبت المرأة في رجل فأجابها وهي له رابعة وإن كانت ممن يحرم الجمع بينهما أو لم يرد الزيادة على واحدة فإنه يحرم على غيرها أن تعرض نفسها عليه لما في ذلك من الإفساد على الأول وهو وجه النهي فأما قبل المراضاة فيجوز أن يخطب المرأة رجلان أو أكثر لأن الأصل الإباحة ما لم يعلم التراضي والمبرة برضاء البالغة العاقلة إذا كان الزوج كفواً ولو لم يرض وليها وفي غير الكفو رضائها ورضاء وليها والصغيرة رضاء وليها والأمة سيدها .

﴿ فرع ﴾ ومن خطب خمس نسوة دفعة واحدة ورضين لم يجز لغيره خطبة أيهن حتى يستكمل أربعاً أو يأذن .

﴿ و ﴾ تحرم خطبة المرأة وهي ﴿ في العدة ﴾ ^(١) من الزوج الأول ﴿ إلا التعريض ﴾ بالخطبة فإنه يجوز ﴿ في المبتوتة ﴾ وهي التي طلقها بائن أو مفسوخه أو متوفى عنها أو مقيدة عن اللعان فإنه يجوز في حقها التعريض في العدة ولا يجوز التصريح . وأما غير المبتوتة وهي التي طلقها رجعي فلا يجوز تعريض ولا تصريح . والتعريض هو أن يقول لها إذا انقضت عدتك فلرب راغب فيك . والتصريح هو أن يقول : أنا خاطب لك أترضييني لك بعلًا أو نحو ذلك . فإن تزوجها بعد الخطبة المنهى عنها صح النكاح وأنهم مع العلم .

﴿ و نذب ﴾ ^(٢) في النكاح إن كان واجباً أو مندوباً ﴿ عقده في المسجد ﴾ ويجوز

(١) لغير زوجها والمستبرأة عن نكاح باطل أو وطء شبهة فلا يجوز خطبتها اهـ .

(٢) وندب استشارة الأم في تزويج ابنتها وذلك لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « أمرنا

النساء في بناتهن » رواه أحمد وأبو داود .. قال في النهاية وذلك من جهة استطابة نفوسهن لاذ هو أدعى للألفة وخوفاً من وقوع الوحشة بين الزوجين إذا لم يكن برضاء الأم إذ البنات إلى =

في المباح والمكروه ولا يجوز في المحظور ﴿ و ﴾ نذب ﴿ الفشار ﴾ بعد العقد من الزوج أو الزوجة أو الولي للحاضرين من زبيب أو تمر أو نحوها ويحسن بالدرهم والدنانير ويجوز التهوية بالنثار في المسجد ﴿ و ﴾ نذب عندنا ﴿ انتهابه ﴾ بشرط أن لا يعرف من صاحبه الكراهة وأن يكون قد وقع على الأرض ، ويتبع العرف في أخذه كله أو بمضه أو تلقّيه قبل وصول الأرض ونحو ذلك . والولية أيضاً مندوبة ولو بشاة أو طعام بغير لحم والمستحب أن تكون بعد العقد ولا فرق بين أن تكون قبل الدخول أو بعده لكن لا تتمدّى السابع وهو من يوم الدخول وما بعده إلى يوم السابع إذ تكون بعده في حكم المفعول لا لأجله . والحاصل أن المندوب وليمان فإن اجتمعا في سبع كفت لهما وليمة واحدة .

﴿ و ﴾ نذب ﴿ إشاعته بالطبول ﴾ وغيرها مما يظهره عن كتمه إذ الم شروع البالغة في إظهاره عكس ضده . قال في الكافي ولا خلاف أنه يجوز ضرب الطبل والبوق وهو النفير والصنج وهو نحاس على نحاس يضرب به على غير ألحان المعاصي ﴿ لا التدقيقف ﴾

== الأثمان أميل وفي سماع قولهن أرغب ولأن الأم ربما علمت من حال ابنتها امراً خافياً لا يصلح معه الجلع من غلة أو سبب لا يصلح معه النكاح ، ونذب للزوج أن يتحري البكر ذات الدين والجمال والعقل والمال والحسب والنسب وكونها ولوداً ودوداً ذات قرابة غير قريبة أو أجنبية والبيدة أولى من الأجنبية ، بالغة إلا الحاجة أو مصلحة ، خفيفة المهر ، ذات خلق حسن ، وأت لا يكون لها ولد من غيره إلا لمصلحة ، وأن لا تكون مطلقة يرغب فيها مطلقها ، وأن لا يزيد على واحدة إلا الحاجة ، وخطبة النكاح مستحبة قبل العقد وهي كما في الحديث : (إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله) « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومع يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيماً » والحديث أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وفي رواية بمحذف « إن » قال في البحر : « ويندب خطبتان الأولى من الولي قبل العقد والثانية من الزوج سألته ويغفر تغلها بين الإيجاب والقبول » اه .

المثلث وهو ما يطرب ويدعو إلى اللهو والغناء فإيهما لا يجوزان عندنا في عرس ولا غيره سواء كان بدفٍ أو طبل أو مزمار أو نحو ذلك وسماعه كفعله، لا سماعه بغير عناية فلا يجب سد الأذنين ، فأما إذا كان التدفیف على غير الحان المنين جاز . ذكره المؤيد بالله وأبو العباس وسندكر إن شاء الله في آخر فصل ٤١٧ في الحدود ما يجوز وما لا يجوز من الغناء واللعب .

﴿مسئلة﴾ اعلم أنه يجوز بل يندب للرجل النظر إلى جميع الوجه والكفين من المرأة إذا أراد خطبتها فإن حصل التفصيل بنظرة واحدة لم يجز له التكرير وإلا جـز له حتى يتحقق . وإنما يجوز له النظر إذا لم تقارنه شهوة أى تلذذ فإن قارنته شهوة لم يجز . وإذا عجز الخاطب عن النظر بعث امرأة تنظر إليها وتصفها له ولو وصفت له كل بدننها فإنه جائز ، ووقت النظر أن يكون بعد المزم وقبل الخطبة لئلا يتركها بعد الخطبة فيشتق عليها . ولا يتوقف النظر على إذننها ولا إذن وليها اكتفاء بإذن الشارع ولئلا تنزین فيفوت غرضه . ويشترط أن يعلم أنها فارغة لا مزوجة ولا معتدة ولا مخطوبة من غيره وأن يظن أنه يحجب إلى خطبته وأن يكون عازماً على زواجها . ويجوز للمرأة أيضاً أن تنظر إلى وجه الخاطب ﴿ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف﴾ وهذا من نظام الإسلام دين الرحمة والعواطف الرقيقة والحكمة والإحسان في كل شىء .

﴿فصل﴾

﴿١٤٠﴾

في تفصيل من يحرم نكاحه . ﴿و﴾ اعلم أنه ﴿يحرم على المرأة﴾ ذكر آ كان أم أنثى ﴿أصوله﴾ وهى الأمهات والجذات من قبيل الأم والأب وأبويهما ماعلوا ﴿وفصوله﴾ ولو من زنى وهن البنات وبناتهن وبنات بنين وبنات البنين وبنات بنينهم وبنات بناتهم ماسفلوا ، وكذلك الأنثى يحرم عليها أولادها وأولاد أولادها وأولاد بناتها وأولاد بنات بناتها ماسفلوا ﴿ونسائهم﴾ أى ونساء أصوله وفصوله ماعلوا وما سفلوا

وسواء الزوجات والمملوكات وسواء قد كان وطئ الأصل أو الفصل الزوجة أو عقد عليها ففقط ، وأما المملوكة فلا بد أن يكون قد نظر أو لمس لشهوة أو نحو ذلك .

﴿ و ﴾ يحرم عليه ﴿ فصول أقرب أصوله ﴾ لا نسأؤهم ، وأقرب أصوله هم الأب والأم فيحرم عليه فصولهما وهم إخوته لأبيه وأمه أو لأحدهما وبناتهم وبنات بنهم وبناتهن ماسفلوا . وضابطه : كل أنثى انتهت إلى أبويك أو إلى أحدهما بطريق الولادة بواسطة أو بغير واسطة ذكر آ كان بواسطة أو أنثى ﴿ وأول فصل من كل أصل قبله ﴾ أى كل أصل قبل أقرب أصوله لا يحرم من أصوله إلا أول بطن دون ما بعده فتحرم العمة والخالة لأنهما أول بطن من الأصل الذى قبل الأب والأم ويحل فصولهما . وقوله من كل أصل يدخل فى ذلك عمة الأب ^(١) وخالته وعمة الأم وخالتها وكذلك عمة الجد وخالته وعممة الجدة وخالتها ماعلون .

ويحرم على المرأة لمصاهرة زوجات أصوله وزوجات فصوله من النسب أو الرضاع ﴿ وأصول من عقد عليها ﴾ ^(٢) عقد نكاح صحيح أو فاسد ولو لم يدخل بها بصورة ذلك أن ترضع زوجة الطفل أخته أو من يحرم عليه نكاحها فيفسخ النكاح ثم ترضع الصبي زوجة رجل آخر وهو فى الحولين فإنها تحرم زوجة الطفل على أبيه الذى أرضعته زوجته . قال فى البحر : « وأما هى فيحرم عليها أصوله وفصوله بمجرد نفس العقد » أى ما حرم من ذلك على الرجل حرم على المرأة لكن لا يعتبر فيها الدخول لأجل تحريم أولاد زوجها عليها ﴿ لا فصولها ﴾ أى لا يحرم عليه فصول من عقد عليها بمجرد العقد ﴿ ولا هما من المملوكة ﴾ أى ولا يحرم أصول المملوكة ولا فصولها بمجرد ملكها ولو اشتراها للسرى وهو الوطء لأن الملك لا يقتضى التحريم وحده فصار فصول الزوجة وفصول السرية وأصولها لا يحرم من ﴿ إلا بعد وطء أو لمس لشهوة ﴾ يعنى بعد

(١) ما لم تكن عمة الأب من الأم فتحل صمتها اه .

(٢) وأما هى فيحرم عليها أصوله وفصوله بمجرد نفس العقد . اه بحر .

عقد النكاح والملك وكان في حال الحياة^(١) ولو صغيرة صالحة أو مجنونة ﴿ولو﴾ لس الزوجة أو المملوكة ﴿بمائل﴾ غير كفيف بينه وبين جسمها وحصل معه غمز أو أعتاد فإن ذلك يقوم مقام الوطء في اقتضاء التحريم إذا قارنته الشهوة وهي التلذذ ﴿أو﴾ حصول ﴿نظر﴾ إلى الزوجة^(٢) أو الأئمة لشهوة فإنه يقتضي التحريم بشرط انفصال شمع ﴿مباشر﴾ لشيء من جسمها أو شعرها متصل في الحياة . لا لو نظر إليها وتم حائل فلا يقتضي التحريم لأنه لا يحصل به استمتاع مع الحائل ، وفي حكم النظر للمس الذي لا غمز معه ولا اعتماد مع الحائل الكفيف فلا يحرم ولو قارنته شهوة . قال في البيان « وكذلك الخلوة بالزوجة لا توجب التحريم ﴿ولو﴾ نظر إليها من خلف صقيل ﴿نحو أن تكون منغمسة في الماء الصافي فينظر إليها أو نظر إليها من خلف زجاج ليس بغليظ مانع فإن ذلك يقتضي التحريم إذا قارنته الشهوة ﴿لا﴾ إذا نظر إليها ﴿في سراة﴾ ﴿نحو أن تكون المرأة في يده مقابلة لوجهه والمرأة من خلفه فينظر إلى وجهها في المرأة فإن ذلك لا يقتضي التحريم ولو لشهوة . وهذا في الزوجة والأئمة لا الأجنبية فلا يجوز النظر إليها على أى صفة كانت .

﴿والرضاع في ذلك كالنسب﴾ أى يحرم به ما يحرم بالنسب : فيحرم على مرضعته وزوجها صاحب اللبن وأصولهما وأزواجهما وفروعهما وأول كل فرع من كل أصل لها ويحرم عليهما الرضيع وفروعه وأزواجهم وسواء كان الفروع والأصول من النسب أو من الرضاع .

﴿مسألة﴾ النكاح الذى يعقد على الصغار الرضع لأجل النظر إلى أمهاتهن

(١) لا ما حصل بعد الموت من وطء أو نحوه فلا يقتضي التحريم للأصول من الزوجة ولا لأصول المملوكة ولا فصولها اهـ .

(٢) بخلافها فيقال لو نظرته لشهوة أولسته أو قبلته لشهوة منها من غير شهوة منه فلا يقتضي ذلك تحريم فصولها عليه اهـ .

من النسب أو الرضاة ولم يكن العقد مقصوداً للوصلة والمزاوجة والنسبة بل مجرد النظر فقط إلى المرأة المحرمة بسببه صحيح وإن كان القصد مجرد النظر، وقرر هذا الإمام المتوكل على الله إسماعيل وهو صريح مذهب الإمام الهادي عليه السلام .

وقوله « غالباً » ^(١) قال في شرح ابن مفتح : يحتز من ست فإنها تحرم لأجل النسب ولا تحرم لأجل الرضاة : « الأولى » أخت الابن من الرضاة فإنها تحل لأبيه ولا تحل له أخت ابنه من النسب لأنها تكون بنته أو ريبيته . « الثانية » عمه الابن من الرضاة فإنها تحل لأبيه والعكس ولا تحل عمه الابن من النسب لأنها أخت . « الثالثة » جدة الابن من الرضاة أم أمه وأم أبيه من النسب فإنها تحل لأبيه من الرضاة ولا تحل جدة الابن من النسب لأنها أم الأب أو أم زوجته . « الرابعة » أم الأخ من الرضاة التي ولدته فإنها تحل لأخيه لأمه من الرضاة ولا تحل أم الأخ من النسب لأنها أم أو امرأة أب . « الخامسة » عمه الأخ من الرضاة ^(٢) فإنها تحل لأخيه من الرضاة . « السادسة » خالة الأخ من الرضاة ^(٣) فإنها تحل لأخيه من الرضاة .

﴿ نعم ﴾ والتحقيق ان الاحتراز بغالباً لا معنى له ولا مقتضى لتحريم هؤلاء المستثنيات لأن الثلاث الأول لم يحرم على الأب من النسب لكونهن أخت ابن وعمه ابن وجدة ابن، بل لكون الأولى بنتاً أو ريبيته والثانية لكونها أختاً والثالثة لكونها أمًا أو أم زوجة وكذلك الباقيات. وقول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم « ويحرم

(١) وأحسن ما قيل في حصر من يحرم بالرضاة ومن لا : قواه :

أقارب ذى الرضاة بانتساب أجانب مرضع الابنيه
ومرضعة قرابتها جميعاً أقاربه ولا تخصيم فيه
قال في الأم ومن حق هذين البيتين أن يكتباء بقاء الذهب بل بعين الذهب انتهى .

(٢) ومن النسب إن اختلف الأبوان اهـ

(٣) ومن النسب إذا اختلف الأمهات اهـ .

من الرضاة ما يحرم من النسب « المراد من هذا التشبيه تحريم التناكح عل من رضع وجواز النظر والخلوة والمسافرة لأعلى الغير فأخوه وأبوه لا تعلق لهم برضاة، وأخت الابن أجنبية .

﴿ و ﴾ أما ما يحرم لغير النسب والرضاع والمصاهرة بل لأجل صفة فذلك ثلاثة عشر صنفاً من النساء : « الأولى » ﴿ المخالفة ﴾ له ﴿ في الملة ﴾ فلا تحل الكافرة للمسلم ولا المسلمة للكافر ولا اليهودية للنصراني ولا العكس ، وكذلك كل امرأة تخالف الرجل في ملته فإنها تحرم عليه ويحرم عليها سواء كانا كافرين أم مسلماً وكافراً ولو كانت المرأة كتائية من اليهود والنصارى فلا يجوز نكاحها . هذا هو المختار للمذهب . وعن الصادق والباقر وأبي حنيفة والشافعي أنه يجوز نكاح الكتائيات ﴿ و ﴾ « الثانية » ﴿ المرتدة ﴾ عن دين الإسلام فإنها محرمة على كل أحد: مسلم وكافر أصلي ومردة مثلها ، وكذا المرتدة لا يحل لكل امرأة ﴿ و ﴾ « الثالثة » ﴿ المحصنة ﴾ وهي التي تحت زوج فإنها لا تنكح ولا يطأها سيدها إذا كانت أمة ﴿ و ﴾ « الرابعة » ﴿ الملاحنة ﴾ فإنها تحرم على زوجها بعد اللعان تحريماً مؤبداً كما سيأتي إن شاء الله تعالى في فصل (١٨٦) ﴿ و ﴾ « الخامسة » ﴿ الثالثة ﴾ أي مثلثة وهي التي طلقها ثلاثاً كاهن واقعات بأن تخللتهن الرجعة فإنها لا تحل لطلقها ﴿ قبل التحليل الصحيح ﴾ والعبرة بمذهبها هي والزواج الآخر في كون النكاح صحيحاً أم لا فإن اختلف مذهبهما لم يصح إلا أن يحكم به حاكم عند ترافعهما إليه .

﴿ فرع ﴾ قال في البيان : وإذا طلقها الثاني وادعت أنه قد وطئها وأنكر قبل قولها حلت للأول ما لم يظن كذبها وكذا إذا ادعت أنها قد تزوجت آخر ودخل بها حلت للأول إن لم يظن كذبها ، فلو أنكرت دخول الثاني بها وادّعاء هو وبين به لم تحل للأول .

﴿و﴾ « السادسة » ﴿المعتدة﴾ انغير من اعتدت منه عن نكاح صحيح أو فاسد أو وطء شبهة أو وطء ملك كأم الولد لقوله تعالى : «ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله» ﴿و﴾ « السابعة » ﴿الْحُرْمَةُ﴾ فإنه لا يجوز نكاحها حتى تحل الإحرام وسواء كان الإحرام صحيحاً أو فاسداً عن واجب أو نفل لوجوب المضي فيه . ﴿و﴾ « الثامنة » هي ﴿الخامسة﴾ ان كان تحتها أربع زوجات فإنها تحرم عليه . ﴿و﴾ « التاسعة » النساء ﴿اللتبسات بالمحرّم﴾ إذا كن ﴿منحصرات﴾^(١) أى إذا علم أن رضيمته له دخات بين نساء منحصرات كنسوة قريبة صغيرة والتبست أيتهن رضيمته لم يجوز له أن يتزوج واحدة من أولئك النساء اللتبسات بالمحرّم حتى يعلم أن تلك المنكوحة غير المحرم ولا يكتفى في ذلك الظن . ﴿و﴾ « العاشرة » ﴿الخنثى المشكل﴾ وهو الذى له ذكر كالرجل وفرج كالمرأة أو ثقب تحت السرة يخرج بوله منهما ولم يسبق أول مرة من أحدهما فإن هذا مشكل أرجل هو أم امرأة فيحرم عليه النكاح فلا يشكح امرأة ولا ينكحه رجل ويلزمه الحجاب من الرجال والنساء إلا المحارم، ولا يجوز له أن يلبس ما هو محرم على الرجال ولا ما هو محرم على النساء، ولا يسافر إلا مع محرمه . فإذا سبق بوله أول مرة من الذكر فهو ذكر فتجربى عليه أحكام الذكور وإن سبق بوله أول مرة من فرج الأنثى فهو أنثى فتجربى عليه أحكام الأنثى .

﴿و﴾ « الحادية عشرة والثانية عشرة » ﴿الأمّة﴾ يحرم تزويجها في موضعين : « أحدهما » حيث تنكح ﴿على الحرة﴾ فإنها لا تحل حينئذٍ ﴿وإن رَضِيتُ﴾ الحرة بذلك لم يكن رضاها تأثير في جواز ذلك سواء كان الزوج حراً أم مملوكاً . قال في الكافي : « فلو تزوج أمة بغير إذن مولاهما ثم تزوج حرة ثم أجاز السيد لم يصح نكاح الأمة لأن المقد عليها لم يتم بالإجازة إلا وقد صارت تحت حرة » ﴿و﴾ « الموضع الثانى » حيث

(١) وقد حدد ذلك : لو اجتمع نسوة في صعيد لأمكن آحاد الناس ضبطهن بالميسرة دون أهل الذكاء والحدة وفيهن من تحرم عليه حرمن عليه كلهن اهـ .

يكون نكاحها ﴿الحرة﴾ فإنها تحرم عليه ﴿إلا﴾ بشرطين: أحدهما حيث يكون نكاحها ﴿لعنت﴾ بكسر النون أى خائف الوقوع فى المحذور ولو نظرا أو تقبيلا . الشرط الثانى : حيث ﴿لم يتمكن﴾ ذلك الحر ﴿من﴾ نكاح ﴿حرة﴾ مؤمنة محصنة عفيفة كفوة إما لفقر أو عاهة أو سقوط نسب فعند هذين الشرطين يجوز للحر نكاح الأمة . قال أبو حنيفة : ويجوز له أكثر من واحدة على حد ما يجوز من الحرائر وهو المذهب .

﴿و﴾ « الثالثة عشرة » ﴿امرأة مفقود﴾ وهو الذى لا يظن فى أى جهة هو ﴿أو غريق﴾ نحو أن يبحر رجل وغرقت سفن هو فى إحداها ولم يعلم هل غرقت سفينته أم لا وهل قد مات أم لا فإنه لا يجوز لامرأة هذين الشخصين أن يتزوج ولا لأحد أن يتزوج بها ﴿قبل صحة﴾ أحد أمور أربعة وهى ﴿ردته أو طلاقه أو موته﴾ هذه ثلاثة أمور لا تثبت صحتها إلا بالتواتر وبخبر عدلين أو رجل وامرأتين أو علم الحاكم ولا يكفى خبر العدل الواحد ولو أفاد الظن فاما إذا لم يحصل لها علم بذلك فلا يجوز لها النكاح حتى يضح لها بينوتها بأحد الأمور الثلاثة « والرابع » قوله ﴿أو مضى عمره الطبيعى^(١) والعدة﴾ أى لا يجوز لها أن تتزوج قبل مضى العمر الطبيعى والعدة ونمى بالعدة عدة الوفاة . قال القاسم والمرضى وأبو طالب : والعمر الطبيعى هو مائة وعشرون سنة من يوم مولده . ونمى بالطبيعى أن العادة جارية أن الله سبحانه وتعالى لا يممر أحداً فى ذلك الوقت أكثر من ذلك القدر فى الغالب، فلو التبس عليها يوم مولده فإن

(١) (فائدة) قد رأينا إماماً للفائدة أن نرصد التاج بجواهر الخبرات لإمام العصر مولانا أمير المؤمنين المتوكل على الله يحيى بن محمد حميد الدين أيده الله فإنه لما كان منه الإلزام على ملازمة المذهب الشريف فى جميع المعاملات إلا فى مسائل فإن فصله فى العلوم أداه إلى استثنائها لمصالح العموم تبعاً منه لدليل الكتاب والسنة كما هو شأن كل مجتهد وإمام عادل يفكر فى مصالح رعيته ويرعى حقوق أمته . ولهذا اشترط أهل المذهب الشريف من شروط صحة دعوة الإمامة الآية =

كانت راجية لحصول شهادة تامة على يوم مولده وجب عليها التبرص حتى تحصل الشهادة . فإن أيسر من ذلك رجعت إلى تقدير سنى من هو مثله في العمر واحتاطت ويكنى الظن في رجوعهما إلى مثله فإن أعجزها ذلك بنت على الأقل وهو خمسة عشر سنة من مولده إلى يوم عقده بها سواء كان هو العاقد أو وليه .

﴿ ويصح ﴾ النكاح ﴿ بعدها ﴾ أى بعد صحة أحد الأمور الأربعة وهى ردته أو طلاقه أو موته ، أو مضى عمره الطبيعى والمدة ، فتى صح أحد هذه الأمور جاز النكاح بعد المدة . ولا بد عند أهل المذهب بعد مضى العمر الطبيعى من اعتبار الظن بموته بعد مضى هذه المدة ، ولا تستنفق من ماله والمبرة بظن الزوجة إن كانت بالغة عاقلة وإلا فولى النكاح أو من يريد نكاحها .

﴿ فإن ﴾ تزوجت امرأة المفقود بعد أن صح لها ردته أو طلاقه أو موته أو مضى عمره الطبيعى والمدة ثم ﴿ عاد ﴾ ذلك المفقود وقد صارت تحت الثانى ﴿ فقد نفذ ﴾

== فى السير فى فصل (٤٥٦) أن تكون الدعوة من « مجتهد » فى العلوم وليس المراد من شرط الاجتهاد ايتسكن من اجراء الشريعة على قوانينها إذ يتمكن من ذلك مع التقليد ، بل المراد من شرط الاجتهاد ليكون منصفا غير متصب لمذهب من المذاهب ولا لتعلة من النحل ولا يكون كذلك إلا المجتهد فن كان كذلك فهو القائم فى مقام النبوة مترجم عنها حاكم باحكامها يرتضى المسلمون على اختلاف مذاهبهم . مهبا هجروا الجمود وجملوا الانصاف رائدتم إلى كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وآله وسلم . « نعم » وقد علقنا كل اختيار فى محله مستندين فى النقل على ما نقلناه من المحكمة الشرعية الاستثنائية بصناء الدين . ومن (صراط العارفين ، إلى إدراك اختيارات أمير المؤمنين) لناظمها وشارحها القاضى العلامة عبد الله بن عبد الوهاب المجاهد السباحى .

فن اختياراته أيده الله : فسخ نكاح امرأة الغائب بأربعة شروط (الأول) إذا غاب الزوج غيبة منقطعة ولم يعرف فى أى جهة وجهه حاله ، (الثانى) بعد مضى أربع سنوات ، (الثالث) اعساره واعسارها ولم يكن من أهلها من يلزم عليه الإنفاق لها ولا وجد من يتبرع بالإففاق عن ذلك الزوج ، (الشرط الرابع) طلبها الفسخ اه .

نكاحها ﴿في﴾ الصورتين ﴿الأوليين﴾ وذلك حيث تزوجت وقد صح لها أنه كان ارتد أو طلق ^(١) بالشهادة الكاملة لكن يشترط أن تكون تلك الشهادة قد حكم بها الحاكم ولم تجرح بعد الحكم بجمع عليه، فإن لم يكن قد حكم بها حاكم بقي النكاح الثاني موقوفاً على المرافعة والحكم فإن حكم لها بيمينتها صح النكاح الثاني . وإن لم يحكم لها بطل نكاحها بالثاني ورجعت للأول لأن شهادتها خسر انكشف عدم العمل به .

﴿لا﴾ إذا عاد في الصورتين ﴿الآخرتين﴾ وهما حيث تزوجت وقد كان صح لها موته . أو مضى عمره الطبيعي ﴿فيبطل﴾ النكاح الثاني ولو قد حكم الحاكم بذلك لأنه انكشف بطلان ما حكم به قطعاً . فأما لو لم يكن قد حكم به فأولى وهذا إذا صادفته الزوجة كونه الزوج الأول أو صادفه الزوج الثاني أو يقيم البينة على أنه الزوج ويحكم بها .

﴿و﴾ إذا بطل النكاح الثاني واستردها الأول وجب أن ﴿تستبرى﴾ له ﴿من ماء الثاني حيث قد وطئها ، فلا يطأها حتى يستبرئها بثلاث حيض إن كانت حائضاً وبثلاثة أشهر إن كانت صغيرة مدخولة أو آيسة فإن انقطع حيضها لمرض معروف أو غير معروف فبأربعة أشهر وعشر فلا يطؤها حتى يستبرئها بذلك أو بوضع الحمل إن كانت حاملاً وأمكن إلحاقه بالثاني فإن لم يمكن إلحاقه به بل بالأول فلا تعتمد به لأيهما .

﴿فإن مات﴾ الزوج الأول ﴿أو طلق﴾ أو ألحق أو فسخ النكاح بينهما بعد أن عاد ﴿اعتدت منه أيضاً﴾ فتقدم المرأة الاستبراء من الثاني ثم تعتمد لطلاق الأول أو موته . ﴿و﴾ الزوج الأول يجوز ﴿له الرجعة فيهما﴾ أى في العدتين باللفظ والعقد في الرجعى : وهما استبرأؤها من الثاني وعدتها من الأول لكن ﴿لا﴾ يجوز له ﴿الوطء﴾

(١) وثبتت الخصومة في الطلاق بينها وبين الأول فإن أقرت بعد رجوع الأول أنه لم يطلق ولم يرتد ثبتت الخصومة بين الزوجين ولا حكم لإقرارها لأنه يبطل حقه بذلك اهـ

ومقدماته ﴿في﴾ العدة ﴿الأولى﴾ وهي عدتها من الزوج الثاني لوجوب الاستبراء كما تقدم ﴿ولاحق لها فيها﴾ أى لاحق للمرأة في العدة الأولى على أى الزوجين من نفقة ولا كسوة ولا شكنى . ﴿و﴾ عدتها من الثاني والأول ﴿لا يتداخلان﴾ عندنا وصورة عدم التداخل أن تستبرى من الثاني شهرين مثلاً ثم يطلقها الأول أو يموت بمد مضى الشهرين فإنها تستكمل عدة الاستبراء ثم تبدى الثانية .

﴿ويحرم الجمع بين من لو كان أحدهما ذكراً حرم على الآخر﴾ هذا عقد ضابط لمن يحرم الجمع بينهما في النكاح ملكاً ونكاحاً كالأختين وكالعمة وبنت أخيها والخالة وبنت أخيها . وقوله «من الطرفين» احترازاً من أن يحرم أحدهما على الآخر من طرف واحد فقط مثل زوجة الرجل وبنته من غيرها فإنه يجوز للإنسان أن يتزوج بنت رجل وامرأة له غير أم البنت إذا كانت قد بانت منه لأنها إذا قدرنا الذكر هي البنت حرمت عليها المرأة لأنها امرأة أبيها وإن قدرنا المرأة هي الذكر لم تحرم عليها البنت لأنها تكون أجنبية .

﴿فإن جمعهما عقد﴾ واحد نحو أن يعقد على الأختين مماً أو على المرأة وبنت أخيها مماً أو نحو ذلك مع كونهما مماً ﴿حرتين أو أمتين بطل﴾ العقد لأنه لا يخصص لصحة أحدهما دون الأخرى . فأما إذا كانت إحداهما أمة صح نكاح الحرة وبطلت الأمة^(١) لأن نكاح الأمة لا يصح إلا بشرط والحرة يصح من غير شرط فسكران هذا مخصصاً لصحة نكاح الحرة دون الأمة ﴿كخمس حرائر أو﴾ خمس ﴿إماء﴾ جمعهن عقد واحد فإن العقد يبطل لعدم المخصص لإحداهن بخلاف ما لو كان بعض الخمس حرائر وبعضهن إماء فإن العقد يصح بالحرائر دون الإماء حيث كان الزوج حراً . قال الإمام عليه السلام ولم نقصد بقولنا كخمس قياس الأختين على الخمس وإنما أردنا مجرد التشبيه توصلنا إلى ذكر الخمس .

(١) حيث كان الزوج حراً لا عبداً فيبطل فيهما وحيث تكونان قريبتين ولا يصح فيها اهـ .

﴿ لا ﴾ إذا جمع في عقد واحد بين ﴿ من يحل ﴾ له نكاحها ﴿ و ﴾ من ﴿ يحرم ﴾ عليه نحو أن يجمع في عقد بين وضيئته وأجنبية فإن العقد لا يبطل حينئذ ﴿ فيصح من يحل ﴾ دون من يحرم فقتعين الأجنبية دون الرضيعة .

﴿ وكل وطء لا يستند إلى نكاح أو ملك صحيح أو فاسد لا يقتضى التحريم ﴾ فلو أن رجلاً وطئ امرأة حراماً أو غاطاً أو بنكاح باطل أو ملك باطل لم يحرم عليه أصولها ولا فصولها ولا تحرم هي على أصوله ولا فصوله . وكذا لو وطئ أم امرأته لم تحرم عليه ابنتها ولو وطئ امرأة ابنه لم تحرم على زوجها ونحو ذلك . وأما إذا استند الوطء إلى نكاح أو ملك صحيحين أو فاسدين اقتضيا التحريم .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٤١ ﴾

﴿ ووليّه ﴾ أى ولى عقد النكاح فى الحرية ﴿ الأقرب فالأقرب ﴾ فلا ولاية للأب مع وجود الأقرب كالأخ مع الابن ولو من زنى حيث يعقد لأمه . قال فى الزهور : « وإذا زوج المرأة فضولى ولها وليّان صغير وكبير أو قريب وبعيد ثم مات الكبير أو القريب فليس للأب بعد الإجازة بل يبطل العقد لأنها ليست له حال العقد » . والأصغر ﴿ المكاف ﴾ فلا ولاية للصبي والمجنون « الذكر » ﴿ الحر ﴾ الحلال الموافق فى الملة ﴿ من عصبة النسب ﴾ فلا ولاية للقريب الذى ليس بعصبة كالخال والأخ لأم لأنهما من ذوى الأرحام ، ولا ولاية لهم على النكاح إذا لم يكونوا عصبات .

﴿ واعلم ﴾ أن أقرب العصبة هو الابن ثم ابنه مازل ، ثم الآباء ، وأقربهم الأب ثم أبوه ثم كذلك ما علوا ، ثم الإخوة لأبوين ، ثم لأب ، ثم ابن الأخ لأبوين ، ثم لأب ، ثم الأعمام كذلك ، ثم بنوهم ، ثم أعمام الأب كذلك ثم بنوهم كذلك . . وابن الأخ لأب أولى : عقلاً ، وارتناً ، ونكاحاً : من ابن ابن الأخ لأبوين . وابن أعم

أولى من أعمام الأب .

﴿ فرع ﴾ ومن لم يعرف تدرج نسبته من المصابات حتى يلتقيا إلى جده واحد بشهرة أو شهادة فلا يحكم له كما في الإرث والعقل .

﴿ فرع ﴾ وولى بنتى الزنى والملاعة الإمام والحاكم لا عصبية أمها لأنه لا يكون حكمهم حكم العصبية إلا في العقل .

﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن للمرأة عصبية من النسب فولى نكاحها عصبية ﴿ السبب ﴾ وهو معتقها إن كانت عتيقة فلو كانت المتيقة امرأة عينت من يعقد لعتيقها وكذا أمتها ونفسها حيث لاولى . ﴿ ثم ﴾ إذا كان السبب وهو المقتى قد مات أو غاب غيبة منقطعة أو نحو ذلك كانت الولاية إلى أقرب ﴿ عصبته ﴾ بشرط أن يكون جامعاً لتلك القيود من النسب فيكون ابن المقتى أولى ثم ابن ابنه ﴿ مرتباً ﴾ على ذلك التدرج في النسب سواء سواء . وأما عبد الصغير وأمه فولاية نكاحها إلى ولى مال الصغير . ﴿ ثم ﴾ إذا لم يوجد السبب ولا أحد من عصبته لأجل موت أو غيره فصاحب الولاية ﴿ سببه ﴾ وهو معتق المقتى . ﴿ ثم ﴾ إذا لم يوجد معتق المقتى فالولى ﴿ عصبته كذلك ﴾ أى مثل ذلك الترتيب الذى فى عصبية النسب . ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن للمرأة ولى من جهة النسب ولا من جهة السبب فولى نكاحها ﴿ الوصى به ﴾ أى بالنكاح فإذا كان ولى نكاحها قد أوصى إلى شخص أن يزوجه فإن هذا الوصى يكون بصفة ولى النكاح فهو أولى من الإمام والحاكم عندنا بشرطين : ﴿ أحدهما ﴾ أن يكون الميت قد أمر الوصى أن يعقد عليها ﴿ لمعين ﴾ أى لشخص معين لا لو أمره أن يزوجه ولم يمتن الزوج فالإمام أولى حينئذ . الشرط ﴿ الثانى ﴾ : أن تكون هذه الوصية ﴿ فى ﴾ حق ﴿ الصغيرة ﴾ عند العقد وفى حق المجنونة بشرط استمرار الجنون من وقت الإيصاء إلى وقت العقد ، وليس كالوصى من كل وجه لأنه لو مات هنا لم يصح أن يوصى إلى غيره ولا تعتبر العدالة . وأما فى حق الكبيرة العاقلة فلا ولاية للوصى على نكاحها .

﴿ثم﴾ إذا لم يكن ثم وصى جامع للشرطين، أو كان موجوداً لكن تعذر لوجه فالولى هو ﴿الإمام والحاكم﴾ فى حق الصغيرة والكبيرة إذا كانت ولاية الحاكم من جهة الإمام أو من جهة الصلاحية، فإن غاب الإمام والحاكم غيبة منقطعة كسائر الأولياء جاز للمرأة أن تعين من يزوجه .

﴿قيل ثم الوصى به فى﴾ حق المرأة ﴿الكبيرة﴾ كالوصى بالمقد فى حق الصغيرة والمختار للمذهب أنه لا ولاية للوصى به فى حق الكبيرة وقد أشار الإمام عليه السلام إلى ضعفه بقوله قيل .

﴿ثم﴾ إذا لم يكن للمرأة ولى من نسب ولا سبب ولم يكن ثمة إمام ولا حاكم أو كانا موجودين لكن حصل عذر مما سيأتى إن شاء الله تعالى وأرادت أن تزوج فإنها ﴿توكل﴾ رجلاً بالغاً عاقلاً حراً يزوجه إذا كانت بالغة عاقلة، وهذا فى الحقيقة تعين منها للولى وليس بتوكيل حقيقة . قال فى الكواكب : « فلو تزوجه فضولى ثم أجازت صح لأن إجازتها بمعنى الرضى وكذا لو تزوجه من نفسه . » وأما إذا كانت صغيرة فوليتها من صلح من المسلمين كولاية اليتيم عند الهدوية وهو المختار للمذهب .

﴿مسئلة﴾ قال فى البيان : « والأولياء على أربعة ضروب : الأول منهم من ولايته فى النكاح والسفر معاً وهو العصبة المحرم الحر المسلم ، ومنهم من لا ولاية له فيهما معاً وهو الكافر على المسلمة ، ومنهم من ولايته فى السفر لا فى النكاح وهو المسلم المحرم على الكافرة وذوى الأرحام المحارم من الرضاع والعبد المحرم ، ومنهم من ولايته فى النكاح لا فى السفر وهم العصبات غير المحارم والوصى بالنكاح » .

﴿و﴾ إذا كان للمرأة أولياء متعددون فإنه ﴿يكفى﴾ فى عقد نكاحها ﴿واحد﴾ منهم إذا كانوا ﴿من أهل درجة﴾ نحو أن يكون لها بنون أو أخوة من أب وأم جميعاً أو من أب جميعاً . وكذا لو أعتقها جماعة فإنه يكفى واحد منهم ولا يحتاج إلى مراضاة الآخرين مهما كان الزوج كفواً، وإلا فلهم الاعتراض إذا كان عليهم غضاة

﴿إلا الملاك﴾ فلا يكفي واحد منهم في عقد الأئمة المشتركة بل لابد من رضاهم جميعاً أو يوكالوا أحدهم يعقد لها برضى الآخرين .
 ﴿ومتى﴾ ادّعت امرأة مكلفة أنه لا ولي لها و ﴿نفّتهم﴾ ونسبها غير معروف في الجهة بأن تكون ﴿غريبة﴾ يعني مجهولة النسب ﴿حلفت احتياطاً﴾ يعني ندباً من المحلف بأنه لا ولي لها وأنها خلية عن موانع النكاح ، وأما هي فيجب عليها إن طلبت منها وزوجها الإمام أو الحاكم أو من تعينه، فلو نكحت لم يزوجها إلا أن تترك اليمين حياءً وحشمة كان له أن يزوجها ، وكذا لو نكحت ثم رجعت قبل قولها . فإن عرف نسبها قبل أن يزوجها بحث عنه إن أمكن ووجب البحث على من أراد التزويج منها أو من الزوج . فان ظهر لها ولي من بعد ولم تكن تعرفه فلا اعتراض له لأن ولايته قد بطلت بغيبته وإن تزوجت غير كفو إلا لغضاضة فله الاعتراض .

﴿وتنتقل﴾ ولاية النكاح ﴿من كل﴾ واحد من الأولياء ﴿إلى من يليه﴾ منهم ﴿فوراً﴾ بلا انتظار في الكبيرة والصغيرة^(١) بأحد أمور ستة : ﴿الأول﴾ ﴿بكفره﴾ أى باختلاف الملة ﴿و﴾ ﴿الثاني﴾ ﴿جنونه﴾ ولو صرعاً والمبرة بالمعارض حال العقد وإن قل إلا إذا كان زوال عقله بالمسكر أو البنج فينتظر ولا تبطل ولايته .
 ﴿و﴾ ﴿الثالث﴾ ﴿غيبته﴾ غيبة منقطعة في حق الحرة وأما الأئمة فلا يزوجها إلا سيدها ، واختلفوا في تحديد مسافة الغيبة المنقطعة . فالصحيح للمذهب أنها شهر لا يزيد ولا ينقص لمدة الذهاب والرجوع من يوم إرادة العقد والمبرة بموضع الزوجة . قال في فتح الغفار^(٢) : « وسواء ذلك في حق الأولياء وحق ذى الولاية في الأصح كما هو ظاهر الأزهار وكما ذكره الإمامان » يعني صاحب الأزهار وحفيده الإمام

(١) ماعدا المضل في الصغيرة فلا تنتقل به الولاية اه .

(٢) كلما عزوانه إلى الفتح أو فتح الغفار فالمراد به « فتح الغفار المطعم لأثمار الأزهار » لمؤلفه القاضي العلامة يحيى بن محمد بن حسن حميد - نضم الحاء - رحمه الله اه .

شرف الدين صاحب الأثمار .

﴿فرع﴾ وتبطل ولاية النائب في غيبته المنقطعة وكذا إذا وكل ثم بطلت ولايته بالغيبة بطلت الوكالة . فإن تزوجت غير كفو فالمذهب أن للنائب الاعتراض إذا كان عليه غضاضة . فإن تحققت غيبته المنقطعة ثم عقد عليها الولي الحاضر أو عيّنت من يزوجه بناء على الأصل أنه باق في المسافة المنقطعة ثم وصل عقيب العقد فالمذهب أيضاً أنه لا يصح العقد اعتباراً بالانتهاء وكذا في تمذر الموصلة ونحوها بخلاف ما لو خفي مكانه ثم عرف بعد العقد فقد صح العقد .

﴿و﴾ ﴿الرابع﴾ هو ﴿تمذر مواصلته﴾ حال العقد ولا عبرة بطول المدة وقصرها ولا يجب بذل المال وإن قل وذلك نحو أن يكون في سجن ولم يتمكن من مواصلته أو في مكان طريقه مخوفة أو غير معروفة . ﴿و﴾ ﴿الخامس﴾ هو ﴿خفاء مكانه﴾ حال العقد ولو داخل الليل نحو أن يكون موجوداً في بلد أو ناحية ولا يعلم في أي جهة هو ولا يحصى طلبه في مدة الغيبة المنقطعة . ﴿و﴾ أما ﴿السادس﴾ وهو أن يعضل الولي من إنكاحها لغير عذر فإن ولايته تنتقل ﴿بأدنى عضل في﴾ ^(١) حق المكلفة الحرة ﴿وحقيقة المضل﴾ ^(٢) هو أن يتمتع الولي من تزويج البالغة العاقلة الحرة الراضية من الكفو لليتعرف حاله فلا يكون عاضلاً إلا بهذه الشروط، فلو امتنع من تزويج الصغيرة لأنه لا رضا لها أو المجنونة أو الأمة أو امتنع قبل أن ترضى أو امتنع لأجل عدم الكفاءة أو امتنع ليتعرف حاله، وإذا ادعى بعد الإمهال لتعرف حاله عدم الكفاءة بيقين ذلك . أو امتنع للصلاة حيث يضيق الوقت لم يكن عاضلاً . وأدنى

(١) أما إذا عرفت أنها تلحقها المضرة من وليها إذا طلبت تزويجها كان عاضلاً وجاز أن تعين من يزوجه حيث لا قريب غيره ولا إمام ولا حاكم اهـ .

(٢) المضل بفتح العين وإسكان الضاد هو منع الولي الأيم من التزويج . قال أهل اللغة: المضل المنع، يقال عضل فلان أيعه إذا منعه من التزويج، فهو يعضلها ويعضلها بكسر الضاد وضمها اهـ .

المضل أن يقول أمهلوني حتى أصلى وهو لا يخشى فوات الوقت الاختيارى حيث كان مذهبه التوقيت أو الاضطرارى مطلقاً ، أو يقول أزوجها فى ساعة أخرى ولا عذر له فى الحال أو يطلب ما يمتاد الناس من شرط: أى جعل ، أو غيره أو متى رجعت أنا أو رجعت هى إلى بيتى^(١) انتقلت ولايته إلى الأقرب بعده ، وكذا لو امتنع من تزويجها خوفاً على نفسه فلا يأتى وتنتقل الولاية إلى من بعده ، وإذا زوجها الولى الثانى من غير كفو فللماضل الاعتراض إذا كان عليه غضاضة ، فإن رجع الولى الأول عن المضل قبل الإنكاح عادت ولايته . فلو عقد القريب أو الحاكم بعد الرجوع قبل العلم لم يصح ، وأما لو تزوج المكلف الحرة فضولى^٢ وامتنع الولى من الإجازة لم يكن عاضلاً لأن المقدح له .

﴿ و ﴾ إذا ادّعت المرأة أن وليها عضلها أو نحو ذلك من الأمور الخمسة المتقدمة فانه ﴿ لا يقبل قولها فيه ﴾ أى فى ذلك كله لأنها تحاول لإبطال حق قد أقرت بثبوته لأن الإنكاح حق للولى فلا يبطل بدعوى المرأة ما لم يثبت ذلك عند من يريد تزويجها من الإمام أو الحاكم أو غيرها ، ولا يكفى خبر الواحد فى وقوع المضل من الولى بل لابد من شهادة كاملة سواء كان ثمة خصم منازع لها أم لا .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٢٢ ﴾

﴿ و ﴾ النكاح ﴿ شروطه ﴾ التى لا يصح إلا بها ﴿ أربعة ﴾ : ﴿ الأول ﴾ ﴿ عقد ﴾ والمقد له خمسة أركان : ﴿ الأول ﴾ أن يقع ﴿ من ولى ﴾ النكاح فلا يصح من المرأة أن تزوج نفسها . وإنما يصح العقد إذا وقع من ولى ﴿ مرشد ﴾^(٢) بالغ عاقل ولو كان

(١) اللهم إلا أن يكون عليه غضاضة فى تزويجها فى غير بيته لم يكن عاضلاً اهـ .

(٢) وقد تقدم مثل هذه العبارة فى الجزء الأول صفحة (١٨٣) فى الزكاة فينظر ما وجه

عدوله عن العبارة المعتادة وهى مكلف ، هل للفتن فى العبارة أو لنكتة غير ذلك اهـ .

فاسقاً ﴿ ذكر ﴾ حر لأنه لا ولاية لامرأة^(١) ولا لعبد ﴿ حلال ﴾ احتراز من الولي المحرم بمحج أو عمرة أو مطلقاً فإن عقده لا يصح عندنا ولا فرق بين أن يكون الإحرام صحيحاً أم فاسداً ولا فرق بين أن يكون الولي إماماً أو غيره ، ومن حق الولي أن يكون ﴿ على ملتها ﴾ أى ملة المرأة التى يزوجه ، فإن اختلفت ملتهما لم تكن له ولاية عليها نحو أن تكون للعسلم بنت ذمية بالغة عاقلة وأرادت النكاح ، فإن كان لها أولياء ذميون زوجها أقربهم إليها وإن لم يكونوا فتوكل رجلاً من أهل ملتها ، فإن كانت صغيرة فهي مسلمة بإسلام أبيها .

﴿ الركن الثانى ﴾ أن يعمد ﴿ بلفظ تملك ﴾ خاص بالتزويج كزوّجت أو أنكحت أو نحوها أو عام كلكت ونذرت وتصدقت وبعت ووهبت^(٢) ﴿ حسب ﴾ ما يقتضيه ﴿ العرف ﴾ فى تلك الناحية أى ما جرى فى عرفهم أنه لفظ تملك صح النكاح به بحيث لو جرى عرف فى ناحية أن أعرتك أو أنحللتك بمعنى ملكتك صح النكاح به . ولا يصح بلفظ الإجازة ، وأما ما جرى به العرف أنه تملك مخصوص لجنس مخصوص نحو اشتطت فإنه يستعمل فى تملك الحب ، وصرفت فإنه يستعمل فى بيع الدراهم فيما هو من جنس النقود فلا ينعقد به إلا تملك ذلك الجنس فقط .

﴿ الركن الثالث ﴾ أن يكون لفظ التملك متناولاً ﴿ لجميعها أو بعضها ﴾ إذ هو المقصود بالتمليك بالنكاح فيقول زوجتكها أو ملكتك إياها أو زوجتك بعضها أو ملكتك بعضها ، فأما لو قال زوجتك يدها أو رجلها أو رأسها لم ينعقد النكاح وكذا ثلثها أو ربعها . ولا فرق بين أن يحصل عقد الولي ﴿ أو إجازته ﴾ لمعد صحيح بعد أن

(١) قال فى حاشية السحولى : « ولو كانت المرأة مالكة أو معتقة وكلت من يملك لملاوكتها وعتيقتها وهو تعيين فى التحقيق لا توكيل حقيقة اهـ .
(٢) ما لم يقصد بذلك فى المرة تملك الرقة لم ينعقد نكاحاً ، فإن كانت أمة انصرف إلى رقبته ما لم يتقدم طلب نكاحها أو تصادفاً على أنه المراد اهـ .

وقع من فضولى فإنه ينفذ النكاح بإجازته كما ينفذ بمقدمه . وطلب الولى المهر لإجازة كطلب الثمن وكذا قبض المهر أو الكسوة أو نحوها فيكون الفعل لإجازة ﴿قيل ولو﴾ زوجت المرأة نفسها فأجاز الولى ذلك نفذ ﴿عقدها﴾ ذكر ذلك أبو العباس، والمختار وهو قول المؤيد بالله أن ذلك لا يصح أصلاً سواء كانت الإجازة فى مجلس العقد أو فى غيره .

﴿أو﴾ حصل ﴿عقد﴾ من فضولى ذكر ﴿صغير مميز﴾ وهو من يعرف ما يتصرف فيه وما يتكلم به هل ينفع أو يضر فأجاز الولى عقده انعقد النكاح بالإجازة ولو لم يكن مأذوناً كما يصح توكيل الصبي غير المأذون فى البيع . وسواء كان لإجازة العقد من الولى ﴿أو من نائبه﴾ نحو أن يوكل الولى من زوج المرأة فعقد لها فضولى فإن الوكيل يصح أن يجيزه ولو لم يفوض . ولا بد أن يكون الوكيل ﴿غيرها﴾ أى غير امرأة فلا يصح توكيل المرأة أن تزوج نفسها أو غيرها . فأما لو وكل المرأة أن توكل عنه من زوجها فإن ذلك يصح والوكيل وكيل له لا لها لأنها لو أرادت أن تمزله لم يكن لها ذلك .

﴿و﴾ الركن ﴿الرابع﴾ أن يقع ﴿قبول﴾ لعقد النكاح ﴿مثله﴾ أى مثل العقد وذلك لأن من حق العقد أن يكون ماضياً مضافاً إلى النفس مشتملاً على جميعها أو بعضها، فيقول فيه زوجتك أو أنكحتك ويصح بدون كاف الخطاب فيقول زوجت أو أنكحت . فلو قال أزوج لم يصح ، ولو قال زوج من غير إضافة لم يصح . ولو قال زوجتك يدها أو رأسها لم يصح . ويجب أن يكون القبول مثله فى ذلك فيقول قبلت أو تزوجت، فلو قال أتزوج لم يصح، ولو لم يضيفه إلى نفسه لم يصح نحو أن يقول تزوج أو قبل ولو قال قبلت نصفها أو رأسها أو نحو ذلك لم يصح، وكذا لو قال الولى زوجتك فلانة فقال قبلت بضمها فلا يصح لأنه لم يطابق . فإن قال زوجتك بضع ابنتى فقال قبلت بضمها أو قبلت جميعها صح لمعوم لفظ القابل لما أوجب عليه الولى وزيادة . فظهر

لك أن من حق القبول أن يكون مثل الإيجاب أو أعم منه في هذه الأمور وذلك هو المقصود بقول الإمام عليه السلام « مثله » والسؤال يفنى عن القبول فلو قال زوجني ابنتك فقال زوجتك لم يحتج إلى قبول .

﴿ فرع ﴾ ويصح العقد بماض ومستقبل بلفظ الأمر وبمنع إذا كانت جواباً للماضي مضافاً إلى قائل نعم، وكذا فعلت في حكمها وإيه وآه نحو زوجتني ابنتك فقال أبوها نعم أو فعلت : وكذا لو قال الولي قد استنكحت ابنتي أو تزوجتها فقال الزوج نعم .. أو قال تزوج ابنتي فقال تزوجت أو قال زوجني ابنتك فقال زوجت صح العقد .

ولا بد أن يكون القبول ﴿ من مثله ﴾ أى مثل الولي في صفاته التي تقدمت وهي كونه مرشداً^(١) ذكرأ حراً ، حلالاً ، على ملتها ، ولا بد أن يكون هو المتزوج أو نائبه أو فضولى وتلقه الاجازة من الناكح ولا يصح توكيل المرأة على القبول .

﴿ الركن الخامس ﴾ أن يكون القبول واقعاً ﴿ في المجلس ﴾ الذي وقع فيه الإيجاب وهو ما حواه الجدار في العمران وما يسمع فيه الخطاب المتوسط في القضاء لا لو وقع الإيجاب في مجلس وانتقلا عنه قبل القبول ولو لم يفتقرا فإنه لا يصح بل لا بد أن يقع القبول والإيجاب في مجلس واحد فلو كانا في سفينة أو سيارة أو طائرة ووقع الإيجاب وسارت بهما ووقع القبول في غير محل الإيجاب فإنه يصح بخلاف ما إذا كانا في سفينتين أو نحوها أو على بهيمتين فلا يصح سواء سارتا بهما أم لا . ولا يشترط عندنا أن يقع القبول عقيب الإيجاب فوراً وإلا بطل إذا تراخى ولو قليلاً بل يشترط أن يقع القبول ﴿ قبل الإعراض ﴾ أى لا يتخلل بين الإيجاب والقبول من المتزوج إن تقدم الإيجاب أو من الموجب إن تقدم القبول أمر يفهم من حاله أنه معرض عن القبول

(١) قال في الوابل « غالباً » احتراز من الصبي المميز والعبد حيث اذن لهما فيصح مع أنهما ليسا مثل الولي . قلت : والولي كذلك يصح أن يكون أحدهما مع الإذن له من له الولاية فلعله لا حاجة إلى ذكر غالباً هنا فلي تأمل انتهى .

نحو أن يقوم القابل بعد سماع الإيجاب أو يقوم الموجب إن تقدم القبول فإن إعراض أحدهما موجب لعدم صحة العقد .

﴿ و ﴾ الإيجاب والقبول ﴿ يصحان بالرسالة ﴾ من الزوج أو من الولي ولو كان الرسول كافراً أو امرأة أو صبيّاً مميّزاً أو عبداً محرماً . ﴿ و ﴾ يصحان بـ ﴿ الكتابة ﴾ وصورة الرسالة أن يقول المرسل قل لفلان يزوجني ابنته أو يتزوج بابنتي . فيحكي الرسول لفظ المرسل أو معناه فكان الناطق هو المرسل . ثم يقول المرسل إليه زوجت أو تزوجت أو قبلت . ولا يحتاج رسول المتزوج إلى القبول بل ينعقد النكاح بقول الولي زوجت ويصح أن يكون الرسول أحد الشاهدين إذا كان عدلاً . لأنه حاك عن المرسل فكان المرسل حاضر .

وأما الكتابة ولولا المكتوب إليه في المجلس نحو أن يقول في كتابه زوجني ابنتك أو تزوج ابنتي ثم يقول المكتوب إليه زوجت أو تزوجت . ولكن يشترط في الكتابة معرفة الشهود لكتابه وأن يقرأ على الشهود الإيجاب والقبول مجتمعين وفي الرسالة أن يسمع الشهود ذلك مجتمعين أيضاً فإن لم يكن ثمة شهود عند ذلك كرده عند حضورهم وكان لفظ الكتاب أو المرسل كالتكرار فيزوج في ذلك المجلس أو في غيره ما لم يعرض .

﴿ فرع ﴾ والكتابة صريح في النكاح وفي البيع لأنه عقد بينه وبين غيره فلا كناية فيهما ولا تمويل على النية فيهما بخلاف الطلاق واليمين فهو كناية فيهما لأنهما لفظ بينه وبين نفسه فكان لنيته حكم فيهما . هذا لفظ البيان وبالحق بذلك الخلع يعنى بالطلاق ، فيصح بالكتابة تبعاً إن كان عقداً بينه وبين غيره كالبيع فلا تنعزم به القاعدة بل يقع الطلاق . والمراد أن الكتابة صريح في النكاح والبيع وكناية في اليمين والطلاق وكذا الخلع .

﴿ و ﴾ الإيجاب والقبول يصحان أيضاً ﴿ من المصمت والأخرس ﴾ بالكتابة

أو ﴿ بالإشارة ﴾ المفهمة لمقد النكاح أو بالكتابة إذا أمكن فهي أظهر من الإشارة ، فالصمت هو الذى عرض له مانع من الكلام لأجل علة عرضت وقد كان مفصلاً ولو مما يرجى زواله كوجع الحلق . والآخرس هو الذى لم تصلح آلة الكلام فيه فلم يتكلم من مولده .

﴿ و ﴾ يصح ﴿ اتحاد متولييهما ﴾ أى يصح أن يتولى الإيجاب والقبول واحد فى النكاح: إما بالوكالة من الزوج والولى أو بالولاية على نحو صغيرين أو مجنونين أو بالملك على نحو مملوكين له . قال فى حاشية السحولى : « وقد دل على هذا قولهم فيمن أعتق أمته وجعل عتقها مهرها أنه يصح أن يقول تزوجتك على أن يكون عتقك مهرك أو نحو ذلك ، فجاز تولى الطرفين من واحد بلفظ واحد » « قلت » وللولى والإمام والحاكم ووكيل المرأة ووكيل الولى المفوض أن يزوجها من نفسه إذا رضيت ويتولى الطرفين بلفظ واحد نحو تزوجتك أو زوجت نفسى فلانة أو تزوجت فلانة لنفسى أو تزوجت فلانة لأن فيه معنى الإيجاب والقبول ولا يحتاج أن يقول وقبلت . وكذا يصح اتحاد متولييهما لو فعل فضولى الإيجاب والقبول واتفقت الإجازة من الولى والزوج نفذ النكاح .

ولا بد أن يكون المتولى للإيجاب والقبول ﴿ مضيفاً ﴾ لفظاً ﴿ فى اللفظين ﴾ ممّا أى يضيف الإيجاب إلى الولى والقبول إلى الزوج : فيقول وكيل الزوج والولى زوجت فلانة عن فلان وقبلت لفلان ، هذا معنى الإضافة فى اللفظين وهما الإيجاب والقبول ويكفى لفظ واحد حيث يقول تزوجت لفلان فلانة لأنه يحصل به فائدة القبول وهى الاخبار بالوضى فلا يحتاج الإضافة فى لفظة تزوجت إلى الولى . وأما زوجت فلا بد من الإضافة إلى الولى كما تقدم مثاله .

﴿ وإ ﴾ ن ﴿ لا يضيف ﴾ الوكيل النكاح إلى الموكل ﴿ لزمه ﴾ النكاح وكانت زوجة له ﴿ أو بطل ﴾ المقد ولم تكن له ولا للموكل . أما الصورة التى يلزمه فيها النكاح

وتسكون زوجة له لا للموكل فهي أن يكون الوكيل في الطرفين واحداً وذلك حيث وكله ولي المرأة على تزويجها مطلقاً ولم يعين الزوج أو يفوضه أن يزوجه من شاء ووكله الزوج أن يزوجه له فيقول قد تزوجت فلانة ولا يقول لفلان فإنها في هذه الصورة تسكون زوجة له . وأما حيث لا يتحد المتولى للطرفين فذلك حيث يقول الولي زوجتك فلانة فيقول الوكيل قبلت ولم يقل الولي زوجتك لفلان ولا الوكيل قبلت لفلان فهي في هذه الصورة تسكون زوجة للوكيل ولو نَوَّياً ممَّا كونها للموكل .

وأما حيث يبطل العقد بترك الإضافة : فذلك حيث يتولى الطرفين واحدٌ نحو أن يوكله الولي أن يزوجه من زيد ووكاه زيد أن يزوجه له فيقول قد تزوجت فلانة ولا يقول لزيد فلا يصح نكاحها له ولا لزيد ولا تسكني نية كونها لزيد فالنكاح هاهنا باطل لعدم الإضافة لفظاً . وللاوكيل تجديده ما وكل فيه ولا ينعزل بالباطل ... وأما حيث يتولى الطرفين إثنان فذلك حيث تحصل الإضافة من أحد الجانبين نحو زوجت منك ابنتي لفلان فقال الوكيل قبلت ولم يقل له بطل . أو حيث يضيف أحدهما إلى غير من أضاف إليه الآخر نحو أن يقول زوجتك ابنتي لعملي فيقول قبلت لخاله فإنه يبطل .

وببطل النكاح مع العلم **﴿ويفسده﴾** مع الجهل أمور أربعة **﴿الاول﴾** **﴿الشغار﴾** بكسر الشين وهو أن يزوج كل واحد من الرجلين ابنته من الآخر على أن يكون بضع كل واحدة منهما مهراً للأخرى فهذه المسئلة فيها أربعة أطراف: إن لم يذكر البضمان ولا المهران صح ويلزم مهر المثل . وإن ذكر البضمان ولم يذكر المهران ولا أحدهما فإنه يفسد مع الجهل ويبطل مع العلم . وإن ذكر البضمان أو المهران أو أحدهما وإن قل صح نكاحهما ممَّا عندنا . وإن ذكر بضع إحداهما دون الأخرى ولم يذكر مهر لم يصح النكاح في التي ذكر بضعها وصح في التي لم يذكر بضعها .

﴿و﴾ **﴿الثاني﴾** **﴿التوقيت﴾** للنكاح سواء كان بوقت معلوم أم مجهول

في الإيجاب نحو أن يقول زوجتك بنتي شهراً أو حتى يأتي الحجيج أو نحو ذلك أم في القبول نحو أن يقول قبلت هذا النكاح شهراً أو نحو ذلك فإن هذا يفسد مع الجهل ويبطل مع العلم لتوقيته . ومن المؤقت نكاح المتعة وهو عندنا وجهور الأمة محرم^(١)

(١) وقالت الإمامية إن نكاح المتعة حلال ويسزون ذلك إلى الصادق والباقر . وحقيقة المتعة كما في كتب الإمامية « هي النكاح المؤقت بأمد معلوم أو مجهول » وغايته إلى خمسة وأربعين يوماً بعض معلوم ما لم يقل فاذا مضت المدة وأردت المقام بعد ذلك على ماضى فاما مضى من الشرط بقينا عليه فتجدد المتعة والأجرة وهو العوض . ويرتفع النكاح بانقضاء الوقت في النقطة الحيز وبحيضتين في الحائض وبأربعة أشهر وعشر في التوفي عنها زوجها . وحكمه أن لا يثبت لها مهر غير المشروط ولا تثبت لها نفقة ولا توارث ولا عدة إلا الاستبراء بما ذكر ولا يثبت به نسب إلا أن يشترط وتحرم المصاهرة بسببه . هذا كلامهم .

وقد ثبتت في صدر الإسلام ونسخت بعد ذلك قطعاً بعدة أحاديث ، واستقر الإجماع على تحريمها إلا ما يروى عن الإمامية فغير معتد بخلافهم . وما ورد فيها « عن سلمة بن الأكوع رضى الله عنه قال : رخص رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عام أو طاس في المتعة ثلاثة أيام ثم نهى عنها » رواه مسلم وأوطاس واد بديار هوازن كانت فيه غزوة بعد الفتح . فدل هذا الحديث على أنه صلى الله عليه وآله وسلم رخص في المتعة ثم نهى عنها واستمر النهى ونسخت الرخصة . وإلى نسخها ذهب الجماهير من السلف والخلف وقد روى نسخها بعد الترخيص في ستة مواطن : « الأول » في خير « الثاني » في عمرة القضاء « الثالث » عام الفتح « الرابع » عام أو طاس « الخامس » غزوة تبوك « السادس » في حجة الوداع ، فهذه التي وردت إلا أن في ثبوت بعضها خلافاً ، قال النووي : الصواب أن تحريمها وإباحتها وقعا مرتين فكانت مباحة قبل خير ثم حرمت فيها ، ثم أبيحت عام الفتح وهو عام أو طاس ثم حرمت تحريماً مؤبداً ، وإلى هذا التحريم ذهب أكثر الأمة ، وذهب إلى بقاء الرخصة جماعة من الصحابة وروى رجوعهم وقولهم بالنسخ ، ومن أولئك ابن عباس روى عنه بقاء الرخصة ثم رجع عنه إلى القول بالتحريم . قال البخارى : بين على رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه منسوخ ، وأخرج ابن ماجه عن عمر باسناد صحيح أنه خطب فقال : ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أذن لنا في المتعة ثلاثاً ثم حرمها ، والله لا أعلم أحداً تمتع وهو محصن إلا رجته بالحجارة . وقال ابن عمر نهانا عنها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وما كنا مسافحين . . . لإسناده قوى . والقول أن إباحتها قطعى ونسخها ظنى غير صحيح لأن الراوين لإباحتها روى نسخها وذلك إما قطعى في الطرفين أو ظنى في الطرفين معاً . . قال في نهاية المجتهد : أنها توارثت الأخبار بالتحريم إلا أنها اختلفت في الوقت الذى وقع فيه التحريم اهـ .

﴿ قيل ﴾ القائل الفقيه حسن وهو أن توقيت النكاح مفسد إذا كان ﴿ بغير الموت ﴾ لا به فلا يفسد إذا وقت مدة حياتهما أو حياة أحدهما . والمجتار فساد النكاح بالتوقيت مطلقاً ولو وقت بالموت ولهذا أشار الإمام عليه السلام إلى ضعف هذا القول بقوله قيل .
 ﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ ﴿ استثناء البضع ﴾ من المرأة أو بمضه على جهة الدوام أما لو كان مدة معلومة كأن لا يطأها سنة صح العقد ويلغو الشرط . وسواء كان المستثنى الولي أم الزوج : أما استثناء البضع فهو أن يقول زوجتك ابنتي إلا بضمها وأما استثناء غير البضع نحو اليد والرأس والاستمتاع ، وأما استثناء المشاع فتحو أن يقول زوجتك ابنتي إلا نصفها أو إلا ثلثها أو نحو ذلك لأنه يدخل فيه بعض البضع فيفسد مع الجهل ويبطل مع العلم .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ من مفسدات العقد هو أن يذكر فيه ﴿ شرط مستقبل ﴾ مقارن نحو أن يقول زوجتك إن جاء فلان غداً أو إن شفى الله مريضى أو إذا طلعت الشمس أو نحو ذلك . فأما لو كان الشرط حالياً أو ماضياً نحو إن كنت قرشياً أو إذا كان قد حصل كذا أو نحو ذلك فإن هذا الشرط لا يفسد به العقد ولا ينفذ إلا إذا انكشف حصول الشرط . وسيأتى أبسط من هذا في فصل « ٢٠٣ »

﴿ فرع ﴾ اعلم أن كل شرط مستقبل إن جىء به على جهة لفظ العقد نحو على أن تطلق فلانة أو على أن لا تسكن بلد كذا صح العقد ولغا الشرط إن لم يكن غرضاً فإن كان غرضاً ولم يف به وفيت مهر المثل ، وإن جىء به بلفظ الشرط نحو ان طلقت فلانة أو إن لم تفعل كذا فقد زوجتك فسد به العقد إلا أن يكون حالياً نحو إن كنت ابن فلان فقد زوجتك فلا يفسد به العقد .

﴿ ويلغو شرط ﴾ أى عقد ﴿ خلاف موجب ﴾ ^(١) أى إذا وقع فى العقد ما يقتضى

(١) ومن اختيارات إمام العصر أيده الله لزوم بقاء الزوجة بمسكنها أو وطنها إذا كان الشرط منها أو من وليها مقارناً للعقد أو متواطئاً عليه إذ الشرط أملاك .

خلاف ما يوجب العقد كان الشرط - إذا أتى به على صفة العقد - لنوأ أى لاحكم له وكانه لم يذكر فيصح العقد ويبطل الشرط وذلك نحو أن يقول على أن أمر طلاقها إليها أو على أن لا مهر لها أو على أن لا يخرجها من جهة أهلها أو على أن نفقتها عليها أو نفقته أو أن أمر الجماع إليها : لكن إذا نقصت له شيئاً من المهر لأجل أحد هذه الشروط فإن وفى بذلك الشرط صح النقصان وإن لم يف رجعت عليه بما نقص من مهرها **﴿ غالباً ﴾** احترازاً من أن تشرط هي أو وليها أو الزوج : أن لا يطأها رأساً فإن هذا الشرط يخالف موجب العقد ولا يلفو بل يفسد به العقد . وأما إذا كان الشرط على أن يطأها مدة معلومة نحو حتى تصلح فيصح العقد ويلغو الشرط . وكذا شرط الخيار في النكاح لا يفسده فيصح العقد ويلغو الشرط . قال في البيان وهامشه : ومن قال زوجتك ابنتي على زواج ابنتك منى فقال زوجتك أو زوجت أو قبلت أو تزوجت صح العقدان معاً . وكذا لو قال زوجني ابنتك على زواج ابنتي منك فقال زوجت أو تزوجت أو قبلت صح العقدان أيضاً لأن المعنى قبلت زواج ابنتك على زواج ابنتي منك ، فالقبول وقع لما شمله العقد . فأما لو قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك فقال تزوجت أو قبلت فإنه يصح الأول لا الثاني ، فإن قال المحجب زوجت لم يصح أيهما لأنه لم يجب على الأول بجواب قبلت أو تزوجت ، وكذا ان قال زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي صح الأول فقط لأنه قد حصل فيه الإيجاب والقبول فإن قال تزوجت لم يصح أيهما .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثاني ﴾ من شروط النكاح **﴿ إسهاد عدلين ﴾** (١) فلا يصح العقد

(١) قال في روضة النوى : وما يتعلق بأداب العقد أنه يستحب لإحضار جماعة من أهل الصلاح زيادة على الشاهدين وأن ينوى بالنكاح المقاصد الشرعية لإقامة السنة وصيانة دينه وغيرها ويستحب الدعاء للزوجين بعد العقد « بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما في خير » « قلت » ويكره أن يقال : بالرفاء والبنين الحديث ورد فيه بالتهى عنه ولأنه من ألفاظ الجاهلية . والرفاء : اللثام والاتفاق . انتهى .

إلا بحضور شاهدين وسماعهما الإيجاب والقبول تفصيلاً وإن لم يقصد إسهادهما. ومذهبنا والشافعي أن العدالة فيها شرط وهي عندنا كعدالة إمام الصلاة فلا يحتاج إلى اختبار ويصح أن يكون الشاهدان من أولياء المرأة غير العاقد ﴿ولو﴾ كان الشاهدان ﴿أعميين﴾ فإن شهادتهما تكفي لأصميين أو أعجميين عند العرب أو العكس على وجه لا ينفقان اللغة إلا إذا كان الزوج والولى أخرسين وعقد بالإشارة فيكفي لأن المدة حينئذ على النظر لا على السمع ﴿أو﴾ كان الشاهدان ﴿عبديهما﴾ أى عبدى الزوج والزوجة أو أحدهما فإن النكاح يصح بشهادتهما ولو لم يحكم بشهادتهما فى النكاح والمهر والمراد هنا ما يثبته به العقد فينقصد بهما ﴿أو رجل وامرأتين﴾ أو خنثيين لارجل وخنثى تغليباً لجانب الحظر .

﴿و﴾ يجب ﴿على العدل التتميم﴾ أى يجب على الشخص الذى يعرف من نفسه العدالة أن يتم شهادة النكاح إذا كانت ناقصة ومذهب الزوجين اشتراط العدالة نحو أن يوجد شاهد عدل ولا يوجد سواه فى الليل وشم إنسان آخر يعرف من نفسه العدالة فإنه يجب عليه حينئذ أن ينفضم إلى ذلك الشاهد ليتتم الشهادة وإن لم يطب . وإنما يمين عليه الوجوب ﴿حيث لا﴾ يوجد عدل ﴿غيره﴾ فأما إذا كان يوجد غيره ممن لا يمتنع عن الحضور لم يمين الوجوب على هذا إلا أن يعرف امتناع ذلك الغير .

﴿و﴾ إذا حضر العقد شاهدان أحدهما فاسق وظاهره السلامة وهو يعرف أن مذهب الزوجين اشتراط العدالة وجب ﴿على الفاسق﴾ وغير العدل ﴿رفع التفرير﴾ بالتعريف أن شهادته غير صحيحة لعدم العدالة، هذا إذا لم تكن التوبة ، نحو أن يكون الحق لآدمى وهو متمكن من التخلص وإلا كفت التوبة وانقصد النكاح بشهادته .

﴿و﴾ إذا كان عقد النكاح بالكتابة نحو أن يكتب الزوج زوجنى ابنتك أو يكتب الولى قد زوجتك ابنتى فإن الشهادة لا تجب عند الكتابة بل ﴿تقام عند المكتوب إليه﴾ فيقرأ الكتاب وهم يسمعون ثم يقول قد زوجته أو قد قبلت النكاح.

وكذا تقام عند المرسل إليه إذا كان العقد بالرسالة ويصح أن يكون الرسول أحد الشاهدين وإن كان حامل الكتاب فأولى في صحة كونه أحد الشاهدين .

﴿و﴾ تقام الشهادة ﴿في﴾ العقد ﴿الموقوف﴾ على رضا الولي أو المرأة أو الزوج أو وليه ﴿عند﴾ ذلك ﴿العقد﴾ لا عند الإجازة إذ وقت العقد وقت انعقاده، فالإجازة تلحقه وقد انعقد على وجه الضحة من الشهادة لا عند الإجازة فلم يسمها إيجاباً ولا قبولاً بل سمها أجزت أو نحوه .

﴿و﴾ الشرط ﴿الثالث﴾ هو ﴿رضاء﴾ الحرة والمكاتبة ﴿السكفة﴾ ومضى البالغة العاقلة ومن شرط الرضاء أن يكون ﴿نافذاً﴾ بأن تقول رضيت أو أجزت أو أذنت أو نحو ذلك مما يدل على أنها قد قطعت بالرضا : فرضاء ﴿الثيب﴾ يكون ﴿بالنطق بماض﴾ وذلك بأن تقول رضيت أو نحوه ذلك، فأما لو قالت سوف أرضى أو ما في حكمه فإنه ليس برضاء وإنما هو وعد بالرضا .

وقوله ﴿أو في حكمه﴾ أى في حكم النطق بالمضى وذلك نحو أن تكون خرساء أو غير خرساء للعرف فتشير برأسها أنها قد رضيت ، ومما في حكم الماضى أن تقول أنا راضية ان رضى ولي على ما جرى به العرف الآن فيصح رضاؤها إن رضى . ومما يقوم مقام النطق القرائن القوية كقبض المهر وطلبه والتهيؤ للزواج ومسيرها إلى بيت الزوج ومد يدها للحناء هذا إذا لم يدخل هذه القرائن احتمال كأن يكون الولي مهيأ تخشى منه إن لم ترض فلا يصح أن تكون هذه القرائن رضى .

﴿و﴾ أما رضاء ﴿البكر﴾ فيكون ﴿بتركها حال العلم بالعقد ما تعرف به الكراهة﴾ أى إذا بلغها الخبر بالنكاح ولم يظهر من شاهد حالها قرينة يفهم منها أنها كارهة لذلك بل سكنت أو ضحكت أو هربت من منزل إلى منزل في الدار أو بكت بكاء لا يقتضى الحزن والضجر لأن البكاء قد يكون من الفرح وقد يكون من الترح وإذا التبس (٢ - ن)

رجع إلى الأصل وهو السكوت فإن ذلك يكون رضا مع علمها أن لها الامتناع ما لم يظهر منها قرينة ينقلب الظن عندها أنها كراهة وتلك القرينة ﴿من لطم وغيره﴾ كشق الجيب والدعاء بالويل والحرب من دار إلى دار أو نحو ذلك، ويكفيك أن تفعل فعل من هو كاره لذلك ويكفي في ذلك غلبة ظن الزوج والولى.

﴿مسئلة﴾ قال في البيان : وإذا زوجت البكر ولم يظهر منها رضی ولا كراهة حتى مات الزوج وطلب مهرها وميراثها وادعى ورثته أنها ردت النكاح وكرهته حين علمت فعلهم البينة وإن أنكروا علمها بالمقد فالبينة عليها وإن كانت ثيباً فعليها البينة بالرضا بالنطق .

﴿وإن امتنعت قبل العقد﴾ يعنى إذا خطبت فسكرت فعقد الولى مع كراهتها فعلت بالعقد ولم يظهر منها حال الخبر بالعقد ما يقتضى السكراهة بل سكنت أو نحو ذلك كان رضا وصح العقد ولم يؤثر كونها قد كانت كراهة من قبل ﴿أو تنهت﴾ يعنى ولو صارت البكر ثيباً لم يبطل حكم البكارة في أن رضاها يكون بالسكوت ونحو ذلك حيث تزول بكارتها بخرق الحيض أو الوثبة أو بحمل شيء ثقيل أو نحو ذلك مما تزول به البكارة أو لا بكارة لها خلقه فإن ذلك لا يبطل حكم البكارة . وهكذا لو تنهت بوطء لا يقتضى تحريم الصهر كالزنا كالغلط والنكاح الباطل فإنه لا يزول حكم البكارة بهذا الوطء ﴿إلا﴾ أن تنهت ﴿بوطء﴾ بعد الصلاح ﴿يقتضى التحريم﴾ يعنى تحريم المصاهرة وأقله ما يذهب البكارة وذلك كالوطء في النكاح الصحيح أو الفاسد ولو مكرهة فيهما فإن حكمها حينئذ كالثيب يعتبر رضاها بالنطق ولو لم يقع الوطء إلا مرة واحدة .

﴿أو غلط﴾ وهو أن يظهر زوجها فيفتضا ﴿أو زناء﴾ فإذا وطئها عن غلط أو زنى في القبل وكانا ﴿متسكرين﴾ حتى ذهب الحياء بطل حكم البكارة . وأقل التكرار مرتين ولو في مجلس واحد مرة زنى ومرة غلط أو زنى من شخصين .

﴿و﴾ الشرط ﴿الرابع﴾ : ﴿تعيينها﴾ أى تعيين المرأة حال العقد وكذا تعيين الزوج فلا يكفي قبلت لأحد أولادى . وتعيينها يحصل ﴿بإشارة﴾ إليها نحو أن يقول زوجتك هذه المشار إليها أو تلك التى قد عرفتها ولو كانت غائبة ﴿أو وصف﴾ نحو زوجتك ابنتى الكبرى أو الصغرى أو البيضاء أو السوداء أو نحو ذلك من الأوصاف المميّنة للمرأة بحيث لا تلتبس معه بنيرها ﴿أو﴾ تعيينها باسم كفاطمة أو زينب أو نحوها أو ﴿لقب﴾ نحو زوجتك ابنتى الصالحة أو الحاجة أو كنية لها كأنم كلثوم أو أم الفضل أو نحوها فهى تعين بأى هذه الأمور ﴿أو﴾ بأن يقول زوجتك ﴿بنتى﴾ أو أختى أو نحو ذلك ﴿و﴾ ذلك بشرط أن ﴿لا﴾ يكون له بنت أو أخت موجودة فارغة ﴿غيرها﴾ فأما لو كان له بنت غيرها لم يكف قوله بنتى لأنها لا تعين بذلك ﴿أو﴾ يقول زوجتك ﴿المواطأ عليها﴾ أى التى قد توطأنا عليها وعرفتها فإذا عيّنها بأى هذه الأمور صح العقد .

﴿فرع﴾ فإذا كان لرجل ابنتان وخطب خاطب الصغرى واسمها زينب واسم الكبرى فاطمة ثم تعاقدا على فاطمة وضمير الزوج أنها الصغرى صح العقد على الكبرى إذ العقود تنعقد على اللفظ دون الضمائر والإرادات .

﴿ولو﴾ كانت الزوجة أو الزوج ﴿حملًا﴾ فى بطن أمه صح كأن يقول زوجتك هذا الحمل ثم يقبل الزوج بحضوره الشهود فإن هذا النكاح يصح بشرط أن تأتى به لدون ستة أشهر من يوم العقد أو علم وجوده وأنت به لأربع سنين وأن لا تلد أنثيين ولو خرجت إحداها ميتة، فأما لو قال زوجتك ما تلد زوجتى وليست فى تلك الحال حاملًا لم يصح ذلك .

﴿فإن﴾ عرّف المرأة بوجهين من التعريفات التى تقدمت كالسكبرى البيضاء و﴿تنافى التعريفان حكم بالأقوى﴾ منهما ولنا ذكر الأضعف مثال ذلك أن يقول زوجتك هذه الصغرى وهى الكبرى فيصح على الكبرى ويبطل قوله الصغرى وكذا

لو قال زوجتك الكبرى زينب وهى فاطمة فإنه يصح النكاح على الكبرى ونحو ذلك .
وأقوى التعريفات الإشارة ثم الوصف ومن الوصف : المتواطأ عليها ، ثم الاسم ، ثم
اللقب ، ثم الكنية كما تقدم .

﴿ ١٤٣ ﴾ فصل ﴿

﴿ ويصح ﴾ النكاح ﴿ موقوفاً حقيقة ﴾ نحو أن يزوج امرأة بالغة قبل مرضاتها
فإن العقد يكون موقوفاً فإن أجازته بقول أو فعل يفيد التقرير نفذ العقد وإن لم
يجز بقى موقوفاً مع بقاء المتعاقدين والعقد حتى يرد . وسواء كان العاقد هو الولي أم
أجنبي ثم أجازت هى والولى . وقبل أن ترضى لا نفقة لها ولا مهر ولا توارث بينهما
﴿ و ﴾ يصح موقوفاً ﴿ مجازاً ﴾ نحو أن يزوج غير الأب من الأولياء الصغيرة التى لم
تبلغ فإن هذا موقوف مجازاً بمعنى أن للصغيرة متى بلغت نقضه مع أن أحكام النكاح
الصحيح ثابتة فيه من حين العقد ﴿ وتخير الصغيرة ﴾ والمجنونة تخيراً ﴿ مضيقاً متى
بلغت ﴾ إذا زوجها غير أبيها صغيرة أو مجنونة كان لها الخيار متى بلغت أو عاد عقلها
إن شئت فسمت النكاح وسواء حضر شهود أم لا وإن لم تنسخ نفذ . قال فى البيان :
ولا يحتاج فسخ الصغيرة إلى حكم حاكم بل يقع من دونه مع التراضى واتفاق المذهب
وللزواج أن يرافع مع اختلاف المذهب فتحتاج إلى حكم حاكم لقطع الشجار بينهما .
وأما الفسخ فقد وقع من حينه فتعتد من يوم الفسخ لا من يوم الحكم سواء كان
مع التراضى أم مع التشاجر . وأما فى النكاح الفاسد وسائر العقود الفاسدة فلا بد فى
فسخها من التراضى أو الحكم . وقوله مضيقاً : يعنى أن خيارها يكون مضيقاً بمعنى
أنها إذا لم تفسخ فى مجلس بلوغها بطل خيارها بالتراخى ولكن لا يبطل خيارها بالتراخى
إلا بشروط أربعة : ما لم تتركه خوفاً من ولى ونحوه ﴿ الأول ﴾ أن تراخى بعد بلوغها
﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ أن تراخى وقد ﴿ علمته ﴾ يعنى علمت البلوغ علماً شرعياً بشهادة

أو نحوها ويكفي الظن الغالب بأنها قد بلغت لأنه قد يلتبس عليها وذلك حيث تبلغ بالسنين فأما لو تراخت وفي ظنها أنها لم تبلغ في الحال لم يبطل خيارها . ﴿ و ﴾ ﴿ الشرط ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أن تراخى وقد علمت ﴿ العقد ﴾ أى عقد النكاح فلو تراخت قبل أن تعلم بالعقد لم يبطل خيارها ﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أن تراخى وقد علمت ﴿ تجدد الخيار ﴾ لها فأما لو تراخت وهى ظانة أن لا خيار لها لم يبطل خيارها فإن اختلف أى هذه الشروط لم يبطل خيارها .

﴿ إلا من زوجها أبوها ﴾ أو وكيله لمعين فى صفرها فإنه لا خيار لها إذا بلغت لـكن بشرطين: ﴿ أحدهما ﴾ أن يكون زوجها ﴿ كفوا ﴾ لها فى نسبه ودينه فأما لو زوجها غير كفو لها ثبت لها الخيار على التراخى إذا بلغت ﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يكون زوجها ممن ﴿ لا يعاف ﴾ فى عشرته فأما لو زوجها أبوها من تعاف عشرته كالأجذم والأبرص والمجنون فإنها إذا بلغت ثبت لها الخيار عندنا على التراخى فإذا بلغت بالحيض ثبت لها الخيار بأول الحيض واستمر خيارها فى اليوم الأول والثانى والثالث ولا يبطل إلا إذا تراخت بعد الثلاثة لأنها قد تيقنت أن الثلاثة حيض بمجاورتها .

﴿ مسألة ﴾ قال فى البيان : من زوّج قرييته البالغة من زيد ثم من عمر وقبل اجازتها كان عقده بالآخر فسخاً للأول لأن العقد الموقوف كهذا وسائر العقود يصح فسخه من أى المتعاقدين وإن لم يكن فى وجه الأول لأنه لم يكن قد انبرم كما فى فسخ الصغيرة ﴿ وكذلك الصغير ﴾ من الذكور كالأنثى إذا عقد له ولى نكاحه بـزوجة كـلو كان أنثى كان النكاح موقوفاً مجازاً كالصغيرة فتلحقه تلك الأحكام فيخير متى بلغ وعلم البلوغ وعلم العقد وعلم تجدد الخيار إلا من زوّجه أبوه فلا خيار له عند بلوغه إن زوجه كفوة لا تعاف وقبل البلوغ يجوز له الوطء وتجب النفقة فى ماله والميراث بينهما . وعلى الجملة فهو كالأنثى ﴿ فى الأصح ﴾ من المذهب ، قال فى البستان : « وفائدة الفسخ فى حق الصغير مع أن الطلاق بيده أنه إذا طلق كان تقريراً للعقد بخلاف الفسخ

فلو حلف لا أجاز لم يحنث إذا فسخ بخلاف ما لو طلق لأن الطلاق اجازة ﴿الثاني﴾
إذا لم يسم مهراً لها أو سمي تسمية باطلة فبالفسخ لا شيء وبالطلاق تلزم التهمة إذا كان
قبل الدخول ﴿الثالث﴾ انه إذا فسخ لم تحسب عليه طلاقه .

﴿فرع﴾ قال في البيان : « ومن تزوج لابنه الصغير فالهر على الصبي من ماله
لا على الأب لأن مجرد العقد لا يكون ضماناً إلا أن يضمن به طوبى به فإن سلمه من
مال ابنه ضح وإن سلمه من مال نفسه ولم ينو الرجوع قط لم يرجع به على الصبي
وإن نوى الرجوع عند ما ضمن به أو عند تسليمه ولم ينو التبرع رجع على الصبي
وإن نوى الرجوع عند الضمان ونوى التبرع عند التسليم لم يرجع وفي العكس يرجع
ولا حكم لنية التبرع عند الضمانة لما نوى الرجوع عند التسليم » .

﴿ويصدق مدعى البلوغ﴾ أى إذا ادعى الصغير سواء كان ذكراً أم أنثى أنه قد
بلغ قبل قوله ولا يمين عليه إذا ادعى البلوغ ﴿بأ﴾ لئى فى اليقظة أو ا ﴿لاحتلام﴾
﴿فقط﴾ إلا إذا ادعى البلوغ بالإنبات أو بالسنتين أو بالحيض فإنه لا يقبل قوله بل
لابد من الشهادة ويكتفى فى الحيض عدلة تشهد بخروج الدم من الرحم فى أول الحيض
وأخره . وأما فى إنبات الرجل فمدلان ، وفى انبات المرأة عدلة فإذا لم توجد عدلة
فمدلان . ولا يقبل قوله فى دعوى البلوغ بالئى فى اليقظة أو الاحتلام إلا إذا قد صار
﴿محتملاً﴾ لذلك . واختلفوا فى المحتمل فالذهب حيث يكون الذكر ابن عشر سنين
والأنثى بنت تسع سنين . ومن نوزع فى مضى هذه المدة منذ ولد فعليه البينة ثم يقبل
قوله فى البلوغ بالئى فى اليقظة أو الاحتلام .

﴿فصل﴾

﴿١٤٤﴾

﴿ومتى اتفق عقداً ولئيين﴾ أو أكثر أو ولى ووكيل أو وكيلين ﴿مأذونين﴾
مستويين لشخصين فى وقت واحد أو أشكل ﴿وقتهما﴾ بطلاً أى بطل المقسدان

معاً بهذه الشروط . قال الإمام عليه السلام : فقولنا وليين احتراز من أن يعقد وليها لشخص ، وأجنبي فضولى لشخص فإنه يصح عقد الولي دون الأجنبي . وقولنا مأذونين احتراز من أن يعقد لها ولي قد أذنت له بأن ينكحها وأنكحها ولي آخر من شخص آخر فإنه يصح عقد الولي المأذون ويبطل عقد الآخر فإن كانا معاً غير مأذونين صح عقد من أجازت عقده فإن أجازت أحدهما غير معين بطلت الإجازة وإن أجازتهما معاً بطل العقدان كالمأذونين إلا أن يكون أحدهما صحيحاً والآخر فاسداً وأجازتهما فإن الإجازة تلحق الصحيح منهما . وقولنا مستويين احتراز من أن يكون أحدهما أقرب فإنه يصح عقد الأقرب ويبطل عقد الأبعد سواء تقدم أم تأخر ولو كانا معاً مأذونين .. وقولنا لشخصين لأنه لو كان العقدان من الوليين لشخص واحد صح العقد الأول منهما والثاني لغو وإن عقدا له في وقت واحد صحاً معاً لكنه عقده واحد في التحقيق . وقولنا في وقت واحد احتراز من أن يعقد الشخصان في وقتين فإنه يصح عقد الأول . وقولنا أو أشكل يعني لم يعرف هل وقعا في وقت واحد أو في وقتين ولم يقم أحدهما البينة فلو أقام أحدهما البينة قبلت .

فتى اتفق عقدان بهذه الشروط الخمسة بطلا معاً ﴿ مطلقاً ﴾ أى سواء أقرت بسبق أحدهما أم لم تقر وسواء دخل بها أحدهما برضاها أم لم يدخل . قال الإمام عليه السلام : « وهكذا حكم الصغيرة إذا اتفق عقدا وليئها بطل العقدان بالشروط المذكورة إلا قولنا مأذونين فإنه لا معنى لإذن الصغيرة على الصحيح من المذهب .

﴿ وكذا إن علم ﴾ أن المقدين وقعا في وقتين وعلم ﴿ الثانى ﴾ أى المتأخر ﴿ ثم التبس ﴾ أيهما هو فإنه يبطل العقدان معاً كالمسئلة الأولى ﴿ إلا ﴾ أن هذه الصورة تخالف المسئلة الأولى بحكم واحد وهو أنه يصح من المرأة تصحيح أحد المقدين في هذه الصورة ﴿ لا قرارها ﴾ قبل موته ﴿ بسبق أحدهما أو دخول برضاها ﴾ فإنها إذا أقرت لأحد الشخصين قبل موته أن عقده هو السابق ولو بعد إقرارها باللبس فإنه

يصح عقده والعقد الثانى يبقى موقوفاً على البيئة أو علم الحاكم أو النكول إن بين أو ثبت بعلم الحاكم أو النكول صح وإلا بطل .
﴿ فرع ﴾ قال فى البحر : وإن أقرت باتحاد الوقت أو أن كل واحد سابق بطلا أيضاً .

﴿ فرع ﴾ فلو أقرت لأحدهما بالتقدم والثانى دخل برضاها فالعبرة بما تقدم منهما كما فى الفتح فإن وقع الإقرار والدخول فى حالة واحدة فالحكم للدخول فإن تقدم الإقرار فلا حكم لرضاها بالدخول وكان زنى وإن تقدم الدخول بالرضى فلا حكم لإقرارها به فى الحال ويكون موقوفاً على بينوتها كما فى من أقرت بالزوجة لغير من هى تحتها .
﴿ فرع ﴾ قال فى البحر : « ولا تسمع دعوى أحد الزوجين على الآخر ولا على الولى أنه السابق إذ لا شئ فى يد المدعى عليه : وأما الدعوى على الزوجة فتسمع وعليها البين للآخر إذ يكون إقرارها موقوفاً على بينوتها » .

﴿ فرع ﴾ قال العلامة على بن احمد بن ناصر الشجنى رحمه الله : « فلو علما لإقرارها بسبق أحدهما أو دخول رضاها ثم ماتت والتبس من أقرت بسبقه بعد التباس من عقده المتقدم ثبت لها فى مالها ميراث زوج واحد ويقسم بينهما بعد التحالف والنكول وينقلب فى حقهما جانب الخطر فى تحريم الأصول مطلقا وكذا فصولها حيث كان اللبس بعد الدخول برضاها ويثبت لها على كل واحد نصف مهر » .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٤٥ ﴾

﴿ والمهر لازم للعقد لاشترط ﴾ هذا مذهبنا وهو قول أبى حنيفة والشافعى . وقوله لازم للعقد : يعنى أن العقد يقتضى المهر بشرط التسمية الصحيحة فى العقد الصحيح أو الدخول ولو كان العقد فاسداً فإذا وقع العقد مع التسمية أو الدخول لزم المهر . .
﴿ وإنما يعمّر مال أو منفعة فى حكمه ﴾ جائزة مقدورة غير واجبة ولا محظورة ، أما المال

فظاهر فكل ما يسمى مالا صح مهرأ إذا بلغ عشرة دراهم هو أو قيمته يوم العقد وكان مما يصح تملكه . والمنفعة الجائزة التي في حكم المال نحو خدمة عبد أو حر أو سكنى دار مدة معلومة أو نحو ذلك مما تستحق عليه الأجرة . وأما المنفعة التي ليست في حكم المال فهي الأغراض نحو على أن لا يطاء أمته أو على أن يطلق فلانة فإن هذه المنفعة لا يصح جعلها مهرأ .

﴿ ولو ﴾ تزوج أمته على ﴿ عتقها ﴾ صح النكاح وكان عتقها مهرها حيث كان قيمتها عشرة دراهم وإلا وفيت إن تم النكاح على العشرة الدراهم .. فإذا أراد ذلك قال قد جعلت عتقك مهرك وتقبل .. أو أنت حرة على أن يكون عتقك مهرك فإذا قبلت عتقت، ثم يقول إذا لم يكن لها ولي قد تزوجتك على ذلك . ولا يحتاج إلى قبول بعد ذلك لأن التاء تكفي، فإذا رضيت انعقد النكاح، ويكفي سكوتها بمد قوله تزوجتك إذا كانت بكرأ ولو غير مكافئة وإن كانت ثيبأ فلا بد من النطق كما مر فإن امتنعت من النكاح بعد العتق لم تجز عندنا وسعت في قيمتها يوم العتق . وكذا يصح لو قال أعتقتك على أن تزوجيني نفسك وتقبل ويكون عتقك مهرك ثم يقول قد تزوجتك . فأما لو قال أعتقتك وجعلت عتقك مهرك عتقت ولا يلزمها أن تسمى إن امتنعت من التزويج به وإذا خشي امتناعها بعد العتق فله أن يحنط بما يخلصه من ذلك فيقول إن كان في معلوم الله أني إذا أعتقتك تزوجتك فأنت حرة على أن عتقك مهرك وتقبل ثم يقول قد تزوجتك .

والمهر لا بد أن يكون مالا أو منفعة ﴿ مما يساوي عشر فقال ﴾ فصاعداً فضة ﴿ خالصة ﴾ وهذا عندنا أقل المهر ولا حد لأكثره . والقفلة كالدرهم اثنان وأربعون شميرة كافي الزكاة . وقدر المهر الشرعي من الريالات المتعامل بها الآن في اليمن ريال الأربما وثلاث بقش تجاري وهو نصف عشر النصاب الشرعي في زكاة الفضة وهو ستة عشر ريالاً إلا ربما كما تقدم في الزكاة تفصيل ذلك وتحقيقه في فصل « ٨٤ »

﴿ لا دونها ففاسدة ﴾ أى إذا سعى دون عشرة دراهم مما له قيمة أو لا يتسامح بمثله فى المثل فهى تسمية فاسدة ولا فاسدة غير هذه بل إما صحيحة أو باطلة . فإن كان المسمى مما لا قيمة له فهى تسمية باطلة تستحق مهر المثل بالدخول ﴿ فيكمل عشراً ﴾ أى عشر ففال حيث رضيت مهما تستحق المرأة كمال المهر فى التسمية الصحيحة، وذلك حيث يدخل بها أو يخلو بها خلوة صحيحة أو يموت أحدهما ﴿ وتنصف ﴾ بعد التكميل فيلزم خمسة لو طلق قبل الدخول أو وقع فسخ من جهته أو من جهة غيرها ولو بعد خلوة فاسدة كالتسمية الصحيحة فإنها تنصف ﴿ كما سيأتى ﴾ تفصيل ذلك فى الفصل الذى يلى هذا .

﴿ و ﴾ يجوز ﴿ لما فيه كل تصرف ﴾ فيجوز لما ييمه وهبته والوصية به والنذر وجعله زكاة ووقفه وعقبه ونحو ذلك من التصرفات فى التسمية الصحيحة والعقد الصحيح ﴿ ولو ﴾ تصرفت فيه ﴿ قبل القبض ﴾ له ﴿ و ﴾ قبل ﴿ الدخول ﴾ لكن هذا حيث يكون معيناً وكان مما يتعين . فأما إذا كان فى الدمة فحكمه حكم الدين فما صح فى الدين من التصرفات صح فيه وسيأتى بيان ذلك فى القرض بفصل عدد « ٢٣٢ » . ﴿ و ﴾ يصح من الزوجة ﴿ الإبراء ﴾ لزوجها ﴿ من ﴾ المهر ﴿ المسمى ﴾ إذا كان ديناً لا عيناً قيمياً أو مثلياً ﴿ مطلقاً ﴾ أى قبل الدخول وبعده ﴿ ومن غيره ﴾ أى ومن غير المسمى فإنه لا يصح الإبراء منه إلا ﴿ بعد الدخول ﴾ بها لا قبله فلا يصح لأنها لا تملك شيئاً من المهر مع عدم التسمية . ويعتبر فى صحة الإبراء من المهر أن يكون العقد صحيحاً والتسمية صحيحة .

﴿ ثم إن طلق ﴾ الزوج زوجته أو حصل فسخ من جهه فقط ﴿ قبله ﴾ أى قبل الدخول بعد أن أبرأت ﴿ لزمها ﴾ له ﴿ مثل نصف المسمى ﴾ لأن الإبراء كالقبض فكأنها قبضته ثم استهلكته فيلزمها له الغرامة وهى قيمة نصفه يوم العقد فى بلد العقد أو يوم التسمية إن تأخرت عن العقد ﴿ ونحو ذلك ﴾ يعنى نحو الإبراء من الاستهلاك لما سعى

كأن يسمى لها عبداً ثم أعتقته أو باعتها أو وهبته لزوجها أو لغيره ثم طلقها قبل الدخول فإنه يلزمها للزوج نصف قيمة العبد يوم العقد إن سمي في ذلك الوقت وإلا فالعبرة بقيمة يوم التسمية . فلو أبرأته من نصف المهر ثم طلق قبل الدخول فلا شيء لها ولا عليها لأنها تستحق بالطلاق نصف المهر وقد أبرأته منه .

﴿ وفي المهر الممين ﴾ في رده بالرؤية ﴿ وكذا سائر الخيارات ﴾ والعيب اليسير ﴿ وهو هنا ما ينقص القيمة ﴾ خلاف ﴿ بين العلماء ﴾ يعني هل للمرأة أن ترد مهرها بذلك أم لا ؟ . أما الرؤية فالمختار للمذهب أن لها رده بخيار الرؤية وتلزم قيمة المسمى يوم العقد لأنها قد رضيت به وإلا فيوم التسمية . وفي خيار الشرط ترجع إلى مهر المثل فتستحقه بالدخول . وأما العيب فلا خلاف أن لها أن ترده بالفاحش وهو ما لا يتباين الناس بمثله وأما اليسير فذهبنا أن لها أن ترده به وترجع إلى قيمته يوم العقد غير معيب فإن اختلفت القيم أو اختلفت المقومون فالأول يرجع إلى الأقل من القيمتين وذلك حيث قوم كل واحد بقيمتين . والثاني يرجع إلى الأكثر لأن المقوم بالأكثر كالشهادة الخارجة فتثبت له دعوى الزيادة .

﴿ وإذا تعذر ﴾ تسليم المهر الذي قد سمي ﴿ أو استحق ﴾ لغير بالبينة والحكم أو علم الحاكم ﴿ بقيمته ﴾ تلزم يوم العقد في بلد العقد أو مثله إن كان مثلياً ﴿ منفعة كان ﴾ المتعذر أو المستحق ﴿ أو عيناً ﴾ لغير: مثال تعذر المنفعة أن يجعل مهرها عمل ثور أو سكنى دار أو استغلال أرض أو نحو ذلك سنة فمات الثور أو خربت الدار أو نسفت الأرض ولو بجنايتها قبل الانتفاع فإن الواجب لها قيمة هذه المنفعة وهي قدر أجرة عمل الثور ونحوه السنة المستحقة . ومثال استحقاق المنفعة أن يكون هذا الثور الذي أصدقها عمله مملوكاً لغيره فإن الواجب لها حينئذ قيمة عمله وهي قدر أجرة المدة المقدرة يوم العقد . ومثال تعذر العين أن يصدقها حصاناً مميئاً فيموت الحصان قبل أن يسلمه إليها فالواجب لها حينئذ قيمة الحصان يوم العقد . ومثال استحقاقه أن

يكون مملوكاً لغيره . وهكذا إذا تعذر بعض المهر أو استحق لزمه قيمة القدر المتعذر يوم العقد فقط فإن تعيب به . الباقي ثبت لها الخيار ما لم يتميّب بفعلها فلا خيار لها .

﴿١٤٦﴾ فصل

﴿ومن سعى مهرأ تسمية صحيحة﴾ في عقد صحيح ﴿أو﴾ كانت التسمية ﴿في حكمها﴾ يعني في حكم التسمية الصحيحة فحكمها واحد : أما التسمية فهي أن يسمى لها شيئاً يملكه ويجوز لها التصرف فيه بالبيع والهبة ونحوها . وكذا منفعة دار أو على أن يخدمها هو أو غيره مدة معلومة فهذه كلها تسمية صحيحة إذا كانت التسمية تساوى عشر فقال . وأما التي في حكم الصحيحة فهي أن يسمى مالاً أو منفعة يصح أن يملكها في حال لكن ليس له في الحال التصرف فيهما بعينهما كالوقف والمكاتب والدبر وأم الولد وملك غيره فتستحق المرأة قيمة هذه الأشياء يوم العقد في بلد سواء كان مهر المثل معلوماً أم لا وحيث سعى لها ملك الغير فلا فرق بين علمها بأنه للغير وجهلها في أنها تستحق قيمته إذالم يُجزم بالسك . فإن أجاز استحقته بعينه ويستحق صاحبه قيمته يوم العقد على الزوج .. فإن عجز المكاتب فرجع في الرق فقال المؤيد بالله - وهو المذهب - أنها تستحقه بعينه وهكذا إذا سعى لها ملك الغير ثم ملكه بإرث أو شراء أو غيرها فن سعى مهرأ تسمية صحيحة أو في حكمها ﴿لزمه﴾ ذلك المسمى ﴿كاملاً﴾ إن كان باقياً أو قيمته للتعذر كما تقدم . لكن إنما تستحقه بأحد أمور ثلاثة ﴿الأول﴾ بموتها أو أحدهما بأي سبب ﴿إذا كان العقد صحيحاً والتسمية صحيحة أو كانت دون عشرة دراهم فتكمل سواء كان موتها أو أحدهما بأمر سماوى أو بجناية من غيرها أو من بعضهما على بعض أم من الميت على نفسه بأن قتل نفسه . ففي هذه الوجوه تستحق الزوجة كمال المهر المسمى سواء كانت حرة أم أمة .

﴿الأمر الثاني﴾ قوله : ﴿وبدخول﴾ والمراد به الوطء ولو في الدبر من الصالح

للجاء في الصالحة له . وأقله ما يوجب الغسل في الثيب وفي البكر ما يذهب البكارة ولو مع مانع شرعى وهو يوجب كمال المسمى في الصحيح لافي الفاسد فتستحق الأقل من المسمى ومهر المثل مع الدخول فقط . قال في البيان : « وللدخول أحكام عشرة وهى : كمال المهر فى التسمية الصحيحة وإلا فمهر المثل فى الفاسد فيهما . ووجوب العدة . وثبوت الأحصان ، والأحلال ، وتثمر الرجعة لو طلق بعده ، وتكون رجعة ، ويوجب الثبوبة ، ويفسد الحج ، ويوجب الدم فيه ، وتحرم الريبة » .

﴿والأمر الثالث﴾ قوله ﴿أو خلوة﴾ صحيحة فى نكاح صحيح فإن كانت فاسدة لم توجب كمال المهر ولو مع الاستمتاع . وإن كانت الخلوة صحيحة فالمذهب أنها توجب كمال المهر ﴿إلا﴾ أن يخلو بها ﴿مع﴾ حصول ﴿مانع﴾ من الوطء ﴿شرعى﴾ يعنى أن الشرع يمنعه من جواز الوطء ، عند حصوله ﴿كمسجد﴾ تحصل الخلوة فيه فإن الخلوة تكون فاسدة مع علمها أو الزوج أنه مسجد أما لو جهلا فالخلوة صحيحة . وهكذا لو خلا بها وهى حائض أو أحدهما محرم ولو نفلاً أو صائم صوماً واجباً غير مرخص ، أو حضر معهما غيرهما ممن بلغ الفطنة وإذا كان كبيراً فلا فرق بين أن يكون بقطناً أو نائماً إذا ظن الزوج أنه يستيقظ : أما لو اختلفا فى الخلوة فالبينة على مدعيها وإن اختلفا فى صحتها فالبينة على مدعى فسادها وإذا اذهبت بكارتها بغير الوطء فى خلوة فاسدة ثم طلقها فلا شئ لأجل الخلوة ويجب مهر مثلها لأجل الجنابة ويلزم مع ذلك نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول .. ﴿أو﴾ خلا بها مع حصول مانع ﴿عقلى﴾ أى يقضى العقل بأنه يمنع من الوطء مع حصوله فإن الخلوة تكون فاسدة ، مثال العقل أن تكون مريضة على صفة لا يمكن تحريك الداعى إليها أو صغيرة لاتصلح له أو تمنع نفسها وهو غير قادر على إكراهها وتصادقا على المنع لأن الأصل عدمه أو كان ثمة قرينة تدل على صدق دعواه أو قامت شهادة على إقرارها أنها منعت ، أو هو مريض أو صغير كذلك ، والجذام والبرص والجنون فى حقهما ، وفى حقهما القرن ، والرتق ، والعقل ، وفى حقه : الجب ،

والخصى ، والسَلّ ، لكن المانع العقلى والشرعى معاً لا تفسد به الخلوة إلا إذا كان حاصلًا ﴿فيهما﴾ أى فى الزوج والزوجة نحو أن يكونا صامعين معاً أو مريضين معاً أو صغيرين معاً على وجه لا يمكن معه الوطء أو أبرصين أو نحو ذلك .

﴿أو﴾ كان حاصلًا ﴿فيها﴾ وحدها شئ من ذلك فإن ذلك مانع من صحة الخلوة ﴿مطلقاً﴾ أى سواء كان المانع مما يرجى زواله فى العادة كالمرض والصغر أم مما لا يرجى زواله كالجذام والجنون فإنها تفسد به الخلوة حيث يكون حاصلًا فيهما معاً أو فيها وحدها ﴿أو﴾ كان ذلك المانع حاصلًا ﴿فيه﴾ وحده وهو ﴿يزول﴾ فى المادة كالمرض والصغر والصوم الواجب والإحرام فإن ذلك يمنع من صحة الخلوة . وأما إذا كان مما لا ينتظر زواله فى المادة وهو فى الزوج فقط كالجذام والبرص ، والجنون المطبق والخصى . والسَلّ فإن خلوته تكون حينئذ صحيحة توجب كمال المهر وهكذا خلوة المستأصل توجب كمال المهر .

﴿و﴾ يجب ﴿نصفه فقط﴾ يعنى نصف المسمى ﴿بطلاق أو﴾ أمر ﴿فاسخ﴾ إن حصل الطلاق أو الفسخ ﴿قبل ذلك﴾ أى قبل الدخول والخلوة الصحيحة فإذا طلق أو فسخ قبل الدخول والخلوة الصحيحة لزمه نصف المسمى حيث التسمية صحيحة أو فى حكمها فى عقد صحيح لكن لا يجب نصف المهر بالفسخ إلا إذا كان الأمر الفاسخ ﴿من جهته فقط﴾ أى من جهة الزوج وحده . وذلك نحو أن يرتد عن الإسلام أو يتزوجها وما كافران ثم يسلم وحده ﴿لا﴾ إذا حصل الفسخ ﴿من جهتهما﴾ معاً نحو أن يكون فى كل واحد منهما عيب فيفسخ كل واحد منهما صاحبه أو يتجدد الرق عليهما معاً فى وقت واحد أو يرتدّا معاً فى وقت واحد إلى ملتين مختلفتين أو يرضعان من امرأة فى حالة واحدة .

﴿أو﴾ إذا حصل الفسخ من ﴿جهتها﴾ وحدها ﴿فقط حقيقة﴾ نحو أن ترتد وحدها أو تسلم وحدها أو ترضع امرأة زوجها الصغيرة ولو محسنة أو ترضع زوجها

الصغير أو تمتق فتفسخ نكاحه أو تفسخ زوجها بعيمه ﴿أو حكما﴾ نحو أن تشتري زوجها أو بمضه أو يشتريها أو بمضها أو يفسخها زوجها بعيب فيها ﴿فلا شيء﴾ لها من المهر في هذه الصور كلها أعني حيث حصل الفسخ من جهتها جميعاً أو من جهتها حقيقة أو حكماً .

﴿مسئلة﴾ من تزوج امرأة ولم يفرض لها مهرأ ثم فرضه الزوجان أو الزوج ووكيل الزوجة الكبيرة أو غيره وأجازت وكان الفرض قبل الدخول صحت التسمية وكان المهر هو المسمى فلو طلقها قبل الدخول استحققت نصف المسمى فلو زاد على المسمى شيئاً معلوماً بعد العقد ثم طلقها قبل الدخول نصبت الزيادة .

﴿ومن لم يُسم﴾ لزوجته مهرأ رأساً بل عقد النكاح من دون ذكر مهر أو سمى ونسى ﴿أو سمى تسمية باطلة﴾ نحو أن يحمل مهر المسلمة خمرأ أو خنزيراً أو ميتة أو دماً أو حرأ أو قتل من لا يستحق عليه القتل أو سمى شيئاً مجهولاً جهالة كلية نحو أن يقول على حكمك أو حكى أو على ما أكتسبه في هذه السنة أو نحو ذلك فإن هذه التسمية باطلة وجودها كعدمها .

فأما لو كانا ذميين ^(١) صحت تسمية الخمر والخنزير في حقهما فإن أسلمت أو هما وقد قبضته فلا شيء لها ، وإن لم تقبضه وجب لها قيمته ، أما إذا أسلما معاً ولم يسم فلها مهر مثلها من المسلمين الذين أسلموا بعد كفر إن وطئت مسلمة أو من الذميين إن وطئت ذمية . فإن كان مهر مثلها من الذميين خمرأ أو خنزيراً كان لها قيمته يوم العقد ويقومه من يعرفه من أهل العدالة فاسقان قد تابا أو كافران قد أسلما . وأما إذا أسلمت دونهم

(١) « تنبيه » إذا تحاكم إلينا أهل الذمة لم نحكم بينهم إلا بما صح في شريعتنا ويجب الممتنع عن الحضور ويحكم بينهما بشريعتنا وكذا إذا استفتونا على جهة الإطلاق لم نقتهم إلا بشريعتنا فإن استفتونا عن شريعتهم جاز أن نقتهم عنها بعد صحتها لدينا . وإذا أراد الذي المأكمة الذي إلى ما كتمهم فنع وطلب منا إجباره فلا يجبر ولو وافقوا الإسلام . اهـ .

يستقيم أن يقال لها مهر مثلها من المسلمين بل مثلها من الذميين لأن العقد والدخول وقما في حال الكفر . وأما إذا أسلم الزوج دونها فيجب لها المعين يحمله إليها بقيمة غير المعين .

فمن لم يسم أو سمي تسمية باطلة كما مر ﴿لزمه بالوطء فقط﴾ ولو في الدبر ﴿مهر مثلها﴾ يوم العقد ولا يلزمه بالخلوة الصحيحة . وإنما يرجع إلى مهر مثلها إن لم تكن قد تزوجت فإن كانت قد تقدم لها زواج فالرجوع إلى مهرها الأول أولى إذا كانت ثيباً أو كانت عادتهم لا يفرقون فإن كان عادتهم يزيدون للبكر سقطت الزيادة أى فينقصون في حق الثيب النصف من مهر البكر كما هي عادة اليمن الميمون . وهذا إذا اتفقت المهور التي تزوجت بها فإن اختلفت فالذهب أنه يعمل بالأدنى في الاثنين وبالأوسط في الثلاثة وبالأقل من المتوسطين في الأربعة .

فإن لم تكن قد تزوجت استحققت مهر مثلها ﴿في صفاتها﴾ وقت العقد وهي النسب والمنصب والجمال والعقل والدين والأدب والصنعة والبكارة والمال والبلد والصناعة والقراءة والكتابة وحسن تدبير المعيشة والمنزل، هذا إذا اختلفت العادة بهذه الصفات أو غيرها بحسب العرف . وحيث يسمحون للأقارب ويقالون للأجانب يعمل بمقتضى ذلك وكذا في التأجيل والتعجيل والنقود والعروض .

﴿نعم﴾ وإنما يرجع إلى مهر مثلها من قرابتها اللاتي ﴿من قبيل أبيها﴾ في بلدها فتعطى مثل مهر أختها فإن لم يكن لها أخوات ولا بنات أخوة فمهر عماتها ثم بنات عماتها كذلك . ﴿ثم﴾ إذا لم يكن لها قرائب من قبيل أبيها أو لم يكن قد تزوج منهن أحد أو عدت المشابهة لها منهن أو التبس الحال رجع إلى مهر مثلها من قرابتها اللاتي من قبيل أمها ﴿أمها﴾ فتعطى مثل مهر أمها ما لم تكن وضيمة ثم أختها لأمها ثم خالاتها ثم بنات خالاتها لا بنات أخوالها . قال الإمام عليه السلام : وهذا إذا لم تكن أختها لأمها وضيمة من جهة الأب فأما إذا كانت وضيمة وأبو هذه البكر

رفيع لم يعمل بمهر أختها وكذلك الخالات بل يرجع إلى نساء بلدها .
 ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن لها قرائب من جهة الأم أيضا ولم يكن قد تزوجن أو كنّ
 وضيعات من جهة الأب بخلاف منصبها رجع إلى مهر مثلها في صفاتها من نساء ﴿ بلدها ﴾
 الذى نشأت فيه والتقطت فيه اللغة . فإن فاقت في الحسن زيد لها وإن نقصت نقص
 على ما يراه الحاكم . وإذا تزوج نساء بلدها قبلها وبمدها فيؤخذ بمهر من تزوج قبلها
 فإن تزوجن بعدها فيؤخذ بمهرهن إن لم يجعل الزيادة حيلة أو رغبة .

﴿ و ﴾ مهر المثل ﴿ للأمة عشر قيمتها ﴾ يوم الدخول ولو كثرت بكرأ أو ثيبأ
 إذا لم يسم لها مهرأ أو سمي تسمية باطلة ولو كان مهر مثلها معلوماً فإن قصر عشر
 قيمتها عن عشرة دراهم كمل عشرة ﴿ و ﴾ إذا لم يسم للزوجة مهرأ خرة كانت أو
 أمة أو سمي تسمية باطلة ثم طلقها قبل الدخول فإنه يلزمه لها ﴿ بالطلاق ﴾ ولو بعد
 الخلوة سواء كان النكاح صحيحاً أو فاسداً ﴿ المتعة ﴾ وهى عندنا كسوة مثلها ولو
 صغيرة من مثله . قال فى الانتصار : ولا يجاوز بالمتعة نصف مهر المثل .

﴿ و ﴾ إذا تزوجها ولم يسم لها مهرأ أو سمي تسمية باطلة ثم مات قبل الدخول
 فإنه ﴿ لاشئ ﴾ لها ﴿ بالموت إلا ﴾ نفقة العدة وكسوتها و ﴿ الميراث ﴾ ولا تستحق
 مهرأ ولا متعة ﴿ و ﴾ إذا لم يسم لها مهرأ أو سمي تسمية باطلة ثم فسخ النكاح قبل
 الدخول فإنها ﴿ لا ﴾ تستحق ﴿ بالفسخ ﴾ شيئاً ﴿ مطلقاً ﴾ أى لا مهر لها ولا متعة
 ولا ميراث إذا مات بعد الفسخ وسواء كان الفسخ بالحكم أم بالتراضى وسواء كان
 الفسخ من جهته أم من جهتها أم من جهتهما .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٤٧ ﴾

﴿ و ﴾ إذا سمي للمرأة مهرأ أو ذكر معه زيادة فإنها ﴿ تستحق كل ما ذكر فى المقد ﴾

من جملة مهرها ﴿ولو﴾ كانت الزيادة مذكورة ﴿لغيرها﴾ نحو أن يقول الولي زوجتك بألف درهم لها وزيادة مائة لى أو نحو ذلك فإن المائة تكون مستحقة للزوجة هذا مذهبنا. وقوله كل ما ذكر في العقد : احتراز مما ذكر للولى قبله فليس لها ولا يطيب للولى أيضاً ﴿أو بعده﴾ أى وتستحق الزيادة إذا ذكرت بعد العقد سواء ذكرت أنها لها أم أطلق فإنها ﴿لها﴾ نحو أن يقول بعد انقضاء العقد وقد زدت لها أو يطلق فيقول وقد زدت ما هو كيت. وكيت فأما إذا كان مذكوراً لغيرها نحو أن يقول بعد انقضاء العقد وقد جعلت لوليتها ما هو كيت وكيت لم تستحقه المرأة وإنما يكون لمن سماه من الولي أو غيره ويكون له حكم ما وقع من هبة أو نذر أو إباحة إن لم يقرنه ما يحرمه كان يمتنع بعد رضاها عن التزويج إلا بذلك لأنه حينئذ رشوة في مقابلة واجب .

﴿فرع﴾ وأما ما يعتاده الناس من إعطاء الزوجة ليلة البناء عليها ويسمى « الصباح » وفى بعض جهات « الرضوى » فإنها تملكه لأنه زيادة فى المهر فلو لم يسم لها شيئاً لزمه قدر ما جرى به العرف من مثله لمثلها إذ قد صيرَه العرف لازماً . وأما ما يسلم الزوج من الكسوة والحلية ليلة البناء عليها - أى الدخول - فعلى حسب العرف فى صنماء وذمار ونحوهما من المدن والجهات الجبلية ليس للزوجة فيه ملك بل هو باق بملك الزوج وكذا كل ما أعطى من ذلك ، فإذا طلقها أرجعت ذلك له . وفى تهامة يكون للمرأة كالهر بل قد تكون الكسوة والحلية هى المهر فلا ترجع شيئاً من ذلك إذا طلقها .. وهذا إذا لم يكن ثمة شرط فإن كان فالعمل به إذ الشرط أملك ﴿ويكفى فى﴾ جمل الأرض مهرأ سواء كانت من ﴿المراز﴾ وهى الأرض التى يزرع فيها الأرز أو غيرها من الأرضين ﴿ذكر القدر والناحية﴾ وهى البلد وما ينسب إليها فيما حواه البريد . فيقول مثلاً قد أمهرتها عشرة أذرع فى أوطان ناحية كذا أو نحو ذلك فهذا كاف ولا يحتاج إلى ذكر الحدود ولا أن يشير إلى الزرعة التى فيها تلك الأرض حيث لا تختلف الأرض اختلافاً كلياً بل يصح من دون إشارة . وتأخذ

من أوسط ما يملك في تلك البلد وإن لم يملك فيها شيئاً فقيمة الوسط منها إذا تمذر الوسط بمينه . ﴿ و ﴾ يكنى ﴿ في غيرها ﴾ أى غير الأرض من الثياب والحيوانات وغيرها ذكر ﴿ الجنس ﴾ أو النوع ولا يحتاج في الثوب إلى ذكر القدر ولو كان في البلد أجناس لأنه ينصرف إلى الغالب منها ما لم تختلف في القدر ولا غالب فلا بد مع ذكر الجنس أو النوع من ذكر القدر . ولهذا يكنى أن يتزوجها على ثوب إذا كان في البلد جنس أو أجناس وثمة غالب فينصرف إليه ، ولا يكنى حيث لا غالب بل لابد من ذكر الجنس فيقول على ثوب قطن . أو ثوب حرير ، وكذا في الحيوان لا يكنى أن يقول على حيوان لأن الحيوانات أجناس بل لابد من ذكر الجنس نحو على فرس أو بقرة أو ناقة أو نحو ذلك ﴿ فيلزم الوسط ﴾ من ذكر الجنس ويؤخذ من الوسط أوسطه فإن لم يكن في الناحية وسط بل أعلى وأدنى فالأدنى ، فإن وجد الوسط بعد تسليم الأدنى فلا عبرة به .

﴿ مسألة ﴾ ومن تزوج صغيرة على قميص غير معين قدره فطلبت منه وقد سارت كبيرة فإن كان مما يراد به التجميل فقميص كبيرة وإن كان مما يراد به الابتذال فقميص صغيرة إذ هو اللازم وقت العقد .

ومن التسمية الفاسدة مالها حكم بين الصحيحة والباطلة ﴿ و ﴾ هو ﴿ ما سعى بتخيير ﴾ كهذا أو هذا ولم يوقت خيار لأحد الزوجين إذ لو جعل لأحدهما خيار لوقت معلوم فالتسمية صحيحة كما يأتي في البيع ﴿ تعين ﴾ بالدخول فقط ﴿ الأقرب ﴾ منها ﴿ إلى مهر المثل ﴾ ولو نقص عنه فإنها قد رضيت بالنقص نحو أن يقول تزوجتك على هذا أو هذا فإنها تستحق ما قيمته أقرب إلى قدر مهر المثل نحو أن يكون مهر مثلها مائة دينار وأحد الشئتين قيمته خمسون ديناراً والآخر قيمته ستون ديناراً فإنها تستحق الذى قيمته ستون لأنه الأقرب إلى قدر مهر المثل . والوجه أن هذه التسمية باطلة لجهل مدة التخيير لأحدهما فاستحققت مهر المثل لسنها قد رضيت بالنقصان فأعطيت ما هو

أقرب إلى مهر مثلها ﴿ غالباً ﴾ يحتز من أن يكون أحد الشئيين قيمته فوق مهر المثل والآخر دونه كأن يكون قيمة أحدهما مائة وعشرة والآخر تسعين ومهر المثل مائة فالأدون هو الذى تستحقه ولكن توفى هنا إلى مهر المثل فيزاد لها عشرة ، وهذا فى حق المكلفة وإلا فمهر المثل إذا كان المزوج لها غير أبيها . فان طلق قبيل الدخول فالتمة لها فقط ولا شيء بالفسخ . ﴿ وحاصل المسألة ﴾ أن الشئيين إما أن تستوى قيمتهما أو يتفاضلا فإن استويا فى القيمة استحققت أحدهما فقط سواء كان كل واحد منهما فوق مهر المثل أم مثله والخيار إلى الزوج . أما إذا تفاضلا فإن كان كل واحد منهما فوق مهر المثل أو الأدنى قدر مهر المثل استحققت الأدنى لأنه الأقرب إلى مهر المثل ، وإن كان كل واحد منهما أدنى من مهر المثل استحققت الأعلى لأنه الأقرب إلى مهر المثل وإن كان أحدهما دون مهر المثل والآخر فوقه أخذت الأدنى ووفأها مانقص من مهر المثل .

﴿ و ﴾ أما إذا سمي جلاً وجلاً أو نحوهما ﴿ بجمع ﴾ لا بتخيير نحو أن يقول تزوجتها بهذا الجمل وهذا الجمل ونحو ذلك ﴿ تعين ﴾ ما سمي جميعاً ﴿ وإن تعدى ﴾ ذلك المجموع ﴿ مهر المثل ﴾ استحقته .

﴿ و ﴾ يصح ﴿ من مريض ﴾ أن يتزوج بزائد على مهر المثل إن ﴿ لم يتمكن ﴾ من الزواج ﴿ بدونه ﴾ أى بدون ذلك الزائد على مهر المثل . فأما إذا تمكن من استنكاح هذه المعينة بمهر مثلها لم يجوز له الزيادة عليه إلا من الثلث حيث له وارث وأما مهر المثل فليس بمحابة وكذا الزائد عليه إذا لم يتمكن بدونه . ومن التسمية التى لها حكم بين الصحيحة والباطلة ما لا يصح جعله أو بعضه مهراً كأن يمهراً عبداً فانكشف حراً أو عبدين فانكشف أحدهما حراً وهو المراد بقوله ﴿ فان بطل ﴾ المسمى ﴿ أو بعضه ولو ﴾ كان ذلك البعض الذى بطل ﴿ غرضاً ﴾ لها لا مالا نحو أن يتزوجها على عبد وعلى طلاق فلانة فأعطاها العبد ولم يطلق فلانة فإنه إذا اتفق شيء من

هاتين المسئلتين أو الأربع الآتية ﴿ وفيت مهر المثل ﴾ لأن التسمية انكشفت أنها باطلة فإذا بطل كله أعطاه مهر مثلها من جنس مهر المثل وصفته أو غيره مع التراضي وإن بطل البعض كأحد العبدین انكشف حرّاً مع جهلها بحريته وفيت على جهة التراضي - مع العبد الباقي - مهر المثل إن نقص عنه وإذا لم يدخل بها مع هذه التسمية فلها المتعة فقط مع الطلاق .. أما لو علمت بحرية الآخر فانها لا تستحق إلا العبد لأن التسمية صحيحة حيث كانت قيمة العبد عشر قفال فصاعداً .

﴿ المسئلة الأولى ﴾ من المسائل الأربع التي تستحق توفية مهر المثل قوله ﴿ كصغيرة ﴾ أو مجنونة ﴿ سعى لها ﴾ ولها وهو ﴿ غير أبيها دونه ﴾ أى دون مهر المثل فانها توفى مهر المثل، فإذا كان الزوج لها أبوها أو وكيله بمعين لم تستحق توفية ﴿ المسئلة الثانية ﴾ قوله ﴿ أو كبيرة ﴾ سعى لها ولى نكاحها دون مهر المثل ﴿ بدون رضاها ﴾ أى لم ترض بالتسمية فأما النكاح فقد كانت أذنت به فانها تستحق أن توفى مهر المثل ﴿ ولو ﴾ كان ﴿ أبوها ﴾ هو المسمى لها فان لها أن تمترض وأما لو وضيت بدون مهر المثل جاز ذلك ولم يكن للأولياء الاعتراض عندنا إذ ليس عليهم فى ذلك غصاضة .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ زوجها ولها ﴿ بدون ما ﴾ قد كانت ﴿ رضيت به ﴾ من المهر ولو يسيراً فانها تستحق أن توفى مهر المثل كالوكيل المعين له الثمن فينقلب فضولياً بمخالفة ماعين وإن قل، وسواء كان الزوج لها أباهاً أو غيره . فلو أمرت الولى أن يعقد بمائتين فمقد بمائة وخمسين ومهر المثل مائة فانها قبل الاجازة تستحق المائة فقط وبعدها تستحق التتميم إلى مائة وخمسين .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ أذنت بالنقص من مهر المثل إذا زوجها فلاناً وأمرت أن لا ينقص لغيره فنقص ولها ﴿ لغير من أذنت له بالنقص له ﴾ فانها تستحق أن يوفى الزوج مهر المثل ولا تستحق أن توفى مهر المثل إلا ﴿ مع الوطء فى السك ﴾

من المسائل الست وهي قوله فان بطل أو بمضه إلى هنا، فان وطئها لزمه أن يوفىها مهر المثل فأما إذا لم يكن قد حصل وطء لم تستحق في جميعها شيئاً إلا المتعة مع الطلاق . وعقد النكاح في جميع هذه الصور نافذ ويبقى المهر موقوفاً على إجازتها فإذا أجازت بعد الدخول لم تستحق إلا المسمى لأن لزوم مهر المثل كالشروط بأن لا تجيز والإجازة تنعطف إلى وقت العقد .

﴿ قيل و ﴾ هذه المسائل الأربع عقد ﴿ النكاح فيها موقوف ﴾ القائل هو صاحب البيان حكى ذلك عن كتاب التخریجات . ومعناه أن النكاح غير نافذ في مسألة الصغيرة العاقد لها غير أبيها بدون مهر المثل ومسألة الكبيرة التي أذنت بالعقد ولم يذكر المهر وعقد لها بدون مهر المثل ومسألة من عقد لها بنقص على مهر المثل لغير من أذنت له فالمقد في هذه المسائل الأربع موقوف ﴿ لا ينفذ إلا بإجازة العقد ﴾ ولو قد حصل الإذن من قبل لكنه لما خالف في حق الكبيرة المهر إما مهر المثل أو دون ما رضيت به أو لغير من أذنت بالنقص له انتقاب فضولياً وعقد الفضولي لا ينفذ إلا بالإجازة من بعد وإلا فهو كالا عقد، فتستحق المسمى إن أجازت، ويكون إجازة للعقد والمهر مأك، وإن وقع الدخول مع الجهل قبل الإجازة استحققت مهر المثل ولا حكم لذلك العقد فتفسخه من بعد يعني ترده إلى أن تخير من بعد فيلزم لها المسمى إلا أن تشرط كون المهر كذا ورضى الزوج لزم وإلا فلها الفسخ ولو كان قد دخل . قال الإمام عليه السلام: ذكر صاحب البيان هذا الحكم في مسألة من زوّجت بدون ما رضيت به فأقسنّا المسائل الثلاث الآخر عليها إذ هي لا تفارقها فيكون الحكم واحداً في الكل وهو كَوْن النكاح موقوفاً لا ينفذ إلا بالإجازة ولو حصل دخول . وكان الإمام عليه السلام يقوى هذا وإنما أتى بقيل لغرابة قائله لا لتضمينه والصحيح أن النكاح قد انبهم في جميع هذه المسائل الأربع لحصول الإذن به وإن خواف في قدر مهر المثل أو قدر ما رضيت به أو لغير من أذنت بالنقص له إذ لا تلازم بين كون المسمى موقوفاً على الإجازة وكون

العقد يكون كذلك بل قد وقع العقد بالإذن به وكانت التسمية باطلة يرجع فيها إلى مهر المثل بالدخول وليس أبلغ مما لم يسم رأساً مع صحة العقد بذلك .

ولا ينفذ العقد الموقوف بالإجازة إلا إذا كان فعل الإجازة ﴿ غير مشروط بكون المهر كذا ﴾ فأما إذا كان فعل الإجازة مشروطاً لم تصح الإجازة حتى يثبت الشرط . مثال ذلك أن تقول المرأة أجزت العقد بشرط أن يكون المهر كذا فإنه لا ينفذ العقد بإجازتها إلا إذا كان ذلك المسمى مثل ما ذكرت ولو فوق مهر المثل فإن كان مخالفاً لذلك لم ينفذ العقد بهذه الإجازة ولا يبطل لأن العقد الموقوف لا يبطل بمجرد الامتناع من الإجازة وإنما يبطل بالرد أو بجري عرف أن الامتناع رد ، وهذا الشرط ليس برد وإنما هو امتناع من الإجازة فيمرض ما رسمت من المهر على الزوج فإن التزمه لها نفذ ذلك العقد الموقوف وإن لم يلتزمه بل رد ذلك بطل العقد بمجرد الرد .

﴿ و ﴾ لو عقد الرجل لابنه البالغ أو بنته البالغة وسمى لزوجة ابنه فوق مهر المثل ولا بنته دونه ولم يؤذن بالعقد والتسمية فقالا أجزنا عقد النكاح لا المهر المسمى أو كل واحد قال كذلك كان قولهما لا المهر ﴿ كالشرط ﴾ أى يجزى قولهما ﴿ أجزنا العقد لا المهر ﴾ مجزى قولهما أجزنا العقد بشرط كون المهر كذا فلا ينفذ عقد النكاح حينئذ بهذه الإجازة بل يمرض ما يرسمانه من المهر فإن رضى به الآخر نفذ العقد وإلا بقي موقوفاً على الإجازة حيث لم يحصل رد فأما إذا أجازا العقد والمهر صح ذلك فإن أجازا النكاح وسكتا عن المهر فعليهما بما سمي يصح أيضاً ومع جهلهما به يبقى موقوفاً على إجازتهما .

﴿ و ﴾ لو علمت المرأة بالعقد وما سمي لها فيه فلم يصدر منها لفظ إجازة لكن مكنت الزوج من نفسها كان تمكينها له ﴿ كالإجازة ﴾ للعقد والمهر معاً حيث وقع ﴿ التمكن ﴾ بالوطء أو أى مقدماته ﴿ بعد العلم ﴾ بالعقد والتسمية .. فأما لو جهلت العقد لم يكن التمكين إجازة وتجد ان مكنته من نفسها لأنها زانية مالم تلحق منها

الإجازة بعد أن تعلم فيسقط الحد للشبهة وهو تقدم العقد . وأما لو علمت العقد وجهلت التسمية فلا إشكال أن التسمية تبقى موقوفة على إجازتها وكذا العقد يبقى موقوفاً أيضاً فيبطل إذا ردت التسمية ولم ترض بها .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٤٨ ﴾

﴿ و ﴾ الزوجة المكلفة يجوز ﴿ لها ﴾ ولولي مال زوجة غير مكلفة كصغيرة ومجنونة ﴿ الامتناع ﴾ عن الزوج من الوطاء ومقدماته ولا إثم به ولو كان معسراً وكذا من الخروج معه ولا تمد بذلك ناشزة ويلزم لها النفقة والكسوة والسكنى، حتى يسمى لها مهرأ إلى آخر المسئلة الآتية قريباً، لكن لا يجوز لها الامتناع إلا ﴿ قبل الدخول ﴾ بها لأنها قبل ذلك - ولو بعد الخلوة والمقدمات - كالبيع في يد البائع له الامتناع عن تسليمه حتى يوفر له الثمن . فأما بعد الدخول ﴿ برضاء الكبيرة ﴾ فليس لها أن تمتنع بعد أن دخل بها برضاها وأباً لو دخل بها بغير رضاها نحو أن تكون نائمة أو سكرى أو مكرهة فلها الامتناع بعد ذلك لأن دخوله كلا دخول .

﴿ و ﴾ كذا إذا دخل برضاء ﴿ ولي مال الصغيرة ﴾ أو المجنونة لم يكن للولي أن يمنعها منه حتى يسمى لها مهرأ أو نحو ذلك لأنه قد لازم بالدخول مهر المثل . وكذا لا يجوز لها إذا بلغت أن تمتنع . فأما لو دخل بالصغيرة من دون رضاء ولي مالها أو برضاء لغير مصلحة فدخوله كلا دخول فيجوز لها الامتناع بعد ذلك حتى يمين ثم حتى يسلم .

واعلم أنه لا يخلو إما أن يكون سمي لها الزوج مهرأ أم لا : فإن لم يُسم - وقد أذنت بالنكاح من دون تسمية - جاز لها الامتناع منه ﴿ حتى يسمى ﴾ لها مهرأ إلى قدر مهر المثل وليس لها طلب أكثر منه فإن لم يسم سمي لها الحاكم إلى قدر مهر المثل لا فوقه إلا برضاء الزوج ولا أقل منه إلا برضاء الزوجة ﴿ ثم ﴾ إذا سمي جاز لها أيضاً

أن تمتنع بعد أن سمي ﴿ حتى يعين ﴾ لها ذلك المسمى مالا مخصوصا من غير النقدين لاستحقاق المنافع فلو عين نقداً فحتى يسلم إذ لا يتعين ﴿ ثم ﴾ إذا عينه جاز لها أيضاً أن تمتنع بعد التعيين ﴿ حتى يسلم ﴾ ذلك المين إليها فإن كان قد سمي من أول الأمر جاز لها الامتناع حتى يعين ثم حتى يسلم . فإن كان قد سمي وعين امتنعت حتى يسلم ولو كان معسراً ﴿ ما لم يؤجل ^(١) ﴾ المهر مدة معلومة لفظاً أو عرفاً . وإنما يصح الانظار بالتسليم لا بالتسمية والتعيين . وليس في حكم المؤجل ما جرى به العرف في كثير من الجهات أن لا يسلم المهر إلا إذا طلق الزوج أو مات بل لا بد أن يكون ما جرى به العرف مدة معلومة وإلا لم يلزم ما جرى به العرف . فإن كانت قد أجلته بالمهر لم يكن لها الامتناع . فإن دخل بها قبل حلول الأجل لم يكن لها المطالبة حتى يحل ولا أن تمتنع نفسها عند الحلول ما لم تسلم نفسها بشرط صحيح ثم لم يحصل .

﴿ وما سماه ﴾ الزوج مهرراً أو عينه لزوجته ﴿ ضمنه ﴾ لها فإذا تلف ولو بآفة سماوية لزمته قيمته إن كان قيمياً ومثله إن كان مثلياً ﴿ و ﴾ يضمن أيضاً ﴿ ناقصه ﴾ عيناً أو صفة إذا نقص ولا يزال في ضمانه ﴿ حتى يسلم ﴾ للمرأة أو بخلي تخلية صحيحة . وأما إذا كان قد حصل في المهر زيادة فإنه ﴿ لا ﴾ يضمن تلك ﴿ الزيادة ﴾ إذا نقصت أو تلفت سواء كانت منفصلة كالولد والشعر أو متصلة كالسمن والكبر ﴿ إلا ﴾ أن تلف أو تنقص ﴿ بجنايته أو ﴾ يكون تلفها أو نقصانها بعد ﴿ تغلبه ﴾ عليها مع التمسك من التسليم بأن تطالبه الزوجة بالمهر وقد حصلت الزيادة فيه فتغلب عليه وسواء كانت الزيادة في القيمة فقط أم في العين ، مثال الزيادة في القيمة : أن يهرها سلعة قيمتها عشرون فعلاً جنسها حتى صارت قيمة مثلها ثلاثين فطالبته فتغلب عليها ثم رخصت حتى رجعت إلى عشرين فإنه يضمن لها قدر زيادة السعر وهي عشرة ، هذا

(١) ومن اختيارات إمام الزمن أيده الله أن المهر لا يؤخر بمجرد العرف في تأخير ولو لمدة معلومة إلا لمرط حال العقد أو كان متواطئاً عليه لزم الوفاء بذلك الشرط . انتهى .

حيث تلفت العين وإن كانت باقية فلا يضمن الزيادة... ومثال الزيادة في العين أن يمررها ناقة فتلد أو شاة فيحصل منها صوف أو سمن أو لبن أو ولد فتطالبه بالمهر وزيادته فيتغلب ثم تلف تلك الزيادة أو تنقص نقصان عين أو صفة فإنه يضمنها لأجل التغلب . وهكذا لو تلفت بجنايته أو نقلها لنفسه فإنه يضمنها ضمان غصب سواء كان قد طوب أم لا .

﴿والحاصل﴾ أن المهر لا يخلو إما أن يكون ديناً بمعنى غير معين أو معيناً : فإن كان غير معين فالواجب تسليمه على صفته فإن تعذر في البريد سلم قيمة المثل وقت الطلب إن قارن التسليم وإلا فيوم التسليم . وكذا المقوم ، وإن كان معيناً فإن كان مثلياً سلمه بيمينه ولا عبرة باختلاف سعره ولا بامتناع الزوج من التسليم أو الزوجة من القبض مع عدم التخلف؛ فإن تلف فثله إن وجد في البريد وإلا فقيمته يوم الطلب إن قارن التسليم وإلا فيوم التسليم، وإن كان قيمياً فإن كان باقياً على صفته يوم التسمية والتعيين سلمه وسواء كان قد نقصت قيمته أو زادت وسواء كان قد طالب أو طوب أم لا . وأما إذا كان قد تغير عن حاله فإن تغير إلى زيادة كالولد والصوف سلمه بزيادته إن بقيت وإن تلفت ضمنها ضمان غصب إن تجددت مطالبته بعد حدوثها مع التحسن من التسليم أو جنى عليها أو نقلها لنفسه وإلا فلا . وإن تغير إلى نقصان عين كإحدى الشاتين لا نقصان صفة فيخبر كسائر العيوب سلم الباقي منه. وضمن أيضاً قدر ذلك النقصان سواء كان بجناية منه أم لا . وأما إذا كان تالفاً فإن تلف على حاله يوم التسمية ضمنه ولا فرق بين أن يكون ثم امتناع من أحدهما أم لا . وإن تلف بعد زيادة فيه فيضمن الأصل مطلقاً أعنى قيمته يوم التعيين سواء حصل امتناع من أحدهما أم لا ويضمن الزيادة أيضاً إن طوب بها بعد حدوثها فامتنع أو جنى عليها أو نقلها لنفسه . وإن تلف بعد نقصان عينه أو قيمته فإن لم تطالبه الزوجة بالتسليم أو طالبته فامتنع ضمن قيمته يوم العقد إن قارنته التسمية وإلا فيوم التسمية . وإن

كانت هي الممتنعة من قبضه ولم يحصل تخلية صحيحة فإنه يضمن النقصان .
 ﴿فإن﴾ كان المهر أمة ثم إن الزوج ﴿وطئ قبله﴾ أى قبل تسليم الأمة
 ﴿المصدقة﴾ أى التى سلمها صداقاً لزوجته فيثبت له أحكام . وإنما يثبت بشرط أن
 يطأها ﴿جهلاً﴾ منهما بتحريم ذلك . فإن وطئها علماً فلذلك أحكام سندا كرها في
 آخر المسئلة، فاما مع الجهل فله ثمانية أحكام :

﴿الأول﴾ قوله ﴿لزمه﴾ للمرأة ﴿مهرها﴾ أى مهر الأمة المصدقة وهو عشر
 قيمتها . وإنما يلزمه إذا لم تفسخها الزوجة بالعيب الحادث بالوطء فأما لو فسختها وطلبت
 مهر المثل لم يلزمه ذلك بل قيمتها سليمة قبل العيب . ﴿و﴾ ﴿الثاني﴾ أنه ﴿لاحد﴾
 عليه لأن الجهل شبهة ﴿و﴾ ﴿الثالث﴾ أنه ﴿لا﴾ يثبت ﴿نسب﴾ الولدان علقت
 منه في هذا الوطاء ﴿و﴾ ﴿الرابع﴾ أنها ﴿لا نصير﴾ هذه الأمة ﴿أم ولد﴾ لهذا
 الذى وطئها ولوعادت له لأن ثبوت الأمة أم ولد فرع عن حقوق الولد بمن علقت منه
 وهنا لم يلحق ﴿و﴾ ﴿الخامس﴾ أن الزوجة حينئذ ﴿تخير بين﴾ ثلاثة أمور: أما
 وأخذت ﴿عينهما﴾ أ ﴿و﴾ أخذت ﴿قيمتها﴾ أ ﴿و﴾ أخذت ﴿مهر المثل﴾ أى
 إن شاءت أخذت الأمة وولدها وعقرها أيضاً وإن شاءت طلبت قيمتها يوم الرد
 وعقرها ^(١) أيضاً وهو عشر قيمتها إذا كان مهر المثل مثل القيمة أو دون لافوقها فقد
 رضيت بالنقص فلا خيار وإن شاءت طلعت مهر المثل .

﴿والسادس﴾ قوله ﴿ثم إن طلق﴾ الزوج هذه المرأة أوفسخ من جهته
 ﴿قبل الدخول﴾ بها وقبل الخلوة الصحيحة وقد اختارت الأمة وولدها مع المقر

(١) المقر بالضم مهر المرأة إذا وطئت عن شبهة . وأصله أن واطئ البكر إذا انقضها فيسمى
 ماتمطاه للمقر عقرأء ثم صار عاماً لها وللثيب، وقد صار في الاصطلاح لمهر الأمة . وإلا فأسماء المهر
 ثمانية وقد جمعها السيد صارم الدين في قوله :

صداق ومهر نخلة وفريضة . حياء وأجر ثم عقر علائق

﴿عادت له﴾ بمعنى للزوج والمراد استقر له ﴿إنصافها﴾ أى إنصاف الأمة وولدها وعقرها . فأما لو كانت قد اختارت القيمة أو مهر المثل فالذهب أنه يبطل خيارها بالطلاق ولا تستحق إلا نصف الأمة والولد والمقر ولو طلبت القيمة أو مهر المثل لم تسمع . ﴿والسابع﴾ قوله ﴿فيعتق الولد﴾ بملك الزوج لنصفه بالطلاق سواء تقدم إقرار الأب أنه ابنه أم تأخر . وكذا لو لم يكن قد ادعاه كولده من الزنى فإنه يعتق عليه .

﴿و﴾ ﴿الثامن﴾ أنه إذا عتق الولد بهذا السبب وجب عليه أن ﴿يسمى بنصف قيمته﴾ يوم العتق ﴿لها﴾ أى للزوجة ولا يجب على الزوج ضمان النصف لو مات قبل أن يسمى المرأة شيئاً لأنه غير متمتع بالسبب وهو الطلاق قبل الدخول فوقع العتق بانتقال ملكه إليه بغير فعله كمن يرث نصيباً من ذى رحم محرم عليه فإنه يعتق عليه ولا يضمن لشريكه نصيبه حينئذ . هذه أحكام الوطء مع الجهل .

وأما إذا وطئها علاناً بالتحريم فإنها تثبت هذه الأحكام الاثنين منها : ﴿الأول﴾ سقوط الحد فإنه لا يسقط عنه ﴿والحكم الثانى﴾ أنه لا يلزمه المهر إن كانت ثيباً ولو مكروهة ولا عقر عليه سواء عقلت أم لا ، أو بكرأ مطاوعة فإن كانت مكروهة فنصفه كما سيأتى إن شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ اختلف العلماء فى فوايد المهر الفرعية والأصلية فالذهب أن حكمها حكم المهر تملكه المرأة بالدخول أو ما فى حكمه ونصفه بالطلاق أو ما فى حكمه قبل الدخول .

﴿فصل﴾

﴿١٤٩﴾

﴿ولا شيء فى إفضاء الزوجة﴾ ما لم يقصد فيضمن . قال فى الانتصار : هو أن يفتق الحاجز بين موضع الجماع والبول أو بين السبيلين . . . واعلم أنه لا يلزم فى ذلك

أرّش بثلاثة شروط ﴿الأول﴾ أن يكون في زوجته فأما لو كان في أجنبية فسيأتى تفصيل ذلك . ﴿الشرط الثاني﴾ أن تكون زوجته ﴿صالحة﴾ لمثله فأما لو كانت صغيرة لانصلح مثلها للجماع لمثله لزمه الأرش وهو مهر المثل ويكون على عاقلته إن ظن صلاحها وبلغ أرش موضحة وإذا دخل بها بعد أن صلحت لزمه المهر ، فلو اختلفا بعد ما اقتضها هل كانت صالحة للوطء أم لا ، فالذهب وهو قول الإمام الهادي أن الأصل فيها الصغر فتكون البينة على الزوج بالصلاح ويكفى في ذلك عدلة . هذا إن أضافا إلى وقت متقدم يحتمل فيه الصلاح وعدمه لا مع الإطلاق وهي الآن صالحة فإنه يحكم بأقرب وقت وهو الصلاح وعلى المرأة البينة أنه دخل بها وهي غير صالحة .

﴿الشرط الثالث﴾ أن يكون الإفضاء ﴿بالمعتاد﴾ فعلاً وآلة في الموضع المعتاد وهو أن يطأها بإحليله مع عدم قصد الإفضاء وإلا لزمه الأرش ﴿لا﴾ إذا أفضى زوجته الصالحة ﴿بغيره﴾ أى بغير المعتاد من عود أو إصبع أو نحوها فيفضيها فإن الأرش يلزمه « وإن رضيت » لأنه لا يستباح بالإباحة . فلو كان لرجل آلة كبيرة إذا وطئ أفضى فليس له أن يستوفى حقه فإذا فعل ضمن .

﴿أو﴾ أفضى ﴿بغيرها﴾ أى غير زوجته فإن الأرش يلزمه سواء كان بالمعتاد أم بغيره بشرط أن تكون ﴿كارهة﴾ للفعل من أوله غير مطاوعة ولو بقى لها فعل أو مغلوطةً بها ولو مطاوعة لأنها تظنه حقاً فإنه إذا أفضاها ﴿فكّل الدية﴾ يلزمه في هاتين الصورتين أعنى حيث أفضى زوجته بغير المعتاد أو أفضى غير زوجته وهي كارهة وسواء كان بالمعتاد أم لا . وإنما يلزمه الدية بالإفضاء ﴿إن سلس البول﴾ أو الغائط مستمر أو كان استمراره أكثر من انقطاعه . فلو انقطع فالثالث مع أرش الجنابة فعلى هذا يلزم ثلثا الدية وديتان إن سلسا معاً وحكومة إن سلس الريح وحده . ﴿وا﴾ إن ﴿لا﴾ يقع سنس البول باستمرار ولا بانقطاع بل جرحها وأدامها جرحاً زائداً على ما يحدث من الافتضاخ في المادة ﴿فثلثها﴾ أى فأرّش ذلك ثلث الدية فقط لأنها

جائفة ، ويلزم هذا الأرض وهو الدية أو ثلثها ﴿ مع المهر لها ﴾ أى للزوجة ﴿ والمغلوط بها ﴾ سواء غلط بها في زفاف أو غيره وسواء كانت بكرًا ولو بغير العتاد أم ثيبًا بالعتاد ﴿ ونحوهما ﴾ وهى التى تزوجت فى المدة طائنة أنها قد انقضت أو نحو ذلك ^(١) . وعلى الجملة فكل وطء محرم لا يوجب حدًا على الواطئ أو الموطوء فهو يوجب المهر ^(٢) فان حصل مع الوطء إفضاء لزم الأرض .

﴿ و ﴾ يجب ﴿ نصفه ﴾ أى نصف المهر ﴿ لغيرها ﴾ أى إذا وطئ غير زوجته وغير المغلوط بها ونحوهما فلزمه الحد بوطئها فانه يلزمه نصف المهر فقط مع الأرض الكامل الذى تقدم إن أفضاها . وإنما يلزمه نصف المهر بشرطين : ﴿ أحدهما ﴾ أن تكون ﴿ مكروهة ﴾ مكلفة فان كانت مطاوعة فلا مهر لها ولا أرض أيضًا ﴿ الشرط الثانى ﴾ أن تكون ﴿ بكرًا ﴾ فلو كانت ثيبًا لم تستحق شيئًا من المهر ولو كانت مكروهة بل الأرض فقط إن أفضاها .

وإنما يسقط عنه نصف المهر حيث افتض البكر المكروهة ﴿ بالعتاد ﴾ وهو أن يفتضا بإحليله لأنه من حيث إنه جان باذهاب بكارتها يلزمه جميع المهر ومن حيث انه زان لا يلزمه شيء فيلزمه نصفه مع الحد ﴿ و ﴾ أما لو أفضاها ﴿ بغيره ﴾ ولومطاوعة نحو أن يفعل بأصبعه أو عود أو نحوها فانه يلزمه المهر ﴿ كله ﴾ حينئذ لأجل إذهاب بكارتها ولم يلزمه الحد لأنه لو لزمه الحد سقط نصف المهر . فان أفضاها بذلك لزمه مع كل المهر كل الأرض وهو الدية إن سلس البول وثلثها إن استمسك .

﴿ فرع ﴾ لا يجوز للزوج أن يفتض زوجته بالإصبع مع التمكن من اقتصاصها بالمضو المخصوص لأنه خلاف ماشرع وللتربط بالنجاسة من غير ضرورة .
﴿ فرع ﴾ وإذا أذهبت امرأة بكارة امرأة بأصبعها أو نحوها وجب العقر .

(١) امرأة الملقود أو زوجت بغير ولى وشهود .

(٢) « غالباً » احتراز من الميعة قبل التسليم فانه لا أرض لها ولا حد ولا مهر ا هـ .

(فصل)

(١٥٠)

﴿و﴾ عيوب النكاح أحد عشرة ﴿يترادان﴾ أى ثبت للسليم من الزوجين إذا ظهر فى الآخر أى العيوب الفسخ به ﴿على التراخى﴾ لا على الفور فلو علم بالعيب ولم يفسخ من حينه لم يبطل خياره بل له أن يفسخ متى شاء ما لم يحدث منه قرينة رضاء بذلك العيب ، والفسخ بها أيضاً ﴿بالتراضى﴾ ان حصل مع اتفاق المذهب انه عيب يرد به النكاح ويعتبر فى كل فسخ أن يكون فى وجه الآخر أو علمه بكتاب أو رسول ولا يقتصر إلى قبول وليس للمعيب أن يفسخ نفسه سواء كان السليم قد رضى بالعيب أم لا .

﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يقع بين الزوجين تراض بالفسخ أو اختلاف المذهب ﴿فبالحكم﴾ أى لم يصح الفسخ إلا بأن يحكم به الحاكم .

﴿مسئلة﴾ قال فى البيان وهامشه : « ومن ادعى العيب من الزوجين فى صاحبه وأنكر الآخر فعليه البينة به إذ الأصل عدمه لكن حيث العيب الزوج تكون البينة بمدلين وحيث هى الزوجة يكفى فى البينة عدلة حيث يكون العيب فى العورة المغلظة لا فى غيرها فبمدلين وسواء كان ظاهراً أو خافياً فى المستور من بدنها غير العورة وكذا فى الأمة المشتراة إذا ادعى المشتري أن بها عيباً فى العورة يبين بمدلة وفى سائر البدن بمدلين ويبين بمدلين أن ذلك عيب ينقص القيمة » .

وإنما يكون الفسخ بآيهما على التراخى ﴿قبل الرضى﴾ بالعيب فأما لو علم بالعيب فرضى بصاحبه بلفظ أو فعل يقتضى الرضى فيقر النكاح. ولا يفسخ بعد ذلك ما لم يحدث غير ذلك العيب تجدد الخيار ولو فى عضو واحد . واعلم أن الرضى الذى يبطل به الخيار يكون بأحد أمور ثلاثة: ﴿الأول﴾ أن يعقد أو يميز وهو عالم بعيبها وكذا إذا أذنت بالمقد أو أجازت وهى غالة بعيبه ﴿والثانى﴾ أن لا يقع علم بالعيب قبل العقد لكن حين علم بالعيب قال رضيت به ﴿والثالث﴾ أن يطأها أو يخلو بها بعد العلم بعيبها وكذا

هي إذا خلت بالمعيب أو طلبت المهرعالة بعيبه ، وبأن لها الخيار ، غير مكرهة ، بالغة ، سقط خيارها ولو جهلت كون ذلك يبطل خيارها .

﴿ نعم ﴾ ومذهبنا أن عيوب النكاح منحصرة في ثلاثة ضروب : ضرب عام بالزوجين من وجد فيه كان عيباً في حقه ، وضربٌ خاصٌ بالزوجة وضربٌ خاصٌ بالزوج ﴿ أما الضرب الذي يعمهما ﴾ ففي أحوال خمسة قد بينها الإمام عليه السلام بقوله ﴿ بالحنون والجذام والبرص ﴾ فهذه ثلاثة والرابع والخامس الرق وعدم الكفاءة كما يأتي . أما الجنون فهو زوال العقل بالسكينة على سبيل الاستمرار فإن كان يعرض في وقت كالصرع فقال في الانتصار إنه يرد به النكاح لما فيه من الوحشة والتنفير . قال في البحر ولو تباعدت نوباته . وكذا يرد به النكاح وإن لم يزل عقله بالسكينة إذا كان لا يعقل الخطاب فأما لو كان يعقل فالذهب أنه ليس بعيب ما لم تخش منه المرأة ضرراً حال جنونه ، وأما الجذام والبرص فالعيب منهما ما يماف منه العشرة وإن لم يفحش ﴿ وإن عمهما ﴾ العيب متفقاً بأن يكونا مجذومين أو مختلفاً بأن يكون أحدهما مجذوماً والآخر أبرص فإن ذلك لا يمنع من الفسخ .

﴿ فرع ﴾ ولامرأة المجذوم أن تمنعه من وطئها بعد رضاها ولو مكنته من قبل ثم منعه من بعد فلها ذلك ولا يكون نشوزاً من الزوجة بل حقوقها ثابتة عليه « قلت » وكذا لها أن تمنع كذلك إذا كان قد ظهر بالزوج نار فارس المعروف بداء « الزهري » .

﴿ و ﴾ إذا انكشف أحدهما مملوكاً كان للحرّ منهما^(١) أن يفسخ الآخر ﴿ بالرق ﴾ إن لم يعلم بذلك قبل العقد ﴿ و ﴾ هكذا ﴿ عدم الكفاءة ﴾ نحو أن ينكشف أن أحدهما غير كفؤ للآخر في دينه أو نسبه جاز له أن يفسخه إن لم يكن له علم بذلك .

(١) أما إذا كان الذي انكشف هي الأمة فإن كان الزوج لا يجوز له نكاح الأمة فالنكاح فاسد ولا يحتاج إلى فسخ إذا حصل منها تدليس وإن كان يجوز له نكاح الأمة ثبت له الخيار اهـ

﴿ فرع ﴾ والرق داخل تحت عدم الكفاءة فإن حصل في كل واحد منهما وجه وضاعة فالذهب أن لكل واحد منهما الفسخ حيث يختلف الزوجان ويدعى كل واحد منهما أنه أعلى من صاحبة فيعتبر الحاكم العرف في المساواة وعدمها في المهن ولو اختلف الجنس كجزار ودبّاغ ونحوهما، وليس للأدنى أن يفسخ الأعلى لأنه كفو وزيادة . وأما حيث يتفق الوجه فالكفاءة حاصلة فلا تفسخ ولذلك أخر الرق وعدم الكفاءة على قوله وإن عمهما . ولهذا لا يكون الرق كفواً بعد العقد لمن لم يمسه الرق .

﴿ والضرب الثاني ﴾ من الميوب : هي التي تختص بالزوجة فقد ذكرها الإمام

عليه السلام بقوله ﴿ ويردها بالقرن ، والرتق ، والعفل ﴾ أما القرن فهو انسداد الفرج بمظلم، وأما الرتق فهو انسداد الفرج باللحم مأخوذ من الرتق وهو الالتئام . . قال في الانتصار : وليس له أن يجبرها على فتق ذلك فإن فعلت ولو بغير أمره سقط خياره وإن كان بأمره بطل خياره مهوء فعلت أم لا كالمشتري إذا عالج المبيع الميب . وأما العفل فهو شيء يخرج من قبل النساء وحياء الناقة كالأدرة في الرجال .

﴿ والضرب الثالث ﴾ وهو الذي يختص بالزوج وقد أوضحه الإمام عليه السلام بقوله : ﴿ وتردّه بالجَبِّ ﴾ وهو قطع جميع الذكر مع بقاء الأنثيين . قال في البحر : والمراد حيث لم يبق من الذكر قدر الحشفة فأما إذا بقي من الذكر قدر الحشفة فلا خيار ﴿ والخصى ﴾ وهو رض الخصيتين مع بقاء الذكر ﴿ والسل ﴾ سلّ البيضتين مع بقاء الذكر ﴿ و ﴾ يثبت الخيار بهذه العيوب وإن لم يكن شيء منها ثابتاً من قبل بل و ﴿ وإن حدث بعد العقد ﴾ ذكره أبو طالب . قال الإمام عليه السلام : وهو واضح كما لو حدث عيب في المستأجر ، والجامع بينهما كون العقد على المنافع . ﴿ لا ﴾ إذا حدث شيء من هذه العيوب ﴿ بعد الدخول ﴾ لا الخلوة فإنه لا خيار بذلك نحو أن يحدث بالمرأة عفل أو في الرجل خصى أو نحوها ﴿ إلا الثلاثة الأول ﴾ وهي الجنون والجذام والبرص

فإنها إذا حدثت بعد الدخول جاز الفسخ بها لأن هذه تُعاف العشرة معها بخلاف الجلب ونحوه ، وإذا فسخت المرأة بعد أن دخل بها وكان الفسخ بعيب حادث من قبل الدخول فقد استحققت المهر المسمى بالدخول .

﴿ ولا يرجع ﴾ الزوج ﴿ بالمهر ﴾ الذي دفعه للمعينة ﴿ إلا على وليّ مدلس فقط ﴾ وليس للزوج أن يرجع على المرأة بما دفع لها ولو دلست حرة كانت أو أمة ولا على الأجنبي إذا دلس وإنما يرجع على وليها ولو كان الإمام أو الحاكم أو وكيلًا لها إذا كان عالمًا عاقدًا مدلسًا . قال الفقيه يحيى : والتدليس هو أن ينطق بأنها غير معينة أو يسأل فيسكت مع العلم في الطرفين والقول قول الولي إذا ادعى الجهل لأن الأصل عدم العلم وبراءة الذمة .

﴿ مسألة ﴾ ومن تزوّج امرأة على أنها بكر فوجدها ثيبًا فلا خيار له فإن زاد لها في المهر لأجل البكارة لفظًا أو عرفًا كما في عرفنا الآن أن مهر الثيب النصف من مهر البكر فإنه يرجع الزوج بما زاد على مهر الثيب حيث تزوّجها بكرًا ووجدها ثيبًا وسواء زالت البكارة بالوطء أم بغيره وسواء وقع الوطء الذي زالت به البكارة حلالاً أم حرامًا تكرر أم لا .

قال المؤيد بالله وزيد بن علي والصادق والباقر والنفس الزكية وأحمد بن عيسى وأبو عبد الله الداعي والناصر وأبو حنيفة ومالك والشافعي ﴿ ويفسخ العتّين ﴾ وهو الذي تمذّر عليه الجماع لضعف في إحليله وقد يكون من ابتداء الخلقة وقد يكون عارضًا .. وذهب القاسم والهادي وأبناء الهادي وأبو العباس وأبو طالب أنه لا يفسخ العتّين وهو المختار للمذهب .

واختلف القائلون بفسخ العتّين في تقدير تأجيله فقال المؤيد بالله لا يفسخ إلا ﴿ بعد إمهاله سنة شمسية ^(١) غير أيام المذّر ﴾ يعني إذا عرض في تلك السنة التي أمهلها (١) لأقرية . والشمسية تزيد على القمرية بأحد عشر يوماً . وإنما قدر بسنة لأنها تشمل =

عذر يمنع من الوطاء في العادة لم يجب عليه مدة حصول ذلك بل يجب أن يستكمل سنة لم يمرض في شيء منها عذر مانع ولا تحتسب أيام المرض والنفية والنشوز بل يعمل مثل تلك المدة في الفصول الأربعة .

﴿ ١٥١ ﴾ (فصل)

في ذكر الكفاءة وأحكامها : وقد اختلف العلماء في اعتبار الكفاءة على أقوال : المذهب ان المعتبر الكفاءة في الدين والنسب معاً أو ما في حكم النسب وهي الحرفة : فالذهب أن الحرفة الدنيئة تخرج الزوج عن الكفاءة ولو كان هاشمياً إن تضرر بها كما يتضرر بالنسب الدنيء ويعتبر في كل بلد بعرفها .

﴿ و ﴾ معنى ﴿ الكفاءة ^(١) في الدين ﴾ هو ﴿ ترك الجهار بالفسق ﴾ فأما لو لم يكن مجاهرآ وكان فسقه خفياً لم يخرج بذلك عن الكفاءة ويعتبر بالدين حال المقد فإن طرى الفسق من بعد فلا خيار وإن طرأت التوبة من بعد منعت الخيار . ﴿ ويلحق ﴾ الولد ﴿ الصغير ^(٢) بأبيه ﴾ ولو ميتاً لا بأمه ﴿ فيهما ﴾ أى في الدين والحرفة فإن كان أبو الصغير وأبو الصغيرة - ولا عبرة بالأم - فاسقين أو ذى حرفة دنيئة لم يكن ولدهما الصغير كفواً للمؤمن ولا لولد المؤمن ولا لذى صناعة رفيعة ولا لولده وإذا كانا مؤمنين أو ذى حرفتين رقيمتين كان كفواً . هذا في الصغير وأما في الكبير فانه يعتبر في دينه وفسقه وحرفته بنفسه لا بأبويه إلا الصناعة فبأبيه مهما كان يتضرر بها .

== على الفصول الأربعة وهي الشتاء ، والربيع ، والصيف ، والخريف ، والطوائع تختلف باختلافها فلعلها تزول المنة في بعضها اه ...

(١) وتعتبر الكفاءة في المالك بالدين والنسب وموالى بنى هاشم وموالى العرب والعجم على

سواء اه ..

(٢) وولد الزنى ليس بكفو لأحد إلا لثله ولو مؤمناً لأن نسبه غير مستقر اه .

﴿ و ﴾ أما الكفاءة ﴿ في النسب ﴾ ^(١) فذلك ﴿ معروف ﴾ فمعجم النسب لا عجم اللسان بعضها أ كفاء لبعض وليسوا أ كفاء للعرب . والعرب أ كفاء لبعضها لبعض وليسوا أ كفاء لقريش، وقريش أ كفاء إلا لبني هاشم، وبني هاشم أ كفاء إلا للفاطميين، والموالى ليس بأ كفاء للمعجم .

﴿ وتغتفر ﴾ الكفاءة ﴿ برضاء الأعلى ﴾ من الزوجين ﴿ و ﴾ رضاء ﴿ الولي ﴾ أى إذا رضى الزوج أو الزوجة بغير الكفو اغتفر عدم الكفاءة وجاز نكاح غير الكفو بهذين الشرطين وهو أن يرضى الزوجان بعضهما ببعض وأن يرضى ولي المرأة حيث رضيت بغير كفوها نحو فاطمية رضيت ورضى الولي بإنكاحها من غير فاطمي فانه يحل . هذا مذهبنا .

﴿ قيل إلا الفاطمية ﴾ فانه لا يحل لإنكاحها من غير فاطمي ولو رضيت ورضى الولي . هذا القول للمنصور بالله وجماعة من أئمة الزيدية المتأخرين كالإمام المهدي على ابن محمد وولده صلاح، وقوى هذا القول من المتأخرين العلامة المحقق الجلال في ضوء النهار شرحه على الأزهار بأدلة واهية قاده إليها التعمص إذ يلزم من هذا القول أن لا يجوز نكاح أم كلثوم بنت علي رضى الله عنه من فاطمة لمسلم قط لأن الحسين وأولادهما أخوها وأولاد أخويها ومن عدام غير فاطمي فيلزم رد ما علم ضرورة مع أن علياً عليه السلام زوجها من عمر بن الخطاب ولأن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم زوج ابنتيه أم كلثوم ثم رقية من عثمان واحدة بعد واحدة، وزينب من ابن أبي العاص وغير ذلك وليست بنات فاطمة رضى الله عنها أرفع قدراً وأعظم شرفاً من بنات رسول الله

(١) وقال الجمهور إن المتبر كفاءة الدين ليس غير، ومنهم عمر وابن مسعود وغيرهما وأشار البخارى في صحيحه الى قوته وحكاه في البحر عن مالك وأحد قولى الناصر وزيد بن علي واختاره إمام المصر أيده الله مع بلوغ المرأة ورضاها سواء رضى وليها أم لم يرض حيث لم يكن في ذلك ما يدعو الى التخلق بقبائح الأخلاق والتهتك بسوء العادات ومخالطة الأجانب والتبرج والتساهل في الديانات اهـ .

صلى الله عليه وآله وسلم لصلبه ولهذا أشار الإمام عليه السلام إلى ضعف هذا القول بقوله قيل .

﴿ فرع ﴾ وإذا رضى أحد الأولياء بتزويج المرأة من غير كفؤ كان لسائر الأولياء أن يعترضوا سواء كانوا في درجة واحدة أم في درج، وكذا للقریب حق الاعتراض في الكفاءة في الذكر إذا كان في ذلك سقوط مروة لأن عليهم غضاضة في الجملة . قال في الضياء : الغضاضة : اللين والذلة .

﴿ ويجب ﴾ على الزوج ﴿ تطليق من فسقت بالزنى فقط ﴾ من زوجاته ويحرم عليه إمساكها ومداناتها مع تيقنه الزنى فإن أمسكها صار ديوثاً يجوز قتله مع رضاه بذلك، لا بمجرد التهمة وكلام الناس فيندب طلاقها ﴿ ما لم تنب ﴾ عن الزنى فإذا تابت لم يجب عليه تطليقها . وقوله بالزنى فقط يعنى لا إذا فسقت بغير الزنى فانه لا يجب على الزوج تطليقها . ويحرم تزويج زانية أصرت ولم تنب فإن تابت بعد أن زنت جاز، ويصح العقد والدخول بمن زنت من غير عدة ولا استبراء بحبيضة ما لم يظن حملها .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٥٢ ﴾

في ذكر الباطل من النكاح والفساد والفرق بينهما ﴿ وباطله ما لم يصح إجماعاً ﴾ أى ما أجمعت الأمة على بطلانه كالنكاح قبل انقضاء العدة المجمع عليها ونحو ذلك، وسواء دخلا عالين أم جاهلين ﴿ أو ﴾ لا يصح ﴿ في مذهبهما ﴾ أى في مذهب الزوجين ﴿ أو ﴾ لا يصح في مذهب ﴿ أحدهما ﴾ ويدخل فيه ﴿ عالماً ﴾ بأنه خلاف مذهبه . مثال ذلك أن يكون مذهب الزوجين أن النكاح لا يصح إلا بشهود فينكحها بدون إشهاد وهما عالمان أن مذهبهما خلاف ذلك أو أحدهما عالم . وكذا لو كان مذهب أحدهما أن الإشهاد شرط ومذهب الآخر خلافه فانه مع علم من مذهبه التحريم يكون باطلاً .

﴿ وحاصل الكلام ﴾ أنه لا يخلو الزوجان إما أن يكون مذهبهما الجواز أو التحريم

أو يختلفان: فإن كان مذهبهما جواز النكاح من غير إثمها ونحوه فلا إشكال في صحة نكاحهما . وإن كان مذهبهما التحريم فإن دخلا فيه عالين كان باطلا وهما زانيان يحدان ولا مهر ، وإن كانا جاهلين وقت العقد كان فاسداً ولم يمترضا فتنبه الأحكام التي ستأتي إن شاء الله تعالى ، فإن علم أحدهما وجهل الآخر مع اتفاق المذهب فقال في البيان: إنه باطل لا يحتاج إلى فسخ حاكم إلا أنه يلحق النسب بالزوج إن كان جاهلاً ، وإن كان عالماً كان زنى ولم يلحقه الولد . وأما إذا اختلف مذهبهما فكان مذهب أحدهما الجواز والثاني التحريم فانهما يتحاكان ، فاحكم به الحاكم لزم الآخر ظاهراً وباطناً ، فإن وقع دخول قبل الحكم حد من لا يستجيزه إذا علم مع فسخ النكاح لا مع الحكم بصحته فلا حد . وأما من يستجيزه فع الجهل لا شيء عليه ومع العلم يحد .

﴿ فرع ﴾ لو كان الزوجان لا مذهب لهما رأساً ولم يمرقا التقليد ولا صفة من يقلد فدخل في نكاح موافقين فيه قول قائل فالذهب انهما يقران على ذلك . النكاح . وأما ما ذكر من كون مذهب العوام مذهب شيعتهم كما ذكره الفقيه يوسف أو مذهب إمامهم كما ذكره غيره فذلك فيمن قد ثبت له طرف من التمييز وفهم كون مذهبه مذهب أولئك .

﴿ و ﴾ النكاح الباطل ﴿ يلزم فيه بالوطء فقط مع الجهل - الأقل من المسمى ومهر المثل ﴾ فإذا سعى لها مهرأ ودخل بها جاهلاً لبطلان العقد لزمه لها مهر المثل إن كان أقل من المسمى وإن كان المسمى أقل لزمه المسمى ولا حد عليه وإن لم يدخل بها فلا شيء لها ولو خلا بها خلوة صحيحة أو مات عنها لأن وجود هذا العقد كدمه هذا مع الجهل وأما مع العلم فهو كالزنى في حق العالم فيلزمه الحد ولا مهر لها ولو كانت جاهلة وهو عالم . وإنما يلزم المهر مع جهلها لأن البضع لا يخلو من حد أو مهر . ولا يتكرر المهر بتكرار الوطء ما لم يتخلل التسليم لجميع المهر لا بعضه فلا يجب إلا ما بقى .

﴿ ويلحق النسب با ﴾ لرجل ا ﴿ لجاهل ﴾ لبطلان النكاح حال العقد ﴿ وإن

علت ﴿ المرأة بأنه باطل ﴾ ﴿ ولا حد عليه ﴾ لأجل الجهل ﴿ ولا مهر ﴾ عليه لها لوجوب الحد عليها . وأما إذا كان هو العالم وهي الجاهلة لم يلحقه الولد .
﴿ وفاسده ما خالف مذهبهما أو ﴾ خالف مذهب ﴿ أحدهما ﴾ مع كونهما ﴿ جاهلين ﴾ بالتحريم حال العقد ﴿ ولم يخرق الإجماع ﴾ مثال ذلك أن يكونا مقلدين لمن مذهبه وجوب الإشهاد أو أحدهما مقلداً له فيعقدا من دون إشهاد جاهلين بالتحريم معاً فان هذا يكون فاسداً . وكذا ما أشبهه من الشروط المختلف فيها . ﴿ وهو كالصحيح ﴾ ولو بعد العلم يجوز الوطاء فيه ويلزم المهر الأقل من المسمى ومهر المثل ويلحق النسب ويقع التوارث بينهما . وعلى الجملة فهو كالصحيح في جميع أحكامه ﴿ إلا في ﴾ اثني عشر حكماً فانه يخالفه فيها ما لم يحكم بصحته حاكم فهو كالصحيح .

﴿ الأول ﴾ ﴿ الإحلال ﴾ أى تحليل الزوجة التي قد طلقها الزوج ثلاثاً فبان منه فانها متى تزوجت زوجاً آخر نكاحاً فاسداً ووطئها لم تحل للأول بتحليل هذا النكاح عندنا ﴿ و ﴾ ﴿ الثاني ﴾ ﴿ الإحداد ﴾ ^(١) فانه من تزوج امرأة بعقد فاسد ثم مات فان العدة تلزمها ولا يلزمها الإحداد عليه . ﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ ﴿ الإحصان ﴾ فان الزوجين لا يصيران بالنكاح الفاسد محصنين فلا يرجعان لو زنيا . ﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ ﴿ اللعان ﴾ فانه لا لمان بين زوجين بعقد فاسد . ﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ ﴿ الخلوة ﴾ فان تزوج بعقد فاسد نفلاً بها ولم يطأها فانها لا تستحق شيئاً من المهر إلا المتعة إن طلق ﴿ و ﴾ ﴿ السادس ﴾ ﴿ الفسخ ﴾ فان النكاح الفاسد معرض للفسخ إما بتراضيهما أو بحكم الحاكم إن تشاجرا ولو قبل الدخول . والنكاح الفاسد يصح فسخه بعد الموت وسواء كان الفسخ من أحد الزوجين أم من ورثتهما ولو بعد قسمة الميراث وحكم الحاكم بصحة القسمة لأن الفسخ نقض للمقد من أصله . ﴿ و ﴾ ﴿ السابع ﴾

(١) سيأتي بيان الإحداد في كتاب الطلاق أثناء فصل ١٧٨ في شرح قوله « وعلى المسكفة

﴿المهر﴾ فإن المهر بالدخول فقط في النكاح الفاسد هو الأقل من المسمى ومهر المثل
 ﴿والثامن﴾ عدم لحوق الاجازة له على قولنا ﴿والتاسع﴾ عدم الحث به إن لم تجز
 به عادة ﴿والعاشر﴾ عدم اللبث في موضع العدة كالأحداد حيث فسخ بالحكم لا حيث
 طلق أو فسخ بالتراضي فهي عدة حقيقة ﴿والحادى عشر﴾ الإذن من السيد للعبد
 ينصرف إلى الصحيح ﴿والثانى عشر﴾ وجوب ما لزم العبد في الفاسد في ذمته إذا
 لم يكن منه تدليس وإلا فتعلق برقبته .

﴿١٥٣﴾ (فصل)

في معاشرة الأزواج وكيفية القسمة بين الزوجات وما يتعلق بذلك. قال الإمام عليه
 السلام وقد أوضحناه بقولنا ﴿وما عليها﴾ يعنى الزوجة ﴿إلا تمكين الوطء﴾^(١)
 والقعود في بيته أى لا يجب على الزوجة لزوجها شيء قط إلا تمكينه من نفسها للوطء
 ولزومها قعر بيته فإن امتنعت من الوطء وعظما لقول الله تعالى « واللاتى تخافون
 نشوزهن فعظوهن^(٢) واهجروهن فى المضاجع واضربوهن » ويحسن أن يذكر لها
 ما فى الصحيحين من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها
 لعننها الملائكة حتى تصبح » أى حتى تعود لطاعته ، وفى الترمذى عن أم سلمة رضى الله
 عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « أيما امرأة باتت وزوجها راض عنها دخلت
 الجنة » فإن لم يؤثر هجرها فى المضجع ما أمكن فإن لم يؤثر ضربها ضرباً غير مبرح
 لا يغير وجهها ولا يكسر عظمها . والهجر إنما هو فى المضجع الآية لافى الكلام

(١) ومن اختيارات إمام الزمان أيدى الله أن الزوجة يلزمها فى بيت زوجها من الأعمال
 الداخلية والإصلاحات البيتية ما تعتاد من الأعمال الخفيفة مثل صنعة زادها وزوجها وولدها والنظافة
 وغير ذلك كما هو مذهب الإمام الهادى يحيى بن الحسين عليه السلام ١

(٢) الآية فى عدد ٣٣ سورة النساء ١

فلا يجوز الهجر به لزوجة ولا غيرها فوق ثلاثة أيام ويجوز فيها لمفهوم الحديث الصحيح « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام » وفي سنن أبي داود « فمن هجره فوق ثلاث فمات دخل النار » وللزوج منعها من أكل ما يتأذى برأحتها .

ويستحب لها ملازمة المفزلة للخبر والقيام بما يحتاج داخل البيت من الأشياء الخفيفة كعمل الطعام ونحوه ونفض الفراش وبسطه ونحوه من المنافع اليسيرة لا الشاقة فلا يلزمها فإن فعلتها بغير عوض فلا شيء لها عليه فإن أكرهها على ذلك لزم أجرتها مع الإثم فإن فعلته طلباً لعشرته مع الأمر لها فإن حصل مرادها فلا شيء وإن لم يحصل رجمت عليه بالأجرة إن شرطها أو اعتادتها وإلا فلا شيء . فإن كانت الزوجة صغيرة فالواجب على ولي مالها لا ولي نكاحها أن يتمكن زوجها من وطئها ولا يجب عليها ولا على الولي إلا بشروط ثلاثة :

﴿ الأول ﴾ أن تكون بقول عدلة ﴿ صالحة ﴾ مثله للوطء أو الاستمتاع ولو صغيرة فأما لو كانت صغيرة لا يوطأ مثلها لمثله ولا تحتل الاستمتاع لم يجب بل لا يجوز تمكينه منها ، وهكذا إذا كانت مريضة تخشى من الوطء في تلك الحال التلف أو الضرر لم يجب عليها والقول قولها ولا يسقط حقها . وأما لو كان الجماع يضر بالزوج وهو يطلب تمكينه فاختار أنه يجب عليها تمكينه .

﴿ الثاني ﴾ أن تكون ﴿ خالية ﴾ عن المانع الشرعى أو العقلى كأن تكون في مسجد أو حضور حاضر مميز للجماع ولو ضررتها فإن كان لم يجب بل لا يجوز تمكينها إياه ولا تمنع نفسها مع حضور الطفل الرضيع والنائم والبعيد الذى لا يسمع كلام الجهر المتوسط مع الحائل من ظلمة أو غيرها مع عدم ملاصقة الحاضر للخالئين إذا لم يفتن تفصيل ماها فيه وذلك لأن الخلوة فى لسان العرب وعرفهم لا ينقضها حضور الطفل ونحوه .

﴿ فرع ﴾ ويكره كراهة حذر أن يجمع بين زوجتيه فى منزل واحد إلا بتراضيهما

لتأديته إلى الشقاق إلا أن لا يجرد فيعجز لقوله تعالى : « وعلى المقر قدره » ويكره أيضاً كراهة حظر وطء إحداها في حضرة الأخرى لمخالفته المروءة .

ومن تمام الشرط الثاني أنه يجب عليها أن تمكنه من نفسها ﴿ حيث يشاء ﴾ في موضع يليق بها فلو طلبها أن تخرج معه من منزل إلى منزل أو من دار إلى دار أو من بلد إلى بلد لزمها ذلك ليمكن منها حيث يشاء ما لم يكن إلى دار حرب أو فسق أو بلد وباء أو لقصد الضرر فلا يجاب والفرأة تحليفه ما قصد ضرارها . فإن خشيت منه سوء العشرة إذا غابت عن أهلها وعدم من ينصفها منه في جهته فليس لها أن تمتنع بل تطلب منه كفيلاً بما يجب عليه لها .

﴿ فرعان : الأول ﴾ لو طلبها الزوج إلى الخروج معه إلى بلد ولها أبوان ^(١) عاجزان أو مجنونان يمكنها التمسك بهما في بلدها دون غيرها : فالمذهب أن لها أن تمتنع عن الخروج مع الزوج لأجلهما أو أحدهما ولا تسقط الحقوق لأنه قد اجتمع عليها واجبان : حق الزوج وحق الوالدين ، وحق الوالدين ألزم إذا خشيت عليهما التلف أو الضرر ونعمتهما عليها أبلغ من نعمة الزوج عليها ، ولو ألزم الزوج نفقتهما لم يلزمها الإسعاد لأنه دخول تحت منة الغير . ﴿ الثاني ﴾ طلبها إلى الخروج معه إلى بلد آخر ولها غرماء يطالبونها بالدين : فالمذهب أيضاً أنها تقدم القضاء إذا لم يمكنها القضاء إلا بالوقوف ولا يمكنها أن تستنيب غيرها للقضاء .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن يطلب منها تمكين الوطاء ﴿ في القبل ولو ﴾ طلب أن يطأها في قبلها ﴿ من دبر ﴾ وجب عليها تمكينه ولو قد قامت إلى أداء صلاة في أول الوقت . فاما لو طلب الوطاء في الدبر لم يجب ، بل لا يجوز لها تمكينه منه ، ويجوز لها قتله إن لم يندفع بدونه .

﴿ ويكره ﴾ كراهة تنزيه ﴿ الكلام حاله ﴾ أى حال الجماع إلا ما لا يمكن تحسين

(١) أو أولاد صفار منه أو من غيره اهـ

المشرة إلا به فلا كراهة ﴿و﴾ يكره ﴿التعمري﴾ حاله يعنى أن لا يكون عليهما ثوب فأما تعمري الرجل إلى المرأة والمرأة إلى الرجل فذلك لا بد منه عند الجماع . ﴿و﴾ يكره للرجل ﴿نظر باطن الفرج﴾ من زوجته وأما ظاهره فلا كراهة ﴿و﴾ إذا عقد الرجل بامرأة وهى فى موضع نازح عن موضعه ويحتاج فى تسليمها إليه مؤنة من كراء وغيره وجب ﴿عليه﴾ لا على زوجته ﴿مؤن التسليم﴾ وإن جهل موضعها عند العقد . وإذا أذن الزوج بذهاب الزوجة إلى أهلها فعلها فى الذهاب أجره المحرم والراحلة وعليه نفقة السفر ومؤن رجوعها عليه كؤن التسليم الأول ما لم تكن ناهضة فى بلد آخر فالؤن عليها حتى ترجع إلى بلد زوجها ولو تابث .

﴿و﴾ يجب على الزوج حرّاً كان أم عبداً ﴿التسوية بين الزوجات﴾ سواء كن إماء أو حرائر لا المملوكات إذا وطئن فلا قسمة عليه لمن ولا المطلقة رجعية من الحرائر ولا لمدمية الطلاق . . ويجب التسوية بين المسلمة والذمية إذا لم يفصل الدليل على قول من يميز نكاح الكتايبات ، ولا خلاف فى وجوب العدل بين الزوجات على سبيل الجملة لقوله تعالى : « فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة » وهى التى ليست ذات بعل ولا مطلقة . وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « من كانت له امرأتان يميل لإحداهما على الأخرى جاء يوم القيامة بجراح أحد شقيه ساقطاً أو مائلاً » . . أخرجه الدارمى وابن حبان والحاكم وإسناده على شرط الشيخين . قال فى الانتصار : والصحيح والريض والمجنون حيث لا وحشة منه والمنين والمحرم فى ذلك سواء قال وكذا الزوجة الصحيحة والمريضة والرتقى والمحرمية والمجنونة إذا كانت تمقل الإيواء وهو الإيناس سواء . ويجب القسم للمجذومة ولا يجب البيت فى منزلها ويعتزل الأخرى فى ليلتها . وكذا يجب للمظاهرة والمولى منها ولا يبدن من المظاهرة حتى يكفر .

وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من الطفلة التى لا تُستتفى ولا تمقل الإيواء .

وإنما يجب على الزوج التسوية بين الزوجات فى شيئين : أحدهما ﴿ فى الإنفاق ﴾

عليهن فيعدل بينهما في قسمة ذلك . قال الفقيه يحيى : ولا يجب عليه العدل إلا في قدر ﴿الواجب﴾ من الكسوة والنفقة بمعنى في الجودة والرداءة لا في القدر الواجب فيجب الكفاية فلا تجب حينئذ التسوية بين الصغيرة والكبيرة . وأما الزائد على الواجب فله أن يفضل من شاء فيه إلا أن يقصد حرج صدر الأخرى لم يجز .

﴿و﴾ ﴿الثاني﴾ مما يجب العدل فيه هو ﴿في الليالي والقيولة﴾ أما الليالي فيجب عليه العدل في مبيتته ^(١) مع أهله . والمراد بالقسمة في المبيت أن يجمعهما المنزل مع الجلالة بحيث لا يكون معهما ثالث مثل أخته وأمه إلا بإذنهما إذا كان يخلو مع الأخرى لا أنه تجب المساواة في المضاجعة كما لا تجب المساواة في الوطء . قال في البحر : وليس له الخروج ليلاً في نوبة إحداهما إلا لضرورة أو بإذنهما إذ هو حق لها . وأما القيولة وهي الاستراحة نصف النهار إذا اشتد الحر وإن لم يكن معها نوم سواء اعتادها أم لا فإنه يلزمه العدل فيها وكذا في النهار غير القيولة إذا كانت حرفته ليلاً كالحارس فإنه يجب عليه القسم بالنهار .

نعم ؛ وأما المسافة التي يقسم فيها فقال المنصور بالله : إنه يجب القسم ﴿في الميل﴾ ويعتبر الميل بين الضرتين من جدار البيت الذي فيه الزوجة إلى جدار الذي فيه الأخرى فهما اجتمع الضرتان في الميل عدل بينهما ومن كانت خارجة من الميل ولو في بلد واحد لم يلزمه القسم لها .

﴿مسئلة﴾ ولا تجب التسوية بين الزوجات في الوطء لأن سببه قوة الشهوة وميل القلب وإنما يلزم التعديل في المبيت فقط . فلو وطئ في قسم من لها القسم غيرها

(١) « تنبيه » اعلم أنه يجوز للزوج ترك القسمة بين الزوجات بأن يتخذ منزلاً منفرداً ويتركهن جميعاً فإذا أراد وطء إحداهن جاز له ، ولا يجب عليه قضاء الأخرى إذا لم يبت معها وهذا حسن مخرج من وجوب القسمة والمشاحة بينهما ١ هـ

جاز ذلك ويجب أن يكون سرّاً تجنباً للابحاش وكذا لا يجب التعديل في المحبة وعمل النفقة وحفظ متاعه .

﴿ و ﴾ إذا كان له زوجتان حرة وأمة فانه يقسم ﴿ للأمة نصف ما للحرة ﴾ في الميت فيجعل للحرة يومين وللأمة يوماً لا في الكسوة والنفقة فالواجب عليه لكل من الأمة والحرة ما يجب لثلثها من مثله . ﴿ و ﴾ إذا تزوّج امرأة على امرأتين أو ثلاث وكان يمتاد القسم وجب عليه أن ﴿ يؤثر ﴾ الزوجة ﴿ الجديدة ﴾ بمقدار برجة في الليالي والقيولة ﴿ الثيب بثلاث ﴾ ليال ﴿ والبكر بسبع ﴾ متوالية فلو تزوّج بكريّن مما قدّم أيهما شاء فإن تزوّج ثيباً وبكراً قدّم البكر ولا يؤثر الجديدة بما ذكرنا إلا ﴿ إن لم يتمداها ﴾ وحد التعمدى مبيت ليلة أو أكثر فأما لو وقف مع الجديدة ثلاثاً أو سبعمائة تمداها في الوقوف معها أى زاد على الثلاث أو السبع بطل حق الجديدة إذا تمداها ﴿ برضاها ﴾ ولو صغيرة والمراد هنا بالرضا طلبها للزيادة لفظاً لا بمجرد الرضا في النفس والسكوت من دون طلب فلا يسقط حقها من التأثير فلا يقضى الأخرى إلا الزائد على الثلاث أو السبع فلو لم يقف مع الجديدة الثلاث أو السبع في الابتداء لزمه قضاؤها وكان عاصياً في الابتداء .

﴿ و ﴾ الرجل ﴿ إليه ﴾ وولى الصغير الاختيار في ﴿ كيفية القسم ﴾ والتميين فإن شاء وقف مع كل واحدة يومين يومين وإن شاء ثلاثاً ثلاثاً وإن شاء أربعاً أربعاً ﴿ إلى السبع ثم ﴾ إذا أراد الزيادة على التسبيع لم يجز له ذلك إلا ﴿ بإذنهن ﴾ ولو صغيرة مميزة فإذا رضين بذلك جاز ، ذكره الفقيه يحى للذهب . فإن اختلفن اقتصر على السبع . قال في البحر : وندب جمل القسم يوماً وليلة لفعله صلى الله عليه وآله وسلم .

﴿ و ﴾ إذا وقف مع بعض نسائه أكثر مما وقف مع ضررتها فانه ﴿ يجب ﴾ عليه ﴿ قضاء ما فات ﴾ على الفور متتابعاً وإن لم تحصل مطالبته لأنه حق لآدمي ويصح قضاؤه

نهاراً ومؤخراً إن رضيت الزوجة ﴿ ويجوز ﴾ للمرأة حرة كانت أم أمة ولو صغيرة مميزة ﴿ هبة النوبة ﴾ لمن شاءت من ضرائرها ولا تقتصر إلى قبول لکن الواهبة لا تخلو إما إن تهب لضرتها أو لزوجها أو تهب مطلقاً: فإن وهبت لضرتها استحققتها ولا تقتصر إلى قبولها بشرط أن تكون برضاء الزوج ، وإن وهبتها للزوج أو قالت خص بها من شئت فليس له أن يخص بها من شاء بل تصير الزوجة كالمدومة وكذا إذا أسقطت نوبتها كانت كالمدومة أيضاً .

﴿ و ﴾ يجوز لها ﴿ الرجوع ﴾ في هبتها إذا وهبت نوبتها وما مضى بعد الرجوع وقبل علمه به لا يجب عليه قضاؤها ﴿ و ﴾ يجوز للرجل ﴿ السفر بمن شاء ﴾ أى إذا أراد سفرأ خارجاً عن الليل استصحب من شاء منهن ولا تجب عليه قرعة بينهن ولا القضاء للمقيات سواء أفرع بينهن أم لا ﴿ و ﴾ يجوز للرجل ﴿ العزل عن ﴾ زوجته ﴿ الحرة برضاها ﴾ وبكفى ظن الرضا ولما الرجوع عن الرضا فإن كرهت العزل لم يجز له . ﴿ و ﴾ يجوز العزل ﴿ عن ﴾ الزوجة ﴿ الأمة ﴾ والمملوكة ﴿ مطلقاً ﴾ أى سواء رضيت أم كرهت وسواء رضى سيد الأمة المزوجة أم كره ..

﴿ مسألة ﴾ قال في الانتصار « يجوز تغيير النطفة في الرحم والمعلقة والمضغة بالأدوية لأنه لا حرمة لها قبل نفخ الروح فيها » قلت ولا يجوز ذلك إلا بإذن الزوج وإلا أئمت ولا ضمان مطلقاً أذن أم لا وبعد نفخ الروح لا يجوز مطلقاً أذن أم لا وتائم مع القصد وتضمن دية ماخرج حيّاً، والغرة في الميت إذا علم نفخ الروح فيه كما يأتى آخر فصل ٤٢٥ في الجنائيات ، وكذا يجوز للمرأة أن تفعل بنفسها ما يمنع الحبـل وإن لم يرض زوجها لأنه لم يثبت له حق في حملها إلا بعد وجوده .

﴿ ومن وطئ ﴾ زوجته أو أمته حيث كان لها ولد حر ﴿ فجوز الحمل ﴾ أى فجوز أنها قد حملت من ذلك الوطء ﴿ ثم مات ربيبه ﴾ ^(١) أو ارتد ولحق بعد ذلك فإنه يجب

(١) والريب هو ولد الزوجة من زوج آخر أو من الزنى ولو منه .

على الزوج إذا كان لربيبة مال - أو قتل عمداً أو خطأ ولم يكن له مال - أن يكف عن جماع زوجته بعد موته بشرطين: ﴿الأول﴾ أن يكون مجوزاً للحملها من الوطء الذي وقع قبل الموت فلو لم يكن مجوزاً للحمل بأن وطئها ولم ينزل أو عزل عنها أو قطع بمحصوله بأن يكون قد تبين لم يجب عليه أن يكف .

﴿و﴾ ﴿الشرط الثاني﴾ أن ﴿لا﴾ يوجد بعد هذا الميت من ورثته ﴿مسقط للأخوة لأم﴾ كالأب والجد والولد وولد الابن ذكرراً كان أو أنثى ﴿أو﴾ كانت الأم ﴿لاحاجب لها﴾^(١) من ورثة هذا الميت ولا ناقص من الثلث إلى السدس. والذين يحجبون الأم من الثلث إلى السدس الولد وولد الابن ذكرراً كان أو أنثى والاثنتان من الأخوة والأخوات فصاعداً فلو وجد المسقط للأخوة لأم والحاجب لأم من ورثة هذا الميت لم يجب الكف فإذا كمل هذان الشرطان ﴿كف﴾ الزوج عن جماعها وجوباً ﴿حتى يبين﴾ هل بها حمل أم لا فتنى بأن أحد الأسمين جاز جماعها . وبيان الحمل يحصل إما بحركته في البطن أو بتعاظم البطن مع انقطاع الحيض ، قال الفقيه عليّ وكذا اختلاف الحال في العيافة بكسر العين المهملة . والشهوة لأشياء وهو «الوحام» بكسر الواو وفتحها شهوة المرأة الحامل فهذه أمارات يعمل بها لأن كذبها نادر . وبيان عدم الحمل يحصل بأن تبيض حيضة وله أن يعمل بقولها أنها قد حاضت في المدة المحتملة لذلك وهو بعد مضي طهر صحيح - فإن لم تخض كف عن جماعها ثلاث سنين وستة أشهر ويوماً أو دون يوم من يوم الوطء فإن التبس يوم الوطء فمن يوم الموت فإذا مضت هذه المدة جاز له جماعها لأنه إذا وطئها بعد هذه المدة وجاءت بولد حياً وخرج من دون جنابة لتنام أربع سنين من يوم الوطء الأول علمنا أنه من الوطء الأول لأن أقل الحمل ستة أشهر فلم يكن من الوطء الثاني لأنه نقص من ستة أشهر يوم

(١) والحاصل من المذهب أن نقول إن وجد المسقط دون الحاجب وجب الكف. وإن وجد الحاجب دون المسقط وجب الكف. وإن عدا ما وجب الكف. وإن وجد ما لم يجب الكف اهـ.

وإن جاءت به لأكثر من أربع سنين حكمنا أنه من الوطاء الثاني لأن أكثر الحمل أربع سنين . فلو لم يكف عن جماعها بعد موت الرّيب ثم جاءت بولد لأربع سنين من الوطاء الأول ولسته أشهر من الثاني فله نصف السدس تحويلاً سواء كان الورثة مصادقين أنه وطى قبل الموت أم غير مصادقين .

﴿١٥٤﴾ (فصل)

﴿ويرتفع النكاح﴾ بين الزوجين بأحد أمور أربعة: ﴿الأول﴾ أن تكون ملتهما واحدة حال الزوجية ثم يطرؤ عليها اختلاف فإنه يرتفع النكاح بينهما ﴿بتجدد اختلاف الملتين﴾ بينهما سواء ارتدّا عن الإسلام أم كانا يهوديين فتنصرا أم العكس في وقتين لا في وقت والتبس فهما على نكاحهما ومثال ذلك أن يكونا مسلمين فيرتد أحدهما أو كافرين فيسلم أحدهما أو يهوديين فيتنصر أحدهما أو العكس فقد اختلفت ملتهما في جميع هذه الصور وهي كلها-توجب ارتفاع النكاح بينهما لكن ذلك يختلف : ففي بعضها يرتفع النكاح وتبين الزوجة بمجرد اختلاف المسلة وفي بعضها لا تبين إلا بانقضاء العدة أو عرض الإسلام ، فإذا كان الاختلاف بان ارتد أحدهما فإنه يفسخ النكاح وتبين الزوجة في الحال وسواء كانت مدخولاً بها أم غير مدخولة . قال الإمام عليه السلام: وهو الذي قصدناه بقولنا : «ويرتفع النكاح بتجدد اختلاف الملتين» أى بطرؤ اختلاف ملتي الزوجين .

وأما إذا كان اختلاف ملتهما بإسلام أحدهما فقد ذكر الإمام عليه السلام حكمه بقوله : ﴿فإن أسلم أحدهما فع مضى عدة الحربية﴾ أى فهي تبين باختلاف الملة مع مضى عدتها الحقيقية كعدة الطلاق الرجعى إن كانت ﴿مدخولة﴾ وسواء كان الزوج هو الذى أسلم أم هى التى أسلمت . وأما إذا لم يكن قد دخل بها فهي تبين بمجرد إسلامه أو إسلامها .

﴿ و ﴾ أما ﴿ الذميمة ﴾ ^(١) إذا أسلمت هي أو أسلم زوجها دونها فإن البينونة تقع بينهما بأحد أمرين إما بمضي مثل العدة لأنها لم تسكن عدة حقيقة بل مدة انتظار ﴿ مطلقاً ﴾ أى سواء كانت مدخولة أم غير مدخولة ﴿ أو عرض الإسلام ﴾ ^(٢) على الذى لم يسلم فامتنع فإن البينونة تقع بامتناعه ولو لم تمض العدة . وإنما يعتبر العرض ﴿ فى ﴾ الوجه ﴿ الثانى ﴾ وهو حيث هما ذميان أسلم أحدهما بخلاف الوجه الأول وهو حيث هما حربيان فلا يعتبر عرض الإسلام فى فرقتهما لأنهما غير مقرين على دينهما وإن كان زوج الذمية صغيراً لم تقع البينونة بمضى مثل العدة قبل بلوغه ﴿ فينتظر بلوغ الزوج ﴾ لأن عرض الإسلام عليه فى حال صغره غير صحيح، وفى الحكم بينونتها بمضى مثل العدة قبل بلوغه إسقاط لحقه وهو استبقاء زوجته بإسلامه ولم يتمكن من ذلك فى مثل العدة فوجب أن لا يحكم بينونتها حتى يتمكن من حقه فينتظر بلوغه لذلك فإذا بلغ بانت منه إما بعرض الإسلام عليه أو بانقضاء مثل العدة إن لم يعرض الإسلام عليه .

﴿ و ﴾ إذا عرض الإسلام على الذى لم يسلم منهما فامتنع وقد كان مضت مثل العدة فى حق الصغير قبل بلوغه أو مضى بعضها فى حقه أو فى حق الكبيرين فبانت بالعرض وجب أن ﴿ تستأنف ﴾ الذمية ﴿ المدخولة ﴾ والمخلو بها - العدة - ولا تبني على ما قد مضى من حيضها بل تستقبل العدة من يوم العرض فامتنع . فإن لم تسكن مدخولة فهي تبين إما بمضى مثل العدة وهي تأجيل لا عدة حقيقة كما قدمنا أو بعرض الإسلام فإذا عرض الإسلام على الآخر فامتنع بانت ولم يكن قد مضى شيء من العدة .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الثانى ﴾ ﴿ بتجدد الرق عليهما ﴾ أى إذا تجدد الرق على الزوجين

(١) ويلزم الزوج النفقة فى المدينين إن أسلمت دونه اه . .

(٢) ويصح من كل شخص إلا مع التشاجر فالإمام أو الحاكم لأجل قطع الشجار اه .

انفسخ النكاح بينهما. مثال ذلك أن يكونا كافرين في دار الحرب ولو مملوكين لحربي فيسبهما المسلمون أو غيرهم أو كانا رقيقين مسلمين أسلم فسبها أهل الحرب فإنهما يملكان في صورتين وينفسخ النكاح بتجدد الرق عليهما ﴿أو على أحدهما﴾ نحو أن يسبي الزوج وحده أو الزوجة وحدها. قال الإمام عليه السلام: «وإنما قلنا «بتجدد الرق» احترازاً من انتقال الرق بالبيع ونحوه فإنه لا يوجب انقساخ النكاح سواء انتقل ملكهما معاً أم أحدهما.

﴿و﴾ ﴿الثالث﴾ ﴿بملك أحدهما الآخر أو بعضه﴾ وذلك نحو أن تكون هي حرة وهو عبد فتشتريه أو ترثه أو يوهب لها أو نحو ذلك، أو هو الحر فيملكها بأي هذه الوجوه فإن النكاح يرتفع بينهما بلا خلاف بين الأمة.

واعلم أنه لا ينفسخ النكاح بأن يملك أحدهما الآخر أو بعضه إلا إذا كان ملك الرقبة لا المنفعة ﴿نافذاً﴾ كالبيع بغير خيار والإرث مع عدم الاستغراق ونحو ذلك فأما إذا لم يكن قد نفذ لم ينفسخ النكاح حتى ينفذ: مثال ذلك أن يزوج الرجل ابنته من عبده ثم يكاتبه ثم يموت الأب قبل أن يوفى مال الكتابة فإنه يجوز له الوطء ولا ينفسخ النكاح بموت الأب لأن البنت لم تملك العبد ولا بعضه ملكاً نافذاً وإنما هو ملك موقوف فإذا عجز العبد عن إيفاء مال الكتابة انفسخ النكاح لأنها قد ملكته ملكاً نافذاً، وإن أوفى المال لم ينفسخ، وكذا لو اشترى الكاتب زوجته لم ينفسخ نكاحها حتى يمتق لأنه لا يملك ملكاً نافذاً حتى يمتق، وهكذا لو تزوج ابنته من عبده ثم مات الأب وتركته مستغرة بالدين فإنه لا ينفسخ نكاح البنت حتى تملك العبد بأن يرى أهل الدين أباه أو يحصل قضاؤهم من جهة أخرى فحينئذ ينفسخ النكاح لأنها قد ملكته ملكاً نافذاً إلا أن يجعل الوارث خليفة الميت انفسخ النكاح بموت الأب. والعبرة بمذهبهما فإن اختلفا ترافعا إلى الحاكم لأجل قطع الخلاف بحكمه. ﴿و﴾ ﴿الرابع﴾ ﴿برضاع﴾ طراً بعد الزوجية ﴿صبرها محرماً﴾ بتشديد

الراء في هذا الموضع نحو أن ترضع زوجها الصغير أو ترضعه أختها أو ترضع زوجة له أخرى صغيرة أو نحو ذلك وهكذا لو كانت هي الصغيرة فأرضعتها أم الزوج أو زوجته أو نحو ذلك .

(١٥٥) فصل

في أحكام نكاح الذكور من المالك (ويصح نكاح العبد ولو) نكح (أربعا حرائر) غير ، ولاته ، فهذا جائز عندنا ولا ينفذ إلا بأحد أمور أربعة : (الأول) (يأذن مالكة المرشد) فإن لم يأذن له بالنكاح لم يصح نكاحه ونفى بالمالك المرشد البالغ العاقل لا القابض بعد الشراء فلو لم يكن مالكة بالغاً عاقلاً قابضاً بعد الشراء لم يصح نكاح العبد ولو أذن له لأنه لا حكم لإذنه وليس لولي الصغير أن يزوج عبده ولا يأذن له في النكاح إلا لمصلحة فلو عرف أن العبد يابق إن لم يتزوج وصلاحه ظاهر فله أن يزوجه .

(و) إن أذن السيد لعبده إذناً مطلقاً نحو أن يقول أذنت لك في النكاح أو نحو ذلك كان (مطلقه) متناولاً (للصحيح) من العقود والمبرة بمذهب العبد المكلف ، وإن كان صغيراً فبمذهب سيده (و) لزوجة (واحدة فقط) تليق به بمهر المثل فلو عقد عقداً فاسداً لم يصح لأن لفظ الإذن بالنكاح لا يتناول إلا لعرف في الجهة فتثبت له أحكام الفاسد وإن لم يجر به المرف فهو باطل . وقوله « واحدة فقط » فلو تزوج اثنتين كان موهوماً فيهما إن كانتا في عقد وإن كانتا في عقدين صح نكاح الأولى وكان نكاح الثانية موقوفاً ، وقولنا : تليق به بمهر المثل ، لأن الزائد على زوج من تليق في ذمته .

(و) (الثاني) (بإجازته) ولو امرأة لكن يشترط أن يجيز وهو (مستمر الملك) للعبد أو الولاية فأما لو كان قد تخلل بين عقد النكاح والإجازة خروجه عن

ملك السيد لم تصح إجازته بعد ولو أجاز بعد أن رجع إلى ملكه وسواء خرج عن ملكه جميعه أم بعضه ما لم يرجع بما هو نقض للعقد من أصله ﴿ ومنها ﴾ أى ومن الإجازة ﴿ السكوت ﴾ من السيد حين يعلم بنكاح العبد مع العلم بالعقد وأن السكوت إجازة لا إذا جهل أو ظن أن الفسخ لا يصبح منه أو سكت للتروى هل يجيزه فليس بإجازة . ﴿ و ﴾ من الإجازة لو قال له ولو جاهلاً ﴿ طلق ﴾ فان ذلك إجازة للنكاح لأن الطلاق فرع على صحة النكاح ولو جهل السيد .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ من الأمور التى ينفذ بها نكاح العبد أن يتزوج بغير إذن مولاه ولم يعلم مولاه بالعقد حتى أعتقه فان عقد نكاح العبد ينفذ ﴿ بعتقه قبلها ﴾ أى قبل الإجازة ولو لم يصدر من سيده إجازة .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ ﴿ بمقده له ﴾ أى يعقد السيد للعبد ﴿ ولو ﴾ كان العبد ﴿ كارها ﴾ والإكراه ضربان : أحدهما أن بمقده له وإن كره فإنه يصح إذا كان السيد ذكراً . والثانى إكراهه على أن يتولى العقد فإنه يصح .

﴿ وما لزمه ﴾ للزوجة من مهر ونفقة وغيرها ﴿ فعلى سيده إلا تدليسه ﴾ نحو أن يدعى أنه مأذون فى النكاح وليس بمأذون فى نفس الأمر فتزوج مع التدليس ودخل بها فإلزمه ﴿ فى رقبته ﴾ لأن تدليسه جنائية فيخير السيد بين أن يسلمه للزوجة بجنائيته فتأخذه بمهرها أو يدفع لها مهرها المسمى إن لحقته الإجازة وإن لم تلحقه فالأقل من المسمى ومهر المثل . وأما لو كان المدلس غيره ولا بد من لفظ يوم به الحرية كأن يقول عبدى أو مالى أو نحو ذلك فإلزمه فى ذمته لأنه دين معاملة . وأما مجرد سكوته وعدم الإخبار بأنه عبد أو غير مأذون فلا يكون تدليساً بالحرية والإذن ﴿ و ﴾ ما لزمه فى العقد ﴿ الفاسد ﴾ وقد أذن له فى النكاح على الإطلاق ﴿ و ﴾ كذا ما لزمه فى العقد ﴿ النافذ بعتقه ﴾ نحو أن يتزوج بغير إذن سيده فأعتقه المالك قبل علمه بالعقد فشكل ما لزمه من مهر فى هاتين الصورتين ﴿ فى ذمته ﴾ لا على سيده .

﴿ ويلحق الولد بأمه ﴾ حكماً وبأبيه نسباً فإن كانت حرة كان الولد حراً ولو كان أبوه عبداً وإن كانت مملوكة كان الولد مملوكاً لما لكها ولو كان أبوه حراً ﴿ فلا حق له عليه ﴾ أى فلاحق لولد العبد على أبيه ولا على سيد أبيه إلا أن تكون أمه مملوكة له .
 ﴿ و ﴾ ذلك الولد ﴿ يصح شرط خريته ﴾ فيكون حراً وسواء كان الشرط حال العقد أم بعده ولو بعد العلوق مع قبول سيد الأمة ، وسواء كان الشرط من الزوج ولو عبداً بإذن سيده أم بغير إذنه أم كان الشرط من سيده بإذن العبد أم بغير إذنه أم من أجنبي .. ويصح اشتراط حرية بطن دون بطن ﴿ لا ﴾ أنه يصح من السيد فى ولد عبده شرط ﴿ تملكه ﴾ ^(١) يعنى لا يصح من مولى العبد أن يشرط أن يكون الأولاد ينفه وبين مولى الأمة لأنه تملك معدوم، فإن كان مولى العبد زاد فى مهرها لأجل هذا الشرط أسقطت الزيادة على المهر إذا لم يف به .

﴿ ويبطل ﴾ شرط حرية الأولاد ﴿ بخروجها ﴾ كلها ﴿ عن ملك سيدها ﴾ إما ببيع أو هبة أو نحوهما إذا وقع الخروج ﴿ قبل العلوق ﴾ من الزوج ولو عادت إلى ملك سيدها فأما لو باعها وقد علقت كان ولدها حراً لأنه قد كان وجد فتناوله العتق لكن للمشتري الخيار إن لم يعلم بعلوقها وشرط الحرية لأن ذلك عيب .

﴿ و ﴾ حكم العبد فى ﴿ طلاقه ﴾ ورجعته وفسخه ﴿ والعدة منه كالحرة ﴾ فى أن الطلاق والرجعة والفسخ إليه لا إلى سيده وملك من الطلاق ثلاثاً والعدة منه كالعدة من الحر هذا مذهبنا .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٥٦ ﴾

فى نكاح الاناث من المالك ﴿ و ﴾ النكاح ﴿ فى ﴾ حق ﴿ الأمة ﴾ ينفذ بأحد أمور ثلاثة: ﴿ الأول ﴾ ﴿ بقصد المالك المرشد ﴾ الموافق فى الملة الحلال، فإذا زوج أمته

(١) بغير النذر والوصية ، يعنى فأما بهما فيصح اه :

نفذ النكاح سواء رضيت أم كرهت ، وهذا إذا كانت مملوكة خاصة له أو مدبرة .
﴿ و ﴾ إن كانت الأمة مملوكة لامرأة مكلفة لم يكن لها أن تزوجها بنفسها وإنما
يزوّجها ﴿ وكيل ﴾ تلك المالكه فإذا زوّجها وكيل المالكه نفذ النكاح سواء
رضيت الأمة أم لا وهذا التوكيل عندنا تعيين للمولى لا توكيل على سبيل الحقيقة فلهذا
لا يحتاج إلى إضافة إليها ولا يصح منها عزله ويصح أن يوكل غيره ولو لم يكن مفوضاً
لأنه ولي ﴿ وولى مال الصغير ﴾ والمجنون ولي نكاح أمته فينفذ نكاح الأمة بمقد من
ذكرنا ﴿ أو ﴾ عقد ﴿ نائبهم ﴾ فإن النائب عن هؤلاء يقوم مقامهم في صحة تزويج الأمة
لكن ليس لوكيل المالك أن يوكل إلا إذا كان مفوضاً .

﴿ الثاني ﴾ قوله ﴿ أو إجازته ﴾ يعني أو إجازة مالك الأمة المرشد أو المالكه أو
ولى مال الصغير أو إجازة الوكيل ولو لم يفوض لأن إليه تنفيذه ، وحكم إجازة نكاح
الأمة ﴿ كما مر ﴾ في إجازة نكاح العبد في أنها لا بد أن تكون الأمة مستمرة الملك
أو الولاية من حين العقد إلى حين الإجازة . قال الإمام عليه السلام : فإن قال سيد
الأمة أو سيدتها لزوجها الذي عقد بها بغير إذنه طلقها كان إجازة ولو كان جاهلاً
لذلك ﴿ إلا السكوت ﴾ فإنه لا يكون في حق الأمة إجازة لنكاحها بخلاف العبد .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ مما ينفذ به نكاح الأمة هو أن تزوّج بعقد موقوف فينعقد
نكاحها ﴿ بعتقها قبلها ﴾ أى قبل الإجازة لأن عتقها إجازة حيث كان العاقد
فضولياً فينفذ ولو كان المقد فاسداً .

﴿ و ﴾ يجب على سيد الأمة مع الطلب أن ﴿ يكرهها على التمكين ﴾ لأنه من باب
الأمر بالمعروف ﴿ غالباً ﴾ احتراز من أن يكون زوجها مجذوماً أو نحوه فليس لسيدتها
إجبارها على تمكينه وكذلك لا يجب عليها تمكين سيدتها من نفسها حيث يكون
سيدتها مجذوماً ﴿ لا العبد ﴾ فليس لسيده أن يجبره ﴿ على الوطء ﴾ إلا في الإيلاء
والمود في الظهار والقسمة بين زوجاته فيجبره .

﴿ و ﴾ سيد الأمة يجب ﴿ له المهر ﴾ على زوجها متى استقر عليه لها بأحد الأمور التي تقدمت ﴿ وإن ﴾ عقد بها في حال الرق و ﴿ وطئت بعد العتق ﴾ وكذا بعد البيع فالهر للسيد أيضاً سواء سمي لها مهر أم لا وسواء كان النكاح صحيحاً أم فاسداً إلا إذا كان باطلاً فلها ﴿ إلا في النافذ به ﴾ أي إذا تزوجت بغير إذن سيدها فاعتقها قبل أن يجيز فوطئت بعد العتق فإن المهر هنا لها لا للسيد ولو كان المقد وقع في ملكه. ﴿ و ﴾ يجب أيضاً للسيد على زوج أمته ﴿ النفقة ﴾ والكسوة والنفقة فإن كان حراً فعليه وإن كان عبداً فعلى سيده لكنها لا تجب إلا ﴿ مع التسليم المستدام ﴾ وأقل المستدام يوم ليلة متوالية فإذا سلمت يوماً وليلة متوالية امتنحت الغداء أو العشاء، فإن سلمت يوماً فقط أو ليلة فقط لم تستحق شيئاً ولو وطئها . ﴿ و ﴾ نفقة الأمة ﴿ يصح ﴾ من السيد ﴿ شرطها ﴾ على الزوج ﴿ مع عدمه ﴾ أي مع عدم التسليم المستدام فيلزم الزوج ذلك ﴿ و ﴾ يصح ﴿ العكس ﴾ أيضاً وهو أن يشرط الزوج أنه لا نفقة عليه ولو كانت مسلمة تسليماً مستداماً .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٥٧ ﴾

في أحكام الأمة المزوجة . واعلم أنه يجوز ﴿ المالك ﴾ أو المتولى من غيره ﴿ فيها كل تصرف ﴾^(١) من بيع أو هبة أو عتق وإجارة وكتابة واستخدام واستصحبها في سفره لخدمته ويتبع الزوج إن أراد ونحو ذلك ﴿ إلا الوطء ﴾ ومقدماته ﴿ ومنع الزوج ﴾ فإنه لا يجوز لسيدها أن يطأها وهي مزوجة ولا في العدة ولا يجوز له أن يمنع زوجها من وطئها في الأوقات المعتادة ويلزمه تسليمها للوطء إلى دار الزوج حيث لا تستغرق المسافة القدر الذي لا يتسامح به في المنفعة ومؤن التسليم، والد على الزوج . ﴿ ومتى عتقت ﴾ الأمة المزوجة ﴿ خيرت ﴾ بين فسخ النكاح أو البقاء سواء كان

(١) لا رهنا من غير الزوج وغير عبده فلا يجوز ا هـ

الزوج عبداً أم حراً ﴿ ما لم تمكن ﴾ من وطء أو لس أو تقبيل ﴿ عالة بالعتق ﴾ ولو جهلت أن التمكين إجازة ﴿ و ﴾ عالة ﴿ بثبوت الخيار ﴾ فإن مكنت وهي جاهلة للعتق أو لثبوت الخيار لم يبطل خيارها ﴿ كحرة نكحت على أمة ﴾ فإن الحرة إذا تزوجها رجل وتحتته زوجة أمة ولو مطلقة رجعية فإن هذه الحرة يثبت لها الخيار فإن مكنته وهي جاهلة لذلك لم يبطل خيارها ﴿ ولا يفسخ نكاح الأمة ﴾ التي تحتها بنكاحه الحرة هذا قول الأكثر وهو المذهب .

﴿ و ﴾ الأمة المزوجة ﴿ متى اشتراها ﴾ زوجها الحر وقد كانت ولدت منه قبل ذلك ﴿ لم تصر أم ولد بما قد ولدت ﴾ من قبل أن يملكها . فأما لو اشتراها وهي حامل منه ولو من غلط ثم ولدت وقد ملكها صارت أم ولد ﴿ و ﴾ متى اشتراها زوجها انفسخ النكاح وجاز له أن ﴿ يطؤها بالملك ﴾ لا بالنكاح فقد ارتفع ﴿ ولو ﴾ كان قد طلقها قبل أن يشتريها ثم اشتراها وهي ﴿ في عدة طلاقه ﴾ فله أن يطأها بالملك بعد الشراء ولا يجب عليه أن يستبرئها للوطء ﴿ إلا التثليث فبعد التحليل ﴾ أي إلا أن يكون قد طلقها ثلاثاً تخللتها الرجعة حتى باتت فإنه إذا اشتراها من بعد لم يجوز له أن يطأها سواء كانت العدة باقية أم لا إلا بعد التحليل ﴿ بما سيأتي ﴾ في باب الخلع آخر فصل ١٧٥ ، وذلك بأن تنكح زوجاً غيره على الشروط التي ستأتي إن شاء الله تعالى . قال الإمام عليه السلام : وإنما قلنا ﴿ فقط ﴾ لثلاث يتوهم متوهم أنه إذا طلقها ثلاثاً فوطئها سيدها بعد العدة فقد حلت للزوج إذا اشتراها أو تزوجها مرة أخرى لأجل وطء السيد فإن ذلك لا يقتضي التحليل .

﴿ وأما ﴾ نكاح ﴿ المكاتبه فبرضاها ﴾ أي ليس لسيدها أن يزوجه إلا برضاها ويجب استبرأؤها بحيضة وكذا المكاتب لا بد من رضاه فإن عقد السيد على المكاتبه بغير إذنها كان العقد موقوفاً فإن عجزت نفسها انبرم ، وإن عتقت خيرت . ﴿ فرع ﴾ وإذا وطئ المكاتبه سيدها فلا حدَّ عليه ويلزمه لها مهرها وتستمين

به على مال الكتابة فإن تساويا تساقطا وإذا علققت من هذا الوطاء صارت أم ولد مع الدعوة وتعنتق بالأسبق من موت السيد أو إيفاء مال الكتابة ، وإذا تزوجها سيدها برضاها جاز له وطئها لأنها إن عنتقت فزوجة وإن لم تعنتق فأمة بملاوكة ﴿ وأم الولد به ﴾ أى برضاها وإنما يجوز تزويجها ويعتبر رضاها ﴿ بعد عنتقها ﴾ واستبرائها بحيضتين كما سيأتى . فهذان الشرطان وهما عنتقها ورضاها لا يصح تزويجها إلا بمجموعهما عندنا .

﴿ و ﴾ إذا زوجت المكاتبه برضاها واستبرائها بحيضه وأم الولد برضاها بعد عنتقها كان ﴿ المهر لها ﴾ لاسيدهما ولو كان الواطئ السيد إلا فى النافذ بالعتق فإنه يكون المهر فيه للسيد ﴿ و ﴾ إذا كانت الأمة أو العبد موقوفين كانت ﴿ ولاية ﴾ نكاح ذلك الرق ﴿ الوقف إلى الواقف ﴾ له مع معرفته ووجوده ثم منصوبه ولياً أو وصياً ثم المتولى نحوه أن يكون المملوك لمسجد فولاية نكاحه إلى ولى المسجد ثم الإمام أو الحاكم ﴿ و ﴾ لا يزوجه الواقف إلا بعد ﴿ أن يراضى المصرف ﴾ الموقوف عليه إذا كان ممن يصح مرضاته فلا يصح أن يعقد له ذكر أو أنثى إلا بعد أن يرضى مصرفه لأن له حقاً فيه أو يراضى واليه نحوه أن يكون المملوك لمسجد فإنه يراضى ولى المسجد ﴿ والمهر ﴾ يكون ﴿ له ﴾ أى للمصرف وهو الموقوف عليه إذا كانت أمة ويكون المهر عليه لو كان الزوج عبداً ولكنها تعتبر المصلحة فى زواج عبد الصغير والمسجد ونحوهما فلا بد أن يكون مصلحة تزويجه أولى من عدمه نحوه أن يخشى إباقه . فان عقد على الأمة الموقوفة أو للعبد من دون رضاء المصرف أو واليه كان العقد موقوفاً حقيقة على إجازته فينفذ وأورده فيبطل .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٥٨ ﴾

فى حكم الجمع بين الأختين ونحوهما فى الوطاء والملك وحكم تدليس الأمة على الزوج

وأحكام الاختلاف بين الزوجين. وقد فصل ذلك الإمام عليه السلام بقوله : ﴿ ومن وطئ أمته ﴾ ولو مشتركة أو رضيعة أو أمة ابنه مع الملقوق ﴿ فلا يستنكح أختها ﴾ من نسب أو رضاع ونحوهما في الطرفين معاً، وهما حيث قد وطئ أمته أو عقد على امرأة فلا يجوز له بعد ذلك أن يعقد على أختها أو نحوها مما يحرم الجمع بينهما كما مرّ، وسواء كانت هذه الأخت حرة أم أمة فلو عقد على الأخت كان العقد باطلاً حتى يخرج الأولى عن ملكه إن كانت أمة أو يطلقها إن كانت زوجة له ثم يعيد العقد على الأخرى لأن العقد الأول عليها باطل ﴿ و ﴾ لكن ﴿ له تملكها ﴾ أي يجوز له أن يملك أختها بشراء أو غيره ولا يجوز له أن يطأها بعد أن قد وطئ الأولى أو نظر أو لمس أو قبل بشهوة حتى يخرج عن ملكه الأولى .

﴿ ولا ﴾ يجوز للرجل أن ﴿ يجمع بين أختين ﴾ من نسب أو رضاع ﴿ ونحوهما ﴾ المرأة وعمتها وخالتها وهو المراد بقوله أول النكاح « بين من لو كانت أحداها ذكراً حرم على الأخرى » ﴿ في ﴾ نكاح أو في ﴿ وطئه وإن اختلف سببه ﴾ يعني سبب جواز الوطء بأن تكون إحداها موطوءة بالملك والأخرى بالنكاح فلا تأثير لاختلاف سبب جواز وطئه إحداها في جواز الجمع بينهما في الوطء باختلاف السببين بل يحرم وطؤهما معاً سواء كانتا زوجتين أو مملوكتين أو إحداها زوجة والأخرى مملوكة ﴿ ومن فعل ﴾ أي ومن جمع بين أختين ونحوهما زوجتين أو مملوكتين له في وطئه جاهلاً أو عالماً^(١) ﴿ اعتزلهما ﴾ معاً فلا يطأ بعد ذلك واحدة منهما ﴿ حتى يزِيل إحداهما ﴾ جميعها أو بعضها ، كأن يملك أمتين فيطؤهما فينكشف أنهما أختان أو نحوهما من رضاع ، أو نسب ونحو أن تكون له زوجة ثم اشترى أمة أو بعضها فوطئها بالملك ثم انكشف أنها أخت امرأته أو عمتها أو خالتها من نسب أو رضاع فإنه يلزمه هنا اعتزالهما معاً حتى يزِيل إحداها عن ملكه أو نكاحه زوالاً ﴿ نافذاً ﴾ فلو طلق الزوجة طلاقاً جامعياً أو باع

(١) ويعزّر مع العلم ولا حد عليه اهـ

الأمة بيماً له نقضه بخيار أو غير ذلك أو وهبها أو زوجها لم يجوز له وطء أختها بذلك لأنه في التحقيق يكون جامعاً بين أختين أو نحوهما .

﴿ ومن دلست على حر ﴾ أو عبد فأوهمته أنها حرة ليتزوجها فإن سكنت ولم تستل فليس بتدليس فإن سنلت فسكنت كان تدليساً . فلهذه المسئلة أحد عشر حكماً قد استوفاهما الإمام عليه السلام في الأزهار .

﴿ الأول ﴾ قوله ﴿ فله الفسخ ﴾ يعني يجوز للزوج ولو عبداً الفسخ إذا علم أنها مملوكة . .

﴿ و ﴾ ﴿ الثاني ﴾ أن الزوج إذا فسخ ﴿ لزمه مهرها ﴾ بالدخول في هذا النكاح المدلس فيه ، بالحرية إذا كان السيد وكّل من يزوجه أو أجاز فدلست بالحرية فالمقد صحيح ويلزم المسمى وللزوج الفسخ بالعيب سواء كان عبداً أم حراً يجوز له نكاحها ، هذا إن جهلت أن النكاح مع التدليس لا يصح فإن علمت أنه حرام فلا شيء لها لأنها زانية وسواء كانت بكرأ أم ثيباً إلا أن تكون مكرهة فإنه يلزم الزوج نصفه لأنه زان مع علمه لا مع جهله فيلزم المهر كاملاً لجهله وإكراهها سواء كانت بكرأ أم ثيباً .

﴿ والثالث ﴾ أنه لا يرجع بما تسلمه من المهر على أحد وإن كان التدليس جنابة من المرأة لكنه قد استوفى ما في مقابل المهر وهو وطؤها .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أمها إذا ولدت هذه الأمة منه ﴿ لحقه ولدها ﴾ أي لحقه نسبه وكان الولد حر أصل لا مملوكا ولو كان أبوه عبداً . ﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ أنه إذا لحق الولد بالزوج كان ﴿ عليه قيمته ﴾ يوم الوضع لمولى الأمة فإن لم يكن له قيمة يوم الوضع فبأقرب وقت يمكن تقويمه فيه ولا يلزم تسليم القيمة لسيد الأمة إلا ﴿ إن سلمت ﴾ له الأمة ﴿ بجنابتها ﴾ وذلك لأنها جفت عليه بالتدليس وجنابة العبد تعلق برقبته فيلزم السيد تسليم رقبته أو أرض ما جفت والأرض هنا هو قيمة الولد فإن سلم السيد الأمة بجنابتها استحق قيمة الولد وإن اختار الأمة أو تصرف مع العلم لزمه أرض جنابتها

وهو قيمة الولد فيتساقط الديفان حينئذ ﴿السادس﴾ قوله ﴿فإن﴾ بذل السيد هذه الأمة للزوج بجنائيتها و ﴿أبأها﴾ الزوج ورضي السيد ببقائها له ﴿فإن﴾ للزوج أن يسلم ﴿لزائد﴾ من قيمة الأولاد ﴿على قيمتها﴾ فإذا كانت قيمتها يوم الوضع مثلاً مائة وقيمة الأولاد يوم الوضع مائة وعشرة سلم الزوج العشرة للسيد إذ هو القدر الزائد على قيمتها فإن لم يرض السيد ببقائها له لزم الزوج جميع قيمة الأولاد بالغة ما بلغت وليس على السيد سوى تسليم الأمة بجنائيتها وتكون هذه الأمة ملكاً للزوج.

﴿والسابع﴾ أن الزائد من قيمة الولد على قدر قيمة الأمة إذا سلمه الزوج للسيد رجع به على الأمة.

﴿و﴾ ﴿الثامن﴾ أنه لا يرجع على الأمة بذلك في الحال بل ﴿هو له في ذمتها﴾ يطالب به إذا اعتقت.

﴿والتاسع﴾ أنه بعد أن ثبت في ذمتها للزوج هذا الزائد الذي سلمه لسيدها فإنه ﴿يسقط إن ملكها﴾ أو بعضها فإذا أعتقها لم يكن له أن يطالبها به لأنه لا يثبت للسيد دين على عبده.

﴿والعاشر﴾ قوله ﴿فإن استويا﴾ أو كانت قيمة الولد أقل يعني الدينين اللذين هما قيمة الولد وقيمة الأمة وامتنع الزوج من أخذ الأمة فرضي السيد ﴿تساقطاً﴾ لاستوائهما جنساً وصفة ..

﴿والحادى عشر﴾ هو أن الأمة لا تنصير بهذا الاستيلاء أم ولد للزوج ولو ملكها من بعد لأنه وطنها لافي ملك ولا في شبهة ملك. وقد مر في الأمة المزوجة وإنما ذكرناه هنا استطراداً لبيان الأحكام في المدلسة.

﴿الاختلاف﴾

بين الزوجين فيما يتعلق بالنكاح وتوابعه ، قال الإمام عليه السلام : ﴿إذا اختلفا﴾ فلا يخلو إما أن يختلفا في العقد أو في توابعه : فإن اختلفا في العقد فإما أن يختلفا في ثبوته ، أو في فسخه ، أو في فساده ، هذه ثلاثة أشياء : أما حيث اختلفا في ثبوته ﴿فالقول لمنكر العقد﴾ منهما إما الزوجة أو الزوج مع اليمين عليه لأن الأصل عدم العقد ، فإن كان الزوج فيمينه على القطع إذا تولى العقد بنفسه ، وإن وكل غيره فيمينه على العلم . وأما الزوجة فيمينها على العلم لأنها تتعلق بفعل غيرها وهو الولي ولو حضرت العقد . والبيينة على مدعى حصول النكاح منهما لأنه خلاف الأصل وإذا بين الزوج بالنكاح مع إنكارها فإنها تسقط عنه حقوقها لذلك ، وفائدة الدعوى من الزوج للعقد ثبوت أحكامه وإن كان إنكارها رداً للحقوق من جواز الوطاء وغيره . ومن الزوجة ثبوت الحقوق لها إذا بينت أو نسكت الزوج . وإنكار الزوج للعقد «فرقة لا طلاق» فلا تحسب عليه طلاق . قال في البيان : فإذا لم تبين لزمتها المدة إن أقرت بالدخول أو الخلوة ولا نفقة لها فيها لأنه لم يثبت النكاح بالبيينة . وإن بينت بالعقد والمهر والدخول استحققت المهر كاملاً وإن بينت بالعقد والدخول استحققت مهر المثل ونفقة المدة في الصورتين مما وإن بينت بالعقد فقط أو به وبالمهر استحققت نصف المهر حيث بينت به وإلا تبين به فلا متعة ولا تحسب طلاق لأن إنكار الزوج لم يكن طلاقاً وهذه فائدة قولنا آنفاً «فرقة لا طلاق» ولا متعة حيث لم تبين بالمهر .

وحيث يكون المدعى الزوج فإن كانت فارغة وحلفت له ولم يبين فلا عمل على ما ادعاه لعدم البيينة منه ، ويمين المرأة ، وإن بين أو نسكت عن اليمين ثبتت له أحكام الزوجية وهي نافية للحقوق . وإن كانت تحت زوج فكذا أيضاً يلزمها اليمين لأنها إذا نسكت كان ذلك إقراراً بالنكاح للمدعى غير من هي تحمته ويكون إقرارها موقوفاً حتى تنفصل ممن هي تحمته فتثبت زوجة لهذا المدعى . وتصح الدعوى على الزوج الذي

هي تحته وعليه الممين فإن حلف بقيت زوجة له حتى تبين منه، وإن نكل ظهرت فائدة نكول الزوجة في الحال فتكون زوجة للمدعي وتعتد من ماء الذي هي تحته . وحيث تحلف الزوجة والذي هي تحته وبين المدعي ثبت نكاحها للزوج المدعي وحيث تقرر المرأة بالزوجية لغير من هي تحته لا نفقة لها ممن هي تحته لأنها نافية لثبوتها مع إقرار من أقرت له بالنكاح ودعواه كما في الإقرار من اعتبار مصادقة المقر له ، وأما الزوج الآخر المقر له وليست تحته فكذلك أيضاً لا يلزمه لها نفقة ولا غيرها لأنها كالناشزة منه، ولو كانت تحت الزوج غير المقر له بحكم حاكم لعدم تسليمها له وعدم جوازه شرعا ، قال في شرح التذكرة وهو حاصل مفيد : والصحيح أنه يصح الدعوى عليهما وعلى الزوج الذي هي تحته وتحليفهما فإن أقرأ أو نكلا أو بين المدعي أنها زوجته ثبت نكاحها للزوج المدعي، وإن حلفا فظاهر وإن أقر هو وأنكرت ولم يبين المدعي وحلفت بطل نكاحها منهما معا وإن أقرت هي أو نكلت وحلف من هي تحته ولم يبين المدعي فإنها تتوقف حتى تبين . قال في البيان وهي ترث الخارج وهو المدعي ولا يرثها ويرثها الذي هي تحته وهو الداخل ولا ترثه .

﴿ فرع ﴾ قال في البيان : وإذا تنازع رجلان في امرأة حكم بها لمن بين منهما ، وإن بينا معا وأرخا فللمتقدم، وإن أرخ أحدهما فقط حكم له بها، وإن أطلقا معا حكم بها لمن هي تحته لأنه دليل التقدم وهي في يد نفسها فلا يقال بينة الخارج أولى . وإن لم تكن تحت يد أحدهما حكم لمن أقرت له منهما فإن لم تقرر لأيهما كان كما لو بينا، وإن حلفت لها بطلا أو حلفت لأيهما ونكلت عن الثاني حكم بها لمن نكلت عنه وتكون يمينها على العلم لا على القطع لأنها على فعل غيرها وهو العقد من الولي ولو كانت حاضرة كما مر قريبا سواء كانت كبيرة أم صغيرة فتحلف بعد بلوغها .

﴿ و ﴾ إذا اتفق الزوجان على وجود سبب فسخ النكاح وادعى أحدهما الفسخ به كان القول لمنكر ﴿ فسخه ﴾ مع يمينه والبيينة على مدعيه في وقت متقدم وذلك كأن

يزوج الصغيرة غير أبيها ثم بلغت وعلمت ومضى عليها مجلس البلوغ والعلم فادعت أنها قد فسخت حين بلغت وأنكر الزوج ذلك فالقول قول الزوج والبينة عليها لأن الأصل عدم الفسخ . وكذا الأمة لو زوّجت ثم عتقت وادعت الفسخ فالحكم كذلك ومما يلحق بدعوى الفسخ لو زوّج البكر البالغة العاقلة أبوها أو غيره من سائر الأولياء ثم بلغها النكاح ثم اختلفا فقال الزوج سكّت حين بلغك خبر النكاح فالعقد صحيح ، وقالت رددت العقد حين بلغني فهو مفسوخ بمعنى أنه غير ثابت لعدم رضاها فالقول قول الزوج لأن السكوت رضا في حق البكر فكان القول للزوج لأنها لم ترد والبينة عليها لأنها تدعى خلاف الأصل وهو السكوت . وكذا لو كان المدعى للسكوت هي الزوجة وقال الزوج بل أنكرت فالقول لها والبينة على الزوج لا إن قالت لا أعلم لي إلى الآن فالقول لها لأن الأصل عدم العلم وكذا لو قالت لا أعلم أن لي الخيار وأن الرضاء إلى فإنه يكون القول قولها لأن الأصل عدم علم النساء بذلك في الأغلب إلا أن تكون مخالطة لأهل العلم فالظاهر علمها بذلك . وأما الثيب فلما كان المعتبر النطق في رضاها فالقول قولها أنها لم ترض بالعقد إذ الأصل عدم النطق وهو السكوت والبينة على الزوج رضاها بالنطق .

﴿ و ﴾ إذا ادعى أحد الزوجين أو ورثة أحدهما أو جيمهما أن العقد فاسد نحو أن يقول كان بغير ولي أو بغير شهود أو شهوده فسقه وأنكره الآخر فالقول قول منكر ﴿ فساد ﴾ وبطلانه منهما والبينة على مدعى الفساد إذ الأصل عدم الفساد ويعتبر في أداء الشهادة أن يشهدوا على المنكر أنه أقرّ بالفساد وأنه لا عقد غيره أو يتصاّدق المدعيان على أنه لم يكن بينهما إلا عقد واحد فإن شهدوا بالفساد على الإطلاق لم يحكم بشهادتهم حملاً على السلامة وأنه قد وقع عقد غيره صحيح ﴿ ومنه ﴾ أي من دعوى فساد العقد أن تقول المرأة ﴿ وقع ﴾ العقد ﴿ في الكبر ﴾ بمعنى وهي كبيرة بالغة ﴿ ولم أَرْض ﴾ به نطقاً أو سكوتاً فهي هنا تدعى فساد العقد لأن دعوى اختلال شرط

كدعوى الفساد ﴿وقال﴾ الزوج بل وقع العقد من الأب^(١) ﴿في﴾ حال ﴿الصغر فيلزم﴾ العقد عليهما وهى صغيرة وإن لم ترض نطقاً ولا سكوتاً فالقول له والبيئة عليها إذ مرجع دعواها إلى اختلال شرط وهو يقتضى فساد النكاح هذا مع التاريخ للعقد إلى وقت معين محتمل للصغر والكبر وسواء كانت بكراً أم ثيباً، وأما مع الإطلاق وعدم التاريخ أو كان التاريخ إلى وقت لا محتمل الصغر فكذا القول للزوج إن كانت بكراً وقد مرّ إذا الأصل عدم النطق بالرد، وإن كانت ثيباً فالقول لها لأن الأصل عدم النطق المعتبر فى رضاها ولأنهما قد تصادقا على العقد وعدم الرضا جملة وإنما هى أضافت عدم الرضى إلى حال الكبر وهو يقول هى صغيرة لا معنى لرضاها . وكذا لو كان الزوج هو المدعى أن العقد فى الكبر ولم ترض الزوجة وقالت وقع فى الصغر فيلزم بأن القول قولها والبيئة على الزوج إلا مع الإطلاق وكانت ثيباً فالقول للزوج إذ الأصل عدم النطق بالرضى فإن اتفقا على أن العقد وقع فى الصغر وادعت أن العاقد غير الأب فيثبت لها الفسخ وهو ادعى أن العاقد الأب فلا يثبت لها ذلك فيقال كل واحد منهما مدّع ومدعى عليه: فمن حيث إنَّ الأصل الصغر فهو مدّع، ومن حيث إنها تريد الفسخ فهى مدعية . قال الإمام عليه السلام تنمياً لأصل المسئلة ﴿لا﴾ إذا قالت المرأة وقع العقد ﴿فى﴾ حال ﴿الصغر﴾ وقد بلغت الآن ﴿فأنسخ﴾ العقد لأن لى الخيار حيث كان العاقد غير الأب فى الصغر فالقول قولها لأن الأصل الصغر ﴿وقال﴾ الزوج بل وقع العقد من غير الأب ﴿فى﴾ حال ﴿الكبر﴾ أى وأنت كبيرة ﴿و﴾ قد ﴿رضيت﴾ أنت بالنكاح فليس لك أن تفسخى الآن فالبيئة على الزوج وليست المرأة هنا كدعية الفساد فلا يكون القول لها بخلاف ما لو قالت وقد فسخت عند أن بلغت أو عند أن علمت أن لى الخيار فالقول له وقد مرّ قريباً .

﴿والقول﴾ (لنكرتسمية المهر) حيث قال أحدهما هو مسمى وقال الآخر لم يسم

(١) أو سائر الأولياء لأنها تدعى عدم الرضا ١٥

لأن الأصل عدم التسمية فالقول لمنكرها والبينة على المدعى كذلك سواء كان قبل الدخول أم بعده وسواء كانت الزوجة باقية في نكاحه أو مطلقة فإن اختلفا في صحة التسمية فالبينة على مدعى فسادهما وإن اتفقا على التسمية وعلى نسيانها رجع إلى مهر المثل ﴿و﴾ هكذا إذا اختلف في التعيين والقبض فالقول قول منكر ﴿تعيينه وقبضه﴾ لأن الأصل عدم التعيين وعدم القبض. وفائدة التسمية استحقاق التنصيف إذا طلق قبل الدخول، وفائدة التعيين استحقاقها الفوائد وصحة التصرف والتضمين وفائدة القبض الحد على الزوج إذا وطئ الأمة المصدقة عالماً أو جاهلاً فإن كان المهر منفعة كان تسليم الرقبة تسليماً للمنفعة.

﴿و﴾ إذا اتفق الزوجان أن المهر مسمى واختلفا في قدره فالقول لمنكر ﴿زيادته على﴾ قدر ﴿مهر المثل و﴾ لمنكر ﴿نقصانه﴾ عنه فإذا ادعى الزوج أنه عشرون والمرأة أنه ثلاثون نظر في مهر مثلهما فإن كان عشرين فالقول قول الزوج وإن كان ثلاثين فالقول قول المرأة. والمسئلة مبنية على أن الاختلاف بعد الدخول والتسمية وعلى أن المهر معلوم، فإن جهل مهر المثل فالقول لمدعى الأقل وإلا فالقول قول الزوج في الأطراف كلها. فإن كان التنازع قبل الدخول والطلاق فلها أن تمتنع منه حتى توفي مهر المثل أو يبين الزوج أنها رضيت بما ادعاه.

﴿و﴾ القول قول منكر القدر ﴿الأبعد عنه زيادة و﴾ الأبعد عنه ﴿نقصاناً﴾ مثال الأبعد عنه في الزيادة أن يكون مهر المثل عشرة دنانير وتدعى المرأة أنه سمي عشرين والزوج يقول بل خمسة عشر فالقول قوله لأنه منكر للقدر الأبعد عن مهر المثل في الزيادة. ومثال الأبعد عنه في النقصان أن يكون مهر المثل عشرين فتدعى الزوجة أنه سمي لها خمسة عشر ويدعى الزوج أنه سمي لها عشرة فالقول قولها لأنها منكرة للقدر الأبعد عن مهر المثل في النقصان.

﴿ فَإِنْ ادَّعَتْ ﴾ المرأة ﴿ أَكْثَرَ ﴾ من مهر المثل ﴿ وَهُوَ ﴾ ادَّعى أنه سعى لها ﴿ أَقْلَ ﴾ من مهر المثل ﴿ أَوْ ﴾ ادَّعى أنه سعى لها قدر مهر ﴿ المثل ﴾ أو سعى أكثر منه حيث خالها عليه ﴿ فَبَيْنَا ﴾ أى فبين كل واحد منهما على صحة دعواه ﴿ حَكَمَ بِالْأَكْثَرِ ﴾ لأنه خلاف الظاهر فى الوجهين معا . وهذا إذا لم تتكاذب البيئتان بأن يضيفا إلى وقت واحد أو يتصادق الزوجان أنهما لم يعقدا إلا عقداً واحداً فإن تكاذبتا رجع بعد التحالف أو التكرول إلى مهر المثل إذا كان التداعى بعد الدخول ، وقبل الدخول المتعة ، وإذا لم تتكاذب البيئتان فحكم بالأكثر فلا بد من حملها على عقدين بينهما وطء وطلاق بائن أو رجعى وانقضت المدة ليصح العقد الثانى فكأنها تاركة لدعوى مهر أحد المقدين لاستيفائها له أو نحوه لما ادعت الأكثر فقط مع الحمل على ذلك ويلزم لها الأكثر على أحد المقدين .

﴿ فَرَعَ ﴾ قال فى نور الأبصار : « لو قامت البينة على أنه عقد عليها يوم الخميس بمشرين ويوم الجمعة بثلاثين وطلبت المهرين معاً فإنه يلزم ذلك فان قال إنما عقد يوم الجمعة تأكيداً فإن الظاهر معها لأن المغايرة أولى وهو يجوز أنه خالها ثم عقد يوم الجمعة فقداً آخر ، وهكذا إذا باع سلمة بمشرين ثم باعها بثلاثين لجواز أنها عادت إلى البائع بوجه مملك » .

﴿ فَرَعَ ﴾ وإذا عقد النكاح على مهر ثم عقد عقداً آخر على مهر أكثر لأجل السمعة أو كان العكس من ذلك الأول هو الأكثر لأجل السمعة فالمذهب أنه يلزم الأكثر فى الصورتين ويكون العقد الثانى بالأكثر كالزيادة هذا هو المختار .

﴿ وَآ ﴾ ن ﴿ لَا ﴾ يقىا البينة معاً ﴿ فَلِلْمُبَيَّنِّ ﴾ أى فإنه يحكم لمن أقام البينة منهما ولا يعين لأن البينة محققة ﴿ وَنَحْوَهُ ﴾ أى ونحو المبين يحكم له والذى نحو المبين هو الزوج حيث ادعى مهر المثل وهى أكثر فإنه يحكم لها مع يمينه الأصلية لنفى دعوى صاحبه والردودة لو طلبها من عليه الأصلية منه إذا لم يقىا البينة لأن الظاهر معه ،

وكذلك إذا ادعى أقل من مهر المثل وهي أكثر ولم يبين واحد منهما فإن من حلف
منهما دون صاحبه أصلاً وردّاً ويكفى على نفى ما ادعاه الآخر ﴿ثم﴾ إذا لم يكن كل
واحد منهما مبيّناً ولا نحو المبين وذلك حيث يعجزان معاً عن البينة وحلفاً أو نكلاً
فإنه يجب الرجوع إلى الوسط وهو ﴿مهر المثل﴾ مع الدخول لا قبله في المتعة لأن
الاختلاف يبطل التسمية والحاكم خير في الابتداء باليمين إن شاء بدأ بتحليف الزوج
على القطع إذا عقد بنفسه وعلى العلم إذا وكل، وإن شاء بدأ بتحليف الزوجة على
العلم سواء حضرت المقدّم لا لأنها على فعل الغير . وتكون اليمين على نفى
ما ادعاه الآخر .

﴿و﴾ القول ﴿المطلق قبل الدخول في قدره﴾ أي إذا طلق قبل الدخول أو
بعده حيث لا يعرف قدر مهر مثلها ثم اختلفا في قدر المهر فالقول قول الزوج على أنه
عشرة دراهم فما فوق وليس له النقص من عشرة دراهم فيكون عليه خمسة قياساً على
التبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن فالقول للمشتري مع يمينه بعد قبض المبيع لأن المقد
في النكاح بمنزلة القبض، إذ لو لم يكن بمنزلة القبض كان القول قولها كما أن القول في قدر
الثمن قول البايع إذا اختلفا قبل تسليم المبيع .

﴿وإذا اختلفا في﴾ مهر ﴿معين﴾ نحو أن يمهرها بقرة أو ضيعة أو داراً أو عبداً
أو بعضه ﴿من ذوى رحم لها﴾ محرم من النسب أما أخوها أو أبوها ولها أخ وأب
مملوكان للزوج فاختلفا فقال لها أمهرتك أخاك وقالت بل أبي أو نحو ذلك فإنه إذا أقام
أحدهما البينة على دعواه ﴿عمل بمقتضى البينة﴾ فإن بينا معاً عمل ببينة الزوج فيعتق
من أقرب به ويكون ولاؤه لبيت المال ويعمل ببينة الزوجة ويكون ولاؤه لها وتحمل
البينتان على السلامة وأنه وقع عقدان بينهما وطء وطلاق بائن ويكون كل منهما مدّعياً
ومدّعى عليه فن يّين حكم له ﴿فإن عدمت﴾ البينة منهما معاً ﴿أو﴾ أقام الزوج البينة على
دعواه وهي أقامت البينة على دعواها ﴿تهاترتا﴾ أي تساقطتا إذا أضافتا إلى وقت واحد أو

تصادق الزوجان على أن العقد واحد ﴿فلها﴾ بعد التحالف أو النكول ﴿الأقل من قيمة ما ادعت﴾ يوم العقد ﴿ومهر المثل﴾ إذا كان معلوماً فإن كان قيمة ما ادعت ^(١) أنه أصدقها إياه أقل من مهر مثلها استحققت قيمته على الزوج وإن كان مهر مثلها أقل استحققت فقط وذلك لأن البينتين لما تساقطنا بطلت التسمية فرجع إلى مهر المثل إن كان معلوماً وإن كان مجهولاً فالأقل لأن الأصل براءة الذمة ، فإن استويا خير الزوج إن شاء سلم قيمة ما ادعت وإن شاء سلم مهر المثل وبقي الذي ادعته مملوكاً لسيده ، وإنما تستحق ذلك بحيث كان قد دخل بها فإن لم يكن قد دخل بها لم تستحق شيئاً إذا طلقها إلا التهمة ﴿ويعتق من أقر به﴾ الزوج أنه أصدقها إياه وهو الأخ ﴿مطلقاً﴾ أى سواء صادفته الزوجة أم لا ولو قبل الدخول فيرجع عليها بالأقل من نصف قيمة الأخ .

﴿ولاء من أنكرته﴾ الزوجة ﴿لبيت المال﴾ وذلك لأنه عتق باقرار الزوج أنها قد ملكته وهى رادة للملكه فلم يكن الولاء لها لأنها منكورة ولا للزوج لأنه ليس بالمتعق فكان لبيت المال حيث لا وارث له غيرها من النسب . والمراد بالولاء هنا الميراث وأما هى فلا ترث منه شيئاً لأنه عندها عبده وهى مكذبة للزوج ﴿والبينة على مدعى الإعسار للإسقاط﴾ يعنى أن من عليه حق لغيره من مهر أو دين أو زكاة فى ذمته أو نحو ذلك وادعى الإعسار ليسقط عنه ذلك الحق فى الحال فالبينة عليه فى ذلك ولذا لا تقبل البينة منه إلا بعد حبسه حتى يغلب الظن بإفلاسه مع يمينه كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى المفسر آخر فصل ٣٩٢ .

﴿و﴾ إذا ادعى أنه معسر ليستحق ﴿بعض الأخذ﴾ نحو أن يدعى الإعسار ليلزم قربه الموسر نفقته فإنه لا يقبل منه إلا ببينة من غير حبس هنا وأما بعض الأخذ فالقول قوله نحو أن يدعى الفقر ليأخذ الزكاة . قال فى الكواكب وجه الفرق فى الصورتين أنه فى الأولى يدعى حقاً على غيره وهو وجوب النفقة على القريب الموسر

(١) هذا حيث قيمة ما ادعت عشرة دراهم فصاعداً أى عشر فقال لأنها قد رضيت بالنقص اهـ

بخلاف الثانية فإنه مدعى الفقر ولا يلزم الفنى الصرف إليه . وإنما تجب البيعة ﴿ مع اللبس ﴾ في حاله هل هو موسر ومعسر في الوجوه جميعاً ، والحاصل إن كان ظاهره اليسار بين مطلقاً إلا أنه في الإسقاط لا تقبل إلا بعد حبسه ، وفي الأخذ تقبل بلا حبس سواء كان يتضمن إلزام الغير بالإعطاء أم لا ، ومن ظاهره الإعسار قبيل قوله مطلقاً في الأخذ في صورتين ، والظاهر يثبت من حاله بعدم التصرف في الأموال وتخليه منها أو بحكم حاكم وهو أقوى .

﴿ باب ﴾

﴿ ١٥٩ ﴾

في استبراء الأمة وما يتعلق به . ﴿ و ﴾ اعلم أنه يجب ﴿ على واهب الأمة وبائنها ﴾ (١) وكذا من أراد نقلها عن ملكه إلى ملك غيره بوجه ما - فيجب عليه استبراؤها لذلك الإخراج فيدخل النذر والصدقة وغيرهما من وجوه التمليك لا من أراد عتقها ووقفها أو كان المشتري ذا رحم لها تمتع عليه فلا يجب عليه الاستبراء ، ووجوب الاستبراء قبل الإخراج على المالك ، والمراد المملك ليدخل الولي والوكيل والفضولي . ﴿ مطلقاً ﴾ أى سواء كان الواهب والبائع رجلاً أو امرأة وسواء كانت المبيعة بكرًا أم ثيباً وسواء كانت موطوءة أم لا تصلح للجماع أم لا فإن كان المالك صغيراً أو مجنوناً أو مسجداً لزم الولي إذا أراد البيع ونحوه ﴿ استبراء غير الحامل والمزوجة ﴾ مدخولة أم لا ﴿ والمعتدة ﴾ فأما هؤلاء الثلاث فلا يجب لهن استبراء . والمراد بالحامل من غير سيدها أو منه حيث لا يلحق النسب كمن زنى ، لالو لحقه فلا يتصور بيعها مع الحمل لأنها أم ولد .

وأما مدة الاستبراء فيجب استبراء ﴿ الحائض بمحيضة ﴾ أى متى عزم على هبتها

(١) والبيع بغير استبراء فاسد مع الجهل باطل مع العلم . وأما الهبة والنذر والصدقة بغير

استبراء فباطل لا فاسد اهـ

أو بيعها تربص بعد ذلك العزم حتى تحيض حيضة وتغتسل أو تميم للعذر أو يعفى عليها وقت صلاة اضطرارى ولا عبرة بالإختياري لجواز البيع وأما جواز الوطاء للمشتري فلا بد من الغسل أو التيمم . نعم فإن كانت حين عزم على بيعها حائضاً استبرأها بحيضة أخرى ﴿ غير ما عزم ﴾ على بيعها وهى ﴿ فيها ﴾ يعنى فى الحيضة فلا يعتد بها يعنى استبراء بل لابد من حيضة أخرى غير هذه ، ولا تجب نية الاستبراء بل لو عزم على البيع ونحوه ومقتب حيضة بعد العزم كانت استبراء فيجوز البيع ونحوه بمدى ولو استبراء لأمرٍ جاز أن يفعل غيره كالتزويج وقد استبرأ للبيع ولا يبطل الاستبراء بالإضراب ما لم يطأ بعده .

﴿ و ﴾ إذا كانت الأمة من ذوات الحيض وهى الآن ﴿ منقطعة لعارض ﴾ طراً عليها سواء عرف العارض أم لا لأجل اليأس فإنها تستبرأ ﴿ بأربعة أشهر وعشر ﴾ إذ هى أكثر العدد الذى يعلم به براءة الرحم ولو كان ذلك العارض معروفاً ماضت المدة هذه قبل عود الحيض فإن أتى الدم قبل مضيتها استبرأها به ﴿ و ﴾ استبرأ ﴿ غيرها ﴾ يعنى غير الحائض التى انقطع حيضها لعارض وهى الصغيرة والآيسة والضيءاء والمستخاضة الناسية لوقتها وعددها أو الوقت فقط ﴿ بشهر ﴾ فإذا مضى الشهر بعد العزم جاز العقد عليها بعد ذلك .

﴿ و ﴾ يجب ﴿ على منكحها ﴾ أن يستبرئها ﴿ للعقد ﴾ متى أراد أن يتزوجها سواء كان المالك لها صغيراً أم كبيراً ذكرراً كان أو أنثى متقادماً عليه ملكه أم متجديداً فإن لم يستبرئها كان الفكاك فاسداً مع الجهل أو باطلاً مع العلم .
﴿ ومن تجدد له ﴾ ولو بالقسمة ﴿ عليها ﴾ أو غلى بعضها ﴿ ملك ﴾ أى من تجدد له على الأمة أو بعضها ملك بأن يرثها أو يشتريها أو يسببها أو توهب له . فإذا أراد بعد تجديد الملك البيع أو الوطاء أو التزويج لها وجب استبرأؤها ﴿ لا ﴾ إذا تجدد له عليها ﴿ يد ﴾ فقط بأن تكون فى يد غيره ثم رجعت إلى يده نحو أن تكون معارة

أو مؤجرة أو مكاتبه عجزت نفسها أو مفسوبة أو مرهونة أو آبهة ثم رجعت إلى يد مالكها فإنه لا يجب عليه استبرأؤها إذا أراد وطأها بمد رجوعها ، وكذا إذا كانت مزوجة فطلقت قبل الدخول والخلوة وكذا إذا كانت كافرة فأسلمت فأراد وطأها فإنه لا يجب عليه استبرأؤها فيجب على من تجدد له عليها ملك أن يستبرئها ﴿لوطء بذلك﴾ المتقدم ذكره وهو أن يستبرئ الحائض بحیضة غير ما عزم فيها ومنقطعت له عارض بأربعة أشهر وعشر وغيرها بشهر هذا حيث أراد البيع أو التزويج وأما جواز الوطء فيجوز إذا مضى قدر مدة الاستبراء من وقت تجدد الملك .

﴿و﴾ إذا كانت حاملا ولو من زنى استبرأها من يريد الوطء أو المقد للتزويج ﴿بالوضع﴾ والخروج عن النفاس وأما من يريد البيع فيجوز ولو قبل الخروج من النفاس. ﴿و﴾ إذا كانت الأمة مطلقة أو توفى عنها زوجها فاستبرأها بمضي ﴿المدة﴾ ولا يجب عليه أن يستأنف الاستبراء بمد انقضاء المدة ﴿وكالبيمين المتقائلان والنفاسخان﴾ أى إذا أقال البائع المشتري أو تفاسخا كان ذلك كالبيع الجديد فلا يجوز للمقبل أن يقبل حتى يستبرئ كالبائع ولا يجوز للمستقبل أن يطأها أو يزوجه أو يبيها حتى يستبرئها لأنه كالشترى وكذلك الفسخ إذا وقع ﴿بالتراضى فقط﴾ لأنه يكون مع التراضى كالمقد الجديد فأما ما كان يفسخ ولو لم يقع تراض كالرد بالرؤية وبخيار الشرط مطلقاً وبالميب والفساد إذا فسخا بحكم حاكم فقط فإنه في هذه الصور ليس بمقد جديد بل فسخ للمقد من أصله فلا يجب الاستبراء على واحد منهما. فأما الفسخ بالميب المجمع عليه أو الفساد قبل القبض فإنهما كالفسخ بالحكم فلا يجب استبراء .

﴿و﴾ هؤلاء الذين وجب عليهم الاستبراء من بائع أو واهب أو نحوهما يجوز لهم الاستمتاع ﴿من الأمة في مدة الاستبراء لكن يستمتعون﴾ ﴿في غير الفرج﴾ ما لم تكن حاملاً ولو من زنى فلا يجوز الاستمتاع لأن استبرأها بالوضع ، فأما

الاستمتاع في الفرج فيمنع من صحة الاستبراء بالنظر إلى البائع وأما المشتري فيأثم ولا يلزم الاستئناف ﴿إلا مشترياً ونحوه﴾ كالتهب والغائم والوارث فلا يجوز له الاستمتاع منها ﴿و﴾ لو باللمس في مدة الاستبراء إذا كان ﴿يجوز الحمل﴾ فيها أى يجوز أن مثلها تملق فأما إذا كان لايجوز ذلك بأن تكون صغيرة أو آيسة جاز له الاستمتاع ذكره أبو العباس وأبو طالب ورواه في التقرير عن المنتخب وهو المختار للمذهب .

﴿وتجوز الحيلة﴾ في إسقاط وجوب الاستبراء ، والحيلة في ذلك أن يزوجه البائع عبداً أو حراً حيث يجوز ثم يبيعها وهي مزوجة ثم يطلقها العبد قبل الدخول والخلو وفائدتها سقوط الاستبراء عن المشتري فيجوز له الوطء بعد طلاق الزوج والبيع قبل الطلاق من غير استبراء فأما على البائع فلا يسقط عنه لأنهم يوجبون الاستبراء .

﴿فصل﴾

﴿١٦٠﴾

في حكم وطء الإماء ولحوق النسب لأجله أولاً ، ووجوب الحد وسقوطه : أما لحوق النسب فقد فصل ذلك الإمام عليه السلام بقوله : ﴿ومن وطئ أمة﴾ بأحد سييين ﴿الأول﴾ أن تكون ﴿أيمًا﴾ بنكاح صحيح كما مر تحقيقه أول كتاب النكاح ، والأيم هي التي ليست تحت زوج ولا معتدة ولا حامل من غيره لأنها ليست بأيم ما دامت حاملاً ﴿والثاني﴾ أن يكون ﴿له ملك في رقبته﴾ لا في منفعتها ﴿ثبت النسب﴾ له سواء كان الوطء جائزاً أم غير جائز كالشركة والمكاتبة ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يكن الوطء بنكاح صحيح أو ﴿ملك﴾ في رقبته ﴿فلا﴾ يثبت النسب سواء كان عالماً أو جاهلاً ﴿إلا﴾ في ثمانى إماء فانه يثبت النسب للواطئ لهن ولو لم يكن له فيهن ملك ﴿الأولى﴾ ﴿أمة الابن﴾ أو البنت إذا وطئها الأب وهي غير مزوجة ولا معتدة

ولا حامل فإنها إذا ولدت منه لحقه النسب ﴿مطلقاً﴾ أى سواء وطئها علماً بالتحريم أم جاهلاً وهذا إذا لم يكن الابن قد وطئها أو قبلها أو نظر إليها لشهوة فإن كان قد جرى شيء من ذلك فزأنٍ يجب حده سواء علم أم لا .
﴿ و ﴾ ﴿ الثانية ﴾ ﴿ اللقيطة ﴾ ولو حرة لأنها تشبه الغنيمة ولو كان الملتقط عبداً .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالثة ﴾ ﴿ المحلّة ﴾ وهى التى قال مالکها أدخلت لك وطأها أو أباحت لك أو أطلقت لك لأنها تشبه المعقود عليها عقد نكاح ﴿ و ﴾ ﴿ الرابعة والخامسة ﴾ ﴿ المستأجرة والمستعارة ﴾ إذا كانت مستأجرة أو مستعارة ﴿ للوطء ﴾ وهذا قيد لها والمحلّة لشبه هؤلاء الثلاث بالمعقود عليها لا إذا كانت مستأجرة أو مستعارة للخدمة أو مطلقاً فإنه لا يلحقه النسب فيحد ولو جهل التحريم ﴿ و ﴾ ﴿ السادسة ﴾ ﴿ الموقوفة ﴾ إذا وطئها من هى موقوفة عليه فإنه يلحق النسب ولا مهر عليه لأن له شبهة ملك للملكة منافعها . وكذا إذا وطئها الواقف لأن له شبهة الولاية . فأما لو وطئها ولى الوقف حدّ مع العلم والجهل .

﴿ و ﴾ ﴿ السابعة ﴾ ﴿ المرقبة المؤقتة ﴾ لأنها تشبه المرقبة المطلقة من حيث تناول إباحتها منافعها جميعاً ، والرقبة هى التى قال مالکها قدأرقيبتك هذه الجارية شهراً أو سنة أو نحو ذلك ﴿ و ﴾ ﴿ الثامنة ﴾ ﴿ مفسوبة شراها ﴾ صوابه « تملكها » وهو جاهل كونها مفسوبة . أما إذا علم ^(١) كونها مفسوبة وظن أنها تحمل له بالشراء من الغاصب قال الإمام عليه السلام فالأقرب أنه كجهله غصبها . فهؤلاء السبع المذكورات بعد أمة الولد يلحق النسب إذا وطئن ﴿ مع الجهل فيهن ﴾ جميعاً لا مع العلم فلا يلحق ولا بد من الدعوى فى هؤلاء الثمان ومصادقة سيد الأمة أو البينة على الإقرار بالوطء أو مصادقة الأمة كالعبد المأذون .

(١) وإذا هلكت إحدى هؤلاء السبع لم تصر أم ولد لأنه لم يستند إلى ملك صحيح ولا فاسد .

وأما سقوط الحد فقد فصله الإمام عليه السلام بقوله: ﴿ومهما ثبت النسب﴾ ولحق بالواطئ ﴿فلا حد﴾ عليه ولو كان الوطاء محظوراً ﴿والمعكس﴾ وهو لزوم الحد ﴿في المعكس﴾ وذلك حيث لا يلحق النسب ﴿إلا﴾ في سبع إماء فإنه لا يثبت الحد مع عدم لحوق النسب ﴿الأولى﴾ ﴿المكره على وطئها﴾ من غيره فإنه لا يثبت النسب مع أنه لا حد عليه للإكرام ولا مهر إذ لم يبق له فعل ولا كانت بكراً مكرهه فإن بقي له فعل أو كانت بكراً مكرهه لزم المهر ورجع به على من أكرهه ﴿والثانية﴾ الأمة ﴿الرهونة﴾ رهناً صحيحاً إذا وطئها الرهن فلا يلحق النسب به ولا حد عليه فإن كان الرهن فاسداً لزم الحد مع العلم والجهل ﴿و﴾ ﴿الثالثة﴾ الأمة ﴿المصدقة﴾ إذا وطئها الزوج وقد عينت مهرأ ﴿قبل التسليم﴾ إلى الزوجة ولا يسقط الحد في هاتين إلا ﴿مع الجهل﴾ فأما لو وطئها الرهن أو الزوج وهو عالم بالتحريم لزمه الحد ﴿و﴾ ﴿الرابعة﴾ ﴿السبية﴾ إذا وطئها أحد الناعين أو غيرهم ممن حضر الوقعة ﴿قبل القسمة﴾ وإنما يسقط عنه الحد لأن له فيها نصيباً . وأما كون النسب لم يلحقه فلأن نصيبه فيها غير متعين قبل القسمة لجواز مصيرها سهماً لغيره ، فإن لم يكن إلا هي فلجواز التنفيل .

﴿و﴾ ﴿الخامسة﴾ ﴿البیعة﴾ ^(١) بيعة صحيحاً إذا وطئها البائع لها ﴿قبل التسليم﴾ للمشتري فلا حد عليه ﴿والسادسة والسابعة﴾ أمة بيت المال والمكاتبة إذا وطئها السيد ففي هذه الأربع الإماء الآخر لا حد ﴿مطلقاً﴾ يعني سواء كان الواطئ لمن عالماً بالتحريم أم جاهلاً فإن الحد يسقط عنه .

﴿والولد﴾ إذا حدث ﴿من﴾ الثمان الإماء ﴿الأول﴾ وهن اللواتي يلحق نسب الولد بالواطئ يكون الولد فيهن ﴿حر﴾ أصل لا عبداً ولو كان الواطئ عبداً ﴿و﴾ يجب ﴿عليه﴾ يعني الواطئ ﴿قيمته﴾ يعني قيمة الولد يوم الوضع لما لك الأمة

(١) وكذا التصديق بها والنذور بها اهـ

فأما إذا كانت موقوفة فوطئها الموقوف عليه فولدت فالولد حر ولا يلزمه شيء لأنه كالمرور. وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من أمة الولد وكذا من أمة الأخ والأب إذا كانت محملة أو لفيفة أو نحوهما كمنصوبة شراها الأخ وهي لأخته أو الأب وهي لابنته وكان شراؤها مع الجهل أنها منصوبة. أو كانت مستأجرة أو مستعارة للأخ ونحوه من أخيه ونحوه للوطء فإنه لا يلزم الواطئ قيمة الولد للمالك الأمة في هذه الصور.

﴿ و ﴾ الولد ﴿ من ﴾ الست الإمام ﴿ الآخر ﴾ ^(١) وهي الرهونة والمصدقة والمسيبة والمبيعة وأمة بيت المال والمكاتبة ﴿ عبد ﴾ لعدم نسبه بالواطئ وإن سقط الحد وكذا سائر الموطوءات من الإمام كلها حيث لا ملك للواطئ في رقبتها إلا حيث دلت على الزوج فإن الولد منهما يكون حراً. ﴿ و ﴾ حيث يكون الولد عبداً ولم يلحق بأبيه في النسب فإنه ﴿ يمتق ﴾ على أبيه ﴿ إن ملكه ﴾ أو بعضه بشراء أو نحوه ﴿ و ﴾ هؤلاء الإمام الإثنا عشر المذكورات في الأزهار والملحقات في الشرح يجب ﴿ لمن المهر ﴾ الحرة لها والمملوكة لسيدها على من وطئهن حيث لا يجب الحد ﴿ إلا المبيعة ﴾ إذا وطئها البائع قبل التسليم وكان البيع صحيحاً فإنه لا يلزمه لها مهر إذا اختار المشتري أخذها.

﴿ ١٦١ ﴾ فصل

في أحكام وطء أمة الولد خاصة ﴿ وتستهلك أمة الابن ﴾ وكذا أمة البنت ولو مشتركة بينه وبين الغير ﴿ بالمعاق ﴾ من الأب الحر مع الدعوة ومصادقة الإبن بالوطء والمعاق ﴿ فيلزم ﴾ لذلك خمسة أحكام : الإثم لمصيانته بالوطء وعدم الحد علم أو جهل وتصير أم ولد وتحرم على الابن مؤبداً ويلزمه ﴿ قيمتها ﴾ للولد يوم المعاق ومكانه ولو تعدت دية الحر لأنه من ضمان الأموال . ﴿ ولا ﴾ يجب للمالك قيمة الولد ولا

(١) أو من الأول مع العلم غير أمة الولد كما مر اه

﴿عقر^(١)﴾ كما في غالباً ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ تعلق بوطء الأب ﴿فا﴾ نه يثبت لذلك أحكام ثلاثة : بقاء الأمة على ملك الابن وله الوطاء ويلزم الأب ﴿لمقر﴾ لذلك الوطاء ﴿فقط﴾ بمعنى ولا قيمة لعدم الاستهلاك ولا يتكرر العقر بتكرار الوطاء إلا بتكرار تسليم العقر جميعه ويجوز للابن الوطاء لأنها باقية على ملكه ، وإذا وطئها الأب مرتين فملقت من الوطاء الثاني لزم العقر بالوطاء الأول فقط والقيمة بالوطاء الثاني فلو التبس هل الملقوق من الأول أو من الثاني فلا شيء عليه لأن الأصل براءة الدمة .

﴿فصل﴾ (١٦٢)

في أحكام وطء الأمة المشتركة . ﴿و﴾ اعلم أنه ﴿لا﴾ يجوز أن ﴿توطأ بالملك﴾ أمة ﴿مشتركة﴾ ولا بالنكاح أيضاً لأن النكاح والملك متضادان فإذا كانت أمة بين اثنين لم يُجْزُ لأحدهما أن يطأها ﴿فإن وطئ﴾ أحد الشريكين أثم بذلك ولزمه المهر للآخر بقدر حصته ولا حدّ عليه سواء علم بالتحريم أم جهله لكن إذا وطئها ﴿فملقت﴾ منه ﴿فادعاه^(٢)﴾ لزمه حصة الآخر من العقر ﴿بقدر حصة الشريك فيها فإذا كان له نصفها لزمه نصف العقر وإن كان له ثلثها استحق ثلثه وقس على ذلك ، والعقر لازم سواء علقت أم لا ﴿و﴾ يلزمه حصته من ﴿قيمتها﴾ غير حامل ﴿يوم الحبل﴾ بالفا ما بلغ إذ هو من ضمان الأموال لا الجنائيات فإن كان لشريكه نصف الأمة ضمن له نصف قيمتها يوم حملت وكذا لو كان له الثلث أو نحوه : فإن كان هذا الواطئ معسراً فاللازم على الجارية أن تسمى عنه لشريكه بالزائد على حصته من قيمتها .

﴿و﴾ يلزمه حصة الشريك أيضاً من ﴿قيمتها﴾ أى من قيمة الولد ﴿يوم الوضع﴾ حياً لأنه أقرب وقت يمكن فيه تقويمه سواء ادعاه وهي حامل أم بعد الوضع لأنه

(١) والعقر هو المهر لكن جرت عادتهم بالتعبير عنه في حق الأمة بالعقر كما مر اه

(٢) فإن لم يدعه بقيت الأمة مشتركة بينهما في الظاهر ولزمه حصة شريكه من العقر اه

بدعوته ينكشف أنه مستهلك من يوم الملقوق ﴿إلا﴾ أن يكون النصيب في الأمة ﴿لأخيه ونحوه﴾^(١) كإبيه وجده فإذا كان الشريك في الأمة أخاً للشريك الثاني أو أباً أو جدياً أو ابناً فإنه لا يضمن قيمة الولد لأن الولد حرّ أصل ولأن من ملك ذا رحم محرم عتق عليه عندنا ، وإنما يضمن هنا نصف قيمتها ونصف عقرها .

﴿فإن وطئاً﴾^(٢) معاً في طهر واحد أى فإن وطئ الشريكان الأمة المشتركة بينهما ﴿فماقت فادعياه معاً﴾ أى ابتدأ الدعوى في المجلس قبل الإعراض حيث كانا حاضرين ، فإن كان أحدهما غائباً فله مجلس الخبر بدعوة شريكه ، فإذا وقعت الدعوى منهما معاً ﴿تقاصاً﴾ أى تساقطاً في المهر ولم يلزم أحدهما لصاحبه شيء وهذا حيث الأمة بينهما نصفان ووطئها وهي ثيب أما لو وطئها ونصيب أحدهما أكثر من الآخر أو وطئها أحدهما بكرّاً والآخر ثيباً فإنهما لا يتساقطان بل يجب التراد . قال الإمام عليه السلام : ومن ثمة قلنا ﴿أو تراداً﴾ أى يرد صاحب الأقل لصاحب الأكثر القدر الزائد ، فلو كان لأحدهما ربع وللآخر ثلاثة أرباع فوطئها لزم صاحب الربع للآخر نصف عقر وربع قيمة الولد وربع قيمة الأم وإن كانت أثلاثاً لزم صاحب الثلث سدس قيمة الولد وسدس قيمة الأم وثلث عقر مع استواء القيمة ، وهكذا لو وطئها ولم تعلق فإنهما يتقاصان في العقر ويترادان كما تقدم .

﴿وهو ابن لكل فرد﴾ أى أن الولد الحادث من أمة للشريكين إذا ادعياه معاً كان ولداً لكل واحد منهما ومعنى كونه ابناً لكل فرد أنه إذا مات أحد أبويه ورثه هذا الولد ميراث ولد كامل لا نصف ميراث ﴿و﴾ الشركاء ﴿مجموعهم﴾ بمنزلة

(١) أما لو وطئ العمة أمة له ولا بن أخيه لزمه قيمة الولد لابن أخيه ولا شيء في العكس وهو أن يطأ ابن الأخ أمة له ولعمه فلا تلزمه قيمة الولد للعم لأنه رحم للعم محرم اهـ

(٢) وهذا حيث وطئ ولم يعلم الثاني بوطء الأول والعلوق والدعوى ، فلو علم حد لأنه

﴿أب﴾ واحد فإذا مات الولد كان لهم كلهم من تركته على عدد رؤوسهم لا على قدر الأنصبة في الأمة نصيب أب واحد لا أكثر . ومعنى كونهم بمنزلة أب واحد أنه لا يلزم كل واحد منهم من النفقة ونحوها والفطرة لهذا الابن إلا قدر حصته من نصف وثلاث ونحوهما، وأما الولد فيلزمه لكل واحد منهم نفقة كاملة وفطرة كاملة .

﴿و﴾ إذا مات أحد الأبوين فانه ﴿يكمل الباقي﴾ منهما أباً فإذا كان لهذا الميت ابن ومات هذا الولد كان الأب الباقي هو الذي يرثه دون ابن الميت ونفقته كلها تكون على الباقي .

واعلم أن الابن إنما يكون للشريكين معا حيث يكونان حرين مسلمين أو ذميين وسواء كان أباً وابناً أو غير ذلك ﴿فان اختلفوا﴾ فكان بعضهم حراً وبعضهم عبداً وادعوه معا ﴿فلاحر دون العبد﴾ أى يحكم بالولد للحر دون العبد . قال ﴿المؤند﴾ بالله رحمه الله ﴿ولو﴾ كان العبد ﴿مسلماً﴾ والحر كافراً فان جانب الحر الكافر أرجح فيكون الولد له دون العبد المسلم . ومثال ذلك أن يشترك ذميان في أمة فوطئها فلحق أحدهما بدار الحرب فسبى فأسلم ثم ادعى الولد فان الحر الذى أولى بالولد عند المؤيد بالله ومثله عن الناصر . وقال صاحب الوافى وهو المختار للمذهب يكون الولد للعبد المسلم دون الحر الكافر ومثله عن أبى طالب . قال الفقيه على : أما لو كانت أمة مسلمة فانه يلحق بالحر الذى وفاقاً ليستفيد الإسلام وأما الحرية فهو حر على كل حال ﴿ثم﴾ إذا كان الأبوان عبيدين معاً أو حرين معاً لسن أحدهما مسلم والآخر كافر كان الولد ﴿للمسلم﴾ دون الكافر . ومثال ذلك أن يشترك ذميان في أمة فوطئها ثم لحقا بدار الحرب فسبيا فأسلم أحدهما دون الآخر ثم ادعى الولد فهما هنا عبدان أحدهما مسلم فيلحق الولد بالمسلم دون الكافر . ومثال كونهما حرين أحدهما مسلم أن يشترك فيهما ذميان فوطئها ثم يسلم أحدهما وبقي الآخر ثم ادعى الولد فانه يلحق بالمسلم دون الكافر ويضمن حصة صاحبه في الولد والمقر لأنه قد استهلك حصة شريكه .

﴿مسئلة﴾ إذا صارت الجارية أم ولد للشريكين حيث يلحق الولد بهما ثم مات أحدهما فإنها تعتق بموت الأول وتسمى للثاني بقدر نصيبه .

﴿١٦٣﴾ (باب الفراش)

هو عبارة عن لحوق نسب ما تلده المرأة بالوطاء لها بشرائط . وهو قسبان : فراش زوجة ، وفراش مملوكة . أما فراش الزوجة فقد أوضحه الإمام عليه السلام بقوله ﴿إنما يثبت للزوجة﴾ بشروط أربعة : ﴿الأول﴾ ﴿بنكاح﴾ أى عقد نكاح ﴿صحيح﴾ وهو المستكمل للشروط المتقدمة ﴿أو﴾ عقد ﴿فاسد﴾ وهو الذى يختل فيه شرط كعدم الولى أو الشهود ﴿الشرط الثانى﴾ أن يكون قد ﴿أسكن الوطاء﴾ فيها أى فى الصحيح وفى الفاسد فإذا تزوجها بعقد صحيح أو فاسد وأسكن الوطاء ولو كان الزوج خصياً أو مجبواً ثبت الفراش ولو ادعى أنه لم يوطأها ، فأما لو لم يمكن الوطاء بأن حبس عنها من بعد العقد أو كان مقطوع الذكر والأنثيين فجاءت بولد لم يلحق به . وهكذا لو كانت فى جهة نازحة عنه فجاءت بولد قبل مضى مدة يمكنه فيها الوصول إليها وقبل مضى ستة أشهر لم يلحق به .

﴿أو﴾ وقع بينهما عقد نكاح ﴿باطل﴾ أو مغلوطاً بها نحو أن يتزوجها فى العدة جهلاً فإنه يثبت به النسب بشرطين : ﴿أحدهما﴾ أن يكون وقع على وجه ﴿يوجب المهر﴾ وذلك بأن يكونا جاهلين ﴿غالباً﴾ احترازاً عما لو علمت المرأة التحريم وجهله الزوج فإنه يثبت النسب ولو لم يجب المهر كما تقدم بفصل ١٦٠ فى قوله : « ومهما ثبت النسب فلا حد » .

﴿الشرط الثانى﴾ من شرطى النكاح الباطل الذى يثبت به النسب أن يكونا قد ﴿تصادقا﴾ فى كل حمل أو بين مدعيه ﴿على﴾ حصول ﴿الوطاء﴾ فيه أى فى الباطل . فلو لم يتصادقا على حصول الوطاء لم يثبت به النسب .

﴿الشرط الثالث﴾ من شروط فراش الزوجة أن يكون إمكان الوطء في الصحيح والفاسد ووقوعه في الباطل حاصلًا ﴿مع﴾ إمكان ﴿بلوغهما﴾ أى يجوز عليهما البلوغ كإحدى عشر سنين وما فوقها وبنت تسع سنين وما فوقها فلو أمكن الوطء ولم يجوز بلوغ أحدهما لم يثبت الفراش .

﴿و﴾ ﴿الشرط الرابع﴾ ﴿مضى أقل مدة الحمل﴾ من يوم إمكان الوطء إلى أن أتت به المرأة وذلك بأن تمضى ستة أشهر كاملة فلو جاءت بولد دون ذلك لم يلحق به لأنه حصل قبل ثبوت الفراش، وهذا حيث خرج حيًا لأن الحمل لا يخرج حيًا لدون ستة أشهر . قال في البيان فلو اختلفا في مضى هذه المدة فالبينة على مدعى المضى، فلو عقد بامرأة بينه وبينها مسافة شهر لم يلحق به إلا ما ولدته بمسدة سبعة أشهر ولو قد طلقها بعد مضى الشهر لا قبله ما لم تقم بينة على منعه منها أو منعها منه في تلك المدة لم يلحق به في الصورتين .

﴿و﴾ أما فراش الأمة وهو القسم الثانى فإنه يثبت ﴿للأمة﴾ بشروط أربعة : ﴿الأول﴾ ﴿بالوطء﴾ لها ﴿في ملك﴾ كملاوكته ولو مشتركة ﴿أو شبهة﴾ ملك كأمة الولد ولا يكفى في الأمة إمكان الوطء كما في الحرة بل لابد من وقوع الوطء ﴿مع ذينك﴾ الشرطين اللذين قدمناهما في وطء الحرة وهما أن يقع الوطء مع إمكان بلوغهما وأن تمضى أقل مدة الحمل من يوم الوطء لها . ﴿و﴾ ﴿الشرط الرابع﴾ ﴿الدعوى﴾ فلو وطئها وجاءت بولد ولم يدعه لم يثبت لها الفراش ولو أقر بالوطء ومضت مدة الحمل فلو كان الواطئ نجسًا صح أن يدعى له وليه .

﴿١٦٤﴾ (فصل)

﴿و﴾ متى ثبت الفراش للرجل فكل ﴿ما ولد قبل ارتفاعه﴾ أى قبل أن يرتفع الفراش ﴿لحق﴾ نسب الولد ﴿بصاحبه﴾ أى بصاحب الفراش ولو لم يدعه .

واعلم أن فراش الزوجة حرة كانت أم أمة يرتفع بارتفاع النكاح وانقضاء العدة مع مضي ستة أشهر بعدها في الرجمي مطلقاً لا في البائن فبانقضائها فقط أو مضي أربع سنين من يوم الطلاق وإن لم تنقض العدة ، وأما المملوكة فيرتفع الفراش في حقها بأن يمتقها سيدها وتنقض عدها بحيضتين بعد العتق فبأ ولدت بعد لم يلحق بالسيد إن أتت به لستة أشهر من يوم الانقضاء، فإن انقطع حيضها لعارض فبأربعة أشهر وعشر، وتأتي به لستة أشهر بعدها فقد ارتفع الفراش بذلك فما أتت به فلا يلحق بالسيد .

﴿ قيل ﴾ القائل الفقيه حسن ومعناه أن ما ولدته الأمة بعد ثبوت الفراش فإنه يلحق بمن قد ثبت له الفراش أولاً من دون دعوة للآخر ﴿ وإن تعدد ﴾ صاحب الفراش الأول بأن يكونوا جماعة فإن الولد يلحق بهم جميعاً ﴿ كالمشتركة ﴾ إذا وطئها الشركاء جميعاً و ادعوا ولدها لحق الولد بهم جميعاً . وهكذا كل ما أتت به من بعد ما لم يرتفع الفراش ﴿ والمتناسخة ﴾ وهي التي باعها مالكها من آخر ثم باعها الآخر ثم كذلك وباعها هؤلاء كلهم ﴿ في طهر ﴾ واحد من غير استبراء وقد ﴿ وطئها كل ﴾ واحد من المتبايعين ﴿ فيه ﴾ أى في ذلك الطهر ﴿ قبل بيعه ﴾ لإياها صوابه « قبل التسليم » لأن البيع فاسد ولا يملك إلا بالقبض ﴿ وصادقهم الآخر ﴾ وهو الذي اشتراها آخرهم على أنهم وطئوها قبل التسليم إليه فإن المتناسخة على هذه الصفة إذا جاءت بولد ﴿ وادعوه معاً ﴾ أى ادعاه المتناسخون لها كلهم حين علموا به فإنه يلحق بهم جميعاً وتكون المتناسخة كالمشتركة في أن ولدها لاحق بالجماعة وأن فراشها ثابت لهم جميعاً، فما جاءت به بعد هذا فهو لاحق بهم جميعاً ولو لم يدعوه حتى يرتفع فراشها ، والمختار للمذهب في هذه المسئلة وفي المشتركة أن الولد الحادث بعد مصيرها أم ولد بالولد الأول لا يلحق بهم إلا بعد الدعوى .

﴿ فإن اتفق فراشان مترتبان فبالآخر ﴾ من الفراشين يلحق الولد . وصورة ذلك

أن تزوج امرأة المفقود بعد قيام البينة بموته ثم يرجع وقد أتت بولد فإنه يلحق بالثاني، وكذا إذا تزوجت امرأة وهي في العدة جهلاً بذلك فأنت بولد فإنه يلحق بالثاني ﴿إن أمكن﴾ إلحاقه به وذلك حيث تأتي به لستة أشهر من وطء الثاني فيها هنا يلحق بالثاني، ولو أمكن إلحاقه بكل واحد منهما وذلك إذا جاءت به لأربع سنين فما دون منذ غاب الأول أو طلقها طلاقاً رجبياً أو بائناً، ولستة أشهر فما فوق من وطء الثاني فإن إلحاقه بهما ممكن لكن الواجب إلحاقه بالآخر منهما لأن فراشه أجد مع المصادقة بالوطء أو البينة . قال في النيث : « تنبيه اعلم أن الممتدة إذا تزوجت بعد مضي مدة يمكن انقضاء العدة فيها وهي تسعة وعشرون يوماً فقط كان نكاحها إقراراً بانقضاء العدة » .

﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يمكن إلحاقه بالثاني ﴿فبالأول﴾ يلحق هذا الولد ﴿إن أمكن﴾ إلحاقه به وذلك حيث تأتي به لأربع سنين فما دون منذ طلقها الأول ولدون ستة أشهر من وطء الثاني فإنه لا يمكن إلحاقه بالثاني ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يمكن إلحاقه بالثاني ولا بالأول ﴿فلا﴾ يلحق ﴿أيهما﴾ وصورة ذلك أن تأتي به لفوق أربع سنين من طلاق الأول ولدون ستة أشهر من وطء الثاني فإنه ههنا لا يمكن إلحاقه بواحد منهما وذلك حيث عقد بها لدون تسعة وعشرين يوماً من يوم الطلاق، إذ لو كان بعده لكان إذنهما بالمقد إقراراً بمضي العدة.

﴿فائدة﴾ إذا علم الرجل أنه لم يطلأ امرأته فأنت بولد وألحقه الشرع به جازله فيما بينه وبين الله تعالى أن يزوى عنه الميراث بل يجب عليه ذلك، ويجب عليه أن يمنع بناته من الخروج عليه وكذا يمنع أولاده من الخروج عليها لو كان المولود أنثى .

﴿وأقل﴾ مدة ﴿الحمل﴾ الحى الذى لا يعيش عادة إلا بها ﴿ستة أشهر﴾ إجماعاً ﴿وأكثره﴾ معنى أكثر ما يلبث الولد فى بطن أمه بعد وجوده ﴿أربع سنين﴾ عندنا .

﴿١٦٥﴾ فصل

في حكم أنكحة الكفار وحكم من أسلم منهم عن زوجات له . ﴿و﴾ اعلم ﴿إنما بقرّ الكفار﴾ إذا دخلوا في الذمة أو أسلموا لا الحربيين فلا يلزمنا النظر في عقودهم لتنافي الأحكام بيننا وبينهم ، نعم ؛ فالذي يقرّ عليه الذي أسلم من الكفار أو دخل في الذمة ﴿من﴾ عقود ﴿الأنكحة﴾ وغيرها من سائر الأحكام الشرعية نحو طلاقهم وعتقهم وإقرارهم فيقرون فيها ﴿على ما وافق الإسلام قطعا﴾ يعني ما صورته صورة الصحيح بإجماع علماء الإسلام على أن مثل هذا المقد إذا وقع بين مسلمين فهو صحيح ﴿أو﴾ كان ذلك المقد يوافق الإسلام ﴿اجتهاداً﴾ أى يكون موافقا لقول مجتهد من علماء الإسلام ولو خالفه غيره فإنهم يقرّون عليه وذلك كالنكاح من غير ولى أو من غير شهود أو نحوها فإن كان لا يصح مثله في الإسلام لا قطعا ولا اجتهاداً لم يقرّوا عليه نحو نكاح المتدة والمطلقة ثلاثا والجمع بين الأختين ونكاح بنت الأخت ونحو ذلك، أما إذا أسلموا فإنهم لا يقرّون عليه بحال من الأحوال، فإن لم يسلموا فلا يقف فسخ نكاحهم على ترافعهم إلينا بل يفسخه الحاكم ترافعوا إلينا أو لم يترافعوا، والراد بالفسخ أن يفرق بينهما فإن كان يصح عندنا قطعا، أو اجتهاداً ويصح عندهم لم يمتزوا، فإن كان يصح عندنا لا عندهم كنكاح المثناة بعد التحليل فلا يمتزون، فإن كان يصح عندهم لا عندنا كنكاح بنت الأخت وبنت الأخ فلا يقرّون عليه .

﴿فن أسلم﴾ من الكفار أو دخل في الذمة ﴿عن عشر﴾ زوجات أو أكثر أو أقل والمراد أكثر من أربع ﴿وأسلمن﴾ معه ﴿عقد بأربع﴾ منهن ﴿إن جتمعن عقد﴾ واحد بأن عقد بما فوق الأربع في عقد ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يجتمعن عقد بل في عقود ﴿بطل﴾ منها ﴿ما﴾ كان من العقود داخلة ﴿فيه﴾ المرأة ﴿الخامسة﴾ سواء كان

متقدماً أم متأخراً وصح ما سواه من العقود . فلو تزوج امرأتين في عقد وثلاثاً في عقد صح نكاح الثنتين وبطل نكاح الثلاث لأن فيه الخامسة، فلو كان نكاح الثلاث أولاً صح نكاحهن وبطل نكاح الثنتين . فإن تزوج واحدة ثم ستاً ثم ثنتين ثم واحدة بطل نكاح الست وصح نكاح البواقي . وحاصله أنه يبق معه النكاح ولا يحتاج إلى تجديده إن وافق الإسلام قطعا أو اجتهاداً، وما خالف لم يبق عليه ، ووجب تجديده على الوجه الذي يصح في الإسلام .

﴿ فإن التبس ﴾ العقد الذي فيه الخامسة ﴿ صح ﴾ من العقود ﴿ ما وطئ فيه ﴾ أو لس أو قبل، وبطل ما لم يطأ فيه ، وهذا حيث تصادقوا في ذلك، فأما مع المناكحة فن أقر الزوج بتأخرها فقد أقر بطلان نكاحها فإذا ادعت عليه أنها المتقدمة على غيرها فليها البينة، فإذا بينت استحققت ماوجب لها وعليه البين إذا لم تبين . وتسقط الحقوق إن حلف ﴿ فإن التبس ﴾ العقد الذي وطئ فيه ﴿ أو لم يدخل ﴾ بواحدة من العشر رأساً وقد التبس عليه العقد الذي فيه الخامسة أو دخل بهن الجميع والتبس المتقدم ﴿ بطل ﴾ نكاح العشر كلهن في الثلاث الصور مع استمرار الجهل والإياس من معرفة المتقدم^(١) منهن وإذا بطل نكاحهن ﴿ فيعقد ﴾ بأربع منهن إن شاء ﴿ وقيل ﴾ القائل القاضى زيد وهو خلاف المذهب أنه ﴿ يطلق ﴾ العشر ﴿ ويعقد ﴾ بأربع منهن ﴿ فيختلف ﴾ عند القاضى زيد ﴿ حكمهن ﴾ حينئذ ﴿ في المهر والميراث ﴾ أما اختلافهن في المهر فإن كن مدخولاً بهن ومهرهن مسمى فلكل واحدة نصف المسمى ونصف الأقل من المسمى ومهر المثل، وذلك لأنك تجوز في كل واحدة أن نكاحها صحيح فستحق المسمى، وتجوز أنه باطل فستحق الأقل من المسمى ومهر المثل فأعطيت نصف ما تستحقه

(١) فإن عرف المتقدم بعد الإياس فالمذهب أنه يعمل بما عرف من بعد وبطل نكاح المتأخرات اهـ .

في كل حال بالتحويل^(١) .

وأما إذا لم يسم لهن فلكل واحدة مهر المثل . وأما إذا كن غير مدخول بهن فإن لم يسم لهن مهرأ فلا شيء لهن إن مات أو فسخ وإن طلق استحققت كل واحدة نصف متعة^(٢) لأنك تقول عقدك صحيح فلك المتعة ، عقدك الباطل فلا شيء على حاليين نصف متعة ، وإن سمى فإن مات استحققت كل واحدة نصف المسمى^(٣) وإن طلق استحققت كل واحدة ربهه وإن فسخ فلا شيء لهن لأن الفسخ ليس من جهته فقط ، وإن دخل ببعض الأربع وبعض الثلاث والتبس المتقدم لزم للموطوءات نصف المسمى ونصف الأقل فإن لم يسم لزم مهر المثل ، وأما الآخرات إن سمى لهن لزم نصف المسمى بالموت وبالطلاق ربهه ، وإن لم يسم فلا شيء .

وأما اختلافهن في الميراث فإن مات عنهن بعد فسخ أو طلاق بائن فلا شيء لهن وإن كان بعد طلاق رجعي ومات بعد العدة فكذلك وإن مات وهن في العدة أو مات قبل الطلاق والفسخ وقد كان تزوج أربعاً وثلاثاً فنصف الميراث بين الأربع أربعاً ونصفه بين الثلاث أثلاثاً^(٤) ونصفه بين الطائفتين في الأربع إذا كان نكاحهن بمقدين كل اثنتين في عقدٍ يخصص بينهما أربعاً . فإن كانت إحدى الإثنتين أمة ثبت نكاح الحرة بكل حال واستحققت سدس الميراث وثمانه وللثلاث ربهه وثمانه وللثنتين ثلثه والله أعلم .

(١) وهذا على أصل القاضي زيد . وأما على المذهب فإن كان المسمى أقل استحقته من دون

تحويل اهـ .

(٢) عند القاضي زيد والمذهب لا شيء سواء مات أم طلق أم فسخ اهـ

(٣) المذهب لا تستحق شيئاً في جميع الصور إلا مع الدخول .

(٤) والمذهب لا شيء اتفاقاً بين أهل الفقه والفرائض .

﴿١٦٦﴾ كتاب الطلاق

الطلاق في الأصل مصدر الفعل الثلاثي المجرد ، يقال طلقت المرأة طلاقاً ، واسم لطلق الرجل امرأته تطليقاً كالكلام والسلام ، ويلحقه في المعنى الأطلاق والانطلاق لأن في الكل معنى التخليّة والارسال، يقال أطلقت المحبوس إذا خلّيت سبيله، وأطلقت الدابة إذا خلّيتها من الرباط وأطلقت سبيلها ، وفلان طلق الوجه أى خال من العبوس . وطلق اليدين بالخير أى كثير المطاء .. وفي الشرع : قول مخصوص أو مافى معناه من شخص مخصوص يرتفع به النكاح أو ينثلم . فقولنا « قول » ليخرج به ارتفاع النكاح بالموت والرضاع ، وقولنا « مخصوص » ليخرج به ارتفاعه باللعان ونحوه من الرّدة والإسلام وسائر الفسوخ القولية ، وقولنا « أو مافى معناه » ليدخل به الطلاق بالكتابة والإشارة من الآخرس. وقولنا « من شخص مخصوص » هو الزوج أو وكيله . وقولنا « يرتفع به النكاح » وذلك كالتطليقات الثلاث ، وقولنا « أو ينثلم » لتدخل الواحدة والثنتان .

﴿واعلم﴾ أن الطلاق ﴿إنما يصح﴾ ممن جمع شروطاً ثلاثة ﴿الأول﴾ أن يكون الطلاق واقماً ﴿من زوج﴾ أو وكيله فلا يصح الطلاق من غير الزوج أو وكيله ولا من ولى الصبي والمجنون ولا من السيد في طلاق زوجة عبده بالولاية . ومن ذلك أن يطلق الرجل المرأة قبل أن يتزوجها ثم يعقد عليها بعد الطلاق فإنه لا يقع ذلك الطلاق ولو أضافه إلى بعد التزويج بشرط كأن يقول إذا دخلت الدار فأنت طالق ثم يتزوجها ثم تدخل الدار فإنه لا يقع إذ هو لا يملك الطلاق وقت تعليقه بالشرط ولو لم يحصل الشرط إلا بعد العقد ، وكذا لو أضاف الطلاق إلى حين الزوجية كأن يقول لأجنبية متى تزوجتك فأنت طالق ثم يتزوجها فإنه لا تطلق بذلك .

﴿الشرط الثاني﴾ أن يكون الطلاق من زوج ﴿مختار﴾ للطلاق حاله غير مكره عليه فأما إذا كان مكرهاً عليه فلا يقع طلاقه عندنا إلا أن ينويه كما يأتي إن شاء الله تعالى . وليس للحاكم أن يكره الزوج على الطلاق في الإيلاء حيث امتنع من الوطء بل يحبس فقط فإن أكرهه لم يقع إلا حيث التبس الطلاق وأكرهه الحاكم على الخروج منه بطلاق زوجاته أجمع أو بيان من لم يطلق منهن فإنه يقع الطلاق مع الإكراه في هذه الصورة فقط . وحد الإكراه هنا هو الذي تبطل به أحكام العقود والإنشاءات وهو خشية المكره الضرر من المكره عليه القادر على فعله كما يأتي .

﴿الشرط الثالث﴾ أن يكون ذلك الطلاق من ﴿مكلف﴾ وهو البالغ العاقل فلا يصح من صبي ولو كان مميزاً ولو أذن له وليه في ذلك ، ولا من المجنون والممتوه ولا من المغمى عليه والمغمور بمرض شديد والمبتهج ومن زال عقله بالحشيشة أو الأفيون أو نحوهما سواء أكله لضرورة أم لا فإن طلاق هؤلاء لا يقع ﴿غالباً﴾ احترازاً من السكران بالخمر ولو أكره على شربه فإنه يقع طلاقه إذا طلق في حال سكره سواء بقي له تمييز أو زال عقله بالكلية بحيث لا يميز بين السماء والأرض ونحو ذلك من الأمور الضرورية. هذا قول المهادي والمؤيد بالله والمنصور بالله وأبي حنيفة والشافعي وهو قول الجمهور من العلماء ، فلو زال عقله بالخمر والبتهج معاً أو بأحدهما والتبس أو شرب الخمر فمرض له المجنون فلا يقع طلاقه .

والطلاق يكون باللفظ وبغيره . واللفظ ينقسم إلى صريح وكناية ﴿فالأول﴾ لا يعتبر فيه إلا أن يكون المطلق قد ﴿قصد﴾ إيقاع ﴿اللفظ في﴾ الطلاق باللفظ ﴿الصريح﴾ بأن ينطق به عالماً بمعناه عاقلاً مختاراً غير نائم ولا ساه وإن لم يقصد معناه فيقع الطلاق بقصد اللفظ مع علمه بأن هذا اللفظ موضوع للطلاق ، فقوله قصد اللفظ يعني لفظ الطلاق قاصداً إيقاع لفظه فلو لم يلفظ به بل قصد الطلاق بقلبه فقط لم يقع لعدم اللفظ ، ويدخل في ذلك المازل والمهازج فيقع الطلاق منهما

إذا هزلا أو مازحاً بالصریح كما يأتي . والمراد حيث علق ذلك اللفظ بزوجته بأن مخاطبها كانت طالق أو بذكر اسمها كفاطمة ونحوها ، وأما إذا لم يعلقه بها كأن يقول طلقت فقط فإنه لا يكون صريحاً ويكون كناية يقع مع نية طلاق زوجته ولا يعتبر في لفظ الطلاق أن يجر به حتى يسمع غيره . بل يكفي فيه النطق بالحروف ولو سرا كالقراءة السرية في الصلاة ، ويخرج بقوله « قصد اللفظ » من لم يقصده كالنائم ومن سبقه لسانه إلى ذلك اللفظ نحو أن يكون اسم زوجته طارق فقلب الرأء لاما في ندائه فقال يا طالق لم تطلق لعدم قصد اللفظ . وقد أخذ من هذا المثال أنه لا يقبل قوله أنها سبقت لسانه إلا إذا كان المقام يحتمل ذلك بقريئة كهذا المثال لا إذا لا يحتمل فلا يقبل .

﴿ و ﴾ حقيقة الطلاق الصريح ﴿ هو ما لا يحتمل غيره ﴾ بأن يكون لفظ الطلاق مستملا على حروف مادته الأصول التي هي الطاء واللام والقاف ممن لا يريد الترقيم فلفظ الصريح لا يحتاج إلى نية ﴿ إنشاء كان ﴾ كأنت طالق أو طلقتك أو عليك الطلاق أو فلانة طالق ولم يقصد الإقرار أو أنت منى طالق أو قد طلقتك غير مرید به الإقرار والمراد بالإنشاء مقارنة حصول معنى الطلاق لذلك اللفظ ﴿ أو ﴾ كان ﴿ إقراراً ﴾ كأنت مطلقة من الأمس أو قد طلقتك أو قد طلقت فلانة مریداً به الإقرار بوقوعه في الماضي . وبهذا فارق الإنشاء فيقع الطلاق بالإقرار ظاهراً وباطناً إن كان صادقاً أنه قد طلقها قبل هذا اللفظ ، وإن كان كاذباً وقع به الطلاق في الظاهر فقط لعدم حصول مدلول ما قد أقر به في الماضي ، وكذا إذا قيل له قد طلقت زوجتك فقال نعم ، أو يقال له زوجتك طالق فقال إى والله فإنه إقرار بحصول الطلاق فيقع ظاهراً وباطناً ، وإن قال نعم فصریح لإنشاء . ﴿ أو ﴾ كان الطلاق ﴿ نداء ﴾ نحو يا طالق أو يا مطلقة ولو قال يا طال بقطع القاف طلقت حملاً على الترقيم إذا كان ممن يعرف العربية ، فإن كان لا يعرف العربية

لم يقع ، فلو نادى يا زينب فأجابته فاطمة فقال أنت طالق وهو يظن أنها المدعوة وقع ظاهراً وباطناً على من دعاها لا على التي أجابته ، إلا أن يشير إلى المجيبة طلقت هي . وإن كان اسم زوجته طالق أو عبده حرّ فقال لها يا طالق أو لعبده يا حرّ فإنه لا يقع الطلاق ولا العتق إلا أن ينويهما وكان ذلك كناية طلاق أو عتاق .

﴿ أو ﴾ أخبر بالطلاق ﴿ خبراً ﴾ نحو أخبرك أنك طالق أو أنت طالق قاصداً لإخبارها بذلك بطلاق وقع قبل الإخبار ، إذ المراد بالخبر ما تقدم مدلول لفظه . فهذه كلها صرايح في الطلاق لا تفتقر إلى قصد المعنى كما أسلفنا ، ويقع الطلاق بها فوراً عند الإطلاق ، وقد جمعها بعضهم في قوله :-

مطلقةٌ يا طالقُ أنتِ طالقٌ وطلقتها وهي الطلاقُ بلائراً

نعم ؛ ويقع الطلاق بأى هذه الألفاظ ﴿ ولو ﴾ كان الزوج ﴿ هازلاً ﴾ بذلك أى لم يقصد به الطلاق فإنه يقع ، وسواء كان هزله بلفظ الإنشاء أم بلفظ الإقرار . وإنما قلنا بوقوع طلاق الهازل لأن الصريح عندنا لا يفتقر إلى قصد معناه . ﴿ أو ﴾ طلق امرأة أو أشار إليها أو خاطبها بالطلاق وهو ﴿ ظانها غير زوجته ﴾ فأنكشفت زوجته وقع الطلاق عليها ، ولا عبرة بعدم معرفته أنها ليست زوجته إذ الحكم للإشارة كما لو وقف أو وهب أو نذر أو نحو ذلك من التصرفات .

﴿ أو ﴾ طلقها ﴿ بعجمي ﴾ أى بلفظ موضوع للطلاق الصريح في المعجم فإنه يقع إن ﴿ عرفه ﴾ أى عرف معنى ماتكم به وأنه يراد به الطلاق ، وأما إذا خاطبها وهو غير عارف لمعناه لم يكن طلاقاً ، وهكذا لو تكلم العجمي بالطلاق العربي فإن عرف معناه وقع وإلا لم يقع . ومثال الطلاق العجمي « بهشتم إيزنى » ومعناه أرسلتك عن الأزواج فيكون صريحاً في الطلاق وهكذا لو قال : إيزنى بهشتم ، لأن معناه عن الأزواج أرسلتك ، أما لو اقتصر على بهشتم ولم يضم إليه إيزنى كان كناية يقع إن نوى به الطلاق فلو اقتصر على إيزنى لم يكن صريحاً ولا كناية ، وهذا

في اللغة الفارسية نص عليه في الروض النضير . وهكذا يقال في غيرها من اللغات المعجمة ، ولهذا قال الإمام زيد بن علي عليه السلام الطلاق بكل لسان .

﴿ والقسم الثاني ﴾ مما يقع به الطلاق الكناية ويدخل فيها ما يقع به الطلاق وليس بلفظ كما يأتي . ﴿ و ﴾ إذا كان لفظ الطلاق كناية فلا بد أن يقصد ﴿ اللفظ والمعنى ﴾ مما ﴿ في ﴾ تلك ﴿ الكناية ﴾ ولا بد أن تكون النية مقارنة لأول اللفظ أو مخالطة لحروفه لامتقمة أو متأخرة فلا تصح .

﴿ و ﴾ الكناية ﴿ هي ما تحتمله ﴾ بمعنى الطلاق ﴿ و ﴾ تحتمل ﴿ غيره ﴾ بحيث لو سمعها السامع من أهل لفته تردد هل أريد بها الطلاق أو غيره لأن اللفظ لم يوضع للطلاق خاصة بل يستعمل له ولغيره كالشترك ونحوه في الكناية اللفظية ، لأن الكناية على ضربين : لفظ وغير لفظ « فغير اللفظ » ﴿ كالكتابة ﴾ بالطلاق سواء كانت بصريجه أم بكنايته كما يأتي ، ولا بد في الكتابة أن يبقى لها أثر يشاهد في الخارج ولا يكون ذلك إلا في الكتابة ﴿ المرتسمة ﴾ كالكتب في القرباس واللوح والحجر ونحوها فثبت حروف الكتابة فيه مرتسمة ، ولو كتب بالتراب أو الدقيق أو فيهما فانه يقع به الطلاق مع النية : أما لو كتب على الهواء أو الماء أو الحجر على وجه لا يظهر أثر الكتابة ولا يمكن قراءتها بحال أو كان الحرف يذهب أوله قبل أن يشرع في الثاني فلا يقع الطلاق بذلك ولو نواه .

﴿ و ﴾ كالكتابة ﴿ إشارة الأخرس ﴾ ونحوه ممن لا يمكنه الكلام في الحال ﴿ المفهمة ﴾ للطلاق فلو وقعت ممن يمكنه الكلام أو لم تكن مفهمة للطلاق لم تكن طلاقاً . فهذه صور الكناية بغير اللفظ : « وأما الكناية باللفظ » فهي غير منحصرة بل كل لفظ يحتمل الطلاق فانه يقع به إذا أريد به الطلاق . وقد ذكر الامام عليه السلام من ذلك ما يتوهم أنه صريح وليس كذلك ، وما يتوهم أنه ليس بصريح ولا كناية وهو على المختار كناية ﴿ فالأول ﴾ قوله ﴿ وعلى ﴾ الطلاق وسواء

والطلاق ينقسم إلى سنى وبدعى ويأثم فاعل البدعى بفعله ، وكل واحد منهما ينقسم إلى رجمي وبائن ، وصريح وكناية ، ومباشر ، ومولى ، ومعين ومبهم ،

ومطلق ومقيد ، وخلع وغير خلع ، وستعرف جميع ذلك في أثناء الكتاب إن شاء الله تعالى .

﴿ وسنيد ﴾

أى سنى الطلاق في حق ذوات الحيض مابعد شروطاً أربعة : ﴿ الأول ﴾ أن يقع الطلاق طلاقاً ﴿ واحدة فقط ﴾ فلو أوقع ثنتين أو ثلاثاً بلفظ واحد أو بلفظين متتابعين كان بدعياً سواء كانت المرأة مدخولاً بها بخلاوة صحيحة أم فاسدة - أم غير مدخولة ولا مخلو بها، وسواء كانت ذات حيض أم لا فالسنى واحدة فقط . قال في حاشية السحولى : « فلو قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثنتين . أو اثنتين إلا واحدة ارتفعت البدعة بالاستثناء وتكون طلاقاً واحدة »

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يطلقها ﴿ فى طهر ﴾ ويعتبر بأول طهرها وإن لم تغتسل ولا مضى آخر وقت صلاة إذ المراد أن يقع الطلاق وقد طهرت من الحيض والنفاس ولو قبل الفسل .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن ﴿ لا ﴾ يقع ﴿ وطء ^(١) منه ﴾ لهذه التى طلقها ﴿ فى جميعه ﴾ يعنى فى جميع ذلك الطهر ، وأما إذا وطئها فى هذا الطهر ثم طلقها فيه فهو بدعى إن لم تعلق منه ، وسواء كان الوطء فى قبل أم دبر ولو لم يكن ذلك الوطء بالزوجية كوطء الغلط والزنى ، وكذا لو وطئها بالملك ثم أعتقها وتزوجها ، فإذا طلقها فى هذا الطهر الذى قد تقدم فيه الوطء كان ذلك الطلاق بدعياً . ﴿ ولا ﴾ وقع ﴿ طلاق ﴾ لها منه فى جميع ذلك الطهر الذى وقعت فيه الطلقة ، فإن وقع فى ذلك الطهر طلاق غير هذه الطلقة ولو غير واقع كقبول الرجعة أو المقدم صار الكل بدعياً .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الرابع ﴾ أن ﴿ لا ﴾ يكون قد وقع منه وطء لها ولا طلاق

(١) لا مقدماته والاستمتاع فلا يصير بها بدعياً . اهـ

﴿في﴾ نقاسه المتقدم أو ﴿حيضته﴾ أى في حيضة هذا الطهر ﴿التقدمة﴾ عليه لا المتأخرة ، فلو كان قد وطئها في الحيضة المتقدمة أو طلقها فيه كانت طلقته في الطهر بدعية . فهذه شروط الطلاق السني في حق ذات الحيض .

﴿فرع﴾ وإذا اختلف الزوجان هل كانت عند الطلاق طاهرا أم حائضا لو علق طلاقها للسنة كان القول لها في حصول الشرط ولذلك فائدة أخرى لو اختلف مذهبهما هل يقع البدعي أم لا واختلفا هل كانت حائضة في وقت الطلاق أم لا كان القول لمدعى نفي الحيض إذ الأصل صحة الطلاق بعد التصديق على حصوله .

﴿و﴾ أما الطلاق السني ﴿في حق غير الحائض﴾ وهى الصغيرة والحامل والضمياء والآيسة والمنقطعة لمارض والمستحاضة الناسية لوقتها وعددها فهو الطلاق ﴿المفردة قط﴾ أى لا يشترط فيه سوى كونه مفرداً فلو طلقها طلقته بلفظ واحد أو بلفظين متتابعين كان بدعياً . فلو طلقها عقيب وطئها لم يكن بدعياً ولو طلقها ثم راجعها جازله وطئها عقيب المراجعة . ﴿ونذب﴾ في حق غير الحائض إذا أراد تطليقها ﴿تقديم الكف﴾ عن جماعها قبل الطلاق ﴿شهرآ﴾ ثم يطلقها وإن طلقها قبل ذلك جاز ولا إثم عليه ، هذا (١) في الطلقة الأولى لا إذا زاد الثانية أو الثالثة فإنه يجب الكف عن وطئها شهرآ، وإن وطئها قبل الشهر استأنف الكف شهرآ بعد الوطء وكذا إذا أراد الثالثة بعد الثانية فلا بد من الفصل بينهما وإلا كان بدعياً .

﴿و﴾ إذا أراد الرجل أن يطلق امرأته ثلاثاً سنياً لم يجز له أن يفعل ذلك في طهر واحد بل ﴿يفرق﴾ تلك الثلاث من أرادها ﴿من الأزواج﴾ على الأطهار ﴿فيجعل في كل طهر طلقة واحدة حتى يكملها﴾ إن كانت امرأته ذات حيض ﴿أو﴾ يفرقها على ﴿الشهور﴾ إن لم تكن ذات حيض كالصغيرة ونحوها ممن مر فيدخل في ذلك الحامل لأن كل شهر في حقها كالطهر ولا يتوهم أن الحمل بمثابة طهر واحد ، وهذا التفريق

يكون ﴿وجوباً﴾ على الزوج ولا إثم، وذلك قبل الطلقة الثانية أو الثالثة لا قبل الأولى فقد مر أنه مندوب فقط، ووجه وجوب التفريق كذلك أن الطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة يكون محظوراً فلا بد من فاصل بين كل تطليقتين ولا فاصل إلا الأظهار في حق ذات الحيض أو الشهور في غيرها . ﴿و﴾ حيث يريد تفريقها كذلك فإنه ﴿يُخَالِ الرِّجْمَةَ﴾ بين كل تطليقتين ﴿بلا وطء﴾ بل باللفظ فقط أو نحوه وسواء كانت من ذوات الحيض أو الشهور فيطلقها الأولى ثم يراجعها ^(١) ويكف عن جماعها فإذا طهرت الطهر الثاني طلقها الثانية ثم يراجعها ويكف عن جماعها فإذا طهرت الطهر الثالث طلقها فحينئذ تبين منه ويفصل في حق ذات الأشهر بين كل طلقتين بشهر .

﴿ويكفي في نحو أنت طالق ثلاثاً للسنة تحلل الرجعة فقط﴾ عند ما قال الطلاق لا يتبع الطلاق وهو مذهبنا يعني إذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثاً للسنة فإنه يكفي أن يراجعها بلسانه في كل طهر للحائض وفي كل شهر مرة من غير جماع ^(٢) أو بالوطء من غير الطهر الذي طلقت للسنة فيه حتى يستوفي ثلاثاً ولا يحتاج إلى تجديد طلاق بعد الرجعة لأنه في التقدير كأنه قال أنت طالق عند كل طهر بعد الرجعة . وكذا لو قال أنت طالق ثلاثاً للسنة متخللاً الرجعة صح وكأنه قال أنت مراجعة بعد كل طهر طلاق ، وأما لو لم يقل للسنة صح الطلاق في الحال ثلاثاً ويكون للبدعة وكأنه في التقدير قال قد راجعتك بعد كل طلاق .

﴿وبدعي ما خالفه﴾

أى والطلاق البدعي هو ما خالف السني بأن يختل فيه أحد الشروط التي تقدمت ﴿فيائهم﴾ مع العمدة إن طلق طلاقاً بدعياً لا لوصادف كأنه يطلق مشروطاً فيقع الشرط

(١) وأما في البدعي فتخليل الرجعة كاف فتقع الثلاث في الحال كما يأتي قريباً اه
(٢) ويقع الطلاق في أول الطهر بشرط أن لا يبطأها في آخره فان فعل تبين أنه لم يقع إلا متى صلحت . اه ريان .

وهي حائض أو طلقها وهو غائب فأنكشفت حائضاً عند الطلاق فلا يأنم حيث لم يظن البدعة . ﴿ و ﴾ الطلاق البدعي ﴿ يقع ﴾ عندنا وهو قول أكثر العلماء ، ومن طلق برأته بدعة استحجب له أن يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر فإن بداله أن يطلقها فليطلقها للسنة قبل أن يمسكها كما أمر النبي صلى الله عليه وآله وسلم ابن عمر ، ولعل الحكمة باعتبار السنة أنه ربما يزول الباعث لطلاقها بانتظاره فيمسك عنه محاذرة أن يدخل في قوله صلى الله عليه وآله وسلم « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » رواه أبو داود وابن ماجه وصححه الحاكم . وفي الشفا عن أمير المؤمنين على رضي الله عنه « لو أصاب الناس معنى الطلاق ما ندم رجل على امرأة » فينبغي لكل مسلم التأني في الطلاق والتحرى على إصابة السنة ثلاثاً يأنم ويندم إذا خالف السنة بالمعجلة وعدم التثبت وهذا من نظام الإسلام المبني على الحكمة والرحمة والإتقان .

﴿ ونفى أحد النقيضين إثبات للآخر وإن نفاه كلا لسنة ولا لبدعة ﴾ فيقع للبدعة أى لو قال لامرأته أنت طالق لا لسنة ولا لبدعة طلقت للبدعة لأن قوله لا لسنة بمنزلة أنت طالق للبدعة ، ولو نفاه من بعد قوله ولا لبدعة فلا تأثير لنفيه لأنه بمنزلة استثناء الكل فبطل وبقي الكلام الأول فكأنه قال أنت طالق لا لسنة وسكت فعلى هذا لو قال ذلك وهي في طهر لم يطأها فيه لم تطلق حتى تحيض أو يطأها . وهكذا لو قال أنت طالق لا ليلاً ولا نهارة طلقت النهار حيث كان ليلاً وإلا طلقت في الحال أو قال أنت طالق لا في البيت ولا في السوق أو لا في الأرض ولا في السماء أو أنت طالق في البيت طلقت حالاً لأنه ظرف مكان ووجه الفرق بين ظرفي المكان والزمان أن الطلاق ليس له ظرف مكان لأنه عرض فلذلك لم يكن لتعليقه بظرف المكان تأثير بخلاف الزمان فإنه لا بد للطلاق من زمان يقع فيه فلما اختقر إليه صح تغليقه به . وكذا لو قال أنت طالق لاقامة ولا قاعدة طلقت إذا قعدت أو ركمت أو سجدت والعكس في العكس . فإن قال أنت طالق لا ميتة ولا حية طلقت في الحال والعكس لا يقع .

﴿مسئلة﴾ فإن قال أنت طالق أحسن الطلاق أو أفضله كان كقوله للسنة فتطلق في الحال إن كانت تصلح لطلاق السنة وإلا فتي صلحت . وإن قال أقبح أو أخسر أو أنتن كان كقوله للبدعة فتطلق في الحال إن كانت تصلح لذلك وإلا فتي صلحت . فإن خير بين وصفين متضادين كأن يقول : أنت طالق طلبة حسنة أو قبيحة أو سنية أو بدعية لفي الوصف ووقع في الحال بصفة ما هي عليه حيث لانية له وإلا فله نيته لأنه لم يشترط ولا وقت وإنما خير بين وصفين فقط ، وإلا يخير كأن يقول طلبة حسنة قبيحة اعتبر بالوصف الاول وبلغو الثاني بخلاف ما إذا قال أنت طالق أحسن الطلاق فهذا في حكم المشر وط لأنه معروف فكأنه قال أوقعت عليك الطلاق الحسن فلا يقع إلا الحسن .

﴿مسئلة﴾ إذا قال أنت طالق أو لاوأنت طالق واحدة أو لا فإنه لا يقع إلا أن يشدد الواو فيقول أولا فهو إقرار بالطلاق فيقع .

﴿مسئلة﴾ وإذا قال أنت طالق طلاقا لا يقع عليك أو غير واقع عليك فإنه يقع لأنه بمقام من قال أنت طالق غير طالق، وهذا الطلاق واقع لأنه استثنى الطلاق بعد وقوعه وهو لا يصح .

﴿ورجعية﴾

يعنى الرجعى من الطلاق هو ﴿ما كان﴾ جامعا لشر وط ثلاثة ﴿الاول﴾ أن يقع بعد وطء ﴿للمرأة وأقله ما يوجب النفس في الثيب وإذهاب البكارة في البكر مع صلاحهما، وسواء كان الوطء في قبل أم دبر، وهذه أحد الأحكام المشرة الثابتة للدخول التي صرت بأول فصل ١٤٦ في النكاح ، فلو طلق الزوج امرأته قبل أن يطأها كان الطلاق بائنا ولو قد كان خلى بها أو استمتع منها . ﴿الثاني﴾ أن يقع الطلاق

﴿على غير عوض مال﴾ أو ما في حكمه كالفمعة التي يصح عقد الإجارة عليها بأن يكون لمثلها أجره. وكان ذلك العوض مظهرًا لا مضمراً، فلو طلقها بذلك كان الطلاق بائناً إن جمع الشروط التي في الخلع الآتية في أول فصل ١٧١، وإن كان العوض غير مال أو ما في حكمه نحو على أن تدخل الدار وليس لمثلها أجره فرجى . ﴿و﴾ الشرط الثالث ﴿أن يكون ذلك الطلاق﴾ ليس ثالثاً ﴿فإن كانت الثالثة فهي بائن إن تخلت الرجعة بين كل طلفتين وسواء كان على عوض أم لا، فهما يكن الطلاق بعد الوطء ولم يكن خلعاً ولا ثالثاً فهو طلاق رجعى لا يرفع عقد النكاح وإعنا ينقص عدد الطلاقات التي يترتب عليه نقصان الحل على الوجه الذي عرفته فلذا يحل للمطلق رجعيًا أن يطأ زوجته المطلقة ما دامت في المدة ويعتبر وطؤها رجعة .

﴿مسئلة﴾^(١) من طلق زوجته رجعيًا ولدت منه ثم التبس هل ولدت قبل الطلاق فمدتها باقية أم بعده فقد انقضت به فإن حصل للزوج ظن عمل به وإلا يحصل له ظن فالأصل بقاء النكاح . وهذا فيما يخص نفسه من تحريم الوطء ونحوه من العمل بالظن في ذلك لا فيما يرجع إليها من الحقوق فلا يعمل بما حصل له من الظن . وأما حكم الزوجة فإنها لا تعمل بظنها بل يلزمها المدة بعد الولادة لأنها لازمة لها بيقين فلا تخرج عنها إلا بيقين ولعلها إذا ظنت تقدم الطلاق على الولادة حرم عليها طلب النفقة لأنها تعمل بالظن فيما هو لها كما يأتي .

﴿وبائنه ما خالفه﴾

أي ما خالف الرجعى بأن يكون قبل الوطء أو خلعاً أو هي المطلقة الثالثة ، ﴿ومطلقة﴾ وهو الذي لم يقيد بأمر ﴿يقع في الحال﴾ بصفة ما هي عليه من طهر أو حيض إذا كان

(١) من البيان وهامشه اهـ .

من يصح طلاقه ﴿ومشروطه﴾ وهو بالنية مع المصادقة ﴿بترتب^(١)﴾ وقوعه ﴿على﴾ حصول ﴿الشرط﴾ فلا يقع الطلاق حتى يحصل الشرط فيقع عقيب حصوله لآحاله ولو لم يحصل الشرط إلا بعد زوال عقل الزوج. ويعتبر في ترتيب حصول الطلاق على الشرط أن يكون الشرط متصلاً بلفظ الطلاق كالاستثناء تقدم الشرط أو تأخر كأن يقول إن دخلت الدار فأنت طالق أو يقول أنت طالق إن دخلت الدار طلقت متى دخلت الدار، فإن لم تدخل الدار لم تطلق. وهكذا لو قال إذا جاء غد فأنت طالق لم تطلق حتى يجيء غد فتطلق بأوله، فلو قالت إن طلقني فهو براء وقال إن أبرأتني فهي طالق لم يقع شيء لعدم حصول شرطه، وهكذا كل مشروط بوقت أو غيره فإنه لا يقع الطلاق حتى يقع الشرط سواء كان ذلك الشرط ﴿نفياً﴾ نحن متى لم تدخل الدار فأنت طالق أ ﴿وإثباتاً﴾ نحو إن دخلت الدار فأنت طالق فإن الطلاق لا يقع حتى يقع النفي أو الإثبات. فإن لم تدخل الدار بعد اللفظ بالطلاق في صورة النفي طلقت وإن دخلت لم تطلق والعكس في الإثبات، وكذا لو علقه بشيهاً نحو متى لم يدخل زيد الدار أو إن دخل فالحكم واحد ﴿ولو﴾ كان ذلك الشرط ﴿مستحيلاً﴾ كطلوع السماء ذات البروج فإن الطلاق إذا علق به ترتب عليه نحو أن يقول إن طلعت السماء فأنت طالق فإنها لا تطلق حتى يقع الشرط وهو طلوع السماء وهو مستحيل منها، وهكذا إن شاء الجدار أو تكلم الحمار أو نحو ذلك فإن وقوع الطلاق بترتب على وقوعه، فعلى هذا لا يقع شيء حيث الشرط مستحيل، أما إذا علقه بمعلوم الحصول كطلوع الشمس فإن علقه بالنفي نحو إن لم تطلع الشمس أو نحو فأنت طالق فلا يقع وإن علقه بالإثبات نحو إن طلعت الشمس لم يقع إلا بحصول الشرط فإن علقه بممكن ومستحيل فلا يقع شيء.

(١) فاما بالماضي فلا يقع نحو أن يقول إن جاء زيد أو مات عمرو فأنت طالق وقد كان جاء زيد أو مات عمرو، لأنه يشبه أنت طالق أمس وأمس لا يقع لعدم صحة تعلق الطلاق بالماضي اهـ.

﴿ فرع ﴾ ولا يصح الرجوع عن الشرط ولو قبل حصوله كالطلاق ، فلو قال قد حلت الشروط من الطلاق لم ينحل بل يتوقف على حصول شرطه كالتأجيل .

﴿ أو مشيئة الله ﴾ بمعنى أن الطلاق المشروط يترتب على وقوع الشرط ولو كان الشرط مشيئة الله تعالى نحو أن يقول أنت طالق إن شاء الله تعالى فإنها لا تطلق إلا أن يشاء الله طلاقها وذلك حيث لا يكون الزوج ممسكاً لها بالمعروف ، ويعتبر ما يريده الله من الطلاق وعدمه بمجلسهما أو بمجلس الزوج حيث هما مفترقان ، فلو كان محسناً إليها حال اللفظ ثم أساء إليها في المجلس بعد الطلاق وقع كما لو قال إن شاء زيد فشاء في المجلس ، فإن التبس ما أَرَادَهُ الله تعالى فالأصل عدم الطلاق أما لو كانت حال اللفظ زانية أو في حال الحيض فما هنا يتعارض الواجب وهو الطلاق لكونها زانية والمحذور وهو الطلاق حال الحيض فلا يقع .

﴿ و ﴾ الشرط ﴿ آتاهُ : إن ، وإذا ، ومتى ، وكلاً ﴾ هذه أمهات آلات الشرط وهي كثيرة نحو « مهما » وهي نظيرة كلاً في الشرط لأن في التكرار ، و « إذا » وهي نظيرة إذا . و « متى ما » وهي نظيرة متى واشباه ذلك . ﴿ و ﴾ لاشئ من هذه الألفاظ ﴿ يقتضى التكرار ﴾ ولو نواه فلو قال لامرأته إن أو إذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت طلقت فإن راجعها ثم دخلت الدار مرة أخرى لم تطلق ولو نوى التكرار ﴿ إلا كلاً ﴾ فإنها تقتضى التكرار نفيًا وإثباتًا نحو كلاً لم تدخل الدار فأنت طالق فإذا لم تدخل الدار عقيب النطق في النفي طلقت ، ثم كذلك بعد كل رجعة . والإثبات نحو كلاً دخلت الدار فأنت طالق فإذا دخلت المرأة الأولى طلقت فإن راجعها ثم دخلت مرة أخرى طلقت وكذا لو راجعها ثم دخلت ثالثة طلقت الثالثة وبانت . وهذا حيث كان المعلق بكلمة يعرف أنها تقتضى التكرار سواء كان في الإثبات أم في النفي والالم يقع للمرأة واحدة فقط كالطلاق المعجمي ، فإن نوى بكلمة مرة واحدة صح إن صادفته الزوجة وإلا فالظاهر التكرار .

﴿ فرع ﴾ فإن قال كلما خرجت من الدار بغير إذني فأنت طالق فذلك يقتضى التكرار أيضاً فتطلق كلما خرجت بغير إذنه ، وحسن المخرج من ذلك أن يقول كلما أردت الخروج فقد أذنت لك. وقال في حاشية السحولى من قوله فى الأزهار « ويدخله الدور » « فلو قال لزوجته كلما فعلت كذا فأنت طالق وكان الأمر المذكور بما لا بد لها من فعله فالحيلة فى رفعه أن يأتى بالدور القبلى فيقول أنت طالق قبيل أن يقع عليك الطلاق المشروط فيمتنع المشروط ولا يمتنع الناجز وإذا أراد منهما معا قال أنت طالق قبيل أن يقع عليك طلاقا ناجزاً أو مشروطاً » ويكون هذا من صور الدور الآتية فى أثناء فصل (١٦٨)

قال ﴿ المؤيد ﴾ بالله ﴿ ومتى ﴾ تقتضى التكرار أيضا كما تقتضيه كلما ﴿ غالباً ﴾ على أصله يحترز من صورة التملك بمعنى نحو أن يقول الزوج لزوجته طلق نفسك متى شئت فإذا طلقت نفسها مرة لم يكن لها أن تطلق نفسها مرة أخرى ، وكذا لو قال لغيره طلقها متى شئت فهو تملك أيضا ولا يقتضى التكرار للفعل فلا يطلق ذلك للملك إلا واحدة فقط ، ولو كان ذلك بلفظ التوكيل حيث علق بمشيئة الوكيل فهو تملك والتمليك لا يفيد إلا المجلس فقط . والمختار أن متى لا تفيد التكرار وإنما هى ظرف زمان بمنزلة حين وهذا هو الذى تقتضيه أصول علم العربية « وإنما يقتضى التكرار إذا كان توكيلاً بلفظ شئت التى تقتضى التوكيل والتوكيل يقتضى التكرار لا بلفظ شئت التى تقتضى التملك ولو بلفظ التوكيل ، فإذا قال طلقها أو زوجها متى شئت اقتضى التوكيل وتكرر الفعل « وضابطه » متى أسند فعل الشرط بلفظ المشيئة إلى الملك فهو تملك ومتى أسند إلى غيره فهو توكيل .

﴿ ولا ﴾ شئ من آلات الشرط يقتضى ﴿ الفور ﴾ بل هى على التراخى فإذا قال متى دخلت الدار فأنت طالق طلقت متى دخلت ولو تراخت زمانا طويلا ، وهكذا إن دخلت ، وإذا دخلت ، وكلما دخلت ، كلها للتراخى ﴿ إلا إن ﴾ الشرطية إذا دخلت

﴿ في التملك ﴾ فإنها تقتضى الفور^(١). وصورته أن يقول طلق نفسك إن شئت فإنها إذا لم تطلق نفسها في المجلس لم يكن لها أن تطلق من بعد ، وكذا لو قال أنت طالق إن شئت فإنه يعتبر مشيئتها في المجلس إن كانت حاضرة أو مجلس بلوغ علمها إن كانت غائبة . فأما إذا قال طلق نفسك إذا شئت أو متى شئت كان لها أن تطلق نفسها في المجلس أو بعده .

﴿ وغير إن وإذا مع لم ﴾ كهما ومتى وكلا ونحوها إذا دخلت عليها لم اقتضت الفور فإذا قال متى لم تدخل الدار فأنت طالق طلقت على الفور ، ومعنى الفور هنا إذا لم تنهض لدخول الدار في الحال ومضى وقت يسع الدخول ونحوه مما علق الطلاق بعمده ولم تدخل طلقت . وهكذا لو قال كلما لم تدخل الدار فأنت طالق بخلاف إن لم وإذا لم ، فإذا قال إن لم تدخل أو إذا لم تدخل الدار فأنت طالق فإنها للتراخي فلا تطلق إلا متى عجزت عن دخول الدار وذلك بالموت يعنى موت أحدها أو هدم الدار ونحوه وبذلك يتبين وقوع الطلاق من حين تعليق الشرط ولو طالت المدة ولو من حين تعذر الفعل لأن وقت المعجز عن ذلك الفعل بالموت ونحوه ينمطف وقت الطلاق إلى وقت الإيقاع ولكن الموت ونحوه كاشف ، فعلى هذا إذا كان الطلاق بائنا فلا موارثة بينهما ولا يجب لإمهر واحد ولو تكرر الوطء .

﴿ والحاصل ﴾ في حروف الشرط إن كان للمطلق نية عمل بها من فور وتراخ ظاهراً أو بائناً إن صادقتـه الزوجة ، وإلا كان بائناً فقط ، وإن لم يكن له نية فهي في الإثبات للتراخي إلا « إن » في التملك ومع النفي بـ « كلما ، ومتى لم ، ونحوها للفور وإن لم ، وإذا لم ، للتراخي » .

﴿ ومتى تعدد ﴾ ماعلق الطلاق به شرطاً وكان تعدده ﴿ لا بمطف ﴾ لأحدها على الآخر وصورة ذلك أن يقول لزوجته : أنت طالق إن أكلت إن شربت إن

(١) ما لم يوقت فإن وقت اعتبر انقضاء الوقت اهـ .

إن ركبت^(١) فتى تعدد على هذه الصورة ﴿فالحكم للأول﴾ أى تطلق بمحصول الشرط الملفوظ به أولاً ﴿وإن تأخر وقوعه﴾ عن سائر الشروط الملفوظ بها بعده هذا ﴿إن تقدم الجزء﴾ نحو أن يقول أنت طالق إن أكلت إن شربت إن ركبت فإنها تطلق بالشرط الملفوظ به أولاً وهو الأكل ولا تطلق إن شربت أو ركبت ﴿فإن تأخر﴾ الجزء نحو إن أكلت إن شربت إن ركبت فأنت طالق ﴿أو عطف المتعدد بأو﴾ سواء تقدم الجزء أم تأخر نحو إن أكلت أو شربت أو ركبت فأنت طالق . ﴿أو﴾ عطف ﴿بالواو مع إن﴾ نحو إن أكلت وإن شربت وإن ركبت وسواء تقدم الجزء أم تأخر؛ فتى كان التعدد على أى هذه الصور ﴿فلواحد﴾ أى فالحكم لواحد من أى هذه المتعددة، فتى فعلت واحداً من أى هذه الشروط طلقت سواء كان ذلك الشرط متقدماً فى اللفظ أم متأخراً ﴿وينحل﴾ به الشرط فيبطل التعليق بغيره ، فلو شربت وقع الطلاق وانحل الشرط بماعدها فإذا أكلت أو ركبت بعد لم تطلق ، وسواء انحل الشرط بما فعلت وهى زوجة فتطلق أم لم يحصل إلا وهى مطلقة أو مفسوخة فإنه ينحل أيضاً . هذا ما لم يتعدد الجزء لكل واحد فإنه لا ينحل ويتكرر وقوع الطلاق بتكرر فعل ذلك المعلق به نحو أن يقول إن أكلت فأنت طالق إن شربت فأنت طالق فتى أكلت طلقت ولا ينحل ومتى شربت طلقت أيضاً إن كانت مراجعة ﴿و﴾ أما إذا عطف التعدد ﴿بالواو﴾ فقط من دون إن كان الحكم ﴿للمجموع﴾ فلا تطلق إلا بفعل مجموع ذلك المتعدد نحو أن يقول : إن أكلت وشربت وركبت فأنت طالق فلا تطلق إلا بفعل الثلاثة لا بواحد منها ، وسواء فعلتها مرتبة فى الفعل

(١) فلو قال أنت طالق إن كنت زيدا إذا دخلت الدار أو متى أو نحو ذلك لم تطلق إلا بتكليمه بعد دخولها ، وكذا إن كنت زيدا إذا دخلت الدار إذا جاء شهر رمضان ، ذكر معناه الصيغرى . قال فى البيان لا تطلق إلا إذا كنت زيدا فى ذلك الظرف وهو الدار وشهر رمضان اه . .

كاللفظ أم خالفت فلا يعتبر الترتيب هنا، وسواء تقدم الجزء أم تأخر، فلو عطف بالفاء (١) اعتبر الترتيب والتعقيب، فلو جاء بهم مكان الفاء طلقت بأن تأكل ثم تشرب بعد تراخ (٢) ثم تركب بعد الشرب بتراخ، فلو لم ترتب أو رتبت من دون تراخ لم تطلق لأن ثم للترتيب بمهمة، فلو كان المطف يبل سواء كان مع إن نحو أنت طالق إن أكلت بل إن شربت بل إن ركبت أم بدونها نحو أنت طالق إن أكلت بل شربت بل ركبت فإنها تطلق بأى واحد فعلت، ولا حكم لإضرابه عن الأول إذا كان الجزء متقدماً على الشرط كما مثلنا وإلا فالحكم للآخر لصحة الإضراب عن الشرط الأول قبل التمام، أما لو قال أنت طالق إن دخلت الدار لكن إن كلمت زيدا فلا تطلق إلا بمجموعهما، فلو قال أنت طالق لو دخلت الدار فلا تطلق إن لم تكن قد دخلت قبل ذلك الوقت لأنه بمعنى إن كنت قد دخلت الدار فأنت طالق، فإن أراد لومها على تركها للدخول طلقت ناجزاً دخلت أم لا لأن الملل كالطلاق.

(فصل)

﴿١٦٧﴾

﴿ويصح التعليق بالنكاح والطلاق﴾ أى ويصح أن يجعل النكاح والطلاق شرطاً فى الطلاق ﴿نفياً وإثباتاً﴾ أى إن شئت جعلت نفياً هو الشرط وإن شئت حملته الإثبات، وسواء كان النكاح والطلاق اللذين جعلتهما شرطاً موجبا للطلاق ﴿لواحدة أو أكثر﴾ أى سواء كان الشرط نكاح واحدة أم نكاح أكثر أو طلاق واحدة أو طلاق أكثر، مثال التعليق بنكاح واحدة أن يقول: إن تزوجت فأنت طالق أو إن تزوجت فلانة أو إن تزوجتك فإنها تطلق متى تزوج واحدة أو فلانة أو تزوجها

(١) أما لو عطف بلا نحو أنت طالق إن كلمت زيدا ولا عمراً ولا خالداً فإنها تطلق بواحد وتتحل اه .. (٢) وحد التراخي بمضى ما ينسحب للفعل ولم تفعل، وحد الفور أن لا يمضى وقت يمكن فيه الفعل إلا وقد فعلت اه صغرى .

بمد أن طلقها بانثنا حيث كان خلعاً أو قبل الدخول أو رجماً وانقضت العدة ، لا إن كان بعد ثلاث وقد تزوّجت غيره فالزواج الثاني يهدم الشرط كما يأتي ، ومثال التعليق بأكثر أن يقول إن تزوّجت نساء فأنت طالق فلا تطلق إلا إذا تزوج ثلاثاً لا دون الثلاث فلا إلا أن تكون له نيّة وصادقته طلقت ولو بواحدة لأنه اسم جمع لا مفرد له من جنسه ، أو يقول إن تزوّجت فلانة وفلانة فأنت طالق فتطلق إن تزوجهما ، أو يقول لزوجتي إن تزوجتكما ففلانة منكما طالقي أو فأنتما طالقان فتطلق إحداها أو كلاهما بالتزويج لهما كما تقدم . ومثال التعليق بطلاق واحدة أن يقول إن طلقت فلانة فأنت يا فلانة طالقي . ومثال التعليق بأكثر أن يقول إن طلقت فلانة وفلانة فأنت يا فلانة طالقي .. أما إذا قال إن طلقت فلانة وليست له بزوجة فأنت طالقي ثم تزوج الأجنبية ثم طلقها فالذهب أن زوجته تطلق في مثل هذه الصورة لأنه تعليق بطلاق زوجته عند التعليق ، بخلاف تعليق بطلاق الأجنبية بنكاحها أو بغيره فلا يصح لأنها ليست بزوجة عند التعليق لأن من صح منه الإنشاء صح منه التعليق ، ولأن الأحكام تتعلق بالأسباب وقد وجد السبب هنا فهذا هو الفرق .. هذه صور التعليق بالنكاح والطلاق على جهة الإثبات .. وأما تعليقه بهما على جهة النفي : فمثال التعليق للطلاق بنفي النكاح أن يقول : إن لم أتزوج أو إن لم أتزوجك فأنت طالقي أو إن لم أتزوج فلانة وفلانة فأنت طالقي فإنها تطلق بالموت إذا لم يفعل الشرط^(١) في جميع هذه الصور .

ومثال التعليق بنفي الطلاق أن يقول إن لم أطلق فلانة فأنت طالقي أو إن لم أطلق فلانة وفلانة فأنت طالقي فإنها تطلق إن لم يفعل الشرط قبل موتهما أو إحداها ، فإن طلقها وتزوجها قبل الموت لم تطلق .

﴿ و ﴾ يصح تعليق الطلاق ﴿ بالوطء ﴾ نحو أن يقول إن وطئت فلانة فأنت طالقي

(١) أو بما يعلم تمرده كزواجه أمها وحصل الدخول أو اللبس أو نحوه أو يلاعنها اهـ .

﴿ فيقع ﴾ الطلاق ﴿ بالتقاء الختانين ﴾ مع تواري الحشفة ويكون الطلاق بدعيًا ولا إثم عليه ﴿ و ﴾ إذا طلقت بتواري الحشفة فسكن مع التلذذ أو زاد في الإيلاج ولو قل حصل به ﴿ التتمة ﴾ للوطء أم لا فإنه ﴿ رجعة في ﴾ الطلاق ﴿ الرجعى ﴾ إذ الوطء رجعة لا إن سكن من دون تلذذ لم يكن السكون رجعة ، وسواء كانت هذه قد دخل بها من قبل أم لا لأنها حين التقى الختانان صارت مدخولة ثم طلقت ، فبين الدخول والطلاق ترتب ذهني وهو ما لا يدرك في الخارج حسًا بل في الذهن وعند العقل فقط كترتب الملول على علته لا حسي وهو عكسه أى ما يدرك خارجًا بإحدى الحواس الظاهرة ، فإن كان الطلاق بائنًا ثم أتم الإيلاج عالمًا أو جاهلًا فلا مهر عليه ولا حد لشبهة جواز أوله ، ولا يلحق النسب إلا مع الجهل بتحريم الزيادة .

﴿ و ﴾ يصح تعليق الطلاق ﴿ بالجلب ﴾ أى لو قال لزوجته متى حببت فأنت طالق صح ذلك ﴿ قيل فيكف ﴾ عن وطئها ﴿ بعد ﴾ هذا التعليق إذا كان قد وطئها من قبل أو بعد التعليق وقد وقع ﴿ الإنزال ﴾ للمنى في رحمها فلا يجوز أن يطأها بعد الإنزال ﴿ حتى تبين ﴾ الزوجة الملقى طلاقها على ذلك إما حامل فقد طلقت أو غير حامل فيجوز الوطء بعده وهى تبين بحمضه بعد ذلك الإنزال فيتبين عدم الحمل من الوطء الأول ، وإن كانت ضهياء كف بعد الإنزال أربع سنين كاملات ثم إذا وطئ كف كذلك إذ الوجه لوجوب الكف بتحريم الوطء ، والمختار للمذهب في هذه المسئلة وهى وجوب الكف بعد الإنزال حيث كان الطلاق بائنًا أو مضربًا عن المراجعة محمولة على أنه حصل ظن بالملوق بأن تكون عادتها الملوق عقيب الوطء فإن لم يكف وأنت بولده لستة أشهر من الوطء الثانى ولأربع سنين من الوطء الأول فإنه يلحق بالوطء الثانى لأنه أجدى ، فأما لو كانت لا تعلق عقيب الوطء فى العادة أو التبس الحال جاز الوطء لأن الأصل عدم الملوق وبقاء النكاح وجواز الوطء . وقد أشير إلى ضعف إطلاق المسئلة بقوله قيل . . فأما لو أراد بقوله : متى حببت فأنت طالق العلم بحبلها لم تطلق

حتى يعلم حبيلها علما شرعيا وهو الظن القوي وذلك بتحريك الولد ، وأما كبير البطن والعيافة فلا يفيدان إلا الظن فإن كان قويا فهو العلم الشرعي كما تقدم . ﴿ و ﴾ يصح تعليل الطلاق ﴿ بالولادة ﴾ نحو إن ولدت فانت طالق ﴿ فيقع ﴾ طلاقها ﴿ بوضع ﴾ ما في بطنها بصفة ﴿ متخلق ﴾ أى قد تبين فيه أثر الخلقة ولو غير خلقة آدمى ، لا يخرج المشيمة ولا يخرج يد أو نحوها أو يخرج وجه غير متخلق كالضفة والمعلقة . ولا يخرج من غير الفرج بمعالجة حكيم يشق بطنها لأنه ليس بولادة فلا تطلق . فلو كانت في بطنها تؤمان طلقت في هذه الصورة بالأول لأنها ولادة . وأما انقضاء العدة فلا تنقضي إلا بوضع الآخر إن أتت به لدون ستة أشهر من حين وضع الأول لأنه حمل واحد كما يأتي في بيان العدة فصل ١٧٦ .

﴿ لا ﴾ إذا كان الشرط ﴿ وضع الحمل ﴾ نحو أن يقول إن وضعت حملك فانت طالق ، ﴿ فبمجموعه ﴾ يقع الطلاق لا يخرج الأول من التوأمين ولا يعتبر خروج المشيمة فيقع الطلاق ولو كانت باقية أو كان الحمل غير متخلق . وهكذا لو قال إن وضعت ما في بطنك لم تطلق إلا بوضع الجميع ، فأما لو مات قبل وضع الحمل وضعا تاما لم تطلق وكذا لو مات الزوج .

﴿ فرع ﴾ قال في البيان وإذا قال كلها ولدت فانت طالق ثم ولدت ثلاثة في بطن واحد فإن خرجوا دفعة واحدة طلقت واحدة وإن خرجوا مترتين طلقت بالأول واحدة والثاني واحدة إن راجعها قبله وبالثالث واحدة إن راجعها قبله وإن لم يراجع انقضت عدتها بالآخر من الثلاثة أو بالثاني من الاثنين حيث لا ثالث .

﴿ مسألة ﴾ قال في البيان والبستان : وإذا قال لامرأته إذا كان الذي في بطنك غلام فانت طالق وإن كان جارية فلا ، ثم ولدت غلاما وجارية فحيث لا نية له في اللغظين مما تطلق باللفظ الأول ، وحيث له نية فيهما معا فإن نوى التأكيذ طلقت باللفظ الأول أيضا ، وصورته أن يقول : إن كان في بطنك غلام فانت طالق ونوى ولو كان

معه جارية، ثم قال وإن كانت جارية فليست بطلاق ونوى ولو كان معها غلام ، وإن نوى باللفظين الاستثناء طلقت باللفظ الثاني . وصورته أن يقول : إن كان في بطنك غلام فأنت طالق ونوى ألا يكون معه جارية، ثم قال وإن كانت جارية فليست بطلاق ونوى ألا يكون معها غلام ، وإن نوى في اللفظ الأول التأكيد وفي الثاني الاستثناء طلقت بهما معاً لأن الجملتين موجبتان للطلاق ، وصورته إن كان في بطنك غلام فأنت طالق ونوى ولو كان معه جارية ، وإن كانت جارية فليست بطلاق ونوى أن لا يكون معها غلام ، وإن نوى عكس هذه الصورة فنوى في الأول الاستثناء وفي الثاني التأكيد لم تطلق بصورته على عكس ما مثلنا للصورة التي قبل هذه الصورة . وهذه إحدى صورتين اللتين لا تطلق فيهما . وحيث لا نية في اللفظ الأول ونوى في الثاني فإنه نوى فيه التأكيد طلقت بالأول لحصول الشرط، والثاني إنما هو تأكيد له، وإن نوى فيه الاستثناء طلقت بهما معاً ، وحيث لا نية له في اللفظ الثاني ونوى في الأول فإن نوى فيه التأكيد طلقت به وإن نوى فيه الاستثناء لم تطلق؛ فصار للمسألة تسع صور: تطلق في سبع صور منها، وفي صورتين لا تطلق وهما حيث قيد اللفظ الأول بالاستثناء وأطلق اللفظ الثاني كالصورة التاسعة ، أو قيده بالتأكيد كالصورة الخامسة . وإنما يقبل قوله أنه نوى غلاماً وحده حيث جاء باللفظ الثاني ، وأما حيث لم يأت به فلا يقبل قوله في الظاهر إلا أن تصادفه الزوجة .

﴿فرعان^(١) : الأول﴾ إن قال إن كان في بطنك غلام فأنت طالق واحدة وإن كانت جارية فأنت طالق اثنتين ثم ولدتهما معاً طلقت ثلاثاً على قول أهل الثلاث لا عندنا فواحدة، وكذا لو قال إن كان في هذا الطرف حنطة فامرأته طالق وإن كان فيه شعير فمبده حر فوجد فيه حنطة وشعيراً وقع الطلاق والمقتى، هذا إن لم يجز عرف بخلافه إذ هو يسمى في عرفنا غليلاً . ﴿الثاني﴾ مثاله كالأول في صورتين إلا أنه

قال إن كان ما في بطنك إن كان ما في الظرف لم يقع شيء من الطلاق والعتق لأن لفظة ما هنا بمعنى الذي وهي تقتضي السكل لأنها من صيغ العموم؛ وبهذا يظهر لك أن بين الفرعين فرقاً من غير تكرار ولا مناقضة .

(و) يصح تعليق الطلاق ﴿ بالحيض ﴾ نحو ان حضت فأنت طالق ﴿ فيقع ﴾ الطلاق ﴿ برؤية ﴾ أول ﴿ الدم إن تم ﴾ ذلك الدم ﴿ حيضاً ﴾ بأن يكون في وقت إمكانه ويكون ثلاثاً فصاعداً إلى عشر . والعبرة بمذهب الزوجة في الاعتداد بأنه حيض وفي قدره، فإن جاوز الدم العشر فحيث يكون كله استحاضة لا تطلق كما لو أتى في غير وقت إمكانه أو انقطع في دون الثلاث ولم يماودها في العشر وحيث يكون أوله حيضاً وجاوز العشر فالعشر حيض وما جاوزها استحاضة، وتطلق بمد مدة الحيض في أول مدة المجاوزة للعشر، فعلى هذا لو كانت ناسية لوقتها وعددها أو الوقت فقط لم يقع شيء من الطلاق عليها لعدم الحكم بذلك الدم أنه حيض . وأما الزوج فلا يجوز له رؤيتها من حين ترى الدم إن ظن أنه حيض سواء كان الطلاق بائناً أم رجعيًا وهو مضرب عن المراجعة لها وإلا جاز مطلقاً سواء تم حيضاً أم لا .

نعم؛ ومتى علق طلاقها بالحيض وهي حائض لم تطلق إلا بحيضة أخرى غير ما هي فيها لاقتضاء الشرط الاستقبال ويكون بدعيًا . أما لو قال أنت طالق في الحيض وهي حائض طلقت في الحال . فإن قال إن حضت حيضة فأنت طالق لم يقع الطلاق إلا حين تطهر من حيضها ويكون سنياً لأنه في طهر .

﴿ فرع ﴾^(١) فإن قال لزوجتيه إن حضتا فأنتما طالقان ثم ادعىا الحيض في مدة ممكنة فإن صادقهما طلقتا وإن كذبهما لم تطلقا إلا بشهادة عدلة على كل واحدة منهما، فلو بينت إحداهما فقط أو صادقها الزوج لم تطلق أيهما إلا أن تبين الأخرى بمدلة أو يصادقها الزوج طلقتهما معاً لأن شرط طلاق كل منهما حيضهما معاً .

(١) عن البيان باختصار . اهـ

﴿مسئلة﴾ قال في البيان : وإذا قال لزوجته إن خالفت نهى فأنت طالق ثم أمرها بشيء مخالفته لم تطلق وذلك لأنها خالفت الأمر دون النهي ، وكذا في العكس لم تطلق إذا كان الزوج يميز بين الأمر والنهي ، وأن الأمر بالشيء لا يكون نهياً عن ضده فإن كان لا يميز طلقت في الطرفين .

﴿مسئلة﴾ وإذا قال متى طلقت امرأتى بالتشديد أو كلما طلقتها فهي طالق وكرر ذلك لم يقع به شيء حتى يطلقها ناجزاً أو مشروطاً وحصل شرطه لم يقع شيء بعده من طلاقها الأول المعلق لأنه لا يتبع الطلاق الواقع ولو راجعها بعده إذ الطلاق لا يتبع الطلاق عندنا لأنه وقع الشرط وهي مطلقة فأحمل الشرط بوقوع تلك الطلقة المشروطة عقيب الناجزة وإن لم تعد طلقة .

﴿فصل﴾

﴿١٦٨﴾

ولما فرغ الإمام عليه السلام من الطلاق المشروط تسكّم في المعلق بوقت فقال : ﴿وما علق﴾ من الطلاق ﴿بعضي حين﴾ نحو أن يقول أنت طالق بعد حين ﴿ونحوه﴾ أي ونحو الحين وهو أن يقول بعد وقت ، أو بعد دهر ، أو بعد عصر ، أو بعد حُبْ أو نحوها مما لا يطلق على وقت معيّن بل يطلق على القليل والكثير والقريب والبعيد ﴿قيل وقع بالموت﴾ لإطلاق الحين على القليل والكثير من الزمان ، والأصل أن لاطلاق فتبقى زوجة له حتى الموت فيه تعلم أنها طلقت قبله إما بموتها أو بموت الزوج . قال الإمام عليه السلام وهذه المسئلة غير منصوصة لأصحابنا ولكنها مأخوذة من كلام محمد بن يحيى الهادي وقد أوضحناه بقولنا ﴿ومنه﴾ أي ومن الواقع بالموت إذا قال أنت طالق ﴿إلى حين﴾ ^(١) أو زمان أو نحوها . قال محمد بن يحيى : إن قال أنت طالق إلى حين

(١) وأما إذا قال في حين أو في وقت أو في عصر أو في دهر أو في حقب فتطلق في الحال حيث لم يكن له نية اهـ .

أوزمان فإن نوى وقتاً فذاك وإن لم ينو فإلى المات لأنه في التحقيق بمعنى بعد حين .
 والمحصلون لمذهب الهدوية يعللون مسألة محمد بن يحيى بأن إلى تستعمل للغاية وبمعنى
 مع فن الأول قوله تعالى « وأموا الصيام إلى الليل » ومن الثاني « ولا تأكلوا
 أموالهم إلى أموالكم » واستعمالها للغاية لا معنى له فتعين أن نكون هنا بمعنى مع ،
 ويقدر فيها معنى الشرط أى إذا مضى حين ، قالوا والحين لفظة مشتركة تستعمل
 للصباح والعشي كقوله تعالى « حين تمسون وحين تصبحون » وبمعنى السنة وعليه
 قوله تعالى « تؤتى أكلها كل حين » أى كل سنة وقيل ستة أشهر ، وبمعنى أربعين
 سنة وعليه قوله تعالى « هل أتى على الإنسان حين من الدهر » وتطلق على العمر إلى
 انتهاء وعليه قوله تعالى « ومتنهم إلى حين »^(١) قالوا فإذا احتملت هذه المانى حملت
 على التيقن وهو العمز لأن الأصل عدم الطلاق . قال الإمام عليه السلام في الفيت
 « وكلام أصحابنا في هذه المسئلة أنها تطلق بالموت لأن الحين مشترك في غاية الضعف
 والركّة والخالفه لمقتضى اللغة العربية » واختار للمذهب في هذه المسئلة أنها تطلق بعد
 مضى لحظة وهى ما يسع طلقة لأنه قيده بمضى حين وقد مضى الحين لأن الحين اسم
 جنس يصدق على القليل والكثير ، كمثل وسمي وماء ، فإذا مضى من الوقت ما يسع
 طلقة بعد إيقاع الطلاق المقيّد بمضى حين صدق عليه أنه قد مضى حين فيقع الطلاق
 المعلق بمضيه ، كما لو قال أنت طالق بعد أن تنظري شميراً فإنها تطلق برؤية قليل من
 الشمير لأنه اسم لماهية هذا الجنس . ولهذا أشار الإمام عليه السلام إلى ضعف قول
 محمد بن يحيى الهادى في هذه المسئلة بقوله « قيل » وقد حذفه صاحب الآثار .

(١) والظاهر أن الحين الذى جعل غاية للتنجيع في الآية وهو وقت الإهلاك هو آخر
 العمر ، إذ التنجيع واقع في العمر والحين غاية لذلك وغاية الشئ . انتهاء ، ولأن لسكان المنى ومتنهم إلى
 هر أى محرم ولا معنى له إلا أن تجعل إلى للظرفية كقوله تعالى : « ليجمعنكم إلى يوم القيامة »
 إلا أنه خلاف الأصل ولا يمدل عنه إلا لدليل والدليل هنا يؤيد الأصل اه .

﴿ و ﴾ من أحكام الطلاق إذا علق بوقت معين فإنه ﴿ يقع بأول الميعن ﴾ نحو أنت طالق إذا جاء غد فإنها تطلق بأول غد وكذا بمد شهر ونحوه فإنها تطلق بأول الشهر الثاني، وكذا إذا قال أنت طالق غداً وإذا جاء غد، أو في غد طلقت إذا طلع الفجر فإن نوى وقتاً بمينه من نصفه أو آخره فله نيته في ظاهر الحكم وفيها بينه وبين الله فيصدق في جميع الألفاظ .

﴿ فرع ﴾ فلو قال أنت طالق اليوم إذا جاء غد لم يقع شيء لا في يومه ولا في غد لأنه قدم المشروط وهو الطلاق في اليوم على شرطه وهو مجيء الغد .

﴿ مسألة ﴾ وأما تعليق الطلاق بمكان نحو أنت طالق في المسجد أو في السوق أو نحو ذلك فإنه لا يصح بل يقع الطلاق في الحال ولو كانت في غير المسجد ونحوه لأن الطلاق اسم معنى ولا يتوقف حصوله على حصول المكان وإن كان من لوازمه لأنه قد كان حاصلًا من قبل بخلاف الزمان فإنه يقع فيه فيصح تعليقه كما مر^(١) .

﴿ و ﴾ إذا علق بوقتين معينين وقع الطلاق في ﴿ أول ﴾ الوقت ﴿ الأول ﴾ في اللفظ حيث لا نية له ولو تأخر حصوله في الواقع ﴿ إن تعدد ﴾ ذلك الوقت الميعن

(١) في فصل عدد ١٦٦ في شرح قوله « ونفى أحد التقيضين » ولأن الزمان عرض سيال متجدد شيئاً فشيئاً فيصح التعليق بأي جزء مما سيكون من أجزائه المستقبلية لأن التعليق بشيء يتضمن معنى الشرطية، ومعنى الشرطية فيه حاصل وهو تعليق حصول مضمون جملة على تقدير حصول مضمون جملة أخرى، بخلاف المكان فإنه جوهر ثابت قار الذات غير متجدد فهو كائن واقع دائماً من قبل التعليق به ومن يعمده على سواء، فكان التعليق به وعدمه على سواء إذ لا معنى للتعليق بما هو واقع لاتقاء معنى الشرطية فيه فكان ذكره لغواً ووقع الطلاق الملحق به ناجزاً . « نعم » لا يقال هذا التعليق يقتضى التسوية في الحكم بين التعليق بالمكان والماضي من الزمان لاشتراكهما في الوقوع، ويأتي قريباً أن تعليقه بأمر لا يقع لأنه يقال التعليق في هذا المثال تعليق بما يصح التعليق بجنسه . وإنما امتنع التعليق فيه بخصوصه لخالفه مقتضى معنى الشرط فيه إذ هو تعليق بمستحيل لاستحالة وقوع ما سبقه فيما قد مضى ووقع ، فالمانع فيه طارئ عارض بخلاف التعليق بالمكان فهو تعليق بما لا يصح التعليق بجنسه ولا بنوعه فافتقرا اهـ .

﴿ كالיום غداً ﴾ فإذا قال أنت طالق اليوم غداً بعد غد طلقت في الحال فإن راجعها لم تطلق غداً إذ لا عطف هنا يقتضي التشريك في التعدد فلم تقع إلا طلقة واحدة، كالعطف بحرف التخيير وإن تعدد . وإن قال أنت طالق غداً اليوم طلقت غداً لأن الطلاق يقع في الطرف الأول ذكر كراً فكان التلفظ بالطرف الآخر كالمنقطع عن الأول لا حكم له إذ التعدد الوقت لا الطلاق كما تقدم ﴿ ولو ﴾ تعدد الوقت ﴿ بتخيير ﴾ أى بحرف يقتضيه كأو ، وإما ، وإن كثر الوقت التعدد هنا نحوأت طالق إما اليوم وإما غداً أو أنت طالق اليوم أو غداً أو بعد غد طلقت في الحال . ﴿ أو ﴾ تعدد بحرف ﴿ جمع ﴾ كالواو والفاء وثم . وينتهي التعدد بذكر الوقت الثالث هنا نحو أنت طالق اليوم وغداً ، أو فنداً ، أو ثم غداً ، فإنها تطلق في أول الوقت المذكور أولاً من الوقتين المذكورين أو الأوقات ، وتطلق أيضاً في الثاني والثالث إن كان قد راجعها في صورة الجمع لا في التخيير كما يأتي .

﴿ وقوله ﴾ ﴿ غالباً ﴾ عائد إلى صورتي التعدد بتخيير أو جمع يحتز به من نحو أن يقول في الجمع أنت طالق غداً واليوم أو فالיום أو ثم اليوم ولا يراد بذلك الترتيب هنا ، وكذا الحكم في العطف بيل ، ولكن وحتى في المستثنى والمستثنى منه . ولهذا قال في الأثمار: ولو بمطف « غالباً » فم لم يخص ، وفي التخيير نحو أنت طالق غداً أو اليوم ، أو إما غداً أو إما اليوم فإنها تطلق طلقة واحدة في الحال بأول الآخر لفظاً وهو اليوم ، وتطلق في اليوم الثاني أيضاً إن راجع في صور الجمع لا في التخيير إذ ليس الواقع فيه إلا طلقة واحدة وإنما التعدد وقت وقوعها وإن كثر فإذا وقعت في وقت منها بقى غيره وقتاً لا طلاق فيه ، وأما في صور الجمع فالطلاق متعدد بتعدد الأوقات المعطوفة بحرفها إلى الثالث منها .

﴿ و ﴾ من قال أنت طالق ﴿ يوم يقدم ﴾ زيد ﴿ ونحوه ﴾ كيوم أدخل الدار وما أشبه ذلك فإنها تطلق ﴿ لوقته ﴾ أى لوقت القدوم والدخول بشرط أن يكون القادم

والداخل حياً مختاراً فلو حمل ميتاً أو قدم مكرهاً لم تطلق لأنه مقدم به ومدخول لا قادم ولا داخل، وسواء وقع ذلك ليلاً أم نهاراً لأن قوله يوم يقدم فلان بمعنى وقت قدومه ﴿عرفاً﴾ أى لأن ذلك معناه في العرف فإن قصد النهار فقط فله نيته .

﴿و﴾ إذا قال أنت طالق ﴿أول آخر﴾ هذا ﴿اليوم﴾ أ ﴿وعكسه﴾ وهو آخر أول هذا اليوم فحيث له نية عمل بها باطناً وظاهراً إن سودق وحيث لانيية له فذلك ﴿لنصفه﴾ فإذا قال أنت طالق أول آخر هذا اليوم أو آخر أوله وقع الطلاق عند انتصاف النهار وهكذا في الشهر ونحوه إذا قال في أول آخره أو في آخر أوله فإنه يقع الطلاق في اليوم الخامس عشر إذا وفي الشهر ثلاثين وإن نقص يوماً ففي نصف الخامس عشر ، وإذا مضى نصف اليوم أو الشهر لم يقع شيء كما لو قال أنت طالق أمس .

﴿و﴾ إذا قال أنت طالق ﴿أمس﴾ أو العام الماضي أو الشهر أو الأسبوع الماضيين فإنه ﴿لا يقع﴾ لأنه علقه بمستحيل لا أن يقول من أمس أو في أمس فهو إقرار بالطلاق فيقع ، فإذا قال أنت طالق غداً أمس أو أمس غد بالإضافة فيهما طلقت في الحال لأن غداً أمس هو اليوم وأمس غد هو اليوم^(١) . فلو قال أمس غداً من غير إضافة فظاهر الأظهار يقع في غد لأنه علقه بمستحيل ويمكن فيقع في الممكن .

﴿و﴾ من قال أنت طالق ﴿إذا مضى يوم﴾ وكان هذا الإنشاء ﴿في النهار﴾ لافي الليل فإنها تطلق ﴿بمجيء مثل وقته﴾ الذي أنشأ هذا الطلاق فيه فإذا طلقتها الظهر مثلاً طلقت وقت الظهر من اليوم الثاني ، ومثله في الليل فإذا قال أنت طالق إذا مضت ليلة . وكان هذا الإنشاء في الليل لأنها تطلق بمجيء مثل وقته من الليلة المستقبلة .

(١) ان كان في النهار لا في الليل فلا يقع شيء إلا أن يكون في القيام المعتاد للعرف وقبل الفجر وقع بفجر يومه كما في البيان اهـ .

﴿ و ﴾ إن قال أنت طالق إذا مضى يوم وكان هذا الإنشاء ﴿ في الليل ﴾ طلقت ﴿ لغروب شمس تاليه ﴾ أى لغروب شمس اليوم التالى لهذا الليل . ﴿ و ﴾ إذا قال أنت طالق إذا رأيت ﴿ القمر ﴾ طلقت إذا رأيته ﴿ رابع الشهر ﴾ أى فى ليلة رابع الشهر وما بعده من أيام الشهر ولياليه ﴿ إلى ^(١) سبع وعشرين ﴾ أى إلى ليلة يوم سبع وعشرين من ذلك الشهر مع يومها ولا تدخل ليلة ثامن وعشرين فى ذلك لأنه يسمى فيه هلالا كما يأتى وسواء كان الشهر كاملاً أم ناقصاً فتطلق برؤيته ليلاً أو نهراً فى هذه المدة لأنه يسمى قرأ فى جميعها فالعبرة بقصده هل قصد جرم القمر أم نوره فإن لم يكن له قصد فالجرم ، ولا تطلق إذا رأته النور أو رأته الجرم فى المرأة أو الماء إلا أن ينوى ذلك ، فإن علق الطلاق برؤية الهلال طلقت إذا رأيته بنفسها من أول ليلة فى الشهر إلى ليلة ثالثة مع يومها وكذا ليلة ثامن وعشرين وناسع وعشرين وذلك مدة ماعدا ما يسمى قرأ .

﴿ و ﴾ إذا قال أنت طالق إن رأيت ﴿ البدر ﴾ لم تطلق إلا إذا رأيته ﴿ رابع عشر فقط ﴾ وهذا فى غالب الأحوال وإلا فقد لا يكمل بدرأ إلا فى ليلة خامس عشر فالعبرة بتامه بدرأ ولو رأيته كاسفاً إن لم يكن له قصد أو رأيته نهراً .. أما لو علق الطلاق أو العتاق بليلة القدر فإن كان قبل دخول الليلة التاسعة عشرة وقع ذلك فى أول دخول آخر ليلة من المشر الأواخر وإن كان بعد دخولها لم يقع إلا بانقضاء آخر ليلة من المشر الأواخر من شهر رمضان للسنة المستقبلية فإن عين الليلة الأولى لم يقع ذلك لجواز تنقلها .

﴿ و ﴾ إذا قال أنت طالق يوم ﴿ العيد ﴾ أو فى يوم العيد طلقت بدخول أول العيد الأول أى بأول أقربهما إلى يوم الطلاق . ﴿ و ﴾ كذا لو علق الطلاق بأى هذه الثلاثة الأوقات وهى شهر ﴿ ربيع وجمادى وموت زيد وعمرو ﴾ فهذا التعليق يكون

(١) هنا إلى بمعنى معاً .

﴿لأول الأول﴾ حصولاً لأنه علق الطلاق بظرف ممتد ممتدد فتطلق في أول جزء من الأول في جميع هذه المثل : ففي العيد تطلق بأول فجر أول عيد يكون من بعد إنشاء الطلاق ولو كان عيسداً في عرف المطلق كرجب إذا جرى العرف بإطلاق اسم العيد عليه كعريف بعض العوام لأن كثيراً من الأحكام تتعلق بالأعراف، وإن كان اعتقاد العيد في رجب بدعة كما أن الطلاق البدعي بدعة وهو واقع ، وإذا كان التعليق بعده وقع بطلوع فجر يوم عيد الإفطار وبعده بفجر عيسد الأضحى . ويبطل التعليق بوقوع الطلاق عليها مرة واحدة في أول عيد فلا تطلق في عيد بعده ، وكذا لو قال يوم الجمعة فإن قال في العيد طلقت في كل عيد مع تحال الرجعة حتى تبين منه وكذا لو قال في الجمعة . وإذا قال أنت طالق في شهر ربيع طلقت في أول يوم من شهر ربيع الأول إذا قال ذلك قبل دخوله، وإن كان فيه طلقت فوراً سواء كان الأول أو الثاني ، وكذا لو قال أنت طالق في جمادى ، وإذا علقه بموت زيد وعمرو نحو أن يقول أنت طالق يوم يموت زيد وعمرو فإنها تطلق بموت الأول منهما إن ترتب موتهما لأنه وقته بحصول وقت موتهما . وقد حصل أوله بموت الأول بخلاف ما لو جعل موتهما شرطاً نحو إذا مات زيد وعمرو فإنها لا تطلق إلا بموتهما معاً فإن كان قد مات أحدهما فلا طلاق لاستحالة شرطه .

﴿و﴾ إذا قال أنت طالق ﴿قبل كذا﴾ كان هذا غير مقيد بمستقبل وإنما هو ﴿للحال﴾ فإذا قال أنت طالق قبل موتي أو موت زيد أو قبل طلوع الشمس أو نحو ذلك مما هو مقطوع بمحصوله فإنها تطلق في الحال، فإن قال قبل قدوم زيد ونحوه مما لا يقطع بمحصوله فإنها تطلق في الحال أيضاً بشرط قدوم زيد حياً مختاراً فيكون قدومه كاشفاً لوقوع الطلاق عقيب الكلام ، ولكن أحكام النكاح ثابتة فيجوز الاستمرار على الوطء في هذه الصورة لعدم القطع بقدومه والأصل بقاء النكاح ما لم يفتل في الظن حصول قدومه فلا يجوز الوطء . فإن قال قبيل كذا فإنه يقع في الوقت الذي

يعقبه ذلك الشيء لا قبل المستحيل ، فإذا قال أنت طالق قبل طلوعك المريخ لم تطلق
إذ لا قبل للمستحيل فإن صار غير مستحيل وقع الطلاق قبيل الطلوع .

﴿ و ﴾ إن قال أنت طالق قبل كذا ﴿ بشهر ﴾ طلقت ﴿ قبله به ﴾ ^(١) أى لقبيل
ذلك الأمر بشهر ، فإذا قال أنت طالق قبل موتى بشهر طلقت قبله بشهر وأحكام النكاح
ثابتة حتى يقع الموت فيكون كاشفاً ، فإذا وطئ في الشهر جاز ويكون رجعة في الرجعى
ويلزم لها مهر المثل في البائن والمدة من حين العلم للمأقلة الحائل لا الاستبراء فلا يلزم
من مائة لائة فإن مات قبل مضى شهر لم يقع شيء ، فإذا ماتت المرأة قبل مضى الشهر
والزوج بعده وقع الطلاق حيث بين موتهما شهر فما دون فلا يرث منها إن كان الطلاق
بائناً وإن كان أكثر فلا يقع شيء إذ هو كأمس .. ﴿ و ﴾ إذا قال أنت طالق ﴿ قبل
كذا وكذا بشهر ﴾ نحو أن يقول أنت طالق قبل موت فلان وفلان بشهر طلقت
﴿ قبل ﴾ موت ﴿ آخرها به ﴾ أى بشهر فإن كان الزوج أحدهما لم تطلق إلا أن يكون
آخرأ أو أولاً ومات الآخر بعده قبل مضى شهر من موته فما دون لأنه ينكشف أنه
مات وقد طلقت .

﴿ مسألة ﴾ وإذا كتب أنت طالق ثم استمد بالقلم من الدواة ثم كتب إذا
إذا جاءك كتابي أو إذا فعلت كذا فإذا كان استمداده من الدواة لا نقطاع المداد من
القلم عني عن ذلك وصح ما شرطه بعده ، وإن كان لغير حاجة إليه أو لحاجة أخرى
وقع الطلاق في الحال ولم يصح ما شرطه بعده ، كما إذا سكت لغير حاجة ثم شرط شرطاً
أواستثنى بعده لم يصح ؛ حكى ذلك في البيان عن البحر . ولله يستقيم حيث لم ينو الشرط
فأما حيث هو ناوٍ له فهو يصح بالنية في الباطن ولو لم يكتب .

﴿ مسألة ﴾ ^(٢) وإذا كتب أنت طالق عند وصول كتابي ثم ضاع الكتاب أو بعضه

(١) وكذا بعده نحو أن يقول أنت طالق بعد كذا بشهر الا موته إذ قد خرجت من حباله .

(٢) تستفاد من البيان اهـ .

ولم يبق منه المقصود لم تطلق ، وإذا وصل الكتاب وقد طمس بمضه لم تطلق سواء كان المقصود أم غيره لأن قوله كتابي يعم جميعه ولم يصل على صفته .

﴿ و ﴾ من أحكام الطلاق أنه ﴿ يدخله الدور ﴾ ^(١) وهو توقف الشيء على ما يتوقف عليه. وله صور « منها » ما يتمانع في نفسه ولا يمنع الناجز وهو أن يقول : من لم تطلق منكن فصواحبا طوائقي وكذا أنت طالق واحدة بعد واحدة أو قبل أو جنب أو تحت أو فوق واحدة ، وكذا لو قال أنت طالق واحدة بعدها واحدة أو واحدة قبلها واحدة، فهذه الصور الثلاث لا يقع فيها شيء فيمتنع في نفسه؛ ولا يمنع الناجز إذا وقع من بعد لأنه شرط وقوع الواحدة بواحدة بعدها أو قبلها في الصورتين الأخيرتين وحيث تتقدمها أو تكون بعدها واحدة فإنها لا تقع المتأخرة منهما لأن الطلاق عندنا لا يتبع الطلاق ، وإذا لم تقع المتأخرة لذلك لم تقع المتقدمة إذ هي مشروطة بأن تقع بعد واحدة ولم تصح لما قلنا . وأما في الصورة الأولى فإن شرط الطلاق في كل واحدة منهن هو عدم طلاق الباقيات ، فلو قلنا أنه حصل الشرط وهو عدم الطلاق فيطلقن لأدى إلى بطلان الشرط وإذا بطل لم يقع الطلاق سواء قلنا أن من للفور أم للتراخي لبطلان الشرط والمشروط أي من جهة المعنى إذ لا شرط ولا مشروط صراحة وأما الذي يمتنع في نفسه ويمنع الناجز فهو يسمى بدورة العام ﴿ وله صورتان : إحداهما تصلح لأهل التتابع وغيرهم وهو حيث قال أنت طالق ثلاثا قبل أن يقع عليك طلاق ، والثانية تصلح لمن لا يقول بالتتابع وهي أن يقول أنت طالق قبيل أن يقع عليك طلاق فهذا يمتنع عند أهل المذهب فقط ، ويمنع الناجز لأنه متى أوقع عليها طلاقه ناجزة انكشف كونها مطلقة من قبل ، والقيل مشروط بهذا فلا تقع الآخرة لأن الطلاق عندنا لا يتبع الطلاق وإذا لم تقع الآخرة لم تقع الأولى لأنه جعلها قبل الآخرة

(١) والفرق بين الدور والتحيس أن الدور لا شرطية فيه ولا مشروط أي صريحين .
والتحيس فيه شرط ومشروط صريحان . اهـ

والآخرة لم تتم، ولا قبل لغير واقع، ولا واقع في غير قبل أو بعد، إلا أن البعدية هنا غير مذكورة وقد ذكرناها قبل هذا . ومع قولنا قبيل لا يحتاج أن يقول بساعة لا تنسح لرجمة وطلاق لأن قبيل . وقت مضيق يلتصق بالطلقة الناجزة فلا يكون بينهما فاصل بخلاف ما إذا قال قبل فالقبل متسع من عند النطق إلى أن يقع الطلاق الناجز فيمكن إبطال الدور فيه بأن يراجع إذا كان الطلاق رجماً بقول أو فعل كوطء أو نحوه ثم يطلق، ويكشف الطلاق الناجز عن طلاق متقدم وقع بعده رجمة فيقعان معاً، فإذا قال لا يتسع لرجمة قيد ذلك القبيل بأن لا يتسع لغير الطلقة فلا يتصور منه رجمة وكذا لو طلق وقصد بالساعة اللحظة - أي لا تنسح لغير اللفظ بالطلاق - أغنى عن أحد القيدين المذكورين . ولا فرق بين أن يقول طلاق منى أو طلاق لأن من لم يصح منه الفعل لم يصح منه التوكيل به . اللهم إلا أن يكون قد ملك الطلاق من قبل ثم أوقع الدور فإنه يفترق الحال بين أن يقول طلاق فيمتنع طلاق الوكيل وبين أن يقول طلاق منى فيمتنع طلاقه لا طلاق الوكيل ولو لم يبق له إلا طلقة واحدة وقال أنت طالق قبل أن يقع عليك طلاق كان دوراً ولا يحتاج إلى أن يقول قبيل ولا أن يقول بوقت لا يتسع لرجمة، إذ لا يتصور بعد الثلاث رجمة .

واعلم أنه لا ينبغي لدى عقل أن يورط نفسه في مأزق الطلاق بالدور العام وقد جعل الله له في شرعه السهل سعة ويسراً إذ قد يضطر إلى الطلاق في وقت ما بل قد يجب عليه ، وحسن المخرج لإفقاظ من تورط فيه إما أن يحكم الحاكم ببطلانه أو يعقد بطفلة في الحولين إن لم يكن تحته أربع ثم تضعها زوجته المدورة أو أمها أو أختها أو نحوهما ممن لا يحل الجمع بينهما فيفسخ نكاحها ويحرمان عليه معاً إن كان قد دخل بالرضعة أو نحو ذلك وإلا حرمت الرضعة فقط ويعقد بالصغيرة إن شاء، فإن أرضعتها أم زوجها المدورة انفسخ النكاح ويعقد بالمدورة أو الصغيرة إن شاء .

﴿ ولا يصح التحجيس ﴾ في الطلاق ﴿ وهو ﴾ ما نطق فيه بأى أدوات الشرط

فلا يقع به منع الطلاق الناجز ، وله صور عامة وخاصة «فن الأولى» أن يقول لزوجته ﴿ متى وقع عليك طلاق^(١) فأنت طالق قبله ثلاثاً ﴾ هذه الصورة تصلح لمن يقول الطلاق يتبع الطلاق ومن يمنع ، ويكفى على أصلنا أن يقول فأنت طالق قبله لأن الطلاق لا يتبع الطلاق عندنا ، وكذا لو قال كلما وقع عليك طلاق ، أو إذا وقع عليك طلاق فأنت طالق قبله ، ومعنى التحجيس هو أن الرجل إذا أراد أن لا يقع على زوجته منه طلاق لا ناجز ولا مشروط فإنه يقول لها كذلك فلا تطلق من بعده لأنه إذا أوقع عليها طلاقاً ناجزاً انكشف أنها قد كانت طلقت قبله ثلاثاً فلا يقع الناجز ، وإذا لم يقع لم تقع الثلاث لأن وقوعها مشروط بأن يقع عليها طلاق فيمتنع الشرط والمشروط فلا يقع ، وهذه الحيلة عندنا باطلة لكن يقع الناجز دون المشروط .

« ومن الثانية » : إذا طلقته طلاقاً رجمياً فأنت طالق قبله ثلاثاً متخللات الرجمة فينحبس الرجمي ، وإذا قال : إذا طلقته ثلاثاً فأنت طالق قبله ثلاثاً متخللات الرجمة فينحبس التثليث فقط . أو أنت طالق اليوم ثلاثاً أى كذلك إن طلقته غداً فينحبس تطليق غد لا تطليق اليوم ، ومنه إن لم أحج هذه السنة فأنت طالق ثلاثاً كذلك .

﴿ فرع ﴾ إذا قال رجل لزوجته : إن لم أحج هذا العام فأنت طالق ثلاثاً ثم قال لها قبل أن يمحن إن حنثت في يميني فأنت طالق ثلاثاً قبل حنثي ، فالخيار للمذهب أن اليمين الأولى الجزاء فيها متأخر عن الشرط فيحنث فيها بعدم الحج وتقع طلاق واحدة ، واليمين الثانية من باب التحجيس لا تقع لأن فيه تقدم المشروط على شرطه فلا تكون مانعة من وقوع الطلاق من اليمين الأولى ، فإن قال أنت طالق قبيل أن يقع الطلاق المشروط امتنع المشروط ولا يعتنع الناجز .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام الطلاق ﴾ أنه ﴿ مهما ﴾ علق طلاق زوجته على شرط

و ﴿ لم يغلب ﴾ في ظنه ﴿ وقوع ﴾ ذلك ﴿ في الشرط ^(١) لم يقع المشروط ﴾ وهو الطلاق المعلق لتيقن النكاح فلا يرتفع بالشك الطارئ حتى يغلب على ظنه أن شرط طلاقها قد وقع ، فهما غلب على ظنه وقوعه ثبت الطلاق ، ومثل ذلك لو رأى طائراً فقال إن كان هذا غراباً فامرأته طالق فطار الطائر فلم يعرف أكان غراباً أم غيره لم يقع الطلاق ، لأن النكاح المتيقن لا يرتفع بالشك الطارئ . ويستحب له رفع اللبس بأن يقول وإن لم يكن غراباً فهي طالق ثم يراجعها حيث له ذلك .

﴿ وما أوقع ﴾ من الطلاق ﴿ على غير معين ﴾ من الزوجات ﴿ ك ﴾ أن يقول زوجته طالق وله زوجتان أو يقول زينب طالق وكل واحدة اسمها زينب ، أو أقبل نساءه جميعاً فقال ﴿ إحداهن ﴾ طالق أو أتى بحرف التخيير فقال هذه أو هذه أو هذه طالق وكذا لو قال فلانة أو فلانة أو فلانة طالق أو نحو ذلك كما يأتي في الحكم الثامن من أحكام الطلاق وهذا إذا لم يقصد واحدة معينة منهن ، فإن قصد واحدة معينة وقع الطلاق عليها ويقبل قوله ظاهراً وباطناً لأنه أعرف بقصده ولا يعرف إلا من جهته كما تقدم . وحيث لا يمين إحداهن لفظاً أو نية ﴿ أو ﴾ طلق واحدة معينة منهن ثم ﴿ التبس ﴾ عليه ﴿ بعد تمييزه ﴾ لها باللفظ أو النية أتيهن المطلقة ﴿ أو ﴾ كان قد علق طلاق كل واحدة من نسائه بشرط ثم وقع بمض الشروط والتبس عليه ﴿ ما وقع شرطه ﴾ أي من وقع شرط طلاقها منهن كسئلة الطائر حيث قال إن كان غراباً فأنت يا فلانة طالق وإن لم يكن غراباً فأنت يا فلانة طالق ثم طار الطائر والتبس ما هو فإن إحداها قد وقع شرط طلاقها لا محالة لكن التبت . نعم ؛ إذا التبت المطلقة بنيرها في إحدى هذه الصور الست وحكمها على سواء فقد وقع طلاق واحدة منهن قطعاً إلا أنها ملتبسة ووقوعه من يوم إيقاعه أي من وقت حصول شرطه إن كان مشروطاً وكذا العدة ، ولا يقال العدة من يوم العلم لأنه قد حصل العلم بوقوع

(١) وللزوجة تحليفه أنه لم يغلب في ظنه وقوع المصروط اهـ .

الطلاق في الجملة . فتى وقع الطلاق على أى هذه الصور ثبت لذلك أربعة أحكام في النكاح والمهور والميراث والمدة .

﴿ الحكم الأول ﴾ في النكاح وهو أنه تحل له الخامسة لأنها قد طلقت إحداهن إذا كنّ أربعاً وكان الطلاق بائناً أو رجعيّاً وقد انقضت المدة وتحرم عليه أخت كل واحدة منهن أو نحوها ولو كان الطلاق بائناً لعدم العلم بأن أختها هي المطلقة و﴿ أوجب ﴾ عليه هذا الطلاق ﴿ اعتزال الجميع ﴾ من الزوجات لالتباس المطلقة بغيرها منهن إذا كان الطلاق بائناً أو رجعيّاً وقد انقضت المدة أو كان مضرباً عن مراجعة من قد طلقها . فإن وطئ بمضهن أو كلاهن لم يحد سواء كان عالماً أم جاهلاً بالتحريم لقوة الشبهة هنا ﴿ فلا يخرج ﴾ من عقدة نكاحه ﴿ إلا بطلاق ﴾ أو فسخ أو موت إذ كل واحدة منهن زوجة ييقن ولم يعلم أن طلاقها قد وقع فلا يخرج كل واحدة منهن إلا بطلاق ونحوه ﴿ فيجبر ﴾ الزوج ﴿ الممتنع ﴾ من الطلاق على طلاقهن جميعاً أو على مراجعتهم جميعاً حيث له ذلك أى يجبره الإمام أو الحاكم على أحدهما بناء على صحة الرجعة المبهمة كما يأتي . ولا يتصور عندنا إجبار على الطلاق إلا في إحدى هذه الصور فقط .

﴿ فإن ترمد ﴾ من الطلاق أو الرجعة حيث له ذلك ﴿ فالفسخ ﴾ يعنى فيفسخ الحاكم ذلك النكاح بين الزوج وبينهن ويلزم على كل واحدة أن تمتد عدة فسخ وعدة طلاق أيضاً وفسخ الحاكم لا يحسب على الزوج طلاقاً ولو كان الفسخ بلفظ الطلاق . والفسخ هنا صحيح على المختار للمذهب في هذه الصورة فقط ولم يأت لأهل المذهب جواز فسخ الحاكم نكاح غيره في غيرها . ووجهه أنا إذا أبقيناه على ترمده عن الطلاق والرجعة كان ذلك إضراراً بالزوجات والله يقول : « ولا تضاروهن » .

﴿ ولا يصح منه ﴾ أى من الزوج ﴿ التعمين ﴾ للطلاق في إحداهن حيث لانيّة له لأن حكمهن فيه على سواء للبس فصرف الطلاق إلى واحدة تخصيص بلا تخصيص

فلا يصح في جميع صور الالتباس التي مرت . والمراد أنه لا يصح منه أن يقول قد
 عينت هذا الطلاق الواقع في فلانة سواء كان ذلك قبل موت إحداهن أم بعده وسواء
 أراد أن يعينه على الحية أم على الميتة ، وأما لو قال المطلقة هي فلانة فإنه يقبل قوله
 ظاهراً وباطناً أنها هي المقصودة بالطلاق الواقع على غير معينة منهن لأنه إقرار
 والإقرار بالطلاق طلاق وسواء صادقته أم لا ، لا في التي التبس طلاقها بعد تعيينه فلا
 يقبل قوله في تعيينها بأنها التي كان أرادها بالطلاق بعد إقراره باللبس إلا أن تصادقه
 في ذلك .

﴿ و ﴾ إذا أراد الزوج أن يرفع اللبس كما هو الواجب عليه فإنه ﴿ يصح ﴾ منه
 ﴿ رفع اللبس ﴾ الحاصل من الطلاق. ورفع يكون إما ﴿ برجمة ﴾ لمن كان قد طلقها
 إذا كان الطلاق رجبياً فيقول من طلقت منكن فقد راجعتها فتصح هذه الرجمة ولو
 كانت على مجهولة غير معينة لما كانت المطلقة غير معينة كما تصح الرجمة المبهمة حيث
 طلق زوجته أجمع ثم راجع واحدة منهن غير معينة فإنه يصح ذلك ثم يمين تلك الرجمة
 على من شاء منهن كما يأتي قياساً على الطلاق المبهم وإن لم يصح فيه التعيين وعلى النكاح
 كما إذا تزوج بواحدة من بنتي عمين والتبست فإنه يقول لوليها قد زوجتني من لم أكن
 تزوجت بها فيصيران زوجتيه معاً ... ﴿ أو ﴾ بإيقاع ﴿ طلاق ﴾ آخر على من لم تكن
 قد طلقها فيقول من لم أكن قد طلقها منكن بهذا الطلاق الملتبس فهي طالق فيصرون
 كلهن مطلقات . ثم يراجع من شاء منهن أو جميعهن حيث له ذلك. فلو كان قد طلق
 واحدة منهن معينة وراجعها قبل هذه الطلقة الملتبسة ثم فعل ما ذكرنا بقي لها طلقة
 واحدة فقط لجواز أن تكون الطلقة الملتبسة وقعت عليها أيضاً وللبواق اثنتان
 لا ذكرنا فإن كانت الأولى ملتبسة أيضاً وقد راجع حبيل لكل واحدة طلقة أيضاً
 لتجويز وقوعها على كل واحدة كالأولى فإذا أراد رفع اللبس قبل الرجمة من الأخرى
 قال من لم أكن طلقها منكن ثانياً فهي طالق فيصرون كلهن مطلقات ثم يراجعهن

إن أحب، ثم يقول من لم أكن طلقها منكن أولاً فهي طالق ثم يراجعهم إن أحب فتبقى كل واحدة عنده في طلقة واحدة، وإن أراد رفعه بعد الرجعة من الأخرى لم يلزمه الترتيب بين قوله ثانياً وقوله أولاً كما تقدم فيقدم أى اللفظين شاء إذ لم يوقع الطلاق في هذه الحال إلا على مراجعة .

﴿ فرع ﴾ فإن كان قد طلق واحدة منهن اثنتين وراجعها قبل الطلقة الملتبسة حرمت عليه لجواز أن تكون هذه الطلقة الملتبسة وقعت عليها أيضاً فتكون مثله ولا تخرج منه إلا بطلاق لجواز أن تكون وقعت عليها لأن الأصل بقاء النكاح، فإن فسخ الحاكم لم يجز له أن يتزوجها قبل أن تنكح زوجها غيره لجواز أنها مثله وإذا تزوجها بعد التحليل لم يملك عليها إلا واحدة من الطلاق لأن الزوج الثاني لا يهدم من الطلاق إلا ثلاثة كما يأتي لا الواحدة والاثنتين فليبنى على ما مضى .

﴿ فرع ﴾ آخر ، وهكذا إذا طلق واحدة منهن غير معينة ثم راجع ثم أوقع طلقة على واحدة غير معينة ثم راجع ثم أوقع الثالثة كذلك فالحكم واحد كما تقدم فكل واحدة يجوز أنها طلقت مرة ومرتين وثلاثاً، وإذا أراد رفع اللبس بالطلاق قال من لم أكن قد طلقها منكن ثلاثاً فهي طالق، ثم يراجعهم ثم يقول من لم أكن قد طلقها منكن ثانياً فهي طالق، ثم يراجعهم ثم يقول من لم أكن قد طلقها منكن فهي طالق فيطلقن الجميع ثلاثاً ثلاثاً فإن قدم لفظ أولاً على لفظ ثانياً جاز حيث كان قد راجع في جميع الثلاث الأول كما تقدم لأنه لا ترتيب بين إيقاع الطلقة الثانية والأولى الراقتين لدفع اللبس بعد الرجعة وأما لفظ ثالثاً فلا بد من تقديمه لعدم شرعية الرجعة بعد الطلقة الثالثة .

﴿ والحكم الثانى ﴾ في المهر في هذه الصور المذكورة قبل رفع اللبس : فإن كان قد دخل بهن أو خلا خلوة صحيحة مع التسمية الصحيحة كان لكل واحدة مسمى لها أو مهر مثلها إن لم يسم مع الوطاء سواء مات أو طلق أو فسخ ولو كان سبب

الفسخ من جهته، وإن لم يكن قد دخل بهن فإن طلقهن فلكل واحدة نصف المسمى إن سمي وإن لم يسم فالثمة لكل واحدة . وإن مات وقد سمي لهن مهرأً وجب لهن ثلاثة مهور ونصف ينيهن أرباعاً لأن الموت بمنزلة الدخول في حق غير الطلقة فالثلاث المهر كاملاً وللمطالبة نصفه، وهذا اتفاق بين أهل الفقه والعرائض حيث كلهن مدخولاً بهن مسمى لهن أو غير مسمى، ويختلفن فيما اختلف من ذلك . فإن اختلفت مهورهن في القدر واختلفن في الدخول وعدمه فالذهب على طريقة أهل الفقه إن مات قبل الدخول واختلفت المهور جمعها وأسقطت نصف الأكثر من مجموعها ثم تنسبه منها فما حصل لتلك النسبة أسقط من مهر كل واحدة بقدرها من ربع أو خمس أو نحو ذلك . وقد يختلف الحال باختلاف مقادير المهور هذا هو الضابط في مثل ذلك . فإن كان مهر الأولى اثنتين وثلاثين أوقية ، ومهر الثانية ثمان أواق ، ومهر الثالثة تسعة عشر ومهر الرابعة أربعة وعشرين، فتقدر أن صاحبة الاثنتين والثلاثين هي المطلقة غير مدخولة لأن الأصل براءة الدمة من الزائد فيسقط نصف مهرها وهو ستة عشر من الثمانين التي هي أصل المهر وهو ستة عشر، ثم نظرنا إلى جملة مهورهن فوجدناها ثمانين ثم نسبنا هذا الساقط وهو ستة عشر من الثمانين التي هي أصل المهر فوجدناه خمسة فيسقط على كل واحدة خمس ما كان تستحقه وعلى هذا القياس . وإن كان قد دخل ببعضهن فإما أن يموت عنهن أو يطلق أو يفسخ، فإن مات فإما أن يسمى مهرأً أولاً فإن سمي فحيث يكون قد دخل بثلاث كان لهن مهورهن كاملاً والتي لم يدخل بها ثلاثة أرباع مهرها وهو المختار للمذهب على طريقة أهل الفقه، لأنك تقدر أنها مدخول بها فلها المهر كاملاً وأنها غير مدخول بها فلها نصفه على حالين فتستحق نصف التقديرين . وإن كان قد دخل بواحدة فقط كان للمدخول بها مهر كامل وللثلاث الأخريات مهران وثلاثة أرباع مهر لأنك إن قدرت أن الطلاق وقع على المدخول بها كان لهن ثلاثة مهور لأن الموت كالدخول ، وإن قدرت أنه وقع على إحدى الثلاث كان لهن مهران

ونصف فقد اجتمع معك خمسة مهور ونصف على حالين : تخرج للحال مهران وثلاثة أرباع مهر ، وإن دخل بائنتين فلهما مهران وللآخرين مهر وثلاثة أرباع مهر اتفاقاً لأنك تقول المطلقة من المدخولتين فلهما مهران ، المطلقة من غيرها فلهما مهر ونصف ، وجملة ذلك ثلاثة مهور ونصف على حالين يخرج للحال مهر وثلاثة أرباع مهر هذا حيث مات وقد دخل ببعضهن وسمى . فإن مات ولم يكن قد سمي فلن دخل بها مهر المثل واحدة كانت أو اثنتين أو ثلاثة ، ولغير المدخول بها نصف متعة بينهما واحدة كانت أو اثنتين أو أكثر لأنك تقول : أنت المطلقة فلك المتعة ، غيرك المطلقة فلا شيء لك على حالين يخرج للحال نصف متعة . وإن سمي لواحدة فلها المسمى إذا دخل بها أو خلا خلوة صحيحة وإلا فثلاثة أرباع مهر وللبنات نصف متعة بينهما لأنك إن قدرت المطلقة منهن فلن متعة واحدة وإن قدرت المطلقة من غيرهن فلا شيء يخرج لهن نصف متعة . وإن سمي لثنتين فلهما مساهما إن دخل بهما أو خلا خلوة صحيحة وإلا فمهر وثلاثة أرباع مهر لأنك تقول : المطلقة منكما فلكما مهر ونصف ، المطلقة من غيركما فلكما مهران على حالين يخرج مهر وثلاثة أرباع مهر وللآخرين نصف متعة اتفاقاً في المتعة فإن سمي لثلاث فلن مساهم إن دخل بهن أو خلا خلوة صحيحة وإلا فمهران أو ثلاثة أرباع مهر وللرابعة نصف متعة . وأما حكم الطلاق والفسخ إذا رفع اللبس بأيهما حيث دخل ببعض دون بعض فيعلم بالمقايضة على ما تقدم .

﴿ والحكم الثالث ﴾ في الميراث فإن كان قد دخل بهن ومات والمطلقة رجعية في العدة فاليراث بينهما أرباعاً وإن مات وقد خرجت المطلقة من العدة - ويكفي علمها بالطلاق جملة - فلا يقال هنا العدة من حين العلم فقد حصل بالطلاق جملة كما تقدم ، ولهذا أوجبوا اعتزال الجميع وأطلقوا الكلام في أنه يجب على كل واحدة أن تعامل نفسها معاملة المعتدة احتياطاً ولم يقيدوه بقيد ، أو مات قبل الدخول أو كان الطلاق بائناً فاليراث لثلاث منهن وواحدة لا ميراث لها إلا أنها ملتبسة فيكون اليراث بينهما

أرباعاً . فإن دخل بهن إلا واحدة معينة ومات المطلقة في العدة كان للتي لم يدخل بها ثمن الميراث^(١) فالباقي للثلاث على سواء، وإن دخل باثنتين فلهما ثلث الميراث وربعه^(٢) ولغيرهما ربعه وسدسه، وإن دخل بواحدة فلها الثمن والسدس لأن لها الربع إن كانت هي المطلقة والثلث إن كانت غيرها فتمطى نصف هذا ونصف هذا والباقي للثلاث .
﴿والحكم الرابع﴾ في العدة ونفقتها وسيأتي إن شاء الله في بابه فصل ١٧٧ .

﴿فصل﴾

﴿١٦٩﴾

في بيان الحلف بالطلاق ، والمراد بالحلف هنا أن يتضمن الكلام حثاً أو منماً أو تصديقاً أو براءة كما سيأتي في المركبة من شرط وجزاء أول فصل ٣٢٨ . وليس المراد باليمين الحقيقية وهي الحلف بالله أو بصفاته كما سيأتي في الأيمان فصل ٣٢٤ .

﴿ولا يجوز﴾ الإكراه على ﴿التحليف به﴾ يعني بالطلاق وكذا المتناق وصدقة المال ﴿مطلقاً﴾ سواء كان المحلف الإمام أم الحاكم أم غيرهما، وسواء كان ذلك في بيعة الإمام أم غيرها ، وتبطل ولاية من فعل ذلك وهو لا يستجيزه ولو رأى في ذلك صلاحاً فإن كان يرى ذو الولاية جواز الحلف بالطلاق ونحوه جاز ولزم ولا يجوز للحالف المخالفة بعد الحكم به لأنه يقطع الخلاف . ﴿و﴾ أما ﴿من حلف﴾ بالطلاق ونحوه ﴿مختاراً﴾ فإنه يجوز ويصح طلاقه ﴿أو﴾ حلف ﴿مكرها ونواه﴾ يعني نوى الطلاق فإنها تنبرم عينه ويصح طلاقه ولو كان مكرها إذ النية تصير الإكراه كعدمه

(١) لأنك إن قدرت الطلاق عليها فلا شيء لها، وإن قدرته على غيرها فهي ممتة فلها الربع على حالين يأتي لها ثمن الميراث .

(٢) لأن لها الثلثين إذا كانت المطلقة من غيرهما، والثلث إذا كانت إحداها على حالين يأتي لها ثلث ميراث وربعه وللآخرين نصف حيث المطلقة من غيرهما، وثلث حيث كانت منهما على حالين يأتي لها ربع وسدس اهـ .

وأما إذا لم ينو المسكره الطلاق فلا تنعقد عيئنه ولا يصح طلاقه، وحدّ الإكراه هنا ما يخشى معه الضرر كما في جواز ترك الواجب .

﴿مسئلة﴾ من حلف بالطلاق لأفعل كذا مهما قدر على نفسه فتي . بقي داعي نفسه إلى ترك ذلك أكثر فيميئنه باقية ومتى صار داعي نفسه إلى فعل ذلك أكثر انحلت عيئنه . ذكره الفقيه يوسف .

﴿نعم﴾ فن حلف كذلك ﴿حنث المطلق﴾ يعني وقع طلاقه ونحوه . والمطلق هو الذي لم يقيد المحلوف عليه بوقت كأن يحلف ﴿ليفعلن﴾ كذا وإلا فامرأته طالق أو عبده حر أو ماله صدقة فيحنث في عيئنه هذه وتطلق زوجته ونحو ذلك عند علمه بالعجز من فعل المحلوف عليه أو تعذره إما ﴿بموت أحدهما﴾ أو عند نزاعه أو تلف ماله أو تخرب الدار التي حلف على دخولها أو يعزم على الترك ﴿قبل الفعل﴾ لذلك إن كان مقدوراً وقد تمسكن من البر والحنث مما وسواء كان الفعل متعلقاً بها كأنته طالق لا كلمتك وماتت هي أم غير متعلق بها كدخول الدار ونحوها وفائدة هذا أنهما يتوارثان بعد وقوع هذا الطلاق إذا كان رجماً بموت أحدهما فإن ماتا معا فلا توارث بينهما ويكون السكف من مال الزوجة لا على الزوج إذا كان الطلاق بائناً لارتفاع الزوجية بينهما بموتهما معا .

﴿و﴾ أما ﴿الوقت﴾ وهو الذي ضرب للفعل وقتاً لفظاً أو نيّة مع المصادقة نحو أن يقول زوجته طالق إن لم يفعل كذا يوم الجمعة أو نحو ذلك فإنه يحنث ﴿بمخرج آخره﴾ أي بمخرج آخر ذلك الوقت أو بقاء ما لا يتسع للفعل المحلوف عليه حاله كونه ﴿متمكناً من البر والحنث﴾ معاً غير ممنوع منهما ولا ملجأ إليهما ﴿ولم يفعل﴾ فأما لو خرج آخر الوقت والبر والحنث غير ممكنين كأن يأتي آخر الوقت وهو زائل العقل بالجنون أو الأغماء أو النوم فلا يحنث لعدم التمكن بخلاف السامى والناسى فإنه متمكن من الفعل والترك لبقاء العقل . وسيأتى في الأيمان أن الحنث يحصل بالخالف ولو كان الحالف

ناسياً أو مكرماً ولا فرق بين يمين القسم والمركبة إلا أن المركبة لالتو فيها ولاغموس عند أهل المذهب وإنما يترتب فيها حكم الجزاء على حصول الشرط فهي من قبيل الأسباب التي لا يفترق الحال فيها بين العلم والجهل ولا بين العمد والسهو مع التمكن وبقاء العقل، أما لو كان سكران فيحنت على الأصح والمسئلة على أربعة وجوه :

﴿أحدها﴾ أن يقول أنت طالق لأشربن هذا الماء غداً أو لأدخلن هذه الدار غداً فيأتي آخر الوقت وهو متمكن من البر والحنث بأن يكون الماء والدار باقيتين وهو غير ممنوع منهما ولا ملجأ إليهما ولا تقدم منه حنث بالعزم على الترك فهذا يحنت بخروج الوقت لأنهما ممكنان . ﴿الثاني﴾ عكسه وهو أن يأتي آخر الوقت والبر والحنث غير ممكنين بأن تكون الدار قد خربت والماء قد أهرق ولو بفعله ناسياً لا عامداً فيحنت بالعزم على الترك بخلاف الناسي فلا عزم له ويكون ذلك في بقية كانت تتسع للفعل ولم يكن أيضاً قد حنت بالعزم على الترك فهذا لا يحنت بخروج الوقت لأنه خرج والبر والحنث غير ممكنين، ولا يمكن أيضاً أن يحنت بالعزم على الترك إذ لا حكم لعزمه على الترك مع خراب الدار وإهراق الماء لتعذر الفعل . ﴿الثالث﴾ أن يأتي آخر الوقت وهو متبكن من الحنث وغير متمكن من البر بأن يكون ممنوعاً من شرب الماء ودخول الدار بحبس أو غيره وهما باقيان ولم يتقدم منه قبل الحبس حنث بالعزم على الترك فهذا لا يحنت بخروج الوقت لأنه خرج وهو غير متمكن من البر وهو لا يحنت إلا مع التمكن منهما لكنه يمكن حنثه وذلك بالعزم على الترك بعد المنع والحبس حيث بقى له فعل على الشرب ودخول الدار لإمكان ذلك بخلاف إهراق الماء أو خراب الدار فقد تعذر الفعل فلا حكم للعزم على الحنث . ﴿الرابع﴾ عكسه وهو أن يأتي آخر الوقت وهو متمكن من البر دون الحنث كأن يحلف لأخرج من الدار فحسب فيها فهو متمكن من البر وهو العزم على الوقوف فيها حتى يخرج الوقت وهو غير متمكن من الحنث وهو الخروج ، وهذا أيضاً لا يحنت لعدم

التمكن من الحنث . وبهذا عرفت أنه لا يحنث إلا في الصورة الأولى وهي منطوق الأظهار بخلاف الثلاث الصور وهي مفهومه .

﴿ وضابط ذلك ﴾ أن تقول العزم على الحنث حنث فيما الحنث فيه ترك المحلوف عليه، وليس العزم على الحنث حنثاً فيما الحنث فيه فعل الشيء المحلوف على تركه حتى يفعل ولا العزم على البر برأ فيما البر فيه فعل أو ترك ، ولا يقع الحنث بالعزم على الترك إلا مع كون الفعل ممكناً في نفسه عند العزم على الترك ولو كان متعذراً من جهة الحانث كأن يكون ممنوعاً منه لا حيث صار الفعل متعذراً في نفسه فلا حكم للعزم على الحنث كأن يكون قد أهرق الماء أو خربت الدار أو نحو ذلك كما تقدم .

﴿ مسألة ﴾ ^(١) فإن قال أنت طالق إن خرجت إلا أن آذن لك اعتبر إذنه لها مرة فقط ثم تنحل يمينه من بعد وكذا لو قال إلا أن يمرض أبوك أو نحو ذلك فتى مرض انحلت اليمين لأنه نظير قوله إلا أن آذن لك، ومتى حنث في ذلك كله مرة انحلت اليمين إلا أن يقول كلما خرجت فإنه يتكرر الحنث .

﴿ مسألة ﴾ فإذا قال أنت طالق إن خرجت بغير رضائي ثم رضى لها سرّاً ولم تعلم وخرجت لم تطلق ، وإن قال إن خرجت بغير إذني أو إلا أن آذن لك ثم آذن لها سرّاً ولم تعلم وخرجت فلا يحنث لأن الإذن إباحة ولا يعتبر العلم بالإباحة ﴿ و ﴾ من أحكام الطلاق ﴿ سواء ترتب على شرط وجزاء كالحلف به أم لا إنه ﴾ يتقيد بالاستثناء ﴿ ولو بالنية مع المصادقة نحو أن يقول أنت طالق إن قلت زيدا إلا ضاحكة فإنها لا تطلق إذا كلفته ضاحكة لأنه قد استثنى هذه الحالة، وأقل الضحك التبسم . وسواء كان السبب

(١) من البيان هذه المسألة وما بعدها من فصل الحلف بالطلاق. قال في هامش البيان : هذه المسألة وردت من ينبع، وأجاب فيها الفقيه حميد بن محمد المحلى . وقال في المصباح وهو نظرية إلا أن آذن لك أم .

منها أم من غيرها أم لغير سبب . ويصح تقديم المستثنى على المستثنى منه نحو أنت إلا واحدة طالق وما أشبه ذلك . وإنما يصح الاستثناء بشرطين: ﴿ الأول ﴾ أن يكون ﴿ متصلاً ﴾ بالجملة الأولى فلو سكنت على الجملة زماناً ثم استثنى لم يصح استثناءه من بعد إلا أن يكون سكوته لتنفس أو بلع ريق أو عطاس أو لبدور القيء فلا يمنع استثناءه سواء كان عازماً عليه أم لا . ﴿ الشرط الثاني ﴾ أن يكون ﴿ غير مستغرق ﴾ للمستثنى منه فلو قال أنت طالق واحدة إلا واحدة لم يصح الاستثناء ويقع واحدة ، ويصح عندنا استثناء الأكثر من الزوجات ومن التطبيقات فمن الأول أن يقول أنتن إلا فلانة وفلانة وفلانة طالق وهن أربع فتطلق واحدة ، ومن الثاني أن يقول أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين فإنها تقع واحدة عندنا وفائدته أنه لا يكون بدعيًا . ﴿ ولو ﴾ كان الاستثناء متعلقًا ﴿ بمشيئة الله تعالى أو ﴾ مشية ﴿ غيره ﴾ ولو كان الغير نفسه نحو أن يقول أنت طالق إلا أن يشاء الله حبسك أو إلا أن يشاء أبوك فإنها لا تطلق إن شاء الله إمساكها حيث علق بمشيئة الله أو شاء أبوها إن علق بمشيئته ، فإذا قال أنت طالق إلا أن يشاء الله حبسك فيحتمل إلا أن يشاء الله طلاقك ويحتمل إلا أن يشاء الله حبسك فله نيته . فأما لو كان مراده إلا أن يشاء الله عدم طلاقك أو لم يكن له نية فيه فهذا هو الظاهر من لفظه واستثنائه حيث يكون طلاقها واجباً أو مندوباً أو مباحاً^(١) طلقت لأن الله لا يشاء إمساكها ، وإن كان محظوراً أو مكروهاً لم تطلق لأن الله تعالى لا يشاء^(٢) طلاقها ، ويعرف حصول مشية الله تعالى أو عدمها بحصول متعلقها أو عدمه خارجاً في أحد الأحكام الخمسة بما ظهر من قرائن الأحوال ،

(١) واستشكل بعضهم مباح الطلاق بل نفاه فلا يستوعب الأحكام الخمسة عنده اه كما في حواشي شرح الآثار .

(٢) فإن قال أنت طالق إن شاء الله طلاقك. أو إن شاء الله حبسك وهي زانية حائض فالأقرب أنه لا يقع الطلاق لأن الطلاق في الحبس محظور والزنا موجب لطلاقها وترك الواجب أهون من فعل المحظور ، أشار إلى معناه السعولي، وهو متجه على قواعد المذهب كما مر اه .

وأما مشية غير الله فتعرف بإقراره أنه قد شاء ولا حكم لمشيئة المجنون والعبي حيث لا يعزّ فإن مَبَرَّ صح، وكذا يقع من السكران إن شاء في المجلس في الإتيان لا في النفي فيقع في الحال في جميع الصور كما يأتي، فلو علق الطلاق بمشيئتها فقالت شئت وهي كاذبة فإنه يقع في الظاهر لا في الباطن. قال في القيث ما معناه: فلو قال أنت طالق لولا الله أو لولا أبوك لم يقع لأن معنى لولا امتناع الشيء لوجود غيره فكأنه قال لست بطلاق لوجود أبيك.

﴿ فيعتبر المجلس ﴾ قبل الإعراض في حصول المشيئة لا في انتفائها فيقع في الحال في حق مشيئة الله تعالى ومشية غيره ولو نفسه إلا أن مشيئة الله تعالى يعتبر حصولها في المجلس ولا كلام. وأما مشية الغير فيعتبر المجلس إن كان حاضراً وإن كان غائباً فله مجلس بلوغ الخبر فلو شرك بين مشيئة الله تعالى ومشية غيره أو بين مشيئة زيد وعمرو لم يقع الطلاق إلا باتفاق المشيئين فإن لم تتفق فلا طلاق نحو إن شاء الله ثم شاء أبوك أو إن شاء زيد وعمرو.

﴿ و ﴾ أما الاستثناء بلفظ ﴿ غير ﴾ نحو ما معه غير عشرة أ ﴿ وسوى ﴾ عشرة « أو خلا » كذا أو عدا كذا فإنه ﴿ للنفي ﴾ أي لنفي ما زاد على العشرة، وأما إثباتها فالعبرة بالعرف، ففي عرفنا أنه يقتضى إثباتها فتلزمه للمقر له ويكون كاذباً في أخباره إن لم تكن كذلك بل ناقصة أو زائدة، ويقع الطلاق وهو المختار للمذهب. ﴿ و ﴾ أما ﴿ إلا ﴾ فإنها ﴿ له ﴾ بمعنى للنفي ﴿ مع الإتيان ﴾ لما دخلت عليه. فلو قال ما أملك إلا عشرة دراهم كان ذلك نفيًا لما عدا العشرة وإثباتاً للعشرة، فلو كان في ملكه أقل من العشرة أو أكثر كان كاذباً.

﴿ فرع ﴾ لو حلف لا أكل هذه الرمانة أو نحوها غيره فألقيت في البحر لم يحث لعدم العلم أو الظن بأكل الغير لها. والأصل عدم الأكل وبراءة الدمة من

الحنف إلا أن يشاهد حيواناً في البحر أكلها أو يغلب في ظنه ذلك حنف ، وطلقت زوجته حيث علق الطلاق بذلك ، ولو حلف لا أكلها إلا هو فالتقيت في البحر حنف بمجرد الإلقاء إن لم يمكن استخراجها لأنه لم يأكلها سواء علم أو ظن أكل غيره لها أم لا إذ المحلوف عليه في الصورة الأولى هو عدم أكل الغير لها فلا يحث إلا إذا غلب في ظنه خلاف ذلك وهو الأكل ، وفي الأخرى المحلوف عليه هو أكله لها فإذا ألتقيت في البحر تمذر أكلها فيحث مطلقاً وتطلق زوجته حيث علق الطلاق بذلك .

﴿ قيل و ﴾ إذا كان الاستثناء بلفظ ﴿ إلا أن ﴾ فإنه يكون ﴿ للفور ﴾ فلو قال لامرأته أنت طالق إلا أن تدخل الدار أو إلا أن تقوى أو إلا أن يقوم زيد فإن لم تنهض للدخول وتقوم في الحال وهو المجلس أو يجلس بلوغ الخبر فإنها تطلق ولو قامت أودخلت من بعد ، والقائل بذلك أبو العباس وأبو طالب والمختار للمذهب أن هذا اللفظ بمعنى الشرط فهو بمعنى إن لم تدخل الدار وإن لم للتراخي كما تقدم فلا تطلق إلا في الوقت الذي يقع فيه العجز عن القيام أو الدخول وهو آخر الوقت الذي يعقبه نزاع الموت أو تمذر الفعل كخراب الدار ونحوها . « فإن قلت » ما الفرق بين هذا وبين قوله فيما مر « إلا أن يشاء أبوك ؟ » « قلت » هي هناك تعليق وتعليق فاعتبر الفور في المجلس بخلاف ما هنا فهي تعليق محض فاعتبر فيه التعمذر أو العجز إلا إذا قصد الفور وصادقته الزوجة أو بين على إقرارها بذلك فله نيته واعتبر المجلس في ذلك .

﴿ ١٧٠ ﴾ فصل

﴿ و ﴾ الطلاق ﴿ يصح ﴾ للزوج الذي يصح منه إيقاع الطلاق كما تقدم ﴿ توليته ﴾ من شاء كزوجته أو غيرها . ولو كان المملك بفتح اللام أو الموكل صغيراً مميزاً أو عبداً أو كافراً أو جماعة . فالتولية على قسمين تملك وتوكيل ، ولهذا أشار الإمام عليه السلام إليهما بأمّا القاسمة وقدم التملك فقال ﴿ إما بتمليك ﴾ والامتنال كالقبول فلا

يحتاج معه إلى التصريح بالقبول ويصح تملك سائر العقود كالبيع ونحوه ويكون بمعنى التوكيل .

واعلم أنه يصح من المملك « بفتح اللام » أن يوكل ويملك غيره بمثل ما ملك أو دونه لا أكثر قياساً على الحاكم في أن له أن يولى غيره فيها وليه أو دونه لأكثر بخلاف الوكيل فليس له أن يوكل غيره إلا أن يفوض ولا بد من الإضافة من الوكيل كما في النكاح لأن الطلاق من توابعه بخلاف الملك فلا يحتاج إلى إضافة إلى الملك وليس للمملك أن يطلق دوراً لأنه لم يؤمر به .

﴿ و ﴾ التملك ضربان: صريح فلا يحتاج إلى نية ، وكناية فيحتاج إلى النية : أما ﴿ صريحه ﴾ فهو ﴿ أن يملكه ﴾ الغير ﴿ مصرحاً بلفظه ﴾ يعني بلفظ التملك مقيداً بالطلاق كأن يقول لها ملكتك طلاقك أو يقول لغيرها ملكتك طلاقها ، أو جملة طلاقك إليك أو طلاق زوجتي إليك ، فلفظ جملة مما يقتضى التملك في العرف ، وكذا وهبت أو نذرت أو تصدقت عليك بطلاقك أو عليك بطلاقها أو نحو ذلك من ألفاظ التملك عرفاً ، لا بلفظ البيع كبعت منك طلاقك أو بعت منك طلاقها فلا يصح إذ هو حق وبيع الحقوق لا يصح ولو أريد به التملك .

﴿ فرع ﴾ فلو نوى بصريح التملك التوكيل أو العكس صح مع المصادقة إذ صريح كل واحد منهما كناية في الآخر .

ومن صرائح التملك قوله ﴿ أو يأمر به ﴾ أى بالطلاق ﴿ مع ﴾ قوله للمأمور ﴿ إن شئت ﴾ نحو أن يقول طلق نفسك إن شئت أو طلقها إن شئت ﴿ ونحوه ﴾ يعني نحو التعليق بالمشيئة كأن رضيت أو إذا رضيت أو إذا شئت أو متى أذنت ولو أنى بلفظ التوكيل مع قوله إن شئت ونحوه فإنه يكون تملكاً لأن ما علق بمشيئة الوكيل فهو تملك نحو وكتبتك طلاقك إن شئت أو إن رضيت . وأما إذا شرك في المشيئة نحو أن

يقول طلق نفسك إن شئت وشاء أبوك أو طلقها إن شئت وشاء زيد فهو توكيل وليس بتمليك إذ لم يجعل التصرف في إثبات الطلاق وعدمه إلى صاحب المشيئة .

﴿ فرع ﴾ فلو قال المشروط بمشيئته شئتُ « بضم التاء » إن شئتُ « بفتحها » فقال الزوج شئتُ « بضمها » لم يقع شيء . فهذه صرائح التمليك . وأما كنياته فأشار عليه السلام بقوله ﴿ وألا ﴾ بصرح بلفظ التمليك مقيداً بالطلاق ولا أمر به مع إن شئت ونحوه ﴿ فكناية ﴾ تمليك يعتبر فيها النية كما تقدم ﴿ ك ﴾ أن يقول لزوجته ﴿ أمرك ﴾ إليك ﴿ أو ﴾ يقول لغيرها ﴿ أمرها إليك ﴾ أو بيدك فإن نواه تمليكا صح أولاً يصح من الزوج الرجوع فيه بالقول لا بالفعل فيصح وإن نواه توكيلاً صح له الرجوع بالقول أو الفعل وإن لم ينو شيئاً لم يكن تمليكاً ولا توكيلاً كما لو لم ينو شيئاً بكناية الطلاق والقول للزوج في ذلك ولا يصح التوكيل ممن قد طلق رجعيّاً قبل أن يراجع كما لا يصح منه الطلاق ولهذا قيدنا التولية بأن تكون ممن يصح طلاقه ليخرج هذا ونحوه ممن لا يصح طلاقه كما تقدم، فلو جمل ذلك مشروطاً كأمرك إليك إن دخلت الدار كان ذلك كناية في تمليكها الطلاق مشروطاً بدخولها الدار إذ يصح تقييده بالشرط وتوقيته بالوقت أيضاً كما يأتي .

﴿ أو ﴾ يقول لها ﴿ اختاريني أو نفسك ﴾ فهو كناية في تمليكها لطلاق نفسها أيضاً ولا بد أن تذكر نفس المرأة في كلامهما معاً نحو أن يقول اختاريني أو نفسك فتقول اخترت نفسي أو في كلام الزوج وحده نحو أن يقول اختارني نفسك فتقول المرأة اخترتُ أو في كلام الزوجة نحو أن يقول اختارني فتقول الزوجة اخترت نفسي ويصادقها أنه قصد نفسها بالطلاق ، وإن لم تذكر نفس المرأة في كلام أيهما نحو أن يقول اختارني فتقول المرأة اخترت لم يكن شيئاً إلا أن يريد ذلك ويتصادق عليه ، وكذا لو قال اختاريني أو نفسك فقالت اخترت أو اخترت الأزواج أو قال اختاريني فقالت اخترت نفسي فلا يقع شيء لأنه في الصورة الأولى خيرها بين أحدهما إيمانها

أو نفسه فلم تختَر أيهما ، وفي الثانية أسرها أن تختاره ولم يأمرها باختيار نفسها. وهذا ليس بتملك للطلاق لا صريح ولا كناية . وأما لو قال اختارى أبويك فاخترتهما كان طلاقاً لا اختارى أخاك أو أختك فلا يقع طلاق ، ووجه الفرق أن للأبوين من مزيد الاختصاص والمزية ما ليس لغيرهما فكان اختيارها لهما كاختيارها لنفسها، وكذا لو قالت اخترت أهلى أو بيتنا أو أبى أو أمى فإنه يقع طلاقه .

﴿نم﴾ فإن لم يقع من الملك طلاق ولا اختيار فلا شيء. وأما إذا وقع منه طلاق أو اختيار فإنه يصح ﴿فيقع﴾ طلاقه ﴿واحدة﴾ بصفة ماهى عليه رجعية أو بائنة إن كانت ثالثة أو قبل الدخول لا غير إذ ليس له أن يطلق على عوض مع الاطلاق كما يأتي ولو في اختيارها لنفسها . ووقوع تلك الطلقة يكون اما ﴿بالطلاق﴾ من الملك فتقول حيث هى الملكة طلقت نفسى أو يقول غيرها حيث هو الملك طلقها وهذا راجع إلى المتأخرين الأولين من الكناية ﴿أو الاختيار﴾ منها وقد قال اختارى أو نفسك أو أهلك أو أباك أو أمك فقالت اخترت أو نحو ذلك فإنها أيضاً تقع طلاقه بصفة ماهى عليه. وهذا يرجع إلى المثال الثالث منها ، وقولها اخترت صريح فلا يحتاج إلى نية من الزوجة بل العبارة بنية الزوج . « قال فى الغيث » فإن قال طلقى نفسك إن شئت فقالت اخترت نفسى فالأقرب أنه كناية طلاق فيحتاج إلى نية، فإذا طلق الزوج بعد تملك الطلاق صح إذ هو الأصل وبطل التملك فيكون رجوعاً عنه بالفعل ولهذا صح الرجوع بالفعل فى التملك قبل الطلاق سواء كانت أولى أو ثانية أو ثالثة فإن الملك ينمزل بتولى الزوج الطلاق .

﴿فرعان﴾ : « الأول » لو قال الزوج لها جمعت أمر التملك إليك فقالت طلقت نفسى وقمت طلاقاً لأن الطلاق متضمن للقبول كما تقدم فلا يتوهم عدم القبول به . « الثانى » لو قال لغيرها طلقها غداً إن شئت فهذا تملك مؤقت يصح من الملك أن يطلقها فى الغد جميعه ولو لم يقبل فى المجلس كما يأتي .

﴿واعلم﴾ أنه لا يقع واحدة بالطلاق أو الاختيار إلا بشرطين : ﴿أحدهما﴾ أن يقعا ﴿في المجلس﴾ الذى وقع فيه التملك إن كان الملك حاضراً فيه أو مجلس بلوغ الخبر إن كان غائباً إن كان التملك مطلقاً أى غير مؤقت فلو طلقت أم اختارت نفسها أو طلقها ذلك الشخص الذى ملك طلاقها فى غير مجلس التملك أو بلوغ الخبر لم يقع شيء إلا بتجديد لفظ التملك .

﴿الشرط الثانى﴾ أن يقع الاختيار أو الطلاق فى ذلك المجلس ﴿قبل الاعراض﴾ إذا كان التملك مطلقاً أيضاً فهما لم يحصل إعراض من الملك زوجة كانت أو غيرها بعد التملك فى المجلس فله الطلاق والاختيار ولو طال المجلس والظاهر فى السكوت عدم الاعراض ولو طال ما لم يمد أعراضاً وبين مدعى الاعراض . والظاهر فى الأفعال والأقوال أنها اعراض إلا ما يكون اهتماماً فى العادة بالمطلوب نحو أن تكون مضطجعة أو قائمة فتقعد ، أو تقول ادعوا أبى أو أمى أو الشهود ولم يكونوا حاضرين فى المجلس وكان ذلك القول أو الفعل يسيراً لا يمد إعراضاً فى العادة ، أو تكون فى صلاة فريضة فتتمها وإن كان الوقت موسماً أو تبتدئها لضيق الوقت لم يكن إعراضاً ، وإن كانت فى صلاة نفل أتمتها ركعتين إذ هى أقل النفل ولا يكون اعراضاً إلا ثلاثاً أو أربعاً وابتدأتها فيكون اعراضاً . والقعود والاتكاء لا يمنع بل القيام والاضطجاع والأكل وابتداء الشرب فيكون إعراضاً لا إتمامه . فلو قام الزوج وبقي الملك فى مجلسه فهو على اختياره ولا يكون قيام الزوج إعراضاً مانعاً للملك من الطلاق أو الاختيار . وإن كان القيام الموجب فى سائر التمليكات يمنع القبول من الآخر . ووجه الفرق بين هذا وسائر التمليكات أنه هنا لا يصح الرجوع منه بالقول فلم يضر قيامه بخلافها فتبطل بقيام المبتدى قبل القبول ونحوه من المجيب لأنه يصح الرجوع فيها وقيامه كرجوعه ، وهذا فى التملك المطلق لا فى التملك المؤقت أو المقيّد بالشرط . فإن كان موقتاً أو مقيّداً نحو ملكتك طلاقها شهر آ أو يوماً وإذا

جاء زيد فقد ملكتك طلاقها فله أن يطلق متى شاء في جميع ذلك الوقت أو عند
قدوم زيد مرة واحدة ولو في مجلس آخر كما يأتي قريبا .

ويعتبر المجلس في التملك (إلا المشروط بغير إن ففيه وبمده) نحو طلق نفسك
متى شئت أو كلما شئت أو إذا شئت أو إذا ما شئت فلها أن تطلق في المجلس وبمده
ولو لم تقبل في المجلس . قال الإمام عليه السلام : وقولنا « المشروط » احتراز من
غير المشروط نحو قوله أمرك إليك أو ملكتك طلاقك فإن هذا يعتبر فيه المجلس .
قال وقولنا « بغير إن » احتراز من المشروط بأن نحو طلق نفسك إن شئت فإنه
يعتبر فيه المجلس للحاضر وللغائب مجلس بلوغ الخبر كما تقدم فلو قبلت في المجلس
لم يصح أن تطلق في غيره ولا عبرة بالقبول هنا .

(و) إذا ملك الزوج غيره طلاق زوجته أي التملكين الذي يعتبر فيه المجلس
والذي لا يعتبر فيه فإنه (لا رجوع) له بالقول ولو قبل القبول بالامتنال (فيهما)
ولو كان التملك بلفظ الهبة كما لا يصح رجوعه عن الطلاق وإن صح الرجوع في
تمليك المال لأن الطلاق إسقاط والاسقاط لا يصح الرجوع فيه بخلاف تملك المال
فإنه إثبات وليس باسقاط فالرجوع فيه صحيح . أما لو تفاسخا بعد التملك أو رجع
بالفعل فطلق الزوج بنفسه صح طلاقه وانعزل سواء كانت أولى أم ثانية أم ثالثة كما
تقدم ، فلو ملكه ولم تبق إلا طلاقه فأيهما بدأ بفعلها بانت بها . . . وحسن المخرج في
إبطال التملك « يكون بالدور القبلي فيقول أنت طالق قبيل أن يقع عليك طلاق
من المملك » ، وكذا التفاسخ إن حصل بطل به التملك أيضا كما يبطل بتولى
الأصل سواء كان قبل الدخول أم بعده فإبطال التملك يكون بإحدى الثلاث الصور .
(ولا) يصح (تكرار) الطلاق من المملك لأنه لا يملك بالتملك إلا واحدة
فإذا قال طلق نفسك إن شئت أو متى شئت لم يكن لها أن تطلق نفسها بأكثر من
واحدة ولو تناولت صيغة التملك بعموم الأوقات كالمشروط بغير إن نحو متى شئت

ومها شئت فإذا راجعها لم يكن لها تكرار الطلاق سواء كانت هي المملكة أم غيرها وكذا سائر التمليكات المشروطة بالبيع والهبة والنذر والصدقة والعق وغيرها ﴿إلا﴾ الشروط ﴿بكلها﴾ نحو أن يقول طلق نفسك كلما شئت أو طلقها كلما شئت فإن التملك هاهنا يقتضى مع المراجعة التكرار كما مر .

﴿القسم الثانى﴾ من قسمى تولية الطلاق قوله ﴿وإما بتوكيل﴾ وصورته أن يقول وكلتك على طلاق نفسك ، وللغير وكلتك على طلاقها أو طلاق فلانة .

﴿فرع﴾ وللتوكيل صريح ، وكناية ، فصريحه طلق نفسك ، وطلقها بلفظ الأمر ، أو وكلتك على كذا أو بكذا أو نحوها مما هو صريح فى التوكيل مع تعليقه بالطلاق فلا يفتقر صريحه إلى نية ، وكنايته ككناية التملك فتعتبر النية .

﴿ومنه﴾ أى من صريح التوكيل ﴿أن يأمر به﴾ أى بالطلاق ﴿لامع إن شئت﴾ كأن يقول طلق نفسك أو طلقها ولم يقل إن شئت ﴿و﴾ لا ﴿نحوه﴾ إذا شئت أو متى شئت أو كلما شئت لأن ما تعلق بمشيشة الوكيل كما مثلنا فهو عليك لا توكيل ولو كان بلفظ التوكيل كوكلتك على طلاقها إن شئت ويعتبر فيه المجلس كما مر . هذا إذا أسند المشيشة إلى الوكيل وأما إذا أسندها إليه وإلى غيره كان شئت وشاء فلان فهو توكيل ولو بلفظ التملك كما مر .

﴿فرع﴾ ومن حلف لا طلق زوجته ثم وكل به حنت لأن الوكيل نائب عنه بخلاف التملك فإن وكلها فقالت أبنتك صح لا لو قال طاعتك إذ يوصف بالأول دون الثانى ، ومها كانت توليته للغير بتوكيل لا عليك ﴿فلا يمتبر﴾ أن يطلق الوكيل فى ﴿المجلس﴾ بل له أن يطلق فى المجلس وغيره إلا أن يوقت فله ذلك حتى ينتهى الوقت كما بأتى .

﴿ويمصح﴾ من الموكل ﴿الرجوع﴾ عن الوكالة بأن يعزله إما بقول أو فعل نحو أن يقول قد عزلتك أو يتولى الطلاق بنفسه ﴿قبل الفعل﴾ للطلاق من الوكيل

﴿ ما لم يحبس ﴾ الموكل التوكيل فإن حبسه لم يصح الرجوع وصورة التحبیس أن يقول وكتبتك على طلاق زوجتي وكلما عزلتك فأنت وكيل أيضا في ذلك ﴿ إلا ﴾ أن ينقض التحبیس ﴿ بمثله ﴾ فإنه ينتقض. وصورة ذلك أن يقول كلما صرت وكلا صرت معزولا^(١) وهذا أحسن مخرج في عزل التوكيل بعد تحبیس الوكالة أو يعزل الوكيل نفسه في وجه الأصل أو علمه بكتاب أو رسول إلا أن يقول كلما انعزلت صرت وكلا لم ينعزل بعهل نفسه فإن طلق الزوج كان طلاقه عزلا للوكيل ولو كان التوكيل محبا لأن العموم إنما يتناول العزل بالقول لا الفعل الموكل فيه وكذا المملك كما مر .

﴿ ومطابقهما ﴾ أى التوكيل والتمليك لا يكون إلا ﴿ لواحدة ﴾ فقط بشرط أن تكون ﴿ على غير عوض ﴾ إلا أن يفوض . وصورة المطلق أن يقول طلقها أو وكتبتك أن تطلقها أو طلق نفسك أو وكتبتك على طلاقك فلا يصح من الوكيل في صورة التحبیس . والمطلق أن يوقع إلا واحدة ولو قبل الدخول أو كانت ثالثة لا أكثر. ولو كان الموكل ممن يقول بالثلاث فلو طلقها اثنتين أو ثلاثا لم تقع إلا واحدة ولو كان الزوج يملك غيرها ولا يصح أن يطلق بعوض فإن فعل كان موقوفا على الإجازة إن كان عقدا لا شرطا ولا يصح التوكيل بالبدعى فإن أطلق فطلق بدعى وقع حيث مذهب الزوج وقوعه، فإن وكله بالثلاث للسنة صح وكانت الرجعة في ذلك للأصل فلا تقع الثانية والثالثة إلا بعدها . فلو كان الوكيل أو المملك مفوضا فله أن يطلق أكثر من واحدة وعلى عوض .

﴿ ويصح تقييدهما ﴾ أى التوكيل والتمليك بالشرط نحو أن يقول إذا جاء زيد فقد وكتبتك أو مملككتك تطلق امرأتى ﴿ وتوقيتهما ﴾ بما يصح أيضا نحو أن يقول

(١) ولا يصح فعله بعد هذا ولو وكله وكالة جديدة اهـ .

وكلتكم أو ملكتكم أن تطلقها في هذا الشهر أو نحو ذلك فإن أوقع الطلاق في المدة المؤقتة وإلا بطل التملك والتوكيل بمضيها .

﴿ و ﴾ إذا اختلف الأصل والوكيل في إيقاع الطلاق من الوكيل وعدمه في مدة التوكيل كان ﴿ القول بعد ^(١) ﴾ ذلك ﴿ الوقت ﴾ أو بعد العزل حيث وقع الاختلاف بعده ﴿ للأصل ^(٢) ﴾ وهو الموكل والمملك ﴿ في نفي الفعل ﴾ أى إيقاع الطلاق هنا لأن الوكيل بعد مضي الوقت قد انمزل والظاهر أنه لم يكن قد طلق في ذلك الوقت المؤقت لأن الأصل عدم الطلاق ﴿ لا ﴾ إن اختلفا في ﴿ حاله ﴾ أى حال الوقت ﴿ فلو وكيل ﴾ أى قال قول قول الوكيل من غير عین في أنه قد طلق لأنه في ذلك الوقت غير منمزل فيصح منه الإنشاء في تلك الحال ، ومن صح منه الإنشاء صح منه الإقرار . قال في البرهان « ولا تصح بينة الزوج بأن الوكيل لم يطلق لأنها على نفي ، ولا على إقراره بأنه لم يطلق لأنه إقرار على النير وهى الزوجة إلا أن تكون البينة على إقرار الزوجة .. قال في حاشية السحولى : « فلو ادعى المملك أو الوكيل أنه قد طلق وقد ماتت الزوجة أو الزوج لم يقبل إلا ببينة » فلو كان الزوجان باقين فلا معنى لإنكاره في حق المملك لأنه لا يصح الرجوع في الوقت في التملك الموت بنفي الفعل ، والحيلة في عدم قبول قول الوكيل أن يمزله الموكل ثم يخاصمه في عدم الطلاق لأنه بعد العزل لا يصح منه الإنشاء فلا يصح إقراره .

﴿ سؤال ﴾ وهو أن يقال إن الوكيل ينمزل بالفراغ مما وكل فيه فإذا ادعى أنه قد كان فعل في الوقت قبل حالة التخاصم فقد أقر على نفسه أنه معزول وإذا صار معزولا في الحال لم يصح منه الإنشاء كما قلتم بعد العزل فلم يقبل قوله حاله ؟؟

(١) فإذا اتفق العزل والطلاق فالطلاق أولى فيقع . وكذا لو التبس العزل والطلاق فلا اعتبار بالأصل الثاني وهو بقاء الوكالة فيقع الطلاق اهـ

(٢) هذا عام في الطلاق وغيره اهـ

﴿الجواب﴾ أنا إنما قلنا بصحة قوله ووقوع الطلاق منه لأنه في تلك الحال لو جعل بدله الإقرار بالفعل طلاقاً لصح منه إنشاؤه ولم يحكم بالزحل إلا بعد الحكم بوقوع الطلاق فلم يكن معزولاً عند التلفظ بالإقرار بإيقاع الطلاق وإذا لم يكن معزولاً فهو باق على الوكالة فلماذا صح تصديقه .

﴿مسئلة﴾ ومن قال لغيره أخبر امرأتى بطلاقها - أو بشرها - كان إقراراً بالطلاق في الظاهر فقط وسواء أخبرها الرسول أم لا ، لا في الباطن فله نيته إلا أن تصادقه أقرّاً على النكاح في الظاهر حيث لم يرد بذلك الإنشاء ولم يسبق منه طلاق ، ولو قال قل لها هي طالق طلقت ولو لم يقل لها الرسول ، فلو أراد وقوع الطلاق حين يقول لها الرسول فإنها تصح نيته في الباطن وإن قال أردت توكيله بطلاقها فكذا أيضاً . وإن قال له قل لها أنت طالق فهو توكيل له بطلاقها .

﴿مسئلة﴾ وإذا وصل الزوجة كتاب على لسن الزوج بالطلاق أو رسوله لم يلزمها قبوله إلا بشهادة عدلين ، هذا في الظاهر وأما في الباطن فتعمل به إذا ظنت صدقه فيما هو لها ترك النفقة من ماله ونحوها وفيما هو عليها نحو التزويج بغيره إذا أقرت بصدقه كامرأة المفقود إذا أخبرها عدل بموته أو طلاقه .

﴿١٧١﴾ باب الخلع^(١)

﴿إنما يصح﴾ بشروط أربعة ﴿الأول﴾ أن يقع ﴿من زوج مختار أو نائبه﴾ به ولو هي ، وقوله زوج فلا يصح من الأجنبي ولا من زوج قد طلقها من قبل ولو

(١) الخلع بالفتح والضم هو في الأصل . صدر خلع الرجل ابنه تبرأ منه فلا يؤاخذ بغيره ، وامرأته طلقها على فدية . وفيه معنى الإزالة والإلقاء والتعجية في جميع موارد استعماله حقيقة أو مجازاً كخلع ثوبه ونعله ، وخلع عذاره كناية عن قلة الحياء وخلع الأمير نجاه وأزاله عن رتبته وخلع عليه خلعاً - بالسكنر والضم - إذا أعطاه قطعة من ماله . وأما صاحب المصباح فجعل الخلع بالضم لاسم =

رجميا إلا بعد المراجعة . وقوله مكاف يحترز من الصبي والمجنون ولو مميزين ولو إذن لهما وليهما فلا يصح خلعهما لأنفسهما كما لا يصح طلاقهما إلا بالنيابة كما تقدم في تولية الطلاق ويصح من السكران سواء كان زوجا أم زوجة ، وسواء كان الخلع عقداً أم شرطاً . وقوله مختار فلا يصح مغالمة المكره كما لا يصح طلاقه ما لم ينوه أو يكون مكرها بحق كما تقدم في صور اللبس . فهما كان الزوج جامعا لهذه القيود الثلاثة صحّت مغالمة سواء كان حراً أم عبداً صحيحاً أم مريضاً مطلق التصرف أم محجوراً عليه ، وهكذا يصح من نائبه وهو وكيله به أو كان مفوضاً في تولية الطلاق أو فضولياً ولحقته الإجازة من الزوج أو الزوجة أو منهما إذا كان عقداً لا شرطاً ولو كان النائب امرأة سواء كانت المخالمة أو غيرها فيصح توكيلها به إذ هو عقد معاوضة ويصح أن يتولى طرفيه واحد ويصح بالرسالة والكتابة ولو تضمن شرطاً كأنت طالق على ألف ان دخلت الدار .

﴿ الشرط الثاني ﴾ أن يكون الخلع على أحد وجهين : « الأول » أن يأتي في لفظه ﴿ بمقد ﴾ والمراد به هنا ما يقابل الشرط لأن الخلع ينقسم إلى عقد وشرط وليس المراد العقد المتضمن للإيجاب والقبول وإلا لما صح قوله مع القبول كما يأتي ولأن العقد كما يطلق على الإيجاب والقبول مما يطلق على الإيجاب فقط كما يأتي في مواضع من الكتاب ، وعبرة الأئمة « إما بمقد إيجاب وقبول أو ما في حكمه » وهي أجلى لتفسيره المراد بالمقد بإضافته إلى الإيجاب وعدم الفصل بينه وبين القبول فيكون المراد به هنا هو الإيجاب فقط وهو ما أتى فيه بأحد حروف « علب » إما بالباء أو بعل أو باللام

== مصدر وهو مخالف لما في غيره . قال وهو استعارة من خلع اللباس لأن كل واحد منهما لباس للآخر ، فإذا فلا ذلك فكان كل واحد تزع لباسه عنه انتهى . ثم غلب استعمال المضموم على نوع خاص من أنواع الطلاق البائن حتى صار حقيقة عرفية خاصة . قال في الأئمة : هو طلاق أى بائن على عوض مال أو في حكمه . وفي البيان هو طلاق بائن يمنع الرجعة والطلاق بعده كما يأتي ١ هـ

نحو : أنت طالق بألفٍ أو على ألفٍ أو لألفٍ ، وهكذا إذا قال خالعتك على ألف أو بأرأئك عليه مع النية لأنه كناية في الخلع والطلاق . قال المنصور بالله : ومن هذا لو قال طلاقك بصدافتك مطلقاً أو ببراءتك إن كان في ذمته فقالت أبرأت أو قبلت . وكذا لو قال بشرط البرء فهو عقد في وضع الشرع إلا أن يكون عرفهم استعماله للشرط كان شرطاً فلا يقع الطلاق إلا بمحصول الشرط في المجلس أو مجلس العلم به كالعقد إلا أن يريد متى حصل الشرط قريباً أو بعيداً كان شرطاً محضاً فلا يعتبر المجلس . قال في البيان : ويصح بلفظ البيع ويكون كناية وصورته أن يقول بعت منك نفسك بألف أو شريت مني نفسك بألف وكذا لو قال الغير بعت مني زوجتك بكذا فقال بعت أو نعم ونوى طلاقها صح ويكون خلماً ، وحيث أراد البيع أو لم يرد شيئاً لم يقع شيء لأن لفظ البيع كناية خلع مع نية الطلاق . ومنه إذا باع رجل زوجته من آخر بزوجه وزيادة بقرة مثلاً وقبل الآخر طلق زوجته الذي شرط البقرة خلماً واستحق البقرة وتطلق زوجة الآخر رجعيًا مع قصد الطلاق لأنه من كنيات الطلاق .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن يكون الخلع معقوداً ﴿ على عوض مال ﴾ مظهر لا مضمّر وأقله ما له قيمة في القيمي وما لا يتسامح بمثله في المثلي مما يصح تملكه للزوج فلا يصح أن يكون خراً أو خنزيراً في حق المسلم ﴿ أو في حكمه ﴾ يعني في حكم المال وهي المنفعة كسكنى وخدمة ونحو ذلك من سائر المنافع التي يلزم على مثلها أجره ويلزم أدائها إن لم يمين قدرها في العقد نحو طلقتك على سكنى دارك سنة أو على حمل كذا إلى محل كذا أو على أن تخطبي لي قيصاً فإن كان التقيص معينا لزمها فيه أدنى خياطة وإن لم يكن معينا فكذلك في أدنى قيص . فإن لم يكن على مال ولا منفعة لثلثها أجره نحو على ألا تدخل^(١) الدار أو على ألا تكلمى فلانا أو على ألا تزوجى فلانا ونحو ذلك سواء كان له في ذلك غرض أم لا فإنه لا يكون خلماً بل رجعيًا

(١) حيث لم يكن لثله أجره وإلا كان خلماً اهـ

بالقبول في العقد أو بالفعل في الشرط : إلا أنه إذا قال بشرط ألا تتزوجي فلانا وقبلته تعين للعقد لا للشرط وكان لها الخيار من بعد ذلك . قال في البيان وهامشه فلو جعلناه شرطا حقيقيا لزم الدور فلا يقع طلاق حتى تزوج ولا تزوج حتى تطلق . ﴿الشرط الرابع﴾ أن يكون الموضع ﴿صائرا أو بعضه إلى الزوج﴾ فلو كان كله لغير الزوج نحو أن يقول طلقتك على ألف لزيد أو نحو ذلك لم يكن خلعاً بل إذا قبلت طلقت رجعية في العقد لا في الشرط فلا يقع شيء وترجع به مع البقاء والتلف إن سلمته ظاناً أنه قد لزمها وإن سلمته عالة بعدم اللزوم لم ترجع به إلا مع البقاء فأما لو كان بعضه له وبعضه لغيره نحو أن يقول على أن تهينني نصف كذا ونصفه لابني وكان ذلك معينا غير دين إذ لا تصح هبة الدين إلا لمن هو عليه فإذا فعلت فإنه يكون خلعاً بالنصف الذي صار إليه دون النصف الذي صار لابنه ، ولا يصح رجوعها فيما وهبته للابن ولو لم يكن رجماً لها لأنه في مقابلة عوض وهو الطلاق وقد حصل ، ولا بد من أن يقبل الهبة له ولابنه إن كان صغيراً أو كبيراً ووكله بالقبول أو أجاز فإن لم يجز أو لم يقبل لم يقع الخلع .

وقوله ﴿غالبا﴾ احتراز من أن يخالغ العبد زوجته فإنه يصح مع كون الموضع يصير إلى سيده إلا أن يشترط الموضع لسيده فلا يقع الطلاق خلعاً ولا رجعياً لعدم وقوع شرطه وهو كونه للزوج أو بعضه ، وإذا كان الموضع من السيد حيث يزوج أمته ببده لزم ويسقط .

﴿واعلم﴾ أن عوض الخلع قد يكون من زوجته وقد يكون من غيرها فحيث يكون ﴿من زوجته﴾ صح بشرطين «أحدهما» أن تكون الزوجة ﴿صحیحة التصرف﴾ وذلك بأن تكون بالغة عاقلة مختارة حال عقد الخلع ولو سكرى كما تقدم فلو كانت صغيرة أو مجنونة ولو مميزة حيث الموضع منها لم يكن خلعاً ولا رجعياً ، ومتى كانت صحیحة التصرف صح الخلع بالموضع من مالها ﴿ولو﴾ كانت ﴿محبورة﴾ عن

التصرف فيه بمعنى أنه حجر عليها الحاكم لأجل دين عليها فإن الحجر لا يمنع من صحة عقدها للخلع لكن عوض الخلع يبقى في ذمتها ولا تخرجها من المال الذي حجرت فيه إلا بعد رفع الحجر أو بإذن الحاكم ولو غير الذي حجر عليها أو الغرماء ، وهكذا لو كانت أمة ولو مدبرة فخلعت على عوض منها بغير إذن سيدها كان العوض في ذمتها تطالب به متى عتقت إلا أن تدلس بأن سيدها أذن لها كان دين جنابة في رقبته، فإن أذن لها سيدها كان عليه ولا يعتبر نشوزها ، فإن أذن لها بقدر معلوم كان الزائد في ذمتها ، وإن أطلق كان عليه قدر مهرها والزائد في ذمتها . والمكاتب كالأمة في صحة الخلع منها لأن إذن سيدها أباح لها التصرف ، وإن لم يأذن لها ففي ذمتها ويعتبر نشوزها ، ومع التدليس منها كجنابة المكاتب في كسبها ولا يعتبر النشوز .

﴿ مسألة ﴾ ولا يصح الخلع من ولي مال الصغيرة إلا إذا كان لها فيه مصلحة ولا يصح مع المصلحة إلا إذا كان العوض من غيرها لعدم اعتبار نشوزها قبل التكليف فإذا خلع عن الصغيرة أبوها بمهرها لزمه لها ذلك سواء صح أم لا ويكون الطلاق خلعا لأنه يصح العوض فيه من الغير والمرأة أن تطالب الزوج بمهرها أو هو يرجع به على أبيها .

« الشرط الثاني » أن تكون وقت الخلع ناشزة عن شيء مما يلزمها له من فعل أو ترك سواء كانت في بيته أم لا ، ولا نشوز مع سوء العشرة منه أو إضرار ، فالفعل نحو أن يأمرها أن تقف له في موضع يليق بهما ولو بغير صيغة الأمر فممتنع لغير عذر وهكذا لودعاها للوطء إلى موضع يليق فلم تجبه ، والترك نحو أن يلزمها بترك ما يكرهه أو بترك أذية من يتأذى بأذيته من أهله ولو بدون صيغة النهي إذ هو واجب عليها تركه ، أو لم يأذن لها بالخروج إلى بيت أهلها فتخرج أو تأخذ شيئا من ماله . ومن ذلك أن تقول لا أطأ لك فراشا ولا أطيع لك أمرا ولا أبر لك قسما فيما

يجب عليها طاعته .. ويعتبر النشوز في المقدم عند القبول ولو موقوفاً لأن الإجازة كاشفة ولو في الشرط حال حصول الشروط لا عند التعليق وإلا بطل الخلع ولم يقع الطلاق . ولا بد من تحقق النشوز فلا يكفي تجويز وقوعه في المستقبل . وما اختاره الإمام عليه السلام من أن الخلع بموض من الزوجة صحيحة التصرف إنما يصح بالنشوز منها هو قول الإمام الهادي والقاسم والناصر وهو المختار للمذهب ﴿ أو من غيرها ﴾ إذا كان مكلفاً مختاراً حراً ولو مجبوراً عن التصرف أو عبداً ويبقى في ذمته ﴿ كيف كانت ﴾ المرأة أى ولو كانت صغيرة أو مجنونة ناشزة أو غير ناشزة فإنه متى كان الموض من غيرها لم يعتبر في صحة الخلع ذاك الشرطان المتقدمان وهما كونها صحيحة التصرف وكونها ناشزة .

نعم ؛ ولا بد في عقد الخلع بموض منها أو من غيرها من إيجاب ﴿ مع قبول أو ما في حكمه في مجلس المقدم أو ﴾ في مجلس بلوغ ﴿ الخبر به ﴾ وهذا متصل بقوله بمقدم كما تقدم ، واعتبار مجلس بلوغ الخبر خاص في الخلع والعتق والحوالة والإقالة والوقف كما في البحر . فلو لم يقع القبول في مجلس الإيجاب أو مجلس بلوغ الخبر به لم يصح الخلع . والمراد بالمجلس مجلس القابل لا مجلس الموجب حيث كان الموجب الزوج لا الزوجة فيعتبر مجلسهما معاً . والذي في حكم القبول هو الامتثال والسؤال فالامتثال نحو أن يقول الزوج أنت طالق على أن تبرئني من مهرك فتقول أبرأت ، فقولها أبرأت بمنزلة قولها قبلت فتطلق بقولها أبرأت ، أو أبرئني على طلاقك فتقول أبرأت . وأما السؤال فنحو قولها طلقني على ألف فإذا قال طلقتك طلقت ولا تحتاج إلى قبول بعد قولها طلقني وكذا لو قال أبرئني بطلاقك فقالت أبرأت أو قال أطلقك بمهرك فقالت الزوجة نعم فيقول طلقتك فلا تحتاج قبولاً بعد ذلك ، وهذا إذا كان المهر ديناً في الذمة فإن كان عيناً لا تثبت فيها لم يصح الخلع لأن الإبراء من الأعيان إسقاط لضعفها إن كانت مضمونة أو إباحة لها إن كانت أمانة كما يأتي في بابه فيقع بالقبول طلاقاً

رجعياً في العقد لا في الشرط إلا لرفعه بأن الإبراء من الأعيان يفيد التملك ويستعمل بمعنى الرد للمهر والفسخ صح إن قبله الزوج في المجلس أو مجلس بلوغ الخبر به ، وإذا قبله الغير ثم أجاز صح ذلك لأنه تملك يحتاج إلى القبول . ولا بد أن يقع القبول في المجلس ﴿ قبل الإعراض ﴾ ^(١) من القابل منهما ﴿ فيهما ﴾ يعني في مجلس العقد أو مجلس بلوغ الخبر به ، فإن تحلل الإعراض لم يصح القبول من بعد ولم يقع الطلاق رجعياً ولا بائناً إلا بتجديد إيجاب آخر يحصل بعده القبول في المجلس أو مجلس بلوغ الخبر به قبل الإعراض وقد تقدم نأشئت به الإعراض .

﴿ فرع ﴾ فلو جعل مع العقد شرطاً نحو أن يقول أنت طالق على ألف إن دخلت الدار اعتبر حصول القبول في المجلس قبل الإعراض منها ولا يضر تأخر حصول الشرط لو لم تنهياً له في ذلك المجلس ، وكذا لو وقَّت كأن يقول أنت طالق غداً على ألف فقبلت في المجلس طلقت في الغد خلماً .

ولما كان الخلع ينقسم إلى عقد وشرط كما مر تكلم الإمام عليه السلام على كل واحد منهما على حدته وعقبه بذكر أمثله وقد مر الكلام على العقد وما يتعلق به فذكر أمثله بقوله ﴿ كانت كذا على كذا ﴾ أي أنت طالق على ألف ﴿ فقبلت أو ﴾ قبل ﴿ الغير ﴾ فإنها تطلق حينئذ خلماً ويلزمها الألف حيث قبلت ويلزم ذلك الغير حيث هو القابل وإن لم يكن مخاطباً على ظاهر الأظهار ، فإن قبلاً معاً فعليهما إن كانت ناشزة وإن لم تكن ناشزة لم يلزمها شيء ووقع الخلع صحيحاً بقدر حصته فقط لأن الطلاق لا يتبعض كما يأتي ، فإن علم تقدم أحدهما بالألف كله ثم التبس صح الخلع ولا عوض على أيهما إذ لا تحويل على من عليه الحق فهو خلع في الأصل على عوض وسقوطه

(١) منها إن كان الزوج هو المبتدئ وقبل الاعراض منه إن كانت هي المبتدئة ، فلو طلق بعد

الاعراض لم يقع شيء اهـ .

من بعد لعارض اللبس لا يضر « ويورد هذا في مسائل المعاينة : أين خلع صح من دون تسليم عوض ؟ فيجواب بهذا » .

﴿ أو ﴾ قالت المرأة لزوجها ﴿ طلقني ﴾ على مائة ﴿ أو ﴾ قال له غيرها ﴿ طلقها على كذا ﴾ أى على مائة مثلاً ﴿ فطلق ﴾ طلقت خلعاً ولزمها المائة حيث هى المطالبة ولزم ذلك الغير حيث هو المطالب ولو لم يقل على مائة منى لأن دخوله في العقد يجرى مجرى الالتزام والضمان، ولهذا قال في البيان : وإذا قال الغير طلقها على ألف منى أو على مهرها صح ولزمه ذلك . وإن قال طلقها على ألف أو على مهرها أو وأنت برىء من مهرها فطلق صح ولزمه ذلك . وعلة المحشى بأن سؤاله يجرى مجرى الضمان فإن قال طلقها على أنى ضامن لك إبراءها فطلق لم يلزمه شيء لأن الضمان بالبراء لا يصح ويقع الطلاق رجعيًا لفقد شرطه وهو العوض ولم يلزمه شيء .

ثم ذكر الإمام عليه السلام النوع الثانى من نوعى الطلاق وهو الشرط بقوله ﴿ أو شرطه ﴾ عطفًا على قوله « بقصد » أى شرط ذلك العوض الجامع لتلك القيود وهى كونه مالاً أو ما فى حكمه صائراً أو بعضه إلى الزوج، فلا بد فى العوض أن يكون كذلك فى العقد وفى الشرط . والفرق بين الخلع بالعقد والخلع بالشرط من وجوه ستة : « الأول » أنه لا بد فى المقصد من القبول أو ما فى حكمه فى المجلس بخلاف الشرط ، « الثانى » أنه يعتبر نشوزها فى العقد حال القبول بخلاف الشرط فإنه يعتبر حال حصوله ، « الثالث » أن العقد لا يبطل بالموت بمقد القبول بخلاف الشرط ، « الرابع » أن العقد تلحقه الإجازة بخلاف الشرط ، « الخامس » أنه يصح الرجوع للملتزم العوض سواء كانت هى أم غيرها فى العقد قبل الطلاق من الزوج إذا تقدم منها أو من غيرها الطالب بخلاف الشرط فلا يصح الرجوع فيه من ملتزم العوض ، وأما الزوج فلا يصح رجوعه فيهما كما يأتى ، « السادس » إذا طلقها ثلاثاً بألف لم يستحقه جميعاً إلا بجميع الثلاث إن كانت كلها باقية مع النشوز فى الثانية والثالثة

أيضاً وتجديد العقد في مجلس واحد ، ولا يُمدَّ العقد الثاني والثالث إعراضاً فإن طلق واحدة أو اثنتين استحق حصّة ذلك من الألف فإن لم يبق إلا واحدة استحقه جميعاً بها بخلاف الشرط فلا يستحق شيئاً إلا بالثالثة ويكون خلماً ويعتبر فيها النشوز والمراجعة فيما قبلها كما في البيان وهامشه من مواضع .

وقد مثل الإمام عليه السلام كيفية المخالعة بالشرط عقيب ذكره فقال ﴿ كذا كذا أو طلاقك كذا ﴾ فالأول نحو إذا أبرأتني فأنت طالق فإنها تطلق بالإبراء مع تعيين المبرأ منه كما يأتي في الإبراء وهكذا إن ومتى أو أى أدوات الشرط « والثاني » أن يقول طلاقك إبراؤك قياساً على قوله أنت طالق ثلاثاً للسنة فإنه مقدر بالشرط ، وكذا لو قال طلاقك أن تهينني ألفاً أو عبداً أو نحو ذلك ويقبل الزوج الهبة فإن هذا بمعنى الشرط عرفاً ، فأما لو قال أنت طالق ولى عليك ألف فقبلت طلقت مجاناً وكان رجعيّاً ، فإن قال أنت طالق إلى مقابل كذا وقع الطلاق خلماً لأن هذا اللفظ شرط عرفي وإن لم يكن من أدوات الشرط المعروفة في أصول اللغة العربية . والمعروف من حال العوام الآن أنهم لا يريدون بمثل هذا عند المخالعة إلا الشرط .

نعم ؛ وإذا خالعهام بموض مشروط ﴿ فوقع ﴾ ذلك الموض ﴿ ولو ﴾ تأخر حصوله ﴿ بعد المجلس ﴾ بمدة طويلة نفذ الخلع لأن المجلس لا يعتبر إلا في العقد إلا أن يملقه بوقت اعتبر حصول الشرط في ذلك الوقت كما مرّ . فلو قالت إن طلقته فأنت برىء فطلق كان خلماً ، وكذا لو قال متى أبرأتني فأنت طالق فإنه قد قيد الطلاق بوقوع الإبراء فكان خلماً مع تبين المبرأ منه ﴿ فيجبر ملتزم الموض ﴾ أى من التزمه بالقبول أجبر على تسليمه فإن تلف قبل قبضه رجع الزوج ببذله لأنه مضمون على الملتزم مطلقاً سواء كان القابل الزوجة أم غيرها . وإنما يجبر ﴿ في المقد ﴾ لأنه قد لزم بالقبول لا في الشرط إذ لا يقع الخلع إلا بحصوله أما لو قال أنت طالق على إبرائي أو على أنى برىء فقالت أبرأتك أو قبلت وقع الطلاق خلماً والإبراء مع تعيين المبرأ

منه حيث كان ديناً ، وكذا لو قال أنت طالق على أن تبرئني فقالت قبلت طلقت خلعاً ولما يقع الإبراء ولزمها مثل مهر المثل فيتساقطان ولا وجه لإجبارها إن امتنعت من الإبراء مع التساقط . أما لو قالت طلقني وأنت برئ من مهرى فقد برئ منه سواء طلق أو لا وليس لها الرجوع إن لم يطلق فإن طلق كان الطلاق رجعياً إلا أن يعرف من قصدها أنها ما أبرأته إلا ليطلق وقصدت بذلك الشرط وتصادقاً عليه أو أقامت البينة على إقراره أو على شاهد الحال فلها الرجوع كما يأتي .

﴿ و ﴾ يجبر ﴿ الزوج على القبض ﴾ لموض الخلع إذا جاء به من التزمه ﴿ فيهما ﴾ مما أى في العقد والشرط . وإنما أجبر الزوج على القبض لتبرأ ذمة الملتزم للمعوض لا ليحصل الطلاق فالطلاق قد وقع في العقد بالقبول وفي الشرط بالتخية بين الزوج وبين المعوض الشروط إن كان عيناً على وجه التملك لا ديناً فلا بد من القبض وإن لم يقع الطلاق لأن التخية للدين لا تكون قبضاً ، فعلى هذا لا يجبر إلا على قبض الدين وأما العين فتكتفى فيها التخية . ﴿ ولا ينمقد ﴾ الخلع ﴿ بالمدة ﴾ من الزوج بالطلاق أو من الزوجة بالإبراء ولو حصل من كل منهما ذلك لأنهما كلامان وكل واحد منهما غير مقيد بالآخر فكان كما لو طلق بغير عوض إذ المدة ليست بعقد ولا شرط وصورة المدة من الزوج أن يقول أبرئني وأنا أطلقك فأبرأته ثم طلق فإن لم يطلق فلها الرجوع في الإبراء ، وصورة المدة منها نحو أن تقول طلقني وأنا أبرئك فطلقها ثم أبرأته فبرأ فإن امتنعت من الإبراء لم يرجع عليها بشيء ، ولا يقع الطلاق في الصورتين خلعاً بل رجعياً .

﴿ فرع ﴾ وكما لا ينمقد الخلع بالمدة لا ينمقد بالخطاب كأن تقول طلقني فيقول برئني فتقول أبرأتك فيقول وأنت طالق فهذا رجعى ويقع الإبراء وإذا راجعها فلا يعود مهرها لسقوطه ، وكذا لو قال راجعتك على جميع حقوقك كما يعتاده كثير من الناس فلا يعود مهرها لكن إذا أضمرت أن الإبراء مقابل البيئونة فلها الرجوع باطناً

لا ظاهراً إلا إذا صادقها على ذلك أو بينت بإقراره أو على شاهد الحال والاحلف ما يعلم ولا يظن أنها أرادته .

﴿ ولا تلحق الإجازة ﴾ من صور الخلع ﴿ إلا عقده ﴾ على مال أو منفعة كما مر . فلو كان المقد على عوض غير مال ولا منفعة كأن يخالها عقداً على دخول الدار ولم يكن لثله أجره كان الطلاق رجعيّاً وإن كان لثله أجره كان خلماً فلا بد في كونه خلماً من أن يكون العوض مالاً أو منفعة لها قيمة . فإذا خلع الفضولى عن المرأة أو الزوج ثم أجاز الخالعه عنه نظر : فإن كانت مخالعة الفضولى بمقد لحقته الإجازة وإن كانت بشرط لم تلحقه فيبطل ، وصورة المقد أن يقول الفضولى للمرأة قد طلقتك بألف عن فلان فتقول قبلت ويجيز الزوج ما قاله الفضولى . فإما لو قال الزوج فلانة طالق بألف فقال الفضولى قبلت عنها فلا يقع إلا بإجازتها وصحة تصرفها ونشوزها حال المقد لأنه جعل القبول عنها لا تبرعاً كما لو قال اشتريت لفلان ولم يجز فلان .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٧٢ ﴾

في بيان قدر عوض الخلع وقد تقدم مقدار أقله أنه ماله قيمة في القيمي ومالاً يتسامح بمثله في المثل ، وأما أكثره فإن كان من غير الزوجة فلا حد لأكثره ﴿ و ﴾ إن كان من الزوجة فاعلم أنه ﴿ لا يحل ﴾ للزوج أن يأخذ ﴿ منها ﴾ - غير تبرع - . يعنى من الزوجة المخالعة ﴿ أكثر مما لزم ﴾ عليه وجوباً ﴿ بالمقد ﴾ أى بمقد النكاح الذى خالعه فيها فما لزم ﴿ لها ﴾ به من مهر ونفقة وكسوة ونحوها نما هو واجب لها من يوم تزوجها إلى يوم الخلع سواء كان بذمة الزوج أم قد صار إليها وما لزم لها من نفقة العدة إلى يوم انقضائها ﴿ و ﴾ كذا ما لزم لها تربية وحضانة ﴿ لأولاد ﴾ ها ﴿ منه صغار ﴾ ونفقتهم وكسوتهم أيضاً إلى سن الاستقلال سواء زادت على سبع سنين أم نقصت وسواء كانوا باقين أم قد ماتوا أو صاروا وقت الخلع كباراً فيرجع إلى

غالب سن الاستقلال في الصبيان ومن كان مجنوناً فإلى استقلاله إن عاد عقله وإن مات مجنوناً فإلى موته. وإنما صح بنفقة أولادها منه لأن لها ولاية الحضانة وحق المطالبة والقبض ، فهذا هو اللازم عليه يعقد النكاح فلو كان اللازم لها عليه بغير العقد كأروش الجنائيات وقيم المتلفات لم يصح الخلع عليه إن كان العوض منها فإن كان من غيرها جاز ولو زاد على ما لزم بالعقد كما تقدم ، وكذا ما زادته تبرعاً بعد وقوع الطلاق ولو في مقابلة الطلاق لأن المسوغ لجواز الزيادة هو التبرع منها فإن خالها على أكثر مما يجب عقد أو شرطاً ففي العقد يبطل العوض ويقع الطلاق رجعياً وفي الشرط لا يقع شيء مطلقاً سواء كانت هي الشارطة أم هو .

﴿ فرع ﴾ وإذا خالها على ما يلزمه لها من النفقة وغيرها ولأولادها منه ثم ماتت وهي في العدة أو مات أولادها قبل استقلالهم رجعت الزوج عليها أو على ورثتها بقدر ما بقى من العوض لأنه في الحقيقة على مثل اللازم له اللهم إلا لعرف بأن الخلع على ذلك ما بقيت الزوجة والأولاد فلا وجوب بعد الموت .

﴿ ويصح ﴾ طلاق المخالعة ﴿ على ذلك ﴾ أى على قدر ما لزم لها ولأولادها الصغار منه من النفقة وأجرة التربية ونحو ذلك لا أكثر منه إن كان منها إلا تبرعاً ومن غيرها مطلقاً كما تقدم فالإشارة ترجع إلى المفهوم لا إلى المنطوق لئلا يوم دخول صورة المنع ، وقد حذفها في الأتمار كما حذف لفظ أكثر فراراً من الإيهام، وحذف قوله ويصح على المهر الخ خشية التكرار ولفظه « وإنما يحل منها إلى قدر ما لزم بالعقد لها ولأولادها منه صغاراً ولو مستقبلاً » وفيها سر التنبيه أيضاً على جواز أقل مما لزم بالعقد بخلاف عبارة الأزهار كما أفاده بهران فتصح المخالعة على ما لزم بالعقد إن كان العوض منها ﴿ ولو ﴾ كان ذلك العوض اللازم الذي خالها عليه هو مثل ما يلزم لها عليه ﴿ مستقبلاً ﴾ وبجوهلاً لما يأتى « كنفقة » العدة ونفقة أولادها المستقبلية وأجرة تربيتهم فإن المخالعة تصح بمثل ذلك ويسقط وجوب ذلك على الزوج فلا يلزمه

شئ مع المراضاة ، وسواء كانت النفقة ونحوها مقدرة حال الخلع أم غير مقدرة لأن الجهالة تغتفر في عرض الخلع كما سيأتي فإن اختلفا بعد ذلك فالزوج طلبها بما قد لزمها له بالمخالعة في ذلك القدر دفعة واحدة مع اليسار لا مع الإعسار فتمهل ، ولا يجب عليها التكسب لقضائه لأنه دين ، وأما هو فيجب عليه أن ينفق عليها وعلى أولادها ولا تجب دفعة واحدة بل تقسط يوماً فيوماً ويلزمه التكسب لذلك إن كان معسراً ولها أن تطالبه في ذلك .

﴿ سؤال ﴾ فإن قيل إن من شرط الخلع النشوز حيث العوض من الزوجة ومع نشوزها لا نفقة لها فكيف قلتم يصح أن يخالعهما بنفقة عدتها وهي غير لازمة على الزوج بالنشوز ﴿ فالجواب ﴾ من وجهين : « الأول » أن المخالعة في التحقيق على مثل ما كان يلزم الزوج من النفقة لو كانت غير ناشزة فيلزم له عليها ذلك القدر « الثاني » وهو جيد أن تقدر أنها نشزت مدة يسيرة ليس لمثلها قسط من النفقة وحصل خلعهما في تلك الحالة فالنفقة لم تسقط مع التوبة عقيب الخلع وهذا وجه صحيح ، وتصح المخالعة سواء صرحا في الإيجاب والقبول بمثل نفقة المدة أم بنفقة المدة لأن معناها يتمشى على أحد الوجهين .

﴿ فرع ﴾ ^(١) « وإذا طلقها على الإبراء من نفقة عدتها لم يصح الإبراء ويقع الطلاق رجعيًا بالقبول ، وذلك في العقد لا في الشرط فلا يقع شيء » « وإنما لم يصح الإبراء لأنه من مستقبل وهو لا يصح على أصلنا ، ولا يشكك عليك هذا بما في الأزهار ولو مستقبلاً فالمراد هناك المخالعة على مثل ما يلزم في المستقبل ولذا جئنا بكاف التشبيه في قولنا « كنفقة » ولم نذكر في ذلك إبراء من المستقبل فلا يقع الإبراء ويقع الطلاق رجعيًا إلا أن يكون ثمة عوض آخر غير الإبراء كان الطلاق بائنًا وفي الشرط لا يقع الطلاق ولو شرط عوضاً آخر مع الإبراء لعدم صحة الشرط وهو الإبراء » .

(١) يستفاد أوله من البيان ٨٠ .

﴿ و ﴾ تصح المخالعة ﴿ على المهر ﴾ وهذا تخصيص بعد التعميم لمسيس الحاجة إليه إذ المخالعة عليه أكثر منها على غيره وليتفرع عليه التخصيص على ما ذكر بعده ، فإن كان المهر باقياً عليه معيناً أو غير معين سقط وإن كان قد قبضته وهو باق بمينه ردته له وإن كانت قد أتلفته أو وهبته له أو لغيره أو أبرأته منه قبل قبضه فإن تصادقا على أنهما أرادا الخلع على مثله صح ولزمها ، وإن لم يتصادقا على ذلك لم يصح الخلع عليه لأنه معدوم ويكون الطلاق رجعياً بالقبول في المقد ﴿ أو ﴾ خالماً أيضاً على ﴿ مثله ﴾ يعني على مثل المهر إن كان مثلياً أو على قيمته إن كان قيمياً ، وسواء كان باقياً في يد أحدهما إذ يصح على مثله ولو كان معيناً باقياً أم كان قد تلف بعد القبض أو قبله أو أبرأته منه أو كان غير معين لبقائه في ذمة الزوج فيلزمها للزوج مثله في جميع هذه الصور ولو ﴿ ك ﴾ أن لزوم ﴿ ذلك ﴾ مستقبلاً مجهولاً غير لازم عند الخلع كنفقة العدة وتربية الأولاد فيدخل في ذلك ما إذا كان المهر المخالع عليه أو على مثله قد لزم بالدخول أو نحوه وما لم يكن قد لزم كأن يعقد بامرأة ولم يسم لها مهرأ فإنه لا يلزمه المهر إلا بالوطء ونحوه فإذا خالماً على مثل المهر لزمها له ذلك وهو مهر المثل كله إذ هو الذي كان سيلزم بالدخول وصح الخلع ولو كان لزوم المهر مستقبلاً لوجود سببه وهو المقد ويلزمه لها التمتع فلو خالمتها على مثل المهر والمتعة معاً صح ولزمها مثلهما معاً ولا يتساقطان للاختلاف في الصفة .

﴿ فإن ﴾ خالماً على مهرها لكن ﴿ لم يكن قد دخل ﴾ ولا خلى بها ﴿ رجع ﴾ عليها ﴿ بنصفه ﴾ أي بنصف المهر عيناً كان أو ديناً لأنه قد استحق عليها المهر بالخلع وانكشف أنها لا تستحق منه إلا نصفه لوقوع الطلاق قبل الدخول ونصفه الآخر باق للزوج ، وهذا إذا لم تكن المرأة قد قبضته فمالو كانت قد قبضته رجع عليها بمهر كامل لأجل الخلع ونصف مهر لأجل الطلاق ونصفه الآخر تستحقه لمقابل طلاقها قبل الدخول إذا كان المقد صحيحاً مع التسمية الصحيحة على ما تقدم تفصيل ذلك

في النكاح أثناء فصل ١٤٦ وإلا لزمها له المهر للطلاق عليه ولزمه لها المنة. ولا يقال في صورة الأزهار أنها لا تستحق إلا نصفه فقط فلم يقع الطلاق إلا عليه لأنه يقال بل الكل لازم بالمقد وإنا سقوطه طارئ بخلاف ما لو خالها بما تستحق عليه في هذه الصورة فلم يرجع بشيء ﴿ ونحو ذلك ﴾ الذي تقدم لو كان قد دخل بها ثم أبرأته من نصف المهر أو وهبته ثم خالها على مهرها فإنه يرجع عليها بنصفه أيضاً ، وهكذا لو أبرأته من نصف المهر ثم طلقها قبل الدخول على نصف مهرها فإن كان قد سلم لها نصفاً وأبرأته من نصف ثم خالها قبل الدخول على المهر استحق المهر كاملاً ومثل نصفه وذلك أنها استهلك بالإبراء نصف المهر فتضمنه كما مر ولزمها مهر كامل لأجل الخلع عليه ، وأما ما كان قد قبضته فتستحقه لأجل الطلاق قبل الدخول بالشرطين المذكورين .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٧٣ ﴾

﴿ ويلزم الغار المكاف سواء كانت الزوجة أم غيرها نحو ان تقول المرأة لزوجها طلقني على ما في يدي من الدراهم أو يقول الغير طلقها على ما في يدي من الدراهم فطلقها فإذا ليس في اليد شيء فإنه يقع الطلاق بائناً ويلزم الغار ﴾ بالتنفير ﴿ الزوج ﴾ مهر المثل ﴿ بالغاً ما بلغ سواء كان قد سمي لها مهر أم لا وسواء كان السمي مساوياً لمهر المثل أم أقل أم أكثر ، ووجه لزوم مهر المثل أنه عوض البضع والتنفير كالجناية المفوتة للبضع فيلزم عوضه إذا كان الخلع عقداً منها أو من غيرها لاشترطاً فلا يصح الطلاق ولا يلزم العوض ، وهذا خلاصة ما تلخص للمذهب في هذا المقام لأنه قد ثبت مهر المثل في إذهاب البكارة بحناية وفي الوطاء غلطا فكذا الجناية على الزوج بتفويت البضع عليه بالتنفير . ومن صور التنفير لو قالت أو الغير على ما في الكيس هذا من الدراهم ولا شيء فيه وقع الخلع ولزم مهر المثل فإن كان في اليد أو الكيس شيء من الدراهم فإنه يقع الخلع وليس له غير ما وجد ولو كان درهما واحداً لأن من التبعيض

فلو قال على هذه الدراهم فانكشفت درهمان لزم مهر المثل ، فلو قالت على ما في يدي ولم تقل من الدراهم أو على ما في الكيس ولم تقل من الدراهم وليس فيهما شيء لم يكن تفريراً لأنها لم تذكر ما ينبئ عن المال فإذا طلقها على ذلك وقع رجعيًا في العقد لا في الشرط وهكذا لو قال ذلك غيرها .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام الخلع ﴾ أنه ﴿ لا تفرير ﴾ على الزوج في صورتين : ﴿ الأولى ﴾ قوله ﴿ إن ابتداء ﴾ بطلب المخالعة في الصور التي جملناها تفريراً ونحوها نحو أن يبتدئها فيقول طلقتك على ما في يدك أو على ما في الكيس من الدراهم فقالت قبلت فانكشف عدم الدراهم فإنه يقع الطلاق رجعيًا في العقد لا في الشرط ولا يلزمها مهر المثل ههنا سواء حصل منها إيهام في صحة العوض أم لا . ﴿ والثانية ﴾ قوله ﴿ أو علم ^(١) ﴾ أو ظن أن الكيس عطل فلا تفرير منها ولو كانت هي المبتدئة لبيكونه عالمًا أو ظانًا بذلك فلا يلزمها مهر المثل ويقع الطلاق في العقد لا في الشرط رجعيًا بقبولها حيث كان هو المبتدئ أو قبوله حيث هي المبتدئة لأن تقديم السؤال قائم مقام القبول فإن لم يحصل قبول أيهما في الصورتين لم يصح شيء .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام الخلع ﴾ أنه يلزمها من العوض ﴿ حصّة مافعل ﴾ من الطلاق ﴿ وقد طلبته ﴾ المرأة أن يطلقها ﴿ ثلاثاً ﴾ بألف فطلقها واحدة استبحق ثلث الألف وإن زاد ثانية فثلاثه وإن زاد ثالثة فكله إذا وقعت كلها في المجلس وتحلل بينها عقدان برضاها ونشوزان كما تقدم في الفروق بين العقد والشرط . والمراد عقد النكاح ولا يكون العقد إعراضاً ولا يكفي النشوز الأول إلا أن يستمر إلى العقد الآخر والطلاق بعده وتستحق بالمقدين الآخرين نصف ماسمي وإن لم يسم فالتمة فلو امتنعت من العقد عليها وقد طلبته ثلاثاً بألف فلا شيء عليها غير ثلثه، وقد صح العقد الأول

(١) ولها تحليفه أنه ماعلم ولا ظن، فإن نسكحل فلا شيء عليها، ويقع الطلاق بالقبول رجعيًا في العقد لا في الشرط فلا يقر شيء اه

خلعاً لأنه رضى بإسقاط حقه ، فإن وقع الطلاق الثانى فى مجلس آخر لم يستحق عليه شيئاً من العوض لأن عقد الخلع قد بطل بافتراقها وهذا يخالف الشرط فإذا كان مشروطاً كبأن طلقتنى ثلاثاً فلك على ألف لم يستحق شيئاً حتى يطلقها ثلاثاً وتكون الثالثة هى الخلع يعتبر فيها النشوز حالها لا عند الأوليين إذ هما رجميتان ولا يجب لهما شيء من العوض .

﴿أو﴾ طلبت الخلع ﴿لها وللغير﴾ نحو أن تقول طلقنى أنا وفلانة بألف فطلقها وحدها استحق نصف الألف وإن طلق الثانية فى ذلك المجلس استحق الألف بكمله ويكون الألف منها حيث قالت بألف منى أو أطلقت ويعتبر نشوزها لا الثانية فلا يعتبر لسكون العوض من غيرها ، فإن قالت على ألف منى ومنها فإن قبلت الأخرى أو أجازت طلقت ويلزمها حصتها منه مع نشوزها حال العقد لأن العوض منها وإن لم تكن ناشزة وقع الطلاق عليها رجبياً فإن لم تجز لم يقع شيء ولا يلزمها الحصة من العوض سواء كانت ناشزة أم لا .

وقوله ﴿حسب الحال﴾ ليشمل سائر الصور التى يتأتى فيها تخصيص العوض فيستحق بالبعض البعض أو كله عند حصول الفرض كما أشار إلى بعضها أبو حامد وهى موافقة لأصول المذهب ﴿فمنها﴾ لو قالت طلقنى ثلاثاً على ألف ولم يبق لها من الثلاث إلا واحدة فطلقها واحدة استحق الألف كله لحصول الفرض المقصود لها وهى الثلاث ولو كان بمضهن قبل الطلب وسواء كانت عالة أنه لم يبق إلا واحدة أم جاهلة لذلك . ﴿ومنها﴾ لو كانت باقية فى اثنتين استحق الألف بهما ونصفه بإحدهما فلو قال الزوج طلقتك ثلاثاً بألف فقالت قبلت واحدة بثلاث الألف لم يقع شيء لعدم مطابقة جوابها لسؤاله ولأنه لم يرض بالبينونة إلا بكمال الألف كما لو طلقها على الألف منها ومن غيرها فقبلت ولم يقبل الغير فإنه لا يقع عليها شيء لارجمى ولا بائن لأنه لم يرض بالبينونة إلا بكمله منها ومن الغير . ﴿ومنها﴾ لو قال أنت طالق ثلاثاً على ألف

فقلت قبلت واحدة على ألف أو سكنت فإنه يصبح الخلع لحصول غرض الزوج وهو ألف ولأن الثلاث لا تقع إلا واحدة والزائد عليها لغو ﴿ومنها﴾ لو قالت طلقني عشراً بألف فبالواحدة العشر وبالثنتين الخمس وبالثلاث السكل . قال الإمام عليه السلام هذا من عجائب الاحكام وهو مستقيم على أصلنا .

﴿مسئلة﴾ وإذا اختلفا فقلت سألتك ثلاثاً بألف فاجبتني فقال بل طلقة بألف وقد فملت استحقك ثلث الألف لأن القول قولها في قدر الموضع وتبقى بائنتين لأن القول قوله في عدد الطلاق .

﴿و﴾ إذا خالع الزوج على عوض فاستحق أو بعضه للغير بالبينة أو اليمين لا بالإقرار فإنه يلزم للزوج ﴿قيمة ما استحق﴾ من الموضع لذلك الغير إن كان قيمياً ومثله إن كان مثلياً، وتعتبر القيمة يوم عقد الخلع إذ هي التي وقعت المخالعة عليها كما لو خالها على فرس أو حَبٍّ أو نحوهما فانكشف للغير فإنه يلزم عوضه للزوج وقد صح الخلع إلا أن تملكه من بعد فله أخذه دون عوضه ، فإن استحق نصف المال المخالع عليه للغير فللزوج الخيار إن شاء ردَّ النصف الباقي وطالبها بعوض الجميع وإن شاء أخذه ورددت إليه نصف القيمة . وكذا في خيار الرؤية وسائر الميوس فإنه ثابت للزوج في عوض الخلع سواء كان معيناً أم غير معين فتستحق قيمة المعين غير معيب وفي غير المعيب تسلم أدنى جنسه غير معيب ، ذكر هذا في الإفادة . وهذه المسئلة مبنية على أن الزوج عند العقد جاهل كون ذلك المال للغير وهي المبتدئة إذ لو كان علماً أو مبتدئاً لم يستحق شيئاً إلا أن يجبر ماله حيث هو عقد لا شرط .

﴿و﴾ إذا خالها على مهرها وقد كان سقط على الزوج كله أو بعضه بإبراء أو نحوه وكانا جاهلين مما فإنه يصبح الخلع ويلزمها له ﴿قدر ما﴾ قد ﴿جهلاً سقطه﴾ عن الزوج حال عقد الخلع فتدفع للزوج قدر المهر إذ المخالعة في التحقيق على ذلك مع سقوطه إذا كانت مبتدئة ﴿أو﴾ كان الزوج ﴿هو﴾ الجاهل وحده أنه قد سقط عنه

﴿أو﴾ المرأة أيضا ﴿هي المبتدئة﴾ لطالب المخالعة بالمهر عند العقد نحو أن تقول طلقني على مهري ، فقال - جاهلا بسقوطه - طلقتُ صح الخلع ولزمها قدر المهر سواء كانت عالة بسقوطه أم جاهلة. وأما لو كان الزوج هو المبتدئ لذلك فقال خالعتك على مهرك فقالت قبلت فإنه لا يلزمها له شيء سواء علما سقوط المهر أم جهلا حيث هو المبتدئ أو هي المبتدئة وكان عالما بسقوطه لارتفاع التفرير بعلمه فلا يستحق عليها شيئا مع البداية منه أو مع علمه ويكون الطلاق رجما حيث كان الطلاق عقدا لا شرطا فلا يقع شيء، فإن علما مما فحيث لا يقصدان على مثله لا يصح خلعا ويقع رجما كما قلنا في العقد لا في الشرط وإن تصادقا على أنهما أرادا المخالعة على مثله صح الخلع ولزمها المثل للزوج ولو كان المهر قد سقط عن الزوج بإبراء أو هبة لأن ذلك كاستيفائه ولا يقوم أن المخالعة على أكثر مما يلزمه لما قلنا أن الإبراء كالأستيفاء ويصح أن تخالعه على مثله كما مر في الأזהار « وعلى المهر أو مثله كذلك » .

﴿و﴾ إذا طلق المريضة على عوض منها أو من مريض غيرها ولو كانت شحيحة سواء كان العوض قدر الثلث أم أكثر منه ولم يميز الورثة فلا ﴿ينفذ﴾ ذلك العوض ﴿في﴾ حال المرض ﴿المرض﴾ إذ وقع الموت منه إلا ﴿من الثلث﴾ فقط وينتبر الثلث ووجود الوارث وعدمه في العقد حال العقد ، وفي الشرط عند حصوله وينفذ من رأس المال إن لم يوجد وإن كان قبل موجوداً أو وجد من بعد فإنه يسطل الزائد على الثلث إن لم يميز ويكون الطلاق خلعا في العقد لا في الشرط فلا يقع إلا أن يفي الثلث بما شرط أو يميز ورثتها وقع . وهذا حيث يكون الزوج المبتدئ أو علم وكان عوض الخلع معيناً وإلا كان الزائد في ذمتها مطلقاً لأنه جناية منها بالتفرير وجناية المريض من الثلث إلى قدره ثم في ذمته، فإن كانت هي المبتدئة لزمها قيمة الزائد في العين في ذمتها إن لم يميز الوارث .

﴿فرع﴾ فلو كان الملتزم بالعوض مريضاً مرضاً مخوفاً مستغرقاً ماله بالدين

فالمخالفة تصح ويكون العوض في ذمته لأن ذمته تسع فإذا مات لم يبطل الخلع ولو بطل العوض باستفراق تركته ، ولم يدخل العوض بهذا الالتزام في جملة الدين ولو قبل حجر الحاكم لأن الرض حجر كما يأتي ، ويورد في مسائل المعاياة : أين خلع صح من دون تسليم عوض كما مر فيمن علم تقدم خلعها ثم التمس ؟ فيجيب بهذا أيضاً . ومن ذلك لو ادعى أنه طلقها على ألف إلى ذمتها فقالت بل إلى ذمة زيد ولم يبين وحلفت كان خلعها ولا عوض له .

﴿ ولها ﴾ أي ويثبت للترزم العوض من الزوجة ﴿ أو الغير ﴾ إذا كانت هي المبتدئة أو الغير بمقد الخلع ﴿ الرجوع ﴾ بالقول ﴿ قبل القبول ﴾ من الزوج بالطلاق ولكن هذا ﴿ في العقد لا في الشرط ﴾ فلا يصح الرجوع فيه بالقول . مثال العقد أن تقول له المرأة أنت برىء على أن تطلقني أو طلقني أو طلقها بألف فلتترم العوض أن يرجع قبل أن يقبله الزوج وقبوله أن يقول طلقت فإن رجع قبل ذلك بطل عقد الخلع فلو طلق بعد الرجوع كان الطلاق رجعياً ولو جهل الرجوع . وكذا لو تقارن الرجوع وقبول الزوج رجح الرجوع ويكون الطلاق رجعياً فإن التمس ذلك فالأصل عدم الرجوع . وأما الشرط فلا يصح الرجوع فيه بالقول ويصح بالفعل لأن الشروط لا يصح الرجوع فيها إلا بالفعل كأن تباع ما شرط كونه عوضاً أو تخرجه عن ملكها بأى وجه من وجوه التمليك وأما الزوج فلا يصح رجوعه لا في العقد ولا في الشرط : أما في العقد فلأن رجوعه بعد الإيجاب منه كالرجوع عن الطلاق وهو لا يصح ، وأما في الشرط فلا يصح الرجوع إلا فعلاً وهو لا يصح منه ذلك .

﴿ مسألة ﴾ لو قالت أنت برىء على طلاق فقال الزوج قبلت أو نعم كان طلاقها خلعاً مع النية لأنه كناية طلاق لعدم انحصار الكنايات كما لو قال قبلت براءتك بطلاقك فإن لم ينو الطلاق لم يقع شيء .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام الخلع ﴾ أنه ﴿ يلغو ﴾ أى يبطل في عقد الخلع ﴿ شرط صحة الرجمة ﴾

سواء كان الشرط بعد تمام العقد كأن يقول خالمتك على ألف فقبلت ثم قال ولى عليك الرجعة، أو قبل تمامه كأن يقول طلقتك على ألف على أن تكون لى الرجعة عليك فقبلت فإنه يبطل هذا الشرط ويصح الخلع والمراد بالشرط هنا هو العقد .. وأما صيغة الشرط المحض نحو أن يقول خالمتك على ألف إن كان لى عليك الرجعة فلا يقع مع الطلاق لارجعيا ولا بائنا، والفرق أن العقد يتم بالقبول بخلاف الشرط فالقبول غير معتبر فيه، ووقوع الشرط هنا غير ممكن لأنه جمع بين ضدتين : وقوع الخلع وهو بائن ووقوعه رجعياً للشرط .

﴿ ١٧٤ ﴾ (فصل)

فى بيان حكم الخلع ولفظه وعوضه . أما حكمه فقد أوضحه الإمام عليه السلام بقوله ﴿ وهو ﴾ يعنى الخلع حيث وقع بشرط أو عقد جامع للشروط فهما ﴿ طلاق بائن يمنع الرجعة ﴾ إلا بمقد جديد فى غير الثلاثة ولو فى المدة كالطلاق قبل الدخول وإن خالفه فى عدم ثبوت المدة فيه فلا تصح الرجعة فيه بالقول أو الفعل كما تصح فى الرجعى من الزوج فى المدة ﴿ و ﴾ يمنع أيضا ﴿ الطلاق ﴾ أى لا يقدمه طلاق لأن الطلاق عندنا لا يتبع الطلاق والخلع نوع من الطلاق لا فسخ . ﴿ و ﴾ الخلع ﴿ لفظه ﴾ وما يتصرف منه كخالمتك وأنت محالمة وكذا المبراة ﴿ كناية ﴾ طلاق فى باب الخلع وغيره ولو ذكر الموضع مع لفظه فإنه إذا قال خالمتك أو بارأنتك على كذا فهو كناية طلاق إن أراد به الطلاق وقع ولزم كسائر الكنايات والالم يقع والقول قوله فى ذلك لأنه لا يعرف إلا من جهته بخلاف قوله طلقتك وأنت طالق على كذا فإنه صريح طلاق .

﴿ و ﴾ إذا اختل قيد من القيود التى اعتبرت فى الخلع بعد أن وقع القبول ونحوه

فإنه ﴿يَصِيرُ مُخْتَلَةً﴾^(١) رجعيًا ﴿قال السجولى « بعد تمام أركانه ولم يكن ثالثًا ولا قبل الدخول » وكلام الأزهار كلام كلّى وضابط جلّى يدخل تحته ما لا ينحصر من الصور والجزئيات. ولما كان كثيرًا ما يقع اللبس في صور قد قررت للمذهب في هذا الباب ناسب التبع لها والتنصيب على ما أمكن الوقوف عليه منها نصًا في ذلك ، « فنها » أن يطلقها بغير عوض سواء كان عقدًا أم شرطًا ، « ومنها » أن يكون العوض غير مال سواء كان عقدًا أم شرطًا ، « ومنها » أن يكون الخلع بموض صائر كله إلى غير الزوج لا بعضه فيصح خلما بقدر ما صار إليه ، « ومنها » أن يكون العوض من الزوجة وهى غير ناشئة وكان عقدًا فيقع بالقبول رجعيًا ، « ومنها » أن يكون العوض منها أكثر مما لزم بالمقد لها وكان عقدًا فيقع بالقبول رجعيًا ويكون المال في يد الزوج كالنصب في جميع وجوهه مع جهلها لا مع علمها بتحريمه فكالفضب إلا في الأربعة ، « ومنها » أن يختل العقد ولا يكون شرطًا كأن يقول أنت طالق فتقول المرأة وأنت برىء ، « ومنها » أن تقول طلقنى وأنت برىء أو ولك ألف فطلق فيكون رجعيًا ، « ومنها » لو قال ردى على مهرى حتى أطلقك فردته فطلقها كان رجعيًا لأن حتى وعدية لا عقدية ولا ينمقد بالمدة ، « ومنها » لو قال هبىنى كذا لأطلقك فوهبته ذلك ثم طلقها كان رجعيًا ، « ومنها » لو قالت طلقنى على مهرى فقال طلقتك لسوء عشرتك كان رجعيًا ، « ومنها » لو جاءت بلفظ الكناية فقالت سرّخنى أو أبنى بألف فقال أبنتك أو سرحتك ولم يقل بألف ونواه طلاقًا دونها وقع رجعيًا ، « ومنها » لو طلقها على أن تدعى مهرها عليه فقبلت وقع الطلاق رجعيًا لاختلاف المقد في هذه الصورة وخروجها إلى المدة ، « ومنها » أن يقع الطلاق في غير مجلس الإبراء والمكس ثم طلقها كان رجعيًا ، « ومنها » أن يبطل العوض أو بعضه بأن يستحق للغير مع علم الزوج أو يكون مبتدئًا فيقع بالقبول رجعيًا في العقد لا في الشرط

(١) ولا يصح الإبراء إذا اختلف شيء من قبوده المتقدمة اه كواكب .

ومن بطلان العوض أن يعقد الإبراء على مهرها وقد سقط عن الزوج بإبراء أو نحوه ولم يتصادقا على أنهما أرادا على مثله وكذا لو كان المهر ألف درهم وجعل لها بقرة قيمتها مائة ثم خالها على مهرها واختلف هل المراد الألف أم البقرة ولم يتصادقا على أن المراد مهر المثل فإنه يكون الطلاق رجعيا مع العلم بسقوطه « ومن ذلك » أن يعقد على الإبراء من نفقة العدة ولم يريد على مثلها ولم يكن ثمة عوض آخر غير الإبراء وكان عقداً فيقع بالقبول رجعيا « ومن ذلك » أن يكون العوض ليس بمال ولا في حكمه كدخول الدار وليس لمثلها أجره ولا عوض غيره سواء كان عقداً أم شرطاً فيقع بالقبول في العقد رجعيا وفي الشرط بالفعل « ومن ذلك » إذا قال الزوج طلاقك خروجك فتمت خرجت طلقت رجعيا إذا لم يكن لمثلها أجره « ومن ذلك » أن يخالها على ما ظنه مالاً كملء مافي الكيس من الدراهم فانكشف أن لا درهم فيه فيقع بالقبول رجعيا في العقد لا في الشرط ، « ومن ذلك » أن يخالها على حر أو خمر مما لا يتمون فانكشف عبداً أو خلاً وقع الطلاق رجعيا ، « ومن ذلك » أن تكون الزوجة هي المبتدئة بإيجاب العقد ورجعت عن الإيجاب قبل قبول الزوج وطلق بعد رجوعها أو تقارنا فإنه يقع طلاقه رجعيا « ومنها » أن يكون المبرأ منه عينا فيقع بالقبول رجعيا في العقد لا في الشرط « ومنها » أن يوكل الزوج غيره وكالة مشروطة بالتسليم كأن يقول متى سلّمت امرأتى كذا فطلقها فحصل الشرط ثم طلقها الوكيل كان الطلاق رجعيا ولو وقع التسليم على وجه يوجب الملك لأن الزوج لم يملك العوض بمجرد التسليم حكاه في البيان « ومنها » أن تطلب الزوجة من الزوج الطلاق بعد سنة أو نحوها على ألف فطلق في الحال كان رجعيا بالقبول منها في العقد لا في الشرط فهذا حاصل مفاهيم قيود ماسبق. وحاصل ما في البيان من نصوص أهل المذهب وهي تنوف على عشرين صورة وإن كان بعضها متقارباً أو متداخلاً فالغرض توقي مظان السهو والخطأ والتقريب بجمع ما تفرق من ذلك .

وقوله ﴿غالبًا﴾ احتراز من ثلاث صور فإن الخلع فيها لا يصير رجعيًا ولا بائنًا بل لا يقع شيء ﴿الأولى﴾ إذا خالعهما بأكثر مما لزمه لها شرطًا نحو أن يقول إن أعطيتني ألفًا فأنت طالق فأعطته ألفًا وهو أكثر مما لزمه لها بالعقد لأن شرط وقوع الطلاق أن تعطيه ألفًا يصح له تملكه جميعًا والألف هنا لا يصح له تملكه فلا يحصل شرط الطلاق بخلاف العقد كما تقدم . ﴿الثانية﴾ لو قال طلقك على هذه الأرض إن كانت لك وقبلت المرأة طالق فإن استحققت الأرض أو بعضها للغير بعد ذلك من يد الزوج بطل الطلاق ويبطل النكاح أيضًا إن كانت قد تزوجت ، وهذا إذا استحققت الأرض أو بعضها بالبينة أو الحكم أو علم الحاكم لا إذا استحققت بنكول الزوج أو إقراره أو رده اليمين لأن الطلاق مشروط بقوله إن كانت لك فأنكشفت للغير فبطل الشرط فبطل الطلاق المشروط . ﴿الثالثة﴾ إذا خالعهما على عوض منها من غير نشوز منها شرطًا لا عقدًا نحو أن يقول إذا أبرأتني فأنت طالق فأبرأت فلا يقع شيء لعدم النشوز لأنه علق الطلاق ببراءته، وذمته لا تبرأ لعدم النشوز فلا يبرأ، وإن أبرأت فلا يقع الطلاق . وأما إذا كان يعتقد أن العقد كالشرط فلا يقع طلاق ولا إبراء والمكس إذا كان يعتقد أن الشرط كالعقد وقع الطلاق وإن لم يكن شيء من ذلك رجع إلى عرف الشرع .

﴿و﴾ من أحكام عوض الخلع أنه لا يعتبر أن يتميز كموض النكاح والبيع ونحوهما بل ﴿يقبل عوضه﴾ كالية ﴿الجهالة﴾ كالإقرار والوصية فيكفي فيها الإجمال بذكر لفظ المال وإن لم يذكر جنسه ولا نوعه ولا قدره كملى مال فيلزمها ما يطلق عليه اسم المال مما يصح أن يتموله الزوجات شرعًا ﴿و﴾ لهذا إذا سمى في عوض الخلع جنسًا من أجناس الأموال ولم يذكر نوعه ولا قدره فإنه ﴿يتعين﴾ له ﴿أو كس﴾ ذلك ﴿الجنس المسمى﴾ في البلد أي أدناه غير معيب مالم يعلمه فلو خالعهما على فرس لزمها أدنى فرس وهو الأوكس ولا يلزمها الأعلى ولا الأوسط ، وكذا لو خالعهما

على هذا الثور أو هذا الثور كان له أو كسهما بخلاف المهر لو أمهرها جنسا أو نوعا فإنه يلزم الوسط من ذلك . والفرق بينهما هو أن البضع لا قيمة لخروجه وإلا بطل الخلع ووقع رجعيا بخلاف دخوله ولأن الموض في النكاح واجب بخلاف الطلاق والموض إنما هو في مقابل الطلاق لا البضع وإن كان لازما له . وفرق بين أن يكون الشيء مقصوداً بالذات وبين أن يكون لازما غير مراد .

﴿ فرع (١) ﴾ فلو قال أنت طالق « على كذا » بهذا اللفظ وقبلت وتصادقا على أنه أراد مالا صح خلعا ولزمها أدنى ما يتمول وعلى هذا إذا قال « إذا كذا فانت كذا » وتصادقا على أن المراد إذا أبرأتني فأنت طالق كان خلعا أيضاً وكذا لو قال خالعتك « على شيء » صح ذلك ولزمها أدنى مال لا يتسامح به .

﴿ فرع (٢) ﴾ ويثبت في عوض الخلع الخيار في سائر العيوب وخيار الرؤية ولا فرق بين المعين وغير المعين وفي المعين يستحق قيمته غير معيب إذا رد بالمعيب وفي غير المعين يتسلم له الاوكس من ذلك الجنس غير معيب .

﴿ فرع ﴾ قال في البحر « فلو أمهرها كبشاً غير معين ثم خالعا عليها عليه استحق الوسط إذ هو الذي عقد عليها به وقد عينته بالخلع فتساقطا فإن أمهرها كبشاً غير معين ثم خالعا بكبش غير معين أيضاً فلها الوسط بالنكاح وله الأوكس بالخلع لما مر من الفرق بين دخول البضع وخروجه « وإذا طلقها على نفقة معلومة ثم فانت استحق قيمتها وهي أجرة المثل .

﴿ و ﴾ إذا عقسد الخلع على عوض ثم انكشف أن ذلك العوض لا يتمول كالحر والخنزير بين مسلمين فإنه ﴿ يبطل الخلع ببطلانه ﴾ أي بطلان ذلك العوض لعدم صحة تملكه وهذا حيث يكون الزوج هو المبتدئ أو عالماً أنه خمر ونحوه، فإن بطل بعض العوض لم يبطل الخلع مع جهله لكن توفي المرأة الذي لم يبطل إلى مهر

(٢) يستفاد من البيان وهامشه اه .

(١) يستفاد من حاشية السجول اه .

المثل حيث هي المبتدئة ، وأما إذا لم تكن هي المبتدئة أو علم ببطلان بمض العوض فإنه يصح الخلع بالباقي . . ولا يبطل الخلع ببطلان عوضه إلا إذا بطل من (غير تقرير) فإن كان ثمة تقرير أو كانت الزوجة المبتدئة فإنه لا يبطل الخلع بل يلزم الزوجة مهر المثل للزوج ، وهذا يخالف ما إذا استحق العوض للغير فإنه يلزمها قيمة ما استحق كما مر . والفرق بينهما أن ملك الغير تصح المخالعة عليه فإن لم يميز لزمته القيمة بخلاف الخلع والتحذير فلا تصح المخالعة عليه بحال . وإنما يبطل الخلع ببطلان العوض لعلم الزوج أو ابتدائه (لا الطلاق) فلا يبطل بل يقع رجعيًا إذا كان عقدًا مع القبول لا شرطًا فلا يقع شيء .

﴿مسئلة﴾ (١) وإذا اختلف الزوجان في عوض الخلع فالقول لها في عدم التزام العوض إذ هو الأصل والبيئة على الزوج حيث هو الذي يدعيه ، وتثبت البيئونة بإقراره فإن ادعت أنه لم يقبل في المجلس فعليها البيئة لأنها مدعية الفساد ، وتثبت البيئونة بإقراره أيضًا لأن الطلاق قد وقع بإقرار الزوج . والقول للزوج في ذلك أيضًا إذ الأصل عدم الطلاق ، فإن قالت خالعتك مكرهة فوجهان : القول لها إذ الأصل براءة اللفة ، وللزوج إذ الأصل عدم الإكراه .

﴿فرع﴾ فإن اختلف في قدر عوض الخلع أو في جنسه أو نوعه أو عينه ففي الشرط البيئة عليها وفي المقد القول قولها مع يمينها لأنها قد طلقت بالقبول والأصل براءة اللفة .

(فصل)

﴿١٧٥﴾

في أحكام تتعلق بالطلاق (و) هي عشرة ﴿الأول﴾ أن (الطلاق لا يتوقت) انتهاءه كالفسخ والعاق بخلاف الإيلاء والظهار لأن الكفارة ترفعهما ، فإذا قال لزوجته

أنت طالق شهراً أو سنة طلقت مستمراً، أما لو قال أنت طالق بعد شهر فتطلق بمده ونحو ذلك لأنه يتوَقَّعت ابتداءه . ﴿ و ﴾ ﴿ الثاني ﴾ أنه ﴿ لا يتوالى متعدده ﴾ لو طلقتها أكثر من واحدة فإنها لا تقع الثانية تبعاً للأولى من دون تحلل رجعة بينهما أو عقد بل يقمان طلقة واحدة وسواء كانتا اثنتين أم أكثر ﴿ بلفظ ﴾ واحد ونحو أنت طالق ثلاثاً ﴿ أو ألفاظ ﴾ نحو أنت طالق أنت طالق أنت طالق فإنه لا يقع إلا طلقة واحدة لأن الطلاق عندنا لا يتبع الطلاق في الصورتين معا ﴿ أما الصورة الأولى ﴾ وهي أنت طالق ثلاثاً فالذهب أنها واحدة وهو قول كثير من العلماء . وقد حكى ذلك الإمام عليه السلام في البحر عن أبي موسى ورواية عن علي عليه السلام وابن عباس، وطاووس وعطاء وجابر بن زيد ، والإمام الهادي والقاسم والباقر والناصر والصادق واحد بن عيسى وعبد الله بن موسى بن عبد الله ، ورواية عن زيد بن علي وإليه ذهب جماعة من المتأخرين منهم ابن تيمية وابن القيم وجماعة من المحققين ﴿ وحجتهم ﴾ ما وقع في حديث ابن عباس عن ركانة « أنه طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد فحزن عليها حزناً شديداً فسأله النبي صلى الله عليه وآله وسلم كيف طلقتها فقال ثلاثاً في مجلس فقال له صلى الله عليه وآله وسلم إنما تلك واحدة فارتجمها » أخرجه أحمد وأبو يعلى وصححه وما روى طاووس عن ابن عباس قال : « كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم » رواه أحمد ومسلم . وفي رواية عن طاووس « إن أبا الصهباء - وهو صهيب الهاشمي مولى ابن عباس - قال لابن عباس هات من هناتك - أي هات من الأشياء العلمية التي عندك - ألم يك طلاق الثلاث على عهد الرسول صلى الله عليه وآله وسلم وأبي بكر واحدة قال قد كان ذلك فلما كان في عهد عمر تتابع الناس في الطلاق فأجازاه عليهم » رواه مسلم ، وعن ابن عباس قال : « إذا قال أنت طالق ثلاثاً بغم

— أى بلفظ — واحد فهي واحدة » أخرجه أبو داود . هذا وقد انتحل القائلون بأنها ثلاث أجوبة كثيرة على حديث ابن عباس مسيرين إليها لمذاهب الأسلاف ، لا مختارين للحق والإنصاف ، وأبطلوا بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في قوله تعالى : « لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً »^(١) مع أن الحق أحق بالاتباع والتيسير خير من انتنفر ، والائتلاف خير من الاختلاف ، كيف وقد أجمع الصحابة إلى السنة الثانية من خلافة عمر على أن الثلاث بلفظ واحد واحدة ولم ينقض هذا الإجماع بخلافه بل لا يزال في الأمة من يفتي ويعمل به قرناً بعد قرن إلى يومنا هذا .

﴿ وأما الصورة الثانية ﴾ وهى أنت طالق أنت طالق أنت طالق فقول الإمام الهادى وأحد قولى الناصر أنها تكون طلقة واحدة لأن الطلاق عندها لا يبتع الطلاق إذ الثانى واقع على غير محله فلم يتصف لا بسنة ولا ببعدة سواء كانت المطلقة مدخولاً بها أم لا فى مجلس واحد أم فى مجالس وهو المختار للمذهب .

﴿ فرع ﴾ وإذا قال أنت طالق أكثر الطلاق أو ملء الدور أو ملء الأرضين أو ملء السموات يجمع المضاف إليه فهو كما لو لم يجمع أو قال أعظم الطلاق أو ملء الأرض أو ملء السماء أو ملء العالم أو نحو ذلك فإنه يقع طلقة واحدة فى الكل ذكر معناه فى البيان .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أن الطلاق ﴿ لا تلحقه الإجازة ﴾ فلو طلق فضولى عن الزوج لم يصح من الزوج إجازة ذلك الطلاق ولو أجازته لأن الإجازة لا تلحق إلا العقود الصحيحة غالباً ولهذا لو خالغ الفضولى عقداً لحقته الإجازة لا إذا كان شرطاً فلا تلحق الإجازة من غير عقد إلا الرجعة وقضاء الدين والقسمة وإجازة الإجازة فى البيع وفى القرض وإجازة النهن وإجازة أحد الشريكين للآخر حيث استنفق أكثر منه وإجازة الوارث ما أوصى به الميت وإجازة قبض المبيع وإجازة السيد عتق مكاتبه والصدقة .

(١) الآية فى أول سورة الطلاق ١٨ .

﴿و﴾ ﴿الرابع﴾ أن الطلاق لا يتبعض ﴿لكن﴾^(١) يتم كسره ﴿ولو تليكاً أو توكيلاً. والمعنى أنه لا يتجزأ كالرق والشفعة، فإذا قال لامرأته أنت طالق نصف طلقة أو عشر طلقة أو جزءاً من ألف جزء من طلقة أو ملكتك أو وكلتك على نصف طلقة أو نحو ذلك وقعت عليها طلقة تامة وكذا إن قال لأربع نسوة ينيكن طلقة وقعت على كل واحدة طلقة طلقة. فإن قال ينيكن طلقة ونصف وقع على كل واحدة تطليقة بدعية وعند من يقول بالتتابع طلقتان .

﴿و﴾ ﴿الخامس﴾ أن الطلاق ﴿يسرى﴾ فإذا وقع الطلاق على جزء منها مشاع ولو قل كالعشر أو دونه أو قال على جزء منها أو على بعض منها متصل بها عند الإيقاع والوقوع سرى إلى جميعها وكذا على عضو منها معين إذا كان متصلاً بها وسواء كان يعبر به عن الجلة كالعين والرأس ونحوها أم لا ولو من شعرها فلو قال عشرك طالق أو عينك طالق أو شعرك طالق أو يدك أو نحو ذلك طلقت جميعاً . فإن قال إن دخلت الدار فيدك طالق فقطعت يدها أو شلت ثم دخلت لم تطلق ، فأما على ما هو مجاور لها كالريق والدمع والدم والعرق والابن والحمل والبول فلا يقع لأنها فضلات منفصلات عنها، وكذا ما هو صفة لها كالسواد والبياض والصوت إلا أن يقول أسودك أو أبيضك طالق فتطلق لأن الطلاق هنا وقع على الحمل وفي الأول على الصفة وهكذا ما هو معدوم فيها كاللحية والذكر ونحوها فلا يقع ، وكذا ما هو معنى كالطمع والذوق والشم ، وكذا الحياة فلا يقع بها لأنها كالقدرة والعلم معان تحمل الزوجة ، وأما إذا أضاف الطلاق إلى روحها أو إلى نسمتها فإنه يقع .

﴿فرع﴾ فلو التحمت السن بعد قلعها والأذن بعد قطعها ثم أوقع الطلاق على أحدهما وقع إذا اتصل المقطوع بالأصل اتصال حياة وإلا فلا .

(١) فيه تسامح إذ لا يظهر للاستدراك وجه. وقيل هو استدراك من قوله ولا يتولى متعدده

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم السادس ﴾ أن الطلاق لا ﴿ ينسحب ﴾ أى لا ينتفى ﴿ حكمه ﴾ بعد وقوعه ولا يبطل فإذا طلق بدعيًا ومذهبه أو مذهب من يقلده أو اعتقاده وقوع الطلاق البدعى ثم تغير اجتهاده أو انتقل إلى مذهب من يقول بعدم وقوعه قبل انقضاء المدة أو بعدها فإنه لا ينسحب حكم الطلاق البدعى بعد وقوعه إلى بطلانه وعدم وقوعه عملاً بالمذهب الثانى لأن المذهب الأول بمنزلة الحكم فإذا طلق زوجته معاً طلاق بدعى وهو يرى وقوعه ثم تغير اجتهاده هو وإحدى الرأتين أو انتقل إلى مذهب الناصر أن البدعى لا يقع فإنه لا يثبت له عليهما معاً الرجوع إلى الزوجية بدون رجعة أو عقد عملاً بالمذهب الثانى ولا على التى تغير اجتهادها معه أو انتقلت إلى المذهب الثانى أيضاً فلا انسحاب حتى يعمل بالمذهب الثانى . وكذا لو كانت واحدة وتغير مذهبها إلى مثل ما تغير مذهب الزوج فلا يصح الرجوع بدون رجعة أو عقد باعتبار مذهبهما الآخر لأن الأول نهاد الأول بمنزلة الحكم . هذا ما ظهر باعتبار التصويب على لفظ الأزهار وهو المختار للمذهب . وأما إذا أبقينا الأزهار على ظاهره فنقول يلزم المرأة التى تغير اجتهادها مع الزوج حكم مذهب الزوجة التى لم يتغير مذهبها فقد انسحب الحكم باعتبار التزام المرأة التى لم تغير مذهبها مع الزوج إلى مذهب الزوجة التى لم يتغير مذهبها وهذا فى المعنى يلاق التصويب لأن الحكم فيهما معاً هو العمل بالمذهب الأول لأنه كالحكم فلا انسحاب فى الحقيقة إلا على عكس هذه الصورة على خلاف المذهب . وهذا هو الذى فهمه الشارح ابن مفتاح رحمه الله وبنى عليه كما فى غيره . فلو كان مذهب الزوج مع إحداها انسحاب الحكم وهو العمل بالاجتهاد الثانى دون الأول فإنه لا يلزم ذلك المذهب المرأة الأخرى ولا ترجع به مع الزوج إلى مذهب الآخر إلا بحكم حاكم يرى الحكم بالاجتهاد الثانى، على أن الناصر وإن كان يقول بعدم وقوع الطلاق البدعى لكنه يقول بأن المذهب الأول بمنزلة الحكم . نعم ولا يجوز لها أن تزوج إلا بطلاق آخر على السنة أو بحكم حاكم هدى يرى أن الاجتهاد الأول بمنزلة

الحكم . هذا إذا كان ثمة مشاجرة من الزوج لها فإن لم يكن ثمة مشاجرة منه جاز لها النكاح من دون طلاق ولا حكم ويكون صحيحاً إلا أنه معرض للفساد لو ترافعا من بعد إلى من يقول ببطلان المذهب الأول لتغير اجتهاد الزوج ويحكم بالتزام حكم المذهب الثاني ، وعلى حكمه ينسحب حكم الطلاق إلى المذهب الثاني ويلزمها ذلك بالحكم لا بمجرد تغير مذهب الزوج ، وعلى هذا فحق العبارة أن يقال « ولا يبطل حكمه إلا بحكم » .

﴿ و ﴾ ﴿ السابع ﴾ أن الطلاق ﴿ يدخله التشريك ﴾ مثاله أن يقول لإحدى زوجتيه أنت طالق ثم يقول للثانية وأنت يا فلانة مثلها أو معها أو شرّ كنتك معها فيكون الطلاق في الأولى صريحاً ، وفي الثانية كناية ولو كان معطوفاً على أجنبية . فلو قال وأنت ولم يقل مثلها كان صريحاً فيهما لأنه لا يحتمل في الثانية إلا الطلاق كالأولى لتقدير الخبر المحذوف من جنس المذكور على حد قوله تعالى : « أكلها دائم وظلها » .

﴿ و ﴾ ﴿ الثامن ﴾ أنه يدخله ﴿ التخيير ﴾ أيضاً فيقع به الطلاق على إحدى المخيرتين طلاقهما أو طلاقهن غير معينة ، مثاله أن يقول أنت يا فلانة أو فلانة طالق أو يقول أنت يا فلانة طالق أو فلانة أو فلانة فإن هذا كما لو قال إحداكما أو إحداكن طالق . وقد تقدم حكم ذلك أنه يرفع اللبس برجمة أو طلاق في آخر فصل ١٦٨ .

وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من نحو أنت طالق أو لا يسكون الواو فإن هذا التخيير لا يدخله الطلاق بل يبطل به الطلاق لعدم الحزم به . أما لو قال أولاً بتشديد الواو وكان ممن يعرف العربية فلا تطلق كمن قال أنت طالق أمس إلا أن يقول من أول أو في أول فتطلق لأنه إقرار ، فإن قال أنت طالق واحدة أو لا فلا يقع به الطلاق أيضاً وإن كان يحتمل أنه خيّر بين واحدة وبين أكثر منها لاحتمال التخيير بين واحدة وعدمها ، وإذا احتمل الأمران فالأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق إلا أن يخير بين

زوجته وبين أجنبيه وقع الطلاق على زوجته كما لو خير بينها وبين الحجر ونحوها .

﴿ و ﴾ ﴿ التاسع ﴾ أن الطلاق ﴿ يتبعه الفسخ ﴾ ما دامت في العدة من الطلاق ولو بائناً أو في عدة فسخ والفسخ الآخر فسخ لمان فيثبت حكم الفسخ بعده وليس للزوج الرجعة بعد الفسخ ولو كانت في عدة طلاق رجعى . مثال ذلك لو طلق الصغيرة بعد الدخول أو ما في حكمه ثم بلغت في العدة فلها الفسخ أو علمت بالميب بعد الطلاق أو هو فله الفسخ أيضا ، وهكذا لو طلقها ثم رماها بالزنى فلا عنها في العدة وطلبها الفسخ من الحاكم ففسخ وفائدة الفسخ بعده لو كان الطلاق رجعياً فيمنع الرجعة وأما في عدة البائن فذلك لا يكون إلا بعد الدخول ، وأما إذا طلق المعيبة قبل الدخول بعد التسمية الصحيحة ثم علم بالميب بعد الطلاق فليس له الفسخ ليرجع عليها بنصف المهر الذى سلمه إليها بالطلاق إذ لا عدة عليها ولا يتبع الفسخ إلا فيها ولأنه قد رضى بإزالة ملكه لنصف المهر ﴿ لا العكس ﴾ وهو أن يقع فسخ ثم يطلق بعد الفسخ فإن الطلاق لا حكم له بعد الفسخ ولا يتبعه لأن الفسخ أقوى نفوذاً من الطلاق بدليل صحة الرجعة في الطلاق دون الفسخ ففيه تأسيس عدم الرجعة في الرجعى والرجوع بنصف المسمى إن كان بائناً قبل الدخول ، وأما كون الفسخ يتبع الطلاق ولا يتبع الطلاق الطلاق فالغارق الدليل حيث جعل الثلاث واحدة . « غالباً » احترازاً من أن تسلم الزوجة الذمية دون زوجها فينفسخ النكاح بينهما وتبين بانقضاء المدة فإن طلقها في عدة الفسخ وقع الطلاق^(١) فإن تقارن الفسخ والطلاق أو التبس المتقدم منهما رجح الفسخ . وأما الفسخ فلا يتبع الفسخ إلا فسخ اللعان فإنه يتبع جميع الفسوخات ما دامت في العدة وتحرم عليه بعده أبداً .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الماشر ﴾ ﴿ يقع ﴾ الطلاق ﴿ المقود على غرض ﴾ مقصود نحو أنت طالق على أن تدخل الدار ولم يكن للدخول أجرة وإلا كان خلماً أو نحو ذلك ،

(١) كما ذكر ذلك في النوع السادس مما ينفسخ به النكاح في كتاب البيان اه

أو غير مقصود كتحريك الإصبع ونحوه فيقع **(بالقبول)** وهو قولها قبلت **(أو ما في حكمه)** وهو تقدم السؤال منها كطلقني على دخول الدار ونحوه أو الامتثال منها بأن تدخل الدار فيقع الطلاق رجعيًا ولا يلزمها الدخول، فإن لم يقع قبول ولا تقدم سؤال منها ولا امتثال لم يقع الطلاق، وإذا بعدت الدار عن المجلس فامتثالها فهو ضابط في المجلس قبل الإعراض فيقع الطلاق ولو تمذر دخولها الدار إما بموت أو خراب الدار. ولا بد أن يقع القبول أو ما في حكمه **(في المجلس قبل الإعراض)** منها بشيء بعد إعراضها كما مر ذكره، فإن كانت غائبة فيعتبر قبولها في مجلس بلوغها الخبر ومفهوم قول الإمام عليه السلام المقود يحترز من المشروط فإنه لا يفتقر إلى القبول ولا يعتبر فيه المجلس وإنما يعتبر وقوع الشرط فقط كما مر ولو جاهلة أو ناسية.

(و) **(من أحكام الطلاق)** أنه **(لا ينهدم)** منه بنكاح صحيح كما يأتي ويصيره كالمعدم **(إلا ثلاثة)** فقط لا دونها فلا يهدمها الزوج الثاني، ومهما كان الطلاق ثلاثًا متخللات الرجعة انهدمت وصارت كأن لم تكن فإن عادت إلى الزوج الأول بعد زوج صارت كأن لم يكن قد طلقها شيئًا فيملك عليها ثلاثًا، أما لو لم يكن قد طلقها ثلاثًا بل مرة أو مرتين فإنهما لا ينهدمان فإذا عادت إليه بعد زوج لم يملك عليها إلا توفية الثلاث وذلك أن الزوج الآخر إنما يهدم تحريم المقد عليها من الزوج الذي قبله ولا تحريم إلا بعد الثلاث فلا يهدم ما دونها لانقضاء العلة وهي تحريم المقد.

(و) كذا **(لا)** ينهدم **(شرطه)** أي شرط الطلاق. فلو قال لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق فإن هذا الشرط باق لا ينهدم **(إلا معها)** أي مع الثلاث الطلاقات **(فينهدم)** بالشرط بها متى انهدمت الثلاث بنكاح صحيح كما يأتي. **(و)** لو كان الشرط بلفظ يقتضي التكرار نحو أن يأتي **(بكلما)** فعلى هذا لو قال أنت طالق كلما دخلت الدار ثم نجز طلاقة لم تنحل الطلقة المشروطة إلا متى استوفى الثلاث ثم

عادت إليه بعد زوج ثم حصل شرط الطلاق وهو دخول الدار لم يقع عليها المشروط. وهو الطلاق لأنه قد انهدم مع انهدام الثلاث .

﴿ و ﴾ الطلاق وشرطه ﴿ لا ينهدمان إلا بنكاح صحيح ﴾ لزوج آخر ولو عبداً فلو كان فاسداً لم يقع به التحليل عندنا والمبرة في صحة النكاح الآخر بمذهب المرأة والزوج الآخر فإن اختلف مذهبهما فلا تحل للأول إلا بحكم حاكم بصحة النكاح بينهما ولا بد ﴿ مع ﴾ العقد الصحيح من ﴿ وطء ﴾ يقع من الزوج الثاني ﴿ في قُبَل ﴾ وأقله ما يوجب الفسل في الثيب وفي البكر إذ هاب البكارة وإن لم ينزل ولو كان الوطء وذكره ملفوف بخرقة فإن ذلك يقتضى الإحلال ولا يقع تحليل بدون ذلك . وإذا طلقها الثاني وأرادت النكاح بالأول وادعت أن الثاني وطئها وأنكر قبل قولها وحلت للأول ما لم يظن كذبها فلو أنكرت دخول الثاني بها وادعى هو وبين عليه لم تحل للأول لأجل ثبوت الرجعة ولا ينهدم الطلاق ولا شرطه برده إلا أن تزوج المرتدة بمرتد يوافق نكاحها الإسلام اجتهداً على قول أبي مضر ، ولا ينهدمان بالإسلام ولا بشجدة الرق عليهما أو على أحدهما ﴿ ولو ﴾ وقع الوطء ﴿ من ﴾ زوج ﴿ صغير ﴾ إذا طلق بعد البلوغ أو فسخ نكاحه منها نحو أن يمقدله بطفلة فترضمها الزوجة هذه المحللة أو يكون مملوكاً فتملكه أو جزءاً منه كما يأتي في لطيفة التحليل ، وكان ﴿ مثله يطاء ﴾ كالمرأى وإن لم ينزل ولا بد أن تكون المرأة بالغة أو مثلها توطأ . ومن لطائف التحليل أن يشتري الزوج عبداً مرافقاً ثم تزوج المرأة المثلثة به ثم تستدخل ذكره وإن لم ينتشر ثم يهب الزوج العبد منها فيفسخ النكاح بملكها إياه وتمتد من وطئه عدة فسخ في صورتين وتحل لزوجها بهذه الرخصة الشرعية .

﴿ أو ﴾ وقع الوطء من زوج ﴿ محبوب غير مستأصل ﴾ جب ذكره - بفتح الصاد - وذلك بأن يبقى منه قدر الحشفة فأدخلها جميعها صح التحليل وأما إذا لم يبق منه قدر ما فوق الختان وهى قدر الحشفة لم يصح منه التحليل ﴿ أو ﴾ وقع الوطء من

الزوج الآخر ﴿ في ﴾ حال ﴿ الدمين ﴾ فالحيض ظاهر ، والنفاس حيث عقد له بها في النفاس أو وطئت تحته بشبهة فملقت فوضعت فوطئها في نفاس الشبهة أو علقت باستدخالها منيته ثم وضعت فوطئها في النفاس . والمراد أن الوطء من الزوج الثاني وإن كان محرماً كحال الدمين أو كانا صائمين أو محرمين فهو يقتضى التحليل للزوج الأول . ﴿ أو ﴾ دخل الزوج الآخر في النكاح ﴿ مضمراً التحليل ﴾ للأول لم يكن ذلك قادحاً في صحة التحليل بل يصح ، وتقدم التواطئ في حكم الإضرار . وأما إذا شرط عليه ذلك أو شرط على نفسه فبعد المقد لا يضر ، وحاله على وجهين : « أحدهما » أن يقول أو يقول له الولي إذا أحلتها فلا نكاح فهذا كنكاح المتعة لأنه مؤقت فلا يصح . الوجه الثاني أن يقول أو يقول له الولي إذا أحلتها طلقها فهذا لا يصح وعلى هذين الوجهين حملوا ما ورد عن ابن مسعود قال : « لعن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم المحلل والمحلل له » رواه أحمد والأربعة من حديث علي عليه السلام وصححه السيوطي والترمذي والنسائي عن ابن مسعود والترمذي أيضاً عن جابر وقال حسن صحيح ، وقال ابن حبان رواه ثقات ، وزاد في « ضوء النهار » وصححه الأئمة كابن القطان وابن دقيق العيد من حديث ابن مسعود وحسنه البخاري من حديث أبي هريرة وصححه ابن السكن من حديث علي ، وله طرق عديدة لها علل من حديث غير المذكورين ، وعن عقبة بن عامر قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ألا أخبركم بالتيس المستعمار ، قالوا : بلى يا رسول الله ، قال : هو المحلل لمن الله المحلل والمحلل له » رواه الحاكم وابن ماجه .

﴿ و ﴾ لو قال لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار فإنه ﴿ ينحل ﴾ ^(١) هذا ﴿ الشرط ﴾ أى يبطل الطلاق المعلق به فلو راجعها ثم دخلت مرة أخرى لم تطلق

(١) فان قلت إن هذا الشرط قد تقدم فإفادة التكرار ؟ قلت « فائدته ليدكر أنه ينحل الشرط إذا دخلت وهي مطلقه أو مفسوخة . اه مقى .

بالدخول لأنه قد أنهدم، وبطل بوقوعه إذا كان ذلك الشرط ﴿بغير كلما﴾ لأنه لو كان الشرط بكما اقتضى التكرار فلا ينحل الشرط بوقوعه مرة واحدة فإذا قال كلما دخلت الدار فأنت طالق فدخلت طلقت فإذا راجعها ثم دخلت طلقت الثانية ثم كذلك حتى تبين منه بالثالثة لأن كلما للتكرار بخلاف سائر آلات الشرط . قال ﴿المؤيد بالله ومتى﴾ مثل كلما في اقتضاءها للتكرار بخلاف سائر آلات الشرط وقد مر بيان المختار^(١) في ذلك إن متى لا تقتضى التكرار فينحل الشرط ﴿بوقوعه﴾ ولو ﴿مرة﴾ واحدة مهما كان بغير كلما ﴿ولو﴾ كانت عند وقوع الشرط ﴿مطلقة﴾ أو مفسوخة أو مزوجة نحو أن يقول لزوجته إذا دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها طلاقاً ناجزاً أو فسخها فدخلت الدار وهي مطلقة أو مفسوخة منه أو مزوجة بغيره انحل ذلك الشرط فلو راجعها بعد الطلاق الناجز ونحوه وقد دخلت لم تطلق إذا دخلت من بعد لأن الشرط قد انحل بعد دخولها قبل مراجعتها .

﴿١٧٦﴾ باب العدة

العدة بزنة فعلة بكسر الفاء كشدة وسدرة . وفعله في الأصل موضوع بالنوع للنوع كحلسة وركبة ثم سمي به الجماعة الممدودة قال الله تعالى : « ان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً » وقال « فعدة من أيام أخر » وكأنه لم يلحظ في هذا معنى النوعية كما يقال عندى عدة من الرجال . وعدة النساء تحتل الأول لأنها اسم للحالة التي تكون عليها المرأة عنداستبراء رحمها بالولادة أو الأقراء أو الأشهر وتحتل الثاني لأنها كمدة الرجال التي أمر الله أن تطلق النساء فيها فهي اسم للأيام الخصوصية كما قال تعالى مشيراً إلى العديتين : « فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة » أى المدة من الابتداء

(١) في آخر فصل ١٦٦ في شرح قوله (ولا يقتضى التكرار إلا كلما) اهـ .

إلى الانتهاء الثانية غير الأولى لتعقبها بقوله : « لا تخرجوهن من بيوتهن » لأن الأولى عدة إيقاع الطلاق والثانية عدة وقوع الطلاق، وربما يقال إن العدة الأولى في الآية ترجع في التحقيق إلى المعنى الأول لأنها اسم للأيام المخصوصة المنصوصة ، وكلام المصباح يلتفت إلى المعنيين ونصه « قيل هي لأيام أقرأها مأخوذ من العدد والحساب ، وقيل لأيام تربصها المدة الواجبة عليها » وفي شرح الأئمة : العدة في الشرع اسم للمدة تترتب فيها المرأة ولا يحل نكاحها إلا بعد انقضائها . فالعدة الشرعية المضافة إلى النساء ﴿ هي ﴾ على ثلاثة أقسام ﴿ إما عن طلاق ﴾ أو عن موت أو عن فسخ وما عداها فاستبراء ، ولكل واحد منها أحكام كما ستعرف ذلك مفصلاً :

﴿ القسم الأول ﴾ إذا كانت عن طلاق ﴿ فلا تجب ﴾ العدة ﴿ إلا بعد دخول ﴾ بالزوجة وهو الوطء وأقله في حق الثيب ما يوجب الفسل وفي البكر لا بد من إذهاب البكارة وسواء كانت كبيرة أم صغيرة تصلح للجماع أم لا ، وسواء كان النكاح صحيحاً أم فاسداً ﴿ أو ﴾ لم يقع دخول بل كانت بعد ﴿ خلوة ﴾ لها فهي تقوم مقام الدخول في إيجاب العدة عليها إذا وقعت ﴿ بلا مانع ﴾ حقيقى ﴿ عقلى ﴾ وهو الذى لا يمكن معه الوطء كالرتق والجب من الأصل وطفولة بأيهما فيعتبر خلو ذلك منهما ممكناً ، لا لو كان المانع عقلياً غير حقيقى كالجدام أو البرص أو الجنون أو السل أو العُنة وبحو ذلك مما يمكن معه الوطء فتجب معه في الخلوة العدة بعد الطلاق ، وكذا المانع الشرعى كأن يكونا صاعين أو محرمين أو فى مسجد أو حضر معهما غيرهما فإن العدة تجب ولا يضر ذلك المانع . ﴿ ولو ﴾ وقع الوطء أو الخلوة ﴿ من ﴾ زوج ﴿ صغير ﴾ لم يبلغ الحلم وطلقها بعد أن بلغ إذا كان فى حالة ﴿ مثله يطق ﴾ فيها - كالمرأى - وجبت العدة لإمكان الوطء منه .

﴿ فرع ﴾ ومن وجبت عليها العدة فى ظاهر الشرع لأجل الخلوة وتيقنت

(التاج الذهب - ١٤ - ن)

أوظنت أن زوجها لم يطأها فإنها لا تجب عليها المدة فيما بينها وبين الله تعالى وإنما ذلك في ظاهر الحكم، ولا يجوز لها أخذ النفقة أيضاً وسياء كانت الخلوة صحيحة أم فاسدة أما لو وطئها في دبرها لزمها المدة ظاهراً وباطناً، وأما إذا أخذت ماءه فاستدخلته فرجها فلا تلزمها المدة لو طلقها بعد ذلك لظاهر قوله تعالى « من قبل أن تمسوهن » وهذا ليس بميسر إلا أنها إذا حملت من ذلك وكان عن وطء لغيرها وصادقها الحق نسب الولد به ولا يقتضى تحريم المصاهرة في الفروع لأنه ليس من المقدمات . ويرد في المايعة : أين رجل تزوج امرأة وحملت منه بولد ولحق نسبه ثم طلقها ولم تجب عليها عدة ولا لزم لها نفقة ولا خرم عليه فروعها . فيجيب عليه بهذا .

واعلم أن المطلقة المعتدة على ستة أحوال : إما حامل ، أو حائل ، ذات حيض ، أو منقطعة ، أو آيسة ، أو ضهباء ، أو صغيرة : ﴿ فالحامل ﴾ إذا طلقت انقضت عدتها ﴿ بوضع جيمه ﴾ أى جميع حملها إذا كان لاحقاً بالزوج ولو من وطء شبهة قبل هذا النكاح نحو أن يعقد بها وهى حامل منه لشبهة ثم خلا بها وطلقها ووضعت الحمل ولو من غير الفرج انقضت عدتها به مبهماً لحق به ولو لم يكن من وطء الزوجية ، وإنما تنقضى عدة الحامل بالوضع بشرط أن تضعه ﴿ متخلفاً ﴾ - منه ولاحقاً به - أى وقد بان فيه أثر الخلقة ولو من غير خلقة آدمى فإن لم يلحق نسبه بالزوج أو لم يكن قد تخلق فعدها بالأقراء من بعد ذلك ﴿ غالباً ﴾ احترازاً ممن تزوجت في المدة جهلاً فأنت بولد لدون ستة أشهر من دخول الثانى ولأربع سنين فما دون من طلاق الأول فلا تنقضى المدة به مع أنه لاحق بالأول وإن كان الحمل توأمين أو أكثر فلا تنقضى عدتها إلا بوضع الآخر متخلفاً ، ولا يكفي تخلق الأول كما هو ظاهر الأزهار .

﴿ فرع ﴾ ^(١) ومدة النفاس ليست من المدة ولا نفقة ولا غيرها لها في تلك المدة إذ قد انقضت عدتها بوضع جميع ذلك الحمل فيجوز للزوج الآخر أن يعقد عليها ولو

(١) يستفاد من المسألة التى بعده من البيان أول المدة اهـ .

قبل أن تنفصل من ذلك النفاس ولا يطاق إلا بعده كما لو عقد بها حائضاً وليس للزوج الأول مراجعتها لو كان الطلاق رجعياً بعد وضع جميع الحمل ولو قبل انقضاء مدة النفاس .

﴿مسئلة﴾ ومن قال إذا ولدت فأنت طالق ثم ولدت لم تمتد بوضع ذلك الحمل ولا بدم النفاس بل بثلاثة أقراء من بعده ، وأقل مائة تقضى فيه عدتها تسعة وثلاثون يوماً لأن عشر أظفر من بعد النفاس وتسعة وعشرين أقل المدة وهكذا إذا لم يكن الحمل لاحقاً بالزوج .

﴿ و ﴾ أما المطلقة ﴿ الحائض ﴾ أى من كانت من ذوات الحيض ولو مجنونة فإنها تمتد ﴿ بثلاث ﴾ حيض وهى الأقراء التى فى قوله تعالى : « يترىسن بأنفسهن ثلاثة قروء » ﴿ غير ما طلقت ﴾ وهى ﴿ فيها ﴾ وغير ما علقت وهى فيها من الحيض فلا تمتد بها إلا بعد حيضة . والمتبر ثلاث حيض كاملة بل تمتد بما يحصل بعد ذلك ﴿ أو وقعت ﴾ الحيض أو الحمل أو الأشهر وهى ﴿ تحت زوج ﴾ آخر قد تزوجها أو نحوه كالسيد ووطئها^(١) فى القبل وهى فى المدة ﴿ جهلا ﴾ منهما مما بتحريم ذلك ، فواقع من الحيض تحتها مع الجهل وبعد الدخول لا عبرة به ولا تحسبه من حيض المدة من الزوج الأول ولو حاضت مراراً كثيرة بشرط استمرار الجهل . فلو علما أو أحدهما فزنا إذا وطئ بعد ذلك ولا يقطع حكم المدة ، قال فى حاشية السحوى « أما ما جاء من الحيض تحت زوج النكاح الباطل بعد العلم ببطلان النكاح فلعلها تنقضى به المدة حيث حاضت قدر المدة أو تمامها بعد أن مضى عليها بعد العلم بالبطلان قدر الاستبراء » وهكذا لو تزوجت المرأة أزواجاً عدة واستكملت عدتها من كل واحد منهم بعد طلاقه إلا الأول إذا تزوجت فى عدتها منه فإنها لا تمتد عنه بما حصل معهم من الحيض والعدد فتستبرى من الآخر وتبتدىء المدة عن طلاق الأول أو تستكملها ثم بمسد انقضاء

(١) فان لم يدخل بها انقضت عدتها اه ديباج .

عديها من الأول تزوج من شاةق ، وأما مدة الاستبراء من الأزواج الآخرين غير الأول فإنها تتداخل إن لم تسكن تزوجت على من بعد كل واحد قبل استكمال عديها منسه ، وكالحيض الحمل والأشهر لو طلقت وهي حامل أو حملت من الزوج الأول أو كانت عديها بالأشهر لصغر أو لموت أو غيرها ثم تزوجت قبل أن تضع الحمل أو تنقضي الأشهر فوضعت ذلك الحمل أو حملت من الآخر فوضعت أو مضت الأشهر تحت الآخر فلا حكم لذلك في انقضاء عديها به من الأول بل تعتمد للأول بعد عدة الآخر بحيض أو أشهر ولا نفقة لها في ذلك على أحد من الأزواج .

﴿ فإن انقطع ﴾ حيضها بعد ثبوته ولو مرة واحدة ﴿ ولو من قبل ﴾ الطلاق ﴿ تربصت ﴾ أي ليس لها أن تمتد بالأشهر لا تقطاعه ، وسواء كان العارض المانع من الحيض معروفا كالمرض والرضاع ونحوهما أو غير معروف فتتظر الحيض ﴿ حتى يمود ﴾ الحيض ﴿ فتبني ﴾ على ما قد حاضته بعد الطلاق إن كانت قد حاضت ولا تستأنف ولا تبتدىء حيث لم يكن قد حاضت بعد الطلاق ﴿ أو ﴾ لم بعد الحيض فتتظر حتى ﴿ تياس ﴾ ^(١) من رجوع الحيض وذلك بأن يبلغ عمرها ستين سنة تحديداً ،

(١) قال العلامة شيخ الإسلام محمد بن علي الشوكاني رحمه الله في السيل الجرار : قوله (غان) انقطع ولو من قبل تربصت حتى يمود فتبني أو تياس) أقول هذه المسئلة ، قد اضطربت فيها الأقوال وتفرقت فيها المذاهب . وسبب ذلك أن الله سبحانه بين في كتابه العزيز أقسام المستدات فجعلهن أربعاً : الحامل ، والحائض ، والتي لم تحض أصلاً ، والآيسة ، وهذه التي انقطع حيضها لمرض ليس واحدة منهن ولم يثبت في السنة المطهرة ما يدل على هذه المسئلة وكل مسئلة لم يوجد عليها النعم أو الظاهر في الكتاب ولا في السنة كانت عرضة لآراء الرجال ووطناً لاختلاف الأقوال . وقد حاول بعض أهل العلم إدراج هذه تحت الآيسة فلم يصب فإن معنى الإياس من الحيض لم يحصل لهذه لأنه انقطع حيضها وهي في وقت إمكانه فإن قدرنا أنه جعل لها الإياس من عود الحيض فهي آيسة ولكن حصول الإياس لها بعيد جداً فإن أسباب انقطاع الحيض كثيرة كما صرح بذلك الحكماء في تصانيفهم في العلل وأسبابها .

والحاصل أن الإياس إن كان كما ذكره كثير من المحققين أنه هو المقتال للرجاء والطمع كان المعتبر =

فإذا أيسر عن رجوع الحيض ببلوغ هذه المدة (فتستأنف المدة بالأشهر) وهي ثلاثة أشهر ولا تبني الأشهر التي تعتمد بها بعد الإياس على ما قد مضى من الحيض إذا

== في حق هذه هو عدم وجود الرجاء منها لرجوع الحيض وعدم مالمعها في عوده فإذا حصل لها ذلك كانت مندرجة تحت قوله تعالى : (واللاتي يؤسن من الحيض من نساءكم إن ارتيتم فعدتهن ثلاثة أشهر) ، وأما إذا كان اليأس هو القطع بعدم العود فلا تندرج تحت هذه الآيات إلا بعد حصول القطع لها بعدم معاودة الحيض ، والموجود في كتب اللغة أن اليأس القنوط فإن تقرر بثبوت حقيقة شرعية لليأس كانت مقدمة وإن لم يتقرر ذلك كان الرجوع إلى المعنى اللغوي وهو للتوجه . ولا يقدح في وجوب الرجوع إلى المعنى اللغوي ورود استعمال الكتاب والسنة لليأس بمعنى عدم مجرد الطمع في الحال فإن ذلك يكون مجازاً أما إذا كثرت الاستعمال بحيث صار مقيداً لكونه الحقيقة الشرعية فهو مقدم كما تقدم .

وإذا عرفت هذا فها هنا بحث آخر ينبغي أن نعين النظر فيه وتندبره : وهو أن هذه التي انقطع حيضها قبل عدتها أو حال عدتها مندرجة تحت قوله : (واللاتي لم يحضن) فإنه يصدق عليها عند هذا الانقطاع أنها من اللاء لم يحضن فتكون عدتها كعدتهن وليس في الآية ما يدل على أن المراد أنهن لم يحضن أصلاً ، بل المراد بعدم وجود الحيض عند العدة كما تقول من لم يأتك من الرجال فلا تمطه فليس المراد إلا عدم إتيانه إليه حال العطاء لعدم إتيانه إليه . دأبنا بحيث لو كان قد أناته مرة في عمره لكان مستحقاً للعطاء .

وقد وقع الاتفاق على أن الصغيرة التي لم تبلغ سن التكليف هي من اللاتي لم يحضن ومعلوم أنه لا يراد عدم حيضها في جميع الأزمنة ماضيها ومستقبلها لانقطاع بأنها إذا بلغت وحاضت لم يكن ذلك مبطلا لعدتها التي اعتدتها حال صفرها بالأشهر .

ومعلوم أيضاً أن المرأة إذا حاضت مرة واحدة يصدق عليها أنها حاضت فإذا تخلف عنها الحيض يصدق عليها أنها لم تحض . وإذا عرفت هذا علمت أن المرأة إذا وجبت عليها العدة وحيضها منقطع لمرض فهي من اللاء لم يحضن فعدتها ثلاثة أشهر كعدة اللاء لم يحضن فإن انكشف أن ذلك الانقطاع للحمل فعدتها تنقضي بوضعه ، وإن استمر الانقطاع ولم يكن سببه الحمل حتى مضت عليها ثلاثة أشهر فقد انقضت عدتها بالأشهر الثلاثة فإن عاد حيضها قبل مضى الثلاثة الأشهر كنف ذلك أنها حائض وهي باقية في العدة فتستأنف العدة بالحيض على أنه لو قيل أنها تحتسب بما قد مضى من الأشهر وتجعل كل شهر في مقابل حيضة . فإذا عاد عليها الحيض وقد مضى عليها شهران اكتفت بحيضة لم يكن هذا بعيداً من الضواب وأي مانع منه؟ فإنها امرأة أدركتها عدتها وهي غير حائض فاعتدت بالأشهر كما أمر الله سبحانه اللاتي لم يحضن وإذا عادت عليها الحيضة صارت من ==

كانت قد حاضت مرة أو مرتين بعد الطلاق بل تستأنف عدتها بالأشهر ﴿ ولو دمت فيها ﴾ أى فى هذه الأشهر فلا تعتمد بهذا الدم لأنه ليس بحيض وإنما هو دم علة أو فساد لمحيثه بعد الإياس ، ولها مدة التربص النفقة ويثبت بينهما التوارث إذا كان الطلاق رجعيًا .

﴿ فإن ﴾ انقطع حيضها لعارض فتربصت إلى أن غلب فى ظنها أنها قد بلغت مدة الإياس ثم ﴿ انكشفت حاملاً بالوضع ﴾ تعتمد على أن الحمل بعد مدة الإياس متعذر إلا أن تأتى به لأربع سنين إلا يوماً بعد الإياس فيعلم أنها حملت به فى آخر يوم من الستين . وإنما تكون عدتها بوضع هذا الحمل ﴿ إن لحق ﴾ الولد بزوجها الذى اعتدت

= النساء الحيض فسكنت عدتها بالحيض . وهذا وإن بعد فهمه ونبا عن أذهان المقلدين فله وجه صحيح وتوجيه صحيح .

وبعد هذا كله فاعلم أن هذا التعبير الشديد الذى أوجبه على هذه المرأة من أنها تنتظر إذا لم يعد إليها الحيض إلى أن تئأس من عوده وذلك ببلوغها سن الإياس فيه مخالفة عظيمة لهذه السرعة المطهرة التى جاءت بالتيسير دون التعبير وبالتيسير دون التنفير ، فإن المرأة إذا انقطع حيضها وهى شابة وانتظرت حتى تكون عجوزاً كان فى ذلك من التعبير عليها والمضارة لها مالا يجوز نسبه إلى هذه المرأة المطهرة السمعة السهلة فانها تصير ممنوعة من الأزواج طول عمرها ، وإذا كانت ممن تحب نفقتها على زوجها الذى طلقها كان فى ذلك من التشديد عليه والتفريم له مالا يبيحه الشرع فانه صار ينفق ماله على امرأة قد أخرجها من نكاحه ما دامت غير عجوز ، وربما يعضى عليها من السنين العدد الكثير والدهر الطويل فان من النساء من لا يفارقها الحيض إلا فى ستين سنة فما زاد عليها . فهل سمعت أذنك بأشد من هذا التفسير على هذه المسكينة وزوجها المسكين ؟ ! مع أن الله سبحانه قيد ما شرعه لعباده بالاستطاعة فقال (فاتقوا الله ما استطعتم) ، وقال الصادق المصدوق صلى الله عليه وآله وسلم : « إذا أمرتم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » انتهى .

نعم ولا غرو إن أسهب فى الكلام العلامة الشوكافى كما لا ترتب عليه عند غير المقلدين الجامدين فقد قال قبله العلامة ابن رشد فى كتابه : « بداية المجتهد ونهاية المقتصد » فى باب الغدة بعد أن بين قول الجمهور فى المسئلة هذه ، وهى أن تنتظر المرأة الحيض حتى تدخل فى السن الذى تئأس فيه من الحيض وحينئذ تعد بالأشهر « وهذا رأى فيه عسر وحرج ، ولو قيل أنها تعد بثلاثة أشهر لكان جيداً » اهـ .

منه وهو يلحق به إذا كان الطلاق رجعياً وأمكن الوطء فيه سواء أتت به لدون أربع سنين أم أكثر أم كان بائناً وتأتى لأربع سنين فدون من يوم الطلاق .
 ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يلحق بالزوج المطلق بأن لا يكون الوطء ممكناً في الطلاق الرجعى من يومه أو تأتى به في الطلاق البائن لفوق أربع سنين ﴿استأنفت﴾ العدة بغير وضع الحمل لأنه ليس من الزوج بل تعتمد بالحيض إذا أتى حيض ولم يكن قد تيقنت بلوغها الستين فإن أتى بعد تيقنها اعتدت بالأشهر كما هي عدة الآيسة ولا عمل على مارأت من الدم بعدها .

﴿و﴾ أما عدة ﴿الضمهياء﴾^(١) وهي التي بلغت بغير الحيض ولم تكن قد حاضت أصلاً من بعد البلوغ إلى أن طلقت فعدتها هي ﴿والصغيرة﴾ التي تكن قد بلغت سواء ، وذلك ﴿بالأشهر﴾ وهي ثلاثة أشهر على ما نهل كالأيسة لكبر سنها فإن وقع الطلاق في أول الشهر فعلى الأهلة وإن كان بعض الشهور التي تمر عليها ناقصة فإن وقع الطلاق في بعض الشهر أكملت هذا الشهر من أول الشهر الرابع ثلاثين يوماً والشهر الثانى والثالث على حسب رؤية الحلال ولو كان فيهما نقصان .

﴿فرع﴾ قال فى البيان وإذا ادعت المطلقة أنها آيسة وقد انقضت عدتها بالأشهر فإن نأكرها زوجها فى ماضى الأشهر فعليها البينة . وإن نأكرها فى الإياس فإن كان الإياس لصغر فالقول قولها إذ هو الأصل . وإن كان لكبر فعليه البينة ببلوغها مدة الإياس .

﴿فإن بلغت﴾ الصغيرة ولو بغير الحيض ولكنها رأت دمه أو حاضت الضمهاء ﴿فيها﴾ أى فى مدة الاعتداد بالأشهر ﴿فبالحيض استأنفت به﴾ العدة فتمد ثلاث حيض ولا تعتمد بما مضى من الشهور ولو رأت الدم قبل إتمام آخر يوم من الأشهر فإنها تستأنف العدة بالحيض إذا تم حيضاً . ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ تبلغ بالحيض بل بالسنين أو الانبات أو الحبل أو الاحتلام ﴿بنت﴾ على ما قد مضى من الشهور وتستكمل عدتها

(١) سميت الضمهاء لأنها ضاهت : أى شابهت الرجال لكونها لا تحبض .

ولا عبرة ببلوغها في المدة بنير الحيض .

﴿ والمستحاضة ﴾ وهي التي أطبق عليها الدم من بعد الطلاق أو من قبله واستمر
 ﴿ الذاكرة لوقتها ﴾ وعددها بأن يحصل لها تمييز الحيض من الطهر من جهة عادتها
 حيث تكون معتادة أو بالرجوع إلى عادة قرابتها من قبل أبيها إن كانت مبتدأة كإحصاء
 في باب الحيض في فصل ٣١ فتمعمل بذلك حتى يحصل لها كمال المدة فإن كانت ذاكرة
 للوقت دون العدد فالواجب عليها أن ﴿ تتحرى ﴾ للمدة في وقت الحيض ووقت الطهر
 ﴿ كالصلاة ﴾ يعني كما تتحرى للصلاة فتجعل حيضها في وقته وفي كل وقت يمر عليها
 موافقاً لمادة حيضها تحسب فيه حيضة ولا يضرها جهل العدد وتتحرى في الحيضة
 الأخيرة فتجعلها عشرأ وذلك أكثر الحيض ، ولها في جميع العشر النفقة والكسوة
 وله مراجعتها فيها لأن الأصل عدم مضي المدة فإذا مضت العشر علم انقضاء المدة .
 ﴿ وإن ﴾ ن ﴿ لا ﴾ تكن ذاكرة لوقتها ﴿ تربص ﴾ لمعرفة مدة الحيض من الطهر إلى مدة
 الإياس ببلوغ الستين فتتعد بالأشهر ولا فرق بين أن يمكنها التحري حيث كانت معتادة
 أم لا . وأما إذا كانت مبتدأة فترجع إلى عادتها من قبل أبيها .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٧٧ ﴾

في أحكام عدة الطلاق الرجعي والبائن والفرق بينهما ومخالفة أحدهما الآخر :
 ﴿ و ﴾ اعلم أنه ثبت ﴿ في عدة ﴾ الطلاق ﴿ الرجعي ﴾ أحد عشر حكماً : ﴿ الأول ﴾
 ﴿ الرجعة ^(١) ﴾ يعني أن تزوجها قبل انقضاء المدة مراجعتها باللفظ أو بغيره من
 مقدمات الوطاء بخلاف البائن فلا رجعة إلا بتجديد نكاح ﴿ و ﴾ ﴿ الثاني ﴾
 ﴿ الارث ﴾ يعني أن من مات من الزوجين في عدة الرجعي ورثه الآخر ولو مات

(١) الرجعة - بفتح الراء وكسرهما - عود المطلق إلى مطلقته حكاة في الضياء والقاموس .

قال في شمس العلوم والفتح أنصح - قلت : عند الجوهري ، والكسر أكثر عند الأزهرى . وهي
 افة المرة من الرجوع ، وشرعا الرد إلى نكاح في عدة طلاق غير بائن على وجه مخصوص .

الزوج بعد انقضاء الحيضة الأخيرة وقبل أن تنفصل منها أو تيمع أو يعضى آخر وقت صلاة اضطرارى تأخيراً فإنها ترثه لا بعد أحدهما فلا إرث وكذا المرأة لو ماتت قبل أحدهما فإن الزوج يرثها كما ترثه فإن تقارن الموت وانقضاء عدة المرأة فلا توارث بينهما وأما عدة البائن فلا توارث فيها بينهما .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ جواز ﴿ الخروج ﴾ من دار عدتها ﴿ بإذنه ﴾ بمعنى بإذن الزوج وسواء أذن لها بالخروج ليلاً أو نهاراً إلى دارها أو إلى دار غيره لعذر أو لغير عذر، بخلاف من هي في عدة البائن فلا يجوز لها الخروج ولو أذن لها الزوج إلا لعذر كما يأتي لأن الحق لله تعالى وللزوج فإن رضى الزوج بإسقاط حقه لم يسقط حق الله تعالى، فإن خرجت ولو بإذنه أثمت ولم يسقط حقه من النفقة والسكوسة .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ يندب المطلقة ﴿ التزين ﴾ في عدة الرجعى وذلك بأن تلبس ثياب الزينة من حلل وحلى وتستعمل الطيب مع حسن الهيئة في ذلك بخلاف المعتدة عن طلاق بائن فلا يجوز لها ذلك بل يجب عليها الاحداد كما يأتي .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ أنه يجوز للمعتدة ولو عن نكاح فاسد بعد أن تزين بتلك الهيئة المتقدمة ﴿ التعرض لداعى الرجعة ﴾ كأن تقف في موضع يراها فيه زوجها مع حسن الحديث ورشاقة المشى ونحو ذلك من الأفعال التى تتوق إليها الطباع وتحرك شهوة الجماع لعل زوجها يراجعها ولو غلب فى ظنها أنه لا يراجعها فإنه يجوز لها ذلك لأن أحكام النكاح بينهما باقية، ولهذا لو وطئها أو فعل أى مقدمات الوطء كاللمس أو التقبيل لشهوة كان رجعة كما يأتى مالم يكن الطلاق واجبا فلا يجوز لها التعرض لداعى الرجعة ولا يجوز لأيهما النظر إلى الآخر مهما كان الزوج مضرباً عن مراجعتها وعليه أن يؤذنها عند دخول البيت بخلاف عدة البائن فلا يجوز لها التعرض له بحال لانقطاع أحكام النكاح بينهما .

﴿ و ﴾ ﴿ السادس ﴾ لزوم ﴿ الانتقال ﴾ عليها من عدة الطلاق الرجعى ﴿ إلى عدة الوفاة ﴾

لو مات زوجها قبل أن تستكمل العدة أو بعد انقضائها قبل أن تفتسل كما مر في الحكم الثاني ، فإذا مات زوجها قبل ذلك استأنفت عدة أخرى للوفاة من يوم العلم في العاقلة الحائِل أو من يوم الموت في الصغيرة أو الحامل ولا تبني على ما قد مضى من عدة الطلاق بل تستأنف أربعة أشهر وعشرًا بخلاف عدة البائِن فإنها إلى عدة الوفاة .

(و) ﴿السابع﴾ وجوب ﴿الاستئناف﴾ بعدة أخرى ﴿لو راجع﴾ ولو باللفظ قبل انقضاء العدة ﴿ثم طلق﴾ أو فسخ بعد أن راجع وجب عليها أن تستأنف عدة أخرى من يوم الطلاق أو الفسخ أو يوم العلم به ولا تبني على ما قد مضى من العدة قبل الرجعة لأن الطلاق الأول قد بطل بالرجعة ولو لم يدخل بها وصار الحكم للطلاق الآخر ، بخلاف المتعدة عن طلاق بائن يئنوبة صغرى فإذا عقد بها زوجها قبل إتمامها للعدة الأولى ثم طلقها أو حصل فسخ قبل الدخول بها لم يلزمها استئناف العدة بل تبني على ما قد مضى من العدة في الطلاق الأول ولو كان الباقى شيئًا يسيرًا نحو أن يعقد عليها ولم يبق من العدة غير يوم أو نحوه ثم لبثت عنده مدة وطلقها قبل أن يدخل بها فتم اليوم فقط فإن طوى أو خلا بها خلوة توجب العدة ثم طلق أو فسخ أو مات قبل الطلاق وجب الاستئناف .

﴿فرع﴾ قال في حاشية السحولى ما معناه : وإذا خالع الحامل ثم عقد بها فولدت تحته ثم طلقها قبل الدخول بها استأنفت العدة بالحيض ولا تنقض العدة بوضع ذلك الحمل تحت ذلك الزوج وهكذا في شرح النجوى .

(و) ﴿الثامن﴾ أن على الزوج ﴿وجوب السكنى﴾ لزوجه في عدة الرجعة وهى أحق من الفرء بسكنى داره إذا أفلس فإن كانت فى دارها بإذنه أو كان عليها أو على أهلها غضاضة بالخروج منه إلى بيته اعتدت فى بيتها والكراء عليه ، بخلاف البائنة فلا سكنى لها - فى عدتها - على مطلقها .

﴿ فرع ﴾ فإن كان الزوج مضرّباً عن مراجعتها ولا يملك إلا منزلاً واحداً
لزمه أن يستأجر لها فإن لم يجد جاز الوقوف معها ولو خشى الضرر ووجب غض البصر .
﴿ و ﴾ ﴿ التاسع ﴾ ﴿ تحريم الأخت ﴾ ونحوها يعنى أخت الزوجة المطلقة
رجعياً ونحو الأخت كل من يحرم على الزوج الجمع بينها وبين زوجته كالعمة أو الخالة
حتى تنقضى العدة بخلاف البائنة فإنه يجوز له نكاح أختها في عدتها .

﴿ و ﴾ ﴿ العاشر ﴾ تحريم ﴿ الخامسة ﴾ على الزوج قبل أن تنقضى عده الأربع
أو الرابعة من زواجه لو طلق رجعياً وكان له أربع زوجات لأن المطلقة منهن باقية
زوجة له مهما كانت في العدة فلا يجوز له أن يتزوج قبل انقضاء العدة بخلاف البائنة
من أربع فإنه يجوز له نكاح الخامسة قبل انقضاء عدة الرابعة .

﴿ والحكم الحادى عشر ﴾ إدخال « الأمة على الحرة » فلا يجوز إذا كانت
مطلقة رجعياً ويجوز إذا كانت بائناً .

﴿ و ﴾ ﴿ أما أحكام عدة الطلاق البائن ﴾ فهى ﴿ العكس ﴾ من الأحكام المتقدم
ذكرها في عدة الرجعى فيثبت عكس ذلك ﴿ في ﴾ عدة الطلاق ﴿ البائن ﴾ فلا تثبت
له الرجعة على المطلقة بائناً وسواء في ذلك البينونة في المخالعة وغيرها وسواء كان الخلع
بلفظه أم بلفظ الطلاق . ولا ترثه لو مات بعد أن طلقها بائناً ولا يرثها لو ماتت قبل
انقضاء العدة ، وسواء طلقها في حال صحته أم مرضه المخوف وسواء سألته الطلاق في
حال المرض أم طلقها من دون سؤالها ولو قصد بذلك حرمانها إرثها وقد باء بأثمه ولا
يجوز لها الترتين كالمطلقة رجعياً بل يلزمها الإحداد كما يأتى قريباً ولا تستأنف العدة
لو راجع بالعقد ثم طاق قبل الدخول أو فسخ بل تبني على ما قد مضى قبل هذا
العقد الجديد فتبني على عدتها الأولى ويجب لها نصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول
إن سمي ولا تعتمد بما حصل من الحيض ووضع الحمل تحت الزوج بعد العقد الجديد
ولا سكنى في عدة البائن بخلاف الكسوة والنفقة ولا يجوز لها الخروج وإن أذن

ولا تحرم عليه أختها ونحوها ولا الخامسة . ويجوز إدخال الأمة على الحرة في الطلاق البائن . فبهذه أحكام عدة الطلاق البائن عكس عدة الطلاق الرجعى كما عرفت .

﴿ وأما ﴾ العدة ﴿ عن وفاة بأربعة أشهر وعشر ﴾ ليال مع الأيام من الوقت إلى الوقت بعد الأربعة الأشهر ﴿ كيف كانا ﴾ سواء كانا صغيرين أم كبيرين أم أحدهما ولو طفلاً أو حملاً ومات الموجود منهما قبل وضع الآخر فإنه يثبت التوارث وتجب عليها العدة من يوم وفاته ولو قبل وضع أمها لها لأن أحكام الزوجية ثابتة بينهما وهى حل وإنما المقعد موقوف مجاز ولا فرق في الاعتداد بين المدخولة وغير المدخولة وبين الحرة والأمة والحائل والجامل منه .

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان ومن قطع نصفين أو أحد ورديده فهو كإيت واو بقى مدة حيا فيورث وتمتد زوجته ويمتق مدبره وأم واده ولا حكم لكلامه .

﴿ والحامل ﴾ تمتد ﴿ بها ﴾ أى بأربعة أشهر وعشر ﴿ مع الوضع ﴾ إن لحق بالزوج فلا تنقضى عدتها عندنا إلا بآخر الأجلين فإن وضعت قبل مضى الأربعة الأشهر والعشر بقيت فى العدة حتى تكمل وإن مضت هذه المدة قبل أن تضع بقيت حتى تضع .

﴿ و ﴾ المتوفى عنها ﴿ لا ﴾ تستحق من تركه زوجها ﴿ سكنى ﴾ فتمتد حيث شاءت ويجب عليها الاستمرار حيث ابتدأت العدة فيه ولا تستحق كفناً لو ماتت فى العدة لارتفاع الخطاب بموته وتستحق النفقة والكسوة والفقرة ولو كانت أمة لأن سبب وجوبها قد وجد فى حال الحياة .

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان : ونفقة العدة مقدمة على سائر ديون الميت بعد ما يحتاج إليه الميت فى تجهيزه إذا طلبتها الزوجة لمستقبل وسلمت لها فلو لم يطلبها حتى مضت العدة أو بعضها ثم طلبت لما مضى كانت أسوة الغرماء لا لما يستقبل فتقدم . ﴿ ومتى ﴾ توفى الرجل عن امرأة و ﴿ التبت ﴾ هذه المتوفى عنها ﴿ بمطلقة ﴾ طلقها قبل الوفاة

طلاقاً ﴿بائناً﴾ مع كونهما ﴿مدخولتين﴾ أو مخلوئاً بهما ﴿فلا بد لذات الحيض﴾ منهما ﴿من ثلاث﴾ حيض ﴿معه﴾ أى مع عدة الوفاة لتخرج عن العدة ييقين إذ يجوز فى كل واحدة منهما أنها المتوفى عنها فعدتها بالأشهر والمطلقة بائناً فعدتها بالحيض إن كانت من ذوات الحيض . وغير ذوات الحيض يحصل اليقين بمدة الوفاة فوجب على كل واحدة من ذوات الحيض أن تمتد أربعة أشهر وعشراً معها ثلاث حيض ﴿من﴾ يوم العلم بـ ﴿الطلاق﴾ إن علمت به وبكى العلم الجلى فيها هو لها كما سياتى . فان انقضت ثلاث حيض من يوم العلم قبل الشهور أكلت الشهور وإن انقضت الشهور وليس معها ثلاث حيض استكملت بعد الأشهر ﴿ولها﴾ فى أقصر العدين لكل واحدة نفقة كاملة لأنه يعلم أن كل واحدة منهما باقية فى العدة على الحالين . وأما ﴿بعد مضي أقصر العدين﴾ فلا يستحقان إلا قدر ﴿نفقة واحدة فقط﴾ تقسم بينهما نصفين لأنه يعلم أن إحداهما قد انقضت عدتها قطعاً : أما المتوفى عنها أو المطلقة فلا تلزم إلا نفقة واحدة ولم يعلم أيهما تستحقها فقسمت بينهما نصفين ﴿كغير المدخولتين﴾ إذا التبس أيهما المطلقة فلا نفقة لها وأيها المتوفى عنها فلها النفقة لأن الوفاة فى حقها كالدخول فلم يستحقها إلا نفقة واحدة ﴿فى الكل﴾ من عدتهما تقسم بينهما فلزادعت إحداهما أنها هى المطلقة قبل الدخول سقط بإقرارها ما تستحقه من النفقة . . وأما المخلوئ بها فوجب العدة عليها كالدخولتين سواء ، خلا أنه إذا كان الزائد الحيض فى الظاهر فقط وأما النفقة فلا حكم للنفقة للمطلقة فيجب لكل واحدة نصف نفقة من ابتداء العدة إلى الانتهاء حيث كان الزائد الشهور وإن كان الزائد الحيض فلا شئ فى الزائد وفى الأقصر نصف نفقة .

﴿فإن اختلفا﴾ فكانت إحداهما مدخولة والأخرى غير مدخولة والتبست المطلقة بالمتوفى عنها ﴿فقس﴾ ذلك على ما تقدم فنقول إما أن تعلم المدخولة منهما أو تجهل ، فإن علمت فإنها تمتد بأربعة أشهر وعشر معها ثلاث حيض ولها نفقة كاملة فى أقصر

المدين، ونصف نفقة في الزائد، وغير المدخولة تمتد بأربعة أشهر وعشر ولا تحتاج إلى الحيض ولها نصف نفقة كما تقدم بيانه ، وإن جهلت المدخولة فلكل واحدة في أقصر المدين ثلاثة أرباع نفقة لأنك تقدر أنها مطلقة مدخولة فلها نفقة، ميتة مدخولة، فلها نفقة، ميتة غير مدخولة ، فلها نفقة مطلقة غير مدخولة ، فلا شيء لها، فقد لزم في ثلاث أحوال وسقطت في الحال الرابعة فيلزم ثلاثة أرباع نفقة في أقصر المدين لكل واحدة وفي الزائد إن كان المتأخر الشهور فنصف نفقة لكل واحدة لأنك تقدر أنها مطلقة فلا شيء لها سواء كانت مدخولة أم لا لأن عدة الطلاق قد انقضت . وإن قدرت أنها ميتة فلها نفقة في الزائد لإتمام الأربعة الأشهر والعشر فقد لزم في حال وسقطت في حال فاستحقت كل واحدة نصف نفقة. وإن كان الزائد هو عدة الطلاق فلكل واحدة ربع نفقة لأنك تقدر ميتة مدخولة فلا شيء ، ميتة غير مدخولة فلا شيء ، مطلقة غير مدخولة فلا شيء ، مطلقة مدخولة فلها نفقة ، فلزم في حال وسقطت في ثلاث أحوال فيلزم ربع نفقة ويلزم كل واحدة أربعة أشهر وعشر معها ثلاث حيض لكل من ذوات الحيض، فإن التمس في حقهن الزائد هل الشهور أو الحيض فيلزم لكل واحدة في هذا الالتباس ثلاثة أثمان نفقة . حكى هذا في شرح الفتح لأنك إن قدرت أن الزائد الشهور فنصف نفقة وإن كان الزائد الحيض فربع نفقة يقسم الجميع على حالين يأتي ثلاثة أثمان نفقة .

﴿ وأما العدة ﴾ عن فسخ ^(١) ﴿ لعقد النكاح ﴾ من حينه ﴿ يعني من يوم وقوع

(١) قال في البيان : مثله فإذا مسخ الزوج إلى حيوان اعتدت نساؤه عدة فسخ، وإلى جاد عدة وفاة، هذا هو المختار . وقيل بل عدة وفاة على كل حال اه مفتي وحيث ودماري وهبل ، « قلت » وهذه المسئلة من فضول المسائل ، فتى كان في الإسلام مثل ذلك وكمن أمثالها شغل المفرعون أوقاتهم بها ، نعم ، وأما إذا ارتد ولحق بدار الحرب فعدة فسخ وهو الصحيح للمذهب اه .

الفسخ لا من أصله ﴿ فكالطلاق البائن ﴾ يعنى أن العدة فى الفسخ كالعدة من الطلاق البائن. ووجه مشابهته له أن كلاّ منهما رفع للنكاح من حينه لا من أصله على جهة البينونة فلذا خص البائن بالذكور الرجعى . ومثال الفسخ من حينه فسخ الصغيرة بعد البلوغ ولو كان بالحكم وفسخ اللعان والفسخ بالعيب الحادث بعد الدخول أو قبله وباختلاف الملة وبالرضاع الحادث بعد النكاح وفسخ المعتقة، وأما تجدد الرق عليهما أو عليها فيكفى حيضة وفسخ فساد العقد من دون حكم وفسخ عدم الكفاءة وفسخ ملك أحدهما الآخر كل هذه من حينه .

وقوله ﴿ غالبا ﴾ يحترز من الفسخ بالردة فإنه إذا مات الرند أو لحق بدار الحرب ورثه المسلم من أحد الزوجين إذا كان ذلك بعد الدخول سواء كانت الردة فى دار الحرب أم فى دار الإسلام .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٧٨ ﴾

فى حكم العدة عن الطلاق والموت والفسخ . وهذا الفصل قد تضمن ستة أحكام: ﴿ الأول ﴾ قوله ﴿ وهى ﴾ أى العدة تعتبر أحكامها ﴿ من حين العلم للعاقلة الحائِل ﴾ والمراد بالحائِل غير الحامل ، والمعنى أنه من طلقها زوجها سواء كان الطلاق رجعى أم بائناً أو مات أو انفسخت عنه لزمها العدة إذا كانت عاقلة غير حامل من وقت العلم بموجب العدة لامن وقت الوقوع . هذا هو المختار للمذهب . والمراد بالعلم هنا العلم الشرعى وهو الخبر المفيد للظن فيعمل به فيما هو لها كالنفقة ونحوها لا التزويج فلا بد من الحكم بعلم الحاكم أو بالشهادة ويكون حكم ما قبل العلم حكم تلك العدة، إن كانت عن رجعى فحكم الرجعى وإن كانت عن بائن فحكم البائن، فلا ترث ولا يثبت له شيء من أحكام الزوجية لأن الطلاق مثلاً قد صدر من مالكه وصادف محله فوق وانقطعت أحكام الزواج بينهما . وإنما جعل من يوم العلم للتعبد من الاحداد

وغيره، ولهذا لو طلقها طلاقاً رجمياً ولم يبلغها الطلاق حتى مات الزوج وعلمت بالطلاق حينئذ فإنها تمتد للموت وترثه لأننا نحكم بأنه مات وهي باقية له زوجة إذ حكم ما قبل العلم حكم تلك المدة قل أم أكثر، فإن كان الطلاق بائناً فلا توارث بوقوعه ولو لم تعلم بالطلاق إلا بعد وفاته طالبت المدة أم قصرت والمراد بالعلم العلم بموجب المدة ولو اختلف السبب كأن يبلغها أنه مات زوجها فاعتدت عدة وفاة فأنكشف أنه طلق فقد انقضت المدة بذلك . وإنما قال « للعاقلة » ولم يقل للمكلفة لتدخل السكرى والنأمة .

(و) تعتبر أحكام المدة (من) يوم (الوقوع) لسبب المدة من طلاق أو موت أو فسخ ولو قبل العلم (لغيرها) بمعنى لغیر العاقلة الحائلة، وذلك في حق الصغيرة والمجنونة والحامل فعدتهن من يوم وقوع سبب المدة . ولا يعتبر علمها فإذا حصل ما به الاعتداد من وضع الحمل أو الحيض في حق المجنونة أو الشهور في حق الصغيرة انقضت به المدة ولو لم تكن قد عقلت سبب وجوب المدة ولا علمت به فإن كان الاعتداد عن وفاة فله حكمه . ويشترط في الحامل الممتدة عن وفاة أيضاً علمها في بقية المدة حيث تقدم وضع الحمل على الشهور . فلو بلغت الصغيرة وأفاقت المجنونة في بقية المدة اعتبر العلم في الباقي حيث بلغت الصغيرة بغير الحيض وأما به فإنها تستأنف المدة بالحيض .

(و) (الحكم الثاني) (تجب في جميعها) أى في عدة الطلاق والموت والفسخ (النفقة) للممتدة ولو طالبت مدتها وأبنا وجبت النفقة وجبت السكسوة (غالباً) احتراز من الممتدة عن فسخ بأمر يقتضى النشوز كاللعان ونحوه وعن الممتدة عن طلاق بمد خلوة قبل الدخول فلا نفقة لها كما سيأتى إن شاء الله تعالى .

(و) (الحكم الثالث) أنه يجب (اعتداد الحرة) البالغة العاقلة ولو كافرة (حيث وجبت) عليها المدة وذلك حيث طلقت أو علمت فلا يجوز لها الخروج

من دارعتها ويجوز لها التنقل في بيوت الدار، فلو أذن لها مطلقها بالخروج فليس له ذلك إلا حيث كان الطلاق رجعياً كما تقدم . وقول الإمام عليه السلام « الحرة » يحترز من الأمة المزوجة والمديرة والمكاتبه فإنه يجوز لها الخروج ولا تسقط بذلك نفقتها . وقولنا البالغة العاقلة يحترز من الصغيرة والمجنونة فتعتد حيث شاءت ولا يجب على الولي الأمر ﴿ ولو ﴾ وجبت العدة وهي ﴿ في سفر ﴾ فإنه يلزمها أن تعتد في ذلك الموضع ولا يجوز لها أن ترجع إلى بلدها إذا كان ما بينها وبينه ﴿ بريداً فصاعداً ﴾ ولو في سفرها للحج فتصير محصورة عن الحج، فإن كان بينها وبين بيتها الذي يلزمها الاعتداد فيه دون البريد وجب عليها الرجوع لتعتد فيه ، وتقف المتوفى عنها لعدتها حيث شاءت لأنه لا يتمين عليها بيتها ويتمين عليها الوقوف حيث ابتدأت العدة فيه ويجب عليها الاستمرار فيه كما مر .

﴿ والحكم الرابع ﴾ أن المعتدة عن وفاة يجوز لها أن تخرج من دارها طيلة النهار وبعض الليل ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لا تبث ﴾ أكثر الليل ﴿ إلا في منزلها ﴾ أي دارها التي اعتدت فيها سواء كانت في سفر أو حضر، فلو كانت في دار منازلها عدة جاز لها التنقل فيها من بيت إلى بيت والمبيت حيث شاءت منها والخروج من الدار مهما لم تبث أكثر الليل خارجها ﴿ إلا ﴾ أنه يجوز لها الخروج من موضع اعتدادها وذلك ﴿ لمدر ﴾ حصل معها منعها من الوقوف في ذلك المكان ﴿ فيهما ﴾ يعني في حق المقيمة والمسافرة الخارجة عن بريدها : أما المقيمة فنحو أن تخاف سقوط البيت عليها أو يكون لغيرها وطلب منها الخروج منه أو لزوجها والعدة عن طلاق بائن، ومن ذلك الوحشة أو يكون عليها أو على أهلها غضاضة ، وأما المسافرة فنحو أن لا تجد في ذلك الموضع حاجتها من ماء وغيره أو لا تأمن إن وقفت فيه، فإن أمنت وقد سارت بعض المسافة فلا يتجدد عليها الخطاب بل تمضي . فإن كان بينها وبين منزلها وبين مأمنها

وبين الموضع الذي أرادت أن تسافر إليه يريد أو أكثر فهي مخيرة إن شاءت رجعت إلى بيتها وإن شاءت خرجت إلى الموضع الذي أرادت وإن شاءت عدلت إلى المأمن، والأولى لها من باب النذب الرجوع مع الأمان إلى منزلها . وإنما تخير مع الخوف إذا لم تكن قد أحرمت بالحج إذ لو قد أحرمت به لم تخير^(١) بل تم فيه .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الخامس ﴾ أنه يجب ﴿ على ﴾ المدة ﴿ المكلفة ﴾ حرة كانت أو أمة ﴿ المسلمة الاحداد ﴾^(٢) في مدة المدة حتى تنقضي ، وقوله المكلفة المسلمة لتخرج الصغيرة والمجنونة والكافرة فلا إحداد عليهن . فإن بلغت الصغيرة بغير الحيض أو أفادت المجنونة أو أسلمت الكافرة وجب عليها الاحداد في باقي المدة فإن كانت بلوغ الصغيرة بالحيض استأنفت المدة به ووجب عليها الاحداد في جميعها . والاحداد هو ترك الزينة وما يقع به تجمل المرأة من خضاب وطيب وكحل ودهن ، ولا فرق بين دهن ما ظهر منها وما خفي ولو بالسمن إلا لضرورة ، ولا تلبس مصبوغاً بالصفرة ونحوه إلا أن يكون بالحلا زينة فيه ويجوز لها لباس البياض والسواد وما يلي صبغه من الأصفر ونحوه، ويجوز لها أن تكتحل بالتوتيا وتغتسل بالصابون وتغسل رأسها به أو بالسدر ولو ، في الحمام والامتنشاط وقلم الأظفار . والاستحداد وإزالة الأوساخ بالصابون والتزين في الفراش والبسط والستور وأثاث البيت لأن الاحداد في البدن لا في الفراش ويجوز لها أكل الأطعمة المصبوغة بالزعفران والمصفر وأن تقعد حيث يثار الطيب، حكى ذلك في روضة النووى وشرح النجوى . والحاصل أنه يعتبر في كل بلد بعرفها في التزين وما يتجملون به من حللهم وحليهم ولو من صفر أو حديد أو زجاج أو ودع أو نحو ذلك .

(١) وهذه المسئلة لا تنقض ما تقدم في الحج في فصل ١٢٣ في شرح قوله (أو تجدد عدة) فذلك مبنية على الأمان وهذه مبنية على الخوف فحيث تم ما أحرمت به هنا وقد بينا مثل هذا هناك .
(٢) وهذا في النكاح الصحيح لا الفاسد فلا إحداد عليها في عدته كما تقدم في آخر فصل ١٥٢ في قوله (وهو كالصحيح إلا في الاحلال والاحداد) إ .

وإنما يجب الاحداد على الممتدة ﴿ في غير ﴾ الطلاق ﴿ الرجعى ﴾ لا فيه فيندب الزينة كما تقدم لأنه لا احداد فيه بل في عدة البائن والمفسوخة والوفاة .

﴿ فرع ﴾ ويندب للمرأة الاحداد ثلاثاً على غير زوجها إذا مات قريب أو غيره ممن يحزن عليه وسواء رأت جنازته أم لا والرجل يوماً واحداً إذا كان ممن يحزن عليه ولا تجوز الزيادة على ذلك .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم السادس ﴾ ﴿ تجب ﴾ على الممتدة ﴿ النية فهما ﴾ بمعنى في العدة والاحداد ﴿ ولا ﴾ يجب عليها ﴿ الاستئناف ﴾ للعدة ﴿ لو تركت ﴾ النية ﴿ أو ﴾ تركت ﴿ الاحداد ﴾ بل تبني على ماضى وتكون آئنة على ترك النية مع العلم .

﴿ وما ولد ﴾ ته في العدة ﴿ قبل الاقرار ﴾ منها ﴿ بانقضائها ﴾ بمعنى العدة ﴿ لحق ﴾ نسبه بزوجها المطلق لها وانقضت به العدة وسواء كانت عدتها قبل ظهور الحمل بالحيض أو بالشهور ، وإنما يلحق به ﴿ إن أمكن منه حلالا ﴾ يحتزم من أن لا يمكن كونه من الزوج إلا عن وطء حرام وذلك نحو أن يطلقها قبل إمكان البلوغ طلاقاً بائناً ثم تبلغ بالحمل في العدة وتأتى بولد فإنه لا يمكن كونه من الزوج عن وطء حلال لأنهم بائنة فلا يصح تجوز وطئها في العدة وكذا لو طلقها قبل إمكان البلوغ طلاقاً رجعياً ثم مضت عليها ثلاثة أشهر قبل إمكان البلوغ ولم يراجعها فيها ثم أتت بولد لستة أشهر بعد انقضاء العدة وهى الثلاثة الأشهر فإن هذا الولد لا يمكن كونه من الزوج عن وطء حلال فلا يلحق به في هاتين الصورتين .

وأما إذا أمكن منه حلالاً فإنه يلحق به ﴿ في ﴾ الطلاق ﴿ الرجعى مطلقاً ﴾ أى سواء أتت به لدون أربع سنين أو أكثر حيث أمكن الوطء لأننا نجوز في كل وقت من بعد الطلاق إلى يوم الوضع أنه راجعها ووطئها ولا يعتبر منها المصادقة على الوطء لثبوت الفراش ولوجوب حملها على السلامة أنها ووطئت في العدة من زوجها هذا إن جاءت به لفوق أربع سنين ﴿ و ﴾ أما ﴿ في ﴾ الطلاق ﴿ البائن ﴾ فيلحق نسب الولد

به قبل الاقرار بانقضائها إذا أنت به ﴿لأربع﴾ سنين ولحظتين ﴿فدون﴾ من الوقت الذى يليه الطلاق واعتبار اللحظتين لا بد منه لحظة لإمكان الوطء قبل الطلاق ولحظة للولادة عقيب مضى أربع سنين ، وبحيثه فى أكثر مدة الحمل ويجوز أنه فى بطن المرأة من قبل الطلاق بلحظة لوجوب حمل المرأة على السلامة ، فإن أنت به لأكثر من ذلك لم يلحق به لعدم جواز الرجعة والوطء فى الطلاق البائن وعدم تجويز أنه من قبل الطلاق لمضى أكثر مدة الحمل فيحنثذ يغلم أنه من غير الزوج .

﴿وكذا﴾ لو أنت بالولد ﴿بعده﴾ أى بعد الاقرار بانقضاء العدة بمدة مقدرة ﴿بدون ستة أشهر﴾ - من وقت الاقرار - لحق الولد به فى الرجعى مطلقاً وفى البائن إذا أنت به لأربع سنين فدون من يوم الطلاق والمراد إذا عاش الطفل مدة لا يمش فيها إلا الكامل فإن مات لم يلحق لجواز أنه وطئها بعد الاقرار بانقضاء العدة ﴿لا﴾ إذا أنت بالولد لمدة مقدرة ﴿بها﴾ أى بستة أشهر ﴿أو بأكثر﴾ من يوم الاقرار فإنه لا يلحق لأن الظاهر صحة إقرارها بانقضاء العدة وأن الحمل حدث من بعد ﴿إلا﴾ حملاً ممكناً كونه منه ﴿من الممتدة بالشهور لليأس﴾ عن الحيض وهو بلوغ الستين فيلحق به وتنقضى به العدة ولو أنت به لستة أشهر من يوم الاقرار ، وصورة ذلك أن تدعى المرأة أنها قد صارت آيسة من الحيض لأجل الكبر فتعتقد بالأشهر وتقر بانقضائها ثم ظهر بها حمل فإن ظهور الحمل يدل على كذبها فى الستين والانقضاء . فكأنها لم تقر . فيلحق به فى الرجعى مطلقاً وفى البائن لأربع فادون من يوم الطلاق وقد مر شئ من هذا « لا لو لم يمكن » إلحاقه به رأساً « كطلقة بائنا » طلقت « قبل إمكان البلوغ » لأنه ليس من قبل الطلاق إذا وقع الطلاق قبل إمكان الحمل رأساً ولا من بعده لأنه لا يجوز الوطء للبائنة فلم يمكن منه حلالاً سواء أنت به لأربع أو فوق أو لستة أشهر من يوم الاقرار أو دون لأننا لانحملها على كذبها بل نحكم أنها إنما وضعت لستة فصاعداً « أو » كان الطلاق « رجعياً » ثم بلغت بالحيض

وهي في العدة ثم أقرت بانقضائها ثم جاءت بولد لسته أشهر فما فوق من يوم الاقرار فلا يلحق به لأنه حمل تام بعد العمل على انقضاء العدة بإقرارها .

﴿ فرع ﴾ ^(١) وأما المعتدة عن وفاة إذا جاءت بولد بعد الوفاة فإن أنت به قبل أن تقر بانقضاء العدة لحق بالميت ما جاءت به لأربع سنين فما دون لا فوقها مطلقاً وذلك حيث لم تزوج المرأة أو تزوجت وأنت به لدون ستة أشهر من يوم التزويج وإن كانت قد أقرت بانقضاء العدة وأنت بالولد بعد ذلك فكالصغيرة التي يجوز عليها الحبل فيلحق بالزوج حيث أنت به لدون ستة أشهر من انقضاء العدة ، وبها أو فوقها لا يلحق به .

﴿ مسألة ﴾ وإذا تزوجت المعتدة بعد مضي مدة يمكن انقضاء العدة فيها وهي تسعة وعشرون يوماً في حق ذات الحيض كان نكاحها إقراراً بانقضاء العدة، فإذا ادعت بعد بقاء العدة وأنها جهلت الأمر لم تقبل دعواها لأن إذنها بالنكاح كالإقرار بانقضاء العدة ، وهذا في عدة البائن أو في الرجعي ولم يخاصم زوجها الأول إذ لو خاصم لم يقبل قولها إلا بشهادة عدلة في الحيض أو عدلين في الأشهر أو حكم الحاكم بعلمه .

﴿ ١٧٩ ﴾ فصل

﴿ ولا عدة فيما عدا ذلك ﴾ المتقدم ذكره من الطلاق أو الموت أو الفسخ الحيي لكن ﴿ قد ﴾ تستبرأ المرأة من وطئها مدة في سبع حالات ولا نفقة لها في مدة الاستبراء من الذي حملت منه لامن العاقد فيجب عليه . ﴿ الأولى ﴾ قال في البحر من وطئت لشبهة حرة كانت أو أمة يستبرئها من هي تحته حفظاً للنسب ﴿ والثانية ﴾ ﴿ الحامل من زنى ﴾ فإنها تستبرأ ﴿ للوطء ﴾ وكذا مقدماته من الاستمتاع وغيره

(١) يستفاد الفرع من المسئلة بعده من البيان وهامشه .

﴿ بالوضع ﴾ للحمل ولو كان الزاني هو الزوج الذي يريد وطئها الآن بالعقد وقد زنى بها من قبل فإنه لا يجوز له وطؤها بمقد النكاح إلا بعد أن تضع ولا أن يستمتع منها أيضاً لأن الولد ليس من زرعه ولا يلحق به . وأما للعقد فلا يجب أن تستبرأ فيجوز العقد على الحامل من زنى للزاني وغيره ولا توطأ الحرة ولا يمقد بالامة حتى تضع وتطهر من نفاسها، فإن مات زوجها هذا فمدهتها من وفاته أربعة أشهر وعشر لا بوضع الحمل من زنى . فإن كانت الزانية غير حامل لم يجب استبراؤها للعقد ولا للوطء عندنا ما لم يظن حملها وجب استبراؤها .

﴿ فرع ﴾ فلو أن رجلاً عقد على الحامل من زنى ثم وطئها قبل الاستبراء بالوضع وهي مثلية من زوجها الأول فطلقها الثاني حلت للأول لو أراد أن يتزوجها .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالثة ﴾ ﴿ المنكوحة ﴾ نكاحاً ﴿ باطلا ﴾ وهي التي نكحت في العدة ودخل بها الزوج مع الجهل منهما فيجب الاستبراء إذا أراد العقد فإن كان بطلان نكاحها ليس لأجل العدة ونحوها بل لبطلانه من أصله نحو أن يكون بغير ولي وشهود فيجوز له العقد والوطء من غير استبراء لولو أراد أن يتزوجها نكاحاً صحيحاً مع جهلهما ولو كانت حاملاً منه .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابعة ﴾ ﴿ المفسوخة من أصله ﴾ وهي التي تزوجت من غير ولي وشهود مع الجهل منهما ثم فسخه الحاكم فإنه يجب عليها الاستبراء إذا وقع الفسخ بعد الدخول .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامسة ﴾ ﴿ حربية ﴾ مدخول بها لا مخلوبها فقط إذا ﴿ أسلمت عن ﴾ زوج لها ﴿ كافر و ﴾ سواء ﴿ هاجرت ﴾ أم لا فإنه يجب استبراؤها للعقد. وقوله وحربية لتخرج بذلك الدمية إذا أسلمت عن كافر أو طلقها زوجها فعليها مثل ما على سائر المعتدات من العدة . فهو لاء الثلاث المذكورات في الأزهار من قوله والمنكوحة باطلاً إلى هنا يجب استبراؤها من ذلك الوطء للعقد مدة ﴿ كمدة الطلاق ﴾

عددًا لا أحكامًا فلا نية ولا نفقة ولا إحداد ولا كسوة ولا سكنى : فعدة الحامل بوضع جميع الحمل متخلفًا كما مر ، والحائض بثلاث حيض غير ماطلقت أو فسخت أو أسلمت فيها كما مر ، والصغيرة والآيسة بثلاثة أشهر كما تقدم أيضًا . فإن بلغت إحدى هؤلاء الثلاث وقد استبرأت بشهرين وكان بلوغها بالحيض ، أو كانت ذات حيض واستبرأت بحيضتين ثم آيست عن الحيض وجب الاستئناف بما انتقلت إليه ، فالصغيرة بثلاث حيض ومن آيست بحيضتين ومن هذا تعرف مشابهته لعدة الطلاق . ولا يخالف هذا الاستبراء مدة العدة ﴿ إلا ﴾ في صورة واحدة وهي ﴿ أن المنقطة الحيض ﴾ من هؤلاء الثلاث ﴿ لمارض ﴾ معروف أم لا ، وكذا المستحاضة الناسية لوقتها وعددها أو للوقت فقط حكم آخر وهو استبراؤها ﴿ بأربعة أشهر وعشر ﴾ بخلاف المعتدة فإنها تربعص إلى مدة الياس كما تقدم .

﴿ و ﴾ ﴿ السادسة ﴾ ﴿ أم الولد ^(١) ﴾ إذا ﴿ عتقت ﴾ باعتاق سيدها لم يجز نكاحها لغير سيدها حتى تستبرأ ﴿ بحيضتين ﴾ وجوبا . قال في شرح الأثمار : وإنما كان استبراؤها بحيضتين قياسًا على بيع الأمة لأنها تستبرأ بحيضة على البليغ وأخرى على المشتري والجامع زوال الملك . ﴿ ونذبت ﴾ حيضة ﴿ ثالثة للموت ﴾ وإن كانت أم الولد آيسة فبشهرين ويندب الثالث وأربعة أشهر وعشر في حق المنقطع حيصها لمارض معروف أم لا .

﴿ و ﴾ ﴿ السابعة ﴾ ﴿ المعتقة ﴾ فإنه يجب أن تستبرأ ﴿ للوطء بالنكاح ﴾ المتجدد ﴿ بحيضة ﴾ أو شهر في الآيسة والصغيرة والمنقطة بأربعة أشهر وعشر بوضع الحمل إن كانت حاملا أو تمام العدة وأما المقد فيجوز قبل الحيضة ﴿ ولو لمعتق ﴾ أى ولو كان المعتق هو الذى أراد نكاحها فإنه يجب عليه أيضا استبراؤها للوطء كالأجنبي إذا وقع المعتق ﴿ عقيب شراء أو نحوه ﴾ من إرث أو نذر أو هبة أو سبي

فأما لو كان المتق مترخياً عن الشراء بحيث قد مضى قدر مدة الاستبراء سقط وجوب الاستبراء عن المتق .

﴿ ١٨٠ ﴾ (فصل)

في الرجعة وما يتعلق بها . واعلم أن الرجعة لا تصح إلا بشروط ثلاثة: ﴿ الأول ﴾ قوله ﴿ ولما لك الطلاق ﴾ بالاصالة ﴿ فقط ﴾ بمعنى لا تصح الرجعة إلا من مالك الطلاق بالاصالة وهو الزوج حراً كان أم عبداً فلا تصح الرجعة من غيره ولا من المملك لو ملك الزوج غيره طلاق زوجته ولا من الوكيل ولو فوض لا الموكل بها ولا من السيد المالك للزوج ولو بالعقد لأنه رجعة لا عقد حقيقة .

﴿ الشرط الثاني ﴾ قوله ﴿ إن طلق رجعيًا ﴾ لا بائناً فلا رجعة فيه .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن تقع الرجعة ﴿ ولما ﴾ يتمقبه من حين الطلاق إلى وقت الرجعة « فسخ » كان « يرتد أحدهما » فينفسخ النكاح ، والفسخ يتبع الطلاق ولا رجعة بعد الفسخ إذ هو كالطلاق البائن . قال في حاشية السجولي : أما لو ارتدا معاً في حالة واحدة إلى ملة واحدة لم تتمتع الرجعة مادامت المدة سواء راجع في حال الردة أو بعد الإسلام ، فإن أسلم الذي أو الذمية بعد طلاق رجعي ولحقه الآخر في المدة صحت الرجعة .

ومتى كملت الثلاثة الشروط المتقدمة كان للزوج فقط ﴿ مراجعة من ﴾ طلقها إذا ﴿ لم تنقض عدتها ﴾ فلو انقضت عدتها لم تصح الرجعة من بعد فإن تقارن الانقضاء والرجعة صحت الرجعة وكذا لو التبس ، إذ الأصل بقاء المدة .

﴿ ويعتبر ﴾ أن تكون المراجعة ﴿ في ﴾ حق الممتدة ﴿ الحائض ﴾ قبل ﴿ كمال الغسل ﴾ من الحيض ولو مجنونة . والمراد به الغسل الشرعي الذي بمسح الطهر من الحيض الذي تستباح به الصلاة ولو بالصب أو المسح مع المذر ﴿ أو ما في حكمه ﴾

أى فى حكم الغسل وهو أن تيمم للمذر وإن لم تصل به أو بمضى عليها وقت صلاة اضطرارى تأخيراً بعد أن طهرت لم يكن له الرجاء ، بعد ذلك . واعلم أنه لافرق بين أن تيمم للصلاة ولو فى أول الوقت أو لدخول المسجد أو لقراءة أو لناظلة أو للانقضاء أو نحو ذلك صح ولم يكن له الرجاء بعد ذلك ولا فرق بين أن تكون واجدة للماء أو عادمة فقد انقضت بذلك العدة ولو لزمها إعادة صلاة الفريضة لوجود الماء فى الوقت . ومهما لم يمض عليها هذا الوقت ولم تفعل إحدى الطهارتين جاز لزوجها مراجعتها عندنا ولو بقى عند الغسل من جسدها أو شعرها لمعة أو شعرة جاز مراجعتها ، ومن مات منهما ورثه الآخر لأنها لم تنقض عدتها وسواء انقطع حيضها لتمام العشر أو لدونه .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام الرجعة ﴾ أنها ﴿ تصح وإن لم تُنَوَّ ﴾ سواء كانت باللفظ أم بالفعل من وطء أو مقدماته لكنه يأنم حيث علم مع الفعل ولم ينو الرجعة وتصح بذلك ويكون حكم الرجعة باللفظ حكم عقد النكاح فيشترط أن يتناول جميعها أو بعضها كما ص ﴿ إما بلفظ العاقل ﴾ المختار ولو بالكتابة أو الرسالة ومن الأخرس بالإشارة فلا تصح من المكره عليها إلا أن ينوى الرجعة ، ولان زائل العقل كالمجنون والنائم إذا جرت على لسانه ﴿ غالباً ﴾ اخترازاً من السكران فإن رجعته تصح كطلاقه وعقد نكاحه وسواء راجع بالقول أو بالفعل ، وصورة المراجعة بالقول : راجعتك أو رجعتك أو تراجعنا أو ارتجعتك أو استنكحتك أو تزوجتك ، ومن جملة ألفاظها لفظ الرد والإمساك . وتصح بالكتابة كأعدت الحل الكامل بينى وبينك أو أدمت المعيشة بيننا ، وتصح بعقد النكاح ولا مهر ﴿ أو بالوطء ﴾ لشهوة أم لا ﴿ أو أى مقدماته ﴾ من تقبيل أو لس أو نظر مباشر ﴿ لشهوة ﴾ فهي تصح ﴿ مطلقاً ﴾ أى ولو وقع منه ذلك وهو مجنون أو سكران أو مكره له فعل أو نائم والمرأة طائفة أو مكرهة أو حائض أو محرمة كان رجعة فى جميع ذلك لا بالخلوة فلا تكون رجعة .

﴿ و ﴾ إذا فعل شيء من الوطء مطلقاً أو مقدماته لشهوة غير قاصد الرجعة فإنه
﴿ يأنم ﴾ بذلك الفاعل ﴿ الماقل ﴾ العالم بالتحريم ﴿ إن لم ينوها به ﴾ يعني حيث لم
ينور الرجعة بذلك الفعل لأنها في تلك الحالة ليست له زوجة ، وتصح بذلك الرجعة
مع الإثم .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام الرجعة ﴾ أنها تصح ﴿ بلا مراضاة ﴾ للزوجة وأوليائها وذلك
حيث تكون الرجعة مجعماً عليها بأن لا تمر ثلاثة أطهار ولا ثلاث حيض وأن
لا يكون الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد أو ألفاظ ونحو ذلك . وأما المختلف فيها فلا بد
من رضاها ورضاء ولي الصغيرة والمجنونة مع اتفاق المذهب أو الحكم لقطع الشجار
مع عدم الرضا واختلاف المذهب لا للثبوت فقد ثبتت .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام الرجعة ﴾ أنها تصح ﴿ مشروطة بوقت ﴾ نحو أن يقول
والعدة باقية إذا جاء غد فقد راجعتك فلا يثبت حكمها إلا من فجر غد ﴿ أو غيره ﴾ أى
وتصح أن تكون مشروطة بغير وقت نحو إذا جاء زيد فقد راجعتك أو نحو ذلك من
الشروط سواء كان الشرط حالياً أو مستقبلاً أو ماضياً نحو من دخلت دارى منكن
فقد راجعتها : أما لو قال لزوجته إذا جاء زيد فقد راجعتك الآن ثم تزوجت قبل مجيء
زيد بعد انقضاء العدة صح .

﴿ ومن أحكام الرجعة ﴾ أنه يدخلها التشريك والتخيير ﴿ و ﴾ تصح ﴿ مبهمه ﴾
عندنا مثال ذلك أن يطلق زوجتين فصاعداً ثم يقول راجعت إحداكما أو أحداكن فإن
ذلك يصح ثم يلزمه الحاكم أن يمين ﴿ و ﴾ تصح ﴿ مولاه ﴾ أى يصح التوكيل
بالرجعة مع الإضافة لفظاً من المولى إلى الزوج ﴿ ولو ﴾ كانت الولاية بها إلى كافر أو
محرم أو ﴿ لها ﴾ معنى للمرأة فتراجع نفسها عنه مع الإضافة إليه لفظاً فتقول راجعت
نفسى من فلان له .

﴿ و ﴾ لو راجع فضولى امرأة غيره فأجاز ذلك الغير فهل تصح بالإجازة

﴿في إجازتها انظر﴾ لأننا إن قلنا لا نصح فلائها من توابع الطلاق والطلاق والعناق لا تلحقهما الإجازة ، وإن قلنا تصح فلائ الطلاق والعناق إنما لم تلحقهما الإجازة لكونهما غير عقد والإجازة لا تلحق إلا العقد والرجعة ليست بعقد فكان في الإجازة نظر . قال الإمام عليه السلام « والأقرب عندى أن الإجازة تلحقها » هذا هو المقرر للمذهب لأن شبهها بالنكاح أقرب ، وسواء كانت عقداً أم لا ، وسواء حصلت الإجازة والمرأة في العدة أم لا لأنها كاشفة لوقوع الرجعة من يومها والمرأة في العدة .

﴿فائدة﴾ لا تلحق الإجازة من غير عقد إلا الرجعة وقضاء الدين وفائدته الرجوع على المديون بعد أن يجيز ، والقسمة وإجازة الإجازة في البيع وفي القرض وإجازة الفين وإجازة أحد الشريكين حيث استنفق أحدهما أكثر من الآخر وإجازة الوارث بما أوصى به الميت وإجازة قبض المبيع وإجازة السيد عتق مذهب وإن لم يكن عقداً وإجازة الصدقة .

﴿و﴾ إذا راجع الرجل زوجته فإنه ﴿يجب﴾ عليه ﴿الإشمار﴾ لها ثلاثا يقع منها نكاح بعد انقضاء العدة إذا جهلت الرجعة فلو راجعها وأشهد خفية فتزوجت ردت له وعلى الثاني مهرها الأقل من المسمى ومهر المثل إن وطئ ولا يتكرر المهر ما لم يتدخل التسليم ، ويؤدب الزوج الأول وشهوده إن قصدوا الكتمان ولم يعلم الحاكم بكتانهم إلا بعد الحكم بشهادتهم إذ لو علم قبل لم يعمل بشهادتهم إلا بمسد التوبة والاختبار سنة . ﴿ويحرم﴾ على الزوج قصد ﴿الضرار﴾ للزوجة بالرجعة لمنعها من الزواج بغيره لا رغبة فيها وكذا لو تركها إلى أقرب وقت لآخر العدة فراجعها ثم يطلق ثم كذلك ثلاثا تنكح .

﴿فصل﴾

﴿١٨١﴾

ذكر فيه الإمام عليه السلام اختلاف الزوجين في الطلاق وتوابعه وما يتعلق به

والرجمة وما يتعلق بها ، والعدة وما يتعلق بها في قوله ﴿ والقول ﴾ للزوج في وقوع الطلاق « حالا » إذ له الإنشاء « وإلا » يكن في الحال بل فيما مضى « فلمنكر خلاف الأصل فمن ادعى الطلاق بين به وإلا حلف الآخر . وكذا لو اتفقا على أن الطلاق قد وقع واختلفا في كيفية فقال أحدهما إن الطلاق رجعى والآخر بائن فالقول ﴿ لنكر البائن ﴾ إذا ادعته الزوجة ثلاثاً أو أيهما بموض خلعاً إذ الأصل عدمه والبينة على مدعيه ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من أن يدعى الزوج أنه قد أوقع عليها ثلاثاً ليسقط عنه حق لها فإنه يقبل قوله في الطلاق والحقوق الحالية والمستقبلية^(١) كالسكنى ولا يمين عليه لأن دعواه كالإقرار ولا تسمع بينها لأنها على نفي، وكذا لو أنكر الدخول قبل الطلاق وادعت أنه قد دخل ليكمل المهر كان القول قوله أيضاً . فإن أنكرت الدخول قبل الطلاق وادعى أنه قد دخل لتثبت الرجمة كان القول قولها .

﴿ ولتمتنع ﴾ المرأة من الزوج ولا يجوز لها تمكينه من نفسها إذا ادعت أنه طلقها طلاقاً بائناً فأنكر الزوج ذلك فالقول قوله لكن لا تمتنع من الزوج إلا ﴿ مع القطع ﴾ بالتحريم ، والقطع إنما يحصل بأحد أمور ثلاثة :

﴿ الأول ﴾ أن تعرف بأنه بائن بالإجماع وهو أن يطلقها ثلاثاً للسنة متخللات الرجمة مشهداً على ذلك وكذا الطلاق قبل الدخول .

﴿ الأمر الثاني ﴾ أن يطلقها طلاقاً بائناً مختلفاً فيه ومذهب الزوج أنه بائن وهو عارف أنه مذهبها وهو باقٍ عليه وسواء علمت الزوجة أنه عالم بذلك أم لا وسواء كان ذا كراً أنه مذهبها أم ناسياً فإنه يلزمها الامتناع منه ولو أجبرها الحاكم بل ولو حكم حيث لا بيينة لها، فإذا حصل أحد هذين الأمرين دافعتة وحاز لها قتله بالدفاعة .

﴿ الأمر الثالث ﴾ أن يكون مذهبها أنه بائن ومذهبها أنه رجعى يحرم عليها

(١) لا الحق الماضي عليه فلا يقبل قوله نحو أن يدعى وقوع الطلاق في وقت متقدم ويريد إسقاطاً نفقتها ونحوها عنه بعد ذلك الوقت فعليه البينة اهـ .

تمكينه من نفسها قطعا إذا لم يحكم الحاكم بذلك فيجب عليها الامتناع منه والمدافعة ولو بالقتل لأنه يطلب منها فعل محظور عندها كما تدافع المجنون إذا أراد أن يفجر بها. فإن حكم الحاكم بكونه رجعا قطع الخلاف ونفذ ظاهرا وباطنا حيث بينا للحاكم صفة الطلاق .

﴿فرع^(١)﴾ أما لو كان الزوج مقرا بالطلاق أو الرضاع لكن تشاجرا أو اختلف مذهبهما فإنه يلزمهما حكم الحاكم ظاهرا وباطنا فإن كان مذهبه الجواز ومذهبا عدمه ولم تمنعه من نفسها كما هو الواجب عليها المنع فإنه لا يحل له مداناتها إلا بعد حكم الحاكم لأن فعله يكون سببا في فعلها المحظور .

﴿فرع^(٢)﴾ ومن أقر بالطلاق البائن^(٣) أو الرضاع ثم رجع عن إقراره فمع منكرتها له في رجوعه لا حكم لرجوعه ومع مصادقتها له في رجوعه وأن إقراره غير صحيح بمنعنا أيضا عندنا ولو قالت غلطت أو نسيت .

﴿فرع^(٤)﴾ أما لو أقيمت عليه الشهادة حسبة بإقراره بذلك وأنكر هو والزوجة فإنهما بمنعنا بعد الحكم بالشهادة لأنه يؤدي إلى تكذيب الشهود .

﴿فرع^(٥)﴾ وإذا أقرت الزوجة بالرضاع بعد مضي عدة الرجعي أو عدة البائن صح إقرارها ومنعت من زواجه فإن رجعت وصادقها الزوج في رجوعها فمعدنا لا يقبل بل بمنعنا . وإذا أقر بالطلاق البائن ثم فسره بالخلع أو بالطلاق قبل الدخول قبل قوله .

﴿و﴾ إذا اختلفا في وقوع الطلاق وعدمه فقال أحدهما قد وقع كان القول ﴿لنكر وقوعه في وقت مضى﴾ نحو أن تقول طلقتهن بالأمس فأنكر الزوج فالقول

(١) هذا الفرع وما يليه تولا عن البيان في مثل هذا الفصل .

(٢) كما سيأتي في الإقرار بفصل ٣٦٣ في شرح قوله (أو ما صدق فيه غالبا) احترازا

من ثلاث صور اهـ .

قوله أو هو يقول كنت طلقتك بالأمس وأنكرت فالقول لها. قال في النيث بالنظر إلى الحقوق الواجبة عليه فأما بالنظر إلى حل الوطء فلا لأن إقرار الزوج في حكم الطلاق. وفائدة دعواه ذلك لو وضعت في آخر أمس سقطت عنه النفقة لأنها انقضت عدتها بالوضع ﴿و﴾ كذا القول لمنكر وقوع الطلاق ﴿في الحال﴾ التي بها التخاصم ﴿إن كان﴾ المنكر لوقوعه هو ﴿الزوج﴾ نحو أن تقول المرأة طلقني الآن فينكر الزوج فإن القول قوله فأما لو كانت هي المنكرة لتطليقها في الحال لم يكن القول قولها لأن إقراره في الحال طلاق ظاهرآ وباطناً فكان القول قوله كما مر أوضح من هذا أول الفصل .

﴿و﴾ إذا اختلفا هل الطلاق مقيد بشرط أو وقت أو مطلق فالقول ﴿لمنكر تقييده﴾ شرطاً أو عقداً والبيئة على مدعى ذلك نحو أن يقول الزوج طلقتك بشرط مجيء زيد أو بشرط دخولك الدار أو نحو ذلك وتقول المرأة بل طلاقاً غير مشروط فالقول لها والبيئة على الزوج في ذلك لأن الأصل عدم تقييده بعد التصديق على الطلاق ﴿و﴾ أما إذا اتفقا أن الطلاق وقع مشروطاً لكن اختلفا في حصول الشرط فالقول لمنكر ﴿حصول شرطه﴾ إذا كان ذلك الشرط ﴿ممكناً للبيئة﴾ عليه نحو أن يتفقا على أنه طلقها بشرط دخول الدار واختلفا في حصول دخولها فالبيئة على مدعى الدخول فيبين الزوج بالنظر إلى الحقوق وأما حصول الطلاق فالقول قوله كإقراره بالطلاق فإن كان الأصل الحصول نحو أن يقول إن لم تدخل الدار هذا اليوم واختلفا في دخولها فالبيئة عليها أنها دخلت لأن الأصل عدم دخولها . وكذا إذا جعل شرط الطلاق الولادة بينت بعدلة ويثبت النسب والميراث وغير ذلك من الأحكام بشهادتها ولا يمين عليها لأن بينتها محققة ، وكذا لو قال إن حضت فانت طالق بينت بعدلة في طرفي الحيض . فإن كان الشرط مما لا يمكن إقامة البيئة عليه نحو أن يقول إن كنت تريدن الموت

أو الطلاق فالقول قولها مع يمينها لأن الإرادة لا تعلم إلا من جهتها ، وكذا الاحتلام في سن ممكن .

﴿ فرع ﴾^(١) وإذا اختلفا في قدر عوض الخلع في الشرط البينة عليها وفي العقد القول قولها مع يمينها لأن الطلاق قد وقع والزوج مدعى الزيادة وفي الشرط الأصل عدم الطلاق فإن اختلفا في جنس العوض أو نوعه أو صفته فالقول قوله والبينة عليها في الشرط لأنها تدعى حصول الشرط ووقوع الطلاق والأصل عدمه فتبين بخلاف العقد فالبدعى عليها بالمال لوقوع الطلاق بالقبول فالقول قولها .

﴿ فرع ﴾ قال في البيان : وإذا أخبره مخبر بحصول شرط الطلاق أو العتق فإن لم يظن صدقه لم يلزمه ديناً ولا شرعاً وإن ظن صدقه لزمه ديناً لا شرعاً إلا أن يقر أنه ظن صدقه أخذ به فإن ادعت عليه أنه ظن صدقه لزمته اليمين لأنه إذا أقر بذلك لزمه .

﴿ و ﴾ القول أيضاً قول منكر ﴿ مجازيته ﴾ نحو أن يقول إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت طلقت بوقوع الشرط فقال إني أردت إن دخلت فيما مضى وقالت بل في المستقبل فالقول قولها لأن الشرط حقيقة في الاستقبال ومجاز في الماضي . قال الإمام عليه السلام : ولا أحفظ فيه خلافاً إلا أن يقول إن كنت دخلت الدار فإنه حقيقة في الماضي مجاز في المستقبل .

﴿ و ﴾ القول ﴿ للزوج في ﴾ ماهية الشرط و ﴿ كيفيته ﴾ وصفته نحو أن يتفقا على أن الطلاق كان مشروطاً واختلفا في ماهية الشرط ، والماهية هي ما يسأل عنها بما . وصورة ذلك أن يقول الشرط دخول الدار وتقول المرأة بل الخروج فالقول للزوج في أن ماهية الشرط هو دخول الدار ، وكذا في الكيفية وهي ما يسأل عنها بكيف : لو اتفقا أن الشرط دخول الدار لكن قال الزوج رأكبة وتقول هي بل

(١) يستفاد من البيان ٨٠ .

ماشية فالقول للزوج ، وكذا لو قال الزوج جعلت الشرط أن تدخل الدار بعد اليمين فقالت المرأة بل قلت إن كنت دخلت فيما مضى فأنت طالق فالقول قول الزوج. والفرق بين هذه الصورة وصورة المجاز أنهما اختلفا في الإرادة في صورة المجاز وهنا اختلفا في إيقاع اللفظ .

﴿ و ﴾ إذا اختلفا في حصول الرجعة وعدمها فالقول ﴿ لمفكر الرجعة ﴾ منهما إذا الأصل عدمها فإن ادعت الرجعة هي فالقول للزوج والبينة عليها أو يمينه على القطع إذ هي على فعله . وإن ادعى الزوج الرجعة وأنكرت الزوجة فعليها اليمين وتكون على العلم لأنها على فعل غيرها فتحلف بما تعلم ولا تظن أنه قد راجعها وهذا إذا وقع التناكر في حصول الرجعة ﴿ بعد التصديق ﴾ بينهما ﴿ على انقضاء العدة ﴾ ولا فرق بين أن يكون المنكز الزوج أو الزوجة فالبينة على مدعيها لأن الأصل عدمها ﴿ لا ﴾ إذا اختلفا في وقوع الرجعة ﴿ قبله ﴾ أي قبل أن يتفقا على انقضاء العدة بل قال قد راجعتك فقالت إن العدة قد انقضت فحيث العدة بالأشهر أو الولادة فالبينة عليها بمدلين في الأشهر وعدلة في الولادة ولا يمين عليها لأن بينتها محققة فلا تؤكد باليمين ، وإن كانت العدة بالحيض ﴿ فلن سبق ﴾ بإنشاء الدعوى منهما سواء كان عند الحاكم أو في ذات بينهما فإن سبق هو فالقوله له في عدم انقضاء العدة وإن سبقت هي بدعوى انقضائها فالقول لها وهذا حيث يكون التداعي ﴿ في ﴾ المدة الممكنة ﴿ المعتادة ﴾ لانقضاء العدة في مثلها كثلاثة أشهر فالقول قول من سبق فإن اتفق كلاهما في حالة واحدة أو التبس فالقول قولها في الانقضاء لأنها مخبرة عن أمر ماض . فإن علم تقدم أحدهما ثم التبس فالأصل عدم انقضاء العدة وثبوت الرجعة .

﴿ و ﴾ إن كانت المدة لا تنقضي العدة في مثلها إلا نادراً فالقول ﴿ للزوج في ﴾ عدم انقضاء العدة وصحة الرجعة في تلك الحال ﴿ النادرة ﴾ ولو كانت معتادة لها فإن الرجعة تصح أيضاً إلا أن تبين على حصول الثلاث الحيض في المدة المذكورة بطلت الرجعة .

قال في شرح الفتح وحاشية السجولى : والنادرة من تسعة وعشرين إلى دون ثلاثة أشهر ، والمعتادة ثلاثة أشهر فمضاعفا .

﴿ فرع ﴾ وإذا أنكرت صحة الرجعة بعد مضي العدة ثم أقرت بصحتها لم يصح لإقرارها سواء كان بعد تصديق الزوج لها على عدم صحتها أو قبل تصديقها لأنه رجوع عن الإقرار منها بالبينونة ، ولا يصح الرجوع عن الإقرار بذلك كما سيأتى فى الإقرار (١) ﴿ و ﴾ إذا اختلفا فى مضي العدة وعدم المضي فالقول ﴿ لنكر مضىها ﴾ وسواء كانت العدة بالشهور أم بالولادة أم بالإقرار فى مدة غير معتادة وغير ممكنة ﴿ غالبا ﴾ احترازا من أن تدعى المرأة انقضاء عدتها بالأقراء فى مدة ممكنة معتادة كثلاثة أشهر فإن القول قولها مع يمينها عندنا حيث لم يسبق الزوج ، والبيئة عليه لأجل استحقاقه مثل نفقة العدة فى المخالعة .

﴿ فإن ادعى الزوج ﴾ أى كان هو المدعى لانقضاء العدة لتسقط نفقتها وهى منكرة لانقضائها ﴿ حلفت فى دعوى ﴾ الزوج ﴿ انقضاء ﴾ ذلك ﴿ الحيض الآخر ﴾ وهو الثالث ﴿ كل يوم مرة ﴾ من بعد الثلاث إلى تمام العشر . فإن كان المدعى لانقضاء العدة ورثة الزوج يعنى أن العدة انقضت قبل موته لثلاث فى الرجعى وهى منكرة لانقضائها حلفت مرة واحدة لأنهم يحلفوها كل يوم مرة كما توهم ابن مفتاح رحمه الله فى شرحه ، فلا معنى له .

فإن تعلقت دعوى الزوج بانقضاء جملة العدة وأنكرت ﴿ و ﴾ جب عليها ﴿ فى إنكارها الجملة ﴾ يعنى جملة العدة أن تحلف مرة وبعد أن تحلف المرة الأولى بتركها من التحليف ويحلفها بعد ﴿ كل شهر مرة ﴾ قال العلامة محمد بن على المجاهد رحمه الله « صوابه فى كل تسعة وعشرين مرة » مادامت منكرة ، فإذا أقرت بحقيقة قدرت لها

(١) فى فصل (٢٦٣) فى شرح قوله (أو ما سودق فيه غالبا) اهـ .

(التاج المذهب - ١٦ - فى)

عشرًا طهرًا وثلاثًا حيضًا وعشرًا طهرًا وثلاثًا حيضًا يكون ستة وعشرين يومًا، ثم تحاف في ستة وعشرين يومًا مرة واحدة ثم تقدر لها ثلاثًا حيضًا وعشرًا طهرًا وثلاثًا حيضًا تكون ستة عشر يومًا ثم تحلف في ستة عشر يومًا ما دامت منكراً لأنه يجوز مضى باقي العدة في مثلها . فإذا أقرت بالحيضة الثانية فدرت لها عشرًا طهرًا وثلاثًا حيضًا تكون ثلاثة عشر يومًا ثم تحلف في ثلاثة عشر مرة، ثم يحلفها في كل ثلاثة أيام مرة حتى تقر بالحيضة الثالثة فإن أقرت بها ولم تخبر بأنها قد انقضت فبعد ثلاثة أيام كل يوم مرة إلى مدة أكثر الحيض وهو عشرة أيام .

﴿ فرع ﴾ وإذا ادعى الزوج انقضاء العدة بالأشهر لكونها ضهياء وأنها لم تحض أصلاً وقالت الزوجة بل العدة باقية وإني من ذوات الحيض وإنما انقطع الحيض لعارض ومرادها أنها تربص إلى الستين سنة فإن القول للزوج لأنه منكر للحيض من الأصل والأصل عدمه والبينة عليها أنها قد كانت من ذوات الحيض .

﴿ وتصدق ﴾ مع يمينها ما لم يغلب في الظن كذبها ﴿ من ﴾ ادعت أن زوجها مات عنها أو طلقها أو فسخها^(١) أو ارتد وانقضت عدتها و ﴿ لا مغازع لها ﴾ ولو حسبه ﴿ في وقوع الطلاق ﴾ ونحوه ﴿ وانقضاء عدتها ﴾ قال في شرح الإبانة : وسواء علم النكاح من جهتها أم من جهة غيرها لأن اليد لها على نفسها مع عدم المنازع . قال في شرح النجوى : فلو رجع زوجها الأول وأنكر الطلاق كانت كاسرة المفقود بعد الشهادة على موته؛ يعني أن النكاح الثاني باطل فتستبرأ منه وتعود إلى الأول ما لم تبين بوقوع الطلاق أو نحوه .

(١) لا إذا ادعت أنها هي التي فسخت فلا يقبل قولها إلا ببينة لأنه تقرير لعلها اهـ .

باب الظهار

(١٨٢)

هو لغة مأخوذ من الظهر لأن صورته الأصلية أن يقول لزوجته أنت علي كظهر أمي، وخص الظهر لأنه موضع الركوب والمرأة مركوب الزوج، وكان طلاقاً في الجاهلية كالإيلاء فغير الشارع حكمه إلى تحريمه بعد العود حتى يكفر. وحقيقته في الاصطلاح: لفظ مخصوص بوجوب تحريم الاستمتاع والنظر لشهوة، يرتفع بالكفارة أو ما في حكمها قبل الوطء بعد العود. فقوله لفظ مخصوص يحتز من الكتابة والإشارة من الأخرس فلا يصح بهما تشبيهاً له بالشهادة، وقوله يرتفع بالكفارة أو ما في حكمها يحتز من الظهار المؤقت وهو انقضاء الوقت. وقولنا قبل الوطء يحتز من الإيلاء فالكفارة فيه بعد الوطء.

(فصل)

(صريحه قول) زوج (مكلف) أي بالغ عاقل فلا يصح من الصبي والمجنون ظهارهما ويصح عندنا من السكران (مختار) فلا يصح من السكره مالم ينوه كطلاقه (مسلم) ولو عبداً فلا يصح من الكافر عندنا لأن الكفارة لا تصح منه وهي الرافعة للتحريم (لزوجة) فلا يصح من المرأة مظاهره الرجل ولا يصح من الرجل مظاهره الأجنبية ولو كان وكيلاً فلا يصح التوكيل بالظهار ولا التملك لأنه محظور، ولا يصح مظاهره مملوكته وأم ولده. وبمتر أن تكون الزوجة (تحتة) فلا يصح مظاهره المطلقة ولو رجعيًا والفسوخة، ومن قال إن الطلاق يتبع الطلاق صحح ظهار المعتدة من الرجعي. ويصح الظهار لزوجة تحتة (كيف كانت) سواء كانت كبيرة أم صغيرة ولو حلاً حرة أم أمة مدخولة أم غير مدخولة ممن تصلح للجماع أم لا. ولفظ صريحه أن يقول الزوج لزوجته (ظاهرتك أو أنت مظهارة) فهذان

صريحان في الظهار ﴿أو يشبهها﴾ جميعها بجزء من أمه كأنت على كظهر أمى أو قال أنت كظهر أمى يحذف حرف الصلة ﴿أو جزءاً منها﴾ معلوماً أو غير معلوم ﴿بجزء من أمه نسباً﴾ فإنه صريح في الظهار ولو كانت الأم ميتة ، قال الإمام عليه السلام : وقتلنا بجزء من أمه احترازاً من أن يشبهها بأمه جملة نحو أن يقول أنت على كأمى أو مثل أمى فإن هذا كناية . وقتلنا نسباً احترازاً من أن يشبهها بغير أمه من النسب كالأم من الرضاع فإنه لا يكون ظهاراً ، وكذا لو شبهها بجزء من أخته أو جدته أو أجنبية لم يكن ظهاراً عندنا .

نعم ؛ ويقع الظهار الصريح بأن يشبهها بجزء من أمه ﴿مشاع﴾ نحو أن يقول أنت على كنصف أمى أو كرمها أو نحو ذلك ﴿أو عضو﴾ كيد أو فخذ أو رجل ، مثال ذلك أن يقول : أنت على كنفخذ أمى أو يدها أو نحو ذلك ﴿متصل﴾ كما مثلنا احترازاً من المنفصل كاليد المبانة والرجل ونحوهما فلا يقع به الظهار لو قال كيد أمى المبانة ، أو يدك المبانة على كيد أمى وقد أئبنت يد زوجته ، وكذا لا يقع لو شبهها بالدم والريق من أمه ونحوهما ، إلا أن يشبهها بالروح فيقع الظهار لأن الروح كالعضو . وعلى الجملة فلا يصح إيقاع الطلاق عليه من أجزائها لا يصح إيقاع الظهار عليه .

﴿ولو﴾ شبهها بجزء من أمه لا تحله الحياة ﴿شمرأ أو نحوه﴾ كالظفر والسن ونحوهما فإنه يقع - بذلك التشبيه - الظهار ، ويعتبر أن يكون المشبه والمشبه به متصلين في كليهما تحله الحياة أيضاً لا بعد انفصاله فإنه لا يقع به التحريم ﴿فيقع﴾ الظهار بما مر مع معرفته بمعناه بأن يكون من العلماء أو قد سألهم أو جالسهم ﴿ما لم ينو غيره أو﴾ ينو ﴿مطلق التحريم﴾ لم يقع شيئاً ولا بد من مصادقة الزوجة إذا نوى غيره في جميع الصور . والمراد بالمصادقة عدم النازعة .

﴿واعلم﴾ أن في صريح لفظ الظهار وجوهاً ثمانية :

﴿الأول﴾ أن ينوى بذلك اللفظ الظهار أو التحريم الخاص الذى يرتفع بالكفارة

قبل الوطء فيلزمه حكمه وهذا لا يقع إلا من عارف بمعنى الظاهر بأن يكون من العلماء أو قد سألهم أو جالسهم حتى عرف معناه لا من غيره فلا يقع .

﴿الثاني﴾ ألا تكون له نية رأساً فهذا مع الصريح يكون ظهاراً عندنا مع معرفته لمعناه، وأما في الكتابة فلا يلزمه شيء .

﴿الثالث﴾ أن ينوى به التحريم المؤبد الذي لا يرتفع كالألم فلا يكون ظهاراً ولا يلزمه كفارة يمين لأنه ليس من كفايات الأيمان . لأن كفايات الأيمان محصورة . قال الفقيه يوسف وهذا هو المسمى بتحريم العين، وفي تسميته بذلك تسامح إذ لا توصف العين بالتحريم ولذا حملناه على ما ذكر . ويحمل ظهار العوام عليه لأنهم لا يعرفون الظهار ولا تجب عليهم كفارة يمين، ومن نوى به الطلاق كان طلاقاً .

﴿الرابع﴾ أن ينوى به التحريم المطلق يعني نوى به التحريم مطلقاً ولم يرد به التحريم المؤبد ولا الذي يرتفع بالكفارة ولا اليمين ولا تحريم الوطء ولا الطلاق فهذا لا يكون ظهاراً ولا يميناً ولا طلاقاً .

﴿الخامس﴾ أن ينوى به تحريم الوطء فهذا أيضاً لا يكون ظهاراً ولا يميناً، ذكره الإمام عليه السلام في الغيث وهو المختار .

﴿السادس﴾ أن ينوى به الطلاق فيكون طلاقاً ويلزمه حكم الظهار والطلاق معاً إذا لم تصادقه الزوجة على نية الطلاق إذ لو صادقته وقع الطلاق فقط . قال في الزهور: فإن قيل كيف يكون مظاهراً مطلقاً في حالة واحدة ، فالجواب أن حكم الظهار يلزم لظاهر لفظه وحكم الطلاق يلزم لإقراره .

﴿السابع﴾ أن ينوى به الكرامة لزوجته مثل أمه لم يكن شيئاً .

﴿الثامن﴾ أن ينوى به اليمين لم يكن يميناً لأنه ليس من كفايات الأيمان .

﴿فرع﴾^(١) وكلما نواه مما تقدم فهو مقبول فيه في الكتابة مطلقاً وفي الصريح

(١) . نقلنا عن البيان وهامشه مم المسئلة التي تليه اه .

فما بينه وبين الله تعالى لا في الظاهر فيلزمه حكم الظهار إذا كان يعرف معناه وحكم الطلاق لكن لا ترافعه المظاهر إلا بمد عودها إليه برجة أو بعقد جديد في مدة الظهار .

﴿مسئلة﴾ وإذا قال أنت على حرام ونوى به الظهار أو الطلاق أو كليهما صحت نيته وإن لم ينو شيئاً كان يميناً كما يأتي في الأزهار . وكذا قوله أنت على حرام كظهر أمى مانوى به صح، وإن لم ينو به شيئاً كان يميناً لأن قوله كظهر أمى تأكيد لقوله أنت على حرام، وإن قال أنت كظهر أمى حرام فهو ظهار لأن قوله كظهر أمى صريح ظهار . وقوله حرام تأكيد له .

﴿وكنايته﴾ أن يقول أنت على ﴿كأمرى أو مثلها﴾ أى مثل أمى ﴿أو في منازلها﴾ ﴿و﴾ أنت على ﴿حرام فيشترط النية﴾ في جميع هذه الألفاظ ، فإن نوى به الظهار كان ظهاراً وإن لم ينو لم يكن ظهاراً، وهذا بخلاف الصريح في الصريح إذا لم ينو شيئاً كان ظهاراً وهنا لا يقع شيء إلا في لفظ التحريم يكون يميناً حيث لم ينو شيئاً .
﴿و﴾ صريح الظهار وكنايته ﴿كلاهما كناية طلاق﴾ لا العكس فإذا نوى بأيهما الطلاق كان طلاقاً لكن في الصريح لا يسقط عنه حكم الظهار في ظاهر الحكم إن لم تصادقه الزوجة ، فأما بينه وبين الله تعالى فيسقط .

﴿و﴾ من أحكام الظهار أنه ﴿يتوقت﴾ عندنا نحو أن يقول أنت على كظهر أمى شهراً أو نحو ذلك فإنه يصير مظاهراً ويرتفع حكمه بانقضاء الوقت أو بالكفارة قبله ويصح أن يظاهر في النهار دون الليل ولا تطالبه بالليل وكذا العكس، وله أن يطأها في الوقت الذي لم يظاهر فيه .

﴿و﴾ من أحكامه أنه ﴿يتقيد بالشرط﴾ فيوقف على حصول ذلك نحو أن يقول: إن جاء زيد فأنت على كظهر أمى فإنه متى جاء زيد وهي غير مطلقة أو مفسوخة صار مظاهراً وإلا فلا، وهي الحيلة فيطلقها رجباً قبل حصول الشرط وهو مجيء زيد، قال في

حاشية السجولى : فإن كان الشرط بكلمة فعلت كذا فأنت مظهارة فالحيلة في رفعه على أصل المذهب أن يقول أنت طالق قبيل أن يقع عليك الظهار المشروط فيهما نمان فلا يقع ظهار ولا طلاق ، قلت وكذا إذا كان الشرط بغير كلمة فالحكم واحد .

﴿ و ﴾ يصح أن يقيد الظهار بـ ﴿ الاستثناء ﴾ نحو أن يقول أنت على كظهر أمي إلا أن يجيء زيد أو إلا أن يكره أبوك أو نحو ذلك في الصورتين لا يكون مظاهرا إلا بتحقيق عدم المستثنى فإن تحقق عدم صارت مظهارة من يوم الإيقاع بطريق الإنكشاف ﴿ إلا ﴾ حيث قيده ﴿ بمشيئة الله تعالى في الإثبات ﴾ نحو أن يقول أنت على كظهر أمي إن شاء الله لم يصح الظهار لأنه علقه بمشيئة الله تعالى وهو لا يشاء لكونه محظورا . وقوله في الإثبات يحتز بذلك من أن يجعل عدم مشيئة الله شرطاً في الظهار فيقع بمحصول شرطه وهو عدم المشيئة نحو أن يقول أنت على كظهر أمي إن لم يشأ الله تعالى فيقع بمحصول شرطه إذ لا يشاء وقد علق بعدم مشيئته تعالى . وكذا إذا قال أنت على كظهر أمي إلا أن يشاء الله ونوى إلا أن يشاء الله وقوع الظهار فلا فقد استثنى بمشيئة الله لوقوع الظهار وهو لا يشاء فيقع الظهار . فلو أطلق قوله إلا أن يشاء الله لم يقع الظهار لأن الله يشاء عدمه حكى هذا في الرياض وفي البيان .

﴿ و ﴾ من أحكام الظهار أنه ﴿ يدخله التشريك ﴾ ، يسرى ويتم كسره نحو أنت على كظهر أمي ثم قال لزوجته الثانية وأنت معها أو مثلها أو شركتك معها ونوى الظهار كان في الأولى صريحا وفي الثانية كناية ظهار . فإن قال وأنت فقط كان صريحا فيهما فلا يحتاج إلى نية الظهار ما لم ينو غيره كما مر . ﴿ و ﴾ يدخله ﴿ التخيير ﴾ أيضا نحو أن يقول ظهارتك يا فلانة أو فلانة ، أو يقول لنسائه إحدا كن مظهارة أو التبس بعد تعيينه أو ما وقع شرطه فالحكم واحد وهو أنه يصير مظاهرا من إحدا من غير معينة . فأما لو قال لزوجته ظهارتك أولا لم يقع شيء .

﴿فصل﴾

﴿١٨٣﴾

في أحكام الظهار : ﴿و﴾ اعلم أنه ﴿يحرم به الوطء و﴾ الاستمتاع من الزوجة ﴿مقدماته﴾ بمعنى مقدمات الوطء وهي التقبيل واللمس والنظر لشهوة منه إليها لامنها إليه فلا يحرم عليها ما لم يؤدِ نظرها إليه إلى نظره إليها لشهوة فلا يجوز ﴿حتى يكفر﴾ بماسياتي فتي كفر جاز له وطؤها. هذا إذا كان الظهار مطلقا فإن كان مؤقتا لم يجز له وطؤها إلا بعد أن يكفر ﴿أو ينقضى وقت المؤقت﴾ قبل العود في الوقت فلو عاد قبل الانقضاء تأبّد التحريم حتى يكفر ولا يفيد خروج الوقت ، فأى هذين الأمرين سبق جاز الوطء بعده ﴿فإن فعل﴾ أى وطئ المظاهرة قبل العود والتكفير جهلا بالتحريم أو نسيانا أو غلطاً أو تمرداً ﴿كف﴾ عن ذلك وأثم إذا كان متمرداً لعلمه بالتحريم ولزمه الاستغفار ولا يجوز له الاستمرار على الوطء حتى يكفر بعد العود ولا تلزمه الكفارة لهذا الوطء ولا يكون عودا .

﴿و﴾ إذا وقع الظهار على الزوجة كان ﴿لها طلب رفع التحريم﴾ عند الحاكم ولو كانت ناشزة لا الصغيرة والمجنونة فليس لوليها أن يطالب لها كما في الإيلاء ﴿فيحبس له﴾ إن امتنع من التكفير ﴿إن لم يطلق﴾ فإن طلقها فلا حبس عليه ولا كفارة . قال في الكشف ولا شيء من الكفارات يجبر عليها ويحبس إلا كفارة الظهار لأن تركه للتكفير يضر بها .

﴿و﴾ حكم الظهار ﴿لا يرفعه إلا﴾ أحد أمرين إما ﴿انقضاء الوقت﴾ في المؤقت ﴿أو التكفير﴾ بشرط أن يقع ﴿بعد العود﴾ فلو وقع قبل العود لم يجزه ولزمته كفارة أخرى فلو مات بعد العود وقبل الوطء لزمته الكفارة من رأس المال . ﴿و﴾ العود الموجب للكفارة ﴿هو إرادة الوطء﴾ الجائز عندنا ولو لم يخل بها ولو كان عاجزا عن الوطء لا إرادة مقدماته فلا يكون عائدا .

﴿ و ﴾ حكم الظهار ﴿ لا يهدمه إلا الكفارة ﴾ حيث كان مطلقاً أو مع بقاء وقته فلو ظاهرها ثم طلقها لم يهدم حكم الظهار إذا راجعها أو عقد بها وهكذا لو طلقها ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج آخر أو ظاهرها ثم استبرأها أو ظاهرها ثم ارتد ثم أسلم ثم تزوجها لم يهدم بالإسلام حكم الظهار ، وإذا علق الظهار بشرط ثم طلقها ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج ثان فحصل شرط الظهار فإنه يقع لأن التثليث لا يهدم الظهار فكذا شرطه وأما لو حصل شرط الظهار وهي مطلقة أو نحوه انحل بوقوع شرطه .

﴿ و ﴾ الكفارة ﴿ هي عتق ﴾ رقبة مسلمة إن وجدت ولو فاسقة أو قيمتها فإن ملك الرقبة فهو واجد ولو كان محتاجاً إليها . وقوله ﴿ كما سيأتى ﴾ معنى في كفارة اليمين . وضابط المذهب أنه يجزى كل مملوك ولو كان ممثلاً به إلا الحمل والكافر وأم الولد ومكاتب كره الفسخ ﴿ فإن لم يجد ﴾ المظاهر في ملكه - قريباً أو بعيداً - رقبة يمتقها أو وجد الثمن ولم يجد الرقبة في البريد أو لا يمكنه تملكها مع وجودها أو كان له مال غائب عنه أو هو مقهور عليه ولا يصل إليه إلا بعد أن يفرغ من الصيام ﴿ فصوم شهرين ﴾ بالأهلة وإن نقصت أو ستين يوماً إن غم - يجزيه عن كفارة الظهار إذا صامهما ﴿ في غير واجب الصوم والإفطار ﴾ . وقوله في غير واجب الصوم يحترز من أن يصوم الشهرين أو بعضهما في الوقت الذي يجب صومه لغير الكفارة كشهر رمضان ولو في السفر كالنذر المعين فإنه لا يجزيه عندنا . وقوله والإفطار يحترز من أن يصوم بعض هذين الشهرين في الأيام التي يجب إفطارها كالعيدين وأيام التشريق فإن ذلك لا يجزى ، وإنما يجزيه صوم الشهرين عن ظهار امرأته إذا ﴿ لم يطأها فيهما ﴾ فإن اتفق الوطء خلال الشهرين بطل الصوم ولزم الاستئذان وسواء كان الوطء ليلاً أم نهاراً عامداً كان أم ناسياً .

﴿ و ﴾ يجب أن يصوم الشهرين ﴿ ولاء ﴾ أى متوالين ﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ تقع موالة بأن يفطر يوماً خلاهما أو آخرها أو أكثر ﴿ استأنف ﴾ صيام الشهرين متتابعين

حتمًا ﴿إلا﴾ أن يقع التفريق ﴿لمنذر﴾ فإنه لا يلزمه الاستئناف ولا يطؤها في أيام المنذر فإن فعل استأنف كما لو وطئ المظاهرة ليلا وله وطء غيرها حال التكفير، والمنذر نحو أن يمرض فيفطر ومن المنذر أن يوجب صوم كل اثنين أو كل جمعة فإنه إذا زال عذره بنى على ما قد كان مضام ﴿ولو﴾ كان المنذر الذي أفطر في الشهرين لأجله ﴿مرجوا﴾ زواله و ﴿زال﴾ كالمرض العارض وزال فإنه لا يلزمه الاستئناف للصوم ﴿فبني﴾ فوراً على ما كان قد فعل والخلاف في هذا كالحلاف في تفريق المنذر الذي نوى فيه التتابع .

﴿فإن تمذر﴾ عليه ﴿البناء على الصوم﴾ بأن عرض له عذر مانع من الصوم قبل أن يتم الشهرين ثم استمر ذلك المانع فلم يمكنه إتمام الصوم ﴿قيل﴾ القائل هو الفقيه يوسف ﴿أطعمم للباقي﴾ من الصوم : مثال ذلك أن يصوم شهراً ثم عرض له علة مستمرة مايوسة من عطش مستمر أو هرم أو نحوها منعت هذه العلة الصوم واستمرت فإنه عند الفقيه يوسف يطعم عن الشهر الثاني ثلاثين مسكيناً وجبتين أو يعطى كل واحد منهم صاعاً . قال الإمام عليه السلام : وهذه المسئلة عندي فيها ضعف لأن ذلك يخالف عموم الآية الكريمة ويؤدي إلى الجمع بين الأصل والبدل ، فالقياس «وهو المختار للمذهب» أن يستأنف الإطعام من أوله . فإن صام المكفر شهراً ثم مات فإنه يجب عليه الإيصاء بإطعام ستين مسكيناً من تركته فإن لم يكن فلا شيء .

﴿فرع﴾ ومن أوجب صيام عمره فالمذهب أنه يكون له عذر في التكفير بالإطعام وسواء كان النذر متقدماً على الظهار أم متأخراً عليه . فإن تمذر عليه العتق والصوم والإطعام فماذا يفعل ؟ قال في البيان ومثله في الوايل : لا يجوز له الوطء ولا يلزمه الطلاق ﴿فإن لم يستطعه﴾ يعني إذا ظن من نفسه تمذر الصوم في الشهرين أو بقول الأطباء أو بلحق مشقة شديدة عليه ولو أمكن الصوم بعد الشهرين لزوال عذره المانع

من الصوم ﴿فإطعام ستين مسكيناً﴾^(١) يعنى يكفر بإطعامهم سواء كانوا أحراراً أم عبيداً ، وجبتين بإدام حيث كان الإدام معتاداً في الناحية وإلا فلا يجب ﴿أو تملئكم﴾ صاعاً صاعاً ﴿كاليمن﴾ أى كما سيأتى في كفارة اليمين في فصل ٣٢٩ .

﴿ويأتى إن وطئ فيه﴾ أى فى حال الإطعام قبل الفراغ منه ولا يجوز فيستأنف الإطعام لبطلان السابق بالوطء وهذا هو المختار للمذهب . ﴿قيل﴾ والقاتل هو الفقيه حسن ﴿ولا﴾ يجب عليه أن ﴿يستأنف﴾ وقد أشار الإمام عليه السلام إلى ضعف هذا القول بقيل . ﴿ولا يجزئ العبد﴾ ولا المكاتب ﴿إلا الصوم﴾ أى لا يجزئ في التكفير العتق ولا الإطعام ولا يصح أن يطعم عنه سيده ولا يعتق عنه . واختلف في قدر صومه فذهبنا أنه يصوم شهرين كالحرة لأنها عبادة كالصلاة وفى الكافي عن الصادق والباقر والناصر أنه يلزمه شهر واحد لأنها عقوبة فينصف الحلد . قال فى الغيث : فإن قيل كيف يصح أن يهدى عن عبده فى الحج ولم يصح أن يكفر عنه هنا . قلت : ان كفارة الظهار مشروطة بالوجود والعبد غير واجد فلم يجزه بخلاف الحج .

﴿ومن أمكنه﴾ فعل ﴿الأعلى﴾ من خصال الكفارة كاملاً ﴿فى﴾ حال التكفير بـ ﴿الأدنى﴾ من خصاها ﴿استأنف به﴾ أى بالأعلى لإمكانه إذ الأدنى كالبدل لا يجزئ التكفير به إلا عند التعذر من الأعلى فإذا تمكن من الأعلى وجب التكفير به ولو فعل إلا أكثر من الأدنى وذلك كأن يكفر بالصوم لتعذر الاعتاق ثم لا صام بمضى الشهرين أو كليهما إلا ساعة من آخر يوم تمكن من العتق لزمه الانتقال إلى العتق وهكذا إذا لم يمكنه الصوم فأطعم الستين وجبة إلا واحداً ثم تمكن من صوم الشهرين استأنف التكفير بالصوم فإن لم يتمكن من الأعلى كاملاً حتى فرغ من الأدنى لم يلزمه الاستئناف .

(١) والمسكنة فيهم أفضل، وإلا فالمراد أن يكونوا مصرفاً للزكاة ولو فقراء ويتمتع بهم الإيمان . وقد تقدم الفرق بين الفقير والمسكين فى كتاب الزكاة بأول فصل ٩٣ . اهـ

﴿والعبادة﴾ عندنا في إمكان الأعلى أو عدمه ﴿بحال الاداء﴾ دون حال الوجوب ، وهذه قاعدة في جميع العبادات فإذا كان حال وجوبها عليه وهو يوم المود متمكنًا من المتق فلم يمتق أو متمكنًا من الصوم فلم يصم ثم عزم بمد مدة على التكفير وهو وقت الأداء وقد صار غير متمكن من المتق فإنه يجزبه الصوم ، وكذا إذا لم يتمكن من المتق ولا الصوم أجزاء الإطعام ولا عبادة يتمكن فيها مضى . هذا مذهبنا .

﴿وتجب النية﴾ على من أراد التكفير لأن فيه شائبة عبادة فينوى عتقه للكفارة وكذا صومه أو إطعامه وتكون مقارنة أو متقدمة ييسر إلا في الصوم فلا تكون إلا متقدمة لأنه يجب التبييت في كفارة الظهار ولا يكفي نيته للصوم لتنوعه ﴿إلا﴾ أنه يجب ﴿في تعيين كفارتى﴾ مختلف السبب لا في ﴿متحد السبب﴾ نحو أن يظاهر من زوجات ثلاث فيمتق ثلاث رقاب أو يصوم ستة أشهر أو يطعم فإنه هنا لا يجب عليه نية تعيين كل كفارة لظهار كل امرأة بعينها بل يكفي أن ينوى عن الكفارات جملة أو ينوى كل واحد عن واحدة ولو لم يعين ، وكذا لو اختلف ما يكفر به كمتق وصوم فإنه لا يحتاج إلى تعيين ، وهكذا الكلام لو تعددت عليه كفارة القتل ، وأما إذا اختلف السبب نحو أن يكون عليه كفارة عن ظهار وكفارة عن قتل وجب تعيين الأولى منهما وأما الأخرى فلا يجب لأنها قد تعينت بتعيين الأولى ، فإذا صام أربعة أشهر عن كفارة الظهار وعن كفارة القتل لم يجزه حتى يعين النية في شهرين عن إحداهما بعينها وفي الشهرين الآخرين لا تجب النية عن الأخرى لأنها قد تعينت بتعيين الأولى ، وكذا لو أعتق عبيد عنهما من غير تعيين النية في إحداهما بعينها لم تجزه .

﴿فرع﴾ لو تعددت الكفارات عن ظهار وزوجاته وكفر الأولى بمد إرادة وطء الجميع من غير تعيين فله أن يمينه لإحداهن ولو بالوطء ، وإذا تشاجرن قبل التعيين أقرع بينهما ندبًا .

﴿ولا تتضاعف﴾ أى لا تعدد الكفارة ﴿إلا بتعدد المظاهرات﴾ لو كان له ثلاث

أو أربع نساء فظاهرهن جميعاً فتعدد الكفارات بحسبهن ، وسواء ظاهرهن جميعاً بلفظ واحد أو ألفاظ ﴿أو تخلل العود والتكفير﴾ معاً بين الظهار الأول والآخر ولو على امرأة واحدة . مثاله أن يظاهر امرأته ثم يعود ويكفر ثم يظاهر منها ثم يعود فتلزمه كفارتان ثم كذلك ، فأما لو لم يتخلل العود والتكفير لم تلزمه إلا واحدة ، وهكذا لو تخلل العود دون التكفير لم يتمدد . قال في الفيت وإنما لم يكن العود كافياً كاليمين لأن حكم الظهار باق فهو ظهار واحد فلا يقع الثاني حتى يرتفع الأول بالكفارة إذ نكرر لفظه لا يوجب تكرير حكمه .

﴿١٨٤﴾ باب الإيلاء

الإيلاء لغة : هو اليمين ، وشرعاً هو الحلف من الزوجة أربعه أشهر وهو مباح ما لم يقصد الإضرار فليس بمباح .

﴿فصل﴾

واعلم أن الإيلاء إنما ينمقذ بإثني عشر شرطاً : ﴿الأول﴾ أن يكون ﴿من حلف مكلفاً﴾ ولو عبداً أو محبوب الذكر - احتراز من الصبي والمجنون فلا يصح إيلاؤهما ويصح عندنا من السكران : ﴿الثاني﴾ أن يكون ﴿مختاراً﴾ فلا ينمقذ من المسكره إلا أن ينويه صح . ﴿الثالث﴾ أن يكون ﴿مسلماً﴾ فلا يصح من الكافر ولو ذمياً عندنا . ﴿الرابع﴾ أن يكون المولى ﴿غير أخرس﴾ فلا يصح من أخرس بالإشارة . ﴿الخامس﴾ أن تكون اليمين ﴿قسماً﴾ والقسم هو أن يحلف بالله تعالى ولو ملحوناً أو بصفة لداته كقدرته وعظمته أو بصفة لفعله لا يكون على ضدها كالعهد والأمانة كما سيأتى . قال في البيان : ويصح ولو بالفارسية لمن يعرفها وهى « خدای بیار » أى والله لا وطئتك . فلو حلف بغير ما تقدم لم يكن إيلاء وذلك كالحرام نحو أن يقول هى على حرام لاوطئتها أربعة أشهر وذلك كاليمين المركبة نحو أن يقول امرأته طالق أو عبرى حر أو ماله صدقة أو عليه صوم كذا إلا وطئ امرأته

أربعة أشهر فإنه لا يقع بذلك إيلاء وإن لزم المحلوف به لو جامعها .

﴿ السادس ﴾ أن يكون قسمه متعلقاً بأن ﴿ لا وطئاً ولو ﴾ كان حلفه من الوطء لها ﴿ لعذر ﴾ أوجب تلك اليمين سواء كان العذر يرجع إليه بأن يكون ممن يضره الجماع أو يرجع إلى غيره كالرضيع ونحو ذلك فإنه ينعقد مع ذلك الإيلاء .

﴿ السابع ﴾ أن تكون المرأة المولى منها ﴿ زوجة ﴾ ولو بنكاح فاسد لا مملوكته أو أجنبية فلا يقع . ﴿ الثامن ﴾ كون الزوجة المحلوف منها ﴿ تحتة ﴾ في الحال ولو ناشئة فلو كانت مطلقة في الحال ولو رجعيًا لم يصح إيلاءه منها ، وأما المظاهرة فيصح الإيلاء منها . ومن قال ان الطلاق يتبع الطلاق صحح الإيلاء من المطلقة رجعيًا .

ومتى آلى من زوجته بالشروط المعتبرة ثبت حكم الإيلاء ﴿ كيف كانت ﴾ سواء كانت حرة أم أمة صغيرة أم كبيرة مدخولة أم غير مدخولة صحيحة أم رتقاء . ويصح الإيلاء من زوجة واحدة ﴿ أو أكثر ﴾ نحو أن يحلف لا وطئ زوجاته . ولو وطئ بعد مضي الأربعة الأشهر أو مات بعضهن فلبقيات أن يرافمن وإذا وطئ واحدة منهن قبل الأربعة الأشهر لم يبطل حكم الإيلاء ولم يحث ومتى مضت أربعة أشهر ثبت لكل واحدة حق المرافعة سواء نوى الجميع أو أطلق .

﴿ التاسع ﴾ أن الإيلاء ﴿ لا ﴾ يقع ﴿ بتشريك ﴾ نحو أن يحلف لا وطئ فلانة ثم قال وأنت يا فلانة مثلاً أو أشركتك معها فإنه لا يقع الإيلاء في حق التي شركها ويقع في حق الأولى . والوجه فيه أن التشريك كناية واليمين كنايةاتها محصورة كإسياني . أما لو قال وأنت يا فلانة كان موليًا منهما لأنه صريح إذا لم يقل أو معها بل سكت ، وكذا لو خير فقال فلانة أو فلانة وقع كما يأتي في الأيمان .

﴿ الشرط العاشر ﴾ أن يكون حلفه متعلقاً بالوطء أما ﴿ مصرحاً ﴾ بذلك فلا يحتاج إلى نية .. مثالة أن يحلف لا جامعها في فرجها ولو لم يقل في قبلها لأنه ينصرف إلى القبل أو لا غشياً أو لا أدخل ذكره في فرجها ، أو لا افتضاها وهي بكر ولو لم

يقول بذكره لأن العرف فيه أنه يريد بذكره فلا يحتاج إلى ذكره لأنه في حكم المنطوق به ويدين باطناً فقط ﴿أو﴾ يكون ﴿كأنياً ناوياً﴾ ومثاله لا قرب منها أو لا آناها أو لا جمع رأسهما وسادة فهذه ونحوها تحتاج إلى نية . ﴿الشرط الحادى عشر﴾ أن يكون المولى ﴿مطلقاً﴾ لعدم وطنه لها كأن يحلف لا وطنها وأطلق ولم يؤقته بوقت ﴿أو﴾ كان ﴿موقتاً﴾ لعدم وطنه لها إما ﴿بموت﴾ الزوجة أو موته أو موت ﴿أيهما﴾ فيثبت حكم الإيلاء بذلك ، لا لو وقت بموت غيرها فلا يثبت حكم الإيلاء ﴿أو﴾ يكو مؤقتاً ﴿بأربعة أشهر فصاعدا﴾ من يوم اليمين فإنه يكون مولياً لادون الأربعة الأشهر فلا يكون مولياً . فلو حلف منها ثلاثة أشهر ثم فى الشهر الثانى حلف منها كذلك ثم لم يزل كذلك فلا يكون مولياً وإن حصل الضرار لأنه لم يقمده بأربعة أشهر حكاه فى البحر ﴿أو﴾ وقته ﴿بما يعلم﴾ أو يظن ﴿تأخره عنها﴾ أى أنه لا يأتى ذلك إلا بعد مضى الأربعة فإنه يكون مولياً، مثال ذلك أن يقول لا وطنك حتى تطلع الشمس من المغرب أو حتى تخرج الدابة ، أو حتى ينزل المسيح ، أو حتى يخرج الدجال ، أو حتى يصل فلان وهو فى تلك الحال فى جهة بعيدة لو سار لم يصل إلا لأربعة أشهر فصاعداً أو غير ظان ركوب ما يوصله لدون الأربعة الأشهر فإنه يكون فى جميع هذه الصور مولياً ويقع الإيلاء ولو وصل فى الحال لأن العبرة بالظن لعدم وصوله لدون الأربعة الأشهر ولها مرافعته بعد مضى أربعة أشهر .

﴿الشرط الثانى عشر﴾ أن يكون ﴿غير مستثنى﴾ باللفظ . لا بالنية فإن استثنى وكان المستثنى من الإيلاء غير معين فإنه يبطل به الإيلاء مثال ذلك أن يقول لاجامعتك سنة إلا مرة واحدة أو إلا مرتين أو نحو ذلك فهذا لا يكون إيلاء لأنه لم يعلم أن مدة الإيلاء أربعة أشهر فصاعداً لعدم تعيين الوقت المستثنى من الإيلاء ﴿إلا﴾ إذا استثنى ﴿ما تبقى معه الأربعة﴾ صح إيلاء . ومثال الاستثناء الذى يصح معه الإيلاء أن يقول إلا مرة فى شهرى هذا أو فى وسط السنة فإن ذلك لا يفسد الإيلاء بل يصير

موليا بالمدة التي تأتي بعد مضي المدة التي استثنى فيها لأنه يبقى أربعة أشهر فصاعدا وهكذا لو لم يوقت بسنة بل قال لا وطئتك إلا مرة واحدة فإنه يكون موليا قبل أن يطأها وبمده . قال في البيان : وإن كان المستثنى معينا كإلا يوم العيد نظر فيما قبله وفيما بعده فأيهما كان أربعة أشهر فما فوق ثبت الحكم فيه وإذا حنث فيما قبله انحلت بيمينه .

نعم وإذا آلى من زوجته على الشروط التي تقدمت ﴿رافعته﴾ إلى الحاكم حيث لم يكن قد وطئ فإن كان قد وطئ لزمته الكفارة وليس لها مرافقته وسواء كان الحاكم من جهة الإمام أو غيره وكذا في الظهار بخلاف اللعان لأنه كالحد، ولها مرافقته في الإيلاء ﴿بمدها﴾ أي بعد مضي أربعة أشهر فتطالبه برفع التحريم ﴿وإن﴾ كانت ﴿قد عفت﴾ عن المطالبة فلها أن تطالبه بعد العفو ﴿إن رجعت﴾ عن العفو ولو كانت ناشزة ﴿في المدة﴾ أي مدة الحلف فإن رجعت بعد مضيتها لم يكن لها أن ترافعه بعد ذلك لأنه قد ارتفع التحريم، فإن لم تعف عنه كان لها مطالبته بعد أربعة أشهر ولو قد مضت مدة الإيلاء عندنا .

﴿و﴾ إذا آلى من إحدى زوجاته كان لهن ﴿كلهن﴾ المرافقة ﴿مع اللبس﴾ في المولى عنها لأن كل واحدة في حكم المولى عنها .

﴿فرع﴾ قال في البيان وإذا آلى مع إحدى زوجاته غير معينة أو معينة والتبست ففي الوجه الأول يحنث بوطء واحدة وفي الثاني لا يحنث إلا بوطء الجميع لأن الأصل براءة الزمة .

واعلم أن ولاية المرافقة في الإيلاء إلى الزوجة أو وكيلها سواء كانت حرة أم أمة ﴿الأولى﴾ الزوجة ﴿غير العاقلة﴾ فلا يطالب لصغيرة أو مجنونة ولا السيد عن أمته ، وإذا رافقته إلى الإمام أو الحاكم أمره بأن ينفء أو يطلق ﴿فيحبس﴾ إن امتنع ﴿حتى يطلق أو ينفء﴾ أو يفسخ ويمتنع فعل أحد الثلاثة أطلق من الحبس . ولو طلق

أولاً باختياره قبل أن يرافع أو يجبس لم يكن لها المرافعة، فإذا راجع أو عقد بعد العدة أو قبلها في حق البائن كان لها أن ترافعه إذا عادت إليه قبل انقضاء مدة الإيلاء وسواء بقى من مدة الإيلاء أربعة أشهر أو أقل ولو لم يبق إلا ساعة واحدة .

والثاني هو في حق ﴿ القادر ﴾ على الوطء ﴿ بالوطء ﴾ في القبل، وأقله ما يوجب الغسل في الثيب وإذهاب البكارة في البكر، فإذا وطئها ارتفع الإيلاء، وسواء وطئها عاقلاً أم مجنوناً وسواء كانت عاقلة أم مجنونة . ﴿ والعاجز ﴾ عن الوطء لمرض أو كبر سن - ويقبل قوله في دعوى العجز - بقاء ﴿ باللفظ ﴾ بأن يقول فئت عن يميني أو رجعت عن يميني، وإذا فاء باللفظ فإنه لا يحنث بمعنى لا كفارة عليه .

﴿ و ﴾ العاجز عن الوطء ﴿ يكافئه ﴾ الحالك ﴿ متى قدر ﴾ على الوطء أو زال عذره من غير العجز كالتحريم لحيض أو نفاس أو إحرام أو نحو ذلك ﴿ ولا ﴾ يجوز للحاكم ﴿ إهمال ﴾ العاجز إذا كانت مدة الإيلاء باقية بعد أن قدر على الوطء أو زال العذر ﴿ إلا ﴾ أن يزول عذر العجز أو التحريم ﴿ بعد مضي ما قيد به ﴾ الإيلاء فإنه يعمل به حينئذ ﴿ يوماً أو يومين ﴾ أو أقل أو أكثر على ما يراه الحاكم لأن المسئلة اجتهدية وبعدها يجبس .

﴿ و ﴾ من أحكام الإيلاء أنه ﴿ يتقيد بالشرط ﴾ نحو أن يقسم لا وطئ زوجته أربعة أشهر إن دخلت الدار فإنها متى دخلت الدار وهي زوجته غير مطلقة ولا مفسوخة صار مولياً وكذا لو علق بمشيئة زيد وقع الإيلاء إن شاء زيد في المجلس أو مجلس بلوغ الخبر . فأما لو علق بمشيئة الله تعالى لم يكن مولياً لأن الوطء مباح لا يشاء الله فعله ولا تركه إلا حيث كان يضره الوطء أو يضرها في غير البكارة فإنه يقع لأن الله لا يشاء الامتناع منه إلا إذا أضر وكان المولى يظن استمرار المضرة أربعة أشهر فصاعداً فلو زال الظن قبل الأربعة فقد وقع الإيلاء بالظن الأول . و ﴿ لا ﴾ يقع الإيلاء (التاج للمذهب - ١٧ - ن)

بـ ﴿ الاستثناء ﴾ مثال ذلك أن يقول : والله لا وطئتك سنة إلا يوماً أو إلا أن يقدم زيد ونحو ذلك ﴿ إلا ما مر ﴾ من الاستثناء الذى يبقى معه أربعة أشهر فإنه يصح معه الإيلاء .

﴿ و ﴾ من أحكام الإيلاء أنه ﴿ لا يصح التكفير ﴾ من المولى - من زوجته - عن إيلائه ﴿ إلا بعد الوطء ﴾ سواء كان قادراً أم عاجزاً ورجع بلسانه .

﴿ فرع ^(١) ﴾ لو آلى ثم ظاهر أو العكس كفر للظهار ثم وطئ وكفر عن الإيلاء إذ لا تجزى كفارة الإيلاء قبل الحنث . قال فى البيان : وإذا رافعته ألزمه الحاكم بالكفارة عن الظهار والفى بلسانه عن الإيلاء حتى يخرج كفارة الظهار ثم يؤمر بالوطء .

﴿ و ﴾ من أحكام الإيلاء أنه ﴿ يهدمه ﴾ ولو مشروطاً ﴿ لا الكفارة - الثلاث ﴾ فلو آلى من زوجته ثم طلقها ثلاثاً ثم عادت إليه بعد زوج أنهدم حكم الإيلاء ولو بقى منه أكثر من أربعة أشهر، وأما الكفارة فلا تهدم بالثلاث بل يلزمه إذا وطئ بعد أن عادت إليه وكانت مدة الإيلاء باقية، فإن عادت إليه وقد انقضت فلا يحث بالوطء والردة لا تهدم حكم مراعاة الزوجة لو عادت إليه فى مدة الإيلاء فأما الممين فقد سقط حكمها بالإسلام فلا كفارة. حكى معناه فى البحر والكوكب.

﴿ و ﴾ إذا اختلف الزوجان فى وقوع الإيلاء وعدمه كان ﴿ القول لمنكر وقوعه ﴾ منهما مع يمينه والبينة على مدعيه لأن الأصل عدم الإيلاء ﴿ و ﴾ إذا اتفقا فى وقوعه واختلفا فى مضى مدته فالقول قول منكر ﴿ مضى مدته ﴾ لأن الأصل البقاء ﴿ و ﴾ كذا إن اتفقا فى وقوعه ومضى مدته واختلفا هل وقعت الفیئة بالوطء أم باللفظ فالقول لمنكر حصول ﴿ الوطء ﴾ والبينة على مدعى ذلك .

﴿ و ﴾ إذا قال لزوجته والله لا وطئتك ﴿ سنة ثم ﴾ والله لا وطئتك ﴿ سنة ﴾

(١) يستفاد من شرح النجوى والبيان اهـ .

فإن هذين ﴿إيلاء﴾ اثنان لتكرر القسم فترافعه في السنة الأولى بعد مضي أربعة أشهر منها ثم في السنة الثانية كذلك، وسواء وطئها في السنة الأولى أو طلقها ثم راجعها أو تزوجها بمقد جديد إذا عادت إليه وقد بقي من السنة الثانية شيء. وإن عادت إليه بعد مضيا لم يثبت لها حكم المرافعة فيها وفي السنة الثانية لها مرافعته إذا عادت إليه ولو لم يبق إلا ما يتسع للمطالبة والمرافعة ﴿لاستنان﴾ أي حيث قال والله لا وطئتك سنتين كان إيلاء واحداً، وكذا لو قال والله لا وطئتك سنة ثم سنة أو سنة فسنة .

باب اللعان

﴿١٨٥﴾

هولقة الطرد والابعاد ، مأخوذ من اللعن ، لأن الملاعن يقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى : « واللذين يرمون أزواجهن » الآيات ^(١) وسبب نزولها قصة هلال ابن أمية لما قذف زوجته بنت عاصم بشرى بن سحما ، فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم « البينة أو حد في ظهرك » فنزلت الآيات فتلاعنا عنده بعد نزولها وسقط باللعان عنه الحد ، وهذا هو قول الجمهور .

﴿مسئلة﴾ وقذف الزوج لزوجته يجوز مع العلم بالزنا ولا يجب ذكره في مذهب الشافعي إذ يلحقه العار فيجب رفع العار عن نفسه بعدم فعل اللعان ، إلا حيث كان ثمة ولد وعلم أنه ليس منه حيث لم يقر بها وجب لعدم ثبوت الميراث له في الشرع ، فيجب عليه رفع توهم أنه ليس منه لثلا يرث ، وأما مع الظن فلا يجوز . وأما قذف الأجنبي فلا يجوز ولو علم زناه إلا إذا كان معه أربعة شهود ، ذكرور ، أصول ،

(١) في سورة النور من آية ٦ إلى ٩ .

عدول ، يشهدون بالزنى ، أو ثلاثة معه وهو الرابع لأن مدعى الحسبة يصح أن يكون أحد الشهود. واشتراط الذكورة والعدالة والاصالة لثبوت الحد على المشهود عليه بالزنى لا لسقوطه عن القاذف فيكفى المسدد كما سيأتى فى الحدود. انتهى ملخصاً من البيان وشرح ابن بهران .

(فصل)

(يوجب) معنى يثبت (رمى) زوج (مكاف) ختام (مسلم غير آخرس) ولو سكراناً أو عبداً ، فلو كان صغيراً أو مجنوناً أو مكرهاً أو كافراً ورماه بعد العدة أو آخرس لم يصح لعانه . وقد يصح اللعان بين المسلمة وزوجها الكافر حيث ارتد عن الإسلام أو كانا ذميين أو حربيين ثم أسلمت وقذفها فى حال العدة فاشتراط الإسلام إنما هو فى الزوجة . قال فى البيان مامنه : فيشترط أن تكون بالغة عاقله حرة مسلمة يمكن وطؤها عفيفة عن الزنى فى الظاهر .

وإنما يجب اللعان بأحد عشر شرطاً :

(الشرط الأول) أن يكون (لزوجة) فلو رمى أمته أو أم ولد أو أجنبية ثم تزوج بها فلا لعان لكن يعزر لقذف الأمة وأم الولد ويحد لقذف الأجنبية .
(الشرط الثانى) أن تكون تلك الزوجة (مثله) أى مثل الزوج فى كونها مكافئة مسلمة غير خرساء .

(الشرط الثالث) أن تكون الزوجة (حرة) جميعها فلو كانت أمة فلا لعان .
(الشرط الرابع) أن تكون (ممكنة الوطء) فلو كانت رتقاء أو بكرأ فلا لعان لأنه لا غضاضة عليهما فى القذف لكن يعزر القاذف إلا أن يضيفه إلى دبرها ثبت اللعان .
(الشرط الخامس) أن تكون باقية (تحت) ولو خرجت ثم عادت ولو

بعد زوج .

﴿الشرط السادس﴾ أن تكون تحته ﴿عن نكاح صحيح﴾ في مذهبهما أو حكم الحاكم بصحته فلو كان فاسداً أو باطلا فلا لعان ﴿أو﴾ كانت قد خرجت منه بطلاق لكنها ﴿في العدة﴾ فإنه يجب اللعان ولو كانت في عدة البائن أو فسخ من حينه . فأما لو كانت قد انقضت عدتها ولا ولد لها فلا لعان .

﴿الشرط السابع﴾ أن يقذفها ﴿بزنى﴾ ولو لغير آدمي ولو في الدبر فلو رماها بشيء من الفسوق غير الزنا أو بالكفر لم يجب اللعان .

﴿الشرط الثامن﴾ أن يرميها بوقوع الزنى ﴿في حال يوجب﴾ الرمى فيه ﴿الحّد﴾ وضابطه أن تكون الزوجة ممن يجب عليها الحّد لأجل الزنى والزواج ممن يجب عليه الحّد لأجل القذف ليخرج لو كانت كافرة أو مملوكة فيجب عليها الحّد ولا شيء على قاذفها أو كان القاذف صغيراً أو أضاف إلى حال لا يجب فيه الحّد حكى معنى هذا في الزهور نحو أن يقول زنيته وأنت مجنوننة أو غالطة أو صغيرة أو مكرهة وقد كانت على ذلك لم يجب اللعان لأنه لا حّد عليها ولا عليه في هذه الحال . وكذا لا يجب اللعان أيضاً لو قال لها زنيته وأنت يهودية أو مملوكة وقد كانت على ذلك والقول للزوج ما لم يعلم كذبه .

﴿ولو﴾ أضاف الزنى إلى ﴿قبل العقد﴾ له بها مهما كانت حال القذف تحته ﴿أو﴾ لم يرمها بالزنى لسكنه وقع منه ﴿نسبة ولده منها﴾ أو ولدها من غيره ﴿إلى الزنى مصرحاً﴾ نحو أن يقول هذا الولد زنيته به أو هذا الولد من زنى فيجب اللعان بينهما . فأما الكناية فلا تكفي في وجوب اللعان فلو قال هذا الولد ليس بابني لم يجب اللعان بمجرد هذا اللفظ ويحد للقذف لأنه يحتمل أنه أراد من زوج آخر إلا أن يفسره بالصريح وجب اللعان .

﴿قيل﴾ هذا القول أخذه الفقيه حسن والفقيه يوسف من ظاهر قول الإمام الهادي عليه السلام وهو أنه إذا نسب ولدها منه إلى الزنى فإنه يثبت اللعان ﴿ولو﴾ كان

ذلك الرى منه لها ﴿بمد الطلاق﴾ وبعد انقضاء ﴿المدة﴾ لوجود الولد بينهما بخلاف ما لو رماها بالزنى فقط بعد المدة لم يجب اللعان وإنما يجب الحد للذف . والمختار أنه لا فرق سواء كان ثم ولد بينهما أم لا فلا يصح اللعان بعد انقضاء المدة لأنها قد صارت بعد انقضائها أجنبية عنه فيثبت الذف وقد أشار الإمام عليه السلام إلى ضعف ما أخذه الفقهاء بقوله قيل .

﴿و﴾ ﴿الشرط التاسع﴾ أن يكون ﴿ثم إمام﴾ في البلد التى تليه أو من يقوم مقامه ممن ولايته مستندة إليه .

﴿و﴾ ﴿الشرط العاشر﴾ أن ﴿لا﴾ يكون للزوج ﴿بينة﴾ وتقام الشهادة ولو هو أحدهم إذ لو كان للزوج بينة وجب عليها الحد وليس له طلب اللعان .

﴿و﴾ ﴿الشرط الحادى عشر﴾ أن ﴿لا﴾ يكون ثم ﴿إقرار﴾ من الزوج بالولد ولا من المرأة بالزنى فلو أقر الزوج بالولد أو المرأة بالزنى فلا لعان بينهما واعتبار هذين الشرطين الآخرين لازم ﴿فيهما﴾ أى فى اللعان لأجل نفى الولد ولسقوط الحد عن القاذف وإلا لم يجب اللعان ﴿ومنه﴾ أى ومما يوجب اللعان قول القائل لزوجه ﴿يا زانية﴾ لأنه رى لها بالزنى كما لو قال أنت زانية فلو قال ما أظنك إلا زانية أو أظنك زنت لم يكن قاذفاً لها لأنه لم يقطع باليقين إذ أنه أخبر عن ظنه بأنها تزنى . وكذا إذا قال لها قالوا أو قال فلان إنك زنت . وكذا لو قال يا زانية فقالت زنت بك أو زنت بى فلاحداً ولا لعان . والوجه فيه أنه قد يسمى وطء الزوجة زنى على طريق المجاز من كثرت وقاحته . فأما لو كانا أجنبيين ففى قولها زنت بك لاحد على واحد منهما لأنه قد قذفها وصدقته فسقط عنه حد الذف وسقط عنها حد الزنى لأنها لم تقر إلا مرة ولم يلزم أن تكون قاذفة لأنها أضافت الزنى إلى نفسها ولعله كان مكرهاً أو نائماً حملاً على السلامة . وأما قولها زنت بى فيكون كل منهما قاذفاً لصاحبه فيلزم حد الذف لأنها لم تصدقه بل أضافت الزنى إليه ويحتمل أنها مكرهة

فلا محذور للزنى إما لأنها لم تقر إلا مرة واحدة أو لأنه يحتمل الإكراه ولو أقرت أربع مرات .

﴿ ١٨٦ ﴾ (فصل)

فى بيان من يتبدى بالمطالبة باللعان وفى بيان غرضه وصفته : أما من له المطالبة فالمطالبة تثبت لكل واحد منهما ، وأما غرضه فقد بينه الإمام عليه السلام بقوله ﴿ ويطلبه الزوج ﴾ لأحد غرضين إما ﴿ للنفى ﴾ أى لنفى نسب الولد منه ﴿ و ﴾ إما لأجل ﴿ إسقاط الحق ﴾ الثابت بالزوجية من النفقة والكسوة وغير ذلك لأنه إذا طلقها لزمته الحقوق فى العدة . وإذا فسخها باللعان سقطت عنه الحقوق فى العدة فله أن يطالب باللعان لأحد الغرضين .

﴿ وهى ﴾ معنى الزوجة تطالب اللعان لأحد غرضين إما ﴿ للنفى ﴾ للولد من الأب وتصير عصبته عصبه أمه عقلاً لا نكاحاً وإراثاً ونسباً . وينقطع حكم الأبوة بينه وبين من نفاه . قال فى الدرر وشرح النكح : ولا يلحق نسبه نسب أمه فلو كانت هاشمية لم يكن هاشمياً ولا يرث إلا ميراث ذوى الأرحام ﴿ و ﴾ إما لإثبات حد القذف ﴿ على الزوج .

نعم . وأما تبين صفة اللعان ﴿ فيقول ﴾ لهما ﴿ الحاكم ﴾ أو نائبه أو الإمام ﴿ بعد ﴾ أن أحضرهما ووعظهما وخوفهما من الإقدام على اللعان ، و ﴿ حثهما على التصديق ﴾ ندباً كما روى عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه وعظ كل واحد من المتلاعنين وأخبره أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة . وفى حديث آخر قال : « الله يعلم أن أحداً كاذب فهل منكما من تائب » ثلاثاً متفق عليهما . وإذا حثهما على التصديق ﴿ فامتنعاً ﴾ فإنه يبدأ بتحليف الزوج فإن حلف بغير تحليف لم يمتد به فيقول له الإمام أو حاكمه ﴿ قل والله إنى لصادق فيما رميتك به من الزنى ونفى ولدك

هذا ﴿ فإذا قال ذلك أمره أن يكرر ذلك ﴾ أربماً ﴿ وهذا حيث يكون ثم ولد فإن لم يكن ثم ولد كفى أن يقول فيما رميتك به من الزنى . ﴾ ثم ﴿ إذا فرغ من تحليف الزوج أمر الزوجة أن ﴾ تقول والله ﴿ أو أى ألفاظ القسم المعروفة ﴾ لأنه لمن السكاذين فى رمية ﴿ لى بالزنى ﴾ ونفيه ﴿ لهذا الولد ﴾ كذلك ﴿ أى تكرر ذلك أربماً ﴾ والولد ﴿ فى حال التحليف ﴾ حاضر ﴿ فى حجر المرأة ندباً ﴾ مشار إليه ﴿ إن كان هناك ولد منق . قال الإمام عليه السلام : والأقرب أنه لا يجب إحضار الولد المنقى إن أمكن تعيينه من دون حضوره وإلا وجب فإن نسكت عن اليمين فيكفى امتناعها مرة واحدة فى وجوب الحد عليها وإذا رجعت إلى اللعان قبل كمال الحد عليها قبل منها وكذلك حكم الزوج ذكر معناه فى البيان .

﴿ نعم ﴾ ويجب تقديم الزوج فى التحليف على الزوجة ﴿ فإن قدمها أعاد ﴾ أيمانها فقط وإن قدمها ولم يكن الزوج قد حلف ابتداء الزوج واستأنفت . هذا ﴿ مالم يحكم ﴾ فإن كان قد حلف سهواً أو غلطاً أو هو مذهبه نفذ فإن كان عمداً لم يصح ﴿ ثم ﴾ بمد كمال التحليف ﴿ يفسخ ﴾ الحاكم بينهما ولا يمتنع لفظ الفسخ بل يكفى قوله لا يجتمعان أبداً . لأنه روى الدارقطنى عن سهل بن سعد فى قصة التلاعنين « ففرق رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بينهما وقال لا يجتمعان أبداً » أو يقول رفعت النكاح بينكما ﴿ ويحكم بالنفى ﴾ إن كان ثم ولد وإنما يحكم بالفسخ والنفى ﴿ إن طلب ﴾ منه ذلك ولو من أحدهما فقط فلو لم يطالب بالحكم لم يحكم فإن حكم من دون طلب صح وللحاكم أن يقول اطلب الحكم منى ولا يكون تلقيناً ﴿ فيسقط الحد ﴾ عنهما متى حكم الحاكم بالنفى والفسخ . قال فى حاشية السجولى : أما إذا كملت الأربع فإنه يسقط الحد من غير حكم ﴿ وينتفى النسب ﴾ إن كان ثم ولد ﴿ وينفسخ النكاح ﴾ بينهما ﴿ ويرتفع الفراش ﴾ كارتفاعه بالطلاق البائن ﴿ وتحرم ﴾ عليه تحريماً ﴿ مؤبداً ﴾ وهذه الأحكام الخمسة لا تثبت إلا بعد كمال الأيمان الأربع من كل واحد على الترتيب

وبعد الحكم بالنفي والفسخ إلا سقوط الحد فيبعد كمال الأيمان الأربع ﴿ لا بدون ذلك ﴾ فلا يثبت واحد منها ﴿ مطلقا ﴾ يعني سواء انضم إلى دون الأيمان الأربع حكم أم لا .

﴿ و ﴾ إذا نفى الزوج ولد آثم فرق الحاكم بينهما ثم ولدت آخر فإنه ﴿ يكفي ﴾ هذا اللعان ﴿ لمن ولد بعده ﴾ أى بعد الوضع ﴿ لدون أدنى الحل ﴾ إذا نفاه الزوج أو لم يُقرَّ به فإن أقرَّ به حُدَّ لقذف الزوجة إن طلبته ولزمه الولدان لأنه حل واحد ﴿ و ﴾ لو نفى ولد آثم وقع اللعان بينهما والحكم بالنفي ثم أكذب نفسه بعد ذلك وأقر بالولد فإنه ﴿ يصح الرجوع ﴾ من الزوج ﴿ عن النفي فيبقى ﴾ من تلك الأحكام الخمسة التي تثبت بعد الحكم ﴿ التحريم ﴾ المؤبد ويبطل باقيا .

﴿ فإن رجع ﴾ الزوج وأكذب نفسه ﴿ بعد موت ﴾ الولد ﴿ المنفى لم يرثه ﴾ هذا الأب الملاعن ﴿ قيل ﴾ والقول لبعض المذاكرين ﴿ وإن لحقه ولده ﴾ أى إذا كان للولد المنفى ولد لحق نسبه بالأب الملاعن وكان جدًّا لابن المنفى ولا يرث منه شيئا لأنه أقر بحق له وهو الإرث فلا يصادق ويحق عليه وهو لحوق النسب فيصح إقراره . قال الإمام عليه السلام وفيما ذكره ضعف لأنه خلاف ما حكاه أبو جعفر في شرح الإبانة عن الإمام الهادي لأنه قال إن لم يكن للولد المنفى ولد لم يثبت نسبه ولا ميراثه وإن كان له ولد ثبت نسبه وميراثه لأن النسب أصل والميراث فرع وإذا ثبت الأصل ثبت الفرع . هذا هو المختار للمذهب .

﴿ ولا ﴾ يصح من الرجل ﴿ نفى ﴾ الولد ﴿ بعد الإقرار ﴾ به وسواء علم أن له نفية أم لا فيثبت نسبه بعد الإقرار وإن نفاه من بعد لم ينتف ويحد لقذف المرأة وليس له أن يلاعنها لأجل سقوط الحد عليه ﴿ أو ﴾ نفى الولد بعد ﴿ السكوت حين العلم به ﴾ قد علم ﴿ أن له النفي ﴾ وعلم أن التراخي بعد العلم بالأمرين مبطل للنفي فإذا علم بهذه الثلاثة الأمور لم يكن له نفى الولد بعد وسواء سكبت سكوت مستبشر

أو سكوت مفكر وخرج من المجلس ولم ينفه وإلا فله النفي في المجلس قبل الإعراض منهما . وأما إذا سكت حين علم بحدوث الولد ولم يعلم أن له نفيه كان له نفيه متى علم أن له النفي ولو بعد زمان طويل من وقت الولادة وثبت اللعان بينهما .

﴿ ولا ﴾ يصح نفي الولد ﴿ بدون حكم ولعان ﴾ فلو تصادق الزوجان على نفي الولد لم ينتف ، وكذا لو التعنا ولم يقع بينهما حكم أو حكم الحاكم من دون لعان لم يصح النفي ﴿ ولا ﴾ يصح النفي ﴿ إن مات أو ﴾ مات ﴿ أحد أبويه ﴾ أو الإمام ﴿ قبل الحكم ﴾ بالنفي بل يثبت نسب الولد والميراث . ﴿ ولا ﴾ يصح النفي أيضاً ﴿ لبعض بطن دون بعض ﴾ فلو ولدت المرأة توأمين لم يصح نفي أحدهما دون الآخر ويتلاعن الزوجان لأجل القذف وكما مرّ قريباً لو نفاهما جميعاً ثم مات أحدهما قبل الحكم وكما مرّ أيضاً لو نفي ولدأ لها وحكم بالنفي ثم جاءت بولد لدون ستة أشهر من يوم الوضع الأول النفي فإنه يكون منفياً بنفي الأول وقد مرّ وإن أقرّ بالثاني ثبت نسب الأول أيضاً كما تقدم .

﴿ ولا ﴾ يصح النفي أيضاً ﴿ لبطن ثان ﴾ غير هذا النفي إذا ﴿ لحقه بعد اللعان ﴾ فلو وقع اللعان بنفي الولد وحكم الحاكم ثم جاءت بولد بعد ذلك لستة أشهر فصاعداً من وضع الأول إلى أربع سنين من يوم الحكم لحقه هذا الولد لمكان الفراش الأول ويحمل على أنه وطئ قبل تفريق الحاكم إما قبل اللعان أو بعده لأن أحكم الزوجية باقية بينهما حتى يحكم الحاكم ولم يصح نفي هذا الولد بحال من الأحوال . قال في السكواكب والبيان : « بناءً على أنها لم تقر بانقضاء المدة » ، « أو بعد إقرارها وقبل مضي ستة أشهر من إقرارها فيلحق بالزوج لأن فراشه باقي كما في الطلاق المائن » .

﴿ ويصح ﴾ من الزوج النفي ﴿ للحمل ﴾ حال الحمل ﴿ إن وضع ﴾ ذلك الحمل ﴿ لدون أدنى مدته ﴾ وهذا مع اللبس وأما إذا علم وجود الحمل صح النفي فإذا ولدت لدون ستة أشهر من يوم النفي انكشف صحة ذلك النفي وإن وضعت لأكثر بطل النفي

وليس المراد أنه يشترط في لفظ النفي أن يقتصر بالشرط بل يصح منه النفي من غير شرط ولكنه في نفس الأمر مشروط بأن تضع لدون أدنى مدة الحمل ﴿لا اللعان﴾ فلا يصح ﴿قبل الوضع﴾ لا مطلقاً ولا مشروطاً بل يؤخر حتى تضع .
 ﴿ونذب﴾ في التحليف بمد كماله بالأربع الأيمان ﴿تأكيده﴾ بـ ﴿ليمين﴾ ا ﴿الخامسة﴾ التي ذكرها الله سبحانه حيث قال في حق الرجل « والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين » ، وقال في حق المرأة : « والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » وإتاما خص المرأة بالغضب لأن معصيتها إذا سحت فهي أغلظ فلو نكل عنها الرجل فلا حد عليه للقدف أو نكلت عنها المرأة فلا حد عليها للزنى لأن اللعان قد تم بالأربع بل يحبس من نكل فقط حتى يقر أو يحلف . ﴿و﴾ التحليف يندب له ﴿القيام﴾ من الحالف فقط ﴿حاله وتجنب المسجد﴾ عند اللعان ويكره فيه والكرامة للتنزيه .

باب الحضانة

﴿١٨٧﴾

هي بفتح الحاء مأخوذة من الحضن بكسرها وهو مادون الإبط لضم المحضون إليه . وشرعاً حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه عند من هو أولى بذلك . وللحضانة ثمانية شروط وهي : البلوغ ، والعقل ، والإسلام في الحضانة إذا كان الولد مسلماً لا إن كان كافراً فلا تبطل الحضانة ، والحرية ، والأمانة ، وأن تكون غير مزوجة ، وعدم النشوز ، وعدم العيوب المنفرة ، وقد جمعها الشاعر في بيتين فقال :
 بلوغ ، وعقل راجح ، وأمانة وحرية ، والدين في ذاك مُعتبر
 فراغ ، وبعد من نشوز يشينها وصحة جسم من عيوب ومن ضرر
 واعلم أن ﴿الأم الحرة﴾ متى كانت جامعة للشروط فهي ﴿أولى بولدها﴾ الصغير في إرضاعه والقيام بما يصلحه إذا طالبت بذلك ولو كان الولد مملوكاً إذا عتقت بعد

وضمها وإن لم يكن فيها لبن لأنه غير شرط وإنما المعتبر القيام بما يصلحه فإن أسقطت حقها رباه غيرها إن قبله الطفل وإلا أجبرت على ذلك . وقوله الحره احتراز من الأمة فلا حق لها في الحضانه لأنها مشغولة بخدمة المالك .

﴿ مسئله ﴾ والحاضنة أولى بالطفلة من زوجها حتى تصلح للاستمتاع ومتى صالحت وطلبها سلمت إليه حيث أمن عليها من فرط شهوته وليس للزوج نقلها حتى تبلغ ولا شيء عليه من أجره الحضانه . والولد ذكر أو أنثى أولى بحفظ أبويه من أبويهما إذا شاخا ولو لم يكونا عاجزين .

ومدة الحضانه للطفل ﴿ حتى يستغنى بنفسه أكلاً وشرباً ولباساً ونوماً ﴾ وغير ذلك مما يفعله العقلاء متى استغنى بنفسه في هذه الأمور فلا ولاية للحاضنة في الذكر . هذا مذهبنا سواء بلغ الطفل السنة السابعة فأكثر أم أقل فلا تحديد عندنا بالسنين لأنه قد يختلف حال الصبي في الذكاء والبلادة فثمة من يكون ذكاً في صغر سنه ، وثمة من يكون بليداً ، ويدخل في هذا الحد الصبي والمجنون ﴿ ثم ﴾ تنتقل الحضانه من الأم إذا كانت مسقط إلى ﴿ أمهاتها ﴾ من قبل الأم على الترتيب أقربهن فأقربهن ، ثم جدتها ، ثم جدتها أولى ممن فوقها ، ثم التي فوقها كذلك ﴿ وإن علون ﴾ ولا حضانه لغيرهن مع وجودهن وعدم المسقط لحق الحضانه فيهن من النكاح وغيره على ما سيأتى إن شاء الله تعالى .

﴿ ثم ﴾ إذا لم يبق للولد من يستحق الحضانه من الأمهات لدمهن أو لعروض مانع أو امتنعت الموجودة منهن كان ﴿ الأب الحر ﴾ المؤمن أولى بحضانه ولده ذكر أو أنثى حرراً أم عبداً وأجره حضانه على سيده ﴿ ثم الخالات ﴾ أولى من سائر القرابات بعد الأب والأمهات ، ﴿ ثم ﴾ بعد الخالات ﴿ أمهات الأب ﴾ من الطرفين ﴿ وإن علون ﴾ فالحق لمن بعد الخالات لثبوت الحق للأب فيثبت لأمهاته ، وأولاهن الجدة أم الأب ثم أمهاتها وإن علون ، ثم الجدات أمهات الأجداد من الأب على الترتيب

الأول فالأول ، وهذا معنى قولنا من الطرفين . فقد ثبت الحق لأمهات الأب من قبل أبيه ومن قبل أمه وإن تخللت أنثى . وتقدم أمهات الأب على أمهات أب الأب وسواء كانت أمهات الأب من قبل أبيه أم من قبل أمه .

﴿ ثم أمهات أب الأم ثم الأخوات ثم بنات الخالات ثم بنات الأخوات ثم بنات الأخوة ثم العمات ثم بناتهن ثم بنات العم ثم عمات الأب ثم بناتهن ثم بنات أعمام الأب ﴾ وهن آخر الدرج في باب الحضانة من النساء . قال في البيان : هذا إذا كان بنات أعمام الأب فوارغ فإن كن مزوجات رجع إليهن على هذا الترتيب . ولا ولاية لبنات بنات الخالات وبنات بنات الأخوات وبنات بنات الأخوة وبنات بنات العمات وبنات بنات العم وبنات بنات عمات الأب وبنات بنات أعمام الأب .

﴿ ويقدم ذو السببين ﴾ من هذه الأصناف المتقدمة على من أدلى بسبب واحد إلى المولود : فالخالة لأب وأم أولى من الخالة لأحدهما ، والأخت لأب وأم أولى من الأخت لأحدهما ، والعمة لأب وأم أولى من العمة لأحدهما ، وكذا بناتهن على هذا الترتيب ﴿ ثم ذو الأم ﴾ فالأخت لأم أولى من الأخت لأب ، وكذا سائرهن على هذا الترتيب : أما إذا كان للصبي أختان أو نحوهما مستويتان في الاستحقاق كانت حضانتها بالمهاياة إلا أن تضر بالصبي المهاياة عين الحاكم من يقوم به منهما .

﴿ وتنتقل ﴾ الحضانة ﴿ من كل ﴾ ممن تقدم ذكره ﴿ إلى من يليه ﴾ بأحد أمور خمسة : ﴿ الأول ﴾ بإهمال الطفل وترك حفظه أو بالعمى . ﴿ الثاني ﴾ بالفسق ﴿ الطارىء لا الأصلي فلا ولاية لها رأساً ولا فرق عندنا بين فسق وفسق سواء كان بالزنى أو بغيره ولا فرق بين أن يبلغ الصبي حداً يلتقط فيه الكلام ويتخلق بأخلاق تلك الحضانة أم لا . ﴾ ﴿ والثالث ﴾ الجنون ونحوه ﴿ من المفترات كالجذام والبرص والبخر والجرب والسل ونحو ذلك . ﴾ ﴿ والرابع ﴾ الشوز ﴿ عن الزوج فإنه يسقط حقها من حضانتها سواء كان ولدها منه أم من غيره حيث كان

النكاح لا يبطل حق الحضانة مثل زوجة الرحم وإلا فقد بطل حق الحضانة بمجرد النكاح ، وكذا من لها حق الحضانة فإنه يسقط حقها من الحضانة بالنشوز . وهذه الأربعة الأمور المتقدمة يعود حق الحضانة إلى الحاضنة بزوالها .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ ﴿ النكاح ﴾ فإن المرأة إذا تزوجت سقط حقها من الحضانة ﴿ إلا ﴾ أن تزوج المرأة ﴿ بنى رحم ﴾ نسباً ﴿ له ﴾ أى للطفل فلا يسقط حقها من الحضانة وسواء كان الأب باقياً أم لا . قال ﴿ المؤيد بالله ﴾ وإذا سقطت الحضانة بمحصول أى الخمسة الأمور ﴿ و ﴾ جب أن ﴿ تعود ﴾ الحضانة ﴿ بزوالها ﴾ وهذا متفق عليه عندنا وعنده فى الأربعة الأول ، وأما الخامس وهو النكاح فعند المؤيد بالله وأكثر العلماء انه إذا ارتفع النكاح بطلاق أو غيره ﴿ و ﴾ جب أن تعود الحضانة بعد ﴿ مضى عدة ﴾ الطلاق ﴿ الرجعى ﴾ وقالت الهدوية بمالك لا يعود حق الحضانة بارتفاع النكاح مطلقاً وهو المختار للمذهب .

﴿ فإن عدمن ﴾ الحواضن اللواتى هن أحق بالحضانة والمبرة بعدمنهن وقت الحاجة للطفل ﴿ فالأقرب الأقرب من ﴾ الذكور ﴿ العصبية المحارم ﴾ أولى بالذكر والأنثى فالجد أب الأب أولى من الأخ لأب وأم والأخ لأب وأم أولى من الأخ لأب والعم لأب وأم أولى من العم لأب ﴿ ثم ﴾ إذا لم يوجد عصبية محرم فالأقرب ثم الأقرب ﴿ من ذوى الرحم المحارم ﴾ أولى بالذكر والأنثى فالأخ لأم أولى من الجد أبى الأم وأولى من الخال ، والخال لأب وأم أولى من الخال لأم أو لأب .

﴿ ثم ﴾ إذا عدم المحارم من العصبات وذوى الأرحام فالأولى ﴿ بالذكر عصبية غير محرم ﴾ الأقرب فالأقرب . قال فى البيان : وهم بنو العم وإن نزلوا ثم بنو أعمام الأب وإن نزلوا ثم بنو أعمام الجد وإن نزلوا . وأما الأنثى فلا حضانة تجب لهم فيها بل هم وسائر المسلمين على سواء فى حقها فينصب الإمام أو الحاكم من يحضنها ﴿ ثم ﴾ إذا عدمت العصبات المحارم وغير المحارم وذوو الأرحام المحارم انتقلت الحضانة إلى من وجد

﴿ من ذوى رحم ﴾ غير محرم فيقدم ابن الخال وابن الخالة على بنى العمّة . وولايتهم ﴿ كذلك ﴾ أى هم أولى بالذكور دون الأنثى كالمصبات غير المحارم ، وإذا غاب وقت حاجة الطفل من هو أولى انتقلت الحضانة إلى من يليه من الحاضرين حتى يحضر لثلاثا يضيّع الصبي ثم إلى ذى الولاية كالإمام والحاكم . قال فى البيان : « والنساء أولى بالحضانة على هذا الترتيب إذا كن فوارغ من الأزواج فإن لم توجد فيهن فارغة رجع إليهن على هذا الترتيب مزوجات » .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٨٨ ﴾

فى أحكام تتعلق بالحضانة . ﴿ و ﴾ يجوز ﴿ للأم ﴾ وغيرها من ذوى الحضانة ﴿ الامتناع ﴾ عن الحضانة وإرضاع الطفل وترك حقها فى حضانتها ﴿ إن قبل ﴾ الطفل ﴿ غيرها ﴾ وقبله غيرها ولو أجنبية أو أمة فإن امتنع من غيرها أو امتنع الغير وخشى على الطفل التلف أو الضرر صارت الحضانة حقاً للطفل فتجبر الأم أو من عليه الحضانة بأجرة المثل إن علمت وإلا فآراء الحاكم .

﴿ و ﴾ يجوز لذى الحضانة من أم أو غيرها ﴿ طلب الأجرة ﴾ على حضانة الطفل ﴿ لغير أيام اللبأ ﴾ ^(١) التى لا يعيش الطفل فى الغالب إلا بها من يوم إلى ثلاثة، وهى

(١) وينبغى لسكنى والدته أن لا يرضع ولدها أحد من المرضعات قبل أن ترضع ولدها لبأها لأنه نافع لها بمنع عنها أوجاع عواقب الولادة ويلطف مزاجها بالكلية وبذلك التلطيف تسلم من جملة أمراض ويلزم أن يكون لبأ الأم أول غذاء يقع فى جوف الولد من الألبان لأنه لبن مصلى منه قليلا يؤثر فى الطفل تأثير المسهل فيخرج منه المادة السوداء المعروفة فى اللغة بالبق يقال عني الولد أى سقامه ما يسقط عقبيه لأنها تكون متجمدة فى القناة الهضمية . أما لبن المرضعات فضر بالطفل فى تلك الحال ولبأ والدته نافع كما عرفت ، فينبغى أيضاً نهى من يبادر من النساء المرضعات عقيب الولادة لإرضاعه غير أمه كما هو عادة النساء بصنعا . وعلى الرجال تعريف النساء بذلك وبالإسماعات اللازمة للطفل ولأمه عقب الولادة وكيفية إرضاعه فى الأوقات المألوفة وترتيبه لينمو الطفل نمواً سناً متمماً يكامل الصحة والهناء : اهـ

من يوم يوجد اللباء لا من يوم الولادة وليس لها في مدة اللباء أجره حضائته وإرضاعه لأن مدة ذلك يسيرة لا تستحق عليها أجره في سبيل الواجب فأما إذا طلبت الأجرة لغير تلك الأيام وجبت على الأب ولو صغيرة مزوجة فإن لم يكن أو كان ولم يمكنه التكسب فن مال الطفل فإن لم يكن له مال فملى من تلزمه نفقته في غير زوج الصغيرة. وقدر أجره الحضانة ما يراه الحاكم حيث لم يكن أجره مثل معلومة ﴿ما لم تبرع﴾ بخدمته وإرضاعه من غير أمر وليه وهو حاضر غير ممتنع فإنها لا تستحق أجره إلا إذا كان غائبا أو ممتنعا وفعلت ذلك بنية الرجوع بالأجرة وكذا ما أنفقت عليه ولا يعتبر أمر الحاكم في ذلك، ولا فرق عندنا في استحقاق الأم الأجرة على خدمة أو إرضاع ولدها بين أن تكون الزوجية باقية بينها وبين الأب أم لا .

﴿و﴾ يجوز ﴿للأب﴾ وكذا سائر الأولياء ﴿نقله﴾ أى نقسل الولد من الأم ﴿إلى﴾ حاضنة غيرها بشرطين: أحدهما أن يكون ذلك الغير ﴿مثلها تربية﴾ للولد أى يفعل مثل فعلها في القيام به أو أحسن حسب ما يحتاج ، ولو لم تكن مثلها في الحنو عليه فعطف الأم على ولدها لا يماثله عطف غيرها «الشرط الثانى» أن يحصل له ذلك ﴿بدون ما طلبت﴾ الأم أو من لها الحضانة من الأجرة ولا يكون تأجيل الأجرة كطلب الدون ﴿وللا﴾ تكن الحاضنة الأخرى مثل من لها الحق بل دونها في القيام بما يحتاجه الطفل أو مثلها لكن أجرتها مثل أجره الأولى أو أكثر أو استويا بكونها بلا أجره مبرا ﴿فلا﴾ يجوز له نقله إلى غير من الحق لها بل هى أقدم ﴿والبينة عليه﴾ فى أن الحاضنة الأخرى مثل الأم فى التربية وأن أجرتها دون ما طلبت الأم والبينة تكون على إقرار الأولى فى الحضانة أنه قد وجد غيرها بأقل منها أجره لثلاث يحصل تواطؤ بين الولي والحاضنة الأخرى^(١) أو تكون البينة على الطرفين واحدة لثلاث تكون مركبة وهى محققة فلا يحتاج إلى يمين مؤكدة .

(١) تقرير العلامة محمد بن صلاح الفلكى اهـ .

﴿مسئلة﴾ قال في البيان: ومدة الرضاعة حولان فلا تجب الزيادة على الحولين إلا لحاجة الصبي ويجوز النقصان من الحولين مع رضاء الأب والأم مما لم يضر بالصبي .

﴿وليس للزوج المنع﴾ لزوجته الحضانة لولدها منه أو من غيره ﴿من الحضانة﴾ لذلك الطفل ﴿حيث لا﴾ يكون للطفل حاضنة أخرى ﴿أولى منها﴾ فإذا كان له أولى منها فهي أحق به ﴿و﴾ الواجب ﴿على الحضانة القيام بما يصلحه﴾ من غسل وتطيب ودهن وحفظ ونحو ذلك ﴿لا الأعيان﴾ التي هي الدهن والطيب والطعام والكسوة فلا يجب عليها وإنما هي على من يلزمه نفقته غير زوج الطفلة وعليها استعمالها له فيما يصلحه .

﴿و﴾ عقد إجارة الحضانة إنما يتناول خدمة الطفل في القيام بما يصلحه و ﴿الرضاع يدخل﴾ في الإجارة ﴿تبمًا﴾ للخدمة لأنه حق ﴿لا العكس﴾ فلا يصح وهو أن يعقد الإجارة على الرضاع وتدخل الخدمة تبمًا وإنما لم يصح ذلك لأنه يؤدي إلى بيع اللبن في الثدي وذلك لا يصح . فإن ذكرنا ما كانت الإجارة فاسدة وإن تميزت أجرة كل واحدة لأن العين - وهي المرأة - متحدة .

﴿وتضمن﴾ الحضانة ﴿من مات بتفريطها﴾ وهي ﴿عالة﴾ أو ظانة أنه يموت بذلك التفريط فلو بمثل الأم بولدها قبل أن يرضع شيئًا من اللبانات بذلك وهي عالة أو ظانة كانت نصف دينه في مالها والنصف الآخر على الحامل للطفل مع جهله أنه يموت بذلك وسواء أمرت الحامل بحمله فحمله أو تناولته بيدها . وقوله ﴿غالبًا﴾ احتراز من صورة وهي أن تضع بين يديه شرابًا يقتله ولو عالة فيتناوله ويشربه فيموت فدينه عليها تحمّلها العاقلة إن وجدت لأنه قتل خطأ وإلا فعليها .

﴿وإلا﴾ تكن الأم عالة أو ظانة بل كانت جاهلة أنه يموت إذا لم يرضع اللبن (التاج المذهب - ١٨ - ن)

وكذا الحامل ﴿ فعلى الماقتلين ﴾ ضمان دية ذلك الطفل والكفارة تلزم كل واحد منهما وإن علم الحامل بأنه يموت بذلك ومات قتل به وعلى الأم نصف دية مع علمها كما تقدم .

﴿ و ﴾ يجوز ﴿ لها نقله ﴾ أى نقل الطفل ﴿ إلى مقرها ﴾ ترضعه هناك ، وأجرة نقله عليها وسواء كانت المسافة دوين البريد أو فوقه وسواء كان بلدها مصر أم سوادآ، وسواء كان الذى وقع فيه عقد الحضانة أو غيره شرط عليه عدم إخراجها أم لا ما لم تقبل ذلك الشرط أو يكون فى مقرها سدم أو طاعون أو فساد البيئة فتغير طباعه أو أخلاقه فلا يجوز النقل . وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من أن يكون مقرها دار حرب أو دار فسق أو يخاف على الولد فيه أو تكون فيه غريبة ليست بين أهلها فليس لها أن تنقله إلا أن تنقله من دار الحرب إلى دار الإسلام جاز ولو كانت غريبة حيث لم يخش عليه فى دار الإسلام .

﴿ والقول لها ﴾ مما يليق به ﴿ فيما عليه ﴾ من الثياب وأنها لم تبدله سواء كان حرأ أم عبدآ، إلا أن تكون عادة مثل هذا الصبي أنه لا يلبس مثل هذه الثياب فالبينة عليها فى عدم الإبدال ويكون على إقرار الولي . ولا يتوهم أن مراد الأزهار أن القول لها أنها تملك ما على الصبي من الثياب، فليس المراد ذلك، إذ الصغير كالكبير فى ثبوت يده . وإلى هنا انتهت الحضانة ومن هنا تسمى :

﴿ كفالة ﴾

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٨٩ ﴾

﴿ ومتى استغنى ﴾ الصبي ﴿ بنفسه ﴾ أ كلاً وشرباً ولباساً ونوماً كما مر ﴿ فالأب ﴾ حينئذ ﴿ أولى بالذكر ﴾ ليعلمه أمور دينه وأمر معيشته من صناعة أو غيرها ويحسن تربيته ليتخاطب بأخلاق الرجال فهو أخبر بذلك من أمه ، فيكون أولى بكفالاته منها

إلى البلوغ وهو بعد البلوغ أولى بنفسه ﴿والأم﴾ الفارغة أولى ﴿والأنثى﴾ إلى البلوغ ولو كانت المكفولة مزوجة فتسلم إلى زوجها إذا طلبها للاستمتاع مهما كانت صالحة وأمن عليها من فرط شهوته، ثم تماد إلى أمها لتربيتها وتعليمها ما تحتاج إليه من أمور بيتها من صناعة الطعام والفزل والتطير وتدبير المنزل ونحو ذلك مما تحتاج إليه النساء ولتخلق بأخلاقهن على حسب الحال إلى البلوغ الشرعى. ولا ولاية لتفسير الأم من الحواضن بعد استقلال الطفلة مع وجود الأب.

﴿و﴾ الأم الفارغة أيضاً أولى ﴿بهما﴾ أى بالذكر والأنثى معاً بعد استقلالهما ﴿حيث لا أب﴾ لهما موجود بل قد مات أو غاب غيبة منقطعة، وحدّها ما يتضرر الغلام بدون كفالة إلى وصوله، وكذا إذا خفى مكانه، والأب أولى بهما حيث لا أم موجودة أو كانت متزوجة.

﴿فإن تزوجت﴾ الأم غير محرم للطفلة ﴿فمن يليها﴾ من الحواضن الفارغات حيث لا أب فأم الأم ما علت ثم على التدريج الذى مرّ ﴿فإن تزوجن﴾ الحواضن جميعاً أو حصل مانع من كفالتهم ﴿خير﴾ الولد ذكر أم كان أو أنثى ﴿بين الأم﴾ المتزوجة ﴿والعصبة﴾ للولد من المحارم مطلقاً، وغيرهم فى الذكر فمن اختاره كان أولى بكفالاته فإن اختارها أو لم يختار أحداً عيّن الحاكم الأصلى له.

﴿و﴾ إذا خير الولد بين أمه وعصبته فاختار أحدهما ثم اختار الآخر فإنه ينتقل إلى من اختار ثانياً وثالثاً رابعاً وإن كثر تردده لأن الاختيار يتجدد له كل وقت.

﴿مسئلة﴾ وللمكلفة المأمون عليها سواء كانت بكراً أم ثيباً أن تقف حيث شئت إلا تخوف المفسدة^(١) عليها أو تغير الروءة والأصالة فتحصل الوضاعة والدناءة عليها أو على أهلها أو الفضاضة عليهم فلا يبيها وعمها وخالها وسائر المحارم بل وسائر

(١) وكذا الذكر إذا خف عليه فالحكم ما ذكر اهـ.

المسلمين - من باب النهي عن المنكر - منعها ولو بتأديب يمنعها عن المسير إلى غير أهلها ويختار لها الأصلح بنظر الإمام أو الحاكم، فإن خيف عليها من قرابتها عدلت بنظر الحاكم عند ثقة من النساء وأجرة الثقة من مالها فإن لم يكن لها مال فن المنفق، فإن لم يكن فن بيت المال .

﴿١٩٠﴾ (باب النفقات)

جمع نفقة، مشتقة من الإنفاق وهو الإخراج. وأسباب وجوبها ثلاثة: ملك النكاح، وقرابة النسب، وملك الأرقاء والبهائم ونحوها. وهو خوف التلف على الغير .

﴿فصل﴾

تجب النفقة ﴿على الزوج﴾ أو سيده إذا كان عبداً تزوج بإذنه أو ولى مال الزوج غير المكلف ﴿كيف كان﴾ أى ولو كان الزوج حراً أو مجنوناً، ولو زوّج لغير مصلحة ﴿لزوجته﴾ من يوم العقد ﴿كيف كانت﴾ أى سواء كانت كبيرة ولو شبيخة، أم صغيرة صالحة للجماع أم لا، دخل بها أم لا، حيث لم يطلب ولا امتنعت، سليمة من العيب أم معيبة كالرتق والجنون ونحوهما ولم يفسخ، حرة كانت أم أمة وسلمت تسليماً مستداماً يوماً وليلة فما فوق، مسلمة أم ذمية مع ذمى أو مع مسلم عند من يجزى نكاح الكتابيات، وتجب لها نفقة سفر حيث أحرمت بحجة الإسلام ولو بغير إذنه أو نفلاً بإذنه : فإن نفقتها واجبة في ذلك كله على الزوج .

﴿والمعتدة﴾ تجب لها النفقة وتوابعها كالباقية تحت زوجها، وسواء كانت معتدة ﴿عن موت﴾ قبل الدخول أم بعده ﴿أو﴾ عن ﴿طلاق﴾ بعد دخول لا بعد خلوة فقط ﴿أو﴾ كانت المدة عن ﴿فسخ﴾ بميب فيه أو فساد عقد فإن النفقة تجب في المدة ﴿إلا﴾ أن يكون ذلك الفسخ ﴿بحكم﴾ حاكم نحو فسخ العقد الفاسد بحكم

وفسخ اللعان وفسخ العيب مع التشاجر وكان هو الفاسخ لها، فإذا كان الفسخ بحكم فلا نفقة لها في العدة على الزوج ﴿غالباً﴾ احترازاً من بعض الصور فإن الفسخ يكون بالحكم وتلزم النفقة وذلك كالصغيرة إذا بلغت وفسخت النكاح واحتاجت إلى الحكم لأجل التشاجر، لا الصغير إذا فسخ عند بلوغه فلا شيء عليه، وكذا الأمة إذا عتقت واختارت الفسخ واحتاجت إلى الحكم لأجل التشاجر، وكذا الفاسخة بعيب الزوج سواء كان العيب قبل العقد أم بعده إذا احتاجت إلى حكم، وكذا الحرة إذا نكحت على الأمة وفسخت واحتاجت إلى حكم، وكان بعد الدخول فإن المعتدة من أي هذه الصور تجب لها النفقة ولو مع الحكم.

﴿أو﴾ كان الفسخ ﴿لأمر يقتضي النشوز﴾ من المرأة فإنها لا تستحق نفقة في العدة، وذلك الأمر إما ﴿ذنب أو عيب﴾ فالذنب نحو أن ترضع ضرثها وهي لا تخشى عليها الهلاك أو علمت الإنفاسخ بذلك ولو مع الحشية، وكذا نحو أن ترتد عن الإسلام والزوج باق، أو يسلم الزوج أو أحد أبويه وهو صغير وتبقى على الكفر وهي بالغة عاقلة فقد وقع الفسخ لأمر يقتضي النشوز من المرأة فلا نفقة لها في العدة. أما إذا أسلم زوجها وهي صغيرة أو مجنونة فلا تسقط النفقة لعدم النشوز منها، وكذا لو ارتد الزوج وبقيت هي على الإسلام أو أسلمت هي وبقي على الكفر فإنها لا تسقط نفقتها في الوجهين . . وأما العيب فنحو أن يفسخها الزوج بعد الدخول بأحد العيوب المتقدمة في فصل «١٥٠» أو كل واحد فسخ صاحبه في حالة واحدة فإن ذلك يتضمن النشوز فلا نفقة لها منه في العدة بخلاف ما لو فسخته بعبه فإن الفسخ هنا لا يتضمن النشوز فتستحق النفقة وسواء كان الفسخ بالحكم أم بالتراضي .

﴿فرع﴾ قال في البيان: وإذا أسلمت النامية وأسلم زوجها وادعت أنها المتقدمة لثلاث تسقط نفقتها وقال بل هو المتقدم فالقول قولها لأن الأصل وجوب نفقتها .
نعم، والواجب للزوجة والمعتدة مطلقاً ثلاثة أنواع :

﴿ الأول ﴾ ﴿ كفايتها ﴾ قوام بدن مما تحتاج إليه ﴿ كسوة ﴾ وفراشا لها بحسب حالها مما ﴿ ونفقة ﴾ لها ما يشبعها ولو أكثر أكلها صغيرة كانت أم كبيرة ، ويدخل في ذلك الفاكهة والقهوة وغيرها مما جرت به العادة ﴿ و ﴾ تجب كفايتها ﴿ إداما ﴾ للطعام على حسب المعتاد جنسا ووقتا ﴿ و ﴾ يجب عليه أن يشتري لها ﴿ دواء ﴾ بإرشاد وأجرته إذا مرضت .

﴿ و ﴾ تجب كفايتها ﴿ عشرة دهنًا ﴾ لحاجة بدنها ومصباحها للزينة ﴿ ومشطًا ﴾ إذا كان للتنظيف وأجرة الحمام إذا كانت تعتاده ولا منكر . أو لملة ولو لم تكن تعتاده ﴿ وسدراً ﴾ أو صابوناً على حسب المعتاد ﴿ وماء ﴾ وهو ما تحتاجه للشرب وتنظيف بدنها وثيابها ونحو ذلك لاماء الصلاة وغسل الجنابة والحيض فلا يجب على الطبيب الزوج وكذا ثوب الصلاة .

﴿ والنوع الثاني ﴾ يجب للزوجة التي تحت الزوج ﴿ ولنير البائنة ^(١) ونحوها ﴾ وهي المتوفى عنها والمفسوخة فلا يجب لهن ما يأتي . ويجب على الزوج أن يحصل للزوجة والمطلقة رجبياً ﴿ منزلاً ﴾ للنوم والوقوف فيه ﴿ وغزانا ﴾ لحفظ متاعها « ومطبخاً ^(٢) » لصنع ما تحتاجه من حاجاتها لأن الأواني فيه تنفق ، ﴿ ومشرقة ﴾ أى صرحاً تضربه الشمس فهذه الأربعة يجب أن ﴿ تنفرد بها ﴾ المرأة إذا طلبت ذلك لا يشاركها فيها أحد من النساء وغيرهن ولو زوجها ، وأما الحشر والمفسل والمصلى فيجوز الاشتراك فيها ، وهذا الذى تنفرد به ليس بحتم بل يختلف باختلاف البلدان وعاداتها فتعتبر العادة كدار إن كانت فى مدينة أو منزلين إن كانت فى البادية منزل للنوم ومنزل لعمل المعيشة وهو المطبخ وإن كانت من أهل الخيام فبيت من بيوته ، ويجب من الماعون ما تصلح به للمعيشة كالتقصعة والقدر والمغرفة والجرة والموقد ونحو

(١) الأولى أن يقال « وللزوجة والرجعية » لأنه أقرب إلى فهم اه حاشية السحولى .

(٢) تقرير سلطان المامى القاضى عبد الله الدوارى اه

ذلك مما محتاجه. وهذه الأواني تبقى على ملك الزوج وتضمن منها ما جنت عليه ، ولا لزوم لهذه الأواني إلا حيث رضيت بالعمل وإلا فالواجب طعام مصنوع مالم تتضرر به وجب لها طعام غير مصنوع .

﴿ و ﴾ ﴿ النوع الثالث ﴾ مما يجب للزوجة والمعتدة ولو بائناً ﴿ الإخدَام ﴾ إذا احتاجت إلى ذلك لمرض أو نحوه أو اعتادته في غير مرض مثل ﴿ التنظيف ﴾ لبسها ورأسها وثيابها وكانت لا تخدم نفسها في العادة .

﴿ واعلم ﴾ أن الكسوة والنفقة وتوايها والعشرة والسكنى والاختدام للزوجة ولوامة يكون قدرها وصفتها ﴿ بحسب حالها ﴾ في اليسار والإعسار لقول الله تعالى « على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ^(١) » ، والمقتر المقل ، أما الكسوة فيجب لها ما جرت به عادة مثلها من مثله قدرأ وصفة، ويمتبر الوسط في ذلك على ما جرى به العرف في البلد ويريدها جودة وعدداً لو كان لمثلها كسوة بذلة وكسوة عليا للتجمل ونحو ذلك من ثياب التهئنة والتعزية حسب العادة وجب لها مثلها . وقد تختلف الكسوة باختلاف الزمان كالشتاء والصيف باختلاف المكان كالتهايم والجبال . وكذا الفراش ووقاء الليل حكمه كالكسوة في جودته وتنوعه وصفته ومناسبته للزمان والمكان واليسار والإعسار والعادة.

وأما النفقة فلا تقدير فيها بل يرجع إلى رأى الإمام أو حاكمه بحسب اليسار والإعسار والزمان والمكان وكبر المرأة وصغرها ولو كثيراً كلها فالواجب شبعها مما يراه الحاكم وما تمتاده من فاكهة وقهوة ونحوها .

وأما الادام فيعتبر كل بعادته وبلده في أعلاه وأدناه وتنوعه واستمراره على الدوام وانقطاعه في وقت دون وقت على ما يراه الحاكم موافقاً للعادة على اختلاف البلدان

(١) الآية عدد « ٢٣٦ » من سورة البقرة اهـ .

والأمصار كالزيت والسليط والسمن واللحم واللبن والخضراوات وغير ذلك على حسب المؤلف لديهم .

وأما السكى فعلى قدر حالها وما جرى به العرف في البلد كما تقدم . . وأما الإخدام فإن كانت ذات خدم فعليه أجرة خادم أو أكثر على ما تعتاده الكبيرة قبل الزواج وإن كانت صغيرة اعتبر بعادة أهلها في الخدمة ويكون الخدام امرأة أو ممن يجوز لها النظر إليه، ولو طلب أن يخدمها لم يجب القبول لأنها تحتشم منه كما لا يجب عليه أن يقبل إذا طلبت منه أجرة خادم وتخدم نفسها لأن له حقاً في بدنها فإن كانت ممن يخدم نفسها فلا يجب عليه إقامة من يخدمها إلا لزمانة أو مرض لزم ذلك فإن اختلفا في تعيين الخادم فله الاختيار في الابتداء لأن الحق عليه ولأنه يتهم من تختاره وليس له تحويله أو تبديله بدون رضاها إلا لعذر كأن يعتق الخادم أو ظهرت ريبة أو خيانة فله الإبدال .

﴿فإن اختلفا﴾ بأن كان أحدهما غنياً والآخر فقيراً أو كان أحدهما يؤسر في وقت مخصوص والآخر يعسر في ذلك الوقت، أو كانت بلد أحدهما أكثر رخاء من بلد الآخر ﴿فبحاله﴾ أي فالعبرة بحال الزوج ﴿يسراً وعسراً ووقتاً﴾ ولا عبرة بحالها في ذلك فإن كان غنياً فنفقة غنية ولو كانت فقيرة، وإن كان فقيراً فنفقة فقيرة ولو كانت غنية فيعتبر بحاله لقوله تعالى « على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » . ﴿و﴾ العبرة بحاله أيضاً ﴿بلداً﴾ وهذا إذا كان يجمعهما بلد واحد، أما لو كان كل من الزوجين في بلد فالعبرة ببلد الزوجة .

﴿مسئلة﴾ والخيار للزوجة في النفقة فإن طلبت طعامها مصنوعاً لزم الزوج ذلك مع إدامه وإن طلبته غير مصنوع لزم الزوج ذلك مع إدامه ومؤنته من حطب وملح وأجرة طحن وخبز ، وهذه الأشياء اللازمة للزوجة من النفقة لا يقدر منها شيء بالدرهم، وإنما هي أعيان لازمة للزوجة بأنفسها، وفائدة ذلك لو مطلبها في وقت غلا أو

في رخص فالعبرة بوقت المطل، فإن كانت طالبته بالطعام المصنوع فالواجب عليه القيمة وإن طالبته بطعام غير مصنوع فالثلث .

﴿إلا المتدة عن خلوة﴾ أى التى خلا بها زوجها ولو لم يدخل بها فلزمتها المدة لطلاق أو فسخ فلا تجب لها نفقة المدة ما لم تكن المسدة عن وفاة فتجب النفقة والكسوة . ﴿و﴾ إلا ﴿العاصية^(١)﴾ لله تعالى بمعصية زوجها ﴿بنشوز﴾ منها عليه سواء كانت في حال الزوجية أم في حال المدة فإنها تسقط نفقتها والمراد بالنشوز خروجها عن طاعته فيما يجب له عليها ولو في أمر دون أمر ولو سلت تسليما مستداما وخرجت من بيته بغير إذنه وهو يكره خروجها فهي عاصية بنشوزها، أو قالت لا أسلم نفسى إلا في هذا المكان أو بشرط أن لا تكشف ثيابى فنشوز مسقط. فإن لم تكن عاصية كالصغيرة والمجنونة والمحبوسة بحق أو بغير حق ولم يمكنها التخلص لم تسقط النفقة، فإن امتنع أهلها من تسليمها إلى زوجها وهى كارهة لامتناعهم حقوقها على الزوج مع عدم النشوز منها ويأتعون ولا يرجعون عليهم بشيء من الفرم، فإن كانت ناشزة فلا حق لها على الزوج ولا على قريبها المومر لأنها السبب في إسقاط نفقتها بأمر هى متعدية^(٢) فيه إذا كان النشوز ﴿له قسط﴾ من قيمة النفقة ونحوها

(١) ومن اختيارات إمام زماننا أيده الله أن الزوجة إذا أصرت على عصيان زوجها وأبت البقاء في بيته أو امتثال ما يجب عليها له فإنه يلزم النظر إلى الباعث لها على ذلك فإن كان لا عن إضرار من الزوج، ولا هتير في الإنفاق، ولا سوء في الأخلاق فإنه حيثئذ لا يقتصر في عقابها على إسقاط نفقتها بل يجوز حبسها وذلك من قبيل التأديب لما ارتكبته من العصيان الذى لا مبرر لها عليه إلا أنها لا تحبس إلا إذا عرف أن غير الحبس لا ينجم في تعديل المرأة بإرجاعها إلى أحضان زوجها سامعة مطيعة ممثلة لما يجب عليها، وكذا وليها يجوز حبسه إذا كان مقتدراً على إخضاعها وله سلطان عليها ولم يقم بذلك بل تساهل، لا لو كان الولي مسلوب القدرة عاجزاً فلا وجه لحبسه ويكون النظر في هذا المقام موكولاً إلى الحاكم اهـ .

(٢) فلو كان عادة أهلها أو بلدها أن لا تعود بعد نشوزها إلا إذا أتى الزوج بنى جاء يتوجه في رجوعها فالواجب عليها التوبة والرجوع إلى بيت زوجها بدون ذلك وإلا فهي ناشزة .

في القيمي أو لا يتساقط بمثله في المثل فالغد أو العشاء مقابل الليل والنهار فإذا نشزت ست ساعات في الليل والنهار سقط من نفقتها ربع الغداء والعشاء . فأما لو نشزت ساعة ثم تاب فوراً برجوعها إلى بيت الزوج لم يسقط شيء من النفقة إذا كانت نفقة الساعة ما لا قيمة له في القيمي أو ما يتسامح بمثله في المثل .

﴿ و ﴾ إذا سقطت النفقة لنشوزها ثم تاب فإنه ﴿ يمود ﴾ وجوب النفقة وغيرها في ﴿ المستقبل بالتوبة ﴾ وهي الرجوع إلى طاعته أو بيته لانفقة المدة التي نشزت فيها فقد سقطت ولا تعود بالتوبة ﴿ ولو ﴾ كان النشوز والتوبة ﴿ في عدة ﴾ الطلاق ﴿ البائن ﴾ والنشوز فيه . أما أذيتة بقول أو فعل أو بالخروج من موضع المدة بغير إذنه ^(١) ، والتوبة بعودها إليه أو بتركها أذيتة فتستحق النفقة في المستقبل من العدة بعد التوبة ولو كان الزوج غائباً يوم النشوز ويوم التوبة وتشهد على التوبة ، والتوبة في عدة الرجعي بعودها إلى بيت زوجها .

﴿ ولا يسقط ﴾ عنه ما استحقته من النفقة ونحوها في الزمان ﴿ الماضي بالمطل ﴾ لما وسواء كان الحاكم قد فرض لها أم لا ﴿ ولا ﴾ يسقط عنه نفقة ﴿ المستقبل بالإبراء ﴾ لأنه إبراء من الحق قبل ثبوته بخلاف الماضي منها فإنه يسقط بالإبراء لأنها قد استحقته ﴿ بل ﴾ لو عمل لها نفقة شهر أو سنة أو نحو ذلك سقطت عنه ﴿ بالتعجيل ﴾ نفقة تلك المدة ولو فانت عليها بعد قبضها بأي وجوه القوات فقد برى من ذلك .

﴿ ولا يطلب ﴾ التعجيل لنفقة المستقبل لأنها لم تجب إلا شيئاً فشيئاً فيلزم الزوج تسليم قوت اليوم في الوقت الذي يصلح له على العرف لا لما بعد فلا يجب وليس للحاكم إجباره وللحاكم إرشاده بتسليم نفقة الأسبوع لمن وجدها لدفع المشقة والمضرة ﴿ إلا من ﴾ زوج أو نحوه كسيد العبد أو ولي لزوج غير مكلف إذا كان الزوج أو

(١) وإذا أذن لم تسقط نفقتها مع أنه يجوز لها الخروج بإذنه لأن الحق لله تعالى اهـ .

نحوه ﴿ مرید النبیة ﴾ فی سفر ولم یسلم لها نفقة لمدة غیبتہ ولا ترک مالا فی بلدها إذا احتاجت أنفق علیها الحاکم منه أو ترک مالا لا یکن بیعه أو الإنفاق منه لتغلب القرابة أو غیرهم علیها فلها أن تطالبه بالنفقة مدة النبیة ، أو بکفیل فإن حصل الکفیل لم یجب التعمیل زیصح الرجوع من الکفیل فی المستقبل « فأما إذا غاب وله مال باق یتیسر لها الإنفاق منه فلیس لها أن تطالبه بالتعمیل لأنها لا یجب إلا یوما فیوما ، فإن عرف بالتردد ولو کان حاضراً فلها أن تطالبه بالتعمیل أو بالکفیل وللحاکم إجباره .

والکفالة بنفقة المستقبل تصح مع أنه لاحق لازم ﴿ فی حال ﴾ الطلب إلا أنها من الضمانة بما سیثبت کما سیأتی فی الکفالة أوائل فصل « ٣٨٨ »

﴿ وهو ﴾ أى تعجیل نفقة المستقبل للزوجة ﴿ تملیک ﴾ لها ﴿ فی النفقة ﴾ مع القبض أو التخلیة مع الرضى أو أمر الحاکم فتملکة بذلك وتتصرف فیہ بیع أو نحوه ولس للزوج أن یسترده ولأن ترجع له مازاد علی النفقة سواء سلمه عللاً بزیادته أو جاهلاً فقد ملکته فی مقابلة نفقتها فی المدة المقدرة ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من مسائل فإنه یلزم فی أيها رد ما فضل من النفقة المعلقة إليها لمدة مستقبله وهى إما « لغوت غرض » كأن تبدل نفقتها العالیة الموجبة لنمو بدنہا بدونها فی التغذية کالبر بالشعیر فتضمن له ما بین قیمتی البر والشعیر لأن له حقاً فی نمو بدنہا « أو لبطلان سبب » وجوب النفقة « کنشوز أو موت » فترد حصته مدة النشور ولا تستنفقه فی المستقبل إلا بإذن الزوج فإن مات هی قبل انقضاء المدة ردّ ورثتها حصّة ما بقى من المدة أو عوضها من ترکتها إذا تلفت ولو بغیر تفريط لأن المعجل بعد قبضها قد صار کالدين علیها . وإن مات الزوج وفى المدة ما یزید علی مدة العدة فإنها ترد لورثته من النفقة حصّة الزائد علی مدة العدة وعلی میراثها منه إن کان مما قسمته إفرار .

﴿ لا ﴾ تعجیل ﴿ الکسوة ﴾ للزوجة فلا تملکها لأنها سلّمت إليها للانتفاع

لا للاستهلاك فهي باقية على ملك الزوج وتضمن ما جفت عليه أو فرطت فلو ضاعت لزم لها الكسوة وعليها قيمة ماضع لأنه تفريط ، وإذا بقيت الكسوة على المدة المقدرة لها لم يلزمه أن يكسوها حتى تبلى فإن بقيت لترك لباسها أو لصيانتها بثياب منها كانت هذه لها بعد المدة المقدرة وتطلب كسوة المستقبل فإن ادعى أن بقاءها لقوتها أو لصيانة في اللبس ولللبس ثياب منه أخر فالقول قوله ولم يلزمه أن يكسوها حتى تبلى أو تخفى مدة مثلها تبلى فيها حسب العرف .

﴿ فرع ﴾ وإذا انقضت عدة الزوجة فعليها رد ما بقى معها من الكسوة للزوج أو وارثه ، وكذا الاخلاق التي تبقى من الكسوة الأولى عند تسليم الكسوة الأخرى لأنها باقية على ملك الزوج فيلزمها ردّها ولا عبرة بالعرف لو جرى في عدم رد الاخلاق منها .

﴿ ولا ﴾ تسقط النفقة عن الزوج ﴿ بتبرع الغير ﴾ بإتفاقها وحقيقة التبرع هو الإنفاق على الغير بغير أمره ﴿ إلا ﴾ أن يتبرع الغير ﴿ عنه ﴾ أى ينوى ذلك الإنفاق عن الزوج فإنها حينئذ تسقط عن الزوج ويقبل قوله أنه عن الزوج وسواء كانت هي المنفقة نفسها بنية التبرع عنه أو ولي الصغيرة أو غيرها ﴿ و ﴾ المنفق بنية التبرع عن الزوج ﴿ لا رجوع ﴾ له على الزوج ولا على الزوجة بما أنفق ولو كانت هي المتبرعة عنه فأما إذا تبرع المنفق لا عن الزوج نظر ، فإن كانت هي المتبرعة لا عنه رجعت على الزوج ولو كان حاضراً غير متمرّد سواء نوت الرجوع أم لا نية لها وإن كان المتبرع غيرها لا عنه فلها أن ترجع على الزوج لعدم تبرع الغير عنه ولا يرجع هذا الغير على الزوج إلا بإذنها يطالب الزوج عنها ، وأما الغير فإن كان أباح لها لم يرجع ولا بد من لفظ الإباحة وإلا رجع عليها لأن الأصل في الأعيان العوض ولو إنفاقاً وإن كان المنفق ولياً وهى صغيرة أو حاكماً سواء كانت صغيرة أم كبيرة بأمرها رجع عليها بعد البلوغ وقبله على مالها وهذا إن نوى الرجوع وإن نوى التبرع عن الزوج لم

يرجع على أيهما ولا هي عليه ، أما عدم رجوع الولى على الزوج فلمعظم الإذن له بالإتفاق عنه ولا عليها لكونه قد تبرع عن الزوج ولا هي على الزوج لتبرع الغير عنه ، وإن لم ينو الولى التبرع عن الزوج ولا الرجوع إليها فليس الرجوع على الزوج بل عليها لأن الأصل فى الأعيان الموض وهى ترجع على زوجها لعدم تبرع الغير عنه وإن نوى الرجوع على الزوج فبأمر الحاكم لغيرية الزوج عن وقت الحاجة أو تمرده يرجع عليه ولغير أمر الحاكم لا رجوع إذ لا ولاية له على الزوج ولا ترجع هى أيضاً على الزوج لأن ذلك كالتبرع عنه .

﴿ و ﴾ إذا غاب الزوج أو تمرّد عن إتفاق زوجته فإنه ﴿ ينفق ﴾ عليها ﴿ الحاكم من مال ﴾ ذلك ﴿ الغائب ﴾ قدر ما تحتاج إليه مدة غيبته ﴿ مكفلاً ﴾ ^(١) أى يطلب منها كفيلاً أو رهناً إذا انكشف خلاف ما ادعت ، ولا يجب الكفيل إذا غلب فى ظن الحاكم صدقها لأن ذلك موكول إلى نظره . وحدّ الغيرية فى النفقات ما يتضرر من هى له وقت حاجتها ولو كانت دون البريد وإنما يأخذ الحاكم من ماله بعد أن ينصب وكيلاً عن الزوج يسمع دعواها وينكرها ثم تحلف هى أنها تستحق ذلك عليه ، فإن نكحت لم تعط شيئاً ، وإذا انكشف أنها لا تستحق ما أخذته لاستيفائها نفقتها فما باعه الحاكم من مال الزوج غير نافذ ولزمها والكفيل إرجاع ما أخذت .

﴿ و ﴾ ينفقها الحاكم أيضاً من مال الزوج ﴿ المتمرد ﴾ عن الإتفاق عليها ولو حاضراً فيأخذ من دراهمه ودنانيره قدر ما يجب لها عليه ويبيع عليه المروض من دور أو ضياع أو غيرها وله أن يأخذ من دين الزوج الذى على الغير وينفق على زوجته وله أن يستدين عنه وعن الغائب . وليس للحاكم أن يبيع عليه ما يستثنى للفلس ، ويلزم الزوج المقل نفقة زوجته بأى وجه أمكنه من تكسب بإجارة فيما يليق به وغير متعب

(١) وإذا لم تقم الكفيل مع الإمكان وعدم ظن صدقها فإنها لا تستحق شيئاً من النفقة اهـ .

فوق المعتاد أو مسئلة أو استدانة ﴿ويحبسه﴾ الحاكم إذا طلبت منه حبسه ﴿للتكسب﴾ إن امتنع منه لطالب النفقة المستقبلية لا الماضية فهي كسائر الديون في ذمته لإعساره فلا يجبر فيها للتكسب .

﴿ولا﴾ يجوز له ﴿فسخ﴾ النكاح بينهما عندنا لعدم الاتفاق سواء كان لغيبته أو لتمرده أو لإعساره أو لعدم تكسبه إلا إذا سهل عنه التكسب وتمذر إجباره فللحاكم أن يفرق بينه وبين مدانته فإن كان عاجزاً عن التكسب فلا يفرق بينهما ويلزمها أن تتمكن من الوطء ونفقتها في ذمته ﴿ولا﴾ يجوز لها أن ﴿تمتنع منه﴾ في حال حبسه ﴿مع الخلوة﴾ بها وإلا كانت ناشزة ﴿إلا﴾ أن تمتنع ﴿لمصلحة﴾ يراها الحاكم بأن يغلب في ظنه أو ظنها أو بغير أمر الحاكم أنه مع موافقتها إياه يستمر على التمرد وعدم الإنفاق جاز لها أن تمتنع من مدانته، وكذا إذا لم يمكن الخلوة في الحبس فلها الامتناع أو قصد مضارتها، ولها أن تحلفه ما طلبها مضارة لها .

﴿و﴾ إذا اختلف الزوجان في العشرة والنفقة وغير ذلك وضمت الزوجة عند عدلة من النساء أو عدل من المحارم بعد أن يحلف المدعى منهما ما قصد بدعواه لإضرار صاحبه، ويكون ﴿القول لمن صدقته﴾ تلك ﴿العدلة﴾ أو العدل منهما ﴿في العشرة والنفقة﴾ أو في غيرها ولا تقبل شهادة العدلة لأن فيها تقرير قولها، ويحلف من القول له والبيئة على الآخر. ويجوز للعدلة أن تقف عندهما في حالة الجماع على جهة الخفية منهما بحيث ترى ولا ترى إذا ادعت الزوجة أنه معاشرها غير معاشر الأزواج في الجماع أو يطأها في غير الموضع المعتاد . ﴿و﴾ هذه العدلة يجب ﴿نفقتها﴾ أى أجرتها وجميع ما تحتاج إليه ﴿على الطالب﴾ فإن طلبها الزوج كانت عليه وإن طلبتها الزوجة كانت عليها، فإن كان الطالب منهما أو من الحاكم كانت على الزوجين معاً .

﴿و﴾ القول ﴿للمطيمة﴾ حال التداعى ﴿في نفى النشوز الماضي وقدره﴾ فإذا كانت الزوجة مطيمة للزوج في الحال وادعى عليها أنها كانت ناشزة فأنكرت ذلك

أو أقرت واختلعا في قدر مدة النشوز فالقول قولها في نفيه بالمرة إن أنكرته وفي قدره إن أقرت به واختلعا في مدته: مثال ذلك أن تقول: نشزت أول رجب ورجعت آخره وكانت دعواها في رمضان، وقال بل رجعت آخر شعبان فالقول قولها لما كانت مطيعة في الحال، فإذا كانت عاصية في الحال فالقول قول الزوج .

﴿و﴾ إذا كانت الزوجة حال التداعي ﴿في غير بيته﴾ بل في بيتها أو بيت أهلها أو في غيرهما ﴿بإذنه^(١)﴾ أو بإذن الشرع لمرض أو خوف عليها أو على أبويها العاجزين وأنكرت إنفاقه عليها مدة ما هي في غير بيته فالقول قولها ﴿في﴾ عدم ﴿الإنفاق﴾ لأن الظاهر معها. وهذا في حق الكبيرة لا الصغيرة فالقول قول الولي ولو في غير بيته بنير إذنه لأنه عصيان منها. وأما إذا كانت في بيت الزوج فالقول قوله فيما مضى وعليها البينة لأن الظاهر معه أنه منفق عليها وسواء كانت صغيرة أم كبيرة عاقلة أم مجنونة ، والبينة تكون منها على إقرار الزوج أنه ما أنفق أو على أنهما لازماها المدة التي ادعت أنه ما أنفق عليها فيها ونفقتها جارية من غير زوجها ، وأما إذا كان البيت لها معا غير مقسوم فالقول قوله إنه منفق لأنه يصدق عليه أنها في بيته وإن كانت حصة كل واحد مميزة فكما لو اختلف البيتان فإن كانت في حصتها فالقول لها ، وإن كانت في حصته فالقول له . ﴿قيل﴾ وهذا القول ذكره أبو طالب وهو موافق للمذهب ﴿و﴾ هو أنه يقبل قولها ﴿مطلقة ومغيبية﴾ وغيرها في دعوى عدم الإنفاق في الحال والمستقبل ﴿وتحلف﴾ على ذلك وسواء كانت في بيته أو في غيره ، وإن كانت الدعوى في نفقة الماضي فلا هل المذهب التفصيل السابق وهو إن كانت في بيته فالقول قوله وإن كانت في بيتها أو بيت أهلها أو في غيرهما بإذنه أو بإذن الشرع فالقول قولها مع بينتها وعليه البينة ، وإن كانت في بيت غيره بنير إذنه فالقول قوله وعليها البينة .

(١) فإن اختلفا في إذنه فالقول قوله لأن الأصل عدم الإذن اه بيان .

﴿١٩١﴾ (فصل)

في نفقة الأقارب ، والأرقاء ، والبهائم . وسد الرمي ، وإنفاق الشريك وكل عين لغيره في يده بإذن الشرع : أما نفقة الأقارب فقد بينها الإمام عليه السلام بقوله .
 ﴿ و ﴾ تجب ﴿ نفقة الولد ﴾ الحر ذكراً كان أم أنثى ﴿ غير العاقل ﴾ لصغر أو جنون سواء كان طارثاً أو أصلياً ولو كان ذا وليٍّ موسر وكذا تجب نفقته وكسوته وسكناه وكلما يحتاج إليه ﴿ على أبيه ﴾ لكان ولايته عليه . قال في البحر ولو غير عاقل إذ هو كالجزء منه فكانه منفق على نفسه ﴿ ولو ﴾ كان الوالد ﴿ كافرأ ﴾ غير حربي والولد مسلماً فتسلم النفقة إلى الحاكم لأنه لا ولاية له على ابنه ﴿ أو ﴾ كان الوالد ﴿ معسراً ﴾ لكن ﴿ له كسب ﴾ يعود عليه من صناعة أو وقف أو غيرها فإنها تلزمه نفقة ولده غير العاقل ولو كان الولد غنياً .

﴿ ثم ﴾ إذا توفي الأب أو كان معسراً ولا كسب له وجبت نفقة الولد ﴿ في ماله ﴾ له ولأبيه ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن له مال والأب معسر ولا كسب له وجبت نفقة الولد ﴿ على الأم ﴾ الموسرة ولو كافرة مع وجود الأب ^(١) فإنه يجب عليها الإنفاق على غير العاقل من أولادها لعدم المال له أو إعسار الأب ، ويكون ﴿ قرضاً للأب ﴾ حتى به سر ولو بنير إذن الحاكم مع النية أو التمرد وكان صغيراً في مدة الحضانة فإن كان بعد سن الاستقلال فلا بد من إذنه أو إذن الحاكم لنيته أو تمرده مع نية الرجوع في الطرفين .

﴿ و ﴾ أما الولد البالغ ﴿ العاقل ﴾ المسلم ﴿ المعسر ﴾ ولو أمكنه التكسب فنفقته ولو عاقاً ﴿ على أبيه ﴾ الموسرين ﴿ حسب الإرث ﴾ على الأم ثلث وعلى الأب الثلثان ﴿ إلا ﴾ أن يكون هذا الولد العاقل المعسر ﴿ ذا وليٍّ موسر فعليه ﴾ نفقة والده

(١) فإن كان قد هلك فلا شيء عليها مع كفرها إذ لا توارث بينهما مع الكفر اهـ .

وما يحتاج إليه إذا كان لا يقدر على التكسب ولا شيء على جده لوالده ﴿ولو﴾ كان الولد ﴿صغيراً أو كان الوالد كافراً﴾ غير حربي وكذا الأم فإن كفرها لا يسقط نفقتها عن ولدها الموسر، فإن كان في الأولاد موسر ومعسر وجبت نفقتهما كلها على الموسر منهم ولا تسقط حصة المعسر عن الموسر .

﴿فرع﴾ فإن كان للولد أبوان معسران أو أب وابن معسران ولا يقدر إلا على نفقة أحدهما فالتختار أنهما على السواء فيقسم بينهما ولا يؤثر أحدهما على الآخر حيث كان الأب لا يقدر على التكسب، وإلا فالولد الصغير أقدم .

﴿ولا يلزم﴾ الولد للأب ﴿أن يمقه﴾ بزوجة أو أمة إذا اضطر إلى التكاح إلا أن يتضرر فيكون من باب الدواء ولا تلزمه نفقة زوجة أبيه وعنده، ولا يلزم الأب أن يمف الولد أولى وأحرى .

﴿ولا﴾ يلزم الابن ﴿التكسب﴾ لنفقة أبويه إذا كانا معسرين يمكنهما التكسب ﴿إلا للماجز﴾ منهما عن التكسب فيجبر الولد على التكسب له كما يجبر الأب على التكسب على ابنه الصغير لا الكبير ولو كان عاجزاً عن التكسب، فإن كان الأب وابنه قادرين على التكسب فلا يجبر أيهما على التكسب للآخر . وإذا اكتسب أحدهما وفضل له عن قوته ومن هو أخص به أدخل الآخر معه فيما فضل له .

﴿و﴾ للأب المعسر الماجز من التكسب «لا للأم إلا بأمر الحاكم» أن يأخذ من مال ولده الصغير والمجنون والغائب الأعيان التي يحتاج إليها كالأطعام والثياب والدرام والدنانير، ويستنفق منها ما يحتاج لنفسه بالمعروف، ولا يحتاج إلى إذن الحاكم لأنها نفس ما وجب . وأما إذا كان الولد عاقلاً حاضراً فلا إلا أن يتمرد فبإذن الحاكم لأنه يمكن إجباره بحضوره بخلاف الغائب، فإن لم يكن في الناحية أو وقت الحاجة حاكم فبإذن من صلح، فإن لم يوجد فله أن يأخذ من مال ولده المتمرد الحاضر ما يحتاج

إليه من تلك الأعيان الموجودة وإن لم يرض الولد . وأما إذا لم يجد الوالد شيئاً من تلك الأعيان ليستنفق منها بل وجد شيئاً آخر ﴿ فلا يبيع ﴾ ولا يؤجر الوالد ﴿ عنه ﴾ يعنى عن ابنه الصغير أو الغائب ﴿ عرضاً ﴾ وهو المتاع وكل شيء سوى الدنانير والدرهم من مال ذلك الولد ﴿ إلا بإذن الحاكم ﴾ إن كان ثمة حاكم وإلا فباذن من صلح وقت الحاجة ، لأن حدة الغيبة في باب النفقات - هي ما يتضرر بها من هي له والفرق بين العروض وبين الدرهم والدنانير ونحوهما أن يبيع العروض لأمر يخصه وهو الاستنفاق محتاج إلى إذن الحاكم ولو كان له ولاية على بيع مال ولده الصغير كما أن ليس للحاكم أن يحكم لنفسه ولو كان إليه ولاية الحكم، بخلاف الدرهم والدنانير ونحوهما من الأعيان فهي نفس ما وجب .

﴿ مسألة ﴾ وإذا باع الأب حاجة ولده غير المكاف في النفقة أو غيرها دخل الأب في ذلك على جهة التبعية فينفق على نفسه من ذلك .

﴿ و ﴾ يجب ﴿ على كل موسر ﴾ ولو صغيراً أو مجنوناً ﴿ نفقة ﴾ كل ﴿ معسر ﴾ وسواء كان المعسر قوياً أم ضعيفاً صغيراً أم كبيراً كسوباً أم لا . وإنما يجب ذلك بشرطين : ﴿ أحدهما ﴾ أن يكون ذلك المعسر ﴿ على ملته ﴾ أى على ملة الموسر وهذا الشرط في غير الأبوين وأما هما فلا يعتبر فيهما .

﴿ الشرط الثاني ﴾ أن يكون ذلك الموسر ﴿ يرثه ﴾ أى يرث المعسر ﴿ بالنسب ﴾ فيجب عليه من النفقة على قدر إرثه من المعسر إذا لم يسقطه وارث آخر . وذوو الأرحام ينفقون على قدر الإرث عند عدم المسقط ، وقوله بالنسب احتراز من أن يرثه بولاء المتاق فلا تلزم المتق أو بالزوجية فلا تلزم الزوجة نفقة الزوج المعسر إلا أن يكون قريباً لها فتلزمها

﴿ فإن تمدد الوارث ﴾ لهذا المعسر وهم موسرون جميعاً ﴿ فحسب الإرث ﴾ تكون نفقة المعسر عليهم كل واحد منهم بقدر حصته من الإرث غير شاقط ويقدر حصته

محجوباً فلو كان بعضهم موسراً وبعضهم ممسراً وجبت نفقته كلها على الموسر ولا يسقط عنه بقدر حصة الممسر لأن موضعها الصلة والمواساة فلو أنسقطنا عن الموسر بقدر ميراث الممسر بطل الغرض من شرعيتها وهو الصلة إذا لم تحصل كاملة .

مثال ذلك ممسر له ثلاث أخوات متفرقات فعلى الأب وأم ثلاثة أخماس، وعلى التي لأب خمس وعلى التي لأم خمس، فإن كانوا إخوة متفرقين فلا شيء على الذي لأب لأنه ساقط . « مثال ثان » ممسر له أم وأخ لأم موسران وجدٌّ ممسر فالكل على الأم لأن الأخ لأم ساقط بالحد . « مثال ثالث » ممسرة لها بنت ممسرة وثلاث أخوات متفرقات موسرات كانت نفقتهما على التي لأب وأم وحدهما إذ هي العصبية وحدها مع البنت ونفقة البنت على بيت المال . فإذا ماتت الأم وبقيت بنتها ممسرة وخالاتها الممسرات لا وارث لها سواهن كانت نفقتهما عليهن أخماساً . « مثال رابع » امرأة ممسرة لها بنت ممسرة وأم موسرة وأخ لأب موسر كان على الأم ثلثها وعلى الأخ لأب ثلثاها وذلك على قدر إرثهما بعد تقدير عدم البنت لأنها صارت كالمدمومة لإعسارها ونفقة البنت تكون على بيت المال ، ويقاس على ذلك غيره من المسائل .

وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من الأولاد فعلى الرؤوس « فيكون على الابن نصف وعلى البنت نصف . مثال ذلك : ممسر له بنت وابن موسران فالنفقة ليست على حسب الإرث بينهما بل تكون نصفين على الابن نصف وعلى البنت نصف وذلك لا شترا كهما في الأبوة والبنوة وهذا حيث كانا كبيرين مما أو صغيرين مما فإن كان أحدهما صغيراً والآخر كبيراً وأمكن الأب التكسب فعلى الكبير نصف النفقة والنصف الآخر يتكسب الأب لتحصيله مع نفقة الصغير، ولا يقال إن الصغير كالممسر فتجب على الكبير جميع النفقة وكذا نحو ممسرة لها بنت موسرة وثلاث أخوات متفرقات موسرات فنفقتهما كلها على البنت لكان البنوة .

﴿ فرع ﴾ ونفقة الفقير القريب يجب على الموسر إيصالها إليه في البلد وميلها

من باب الصلة والمواساة ولا يلزم القريب الوصول لها مهما كان قريباً وإن كان القريب المعسر خارجاً عن البلد وميلها لم يجب الإيصال على الموسر .
والذى يجب على الموسر لقريبه المعسر هو الطعام والإدام والدواء وأجرة الحاضنة وقائد الأعمى وحامل المقعد ﴿ وكسوته وسكنائه ﴾ على حسب عادة مثله من فقراء البلد ﴿ وإخدامه للمعجز ﴾ عن خدمة نفسه لصغر أو كبر أو مرض أو غير ذلك فإن أطاق لم يخدمه ولو كانت عاداته أنه لا يخدم نفسه ، وللمعسر طلب الكفيل لما يلزم له من الموسر إذا أراد الغيبة لثلاث عطله لأنها تسقط بالمطل .

﴿ و ﴾ إذا عجل شيئاً من نفقة القريب فضاغ عليه وتلف لزم المنفق أن ﴿ يعوض ما ضاع ﴾ أو تلف ويضمن المعسر للموسر عند يساره ما أضاعه إذ هو تفريط لأن ما عجله إليه كالمشروط إنفاقه على نفسه لا ما فات عليه بغير جنابة ولا تفريط فلا يضمنه فإن عاد ما ضاع كان للموسر الدافع لا للمعسر ، وهذا بخلاف المعجل إلى الزوجة . وإنما فرق بين المعجل إلى القريب من النفقة والمعجل إلى الزوجة في عدم إبدال ما عجل إلى الزوجة سواء تلف بتفريط أم بغير تفريط لأن نفقة الزوجة كالدين ومتى دفع برئت ذمة من هو عليه بخلاف نفقة القريب فهي من باب الصلة فوجب الإبدال لثلاث ينقطع غرض الصلة .

﴿ و ﴾ لو مطل الموسر المعسر ما وجب عليه حتى مضت مدته فإنه ﴿ يسقط ﴾ عنه الواجب ﴿ الماضى ﴾ زمانه ﴿ بالمطل ﴾ وكان الموسر عاصياً سواء كان الولد أم غيره صغيراً أم كبيراً أم مجنوناً ولو حكم بها حاكم في المدة الماضية التي مطله فيها لأنها شرعت لدفع الضرر وقد زال الضرر في الماضى بمضى المدة .

﴿ والحيلة ﴾ في عدم سقوط نفقة المعسر عند تمرد القريب الموسر أن يأمر الحاكم المعسر أن يستقرض مقدار قوته كل يوم مضيقاً القرض لفظاً للغائب ثم ينفقه على نفسه .

﴿ و ﴾ حد ﴿ الموسر ﴾ الذى تلزمه نفقة قريبه المعسر هو ﴿ من يملك ﴾ من المال ﴿ الكفاية له وللأخص به ﴾ وهم الزوجات والأولاد الصغار والأبوان المعسران والخادم، فمن ملك زائداً على كفاية من وجد من هؤلاء غير ما استثنى للمفلس لزمه الانفاق على قريبه المعسر ويعتبر أن يكفيه. ذلك ومن هو أخص به من الغلة إلى الغلة ان كانت له غلة مما هو موقوف عليه وإلا فيجب عليه بيع المال ان كان يملكه أو ﴿ إلى ﴾ وقت ﴿ الدخل ﴾ إن كان ذا دخل من يوم أو أسبوع أو شهر وينفق من الزائد على ما يكفيه ولو لم يكف القريب إلى الغلة . فإن لم يكن له مال يكفيه إلى الغلة أو الدخل أو كان ولم يفضل منه شيء لم يلزمه شيء سواء كان كسوباً أم لا فإن لم يكن له دخل فكفاية السنة وينفق الزائد على النصاب .

﴿ و ﴾ حد ﴿ المعسر ﴾ الذى تجب نفقته هو ﴿ من لا يملك قوت عشر ﴾ ليال ولا قيمتها ولا دخل له ﴿ غير ما استثنى ^(١) ﴾ لفقر الزكاة من الكسوة والمنزل والأثاث والخادم وآلة الحرب ^(٢) فإذا لم يملك قوت العشر لزم قريبه أن ينفق عليه ﴿ و ﴾ إذا ادعى القريب الإعسار لينفق عليه قريبه الموسر وهو منكر لإعساره وجبت ﴿ البينة عليه ﴾ أى على مدعى الإعسار مع اللبس، فإن كان الظاهر من حاله الفقر فلا بينة عليه وإن كان الظاهر من حاله الغنى فلا يصدق في دعواه .

وأما نفقة الأرقاء فاعلم أنه يجب ﴿ على السيد شعب رقه ﴾ من أى طعام كان من ذرة أو شعير أو غير ذلك مع الإدام والمسكن والدواء ونحو ذلك . وإنما يجب ذلك للرق ﴿ الخادم ﴾ لسيده حسب طاقته على الدوام ولو مما لا يليق به فإن تمددت الخدمة من جهة السيد بأن لا يجد ما يخدمه فيه وجب شبعه كالخادم فلو امتنع من الخدمة

(١) قاعدة : أينما وجب للشخص حق استثنى له كالفقر ، وأينما وجب عليه حق استثنى له كالمفلس . فعلى هذا استثنى للمنفق كالفقر وللنفاق كالمفلس اهـ .

(٢) كما تقدم أول الفصل (١٩٣) اهـ .

لا لعذر سقط وجوب إنفاقه ، وأما لو كان صغيراً أو عاجزاً عن الخدمة لزمانة أو مرض أو عي لم يجب شبعه بل ينفق عليه بالمستحسن وهو الذى يتضرر بالنقصان منه فقد خالف نفقة الأقارب لما كانت صلة وجب نفقة المثل من المثل .
وأما البهائم فالواجب شبعها وإن لم تعمل إذ لا تكليف عليها .

﴿ و ﴾ تجب له من الكسوة ﴿ ما ﴾ يستر عورته و ﴿ يقيه الحر والبرد ﴾ من أى لباس كان من صوف أو قطن أو غيرها ، فيكون السيد خيراً بين القيام بمؤنته ﴿ أو تخلية القادر ﴾ يتكسب لنفسه فإن تمرد السيد أجبره الحاكم على أحدهما ، فأما لو لم يكن ثم حاكم أو كان لا يستطيع إجباره فلهعبد أن يدفع الضرر عن نفسه بالانصراف إلى حيث يمكنه المراجعة بالإنصاف فإن أنصف وإلا تكسب بقدر ما يستطيع من الخدمة فينفق على نفسه ويدفع الفضلة إلى سيده فإن نقص كسبه عن الإنفاق استقرض الحاكم التوفية ويرجع بها على السيد متى أمكن لأن التوفية لا تسقط عنه .

﴿ فرع ﴾ فإن سيده سيده راغباً عنه فتى انتقل ملك نفسه فيمتق ويكون الولاء لبيت المال فإن أخذه أحد قبل الانتقال ملكه ولا يحتاج إلى نية التملك بل يكفي قصد الفعل كالأحياء .

﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يكن العبد قادراً على التكسب ولم ينفق عليه سيده ﴿ كلف إزالة ملكه ﴾ بمتق أو بيع أو نحوهما ﴿ فإن تمرد ﴾ السيد عن ذلك ﴿ فالحاكم ﴾ يبيعه أو يكاتبه أو يستدين له على السيد أو ينفق عليه من الزكاة إن كان سيده مصرفاً لها أو مواساة إن كان مستحقاً من بيت المال فإن لم يكن أى ذلك أعتقه على مال بشرط لا عقد لثلاث يمتنع أو نحو ذلك ، فإن لم يكن ثمة حاكم فلهعبد أن يبيع نفسه ويسلم الثمن إلى سيده ﴿ ولا يلزم ﴾ السيد إذا اضطر العبد أو الأمة إلى الفكاح ﴿ أن يعفه ﴾ بالفكاح إلا أن يتضرر بتركه وجب على السيد وصار من باب الدواء .

﴿ و ﴾ من علم بغيره في البلد وميلها قد أصابته ضرورة الجوع أو العطش أو البرد أو الحر وخشى عليه من ذلك التلف أو الضرر ولم يخش على نفسه ومن يخصصه في تلك الحال إذا أنفق ما عنده ولم يجد المضطر قرضاً أو من يشتري ماله ولو بدون قيمته فإنه ﴿ يجب ﴾ فرض عين عليه ﴿ سد رمق ﴾ المضطر من ﴿ محترم الدم ﴾ كالسلم والدمى وغيرهما . قال في حاشية السحولي : « مما لا يجوز قتله وأمرنا بحفظه ، لا مباح الدم كالحربي والمرد والزان المحصن والديوث والعقور ومن ضر المسلمين بقطع طريق أو نحوها فهو لاء وإن لم يجز قتلهم في غير زمن إمام أو في زمانه بغير أمره فهم داخلون في غير المحترم إذ لا يجب حفظهم » .

﴿ فرع ﴾ وكما يجب سد رمق الآدمي المضطر كذلك غيره من سائر الحيوانات التي لا تؤكل ولا يجوز قتلها وسواء كانت له أو لغيره ، فأما لو كانت مما يؤكل وهي له لم يجب ، لكنه يجب تذكيتها إذا خشى عليها ولا يتركها تموت جوعاً أو عطشاً أو نحوهما ، وإن كانت لغيره وجب عليه إيثارها مع خشية التضمين .

﴿ فرع ﴾ ويجوز للمضطر أن يأخذ من مال الغير ما يسد رمقه حيث لا يخشى على ماله الضرر فإن منعه المالك جاز للمضطر مقابله . فإن قتل المالك فلا شيء عليه وإن قتله المالك قتل به . قال ﴿ المؤيد ﴾ بالله يجب سد رمق محترم الدم اللقيط وغيره ﴿ ولو بنية الرجوع ﴾ عليه أو على ماله ، والمختار المذهب أنه لا يصح الرجوع عليه حيث لم يكن له مال في الحال كما لا يصح الرجوع على القريب .

﴿ فرع ﴾ فإن بذل رب المال تسليم ماله للمضطر على عوض فله ذلك إلى قدر قيمته فإن امتنع المضطر لم يلزم المالك بذله بلا عوض ، وإذا كان المضطر قد ضف جداً بحيث لا يتمكن من بذل العوض لزم المالك إطعامه بنية الرجوع عليه حيث أمره بالإتفاق وإلا فلا رجوع .

﴿ وذو ﴾ الحيوان المملوك كالطير والكلب والهر و ﴿ البهيمة ﴾ يجب على ماله

أن ﴿ يملف ﴾ البهيمة ويطعم غيرها من الحيوان لكلِّ ما يمتاده ويشبعه وإن لم يعمل إذ لا تكليف عليه ﴿ أو يبيع ﴾ ذلك الحيوان ﴿ أو يستب في مرتع ﴾ أو ملجأ معتاد لئله يشبع لخصبه أو توفر الكفاية فيه ولا ضرر عليه فيه من سبع أو غيره فإن كان فيه دون الشبع وجب على مالك الحيوان تمام كفايته أو خشى عليه الضرر وجب عليه حفظه وكفايته ، وأما التسييب في المدن فلا يكتفى بل يجبر على إنفاقه .

﴿ فرع ﴾ والبقر ونحوها من البهائم إذا كان لها أولاد لا يجوز أن يجلب من ضرورها إلا ما فضل عن كفاية أولادها لأن اللبن غذاء الأولاد كالملف غذاء الكبار . ﴿ وهي ملكة ﴾ إذا سبها غير راغب عنها ﴿ فإن رغب عنها حتى تؤخذ ﴾ أى فهى فى ملكه حتى يأخذها غيره فتى أخذها الغير بعد التسييب والرغبة عنها ملكها الغير وتكون كالمنيمة لا يصح الرجوع فيها . وفائدة بقائها على ملكه ، أما حيث لم يرغب عنها فيحرم على الغير أخذها والانتفاع بها إلا بإذن مالكها والجناية عليها لملكها ومنها عليه حيث يجب الحفظ . وأما حيث قد رغب عنها لا يآثم الآخذ ويملكها بنقلها له وقبل أن ينقلها الجناية عليها ومنها مضمونة للتسييب وعليه فلو أخذها آخذ ثم اختلف هو ومالكها فقال مالكها لست راغباً عنها ، وقال آخذها بل رغبتم عنها فالذهب أن القول قول من طابق قوله عرف الموضع الذى سيبت فيه فإن لم يكن ثمة عرف فالظاهر بقاء الملك .

﴿ و ﴾ يجب ﴿ على الشريك ﴾ فى العبد والبهيمة والقريب ﴿ حصته ﴾ من الإنفاق فإن كان الشريك غائباً أو متمرداً وجب على الحاضر الإنفاق لخصته ﴿ وحصه شريكه الغائب ﴾ وحد الغائب هنا وفى كل حيوان الذى يغيب عند حاجة الحيوان بحيث يخشى عليه الضرر ويعتبر فى غير الحيوان البريد ﴿ و ﴾ كذا حصه شريكه ﴿ المتمرد ﴾ عن الإنفاق ﴿ فيرجع ﴾ على شريكه بقدر حصته من النفقة وغيرها مما غرمه على ذلك الحيوان إذا نوى الرجوع ولو لم يأذن له الحاكم بالإنفاق إذ له ولاية على ذلك ، ولا

فرق في الرجوع هنا على الشريك بين نفقة القريب وغيره والقول قول المنفق في قدر النفقة المعتادة لا مدتها فعملية البيئة .

﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يكن الشريك غائباً بل حاضراً غير متمرد ﴿فلا﴾ يرجع شريكه عليه بما أنفقه لأنه متبرع إلا أن ينفق بأمر الشريك رجوع عليه ﴿وكذلك﴾ يجب عليه ويرجع بما أنفقه على ﴿مؤن كل عين﴾ مملوكة ﴿لغيره﴾ وهى ﴿في يده﴾ بإذن الشرع ﴿كالعارية والمستأجرة والمرهونة والوديعة﴾ إذا لم يمكن التخلية بينها وبين المالك إذا احتاجت إلى مؤنة من إنفاق أو حفظ أو غير ذلك كان حكم من هى في يده حكم الشريك يجب عليه القيام بذلك حيث المالك غائباً أو متمرداً ، وكذلك حكم البئر والدار والنهر المشترك إذا احتاج إلى إصلاح . قال الإمام عليه السلام : وقولنا بإذن الشرع احتراز من المصوبة فإنه لا يرجع بما أنفق عليها ، وكذا لو بنى بناءً أو نحوه وهو لا يعلم الاشتراك بل معتقداً أنها ملكه ثم بان الاشتراك لم يصح رجوعه لعدم النية لأنه بنى لنفسه .

﴿مسئلة﴾ ولا يجبر على إصلاح شجرة أو بناء في ملكه فإن كان مشتركاً فإنه يجب على الشريك إصلاحه مع غيبة شريكه أو تمرده .

وقوله ﴿غالباً﴾ احتراز من الضالة واللقطة فإن لمن هى في يده أن ينفق عليها ويرجع على مالكها إذا نوى الرجوع ولو كان مالكها حاضراً غير متمرد قبل أن تتبين أنها له ، واحتراز من المبيع قبل التسليم وعوض الخلع قبل التسليم فإنه لا يرجع بما أنفق عليهما وإن نوى الرجوع ولو كان المالك غائباً أو متمرداً .

﴿والضيافة﴾ واجبة ﴿على أهل الوبر﴾ وهم الذين لا يباع عندهم الطعام المصنوع كأهل البادية ، وليست على أهل المدر وهم الذين يباع عندهم كاللبن لوجود ما يحتاجه النازل من طعام وغيره للبيع . وهى فرض كفاية على أهل المحل حتى يقوم به البعض منهم ، وإلى الضيف تعيين من يرجع عليه وليس لمن يرجع عليه الرجوع على أهل بلده

وقد جرى العرف في كثير من الجهات بالداولة، فمن كانت نوبته تعين الوجوب عليه. وللضيف ولو معه زاد مطالبته بما له من حق الضيفة لكل ما يلحق به على قدر حاله، ولو نزل على ذمي أو نزل عليه ذمي، ويدخل في ذلك مال الصغير والمجنون والوقف ولو لمسجد لأنه حق في المال فأشبهه الزكاة، وقدر الضيافة ثلاثة أيام وإذا تكرر نزول الضيف فالعبرة بالعرف في تسميته ضيفاً وإن قربت المسافة أو المدة.

﴿ فرع ﴾ إذا جاء رجل إلى رجل ضيفاً وقال آخر أنا أضيفه وسكت الذي جاء إليه الضيف فإن كان قصد المضيف المروءة إلى الضيف فلا شيء على الذي وصل الضيف إليه، وإن فعله مروءة إلى المضيف وجب القضاء على الذي جاءوا إليه وإن لم يقل ضيف على بل سكت ورضي، وأما إذا كره الذي جاءوا إليه فالمضيف متبرع.

﴿ فرع ﴾ إذا جاء ضيف إلى رجل وذبح له شيئاً ودعى أهل بلده وكان مما العادة فيه المعاوضة وأراد الضيف أن يقضى المضيف وكان في دعائه غير الضيف إكرام له وجب عليه مثل ما فعل، وإذا وصل ضيف إلى عند رجل وفعل له فوق الذي يمتاد وجب القضاء، وأما الضيافة المعتادة فهي واجبة لا يجب قضاؤها.

﴿ ١٩٢ ﴾ (باب الرضاع)

هو بكسر الراء وفتحها : لغة اسم لمن الثدي وشرب لبنه، وشرعاً عبارة عن حصول لبن المرأة في مدة الصبي بشروط. وحكم الرضاع وحكم النسب في تحريم النكاح ومجوز النظر وكونه محرماً في السفر والخلو لا في الإرث وثبوت النفقة والتمود والمقل والحد للسرقة وصرف الزكاة والعق ونحوها من سائر أحكام النسب فلا تثبت بالرضاع.

﴿فصل﴾

في بيان شروط الرضاع وأحكامه : ﴿و﴾ اعلم أن ﴿من﴾ رضع من امرأة لم يثبت حكم الرضاع إلا بشروط خمسة لا تتم من دونها : ﴿الأول﴾ أن يكون اللبن ﴿وصل جوفه﴾ أي معدته وهي مستقر طعامه وشرابه وسواء كان في رضعات أو رضعة أو دونها مهما وصل المعدة ولو تقيأ فلو لم يصل إلا الحلق أو الصدر لم يثبت حكمه ويكفي في ذلك غالب ظن المرضعة . ﴿الثاني﴾ أن يكون دخوله إلى المعدة ﴿من فيه أو أنفه﴾ أو نحوها كمينيه وأذنه فيقتضي التحريم كالأصل من الفم ، ولو أخذ في «لحا» وهو «السمط» المعروف بصنعاء «بالنشق» وأوجره ، أو في ممص وهو الثدي الصناعي أو غير ذلك من أوجه الاستعمال إذا وصل المعدة من الفم أو نحوه لا لو وصل إلى المعدة من الحلق أو الصدر أو البطن أو الدبر أو نحو ذلك فلا يقتضي التحريم . ﴿الثالث﴾ أن يكون الرضاع والصبي ﴿في الحولين﴾ تحديداً من بعد انفصاله من فرج أمه فلو كان قد تعدها ورضع بعد ذلك لم يؤثر . ﴿الرابع﴾ أن يكون ﴿لبن آدمية﴾ ولو كافرة لا غيرها . فلا يحرم لو ارتضع صبيان لبن رجل أو خنثى أو بهيمة لم يصيرا أخوين . ﴿الخامس﴾ أن تكون تلك الآدمية قد ﴿دخلت﴾ في السنة ﴿العاشرة﴾ وسواء علم بلوغها أم لا مهما دخلت في السنة العاشرة ، لا قبلها فلا يقتضي التحريم ما لم يعلم بلوغها يقيناً فيقتضي التحريم .

﴿و﴾ اعلم أن لبن الآدمية يقتضي التحريم إذا اجتمعت هذه الشروط و ﴿لو﴾ كانت المرأة التي أخذ من لبنها ﴿ميتة﴾ وأما الرضيع فلا بد أن يكون حياً ﴿أو﴾ كانت المرأة ﴿بكرًا﴾ لم تلد ولم تنزوج ﴿أو﴾ تناول لبنها بعد أن صار ﴿متغيراً﴾ كأن صار دهناً أو زبدة أو دماً أو لبناً يابساً ولو بعد طبخه أو غير ذلك من أوجه التغير فإنه يقتضي التحريم ﴿غالباً﴾ احترازاً من الجبن وهو أن يمقد ما في معدة

الجدى على لبن امرأة فينمقد جبنًا ويأكله الصبي فلا يقتضى التحريم .
﴿أو﴾ شرب ذلك اللبن ﴿مع﴾ غيره وهو من ﴿جنسه﴾ لبن آدمية أخرى
فإنه يقتضى التحريم ﴿مطلقاً﴾ أى سواء كان غالباً أو مغلوباً إذا كان يصل الجوف
لو انفصل عن الخلط ﴿أو﴾ خلط مع ﴿غيره﴾ أى غير جنسه كالماء ولبن البهائم
والرق والسمن والطعام ونحوه ﴿و﴾ كان لبن المرأة ﴿هو الغالب﴾ لما خلط به فإنه
يقتضى التحريم ولا بد أن يقدر أنه لو انفصل وصل المعدة فإن كان اللبن مساوياً لما
خلط به أو مغلوباً أو التبس الأغلب منهما فلا تحريم عندنا وتمتبر الغلبة في المقدار
بالكيل لا بالوزن .

﴿أو التبس﴾ هل وقع الرضاع بعد ﴿دخول﴾ الرضعة في السنة ﴿المباشرة﴾
أم في التاسعة وهى الآن في المباشرة فإنه يقتضى التحريم . فأما لو التبس حين الرضاع
هل دخلت في السنة المباشرة أم هى في التاسعة فإنه يحكم بالأصل وهو عدم دخول
المباشرة ﴿لا﴾ لو التبس ﴿هل﴾ وقع رضاع الصبي ﴿في الحولين﴾ أو بعد خروجهما
وهو الآن قد تمضى الحولين فيحكم بأقرب وقت وهو أنه رضع بعد خروجه من الحولين
فلا يقتضى التحريم ، وأما لو التبس حال الرضاع هل جاوز الحولين أم لا فالأصل
عدم المجاوزة فيقتضى التحريم .

﴿نعم﴾ متى حصل الرضاع بتلك الشروط المتقدمة ﴿ثبت﴾ حينئذ ﴿حكم﴾
البنوة لها ﴿وبها فتصير الرضعة حرة كانت أم مملوكة أمأً له وهو ولدها فيجرب ما تقدم
أول الباب من تحريم النكاح وجواز السفر بها والخلوة دون غيرها وغير ذلك من أحكام
بنوة النسب ﴿و﴾ كذلك يثبت حكم البنوة ﴿لدى اللبن﴾ وهو زوجها أو مالكتها الذى
علقت منه وأرضعت بعد العلوق فيصير الزوج أو نحوه أباً للطفل والطفل ابناً له من
الرضاع ﴿إن كان﴾ للرضعة زوج أو نحوه فيثبت حكم الرضاع في حقهما معاً وإلا
فالولد لها فحسب ﴿وإنما يشاركها من علقت منه﴾ بوطء أو استدخلت مائه ﴿ولحقه﴾

نسب الولد كما مر من الستة الأشهر والأربع السنين وفي الفراش وغير ذلك سواء كان في نكاح صحيح أو فاسد أو ملك أو شبهة ملك كأمة الابن فإن اللبن بعد هذا المعلق يصير لها ممّا وقبل الملق لا يشاركها فيه .

وقوله « ولحقه » يحترز من أن تعلق منه في نفس الأمر ولا يلحقه في ظاهر الشرع كالولد المنفي باللعان وكالأمة حيث لم يدعه، وكل ما جاء بعد الإقرار بانقضاء المدة لستة أشهر وما علقته منه بنكاح باطل نحو أن يعلم وهي جاهلة فلا يثبت حكم اللبن لهذا الرجل لعدم لحوق الولد به . ومهما لحق به فلا يزال مشاركا للمرأة في اللبن ﴿ حتى ينقطع ﴾ منها بالكلية ولو لعارض كمرض أو بجماعة ويعمل في انقطاعه بالكلية بالظن ، فلو عاد بعد الانقطاع لم يرجع له فيه حق وكان لها وحدها ما لم تعلق منه مرة أخرى فيعود له الحق في اللبن واشتركا في الحكم .

﴿ أو ﴾ لم ينقطع منها اللبن لم يزل مشاركا لها ولو طلقها وتزوجت غيره لم ينقطع حق الأول في اللبن حتى ﴿ تضع ﴾ ولو بعض الحمل الذي هو ﴿ من غيره ﴾ ولو من زنى أو غلط أو شبهة كالنكاح الباطل فمضى وضعت بطل حق الأول .

﴿ و ﴾ إذا طلقها الزوج الأول المشارك لها في اللبن ثم تزوجت آخر لم يكن للآخر نصيب في اللبن حتى تعلق منه أيضا، وحين تعلق منه ﴿ يشترك الثلاثة ﴾ في اللبن وهم الزوج الأول والآخر والمرأة فلا يزالون مشتركين في اللبن ﴿ من الملق الثاني ﴾ حيث يلحق به ﴿ إلى الوضع ﴾ لذلك الحمل ولو بمضه كأحد التوأمين حيّا أو ميتا، فمن ارتضع منها ما بين الملق والوضع كان ابنا للمرأة والزوج الأول والثاني. وبعد الوضع ينقطع حق الزوج الأول ويبقى حكم الرضاع للمرأة وزوجها الثاني فإن التبس الملق فبستة أشهر معنى إذا كان إرضاعه قبل الوضع بستة أشهر اشتركوا فيه إن وضعت فيها. ﴿ و ﴾ قد يكون الابن من الرضاع ابنا ﴿ للرجل فقط ﴾ دون من أرضعته فيكون ابنا للرجل من الرضاع لا أم له وذلك حيث يتغذى ﴿ بلبن ﴾ الرجل ﴿ من زوجته ﴾

وهو ﴿ لا يوصل ﴾ المدة ﴿ إلا مجتمعا ﴾ بحيث لو انفصل لبن كل واحدة وحده لم يصل المدة لقلته فإنه في هذه الصورة إذا جمع فشر به صار أبنا لزوجهما فقط لا لهما لسنهما بحرمان علي الرضيع لسنونهما من نساء أبيه .

﴿ ويحرم به ﴾ أى بالرضاع من النساء ﴿ من صيره ﴾ الرضاع ﴿ محرما ﴾ بفتح اليم أوضمها مع تشديد الراء كالأم من الرضاع والأخت من الرضاع لأب وأم أولأب أو لأم والعمة كذلك والجدة أم الأم وأم الأب وزوجة الأب من الرضاع ونحو ذلك « وعلى الجملة » إنما حرم من النسب لأجل النسب والصهر حرم بالرضاع إلا أخت الابن من الرضاع ونحوها حسب ما تقدم في النكاح حيث قال « والرضاع في ذلك كالنسب غالباً » . فاجترز من أخت الابن من الرضاع ونحوها لأنهن يحرم من النسب ولا يحرم الرضاع . قال في الأثمار : « وضابط ذلك » أن حرمة الرضاع تنتشر من المرضعة وصاحب اللبن إلى أصولهما وفصولهما ونسأتهما وحواشيتهما ، وتنتشر من الرضيع إلى فروعه فقط ونسأته ونساء فروعه دون أصوله وحواشيه .

﴿ ومن انفسخ نكاح ﴾ منكوحته ، ﴿ غير مدخولة ﴾ ولو قد خلا بها زوجها مع التسمية لها وكان انفساخ نكاحها ﴿ بفعله مختاراً ﴾ غير مكره على ذلك الفعل الذى فعله وبه انفسخ النكاح فاذا اجتمعت هذه القيود ﴿ رجع ﴾ الزوج ﴿ بما لزم من المهر ﴾ إما كاملاً حيث يكون قد خلا بها أو نصفه حيث يكون قبل الخلوة ﴿ عليه ﴾ يعنى على ذلك الذى وقع فسخ النكاح بسببه .

مثال ذلك : أن يكون لرجل امرأتان إحداهما كبرى والأخرى صغرى فرضعت الصغرى من الكبرى فإنه يفسخ نكاحهما ويتأبد تحریم الكبرى عليه مطلقاً وكذا الصغرى إذا كان قد دخل بالكبرى أو لسنها أو نظر إليها لشهوة وإلا فلا ، ويكون الرجوع بما لزم الزوج من المهر للصغرى على الكبرى حيث تكون هذه المرضعة لها مختارة ولم يأذن الزوج ، وكذا لو دبت الصغرى على الكبرى وتركتها ترضع منها فإن

التخلية منها كالفعل إذ لبنها معها أمانة فيسقط مهرها معها ولا رجوع على أحد .
وأما المدخولة فلا يسقط مهرها بحال ولو انفسخ نكاحها بأي وجه ولا يرجع به على
أحد لأنه قد استوفى ما في مقابلته وهو الوطاء وكذا نقول يرجع على الصغرى حيث
تكون هي التي رضعت بغير فعل الكبرى ولا تخليتها كأن تدب الصغرى وتتناول
ثدي الكبرى وهي نائمة فيسقط مهر الصغرى ويرجع الزوج على الصغرى بنصف
مهر الكبرى وبجميعه إن كان قد خلى بها أو يكون ذلك بفعل الغير كأن يقرب
الصغرى إلى الكبرى أو يكره الكبرى على إرضاع الصغرى رجع عليه الزوج بمهر
الكبرى كاملاً إن كان بعد خلوة أو نصفه قبلها ونصف مهر الصغرى ولو كان من
الصغرى فعل بتناول الثدي ومص اللبن إذ هي كاللجأة إلى ذلك .

﴿ إلا ﴾ أن يكون الذي فعل الارضاع ﴿ جاهلاً ﴾ أنه يحرم وينفسخ به النكاح
﴿ محسناً ﴾ في إرضاعه بأن يخشى على الطفل التلف أو الضرر فأرضعه ولو كانت
الكبرى هي المرضعة للصغرى فإنه لا يرجع عليها بما يلزمه للصغرى وهو نصف المهر
بهذين الشرطين وهما الجهل بأن هذا الرضاع يفسخ النكاح وأن تكون محسنة لخشية
التلف أو الضرر على الطفل . وأما مهر الكبرى فإن كان قبل الدخول بها فلا مهر لها
ولو كانت جاهلة محسنة وإن كان بعد الدخول لم يسقط مهرها إذ قد استوفى الزوج
ما في مقابله وهو الوطاء وإما مع العلم إن هذا الرضاع يفسخ النكاح أو مع الجهل
بذلك وليست محسنة بأن لا تخشى على الطفل التلف أو الضرر فإنه يرجع عليها بما
يلزمه للصغرى وهو ما أوضحناه في صدر المسئلة .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٩٣ ﴾

في بيان ما يثبت به الرضاع وما يترتب عليه من الأحكام فسبحاً وتحريماً ونحوها
﴿ و ﴾ اعلم أنه ﴿ إنما يثبت حكمه ﴾ على الزوجين ﴿ بإقراره ﴾ أي بإقرار الزوج أو

نكوله أو رده اليمين ﴿أو بينتها﴾ مع التناجر والحكم ولو كانت الدعوى والبيئة من جهة الحسبة، وأما البيئة من دون حكم فلا حكم لها . ويكفي في إقراره الإجمال نحو أن يقر بأن المرأة محرمة عليه بسبب الرضاع أو أنها أخته من الرضاع أو نحو ذلك فإنه يحمل على الحولين وإن لم يفسره بذلك لأن الإقرار يحمل على ما يوجب التحريم بخلاف الشهادة بالرضاع وأما كيفية الشهادة فلا بد من التفصيل فيها إلا من عارف فيكفي الإجمال ولا تصح إلا من رجلين أو رجل وامرأتين غير المرضعة فإن شهادتها لا تقبل عندنا، وسواء شهدت أنها ناولته ثديها أو وضعت لبنها بين يديه فشربه أو أوجره غيرها لأنها تشهد على فعلها لتجر إلى نفسها حق البنوة . أما شهادة العارف فيكفي فيها الإجمال كالقربه ويستحب التفصيل . وأما غير العارف فلا بد من التفصيل في أدائها وتحملها . ففي أدائها أن يشهد أنه ارتضع في الحولين أو أطلقا ولم يقولوا في الحولين بل أرحا إلى وقت وتصادق الزوجان بعد ذلك أن ذلك الوقت في الحولين ، وفي تحملها أن يعرف الشاهدان بالعلم إن في المرأة لبنًا وشاهدا المص المتدارك والثدي في فمه لا إذا لم يعرفا هل فيها لبن أم لا . ويجوز للأجانب أن ينظروا إلى الثدي في فم الرضيع لتحمل الشهادة .

﴿فرع﴾ قال في الفيت: فإن لم يكن من الزوج إقرار ولا منها بيئة وعلم الحاكم بتواتر أو غيره وجب الفسخ ولزم إجبارها .

﴿ويجب العمل بالظن الغالب في النكاح تحريمًا﴾ أى متى غلب على ظن الرجل أن المرأة رضية له كأن يخبره رجل أو امرأة فأكثر حرم عليه أن ينكحها وإن كانت تحته سرحها ويحسن أن يحتاط بالطلاق. أما لو تردد ولم يلب على ظنه صدق الخبر فإنه يستحب له فراقها ، والعمل بالظن الغالب يكون في حق الرجل قبل العقد وبعده وفي حق المرأة قبل العقد . وأما بعد العقد فلا تعمل بظنها لأن فيه إبطال حق غيرها ويثبت لها تحليفه إذا ادعت عليه أنه يظن الرضاع أو يظن صدقها فدعوى ذلك.

﴿ فيجبر الزوج المقر به ﴾ أى إذا أقر الزوج أنه غلب على ظنه أنها رضيعته أجبره الحاكم وكذا المسلمون بأعتزالها وتسريحها من باب النهى عن المنكر لبطلان النكاح بإقراره بقلبه ظنه .

﴿ و ﴾ إذا تصادق الزوجان على الرضاع بينهما ثبت حكمه كما مر و ﴿ بإقراره ﴾ يعنى الزوج بالرضاع ﴿ وحده ﴾ وهى منكرة ﴿ يبطل النكاح ﴾ بينهما ﴿ لا الحق ﴾ الذى لها عليه وهو المهر ونفقة العدة والكسوة فلا يبطل ويجوز لها أن تتزوج بعد انقضاء العدة وإن لم تظن صدقه وليس لها أن تطالبه ولا للحاكم إجباره أن يحتاط بالطلاق لأن إقراره فى معنى الطلاق ، وإذا رجعت الزوجة إلى تصديق الزوج فى حصول الرضاع بينهما صح منها ذلك بعد الإنكار وسقطت به حقوقها .

﴿ والعكس فى إقرارها ﴾ وهو أنها إذا أقرت المرأة بالرضاع بينهما وأنكر الزوج ذلك ولا يئس لها بطل حقها من الزوج من نفقة وكسوة وغيرها ولا يبطل النكاح ﴿ إلا المهر ﴾ فلا يسقط إذا أقرت بالرضاع ﴿ بعد الدخول ﴾ لا الخلوة فتستحق الأقل من المسمى ومهر المثل إذ قد استوفى الزوج ما فى مقابله وهو الوطاء ، ويجب عليها أن تمنع نفسها وتدافعه ولو يقتله لأنه مع علمها بالرضاع يريد أن يفعل بها محظوراً ، وإذا مات لم ترثه إلا أن ترجع إلى تصديق زوجها وتكذيب نفسها فى ذلك كله فتستحق ما قد سقط من حقوقها وأخذت ميراثها لأن رجوعها يوجب علمها حكم النكاح وهى العدة فيثبت المهر والميراث ولو بعد الموت .

والله أعلم

﴿١٩٤﴾ كتاب البيع

البيع والشراء هما من أسماء الأضداد : فيطلق الشراء على البيع كقوله تعالى : « وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ » أى باعوه ، ويطلق البيع على الشراء كقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « لا يبيع أحدكم على بيع أخيه » أى لا يشتري ، وكذلك الاشتراء والابتيع فإنهما يطلقان على فعل البائع والمشتري لغة إلا أن العرف قد خص البيع بفعل البائع ، وهو إخراج الذات من الملك ، وخص الشراء والاشتراء والابتيع بفعل المشتري : وهو إدخال الذات في الملك . وله حقيقةتان : لغوية وشرعية : أما اللغوية فالبيع هو الإيجاب والقبول في مالين ولو بالنابذة لأن الرجل في الجاهلية كان يقول إذا نبذت إليك هذا الثوب فقد وجب البيع ويسمى ييمًا، وأما حقيقته الشرعية : فجملية ، وتفصيلية : أما الجملية فهو الإيجاب والقبول في مالين مع شرائط . وأما التفصيلية : فهو الواقع بين جائزى التصرف المتناول لما يصح تملكه بثمن معلوم بلفظين ماضيين أو ما في حكمهما كما سيأتى .

والأصل في البيع من الكتاب قول الله تعالى : « وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا » ومن السنة ^(١) قول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم : « البيعان بالخيار ما لم يفترقا » ^(٢)

(١) ومن السنة أيضا قوله صلى الله عليه وسلم « لأن يأخذ أحدكم حبله فيأتى بحزمة حطب على ظهره فيبيعها فيكف بها وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطوه أم منعه » رواه البخارى ، وفى هذا الحديث إشارة إلى ما يجب على الإنسان من العمل في هذه الحياة فلا يحل له أن يهمل طلب الرزق اعتمادا على سؤايل الناس ، كما لا يحل له أن يستكف عن العمل سواء كان جليلا أو حقيرا بل عليه أن يعمل بما هو متيسر له . وقد أجبر على عليه السلام نفسه من امرأة ، وقيل من يهودى كما يأتى لفظ الحديث أول فصل ٢٣٧ ولم يستكف من العمل الشاق في تحصيل القوام من العيش . ومنها قوله صلى الله عليه وآله وسلم « أفضل الكتب بيع مبرور وعمل الرجل بيسه » رواه أحمد والطبرانى وغيرهما . والبيع المبرور هو البيع الذى يبر فيه صاحبه فلم يفتش ولم يخن ولم يعص الله فيه . (٢) وفى رواية « ما لم يفترقا » وتامه « فان صدقا وبينا بورك لهما فى بيعهما وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما » رواه أحمد والبخارى ومسلم عن حكيم بن حزام .

والمراد فرفة أقوال لا فرقة أبدان . والإجماع منقسم على جوازه . إذ هو من أكبر الوسائل الباعثة على العمل في هذه الحياة الدنيا وأجل أسباب الحضارة والعمران .
واعلم أن البيع والشراء ينقسمان إلى خمسة أقسام لأن كل واحد منهما قد يكون واجباً وذلك عند دفع الضرر كسدد الرمي وشراء ما لا يتم الواجب إلا به ، ومعطوراً إذا تضمن الربى ، ومندوباً إذا كان للإتفاق على الطاعات ، ومكروهاً إذا كان فاسداً بغير الربى أو كان عند النداء ^(١) أو في المسجد حيث دخل تبمناً للطاعة وإلا حرم ، ومباحاً وهو ماعدا ذلك ما لم يلحق بأى قسم مما تقدم .

{ فصل }

في شروط البيع التي لا يصح ولا يتفد إلا مع كلها { وشروطه } ستة عشر شرطاً : منها ماهو للصحة ، ومنها ماهو لنفوذ العقد فقط مع كونه صحيحاً . وهى على ثلاثة أضرب : ضرب يرجع إلى العاقد ، وضرب إلى العقد ، وضرب إلى المال الذى يتناوله العقد . أما ما يرجع إلى العاقد فهو أربعة :

{ الأول } { إيجاب مكاف } وهو البالغ العاقل . وأوجز من ذلك أن يقال : هو إيجاب وقبول من صحيح تصرف { أو مميز } احترازاً من الصبي والمجنون والمتوه ^(٢) وغيرهم ممن لا تميز له ولو كان مرافقاً وهو الذى دخل في سنة البلوغ فإنه لا يصح عقده ولا تلحقه الإجازة لوفطن من بعد ، أما مع حصول التمييز فيصح ولكن لا يتفد إلا مع الإذن أو لحوق الإجازة من الولي . وأما السكران المميز فينفذ عقده تمهما ميمز ، وإلا فلا يتفد ولا يصح .

(١) نداء صلاة الجمعة . وقوله « وذروا البيع » الأمر يقتضى الوجوب .

(٢) المتوه هو ناقص العقل اهـ .

﴿فائدة﴾ كل إيجاب وقبول حصل على مألين فهو بيع وعلى منفعة ومال اجارة، وعلى مال وبضع نكاح، وعلى طلاق ومال خلع، وعلى مال وحده هبة .

﴿الشرط الثاني﴾ أن يصدر الإيجاب من ﴿مختار﴾ ولو كان هازلاً أما إذا كان مكرهاً فلا يصح عقد المكره^(١) بغير حق سواء باع أم اشترى من المكره أم من غيره وسواء باع بقيمة أو بأكثر فلا يصح ولو أجاز بيعه من بعد مختاراً لأن عقد المكره كلاً عقد . قال في البيان : « إلا حيث نوى الصنعة عند عقده فإنه يصح والقول قوله لأنه لا يعرف إلا من جهته » . فأما إذا كان الإكراه بحق كأن يكرهه الحاكم على البيع لقضاء الدين أو لنفقة زوجته أو نحو ذلك فإنه يصح البيع مع الإكراه ويصح بيع المكره أيضاً إذا كان الإكراه مؤكداً للإذن كقول السيد للغير بيع عبدي وإلا قتلتك .

﴿الشرط الثالث﴾ أن يقع الإيجاب من ﴿مطلق التصرف﴾ فلا ينفذ من العبد والصبي المميز غير المأذونين لأنهما معجورا التصرف إلا بإذن ومع عدم الإذن يبقى العقد موقوفاً على إجازة المتولى لها، وكذا لا ينفذ بيع المجبور ماله من جهة الحاكم بل يبقى العقد موقوفاً على الإيفاء أو الإبراء من الغرماء .

﴿الشرط الرابع﴾ لنفاذ العقد أن يصدر الإيجاب من ﴿مالك﴾ للمال الذي تناوله العقد ولو كان البائع جاهلاً أن المبيع مملوكه ﴿أو﴾ يصدر الإيجاب من ﴿متولٍ﴾ له كالوصى والولى والحاكم . أما إذا صدر الإيجاب من غير المالك أو المتولى فإنه لا ينفذ بل يبقى العقد موقوفاً على الإجازة « غالباً » احترازاً مما أخذه المشتري بالمعاطاة فإنه يصح منه البيع لذلك مع كونه غير مالك ولا متولٍ .

﴿وأما الشروط﴾ المتعلقة بالعقد فهي سبعة : ﴿الأول﴾ أن يأتى ﴿بلفظ تمليك﴾ أو نحوه مع قصد اللفظ وإن لم يقصد المسنى وهو التمليك في مقابل عوض

(١) وحد الإكراه هو ما يخشى معه الضرر اهـ .

نحو أن يقول : بعْتُ ، مَلَكَتْ ، وهَبْتُ ، دَفَعْتُ ، جَعَلْتُ بِكَذَا ، فإن لم يقل بِكَذَا صار اللفظ الأول باطلاً والآخر نذراً والثلاثة المتوسطة هبة ، وكذا لو قال هو لَكَ كان لإقراراً ، فإن قال بِكَذَا صار بيعاً بخلاف فعلتُ ورضيتُ لأنهما ليسا بلفظي تملك فلا يصح بهما العقد إلا أن يكونا جوابين بمعنى نعم كأن يقول بعْتُ مني أو شريت مني بِكَذَا ، فيقول له فعلتُ أو رضيتُ صح العقد ، ونحو لفظ التملك الاسماء فإذا قال للغير اعتق عبدك عني على كذا فأعتقه صح لأنه متضمن للبيع .. وكل لفظ أفاد التملك ﴿حسب العرف﴾ نحو شطت ، كات ، في بيع الطعام ، وكذا قضيت إذا قضاء عما بذمته ولو كان القضاء من جنس الدين ، وكذا بلفظ الصالح عما بذمته نحو صالحت . ولا ينعقد بأبحت إلا إذا جرى عرف ولو بلفظ الوصية .

﴿و﴾ ﴿الشرط الثاني﴾ أن يحصل ﴿قبول غيره﴾ وبذلك يخرج المبيع عن ملك البائع ويدخل في ملك المشتري بمحصول اللفظين ممّا . قال في البيان : «والقبول هو أن يقول اشتريت أو شريت أو ابتعت أو تملكيت أو قبلت أو أخذت أو قبضت أو تناولت أو حزت أو رضيت لا أن يقول أحسنت » ويصح العقد سواء تقدم لفظ البائع أو لفظ المشتري ، وكذا لو تشابه اللفظان كبعت منك فقال ابتعت أو شريت منك فقال اشتريت أو شريت ، أو اختلفا كقوله بعْتُ منك فقال اشتريت أو شريت أو قبلت صح ، وإذا قال بعْتُ مني أو شريت مني فقال نعم أو رضيت أو فعلت صح . أما إذا قال بعْتُ منك أو اشتريت منك فقال نعم فلا يصح .

واعلم أنه يصح بالكتابة والرسالة ولو اختلف المجلس ويكون صريحاً في البيع إذ لا كناية في المعاملات بل في الطلاق ونحوه .. ولا بد أن يصدر القبول من غير الموجب لأنه لا يصح أن يتولى طرفي العقد واحد سواء كان وكيلاً أم ولياً وكذلك في كل عقد اشتمل على مالين من كل الطرفين كالبيع والشراء والهبة على عوض مشروط .

﴿ فرع ﴾ إذا أراد الأب أو الجد أو الوصى أو الحاكم أو الإمام أن يبيع ماله من الصغير أو يشتري مال الصغير لنفسه لمصلحة فإنه يبيعه إلى الغير ثم يشتريه لنفسه أو للصغير بمد أن يقبضه المشتري. وسيأتى تفصيل ذلك في شرح قوله « ولا يتولى الطرفين واحد أو ما في حكمه » في الفصل الآتى .. ومن حق القابل أن يكون ﴿ مثله ﴾ أى مثل البائع في كونه مكلفاً ، أو مميزاً مختاراً مطلق التصرف متمسكاً للعين بالقبول أو متولياً لقبولها إلا أن محجور التصرف يصح شراؤه ويبقى الثمن في ذمته حتى يفك الحجر أو يميز الغرماء أو الحاكم ويثبت للبائع الخيار إلا أن يكون عالماً بالحجر فيكون كالبيع إلى المفلس ..

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن يكون الإيجاب والقبول ﴿ متطابقين ﴾ فيتناول القبول كلما تناوله الإيجاب مطابقة لفظاً ومعنى أو معنى فقط . فثال المطابقة لفظاً ومعنى أن يقول بمت منك هذين الشيئين أو الأشياء بألفين فيقول قبلتهما بألفين أو قبلت البيع أو نحو ذلك ، والمطابقة في المعنى فقط كأن يقول بمت منك هذا الدكان بألفين فيقول قبلت نصفه بألف وقبلت نصفه الآخر بألف فإنه يصح فيهما لتطابق الإيجاب والقبول معنى ، ومن ذلك أن يقول البائع بعتك هذا العبد بألف وبمتك هذا بألف فقال المشتري قبلت هذا بألف فإنه يصح أيضاً لأنهما عقدان قبل المشتري أحدهما دون الآخر ، وكذا لو قال قبلتهما أو قبلتهما بألفين صح . وكذا لو قال البائع بمت منك هذين العبدين كل واحد منهما بألف ، فقال قبلت هذا بألف وهذا بألف أو قبلت أو قبلتهما بألفين صح ، وهكذا لو كان البائع شخصين لشيء واحد فقيل المشتري يبيع أحد الشخصين دون الآخر صح المقدينه وبين من قبل منه لتطابق الإيجاب والقبول ، كما أنه لو قبل منهما معاً لعدد المقد ، وهذا حيث باع كل واحد منهما نصفه ولو لم يلفظ بذلك فهو المراد هنا . فأما إذا باع كل واحد منهما كل ذلك الشيء لم يصح قبول نصفه ، وكذا إذا باع شخصان من اثنين شيئاً واحداً أو شيئين وباع كل شخص

من واحد من المشتريين وقبل أحدهما فإنه يصح ، وأما إذا لم يتطابق الإيجاب والقبول لا في اللفظ ولا في المعنى لم يصح البيع كأن يقول بعتك هذين الحصانين بألفين أو كل واحد بألف فقبل المشتري أحدهما بألف لم يصح لأنه تبعض للمقد . واعلم أن حكم الاجازة في اشتراط المطابقة حكم القبول .

﴿ الشرط الرابع ﴾ أن يكون الإيجاب والقبول ﴿ مضافين إلى النفس ﴾ نحو أن يقول البائع بعت - بضم التاء - والمشتري اشتريت - بضم التاء - فإن فتح تاء التكلم لم يصح ذلك إلا لعرف في لفته فإنه لا يضر كما هي لغة بعض الجهات ، وكذا سائر الإنشاءات والعقود ﴿ أو ما في حكمهما ﴾ بمعنى أو ما في حكم الإضافة إلى النفس وهو الجواب بنعم أو « إيه » أو « آه » كما هي لغة العرف ، فإذا قال البائع اشتريتُ مني هذا بكذا فقال المشتري نعم كفى ، وإذا قال المشتري بعت مني هذا بكذا فقال البائع نعم أو نحوها كفى ، ولا يحتاج المشتري أن يقول بعد ذلك اشتريتُ لئلا يكونا مضافين إلى النفس . ولا فرق بين أن يتقدم لفظ البائع أو يتأخر فنعم مقرر لما قبلها إذا تقدمها لفظ ماض صريح مضافاً إلى قائلها كما مثلنا . أما لو قال البائع بعت منك فقال المشتري نعم ، أو قال المشتري اشتريت منك فقال البائع نعم لم يصح لأن نعم لم تضاف إلى قائلها .

﴿ وحاصل هذه المسئلة ﴾ أنه إذا قال البائع للمشتري بعت منك هذا بكذا فجوابه اشتريت أو ابعثت لا لفظة نعم . وإذا قال المشتري للبائع اشتريتُ منك كذا بكذا فجوابه بعت لا لفظة نعم . وأما إذا قال البائع اشتريت مني فجوابه اشتريت أو نعم ، وكذا لو قال المشتري للبائع بعت مني فجوابه نعم أو بعت ، وكذا لو قال المتوسط بين المتبايعين للبائع بعتُ بكذا فقال بعتُ وقال للمشتري اشتريت فقال اشتريت صح .

﴿ الشرط الخامس ﴾ أن يكون الإيجاب والقبول ﴿ غير مؤقتين ﴾ أيهما لوقت

ينتهى التملك به، فلو قال بعت منك هذا شهراً أو قال قبلت البيع منك شهراً لم يصح وكان البيع فاسداً . أما إذا كان العقد مؤقتاً بوقت يبتدىء التملك به فيصح ﴿ ولا مستقبل أيهما ﴾ بل يكون الإيجاب والقبول بلفظين ماضيين كما مرّ، فلو قال تبّيع أو بّع هذا منى بكذا فقال بعت كان فاسداً في غير المحقر إلا أن يقول المشتري بعد ذلك اشتريت صح ويلغو الشرط المستقبل والأمر السابق ، وكذا لو قال البائع تشتري أو اشتر هذا منى بكذا فقال اشتريت كان فاسداً في غير المحقر إلا أن يقول البائع بعد ذلك بعت صح ويلغو اللفظ السابق المستقبل أو الأمر ، وهذا بخلاف الفكاح فإنه يصح بلفظ الأمر ، فلو قال زوّجني فقال زوّجتك انمقد به النكاح .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط السادس ﴾ أنه ﴿ لا ﴾ بدّ من كون كل واحد من الإيجاب والقبول غير ﴿ مقيد بما يفسدها ﴾ من الشروط التي سيأتى ذكرها في باب الشروط .
 ﴿ و ﴾ ﴿ الشرط السابع ﴾ أن ﴿ لا ﴾ يكون الإيجاب والقبول قد ﴿ تخلّلهما ﴾ في المجلس (إضراب) من أيهما فلو قال بعت منك هذا الشيء بكذا فأضرب عنه المشتري إما بمكالمة غيره أو قام لبعض حاجاته أو نحو ذلك مما يدل على الإعراض ثم قبل بعد ذلك لم يصح ، وكذا لو أعرض البائع بعد الإيجاب ثم قبل المشتري لم يصح . ولا بد أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، وحد المجلس في البنين ما حوته الجدران ، وفي الصحارى ما يسمع فيه الخبر المتوسط فإذا كانا ماشيين معاً وسكت المشتري بعد الإيجاب ثم قبل قبل أن يتجاوزا المجلس المعتبر للصحارى صح وإن تجاوزا لم يصح . أما لو كانا على سفينة أو على دابة معاً فلا يضر سيرهما ولو تجاوزا المجلس المعتبر .

﴿ أو رجوع ﴾ عن الإيجاب والقبول من المبتدىء منهما سواء كان البائع أو المشتري، فلو رجع الموجب عن الإيجاب بقوله رجعت عن البيع أو لأبيع أو لست ببائع

أو نحو ذلك مما يدل على الرجوع قبل القبول لم يصح العقد فإن اتفق الرجوع والقبول في حالة واحدة أو التبس أيهما أسبق رجح عدم الصحة^(١).

﴿وأما الشروط المتعلقة بالمال﴾ فهي خمسة:

﴿الأول﴾ أن يكون البيع والشراء ﴿في حالين معلومين﴾ أي المبيع والتمن في المبيع لا بد أن يكون معلوم الجنس والقدر جملة كبيع الجوز^(٢)، أو تفصيلاً بأن يذكر مقداره كيلاً أو وزناً أو عدداً للبائع والمشتري فإن جهله أو البائع كان فاسداً وإن جهله المشتري وحده صح وله الخيار عند العلم، وكذلك الثمن لا بد أن يكون معلوماً جملة أو تفصيلاً لهما معاً، فإن جهله لم يصح إلا أن يجهله البائع وحده أو المشتري وحده وكان مما يعلم من بعد صح، وللمشتري الخيار عند العلم، فلو اشترى ملكه وملك غيره فإنه لا يصح للجهالة الأساسية بخلاف ما إذا استحق منه شيء فإنه يصح العقد فيما بقي لأن الجهالة طارئة ويكون بحصته من الثمن. وأما حقوق المبيع كالسواق والطرق وما يدخل في المبيع تبعاً فلا يضر الجهل بها ولو لم تذكر.

﴿فرع﴾ ويصح أن يكون الثمن منفعة معلومة كخدمة عبد أو حر أو سكنى دار فيثبت للمبيع حكمه وللثمن حكم الإجازة.

﴿مسئلة﴾ فلو باع بنقد ثم منع السلطان التعامل به قبل قبضه لزمته قيمته إذا قد صار لكساده كالمروض. وهذا هو الصحيح من المذهب.

﴿الشرط الثاني﴾ أن يكون المبيع والتمن مما ﴿يصح تملكهما﴾ للبائع والمشتري أما لو كانا أو أحدهما لا يصح تملكه للبائع والمشتري لم يصح بيعه كالميتة والنجس لذاته والموقوف وكذا أرض مكة كرمها الله وكذا لو لم يصح تملكه لأحد المتعاقدين كالنخل في حق المسلم في معاوضته للذي لم يصح بيعه. ولا بد أن يكون مما يصح تملكه

(١) وهذا يخالف قولهم إن العقد إذا احتمل وجهي صحة وفساد حمل على الصحة اه.

(٢) الجوز بثلاث الجيم: يسع الشيء بلا كيل ولا وزن اه.

﴿ في الحال ﴾ والمآل ليخرج المدبر وأم الولد وليخرج أيضا الخمر قبل أن يصير خلا والصيد في حق المحرم وسيأتي ^(١) تفصيل ذلك كله .

﴿و﴾ ﴿الشرط الثالث﴾ أن يكون المبيع والتمن مما يصح ﴿بيع أحدهما بالآخر﴾ احترازا مما نهى عن بيع أحدهما بالآخر: إما على جهة الإطلاق كبيع الرطب بالتمر لغير العرايا أو لأجل التأجيل كبيع البر بالشمير نسيئا أو لغير ذلك كبيع اللحم بالحيوان الذي يؤكل لحمه وسيأتي ^(٢) تفصيل ما لا يجوز بيعه .

﴿و﴾ ﴿الشرط الرابع﴾ أن يقع العقد و ﴿المبيع موجودا في الملك﴾ أي ملك البائع أو ملك من باع عنه البائع كالصبي فلو لم يكن موجودا في ملك من ذكر لم يصح العقد إلا في مستثنين وهما السلم بشرط قبض الثمن في المجلس كما سيأتي في بابه، وكذا بيع ما في الذمة ممن هو عليه بشرط قبض الثمن قبل افتراقهما لثلا يكون من بيع الكالي^١ بالكالي^٢ إلا أن يحيل به على غيره صح ما لم يكن الذي في الذمة من صرف أو سلم فإنه لا يصح بيعه .

﴿الشرط الخامس﴾ أن يكون المبيع ﴿جائز البيع﴾ احترازا من بيع المدبر وأم الولد فإنه باطل وبيع الأمة قبل استبرائها والتفريق بين ذوى الأرحام المحارم في الملك فإن البيع في هاتين الصورتين فاسد . أما بيع السلاح من الكفار وإن كان بيع ذلك غير جائز فإنه يصح . وكذا بيع ما لا يتم الواجب إلا به كالثوب والماء المحتاج إليهما فإنه يصح وإن كان غير جائز . وأما بيع ما يقتل كثيره وقليله كالسم فلا يجوز إذ لا نفع فيه ويجوز بيع ما لا يقتل قليله ويقتل كثيره كالزعفران ونحوه .

﴿ويكفي في المحقر﴾ وهو ما قيمته دون ربع مثقال ^(٣) عند بيعه أو إجارته

(١) في فصل ١٩٩ هـ .

(٢) في فصل ١٩٩ وفصل ٢٠٠ هـ .

(٣) وهو الصحيح في قدر المحقر، ويصح من الريال المتعامل به الآن ثمن ريال ونصف الثمن وبقيته الأربعمائة هـ .

من الألفاظ ﴿ ما اعتاده الناس ﴾ نحو أن يسأله كيف تباع هذا فيقول كل رطل بكذا فيقول بعد ذلك زن لي بهذا الدرهم أو نحو ذلك ، فإنه متى وزن نفذ البيع وكذلك ما أشبهه من مكيل أو غيره إذا كان محقراً ولا يلزم البيع بمجرد قوله زن أو كل بعد ذكر الثمن بل لا يلزم إلا بعد الكيل أو الوزن إلا أن يجري عرف بذلك ، فلو قال زن بهذا الدرهم ولم يبين كم وزن أو قال زن رطلا ولم يبين بكم كان للمشتري الخيار ولو بعد الوزن .

﴿ واعلم ﴾ أن المحقر تلحقه الإجازة وتثبت فيه الشفعة والخيار ولا يلزم أن يكون ثمنه من الدراهم ويدخله الربى ولعله في غير المعاطاة من بيعه لأنه لا ربح في المعاطاة . قال في فتح الغفار وشرحه : « و » يكفى « في البيع الضمى إسماعيل » من الآخر كأعتق عبدك عن كفارتى فيساعد الآخر فيقول أعتقت فيلزم بذلك البيع لأن سؤاله متضمن للإيجاب وامتثال الآخر متضمن لقبول البيع والوكالة فكأنه قال بعه منى بكذا أو أعتقه عنى ، ومثله أن يقول مالك العبد أعتق أنا عبدى عن كفارتك فيقول الآخر أعتق أو نعم فإنه إذا أعتقه كان بيعاً ، فنعم قائم مقام قوله لعنتى عبدك عن كفارتى وقول مالك العبد أعتقت قائم مقام القبول للبيع والوكالة ، وكذا لو قال مالك العبد أعتق أنت عبدى عن كفارتك فقال أعتقت . قال في البيان : « ثم تجب قيمة ذلك للمالك على المكفر إن شرطت أو سكت عنها وإن شرط على ذلك قدر معلوماً أو شيئاً معيناً لزم وإن شرط عدم الموضع صح ولم يجب » .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٩٥ ﴾

واعلم أن البيع والشراء ﴿ يصحان من الأعمى ﴾ وسواء كان العمى طارئاً^(١) أو أصلياً فلو عاد إليه نظره فلا خيار له في الضياع وغيرها لأن الوصف قائم مقام الرؤية

(١) والمراد بالطارئ ما كان بعد معرفة المبيع والأصل خلافه اهـ .

ولكن يتضيق خياره عند حصول الوصف له في الضياع والدور ونحوها أو حصول اللبس في الثياب ونحوها أو الذوق في الطعومات أو الجس في الحيوانات ونحوها وهو الصحيح من المذهب فإن رده فوراً وإلا بطل خياره . ﴿ و ﴾ يصح البيع والشراء من ﴿ المصمت ﴾ وهو الذى اعتقل لسانه عن الكلام . ﴿ و ﴾ يصحان من ﴿ الآخرس ﴾ وهو الذى يجمع بين الصمم والمجمة ، والأعجم الذى يسمع ولا يتكلم فتصح عقودهم كلها بالكتابة و ﴿ بالإشارة ﴾ التى تفهم مراده فأما الإشارة من الصحيح فلا حكم لها ﴿ و ﴾ يصح منهم ﴿ كل عقد ^(١) إلا الأربعة ﴾ وهى الشهادة والإقرار بالزنا والقذف والرابع الإيلاء واللعان ، وقد جمعت نظماً :

شهادة ثم إقرار بفاحشة قذف لعان لزوجات وإيلاء
فالنطق فى هذه الأشياء معتبرٌ ليست كسائر ما يكفيه إيماء

ويلحق بها الظهار: أما الإفالة والكتابة للعبد والإقرار بالقتل فتصح من الآخرس كسائر الإنشاءات . ﴿ و ﴾ يصح البيع والشراء أيضاً ﴿ من مضطر ﴾ إليهما لقضاء دين أو لأجل أن يشتري شيئاً آخر وكذا لو طرد من بلدة فلم يتمكن من ماله فباعه ونحو ذلك من أوجه الضرورة فإنه يصح عقد المضطر ﴿ ولو غبن ﴾ غبنا ﴿ فاحشاً ﴾ فلو أن رجلاً فى يده مال لغيره يقر به سرّاً ويجحده علانية ولم يتمكن منه ذلك الغير فباعه صح البيع وكذا بيع المرأة التى لا تتمكن من بيع مالها لامتناع قرابتها فإذا باعته صح البيع ولو غبنت غبنا فاحشاً ﴿ إلا ﴾ أن يكون الاضطراب ﴿ للجوع ﴾ أو لمطش أو لحر أو لبرد أو لركوب مفازة أو لعرى بحيث يخشى على نفسه أو عضوه منه التلف

(٢) صوابه كل لإنشاء ليكون الاستنباء متصلاً لأن هذه ليست عقوداً فهو استثناء

منقطع اهـ .

(١) وقد جملا واحداً لكونهما عينا اهـ .

في الحال فإنه لا يصح بيعه^(١) حينئذ . ولا شراؤه إن غبن غبنا فاحشا وكذلك لا يصح البيع مع الغبن الفاحش لو خاف البائع تلف نفسه أو هلاك غيره ممن تلزمه نفقته أو سد رمقه إلا أن يجد المضطر في الليل من يشتري ذلك بقيمته صح البيع بالغبن الفاحش لو باعه به . والغبن الفاحش هو ما زاد على نصف عشر القيمة حال العقد أما لو باع المضطر طعامه أو شرابه فإنه يصح ولو خشي التلف ولكنه يأثم ، وكذلك باع ما لا يتم الواجب إلا به كاه الوضوء أو ثوب الصلاة فإنه يصح ويأثم مع ضيق الوقت .

﴿ و ﴾ يصح البيع والشراء ﴿ من المصادر ولو ﴾ باع ﴿ بتافه ﴾ وهو الشيء الحقيق الذي له قيمته كأن يبيع ما يسوى مائة بعشرة فهذا تافه بالنظر إلى المائة ، وقد فسر التافه في شرح ابن مفتح رحمه الله بما لا قيمة له وفيه نظر إذ المذكور في تفسير التافه أنه الذي له قيمة كما في الصحاح وغيره لأن ما لا قيمة له لا يصح أن يكون مبيعا ولا ثمتا ، والمصادر هو من أكره على تسليم مال ظلما فإذا باع ليسلم ما أزم بتسليمه صح البيع سواء باع من المصادر له أو من غيره وسواء كان قصد المصادر له أن يضطره إلى البيع أم لا فإنه يصح البيع لأنه لم يكره على البيع وإنما أكره على تسليم مال ظلما .

﴿ و ﴾ يصح التصرف بالبيع والشراء ﴿ من ﴾ الصبي المميز غير المأذون من وليه ويصح من العبد ﴿ غير المأذون ﴾ من ماله إذا كان أحدهما ﴿ وكيل ﴾ لغيره أو فضوليا عن الغير وتلقه إجازة من تصرف عنه وليكن ﴿ لا عهدة عليه ﴾ أى على غير المأذون في حقوق البيع بخلاف الوكيل صحيح التصرف فإن عهدة البيع عليه إذا لم يضاف كما سيأتى . ﴿ و ﴾ يصح البيع والشراء ﴿ بالسكتابة ﴾ من الصحيح ومن الأخرس

(١) والحيلة في صحة بيع المضطر أن يشبهه إذا كان حائما هو أو أولاده وزوجاته ثم

ويكونان صريحين في ذلك إذ لا كناية في المعاملات، وكذا بالرسالة ولو كانا في مجلس أو مجالس إذا حصل القبول في مجلس المرسل أو المكتوب إليه كما مر في النكاح .

﴿ ولا ﴾ يصح ﴿ أن يتولى الطرفين واحد ﴾ في البيع والشراء ، وكذا في كل عقد اشتمل على مالين من كلا الطرفين كالإجارة والهبة بموض مشروط والصلح بالمال ﴿ أو ما في حكمه ﴾ أى حكم الواحد وهو أن يوكل ولى الصغير وكيلًا يشتري منه مال الصغير أو يشتري للصغير من الولى فإن ذلك لا يصح لأن وكيل الولى قائم مقامه وسواء كان الولى هو الأب أو الجد أو الوصى أو الحاكم أو الإمام ولكن إذا أراد الولى أن يبيع إلى الصغير أو يشتري من مال الصغير لمصلحة فإنه يبيع إلى الغير ثم يشتري لنفسه أو للصغير منه بعد أن يقبضه الغير فلو امتنع المشتري من بيعه كان له استرداده إذ ثبت للولى الخيار لأن المبيع إليه على عوض ولم يحصل ، وللولى أن يشتري مال الصغير من الإمام أو الحاكم أو يبيع منه للصغير لأن لها الولاية فيما كان لا يصح من الولى ، وكذا للولى أن يأخذ ذلك من الضبي من باب الماطاة وتلقها بالإجازة كالبيع .

﴿ ١٩٦ ﴾ فصل

في بيان ما يلحق بعقد البيع والشراء ﴿ و ﴾ اعلم أنه ﴿ يلحق بالمقد ﴾ أمران وهما ﴿ الزيادة والنقص المعلومان ﴾ قدرهما حال العقد أو بعده. وتعلق الزيادة أو النقص في أحد أمور أربعة ﴿ في البيع والتمن والخيار والأجل مطلقاً ﴾ يعنى سواء كانت الزيادة أو النقص في أى الأربعة قبل قبض المبيع أو بعده في مجلس التعاقد أو بعده فإنه يصح .

﴿ أما الزيادة في البيع ﴾ فنحو أن يبيع منه عشر شاة بمائة درهم فلما تم العقد - سواء تفرقا أولاً - قال البائع قد زدتك هذه الشاة أو غيرها من جنس المبيع أو من غيره

قبل تلف المبيع أو بعده وسواء كانت الزيادة من المالك أو الوكيل المفوض أو الولي لمصلحة أو الفضولي وأجاز المالك البائع أو التولي، وسواء ذكرت للمشتري أو للغير وإذا ذكرت للمشتري ثبت لها حكم المبيع فيصح رد المبيع بالعيب الحاصل فيها لأن حكم الزيادة حكم الزيد في الرد بالخيارات والرجوع على البائع إذا استحققت للغير كما سيأتي، ولا تفتقر الزيادة إلى قبول بل يكفي فيها عدم الرد في المجلس . ﴿ وأما الزيادة في الثمن ﴾ فكان يقول المشتري بمدة انبرام العقد للبائع قد زدتك في الثمن هذه الدرامم فيستحقها البائع وتثبت لها أحكام الثمن وتلحقها الإجازة إن كانت من فضولي ﴿ وأما الزيادة في الخيار أو في تأجيل الثمن ﴾ فمثال ذلك أن يكون لأحدهما مدة معلومة فلما تم العقد أو انقضت المدة قال من إليه الخيار أو من إليه الأجل في الثمن قد زدتك شهراً أو نحو ذلك ، وقس النقص على الزيادة في البيع والثمن والخيار والأجل . وإذا ذكر شيء منها قبل العقد لزم إن جرى عرف لأن المتواطأ عليه كالمنطوق به حال العقد . ويمتبر في الزيادة والنقص أمور أربعة : أن تكون أيهما معلومة لا مجهولة ، وأن لا تقع بعد موت أحد المتعاقدين ، وأن لا يقتضى شيء منهما الربى ، والرابع أنهما تلحقهما الإجازة إن حصل من فضولي فأجاز من له الإجازة .

و ﴿ لا ﴾ تلحق ﴿ الزيادة ﴾ في الثمن ﴿ في حق الشفيع ﴾ ومثله الخيار والأجل كما سيأتي لأنه يلزم تعجيل الثمن المؤجل . والزيادة في الخيار نحو أن يكون الخيار للبائع ثم إن المشتري زاد له يوماً أو أكثر فإن الشفيع يشفع ولا عبرة بزيادة الخيار . وأما نقصانه فيصح لأنه تقريب لحقه ، وأما الزيادة في المبيع فإنها تلحق في حق الشفيع فيأخذ المبيع مع الزيادة على ما سيأتي تفصيله في كتاب الشفعة إن شاء الله تعالى . وأما النقصان في المبيع فإن كان قبل طلب الشفعة صح وأخذ الباقي بمحضته . وإن كان بعد الطلب لم يصح .

﴿ و ﴾ إذا اشترى شيئاً وأجل تسليم ثمنه وأطلق ابتداء الأجل فيكون ﴿ أول مطلق الأجل وقت القبض ﴾ فلو قال بعت منك وأجلك بالثمن شهراً فإن أول الشهر يكون من يوم القبض للبيع إن لم يريد أن ابتداءه من وقت البيع ولا جرى به عرف، فإن أراد أنه من وقت البيع أو جرى عرف كان من وقت البيع، وكذا لو كان المبيع في يد المشتري قبضاً كان من يوم البيع، وهذا كله إذا كان العقد صحيحاً لا فاسداً فلا يصح التأجيل . وأما الخيار فأول مطلقه من وقت الجدل، فلو قال بعت منك ذلك الخيار شهراً كان أوله من يوم جعل الخيار .

﴿ ١٩٧ ﴾ (فصل)

في أحكام المبيع والثن والفرق بينهما : ﴿ و ﴾ اعلم أن المبيع يخالف الثمن في ستة أحكام . ﴿ الأول ﴾ أن ﴿ المبيع ﴾ يجب أن ﴿ يتعين فلا يصح ﴾ أن يكون ﴿ معدوماً ﴾ حال العقد وإذا تعين وجب تسليمه بعينه فلو باع شيئاً معدوماً في ملكه كان البيع فاسداً ﴿ إلا ﴾ في صورتين : « الأولى » ﴿ في السلم ﴾ لأن من شرط المسلم فيه أن يكون معدوماً في ملك البائع كما سيأتي تفصيله في بابه « والثانية » ﴿ أو ﴾ كان المبيع معدوماً لازماً ﴿ في ذمة مشتريه ﴾ نحو أن يهر زوجته عبداً في ذمته فإنه يصح أن يشتريه ولو كان معدوماً ويشترط في صحة بيع مافي الذمة أن يقبض الثمن في المجلس وأن يكون البيع ممن هو في ذمته ولو بال ضمان وأن لا يكون من ثمن صرف أو سلم . ﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثاني ﴾ أنه ﴿ لا ﴾ يصح أن ﴿ يتصرف ﴾ المشتري ببيع أو هبة أو إجارة أو نحوهما ﴿ فيه ﴾ أي في المبيع ﴿ قبل قبضه ﴾ ما لم يكن التصرف استهلاكاً كالعتق ونحوه والوقف ونحوه وذبح الهيمة وكسر الإناء ونحو ذلك فيصح وسيأتي تفصيله . والتصرف بغير الاستهلاك يجوز ولا يصح إلا في السلم والصرف

فلا يجوز ولا يصح . اما فوائد البيع فيجوز التصرف فيها قبل قبضها .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثالث ﴾ أنه ﴿ يبطل البيع بتلفه ﴾ فإذا تلف المبيع حساً لا حكماً بغير فعل المشتري وكان تلفه قبل القبض بطل البيع ، فإن تلف بعض المبيع بطل البيع في التالف ، والمشتري الخيار في الباقي : إما الفسخ أو يأخذه بمحضته من الثمن ، أما لو تلف المبيع حكماً فلا يبطل كما لو ذبح البقرة فهي باقية في ملك المشتري ويلزم البائع الأرض ما بين القيمتين إن لم يختَر المشتري الفسخ .

﴿ واعلم ﴾ أن التلف رافع لملك المشتري فيرجع الملك للأول لا أنه كاشف عن ملكه ، فلوأعتق البائع العبد المبيع بعد البيع ثم قتل قبل القبض استحق البائع القيمة من القاتل ولا حكم لإعتاقه وكذا سائر تصرفاته .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الرابع ﴾ أنه يبطل البيع بـ ﴿ استحقاقه ﴾ أى المبيع للغير ولم يجز البيع من هوله فلو جاز صح إذ هو قبل الاجازة موقوف مثاله أن يشتري سيفاً أو نحوه فينكشف أنه ملك لغير البائع فيبطل البيع إلا أن يجزى المالك فيصح .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الخامس ﴾ أنه ﴿ يفسخ معيبه ﴾ إذا انكشف ان فيه عيباً وكذا يثبت فيه سائر الخيارات .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم السادس ﴾ أنه مهما استحق أو فسخ فإنه ﴿ لا يبدل ﴾ بغيره ويسلم إلى المشتري بل يرد إليه الثمن ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من المسلم فيه لو استحق أو فسخ بسبب فإنه يبدل . .

﴿ و ﴾ ﴿ أحكام ﴾ ﴿ الثمن ﴾ ليس كالبيع في هذه الأحكام بل ﴿ عكسه ﴾ في ذلك ﴾ يعنى عكس أحكام المبيع التي مرت فيصح الشراء ولو كان الثمن معدوماً في ملك المشتري ويصح التصرف فيه قبل قبضه مالم يمين ، ولا يبطل العقد بتلفه قبل التسليم حيث عين وهو نقد لا مثلي فهو مبيع ، وإذا كان الثمن من النقود وعين ثمناً (التاج المذهب - ٢١ - ن)

ثم وهبه البائع للمشتري قبل القبض أو قبضه بغير إذن المشتري فلا تصح المبة إلا بعد القبض ولا يصح القبض إلا بإذن المشتري .

وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من ثمن الصرف وثنى المسلم فيه فإن له من أحكام المبيع أنه لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه لأن من شرط صحته القبض قبل التفرق .

﴿ فرع ﴾ وإذا بيع النقد بالنقد فله من أحكام المبيع أنه لا يصح التصرف فيه قبل قبضه، وباقى أحكامه من أحكام الثمن ، ولا يضر كونها معدومين جال العقد ولكن لابد من التقابض قبل التفرق .

﴿ ومن أحكام الثمن ﴾ إذا كان نقداً وهو دين في ذمة الغير واشترى به صاحبه شيئاً من غير من هو عليه صح ، وهذا بخلاف ما إذا كان مثلياً أو عرضاً في الذمة فإنه لا يصح .

﴿ ومن أحكام الثمن ﴾ أن يصح أن يكون منفعة معلومة كخدمة أو سكنى دار فيثبت للمبيع حكمه والمنفعة حكم الاجارة لأن الاجارة تصح بلفظ البيع إذا وقع العقد على منفعة .

﴿ ومن أحكام الثمن ﴾ أنه يصح أن يكون في ذمة المشتري غير مقبوض قبل التفرق ، ولكن إن كان نقداً فطلقاً إلا في السلم والصرف فلا بد من القبض قبل التفرق وإن كان مثلياً فيشترط أن يكون المبيع قيمياً أو مثلياً يجوز فيهما النساء كحكيل بموزون أو العكس لا مكيلاً بمكيل ولا موزوناً بموزون لأنه لا يجوز نساء .

﴿ بيان ما يكون مبيعاً وما يكون ثمناً من الأشياء ﴾ إذا قابل بعضها بمضا في التباع : ﴿ و ﴾ اعلم أن ﴿ القيمي ﴾ من الأراضى والدور ونحوها لا يكون إلا مبيعاً مطلقاً سواء عين أم لا ولو قابل بمضه بمضا فله حكم المبيع لا حكم الثمن ، فلا يصح أن يكون في الذمة إلا في السلم أو إذا كان ديناً على المشتري من قبل الشراء وكان من غير السلم . . ﴿ والقيمي ﴾ هو ما اختلفت أجزاؤه وكثر التفاوت

فيه وليس له مثل في الصورة ولا مقدار يقدر به .

﴿والمثل﴾ حقيقته عكس القيمي : فهو ما اتفقت أجزاءه وقل التفاوت فيه وله مثل في الصورة وضبط بمكيال أو ميزان لا بعمد . « واعلم » أن القيمي يثبت في الذمة في أربعة عشر موضعا وهي :

مهرٌ وخلعٌ وإقرارٌ وتركيةٌ هدىٌ وأضحيةٌ كفارةٌ سلمٌ
وصيةٌ ثم نذرٌ موجبٌ ذيةٌ كتابةٌ وجزالةٌ لازمٌ ودمٌ

ففيما ذكر ثبت القيمي في الذمة ، أما لو باع أو اشترى أو وهب أو أجر أو تصدق بقيمي لا يملكه في الحال فإنه لا يثبت في الذمة ولا يصح لكونه قيما غير موجود .

قال الإمام عليه السلام ﴿و﴾ كذلك ﴿المسلم فيه مبيع أبدا﴾ سواء كان مثليا أو قيما مما يصح السلم فيه فإنه مبيع ولو تقدأ بشرط أن لا يكون ثمنه من النقدين ولا موزونا فإنه يكون مبيعا ، أما لو كان ثمنه من النقدين فلا يصح السلم فيه .

﴿و﴾ كذلك ﴿المثل﴾ يكون مبيعا إن كان ﴿غير النقد﴾ وهو المكيل والموزون وسبائك الذهب والفضة إذا كانت غير مغشوشة ولكن لا يكون مبيعا إلا بأحد أمرين : ﴿الأول﴾ ﴿إن عين ذلك﴾ المثل كان يقول بت منى هذا الطعام أو

ذلك الطعام بهذه السلعة أو بكذا مكالا أو رطلا فإنه يكون مبيعا مع التمين وكذا مافى الذمة منه فإنه كالمعين فيكون مبيعا ، ولكن لابد من قبض الثمن قبل الافتراق لثلا يكون من يبيع الكالي بالكالي . ﴿الأمر الثاني﴾ ﴿أو قوبل﴾ ذلك المثل

﴿بالنقد﴾ فإنه يكون مبيعا كبت منك هذا الطعام بكذا دراهم ، وكذا لو كان في ذمته عشرة أصوع شعيرا فيقضى الغريم بها عشرة دراهم فإن مافى الذمة يكون مبيعا ولكن لابد أن تقبض الدراهم قبل الافتراق . ﴿وأ﴾ ن ﴿لا﴾ يعين المثل ولا قابله

تقدأ ﴿فتمن أبدا﴾ يعنى في جميع الحالات نحو بت منى هذا الثوب بعشرة أصوع برا فإن البر ثمن ، وكذا لو كان مكان الثوب عشرة أرتال عسلا أو سمنا وكذا

لو كان مكانه عشرة أصوع شعيراً مشاراً إليها أو غير مشار إليها مع وجودها في الملك ولكن لا بد من القبض قبل الافتراق ﴿كالنقدين﴾ أى كما أن النقدين ثمن أبداً أى في جميع الصور فإن المثل حيث لم يمين ولا قبول بنقد يكون مثل النقدين ثمناً أبداً .

﴿والحاصل﴾ أن الدراهم والدنانير أثمان بكل حال إلا أن تكون مسلماً فيها فبيع، والقيمى مبيع على كل حال وإن قابل بعضه بعضاً ، وأما المثل فإما أن يكون معيناً أولاً، فإن كان معيناً فهو مبيع سواء قابله قيمى أم مثلى أم نقد^(١) وإن لم يكن معيناً فإن كان ديناً في الماضى أو في المستقبل وقابله نقد فهو مبيع، وإن قابله مثلى أو قيمى فثمن .

(فصل)

(١٩٨)

في بيان من تجوز معاملته بيعاً وشراء وتأخيراً، وما يجوز بيعه مما يقع فيه بعض إشكال كبيع الهر والفهد إذا كان فيهما أى تقع :

﴿و﴾ اعلم أنه ﴿يجوز معاملة الظالم﴾ وهو من يأخذ أموال الناس ظلماً، ونحو الظالم وهو من ملك شيئاً من وجه محظور كالبنى وأهل الارتشاء فيجوز معاملتهم مطلقاً أى سواء كانت المعاملة ﴿بيعاً وشراء﴾ أم غيرها من المعاملات . وإعما يجوز ذلك ﴿فيما لم يظن تحريمه﴾ من منسوب أو غيره، فأما فيما علم أو ظن أنه في يده حرام فإنه لا يجوز أن يامل فيه بلا إشكال إلا إذا كان مالك المنسوب غير معين والمشتري ممن يجوز له الصرف من بيت المال فإنه يجوز له التوصل بالشراء وغيره . ولا إشكال أيضاً في جواز معاملته فيما علم أو ظن أنه حلال، وكذا لو التبس ما في يد

(١) وما في التمة كاليمين أه .

الظالم هل هو حلال أم حرام فإنها تجوز معاملته ، وكذلك لو التبس الشخص الظالم بين قوم ولو منحصرين فإن المعاملة جائزة .

﴿ و ﴾ تجوز معاملة ﴿ العبد و ﴾ الصبي ﴿ المميز ^(١) ﴾ بيماً وشراء منهما ﴿ فيما لم يظن ﴾ المعامل لهما ﴿ حجرهما ﴾ ولو لم يظن إذئهما إذ العبرة في جواز معاملتهما عدم ظن الحجر لا العادة والعرف فهما ظن حجرهما لم يميز أن ياملهما إلا على أن يكون العقد موقوفاً على إجازة المولى أو الولي . ﴿ وهو بالحظر ﴾ بمعنى أنه إذا انكشف أن ما باعه الظالم أو اشتراه ملك فلان لم ينفذ العقد بل يكون موقوفاً على إجازة المالك ، وكذلك لو انكشف حجر العبد أو المميز بقي العقد موقوفاً على إجازة المولى أو الولي .

﴿ و ﴾ يجوز أيضاً معاملة ﴿ ولي مال الصغير ﴾ وولي المسجد والمجنون والوقف فيما تولاه بيماً وشراء ﴿ إن فعل ﴾ ذلك ﴿ لمصلحة ﴾ الصغير ونحوه اما لغير مصلحة فلا ينفذ العقد ، وإن التبس الحال فسيأتي تفصيل ذلك ، والمصلحة نحو أن يبيع المال لـ بن أو وصية أو لخشية الفساد أو لبطلان المنفعة أو لحقارته ليشترى أنفع منه ، ويقدم من المال الأصلح يبعه وإذا قصر في تحري المصلحة ضمن ، وإن لم يقصر فلا ضمان عليه إلا إذا أنفق المال على الصغير وهو مستغرق بدين مورثه فإنه يضمن مطلقاً إذا لم يكن للصغير مال آخر فإن كان له فلا يضمن .

﴿ و ﴾ ولي مال الصغير ﴿ هو أبوه ﴾ الحر العدل فلا ولاية لأحد مع وجوده ﴿ ثم ﴾ إن عدم الأب كان الولي ﴿ وصيه ﴾ أي وصي الأب إن كان حراً عدلاً ولو أنثى فلا ولاية لغيره مع وجوده . ﴿ ثم جده ﴾ يعني جد الصغير وإن علا ﴿ ثم ﴾ وصيه ﴿ أي وصي الجد ، والجد ووصيه أولى من وصي الأب ، وهذا أولى من وصي وصي الجد ﴾ ثم الإمام أو الحاكم ومنصوبهما ﴿ يعني من نصبه الإمام

(١) تقدمت حقيقته بهامش آخر فصل ١١٧ اهـ

أو الحاكم على مال الصغير فهو أولى من غيره من المسلمين ولكنه متول عنهما فيتمزل بموتهما أو عزلهما، ثم إذا لم يوجد أحد من هؤلاء فالى من صلح من المسلمين مع العدالة وحسن التصرف . فهوؤلاء هم أولياء مال الصغير على هذا الترتيب ، فلا ولاية للآخر مع وجود من قبله . أما الأم فلا ولاية لها إلا إذا كانت مرشدة من جهة الصلاحية أى من صلح لشيء فعمله مع عدم وجود الإمام والحاكم فهى مثل سائر المسلمين .

﴿ والقول له فى مصلحة الشراء ﴾ أى القول قول الولى فى أن الحظ للصبي فى الشراء فلا يحتاج البائع منه أن يبحث عن المصلحة للصبي فى الشراء إذا كان الشراء بنقد أو منقول وكان الولى غير مؤجر فى الشراء ﴿ و ﴾ كذلك القول قول الولى أن الحظ للصبي فى ﴿ بيع ﴾ ما هو ﴿ سريع الفساد ﴾ كاللحم والفاكهة وما أشبههما مما يفسد قبل بلوغ الصبي، ولو كان غير منقول فلا يحتاج المشتري أن يبحث عن المصلحة للصبي لأن القول قول الولى فى بيع ذلك لا فى شرائه .

﴿ و ﴾ كذلك القول قول الولى فى بيع ﴿ المنقول ﴾ كالثياب والحيوان ونحوهما من المنقولات ، فلا يحتاج المشتري إلى البحث عن المصلحة للصبي فى بيع ذلك لأن الظاهر المصلحة فى ذلك ، فهذه الأمور تجوز مع اللبس من غير بحث إلا إذا غلب الظن فى عدم المصلحة للصبي وجب البحث حينئذ . وأما ماعدا ذلك مع اللبس فالظاهر عدم الصلاح فى جميع الأولياء لا فرق بين الأب وغيره والإمام وحاكمه فيكون القول قول الصبي بعد بلوغه إذا أنكر المصلحة ، والبينة على المشتري واليمين على الصغير البالغ أنه لا يعلم ولا يظن المصلحة ، وكذلك لو بلغ وأنكر البيع .

﴿ و ﴾ القول قول الولى ﴿ فى الإنفاق ﴾ ^(١) أى فى أنه قد أنفق على الصبي ماله إذا كان فى وقت يمكن فيه إنفاقه عادة ويختلف ذلك باختلاف قلته وكثرته ، وكذا لو ادعى أنه أنفق على الصبي من مال نفسه بنية القرض له فالقول قوله قبل بلوغ

(١) إذا كان الإنفاق من المنقول ولا فعلية البينة اهـ .

الصبي أما بعد^(١) البلوغ فعليه البيعة . ﴿و﴾ أيضاً القول قوله في أنه قد وقع ﴿التسليم﴾ إلى الصبي بعد بلوغه ، وإذا ادعى الصبي خلاف ذلك فعليه البيعة على إقرار الولي لأن الشهادة على النفي لا تصح .

﴿واعلم﴾ أنه لا يكون القول قول الولي إلا إذا كانت عمله بغير الأجرة على الوصاية لأنه أمين وحيث يكون بالأجرة فعليه البيعة .

﴿ولا يجوز﴾ الشراء ﴿وسائر التصرفات كالمدينة والصدقة والنذر ونحو ذلك﴾ من وارث ﴿لميت أو لغائب مع مضي عمره الطبيعي﴾ مستغرق ماله بالدين فلا يجوز الشراء ونحوه منه حيث ﴿باع﴾ التركة ﴿لا للقضاء﴾ عن الميت ، فإن كان للقضاء جاز وصح^(٢) فلو تلف الثمن قبل قبض الغرماء له بلا جناية منه ولا تفریط فلا ضمان عليه وإلا ضمن . ولا يصح بيعه للقضاء إلا حيث لا وصي أو كان ثم وصي وقد تراخى وإلا فالولاية إلى الوصي . وإذا كانت التركة مستغرقة بالدين فليس للوارث أن ينتفع بها على وجه الاستهلاك لها ويجوز له على وجه لا ينقص من قيمتها كزراع الأرض إلا إذا كان الدين أكثر من التركة ضمن الوارث قيمة المنفعة للغرماء . أما لو باع ذلك الوارث لا للقضاء فلا يجوز الشراء منه ويعصى المشتري بقبض البيع منه . ﴿و﴾ يكون ذلك العقد موقوفاً ﴿ينفذ بالإيفاء أو الإبراء﴾ من الغرماء للميت لا للورثة فإذا قضاهم الوارث أو أبرأوا الميت من دينهم نفذ البيع وإلا لزم المشتري رده ولا ينفذ العقد بالإجازة من الغرماء ، وهذا بخلاف الحجر كما سيأتي ، وهذه المسئلة مبنية على أن الوارث ليس بمخليفة للميت وهو المختار بمعنى أنه لا ينتقل دين الميت ، إلى ذمته ولا يملك التركة إلا بعد تخليص أهل الدين أو إبرائهم ، ولكن يكون له ملك ضعيف ولذلك ينفذ تصرفه بالإيفاء أو الإبراء أو يبرأ الغاصب أيضاً بمجرد الرد إلى الورثة .

(١) قيل ويكون الدعي عليه الحاكم أو الإمام لأن مالا يصح أن يتولاه بنفسه يتولاه الحاكم أو الإمام كما قالوا إن له أن يشتري مال الصغير من الحاكم أو الإمام كما يهدم اهـ .
(٢) والقول قوله في أن البيع للقضاء اهـ .

أما ما كان زائداً على الدين فيكون خليفة للميت فيه، ولكن يشترط في نفوذ تصرفه في الزائد قضاء الدين .

﴿مسئلة﴾ لو كان ربع التركة مستغرقاً بالدين فباع الوارث ربعاً ثم ربعاً ثم ربعاً ثم أنه تلف الربع الرابع بطل البيع في آخر صفقة لتعلق الحق للفرماء بها بمقد بيع الربعين الأولين، فإن التبتت الأخيرة كان كالتباس الأملاك: للفرماء ثلث والمشتري ثلثان .

﴿فائدة﴾ فلو مات عن ابنين وعليه دين ، ثم مات أحد الابنين عن ابن ، ثم إن من له الدين أبرأ كان الإبراء للميت وتكون التركة بين الابن وابن الابن نصقين وهذا مبني على أن للوارث ملك ضعيف كما هو الصحيح .

﴿و﴾ ﴿أما ما يجوز بيعه﴾ فاعلم أن ﴿بيع كل ذي نفع﴾ في الحال أو في المال ﴿حلال جائز﴾ وذلك نحو دود القرض ويضه وما أشبهه مما فيه منفعة حلال كالقرد ، وكذلك البيدان والتباب والنحل بعد موتها بغير فعله لتكون لفراخ الدجاج . وقوله ذي نفع إشارة إلى ما لا نفع فيه كالحمر الوحشى والخفاش^(١) والعقارب والحيات والفيران ، فهذه لا يجوز بيعها ولا يصح لعدم النفعة، وأيضاً لا يجوز ولا يصح بيع ما يقتل قليله وكثيره كالسم ونحوه إذا كان لا يستعمل إلا للقتل وليس له فائدة . وأما ما يقتل كثيره ولا يقتل قليله كالزعفران فيجوز بيعه . وقوله حلال يحترز مما منفعته غير حلال كالزمامير والأدفاف وما أشبهها فلا يجوز بيعها ، ويجوز بيع الطيور ولو للتلفد بأصواتها كالقمرى والمزار ، أو بصورتها كالطاووس .. ومهما كان الشيء ذا نفع حلال جاز بيعه ﴿ولو﴾ بيع ﴿إلى مستعمله في موصية﴾ إن لم يقصد بيعه للموصية، وذلك نحو أن يبيع العنب إلى من يتخذ خمرأ ، والخشب إلى من يصنعها مزامير

(١) بتشديد الفاء واسمه بلسان العرف « الزرط » وأبو خفيفان اهـ .

وما أشبه ذلك لكن ذلك مكروه ، أما لو قصد بيعه للمصيبة كان محظوراً ولكن يصح البيع . ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من بيع السلاح والكراع ^(١) والطعام والبارود والرصاص ونحو ذلك ولو من الجهة الاقتصادية إذاً هو أضر فإنه لا يجوز بيعه إلى من يستعمله في حرب المسلمين أو مضرته من كافر أو باغ أو نحوهما ، كقطع الطريق ولا إلى من يبيعه ممن يضر المسلمين لأنه متمتع في سبب السبب ، إلا أن يبيعه بأفضل منه من جنسه أو من غير جنسه كآلة الحرب ﴿ وحاصل الكلام ﴾ في ذلك أن شراء السلاح والكراع من الكفار ونحوهم جائز إذا عوض بغيره أو بأدنى منه . وأما بيع ذلك أو غيره منهم فإن كان لا مضرّة على المسلمين جاز أيضاً وإن كان ثم مضرّة ولو من الجهة الاقتصادية أو غيرها فلا يجوز ولكنه يصح سواء قصد نفع نفسه أم لا . ﴿ أو ﴾ بيع إلى من يستعمله في أمر ﴿ واجب كالصحف ﴾ وكتب الحديث من المسلم ونحو ذلك كإلاء لمن يتوضأ والثوب لمن يصلي فإنه يصح بيعه ويجوز ، ولكن في المصحف ونحوه يكون العقد متناولاً للجلد والورق . ولا يجوز بيع المصحف ونحوه من الكافر لأنه لا يرى حرمة .

﴿ واعلم ﴾ أنه يرد من المصاحف والكتب بالغلط الزائد على المتاد وهو ما ينقص القيمة ويعمل فيه بقول عدلين أنه ينقص القيمة لأن الكتابة صفة مقصودة ، وكذا لو كان المداد فيها يتقشف أو يلصق بمضه ييمض فإنها ترد لأن ذلك عيب إذا نقصت به القيمة . ﴿ و ﴾ يصح بيع الشيء ﴿ من ذى اليد ﴾ الثابتة عليه كالستير والوديع والمستأجر والمرتهن والناصب . ﴿ ولا تكون ﴾ اليد الأولى ﴿ قبضاً ﴾ فلا تكفى في صحته قبضه بل لا بد من تجديد القبض بعد البيع بغير التخلية فالمنقول وغيره بالتصرف فيه فلو تلف المبيع قبل القبض لم يضمّنه الذى هو في يده وهو المشتري لأنه قد صار

(١) اسم يطلق على الخيل والبغال والحمير . وأوضح من هذا بهامش آخر فصل ٦٣ ٨١ .

في يده أمانة بنفس العقد (إلا في) الشيء (المضمون) عليه بالتضمنين لا بالتعدي كالعمارية المضمونة والمستأجر المضمون والرهن إذا كان صحيحاً فإن ثبوت اليد عليها كاف في صحة قبضه، فإذا تلف فهو من مال المشتري لا الأمانة فإنها تحتاج إلى تجديد قبض (غالباً) احترازاً من المصوب والمسروق إذا بيع من الفاسد والسارق فإنه وإن كانا مضمونين لكنه بالتعدي لا بالتضمنين فيحتاج المشتري إلى تجديد قبض، وإذا تلف المبيع قبل القبض فالحقار أنه يتلف من مال البائع ولا يضمنه المشتري لأنه قد صار في يده أمانة بنفس العقد فلا يعود فصلاً بعد الأمانة من غير موجب لذلك .

(و) يصح بيع شيء (مؤجر) من المستأجر وغيره (ولا تنفسخ) الإجارة ببيعه بل يستوفى المستأجر مدته ثم يسلمه سواء كانت الإجارة صحيحة أم فاسدة (إلا) أن الإجارة تنفسخ في ثلاث صور :

(أ) إحداها (أن يباع عذر) فهو أن يحتاج إلى البيع أو إلى بمضيه ولم يجد غيره إلا ما يستثنى الفلاس، فإذا احتاج إلى نفقة له أو لمن يلزمه نفقته كأبويه وأولاده وزوجته أو كسوة أو دين أو ما أشبه ذلك فإن الإجارة حينئذ تنفسخ بنفس العقد ولو رضى المشتري ببقاء عقد الإجارة ولا يحتاج الفسخ إلى حضور المستأجر .

(ب) الصورة الثانية (قوله أو يبيعه) من المستأجر ولو لغير عذر، فإن الإجارة تنفسخ لتناق الأحكام ما لم يستثن البائع النافع مدة الإجارة أو أكثر .

(ج) الصورة الثالثة (قوله أو) يبيعه من غير المستأجر ولو لغير عذر أيضاً ثم يحجز المستأجر البيع فإن الإجارة تنفسخ (بإجازته) وكذلك لو أذن أو سلم المبيع إلى المشتري ولو جاهلاً إذا تقدم العقد لأن عقد البيع فسخ للإجارة من جهة البائع وإجازة المستأجر تكميل للفسخ أما لو باعه واستثنى النافع مهلة الإجارة لم تنفسخ الإجارة .

﴿ و ﴾ إذا باع العين المؤجرة على وجه لا تنفسخ الإجارة كما تقدم فإن ﴿ الأجرة ﴾ حيث لم يستثنها البائع تكون ﴿ للمشتري من ﴾ يوم ﴿ العقد ﴾ في الصحيح، وفي الفاسد من يوم القبض ^(١) لأن المشتري قد ملك الرقبة والمنفعة، والأجرة هي المساءة، وسواء كان البائع قد قبض الأجرة أم لا لكن ولاية قبضها إلى البائع لأن الإجارة تتعلق به لشبهه بالوكيل غير المضيف وقبض الأجرة من الحقوق، ولا يقال إن الحقوق لا تتعلق بالوكيل إلا بعد القبض لأنه باع وهو مالك .. ومن هنا أخذ المعنى ^(٢) إذا باع المالك الأرض وللمستأجر فيها غرامة فإنه يطالبه البائع ولا يرجع البائع على المشتري بما سلمه لصاحب المعنى، ولصاحب المعنى حبس الأرض ونحوها حتى يستوفي ماله من الغرامة .

﴿ فرع ﴾ فلو أبرأ البائع المستأجر من الأجرة فإن البراءة بمنزلة القبض فيلزمه أن يسلم للمشتري القسط من يوم العقد في الصحيح ومن يوم القبض في الفاسد .
﴿ واعلم ﴾ أن الإجارة حيث لا تنفسخ عيب في المبيع فيثبت للمشتري الخيار إن جهلها عند الشراء لا لو علم أن المبيع مؤجر فلا خيار له إذا عرف مدة الإجارة وقدر الأجرة، وإن جهلها أو جهل المدة فله الخيار وإن عرف المدة وجهل قدر الأجرة فلا خيار له أيضاً إلا أن يجحد في الأجرة غبنًا فاحشًا أو كانت الأجرة من غير التقدين فله الخيار أيضاً إن لم يجز التعامل بذلك وإن جرى التعامل فلا خيار له .

﴿ و ﴾ يصح أيضاً بيع ﴿ مجهول العين ﴾ إذا كان ﴿ غير آ فيه ﴾ لأحدهما . و لشخص غيرهما معيناً ﴿ بمدة معلومة ﴾ وصورة ذلك أن يقول اشتريت مني شاة من غنمي أو ثوباً من أثوابي أو داراً من دورى على أن تختار أيها شئت في ثلاثة أيام أو نحو ذلك، فإنه يصح البيع إذا كان البيع موجوداً في الملك ولكن يكلف التمين بعد المدة، أما إذا كان المبيع مجهول الجنس كشئ أو عشرة أصوع أو لم يذكر خيار أو

(١) وتكون الأجرة للشفيع من يوم الحكم أو التسليم طوعاً كما سيأتي اه .

(٢) المراد بالغرامة المستأجر اه .

ذكر الخيار لها أو لغيرها غير معين ، أو كانت المدة غير معلومة فإن البيع لا يصح ويكون فاسداً لأنه يؤدي إلى التشاجر . وهذا في ذوات القيم لاختلافها ، أما ذوات الأمثال نحو بيع مد أو رطل من شيء معين . وهو لا يختلف فإنه يصح ولو لم يذكر خيار لأن أجزائه مستوية فلا يفضى إلى التشاجر .

﴿ و ﴾ يصح بيع ﴿ ميراث ﴾ « أو غير ميراث ^(١) » وهو المشتري أو المتهب ونحوهما « قبل قبضه وقبل العلم بتفاصيله إذا ﴿ علم جنساً ونصيياً ﴾ ولو لم يذكر حال العقد لأن المعتبر عليهما معاً أو البائع ، ويثبت خيار معرفة مقدار المبيع للمشتري كما في بيع الجزاف ، أما لو جهلا معاً أو البائع فسد العقد فلو علما الجنس والنصيب وجهلا قدر كيله أو وزنه أو عدده صح البيع . مثال ما إذا علم الجنس والنصيب أن أن له ثلث التركة مثلاً وللميت غنم وبقر ، فيقول البائع بمت منك نصيب في الغنم بكذا أو نصيب في البقر بكذا فإن هذا البيع يصح ولو لم يعلم ولا أحدهم كمية الغنم أو البقر ، وكذا لو كان الوارث واحداً فإنه يصح وهذا فيما لا يحتاج إلى تجديد قبض وأما فيما يحتاج كأن يشتري ويموت فلا يصح بيع الورثة حتى يقبضوا ذلك بعد إعادة كيله فيما اشتراه مكايلة .. أما إذا لم يعلم الجنس ولا النصيب نحو أن يعلم أن الميت خلف مائة شيء ولم يعلم ممتلك الأشياء ولا علم كم نصيبه في الميراث أو جهل النصيب وعرف الجنس نحو أن يعلم أن التركة مائة شاة ولا يعلم كم نصيبه فيها فإن البيع في هذه الصور كلها لا يصح ، وسواء كان الجهل بسبب جهل الورثة أو جهل كيفية التوريث وسيأتي في الهبة نظير ذلك .

﴿ و ﴾ إذا علم الجنس والنصيب صح بيع ﴿ نصيب من زرع قد استحصد ﴾ أي قد آن حصاده ومن ثمر قد استوى صلاحه فيصح بيعه مشاعاً من الشريك أو

(١) قرره للمذهب ابن مفلح في يانته والفتية حسين الدويد في شرحه على الأزهار اه .

من غيره ، وكذلك الزهور وسائر البقول والخضراوات من القث^(١) وغيره ﴿وا﴾ ن
﴿لا﴾ يكن قد آن حصاده ونحوه بل قبله ﴿فن الشريك﴾ يصح بيعه ﴿فقط﴾
فإن باعه قبل الحصاد من غير الشريك توقف نفوذ العقد على رضی الشريك، فإن لم
يرض الشريك كان العقد فاسداً لأنه لا يباع إلا لأجل القطع وفيه ضرر على الشريك
ولا يصح بقاؤه إلى عند القسمة لأن القسمة لا تكون إلا عند الحصاد، فإن لم يفسخ
العقد حتى استوى الثمر وأدرك الزرع انقلب البيع صحيحاً، فلو باع الشريك صح لأنه
قد رضی بإدخال الضرر على نفسه . وكذا يصح إذا كانت الأرض للمشتري . وصورة
ذلك أن يعير أو يؤجر أرضه من شخصين للزراعة فزرعاها ثم باع أحدهما حصته من
الزراعة من مالك الأرض . أو اشترط المشتري البقاء مدة معلومة أو جرى العرف بالبقاء
مدة معلومة وكذا إذا لم يكن للبائع شريك وباع بعض زرعه فإنه يصح لأنه قد رضی
بإدخال ضرر القطع على بقية زرعه .

﴿ قيل ﴾ والقائل الفقيه يوسف . وقوله خلاف الصحيح للمذهب ﴿و﴾ يصح بيع
كل ﴿كامن بدل فرعه عليه﴾ كالبقول^(٢) والثوم والبصل والجزر في منابتها إذا بلغت
مدة الانتفاع بها والصحيح للمذهب أنه لا يصح بيع ذلك سواء بيع مع الأرض أم
وحده للجهالة الحاصلة فيه لأن المقصود منه مستور فلم يعلم مقداره ، وهذا بخلاف
الجوز واللوز فيصح لجرى عادة المسلمين بالتعامل فيه ولأن المقصود منه غير مستور
في الأرض .

﴿ و ﴾ يصح ﴿بيع﴾ شيء ﴿ملصق﴾ بغيره ﴿كالفص^(٣)﴾ من الخاتم ﴿ونحوه﴾
الخشبة من السقف والحجر من البنيان ونحو ذلك ﴿وإن تضرراً﴾ يعني الملصق والملصق به

(١) وهو المعروف بالقثب اء .

(٢) وهو المعروف بالقبول اء .

(٣) بثلب الفاء كما في القاموس اء .

ضرراً ينقص القيمة فإن ذلك لا يمنع من صحة البيع ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من بيع الصوف من جلد الحى فإنه لا يصح بيع ذلك ونحوه كالجلد من الحيوان ﴿ ويختبران ﴾ يعنى البائع والمشتري فيما يصح بيعه ﴿ قبل الفصل ﴾ خيار تمذر التسليم للمشتري وخيار الضرر للبائع، فإن فصل بطل هذا الخيار ويبقى للمشتري خيار الرؤية والعيب . قال العلامة حسن بن محمد الشيبى « ما لم يكن العيب بالفصل وكان الفاصل المشتري بغير أمر البائع أو بأمره ولم يفعل المعتاد » ومثونة الفصل على البائع لأنه من تمام التسليم .

﴿ و ﴾ يصح بيع ﴿ الصبرة ^(١) ﴾ وهى الجملة ﴿ من ﴾ شئ ﴿ مقدراً كيلاً ﴾ ويعتبران يكون بمكيال وكيل لا يختلف فيكون الكيل بالرسل أو المسح الذى لا يختلف فلو شرط الرزم أو كان عرفاً ففسد البيع إلا أن يكون التفاوت فيه يسيراً يتسامح به وإلا فلا يصح إلا أن يتقدم الكيل على البيع صح وكان كالجزاف ﴿ أو ﴾ تكون الصبرة مقدرة ﴿ وزناً أو عدداً أو ذراعاً ﴾ ويعتبر فى ذلك عدم الاختلاف فلا بد أن يكون الذراع ونحوه معلوماً لا يختلف، فلا يصح مثلاً أن يكون الذرع بذراع رجل غير معين لأنه يختلف ، ولا بذراع رجل معين لأنه يجوز تعذره بموته . وهذا وإذا كانت الصبرة مقدرة بمقدار معين لا يختلف صح البيع سواء كان المبيع من ﴿ مستور أو مختلف ﴾ ولبيع الصبرة صور أربع : ﴿ الأولى ﴾ أن يبيعهما جزأفاً ^(٢) نحو أن تكون ثم جملة من طعام أو عسل أو رمان أو أرض أو ثياب فيبيع تلك الجملة من غير تعيين قدرها بل يقول بمت منك هذا الشئ بكذا فهذا يصح إذا كانت الصبرة

(١) الصبرة ما جمع من الطعام بلا كيل ولا وزن . يقال « أخذ صبرة » أى جملة بلا كيل ولا وزن اه .

(٢) المجازفة أخذ الشيء من دون تقدير، ويشتمل فى الأقوال والأفعال بمعنى بلا علم ولا تقدير اه .

مميزة مشاهدة أو في حكم المشاهدة نحو ما يكون في ظرف حاضر، فأما بمت منك ما في يتي أو ما في مدفتي ولا يعلم البائع قدره فلا يصح. وهذا في غير المقارات أما فيها فيصح ، وقد نظم السيد صارم الدين كيفية بيع الجزاف بقوله :

بيع الجزاف بلا كيل يزاوله ولا بوزن ولا ذرع ولا عَدَدٍ

ويشترط في بيع الصبرة جزافاً أن يكون البائع ﴿غير مستثنى﴾ لشيء من الصبرة غير معين فإن استثنى فسَد البيع ﴿إلا﴾ في ثلاث صور : ﴿الأولى﴾ أن يستثنى جزءاً ﴿مشاعاً﴾ نحو ثلثها أو ربعها أو نحو ذلك فإن البيع يصح ويصيران شريكين وتلحقهما أحكام المشترك . ﴿الصورة الثانية﴾ أن يستثنى شيئاً معيناً نحو بمت منك هذه الثياب إلا هذا الثوب صح لقول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم « فله ثنياء » وهذا هو بيع الثنايا ، وكذا لو استثنى من المذكاة رأسها أو رطلاً من عضو مخصوص « فحيث الباقي يعرف قدره قبل البيع يصح وحيث لا يعرف لا يصح » هذا هو الصحيح من المذهب كما في البيان . ﴿الصورة الثالثة﴾ قوله ﴿أو﴾ يستثنى قدرأ معلوماً على أن يكون ﴿مختاراً﴾ لذلك القدر من تلك الصبرة في مدة معلومة « في غير مثلي » نحو أن يقول بمت منك هذا الرمان إلا ثلاثاً منها أختارها في ثلاثة أيام أو بمتك هذه الصبرة إلا صاعاً أو رطلاً أختاره في يومين أو نحو ذلك فإنه يصح ولا فرق بين المختلف كالرمان ونحوه والمستوى كاللحم ونحوه لأنه يرتفع الجهل والشجار بالتخير في المدة المعلومة حيث الباقي يعرف قدره قبل البيع ويشترط كما تقدم أن يكون الخيار لأحدهما أو لشخص معين غيرهما لا لهما أو لغير معين فيفسد لأنه يؤدي إلى التشاجر .

﴿الصورة الثانية﴾ من الصور الأربع لبيع الصبرة قوله ﴿أو﴾ قال بمت منك ﴿كل كذا بكذا﴾ نحو أن يقول بمت منك هذه الصبرة^(١) كل مدّ بدرهم ، أو كل

(١) معلومة بالمشاهدة أو ما في حكمها اهـ .

رطل بدرهم أو كل حبة من الرمان بدرهم فإن البيع يصح ولو جهل البائع قدر الصبرة وقد اغتفرت هنا الجهالة في الثمن لأنه يعلم في الوقت الثاني بالكيل أو الوزن أو العدد أو الذرع. وحيث قد علم البيع جملة ﴿ فيخير ﴾ المشتري ﴿ لمعرفة قدر ﴾ المالكين البيع و ﴿ الثمن ﴾ وسواء ظهر له أن الثمن ناقص عن جملة البيع أم زائد أم مساو فله خيار معرفة مقدار الثمن والمبيع. ويثبت له أيضا خيار رؤية جميع المبيع فيما هو مختلف وفي المستوى إذا لم يكن قد رأى بعضه لأن الأشياء المستوية التي تباع على مقتضى أنموذجها يكنى رؤية الأنموذج منها ، فإن ثبت أن المبيع دون الأنموذج الذي اشترى على مقتضاه يكون المشتري غيراً بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع .

﴿ الصورة الثالثة ﴾ من الصور الأربع في بيع الصبرة قوله ﴿ أو ﴾ يقول بت منك هذا ﴿ على ﴾ أنه مائة ذراع أو مده أو مائة رطل أو مائة شاة أو ثوب أو رمانة ﴿ بكذا ﴾ درهم فإن البيع يصح لأن الشرط حالى لا مستقبل ، وكذا لو قال على أنه مائة درهم بكذا صح إذا كان من غير جنس الدراهم وإن كان من جنسها فلا بد من علم التساوى .

﴿ الصورة الرابعة ﴾ في بيع الصبرة قوله ﴿ أو ﴾ يقول بت منك هذه الصبرة على أنها ﴿ مائة ﴾ مده أو رطل ﴿ كل كذا ﴾ منها ﴿ بكذا ﴾ نحو كل مده منها بدرهم ونحو ذلك فإن البيع يصح والمشتري خيار الرؤية في المستوى والمختلف كما تقدم . ﴿ فإن زاد ﴾ البيع ﴿ أو نقص في ﴾ هاتين الصورتين ﴿ الأخيرتين ﴾ من الأربع وهما حيث قال على أنها مائة بكذا أو مائة كل كذا بكذا ﴿ فسد ﴾ البيع ﴿ في المختلف مطلقاً ﴾ سواء كان الاختلاف في الجنس أو النوع أو الصفة . وسواء كان معدوداً أم مذروماً أم مكيلاً أم موزوناً لأنه يؤدي إلى التشاجر على الزيادة والنقصان هل تعين من الكبار أو من الصغار مثلاً . ﴿ و ﴾ أما إذا زاد أو نقص ﴿ في غيره ﴾ أى في غير المختلف وهو المستوى كالكيل والموزون والمذروع والمعدود الذى هو مستوى

الحال ليس بعضه أفضل من بعض فإن المشتري يختار في النقص خيار فقد الصفة فيختار المشتري ﴿ بين الفسخ ﴾ للمبيع لأجل النقصان ﴿ و ﴾ بين ﴿ الأخذ بالصفة ﴾ من الثمن ، يعني أنه ينقص من الثمن المسمى قدر ما نقص من المبيع . وإنما ثبت الخيار لأن هذه الصفة شرطت في المقد بخلاف ما لو اشترى صبرة واستحق بعضها للغير فإنه لا خيار إن لم يعميب الباقي : ﴿ إلا المذروع ﴾ إذا نقص ﴿ في ﴾ الصورة ﴿ الأولى ﴾ من هاتين الصورتين الأخيرتين وهي حيث يقول بتمت منك هذا الثوب على أنه مائة ذراع بمائة درهم فانكشف أنه تسعون ذراعاً فيخير المشتري بين فسخه وأخذه فإن اختار أخذه ﴿ فبالكل إن شاء ﴾ أى إن شاء أخذ المبيع بكل الثمن المسمى وهو المائة الدرهم ، ولو انكشف ناقصاً عما شرط وإن شاء فسخ لأجل النقصان بخلاف ما لو كان مكيفاً أو موزوناً أو معدوداً فإنه يخير بين الفسخ والأخذ بتسعين درهما .

قال الإمام عليه السلام : ولما تكلمنا في حكم النقصان في الصورتين الأخيرتين تكلمنا في حكم الزيادة إذا انكشفت ، وصورة ذلك أن يقول : بتمت منك هذه الصبرة على أنها مائة مد بمائة درهم ، أو على أنها مائة مد كل مد بدرهم فانكشف أنها مائة وعشرة أمداد ﴿ و ﴾ حينئذ يجب عليه ﴿ في ﴾ هذه ﴿ الزيادة ردها ﴾ ويأخذ المائة بالثمن المسمى إلا أن تكون الزيادة مما يتسارع بمثلها فلا يجب الرد فلو شرط أنه لا يرد الزيادة ولا يرجع بحصة النقصان فسد البيع لأنه رفع موجب المقد ﴿ إلا ﴾ الزيادة في ﴿ المذروع ﴾ فبأخذها بلا شيء في ﴿ الصورة ﴾ الأولى ﴿ وهي الثالثة من الأربع . ولو جهل البائع وهي حيث قال بتمت منك هذا الثوب أو هذه المرصعة على أنها مائة ذراع بمائة درهم فانكشف أنها مائة ذراع وعشرة أذرع فإنه يأخذ الجميع بمائة درهم فقط ﴾ و ﴿ أما حيث قال على أنه مائة ذراع كل ذراع بدرهم فإنه يخير إن شاء أخذ العشرة الزائدة ﴿ بمحضها ﴾ من الثمن ﴿ في ﴾ هذه الصورة ﴿ الثانية ﴾ بمقد آخر (٢٢ - التاج المذهب - ن)

فيصح له المبيع جميعه بمائة وعشرة دراهم لأنه جمل كل جزء من المبيع يقابله جزء من الثمن ﴿أو يفسخ﴾ المبيع إن شاء لأن له الفسخ على التراخي ﴿و﴾ يصح بيع ﴿بعض الصبرة﴾ من المسكيل أو الموزون والمعدود والمذروع ولذلك صورتان : ﴿الأولى﴾ أن يبيع بعضها ﴿مشاعا﴾ كنصف أو ثلث أو نحو ذلك فهذا جائز مطلقا أى مستوية أم لا ، ويكونان شريكين ولا ينجيز البائع ولا المشتري في التسليم من أى الجوانب شاء ، ويصح قبض المبيع بالتخلية بين المشتري والصبرة وما تلف منها بعد التخلية فمليهما معا وتكون مؤنة القسمة قبل القبض على البائع وبعده على قدر الحصص وله أخذ نصيبه منها في غيبة البائع بعد إيفاء الثمن إن كانت مستوية ﴿الصورة الثانية﴾ قوله ﴿أو﴾ يبيع شيئا ﴿مقدرا﴾ معلوما نحو مد أو رطل أو رمانة أو ذراع فإن كانت الصبرة مستوية الأجزاء صح البيع مطلقا سواء بين أم لا، عينت جهته أم لا، ذكر خيار أم لا، لكن هذه الصورة تخالف ما قبلها من الأحكام فلا تكون التخلية قبضا ، وما تلف ولو بعد التخلية فعلى البائع ومؤنة القسمة على البائع وليس للمشتري أخذ المبيع بنفسه ويعطيه البائع من أى الجوانب شاء ولو كانت مستوية الأجزاء إلا أنه ليس للبائع تفريق الأذرع على المشتري في الأرض والثوب بل يقرها له متصلة لأنه يتضرر بتفريقها . أما المختلفة فلا يصح بيع الجزء المقدر إلا إذا ﴿ميز في المختلف قبل البيع﴾ إما بعزل أو إشارة أو نحو ذلك ولو كان التمييز جملة لا تفصيلا فإن لم يميز فسد البيع لأنه لا يصح بيع المجهول إلا إذا شرط الخيار لأحدهما كما سيأتى هذا في المسكيل والموزون والمعدود . أما المذروع من ثوب أو أرض إذا اختلفت أجزاؤه فقد أوضحه بقوله :

﴿و﴾ يصح إذا ﴿عينت جهته في مختلف المذروع﴾ فإن لم يعين فسد البيع إلا إذا قصد إشباع نحو أن تكون الأرض مائة ذراع فباع منها عشرة أذرع وتصادق على أنهما أراداعشر لأرض مشاعا صح ذلك . وأما مستوى المذروع فلا يحتاج إلى تعيين فيصح أن يبيع منه

عشرين من هذه الأرض المستوية وتكون كسواء الجزء المشاع . ﴿ وكذا ﴾ يصح البيع ﴿ إن شرط الخيار ﴾ لأحدهما أو لغيرهما ﴿ مدة معلومة ﴾ كثلاثة أيام ونحوها فيختار ذلك البعض من الصبرة في مختلف السكيل والوزون والمدود يختار من أى الجهات شاء في مختلف الذروع ﴿ لا ﴾ لو قال بمتك ﴿ منها ﴾ أى من الصبرة ﴿ كذا بكذا ﴾ نحو عشرين مداً أو ذراعاً بأربعين درهماً فى هذه الصورة يفسد البيع ﴿ إن نقصت ﴾ الصبرة عن العشرين لأنه باع الموجود والمعدوم فيفسد^(١) فإن وجدت قدر ما قد سمي صح البيع مستوية أو مختلفة ، وإن وجدت أكثر مما قد سمي صح فى المستوية فقط ، فإن كانت مختلفة ففسد البيع إلا لخيار معلوم لأحدهما فيصح . ﴿ أو ﴾ قال بمتك من هذه الصبرة المائة ﴿ كل كذا بكذا ﴾ نحو كل مد بدرهم ﴿ مطلقاً ﴾ يعنى سواء قيدت بشرط أم لم تقيد زادت أم نقصت ﴿ فيفسد ﴾ البيع لجهالة جملة مقدار المبيع منها والتمن لأن الثمن يتبع على كل جزء من أجزاء المبيع ، وأجزاء المبيع مجهولة وكذا لو قال بمتك بعض هذه الصبرة بخمسين ديناراً فلا يصح لجهالة مقدار المبيع لأن البعض يقع على القليل والكثير .

﴿ و ﴾ يجب أن ﴿ تمين الأرض ﴾ وكل ماله أصل وقرار كالدار ونحوها من غير المنقول للمبيع ونحوه حال المقد ﴿ بما يميزها ﴾ عما تلتبس بها بما شاء ﴿ من إشارة ﴾ إليها كهذه ﴿ أوحد ﴾ واحد إذا تميزت به حتى لا تلتبس بغيرها كفى كالتى شرقها المسجد أو اثنين أو ثلاثة أو الأربعة كالقبلى الشامى واليمانى المدنى كما جرت به عادة اليمن والشرق والغربى ، وعلى الجملة حتى يميزها من غيرها بمجد أو أكثر ﴿ أو ﴾ يميزها ﴿ بلقب ﴾ نحو إن يقول التى تسمى بكذا فإن أضاف المبيع إلى ملكه لم يحتج إلا إلى ما يميزها عن سائر أملاكه دون أملاك غيره حتى لو قال بمتك

(١) بخلاف بمتك على أنه كذا فيصح ولو نقص ، وللمشتري الخيار لأنه قد وقع على جملة وفقدت الصفة اهـ .

أرضى وليس له غيرها صح ، أما لو لم يضاف إلى ملكه فلا بد أن يميزها عما يلتبس بها من ملكه وملك غيره .

﴿ فرع ﴾ اعلم أن المبيع إذا كان حاضراً في المجلس أو مشاهداً فتكفي الإشارة إليه ولا حاجة لوصفه وإن كان غائباً فالحدود أقوى من الاسم فإن ذكر الاسم والحدود فما دخل فيها دخل في المبيع ولو خرج عن الاسم إذا كان للبائع ، فإن كان للغير لزم أن يحيط بمحضته من الثمن وما خرج عن الحدود خرج عن المبيع ولو دخل في الاسم .

﴿ ١٩٩ ﴾ (فصل)

فيما لا يجوز بيعه ولا يصح في أى حال ﴿ و ﴾ اعلم أنه ﴿ لا يجوز ﴾ ولا يصح ﴿ بيع الحر ﴾ سواء باع نفسه أو باعه غيره ﴿ فيؤدب ﴾ المكاف ويفزع الصغير ﴿ العالم ﴾ بحريته من بائع ومشتري ومبيع وكاتب وشاهد - بنظر الحاكم ﴿ ويرد القابض ﴾ ما قبض من الثمن إلى المشتري إن كان الثمن باقياً بعينه كبيراً كان القابض أم صغيراً ، فإن تلف ضمن الكبير رد مثله أو قيمته لأن حكم الثمن في يد البائع كالنصب في جميع وجوهه إن جهل المشتري وكالنصب إلا في الأربعة ^(١) إن علم ﴿ إلا الصبي ﴾ غير المأذون إذا باع نفسه أو باع غيره ثم قبض الثمن فلا يرد إلا ما بقي منه لا ﴿ ما أئلف ﴾ فإن كان مأذوناً فحكمه حكم الكبير ﴿ فان غاب ﴾ البائع للحر ريداً أو غيبة ﴿ منقطعة ﴾ أى خفي مكانه بعد قبض الثمن ﴿ فالمدلس ﴾ على المشتري حيث هو المبيع لا غيره بأنه ملك لبائعه أو يسأل فيسكت يغرّم للمشتري ولو بالسعاية ما دفع ﴿ ويرجع ﴾ المدلس بما غرم من الثمن على القابض متى ظفر به

(١) سيأتي بيانها في أثناء فصل عدد ٢١٩ انتهى .

﴿ وإلا ﴾ يكن من المبيع تدليس أو لم يغب القابض بربداً فما فوقه ﴿ فلا ﴾ رجوع للمشتري إلا على القابض .

﴿ ولا ﴾ يصح ولا يجوز عندنا بيع ﴿ أم الولد ﴾ وهي الأمة التي وطئها سيدها فعلقته منه بجنين ووضعت له ولو مضغة وادعاه فإذا باعها بعد ذلك ولو جاهلاً فإن بيعها باطل ﴿ ولا ﴾ يجوز ولا يصح أيضاً بيع ﴿ النجس ﴾ كالدّم والميتة والخمر والمذرة وزبل ما لا يؤكل لحمه والدهن المتنجس والكلب ولكن يجوز اقتناؤه وهبته والنذر به والوصية ولا يجوز للبائع استهلال ثمن المتنجس بل يجب عليه رده للمشتري لأنه في يده مع الجهل كالتنصّب في جميع وجوهه ، ومع العلم كالنصب إلا في الأربعة .. ويجوز بيع زبل ما يؤكل لحمه وبيع الثوب المتنجس . ومن سبق إلى شيء من الأزيل المرغوب عنها أو كانت من حيوان مباح فهو أولى بها ، وكذا إذا كانت من حيوانه فهو أولى بها . وإذا وضعت الدواب في البيوت التي توضع فيها عند الغير فيكون الزبل لرب البيت لأملاك الدواب إذا جرت العادة بذلك ، فلو امتنع لزمته قيمة الزبل لإجارة للبيت وهذا في زبل ما يؤكل لحمه .

﴿ ولا ﴾ يجوز ولا يصح بيع ﴿ ماء الفحل للضراب ﴾ وهو أن يؤجر لإنسكاح البهائم لأنه يتضمن بيع منيه وهو معدوم فلذا لا يصح . أما ما يسلم في ذلك كاللحم ونحوه فإن كان لا يسلمه إلا لذلك حرم وإن كان يسلمه ولو بدون ذلك وسلم إليه شيئاً إكراماً جاز أخذه ، وكذا ما يأخذه السواق أو الغلام يجوز له أخذه لأنه كالأجرة على تقريب الفحل ، وتندب إعادته ويكره تنزيهها إنزاء الحمير على الخيل . أما أجرة تلقيح النخل فاختارة .

﴿ ولا ﴾ يجوز عندنا بيع ﴿ أرض مكة ﴾ شرفها الله تعالى والمراد بمكة ما حواه الحرم المحرم ، فلا يجوز بيع بقاعها ولا أحجارها ولا أشجارها ولا تجوز إجارتها أيضاً ، ولكن من سبق إلى مكان فعمره كان أولى به ، وإذا جيء بالأحجار والأخشاب من

الحل جاز بيعها . والحيلة في بيع أرض مكة أن يبيع الأحجار التي جاء بها من الحل فيقع البيع عليها وتدخل العرصة لأنها تكون من الحقوق ، وهذا إذا لم يشتر بشمن الجميع وإلا جاءت مسائل الضمير ، يعني هل تؤثر أم لا ، وهل تم جميع المحرمات أم مسائل الربى فقط ، والمختار أنها لا تؤثر وتم فيكون البيع حينئذ فاسداً لأنه انضم إلى جائز البيع غيره فيلزمه أن يتصدق بزائد القيمة . نعم وحكم الحاكم إذا حكم بالملك فيها فلا يسوّغ الملك ويقطع الخلاف إلا بين المتشاجرين فقط . هذا وأما دور حرم المدينة فيجوز بيعها . والحيلة في الإجارة في أرض مكة أن يستأجر صاحب البيت على حفظ المتاع والانتفاع بالبنية إذا كانت الأحجار والأخشاب من الحل . ﴿ و ﴾ لا يجوز بيع ﴿ ما لا نفع فيه مطلقاً ﴾ أى لم ينتفع به على أى وجه من وجوه الانتفاع كالدمع والبصاق والهومام^(١) والحشرات وكذا لبن الخيل والدواب لينتفع بها الفصيل لا يصح بيعه بخلاف لبن الأدمية فيصح بيعه .

﴿ فضل ﴾

﴿ ٣٠٠ ﴾

فيما لا يصح بيعه مما يصح تملكه ﴿ ولا يفسح ﴾ البيع ﴿ في ملك ﴾ حقير بحيث ﴿ لا قيمة له ﴾ في القيمة أو في مثلي يتسامح به عادة كالحبة والخبثين من الطعام فإن بيع ذلك ونحوه باطل ﴿ أو ﴾ كان له قيمة لكن ﴿ عرض مامنع بيعه ﴾ والعارض المانع للبيع نوعان : نوع يمنع من بيع الملك ﴿ مستمراً ﴾ كأثم الولد أو في الأغلب من الأحوال ﴿ كالوقوف ﴾ فإن المال إذا وقف لم يصح بيعه أبداً إلا أن يبلغ حداً لا يمكن الانتفاع به فيما قصده الواقف وكذا يصح بيعه إذا خشي تلفه أو فساد أو فساد الموقوف عليه كالمسجد . وكذا لو لم يمكن إصلاح بعضه إلا ببيع بعض منه ، ولكن إذا كان

(١) الهوام مالم يفسد فيها ، والحشرات ما يفسد . وقيل الحشرة : الدابة الصغيرة من دواب الأرض وقيل هي الفأر واليربوع ونحوه اهـ .

الواقف واحداً فيصح في صفقة واحدة ، ولا يجوز بيعه عند خشية هلاك الموقوف عليه لأنه يجب على المسلمين سد رمقه .

﴿ النوع الثاني ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ يكون المارض لمنع بيعه ﴿ حالا ﴾ أى فى الحال لا فى المستقبل وذلك ﴿ كالطير ﴾ المملوك من الحمام والنحل ونحوهما يكون حين بيعه ﴿ فى الهواء ﴾ فإنه لا يصح بيعهما فى الهواء حتى تقع على الأرض ويمكن أخذها من غير تصيد ، وكالحوت المملوك إذا كانت فى الأنهار حيث لا يمكن أخذها إلا بتصيد ، أما إذا أرسلت فى ماء لا تقوت فيه وأمكن أخذها ولو بتصيد صح بيعها ويكون للمشتري خيار تمذر التسليم والرؤية لأن الرؤية فى الماء غير صحيحة .

﴿ ولا ﴾ يصح البيع ﴿ فى حق ﴾ من الحقوق كحق الشفعة وحق مرور الماء ووضع الجذور ونحو ذلك مما لا يملك فيه عيناً وإنما هو استحقاق أمر يتعلق بالعين . وأما هبة الحق فتصح وهى على ثلاثة أضرب : تمليك : كهبة الدين ممن هو عليه ، وإسقاط : كهبة الشفعة والخيارات فى البيع ، وإباحة : كهبة المتحجرات ، ومما لا يصح بيعه أيضاً قوله ﴿ أو حمل أو لبن لم ينفصلا ﴾ من البطن والضرع ولو كان اللبن فى الضرع أكثر من المبيع فإنه لا يصح البيع وكذلك المسك والبيض قبل الانفصال . ﴿ فرع ﴾ قال فى البيان « ولا يصح بيع الحمل ولاهبته ولا التصديق به ولا جملة مهرراً ، ويصح النذر به والإقرار والوصية وجملة عوض خلع لأن هذه الأشياء تقبل الجهالة » . ومما لا يصح بيعه قوله ﴿ أو ثمر ﴾ بيع ﴿ قبل نفعه ﴾ أى قبل أن يصير إلى حال ينتفع به فلا يصح بيعه ولو من الشريك ولو شرط البقاء حتى ينفع ﴿ أو بعمده ﴾ أى بعد أن بلغ حداً ينتفع به فلا يصح بيعه ﴿ قبل صلاحه ﴾ للأكل المعتاد . وصلاحه أن يأخذ الثمر فى ألوانه فصالح العنب للأكل لا للزبيب أن يحمر ويبيض ويسود الأسود وصلاح الثمر أن يحمر ويصفر كما صر فى الزكاة ، وصلاح الفواكه أن تحلو وبطيب أكلها وصلاح الجبوب أن تشتد وتتصاب . والجامع لهذا

كله أن يمكن الانتفاع بها في الأكل ﴿ قيل ﴾ والقائل ابن أبي الفوارس ﴿ إلا ﴾ أن يشتريه ﴿ بشرط القطع ﴾ صح بيعه ، والصحيح للمذهب أنه لا يصح . أما الزرع فيصح بيعه عند تكامل نباته لأنه إن شرط قطعه فهو من موجبهِ وإن شرط بقاؤه فالأرض تؤجر بخلاف الثمر فلا تؤجر الشجر لبقائه ، وقطع الثمر قبل صلاحه منهي عنه .

﴿ ولا ﴾ يصح بيع الثمر ﴿ بمدها ﴾ أي بعد نفعه وصلاحه ﴿ بشرط البقاء ﴾ على الشجر فإن لم يشترط ذلك صح البيع ﴿ وحاصل ذلك ﴾ إن شرط البقاء لم يصح ، وإن شرط القطع صح ، وإن سكت صح . ويؤخذ بالقطع ولو جرى عرف بالبقاء إلى مدة معلومة أو مجهولة لأن العقد إذا احتمل وجهي صحة وفساد حمل على ما يصح وهو القطع ، وكذا لو شرط القطع ثم تراضيا على البقاء إلى مدة صح ولو كانا مضميرين إذ الضمير لا يصادم الشرط .. وأما بيع القضب فإن شرط القطع أو جرى به عرف أو شرط البقاء إلى مدة معلومة أو جرى به عرف صح ، ولا يكون مثل استئجار الشجر للثمر لأن هذا من استئجار الأرض للشجر يصح ، وإن شرط البقاء إلى مدة مجهولة أو سكت وكان العرف جاريا بها فسد البيع لجهالة مدة البقاء .

﴿ ولا ﴾ يصح البيع ﴿ فيما يخرج شيئاً فشيئاً ﴾ كالبقول والورد والليمون والخضراوات والحَبَّاب ونحو ذلك حتى تظهر كلها وتستكمل الظهور أو يبيع الموجود بعد صلاحه فإن باعها قبل وجودها ، فالبيع فاسد لأنه بيع معدوم ، وإن باع الموجود والمعدوم فسد أيضاً إلا إذا تميز ثمن الموجود صح في الموجود ، وكان من بيع الثمر بعد صلاحه وفيه ما تقدم من التفصيل .

﴿ فرع ﴾ ولا يصح بيع الأشجار للحطب وغيره ولا يبيع الحشيش قبل قطعها ولو بلغنا أوان القطع والانتفاع وثبتا في ملك البائع ، إلا أن يكون موضع القطع معلوما لشرط أو عرف فيصح البيع كما سيأتي في المسئلة آخر فصل ٢٠٣ .

﴿ ويصح استثناء هذه ﴾ الأشياء التي يصح بيعها وهي الثمر قبل وجوده ، وما يخرج شيئاً فشيئاً ، والحمل واللبن اللذان لم يفصلا فهذه الأشياء الأربعة وإن لم يصح بيعها فإنه يصح استثناءها ﴿ مدة معلومة ﴾ لا مجهولة فيفسد البيع . وإذا استثنى ولد البهيمة فإنه يجب على المشتري أن يمكن الأم من إرضاع ولدها رضعة أو أكثر على الوجه الذي لا يعيش إلا به ، فلو لم يمكنه من الرضاع وتلف فلا يضمن سواء كان مما يؤكل لحمه أم مما لا يؤكل ، وإذا مكنته من الرضاع فلا يلزم البائع مثل اللبن الذي رضعه ولا قيمته لأن ما رضعه هو كالمستثنى ولو لم يذكر سواء كان من لبن الحيوانات أم كولة أم من غيرها .

﴿ فرع ﴾ فلو استثنى البائع ما يحدث من الأولاد في مدة أو بطون معلومة فإنه يصح ويكون الإجزاء في الوقت المعتاد فإن اختلف المعتاد ولا غالب فسد البيع .
 ﴿ و ﴾ بصح استثناء ﴿ الحق ﴾ الثابت في الأرض من مسيل أو مرور ماء أو استطرار أو وضع جذوع على جدار أو نحو ذلك ﴿ مطلقا ﴾ سواء استثناء مدة معلومة أم مجهولة أو يطلق ويبقى الحق مستمرا إلا حق الشفعة فلا يصح استثناءه بل يلغو الاستثناء ويصح البيع . وأما إذا استثنى سكنى الدار أو خدمة العبد أو منفعة الثور فلا بد أن يذكر مدة معلومة إذ هي منفعة يصح العوض عليها فهي كاستثناء زراعة الأرض وتكون نفقة العبد والثور على المستثنى .

﴿ ونفقة مستثنى اللبن على مشتره ﴾ فإذا باع البقرة واستثنى لبنها مدة معلومة فنفقتها لازمة على المشتري وبنفقتها المعتاد وما تحتاج إليه حال الحلب على المستثنى وإذا باعها المشتري فلا يبطل حق البائع والمشتري أن يبيعهما ولو إلى بلد بعيد ويكون عيبا في حق المشتري الثاني وله أن يفسخ به . أما لو باع الأرض واستثنى الأشجار بحقوقها أو استثنى زراعتها مدة معلومة كان سقي الأشجار وإصلاحها على مالسكها إلا لعرف وإصلاح الأرض على المشتري ، وإن استثنى الثمر فإصلاح الشجر على المشتري والثمر على

البائع . قال الإمام عليه السلام : ﴿ ويمنع ﴾ المشتري ﴿ من إتيائه ﴾ فلا يجوز له أن يتلف المبيع المستثنى لبنة حتى يستوفى صاحب اللبن مدته ﴿ ولا ضمان ﴾ على المشتري ﴿ إن فعل ﴾ ما يتلفه ولكنه يأثم بفعله ولا ضمان عليه ﴿ إلا ﴾ أنه يجب الضمان ﴿ في ﴾ شجر أتلفه ببد ييمه وهو ﴿ مستثنى الثمر ﴾ فيجب للبائع قيمة الثمر والضمان على متلفه وهو ما بين قيمتي الشجر مستثنى الثمر وغير مستثنى ، وكذا المنزل المستثنى سكناه مدة معلومة إذا أتلفه لزمته أجرة المثل لتلك المدة فلو خرب المنزل ثم أعيد عاد حق البائع المستثنى وهو السكنى ، وليس له أن يؤجر ولا يعير بخلاف استثناء النافع فله التأجير والإعارة .

﴿ ولا ﴾ يصح البيع ﴿ في جزء غير مشاع من حي ﴾ فلا يصح بيع جلد الشاة وهي في الحياة ولا صوفها ولا لحم بطنها مثلاً ولا ما أشبه ذلك ، فإن فعل فسد البيع . وأما الذكاة فيصح بيع ذلك منها وحكم الاستثناء لجزء منها حكم البيع ، وكذا سائر التصرفات .

﴿ وحاصل ذلك ﴾ أن البيع على أقسام : قسم يجوز بيعه واستثنائه وهو الجزء المشاع المعلوم من الحيوان ، وقسم لا يجوز بيعه ولا استثنائه وذلك نحو الجلد والصوف والمضو المعلوم من الحيوان مع كونه حياً ، وقسم يصح استثنائه لا بيعه كالولد واللبن ، وقسم يصح بيعه لا استثنائه وذلك نحو الأبطال المعلوم من المذكي أو من عضو معين .

﴿ ولا ﴾ يصح البيع ﴿ في مشتري ﴾ ولا في صدقة أو موهوب ﴿ قبل قبضه ﴾ فأما ما عدا ذلك كالوصية والنذر والمهر ونحو ذلك مما عوضه غير مال كالخلع والصلح عن دم العمد فيجوز التصرف فيه قبل قبضه لأن ذلك الإنشاء لا يبطل العقد بتلفه بخلاف ما يبطل العقد بتلفه فلا يصح التصرف فيه قبل قبضه ، وأما فوائد المشتري فيصح فيها التصرف قبل قبضها .

وقول الإمام عليه السلام ﴿أو بعه﴾ أى لا يصح البيع فى مشترى بعد قبضه إذا وقع العقد ﴿قبل الرؤية^(١)﴾ فى ﴿المشترى﴾ المشترك بين جماعة فإنه لا يصح لأحد المشترين أن يبيع حصته قبل رؤيتهم جميعا لا من الشركاء ولا من غيرهم ولا من البائع منهم ﴿إلا﴾ أن يبيعه ﴿جميعا﴾ فيصح ولو قبل رؤيتهم له ، وإنما لم يصح للبعض قبل رؤية الشركاء لأنه يؤدى إلى تفريق الصفقة على البائع أو إبطال خيار الرؤية على بقية الشركاء إذ الحكم فيه لمن رد من الشركاء .

﴿و﴾ لا يصح البيع من ﴿مستحق﴾ قبض حق لله واجب كـ ﴿المخس والزكاة﴾ فلا يصح من الإمام ولا من الفقير أن يبيعا ما لم يقبضاه قبض مثله ولو كان البيع ﴿بعد التخلية﴾ إليهما كنتخلية الأثمار على رؤوس الأشجار فإنه لا يصح إلا أن يكونا قد قبلا بعد التخلية أو تقدم تملك للفقير فيصح البيع بعد التخلية وإلا لم يصح ﴿إلا المصدق﴾ إذا كان بأجرة فإن تخلية الزكاة إليه كافية فى كمال القبض فيصح منه بيعها بعد التخلية . ﴿ومتى انضم إلى جائر البيع﴾ المراد متى انضم إلى صحيح البيع ﴿غيره﴾ مما لا يصح وهو فاسد البيع أو باطله ﴿فسد﴾ العقد فى الجميع إلا إذا كان ذلك المنضم مما يدخل تبعاً للمبيع كالحقوق فلا يفسد وإن كان من غيره فسد نحو أن يبيع الشجر مع الثمر قبل صلاحه أو يبيع الأرض مع الكامن من البذر أو مع أصل كالجذر فإنه يفسد ، وكذا لو قال اشتريت منى هذه العرصة وفيها قبر غير ظاهر أو طريق أو وقف ، ونحو أن يشتري مسلوختين إحداها ميتة أو نحو ذلك فإن البيع يفسد ﴿إن لم يتميز ثمنه﴾ أى ثمن ما يصح من غيره . أما لو تميز صح : ففى باطله نحو أن يقول بعت منك هذين العبدين كل واحد منهما بألف وكان أحدهما حراً فإنه يصح البيع فى العبد دون الحر فيبطل . وفى فاسده أن يقول بعت منك هذا الزهر أو الثمر الموجود

(١) كأن يكون القبض ليلاً فلا يرى ، أو رثى رؤية غير مميزة عند قبضه اهـ .

الصالح بمائة وما سيخرج أو يصلح بمائة فإنه يصح البيع في الوجود الصالح دون المعدوم والوجود غير الصالح فيفسد .

﴿ فرع ﴾ أما لو باع العرصة وفيها قبر ولم يذكره فإن كان ظاهراً صح البيع لأن ظهوره كاستثنائه وإن كان مستوراً ففسد . وأما إذا التبس القبر كانت العرصة لبنت المال للقبر فيها لا للزرع ، فإن كان قبر حربى فلا حرمة له فيصح البيع وإن التبس هل للحربى أم لمدى فسد البيع إن كانت الخطة للمسلمين ، وإن كانت للمشركين صح البيع .

﴿ ٢٠١ ﴾ فصل ﴿

في البيع والشراء الموقوفين وأحكامهما ﴿ وعقد غير ذى الولاية ﴾ وهو من ليس بمالك للمبيع ولا وكيل للمالك ولا ولى له ولا وكيل للمشتري ولا ولى له . وغير ذى الولاية يسمى فضولياً في الاصطلاح . وعقده ﴿ بيعاً وشراء ﴾ صحيح لكنه ﴿ موقوف ينمقد ﴾ الأولى ينفذ لأنه ينمقد ولكن لا ينفذ ملك المبيع للمشتري ولا ملك الثمن لصاحب المبيع إلا إذا أجازهُ المالك أو ذو الولاية إجازة مستوفية شروط الصحة وكان العقد صحيحاً ﴿ قيل ﴾ والقائل الفقيه حسن قال ﴿ ولو ﴾ كان عقد الفضولى ﴿ فاسداً ﴾ ولحقته الإجازة فإنه ينفذ كما لو عقد المالك ، والصحيح للمذهب أن العقد الموقوف لا ينفذ بالإجازة إلا إذا كان صحيحاً ، وأما إذا كان فاسداً ولحقته الإجازة كان معاطاة وإن لم تلحقه الإجازة كان باطلاً .

قال الإمام عليه السلام ولو لفظ ﴿ أو قصد ﴾^(١) البائع ﴿ الفضولى في بيع مال الغير أن البيع ﴾ عن نفسه ﴿ لا عن الغير فإنه ينفذ البيع إذا أجازهُ المالك وكان الثمن للمالك ولو كان عرضاً ، وهذا بخلاف المشتري الفضولى فإنه لا بد له من الإضافة إلى الغير لفظاً وأوئية وصادقه البائع وحينئذ إن أجاز المشتري الشراء نفذ العقد وإن لم يجز

(١) يعود إلى أول الكلام إلى قول الفقيه حسن المحكى بصيغة التضعيف اهـ .

رد المبيع لبائعه إلا إذا أضاف بالنية ولم يصادقه البائع فيلزمه المبيع ولا يرد للبائع .
 ﴿مسئلة﴾ من باع مال نفسه ظاناً أنه لغيره نفذ ييمه ولو غن غبنًا فاحشا كما
 ينفذ في النكاح والطلاق والعق .

﴿واعلم﴾ أن العقد الموقوف لا ينفذ إلا بشروط ستة : ﴿الأول﴾ أن يكون
 العقد صحيحًا في مذهب المجيز فإن لم يكن صحيحًا كان باطلاً مع عدم الإجازة ومع
 الإجازة معاطاة ﴿الشرط الثاني﴾ الإضافة من الفضولى إلى من له الشراء لفظاً
 أو نية ﴿الشرط الثالث﴾ أن تقع الإجازة ﴿مع بقاء التماقدين﴾ فلو مات أحد
 التماقدين بطل العقد ولا بد أيضاً من بقاء العقود عنه والمقود له ، فإن مات من
 إليه الإجازة أو ارتد ولحق بدار الحرب بطل العقد ، فإن لم يلحق بقى العقد موقوفاً ،
 وكذا لو زال عقله بقى موقوفاً ومتى عقل صحت منه الإجازة . ﴿و﴾ ﴿الشرط الرابع﴾
 بقاء ﴿العقد﴾ فلو بطل العقد قبل الإجازة بفسخ من الفضولى سواء كان الفسخ في
 وجه الآخر أم لا فلا تلحقه الإجازة ، أو وقع ما يجرى مجرى الفسخ وذلك نحو أن
 يعقد عليه المالك أو الفضولى عقداً آخر فلا تلحقه الإجازة ، لا لو قال المالك لأرضاه
 أو لا رغبة لى فيه أو لا أجز فهذا امتناع لا فسخ ، فلو أجاز بعد ذلك صح إلا أن
 يجرى عرف أن الامتناع فسخ بطل العقد وأما بقاء المبيع فليس بشرط . ﴿الشرط
 الخامس﴾ أن يقع نفوذه ﴿إجازة من هى له﴾ أى مدة الولاية فى الإجازة له بأن
 يكون مالكا أو ذا ولاية سواء كانت الولاية من جهتى الوصاية أم الصلاحية المستمرة
 أم بالامالة أم بالنيابة كالوكيل فن كانت له الولاية ﴿حال العقد﴾ نفذ العقد
 بإجازته ، أما لو كانت له حال الإجازة دون حال العقد ، مثال ذلك لو باع فضولى
 فى مال رجل فانتقل إلى ملك رجل آخر بالإرث لا بغيره ^(١) فأجاز هذا الآخر عقد
 الفضولى لم تصح إجازته وما أشبه ذلك ممن تحدث له الولاية بعد البيع كالإمام

(٢) لأنه يكون فسخااه .

والحاكم فلا تصح الإجازة من أيهما . فلو كانت الولاية على جهة التولية ثم على جهة الملك . مثال ذلك أن يبيع فضولى مال الصبي ثم يموت الصبي ولا وارث له إلا أباه ثم أجاز الأب بعد أن ملك المال صح ذلك .

﴿مسئلة﴾ والإجازة تكون على التراخي فلا تبطل لإلبرد المبيع وتلحقها الزيادة فى الثمن والمبيع ويصح التوكيل بها وتصح مشروطة بالمستقبل . وقوله : ﴿غالباً﴾ احتراز من صورة تكون الولاية فيها المعجز حال الإجازة لا حال العقد . مثال ذلك لو باع الفضولى مال الصبي ، فالولاية إلى وليه حال العقد ثم لم تقع الإجازة حتى ، بلغ الصبي فإن الإجازة حينئذ إلى الصبي . فإذا أجاز صح العقد وكذلك المجنون لو عقل . فلو مات الولي ثم بلغ الصبي لم تصح منه الإجازة لأن العقد قد بطل بموت من كان العقد موقوفاً على إجازته .

والعقد الموقوف ينفذ بالإجازة له ﴿أو إجازتها﴾ أى إجازة الإجازة ، فإن إجازة الإجازة كإجازة العقد ، نحو أن يقول فضولى للبائع الفضولى أجزت عقدك ثم يقول من له الولاية أجزت إجازتك فلو مات المجيز الفضولى قبل إجازة من له الولاية فإن ذلك لا يضر لأن الإجازة انطوت على العقد وإن كانت إجازة للإجازة كما هو ظاهر الأظهار .

﴿الشرط السادس﴾ أن تكون الإجازة أو إجازتها ﴿بلفظ﴾ يفيد التقرير عرفاً فلا يفهم منه الاستنكار أو الاستهزاء : فالتقرير كأن يقول أجزت أو رضيت أو قبلت أو ملكت أو نعم ما فعلت أو هات الثمن أو نحو ذلك ، وكذلك لو قال أحسنت أو أصبت أو جزيت خيراً فإن كان للتقرير صح وإن كان للاستنكار لم يصح . أما لو قال مِدَّ الشملة ، أو افتح الفرارة مستهزئاً فلا يصح وغير مستهزئ يصح . ﴿أو﴾ تكون الإجازة واقعة بمزاولة ﴿فعل يفيد التقرير﴾ عرفاً نحو أن يسلم المبيع الذى يبيع عنه أو بمضه أو بقبض الثمن أو بمضه أو بقبض المشتري له أو بمضه ، وكذا

لو تصرف فيه بعتق أو وقف أو أى تصرف كان - بعد علمه بالعقد والتمن والمبيع وكذلك لو لم يصح تصرفه نحو أن يبيع المبيع قبل قبضه من البائع إليه كان ذلك إجازة . فلو فعل فعلا يفيد التقرير مع علمه بأنه المبيع أو أنه الثمن وإن لم يعلم كونه إجازة فإنه يكون إجازة ﴿ وإن جهل حكمه ﴾ فلا تأثير للجهل، وكذا لو أتى بلفظ يفيد الإجازة وهو جاهل لسكونه إجازة صحت ولا تأثير لجهله لحكم اللفظ إذا كان عارفا لمعناه. أما لو كان جاهلا لمعنى اللفظ كالأعجمي فلا يصح. وأما جهله لحكم اللفظ فلا يضر إذا كان عالما بالعقد والتمن والمبيع كما تقدم ، وأما لو صدر منه ذلك وهو جاهل أن المبيع ملكه أو علم بالعقد وجعل صحته فإن ذلك لا يضر وتصح الإجازة .

﴿ فرع ﴾ ولا حكم للإجازة من الساهى وممن سبقه لسانه ومن الحاكى عن غيره ومن المكره كما مر فى الإكراه .

قال الإمام عليه السلام: ﴿ لا ﴾ لو صدر منه ذلك وجعل ﴿ تقدم العقد ﴾ فإنه لا يصح ، فإذا لم يعلم بمفسد الفضولى وفعل فعلا أو قال قولاً يفيد الإجازة فإن ذلك لا يكون إجازة ويقبل قوله فى أنه لا يعلم إذ لا يعرف إلا من جهته .

﴿ و ﴾ إذا باع الفضولى أو اشترى بتمن فأجاز المميز فإن البائع ﴿ ينجى ﴾ بعد الإجازة ﴿ لتمن فاحش جهله قبلها ﴾ أى قبل الإجازة لا بعدها وله الخيار أيضاً لفوات غرض مقصود فلو كان غرضه الطعام وباع الفضولى بنقد فله الخيار، وكذا لو كان الثمن نسيئة وعادتهم لا يؤجلون، وكذا لو كان الثمن من غير النقد المعتاد فله الخيار إلا أن يجرى به التعامل فلا خيار ويكون له الخيار فيما ذكر إن لم يعلم ذلك قبل الإجازة وفيما عدا ذلك لا خيار له ولو جهل المبيع أو قدره وكذا لو جهل الثمن أو قدره مهما لم يكن عليه غبن فاحش ، فلو زاد المال بعد العقد ثم أجاز صاحبه بعد أن زاد ﴿ قيل ﴾ يدخل المبيع فى العقد ﴿ ولا تدخل الفوائد ﴾ بل تكون للبائع ﴿ ولو ﴾ كانت ﴿ متصلة ﴾ حال الإجازة كالصوف واللبن أو منفصلة كالولد والتمر بعد انفصالهما .

ومنهم من اعتبر علم البائع وعدمه . والصحيح للمذهب أن تلك الفوائد تدخل في العقد مطلقا سواء كانت متصلة عند الإجازة أم منفصلة علم البائع بها أم جهل لأن البيع يملك بالإجازة منقطعاً من يوم العقد فالإجازة تقرر العقد من يوم وقوعه .

﴿ فرع ﴾ فلو باع فضولى دار زيد ثم مضت مدة طويلة ثم علم البائع وأجاز لزمته الأجرة للمشتري من يوم البيع ولو استغرق الثمن لكن إذا حقرت له المدة وأجاز فلا يبعد أن يكون له خيار الفرار لأنه ما أجاز إلا بناء على أن المدة حقيرة .

﴿ مسألة ﴾ وإذا أحدث المالك في البيع شيئاً بعمد العقد ثم أجاز نحوه أن يبني جداراً أو يفرس شجرة أو نحوه ذلك فلا بدخل في البيع إلا ما شمله العقد مما يدخل تبعاً للبيع إلا ما أحدثه من بعد العقد .

﴿ و ﴾ اعلم أنه ﴿ لا يتعلق حق ﴾ من حقوق العقد ﴿ بفضولى ﴾ أو وكيل وأضاف من قبض المبيع وتسليم الثمن والرد بالخيارات بل ذلك إلى المالك ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من صورتين .

﴿ الأولى ﴾ حيث أجاز المالك وقد علم بقبض الفضولى للثمن أو المبيع فتكون إجازة للبيع وقبض الثمن وحينئذ يتعلق به حق المطالبة بمجيز المبيع بالثمن ولا يطالب المشتري لأنه قد برئت ذمته فلو تلف بجناية ضمن الفضولى للبائع ومن غير جناية ولا تفریط يكون تلفه من مال البائع، فلو أجاز البائع غير عالم بقبض الثمن وتلف في يد الفضولى بلا جناية ولا تفریط تلف من مال المشتري، وكذلك لو قبض المبيع، وإذا تعلق به حق المبيع أو الثمن فلا يتعلق به حق آخر .

﴿ الصورة الثانية ﴾ إذا جعل الفضولى الخيار له فأجاز المالك عالماً فإنه يكون الخيار للفضولى . ﴿ و ﴾ إذا باع الفضولى من واحد ثم من آخر فأجاز المالك فعله وجب أن ﴿ تلحق ﴾ الإجازة ﴿ آخر المعدين ﴾ لأن العقد الأول قد أبطل بالثاني إذ الثاني فسخ للأول ولو كان في محضر المشتري وصح الثاني بإجازة المالك فلو أجاز المالك

العقد الأول لم يصح فلو التبس المتأخر فأيهما بين أنه المتأخر حكم له وإلا فلن قبضه باذن البائع وإلا فلن أقر له البائع وإلا قسم بينهما بعد التحالف والنكول ولهما الخيار .

﴿ فرع ﴾ فلو باع فضوليان صح عقد من أجزأ عقده فلو أجزأ مآ وكانت الإجازة مرتبة صح عقد من تقدمت إجازته وإن كانت الإجازة بلفظ واحد بطل العقدان ﴿ وينفذ ﴾ البيع ﴿ في نصيب العاقد ﴾ إذا كان ﴿ شريكا ﴾ باع نصيبه ونصيب غيره ويبقى نصيب غيره موقوفاً على إجازته فإن أجاز نفذ وإلا صح في نصيب العاقد فقط إذا كان البيع مما قسمته إفراز ، وكذا لو كان مشاعاً فيصير المشتري شريكاً ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من بعض الصور فإنه لا ينفذ البيع في نصيب العاقد ولا في نصيب غيره إلا بالإجازة من الشركاء وذلك حيث يحصل بنفوذه ضرر على الشركاء . مثال ذلك لو كان أربعة شركاء في أرض أرباعاً فباع أحدهم ربع ذلك المشترك وعينه في جانب معين من الأرض فإن العقد لا ينفذ في نصيبه لأن ذلك يؤدي إلى أن يستحق المشتري ربع الربع ويلزم لو فعل البائع كذلك في ربع ثان وثالث ورابع فيصح ربه في مواضع وذلك يضرب بالشركاء فلا يصح ، وهذا إذا باع كل ربع إلى شخص أما لو باع الربع المعين بصفقة واحدة فإن أجاز الشركاء جميعاً نفذ البيع في ذلك الربع كله ويشتركون في ثمن الربع وتبقى الثلاثة الأرباع مشتركة بينهم اللهم إلا أن يقصد البائع القسمة ^(١) وأجازوا صح البيع وكان الثمن له وحده وباقى المال لهم فإن لم يصادقوه في قصد القسمة بعد أن أجازوا فالقول قولهم فلو أجاز الشركاء البيع وصادقوا البائع بأنه قصد القسمة ولكن قالوا لا يميزها نفذ البيع على الجميع لا القسمة ..

﴿ فرع ﴾ وهكذا في الأرض والدور المشتركة بين جماعة إذا كانت المصلحة

(١) ولو وقعت القسمة بعد موت الشريك إذ العاقد هنا هو المالك لا الفضولي فلا يشترط بقاؤه

في قسمة بعضها في بعض ثم وقف أو باع أحدهم نصيبه في أحدها فإنه لا يصح إلا أن يرضوا به كلهم ويكون الأمر كما تقدم فلو شفع سائر الشركاء جاهلين أن الشفعة اجازة صحت القسمة وصحت الشفعة .

(فصل)

(٢٠٢)

﴿ في كيفية تسليم المبيع ومكانه ووقته وأحكام تتعلق بذلك ﴾

﴿ واعلم ﴾ أن التسليم في البيع هو أن يخلى البائع بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه من غير حائل ولا مانع . فإن كان « المبيع منقولاً » فتسليمه إلى المشتري يكون بمناولته كله من يد البائع أو وكيله إلى يد المشتري أو وكيله ، كما يكون بالتخلية مع الإذن بالقبض ونقل جميعه لا بعضه فلا يكفي . وإن كان « المبيع عقاراً » وهو ماله أصل وقرار كدار وحانوت وأرض ونحوها فتسليمها إلى المشتري يكون بالتخلية من البائع على وجه يتمكن المشتري من قبضها بأن تكون قريبة منه ومعنى القبض التصرف في المبيع ولو في بعضه كأن يدخل بعض المنازل من الدار دون بعض أو يحرق بعض الأرض دون بعض ولو كانت الأراضى غير متصلة فإن التصرف في بعضها قبض ، وكذا لو طاف الأرض البيعة كان قبضاً ، وقد أوضح الإمام عليه السلام حكم القبض بالتخلية في المنقول وغيره بقوله « والتخلية الصحيحة بين المشتري والمبيع وهي التي جمعت الشروط الآتية إذا وقعت ﴾ (للتسليم) مع علم المشتري أنه المبيع فهي « قبض » أما لو وقعت التخلية لا قصد التسليم أو جهل المشتري أنه المبيع أو اختلفاً في كونها للتسليم أم لغيره فلا تكون قبضاً ومع قصد التسليم تكون قبضاً إلا إذا كان المبيع مما يفتقر إلى كيل أو وزن فلا تنكفي التخلية في قبضه بل لابد من السكيل أو الوزن ، وهذا في غير المشاع أما في المشاع

كمشرة أصوع من هذه الصبرة فتكفي التخلية إلا في الصرف والسلم فلا بد فيهما من القبض الحقيقي .

﴿واعلم﴾ أن للتخلية شروطاً لا تكون صحيحة إلا بها وهذه الشروط منها ما يعتبر في العقد ومنها ما يعتبر في البيع . أما ما يعتبر في العقد ﴿فشرطان﴾ «الأول» أن تكون ﴿في عقد صحيح﴾ في مذهب المشتري أو الوكيل غير المضيف فلو كان العقد فاسداً لم تكن التخلية قبضاً بل لا بد من نقل ما ينقل والتصرف في غيره كما تقدم ذكره آنفاً . «والثاني» أن يكون المقصد ﴿غير موقوف﴾ فلو كان موقوفاً ووقعت التخلية لم تكن قبضاً إلا إذا وقعت بعد إجازة العقد كان قبضاً فلو قبض البيع بالتخلية قبل الإجازة ثم وقعت الإجازة فلا تكون تلك التخلية قبضاً ولا بد من القبض الحقيقي ، هذا هو الصحيح من المذهب لأنه في يده قبل الإجازة كالقبض وبالإجازة أمانة .

﴿و﴾ أما الشروط التي لا تعتبر في البيع فهي ﴿ستة﴾ : «الأول» أن تكون التخلية واقعة ﴿في مبيع غير معيب﴾ فلو كان معيباً لم تكن التخلية قبضاً سواء علم المشتري بالمعيب قبل التخلية أم بعددها إلا أن يرضى به معيباً ويعلم بالمعيب قبل العقد كفت التخلية في قبضه لأنه قد يبطل خياره بالعلم قبل العقد أو بالرضى .

﴿و﴾ «الشرط الثاني» أن ﴿لا﴾ تكون التخلية في مبيع ﴿ناقص﴾ فهي لا تصح إلا في مبيع كامل قدرأ وصفة وإلا لم تكن قبضاً إلا إذا رضى المشتري بالنقص . ﴿و﴾ «الشرط الثالث» أن ﴿لا﴾ يكون المبيع «أمانة» في يد المشتري فإن كان أمانة في يده لم تكن تخليته قبضاً بل لا بد من تجديد قبض بعد العقد بنقل أو تصرف فلو تلف قبل تجديد القبض تلف من مال البائع ، وكذلك لا تكون التخلية قبضاً لو كان في يد المشتري ضامنه أى ضمان عدوان كالمفصوب والمسروق فلا بد من تجديد قبض كما تقدم . «الشرط الرابع» أن يكون المبيع ﴿مقبوض الثمن﴾

كله وإلا لم تكن التخلية قبضاً وتسليم بعض الثمن ولا يبيح له قبض بعض المبيع ﴿أو في حكمه﴾ أو يكون المبيع في حكم مقبوض الثمن نحو أن يكون الثمن مؤجلاً أو في ذمة البائع من قبل أو قد سقط بالإبراء أو نحوه ، وكذا لو كان الثمن حاضراً وقال للمشتري اقبض فتى كان المبيع مقبوض الثمن أو في حكم مقبوض الثمن صح قبضه بالتخلية وإلا فلا . فلو كان المبيع حاضراً وقبضه المشتري وسكت البائع فلا يكون سكوته إذناً بالقبض إذا لم يكن قد قبض الثمن إذ المعتبر الإذن أو قبض الثمن . ﴿الشرط الخامس﴾ أن تكون التخلية ﴿بلا مانع﴾ للمشتري ﴿من أخذه في الحال﴾ لا في المستقبل فلا يضر المانع فيعتبر أن يكون المبيع حاضراً بالقرب منه بحيث يمكن قبضه سواء كان منقولاً أم غير منقول فلو كان بعيدياً فلا يكفي في صحة التخلية أن يمضي وقت يمكن فيه قبضه وأما إذا وجد مانع من قبضه في الحال فلا تصح التخلية ومثال المانع أن يكون المبيع في يد الغير وسواء كان في يد الغير بحق كالإجارة التي لا تنفسخ أو بغير حق كالغصب ، ونحو أن يخشى عليه من ظالم في الحال أو قبضه لا لو خشى في المال ، ونحو أن يكون الفرس نفوراً لو حاول أخذه ، وكذا ما أشبهه من الحيوانات .

﴿الشرط السادس﴾ قوله ﴿أو نفعه﴾ أي لا بد أن تكون التخلية بلا مانع من الانتفاع به ، مثال المانع أن يكون المنزل مغلقاً حينئذ لا تكون التخلية قبضاً له إلا مع تسليم مفاتيحه التي يمكن فتحه بها ، وكذا لو كان المبيع مشغولاً بملك البائع أو بملك غيره فلا تكون التخلية قبضاً حتى يفرغه البائع إلا أن يشتري صحت أن تكون قبضاً ولكن له الرجوع قبل تفرغه كخيار بعد التسليم .

﴿والحاصل﴾ أن التخلية لا تكون صحيحة إلا إذا اكملت شروطها كما تقدم فإذا اختل شرط منها نحو أن يكون العقد فاسداً أو موقوفاً قبل الإجازة ويكون المبيع في يد المشتري أمانة فلا تكون التخلية قبضاً ولا بد من القبض الحقيقي . وإذا

كملت شروطها غير أن المبيع معيب أو غير مقبوض الثمن أو ناقص أو كان ثم مانع، من الانتفاع به ثم رضى المشتري بما اختل من هذه الشروط كانت التخلية قبضاً فلو تلف المبيع تلف من ماله .

وإذا تنازع البيعان أيهما يسلم أولاً فالصحيح ﴿ أنه يقدم تسليم الثمن إن حضر المبيع ﴾ بحيث يمكن قبضه عقيب تسليم الثمن فإن كان غائباً لم يلزم المشتري تقديم تسليم الثمن كما لا يجب عليه التسليم إلا إلى موضع العقد وإذا كان الثمن مؤجلاً فلا يلزمه التسليم إلا عند حلول الأجل بعد الطلب فلو كانا مبيعين معاً فيكون التسليم بدأ بيد فلو باع من اثنين حبس المبيع حتى يستوفى منهما إلا إذا كان مما قسمته إفراد فيسلم حصة من قد سلم .

﴿ ويصح ﴾ من المشتري ﴿ التوكيل بالقبض ولو ﴾ وقع منه التوكيل ﴿ للبائع ﴾ بأن يقبض له من نفسه صح ﴿ و ﴾ لكن إذا كان البائع هو الوكيل بالقبض فإنه ﴿ لا ﴾ يصح أن ﴿ يقبض بالتخلية ﴾ بل لابد من تجديد قبض ليمتيز قبض المشتري من قبض البائع ، وقد تقدم أن اليد لا تكون قبضاً فيكون قبل القبض ضمينا وبعده أمينا .

﴿ فرع ﴾ فلو قال للبائع أمسك المبيع أو أدخله بيتك كان توكيلاً بقبضه لا لو قال له أتركه أو احفظه فلا يكون توكيلاً لأنه لم يؤمر بالفعل .

﴿ مسألة ﴾ إذا اشترى رجل حيواناً أو نحوه وتركه عند البائع وشرط له أجرة على حفظه والقيام به فإن نقله صح ذلك توكيلاً وقبضاً وكان كالأجير المشترك يضمن غير الغالب وإلا فلا يصح قبضاً .

﴿ مسألة ﴾ وإذا قال المشتري للبائع ابعث به إلى مع فلان أو نحو ذلك ثم فعل وتلف المبيع مع فلان فهو من مال البائع إلا أن يجري عرف بأنه يكون وكيلاً للمشتري فمن ماله ، وإن قال ادفعه أو أرسله إلى فلان وعلم فلان بذلك وتسلم المبيع كان وكيلاً

للمشتري وإذا لم يعلم كان وكيلًا للبائع .

﴿ و ﴾ من باع شيئًا فإن ﴿ المؤمن ﴾ للمبيع والفوائد تكون ﴿ قبل القبض عليه ﴾ أى على البائع لا على المشتري وذلك ﴿ كالنفقة ﴾ للعبد والعلف للهيمة وأجرة الحفظ ونحو ذلك . ﴿ و ﴾ كذا مؤن ﴿ الفصل ﴾ نحو أن يبيع خشبة من سقف أو حجرًا من جدار أو فصًا من خاتم أو نحو ذلك فإن مؤن الفصل على البائع ، وكذا مؤن قطع الشجر ومساحة الأرض إذا باع أذرعًا معلومة إلا أن يجري عرف بخلافه . ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ الكيل ﴾ والوزن والدرع يكون على البائع لا على المشتري . ﴿ لا ﴾ لو باع الثمرة على الشجرة كالعنب والرطب ونحوهما فإنها لا تلزم البائع مؤن ﴿ القطف ﴾ بل تكون على المشتري ، وكذا حصد الزرع وقطع القصب ونحو ذلك مما جرى به العرف أنه على المشتري . ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ الصب ﴾ إذا كان البائع قد ملأ الكيل فإن صبه على المشتري ولو تعدد الكيل إذا حضر المبيع جميعه . وكذلك مؤن تسليم الثمن كوزنه ونقده وحله وأجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المبايعات تكون على المشتري .

﴿ ولا يجب ﴾ على البائع ﴿ التسليم ﴾ للمبيع ﴿ إلى موضع العقد ﴾ وإنما الواجب أن يسلم المبيع حيث هو إلا أن يشترط عليه تسليمه إلى موضع العقد لزمه الوفاء به ويكون العقد قد انطوى على بيع وإجارة ، وكذا لو جرى العرف بذلك لزمه أيضًا أن يسلمه إلى موضع العقد . وقول الإمام عليه السلام ﴿ غالبًا ﴾ احترازًا من أن يجهل المشتري موضع المبيع عند العقد فإنه يجب على البائع تسليمه إلى موضع العقد فإن علم أنه في موضع فأنكشف أنه في آخر لزم إحضاره أيضًا إلى حيث علم المشتري فإن علم غيبة^(١) المبيع وجهل في أى موضع لم يلزم البائع إحضاره وحيث جهل موضع المبيع فله الخيار في الفسخ ما لم يحضر وهذا ليس من الخيارات الآتية بل خيار مستقل .

(١) وحد الغيبة أن يكون لنقله مؤنة ولو في البلد اهـ .

﴿ فرع ﴾ وأما الثمر فيجب تسليمه إلى موضع العقد ولعل الفرق بين الثمن والمبيع أن المبيع يتعين بخلاف الثمن فلا يتعين فوجب تسليمه إلى موضع العقد .
 وقوله ﴿ أو منزل المشتري ﴾ يعنى ولا يجب أيضاً على البائع تسليم المبيع إلى منزل المشتري ﴿ إلا لعرف ﴾ جرى بذلك كما جرى في الحطب والحشيش والأخشاب حيث كانت عمولة فإن العرف جار في المصر بأن يوصله البائع إلى منزل المشتري لأن العرف الجارى في المعاملات كالشروط في العقد وهذا إذا كان المنزل معروفاً في المصر عند المشتري وإلا فسد المبيع للجهالة فإن كان المنزل خارجاً عن المصر ثبت للبائع الخيار في الفسخ .

﴿ فرع ﴾ ومهما جرى عرف بذلك أو شرط فقد صار بيعاً وإجارة إن كان لمثله أجرة فلو امتنع من الإيصال ولم يتمكن من إجباره أو تمذره بوجه من الوجوه كان للمشتري الفسخ إن أحب أو يسقط من الثمن أجرة المثل لإيصاله بعد تقسيط الثمن على قيمة المبيع وأجرة المثل مثاله : لو كان الثمن اثني عشر والقيمة ستة دراهم وكانت أجرة المثل درهين فإن أضفت الدرهمين إلى الستة صارت ثمانية وبعد ذلك تسقط بقدر الدرهمين من الثمانية الربع منسوباً من الثمن فتسقط من الاثنى عشر ثلاثة إذ هي ربع الثمن وعلى هذا فقس فإن استويا أى كانت أجرة المثل لإيصاله مثل القيمة سقط من الثمن نصفه مقابل إيصال المبيع لأن أجرة المثل إذا كانت ثمانية والقيمة ثمانية صارا ستة عشر فنسبة الأجرة من ذلك النصف ونصف الثمن هو ستة وستاتى مثل هذه النسبة في الإجارة لميب المؤجر .

﴿ ولا ﴾ يجوز أن ﴿ يسلم الشريك ﴾ نصيبه إذا باعه من غير شريكه أو من شريك ثالث لهما وسواء كان غير منقول أم منقولاً مما ليست قسمته إفراداً ^(١) ﴿ إلا بحضور شريكه ﴾ في مجلس التسليم حيث لا يخاف عليه من ظالم وإلا فلا بد من حضوره

(١) فإن كان مما قسمته إفراداً أفزز وعليه أن يصير حصة الشريك إلى شريكه اهـ .

﴿أو إذنه﴾ إذا كان غائباً وإلا فليس له التسليم ولو كان المبيع في نوبته ومتى حضر
 جاز للبائع التسليم ولو كره الشريك وحيث أذن فليس له الرجوع . ﴿أو﴾ أذن
 الحاكم ﴿لأنه يقوم مقامه إذا كان متمرداً عن الحضور والإذن أو كان غائباً مسافة
 بعيدة .

﴿مسئلة﴾ فلو كان المشتري حاكماً أو ولي يقيم واليتم الشريك كان كما إذا سلمه
 بإذن الشريك . ﴿وأ﴾ ن ﴿لا﴾ يكن التسليم في محضر الشريك ولا أذن به ولا
 أذن الحاكم ﴿ضمن﴾ نصيب شريكه ﴿إن أذن﴾ البائع للمشتري أن يقبضه ﴿والقرار﴾
 في الضمان ﴿على الآخر﴾ وهو المشتري أو وكيله ﴿إن جنى﴾ على المبيع ﴿أو علم﴾
 الاشتراك ومعنى ذلك أن البائع إذا غرم لشريكه رجع على المشتري بما غرم إن جنى
 المشتري أو علم الاشتراك . ولو تلف بآية سماوية فأما لو لم يجن ولا علم وتلف نصيب
 الشريك بآفة سماوية كان القرار على البائع وهذا إذا قبضه المشتري بإذن البائع وإلا
 ضمن المشتري مطلقاً سواء جنى أم لا علم الاشتراك أم لا ولو كان البائع قد قبض
 الثمن ، هذا هو الصحيح ولا فرق بينه وبين المنقول وغيره أما لو تلف بجناية من
 غيرها فعلى ما تقدم من التفصيل والقرار على الجاني .

﴿مسئلة﴾ ويصح بيع الشريك في الحيوان من غير شريكه ولو إلى بلد بعيد
 بحيث لا يمكن صاحبه استيفاء حقه .

﴿ولا ينفذ في المبيع﴾ ونحوه ﴿قبل القبض﴾ شيء من التصرفات والمراد
 لا يصح شيء من التصرفات من إجارة أو بيع أو هبة ولو إلى رحمه أو نذراً أو وصية
 أو إنسكاح أمة أو رهن حتى يقبضه المشتري أو وكيله وإلا كان فاسداً هذا في المبيع ،
 وأما فوائده فيصح التصرف فيها قبل القبض وأما المبيع فلا يصح ﴿إلا﴾ ما كان
 استهلاكاً مثل ﴿الوقف والمتق﴾ إذا كانا بمقد صحيح فإن ذلك يصح قبل القبض
 للمبيع ﴿ولو﴾ كان المتق ﴿بمال﴾ كالكتابة ونحو أن يشتري العبد نفسه ويكون

عتقه بأن ينقل نفسه فإن ذلك يصح قبل القبض للمبيع أيضاً لأنه من الاستهلاك .
ومن الاستهلاك أيضاً الجناية كالقتل وكسر الآنية من غير نقل سواء كان بفعله
أو أمره .

﴿ ثم إن تعذر ﴾ قبض ﴿ الثمن ﴾ من المشتري بإعساره أو تمرده أو الحجر عليه
بعد أن أعتق قبل القبض ﴿ فللبائع فسخ ما لم ينفذ ﴾ كالتدبير قبل الموت والكتابة
قبل الإيفاء ويبطل العقد ويعود للبائع ويرد المشتري ما قبض من مال الكتابة وللبائع
﴿ استسماءه في ﴾ العتق ﴿ النافذ ﴾ كالمعتق المطلق والتدبير بعد الموت والكتابة بعد
الإيفاء والاستيلاء قبل الموت أو بمرده وإنما يستسميه ﴿ بالأقل من القيمة ﴾ من
﴿ الثمن ﴾ فأيهما كان الأقل سمي به ويدفعه إلى البائع ﴿ ويرجع ﴾ بما سمي به
﴿ على المعتق ﴾ أي ويرجع العبد بما سمي به على المعتق وهو المشتري ولكن إن نوى
الرجوع وإلا فلا .. أما أم الولد فتسمى بالثمن ولا ترجع بما سمت .. وأما إذا تعذر
الثمن بعد أن وقف المبيع المشتري قبل قبضه استسمى العبد كما في العتق فإن لم يكن
المبيع عبداً استغل الموقوف البائع حتى يستوفي الأقل من القيمة أو الثمن ^(١) ويرجع
المتصرف للوقف بالغلة على الوافق كما يرجع العبد بما سمي هذا ما لم يكن الوقف
مسجداً أو مقبرة قد قبر فيها وإلا بقي الثمن في ذمة المشتري ^(٢) إلى أن يمكن استيفاءه
منه وذلك لتعذر استغلالها .

﴿ ومن ﴾ اشترى عبداً من شخص ثم ﴿ أعتق ما اشتراه ﴾ وكان شراؤه لذلك
العبد ﴿ من مشتر ﴾ له ﴿ لم يقبض ﴾ ذلك العبد حتى باعه قبل القبض فإذا كان العقد
صحیحاً ﴿ صح ﴾ العتق ﴿ إن أعتقه ﴾ هذا المشتري الآخر ، وكذا تصح سائر
التصرفات إلا لشفعة فيه لا به لأنهما لا يجوزان في الفاسد ولا بد من أن يكون

(١) وحيث يزيد الثمن على القيمة يبقى الزائد للبائع في ذمة المشتري اهـ .

(٢) كما لو زاد الثمن على القيمة اهـ .

المتق أو نحوه ﴿ بعد ﴾ أن وقع منه ﴿ القبض بإذن الأولين ﴾ أى بإذن البائع الأول والمشتري الذى باع قبل القبض ﴿ أو ﴾ بإذن ﴿ الثانى ﴾ وهو المشتري الذى باع قبل القبض إذا كان إذنه بعد كونه ﴿ موفراً للثمن ﴾ إلى البائع الأول أو فى حكمه كأن يكون مؤجلاً ﴿ وإلا ﴾ يعتقه بعد قبضه بل قبيل أن يقبضه أو بعد قبضه من دون إذن منهما أو بإذن من الثانى قبيل أن يوفر الثمن إلى البائع الأول أو بإذن البائع الأول ﴿ فلا ﴾ يصح المتق لوقوعه قبل الملك .

﴿ وما اشترى بتقدير ﴾ لفظاً ووقع التقدير بكيل أو وزن لا غيرهما كبعت منك هذا على أنه مائة مدّ أو مائة رطل بكذا أو بعت منك هذا كل مدّ أو رطل بكذا ﴿ و ﴾ قد ﴿ وقع ﴾ تقديره فعلاً ﴿ قبل اللفظ ﴾ بالبيع إيجاباً وقبولاً أو لم يقدر قبل اللفظ وأراد مشتريه أن يبيعه ولو من البائع الأول ﴿ أعيد ﴾ كيله أو وزنه بالفعل بعد لفظ البيع والشراء الأول وذلك ﴿ لبيعه ﴾ الآخر ﴿ حتماً ﴾ أى لزوماً فلا يجوز بيعه قبل إعادة الكيل ولو كان المشتري الآخر مشاهداً لكيل الأول ولم يفارقه فإن باعه بغير إعادة كيل كان فاسداً لما أخرجه الدارقطنى من حديث جابر « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري » ونحوه للبخاري من حديث أبي هريرة بإسناد حسن . فدل على أنه إذا اشترى الشيء مكالبة وقبضه المشتري ثم باعه لم يجز تسليمه بالكيل الأول حتى يكيله على من اشتراه ثانياً . ومن ذلك بعت منى هذا المدّ فلا يصح أن يبيعه إلا بإعادة كيله وإن أشبهه الجزاف من أنه إذا زاد لم يجب رد الزائد ولا تلزم التوفية إن نقص هذا ، وأما إذا ملك بغير الشراء أو بالشراء جزئاً من غير ذكر كيل ولا وزن فإنه يصح بيعه بلا كيل ولا وزن . وكذا لو كاله أولاً ثم قال بعت منك بكذا كان من بيع الجزاف فلا يلزم كيله عند إرادة بيعه . وقوله « وقع قبل اللفظ » أى فلو كاله أو وزنه بعد اللفظ كفى فلا يحتاج إلى كيل أو وزن آخر إذا أراد بيعه وسواء كاله أو وزنه بعد اللفظ

أحدهما أو أجنبي بإذن أيهما . وكذا لو كان المبيع مُدًّا من صبرة ثم كاله البائع للمشتري فقد كفاه كيّله فلا يعاد لإرادة البيع وكذا لو لم يرد المشتري ييمه بل أراد النذر به أو الهبة أو نحو ذلك من سائر التصرفات فلا يجب إعادة تقديره لذلك كما يجب لو أراد ييمه . فعمرت أنه إذا لم يشتري بل ملك بغير ذلك أو اشتري جزافاً أو بتقدير بعد اللفظ أو لم يرد ييمه بل تصرف آخر فإنه لا يجب إعادة ذلك التقدير ولكن مهما جمع الشروط المتقدمة لم يجز ييمه إلا بعد إعادة السكيل أو الوزن وكذا المراجعة والتولية وجعله رأس مال سلم فلا يجوز ذلك كله إلا بعد الإعادة إذ هو بيع في جميع هذه الصور فلا يصح من المسلم إليه أن يبيع رأس مال المسلم أو يسلمه إلى غيره بعد قبضه حتى يعيد كيّله أو وزنه وأما الإقالة للبائع فتصح قبل إعادة ذلك إذ هي فسخ .

﴿واعلم﴾ أن السكيل والوزن ليس أحدهما شرطاً في صحة القبض إذا وقع القبض بدونهما لأن القبض قد حصل دائماً المعنوع ييمه إذا كان على تلك الصورة حتى يعيد كيّله أو وزنه للخبر ، فلو باعه كان البيع فاسداً لعدم التقدير ولكن، يملك في الفاسد بالقبض .

﴿إلا﴾ المقدر ﴿الذروع﴾ والعدود إذا اشترياً بتقدير ولو وقع قبل اللفظ فإنه لا يجب إعادة ذروعه أو عدده لو أراد أن يبيعه لعدم الدليل فيهما ولعدم رجوب رد الزيادة أو توفية النقص فيهما .

﴿ويستحق القبض﴾ للمبيع بأحد أمرين : إما ﴿بإذن البائع﴾ ومهما أذن بالقبض فليس له الرجوع عن الإذن وقوله ﴿مطلقاً﴾ أى سواء كان العقد صحيحاً أم فاسداً فإن المشتري يستحق القبض له بإذن البائع إذا لم يكن المبيع مشتركاً .

«الأمر الثاني» قوله ﴿أو توفيره﴾ جميع ﴿الثنى﴾ على البائع من المشتري أو تبرّع الغير عنه أو كان من البائع تأجيله أو إيراؤه فإنه بعد حصول واحد منها يستحق المشتري قبض المبيع وله أن يقبضه سواء أذن البائع أم لا ، وهذا إما يكون ﴿في﴾

العقد ﴿ الصحيح ﴾ فقط دون الفاسد فلا بد من الإذن له من البائع ولو بعد التوفير ونحوه وإذا استحق المشتري القبض بأى هذين الوجهين جاز له قبض المبيع أينما وجده سواء وجده في يد البائع أم في يد غيره ﴿ فلا يمنع منه ﴾ حينئذ ﴿ إلا ذو حق ﴾ في المبيع وذلك ﴿ كالمستأجر ﴾ فإن له منعه حتى تنقضى مدة الإجارة إذا لم يكن البيع لعذر أو أجاز المستأجر كما تقدم وكذا المستعير لو كان له زرع فله منعه حتى تنقضى المدة وتلزم الأجرة للمشتري من يوم العقد إذ البيع رجوع عن العارية وكذا له منعه حيث يبيع للائفاء أو لرهن الثمن فله الحبس حتى يستوفى وإن يبيع بغير ذلك فهو موقوف كما يأتي فلو قبضه المشتري بغير إذن من المستأجر أو المرتهن فلهما استرجاعه فأو تلف قبل الاسترجاع فللمرتهن أن يرجع على المشتري وتكون القيمة رهنا ويبطل البيع لأنه تلف قبل نفوذه ومتى استوفى كمال القيمة للبائع حيث لم يتساقطا . أما لو أذن المرتهن أو المستأجر بالقبض فلا يكون لهما استرجاعه إذ قد بطل الحق بالإذن .

وقوله ﴿ لا الفاسد السارق ﴾ أى ليس لها المنع وكذا المستعير الذى ليس له الحبس ، والوديع فليس لهؤلاء الحبس بعد علمهم بالبيع وتوفير الثمن في البيع الصحيح أو الإذن من البائع بالقبض ولو كان البيع فاسداً ومثلهم المستأجر حيث تنفسخ إجارته بالبيع وأما إذا لم يكن قد سلم المشتري الثمن أو سلمه والعقد فاسد رآه يمكن قد أذن له البائع بالقبض فلا سكل ممن هو في يده أن يمنعه منه سواء كان في يده بحق أم لا كالغاصب لأنه مأمور بحفظه ورده إلى البائع .

﴿ واعلم ﴾ أن من أخذ المشتري منه أن يطالبه برده إليه إذا أخذه قبل أن يستحق القبض إلا الغاصب والسارق فطالبتهم بالإرجاع إلى البائع أو إلى الحاكم إن كان البائع غائبا .

باب الشروط المقارنة للعقد

هى على ثلاثة أضراب الأول يفسد به العقد ، والثانى يصح الشرط ولا يفسد العقد ، والثالث يلغو الشرط ويصح العقد ، وقد اشتمل هذا الباب على فصلين : أولهما للضرب الأول ، وثانيهما للثانى والثالث . وإنما قال الإمام عليه السلام المقارنة للعقد ليخرج ما تقدم أو تأخر من الشروط المفسدة فإذا انبرم العقد خالياً منها كان صحيحاً ويلغو الشرط .

﴿ ٢٠٣ ﴾ فصل

فى بيان الضرب الأول وهو أن العقد ﴿ يفسده ﴾ من الشروط إما ﴿ صريحاً ﴾ وهو ما كان مصرحاً فيه بأى حروف الشرط « فهو » أى المفسد « ماعلقه بمستقبل » على جهة الدوام نحو بعت منك كذا إن جاء زيد ، أو إذا جاء ، أو متى جاء ، أو إذا أعطيتنى الثمن فقد بعت منك أو إذا جاء غد ونحو ذلك من صريح الشروط مهما تعلق بمستقبل فإنه يفسد العقد ﴿ إلا ﴾ الشرط ﴿ الحالى ^(١) ﴾ فإنه يصح معه العقد وكذا الماضى نحو أن يقول بعت منك هذا إن كان فى ملكى أو إن كنت ابن فلان أو إذا كان قد حصل كذا فإن انكشف حصول ذلك الشرط ثبت البيع وإن انكشف عدمه بطل العقد وإن التمس بين المشتري وإلا حلف البائع على القطع ما يعلم أنه ابن فلان مثلاً وإلا بطل العقد حيث لا بينة ولا عین . . ومن الشرط الحالى ما علق به علم الله نحو إن علم الله أنه يقدم زيد يوم كذا فقد بعت منك فإذا قدم زيد فى ذلك الوقت انكشف صحة البيع لأن علم الله سابق لا لاحق فلا يتوهم فى استقبال التقدم . فلو قال بعت منك هذا الثوب بكذا إن شاء الله لم يصح البيع إلا إذا كان مضطراً

(١) ومعنى الحال أنه متعلق بأمر حاصل فى نفس الأمر لا بأمر يحصل فى المستقبل اهـ .

لأن الله تعالى يشاؤه . « وصفوة القول » أن كل شرط مستقبل إن جىء بلفظ الشرط فهو الصريح يفسد به العقد إلا الحالى فلا يفسد كما تقدم . وإن جىء به على جهة لفظ العقد فهو غير الصريح يفسد به وعليه قوله :

﴿ و ﴾ أما ما يفسد البيع ﴿ من عقدها ^(١) ﴾ أى من عقد الشروط وهو ما جىء فيه . على جهة لفظ العقد بأى حروف « غلب » فهو أى المفسد ﴿ ما اقتضى جهالة في البيع ^(٢) ﴾ كخيار مجهول المدة ﴿ كبت على أن لى الخيار ﴾ أو ﴿ اقتضى جهالة ﴾ صاحبه أى صاحب الخيار حال العقد كأن يقول لأحدنا الخيار أو يقول الخيار إما لزيد أو لعمرو أو يجعل الخيار لشخص مجهول فلو التبس من الخيار بعد تعيينه أو التبت قدر مدة الخيار بعد تعيينها فلا خيار لأيهما لأن العقد قد انعقد صحيحاً فلو شرط الخيار له ولوارثه فلا يصح لأنه وارث مجهول وهو أيضاً يبطل بموت الجاعل فيتبعه المجهول له إلا إذا أوصى له بالفسخ .

﴿ أو ﴾ شرط شرطاً يقتضى جهالة ﴿ في المبيع كعلى إرجاحه ﴾ فى الوزن ولا يذكر قدرأ معلوما والمراد بإرجاحه هنا ارتفاع إحدى كفتى الميزان وانخفاض الأخرى فإن ذلك يفسد العقد لجهالة الرجحة إلا أن تكون قدرأ معلوماً بلفظ أو عرف . وكذا لو شرط الرزم فى الكيل أو جرى به عرف فيفسد لأن الرزم يختلف إلا أن يكون التفاوت يسيراً يتسامح به كما فى كيل الدرة والبر ونحوهما لا فى الزبيب والحنا فلا بد من شرط الرسل وهذا حيث تقدم البيع فإن تقدم الكيل وتأخر البيع صح .

﴿ أو ﴾ شرط ﴿ كون البقرة ﴾ المبيعة ﴿ كلبنا ﴾ أو سميناً فإن ذلك يقتضى الجهالة لأنها صيغة مبالغة فكأنه قال على أن فيها لبناً أو سميناً كثيراً أو الكثير مجهول فيفسد العقد إلا أن يجرى عرف بأنهما للوصف صح البيع كما فى البيان ﴿ ونحوه ﴾ أن يشترط

(١) أضاف العقد إلى الشروط اهـ .

(٢) لأنه إذا كان الخيار مجهولاً كان استقرار العقد مجهولاً اهـ .

كون الفرس مجليا أى سابقا فإن سبق مجهول فيفسد ، ومما يقتضى جهالة فى المبيع أن يبيع ثيابا ويستثنى واحداً لا بعينه فيفسد العقد حيث لا خيار مدة معلومة ومع الخيار يصح سواء كان مستويا أم مختلفا .

﴿ أو ﴾ شرط ما اقتضى جهالة ﴿ فى الثمن ﴾ فيفسد به العقد ﴿ كملى إرجاحه ﴾ ولا يذكر قدراً معلوما ولا جرى عرف بقدر معلوم ﴿ ومنه ﴾ أى ومما يقتضى الجهالة فى الثمن فيفسد به البيع أن يشترط صبرة من موزون أو مكيل ويشترط المشتري ﴿ على ﴾ البائع ﴿ حط ﴾ قيمة ﴿ كذا ﴾ أرطالا أو مكىالا من تلك ﴿ الصبرة ﴾ المبيعة جملة فإن ذلك يقتضى الجهالة فى الثمن إذ القيمة مجهولة غير مقدرة لأنه يرجع فيها إلى القومين وهم يختلفون إلا أن تكون القيمة معروفة عندهم أو كانوا يعمرون عن القيمة بالثمن صح البيع كأن يقول بعت منك هذا التمر على أنه مائة رطل بمائة درهم وأسقطت عنك قيمة خمسة أرطال ويريد ذلك ثمن خمسة أرطال من جملة الصبرة صح أما لو أراد القيمة فلا يصح لما تقدم .

﴿ لا ﴾ لو شرط أن يحط ﴿ كذا من الثمن ﴾ فإنه يصح العقد والشرط **وللمسئلة صور ثلاث :** ﴿ الأولى ﴾ أن يقول بعت منك هذا التمر على أنه مائة رطل بظرفه كل رطل بدرهم أو على أنه مائة بمائة درهم على أن أنقص عنك بحساب الظرف . ﴿ والثانية ﴾ بعت منك هذا التمر الذى فى الظرف على أن التمر مائة رطل بمائة درهم وأسقط عنك خمسة دراهم لأجل الظرف . ﴿ الثالثة ﴾ بعت منك هذا التمر على أنه بظرفه مائة رطل بمائة وأسقط عنك لأجل الظرف خمسة دراهم فإن هذه الثلاث الصور تصح ويثبت للمشتري خيار فقد الصفه وإن زاد رد الزائد وإن نقص حوسب بالناقص .. وأما الصورة الرابعة فلا تصح وهى حيث قال وأسقط عنك قيمة خمسة أرطال وقد تقدمت قبل هذه الصور .

﴿و﴾ من الجهالة في الثمن أن يبيع أرضا ويشترط ﴿على﴾ نفسه للمشتري
 ﴿أن ما عليه﴾^(١) من خراج ﴿هذه﴾ الأرض كذا ﴿درهما﴾ وأتى به ﴿شرطا لصفة﴾
 المراد أتى به شرطا غير صريح ﴿مخالف﴾ ما شرطه في نفس الأمر فيفسد وسواء
 خالف إلى أقل أو إلى أكثر فيفسد العقد لجهالة الثمن أو جهالة المبيع أما إذا وافق
 فيصح ﴿وبصورة الشرط﴾ نحو أن يقول بعت منك هذه الأرض على أن الذى عليك
 من خراجها عشرة دراهم مثلا وقصد البائع أن دفع المشتري يكون عشرة دراهم فإن
 انكشف على أن الأرض أكثر من عشرة أو أقل فسد العقد لأنه إن انكشف
 أن المضروب عليهما خمسة فقد شرط البائع على المشتري خمسة دراهم في كل خراج
 وهذه زيادة في الثمن مجهولة .. وإن انكشف أن المضروب على الأرض أكثر من
 عشرة نحو أن يكون خمسة عشر فقد شرط البائع على نفسه أن يدفع عن المشتري
 الزائد على العشرة من الخراج وهذه زيادة في المبيع مجهولة والأولى زيادة في الثمن
 مجهولة فلا يصح العقد فيهما إلا إذا ذكرت مدة معلومة صح فيها وحيث كان الخراج
 أقل وعينت المدة صح سواء شرط تسليم ما زاد عليه إلى عنده أم إلى الإمام فإنه يصح
 إذا كان ذلك المدفوع مما يثبت في الذمة وحيث كان الخراج أكثر وعينت المدة صح
 أيضا سواء كان المدفوع في جميع المدة أقل من الثمن أم مستغرقا له إلا إذا كان الخراج
 من جنس الثمن ودفع الزيادة في تلك المدة يستغرقه فلا يصح وهذا إذا جعل ذكر
 الخراج شرطا كما تقدم فأما إذا جملة صفة نحو أن يقول على أن الخراج المضروب
 عليها كذا فإنه يصح العقد والشرط فإن انكشف الخراج موافقا لما وصف به أو أقل
 صح ولا خيار وإن انكشف الخراج أكثر كان له خيار فقد الصفة وإذا كان على
 الأرض خراج ولم يذكر البائع حال العقد صح البيع والخراج على المشتري وله الخيار
 إذا كان لا يعلم حال العقد وإن كان عالما فلا خيار .

(١) ما موصوله بمعنى الذى اهـ

﴿ ومنه ﴾ أى وما يقتضى جهالة الثمن ﴿ شرط ﴾ البائع ﴿ الإنفاق من الغلة ﴾ أى من غلة المبيع أو من غيره سواء شرطه لواحد أم لاكثر ﴿ ولو ﴾ كان ﴿ لملومين ﴾ فان هذا يقتضى جهالة الثمن إلا إذا جمل الطعام قدراً معلوماً وجنساً معلوماً صح البيع سواء كانت المدة معلومة أم لا وسواء بين نوعه وصفته أم لا . وهذا إذا أطلق ولم يمين ، أما لو عين ذلك من غلة المبيع أو من غلة غيرها ففسد البيع .

﴿ فرع ﴾ وإذا كان الموضع أن ينفق عليه بقية عمره فالموضع مجهول فيكون كالبيع الفاسد سواء ، فيملكها بالقبض لقيمتها إذا وقع القبض بإذن البائع وللمنفق أن يرجع بما أنفق . ومن أراد صحة ذلك فانهما يتراضيان على عوض معلوم يثبت في الدمة ثم يهب له على ذلك القدر ويأمره أن ينفق عليه منه حتى يموت ويقول إن علم الله تعالى أن يبقى شيء من الموضع بعد موتى فقد أبرأتك منه .

﴿ أو ﴾ شرط في العقد شرطاً ﴿ رفع موجب ﴾ فانه يفسد العقد ﴿ غالباً ﴾ فالشرط المفسد ﴿ كملى أن لا ينتفع ﴾ نحو أن يبيع منه السلامة على أن لا ينتفع بها فان هذا الشرط يرفع موجب العقد لأن العقد يوجب أن المشتري ينتفع بالمبيع ، فلو شرط أن لا يبيع ولا يهب أو لا يعتق أو لا يدخل المبيع بيته ثلاثة أيام أو أكثر أو مطلقاً أو لا يلبس الثوب أو شرط بقاء الثمرة المشتراة ^(١) سواء جرى العرف بيقائها أم لا أو باع نصف دابة أو كلها صالحة للركوب ^(٢) على أن لا يركبها المشتري إلى وقت إزاء الفحل عليها ففسد العقد لأن هذه الشروط كلها ترفع موجب ، وكذا لو شرط البائع على المشتري أن لا يرجع إليه بالثمن عند استحقاق المبيع ففسد لأنه يرفع موجب ، وكذا لو كان الشرط يرفع موجب العقد في الثمن كأن يقول اشتريت منك الدار بمائة على

(١) ولا يصح شرائها إلا بعد صلاحها اهـ .

(٢) فأما لو لم تكن الدابة صالحة للركوب وشرط أن لا يركبها حتى تصلح صح ذلك لأنه لا

يرفع موجب العقد اهـ .

أنك لا تهب الدراهم أو لا تتصرف بها فسد العقد .

وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من صورتين « إحداهما » أن يبيع الجارية على أن لا يطاها المشتري فإن البيع يصح ويلغو الشرط ، وهذا بخلاف ما إذا استثنى البائع وطاها مدة معلومة أو مطلقة فسد العقد . « الصورة الثانية » أن يبيع الجارية على أن يكون ولاؤها للبائع فإن هذا الشرط يلغو ويصح البيع .

﴿ ومنه ﴾ أى ومن الشرط الذى يرفع موجب العقد أن يشرط البائع أو المشتري ﴿ بقاء المبيع ﴾ فى يد البائع ﴿ ولو ﴾ قصد أن يبقى فى يده ﴿ رهنا ﴾ حتى يؤدى المشتري الثمن فإن ذلك يفسد البيع ﴿ لا ﴾ لو شرط ﴿ رده ﴾ إليه رهنا بعد أن يقبضه المشتري فإن هذا الشرط يصح ويصح العقد معه وسواء كان عقداً أو شرطاً ، فإذا امتنع المشتري من رده فللبائع الفسخ .

﴿ تنبيه ﴾ أما لو شرط البائع كفيلاً أو رهناً فى الثمن أو فى المبيع أو شرط المشتري كفيلاً فى الثمن إن استحق المبيع فإنه يصح سواء كان الكفيل أو الرهن معيناً أم لا ، وسواء كان عقداً أم شرطاً فلو امتنع من تسليم الرهن أو امتنع الكفيل فللبائع الفسخ ولا إجبار فى تسليم الرهن لأن من شرط الرهن التراضى .

﴿ و ﴾ إذا شرط البائع ﴿ بقاء الشجرة المبيعة فى قرارها مدتاً ﴾ فسد العقد والشرط لأن ذلك خلاف موجهه فإن قال بحقوقها صح . وكذا لو شرط المشتري البقاء على البائع فسد أيضاً لأن ذلك يكون بيعاً وإجازة مجهولة إلا أن تكون للنفعة فى بقائها وذكر له مدة معلومة صح البيع ، وكذا الاستثناء ، وكذلك لو كان الشرط هو البائع وذكر له مدة معلومة .

﴿ مسألة ﴾ إذا بيعت الشجرة ولم يذكر بقاءها ولا قطعها فإنه يجب قطعها من سواء الأرض إلا أن يجرى عرف بدخول عروقها فإن جرى عرف بأنها تشتري للبقاء كالأشجار التى تثمر كالتوت ونحوه أو تقطع أغصانها فقط من موضع معلوم لشرط

أو عرف كالأثل في بعض النواحي تقطع أغصانه حطباً وتترك أصوله فإن كان إلى مدة معلومة صح البيع وإن كان إلى مدة مجهولة كإلى أن أفرغ لقطعها أو إلى أن يزداد نماؤها أو نحو ذلك ففسد .

﴿ و ﴾ لو اشترى على شرط ﴿ أن يفسخ ﴾ العقد ﴿ إن شفع ﴾ في البيع فإن العقد يفسد بذلك سواء كان الشارط البائع أو المشتري وسواء كانت تستحق فيه الشفعة أم لا لأن ذلك الشرط رفع لموجبه إذ موجبه ثبوت الشفعة .

وقوله عليه السلام ﴿ أو علقه ﴾ أى قيد البيع ﴿ بمستقبل ﴾ ففسد . مثال ذلك ﴿ كملى أن تغل أو تحلب كذا ﴾ أى بمت منك هذه الأرض على أن تكون غلتها في المستقبل كذا ، أو يقول بمت منك هذه البقرة على أن يكون حلبها ما هو كيت وكيت فإن هذا الشرط ونحوه يفسد العقد « وعلى الجملة » فإنه إذا علق نفوذ البيع بأمر يحصل في المستقبل ففسد إلا في هذه الصورة وهو قوله ﴿ لا ﴾ لو باع ثوباً أو فرساً أو نحوهما ﴿ على تأدية ﴾ المشتري ﴿ الثمن ليوم كذا وإلا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يؤد ذلك اليوم ﴿ فلا بيع ﴾ فإنه يصح سواء أتى به عقداً أم شرطاً ولكن يثبت الفسخ للبائع فلو طلبت الشفعة كان ثبوتها موقوفاً على تمام العقد . فلو تلف المبيع في تلك المدة في يد المشتري تلف من ماله إذا تسلم الثمن في ذلك الوقت لأنه قد صح العقد .

﴿ أو ﴾ شرط شرطاً اقترن بعقد البيع ﴿ لا تعلق له به ﴾ ففسد به العقد وذلك ﴿ كشرطين ﴾ في بيع ﴿ أو بيعتين في بيع ﴾ وسواء شرط الخيار لأحدهما إلى مدة معلومة أم لا . مثال الشرطين في بيع : أن يقول بمت منك هذا الثوب بمشرة إن كان الثمن نقداً أو بتسعة أو أحد عشر إن كان نسيئة ، وكذا لو قال بكذا إلى أجل كذا لم يصح البيع بل يكون فاسداً وإن اقتضى الربى كان باطلاً .. ومثال بيعتين في بيع : أن يقول : بمت منك بهذا الثمن على أن تبيعني به كذا .. ومثال الشرط الذي لا تعلق له بالعقد : اشتريت منك نصف هذه الأرض مشاعاً على أن يكون نصيبي عند

القسمة غريباً أو نحو ذلك فإنه يفسد العقد ولو كانت الأرض مستوية .

﴿فائدة﴾ يصح أن تجمع عقود مختلفة في عقد واحد كبيع وإجارة ونكاح أو غيره، مثاله لو قال بعت منك أرضي وأكرت منك أو من زيد داري سنة وزوجتك أو زيدا ابنتي بألف درهم ثم يقع القبول لها جميعاً فيكون الألف ثمنًا وأجرة ومهرًا ويقسم بينها على قدر قيمة الأرض وأجرة المثل في الدار سنة ، ومهر المثل في البنت ، وكذا لو قال بعت منك هذا بكذا على بيعك لي كذا بكذا ، أو قال على زواج ابنتك أو أمتك مني ، وكذلك على إجارة أرضك مني سنة بكذا فيصح الكل بالقبول أو بقوله بعت وزوجت أو أكرت . قال في المعيار : لأنه انطوى العقد على المقدين معًا .

قال الإمام عليه السلام ﴿ ونحوها مما نهى عنه ﴾ شرعاً كسلم وبيع وهو أن يبيع المسلم فيه قبل قبضه فإن البيع يكون فاسداً، أو سلف وبيع وهو حيث يبيع الشيء بأكثر من سعر يومه مؤجلاً فإن البيع يكون باطلاً . وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من أمور نهى عنها ولا توجب الفساد كالنجش وهو رفعة قيمة المروض لا رغبة فيه، والسوم على السوم ونحوها كتنقي الركبان والشراء منهم قبل أن يصلوا البلد وكبيع حاضر لباد لما فيهما من غبن البادي والإضرار بمصالح أهل المصر، إذ الشارع يلاحظ مصلحة الناس وتقديم مصلحة الجماعة على الواحد، لأن البادي إذا باع لنفسه بعد أن يصل السوق انتفع جميع أهل البلد واشتروا رخيصةً .

﴿فصل﴾

﴿٢٠٤﴾

فما يصح من الشروط المقارنة للعقد فتلزم هي والعقد وهو « الثاني من أضراب الباب » وقد أوضحها الإمام عليه السلام بقوله : ﴿ ويصح منها ﴾ ﴿ نوعان ﴾ : « النوع الأول » ﴿ ما لم يقتض الجاهالة ﴾ في أي الثلاثة المتقدمة وهي البيع والمبيع والتمن ﴿ من وصف للبيع كخيار معلوم ﴾ لشخص معلوم حال العقد، فإن جهل بعد

العقد فلا يفسد العقد ولا خيار للمشتري ﴿أو﴾ يكون الشرط وصفاً لا يقتضى الجمالة، أيضاً وهو ﴿للمبيع كملئ أنها﴾ أى البقرة المبيعة ﴿لبون﴾ أى ذات لبن فى الماضى فلو جرى عرف أن لبون وليبنا فى المعنى على سواء استوى حكمهما، فإن كان للمبالغة فى كثرة اللبن فسد البيع وإن كان لوصف بأنها ذات لبن فى الماضى صح البيع .

﴿أو﴾ وصف بأن الأرض أو الشجرة ﴿تفل كذا﴾ وأراد بذلك كونه ﴿صفة﴾ ثابتة ﴿فى﴾ الزمن ﴿الماضى﴾ فيصح العقد والشرط، فلو جعله شرطاً فى المستقبل لم يصح كما تقدم. وفى كونه شرطاً للمستقبل أو صفة فى الماضى يعتبر بشاهد الحال سواء جاء بلفظ الماضى أم المستقبل، فلو اختلفا هل جُمِلَ شرط أو صفة فالقول لمضى الصفة لأنه مدعى الصحة .

﴿ويعرف﴾ حصول الوصف ﴿بأول المستقبل﴾ أى بأول المدة المستقبلة بأن تفل مثل ذلك فى أول ثمرة أو تحلب مثل ذلك فى أول حلبة ﴿مع﴾ سلامة حالها و﴿انتفاء الضار﴾ فى تلك المدة كالبرد ونحوه ﴿وحصول ما يحتاج إليه﴾ ويمتاد للبقرة مثلاً والشجرة والأرض من العلف والمحل والسقى والحرق ونحو ذلك. فأما لو عرض لها ما يضرها أو لم تستمر على معتادها فنقص لبنها أو ثمرها لم يكن له الفسخ بفقد الصفة . فلو اختلفا فى حصول ما يحتاج إليه فقال المشتري قد حصل وقال البائع لم يحصل فالقول للمشتري وعلى البائع البيئته، وكذا لو اختلفا فى حصول الضرر عليها وعدمه فالقول للمشتري أيضاً، أما لو أنكر البائع نقصان اللبن فالبيئته على المشتري، وكذا ينزل الخلاف فى الأرض وتكون الشهادة على إقرار البائع أو مشاهدة النقص إن أمكن .

﴿واعلم﴾ أن الشرط المذكور يصح مع العقد فإن وجد الشرط نفذ العقد وعدم الخيار، وإلا فخيار ففسد الصفة باقٍ، وكذا لو شرط كون الحيوان ثقيلاً صح

ويعتبر العرف في الفتوة ، وكذا يصح لو شرط كونه هلاماً أى حسن السير في سرعة أو ذلولاً أو شرط أن الثوب شامى أو صنعانى أو نحو ذلك صح . ﴿ أو ﴾ كان الشرط تأخير مطالبة ﴿ الثمن ﴾ لا يقتضى جهالة ضح العقد والشرط ﴿ كتأجيله ﴾ مدة معلومة فإن ذلك يصح لا بجهولة كالصيف والخريف واللب والصراب ومجىء القافلة ونحو ذلك من الآجال المعلقة بوقت غير معلوم فلا يصح . ويصح أيضاً لو شرط المشتري على البائع أن يعطيه في الثمن رهناً أو كفيلاً إن استحق المبيع .

﴿ النوع الثانى ﴾ مما يصح فيه العقد والشرط قوله ﴿ أو ﴾ شرط شرطاً ﴿ يصح افراده بالعقد كإيصال ﴾ إلى ﴿ المنزل ﴾ أى إلى محل معلوم وذلك نحو أن يشتري منه طعاماً أو نحوه على أن يوصله البائع إلى منزل المشتري فإن ذلك يصح كما لو استأجره على ذلك من دون بيع ، وكذا لو اشترى منه زرعاً على أن يحصده البائع صح ذلك لأنه من تمام العقد فإن لم يف البائع بما شرط عليه أجبر إن أمكن وإلا كان للمشتري الخيار فإن اختار تمام البيع كان تقسيط الثمن على قيمة المبيع وأجرة المثل بالنسبة كما تقدم أثناء فصل ٢٠٢ .. أما لو كان الشرط لا يصح إفراده بالعقد كأن يشتري فصيلاً ويشترط على البائع إرضاعه فإن الشرط لا يصح ويفسد العقد لأن إرضاع الفصيل لا يصح إفراده بالعقد لعدم صحة الاستئجار على الرضاع لتضمنه بيع المعلوم ، وهذا بخلاف ما لو باع البهيمة وشرط البائع أن ترضع ولدها مدة معلومة فإنه يصح لأنه بيع واستثناء لا بيع وشرط ، وكذا لو شرط البائع الركوب إلى موضع معلوم صح ، ومنه أى ومن هذا الشرط الذى يصح إفراده بالعقد أن يشتري شجرة ويشترط المشتري على البائع ﴿ بقاء ﴾ تلك ﴿ الشجرة ﴾ في قرارها ﴿ مدة معلومة ﴾ فإن هذا يصح كما لو استأجر مكان تلك الشجرة ، وكذا لو كان الشارط البائع لمصلحة في بقائها كمدّ الأنواب عليها للشمس وذكر له مدة معلومة صح البيع ، فإن لم تكن له منفعة في بقائها فلا يصح لأنه رفع موجب .

﴿ أما الضرب الثالث ﴾ ﴿ و ﴾ هو ﴿ ماسوى ذلك ﴾ الذى ذكر من الشر
 فى الضربين الأولين ﴿ ف ﴾ ي ﴿ لنو ﴾ الشرط لعدم ثروته ويصح المقعد ، مثال ذلك :
 أن يشترط على المشتري أن يطاء المبيعة أو يمتقها أو أن لا يطاءها أو أن الولاء للبائع
 فلا يلزم الشرط : ﴿ و ﴾ لكن إذا شرط ما هذا حاله ﴿ ندب الوفاء ﴾ بالشرط حيث
 لا يأتى به فلو شرط عليه أن لا يطاء الأمة فيندب له أن لا يطاءها إلا أن يخشى وقوعها
 في محذور فيحسن منه ترك الوفاء . أما لو شرط عليه أن يطاء الأمة وهى رضىته
 فيحرم عليه الوفاء . ﴿ و ﴾ من حكم هذا الشرط أنه ﴿ يرجع ﴾ على المشتري ﴿ بما
 حط ﴾ له من القيمة ﴿ لأجله ﴾ أى لأجل الوفاء بالشرط فيرجع بذلك ﴿ من لم يوف
 له ﴾ أى من لم يحصل له الوفاء ﴿ به ﴾ وهو البائع . وصورة ذلك أن تكون قيمة العبد
 ألفاً فيبيعه بتسماية ويشترط عتقه نحو أن يقول بت منك هذا العبد بتسمائة على أن
 تمتقه فإذا لم يف بالمتق رجع عليه البائع بمائة . وهكذا لو تواطأ البائع والمشتري
 على ذلك قبل المقعد ، واعلم أن الحط إنما يكون من القيمة لا من الثمن لأن الثمن
 إنما يلزم بعد القبول ، فالإبراء قبله لا يصح وبعبه يكون إسقاطاً معلقاً على شرط لا تعلق
 له بالمقعد .. أما لو تواطأ البيعان على غرض قبل المقعد نحو أن يقول بت منك أراضى
 بمائة ومع المشتري أراضى قد تواطأ هو والبائع على بيعها من البائع فامتنع المشتري بعد
 الشراء عن بيع أرضه إلى البائع كان للبائع الخيار فيما باعه منه ، وهذا إذا جرى
 العرف بأن المتواطأ عليه كالمشروط حال المقعد وتصادقا على ذلك التواطؤ وإلا
 أقيمت البينة على الإقرار ، وإلا حلف المشتري .

﴿٢٠٥﴾ (باب الربويات)

الربا في اللغة هو الزيادة ، وأما في الشرع فهو على وجهين منه ما يسمى ربي لأجل الزيادة ومنه لأجل النساء . والمراد بالنساء عدم التقابض قبل الافتراق أو عدم الوجود في الملك .

(فصل)

وتنقسم الربويات باعتبار المالين اللذين يباع أحدهما بالآخر إلى ثلاثة أقسام : إما أن يختلفا في الجنس والتقدير ، أو أحدهما ، أو يتفقا .

١ ﴿فالأول﴾ إذا اختلف المالان في الجنس والتقدير بالكيل والوزن ﴿نحو أن يبيع لحما بشعير فإنهما مختلفان في الجنس وكذا في التقدير إذ الطعام مكيل واللحم يعتبر في الربا موزونا ويشترط وجوده في الملك ، وعند ذلك ﴿يجوز التفاضل﴾ هنا إما باعتبار القيمة أو باعتبار لو قدرا بتقدير واحد كالوزن مثلا لفضل أحدهما على الآخر ﴿و﴾ يجوز ﴿النساء﴾ المراد به عدم التقابض قبل الافتراق . قال الإمام عليه السلام : وإنما قلنا بالكيل والوزن لأنه لا عبرة بما سواهما من الذرع والعدد، وسواء اتفق فيه الجنسان أم اختلفا .

﴿و﴾ القسم الثاني ﴿إذا اختلف المالان﴾ في أحدهما ﴿إما في الجنس دون التقدير كبرّ بشعير، أو في التقدير دون الجنس كحب بر بخبزه موزونا﴾ ﴿أولا تقدير لهما﴾ بكيل ولا وزن رأسا كحيوان بحيوان ودار بدار وضيفة بضيفة وثوب بثوب سواء اتفق الجنس كفرس بفرسين أم اختلف كفرس ببيعيرين فإنه يجوز في هذين الوجهين ﴿التفاضل فقط﴾ أي لا النساء وهو عدم التقابض في المجلس فلا يجوز ، والمراد بالتفاضل - مما لا تقدير له - التفاضل في القيمة ، فأما لو اختلف الجنس وكان

أحدهما مقدراً دون الآخر جاز النساء أيضاً كفرنس بطعام ونحو ذلك .

وحيث اختلف المالان في الجنس دون التقدير أو العكس أولاً تقدير لهما جاز التفاضل لا النساء ﴿ إلا ﴾ في صورتين فيجوز فيهما التفاضل والنساء : « إحداهما ﴾ (الموزون) أو المكيال أو ما لا تقدير له إذا بيع ﴿ بالنقدين فكلاهما ﴾ يجوز فيه التفاضل والنساء نحو أن يبيع رطلاً من اللحم بقفله من الدراهم المضروبة أو من الدنانير المضروبة فإنهما هنا اتفقا في التقدير ولم يحرم النساء ولا التفاضل وكذلك سائر الموزونات إذا بيعت بأحد النقدين جاز التفاضل والنساء وكذا المكيال وما لا تقدير له إذا قوبل بالنقد جاز التفاضل والنساء إلا أن يقابل النقد موزوناً من الذهب والفضة كالسبائك ونحوها . كأن يبيع سبيكة قدر درهين بدرهم فلا يصح .

﴿ الصورة الثانية ﴾ أن يبيع ﴿ نحو السفرجل برمان ﴾ أو نحوه ﴿ سلماً ﴾ مع تكامل شروطه فإنه يجوز التفاضل هنا والنساء وهكذا لو أسلم تقاحاً في حطب أو نحوه ذلك مما يجوز في السلم لأنهما اختلفا في الجنس ولا تقدير لهما . وجاز النساء هنا مع التفاضل لكون ذلك سلماً . أما لو كان بيماً جاز فيه التفاضل لا النساء مطلقاً اتفق الجنس أم اختلف لأن ذلك قينى .

﴿ وضابطه ﴾ أن القيمي إذا اتفق جنسه اشترط الملك لهما معاً والتعاقبض في المجلس وإن اختلف نحو إبل يبيع ونحو ذلك لم يشترط إلا وجودهما في الملك فقط دون التعاقبض ، فإن كان أحدهما قيمياً والآخر مثلياً اشترط وجود الملك في القيمي دون المثلي ، وإن كانا مثليين اشترط ملك أحدهما مع التعاقبض والمراد بالتعاقبض فيما هذا حاله أن يكونا في المجلس .

﴿ القسم الثالث ﴾ من الرويات قوله ﴿ فإن اتفقا ﴾ أى المالان ﴿ فيهما ﴾ أى في الجنس والتقدير فإن كانا من جنس واحد مكيلين معاً أو موزونين معاً كالبر بالبر والذهب بالذهب والفضة بالفضة والملح بالملح ولو كان أحدهما برياً والآخر بحرياً فهما

جنس واحد وكذلك القطن والفزل هما جنس واحد ﴿ اشترط ﴾ في صحة بيع أحدهما بالآخر ﴿ شروط خمسة ﴾ .

﴿ الأول ﴾ ﴿ الملك ﴾ فن حقهما أن يكونا موجودين في ملك المشتري والبائع ولا يجب أن يكونا حاضرين حال العقد ، بل اللازم أن يكونا في الملك حال العقد مع التقابض في المجلس كما سيأتى . أما بيع النقد بالنقد فلا يشترط وجودهما في الملك كما سيأتى في الصرف .

﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ ﴿ الحلول ﴾ فلا يكون فيه تأجيل فلو علق العقد بشرط التأجيل مدة زائدة على قدر المجلس أم بقدر المجلس لم يصح العقد ولو تقابضا في المجلس لأن العقد لم يقع على الوجه الصحيح .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ « عدم الخيار » فلو ذكر في العقد خيار ولو بقدر المجلس فسد « إلا أن يبطل في المجلس » صح العقد لأنهما لا يفرقان إلا وقد أبرم العقد .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ ﴿ تيقن التساوى حال العقد ﴾ أى لا بد من التيقن في أنهما متساويين ، فلا يكفى الظن ، فلو لم يتيقن تساوى المتقاييلين في السكيل أو الوزن حال العقد لم يصح ، فلو قال بعت منك هذا البر بهذا البر إن كانا متساويين لم يصح ولو علم تساويهما بمد العقد في المجلس فلا يصح . وقوله حال العقد هو قيد في الأربعة الشروط المتقدمة . وهذا ما لم يدخل فيه مكائلة أو موازنة نحو بعت إليك صاعا من هذا بصاع من هذا فيصح إذ اليقين حاصل عند العقد . واعلم أنه لا ريب في المعاطاة ولو تيقنت الزيادة .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ ﴿ التقابض ﴾ فلا تكفى التخليية بل لا بد أن يقبض كل من المتابمين أو وكيلهما من الآخر ﴿ في المجلس ^(١) ﴾ قبل الافتراق ﴿ وإن طال ﴾

(١) وأولى من هذه العبارة وما تبعها قوله في فتح القفار: « وتقابض قبل تفرق المتابمين » اهـ .

بأوقات كثيرة صح مهما وقع القبض قبل التفريق ﴿أو انتقل البيعان﴾ من مكان العقد إلى جهة أخرى لم يضر انتقالهما ﴿أو أغمى عليهما﴾ أو على أحدهما ثم أفاق وحصل التقاض قبل الافتراق ، وكذا لو جنَّ أحدهما ناب عنه وليه بالقبض قبل الافتراق لا لو مات أحدهما بطل العقد .

﴿أو أخذ﴾ أحد المتبايعين ﴿رهناً أو﴾ وقعت ﴿إحالة﴾ بما عليه لا بماله وهذا في النقدين فقط لا في غيرها لأنه لا يشترط ملكهما كما سيأتي في الصرف . ﴿أو﴾ حصلت ﴿كفالة﴾ لم يبطل العقد . ومهما حصل شيء مما ذكر لم يبطل العقد ﴿ما لم يفتراق﴾ قبل التقاض فلو تأخر قبض المالين أو أحدهما إلى بعد الافتراق بطل العقد وإن تأخر بعض المالين بطلت حصته . وحد الافتراق في الفضاء أن لا يسمع أحدهما خطاب الآخر الخطاب المعتاد ، وفي الملاء خروج أحدهما من المنزل الذي هما فيه أو يصعد أو يهبط .

﴿لا﴾ لو تدارك متدارك لأحد البيعين بما يستحقه ثم إنه ذهب إلى ذلك ﴿المدرک﴾ عن المجلس قبل أن يفى بما ضمن به لم يبطل العقد بفراقه مهما لم يفترق البيعان قبل القبض وكذا الحال عليه . ﴿و﴾ اعلم أن المال إذا كان في ذمة أحدهما أو كلاهما فإن ﴿ما في الذمة﴾ يكون ﴿كالخاضر﴾ فلو كان في ذمة رجل لرجل طعام فقضاه من جنس ذلك الطعام أو من غير جنسه صح ، ولو كان في التحقيق مشترياً لما في ذمته بهذا الطعام ولهذا لو أتى بلفظ البيع صح ، وكذا ما في الذمتين كالخاضر فيجوز أن يبيع ما في ذمة صاحبه بما في ذمته مع اختلاف الجنس أو النوع أو الصفة ، فأما مع الاتفاق فيتساقتان كما سيأتي في القرض ، وما في الذمة كالخاضر «إلا في رأس مال السلم» فلا يصح أن يكون ما في الذمة رأس مال ومن شرطه القبض في المجلس ولأنه يصير من بيع الكالئ بالكالئ كأن يبيعه مُدًّا يكون في ذمته أو بمد قد صار في ذمته من قبل وذلك لا يصح .

﴿ والحبوب ﴾ كالبر والشعير والذرة والدخن والطمف ﴿ أجناس ﴾ مختلفة كل جنس مخالف للآخر: فالبر مع تنوعه جنس واحد، والعلس جنس آخر ﴿ وكذلك الثمار ﴾ كالتمر والمان والسفرجل وما أشبه ذلك أجناس مختلفة. والعنب والزبيب جنس واحد، وكل جنس من أنواعه جنس واحد، والخل تابع للثمار في تجنسه ﴿ واللحوم ﴾ من أصناف الحيوانات ﴿ أجناس ﴾ وكذلك جلودها: فالضأن والماعز والظباء والأوعال في البيع جنس، وكذا البقر وحشيتها وأهلها، والجواميس في البيع والزكاة جنس، وحمار الوحش والإبل جنس. والطير أجناس وصيد البحر أجناس.

﴿ وفي كل جنس ﴾ من الحيوان ﴿ أجناس ﴾ فالكبد والقلب والكروش والرئة والطحال والكلى وشحم البطن والماء والإلية^(١) كل واحد منها جنس واللحم وشحم الظهر جنس واحد. ولا يجوز بيع الشيء بالمطبوخ منها ولو تساوت، والسمن ﴿ والألبان تتبع ﴾ اللحوم: فلبن الغنم والبقر والإبل أجناس وكذلك السمن، والإهال^(٢) يتبع اللحوم ولا يتبع السمن.

﴿ والثياب سبعة ﴾ أجناس وهي: الحرير والكتان والخز والقطن وصوف الضأن ووبر الإبل وشعر المعز، فهذه هي مواد أجناس الثياب المعروفة قبل النسيج، وثمة أجناس الآن سواها من الأشجار وغيرها فكل جنس له حكمه. وأما بعد النسيج فهي مما لا تقدير له فيجوز التفاضل فيها لا النساء ﴿ والمطبوعات ﴾ من المعادن وهي ما ألانها النار وجرت عليها المطارق ﴿ ستة ﴾^(٣) أجناس: الذهب الأبيض والأصفر، والفضة والنحاس

(١) هي التربة في العرف اهـ.

(٢) هو في العرف الودك اهـ.

(٣) وجعل أجناس المطبوعات ستة أو سبعة هو باعتبار ما كان معروفًا في الزمن السابق، أما في هذا الزمن فقد بلغت إلى اثني عشر جنسًا ومن ذلك ما هو غير معروف عندنا الآن فلا حاجة إلى ذكرها اهـ.

الأحمر والرصاص الأبيض والأسود، والشبه وهو النحاس الأصفر. وإنما قيل له ذلك لأنه يشبه بالذهب، والسادس الحديد^(١)، والسابع الفلز^(٢) وهو النحاس الأبيض المعروف بالجسد. ﴿فإن اختلف التقدير﴾ في جنس من الأجناس الستة^(٣) المنصوص عليها أو في غيرها من الأجناس بأن كان في البلد يباع بالكيل أو بالوزن ﴿اعتبر الأغلب في﴾ تقدير ﴿البلد﴾ أي بلد البيع وميلها، فإن استويا أو التبس الأغلب غلب جانب الحظر فلا يباع إلا مثلاً بمثل وبدأ بيد، وإذا بيع بغير جنسه حينئذ فيقدر بتقدير ما يقابله ولا يجوز فيه النساء. نعم فلو اختلف التقدير باختلاف الجهات بأن كان يكال في بلد ويوزن في أخرى كالزبيب اعتبر بلد البيع وتعتبر كل بلدة بعادتها.

﴿فإن﴾ بيع الجنس بجنسه و﴿صحب أحد المثلين﴾ جنس ﴿غيره﴾ دخل في البيع على جهة الاتفاق لا لقصد الحيلة. والمصاحب ﴿ذو قيمة﴾ إذا كان قيمياً أو لا يتسامح الناس بمثله إذا كان مثلياً ﴿غلب المفرد﴾ مثاله: لو باع مدأ برأ بمد بر ودرهم فإن ذلك لا يصح بل لا بد أن يكون الطعام المنفرد عن الدرهم أكثر من مد لأنه إذا لم يكن أكثر أدى إلى الربا إذ يكون بعض المد بالدرهم وبعضه بالمد فيؤدي إلى بيع الجنس بجنسه متفاضلاً وذلك ربي. أما إذا كان المنفرد أغلب نحو أن يكون زائداً على المد كان المد مقابلاً للمد وكانت الزيادة مقابلة للدرهم^(٤) ولو قلت قيمتها عن الدرهم إذا اتفق ذلك ولم تقصد به الحيلة، فإن قصدت فلا يجوز إلا إذا كانت قيمة

(١) والذكر والذكير من الحديد أبيسه، وأجوده يزداد في رأس الفأس وغيره وهو في العرف الهندوان اهـ.

(٢) يجعل منه القدور المظلم المفرغة.. أو هو خبث الحديد، أو جواهر الأرض كلها، أو ما ينفيه الكبير من كل ما يذاب منها، أو هو الصرفان أي النحاس والرصاص الأبيض إذا أذيا اهـ.

(٣) وهي:

ذهب فضة وبر شعير ثم تمر والملح مثل بمثل

(٤) وهذه الصورة من مسائل الاعتبار لما كان يتم فيها زيادة الجنس المنفرد اهـ.

الزيادة تساوى ما قابلها وهو الدرهم فى هذا المثال ، فلو كان المصاحب لأحد المثلين لا قيمة له أو يتسامح الناس بمثله كان وجوده كعدمه وصح بيع المد بالمد مع هذا المصاحب اليسير إذا كان من غير جنس المتقابلين وإلا فلا يجوز البيع إلا مع تيقن التساوى التام بلا أدنى زيادة ولا نقصان .

﴿واعلم﴾ أنه يصح بيع الزيت برائب فيه الزيت أقل، والسليط^(١) بجلجلان فيه السليط أقل، والزيت بزيتون فيه الزيت أقل والبر المنسلل ببر فى سنبله وفى السنبل البر أقل ، والبر بأرض مزروعة برأ قد حصد والبر فى الزرع أقل، فلا بد فى كل ذلك أن يكون المفرد أكثر من المصاحب إذا كان بعدد المصاحب له قيمة لثلاث تحصل الزيادة، فإن لم يكن له قيمة اعتبر التساوى . ويصح بيع سيف محلى بفضة بدراهم إذا كانت الفضة فيه أقل من الدراهم ولكن لا بد من التقابض قبل الافتراق لأنه يبيع وصرف ويجوز بيعه بدنانير ولو كان وزن الفضة فيه أكثر من الدنانير . ولا بد من التقابض قبل الافتراق فيما يخص الحلية لأن ذلك صرف ، فلو لم يحصل التقابض بطل العقد فى الحلية فقط ويثبت الخيار لها فى السيف لأن فصل الحلية عنه مضر ، وكذا يصح بيع دراهم مفضوشة بدراهم مفضوشة وغش كل واحدة قيمة للفضة .

﴿ولا يلزم﴾ فى المتقابلين التغليب لأحدهما على نفسه ﴿إن صحبهما﴾ معاً جنس آخر وذلك نحو أن يبيع مدبرٌ وثوباً موجوداً فى الملك بمدبرٍ ودرهم فلا يلزم تغليب أحد المدين .

﴿فرع﴾ فلو باع خبزاً مسمماً بمثله وزنا جاز التفاضل للاعتبار ، وكذا يجوز بيع الدراهم المغشوشة بمثلها مفضوشة وغش كل يقابل فضة الآخر ، وهذه من مسائل الاعتبار .

(١) وصورة الاعتبار فى ذلك أننا نعتبر السليط الموجود فى الجلجلان مقابلًا لمثله من السليط، وعصارتها تقابل المقدار الزائد من السليط، وكذا يكون الاعتبار فى نظائره اهـ .

﴿و﴾ حيث يغلب المفرد ﴿لا﴾ يلزم ﴿حضور﴾ ذلك ﴿المصاحب﴾ للجنس الآخر ولا يلزم فيه القبض قبل التفرق لأنه مخالف لما قبله في الجنس . ﴿و﴾ كذلك إذا كان مع كل واحد من الثلثين مصاحب فانه ﴿لا﴾ يلزم حضور ﴿المصاحبين﴾ ولا يلزم التقابض قبل الافتراق : مثال ذلك أن يبيع صاعين حنطة وثوباً بصاعين حنطة ودينار فانه لا يجب قبض الثوب والدينار قبل الافتراق ولا قبض الحنطة أيضاً في هذه الصورة لأنه يجوز أن تكون الحنطة مقابلة للجنس الآخر المصاحب، والعقد إذا احتمل وجهي الصحة والفساد حمل على الصحة عندنا .

وقوله ﴿غالبا﴾ احتراز من بعض الصور وذلك أن يشتري رطلاً عسلاً مع رطل حديد برطل عسل مع رطل نحاس فانه يجب التقابض قبل الافتراق لأننا إن قدرنا أن العسل من الطرفين مقابلاً للحديد والنحاس لم يجز النساء لأن المتقابلين هنا وإن اختلفا في الجنس فقد اتفقا في التقدير وهو الوزن فلا يجوز النساء ، وكذلك لو قدرنا أن العسل مقابل للعسل والنحاس للحديد لم يجز النساء أيضاً فيجب التقابض قبل الافتراق على كل حال .

﴿مسئلة﴾ وإذا اتفق المبيع والتمن في الجنس لا في الكيل والوزن فانه يجوز التفاضل فيهما وسواء كان مع أحدهما أو مع كليهما جنس آخر أم لا ولكن يجب تقابضهما قبل الافتراق ، وإذا صحبهما جنس آخر وهو مثلي فيجوز أن لا يكون موجوداً في الملك وإذا كان قيمياً فلا بد من وجوده لأنه مبيع فيشترط وجوده في الملك لعدم صحة ثبوته في الذمة .

﴿فصل﴾

﴿٢٠٦﴾

﴿ويحرم﴾ ولا يصح البيع ويكون باطلاً في ﴿خمس عشرة مسئلة﴾ ورد بها النهي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وهي ﴿بيع الرطب﴾ ما دام رطباً ﴿بالتمر﴾

الذى قد جف ويبس فإن البيع باطل ﴿ و ﴾ لا يجوز بيع ﴿ العنب بالزبيب ونحوهما ﴾ مما لا يعلم التساوى فيهما ، وذلك كبيع البر المقلو ببر غير مقلو ، أو المبلول باليابس أو الحليب بحليب فيه ماء ، أو البر بالدقيق فإن ذلك كله لا يصح ولا يجوز لأن المتقابلين متفقان جنساً وتقديراً ولا يمكن العلم بالتساوى فيهما ، وإذا أمكن العلم بالتساوى كبيع الحنطة بالدقيق والمبلول بغير المبلول وقد علم التساوى فيهما قبل الطحن والبلل جاز . أما بيع المقلو بالمقلو أو بغير المقلو فلا يجوز ولو علم تساويهما قبل القلى لأن النار تأخذ من المقلو ولا يعلم من أيهما أخذت أكثر ولهذا لا يجوز ولو قدر المأخوذ شيئاً يسيراً .

﴿ فرع ﴾ ويحرم بيع الرطب بالتمر ونحوهما كما تقدم سواء كانا موزونين معاً أم مكيلين أم مختلفين فإن البيع باطل . ﴿ واعلم ﴾ أنه يجوز بيع العنب بالعنب حيث هو مقدر وبيع الدقيق بالدقيق إذا اتفقا نمومة وخشونة وإلا فلا لأن المكيال يأخذ من الناعم أقل من الخشن وبيع الزبد بالزبد كل ذلك يبدأ بيد مثلاً بمثل فلا يعنى عن التفاوت بين المتقابلين ولو كان يسيراً مهما كانا من جنس واحد مقدرين بمقدار واحد أما إذا لم يكونا مقدرين فإنه يجوز التفاضل بينهما ولكن لا يجوز النساء .

﴿ و ﴾ « منها » أنه يحرم ولا يصح بيع ﴿ المزبنة ﴾ وهى بيع التمر على النخل بتمر مكيل أو غير مكيل فإن ذلك لا يجوز لعدم تيقن التساوى ﴿ إلا ﴾ ما رخصه النبي صلى الله عليه وآله وسلم فى حق ﴿ المرايا ﴾ وهم الفقراء ، قيل سموا بذلك لتعريضهم عن الملك أولتهم أبداً عن الثياب ، ولكن لا يجوز لهم شراء الرطب على النخل بخصره تمرأ إلا فيما دون النصاب ويعتبر أن يكون الرطب على رؤوس الأشجار ، ويجوز لهم ذلك ولو كان التمر مؤجلاً ، ولا يجوز لهم شراء العنب بالزبيب ونحوهما مطلقاً .

﴿ و ﴾ « منها » أنه يحرم ﴿ تلقى الجلوبة ﴾ إلى أسواق المسلمين أو الذميين ليشتريها قبل ورودها إلى حيث تباع ، أو البيع من الواصلين ، وإنما حرم ذلك لأمرين :

« أخذها » أن التلقى يخدع الجالبين ، ولهذا لو وقع البيع ثبت للواصل خیار الفرر ولو لم يحصل من التلقى تقرير . « الأمر الثاني » أن الضميف من أهل المصر لا يمكنه التلقى ويحرم التلقى سواء قصده أم لا ، وسواء أراد الشراء أم البيع من الواصلين ، وسواء كان التلقى فوق البريد أو دونه ولو في المدينة في غير الموضع الذي تباع فيه . وسواء كان بيت التلقى في المدينة أم خارجها ، وسواء قصد الجلاب البيع في السوق أم حيث ما يجد فإنه يحلوم التلقى على كل حال رعاية للمصلحة العامة كما تقدم آخر فصل ٢٠٣ .

﴿ و ﴾ « منها » ﴿ احتكار ﴾ الماء و ﴿ قوت الآدمى والبهيمة ﴾ المحترمة الدم ولكن لا يحرم الاحتكار إلا بشروط أربعة : ﴿ الأول ﴾ أن يكون قوتاً أو ماء لآدمى أو بهيمة محترمة الدم ، ولا فرق في جميع الأقوات ، فلو كان غير ذلك جاز إلا أن الكسوة والدواء وما يمشي لآدمى إلا به إذا امتنع المالك عن بيع ذلك عند خشية التلف أو الضرر على الناس جاز إجباره على البيع .

﴿ والثاني ﴾ أن يحتكر ﴿ الفاضل عن كفايته و ﴾ كفاية ﴿ من يمون ﴾ وهم أولاده وزوجته ونحوهم فإذا كان له غلة واحتكر الفاضل عن كفايتهم ﴿ إلى الغلة ﴾ ولو قريباً فهو عند اجتماع بقية الشروط احتكار وحينئذ يكاف البيع ، وسواء تربص بذلك الغلاء أم لا .

﴿ والثالث ﴾ أن يحتكره ﴿ مع الحاجة ﴾ إليه وذلك عند خشية التلف أو الضرر ولو على واحد من الناس .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أن يحتكر ذلك مع ﴿ عدمه ﴾ أى مع عدم وجدان مثله في البريد أو دونه .

﴿ إلا ﴾ معه أو ﴿ مع ﴾ محتكر ﴿ مثله ﴾ فيحرم الاحتكار عند اجتماع هذه الشروط . ولا فرق بين أن يكون من زرعه أو شراء من المصر أو من البادية ، وسواء

قصد الاحتكار عند الشراء أم لا ﴿ فيكلف ﴾ حينئذ ﴿ البيع لا التسعير ﴾ ولو كان مصنوعاً أى لا يكلف أن يجعل سعره كذا بل يسعره كيف يشاء، فإن امتنع عن البيع فلا إمام أو الحاكم أن يبيعا عنه بثمن المثل. وهذا إنما هو ﴿ في القوتين فقط ﴾ فأما سائر المبيعات فالتسعير فيها جائز كاللحم والسمن ونحوهما رعاية لمصلحة الناس ودفع الضرر عنهم ولكن لا يكلف البيع إلا في الماء وقوتى الإنسان والحيوان فيما لا يعيش إلا به كما تقدم لا فيما عدا ذلك، وكذا الإمام يجب عليه عند تضرر الناس بإخراج المدخر من الأقوات لأنها من أموال المسلمين ولهم ادخرت فهم أحق بها عند حاجتهم وتضررهم إلا أن يخشى في الحال استئصال قطر من أقطار المسلمين إن أخرجه فلا يجب عليه .

﴿ و ﴾ « منها » ﴿ التفريق بين ذوى الأرحام المحارم في الملك ﴾ فن ملك رقتين فصاعدا بينهما رحم محرمة ، وذلك كأن يملك أخوين أو أمًا وولدها أو ولدًا وخاله أو خالته أو عمته أو نحو ذلك فلا يجوز له أن يفرق بينهما بأن يبيع أحدهما أو بمضه أو يهبه أو ينذر به أو نحو ذلك بما يخرج عن ملكه وسواء أخرج الكبير أم الصغير فإن فعل أثم وكان البيع فاسداً لا أن يبيعهما معاً إلى واحد بمقد واحد فيجوز أو يبيعه إلى رحمه أو يبيعه من نفسه وإلا فلا يجوز ﴿ حتى يبلغ الصغير ﴾ ويفيق المجنون ، وسواء بقى للصغير مع المالك الأول رحم أو لا فلا يصح أن يبيع الأب مثلاً ويبقى الولد وأمه ﴿ وإن رضى الكبير ﴾ بالتفريق فلا يجوز لأنه ليس الحق له فلا يبيعه الرضا . وإنما قال « في الملك » احترازاً من التفريق بالعتق أو الوقف أو الجهات أو بالقسمة بين الورثة أو تسليمه بجنابته فإنه يجوز أن يعتق أحدهما دون الآخر أو يوقفه أو يجعله في جهة والآخر في جهة ولو حصل معه الضرر . واعلم أن تحريم التفريق إنما هو خاص بالآدميين ، أما سائر الحيوانات فيجوز التفريق بين البهيمة وولدها بمد استثنائه عن اللبن إذا كان مما لا يذبح وإلا فجائز مطلقاً .

﴿ و ﴾ « منها » ﴿ النجش ﴾ ^(١) وهو في الشرع الزيادة في ثمن المروض للبيع لاليشتره بل ليفر بالشراء غيره، أو ليحتر البائع عن البيع إلا بما قد وقع فذلك محرم على فاعله، وإذا كان مراده بالزيادة ليفر غيره بالشراء فإذا كان ذلك بمنابة البائع ثبت للمشتري الخيار وإلا فلا خيار له .

﴿ و ﴾ منها ﴿ السوم على السوم ﴾ بعد التراضي قبل أن يقع البيع بينهما كأن يكون قد اتفق مالك السلعة والراغب فيها على البيع ولم يعقد ، فيقول آخر للبائع : أنا أشتريها منك بأكثر بعد أن كانا قد اتفقا على الثمن سواء زاد في الثمن أو البيع أم لا ، وسواء كان ذلك سرّاً أم جهراً فإنه لا يجوز ، أما لو كانا متساومين لم يتراضيا بل دفع للبائع ثمناً فامتنع ، فجاء الآخر ودفع ثمناً جاز ذلك قبل التراضي ، وبعد التراضي لا يجوز إلا في سلعة اليتيم وغلة الوقف فلغير أن يزيد على ثمن الأول ولو بعد التراضي . وكذا يحرم ﴿ البيع على البيع بعد التراضي ﴾ ^(٢) وسواء وقعت زيادة أو نقصان أو مساواة فإنه يحرم البيع نحو أن يقول لمن باع بخيار استرد المبيع وأنا أزيدك في الثمن ، ثم يشتريه منه ، أو يقول للمشتري بالخيار رد المبيع وأنا أبيعك منك بأنقص من ذلك ، ثم يبيع منه .

﴿ واعلم ﴾ أن من بعد مسألة الزابنة إلى هنا يصح البيع مع الإثم إلا التفريق بين ذوى الأرحام فالبيع فيه فاسد ، وما سياتى من المسائل إلى آخر الباب البيع فيها باطل إلا السلم والبيع ففسد . وفيما اشترى بنقد غصب البيع صحيح .

﴿ و ﴾ منها أنه يحرم ﴿ سلم ﴾ وبيع وهو أن يبيع المسلم فيه قبل قبضه سواء باعه ممن هو عليه أو من غيره فإنه لا يجوز ويكون البيع فاسداً . وقوله ﴿ أو سلف وبيع ﴾ معنى يحرم أن يشتري الرجل سلعة بأكثر من ثمنها لأجل النساء ، ويحتال

(١) يفتح النون وسكون الجيم بعده شين معجمة ، والنجش لغة تنفير الصيد واستثارته من مكانه ليصاد اه : (٢) راجع إلى المساومة إذ لا يكون البيع إلا بعد التراضي اه .

لذلك بأن يستقرض الثمن من البائع ليمجله إليه حيلة فإن ذلك البيع حرام باطل .
 ﴿ منها ﴾ ربح ما اشترى بنقد غصب ﴿ معين مدفوع فإنه يجب التصديق به .
 مثال ذلك أن يغصب نقداً ثم يشتري به سلعة ثم يبيعها بربح فإنه يصح الشراء والبيع
 لأن الدراهم والدنانير لا تتمتعين ، لكن يحرم عليه الربح فيلزم التصديق به لأنه ملكه
 من وجه محظور ، وكذا يحرم عليه ربح الربح كما سيأتي . وهذا إذا كان النقد
 المغصوب معيناً مدفوعاً ، أما لو اشترى شيئاً إلى الذمة ، ثم دفع النقد المغصوب فإنه
 إذا ربح في المبيع طاب له الربح ، وكذا ربح رأس المال فإنه يطيب له ، مثال ذلك :
 أن يشتري شيئاً بأربعة دراهم مغصوبة معينة مدفوعة ثم يبيع ذلك الشيء بستة
 دراهم ثم يشتري بها شيئاً ثم يبيعه بتسعة دراهم فإنه يطيب له من الربح الأخير
 ثلثاه درهمان لأن ذلك هو ربح الأربعة وهي رأس المال في الشراء الأخير ، ويحرم
 عليه ربح الربح وهو درهم وهو ثلث الربح الأخير . وهكذا يحرم عليه ربح الربح
 متتارح ، ومثل ربح رأس المال ربح مالم يضمن ، وذلك كأن يبيع ما اشتراه قبل
 قبضه بأكثر ويرد الزيادة من الثمن على القيمة للمشتري الأخير ، مثاله : أن يشتري
 شيئاً بثمانية وهو يساوي تسعة ، ثم يبيعه قبل قبضه بعشرة فيرد درهماً للمشتري الأخير
 ويبقى درهم يطيب له .

وقوله ﴿ أو ثمنه ﴾ « وكان نقداً » يعني أو ربح ما اشتراه بثمن المغصوب . مثاله
 لو غصب شيئاً ثم باعه بعشرة ثم شري بها كذلك فإنه يحرم الربح أيضاً سواء كان
 المشتري عالماً بأن المبيع أو الثمن مغصوب أم جاهلاً . هذا إذا كان الشراء بنقد أما لو
 اشترى شيئاً بنفس العين المغصوبة وهي غير نقد أو بثمنها وهو غير نقد فإن البيع
 باطل فلا تملك تلك العين المغصوبة ولا يملك ثمنها ؛

﴿ و ﴾ ﴿ منها ﴾ ﴿ بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النساء ﴾ فيحرم

وإن لم ينطقا بذلك بل كانا مضمرين له ، ويجوز بيع الشيء بأكثر من سمر يومه ممجلا ، وكذا نساء إذا عزم أن لا يبيعه إلا بذلك ممجلا أو مؤجلا ، وكذا إن لم يعزم وكانت الزيادة مقدار ما يقع به التباين فإن كانت أكثر حرم ، ولا يصح بل يكون باطلا ، لأن الزيادة لم تقابلها إلا المهمة فكان ربي . ويجوز بيع الجملة بسمر تفريقها إذا كان التفاوت بين بيعها مفرقة وجملة يسيراً وهو مقدار ما يتباين الناس بمثله ، فإن كان أكثر فلا يجوز ويكون باطلا .

﴿ و ﴾ منها أنه يحرم ولا يصح لمن اشترى شيئاً أن يبيعه ﴿ بأقل مما شراه ﴾ حيلة إذا كان ثمن الشراء نساء وهذه تسمى مسئلة العينة نحو أن يريد أن يقرضه شيئاً بزيادة كمشرة بخمسة عشر فتوصلا إلى ذلك بأن يبيع منه سلعة بخمسة عشر نساء أو نقداً مع قصد الحيلة ثم يشتري منه بمشرة نقداً فإن ذلك لا يصح بل يكون باطلاً لأنه توصل إلى الربا ﴿ إلا ﴾ في أربع صور فيصح : ﴿ الأولى ﴾ أن يبيعه ﴿ من غير البائع ﴾ فإنه يجوز أن يبيع من غيره بأقل مما شراه إلا أن يقصد الحيلة كأن يكون الغير وكيل البائع أو عبده أو شريكاً أو مضارباً فإنه لا يجوز ﴿ الصورة الثانية ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ يبيعه ﴿ منه ﴾ أي من البائع ويكون ذلك ﴿ غير حيلة ﴾ بتوصل بها إلى قرض ونساء ، فإن لم يكن على وجه الحيلة جاز ذلك أما إذا كان البيع منه للحيلة فلا يجوز ﴿ الصورة الثالثة ﴾ ﴿ أو ﴾ يبيعه ﴿ بغير جنس الثمن الأول ﴾ ولو كان أقل منه في تقدير قيمته إذا لم يقصد بذلك الحيلة فإنه يجوز ولو اشتراه بدنانير وباعه بدراهم إذ هما جنسان . فأما لو قصد الحيلة فإن ذلك لا يجوز على أي وجه ﴿ الصورة الرابعة ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ يكون النقص من الثمن ﴿ بقدر ما انتقص من عينه ﴾ أي من عين المبيع . أما إذا كان النقص لنقص سمره فلا يجوز ﴿ أو ﴾ يكون النقص بقدر ما انتقص من ﴿ فوائده الأصلية ﴾ المتصلة به حال العقد فإنه يجوز بيعه من البائع مع ذلك النقص نحو أن يشتري شاة

بعشرة دراهم ثم يستغرق من صوفها بدرهمين فيجوز حينئذ بيعها إلى البائع بثمانية دراهم حيث قد استغرق من فوائدها الأصلية ، لا لو كانت من الفوائد الفرعية كأجرة الدار ونحوها فلا يجوز بيع الدار من البائع فع حط الأجرة .

﴿مسئلة (١)﴾ في بيع الرجاء ﴿الذي استعمله أهل زماننا حيلة في تحليل الربا والأقرب أنه على ضربين : ﴿الأول﴾ أن يقول بعث منك بيع رجاء إلى أن آتيك بحقك أو لم يلفظ بذلك بل هو عرف ظاهر لهم - إن البائع متى رد على المشتري مثل ما أعطاه استرجع المبيع سواء رضى المشتري أم كره ولا يراعون في ذلك فسخا ولا إقالة فهذا باطل على المذهب لأنه ربي فلا يطيب للمشتري شيء من ثمار المبيع ولا من منافعه قط ولو أباحها له البائع أو وهبها له أو نذر بها عليه لأن ذلك حيلة في الربا فلا حكم له ، ويلزمه أجرة المبيع إذا استعمله ، ولو ضمن له البائع ما تبع في ذلك فلا حكم لضمائه فإذا تلف المبيع في يد المشتري ضمن كما في البيع الباطل .

﴿الضرب الثاني﴾ هو حيث تكمل شروط صحة البيع في الظاهر . وينقسم إلى قسمين : « الأول » أن يكون قصد المشتري إنما هو التملك للمبيع لا التوصل بعقد البيع إلى طلب الغلة فقط فهذا البيع صحيح بكل حال . وسواء كان الثمن قليلا أم كثيراً لأن هذا ليس من عقود الربا « القسم الثاني » حيث يقصد بذلك التوصل إلى طلب الغلة فهذا البيع حرام باطل لأن المضمر في عقود الربا كالمظهر عندنا فلا يصح هذا البيع ولا أى حيلة في ذلك .

﴿٢٠٧﴾ باب الخيارات

﴿هى﴾ أى الخيارات تثبت ﴿لثلاثة عشر سببا﴾ ﴿الأول﴾ ﴿لتمذر﴾ أى لعذر مانع عن ﴿تسليم المبيع﴾ نحو أن يبيع شيئا وتسليمه متمذر لمانع عند العقد

أو بعده قبل القبض كالمنصوب إذا بيع وتعذر تسليمه فإنه يثبت الخيار ، وكذا ما أمكن تسليمه مع تضرر كبيع حجر من جدار أو فن من خاتم فإنه يثبت الخيار فيه إذا عرف أنه لا يمكن تسليمه إلا بتضرر كما لو تعذر التسليم لمانع . (و) هذا الخيار (هو لها) أى يثبت للبائع والمشتري (فى مجهول الأمد) كالمنصوب والضال والسروق لأنهما مجهولان متى يكون الرجوع فيثبت لها الخيار معاً ولو علما من بعد ما لم يرجع ومن رضى منهم قبل الإمكان لم يبطل خياره ولو أبطله مادام السبب المانع عن التسليم موجوداً ، وسواء قبض الثمن أم لا وبعد الإمكان قبل الفسخ لا خيار لأيهما .

(و) يثبت الخيار (للمشتري) فقط (الجاهل) لذلك التمهيد (فى معلومه) أى فى معلوم أمدته كالأجير إلى مدة معلومة حيث لا تنفسخ الإجارة فإذا كان المشتري جاهلاً لذلك فله الخيار وإذا كان عالماً فلا خيار له . أما البائع فلا خيار له ولو جهل الإجارة أو مدتها كما لو باع شيئاً يجهل أنه ملكه صح البيع ولا خيار له . أما بيع المرهون فإن كان البيع بغير إذن الرهن كان موقوفاً ولكل فسخه لكونه موقوفاً لا تعذر التسليم فليس لها الفسخ وإن كان بإذن الرهن فقد انفسخ الرهن .

(و) (السبب الثانى) يثبت الخيار للمشتري (لفقد صفة) فى المبيع سواء ذكرت بغير حرف شرط أو (مشروطة) به كالبكارة والحمل ، وكذا ما تقدم فى الصبر على ذلك التفصيل ، ونحو أن يشتري بقرة على أنها لبون فيجدها لا لبون فيها فإن له الفسخ أفقد الصفة إذا ذكرت حال العقد لا قبله إلا أن يجرى عرف بأن الشروط قبل العقد كالشروط حاله ثبت له الخيار .

(فرع) ويمتد استمرار الصفة المشروطة من وقت العقد إلى وقت القبض فإن فقدت قبل القبض ثبت له الخيار ، فلو اشترى بقرة على أنها حامل ولم يقبضها إلا وقد ذهب حملها كان له الفسخ ، وكذا لو كانت وقت العقد غير حامل ثم قبضها وهى

حامل كان له الفسخ أيضاً ، وهذا بخلاف خيار العيب .

(و) ﴿ السبب الثالث ﴾ يثبت الخيار ﴿ للفرر ﴾ في شيئين : « الأول » قوله ﴿ كالمصراة ﴾ فإن من صرّ شاة أو تصرّت بنفسها حتى اجتمع اللبن فيها ، ثم اشتراها مشتر فنقص لبنها عن أول حلبة في أثناء ثلاثة أيام فإنه يثبت للمشتري الخيار لأجل الفرر ولو علم بالتصيرية لأن الضرر حاصل لاختلاف التصيرية ، وسواء قال على أنها ليست مصراة أم سكت . وحلبها في الثلاثة الأيام ليس برضاء . أما لو نقص لبنها بعد الثلاث فهو عيب حادث عند المشتري فلو أنكر البائع نقص اللبن كان القول قوله والبينة على المشتري فإن قال البائع ناقص اللبن إلا لقلة العلف كان مدعياً عليه البينة لأنه أقر بالنقص وادعى السبب من المشتري . وإذا ثبت الرد بالتصيرية فيجب رد اللبن إن كان باقياً فإن تلف فثله ، فإن عدم المثل في البريد فقيمه يوم الرد ، وسواء كان الرد بالتراضي أم بالحكم .

﴿ واعلم ﴾ أن الرد بالتصيرية عام في جميع الحيوانات من مأكول وغيره كالأنان ونحوها ، ويجب رد العين من لبنها لا عوضه ، وكذا ترد الجارية بالتصيرية لأنه قد يقصد اللبن لتكون ظئراً .

(و) ﴿ الثاني ﴾ يثبت الفرر في بيع ﴿ صبرة ﴾ جزافاً ﴿ علم قدرها البائع فقط ﴾ وجهل المشتري قدرها وجهل علم البائع بقدرها وحيثنذ يكون له الخيار ، أما حيث يكون العالم المشتري دون البائع فلا خيار لأيهما ، وكذا لو علم المشتري بعلم البائع فلا خيار لها أيضاً ، وكذلك لو كان الثمن صبرة نحو ملء الكف من الدراهم وعلم قدرها المشتري فقط دون البائع ثبت للبائع الخيار فلو علما معاً أو البائع فلا خيار لها .

(هـ) ﴿ الرابع والخامس ﴾ الخيار ﴿ للخيانة ﴾ الواقعة من البائع ﴿ في المراجعة والتولية ﴾ ^(١) أيضاً نحو أن يقول رأس مالى كذا وهو أقل فإنه إذا انكشف ذلك

(١) هي كالمراجعة إلا أنها بالثمن الأول فقط ، كما يأتي أول فصل (٢٢٦)

المشتري ثبت له الخيار على ما سيأتي إن شاء الله تعالى . وأما الفوائد فتكون لمن استقر له الملك كخيار الشرط ، وكذا الموثن تكون كما في خيار الشرط .

﴿ و ﴾ ﴿ السادس ﴾ أن يشتري شيئاً لا يعلم قدر ثمنه فيختبر ﴿ الجهل ﴾ معرفة قدر ﴿ الثمن ﴾ كأن يقول المشتري زن رطلاً أو يقول البائع بمت منك هذه الصبرة على ما قد بعت من الناس وقد باع على سعر واحد بثمن غير قيمى ولا يعلم المشتري كيف باع فيما مضى كان للمشتري خيار معرفة مقدار الثمن ، فلو اختلف في قدر الثمن الذى باع به فى الماضى لم يقبل فيه شهادة المشتري الأول ولا البائع الأول لأنه يشهد بفعله . ومثال آخر نحو أن يشتري صبرة من مكيل أو موزون كل قدر منه بكذا ولم يعلم كمية الصبرة فى الحال ، ولما كالمها عرفها وعرف مقدار الثمن كان له الخيار بعد السكيل وقبله .

﴿ والسابع ﴾ من أسباب الخيارات قوله ﴿ أو ﴾ جهل المشتري مقدار ﴿ المبيع ﴾ كأن يقول زن بدينار أو يقول البائع بمت منك بمائة درهم من هذه الصبرة على ما قد بعت وقد باع على سعر واحد بثمن غير قيمى فما هنا البيع لم يعلم كميته ، ولكنه يصح حيث لم تنقص الصبرة عن قدر ما قد باع ويثبت للمشتري خيار معرفة كمية المبيع فلو لم يكن قد باع أو باع بقيمى أو بأسعار مختلفة ولم يمين أحدها ولا غالب فيها ينصرف إليه أو قال على ما أبيع فى المستقبل فسد البيع ، وهكذا فى المثال الأول فى خيار معرفة الثمن .

﴿ والثامن ﴾ من أسباب الخيارات قوله ﴿ أو ﴾ اشترى شيئاً غير معين فإن له خيار ﴿ تميينه ﴾ مثاله : أنه لو اشترى ثوبين أو ثياباً كل ثوب بكذا على أنه بالخيار رد ماشاء يأخذ ماشاء كان له الخيار بأخذ أيهما شاء وله أخذ الكل وليس له رد الكل ويثبت ذلك إذا شرط الخيار لأحدهما مدة معلومة ولا يصح أن يشترط الخيار لهما معاً لأنهما ربما يختلفان ، وكذا إذا اشترى ثوباً من ثياب مختلفة أو مستوية على

أن له الخيار في تعيينه مدة معلومة صح البيع وله خيار تعيينه وليس له الفسخ في
الصورتين لأنه خيار تعيين ، ومن ذلك لو قال بمت منك هذا بكذا وهذا بكذا ولك
الخيار مدة معلومة في أخذ أيهما شئت صح البيع ، وله الخيار في أخذ أيهما شاء فلو
اشترى فرسين على أن يختار أحدهما في مدة معلومة ثم مات أحدهما قبل تمام المدة ثبت
له الخيار في الحى مهما كانا في مدة الخيار بيد البائع ، أمالو كانا بيد المشتري تعيين الميت
ملكه ولا خيار له في الحى .

﴿ و ﴾ ﴿ اعلم ﴾ أن ﴿ هذه ﴾ الخيارات الثمانية تكون ﴿ على التراخى ﴾ لا على
الفور بمعنى أنه إذا علم بفقد الصفة مثلاً ولم يفسخ فهو بالخيار حتى يصدر منه رضا
بالقول أو ما يجرى مجراه ، وكذا في خيار تعذر التسليم إلا أنه لو رضى كان له الرجوع .
وأيضاً إن هذه الخيارات الثمانية ﴿ تورث ﴾ فإذا مات من له الخيار أو ارتد ولحق
فيكون الخيار لوارثه وإذا كان الورثة صفاراً تولاهما ولي ما لهم ، أما إذا جُنَّ من
له الخيار ناب عنه وليه .

وقوله ﴿ غالباً ﴾ يحترز من خيار تعيين المبيع حيث تناول العقد كل الشيء على أن
يأخذ ماشاء ويرد ماشاء فإنه إذا مات من له الخيار فلا يورث عنه الخيار ، بل يستقر
المبيع للوارث . قال في البحر ومثله في البيان : « إن الخيارات ما كان منها من
باب النقص فعلى التراخى ويورث ، وما كان منها من باب التروى والرأى فعلى الفور
ولا يورث » .

﴿ فرع ﴾ وكل من هذه الخيارات يصح إسقاطه بعقد وجود سببه لا قبله إلا
ما كان سببه ممتداً لم يصح إسقاطه كخيار تعذر التسليم وخيار التعيين إذا كان الشراء
غير معين .

﴿ وبكاف ﴾ المشتري ﴿ التعيين ﴾ للمبيع ﴿ بعقد المدة ﴾ فإن امتنع حبس حتى
يمتن وإلا عين الحاكم عنه . وهذا حيث لا يتناول العقد كل الأشياء وإلا فقد نفذ

في الجميع بخروج المدة، فإن مات من له خيار يورث وقد مضت المدة كلف وارثه التعين .

﴿والحاصل في الخيارات﴾ « منها » ما فسخه على الفور « ومنها » ما هو على التراخي « ومنها » ما يورث ، « ومنها » ما لا يورث « ومنها » ما يجب رد الفوائد فيه « ومنها » ما لا يجب . . فالذي فسخه على الفور ولا يورث خيار الرؤية ، والشرط ، وعكسهما وهو ما فسخه على التراخي ويورث خيار العيب ، وفقد الصفة ، والتعين . وجهل قدر المبيع ، والتمن . وصبرة علم قدرها البائع ، وتعدر التسليم ، والخيانة في الرجحة والتولية . . « والذي على التراخي ولا يورث » خيار الغبن والمقد الموقوف . . « وأما رد الفوائد » ففي الشرط يجب رد الفوائد الأصلية والفرعية ولو بنفي حكم . وكذا فقد الصفة والخيانة وخيار العيب والرؤية وفساد المقد فترد الفوائد الأصلية لا الفرعية بالحكم لا بالتراخي .

﴿ و ﴾ ﴿التاسع﴾ من أسباب الخيارات أنه يثبت ﴿لغبن صبي﴾ مبيع باع من نفسه بإذن وليه ﴿ أو ﴾ لغبن ﴿متصرف عن الغير﴾ كوكيل أو شريك أو ولي اشترى أو باع وغبن غيباً ﴿ فاحشاً ﴾ حال العقد ولو كان الغير حاضراً فإنه يثبت الخيار ما لم يكن الوكيل مفوضاً وكان الغبن الفاحش لمصلحة أو كان مما يتغابن الناس بمثله فلا خيار . وهذا في التحقيق يرجع إلى خيار الإجازة حيث يمكن كالصبي بمسء بلوغه والموكل فينفذ العقد بها . وأما حيث لا يمكن الإجازة كمتولى المسجد والوقف وبيت المال إذا غبن فلا يصح تصرفه . ويمتنع في إجازة ولي الصغير ونحوه أن تكون لمصلحة فإن لم تكن لمصلحة فع العلم ينمزل . . والغبن الفاحش هو ما زاد على نصف عشر القيمة فلا بد من معرفة القيمة قبل ثبوت الخيار فإن اختلف القومون أخذ بالوسط من الثلاثة وبالأقل من التقويمين وفي الأربعة بالأقل من المتوسطين وهذا إذا كان التقويم بأمر الحاكم ولم يذكر الغبنون قدره أو ذكر قدره ولم يأت القومون بلفظة الشهادة

فهو مجرد تقويم وإلا فالمعبرة بما طابق دعوى المغبون .

﴿مسئلة﴾ فلو زاد المشتري على الثمن إلى تمام القيمة أو نقص البائع إلى قدر القيمة كان الخيار باقياً إذ المعبرة بحال العقد . أما المالك المرشد إذا باع أو اشترى لنفسه بنين فاحش فلا خيار له ولو لم يكن من أهل البصر والعرفة .

﴿ و ﴾ ﴿الماتر﴾ من أسباب الخيارات أنه يثبت في العقد ﴿بكونه موقوفا﴾ فإذا باع الفضولي مال الغير أو اشترى له كان للفضولي الخيار وللغير أيضاً الخيار الإجازة وعدمها . وهذان الخياران أعنى خيار المايئة وخيار الإجازة ﴿هما على التراخي﴾ لا الفور فلو علم ولي الصبي بغير فسكت كان على خياره ولو طالت المدّة حتى يميز أو يرد وهكذا المالك إذا علم بعقد الفضولي وسكت فهو باق على خياره ﴿ و ﴾ كذا ﴿لا يورثان﴾^(١) فإذا مات ولي الصبي الذي غبن غبنا فاحشاً بطل العقد بالموت وسواء كان العاقد الصبي أو الولي وكذا لو مات الصبي قبل الإجازة بطل العقد أيضاً .

﴿ و ﴾ ﴿الحادى عشر﴾ الخيار ﴿لِلرؤية﴾ . ﴿ و ﴾ ﴿الثانى عشر﴾ خيار ﴿الشرط﴾ . ﴿ و ﴾ ﴿الثالث عشر﴾ خيار ﴿الميب﴾ قال الإمام عليه السلام : وقد أفردنا لكل من هذه الثلاثة فصلاً لكثرة مسائلها فبدأننا بخيار الرؤية .

﴿ ٢٠٨ ﴾ (فصل)

في خيار الرؤية

قال الإمام عليه السلام : ﴿فن اشترى﴾ أو أجاز شيئاً ﴿غائباً﴾ لم يكن قد رآه رؤية مثله أو كان حاضراً أو رآه رؤية غير مميزة وقد ﴿ذكر جنسه﴾ وقدره ﴿صح﴾ البيع مع تساميل شروطه وله الخيار على ما سيأتى . وقوله ذكر جنسه المراد

(١) قيل وأى حق للول حتى ينتقل الخيار إلى ورثته اهـ .

إذا كان مثلياً لا يختلف بتفاوت التسمية باختلاف نوعه وصفته فيكفى فيه ذكر الجنس وإلا لم يصح إلا بتعيين الجنس والصفة التي يتعين بها. والمراد إذا كان قيمياً وميز في لفظ البيع، أو هذا مطلق مقيد بما تقدم في قوله وبجهول الميز غيراً فيه.

أما إذا باع مالم يره صح أيضاً ولا خيار للبائع للرؤية عندنا وله الخيار للفرر وذلك في ثلاث صور :

﴿ الأولى ﴾ أن يقع من المشتري أو من غيره بمنايته تدليس بأن البيع دون ما هو عليه من النفاسة في القدر أو في القيمة أو أنه غير مرغوب إليه في الشراء أو غير مرغوب فيه بالاتفاق نحو أن يقول له إن الأرض المبيعة في موضع ناء أو مخوف أو لا تسقى من سيل أو نحو ذلك بحيث لولا التفرير لما باعها فإن هذا مما يثبت به الخيار ولو باعها بالثمن الوافي فله الخيار ويورث عنه . وكذا لو دلس عليه المشتري أو غيره بعنايته بجمالة ثمن البيع الذي دفعه كأن يقال له هذا الثمن كذا قدرأ أو صفة وهو على خلاف ذلك . فلو كان التدليس من البائع على المشتري بمحقارة الثمن أو غلاء الثمن أو نحو ذلك ثبت له الخيار كما يثبت للبائع .

﴿ الصورة الثانية ﴾ حيث تلقى الركبان أو اشترى منهم فن غبن منهم كان له الخيار.

﴿ الصورة الثالثة ﴾ في صبرة من الثمن علم قدرها المشتري فقط وهذه الثلاث الصور راجعة إلى الفرر إذ النلبة فيها له .

﴿ و ﴾ إذا اشترى شيئاً غائباً أو حاضراً كما تقدم كان ﴿ له رده ﴾ بخيار الرؤية سواء وجدته على الصفة المذكورة أم أدنى أم أعلى فيثبت له الرد من بعد الشراء إلى ﴿ عقيب رؤية ﴾ فيتضمن الرد عقيبها على الفور كما في الشفعة، فلو تراخى عن الفسخ عقيبها بطل الخيار إذا علم أن التراخي يبطل والقول قوله في الجهل وله الرد قبل الرؤية على التراخي ويثبت الخيار له أيضاً فيما عين وفيما يثبت في الذمة كموض الخلع ويرجع إلى القيمة يوم العقد . ويثبت الخيار أيضاً في المسلم فيه . وأما رأس مال السلم والصرف وسائر

الأثمان إذا كانت من النقدين فلا خيار رؤية فيها إلا قيا كان معيبا منها فله خيار الميب . وحيث ثبت له الخيار فلا بد أن يكون الفسخ في وجه البائع إن كان حاضراً أو يعلمه بكتاب أو رسول إذا كان غائبا وهذا لازم في جميع الفسوخات . وبثبت للبائع حق طلب المشتري لرؤية المبيع ليبطل الحق الثابت عليه للمشتري . ولا بد أن تكون الرؤية التي ينقطع الخيار عندها ﴿ مميزة ﴾ فلو رآه رؤية غير مميزة نحو أن يراه في المرأة أو في الماء أو رآه وهو سكران لم يبطل خياره وكذا لو رآه في الليل أو من خلف زجاجة لم يبطل خياره إذا لم يتحققه . أما لو كان لا يميز المرئي إلا بالرجاحة على عينيه لم يبطل خياره إلا إذا كانت الرؤية بها . وإذا كانت السن مقصودة في الحيوان ، وغير ذلك في غيره كسفينة وسيارة ونحوهما فله الخيار حتى يعرفه ذو معرفة . ومن حق الرؤية أن تكون ﴿ بتأمل ﴾ فلو رآه من دون تأمل لم يبطل خياره ، ورؤية التأمل تغير الرؤية المميزة لأن رؤية التأمل هي الرؤية التي يعرف بها الشيء فيفهم بها جودته وورداًته وغلاؤه ورخصه .

ولا بد أن تكون تلك الرؤية ﴿ شاملة لجميع غير المثل ﴾ المستوى وغيره وهو المثل المختلف والقيمي ، فالمثل المستوى نحو أن يرى بعض الطعام من السكيلات ولو من غير المبيع أو بعض السمن من الموزونات ونحو ذلك إن كان المبيع مستويا فلو كان المثل مختلفا لم تكف رؤية بعضه دون بعض وكذلك القيمي المختلف فلو رأى بعض المنازل من الدار أو على البناء دون أسفله أو العكس أو رأى المنازل دون السطوح أو رأى البهيمة ولم ينظر سنها إذا كان مقصوداً فلا يبطل خياره ، وكذا لو رأى ظاهر السفينة أو السيارة أو المنزل أو الرحى أو الساعة المروفة أو الطنافس أو الزرابي أو نحو ذلك لم يبطل خياره لأنه لا بد من رؤية باطن ذلك وظاهره ﴿ إلا ما يعنى ﴾ عن رؤيته في العادة نحو أن يغيب عنه اليسير من المبيع كأساس البناء وداخل الحش وكذا ما قد أخذته الأملح من الجدار فلا خيار له إذا لم ير ذلك إلا أن يجد عيباً فله خيار الميب

وكذلك البئر إذا دخلت تبعا للمبيع ولم يرها فلا خيار له لأنها غير مقصودة في السعة إلا إذا اشترت مستقلة، وهذا بخلاف المدفن إذا كان في الدار ودخل تبعا فلا بد من رؤيته مثل سائر المنازل لأنه يكون مقصودا في السعة .

﴿مسئلة﴾ ورؤية البندق تكون لباطنها بالرمي ولظاهاها بالرؤية فلو تشققت بالرمي فإن كان الرمي^(١) به من البائع فلا شيء على الراعي وله أن يأخذها أو ردها ولا أرش له ولا عليه . وإن كان من المشتري فيخير إن شاء أخذها وأرش القديم وإن شاء ردها وأرش الحديث .

﴿ويبطل﴾ خيار الرؤية بأحد أمور عشرة :

﴿الامر الأول﴾ يبطل ﴿بالموت﴾ أي فإذا مات المشتري ولو كان وكيل لم يضاف بطل خيار الرؤية في حقه ولزم المبيع لورثته وكذا لو ارتد ولحق ، وينتقل الخيار إلى ولي من جن وإلى صبي بلغ . أما لو مات البائع فلا يبطل الخيار على المشتري ؛ ﴿الامر الثاني﴾ ﴿الإبطال بعد العقد﴾ فإذا أبطل المشتري أو الفضولي وأجاز المشتري إبطال خيار الرؤية بعد العقد بطل الخيار ولا يحتاج في إبطاله إلى حكم حاكم ولا إلى تراض لضعفه لأن العقد غير منبرم ، وقول الإمام بعد العقد : لأنه لو أبطل قبل العقد أو حاله أو التبس لم يبطل لأنه لم يحصل سببه ، وأما لو شرط البائع إبطاله حال العقد فيفسد لأنه رفع موجهه بخلاف ما لو شرط المشتري إبطاله فلا يفسد العقد .

﴿و﴾ ﴿الامر الثالث﴾ أن يتصرف المشتري في المبيع بعد الشراء ﴿بأ﴾ أي وجوه ا ﴿لتصرف﴾ ولو على وجه فاسد فيبطل الخيار نحو أن يبيعه قبل القبض أو يرهنه أو يؤجره أو يعيره أو يهبه وكذا لو أنكحه أو نذر به أو شفع به أو شفع فيه وسلم لا يحكم . وقائده أنه لو رده الشفيع على المشتري برؤية أو بعيب فله أن يردده

(١) وهو المعبر في الصرف اهـ .

على البائع إذا سلمه بالحكم وهذا في غير المشترك فأما لمشارك فلا يبطل خيار الرؤية بتصرف أحد الشركاء ، وكذا لو باع بعضه بطل الخيار لا لو باعه بإيجاب ولم يحصل القبول فلا يبطل فلو باعه بخيار بطل خيار الرؤية ولو عاد إليه بما هو نقض للعقد من أصله .

﴿ وضابطه ﴾ كل تصرف ﴿ غير الاستعمال ﴾ يبطل الخيار ، والفرق بين التصرف والاستعمال أن الاستعمال قد يجوز في ملك الغير مع ظن الرضا ، وأما التصرف فلا يكون إلا في الملك فلذلك كان قرينة الرضا بخلاف الاستعمال فليس بقرينة ، ولذا فلا يبطل به الخيار ولو كثّر ، والاستعمال نحو أن يركب الدابة قبل رؤيتها أو يلبس الثوب أو يزرع الأرض ولو بالحرث قبل الرؤية فلا يبطل بذلك الخيار . فلو اختلفا في الاستعمال كان القول للبائع في البناء ونحوه أنه رضى وللمشتري في لبس الثوب ونحوه أنه للتعريف .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الرابع ﴾ من الأمور المبطلّة لخيار الرؤية هو ﴿ التعميب ﴾ الحادث في المبيع قبل رؤيته فإنه يبطل خيار الرؤية إذا حدث بعد القبض ولو بسبب من البائع أو حدث قبل القبض بفعل المشتري .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الخامس ﴾ هو ﴿ نقص ﴾ الحاصل في المبيع ﴿ عما شمله العقد ﴾ فلو نقص من المبيع بعد قبضه قبل رؤيته شيء مما شمله العقد ولو بأمر غالب أو ما يتسامح بمثله بطل الخيار نحو أن يشتري البقرة وفيها لبن أو الشاة وعليها صوف ثم ذهب اللبن^(١) أو الصوف بطل الخيار ، وكذا لو اشترى الشجرة وعليها ثمر وشرط دخوله في المبيع أو جرى عرف بدخوله ثم ذهب الثمر قبل الرؤية بطل الخيار ، وكذا لو هزل المبيع قبل الرؤية بطل الخيار ولو عاد إلى ما كان عليه . فلو كان النقص نقصان سعر

(١) إذا حلبها لتصرف لا لو كان لتصرف فلا يبطل كما يأتي في الأمر الثالث أثناء فصل ٢٠٩ هـ

فلا يبطل به الخيار، وكذا الفوائد إذا لم تكن ثابتة حال العقد بل حدثت بعد العقد ثم استهلكك قبل الرؤية ولو بفعل المشتري لم يبطل الخيار . وقول الإمام عليه السلام ﴿ غالباً ﴾ يجتزئ من المصراة إذا انتهلك لينها الذي شمله العقد فعلى المذهب عنده أنه لا يبطل خيار الرؤية . والصحيح للمذهب أن ذلك النقص يبطل به خيار الرؤية ويثبت له الرد بخيار الغرر ، ولهذا كان الصواب أن يقول « مطلقاً » لا « غالباً » .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر السادس ﴾ ﴿ جسّ ما يجس ﴾ مع علمه أن ذلك هو المبيع فلو اشترى الكلبش للحم وجسّه أو البقرة للبن وجس ضرعها فإن الجس يقوم مقام الرؤية في ذلك، فمضى جسّه بطل خياره . فلو رأى ذلك ولم يجسه فهو على خياره . أما ما يشترى للقذية فلا يشترط جسّه بل تكفى رؤيته ، ومثل الجس طعم ما يطعم وشم ما يشم ولس ما يلمس فإذا حصل شيء من ذلك ولم يفسخ بطل خياره مع علمه بأن ذلك هو المبيع وأن له الخيار وأن الفسخ يكون على الفور وإلا فلا يبطل خياره .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر السابع ﴾ إذا رأى المبيع بعد العقد مع علمه أنه المبيع وأن السكوت مبطل وأن الفسخ على الفور ، فسكت ولم يفسخ نفذ البيع وبطل الخيار ﴿ بسكوته عقيباً ﴾ ولو سكت ليتأمله بعد أن رآه رؤية كاملة فإنه يبطل خياره ، وكذا لو كرهه بقلبه ولم يلفظ بالفسخ فلو رضيه بقلبه عند الرؤية وفسخ عقيباً لم يبطل خياره .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الثامن ﴾ أن يوكل على الشراء فيبطل الخيار ﴿ برؤية من الوكيل ﴾ لأن رؤيته رؤية للموكل فلو رآه ثم فسخه الموكل بخيار الرؤية لم يفسخ ، وكذا لو أبطل الموكل خيار الرؤية لم يبطل في حق وكيل الشراء لا وكيل القبض لأن وكيل الشراء تتعلق به حقوق العقد فيكون الفسخ بخيار الرؤية وإبطاله إليه إذا لم يصف فإن أضاف تملقت الحقوق بالموكل . وأما وكيل القبض ووكيل الرؤية

فإنه يبطل خيار الرؤية برؤيتهما إذا لم يفسخ الموكل غقيب رؤيتهما لأنه ليس لها أن يفسخا بخيار الرؤية إلا أن يوكلا به ﴿ لا الرسول ﴾ فلا تكون رؤيته رؤية للمرسل . والرسول هو الذى يقول له المشتري قل للبائع يأمرلى بالمبيع معك أو مع غيرك والوكيل هو الذى يقول له المشتري اقبض المبيع من فلان أو خذه من فلان .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر التاسع ﴾ أن تكون الرؤية ﴿ لبعض ﴾ من المبيع كأنموذجه أى « عَيْنَتُهُ » ولو من غيره إذا كان ذلك البعض ﴿ يدل على الباقي ﴾ ويحصل به معرفة جميعه نحو بعض الطعام وبعض الثياب المستوية فى النسيج والجنس والصفة والصبغ أو ظاهرها الذى يعرف به خشونتها وليتها ورقها فإن رؤيته فى البعض للمستوى بمنزلة رؤيته للجميع فيبطل خياره ولو لم يدخل الذى رآه فى المبيع إذ قد حصلت رؤية بعضه وإن كان لا يدل على الباقي بأن يكون المبيع مختلفاً لم يبطل الخيار برؤية البعض كقطعى أرض أو بعض شبكة للصيد أو للعلف ، وكذا الحيوان إذا كان للحمل فلا بد من رؤية جميعه إذا كان المشتري ممن يعرف ذلك وإلا فهو على خياره إلى أن يعرفه ذو معرفة . وأما الأمة فلا بد من رؤية جميعها ماعدا العورة ، وكذا العبد ، وأما الكتاب فإن كانت أوراقه مختلفة أو خطوطه مختلفة فلا بد من رؤية جميعها وإن كانت مستوية وكان الخط فيها مستوياً فتكفى رؤية البعض .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر العاشر ﴾ أن يكون من له الرؤية قد رأى المبيع رؤية ﴿ متقدمة ﴾ ولو بعدت عن الشراء أو جس مايجس أو نحو ذلك فتكفى تلك الرؤية أو نحوها ويبطل خياره إذا كانت ﴿ فيما لا يتغير ﴾ عادة فى مثل تلك المدة كالأرض والدار . فأما لو كان المبيع مما يجوز تغيره فى تلك المدة ولو لم يتغير فلا تكفى الرؤية المتقدمة ، وذلك كاللحم واللبن ونحوهما فهما يحتمل التغير فلا تكفى فى إبطال الخيار ومهما لم يحتمل التغير كفت الرؤية المتقدمة ممن له الرؤية من وكيل أو أصيل . فلو رآه الوكيل كفى ، وأما لو رآه الأصيل ولم يره الوكيل فلا تكفى لأن الرؤية للوكيل حيث لم

يضاف لتمتلك الحقوق به فإن أضاف الشراء إلى موكله كفت رؤية الأصيل المتقدمة وأما لو رآه الوكيل قبل التوكيل فلا تكفى إلا حيث لم يصف .

﴿ و ﴾ إذا كان المشتري فسخ المبيع لخيار الرؤية جاز ﴿ له الفسخ قبلها ﴾ وإن لم يره سواء بلغه أنه موافق للصفة أو زائد عليها ولكن إذا كان البائع حاضراً كان الفسخ في وجهه ولو لم يرض وإن كان غائباً أعلمه بكتاب أو رسول ، وهذا عام في جميع الفسوخات ماعدا الموقوف فلا يعتبر فيه ذلك ، وأما رد المبيع بخيار الرؤية فلا يرجع المشتري بما أنفق عليه كما في خيار الميب فلو تلف المبيع بعد الفسخ وقبل أن يرده إلى البائع تلف من مال المشتري ولو بعد الحكم .

﴿ و ﴾ إذا قبض المشتري المبيع ولم يره ثم حصلت منه فوائد ثم رآه ففسخه بالرؤية استحق ﴿ فرعية ﴾ فوائد ﴿ ماقبض ﴾ ولا يلزمه ردها ﴿ وإن رد ﴾ المبيع ، وسواء رده بالحكم أو بالتراضى ، وسواء حصلت قبل القبض أم بعده ، والمراد بالفرعية هاهنا النكسب والأجرة حيث اشتراه وهو مؤجر ولم تنفسخ الإجارة أو غصب عليه فلزمت الأجرة . وضابط الفرعية أنها مائس لها جرم كالسكنى ونحوها ولو تولد منها ماله جرم كالأجرة ، وأما الفوائد الأصلية وهى مالها جرم كالصوف واللبن والولد والثمر فحكمها في يده أمانة فإنه يلزمه ردها إذا فسخ وتصير في يده أمانة لا يضمنها إذا تلفت بدون جناية منه ولا تفريط . ولا يرجع بما أنفق على المبيع وفوائده الأصلية إلا إذا نوى الرجوع ولكن له الرجوع بما أنفق عليها إذا نوى الرجوع وإذا تلفت بدون جناية منه فلا يضمنها .

﴿ فائدة ﴾ الفوائد الأصلية والفرعية في خيار الشرط يجب ردها مطلقاً ولو بفير حكم . وفي الميب وفساد العقد ترد الأصلية لا الفرعية مع الحكم لامع التراضى فلا يرد شيئاً مطلقاً . وأما في الرؤية فتطيب الفرعية للمشتري والأصلية ترد للبائع مع الفسخ بالحكم أو بالتراضى .

﴿ و ﴾ إذا اختلف البائع والمشتري هل رأى المبيع رؤية مميزة أم لا كان
 ﴿ القول له ﴾ أى للمشتري ﴿ فى نفى ﴾ الرؤية ﴿ المميزة ﴾ وكذا فى نفى الجنس
 المميز ونحوه . ﴿ و ﴾ إن اختلفا هل فسخ حين رأى أم لم يفسخ فالتقول ﴿ للبائع
 فى نفى ﴾ وقوع ﴿ الفسخ ﴾ من جهة المشتري لأن الأصل عدمه وصواب العبارة
 « وللناني منهما الفسخ » .

﴿ فصل ﴾

﴿ ٣٠٩ ﴾

فى خيار الشرط

﴿ و ﴾ اعلم أن خيار الشرط ﴿ يصح ﴾ فى جميع المبيع أو فى بعضه إذا تميزت
 الأثمان فى المختلف ، كأن يقول : بعت منك هذه الثياب كل ثوب بمشرة على أن ترد
 ما شئت فى عشرة أيام ولا يحتاج فى المستوى كل كذا بكذا .. ﴿ ولو ﴾ وقع ﴿ بعد
 العقد لا ﴾ لو وقع ﴿ قبله ﴾ أى قبل العقد فلا يصح إلا أن يجرى عرف بأن الشروط
 قبل البيع كالشروط حاله فيصح كما لو وقع حاله . وإذا جعل ﴿ شرط الخيار ﴾ فلا بد
 أن تكون له ﴿ مدة معلومة ﴾ سواء طال أم قصرت ، فلو قال لى الخيار لساعة فإن
 كان المقصود بها الوقت المقدر بستين دقيقة صح وإن كان المراد بها وقتاً غير مقدر
 لم يصح ، فلو باع وقال لا خلافة^(١) فإن علماً أن المعنى خيار ثلاثة أيام صح وإلا
 فلا خيار .

ويصح الخيار ﴿ لهما ﴾ معاً أى للبائع والمشتري ﴿ ولأحدهما أو ﴾ يجعل المشتري
 أو البائع الخيار ﴿ لأجنبى ﴾ ولا بد أن يكون معلوماً كزيد مثلاً . ﴿ فيتبعه ﴾ خيار
 الجاعل ﴿ ويكون الخيار لهما معاً . وفائدته أن من سبق من الجاعل أو المجهول له وهو
 زيد إلى فسخ أو إمضاء كان الحكم له .

(١) الخلافة بكسر الحاء : الخديعة باللسان اهـ

﴿واعلم﴾ أن البائع إذا جمل الخيار للمشتري أو العكس فلا يتبعه الخيار للجاعل وإن أوم الأزهار خلاف هذا . وقوله ﴿إلا لشرط﴾ أى إلا أن يشترط الجاعل أن لا خيار لنفسه فيبطل خياره ويبقى الخيار للأجنبي فقط ، فلو أمر غيره أن يبيع شيئاً مع شرط الخيار فإن الخيار يكون للوكيل ما لم يصف .

﴿فرع﴾ وأما لو وقع الخيار لمدة مجهولة أو لأجنبي مجهول فإن كان حال العقد فلا يصح العقد ولا الشرط وإن كان بعمده صح العقد ولغى الشرط لأن الفساد طارىء .
﴿واعلم﴾ أنها تصح الزيادة بعد العقد في الخيار والتمن والمبيع كما تقدم وسواء كانت في المجلس أم بعمده وسواء كان المبيع باقياً أم قد تلف أم قد خرج من ملكه فإذا باعه ثم عاد إليه بما هو ناقض للعقد من أصله فإنه يرد به خيار الشرط وفائدة الخيار بعد التلف التراجع ما بين القيمة والتمن .

﴿ويبطل﴾ خيار الشرط بأحد أمور سبعة :

﴿الأول﴾ ﴿موت صاحبه﴾ فإن كان للبائع والمشتري معاً بطل خيار الميث وكان الحى على خياره وإن ماتا معاً بطل خيارهما واستقر المبيع للمشتري .

﴿فرع﴾ وإذا كان المشتري شخصين والبائع شخصين والخيار لهما فن مات بطل خياره والحى على خياره ولا يقال انه قد تم البيع من جهة الميث فيبطل خيار الحى كما إذا رضى أحدهما فإن الموت ليس برضاء حقيقة ولكن لتعذر الفسخ من جهته شبيه بالرضى، وإذا رد الحى وجب أن يرد ورثة الميث لثلاث تفرق الصفقة على البائع .
وقوله ﴿مطلقاً﴾ أى سواء شرطه لنفسه أم لغيره فإنه يبطل الخيار بموته .

﴿نعم﴾ وإذا شرط الخيار للأجنبي فمات الشارط بطل خياره ﴿فيتبعه﴾ بطلان خيار ﴿المجمول له﴾ وهو الأجنبي فلا يبقى المجمول له على خياره سواء كان الخيار مقصوراً عليه أم لا وسواء كان وارثاً للشارط أم أجنبياً لأنه وكيل للجاعل والوكالة تبطل بالموت ؛ أما لو مات المجمول له وهو الأجنبي دون الجاعل لم يبطل الخيار

على الجاعل سواء قيل أن الأجنبي وكيل أم أصيل إلا إذا كان الجاعل قد أبطله أو شرط لا خيار له مع الأجنبي .

﴿ و ﴾ ﴿ الثاني ﴾ أنه إذا أمضى البيع من له الخيار مضى ﴿ بإمضائه ﴾ وبطل خياره سواء كان المضى هو البائع أم المشتري أم الأجنبي ﴿ ولو ﴾ أمضى أحدهما البيع ﴿ في غيبة الآخر ﴾ عن المجلس صح الإمضاء سواء كان المضى هو البائع في غيبة المشتري أم المشتري في غيبة البائع ﴿ وهو ﴾ أى الغائب باق ﴿ على خياره ﴾ إذا كان الخيار لهما . والإمضاء في هذين الحكمين ﴿ عكس الفسخ ﴾ أى بخلاف الفسخ « فالحكم الأول » إن الفسخ من أحدهما لا يتم من جهة الآخر حتى يعلم بأن يكون الفسخ في حضوره إذا كان حاضراً وإن كان غائباً لزم أن يرسل إليه أو يكتب إليه ولا يعتبر رضاؤه ، فلو تعذر حضور الآخر ناب عنه الحاكم ويكون الفسخ في محضره ، فإن لم يوجد حاكم فن صلح ويشترط حضور الآخر سواء كان الفسخ بالقول أم بالفعل ، وذلك كأن يكون الخيار للبائع فيتصرف في البيع . ﴿ نعم ﴾ فلو فسخ في غيبة الآخر ، فلا يتم الفسخ حتى يعلم الآخر ، فلو رجع قبل أن يعلمه فلا يصح رجوعه فلو تلف قبل علم البائع بالفسخ كان تلفه من مال المشتري إن كان الخيار له وإن كان لهما فن مال البائع .

« والحكم الثاني » في الفسخ أنه إذا فسخ أحدهما لم يبق الآخر على خياره بل

يبطل الخيار ويفسخ البيع .

﴿ و ﴾ الأمر ﴿ الثالث ﴾ مما يبطل به الخيار أنه كما يبطل بالإمضاء يبطل أيضاً

إذا تصرف المشتري في البيع ﴿ بأى تصرف ﴾ « أو استعمال » وقع منه ولو لم يصح التصرف ، نحو أن يبيعه قبل القبض أو بعده ، أو يهبه أو يعتقه أو يعيره أو يستعمله كلباس الثوب وسكنى الدار وركوب الفرس ، فإن ذلك كله يبطل به خياره ولو جهل كونه له ، أو أن استعمله يبطل خياره ، وسواء استعمله ﴿ لنفسه ﴾ أو كان

لمصلحة نفسه والمبيع فإن ذلك يبطل به الخيار ، أما لو فعل ذلك لمصلحة المبيع فقط كأن يركبه ليسقيه أو ليعلفه أو يحمل له علفاً عليه ، فإن ذلك لا يبطل به الخيار ولو كان في حضور البائع ، وكذا لو استعمله المشتري بإذن البائع فإنه لا يبطل الخيار سواء كان الخيار لأحدهما أو لهما معاً . « والحاصل » أن التصرف أو الاستعمال من المشتري أو بمجموله يكون إمضاء للمقد ، ومن البائع إذا كان الخيار له يكون فسخاً للمقد ، ولا يكون التصرف أو الاستعمال مبطلا للخيار إلا إذا كان فعله لذلك ﴿ غير ترمّف ﴾ لحال المبيع ، أما إذا ركبه ليعرف كيف جريه أو حمله شيئاً ليعرف القدر الذي يستطيع حمله فلا يبطل . فلو تلف فن ماله . وكذا إذا أمر العبد ليعرف كيف طاعته ، أو يمرض المبيع للبيع ليعرف ما يدفع فيه وما أشبه ذلك فإنه لا يبطل الخيار ، بذلك ، وكذلك الاستخدام والانتفاع الذي يمتد مثله مع بقاء الخيار لا يبطل الخيار وكذا حلب البقرة وإتلاف اللبن لا يبطل خيار المشتري لجري المادة بذلك وإذا تصرف فيه للتعرف فلا يعرف غرضه إلا من جهته فيكون القول قوله في أنه أراد التعرف فأما ما عرف أنه لا يفعله المشتري للتعرف ﴿ كالتقبيل ﴾ يعني تقبيل الجارية ﴿ والشفع ﴾ به حيث يبيع إلى جنبه مبيع نشفع المشتري بالمبيع الذي له الخيار فيه فيكون مبطلا للخيار ولو لم تثبت الشفعة لأنه تصرف لغير التعرف قطعاً ، وكذا البائع لو شفع بالمبيع في وجه المشتري كان فسخاً للبيع .

﴿ فرع ﴾ واعلم أنه لا يبطل خيار البائع بقبض الثمن وإتلافه حيث سلمه المشتري إلى البائع ابتداءً ، وأما إذا طلبه البائع من المشتري فإنه رضاء واختيار لتمام البيع إلا أن يجري عرف بخلافه لم يكن رضاء .

﴿ والتأجير ﴾ - ولو فاسداً - كالشفعة في أنه تصرف لنفسه ﴿ ولو ﴾ أجره البائع إلى ﴿ المشتري ﴾ وكان للمشتري الخيار أو للبائع فإن تأجيرهم إياه فسخ منه لذلك البيع وإبطال لخيار المشتري ولو كان التأجير بلف البهيمة فقط وكذا لو أعار المبيع البائع

أو رهنه أو استعمله لنفسه فإنه فسخ للبيع من جهته ولكنه لا يتم حتى يعلم به المشتري فلو أجره المشتري من البائع كان إمضاء للبيع من جهة المشتري وإبطالا لخيار البائع وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز « من صورتين » فإن التصرف لا يبطل الخيار فيهما .

﴿ الصورة الأولى ﴾ حيث يشتره المشتري مسلوب المنافع مدة معلومة ثم يؤجر البائع من المشتري أو من غيره تلك المنافع المستثناة فإنه ذلك لا يفسخ به البيع .

﴿ الصورة الثانية ﴾ حيث شرط أن لا فسخ له إلا برد الثمن أو مثله في مدة معلومة فلا يكون فسخاً لو أجره لعدم حصول الشرط لكن إن تم البيع من بعد تبين بطلان الإجارة وإن فسخ تبين صحتها .

﴿ والرابع ﴾ مما يبطل به الخيار أنه إذا سكت من له الخيار مدة الخيار ولم يفسخ قبل خروج المدة بطل خياره ﴿ بسكوته لتمام المدة ﴾ لأنه بتمام المدة يبطل خياره سواء سكتها أم فسخ وقد تمت المدة إلا أن يجدد الخيار للبائع أو للمشتري عاد له كما تقدم في قوله ولو بعد العقد، فلو اتفق تمام المدة والفسخ رجح الفسخ ، ويبطل الخيار بانقضاء المدة إذا كان من له الخيار ﴿ عاقلاً ﴾ قبل انقضائها بما يسع الفسخ . فأما لو انقضت وهو غير عاقل نحو أن يكون نائماً أو مغفياً عليه في تلك الحال لم يبطل خياره بانقضائها حتى يعقل، فإذا عقل فله أن يفسخ فوراً وإن لم يفسخ فوراً بطل خياره ، وكذا المجنون إذا لم يكن له ولي أو كان له ولي ولم يصدر منه أحد الأمرين: الفسخ أو الإمضاء فإنه يبقى على خياره كما تقدم . وكذا إذا كان في صلاة فريضة فإنه لا يبطل خياره بانقضاء المدة بل له أن يفسخ بعد الفراغ فوراً . أما السكران فكالعاقل يبطل خياره بسكوته حتى تم وقت الخيار ﴿ ولو ﴾ كان العاقل ﴿ جاهلاً ﴾ لبطلان الخيار بالسكوت أو جاهلاً لمضى المدة إلا أن يجهل ثبوت الخيار فله الفسخ متى علم فوراً ويعفى له قدر المجلس .

﴿ والخامس ﴾ أنه إذا ارتد عن الإسلام من له أى خيار كان بطل خياره

﴿ برده ﴾ إذا استمر على كفره ﴿ حتى انقضت ﴾ مدة الخيار فإن أسلم قبل انقضائها فهو على خياره إن لم يكن قد أبطل وارثه الخيار بعد لحوقه بدار الحرب .

﴿ والسادس ﴾ أنه إذا نسي قدر الثمن بطل الفسخ ولو اختلف في قدر الثمن عند رده فالبينة على المشتري لأنه يدعى الزيادة .

﴿ والسابع ﴾ حيث التبس من له الخيار فحينئذ لا خيار للبائع ولا للمشتري والمقد صحيح .

﴿ ٢١٠ ﴾ فصل

في حكم البيع حيث الخيار للمشتري وحده أو للبائع وحده أو لهما .

﴿ و ﴾ بيانه أنه ﴿ إذا انفرد به المشتري ﴾ دون البائع أو انفرد به بمجمول له الخيار من جهة المشتري . انتقل حكم الملك إليه وثبت له أحكام « خمسة » وليس للبائع أن يطالبه بالثمن حتى يتم البيع .

﴿ الأول ﴾ أنه إذا اشترى رحمه من النسب ﴿ عتق عليه ﴾ ولو جهل الرحم ما لم يشفع فيه لم يمتق لأن حق الشفيع سابق .

﴿ والثاني ﴾ أنه إذا اشترى أحد الزوجين الآخر أو بعضه انفسخ نكاحهما والخيار باق ولم يعد النكاح إلا بتجديد ، ولو رد بالخيار أو شفع فيه لم يعد النكاح إلا بتجديد .

﴿ والثالث ﴾ أن المشتري إذا انفرد بخيار البيع ﴿ شفع فيه ﴾ « وبه » أى شفعه من له سبب يستحق به الشفعة ، وكذا له أن يشفع به فإن لم يشفع فللبائع الشفعة إذا رد المشتري وكذا للمشتري في خيار البائع إذا تم المقد .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع والخامس ﴾ أنه إذا تعيب المبيع ﴿ بميب أو تلف في يده ﴾ فيكون ﴿ من ماله ﴾ أى من مال المشتري بعد قبضه ولو بفعل البائع ﴿ فيبطل ﴾

خياره إذا اتفق أى هذه الأمور وينفذ البيع . ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يتفرد المشتري بالخيار بل كان لها مما أو للبائع وحده ﴿فا﴾ لواجب هوا ﴿لمكس﴾ في هذه الأحكام التي ذكرت وهو أنه لا يمتنع ولا يشفع فيه وله أن يشفع به ويكون فسخاً من جهة البائع ﴿ولا يتميب﴾ ولو بفعل المشتري ويضمن ما نقص من قيمته للبائع ﴿ولا يتلف﴾ من ماله لأنه حينئذ لم يكن قد انتقل عن ملك البائع ولو كان تلفه في يد المشتري مالم يضمن فإن ضمن ضمن كالاستام .

﴿و﴾ ﴿من أحكام شرط الخيار في البيع﴾ أن ﴿الفوائد﴾ الحادثة ﴿فيه﴾ من أصلية وفرعية تكون مستحقة ﴿لمن استقر له الملك﴾ من بائع أو مشتر وأما لو شرطت لغير من استقر له الملك فسد البيع ولا يقال إن الإجارة تبطل الخيار من الجانبين إذ المراد أنه لو عصب البيع أو كان مؤجراً قبل البيع فالأجرة لمن استقر له الملك . وأما اللبن لو جرى العرف أن المشتري يستهلكه كما هو عرفنا فلا يبطل الخيار ولكنه يرجع بالملف إذا رد ذات اللبن ﴿و﴾ يكون « قرار » ﴿المؤن﴾ كالملف ونحوه « بعد قبض » المشتري للمبيع ﴿عليه﴾ أى على من استقر له الملك من بائع أو مشتر فيرجع المنفق عليه إذا نوى الرجوع أو أنفق بإذن الحاكم ولو كان المنفق غير المتبايعين ، وأما قبل قبض المشتري له فعل البائع مطلقاً ولا يرجع بما أنفق ونحوه ولذا قلنا « بعد قبض » وكذا الحكم في خيار الرؤية والميب .

﴿و﴾ ﴿من أحكام شرط الخيار﴾ أنه قد ﴿ينتقل﴾ الخيار عمن يستحقه إلى إلى غيره نيابة لا إرتكاً لأسباب ثلاثة :

﴿الاول﴾ ﴿إلى وارث من﴾ ارتد في مدة الخيار و ﴿لحق﴾ بدار الحرب فإذا فسخه الوارث انفسخ وإذا أمضاه مضي ويكون ذلك بالنيابة عن المرتد فلو مات بطل الخيار واستقر لهم الملك . أما لو مات الوارث فلا يبطل خيار المرتد لو رجع قبل انقضاء المدة لأن الوارث إنما كان نائباً عنه لا وارثاً .

﴿ و ﴾ ﴿ السبب الثاني ﴾ أنه ينتقل أيضاً إلى ﴿ ولى ﴾ مال ﴿ من جن ﴾ في مدة الخيار وله الخيار فإن أفاق ولو بعد مضي مدة الخيار فهو على خياره ما لم يكن قد أمضى عليه أو فسخ وإلا فهو على خياره وله أن يفسخ بعد مضي المدة في المجلس إذا أفاق ما لم يعرض عنه فإن أعرض بطل إلا أن يجهل ثبوت الخيار له فله الفسخ فوراً متى علم فلو مات ولى من جن فلا يبطل خياره لأنه له بالإصالة والولى بالنيابة وكذا الحكم في خيار الرؤية والميب .

﴿ و ﴾ ﴿ السبب الثالث ﴾ أنه ينتقل الخيار إلى ﴿ صبي ﴾ اشترى له وليه شيئاً بخيار ثم بلغ الصبي في مدة الخيار ، وإنما ينتقل إليه إذا لم يكن الولي قد أمضى أو فسخ أو مات أو لحق بدار الحرب وكذلك ينتقل إلى مجنون أفاق في مدة الخيار حيث اشترى له وليه شيئاً بخيار .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام شرط الخيار ﴾ أنه ﴿ يلفو في النكاح والطلاق والوقف والعتاق ﴾ وكذلك الإقالة والهبة على غير عوض والنذر والصدقة والإبراء والوصية والكفالة وسائر عقود التبرعات يلفو الشرط فيها بمعنى أنه لو شرط الخيار في أى هذه كان لفتوا وصح من دونه لأنه في غير معاوضة فأما لو كان في معاوضة كالبيع والإجارة والكتابة والهبة بعوض ونحو ذلك فلا يلفو بل يدخلها الخيار كما مر ويأتى .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام شروط الخيار ﴾ أنه ﴿ يبطل الصرف والسلام ﴾ وسائر الزبويات فإذا دخل في أيها أبطله ﴿ إن لم يبطل ﴾ الخيار ﴿ في المجلس ﴾ الراد قبل التفرق لأنها مبنية على الانبرام والقبض والخيار ينافيهما فأما إذا بطل الخيار قبل التفرق صح العقد . ﴿ و ﴾ تبطل ﴿ الشفعة ﴾ أيضاً بشرط الخيار حيث شرطه الشفيع ولو أبطله في المجلس لأن شرط الخيار كالرجوع عنها .

﴿ مسألة ﴾ إذ ثبت خيار الشرط للمشتري ثم أبرأه البائع من الثمن أو من بعضه ثم فسخ المشتري المبيع بالخيار لم يبرأه البائع تسليم ما أبرأه فيه ولو جميع الثمن لأن الإبراء

بمنزلة القبض كما ذكر في المهر إذا أبرأته منه الزوجة ثم طلقها زوجها قبل الدخول ومن ذلك الأجير إذا أبرأه المستأجر من العمل الذي استأجره عليه استحق الأجير الأجرة لأن الإبراء بمنزلة القبض .

(فصل)

(٢١١)

في خيار العيب وشروطه وأحكامه

﴿ و ﴾ ﴿ اعلم ﴾ أن ﴿ ما ﴾ يرد به المبيع من العيب هو ما جمع شروطا ثلاثة : ﴿ الأول ﴾ أن يكون العيب قد ﴿ ثبت ﴾ قبل البيع ﴿ أو حدث في البيع ﴾ بعده من غير المشتري ﴿ قبل القبض ﴾ للمبيع أو بعده في مدة خيارها أو خيار البائع فهما كان كذلك صح رد العيب . فلو حدث من المشتري ولو قبل قبضه أو معه بعده ولم يكن حادثا قبل العقد ولا قبل القبض لم يصح الرد به .

﴿ مسألة ﴾ وإذا كان في المبيع دعوى من الغير أنه أو بمضنه له فهي عيب فيه سواء كانت الدعوى قبل تسليمه إلى المشتري أو بعده فيرده بها ولو سكت المدعي من دعواه ما لم يستقطها أو يرى منها أو يقر بيطلائها وهذا كله ما لم يعرف أن الدعوى وقعت بعناية المشتري حيلة في الرد نحو أن يأمر من يدعيه وكذا لو انكشف في البيع حقا للغير كمرور ماء ، أو استطراق أو نحو ذلك فإن ذلك يكون عيبا له الرد به كما لو كان فيه دعوى إذا كان عادة الظلمة سكنى الدار المبيعة كان ذلك عيبا .

﴿ و ﴾ ﴿ الثاني ﴾ أن لا يكون العيب قد زال عن المبيع بل ﴿ بقي ﴾ فيه مع المشتري ﴿ أو ﴾ كان قد زال عنه القبض لكنه ﴿ عاد مع المشتري ﴾ فأما لو قبضه وذلك العيب زائل ولم يعد مع المشتري لم يكن له رده به حتى يعود لاحتمال أن يستمر زواله وإذا استعمله المشتري في مدة انقطاع العيب بعد علمه بالعيب وقبل عوده معه لم يكن ذلك رضاء منه بالعيب لأنه لا يمكنه الإفسخ حتى يعود عنده .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أن يكون قد ﴿ شهد عدلان ﴾ أو رجل وامرأتان أو عدلة فيما يتعلق بعورات النساء تصف ذلك للمدلين وهما يشهدان عند الحاكم أنه عيب ينقص القيمة أو ثبت عيب المبيع بشهادة رجل وبعين المدعى أو بلم الحاكم أو بإقرار البائع أو نكوله أو برده اليمين. وقوله ﴿ ذو خبرة فيه ﴾ أى أنه لا بد أن يكون الشاهدان من ذوى الخبرة فى ذلك المبيع كالحدادين فى الحديد والحارين فى الحجير أو من له خبرة وإن لم يكن من أهل العلاج فى ذلك الشيء ولا بد أن تكون الشهادة بلفظها لبيان ما هو العيب ويرجع إلى نظر الحاكم فى تعرف حاله هل ينقص القيمة أولا، فلو شهد شاهدان أنه عيب فقط وشهد آخران أنه ينقص القيمة فلا يكفى لأنها مركبة ولأنهما لم يبيننا ما هو العيب فلو بينا صحت الشهادة فى هذه المسئلة ولو مركبة لأن الشاهدين الآخرين كالمرفين حالة العيب .

﴿ مسئلة ﴾ والعيب هو كل وصف مذموم تنقص به قيمة ما اتصف به عن قيمة جنسه السليم بالنظر إلى غرض المشتري السليم سواء كان لنقصان عين كالعمور أو لزيادة كالأصبع الزائدة والثؤلول وهو الناقى الصلب فى الجسد كالخفازير أو كان حالا كالخبز وإلا باق، ولا بد أن يكون اعتبار نقصان القيمة بالنظر إلى غرض المشتري وإن لم ينقص بالنظر إلى قصد غيره كالبقرة الحامل حيث قصد اللحم فهذا ينقص القيمة بالنظر إلى غرضه ويزيد بالنظر إلى غرض غيره .

وإذا ثبت العيب بالشروط الثلاثة التى تقدمت ﴿ رد به ما هو على حاله ﴾ لم يتغير مع المشتري بزيادة ولا نقصان، فإن كان قد تغير فستأتى أحكام ذلك فإن تراضيا يبقائه والارش جاز لأنه فى مقابل جزء ناقص من المبيع لا فى مقابل ترك الفسخ .

ولا يجب رد الميب إلى موضع العقد بل يرد ﴿ حيث وجد المالك ﴾ فلو طلب البائع رده إلى موضع العقد لم يلزم المشتري إلا بشرط أو عرف فيلزم، وكذا المردود

بمختيار الرؤية والشرط وغيرهما ، ويلزم البائع قبوله إلا أن يخشى عليه من ظالم فلا يلزمه قبوله .

وإذا رد المشتري المبيع بميب فإنه ﴿ لا ﴾ يثبت له أن ﴿ يرجع ﴾ على البائع ﴿ بما أنفق ﴾ على المبيع أو غرم لمؤنة حمله أو نحو ذلك ولو كان الرد بالحكم ولو كان الإنفاق بعد الفسخ وقبل الرد لأنه قد كان في ملكه إلا أن يأمر الحاكم بالإتفاق لغية البائع أو تمرده عن الحضور للتخلية فيرجع حينئذ ، وإذا لم يكن الإتفاق بأمر الحاكم فليس له الرجوع ﴿ ولو علم البائع ﴾ بالميب وقت العقد ولم يخبر به المشتري فليس للمشتري الرجوع بما أنفق .

﴿ تنبيه ﴾ ومن الميوب ما يكون مختصا بها المشتري نحو أن يشتري نعلا أو خاتما ليلبسه فيجده صغيراً أو كبيراً على رجله أو يده أو غير ذلك مما يكون مخالفاً لفرض المشتري والقول قوله مع يمينه وكذا لو اشترى البهيمة للحمل والركوب فقبلها عيب يمنع من المقصود . « والضابط في الميب » هو أن كل عيب ينقص به القيمة ولو بالنظر إلى غرض المشتري فقط فإنه يرد به المبيع .

(فصل)

(٢١٢)

في بيان ما يبطل به رد الميب ولا يستحق المشتري الرجوع بالأرض .

واعلم أن المشتري ﴿ لا ﴾ يستحق ﴿ رد ﴾ الميب بالميب ﴿ ولا ﴾ يستحق ﴿ أرض ﴾ ذلك الميب ﴿ أن ﴾ اتفق أحد « ثمانية أمور »

﴿ الأول ﴾ حيث ﴿ تقدم العلم ﴾ قبل العقد بأن ذلك عيب ينقص القيمة وسواء شرط رد الميب أم لا فإنه يبطل الرد وكذا لو علم بعد العقد قبل القبض أو حاله ولو جهل كونه عيباً يفسخ به فإنه يبطل الرد أيضاً ﴿ و ﴾ كذا ﴿ لو ﴾ كان المشتري

قد ﴿أخبر بزوال ما يتكرر﴾ من العيوب قبل العقد كالصرع وحى الربيع^(١) وكبو الدابة ونحو ذلك فإنه يبطل الرد، والوجه فيه أن معرفة تكراره كمعرفة استمراره فإن لم يعرف أنه يتكرر لم يبطل خياره والقول قوله أنه غير عارف بأن العيب يتكرر إلا أن يكون ظاهراً عند الناس فلا يكون القول قوله .

﴿فرع﴾ وأما لو كان مما لا يعود بعد زواله كالجدري إذا حدث عند المشتري فليس بعيب يرد به المبيع إلا أن يصف البائع للمشتري أنه قد أتاه رده بخيار فقد الصفة .

﴿والثاني﴾ قوله ﴿أو﴾ كان المشتري قد اطلع على العيب و ﴿رضى﴾ بذلك المبيع بقول أو فعل كأن يتصرف فيه بعد العلم بذلك ولو جهل كون التصرف مبطلاً فإنه يبطل الرد .

﴿و﴾ كذا ﴿لو﴾ وجد بعضه معيباً فرضى ﴿بالصحيح منه﴾ دون العيب بطل خياره في الكل ولزمه جميع المبيع ولا أُرش للعيب ولو كان البائع شخصين وسواء تقدم الرضاء على فسخ البعض أم تأخر فلو رد العيب ولم يذكر الصحيح كان فسخاً ورداً للجميع .

﴿الثالث﴾ قوله ﴿أو﴾ اطلع المشتري على العيب و ﴿طلب الإقالة﴾ بعد العلم بالعيب فإنه يكون في حكم الرضى، فأما لو طلب الإقالة قبل العلم بالعيب لم يكن رضى. فإذا ادعى أنه جهل حكم طلب الإقالة في كونه بعد العلم رضاء لم تسمع دعواه ويبطل خياره ظاهراً وباطناً .

﴿فسرع﴾ وطلب الإقالة تقرير للمبيع عن الفسخ بخيار العيب فيبطل بها خيار العيب وكذا سائر الخيارات .

(١) حى الربيع هو أن تأخذ يوماً وتدع يومين ثم تجيء في اليوم الرابع. وربعت عليه الحمى:

جاءته ربما اه .

﴿مسئلة﴾ لو استقال البائع في شيء ثم وجد فيه عيبا حدث مع المشتري فله رده سواء جعلنا الإقالة بيعا أم فسخا ، والواجب في الفسخ رد المبيع كما قبض .

﴿الرابع﴾ قوله ﴿أو﴾ اطلع على العيب ثم ﴿عالجه﴾ أو أمر بمعالجته ليزول بدواء أو غيره بطل الخيار ولو لم يمثل المأمور لأن ذلك في حكم الرضى إلا أن يعالجه بإذن مالكة صح الرد ولا يرجع بالفراطة فلو خشي هلاكه فالتقياس أن يفسخه في وجه الحاكم أو من صلح كما يأتي في قوله «أو خشية الفساد» أثناء فضل ٢١٤ .

﴿فرع﴾ فلو اطلع على عيب غير الذي أصلحه كان له الرد به ولو كان من جنس الأول .

﴿فرع﴾ فلو مرض عند المشتري فدأواه ليرده بمعيه الذي هو غير المرض الحادث عنده لم يكن رضى وكان له الرد . أما لو أراد البائع أن يعالج المبيع في يد المشتري فليس له ذلك ، ولمشتري منعه لأن له حقا في رده وله أن يعالجه قبل التسليم .

﴿والخامس﴾ قوله ﴿أو﴾ قبض المشتري المبيع جاهلا للعيب ثم انكشف أن فيه عيبا ثم ﴿زال﴾ ولم يمد ذلك العيب ﴿معه﴾ فإنه يبطل خياره .

﴿والسادس﴾ قوله أو قبض المشتري المبيع أو طلب الإقالة أو عالجته كما مر ﴿أو تصرف﴾ به أو استعمل ﴿بعد العلم﴾ بالعيب ﴿أى تصرف﴾ أو أى استعمال فإنه يبطل خياره ولا أُرش لأن ذلك جار مجرى الرضى ولو كان جاهلا لثبوت الخيار أو أن ذلك يبطل خياره نحو أن يستخدم كثيرا أو يأمر العبد ببيع أو شراء أو يمرض المبيع للبيع لا لمعرفة قيمته مع العيب أو يركب الدابة لا لعلف أو سقى أو ارجاع مع حضور البائع أو يلبس الثوب ولو كان راداه له^(١) حال لبسه وكذا لو سكن أو زرع أو طلب الشفقة به أو أكل أو طبخ أو خبز أو أخرجه عن ملكه ببيع أو هبة

(١) لعدم ثبوت العادة في رد الثوب لابساه بخلاف الدابة فالمادة ثابتة بردها را كباعليها اه

أو نحوهما فإنه يكون رضاء إلا أن يكون ذلك بإذن البائع ، وكذا لو حلب البقرة بعد علمه بالعيب إما لنفسه أو لدفع الضرر عنها مع حضور البائع ، أو حلبها غير قاصد لنفسه ولا لدفع الضرر عنها كان رضى ، لا لو حلبها للبائع مع غيبته فلا يكون رضاء . أما لو حلب البقرة قبل العلم ثم انتفع باللبن بعد العلم ، فإن كان موجوداً حال العقد كان رضى وإن لم يكن مما شمله العقد لم يكن رضاء ، فلو كان مما شمله العقد وقد جرى العرف بأن حلبه لا يكون رضى وأن المشتري يستهلك اللبن فإنه لا يكون رضاء . وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من صور ثلاث ، فإن التصرف فيها بعد العلم لا يكون رضى .

﴿ الأولى ﴾ أن يستخدم العبد شيئاً يسيراً يتسامح بمثله في العادة أى يفعله الناس في ملك غيرهم من دون إنكار فإن ذلك لا يكون رضاء .

﴿ الثانية ﴾ أن يعرضه للبيع ليعرف الغلاء والرخص فإن ذلك لا يكون رضاء ، وكذا لو حلب البقرة ليعرف قدر اللبن ؛ والقول قول المشتري فيما أراده مع عيئه إذ لا يعرف إلا من جهته .

﴿ الثالثة ﴾ أن يركب الدابة ليملفها أو ليسقيها أو ليردها إلى البائع فإنه لا يكون رضاء إذا كان البائع غائباً وقتاً يتضرربه الحيوان ، ولا عبرة بوجود الحاكم . وأما إذا كان حاضراً فيكون رضاء ، وكذا لو ركبها لحاجته وحاجة الدابة أو أجرها بملفها كان رضاء لأن علفها عليه .

﴿ والأمر السابع ﴾ قوله ﴿ أو تبرأ البائع من جنس ﴾ من العيوب ﴿ عيئه ﴾ أو أجناس معينة نحو بعتك هذه الأرض وأنا برىء من الصخرات أو الأشجار والحفر التى فيها أو نحو ذلك صح ذلك ، وإن لم يذكر قدر ذلك الجنس فيبرأ منه وما من جنسه وإن كثر لعله الجهالة حيث كان ذلك العيب الذى تبرأ منه موجوداً

أو مقدراً حصوله كالشيء الكامن لا معدوما ، فلا يصح التبرؤ منه والمشتري على خياره . ولا يدخل في الوجود ما حدث من جنسه من بعد الشرط ولا ما انكشف من غيره . ﴿ أو ﴾ تبرأ من ﴿ قدر ﴾ معلوم ﴿ منه وطابق ﴾ أى انكشف القدر الذى تبرأ منه من غير زيادة نحو بعتك هذه الأرض وأنا برىء من ثلاث صخور فيها أو نحو ذلك فإنه يبرأ ويبطل بذلك خيار المشتري ، وكذا لو نقص أو لم يوجد شيء ويمتبر العرف فيما يسمى صخرة ، فلو انكشف زائداً عما تبرأ منه وكان الزائد على انفراده ينقص القيمة فله رده به وإلا فلا .

﴿ فرع ﴾ فأما لو تبرأ البائع من كل عيب فى المبيع كأن يقول بعتك هذه الدار أو الفرس وأنا برىء من كل عيب فيها أو خراب أو لاتصلح للسكنى أو الركوب أو نحو ذلك صح العقد ولنفى الشرط وثبت للمشتري خيار رد المبيع ، وكذا لو أبرأه المشتري من كل عيب فإنه لا يبرأ .

﴿ لا ﴾ لو تبرأ البائع ﴿ مما حدث ﴾ فى المبيع من بعد العقد ﴿ قبل القبض ﴾ نحو بعت منك هذا والتزمت لك بما حدث فيه من العيب ﴿ فيفسد ﴾ العقد إذا كان التبرؤ شرطاً مقارناً للعقد ، وكذلك لو عين جنس العيب أو قدره لأنه تبرأ حال العقد بما سيحدث قبل القبض فرفع موجهه . أما لو تبرأ بعد العقد صح العقد ولنفى الشرط وثبت الخيار للمشتري .

﴿ والثامن ﴾ مما يكون رضاء لو اطلع المشتري على العيب وطلب الأرض من البائع كان ذلك رضاء لأنه تقرير له فى ملكه فيبطل الرد والأرض .

﴿ فصل ﴾

﴿ ٢١٢ ﴾

فى بيان الوجوه التى يبطل بها الرد ويستحق المشتري الأرض ، وقد أوضحها الإمام عليه السلام بقوله : ﴿ ويستحق ﴾ المشتري ﴿ الأرض ﴾ ما لم يقتض الربا

﴿ لا الرد ﴾ فلا يستحقه ﴿ إلا بالرضا ﴾ يعنى إلا أن يرضى هو بالرد مع رضا البائع بالقبض . وإنما يستحق الأرض بأحد « أربعة وجوه » :

﴿ الأول ﴾ ﴿ بتلفه ﴾ أى بتلف المبيع ﴿ أو بعضه فى يده ﴾ أى فى يد المشتري أو يد غيره ، بإذنه ، فإذا تلف المبيع أو بعضه مما لا يتسامح به ولو حكماً كالطحن لم يكن له فسخه بالميب لكن له المطالبة بالأرض ، وذلك كمن اشترى طعاماً فأكله أو أكل بعضه قبل العلم بالميب ولو أُلّف الباقي بعد العلم لتعذر الرد بعد تلف البعض إلا أن يكون الرد بالتراضى وفيما تلف جميعه تعتبر قيمته يوم التلف ﴿ ولو ﴾ تلف المبيع ﴿ بعد امتناع البائع من القبض ﴾ للمبيع بعد الفسخ بالميب ﴿ أو ﴾ عن ﴿ القبول ﴾ للفسخ ﴿ مع ﴾ وفوق ﴿ التخلية ﴾ بين المبيع وبينه ، أو بعد القبول ولم تحصل تخلية صحيحة فإنه يتلف من مال المشتري ويرجع على البائع بالأرض فقط لأنه قد ملكه فلا يبطل هذا الملك بعد استقراره ولا يخرج من ملكه ويدخل فى ملك البائع إلا باختيار البائع أو حكم الحاكم مع التخلية .

قال فى حاشية السحولى : « وما تلف بعد التفاسخ قبل القبض أو التخلية تلف من مال المشتري ، وسواء فى الإقالة وغيرها ، وسواء كان الفسخ من أصله أو من حينه ويستحق الأرض من البائع » ، فأما لو قال المشتري قد رددت عليك ، فقال البائع قبلت وحصلت التخلية ثم تلف فيتلف من مال البائع والقبض أيضاً من البائع بمنزلة القبول وكذا لو حكم الحاكم بالفسخ وحصلت التخلية ولو بدون أمر الحاكم كان تلفه من مال البائع

﴿ والوجه الثانى ﴾ هو أن المشتري يستحق أرض الميب لا الرد ﴿ بخروجه أو بعضه عن ملكه ﴾ بأى وجه من بيع أو هبة أو نذر أو عتق أو شفعة ﴿ قبل العلم ﴾ بالميب ﴿ ولو ﴾ خرج ﴿ بموض ﴾ فإنه يستحق الأرض ، فلو اشترى ثوبين معينين ثم باع أحدهما قبل العلم ببعيه رجع على البائع بأرض الثوبين معاً ، ولو تصرف

في الثوب الآخر بمسد العلم بالميب ، وكذا لو خرج عن ملكه لا باختياره ولو بمسد العلم بالميب وذلك كالحكم بالشفعة فإنه يستحق الأرض . فلو خرج المبيع عن ملكه منفعة لا عيناً ، وذلك كأن يؤثر الدار قبل العلم فلا يبطل الرد .

وإنما يبطل الرد ببيع الميب ﴿ ما لم يرد عليه ﴾ الميب ﴿ بحكم ﴾ حاكم فإن رده المشتري الثاني بالحكم كان ذلك ابطالا لأصل العقد فكأنه لم يكن ، وحينئذ يصح للبائع الثاني رده على البائع الأول ، وهذا ما لم يكن قد ادعى البائع الثاني أن المشتري الآخر قد علم بالميب ورضيه فإن كان قد ادعى ذلك فليس له الرد إلا أن يدعى أن المشتري الثاني أقر بالميب ولم يعلمه المدعى فإنه يثبت له الرد على البائع الأول لورده إليه بالحكم ، وأما لورده على البائع الثاني بالتراضي لم يكن للثاني رده على الأول ولو بإذن البائع الأول ، لأن ذلك بمنزلة عقد جديد بخلاف الرد بالحكم فإنه ابطال للعقد فيصح له الرد ، وكذا لو رد عليه بالحكم في خيار الرؤية والشرط وفقد الصفة ، وكذا بالفساد المجمع عليه قبل القبض فإنه يصح له الرد على البائع الأول .

﴿ فرع ﴾ فلو رد الميب المشتري الآخر بالحكم وقد كان البائع الثاني قبض أرض الميب من البائع الأول وجب حينئذ رد الأرض وخير البائع الثاني في البيع بين إمساكه أو رده وأخذ الثمن ، وليس له أن يمسك المبيع والأرض إلا أن يرضى البائع بذلك جاز إذ الأرض هنا عوض نقص لا عوض حق . وحاصل ذلك أنه مهما ثبت الأرض بطل الرد ومهما ثبت الرد بطل الأرض .

﴿ الوجه الثالث ﴾ هو أن المشتري يستحق أرض الميب لا الرد ﴿ بتعييه معه ﴾ يعني بتعييب المبيع مع المشتري بعيب حادث عنده ينقص القيمة بدون العيب القديم فإذا تعيب معه امتنع رده على البائع بالميب القديم ولو كان العيب الحادث من جنس القديم ويستحق من البائع أرض القديم لامتناع الرد بسبب العيب الحادث مع

المشتري ولكن لا يمنع الرد إلا إذا حدث بعد قبضه من البائع أو بفعل المشتري ولو قبل القبض ، وإذا امتنع الرد بالمعيب لم يكن للمشتري الأرش القديم إلا أن يتراضيا على الرد مع أرش المعيب الحادث من المشتري أو بدون أرش فيجوز ، فلو طلب البائع أن يأخذ المبيع من دون أرش وامتنع المشتري من أخذه إلا مع الأرش كان المشتري أولى ، فيستحق الأرش لأنه هو اللازم عند التشاجر كما لو طلباه معا من غير أرش فالمشتري أولى به أيضا .

﴿واعلم﴾ أنه إذا تعيب عند المشتري فلا يتمتع الرد ويجب الأرش إلا بشروط ثلاثة :

﴿الأول﴾ أن يكون تعيب عنده ﴿بجناية﴾ منه أو من غيره ليخرج ما لو تعيب معه بغير جناية وسيأتي حكم ذلك .

﴿والثاني﴾ أن تكون تلك الجناية مما ﴿يعرف بدونها﴾ أى بدون الجناية كتقطيع الثوب أو نحو ذلك ، فإذا تعيب مع المشتري امتنع الرد .

﴿والثالث﴾ أن تكون تلك الجناية صادرة ﴿ممن تضمن جنابته﴾ ليخرج ما لو صدرت ممن لا تضمن جنابته كما سيأتي . فمضى اجتمعت هذه الشروط الثلاثة امتنع رد المعيب ووجب الأرش للمشتري ولو وقعت الجناية بفعل البائع في يد المشتري فإنه يتمتع الرد وإذا جنى عليه المشتري أو النيران فإنه يبطل الرد ويتمين على البائع أرش القديم إلا أن يتراضيا على الرد مع أرش الحديث أو بدون أرش جاز .

قال الإمام ﴿وفي عكسها﴾ يعنى تقيض هذه الشروط الثلاثة بخير المشتري بين أخذه وأرش القديم أو برده ويلزمه للبائع أرش الحديث .

﴿فتقيض الشرط الأول﴾ أن يكون المعيب الحادث مع المشتري لا بجناية محو أن يكون من أثر استعمال ، مثل أن يلبس الثوب من دون قطع حتى يتعيب ثم يطلع على

عيبه القديم، وكذا لو زرع الأرض بحرت لا يزيد^(١) القيمة ثم اطلع على العيب، وسواء كان العيب مما يمكن الاطلاع عليه بذلك الاستعمال أم يمكن بدونه، إذ المقصود من الثياب اللبس ومن الأرض الزرع ولم تجر المادة بترك ذلك حتى يعرف هل فيه عيب أم لا فلهذا لا يمتنع الرد، وكذا لو تعيب بفعل المشتري بإذن البائع فإنه لا يمتنع الرد ولا يلزم له أرش.

﴿ونقيض الشرط الثاني﴾ أن تكون الجناية لا يعرف العيب القديم إلا بها ككسر البيض والرمان والجوز واللوز وذبح الحيوان الحامل فبمثل هذه الجناية لا يمتنع الرد لأن العيب لا يعرف إلا بها .

﴿وعكس الشرط الثالث﴾ أن تكون الجناية صادرة ممن لا تضمن جنايته كالحيوان غير المقور والسبع، ونحو أن تكون بأفة سماوية أو بمرض أو هزال بدون تقصير في الملف وكذا لو كانت بفعل .

﴿واعلم﴾ أنه إذا اتفق نقيض أحد هذه الشروط الثلاثة فإنه لا يمنع الرد بل ﴿يخير﴾ المشتري لا البائع ﴿بين أخذه﴾ أى أخذ المبيع ﴿و﴾ يلزم له على البائع ﴿أرش﴾ العيب ﴿القديم﴾ الذى كان من عند البائع ﴿أو رده﴾ أى رد العيب ﴿و﴾ يسلم منه البائع ﴿أرش﴾ العيب ﴿الحديث﴾ أى الحادث عنده فيخير المشتري بين هذين الأمرين .

﴿فرع﴾ وحيث يطلبان الأرش معاً أو يسقطان الأرش معاً أو يسقطه أحدهما فالمشتري أولى به في جميع الصور .

﴿مسئلة﴾ كل أرش يأخذه المشتري من البائع فهو ما بين القيمتين منسوبا من الثمن. وبيان ذلك إذا أريد معرفة الأرش القديم هو أن يقوم المبيع صحيحاً بين المييين ومعيياً ويرجع بقدر نقصان القيمة من الثمن. فلو قوم المبيع صحيحاً فى المييين بستان

(١) أما إذا زادت به القيمة فسيأتى أن الزيادة تمنع الرد اه .

ديناراً ومعيها بالميب القديم بأربعين وثمنه ثلاثون فإنه ينقص من الثمن الذي هو ثلاثون قدر الثلث منه وذلك عشرة دنانير وعلى هذا فقس ، وتمتبر فهمته إن كان الميب متقدماً على المقد يوم المقد لأنه وقت الاستحقاق، وإن كان متأخراً عن المقد متقدماً على القبض فقيمته يوم القبض ، وأيضاً كل أرض يأخذها البائع من المشتري فهو ما بين القيمتين غير منسوب فإذا أريد معرفة أرض الحديث فيقوم المبيع مع الميب الحديث ومع عدمه فما بينهما فهو الأرض وذلك ظاهر .

﴿مسئلة﴾ فلو كان المبيع لقيمة له بمد كسره كالجوز الفاسد إذا كان لكسوره قيمة وكذا الرمان إذا كان لكسوره قيمة فإن أرض القديم فيه هو ما بين القيمتين صحيحاً ومعيها قبل الكسر منسوباً من الثمن كما تقدم، فلو كان لا قيمة له مع الميب لا قبل كسره ولا بعده كالبيض الفاسد ونحوه فيلزم أن يرجع المشتري بالثمن كله لأن البيع غير صحيح ولو شراء علماً بالميب لبطلان البيع فلا يطيب الثمن للبائع لأنه في مقابل عرض باطل فتبطل إباحته .

﴿قائدة﴾ لو اشترى شاة فسلخها ثم وجد لحمها معيها فله أن يرد اللحم والأرض وهو ما بين قيمتها حية معيبة وقيمتها مسلوخة معيبة .

﴿نعم﴾ ويخير المشتري في رد المبيع مع أرض الحديث وإمساكه مع أرض القديم على حسب ما تقدم ﴿إلا﴾ أن يكون العيب الحادث عند المشتري تولد ﴿عن سبب﴾ ذلك السبب وجد ﴿قبل القبض فلا شيء﴾ على المشتري بل إن شاء رد المبيع من دون أرض عليه للعيب الحادث وإن شاء أخذ المبيع وليس له أرض القديم. وذلك كأن يشتري جارية حاملاً فينتكشف فيها عيب ثم ولدت عنده فحدثت بولادتها عيب فهذا العيب متولد عن سبب كان مع البائع وهو الوطء فيخير إن شاء ردها ولا أرض عليه للعيب الحادث عنده بالولادة وإن شاء أمسكها ولا أرض له أيضاً للعيب القديم لأنه لا يثبت له ذلك إلا إذا تعيب المبيع معه لا عن سبب من عند البائع قبل القبض، أما إذا كان عن سبب

واختار إمساك المبيع فليس له أرش ، فلو باع المشتري الجارية وبطل الرد بأى وجه فإن للمشتري الثانى أن يرجع بأرش الميب القديم والحديث ، وكذا للمشتري الأول ، وكذا لو اشترى عبداً قد استحق القطع لسرقه أو لجناية قبل القبض فقطعت يده عند المشتري فإنه لا أرش عليه للقطع ولا يبطل به الرد ما لم يمت فإن مات وجب الأرش فقط لأن الموت زيادة على الميب .

﴿ فإن زال أحدهما ﴾ أى أحد العيين وهما القديم أو الحديث عند المشتري لا عن سبب من البائع « فإن زال القديم فلا أرش على البائع فلو زال بعد أن تسلم الأرش فلا يلزم المشتري رد ما تسلم من الأرش لأنه قد طاب للمشتري وملكه عند أخذه بحق فلا يلزم رده إذا زال سببه وكذا لو لزم المشتري عند الرد أرش الحديث ثم زال بعد أن سلم الأرش فلا يلزم البائع رده لأنه قد طاب له ذلك . « وإن زال الحديث » ثبت للمشتري الرد ولا أرش عليه لما حدث عنده ثم زال ولو لم يكن عن سبب من عند البائع .

﴿ فإن التبس أيهما ﴾ زال هل القديم أم الحديث واختلف البيمان . فقال البائع إنما زال القديم فلا خيار لك ، وقال المشتري إنما زال الحديث فلى الخيار ولا بينة لأحدهما فإن حلفا معا أو نكلا معا أو تصادقا على اللبس بطل الرد و ﴿ تعين الأرش ﴾ للمشتري ولو قال البائع يأخذه من دون أرش فالحق للمشتري فى الأقل من أرش العيين لأن الأصل براءة الدمة من الزائد . وقوله ﴿ وَوَطْؤُهُ ﴾ أى وطؤ المبيع حيث كان جارية فوطئها المشتري قبل العلم بالميب ﴿ ونحوه ﴾ أى نحو الوطء وهو ما كان لشهوة من تقبيل أو لمس أو نظر هو ﴿ جنابة ﴾ من المشتري ولو كان ذلك بإذن البائع فيبطل الرد ويستحق المشتري الأرش ، وسواء علقت من الوطء أم لم تعلق ، وسواء كانت بكراً أم ثيباً . وأما إذا وطئها غير المشتري فإن كانت بكراً امتنع الردراضية أم مكروهة ، لأنها

جناية ممن تضمن جنايته فإن كانت ثيبا فلا يمتنع الرد إلا إذا علفت أو نقصت قيمتها بعد أن حدث الوطء .

﴿ و ﴾ ﴿الوجه الرابع﴾ ما يستحق به المشتري الأرض ويبطل رد المبيع ﴿بزيادته﴾ إذا حدثت معه أى مع المشتري ولو فى يد البائع بعد أن قبضه المشتري ثم أبقاه فى يد البائع ولكن لا يمتنع الرد إلا بشرطين :

﴿الاول﴾ أن تكون الزيادة من ﴿مالا ينفصل﴾ كصبيغ الثوب وطحن الحنطة إن زادت القيمة بالطحن وإن نقصت فعيب يمنع الرد وكذا حرث الأرض حرثا يزيد القيمة وصقل السيف وآت البسويق بمسل أو سمن أو سكر، وبإلأه يكون نقصان صفة يمتنع الرد بها ويلزم الأرض .

﴿الشرط الثانى﴾ أن تكون الزيادة ﴿بفعله﴾ أى بفعل المشتري أو بفعل غيره بإذنه وإلا فلا يمتنع الرد مثل السمن والكبر فى الحيوان فإنهما لا يمنعان الرد لأنهما ليسا بفعله .

﴿ و ﴾ أما ﴿فى المنفصل﴾ فعلى المذهب عند الإمام عليه السلام ﴿بغير﴾ المشتري ﴿بين أخذ الأرض﴾^(١) مع إمساك المبيع ﴿أو القلع﴾ للزائد ﴿والرد﴾ للمبيع وهذا على خلاف القياس ﴿والقياس﴾ أنه إذا أمكن فصل الزائد بدون أن يتضرر المبيع بما ينقص القيمة أن المشتري يغير إما أن يمكسك المبيع ولا أرض^(٢) له أو يقلع الزائد ويرد المبيع ولا شئ عليه ﴿فإن تضرر﴾ المبيع حتى نقصت قيمته

(١) وقد استنكر السحول أخذ الأرض ، وقيل ان هذا إذا كانت الزيادة تضرر بالفصل لأن المشتري كالمغرور اه ..

(٢) هذا القول للفتية على وقد قرره المفتى والشامى والوشلى على حواشى البيان وحواشى الشرح ، واختار القاضى عبد الله العلى أحد شارحى الأزهار وهو الذى يطبق عليه الضابط المتقدم أنه مهما ثبت الرد بطل الأرض ومهما بطل الرد ثبت الأرض اه .

بفصل الزائد المتصل به مع جهلهما أو جهل المشتري أن الفصل يضره ﴿بطل الرد﴾ حينئذ لأن تضره بما ينتقص قيمته كالعيب الحادث عند المشتري بجنابة فيبطل الرد ﴿لا الأرض﴾ فيلزم البائع لا إذا رضى البائع بالرد مع تضرر المبيع بالفصل فلا يلزم الأرض وحينئذ ليس للمشتري إلا أن يرضى به بلا أرض أو بفصل الزائد ويرد المبيع فلو لم يفصل الزائد وقد ظننا أو ظن المشتري أن الفصل يضره بطل الرد لا الأرض، أما لو فصل مع حصول ذلك والظن بطل الرد والأرض لأنه تصرف. وهذا التفصيل إذا كان العيب والزيادة في المبيع .

أما لو كان المبيع والتمن قيمتين وكان المبيع معيبا والتمن سليما وحصلت الزيادة فيه فحكمه كما بينه الإمام بقوله ﴿ولو كان الزائد بها ثمن المعيب﴾ المراد فإن كانت الزيادة حادثة في ثمن المعيب حال كون الثمن ﴿قيمة سليما﴾ من العيب وكذا لو كان مثلها غير نقد وقد سمي أحداً المتقابلين ثمناً مجازاً مع أن القيمتين عند التقابل يكونان مبيعين معاً ، نعم فهما كان المبيع معيبا وكانت الزيادة في الثمن مع كونه سليما ﴿لم يبطل﴾ الرد للمعيب ولو تضرر الثمن بفصل الزيادة ولكن يلزم التراد بينهما قبل الفصل ﴿و﴾ إذا وقع التراد ﴿استحق﴾ واضع الزيادة ﴿قيمة الزيادة﴾ التي وضعت في السليم وتقوم قيمتها مصنوعة غير مركبة وتدفع في غير جنسها لثلا يكون ربي .

﴿مثال﴾ أن يشتري ثوبا^(١) سليما بقمقم معيب فيحلى السليم ثم يرد عليه ذلك المعيب بالمعيب فإنه لا يبطل الرد ويجب على بائع السليم أن يدفع لو اضح الحلية قيمتها مصنوعة غير مركبة كما تقدم ولو قدر أن السليم لا يتضرر بفصل الزيادة عنه ولو اضح الزيادة فصلها لو أراد فلو كان الثمن من النقد وقد خلاه لزم أن يسلم مثله .

وقوله ﴿كلوا﴾ تضررت الزيادة وحدها فيهما ﴿أى في صورتين معاً وهما حيث كانت الزيادة في المعيب وحيث كانت في السليم فإنه لا يبطل الرد ولو قدر تضرر

(١) اسم لكل مجوف كالملج ونحوه اه .

الزيادة بفصلها عما هي عليه ولكن يجب ماله كما قيمتها مهما لم يرض به متضرره وتقوم قيمته التي على الميب مركبة لأنه ملجأ وقيمة التي على اسليم غير مركبة كما تقدم وحيث لم يتضرر ما هي عليه بفصلها بخير ماله كما إيمان بتركها وبأخذ قيمتها كما تقدم أو بفصلها ولا أرش له لو تضررت .

﴿ والحاصل في مسألة القاهم ﴾ إذا أراد إرجاع الميب وقد زيد فيه أو في ثمنه السليم أنه لا يخلو إيمان أن يكون التضرر في الميب أو في السليم أو في الزيادة؛ فإن كان التضرر في الميب امتنع الرد واستحق الأرش، وإن كان في السليم لم يمتنع الرد ولزم مشتري الميب قيمة الحلية ، وإن كان التضرر في الزيادة في أيهما لم يمتنع الرد أيضا ولكن إن كانت لا تنفصل أخذ صاحبها عوضها وإن كانت قد تنفصل خير ماله كما بين أخذ قيمتها وفصلها والأرش له لو تضررت بفصلها وأما ما هي عليه فيرد سواء تضرر أم لا ، فلو كانا معيين لم يمتنع الرد أيضا حيث لم يتضرر، وإن تضرر امتنع الرد ، فإن تضرر أحدهما دون الآخر فإن أراد الفسخ من لا يتضرر ما حلاه كان له الفسخ والآخر كالملجأ وإن أراد الفسخ من يتضرر ما حلاه فقد امتنع الرد بمل التضرر أو ظنه ويترجمان في الأرش .

﴿ وأما ﴾ إذا كانت الزيادة ﴿ بفعل غيره ﴾ أي بفعل غير المشتري بدون إذنه فالمتصلة كالسمن والكبر وكذا صبغة الثوب وحرث الأرض ونحو ذلك من الناصب لا حكم لها ولا يبطل بها رد الميب ﴿ فيرده ﴾ زيادته من غير شيء له وإلا يرضى به ولا شيء له لأنه لا يجب على البائع أن يقبض الزائد على ملكه ويسلم عوضه، وأما إذا كانت تنفصل ولا يتضرر الميب بالفصل فإنه بفصلها ويرده وحده .

﴿ واعلم ﴾ أنه مهما ثبت رد الميب فإنه يرد ﴿ دون ﴾ الفوائد ﴿ الفرعية ﴾ وهي مالا جرم لها من نفس المبيع كالكرء وكسب العبد ونحو ذلك ﴿ مطلقا ﴾ سواء فسخ بالحكم أم بالتراضي ﴿ وكذا ﴾ الفوائد ﴿ الأصلية ﴾ وهي مالا جرم من نفس المبيع

كالولد والتمر والصوف فإنها لا ترد مع المغيب إذا لم يشملها العقد ﴿ إلا ﴾ أن يفسخ المغيب ﴿ بحكم ﴾ فإنه يجب على المشتري رد الفوائد الأصلية مع المبيع لأنه فسخ للعقد من أصله فإذا تلفت ﴿ فيضمن ﴾ المشتري ﴿ تألفها ﴾ إذا تلفت بجناية منه أو تفريط .

﴿ ٢١٤ ﴾ (فصل)

في أحكام تتعلق بخيار المغيب . ﴿ و ﴾ اعلم أنه من علم بمغيب ماشرأه كان له ﴿ فسخه ﴾ متى شاء ولا يجب التعميل لأنه ﴿ على التراخي ﴾ إلى أن يصدر منه رضاء أو مايجرى مجراه، وذلك كأن يحصل أحد الأمور الثمانية السابقة ^(١) التي يبطل بأحدها الرد والأرش أو أحد الأوجه الأربعة ^(٢) التي يبطل بأحدها الرد دون الأرش ﴿ و ﴾ من أحكام خيار المغيب أنه ﴿ يورث ﴾ بمعنى أنه إذا مات من له خيار المغيب انتقل الخيار إراثاً إلى الوارث فلو اختلفت الورثة في رده والرضى به كان لمن رضى منهم ويلزمه جميعاً وإن ردوه جميعاً فيلزم رده إلا إذا كان سيبتاع بأكثر من ثمنه وكان ماله مستغرقاً بالدين لم يكن للورثة رده .

﴿ و ﴾ من أحكام خيار المغيب ﴿ بعد قبض المشتري للمبيع ان فسخه على أحد وجهين أما ﴾ بالتراضى ﴿ بين البيعين فلا بد من إيجاب وقبول أو مافى حكم القبول وهو قبض البائع للمغيب وإلا كان كالمعاطة فيتلف من مال المشتري . ﴾ والوجه الثاني ﴿ قوله ﴾ وا ﴿ ن ﴾ لا ﴿ يكن ثم تراض ﴾ فبالحكم ﴿ إن تشاجرا ﴾ بعد القبض ﴿ ولا يفسخ مع التشاجر إلا بالحكم ﴾ ولو ﴿ كان المغيب ﴾ مجمماً عليه ، وكذا لو كان التشاجر قبل القبض وكان المغيب غير مجمع عليه فإنه لا يفسخ إلا بالحكم أما لو كان قبل القبض وكان المغيب مجمماً عليه فلا يحتاج إلى حكم ولا إلى تراض . والمجمع عليه من المغيب هو ما اتفق عليه المقومون أنه عيب ينقص قيمة المبيع ، وكذا

رد الثمن الميعب إذا كان من النقدين أو كان مثلياً غير معين ، ثم وقع معيب فإنه يجب إبداله ولا يحتاج في رده إلى حكم ولا تراضٍ ، فإذا خلى بينه وبين المشتري صح الرد ، أما إذا كان قيمياً أو مثلياً معيناً فيعتبر فيه ما يعتبر في البيع لأنه يكون مبيعاً .

﴿ فرع ﴾ وإذا وقع التفاسخ بالتراضى أو بالحكم فإن البيع باق في ضمان المشتري حتى يقبضه البائع أو يخلى له وقبل ذلك يتلف من مال المشتري ويستحق الأرض على البائع كما مر ، وكذا لو فسخه في وجه الحاكم ولم يقبضه الحاكم ولا البائع . وإذا وجد المشتري عيباً وكان البائع غائباً فإن المشتري يرفع المبيع إلى الحاكم لينقض البيع و ﴿ هو ينوب عن ﴾ ذلك ﴿ الغائب و ﴾ عن ﴿ التمرد في الفسخ ﴾ على المشتري و ﴿ ينوب عنه في ﴾ البيع ﴿ أيضاً ﴾ لتوفير الثمن ﴿ أي لدفع الثمن للمشتري إذا كان البائع قد قبض الثمن ولم يتمكن الحاكم من رده إلا بالبيع لذلك الميعب أو يبيع غيره من أملاكه على ما يرى . وهو ينوب أيضاً عن الصبي والمجنون فإن لم يكن البائع قد قبض الثمن فإن الحاكم ينقض البيع ويرد المبيع إلى من نصبه وكيلاً للنائب ﴿ أو ﴾ يبيعه ﴿ خشية الفساد ﴾ عليه إذا كان المبيع مما يخشى فساد كاللحم والخضراوات ويحفظ ثمنه للبائع ، وكذا لو خشى أن تلحقه غرامة يبقائه حيث كانت أكثر من ثمنه فإن الحاكم يبيعه ويحفظ الثمن . فإن لم يكن في الناحية حاكم وخشى تلفه أو فساد قبل وصول البائع فله أن يفسخه في وجه من صلح .

﴿ فرع ﴾ ويبيع الحاكم إن كان لدفع الثمن صح ، ولو كان البائع حاضراً حيث هو متمرد فإن كان غائباً لم يصح إلا إذا كانت غيبته مسافة قصر أو جهل موضعه أو لا يتال ، وإن كان المبيع لخشية الفساد فإن كان البائع حاضراً لم يصح وإن كان غائباً صح ووجب لأن الحاكم قد صار وليه في تلك الحال ولو كانت المسافة قريبة .

نعم ؛ ويجب رد الفوائد التي شملها المقد متصلة أو منفصلة كالصوف واللبن والولد إذا وقع الرد بالتراضى ، وكذا الفوائد المتصلة حال الرد ، فإن وقع الرد بالحكم فعلى

ما أوضحه الإمام بقوله : ﴿ و ﴾ إذا حكم الحاكم بفسخ المبيع بالمعيب فإن ﴿ فسخه إبطال لأصل العقد ﴾ فيصير العقد كأنه لم يقع ﴿ فترد معه ﴾ أى مع المعيب فوائده ﴿ الأصلية ﴾ كالصوف والولد واللبن الحادث مع المشتري لا الفرعية كغلة الدار فتطيب للمشتري ﴿ ويبطل كل عقد ﴾ أو إنشاء ﴿ ترتب عليه ﴾ فلو باع داراً بعمد فزهن المبد أو أجره أو باعه أو وقفه ، ثم فسخت عليه الدار بمعيب بعد الحكم فإن الفسخ يبطل الإنشاءات المترتبة على العقد الأول لأنه قد بطل وصحتها مبنية عليه فيفسخ الرهن والبيع والإجارة والوقف ونحو ذلك إلا الشفعة فلا تبطل بعد الحكم بها ولو فسخ السبب بالمعيب ، وكذا الحوالة لا تبطل بعد قبضها لأنها قد صحت فيرجع على المحيل .

﴿ وكل عيب ﴾ علم به المشتري وقت البيع أو انكشف في المبيع ﴿ لا قيمة للمعيب معه مطلقاً ﴾ أى في جميع الأحوال سواء جنى عليه مع العيب أم لم يجن عليه فإنه يقتضى أن يكون البيع باطلاً من أصله لأنه اشترى مالا قيمة له وإذا كان باطلاً ﴿ أوجب رد جميع الثمن ﴾ ، مثال ذلك أن يشتري فرساً قد عقرها كلب كلب^(١) قبل قبضها فإنها إذا لم يكن لها قيمة مع ذلك رجع بكل الثمن على البائع سواء اشتراها طاملاً بذلك أم جاهلاً ولا يقال إن ذلك إباحة للثمن لأنه في مقابل عوض باطل فتبطل إباحته ويكون الثمن في يد البائع مضموناً عليه ، وأما إذا كان لها قيمة مع العيب فإن اشتراها مع العلم لم يرجع بشيء وإن اشتراها مع الجهل ردها مع البقاء أو رجع بالأرض مع التلف أو ما في حكمه وهو خروجه أو بعضه عن ملكه كما تقدم .

﴿ لا ﴾ إذا لم يكن له قيمة ﴿ بعد جنابة فقط ﴾ وقمت عليه بحيث لو لم يجن عليه لكان له قيمة ﴿ فالأرض ﴾ هو الواجب له ﴿ فقط ﴾ وهو ما بين قيمته معيماً سليماً من الجنابة وقيمه سليماً منها غير معيب منسوباً من الثمن ، ولا يستحق الرد بذلك

(١) وهو المصاب بداء السكب وقد زعموا أنه لا يبرأ جرحه اه .

العيب ﴿ وإن لم يعرف ﴾ العيب ﴿ بدونها ﴾ أى بدون الجناية فإنه لا يستحق المشتري إلا الأرض فقط ، مثال ذلك : الجوز الذى قد اختل لبّه فإنه لا يعرف اختلاله إلا بكسره ولا قيمة له بمد الكسر بخلاف ما لو بقيت سليمة فإن لها قيمة ولو علم أنها مختلة اللب فانهم ربما زخرفوها وتركوها زينة أو يلبس بها الصبيان ، ونحو ذلك الرمان الفاسد والبيض الفاسد ، هذا إذا كان له قيمة قبل الكسر ، أما إذا لم يكن لذلك قيمة لا قبل الكسر ولا بعده فإنه يرجع بالثمن كله كما تقدم قريباً ، ولو كان لا يعرف العيب إلا بالكسر .

﴿ ومن باع ﴾ بقرة أو نحوها ﴿ ذا جرح ﴾ وقع من غير البيعين يعرف في العادة أن مثله ﴿ يسرى فسرى ﴾ ذلك الجرح إلى إتلاف النفس أو إتلاف عضو منها مع المشتري ﴿ فلا شيء على الجارح في السراية ﴾ من وقى البيع إلى الرد لا للبائع ولا للمشتري ﴿ إن علما ﴾ عند العقد أنها تسرى : أما البائع فلا لأنه قد رضى بإسقاط حقه لما علم والسراية وقعت في غير ملكه ، وأما المشتري فكأنه قد رضى بالجرح أو السراية لما علم . ﴿ أو ﴾ علم ﴿ أحدهما ﴾ عند العقد أنها تسرى فلا يكون لأحدهما أن يطالب الجارح بأرض السراية فأما أرض الجراحة وما سرى إلى وقت البيع فللبائع أن يطالب بأرض ذلك فقط .

﴿ والعكس إن جهلا ﴾ كون تلك الجراحة تسرى ﴿ وتلف ﴾ المبيع بالسراية أو غيرها في يد المشتري قبل رده أو امتنع الرد بأحد الأوجه الأربعة المارة بفصل (٢١٣) فله أن يرجع على البائع بأرض السراية والبائع يرجع على الجارح بما أعطى المشتري من الأرض لأنه غرم لحقه بسببه ولم يكن قد علمه قبل البيع حتى يكون رضى بإسقاط الحق ، وكذا لو أبرأ المشتري البائع من الأرض فإنه يلزم الجارح الأرض للبائع . وإنما يرجع البائع على الجارح بما أعطى حيث كان الثمن مساوياً للقيمة أو دونها . أما إذا كان أكثر لم يرجع البائع إلا بأرض الجراحة ، وعليه

للمشتري أرش الميب ولو زاد ، مثاله : أن تكون قيمته في غير سراية عشرة ومع السراية تسعة والثلث عشرون درهماً فإنه يسلم البائع للمشتري درهين ، وذلك هو ما بين القيمتين منسوباً من الثمن ولا يرجع على الجارح إلا بدرهم لأن الجارح لا يضمن إلا ما نقص من القيمة وهو درهم ودرهم لا رجوع له فيه .

﴿ أو ﴾ كان المبيع باقياً و ﴿ رد ﴾ على البائع ﴿ بحكم ﴾ حاكم أو رد بما هو نقض للمعدن من أصله بغير الحكم كخيار الرؤية والشرط فللبائع أن يرجع حينئذ بأرش السراية على الجارح لأن الفسخ بالحكم إبطال لأصل المعدن فكان السراية وقعت في ملكه فلو كان الرد بالتراضي لم يرجع أيهما على الجارح ، وكذا لو رضيه المشتري لم يرجع أيهما على الجارح أيضاً .. والجرح الذي يسرى ﴿ هو عيب ﴾ فإن جهله المشتري أو جهل كونه يسرى وقد علم الجرح ، فله أن يفسخه مع البقاء لأن سرايته عند المشتري لا يمنع الرد ولا يلزمه أرش ماسرى عنده ومع التلف يرجع بالأرش على البائع كسائر الميبوت .

﴿ واعلم ﴾ أنه ليس للوصي أن يفسخ الميب بالتراضي إلا لمصلحة ظاهرة ﴿ وإذا ﴾ فسخ بحكم ولزم رد الثمن ﴿ وتقدر على الوصي الرد من التركة فن ماله ﴾ كما لو باع الوصي شيئاً من التركة ثم قبض الثمن فقصاه به الغرماء أو استهلكه الورثة ثم فسخ ذلك الشيء بحكم أو استحق بحكم فإنه يجب عليه رد الثمن ، فإن كان باقياً في يده رده بيمينه للمشتري وجوباً وإن لم يكن باقياً فإن كان للميت شيء باعه ورد مثل ذلك الثمن للمشتري . وإن لم يكن للميت شيء استرجع الثمن من الغرماء ، وكذا من الفقراء ، فإن لم يمكنه الاسترجاع منهم رد الثمن من مال نفسه ، فإن نوى إقراض الميت كان له أن يرجع إن ظهر له مال وله أيضاً أن يرجع على الغرماء وديونهم في التركة حيث لم ينو التبرع عن الميت .

﴿ مسألة ﴾ فلو أوصى الميت بالحج وعين فرساً لا يملك غيره ولا وارث له

ثم ظهر عليه دين مستغرق ولم يكن يعلم الوصى وقد بحث ولم يقصر فالقياس على هذا أن يرد الفرس للغرماء ويسلم أجرة الحاج من عنده وهى أجرة المثل لأن الإجارة غير صحيحة إلا أن يعطيهم من جهة أخرى جاز وكانت الإجارة صحيحة كببيع وارث المستغرق لغير القضاء ، فإن تعذر الاسترجاع ضمن الوصى للغرماء قيمة الفرس من ماله .

﴿ فرع ﴾ ومثل الوصى في الضمان من ماله الولي والوكيل الذي تتعلق به الحقوق بخلاف الإمام والحاكم فن بيت المال لأن الحقوق لا تتعلق بهما وإنما يتصرفان بالولاية العامة ، وكذا مأمور الإمام والحاكم .

(فصل)

﴿ ٢١٥ ﴾

ذكر فيه الإمام أحكاماً تتعلق بالخيارات الثلاثة فيما إذا اختلف من لهم الخيار في الرد والرضى في المبيع ، وفي بيان بعض ما يختلف فيه الخيارات . قال عليه السلام : ﴿ وإذا ﴾ اشترى شخصان شيئاً غائباً عنهما ثم ﴿ اختلف المشتريان ﴾ بمسد رؤيته أو قبلها فاختار أحدهما فسخه بخيار الرؤية والآخر رضيه ﴿ فالقول ﴾ المراد بالحكم ﴿ في الرؤية لمن رد ﴾ سواء تقدم أم تأخر ، ويجبر الراضى على رد نصيبه إلا أن يكون بمسد القبض فله حصته . أما الشفيعان فن رد أبطل حقه واستقل بالجميع الآخر ولو كانا مشتركين في السبب . ﴿ و ﴾ أما إذا شرط المشتريان الخيار لنفسيهما ثم اختلفا ففسخه أحدهما ورضيه الآخر كان الحكم ﴿ في ﴾ خيار ﴿ الشرط لمن سبق ﴾ منهما بفسخ أو رضى لأن كل واحد منهما وكيل للآخر فإن سبق الفاسخ انفسخ عليهما معاً ، وإن سبق الراضى لزم كلا منهما نصيبه . .

﴿ و ﴾ هذا الحكم إنما يثبت إذا كانت ﴿ الجهة واحدة ﴾ نحو أن يكونا مشترين معاً أو بائعين معاً أو مشتركين ومجمولاً له الخيار من جهته ، أو بائعاً ومجمولاً له الخيار

من جهته . أما لو اختلفت الجهة نحو أن يكون الخيار للبائع والمشتري فإنه إذا رضى أحدهما كان الآخر على خياره كما تقدم ، وإذا كان الخيار لهما من جهة واحدة فالحكم لمن سبق ﴿ فإن اتفقا ﴾ أى وقع منهما الإمضاء والفسخ في وقت واحد ولم يسبق أحدهما الآخر ﴿ فالفسخ ﴾ أولى ، وكذا لو التبس من الأصل هل تقدم أحدهما أو اتفقا في وقت واحد فالفسخ أولى .

﴿ مسألة ﴾ وإذا كان الخيار لبائعين أو مشتريين فأت أحد الشخصين بطل خياره ويبقى الحى على خياره لأن الموت ليس كالرضى من كل وجه ، وأما إذا اطلع المشتريين على عيب في المبيع واختلفا فرضيه أحدهما وفسخه الآخر كان الحكم ﴿ في العيب لمن رضى ﴾ سواء تقدم أم تأخر ﴿ ويلزمه ﴾ المبيع ﴿ جميعا ﴾ ويدفع لشريكه حصته من الثمن ﴿ وله ﴾ على البائع ﴿ أرض حصة الشريك ﴾ لأنها دخلت في ملكه بغير اختياره بخلاف حصته فلا أرض لها لأنه قد رضىها . وإذا شفع المبيع شفع في جميعه لا في حصة الراضى فقط لأن حصت شريكه دخلت في ملكه بالعقد الذى اشتركا فيه فتصح شفعة الجميع فلا يتوهم أنها دخلت بدون عقد فلا تشفع ، وكذا يكون الحكم لمن رضى من الوارثين والشافعين . أما إذا كان المبيع سلمتين معيبتين بيعت إحداها بالآخرى فالحكم لمن رد مطلقا سواء تقدم أم تأخر ، وكذلك لو شرط جماعة الخيار ثم أراد كل واحد رده بخيار آخر . مثال ذلك : أن يرد أحدهم بخيار الرؤية ، والآخر سبق إلى الرضى به من جهة خيار الشرط ، والآخر رضى به من جهة خيار العيب ، فإن تطابق خيارهم بالزاد ردوا جميعا ، وإن اختلفت جهتهم فمنهم من يرد ومنهم من يرضى بالعيب ونحوه فالحكم لمن رد بكل حال . أما خيار فقد الصفه فالحكم فيه لمن رضى لأنه ما كان من الخيارات من باب النقص فيرد إلى العيب ، وما كان من باب التروى فبكالشرط .

قال في البيان : ﴿ واعلم ﴾ أن ما تقدم من الخيارات مختلف ﴿ فنه ﴾ ما هو من باب النظر والرأى كخيار الرؤية والشرط ، والخيار فيه على الفور ولا يورث ولكن

النور في خيار الشرط في آخر مدته وفي خيار الرؤية يكون عقيب رؤية مميزة ﴿ومنه﴾ ما هو لأجل نقص في المبيع كخيار العيب وفقد الصفة وتمذر التسليم والخيانة والنمر، فهذا على التراضي ويورث ﴿وكذا﴾ خيار تعين المبيع يورث في مدته وبعدها ويكلف التمين، وذلك حيث المبيع ثوب من ثياب أو نحوه فإنه يورث لضرورة التمين إلا حيث باع الكل على أنه بالخيار يرد ماشاء منها فهو لا يورث ويصح في الكل، وكذا خيار معرفة قدر المبيع وقدر الثمن فإنه يورث، ﴿ومنه﴾ ما هو على التراضي ولا يورث وهو خيار الإجازة في الوقوف ويبطل العقد بموت أيهما وفي خيار الثمن وقد مر جميع ذلك، وهذا كالحاصل لما تقدم.

باب

﴿ما يدخل في المبيع﴾ تبعاً ﴿و﴾ حكم ﴿تلفه و﴾ حكم ﴿استحقاقه﴾.

﴿فصل﴾

﴿٢١٦﴾

والذي ﴿يدخل﴾ تبعاً ﴿في المبيع ونحوه﴾ من سائر أنواع التملكيات والإنشاءات كالوقف والنذر والهبة والوصية والصدقة والاحياء والعق والإقرار والمهر وعوض الخلع، وكذا الإجازة يدخل فيها ما جرى العرف بدخوله فيها. ﴿للمالك﴾ أى الإماء والمبيد ﴿ثياب البذلة﴾^(١) وإن لم يكن لا بساً لها بل ولو جهلت فإنها تدخل في ملك المشتري ونحوه. لأن ما يدخل في المبيع تبعاً تفتقر فيه الجهالة سواء كان يدخل ملكاً أم حقاً. ﴿و﴾ كل ﴿ما معروف به﴾ في عرف البائع أنه للبعد أو للأمة لا ينزعه عن أيهما إذا أخرجه عن ملكه كسوار الأمة وسراويلها لا منطقها وعمامة البعد. والمبرة فيما يدخل تبعاً بعرف البائع ثم بعرف بلده إن لم يكن له عرف ويختلف

(١) لا ما زيد عليها لأجل التفاق والزينة فلا تدخل اهـ.

العرف باختلاف الجهات والمالكين ، فربما يتسامح التجار والملوك بما لا يتسامح به النخاسون .

﴿ و ﴾ يدخل ﴿ في ﴾ يبيع ﴿ الفرس ﴾ ونحوها تبعاً ﴿ العذار ﴾ وهو الخطام ولو كان مجهولاً والنعال ﴿ فقط ﴾ دون اللجام والقلادة والسرّج ، وإذا باعها مع السرج دخل اللبد وهو الذي يكون متصلاً بظهر الفرس إذا كان متصلاً بالسرّج وإلا فلا إلا لعرف خاص بالبائع أو عام في البلد ﴿ و ﴾ يدخل في بيع ﴿ الدار طرقتها ﴾ فيستحقها المشتري . أما المنزل في الدار فإن كان مجاوراً لملك المشتري لم تدخل الطرق وإلا دخلت . ويدخل تبعاً للدار أيضاً حوشها ، وكذا مسيل الماء ، ﴿ و ﴾ كذا يدخل في بيع الدار كل ﴿ ما ألصق بها لينفع ﴾ وهو باق ﴿ مكانه ﴾ من دون نقل كالرخي والمدقة الملتصقة بها والتثور والوتد والسلم المسمور ، وتدخل أيضاً البئر وما يتعلق بها من الأماكن كلما جمل ونحوه ، ويدخل أيضاً المدفن لا ما فيه من الحب ولا ما في الدار من الأمتعة والأثاث والآنية والدفائن والسلم غير المسمور ، وتدخل أيضاً أبواب الدار ولو لم تكن منصوبة ، وكذا الرحي العليا لأن العرف جار بدخولها .

﴿ والضابط ﴾ أن كلما لا ينقل في العادة فإنه يدخل إلا أن يجري عرف بخلافه وكلما كان ينقل فإنه لا يدخل إلا أن يجري عرف بخلافه مثل مفاتيح الدار فإنه تدخل لأن العرف جار بدخول جميع مفاتيح الدار .

﴿ و ﴾ يدخل في بيع ﴿ الأرض الماء ﴾ وإن لم يذكر وسواء كان سيلاً أم غيلاً أم غيرها ﴿ إلا لعرف ﴾ بأن الأرض تباع دون ماؤها ﴿ والعكس ﴾ وهو أن الأرض تدخل في بيع الماء إلا لعرف ، وهذا مبني على أنه باع حصته من البئر أو سواقي الفيل . وأما بيع الماء بانفراده فإنه لا يصح بيعه لأنه حق وبيع الحقوق لا يصح . ﴿ و ﴾ تدخل في بيع الأرض أيضاً ﴿ السواقي ﴾ التي يجري فيها ماء النهر أو البئر إلى تلك الأرض ﴿ والمساق ﴾ وهي الأصباب التي ينحدر فيها ماء المطر إلى الأرض ، وسواء

كانت ملكاً للبائع أم حقاً له ، فإنها تدخل ويثبت الملك أو الحق للمشتري ، ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ الحيطان ﴾ وهى الجدران فإنها تدخل فى بيع الأرض تبعاً ويدخل فيها محل الحارس وسيل الماء إلا لعرف . ولا يدخل فيها الملقى من الأحجار ولا الدفين غير أحجار الأساس .

﴿ و ﴾ إذا بيعت الأرض دخلت ﴿ الطرق المعتادة إن كانت ﴾ لها طرق معتادة للاستطراق إلى تلك الأرض سواء كانت فى حق أم فى ملك البائع أم فى ملك لغيره وقد ثبت فيها حق الاستطراق ﴿ وإلا ﴾ يكن لها طريق لذلك ﴿ فى ملك المشتري ﴾ تكون طريقها ﴿ إن كان ﴾ فى ملكه ما يتصل بها ، ويثبت له الخيار إذا كان بنقض القيمة ، وإلا يكن لها طريق فى أملاك المشتري فى المباح إذا وجد بجانب الأرض وهو أقرب من ملك البائع أو مساو له ﴿ وإلا ﴾ يكن ثم مباح كذلك ﴿ فى ملك البائع ﴾ بغير قيمة ويجبره الحاكم على ذلك ﴿ إن كان ﴾ له ملك يتصل بها ﴿ وإلا ﴾ يكن لها طريق معتادة ولا اتصل بها ملك المشتري ولا وجد إلى جانبها مباح ولا اتصل بها ملك البائع ﴿ فميب ﴾ أى فعدم الطريق عيب فإما أن يرضاها المشتري أو يفسخ لأن له الخيار ولو بعد القبض إذا جهل ذلك ، أما قبل القبض فلهما معاً خيار تمذر التسليم ولو علم بذلك . وصورة العيب : هو إذا كان لرجل أراض فباعهن إلا الوسط ولم يستثن لها طريقاً فيما باعه ثم باع الوسط فعلى حينئذ لا طريق لها ، وكذا لو كانت طريقها مستعمارة فإن كان للأراضى طريق ثم التبتت فرض لها الحاكم طريقاً من أقرب جهة إليها وتكون قيمتها على المالكين لسائر الجهات الأربع التى التبتت الطريق فيها ، ومن عينت الطريق فى ملكه سقط عليه من القيمة على قدر حصته .

﴿ قرع ﴾ وما يدخل فى بيع الأرض تبعاً كالطريق والمسقاة فإنه يتبع فى ذلك العرف ، فإن قضى أنه يدخل قرار ذلك فى الملك عمل به ، وإن قضى بأنه لا يثبت فى ذلك

إلا حق فقط عمل به ، فإن لم يكن نتم عرف فإن كان ذلك للبائع حقا ثبت للمشتري حقا فقط ، وإن كان ذلك للبائع ملكاً ثبت للمشتري ملكاً .

﴿ و ﴾ يدخل في بيع الأرض شجر المالك الأرض ﴿ نابت ﴾ مما ﴿ يبقى سنة فصاعدا ﴾ ويراد به الدوام كالنخيل والأعناب وأصول القصب ^(١) والكراث . أما مالا يراد به الدوام فلا يدخل ولو كان مما يبقى سنة فصاعدا كالزنجبيل والمرد والفوه فإنها لا تدخل تبعا . ولا يدخل ﴿ ما يقطع ﴾ منه أى من ذلك النابت ﴿ إن لم يشترط ﴾ دخوله في المبيع فما نبت ﴿ من غصن وورق وثمر ﴾ وزرع فإنه لا يدخل ، وكذا أغصان الحناء والتوت والأخشاب فإنها لا تدخل إذا لم يشترط دخولها إلا أصولها فإنها تدخل ، فلي هذا لو باع الأرض فلا يدخل فيها ما يقطع من الشجر ، وكذا لو باع الشجرة فلا يدخل فيها الثمر ولا أغصانها ولا ورقها إذا كانت تقطع ، وحينئذ لا يصح قبض المبيع في هذه الحال بالتخلية لأنه مشغول بملك البائع فلو قبضه المشتري وجب عليه إصلاح ما لم يدخل في المبيع وإلا ضمن للبائع ما فسد .

﴿ مسألة ﴾ والثمر يكون للبائع مطلقاً من النخل وغيره سواء أثمر أم لم يثمر إذا كان قد ظهر وإلا فللمشتري ، فلو قال بمتك هذه الشجرة بما عليها من الثمار فإن كان قبل الإصلاح لم يصح وإلا صح .

﴿ فرع ﴾ وإذا باع الشجرة قبل أن تورق الأغصان أو بعد أن أوردت فإن الأغصان تكون للبائع إذا كانت مما يقطع فلو أخذت أوراقها ثم طلع عليها أوراق أخرى فهي لصاحب الأغصان أيضاً ولا أجره عليه .

﴿ و ﴾ إذا لم يدخل الثمر والزرع والفصون والورق تبعا بل بقى على ملك البائع وجب أن ﴿ يبقى للصالح ﴾ أى إلى أن يصلح للجذاذ ويكون بقاءه ﴿ بلا أجره ﴾ لمدة بقاءه في الأرض أو بقاءه في الشجر ، ويعتبر العرف في مدة البقاء . وإذا شرط

الأجرة فإن الشرط يلفو ﴿ فإن اختلط ﴾ الثمر والورق والأغصان حيث باع الأغصان واستثنى الورق فاختلط الموجود في الشجرة عند العقد بما حدث على الشجرة من ذلك بعد العقد حتى التبت القديمة منها بالجاذبة بعد العقد ﴿ قبل القبض قبل فسد العقد ﴾ بذلك لأنه تعذر به تسليم المبيع ، وهذا القول ذكره أبو مضر ولم يصح للمذهب ، والصحيح أنه لا يفسد لأن المبيع متميز والجمالة طارئة . فإذا حصل اللبس قبل القبض فإنه يقسم الثمر الحادث والقديم بين البائع والمشتري ويبقى مدهى الزيادة في نصيبه ولا خيار لتعذر التسليم لأن التسليم لم يتعذر .

﴿ لا ﴾ إذا كان الاختلاط ﴿ بمده ﴾ أى بمدة القبض ، وكذا لو كان قبله كما تقدم آنفاً ﴿ فيقسم ﴾ الثمر الحادث والقديم بين البائع والمشتري ﴿ ويبين مدعى الفصل ﴾ أى زيادة البذر وزيادة الصفة في نصيبه « وكذا لو عتق أحدهما شيئاً منها وادعى أنه له فإنه يبين على ذلك ، فإن بَيّن شيئاً مما ادعاه من زيادة أو تمين حكم له بمنا بين وإلا قسم بينهما ولا حكم لدعوى ذلك » ^(١) .

﴿ وما استثنى أو يبيع مع حقه بقى ﴾ وذلك نحو أن يبيع أرضاً ويستثنى أشجارها بحقوقها أو يبيع الأشجار بحقوقها فإن ذلك كله يوجب بقاء الشجر على الأرض لأجل الحقوق التى أدخلها استثناء أو بيعاً ولو أدخلها لمدة مجهولة لأن الحقوق تقبل الجمالة استثناء أو بيعاً . ﴿ و ﴾ إذا اقتلع منها شيء ولو بنير قلع ﴿ عوض ﴾ مكانه مثله أو دونه في الضرر إذا شاء المستحق للشجرة تمويضه مالم يشترط عدم التمويض أو يجزى به عرف ، وإذا التبس موضع القلوع أو نوعه عتبه الحاكم . وحكم الجدار حكم الشجر من ذلك كله ﴿ والقرار ﴾ الذى فيه الشجر والبناء ملك ﴿ لذي الأرض ﴾ وليس لصاحب الشجر وصاحب البناء فيه إلا حق اللبس فقط فلذا لو غصبها غاصب لزم الأجرة لذي الأرض ، وكذا لو أنلفها متلف كانت القيمة لذي الأرض وله أن

(١) من شرح المنى اه .

يشفع بها وكذا يشفع فيها مشتريها ولدى الأرض أن يتصرف فيها بما لا يمنع ذا الحق حقه، وعليه إصلاح الأرض إذا خربت بالنيل ليستمر لذى الحق حقه ولو لم يبق لها نفع . أما سقى الأرض وحرثها ونحوه لمنفعة الشجر فملى رب الشجر وقد تقدم^(١) أنه لو استثنى الأشجار أو زراعة الأرض مدة معلومة كان سقى الأشجار وإصلاحها على مالكها وإصلاح الأرض على المشتري .

وهذا كله إذا ذكر الحق حيث استثنى وحيث باع ﴿و﴾ ن ﴿لا﴾ يذكر الحقوق ﴿وجب رفعه﴾ في تلك الأرض في الصورتين معا مهما لم يرض مالك الأرض ببقائها ويكون قطع الشجر من ظاهر الأرض إذ لا تدخل العروق في البيع ، وهذا كله حيث لم يجر عرف بخلافه فإن جرى العرف بالبقاء إلى مدة معلومة صح وإن كان إلى مدة مجهولة فسَدَ في البيع لافي الاستثناء ولأنه يصح استثناء الحق مطلقا وقد تقدم في بيع الثمار بعد بدو صلاحها . وإذا جرى العرف بدخول العروق كما يشتري للفرس أو الشجرة إذا يبست وشريت للحطب دخلت العروق وإلا فلا ، وإذا دخلت العروق فلا يضر جهلها لأنها من الحقوق ولا يجب عليه تسوية الأرض بعد قلع العروق إلا أن يجرى عرف بذلك .

﴿فرع﴾ من باع شجراً أو بناءً في أرض هو مستأجرها للفرس أو البناء وعلم المشتري بذلك فإنه يجب الرفع إذا لم يقل بحقوقها ولو كان البيع قبل مضي مدة الإجارة .

﴿تنبيه﴾ إذا اشترى الشجرة بحقوقها فإنه لا يلزمه قطع ما امتد من أغصانها في المستقبل طولا وعرضا في ملك البائع وكذلك العروق ولو امتدت إلى أرض الغير فإنه لا يجب رفعها لجرى العادة بذلك، أما الأغصان فيجب رفعها إذا امتدت إلى أرض الغير .

(١) في فصل عدد (٢٠٠) على شرح قوله (ونفقة مستثنى اللبن على مشتريه) اهـ .

﴿ فرع ﴾ وإذا باع حَوْشًا وهو المعروف « بِالْحَيَوَى » وله إليها مَنَازِلٌ وجب عليه رفعه حيث قطع فيها كل حق فإن لم يقطع فلا يجب الرفع بل يبقى حتى المَنَازِلُ ويثبت للمشتري الخيار مع الجهل ، ﴿ ولا يدخل ﴾ في بيع الأرض وكذا الدار ﴿ معدن ﴾ في عمقها سواء كان مائما كالنفط « والغاز » أو جامداً كالذهب والفضة ونحوهما مهما يكن في أعماق الأرض إذ هي لا تملك ولذا فإنه على أصل الإباحة يكون لمن سبق إليه من بائع أو مشتري أو غيرها سواء كان من جنس الأرض أم لا ولكن يَأْتُمُّ الداخل بدخوله إلا بإذن مالك الأرض ﴿ ولا ﴾ يدخل في بيع الأرض ﴿ دفين ﴾ من طعام أو أحجار أو نحوهما إلا إذا أدخل وكان معلوماً لها أو للبائع وإلا ففسد البيع، وأما قرار المدفن فيدخل وكذا الأساس يدخل ولو جهل .

﴿ فرع ﴾ من اشترى أرضاً وفيها نهر مدفون أو بئر ثم أظهر المشتري ذلك فإن البيع صحيح ويكون ذلك كالتابع في نفس المبيع بمسند معرفة الجملة ، وكذا من باع فرساً فإذا هي حامل أو عبداً فإذا له مهنة تزيد في ثمنه، أو اشترى فرساً على أنه حرون فوجده غير حرون فإن البيع صحيح ولو قدر أن البائع لو علم بذلك وقت العقد لما باعه بذلك الثمن، وكذا لو اشترى أرضاً فوجد فيها معدناً عظيماً فإن البيع صحيح، وإذا سبق إليه المشتري كان أولى به .

﴿ ولا ﴾ يدخل في المبيع ﴿ درهم في بطن شاة أو ﴾ في بطن ﴿ سمك ﴾ أو في بطن أى مبيع ولكن يكون حكمه كما بينه الإمام عليه السلام بقوله: ﴿ و ﴾ الدرهم ﴿ الإسلامى ﴾ وهو ما كان يضر به الإسلام، وكذا الدرهم الكفرى إذا كان مما يتعامل به المسلمون وإذا وجد في بطن شاة أو نحوها فإنه يكون ﴿ لقطة ﴾ حكمه حكمها ﴿ إن لم يدعه البائع ﴾ والصواب إن نفاه البيمان فحكمه حكم اللقطة . أما لو لم ينفه البائع ولا مضى وقت بعد القبض يجوز أن الشاة ازدردته فيه من مال غيره فإنه يكون للبائع ولو لم يدعه فلو توزع كان القول قوله مع عيئنه . أما لو وجد في بطن السمك

وقد حبس في ماء بعد خروجه من البحر فملى التفصيل المتقدم، وإلا يكن قد حبس فلقطه لأنه من البحر . ﴿و﴾ أما الدرهم ﴿الكفرى﴾ الذى لا يتعامل به المسلمون ﴿والدرة﴾ وهى الواحدة من كبار اللؤلؤ إذا وجد شيء منهما فى بطن شاة جلبت من دار الكفر فإنه يحكم به ﴿للبائع﴾ لأنهما لا يدخلان تبعا ، وهذا إذا لم يعض وقت يجوز فيه ازدراد ذلك فى ملك المشتري ، وسواء كانت الدرة مثقوبة أم لا إذا كان البائع لها هو الصائد أو كان البائع لها قد حبسها فى ماء يملكه لجواز أنها ازدردتها من ماله وإلا فلا صائد إن لم يخصه أحد الوجهين أى حيث لم يحكم بها للبائع ولا للمشتري .

﴿و﴾ أما ﴿المنبر﴾ فى سمك وهو أصله أ ﴿والسمك﴾ إذا وجد فى أصله أى ﴿فى﴾ بطن ﴿سمك ونحوه﴾ أى نحو ذلك كأن يشتري طيبا فيجد فيه فارة مسك فإن ذلك ﴿للمشتري﴾ يدخل فى البيع تبعا « كالملف » الذى فى بطن الشاة ونحوها وسواء علم البائع أم لم يعلم ، وكذا لو وجد البازهر فى حيوان فإنه للمشتري .

﴿٢١٧﴾ (فصل)

فى حكم تلف المبيع وحكم استحقاقه ﴿وإذا تلف﴾ جميع ﴿المبيع﴾ أو بمضه ﴿قبل التسليم النافذ﴾ وكان تلفه وهو ﴿فى غير يد المشتري و﴾ بغير ﴿جنابة فن مال البائع﴾ يكون تلفه، وحينئذ يفسخ البيع ويجب على البائع أو ورثته رد الثمن إن كان قد قبض من المشتري ، وقول الإمام عليه السلام « قبل التسليم » يحتز مما لو تلف بعد التسليم إلى المشتري فإنه يتلف من مال المشتري إلا أن يكون فيه الخيار للبائع أو لها معا فيتلف من مال البائع لأنه فى يد المشتري أمانة ، وقول الإمام « النافذ » يحتز مما لو تلف بعد تسليم غير نافذ فإنه يتلف من مال البائع لأن التسليم كالا تسليم ، والتسليم النافذ هو التسليم الذى ليس للبائع استرجاع المبيع بعد تسليمه إلا بحكم والتسليم غير النافذ هو التسليم الذى يكون للبائع استرجاع المبيع بعده من دون حكم .

والتسليم غير النافذ صور أربع :

﴿ الأولى ﴾ أن يقبض المشتري المبيع بغير إذن البائع وقبل تسلمه للثمن فقبضه هذا لا حكم له فهو غير نافذ ويجب أن يمود إلى البائع كما كان .

﴿ الصورة الثانية ﴾ أن يكون البائع سلمه إلى المشتري بشرط تمجيل الثمن الذي في ذمة المشتري فإذا لم يعجله فللبائع استرجاع المبيع ويكون تسليمه الأول كلا تسليم .

﴿ الصورة الثالثة ﴾ أن يكون الثمن معيناً في غير النقدين وسلم البائع المبيع تسليماً مطلقاً ثم طلب منه تسليم الثمن المعين فامتنع المشتري فله استرجاع المبيع ولو قهراً إذ تسليمه وإن كان مطلقاً فهو كالمشروط بتسليم عوضه فإذا استرجعه كان التسليم كلا تسليم أما لو كان الثمن نقداً فإنه لا يتمين ولو شرط تسليمه بمينه لأن النقدين لا تتمين فلا يكون له استرجاعه إلا إذا شرط تمجيل الثمن كما مر في الصورة الثانية .

﴿ الصورة الرابعة ﴾ أن يكون البائع قد قبض الثمن ثم وجد فيه عيباً فردّه على المشتري ليبدله واسترجع المبيع لأن له ذلك فإذا رجّع إليه كان التسليم الأول كلا تسليم وهذا إذا كان الثمن الميب نقداً أو مثلياً في الذمة فإن كان قيمياً أو مثلياً معيناً فهو مبيع والمبيع لا يبدل إذا كان معيناً فليس للبائع إلا أن يرضى به أو يفسخ العقد فهذه « الصور الأربع » لما كان التسليم فيها غير نافذ كان كلا تسليم وكانت للبائع استرجاع المبيع إلى يده أو إلى يد عدل حتى يتسلم الثمن ومتى استرجعه البائع وتلف فيتلف من ماله .

وقول الإمام « في غير يد المشتري » يحترز من أن يتلف في هذه الصور المتقدمة وهو في يد المشتري قبل أن يردّه إلى البائع أو إلى العدل فإنه يتلف من مال المشتري وسواء تلف بفعل البائع في يد المشتري أم بفعل غيره إلا أن يكون الخيار للبائع أو لها فمن مال البائع كما ذكر آنفاً . وقول الإمام « وجنابته » أي وأن يكون تلفه

بغير جنابة المشتري ، أما لو تلف بجنابة المشتري عمداً أو خطأً أو بجنابة عبده الصغير أو بهيمته المعقور فإنه يتلف من مال المشتري ولو وقعت تلك الجنابة وهو في يد البائع لأن الجنابة بمنزلة القبض في العقد الصحيح لافي الفاسد لأنه يفتقر في قبضه إلى النقل بالإذن .

﴿ مسألة ﴾ وإذا تلف المبيع من مال البائع فإنه يبطل البيع ويجب عليه رد الثمن للمشتري وليس للمشتري إلا الثمن فليس له أن يطالب الجاني بالقيمة سواء كان الجاني البائع أم غيره ، وكذا ليس للمشتري أن يطالب البائع بما استغل أو انتفع ، ولاله مطالبته بالنتاج والتماء الحادث بعد البيع متصلاً كان أو منفصلاً لأن ذلك يكون للبائع إذاتلف المبيع في يده ، فإن كان المشتري قد قبض النتاج والتماء والثمار رد هذه الفوائد ، فإن تلفت ضمنها إلا إذا تلفت لا بجنابة ولا تفريط وكان قبضها بعد توفير الثمن في العقد الصحيح أو كان قبضها بإذن البائع سواء كان العقد صحيحاً أم فاسداً فلا ضمان والإلزام ، فإن كان المشتري قد أنفق على النتاج ونحوه فإن نوى الرجوع رجع إذا قبضها بإذن البائع وإلا فلا .

﴿ فرع ﴾ وللبيع حبس الفوائد الحادثة بعد البيع وقبل التسليم كالولد ونحوه مع حبس المبيع حتى يقبض الثمن وذلك تبعا للأصل وهو المبيع ، فلو تلفت في يد البائع ولم يتلف المبيع لم تكن مضمونة عليه لأنها لم تشارك المبيع في جزء من الثمن وهو السبب الموجب للضمان .

﴿ قيل ﴾ والقائل صاحب الوافي تخريجا للهادي عليه السلام ﴿ وإن ﴾ باع على رجل شيئاً ثم ﴿ استعمله ﴾ قبل التسليم ﴿ فلا خراج ﴾ عليه أى فلا تلزمه أجره للمشتري وهذا القول لا يصح للمذهب ، والصحيح أنها تلزم الأجرة إلا إذا تلف المبيع قبل القبض النافذ فلا تلزم لأنه يبطل البيع . فلو امتنع البائع بعد توفير الثمن له عن تسليم المبيع ثم سلمه لزمته الأجرة أيضاً كالغاصب ولو لم يستعمله .

قال الإمام عليه السلام ﴿ وإن تعيب ﴾ المبيع قبل القبض سواء كان باستعمال أم بغيره ﴿ ثبت الخيار ﴾ المشتري فإن شاء فسخ وإن شاء رضى به ولا أرى له إلا إذا كان العيب بفعل غير البائع رجوع بالأرض على الجاني . أما لو كان العيب بجنابة المشتري فليس له الفسخ إلا إذا كان الخيار لها أو للبائع فله أن يفسخ بالعيب ويضمن ما نقص من القيمة للبائع ﴿ و ﴾ إذا تلف المبيع ﴿ بعده ﴾ أى بعد التسليم النافذ لم يفسخ البيع وتلف ﴿ من مال المشتري ﴾ لأنه قد استقر ملكه بالقبض النافذ^(١) ﴿ ولو ﴾ تلف ﴿ في يد البائع ﴾ بعد أن قبضه المشتري قبضاً نافذاً تلف من مال المشتري إلا أنه ربما يضمن القيمة في بعض الصور بوجه آخر لا الثمن وذلك نحو أن يسترده البائع رهناً في الثمن أو في دينٍ غيره فيضمنه ضمان رهن حيث قبضه بإذن المشتري ، أو يسترده لقبض الثمن من دون شرط تعجيله وكان الثمن مما لا يتمين ضمنه ضمان غصب إذا قبضه بغير إذن المشتري ، وكذا لو عدّ له بغير إذن المشتري فيضمن القيمة في هذه الصور، بخلاف ما لو عاد إلى البائع ودبمة أو عارية غير مضمونة أو قبضه من المشتري بالوكالة منه فإنه لا يضمن قيمة ولا ثمناً لأنه أمين .

بيان استحقاق المبيع

قال الإمام عليه السلام ﴿ وإذا استحق ﴾ المبيع أى انكشف أنه ملك لنير البائع وجب على المشتري ﴿ رده مستحقه ﴾ وإذا علم استحقاقه فلا يجوز له تأخير الرد حتى يحكم به ولو تمدد عليه الرجوع بالثمن على البائع ولا شيء له على من استحقه وكذا يجب عليه رد فوائده الأصلية والفرعية إن كان عالماً وإن كان جاهلاً طابت له الفرعية بمعنى الكراء فقط كما يأتي لأنه مع الجهل يملك غلتها وعليه الأجرة، وإذا سلم المشتري المبيع لمستحقه فله الرجوع على البائع بالثمن إذا كان التسليم كما بينه الإمام بقوله:

(١) وقد سبق بيان القبض النافذ قريباً أه .

﴿ فبالإذن ﴾ من البائع للمشتري بالتسليم له الرجوع ، وكذا لو سلمه بعد إقرار البائع بأنه لمستحقه فإن له الرجوع بالثمن لأن الإقرار بإذن بالتسليم وإذا أقر البائع فليس له الرجوع عن الإقرار ولو رجع قبل التسليم ﴿ أو ﴾ كان التسليم بعد ﴿ الحكم بالبينة أو العلم ﴾ الحاصل للحاكم أنه لغير البائع أو وقع التسليم بعد أن حلف الغير والمبيع في يده أن المبيع له في محضر الحاكم أو وقع التسليم بعد نكول البائع عن اليمين فهما وقع التسليم بعد أحد هذه الأمور فإن المشتري ﴿ يرجع بالثمن ﴾ على البائع ولكن يرجع عليه بالثمن المدفوع له لا المقود عليه فلو عقد بدراهم ثم دفع دنانير فإنه يرجع بالدنانير على البائع . أما لو ثبت للمشتري الرجوع ثم أقر للبائع بأن المبيع ملكه أى ملك البائع فليس له الرجوع بالثمن على البائع ، وأما إذا ضمن البائع للمشتري ضمان الدرك كان للمشتري الرجوع على البائع بالثمن وبما غرم من بناء وغرس وغيرهما مطلقاً سواء اشترى وهو عالم أن المبيع ملك الغير أم كان جاهلاً بذلك ، وسواء اعتاض فيما قابله كالمهر أم لا .. فإن لم يضمن : فإن كان المشتري عالماً أنه ملك الغير فلا يرجع عليه إلا بالثمن فقط وإن كان جاهلاً فإن اعتاض فيما قابله كالوطء ونحوه فلا رجوع على البائع إلا بالثمن وإن لم يمتص رجوع بكل ما غرم وحيث يثبت للمشتري أن يرجع بما غرم ، فكذلك يثبت الرجوع لو ارثه بما غرم بعد موت المشتري .

﴿ مسألة ﴾ وأما إذا ضمن البائع للمشتري ما لحقه في المبيع وعلقه بشيء من ماله كأن يقول : وجعلت لك الضمان في دارى الفلانية فإنه يعطال الضمان بهذا التعليل إلا أن يقول إن علم الله أنه يستحق عليك المبيع أو بمضه فقد بمت أو نذرت عليك الآن بدارى الفلانية أو بقيراط منها أو نحو ذلك صح البيع أو النذر إذا استحق المبيع .

﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يكن رد المبيع بإذن البائع ولا بالحكم بالبينة أو العلم ولا بإقرار البائع أو نكوله أيضاً ولا بيمين الغير بل رد بإقرار المشتري أو نكوله عن

اليمين أو بينة من دون حكم أو قال اعلم أنه للبائع ﴿ فلا ﴾ يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا بما غرم أيضا إذا كان البيع في يده وسلمه على ما ذكر إلا أن للمشتري طلب اليمين من البائع بأنه لا يعلم ولا يظن أن المبيع للغير فإن حلف فلا شيء وإن رجع حكم عليه بالثمن ﴿ وما تلف منه ﴾ أى من المبيع قبل التسليم ﴿ أو استحق منه ما ﴾ يصح أن ﴿ ينفرد بالمقد ﴾ كثوب من ثوبين أو من ثياب أو نحو ذلك ﴿ فكما مر ﴾ في تلف الكل أو استحقاقه من أنه يتلف من مال البائع أو من مال المشتري على التفصيل المتقدم وما استحق منه رد مستحقه على التفصيل المتقدم أيضا ، ويصح البيع في الباقي . وأما إذا كان التالف مما لا يصح أن ينفرد بالمقد نحو أن تتلف عين الدابة أو عين العبد أو أحد أعضائها فذلك عيب حادث قبل التسليم فيجوز فيه مجرى الميب كما مر .

﴿ فإن ﴾ تلف ما يصح إفراده بالمقد أو استحق تم ﴿ تعيب الباقي ﴾ بسبب ذلك ﴿ ثبت الخيار ﴾ للمشتري مع الجهل ، وذلك نحو أن يتلف أو تستحق إحدى فردتي النمل فإن قيمة الباقية تنقص لأجل انفرادها وتزيد بانضمام أختها إليها فيخير المشتري في الباقية لأجل تعيبها إن شاء ردها وأخذ كل الثمن وإن شاء أخذها بحصتها من الثمن فلا يرجع بما نقص من قيمتها لأنه لا أرش له مع الخيار ، وكذا لو لم يتعيب الباقي إلا بالنظر إلى غرض المشتري فيثبت له الخيار نحو أن يتلف أو يستحق للغير ثوب من ثوبين للحرث أو زوجة العبد فله الخيار كما مر والقول قوله في غرضه مع يمينه ، فإن تلف ذلك البعض بجنابة المشتري أو بجنابة عبده أو بهيمته المقور فليس بميب فلا يرجع على البائع بشيء كما تقدم .

﴿ فرع ﴾ وإذا تلف المبيع أو بعضه قبل التسليم تلف من مال البائع كما تقدم سواء كان البائع قد عرض على المشتري القبض فامتنع أم لا .

﴿٢١٨﴾ (فصل)

في ذكر حكم بيع الموصوف إذا كان مشروطاً أو غير مشروط وخالف في الجنس أو في معظم المقصود أو في النوع أو في الصفة فتلك ثمان صور مع كونه مشاراً إليه وثمان مع كونه غير مشار إليه . وقد بينها الإمام عليه السلام وطوى بعضها في بعض بقوله : ﴿ ومن اشترى ﴾ شيئاً ﴿ مشاراً ﴾ إليه ﴿ موصوفاً ﴾ أى مذكوراً جنسه أو نحوه وليس المراد الصفة المخصوصة كأبيض ونحوه ﴿ غير مشروط ﴾ في العقد كونه على تلك الصفة ، مثاله : أن يقول بمت منك هذا البر وهو في الجوالق فكشفه فإذا هو شعير أو العكس ، وكذا لو قال هذه النعجة فإذا هو كبش ﴿ صح ﴾ العقد ﴿ وخير ﴾ المشتري ﴿ في المخالف ﴾ في الجنس أو في النوع أو في الصفة أو في غرض المشتري فإن شاء رضى به وإن شاء فسخ لمخالفته مع بقاء المبيع ومع التلف له الأرض و ﴿ مع الجهل ﴾ لفقدها لا مع العلم عند العقد أو القبض أو الاستهلاك فلا خيار له ، وأما مع الجهل فيثبت له الخيار ولو وجد المخالف على صفة أفضل من غرضه لأن المبرة يفرضه ، وأما البائع فلا خيار له سواء علم أم جهل مالم يحصل عليه تقرير .

﴿ فإن شرط ﴾ كون المبيع على تلك الصفة ، والمراد بالشرط العقد وهو أن يقول على أنه كذا وليس المراد أن يأتي بحرف الشرط^(١) فإذا كان المبيع مشاراً إليه والعقد على صفة ﴿ يخالف ﴾ في ذلك « أربع صور » : إما أن تكون المخالفة في معظم المقصود أو في الصفة أو في الجنس أو في النوع .

﴿ الصورة الأولى ﴾ قوله ﴿ فنى ﴾ مخالفة معظم ﴿ المقصود ﴾ أى في مناقاته لمعظم الغرض ﴿ فسد العقد ﴾ مطلقاً سواء علم أم جهل ولو كانت تلك المخالفة للنقض في الصفة فقط ، وذلك نحو أن يشتري رقيقاً على أنه عبد للخدمة فيجده جارية

(١) وقد تقدم في خيار الشرط بيان ماهو العقد وما هو الشرط في فصل (٢٠٩) .

أو يشتري غنما على أنها نماج للنتاج فيجدها خولا وما أشبه ذلك .

(و) ﴿ الصورة الثانية ﴾ إذا كانت المخالفة ﴿ في الصفة ﴾ فقط مع الموافقة في الجنس والقرض . مثال ذلك : بعت منك هذه الغنم على أنها كباش فإذا هي نماج ، ومقصوده اللحم ﴿ صح ﴾ المقد ﴿ مطلقاً ﴾ سواء علما أم جهلا إذا انكشف أعلى مما شرط أو مساويا ﴿ و ﴾ أما لو انكشف أدنى ﴿ خير ﴾ المشتري ^(١) ﴿ في الأدنى ﴾ إن شاء رضى به وإن شاء فسخ . وله ذلك ﴿ مع الجهل ﴾ بالأدنى حال المقد والقبض ، فإن قبض ذلك علما بطل خياره ، وأما البائع فلا خيار له مطلقاً .

(و) ﴿ الصورة الثالثة ﴾ إذا كانت المخالفة ﴿ في الجنس فسد ﴾ المقد ﴿ مطلقاً ﴾ سواء علما أم جهلا وسواء سلم الأعلى أو الأدنى ، مثاله : اشتريت منك هذا الطعام على أنه برّ فإذا هو شمير ، وكان القياس أن يكون باطلا لأنه إذا بطل الشرط بطل المشروط ، ولكن للخلاف فيه جمل فاسداً لتثبت له أحكام الفاسد .

(و) ﴿ الصورة الرابعة ﴾ إذا كانت المخالفة ﴿ في النوع ﴾ نحو بعتك هذا العبد على أنه حبشي فإذا هو زنجي فسد المقد أيضا كالمخالفة في الجنس ، لكن ﴿ إن جهل البائع ﴾ كونه زنجيا لأنه لم يقصد بيعه ﴿ وإلا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يكن جاهلا بل علما أنه زنجي ﴿ صح ﴾ البيع سواء كان المشتري علما أم جاهلا ﴿ وخير المشتري ﴾ مع الجهل ، أو خالف غرضه سواء أعطى الأعلى أم الأدنى ، فله مع البقاء الخيار بين الرد والرضى ، فإن أثلفه علما فلا شيء كما لو كان علما حال المقد أو يوم القبض . وإن أثلفه جاهلا رجع بالأرض وهو ما بين القيمتين منسوبا من الثمن ، وأما إذا كان الموجود أعلى مما وصف ولم يخالف الغرض فلا خيار له ولو جهل كما أنه لا خيار له مع العلم ولو كان أدنى مما وصف .

(١) هذا مع البقاء ، ومع التلف يرجع بالأرض وهو ما بين القيمتين منسوبا من الثمن اه .
(٢٩ - التاج المذهب - ن)

ولما فرغ الإمام عليه السلام من بيان أحكام الموصوف - حيث يكون مشاراً إليه وقد ذكر أربعا من الصور إجمالا وأربعا تفصيلا - أراد أن يبين أحكام بيع الموصوف مع عدم الإشارة إليه ، وهو أنه لا يصح بيع غير المشار إليه إلا إذا كان موجوداً في الملك وكان من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم وذكر صفته حتى يميز عن غيره أو كان لا يملك غيره من جنسه . قال الإمام عليه السلام : ﴿ فإن لم يشر ﴾ إلى المبيع ﴿ وأعطى ﴾ المشتري ﴿ خلافه ﴾ أى خلاف ما قد سماه ففيها أيضا ثمان صور : أربع مع الشرط وهو أن يقول : إنه كذا ، وأربع مع عدم الشرط ، إلا أنه قد طوى ذكر بعض الصور في بعض .

﴿ الصورة الأولى ﴾ قوله ﴿ فني الجنس ﴾ أى إذا كانت المخالفة في الجنس حيث سمى له جنسا وأعطاه جنسا آخر مخالفا لما سماه ^(١) نحو : أن يقول بعت منك عشرة أصع برا بهذه الدراهم فأعطاه شميراً ، هذا مع عدم الشرط ، ومع الشرط نحو : أن يقول طعما على أنه بر فأعطاه شميراً فإن البيع في الصورتين صحيح ﴿ و ﴾ حيث صح البيع ﴿ سلم البائع ﴾ إلى المشتري ﴿ المبيع ﴾ وهو عشرة أصع من البر إن كان موجوداً في ملكه عند المقد وإلا كان فاسداً إن قابله نقد لأنه يكون من بيع المدوم ، فإن قابله غير نقد صح البيع لأنه يكون نمنا والوجود مبهما . قال ﴿ وما قد سلمه ﴾ البائع من الشمير ﴿ مباح ﴾ للمشتري إن سلمه ﴿ مع العلم ﴾ بأنه شمير ، والصحيح أنه لا يكون مباحا لأنه إباحة في مقابل غرض باطل فتبطل بطلانه فيكون في يد المشتري كالنصب إلا في الأربعة ، وفي سقوط الأثم فيرجع به على المشتري مع البقاء ومع التلف يرجع عليه بمثله أو بقيمته . قال الإمام : وما قد سلمه حكمه ﴿ قرض فاسد ﴾ إن سلمه البائع ﴿ مع الجهل ﴾ أنه شمير ، والصحيح أنه

(١) وكذا المخالفة في الغرض المقصود فيكون كالجنس اه .

يكون كما لو سلمه مع العلم كما تقدم إلا أنه لا يسقط الإثم عن المشتري إذا قبضه علما بأنه شعير .

﴿ الصورة الثانية ﴾ قوله ﴿ وفي النوع ﴾ أى إذا أعطى المشتري نوعا آخر غير الذى سُمي وقت العقد ولم يخالف الغرض المقصود مع الإتيان بالشرط نحو أن يقول بعت منك تمرأ برنيا^(١) أو على أنه برنى فأعطاه تمرأ صيحانيا^(٢) ﴿ أو تكون المخالفة فى الصفة ﴾ ولم يخالف الغرض المقصود مع الشرط أو مع عدمه نحو أن يقول : بعت منك عشرة آصع برأ أحمر أو على أنه أحمر فأعطاه أبيض وحين تكون المخالفة فى النوع أو فى الصفة إما أن يكون ذلك المسلم إلى المشتري باقيا فى يده أو تلقا فان كان باقيا ﴿ خيرا ﴾ معا بين أمرين ﴿ فى ﴾ ذلك ﴿ الباقي ﴾ إن شاء معا أو أحدهما أن يسلم البائع المبيع المسمى وقت العقد ويرد المشتري ما تسلم فعلا وهذا الأمر على جهة اللزوم وإن شاء معا أن يكون ذلك المسلم هو المبيع وكأنه هو المبيع المسمى وقت العقد فعلا ولا يحتاجان إلى تجديد عقد آخر، وهذا الأمر على جهة الرضاة بينهما ولا يتحتم إلا الأمر السابق إذا اختار أحدهما خلاف ما اختاره صاحبه وهذا إذا كان المبيع موجودا فى الملك وقت البيع وإلا فسد .

﴿ فرع ﴾ فإذا كان المسلم باقيا فانهما يخيّران فى الأمرين سواء علما أم جهلا أم علم أحدهما وجهل الآخر أن المسلم هو غير المبيع ﴿ و ﴾ إذا كان قد تلف ﴿ ترادى فى ﴾ ذلك ﴿ التالف ﴾ إذا كان تلفه على وجه يضمن وإلا فهو أمانة ، وحيث يضمن يترادان فى ﴿ أرش الفضل ﴾ إذا كان التالف قيميا أو مثليا وعدم المثل أو تراضيا على القيمة فإن كان المسلم أعلى رد المشتري ما زاد من قيمة المسلم على الثمن وإذا كان أدنى رد البائع ما بين القيمتين منسوباً من الثمن . ولا يكون الترادى إلا مع الجهل أى جهل المردود له فلو كان البائع علما بأن ما سلمه هو غير المبيع لم يرجع بزيادة الأعلى .

(١) التمر البرنى أجود التمر اه (٢) نوع من التمر غير جيد اه

وكذا لو كان المشتري عالماً عند العقد أو عند القبض أو عند الاستهلاك لم يرجع بنقصان الأدنى .

﴿واعلم﴾ أن المشتري إذا اشترى طعاماً غير مشروط أو بذراً مشاراً إليه أو غير مشار يخالف في المقصود أو في الجنس أو في النوع أو الصفة فإنه يخير في الأدنى على التفصيل المتقدم، وكذا لو كان مشروطاً فخالف في الصفة أو في النوع فإنه يخير بين الرضا والفسخ وله الخيار في الأدنى وفي الأعلى على ما تقدم من التفصيل .

﴿وحيث يخير المشتري في﴾ المخالف ﴿الأدنى﴾ وكذا حيث يخير في المخالف الأعلى ﴿و﴾ كان ﴿قد بذر﴾ المشتري بما أعطيه من الأدنى أو الأعلى أو طحن ذلك أو ذبحه أو نحو ذلك من الاستهلاك الحكيم وكان ﴿جاهلاً﴾ عند أن بذر أو طحن أن ذلك يخالف لما تناوله العقد ﴿فله الخيارات﴾ الثلاثة: فإن شاء رجع بالأرض وهو ما بين القيمتين منسوباً من الثمن وهذا إذا عدم المثل في الناحية أو كان قيمياً . وإن شاء سلم للبائع النبات وسلم الأرض معها حتى يبلغ الحصاد ورجع على البائع بالثمن وكراء الأرض وما غرم على ذلك الزرع إلى وقت التسليم وهذا فيما له حد ينتهي إليه من النبات كالقوم والبصل ونحوهما لا الفروس التي للدوام . وإنما صح رد التالف على البائع لكونه غر المشتري بذلك الاستهلاك حيث أعطاه المخالف، وهذان الخياران على جهة الحكم . وإن شاء رضى بما أعطيه وليس له الرجوع بما زاد من الثمن .

﴿مسألة﴾ فلو اشترى حباً للبذر بنبت فأعطاه البائع حباً قد أكلته السوس أو قد دفن وهو لا ينبت ثم بذره فله الرجوع على البائع بارش العيب وهو ما بين قيمته بنبت وقيمه لا ينبت منسوباً من الثمن .

﴿٢١٩﴾ باب البيع غير الصحيح

اعلم أن البيع ينقسم إلى ثلاثة أقسام : صحيح ، وقد سبق ذكره مع شروطه وأحكامه ، وباطل ، وفاسد . فالباطل هو ما أورث خلافاً في ركن البيع أو في عمله ، والفاسد : هو ما أورث خلافاً في غير الركن والمحل « وبعبارة أخرى » البيع الباطل ما لا يكون مشروعاً أصلاً ولا وصفاً ، والبيع الفاسد ما كان مشروعاً أصلاً لا وصفاً ولكل منهما أحكام تخصه قد بينها الإمام عليه السلام في هذا الباب بقوله :

(فصل)

﴿ وباطله ﴾ أي وباطل البيع ما وقع على أحد أوجه خمسة : ﴿ الأول ﴾ ما اختل فيه ﴿ شرط ﴾ العاقد ﴿ من موجب وقابل عن نفسه وعن غيره فهو باطل نحو أن يكون أحد المتعاقدين صبيّاً غير مميز أو مجنوناً أو مكرهاً بغير حق أو مضطراً لجوع أو لمطش وغبن غبناً فاحشاً . أما السكران فإن كان غير مميز فمقده باطل وإن كان مميزاً صح العقد ولو غبن غبناً فاحشاً ، وكذا لو كان العاقد عبداً أو صبيّاً مميزاً غير مأذونين فإنه يكون باطلاً إلا أن تلحقه الإجازة .

﴿ الوجه الثاني ﴾ قوله ﴿ أو فقد ذكر الثمن أو البيع ﴾ أو هما معا نحو أن يقول بعت منك ، أو بعت منك هذه الدار ، أو بعت منك بمائة فيقول اشتريت فهذا البيع يكون باطلاً ولو تقدمته مواطأة وانفقا على تعيين المبيع ومقدار الثمن ، إلا أن يقول بعت منك على ما قد وقعت عليه المواطأة أو كما قد باع فلان فإنه يصح .

﴿ الوجه الثالث ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ اختل في العقد ﴿ صحة تملكهما ﴾ أي صحة تملك المبيع والثمن أو أحدهما لا يصح تملكه كأن يكون أحد المتعاقبين خراً أو خنزيراً أو لحماً ميتة أو لا يملك لعدم نفعه كالدم والحشرات . فلو كان بعض الثمن مما لا يصح تملكه

كان البيع باطلا . وكذا لو كان أحد المتقابلين لا يصح تملكه لأحد المتعاقدين دون الآخر . واعلم أن العبرة في صحة التملك حال العقد ليخرج عصير العنب قبل أن يصير خراً فإنه يصح ويدخل بيع الوقف فإنه لا يصح ولو صح بيعه في المال وذلك حيث يصير إلى حال لا ينتفع به فيما عين فيه فإن العبرة بحال المقد .

﴿ فرع ﴾ فلو أبيحت الميعة لجماعة مضطرين فإن حكم بيعها بينهم كحكم بيع الثوب لا يصح ولا يجوز .

﴿ الوجه الرابع ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ اختل ﴿ المقد ﴾ أى الإيجاب والقبول ولو حصلت الرضا فإنه يكون باطلا ، وكذا لو قال اعطنى كذا وخذ هذا عوضه فإنه باطل ^(١) إلا في المحقر فيصح ويكفى فيه ما اعتاده الناس في غير المحقر يكون البيع بالمعاطة باطلا فلا توجب التملك بل إباحة بموض وسواء كان ذلك في المنقول وغيره .

﴿ والوجه الخامس ﴾ « ما اقتضى الربا » فكل عقد وقع واقتضى الربا . فإنه يكون باطلا وقد سبق بيان ما يقتضى الربا في بابه .

﴿ والمال ﴾ وهو المبيع والتمن ﴿ فى ﴾ الوجه ﴿ الأول ﴾ وهو حيث اختل فيه الماقد ﴿ غصب ﴾ فى يد البائع والمشتري تجرى عليه أحكام النصب جميعها وفوائده

(١) ومن اختيارات إمام المصير أيده الله أنه لا يشترط في البيع والإجارة وغيرهما من أنواع المعاملات الجارية على جهة المبادلة المقد بين المتبادلين بخصوص صيغ اعتبارها الفقهاء والألفاظ ألتجتها بل للناس في نفوذ البيع وأضرابه هو رضا المتبادلين واقتراحهما وما راضيان أخذاً بظاهر الخطاب، فمن أى وجه استندنا الرضا وأى طريق أدركناه فلا أو لفظاً أخذنا به في الحكم بصحة المعاملة وثبوت الملك وما يترتب عليه المحقر وغيره في ذلك سياتى لا لجرد العادة فقط بل لظاهر الخطاب فلا يختص بالمحقر إذ لم يرد دليل في اعتبار خاص لصحة البيع ومسمى البيع والمبايعة هو التراضى الحاصل بين اليمينين . ومما قاله المحقق المقليل بل الله ثراء منازعا من اشترط التلافظ في غير المحقر : « وهذا بناء على أن مسمى البيع والمبايعة ونحوهما هى هذه الألفاظ ولا دليل لهم عليه بل العبرة الرضى بالمبادلة . والدلالة على الأخذ والإعطاء بأى قرينة والألفاظ التى شرطوها لإحدى القرائن فقط ولم يحىء بما قالوه كتاب ولا سنة » انتهى .

كفوائد النصب ﴿و﴾ حكم المال ﴿في﴾ الوجهين ﴿التاليين﴾ للوجه الأول ، وما
 حيث فقد ذكر الثمن أو المبيع أو حصة تملكهما ﴿كذلك﴾ أى يكون حكم المال
 وهو المبيع في يد المشتري والثمن في يد البائع بعد المطالبة حكم النصب في جميع
 أحكامه كما في الوجه الأول بلا استثناء ، وقبل المطالبة يكون مع فوائده كالنصب في
 جميع وجوهه ﴿إلا﴾ أربعة أحكام فإنه يخالف النصب فيها : ﴿الأول﴾ أنه
 يطيب ربحه ^(١) ﴿إذا باعه واشترى بشئنا شيئاً فباعه وبيع فيه طاب له الربح لأنه
 في يده برضاء مالكه وسلطه عليه بخلاف النصب : ﴿و﴾ ﴿الثاني﴾ إنه ﴿يرأى من
 رد إليه﴾ فإذا غصبه غاصب ثم رده إليه يرى ذلك الغاصب برء العين إليه ، وكذا
 يرى برد القيمة إليه بعد التلف بخلاف النصب فلا يرى الغاصب الآخر إلا بالرد إلى
 المالك ﴿و﴾ ﴿الثالث﴾ أنه ﴿لا أجره﴾ عليه ﴿إن لم يستعمل﴾ ولا يجوز له
 الاستعمال بوجه فإن استعمل لزمته الأجرة مدة الاستعمال فقط بخلاف النصب فإنها
 تلزم الأجرة وإن لم يستعمل . ﴿و﴾ ﴿الرابع﴾ أنه ﴿لا يتضيق﴾ عليه ﴿الرد﴾
 إلى المالك ﴿إلا بالطلب﴾ ويتضيق الرد إلى الوارث بموت المالك أو رده مع الحقوق
 بخلاف النصب ، وبعد أن يتضيق عليه الرد يكون في يده كالنصب في جميع وجوهه .
 ومما خالف فيه النصب أن للقباض من بائع ومشتري مطالبة الغاصب لو غصب عليه .

﴿و﴾ حكم المال ﴿في﴾ الوجه ﴿الرابع﴾ من الأوجه التي يكون البيع فيها
 باطلا وهو حيث اختل الإيجاب والقبول فإن حكم المبيع وفوائده في يد المشتري والتمن
 وفوائده في يد البائع غير مملوك لكنه ﴿مباح بموضع فيصح﴾ فيه أربعة أحكام
 يخالف الباطل فيها : ﴿الأول﴾ أنه ينفذ ﴿فيه كل تصرف﴾ ولو وقفاً أو عتقاً
 ﴿غالباً﴾ يحترز من الشفعة به أو فيه فإن ذلك لا يصح لأنه غير مملوك ويحترز من
 الوطاء للأمة فإنه لا يجوز لأنه لا يستباح بالاباحة ﴿و﴾ ﴿الثاني﴾ أن للبائع

(١) هذا مع علم الدافع لأمم الجهل فلا يطيب ربحه بل يتصدق به اه .

﴿ارتجاع الباقي﴾ منه ما لم يستهلك حسا أو حكما فإن استهلك فلا ارتجاع له وليس للمشتري أن يرجع بما أنفق على المبيع لو أرجمه إلى البائع لأن الظاهر أنه أنفق ولم ينو الرجوع هذا إذا كان الفاسخ المشتري لا لو كان البائع فيرجع المشتري عليه بما أنفق على المبيع كما يأتي آخر الفصل ﴿و﴾ ﴿الثالث﴾ ان المشتري إذا استهلكه حسا أو حكما ولو أخرجه عن ملكه بالمبيع ونحوه وجب ﴿فيه﴾ للبائع ﴿القيمة﴾ أى قيمة يوم قبضه لأنه كلما قبض برضاء أربابه لاستهلاكه وجبت فيه القيمة يوم قبضه، فلو تلف البعض لزمّت قيمة التالف ورد الباقي عند الاسترجاع، وقد علم لهذا أن المبيع يتلف من مال المشتري فعليه القيمة وله رد الثمن من البائع لو تلف المبيع فلو تفاوتت القيمة والثمن لزم التراجع في الزائد وهذا إذا كان قيميا فإن كان مثليا ضمن بمثله ورجع بالثمن على البائع .

﴿و﴾ ﴿الرابع﴾ أنه ﴿ليس ييما﴾ فلو حلف لا باع لم يحنث بالمعاطاة ولو جرى العرف بتسميتها ييما لأن الحنث يتعلق بالحكم لا بالاسم . ومن أحكام المعاطاة أن البيع بها لا تلحقه الإجازة لأنه ليس بمقد ، ومنها أن البيع بها لا يدخله الربا لأنه ليس من البيع فى شىء وإنما هو إباحة بموض .

فاسد البيع

﴿و﴾ أما ﴿فاسده﴾ أى فاسد البيع فهو ﴿ما اختل فيه شرط﴾ أو أكثر من شروط صحة البيع ﴿غير ذلك﴾ أى غير ما ذكر من الشروط الأربعة التى باختلالها كان البيع باطلا، فإذا اختل غيرها من الشروط كان البيع فاسداً نحو أن يكون الثمن أو المبيع مجهولا أو يكون العقد بغير لفظ ماض أو يتولى طرفى العقد واحد أو جهل مدة الخيار أو حصل فيه شرط مفسد . وكذا لو كان البيع غير موجود

في الملك فسد في غير الصِّرف والسلم وأما فيهما فصحيح^(١).

﴿و﴾ اعلم ﴿أن البيع الفاسد ليس بمحرم ولذا فإنه ﴿يجوز عقده﴾ والدخول فيه « غالباً » احتراز من بيع اللحم بالحيوان وبيع اللبن في الضرع والصوف على جلد الشاة وبيع الثمار قبل صلاحها وغير ذلك مما نهى الشرع عن بيعه ، وقد تقدم بيانه ، وما عدا ذلك فيجوز عقده والدخول فيه ﴿إلا﴾ ما كان من الفاسد ﴿مقتضى الربا خرام﴾ فعله ولا يعطى ربحه لو وقع والدخول فيه وعقده ﴿باطل﴾ على الصحيح من المذهب سواء كان مجمعا على أنه ربا أم غير مجمع عليه .

﴿و﴾ العقد الباطل المقتضى للربا ﴿ماسواه﴾ من العقود الفاسدة ﴿فسا﴾ لعقد ا ﴿لصحيح﴾ في جميع أحكامه إلا في سبعة أحكام :

﴿الأول﴾ : ﴿أنه معرض للفسخ﴾ إذا تراضيا على فسخه انفسخ^(٢) ، وإذا طوّل بالفسخ ثم باعه أو وهبه بعد المطالبة صح ، ولكن الفسخ مع التراضى يحتاج إلى لفظ التفاسخ بالإيجاب والقبول ، وينفى القبض عن القبول ولا يكفي أن يرد كل واحد منهما لصاحبه ما قبض منه . وإذا تشاجرا فللحاكم الذى يقول بفساده أن يفسخه . واعلم أن حكم الحاكم يراد هنا لأحد وجهين : إما لقطع الخلاف أو لقطع الملك ، فإذا كان الفساد مجمعا عليه لم يحتاج إلى حكم قبل القبض لأنه لا ملك ولا خلاف ، وإن كان قد قبض احتيج إلى الحاكم بقطع الملك ، وإن كان الفساد مختلفا فيه احتيج إلى الحاكم قبل القبض لأجل الخلاف ، وبعبارة أخرى لأجل الخلاف وقطع الملك .

﴿و﴾ المشتري بعقد فاسد إذا فسخ وجب رده بعينه إن كان باقيا و ﴿إن﴾ كان قد ﴿تلف﴾ أو تعيب امتنع رده ووجب رد مثله أو قيمته إن عدم المثل أو كان فيميا ، والمراد بقيمته يوم القبض لا قيمته يوم استهلاكه لأنه كلما قبض برضاء أربابه

(١) ولكن في الصرف لابد من التقاض قبل الافتراق .

(٢) ولوارث أن يفسخ أيضا اهـ .

وجبت فيه الأمانة يوم قبضه كما تقدم في المعاطاة .

﴿ وفائدة الفسخ ﴾ بمسد التلف أن للبائع الفوائد الأصلية إذا فسخ بالحكم وتلفت قبل تلف المبيع أو حاله بمجانبة أو تفريط فحينئذ يرجع على المشتري بمثل المثلي وقيمة الأمانة ، فإن لم يفسخ لم يستحق شيئا . وأما التراجع في الزائد بين القيمة والثمن فإنه لازم سواء حصل فسخ أم لا .

﴿ فرع ﴾ وإذا فسخ الفاسخ فله المشتري حبس المبيع حتى يعود إليه الثمن إذا هو له إذا أفلس .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثاني ﴾ أن المبيع في العقد الفاسد باق على ملك البائع ﴿ لا يملك إلا بالقبض ﴾ من المشتري أو وكيله ولو كان هو البائع فحق قبضه المشتري بعد المبيع ﴿ بالإذن ﴾ من البائع ملكه ، ولا بد من إذن جديد بعد البيع أو حاله ، وقبض البائع للثمن ليس بإذن .

﴿ فرع ﴾ ويكفي قبض بعض المبيع في غير المنقول سواء كان متصلا به أو منفصلا عنه .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أن مملك به المقدر الفاسد وجبت ﴿ فيه ﴾ لصاحبه ﴿ القيمة ﴾ لا الثمن أى قيمته يوم قبضه إذا كان الثمن أكثر من القيمة على البائع رد الزائد وإن كان أقل وجب على المشتري توفية القيمة ، ولو قبل التفاسخ ، فإن غاب مستحق الزيادة بقيت عند من هى عليه حتى اليأس ، وثم تصير للوارث ثم للفقراء ويلزم الإيصاء بها ، وله أن يسلمها إلى الإمام أو الحاكم . وحكم الزيادة في يد من هى عليه حكم الدين فتتضيق بالطلب وهذا مع علم من هى له . أما مع جهله فكأنه نصب .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أنه ﴿ لا يصبح فيه الوطء ﴾ للأمة إذا اشترت بمقد فاسد فلا يجوز لأن ما اشترى بمقد فاسد صحت فيه . وجازت سائر التصرفات بعد قبضه ولو منعه البائى من التصرف أو طلب الفسخ لأنه لا يفسخ إلا بالتراضى أو بالحكم

إلا الوطء ، فلا يصح ولا يجوز فيه بأى حال ولو لم يفسخ .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ : أنه لا يثبت فيه ﴿ الشفعة ﴾ لأن البيع فيها مأخوذ بالثمن وفي الفاسد بالقيمة أما الشفعة به فتصح .

﴿ و ﴾ ﴿ السادس ﴾ : أنه لا يصح فيه ﴿ القبض بالتخلية ﴾ بل لا بد في قبضه من القبض الحقيقي وهو يكون بنقل جميع ما ينقل والتصرف فيما لا ينقل ولو في بعضه تقدم في الحكم الثانى ، والمراد بالتصرف فى الأرض المرور فيها فإنه كاف .

﴿ والسابع ﴾ : أنه إذا غرم المشتري فى البيع من حرث الأرض أو نحوه ثم وقع التفسخ فيه ، فإنه إن كان هو التفسخ فلا يرجع على البائع بما غرم ولو كان الفسخ بالحكم ، وإن كان الطالب للفسخ هو البائع رجع عليه بما غرم كما مر .

﴿ ٢٢٠ ﴾ (فصل)

فى بيان فوائد البيع فى العقد الفاسد ان تكون إذا فسخ ، وبيان ما يمنع الرد ، وبيان ما يترتب على الفاسد : أما بيان فوائده على جهة الإجمال . ﴿ فاعلم ﴾ أنها إذا حدثت قبل القبض فعلى للبائع مطلقاً . وإن حدثت بعد القبض ، فالفرعية تطيب للمشتري مطلقاً سواء فسخ بالحكم أم بالتراضى متصلة حال العقد أم لا ، وسواء تلف المبيع قبلها أم بعدها أم العيب الحال . والفوائد الأصلية إن فسخ بالتراضى طابت للمشتري مطلقاً سواء تلف المبيع حساً أو حكماً قبلها أم بعدها ، وإن كان الفسخ بالحكم ، فإن تلف المبيع قبلها حساً أو حكماً أو التمس وقت تلفه أو امتنع الرد بأى وجه طابت للمشتري وإن تلف بعدها أو معها فعلى للبائع .

وأما بيان ذلك على التفصيل فقد أوضحه الإمام عليه السلام بقوله : ﴿ والفوائد الفرعية ﴾ كالأجرة والزرع وكسب العبد وغير ذلك ﴿ فيه ﴾ أى فى المشتري بمقد فاسد إذا حصلت ﴿ قبل الفسخ ﴾ فهى ﴿ للمشتري ﴾ وكذا ربحه ، وذلك حيث

يشترى بالمبيع سلعة ثم يبيعها بأكثر من ثمن المبيع فإنه يطيب له الربح ولو فسخ المبيع الأول إذ البيع الثاني لا يمنع الفسخ وإنما يمنع الرد .

﴿ و ﴾ أما فوائده ﴿ الأصلية ﴾ كالصوف ^(١) والولد واللبن التي لم يشملها العقد فإنها تكون في يده ﴿ أمانة ﴾ فلو فسخ العقد وقد تلفت لا بتفريط لا بضمئها وبتفريط يضمن كما في الأمانة لسكنها تخالف الأمانة في أنه يجوز له الانتفاع بها والتصرف فيها والمبرة بالانكشاف فلو باعها ثم فسخ العقد امتنع رد عينها كالأصل وفيها المثل أو القيمة . أما النفقة على الفوائد فتكون على من استقر له الملك كما في خيار الشرط ويؤمر بالإتفاق عليها من هي في يده .

﴿ و ﴾ من أحكام الفوائد الأصلية أنها ﴿ تطيب ﴾ للمشتري ﴿ بأحد أمرين ﴾ : ﴿ الأول ﴾ ﴿ بتلفه ﴾ أى المبيع ﴿ قبلها ﴾ فإذا تلف الأصل حساً أو حكماً قبل تلفت الفوائد طابت للمشتري ، فلو فسخ بالعقد لم يجب عليه للبائع إلا قيمة الأصل يوم القبض سيواء تفاسخا في التالف بالحكم أو بالتراضى ولو كانت الفوائد باقية لأنه قد استقر البيع بتاف المبيع ، فإن كان التالف بدخ المبيع حصصت القيمة .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الثاني ﴾ أنها تطيب للمشتري ﴿ بفسخه ﴾ بالرضى ﴿ فقط ﴾ فلا يجب عليه ردها سواء كانت متصلة حال الفسخ أم منفصلة ، لأن الفسخ بالرضى فسخ للعقد من حينه فإن فسخ بالحكم رده بفوائده الأصلية لا الفرعية .

﴿ و ﴾ من أحكام الفوائد الأصلية إذا فسخ البيع أنها تطيب للمشتري عند

(١) وقد حصر الفوائد الفرعية والأصلية نظماً العلامة إسحق بن محمد العبدى في قوله

| | |
|---------------------------------|----------------------------------|
| ألا فاحفظوا حصر الفوائد موجزاً | وتسندادها نظماً فما النثر كالنظم |
| (فقرعياً) زرع كذا مهر ثيب | وكسب لعبد والكرى ياذوى الفهم |
| كذا مهر بكر حيث كان لزومه | لها بوطء قال هذا أولو العلم |
| فإن كان مهر البكر بالوطء لازماً | فأصلية كالدرد والصوف في الحكم |
| ومثلها الأولاد أيضاً وممكننا | ثمار وأرض للجنابة في الجسم |

ما يمنع رد عين المبيع بأحد أمور مما يأتي : « فنها » أنه يمنع رد عينه تلفه وهو استهلاكه حسا ﴿ و ﴾ « منها » أنه ﴿ يمنع رد عينه ﴾ أيضا وفوائده الأصلية ﴿ الاستهلاك الحكمي ﴾ على أى وجه فيجب بعد الحكم بالفسخ القيمة ، وقد نظم الإمام خمسة عشر وجها للاستهلاك الحكمي بقوله :

وقف وعقق وبيع ثم موهبة غرس بناء وطحن ذبحك الحمل^(١)

طبخ ولت وصبيع حشو مثل قبا^(٢) نسج وغزل وقطع كيفما فعلا

فن اشترى شيئا بمقد فاسد ثم وقفه أو أعتقه بعد قبضه امتنع رده، وكذا لو باعه بيما صحيحا أو فاسداً ولو عاد إلى ملكه امتنع رده مالم يعد إلى الملك بما هو نقض للمقد من أصله ، وكذا إذا وهبه أو غرس الفصن المشتري ولو فسد أو بنى على المرصة أو غرس فيها امتنع رد ذلك ولو أزيل الغرس والبناء عن المرصة فإن أحاط ببعضهما من جميع الجوانب كان استهلاكاً لذلك البعض ، وكذا لو اشترى طعاما فطحنه ، أو حيوانا فذبحه ، أو لحما فطبخه ، أو سويقا فلته ، أو حجارة فبناها ، أو ثوبا فصبغه ، أو قباء قبل أن يحشى فخشاه وخاله ، أو غزلا فنسجه ، أو قطننا ففزله ، أو ثوبا فقطعه قميصاً امتنع رد العين والفوائد الأصلية في جميع ذلك سواء فسخ العقد بحكم أم بغير حكم وحينئذ تجب القيمة . « ومنها » الجناية على المبيع فإنها تمنع رد عينه وكذا الزيادة المتصلة لو كانت بغير فعله كالسمن والكبر ، وإنما امتنع رد عين المبيع في كل ذلك إذا كان الفسخ بالحكم أما لو كان بالتراضي فيصح الفسخ ورد البيع

(١) الحمل اسم لولد الضأن إذا ظلم ورعى وقوى كالحروف الصنير : الجمع حملان وأحمال. ولا

معنى له هنا إذ المراد ذبح أى حيوان مأكول كان اه .

(٢) القبا : ثوب يلبس فوق الثياب، جمه أقبية « كالصاية في عرفنا » والمعنى خاطلقبا حاشية.

قال في الأثمار : « درز مثل قبا » وهى أولى من عبارة الأزهار لأن مجرد الحشو بلا خياطة لا يكفي . يقال درز الثوب أى خاطه خياطة متلزمة فى الغاية : والنسبة درزى بفتح الدال جمه درزة، والعامه قضم الدال وتقول درزى جمه دروز اه .

مع الزيادة أو النقصان مع أرش أو بغير أرش .

قال الإمام عليه السلام: ﴿ ويصح كل عقد ترتب عليه ﴾ أى على المقد الفاسد، يعنى أنه يصح أن يقع كل عقد بعده وللمقد الثانى صفته من الصحة والفساد وكذا يصح أن يقع بعده كل إنشاء إلا المارية والرهن فينقضان بطلان المقد الذى ترتب عليه لو بطل . فالمقد ﴿ كالنكاح ﴾ نحو أن يشتري جارية بمقد فاسد فينكحها غيره بعد القبض فإن النكاح صحيح وكذا لو باعها كان البيع صحيحاً ﴿ و ﴾ إذا فسخت الجارية بحكم وقد أنكحها المشتري غيره انفسخ البيع و ﴿ يبقى ﴾ النكاح ويكون مهرها للمشتري . وعبرة الفتح وشرحه أوضح وهى : « ويثبت حكم كل إنشاء ترتب عليه » كأن يشتري جارية بمقد فاسد فينكحها أو يبيعها أو يؤجرها بعد القبض فإنه يصح « حتى يفسخ » . البيع ثم يرتفع ذلك المرتب « إلا النكاح فيبقى » ولا يفسخ . هكذا ذكره الإمام فى الأزهار والنيث والبحر . ﴿ و ﴾ كذا يثبت ﴿ التأجير ﴾ بعد المقد ﴿ الفاسد ﴾ ويكون له حكم ما عليه من الصحة والفساد ﴿ ويفسخ ﴾ إذا فسخه البائع بالحكم أو بالتراضى فإن رضى ببقاء الاجارة كان له الأجرة من يوم فسخ البيع . قال فى النيث وحاشية السحولى ما معناه : « والفرق بين أن يثبت حكم كل إنشاء ترتب على المقد الفاسد وبين ما تقدم فى الميوب أنه يبطل الفسخ بالحكم كل ما ترتب عليه - أن فى العيب المقد مستند إلى المقد الأول وقد بطل ، وفى الفاسد مستند إلى الإذن وقد حصل ذلك فهو مسلط عليه بالتصرف ولهذا لم يبطل » .

﴿ و ﴾ للمتعاقدين فى المقد الفاسد ﴿ تجديده ﴾ على الوجه الصحيح فيكون ﴿ صحيحاً بلا فسخ ﴾ للمقد الأول الفاسد لأن تجديد المقد يكون فسخاً وعقداً سواء وقع قبل القبض أم بعده .

باب المأذون ﴿٢٢١﴾

﴿فصل : ومن أذن لـ﴾ مميزه من ﴿عبد أو صبيه﴾ أو من هو وصى عليه ﴿أو سكت^(١) عنه في شراء أى شيء﴾ من الأشياء حال كونه «عائلاً» أن المميز قد عقد وأن سكوته إجازة وعلم للمأذون بذلك الإذن لأنه وكيل والوكيل يشترط علمه ﴿وصار﴾ ذلك المميز ﴿مأذوناً﴾ في ذلك الذى أذن له فيه أو سكت عنه وصار أيضاً مأذوناً ﴿في شراء كل شيء﴾ غير ذلك ﴿وبيع ما شراه أو عومل بييمه﴾ بغير استؤجر عليه بمضاربة أو استئجار . فلو أذن السيد لعبده في التجارة في جنس من الأجناس كان ذلك إذناً في شراء سائر الأجناس وبيع ما شراه وإذناً في إجارته حتى إن له أن يؤجر نفسه . أما الصبي فليس له أن يكرى أو يؤجر من مال نفسه أو وليه إلا بإذن خاص .

﴿فرع﴾ وإذا أذن الولي لمميزه بالتصرف فإن كان في مال التميز اعتبرت المصلحة وإن كان في مال غيره فطلقاً لكن إن تناول الإذن البيع فلا عموم وإن تناول الشراء أفاد العموم كما هو منطوق الأزهار والبيان .

و ﴿لا﴾ يجوز له ﴿غير ذلك﴾ فليس له أن يبيع شيئاً لم يشتره ولا عومل بييمه ﴿إلا بخاص﴾ أى إلا بإذن خاص من سيده ﴿كبيع نفسه﴾ أى العبد ﴿ومال سيده﴾ فليس له أن يبيع نفسه ولا مال سيده إلا بإذن يخصهما نحو أن يقول وقد أذنت لك ببيع مالى أو تتجر في مالى أو نحو ذلك .

﴿فصل﴾ ﴿٢٢٢﴾

﴿وللمأذون﴾ في التجارة ﴿كل تصرف جرى العرف لثله بمثله﴾ نحو أن يبيع

(١) إذا كان الشراء لنفسه من طعام ونحوه لا لو شراه العبد للسيد أو لغيره فلا يكون السكوت إذناً كما لو تزوج لنفسه وسكت السيداه .

بالنقد والمؤجل وأن يزيد في الثمن وينقص قدر ما يتغابن الناس بمثله ، وله أن يوكل
 وبرهن وبرهن . وليس له أن يهدى ولا يضيف ولا يعير الدابة للركوب ولا يهب
 ولا يقرض ولا يضمن بمال ولا يبدن ولا يسافر إلا إذا جرت العادة بمثل ذلك لمثله
 صح ولا فرق بين العبد والصغير في ذلك ﴿ وما لزمه ﴾ أى العبد في ذلك فهو على
 ضريين « جناية » و « معاملة » فاما ﴿ بمعاملة ﴾ من يبيع أو شراء أو نحوهما برضاء
 أهله وإذن مولاه ﴿ فدين يتعلق برقبته وما في يده ﴾ ما لم يكن وديعة أو غصبا
 ﴿ فيسلمهما ﴾ أى رقبة العبد وما في يده ﴿ المالك ﴾ وللغرماء البيع للعبد بما لهم عليه
 ﴿ أو ﴾ يسلم ﴿ قيمتهما ﴾ للغرماء أو يسلم أحدهما بقيمة الآخر والخيار في كل ذلك
 لمولاه ، وأما الصغير ففي ذمته أو ماله لأنه متصرف عن نفسه لا عن وليه .

﴿ و ﴾ يجوز ﴿ لهم ﴾ أى الغرماء ﴿ استسماؤه ﴾ بجميع الدين ثم يرجع إلى المالك
 بعد الوفاء ، وإن شاءوا استسموه بالقدر الزائد ثم يباع ببقية الدين ونفقته من كسبه ،
 وتسكون ولاية البيع وكذا الاستسعاء إلى السيد أو الحاكم إن تمرد من تسليمه
 أو قيمته . وهذا ﴿ إن لم يفديه ﴾ المالك إذ لو فداء فليس لهم بيع ولا استسعاء ولكن
 يقدر كم يستفديه المالك : فالذى صحح للمذهب أنه « بالأقل من قيمته أو الدين والزائد »
 على القيمة إلى الدين يكون « في ذمة العبد » ﴿ فإن هلك ﴾ العبد قبل إختيار الفداء
 أو تلف ما في يده ﴿ لم يضمته ﴾ السيد ﴿ ولو ﴾ كان قد طوب بتسليمه فتمرد ثم
 هلك ﴿ بعد تمرده ﴾ فإن كان في يده مال تعلق به دين الغرماء ﴿ وإن استهلكه ﴾
 أى استهلك السيد ذلك العبد وقد لزمه دين ﴿ بفغير البيع ﴾ كالقتل والعرق والوقف
 ﴿ لزمته القيمة ﴾ أى لزمه للغرماء الأقل من قيمته وما في يده وقت الاستهلاك أو الدين
 ﴿ وبه ﴾ أى وباستهلاكه بالبيع يلزمه القدر ﴿ الأول ﴾ للغرماء ﴿ منها ﴾ أى من
 القيمة ﴿ ومن الثمن ﴾ فإن كان الثمن يوفى الغرماء أو أكثر من القيمة سلمه لهم وإن
 كانت القيمة توفى الغرماء أو لا توفيهم ولكنها أكثر من الثمن فيسلم القيمة ولا يلزم

السيد إلا ذلك ﴿ ولهم ﴾ أى للفرماء ﴿ النقض ﴾ للبيع بأمر الحاكم ﴿ إن ﴾ كان السيد قد قبض الثمن ثم ﴿ فوته ﴾ مع كونه ﴿ ممسوراً ﴾ وليس لهم نقض المتق والوقف بل لهم أن يستموا العبد إذا كان السيد ممسراً ﴿ و ﴾ ما لزم العبد سواء كان مأذوناً أم مكلفاً أم لا ﴿ بنصب ﴾ غصبه على أهله وأتلفه ﴿ أو ﴾ أخذه رضاهم حال كونه مكلفاً غير مأذون لكنه جرى منه ﴿ تدليس ﴾ عليهم بأنه مأذون فى ذلك الشيء وليس بمأذون فإن ما لزمه من هذين الأمرين يكون دين ﴿ جنابة ﴾ بمعنى أن العبد جان فى ذلك ولدين الجنابة أحكام تفارق دين المعاملة فيها وهى أربعة : ﴿ الأول ﴾ أن الجنابة ﴿ تعلق برقبته فقط ﴾ أى لا بما فى يده بخلاف دين المعاملة فإنه يتعلق برقبته وما فى يده ﴿ والثانى ﴾ أن السيد يخير بين إمساك العبد وتسليم الأرض أو تسليم العبد بجنابته لأنها تعلق برقبته ﴿ فيسلمها المالك ﴾ أى يسلم رقبة العبد إن اختار ذلك ﴿ أو ﴾ يسلم ﴿ كل الأرض ﴾ بالفاً ما بلغ إذا أحب بقاء العبد له ، وسواء كانت جنابة العبد على نفس أم على مال والخيار له فى هذين الوجهين . ﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أنه ﴿ يتمين ﴾ الأرض وتنقل رقبة العبد إلى ملك مولاه فى دين الجنابة ﴿ إن اختارها ﴾ أى قال اخترت رقبة عبدى ولو جاهلاً كون ذلك استهلاكاً ، وسواء كان موسراً أم ممسراً فيلزمه الحاكم بيع العبد ويقضيه المجنى عليه ، وكذا فى دين المعاملة فهو لا يخالف دين الجنابة فى هذا الحكم ﴿ أو استهلكها ﴾ بتق أو بيع أو وقف أو هبة ﴿ عالماً ﴾ أن عليه دين جنابة . ويكون ذلك الاستهلاك كاللفظ بالاختيار فيتمين الأرض ولو جهل أنه يلزمه بالاستهلاك . فإن كان جاهلاً للدين لم يكن ذلك اختياراً منه للفداء لكن قد استهلكه فتلزمه قيمته فقط أو الأرض إن كان أقل فإن بقى شيء من الأرض كان فى ذمة العبد يطالب به متى عتق كدين المعاملة ، والمبرة بقيمته وقت الاختيار أى الاستهلاك .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أن الجناية ﴿ تلزم ﴾ العبد ﴿ الصغير ﴾ فيضمنها وتعلق برقبته حيث وقعت بنصب أو نحوه لا لو وقعت بتدليس منه، وإذا لم تقع بتدليس فتلزمه بخلاف دين المعاملة فإنه لا يلزمه لأن من عامل الصغير فقد وضع ماله في مضيمة . وكذا الصبي الحر حيث غصب لا حيث دأس .

وهذه الأحكام الأربعة في دين الجناية ﴿ عكس ﴾ دين ﴿ المعاملة ﴾ ما عدا الحكم الثالث فيتفقان كما تقدم .

﴿ و ﴾ إذا باع السيد عبده وعليه دين معاملة ودين جناية لم يخص بضمنه أحدهما بل يخص بينهما ﴿ ويستويان في ثمنه ﴾ ولو زاد الثمن على القيمة ^(١) . وأما ما كان في يده فيختص به دين المعاملة . ﴿ و ﴾ إذا كان عليه دين وعلى سيده دين كان ﴿ غرماؤه أولى به ﴾ وبضمنه وبما في يده ﴿ من غرماء مولا ﴾ لأنه كالرهن معهم . ﴿ ومن عامل ﴾ عبداً أو حراً ﴿ محجوراً ﴾ نوع معاملة نحو أن يضاربه أو يودعه أو يستأجره ﴿ عالماً ﴾ بحجره ﴿ أو جاهلاً لا لتفريه ﴾ من العبد ﴿ لم ﴾ يكن له أن يضمن الكبير ﴿ ولا يطالبه بما لزمه عن تلك المعاملة ﴾ في الحال ﴿ وإنما يطالب العبد به إذا أعتق وسواء أأنفقه بغير رضا أربابه كمال المضاربة أو برضائهم كالقرض ﴿ ولا ﴾ يضمن ﴿ الصغير مطلقاً ﴾ لا في الحال ولا بعد عتقه ﴿ وإن أنلف ﴾ أى لو أودع الصبي وأنلف المال لم يضمنه متى عتق لأن صاحب المال سلمه إلى مضيمة .

﴿ فصل ﴾

﴿ ٢٢٣ ﴾

﴿ ويرتفع الاذن ﴾ للعبد مطلقاً والصبي المميز الحر ﴿ بأحد أمور ستة ﴾ ﴿ الأول ﴾ ﴿ بحجره العام ^(٢) ﴾ لجميع التصرفات وكذا لو أطلق الحجر كان عاماً

(١) وفي ذلك تفصيل لا حاجة لإبراده لقلة وقوع ذلك اهـ

(٢) شاهراً لا إذا كان سراً فيكون حجراً في حق من علم لا من جهل كما يأتي اهـ

لا لو حجره عن شيء مخصوص لم يرتفع الإذن إلا في لك الشيء دون غيره . فإن حجر الحاكم على السيد أو على ولي المتصرف في مال وليه صار العبد والصبي محجورين بذلك ما لم يكن على أيهما دين معاملة فإن كان فله قضاؤه ولا يدخل في حجرى السيد أو الولي . ﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ ﴿ بيمة ونحوه ﴾ فإذا باعه سيده جيمه أو بمضه أو نقله عن ملكه بأى وجه ارتفع إذنه ولو عاد إلا ملكه بما هو نقض للمقد من أصله ، فلو باعه وكان الخيار له أو له والمشتري لم يرتفع الإذن . ﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ ﴿ عتقه ﴾ فإذا أعتقه السيد ارتفع الأذن وكذا لو كاتبه أو وقفه على غيره ارتفع الأذن لا لو دبره أو أجره أو رهنه فإن ذلك لا يرفع الأذن وكذا الاستيلاء لا يرفع الأذن . ﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ ﴿ إياقه ﴾ وكذا جنونه وردته مع الحقوق ﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ ﴿ غصبه ﴾ فإذا غصبه على سيده غاصب ارتفع الأذن كما لو أبقى فيصير محجورا ﴿ حتى يموت ﴾ من الإباق أو النصب ، فإذا عاد إلى سيده رجع مأذونا ﴿ و ﴾ ﴿ السادس ﴾ يرتفع إذن العبد ﴿ بموت سيده ﴾ وإذن الميز بموت وليه لأنه قد انتقل ملكه .

﴿ والجاهل ﴾ لحجر المأذون ﴿ يستصحب الحال ^(١) ﴾ في الحجر فقط فن علم أن العبد أو الميز مأذونا ثم وقع الحجر ولم يعلم به بقى حكم معاملته في استصحاب الحال حكم معاملة المأذون في الجواز والتعلق برقة العبد وما في يده والقول قوله في عدم العلم .

﴿ وإذا وكل ﴾ العبد ﴿ المأذون ﴾ له في التجارة ﴿ من يشتره ﴾ من سيده ﴿ عتق في ﴾ العقد ﴿ الصحيح بالمقد ﴾ نفسه وهو مجرد شراء الوكيل وإن لم يقبضه ﴿ وفى ﴾ العقد ﴿ الفاسد ﴾ لا يمتق بمجرد العقد الفاسد وإنما يمتق ﴿ بالقبض ﴾ والمعتبر قبض الوكيل بإذن السيد لأن الحقوق تتعلق بالوكيل ، فإذا أضره الوكيل

(١) في المعاملات كما هنا لا في الاعتماد والأخبار فلا يستصحب الحال كما تقدم آخر فصل (٢١٣)

بأى تصرف كان قبضاً ، وكذا لو أمره بقبض نفسه ، ثم تصرف أى تصرف ولو بالقيام صح القبض . ﴿ و ﴾ إذا صح شراء الوكيل له وعقّق بالمقد أو بالقبض فإنه ﴿ يفرم ﴾ العبد ﴿ مادفع ﴾ الوكيل من مال سيده فهو من مال السيد صار إليه فيبقى الثمن في العقد الصحيح ، أو القيمة في الفاسد في ذمة الوكيل يرجع بها السيد عليه والوكيل يرجع على العبد ﴿ و ﴾ إذا عتق المأذون بذلك الشراء كان ﴿ الولاء للسيد ﴾ كما لو كاتبه .

﴿ و ﴾ أما ﴿ المحجور ﴾ إذا وكل من يشتريه فإنما يمتق ﴿ باعتاق الوكيل إن شاء ﴾ اعتاقه وإلا بقي رقيقاً لأن توكيله باطل وصح الشراء للوكيل ، وهذا إذا لم يضاف إلى الموكل ، فإن أضاف صار العقد موقوفاً على إجازة العبد . ﴿ و ﴾ إذا أعتقه الوكيل ، وكان المال الذى دفعه هو من مال السيد فإنه ﴿ يفرم ﴾ لسيد الأول ﴿ مادفع ﴾ من ماله وهو الثمن ﴿ بمده ﴾ أى بعد العتق لأن ما غصبه بعد العتق يضمه . وتفصيل ذلك على الوجه الصحيح للمذهب أن يقال: إن ما أخذه العبد قبل أن يملكه السيد الآخر فلا يطالب به لأنه لا يثبت للسيد على عبده دين وما أخذه بعد ملك السيد الثانى له فدين جنابة كما تقدم ، فإن أخذه بعد العتق كان حكمه حكم النصب ﴿ والولاء ﴾ فى هذه الصورة ﴿ له ﴾ أى للوكيل لأنه المتق .

﴿ ٢٢٤ ﴾ باب المراجعة

﴿ هى ﴾ عقد يوجب ﴿ نقل المبيع بالثمن الأول ﴾ الذى اشترى به ﴿ وزيادة ﴾ على ذلك ، وهى الربح الذى يريد أن يربحه ﴿ ولو ﴾ كانت الزيادة ﴿ من غير جنسه ﴾ يعنى من غير جنس الثمن ﴿ أو ﴾ نقل ﴿ بمضه ﴾ يعنى بعض المبيع ﴿ بحصته ﴾ من الثمن ﴿ وزيادة ﴾ على تلك الحصة .

والمراجعة تكون على أحد وجهين : إما فى جميع المبيع ، وإما فى بمضه : فإن كانت

في جميعه فذلك ظاهر . وإن كانت في بعضه والمبيع مختلف نحو أن يشتري ثوبين مختلفين والثلث غير متميز . فإن الطريق إلى معرفة ثمن البعض أن يقوم البعض الذي ستكون المراجعة فيه على انفراده ثم الباقي كذلك ثم تضم القيمتان ثم ينسب ثمن المراجعة فيه إلى مجموع القيمتين ، فأتى رابع بحصته من الثمن ، مثاله : أن يكون ثمن الثوبين ثلاثين درهما ويريد أن يراجع في الأدنى منهما ، فإذا قوم الأدنى بخمسة عشر درهما ، والأعلى بثلاثين صار المجموع خمسة وأربعين درهما ، فنسبة قيمة الأدنى إلى ذلك هي ثلث فتكون حصته من الثمن الثلث وذلك عشرة ، فعند المراجعة تكون الزيادة على العشرة ، وأما إذا كان المبيع موزوناً أو مكيلاً أو مذكوراً أو معدوداً مستثوا فلا يحتاج إلى تقويم ، وكذا لو كان المراجيح فيه بعضاً مشاعاً أو كان بعضه متميزاً فلا يحتاج إلى تقويم ، وهذا إذا لم يقصد الحيلة كان يشتري كل ثوب بدينار ويراجح في الأدنى ويبين وإلا فلا يجوز لأنها حيلة .

وتكون المراجعة إما ﴿ بلفظها ﴾ إذا جرى به عرف نحو راجحتك هذا برأس مالى وهو كذا وزيادة كذا ﴿ أو لفظ البيع ﴾ كبت منك هذا برأس مالى وهو كذا وزيادة كذا ، وتصح أيضاً بلفظ التولية^(١) مع جرى العرف به .

﴿ و ﴾ أما ﴿ شروطها ﴾ فهي ﴿ أربعة ﴾ :

﴿ الأول ﴾ : ﴿ ذكر كمية الربح ورأس المال ﴾ نحو بعت منك هذا برأس مالى وهو كذا وزيادة كذا ، فلا بد من ذكر الكمية ﴿ أو معرفتهما ﴾ إياها أى إذا لم تذكر فلا بد أن تكون معروفة عند البيعين ﴿ أو ﴾ عند ﴿ أحدهما ﴾ فهما كانا عارفين لها معا صح وإن جهلاهما معا لم يصح ، فإن جهل المشتري وعرف البائع صح والمشتري الخيار ، وإن جهل البائع وعرف المشتري صح ولا خيار .

ولا بد أن تكون معرفتهما أو أحدهما ﴿ إياها حالاً ﴾ أى حال العقد نحو أن

(١) والتولية هي البيع برأس المال بدون زيادة . وسنأتى اهـ .

يكون الثمن قد عرف ﴿ تفصيلاً ﴾ كائة درهم أو مائة مد أو نحو ذلك ﴿ أو ﴾ يكون قد عرف ﴿ جملة ﴾ حال العقد ثم ﴿ فصلت ﴾ الجملة بعد العقد أو بعد الافتراق عن المجلس . وقد مثل الإمام لما يعرف جملة ثم تفصيلاً بقوله ﴿ كبر رقم صحيح ﴾ أى كأن يكون قدر الثمن قد رقم برقم ثم وقع البيع على ما فى الرقم وهما لا يعلمانه تفصيلاً فانه يصح ولكن لا بد أن يكون الرقم صحيحاً نحو أن يكون الرقم له أحدهما أو غيرهما ممن يثقان به كما قد اعتيد رقم الصكوك لدى كتاب معتبرين وذكر قدر الثمن فيها فإذا وقع البيع على ما فيها صح ولكن لا بد أن يكون الرقم مما يمكن أن ﴿ يقرأ ﴾ عربياً أو عجمياً أو علامة يعرف بها الثمن فلو ذهب أو انطمس أو ضار لا يمكن الاطلاع عليه كان كما لو لم يرقم فلا يصح البيع .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثانى ﴾ ﴿ كون العقد الأول صحيحاً ﴾ فلا تصح المراجعة فى فاسد إذ لا يملك فيه إلا بالقيمة وهى مجهولة لاختلاف المقومين وحينئذ يكون الثمن غير معلوم . قال فى الفتح : « إلا بعد تقدير القيمة » وبيانها قدراً وصفة برضى البائع « أو حكم الحاكم » بصحة الفاسد صحت المراجعة إذ قد ارتفع الجهل وعرف ما يسلمه المشتري .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثالث ﴾ ﴿ كون ﴿ الثمن مثلياً ﴾ حتى يسلم مثله ﴿ أو قيميّاً ﴾ قد ﴿ صار إلى المشتري ﴾ الثانى ﴿ وراجع فيه ﴾ مثاله : أن يكون امرئ كتاب فيشتريه زيد بثوب ثم يبيع زيد الكتاب الذى قد صار إليه فيشتريه بكر ثم يريد بكر أن يشتري الثوب الذى قد صار لعمرو ويكون ثمنه الكتاب المذكور وزيادة فيصح أن يراجع بالكتاب لأنه لا جهالة حينئذ إذ أنه يراجع به بين ذلك القيمي وزيادة . وقد سمي القيمي هنا ثمنًا مجازاً إذا القيمي يكون مبيعاً دائماً . ﴿ والشرط الرابع ﴾ * أن يكون عقد المراجعة صحيحاً فلا تصح بعقد فاسد كذلك .

(فصل)

(٢٢٥)

في ذكر أحكام المراجعة . ﴿و﴾ ﴿اغلم﴾ أن على من أراد أن يبيع شيئاً مراجعة فلا بد لجواز ذلك أن ﴿يبين﴾ البائع ﴿وجوباً﴾ للمشتري أموراً ليذهب الخداع وتجاوز المراجعة لا لتصح فليس البيان شرطاً للصحة «فنها» : ﴿تميينه﴾ أى تسيب البيع سواء كان العيب متقدماً أم حادثاً من فعله أم من فعل غيره ولو بآفة سماوية باقياً أم قد زال . ﴿و﴾ «منها» ﴿نقصه﴾ إذا كان قد انتقصت صفته معه . أما لو نقص قدره فيراجع في الباقي بحصته من الثمن فلو بين ما نقص من قدره وراجع في الباقي بجميع الثمن جاز . ﴿و﴾ «منها» ﴿رخصه﴾ الأولى «غلاؤه» إذا كان يوم الشراء غالباً وقد صار رخيصاً عند المراجعة فعليه أن يبين غلاءه . ﴿و﴾ «منها» ﴿قدم عهده﴾ أى أن له مدة طويلة منذ شراء وهذا إذا كان لتقادم العهد تأثير في انتقاص ثمنه . ﴿و﴾ «منها» ﴿تأجيله﴾ إذا شراء بثمن مؤجل على وجه لا يقتضى الربا فلو أجله مثل ذلك الأجل لم يجب البيان وهذا حيث لم يكن للأجل تأثير إذ لو كان له تأثير فلا تصح المراجعة . ﴿و﴾ «منها» أن يبين أن ﴿شراءه من يحاييه﴾ نحو أن يشتري من ولده ووالده أو نحوهما ممن لا يكره له الزيادة في الثمن .

﴿تنبيه﴾ إذا لم يبين المشتري الأول لمن يراجعه جميع ما تقدم ذكره كان عاصياً بذلك وينعقد البيع ويثبت الخيار للمراجع في جميع ما تقدم .

﴿و﴾ من اشترى شيئاً بثمن ثم حط عنه البائع بعضه لم يجوز له أن يراجعه إلا و ﴿يحط ما حط عنه ولو﴾ حصل الحط ﴿بعد العقد﴾ أى بعد عقد المراجعة حصل حط البائع الأول . وهذا إذا كان الحط قبل قبض الثمن وكان بلفظ الحط أو الإبراء أو الإسقاط أو الإحلال لا لو كان بعد قبض الثمن أو كان بلفظ الهبة أو نحوها فإنه

يراجع بالكل، وكذا لو كان الإبراء من الكل فلا يلحق بالعقد وله أن يراجع برأس المال وزيادة ولا يلزمه الخط .

﴿ ونكره ﴾ المراجعة ﴿ فيما اشترى بزائد ﴾ على قيمته ﴿ رغبة ﴾ فيه والكره للحظر مع عدم التبيين لكنه ينمق البيع ويثبت الخيار مع الفبن .

﴿ ويجوز ﴾ للمشتري الأول ﴿ ضم المؤن ﴾ التي غرم فيها كالتقصارة والحيطة والكره وأجرة السمسار وكسوة العبد ونفقته سواء كانت للنماء أم للبقاء، ولكن عليه أن يقول قام على بكذا ليكون أبعد عن الكذب ولا يقول اشتريته بكذا . نعم ؛ ويجوز له ضم المؤن كما تقدم ولو تولاه بنفسه فإنه يضم المعتاد وكذا ما تبرع به له أن يضمه، وكذا يجوز له أن يضم ما سلم من الجبى ولو كان زائداً على المعتاد . وقول الإمام عليه السلام ﴿ غالباً ﴾ يحترز مما غرمه البائع على نفسه من ضيافة وغيرها ومن غرامة الدواء لدى الشجة الحادثة بعد العقد فإنه لا يضم ما غرم، وكذا ما استفدها به من اللصوص إلا إذا بين ذلك جاز، فأما لو أخذ أرش الشجة فإنه يسقط بقدرها من الثمن .

﴿ مسألة ﴾ لو حدث مع المشتري فوائد أصلية أو فرعية لم يمنع استهلاكها من المراجعة في أصل المبيع إذ هي ثقل المبيع بالثمن الأول وزيادة وقد حصل ولا يلزمه تبين ذلك .

﴿ ومن ﴾ اشترى شيئاً في بلد بموزون يخالف موزون بلد المراجعة و ﴿ أغفل ذكر ﴾ نوع ﴿ الوزن ﴾ عند المراجعة كأن قال اشترت منى برأس مالى وهو كذا رطلاً وزيادة كذا رطلاً ولم يذكر مقدار الرطل كذا أوقاً، فإذا كان رطل البلدين مختلفاً ﴿ اعتبر في وزن رأس المال بموضع الشراء وفى ﴾ وزن ﴿ الربح بموضعه ﴾ أى بوزن موضع الربح، ويكون للمشتري الخيار حيث جهل عند العقد أن وزن رأس المال يخالف وزن الجهة . فلو اشترى سلعة من الهند بموزون أو مكيل أو مندروع

أو معدود^(١) وباع السلعة في اليمن كان رأس المال باعتبار مقادير الهند والربح باعتبار مقادير اليمن وللاشتري الخيار لو جهل، وكذلك لو كان الاختلاف في النقد^(٢).

﴿واعلم﴾ أنه إذا اشترى رجل ثلث دار بألف وآخر اشترى ثلثها بألف ومائتين وآخر اشترى ثلثها بألفين ثم باعوها جميعاً مربحة بربح ثلاثمائة مثلاً. فإن لكل واحد منهم من رأس المال بحسب ما دفع ﴿وهو﴾ أى الربح يكون تقسيمه ﴿بين الشركاء﴾ في البيع ﴿حسب الملك﴾ أى بقدر الحصص في المبيع فيكون لكل واحد من الربح مائة في هذا المثال لأن الربح ﴿لا﴾ يقسم حسب ﴿الدفع﴾ أى لا يعطى من الربح بقدر ما دفع من رأس المال. وهذا حيث كان المبيع بربح كذا بدون تخصيص، فأما لو كانت المربحة على كل مائة خمسة دراهم مثلاً فإن تقسيم الربح يكون على حسب الدفع لكل مائة خمسة دراهم. ﴿وللسكنس﴾ من رأس المال ﴿حصته﴾ من الربح. فإذا كان لأحد من الشركاء من رأس المال مائة وعشرون فإن للمائة خمسة وللعشرين درهماً واحداً في هذا المثال.

﴿مسئلة﴾ ويجوز بيع الخسارة كالمربحة وهى أن يبيع بناقص عن رأس ماله فيقول بعتك كذا على خسارة كذا أو برأس مالى ونقصان كذا فيصح ولو باع إلى البائع منه ما لم يقصد الحيلة للتوصل إلى الربا فلا يصح مع قصد الحيلة كما تقدم.

﴿فرع﴾ ويكون الخسر بين الشركاء بحسب الدفع لا بحسب الملك لثلاث تفرق حصصاً أحدهم: مثاله أن يشتري رجل نصف السلعة بثلاثين درهماً والآخر يشتري نصفها بمشرة ثم يبيعهما على خسارة عشرين فإن الخسر يكون بينهما أربعاً فيعطى الذى دفع الثلاثين خمسة عشر والذى دفع العشرة يعطى خمسة لأنه دفع ربع رأس المال

(١) كأن يكون عدد الكورجة في الهند مخالفاً لعددها باليمن مثلاً اهـ.

(٢) حيث كان الريال أو الجنيه بالهند غيرهما في اليمن اهـ.

فيكون عليه ربع الخسر ، فلو قسم الخسر على حسب الملك لكان عليه عشرة وهي جميع ماله ولذا كانت المحاصرة على خلاف المراجعة .

﴿ فصل ﴾

﴿ ٢٣٦ ﴾

﴿ والتولية كالراجعة ﴾ في جميع مامر ﴿ إلا أنها ﴾ بغير زيادة بل ﴿ بالثمن الأول فقط ﴾ وتنمقد التولية بلفظ البيع وينمقد البيع بلفظ التولية في بابها ، وأما في غير بابها فلا ينمقد إلا أن يجري عرف بأن لفظ التولية يفيد التملك . مثال التولية : أن يقول ولينك ويقبل الآخر ولو لم يذكر الثمن لأنه في حكم المنطوق به كما في الإقالة ولكن مع معرفتهما القدر أو أحدهما لأن حكمهما حكم المراجعة في معرفة قدر الثمن وجهله وفي مسئلة الرقم وغير ذلك مما تقدم . ﴿ و ﴾ في أنه ﴿ يجوز ضم المؤن ﴾ فيها إلى رأس المال ﴿ كما مر ﴾ وقد خص الإمام ضم المؤن بالذكر لثلاث يتوهم من قوله فقط أنها لا تضم .

﴿ والخيانة ﴾ إذا وقعت من البائع على المشتري ﴿ في عقدها ﴾ أى في عقدى المراجعة والتولية وكذلك في عقد المحاصرة ، والخيانة في العقد هي عدم التبين لأى أمر مما تقدم في أول الفصل السابق كالأمر الذى اشتري ذلك المراجح فيه بأكثر من قيمته رغبة فيه ولم يبين أو اشتراه مؤجلاً ثم باعه معجلاً أو قد تعيب عنده أو قد نقص أو كان شراؤه ممن يحاييه كولدته أو قد تقدم عهد المبيع ولم يبين أى هذه الأمور المشتري فإن ذلك خيانة ﴿ توجب الخيار ﴾ للمشتري ﴿ في ﴾ المبيع ﴿ الباقي ﴾ إما أن يرضى بذلك ولا أرش أو يفسخ « ولا أرش في » المبيع « التالف ولو بعضه » فيمتنع رد الباقي وإن أتم البائع لعدم البيان « إلا الميب » فهما انكشف أن في المبيع عيباً ولو من البائع الأول فإنه يفصل فيه كما مر في خيار الميب بفصل « ٢١٢ » .

﴿ وحاصل ذلك ﴾ إن كان الميب باقياً جميعه ثبت الخيار ولا أرش ، وإن تلف .

بعضه ثبت في الجميع الأرض وامتنع رد الباقي لثلاث تفرق الصفقة على البائع ، وإن تلف جميعه ثبت الأرض مع الجهل لا مع العلم .

﴿ فرع ﴾ فلو حصلت فوائد للمبيع في خيار الخيانة وفقد الصفة فإنها تكون كما في خيار الشرط يجب ردها ولو بغير حكم .

﴿ و ﴾ الخيانة ﴿ في الثمن و ﴾ في ﴿ المبيع و ﴾ في ﴿ المساومة ﴾ هي ﴿ كذلك ﴾ أى حكمها كالخيانة في عقدى الرابحة والتولية في أنها توجب الخيار المشتري كما تقدم .
﴿ فالخيانة في الثمن ﴾ نحو أن يشتري شيئاً بمشرة ثم يقول بتمته منك رأس مالى وهو خمسة عشر ﴿ والخيانة في المبيع ﴾ نحو أن يشتري شيئاً ويستهلك بعضه ويراجع في الباقي بثمن الجميع موهاً أنه لم يذهب منه شيء ، أى لم يبين ما قد ذهب منه .

﴿ والخيانة في المساومة ﴾ هى البيع حيث لم يأت بلفظ التولية ولا الرابحة ولا لفظ رأس المال . والخيانة فيها ائمان البائع أو من المشتري ﴿ فالخيانة من البائع ﴾ اما في الثمن أو في المبيع ففي الثمن نحو أن يومم البائع المشتري أن رأس مال السلمة خمسة عشر وهى عشرة فيقول بمت منك بخمسة عشر ولم يقل رأس مالى ، وفى المبيع نحو أن يقول البائع للمشتري إن الصبرة عشرة أمداد وهى أقل ثم يبيعها منه جزافاً فى هاتين الصورتين البيع صحيح غير أن البائع عاص بالفر .

﴿ والخيانة من المشتري ﴾ إما في الثمن أو في المبيع : ففي الثمن نحو أن يومم البائع أن الذى في يده من الدراهم خمسة عشر وهى عشرة فيقول اشترت منك هذا بهذه التى في يده فيقول بمت . وفى المبيع نحو أن يمزل من الرمان خمس عشرة حبة ثم يقول للبائع بمت منى هذه المشرة التى قد عزلتها بمشرة دراهم فيقول بمت ، فهذه صور أربع في الخيانة في المساومة وقد تقدمت صورتا الخيانة في الثمن وفى المبيع . وفى جميع هذه الثلاثة لن وقعت عليه الخيانة الخيار مع بقاء المبيع إما أن يرضى بتلك الخيانة أو يفسخ كما ص ﴿ و ﴾ لكن يجب فى هذه الثلاثة ﴿ الأرض فى التالف ﴾ وليس

بأرش حقيقة فحيث الخيانة من البائع في الثمن يرد الخمسة الزائدة على الثمن للمشتري ، وفي المبيع يرد من الثمن بقدر ما نقص من المبيع . وحيث الخيانة من المشتري اما في الثمن فيلزم أن يوفي الثمن إلى قدر ما ذكر أنه في يده . وأما في المبيع فعليه أن يسلم قيمة الخس الرمانات الزائدة للبائع ، فلونف بمض المبيع ثبت الأرض في الباقي والتالف ويمتنع الرد .

﴿واعلم﴾ أنه إذا وقعت الخيانة في الرابحة من البائع في الثمن فع التالف يرد الزائد من الثمن ، وأما الربح فيطيب له كله إلا إذا كانت الرابحة على كل قدر من الثمن قدره من الربح لزم حينئذ أن يسقط من الربح بقدر ما يسقط من الثمن بسبب الخيانة .

باب الاقالة

﴿٣٣٧﴾

الإقالة على جهة الإجمال لاخلاف أنها مشروعة ، لاورد عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أقال مسلما ييمته أقال الله عثرته » (١) رواه أبو داود وابن ماجه وصححه ابن حبان والحاكم وهو عنده بلفظ « من أقال مسلما أقال الله عثرته يوم القيامة » . وقد ورد بلفظ « مَنْ أقال نادما » أخرجه البزار ، وفي الباب ما يشده من الأحاديث الدالة على فضل الإقالة . وحقيقتها شرعاً : رفع العقد الواقع بين المتعاقدين .

وأما على جهة التفصيل فعندنا ﴿إنما تصح﴾ بشروط ستة :

﴿الاول﴾ أن يأتي المقييل ﴿ بلفظها ﴾ وهو أن يقول أقلتك أو قايلتك أو تقابلنا أو لك الإقالة أو لك القيلة أو أنت مقال ، وكذا أقالك الله حيث جرى به

(١) كناية عن اللطف والتبث يوم القيامة اهـ .

عرف. وقد جمع السيد صارم الدين ما يعتبر فيه لفظه مجمعا عليه أو مختلفا فيه حيث قال :

شهادة شفعة حكم حوالتهم مع الإقالة ثم الصرف والسلم
كتابة ثم تكبير وتلبية ثم التقارض فيها اللفظ يلتزم
وتصح بالكتابة وبالإشارة من الأخرس والمصمت ومن السكران المميز . فإن أتى
بغير^(١) لفظها وهو يمكنه النطق به لم تلحقه أحكامها . وأما انفساخ العقد فيصح بما
جرى به العرف كقوله أبطلنا العقد أو رفعناه أو فسخناه أو خذ حقتك وأنا آخذ حقتي
أو نحو ذلك ولو بلفظ مستقبل ، فع حصول القبول أو القبض يكون فسخا ولكن
لا يكون بيما في حق الشفيع ولا غيره فلا تثبت له الشفعة . فلو ادعى الشفيع أن
المقيل أقال بلفظها وقال البيعان تقايلا بغير لفظها كان القول قوله حيث تصادقا على
الإقالة ، بخلاف ما إذا ادعى الإقالة وقال البيعان تفاسخنا فعليه البيعة لأن الإقالة صفة
على مدعيها البيعة .

﴿ تنبيه ﴾ جرت العادة عند كثير من الناس أن يقول البائع بعت وأنا مقال
إلى يوم كذا ، وكذا المشتري قد يقول اشتريت وأنا مقال أولى الاقالة إلى يوم كذا ،
وقد عرف من قصد من ذلك خيار شرط بلفظ الاقالة لسن إذا كان إلى يوم معلوم
كان البيع والشرط صحيحين . فإن قال اشتريت منك وإن سلمت ما عندك إلى يوم
كذا فأنات مقال ، فإن كان مراد المشتري الرقبة ولا غرض له إلى البتلة وحدها كان
البيع صحيحاً وإن كان مراده البتلة وحدها فهو بيع الرجاء المعروف المتضمن للربا فلا
يجوز ولا يصح .

هذا ﴿ واعلم ﴾ أن الاقالة تصح مشروطة بالشروط المستقبلية ولو بمجهولة بزمان
أو مكان كاسيأتي ، ويدخل في ذلك تعليق الاقالة برد مثل الثمن إلى المشتري أو من يقوم

(١) وهي الوسيلة إلى إسقاط الشفعة قبل الطلب اهـ .

مقامه وهو بيع الرجاء المعروف. قالوا فيؤخذ من هنا صحته ما لم يكن فيه ما يقتضى الربا كأن يريد المشتري التوصل إلى الغلة فقط ولا غرض له في أخذ رقبة المبيع فإن التبس القصد عمل بالعرف، فإن التبس أولاً عرف حل على الصحة لأن العقد إذا احتتم وجهى صحة وفساد حل على الصحة « نعم ^(١) » وحيث يصح تعليلها برد مثل الثمن يكون الحق فيها للبائع، فإن قال لك ولوارثك أو أطلق ورث عنه ذلك الحق .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن تقع الاقالة ﴿ بين المتعاقدين ﴾ الأولى بين المالكين ولو وكلا فى العقد أو الاقالة . وتصح أن تكون بين الوليين بمصلحة تحصل لا الوكيل ولا الفضولى فلا تصح منهما الاقالة . وكذا الفسخ أما إذا وكل بالاقالة أو الفسخ صح وإنما لم تصح من وكيل البيع أو الشراء لأنه ينمزل بالفعل الأول فلا بد من توكيل فى الاقالة إذ لا يكفى التوكيل بالعقد . فلو كان الماقد وكيلا لغيره بالبيع أو الشراء صح الاقالة . وكذا الفسخ ممن وكله لأنه المالك ولئن ذلك لا يصح من الوكيل لو فعله .

﴿ مسألة ﴾ ويصح الالتزام بالاقالة أو الفسخ نحو أن يقول ألزمت نفسى الاقالة أو الفسخ لفلان فى كذا وتصح من صبي بلغ فيما باعه وليه قبل بلوغه وكذا من مجنون أفاق ولا يعتبر بقاء الولي . نعم ؛ أما لو مات أحد المالكين فلا تصح الاقالة من الوارث ولكن إذا وصى بالاقالة أو الفسخ لزم الوصى ذلك فإن امتنع ناب الحاكم عن الوصى .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن تقع الاقالة ﴿ فى مبيع باق ﴾ فلو كان قد تلف جيمه حساً أو حكماً لم تصح إلا أن يتراضيا على تسليم القيمة صح ذلك، أما لو تلف بعضه فإنها تصح فى الباقي ويقسم الثمن على قدر القيمة ^(٢) حيث لم تتميز الأثمان، فلو نقص المبيع

(١) من المجموع شرح القاضى عبد الله العنسى رحمه الله اهـ .

(٢) لعله إذا أمكن تقويم التالف اهـ .

تقصاناً غير مميز نحو أن تهزل البهيمة أو يذهب بصرها أو نحوها صحت الاقالة إذا هو عين المبيع ولم ينقص منه ما يمكن تقسيط الثمن عليه . وتصح الاقالة في البعض أيضاً ولو كان جميع المبيع باقياً .

﴿ الشرط الرابع ﴾ أن يكون المبيع على حاله ﴿ لم يزد ﴾ فإن كان قد زاد زيادة حسية لا يمكن فصلها وذلك كالسكبر وزيادة الثمن والشجر وصبغ الثوب وقصارتة وديبغ الأديم ونحو ذلك فلا تصح الاقالة ، وكذا لو زاد ثم عاد إلى حالته الأصلية كما لو هزل بعد الثمن فلا تصح ، ولو زاد بعضه دون بعض صحت الاقالة فيما لم يزد ويقسم الثمن على قدر القيمة إذا لم تسكن الأثمان متميزة ، فأما لو زاد زيادة معنوية كتعليم الصنعة والشفاء من الألم فلا تمنع الاقالة ، وكذا لو زاد زيادة حسية يمكن فصلها كالصوف والولد والثمر فلا تمنع الاقالة : أما الفسخ فيصح ولو كانت الزيادة مما لا يمكن فصله .

﴿ مسألة ﴾ من استقال في شيء ثم وجد فيه عيباً حدث عند المشتري فله رده كما لو اشتراه منه سواء كانت الاقالة بيعاً أو فسخاً إذا الواجب في الفسخ رد البيع كما قبض .

﴿ الشرط الخامس ﴾ أن يعتبر فيها القبول من الآخر بعد الإيجاب أو تقدم السؤال أو قبض الآخر ما هو له في مجلس الاقالة أو مجلس علمها لأن مجلس العلم في حق الغائب كمجلس اللفظ في الحاضر ، فلا يصح من الحاضر في غير مجلسها وكذا من الغائب في غير مجلس علمه .

﴿ الشرط السادس ﴾ أن تقع الاقالة بعد البيع فلا تصح بعد البيع ولو أضيفت قبله . ﴿ نعم ومن أحكام الاقالة وكل فسخ ﴾ أن يرجع المشتري على البائع ﴿ بالثمن الأول فقط ﴾ من غير زيادة ولا نقصان ﴿ ولو سكنت عنه ﴾ ولم يذكره عندها لأن الاقالة فسخ فيرجع لكل ما يملك . وهذا حيث يكون الثمن قيمياً باقياً أو مثلياً ولو قد تلف فيرد مثله . أما لو كان قيمياً تالفاً فلا تصح الاقالة لتعذر رد

الثمن وكذا لو نسي الثمن لم تصح أيضاً، وهكذا في كل فسخ إذا نسي الثمن امتنع الرد لأن من حق الفسخ أن يرد الثمن لا أقل ولا أكثر .

﴿ ويلغو شرط خلافه ﴾ فلو شرط أحدهما في الاقالة خلاف الثمن وأنى بالشرط على وجه العقد نحو أن يقيله على أن يحط عنه من الثمن كذا أو يزيد كذا فإن هذا الشرط يلغو . ﴿ و ﴾ كذا ﴿ لو ﴾ شرط خلاف الثمن ﴿ في الصفة ﴾ نحو أن يكون قد دفع دراهم سوداء فأقاله على أن يرد مثلها بيضاء فإن الشرط يلغو وتصح الاقالة ولا يلزمه إلا الثمن، وهذا إذا أتى بالشرط على جهة العقد فلو أتى به على جهة الشرط المحض كأن يقول إن زدت كذا أو نقصت كذا بطلت الاقالة .

﴿ وهى ﴾ أى الاقالة ﴿ بيع في حق الشفيع ﴾ يعنى أنها متى حصلت بلفظها في عقد صحيح كان لمن له سبب أن يشفع المستقيل ولو بطلت شفيعته في البيع لأنها تجدد له حق الشفعة، وكذلك لو لم يملك السبب إلا بعد البيع قبل الاقالة لأن الاقالة إذا كانت صحيحة وتابعة لعقد صحيح فهي بمنزلة عقد آخر، فلو أقاله وأسقط عنه بعض الثمن كان للشفيع أن يشفع بالمدفوع . وإذا كان مالكا للسبب من قبل البيع ولم تسقط شفيعته في عقد البيع فله أن يشفع بمدفوع من شاء كما لو تنوSEX المبيع ولا يشترط أن تكون الاقالة بعد قبض المشتري لأنهم لا يعتبرون القبض في حق الشفيع كما سبأنى في الشفعة^(١) إلا في الصرف والسلم فإن الاقالة فيهما قبل القبض تكون فسخا ولو في حق الشفيع فلا تصح الشفعة . وصورته أن يكونا شريكين في السلم أو الصرف فأقال أحدهما المسلم إليه أو المصروف إليه فيشفع الآخر من الشريكين فلا تصح الشفعة في ذلك لأنها فسخ . أما لو عين المسلم إليه وقت حلول أجله في شيء مشترك . ثم وقع التقايل فشفع الشريك فالتقاييس الصحة وليس هذا من الصرف

(١) عند قول الإمام « ولا بالتقابل » في فصل (٢٤١) ٨١

قبل القبض إذ لو كان من الصرف قبل القبض لما صححت الشفعة في البيع قبل قبضه مع أنها تصح .

﴿واعلم﴾ أن الإقالة في العقد الفاسد تكون فسخاً ولو في حق الشفيع فلا تصح الشفعة ولو وقعت الإقالة بعد القبض لأنها فسخ في الفاسد مطلقاً . والإقالة عندنا ﴿فسخ في غيره﴾ أي في حق غير الشفيع تكون الإقالة فسخاً لا بيعاً ولو كانت تابعة لمقد صحيح سواء وقعت قبل القبض أم بعده ولو في الصرف والسلم . وحيث إنها فسخ فلها أحكام الفسخ لا أحكام البيع ، وقد ذكر الإمام منها ﴿سبعة أحكام﴾ ﴿الأول﴾ من أحكامها قوله : ولسكونها فسخاً ﴿فلا يعتبر﴾ أن يقبل في ﴿المجلس﴾ لأن ذلك إنما يعتبر في البيع وهذا الحكم إنما يثبت ﴿في﴾ القابل ﴿الغائب﴾ عن مجلس الإقالة فيصح له أن يقبلها في مجلس علمه بها ولو لم يكتب ولو لم يرسل إليه إلا بعده فلا يصح أن يقبل . وهذا بخلاف البيع فإنه إذا أخبر أن فلاناً باع منه كذا لم يصح إلا أن يكتب أو يرسل إليه رسولا ، وهنا يكفي العلم ولو لم يكتب ولم يرسل إليه وهذا هو الفرق بين البيع والإقالة ، وإذا حصلت فوائد في الوقت الذي بين الإقالة والقبول فتكون للمشتري إذ لا تصح الإقالة إلا بعد القبول . نعم ؛ أما إذا كان حاضراً في المجلس حال الإقالة فقام من غير قبول كان هذا إعراضاً فلا يصح أن يقبلها بعده وإن كانت فسخاً .

﴿والثاني﴾ إذا وقعت الأقالة من فضولي فحيث إنها فسخ ﴿لا تلحقها الإجازة﴾ من أحد البيعين ولا من كليهما وحيث لا يصح أن تلحقها الإجازة فلا شفعة لكن إذا كانت عقداً صححت . وتفصيل ذلك أن الإجازة لا تلحق مطلقاً إذا كانت غير عقد وإن كانت عقداً لحقت مطلقاً في حق الشفيع وغيره .

﴿و﴾ ﴿الثالث﴾ حيث إنها فسخ ﴿تصح﴾ من المشتري ﴿قبل القبض﴾ للمبيع

ولو جعلناها بيعاً لم تصح لكن في حق الشفيع. قد جعلت الإقالة قبل القبض بيعاً وصحت الشفعة كما تقدم . ﴿و﴾ ﴿الرابع﴾ لو باع المستقيل فحيث إنها فسخ يصح ﴿البيع﴾ ولو وقع ﴿قبله﴾ أى قبل القبض ﴿وبعدها﴾ أى بعد الإقالة ولو جعلت بيعاً لم يصح إلا بعد القبض. ولما كانت فسخاً صح البيع قبله وكذا الهبة والنذر والصدقة تصح أيضاً . وإذا تلف المبيع بعد الإقالة وقبل قبض البائع تلف من مال المشتري سواء جعلت بيعاً أم فسخاً وكذلك في كل فسخ كان رافعاً للعقد من حينه .

﴿والخامس﴾ حيث إنها فسخ تصح ﴿مشروطة﴾ بالشروط المستقبلية ولو كان الشرط مجهولاً بزمان أو مكان إذا حصل الشرط قبل حصول أحد الموانع ويدخل في الشرط المجهول زمانه تعليق الإقالة برد البائع متى أبسر مثل الثمن إلى المشتري أو ما يقوم مقامه . وهذا هو بيع الرجاء المعروف في صنماء اليمن ونواجيهها فيؤخذ من هنا صحته ما لم يكن فيه ما يقتضى الربا كما تقدم في أول الباب .

﴿والسادس﴾ حيث إنها فسخ فيصح فيها . ﴿تولى واحد طرفيها﴾ بالولاية أو الوكالة لا بالفيضلة ، وصورة الولاية أن يبيع رجل من آخر وبعد البيع يجنان فإن وليهما تصح منه الإقالة ، وهذا بخلاف ما إذا جعلت بيعاً .

﴿والسابع﴾ حيث إنها تصح فسخ فإنه ﴿لا﴾ يصح أن يرجع عنها ﴿المتبدي﴾ بها ﴿قبل قبولها﴾ من الآخر وسواء كان الآخر حاضراً أم غائباً لأن الرجوع عن الفسوخات لا يصح . وهذا بخلاف ما لو جعلت بيعاً .

﴿واعلم﴾ أن للإقالة حيث إنها فسخ ﴿أربعة أحكام﴾ غير ماسبق « منها » اختلاف الصاعين فلا يعتبر فيها ، « منها » أنها تصح بماض ومستقبل ، « منها » أنها إذا شرط فيها خلاف الثمن جنساً أو صفة أو أكثر لم يلزم ذلك . وتصح الإقالة إذا كان عقداً لا شرطاً فلا تصح ، « منها » أنه لا يدخلها خيار الرؤية ولا خيار

الشرط ، وأما خيار العيب فيدخل إذا حدث عند المشتري والبينة عليه أنه حصل عند المشتري .

﴿ ومن أحكام الإقالة ﴾ إذا وقعت ﴿ بنير لفظها ﴾ أو كانت تابعة لمقد فاسد فإنها ﴿ فسخ في الجميع ﴾ أى فى حق الشفيع وغيره . ﴿ و ﴾ إذا تقابل البيمان فى المبيع بعد مدة ، وقد حدثت فيه فوائد كانت تلك ﴿ الفوائد للمشتري ﴾ سواء كانت ييماً أو فسخاً وسواء جاء بلفظها أم بلفظ الفسخ ، وسواء حدثت الفوائد قبل قبض المشتري أم بعده لأن الإقالة رفع للمقد من حينه ، وسواء كانت الفوائد فرعية أم أصلية متصلة أم منفصلة وقت الإقالة ويلزم بقاؤها للصالح بلا أجره إذا كانت زرعاً أو ثمرأ .

باب القرض

﴿ ٢٢٨ ﴾

﴿ اعلم ﴾ أن القرض يستحب عند الحاجة ويجب على المقرض والمستقرض عند خشية التلف أو الضرر حيث للمستقرض مال وإلا وجب سد رمقه ، ويحرم حيث يتضمن الربا . وفيما عدا ذلك مباح وقيل مكروه . نعم ، ومن الأشياء ما يصح قرضه ومنها ما لا يصح قرضه ، وقد أوضح ذلك الإمام عليه السلام بقوله :

﴿ إنما يصح ﴾ القرض ﴿ فى مثلى ﴾ كالنقود وكلما قلّ التفاوت فيه وضبط بكيل أو وزن ﴿ أو قيمى ﴾ وهو ما كثر التفاوت فيه ولم يضبط بكيل ولا وزن ، ولكن لا يصح القرض فيه مطلقاً بل فى قيمى « منقول » فلا يصح فى الأراضى والدور ﴿ جماد امكن وزنه ﴾ ولو لم يوزن عند القرض ، أما الحيوان وما لا يمكن وزنه فلا يصح قرضهما . فعلى هذا أن القيمى الجماد مهما أمكن وزنه صح قرضه ﴿ لا ما يعظم تفاوته ﴾ من القيمى المذكور بأن زاد التفاوت فيما بينه على نصف عشر القيمة ﴿ كالجواهر ﴾ والآلى والفصوص والجلود ونحو ذلك ، فإن هذه الأشياء

يعظم التفاوت فيما بينها في الجودة والرداءة فيصعب ضبطها ليرد مثلها ولهذا لم يصح قرضها ، وكذلك لا يصح قرض الحب إذا سيس^(١) أو ابتل أو قلى ولا المسسل والسمن والسليط المغشوش منها ، ولا الحب المخلوط بنوع آخر ، ولا الشعير والعلس المخلوطين ، ولا المخلوط بدقاق التبن ، ولا الدرامم والدنانير المغشوشة غشاً غير معلوم لتحقق رد المثل فيما ذكر .

﴿ و ﴾ كذلك لا يصح قرض ﴿ المصنوعات ﴾ التي يعظم التفاوت فيما بينها بالصنعة غالباً^(٢) ﴿ احترازاً من بعض المصنوعات التي تكون صنعتها بسيرة لا تخرجها عن حد الضبط وذلك كالخبز والفوس المضروبة من النحاس ، ومن ذلك الثياب والبسط المصنوعة على صفة لا يعظم التفاوت بينها في النقش والصفافة ، فإذا كانت صنعتها كذلك صح قرضها . ويعتبر في القرض أن يكون ﴿ غير مشروط بما يقتضى الربا ﴾ نحو أن يقرضه بلا شرط أو بشرط عليه أن يرد له مثله . ﴿ وإ ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يكن كذلك بل مشروطاً بما يقتضى الربا ﴿ فسد ﴾ الأولى « فباطل » نحو أن يقرضه كذا على أن يقضيه في مكان كذا ، وله منفعة بذلك القرض أو على أن يرد له أكثر مما أقرضه . هذامع الشرط وإما مع الإضرار ، فإن كان المضرر هو الآخذ اضمر أن يزيد فلا تأثير لضميره وإن كان هو المقرض ، فإن كان ضميره أنه يأخذ الزيادة إن حصلت منع أنه لم يقصدها بالإقراض فهذا جائز ، وإن كان لا يقرض إلا لأجل الزيادة فلا يجوز لأن المضرر في الربا كالظاهر .

﴿ وإعلم ﴾ أن من صور الربا أن يكون لرجل دين على غيره فيزيد. من عليه الدين شيئاً ليمله ، أو يكون له دراهم فيقول إن لم تسلمها لوقت كذا كان عليك بكل قدر من الدراهم كذا من الطعام أو من غيره . ﴿ الثانية ﴾ أن يقرض الحب الدفين

(١) أي أكلته السوس اه .

(٢) صورة غالباً هي مفهوم ما تقدم اه .

المتغير أو الذي قد أكلته السوس بحب سليم . ﴿الثالثة﴾ أن يكون له دين فإكل من له الدين مع من عليه الدين على وجه الضيفة وقد عرف أن ما أضافه إلا لينظره ، فأما لو أضافه أو أهدى إليه مكافأة على الإحسان بإفراضه أو تأجيله بالدين فيما مضى فإن ذلك جائز . ﴿الرابعة﴾ أن يقرضه قدرأ من الحب ويقول ما طلع من السعر على ذلك القدر فهو لى ولا يقبل منه مثله ، قال المنصور بالله عليه السلام : قرض الحب والمطالبة به وقت القضاء وإن كان غالياً جائز وأخذ القيمة بغير زيادة ودفع القيمة بلا محاباة جائز ، وهذه حيلة فى تجنب الإثم ، وكذلك يجوز إقراض الحب السليم عند الخوف عليه من السوس والبلل ونحوه ، ولا يقال بأنه قرض جر منفعة لأن المنفعة هى من غير المستقرض كما لو قصد الثواب فى قرضه فإن فيه منفعة وهو الأجر . وكذلك يجوز القرض عند استواء المنفعتين فى القرض ومن ذلك ما يأخذ الشركاء من الزراع وغيرهم .

﴿فصل﴾

﴿٢٢٩﴾

فى أحكام القرض وهى خمسة : ﴿الأول﴾ أنه ﴿إنما يملك بالقبض﴾ من المستقرض إذا كان القبض بإذن المقرض ولا تكفى التخلية . ويملك بالقبض ولو قبض بدون إيجاب وقبول لأنه يكفى فيه ما جرى العرف به فى القرض . ولا يصح رجوع المقرض عنه بعد أن يقبضه المقرض . وإذا ملك بالقبض ما يغنيه وكان فقيراً فإنه يصير به غنياً وتلزمه زكاته ويلزمه الحرج أيضاً إذا صار به مستطيماً .

﴿والثانى﴾ أنه متى قبضه المستقرض ملكه ﴿فيجب﴾ عليه المقرض ﴿رد مثله قدرأ وجنسأ﴾ ونوعاً^(١) ﴿وصفة﴾ لا فوقه ولا دونه والقول المقرض أنه مثله إذ الأصل براءة الذمة فإن كان القرض بعينه باقياً فلا يجب عليه إلا رد مثله فلو

(١) ولو زاد فى الصفة ، ولا عبرة باختلاف سعره اهـ .

رده بعينه جاز ووجب القبول ، أما لو تفاسخا في القرض الصحيح مع بقاء العين فيجب رد العين للمقرض ..

﴿ والثالث ﴾ أنه يجب على المستقرض الرد ﴿ إلى موضع القرض ﴾ أى إلى الموضع الذى قبض فيه القرض إذ المعتبر موضع القرض .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أنه ﴿ لا يصح الانظار فيه ﴾ فإذا قال المقرض للمستقرض قد أنظرتك مدة كذا لم يلزمه فإذا طلبه بعد ذلك فوراً وجب رد مثله ولا حكم لانظاره ، وسواء أنظره حال القرض أم بعده ، وكذا لو نذر عليه بالتأجيل أو أوصى له به فإنه لا يصح ولا يلزمه ولكن يجوز له الانظار ويستحب الوفاء بما أنظر فيه :

﴿ و ﴾ كذلك لا يلزم الانظار ﴿ في كل دين لم يلزم بمقد ﴾ كأروش الجنائيات ^(١) وقيم المتلفات والغصب لأنه لا يدخلها التأجيل وإنما يدخل ويلزم فيما لم بمقد صحيح كالتمن والمهر والأجرة إذا كان الانظار إلى وقت معلوم لا ما لم بمقد فاسد فلا يصح الانظار فيه ولا يلزمه لو أنظر .

﴿ مسألة ﴾ ^(٢) « الأجل الصحيح حق لمن عليه الدين ولا يبطل بموته ولا يصح رجوع المؤجل عنه فإن تبرع من عليه الدين بتجيله صح ولزم صاحبه قبوله إذا كان مثل حقه ولم يكن له غرض في تأخيره إلى أجله . » نعم ؛ وأجرة تسليم القرض على المقرض إذ عليه تمييزه عن ماله وعند القضاء على المستقرض .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ أن ﴿ فاسده ﴾ يعنى فاسد القرض كقرض الحيوان أو غيره مما لا يصح قرضه يكون حكم ذلك ﴿ كفاسد البيع ﴾ ^(٣) من أنه يملك بالقبض وتلزم فيه القيمة ويصح تصرف المستقرض فيه يبيع أو غيره فيمنع رد عينه الاستهلاك الحكمى وتطيب فوائده كما تقدم ، ويجوز الدخول فيه ، ويجوز التفاسخ فيه بالتراضي

(١) إلا الدية اه .

(٢) من البيان اه .

(٣) في بعض النسخ هنا غالباً ولا فائدة لها اه .

أو بالحكم مالم يمنع مانع فيهما. ويملك القيمي منه بقيمته والمثل بمثله. أما القرض الباطل وهو الذي يقتضى عقده الربا كما تقدم كأن يقرضه مائة على أن يقضيه مائة وعشرين فهذا أو نحوه باطل لا يملك بالقبض ويكون حكمه في يد المستقرض حكم الغصب إلا في الأربمة؛ غير أنه يجب التصديق بربحه، وهذا مع علم المالك، أما مع الجهل فإنه كالغصب في جميع وجوهه إلا في سقوط الإثم.

﴿ ومقبض ﴾ بكسر الباء ﴿ السفتجة ﴾ ^(١) بضم السين ﴿ أمين فيما قبض ضمين فيما استهلك ﴾ وصورة المسئلة أن يحتاج زيد في بعض المواضع إلى مال وعنده مال لبكر أمانة أو نحوه فيأذن له بكر بالاقتراض من تلك الأمانة، ثم يطلب أن يقضى بكرًا من مال له في بلد آخر، فيكتب إلى بكر كتابًا بهذا الطلب فيكون زيدا أمينًا فيما قبض من المال لأنه قبضه أمانة ويكون ضمينًا فيما استهلك منه بنية الاقتراض، وكذا لو نقله بنية الاقتراض صار ضمينًا ضمان قرض بمعنى أنه قد ملكه، فإذا تلف من ماله فلو أضرب عن الاقتراض بعد أن نقله بنية الاقتراض لم يبرأ من القرض بتركه إلا أن يكون صاحب المال أذن له بالرد إن استغنى عنه فتمود يده أمانة، ومقبض السفتجة يصح فيه فتح الباء؛ وصورة المسئلة أن يكتب عمرو لزيد كتابًا إلى بكر أن يُسلم له مالا إلى زيد ليوصله إليه، ويأذن عمرو لزيد بالاقتراض من المال إذا قبضه من بكر، فيكون أمينًا فيما قبض ضمينًا فيما استهلك كما تقدم فالمسئلتان سيان في الحكم.

﴿ و ﴾ اعلم أن الإذن بالقرض من الأمانة وقضاء المال من بلد آخر كما تقدم كلاهما جائز ﴿ وكذا لو أخذ المال ابتداء قرضًا أو كتب ابتداء للقرض كتابًا ليأخذ من ماله في بلد آخر فإن كل ذلك جائز ﴾ إلا ﴿ أن يكون القرض ﴾ بالشرط ﴿

(١) السفتجة بضم السين كلمة حبشية، وهى اسم الرقعة التى يكتب فيها المفارضة على طريق السفتجة بفتح السين أى المعاملة، كأن تعطى مالا لرجل فيعطيك خطا يمكنك من استرداد ذلك من عميل له فى مكان آخر : جمع سفاتج اه .

على أن يقضيه في البلد الآخر فإذا شرط المقرض ذلك لم يجوز لأن كل قرض جر منفعة فهو ربي، وكذا لو أضمر هذا الشرط لم يجوز أيضاً لأن المضمّر في الربا كالظاهر إلا إذا كانت المنفعة للمستقرض فقط جاز ولو شرط، وكذا لو كانت المنفعة لهما معاً واستوت المنفعتان جاز نحو أن يريد كل واحد منهما نقل ماله إلى بلد الآخر فتقارضا كذلك ليسلما من مؤنة النقل أو خوف الطريق .

﴿فصل﴾

﴿٢٣٠﴾

﴿وليس لمن يتعذر عليه استيفاء حقه حبس حق خصمه﴾ فمن كان له مال عند الغير سواء كان ديناً أم غصباً وكان للغير عنده مال فليس له أن يحبس حق غيره إذا تعذر عليه استيفاء حقه إلا بحكم الحاكم فله أن يحبس ذلك وللاحكام أن يحكم له بذلك عند تمرّو غريمه أو غيبته، فإن لم يوجد حاكم فعليّه أن يستأذن من يصلح لذلك . ﴿و﴾ من تعذر عليه استيفاء حقه فانه ﴿لا﴾ يجوز له أيضاً ﴿استيفاءه إلا بحكم﴾ حاكم ولو كان غريمه موثقاً متمرداً، ولو علم أن استيفاءه بالحكم يثير فتنة فليس له أن يأخذ من مال الغير بقدر حصته ولو كان من جنس ماله إلا بحكم . قال في حاشية السحولي : « وهذا ما لم يكن الذي عند الغير هو عين حقه وديعة أو غصباً فيجوز له أخذه من غير حكم ولا تراض، فلو لم يمكنه إلا بقتله جاز له قتله إذا لم يجد وسيلة إلى أخذ حقه غير قتله » . وقول الإمام عليه السلام غالباً احتراز من الأجير فإن له حبس المين التي استؤجر على العمل فيها حتى يستوفي أجرته سواء كان أجيراً خاصاً أم مشتركاً، وكذلك كل عين تعلق بها حق فيجوز لذي الحق حبسها حتى يستوفي ما تعلق بها من الحق كالبيع قبل تسليم الثمن وكذلك إذا فسخ البيع بمسء تسليم الثمن فإن للمشتري حبسه حتى يستوفي ﴿وكل دينين استويا في الجنس﴾ والنوع ﴿والصفة تساقطاً﴾ فإن كان على شخص دين قدر عشرين درهما مثلاً وكان له على غريمه مثله

تساقط الدينان وبريء كل واحد منهما مهما اتفق مذهبهما سواء تراضيا على التساقط أم لا وسواء اتفق أجل الدينين أم اختلف، فلو كان أحد الدينين أكثر من الآخر مع الاتفاق فيما ذكر فإن الزيادة فقط تبقى في ذمة من هي عليه . وأما إذا اختلف مذهبهما فلا بد من التراضي أو حكم الحاكم .

﴿مسئلة﴾ لو أن رجلا استقرض من رجل دراهم والصرف على عشرين درهما بدينار ثم تزايد سعر الدينار لخلفة ولا لغش في الدرهم فليس عليه إلا مثل تلك الدراهم فإن كان تزايد سعر الدينار لغش في الدراهم أو لخلفة لزم المستقرض أن يرد مثل القرض سواء ، فإن عدم في الناحية لزمته قيمته من الدنانير .

﴿فرع﴾ أما الدراهم المتعامل بها الآن سواء كانت خالصة أم كان فيها الغش المعتاد فإنها مع ذلك نافقة متعامل بها فهي مثلية يصح ثبوتها في الذمة في جميع عقود المعاملة، فلو كسدت لم يجب على من هي عليه إلا مثلها كسائر المثليات الثابتة في الذمة، وإن عاير رجعا إلى صرفها من الذهب حيث عدت فحينئذ يرجع إلى صرفها كما يرجع بالثلث إلى قيمته إن عدم مثله . فعلى هذا يرجع إلى صرفها يوم الطلب إن قارن التسليم كما في سائر المثليات إذا وجبت قيمتها لا إلى صرفها يوم ثبتت في الذمة .

قال الإمام عليه السلام : ﴿والفلوس﴾ وهي العملة المضروبة من للنحاس الخالص «قيمة» حيث لا توزن «لكنها» وإن كانت قيمة فحكمها ﴿كالنقدين﴾ من عملة الذهب والفضة في أنها تثبت في الذمة كما يثبت النقدان وكذا يتساقط الدينان فيهما كما يتساقطان في النقدين ، ويصح قرضها لإمكان ضبطها بالوزن والصفة ويرد مثلها ولو بطل التعامل ولا تصح الشركة فيها كما سيأتي، وحيث لم تجر العادة بوزنها أيضا فلا يدخلها الربا بالتفاضل ولا يصح البيع بها إلى الذمة ولا جعلها أجرة في الذمة .

﴿فصل﴾

﴿٢٣١﴾

فيما يجب رده إلى موضع الابتداء وما يجب رده إلى حيث أمكن . قال الإمام عليه السلام ﴿ ويجب رد ﴾ عوض ﴿ القرض والرهن ﴾ الصحيح : أما الفاسد فهو أمانة ﴿ و ﴾ يجب رد ﴿ الغصب والمستأجر والمستمار ﴾ سواء كان مضمناً أم غير مضمّن ﴿ والحق المؤجل ﴾ بعد حلول الأجل ﴿ والمجمل ﴾ ، والمراد الدين الثابت بالمعقد سواء كان مؤجلاً أم معجلاً ﴿ والكفالة بالوجه ﴾ وكذا بالمال حيث عين الموضع ﴿ إلى موضع الابتداء ﴾ يعني أن هذه الأشياء يجب تسليمها إلى صاحبها إلى منزل ابتداء قبضها أو ثبوتها وهذا كله في قبولها . وأما إذا طالب من له ذلك وجب التسليم ولو في غير موضع الابتداء ، إذا كان مطلوبه حاضراً وأما إذا كان ماطلبه غائباً فلا يجب إلا إلى موضع الابتداء . وقول الإمام ﴿ غالباً ﴾ احتراز من كفيل الوجه فإنه إذا سلم المكفول به حيث أمكن خصمه الاستيفاء منه برىء من الكفالة مع التمكن كما أنه يبرأ بتسليمه إلى موضع الابتداء ولو لم يتمكن ، ويحترز أيضاً من الغصب إذا لم يكن لحله مؤنة فإنه يبرأ بتسليمه حيث أمكن ويجب على صاحبه قبوله لا إذا كان له غرض في ترك تسلمه فلا يجب قبوله إلا في موضع الابتداء .

﴿مسئلة﴾ : لا يبرأ من عليه الدين بالتخلية بينه وبين من هو له فلا تسكنى التخلية بل لابد من القبول أو القبض . وأما التخلية للمفصوب فتسكنى ، وكذا في كل عين هي من مال المسلم إليه ، أما إذا كانت العين من مال المسلم فلا تسكنى التخلية .

﴿ لا ﴾ المبيع ﴿ الميب ﴾ فلا يجب رده إلى موضع الابتداء بل المشتري رده على البائع أينما وجدته ، وكذلك المردود بخيار رؤية أو شرط أو بغيرها من الخيارات يكون رده إلى حيث أمكن ، وكذلك المبيع بمعقد فاسد إذا فسح فلا يعتبر الرد

في جميع ذلك إلى موضع العقد ﴿و﴾ كذلك ﴿الوديعة﴾ إذا مات المالك قبل قبضها وجب ردها إلى حيث أمكن ﴿و﴾ كذلك ﴿المستأجر﴾ عليه يجب رده إلى حيث أمكن إلا أن يجري عرف بخلافه كما في الأنعام ، فإبى الراعى ردها إلى المالك أو إلى المأوى المعتاد . ﴿و﴾ كذا ﴿كل دين لم يلزم بعقد﴾ كأروش الجنائيات وقيم التلغات يكون تسليمه حيث أمكن . ﴿و﴾ كذلك ﴿القصاص﴾ لا يلزم أن يكون في مكان الجناية بل حيث أمكن الاقتصاص كان لمن هوله إجراؤه . قال الإمام : ﴿فحيث أمكن﴾ التسليم لشيء مما تقدم لزم قبوله ولا يلزم تسليم ذلك في موضع الابتداء^(١) .

﴿وضابطه﴾ أن ما وجب رده وجب أن يكون الرد إلى موضع الابتداء وما لم يجب رده فله رده إلى حيث أمكن .

﴿ويجب﴾ على من له الحق ﴿قبض كل﴾ دين أو غيره ﴿معجل﴾ أى حيث سلمه وعجله من هو عليه سواء كان مؤجلاً أو حالاً : مما يجب تسليمه إلى موضع الابتداء أم لا ، ولكن لا يلزمه أخذه إلا بشروط خمسة :

﴿الاول﴾ : حيث هو ﴿مساو﴾ لحقه ﴿أو زائد﴾ عليه ﴿في الصفة﴾ ولم يخالف غرضه ، أما لو كان ناقصاً قدرأ ، أو صفة أو نوعاً ، أو زائداً نوعاً أو صفة وخالف غرضه فإنه لا يلزمه قبضه ، فلو كان زائداً قدرأ فيلزمه أن يأخذ قدر حقه إذا لم يكن لفصله مؤنة والزائد يكون إباحة فيخير فيه .

﴿الشرط الثاني﴾ أن لا يكون قبضه ﴿مع خوف الضرر﴾ في الحال نحو

(١) وقد جمع المتن ما يجب رده إلى موضع الابتداء وما لا يجب في قوله :

معار ورهن ثم غصب ومقرض ودين بقصد عاجلاً ومؤجلاً
كفيل بوجه والمؤجر بعده ، يرد إلى حيث التناض أولاً
وأما اللواتى ردها حيث أمكنت فدين بلا عقد مقود لقتلا .
كذلك معيب مودع ومؤجر عليه فكأن ذافطنة متأملاً

ان يخاف لو قبض حقه أن يأخذه عليه ظالم فحينئذ لا يلزمه قبض حقه سواء كان حالاً أو مؤجلاً . فإن خافا معا فإن كان المسلم من مال الدافع لم يجب القبض وإن كان من مال المدفوع إليه وجب قبضه إلا في الغصب فلا يلزمه قبضه لو خافا عليه في الحال أو في المال .

﴿الشرط الثالث﴾ قوله ﴿أو غرامة﴾ في المؤجل أى وأن لا يكون قبضه مع خوف غرامة تلحقه لو قبض حقه نحو أن تكون له مؤنة إلى وقت حلول الأجل فإنه إذا خشى الغرامة لا يلزمه قبضه وهذا حيث كان الأجل لازماً بالمقد لا بالقرض ونحوه فيجب قبضه ولو لحقته غرامة إلى حلول الأجل .

﴿الشرط الرابع﴾ أن لا يخشى عليه الفساد إلى وقت حلول الأجل فإن خشى عليه الفساد وكان مؤجلاً لم يلزمه قبضه .

﴿الشرط الخامس﴾ أن لا يكون للمالك غرض في تأخيره إلى وقت حلول الأجل فإن كان له غرض في تأخيره لم يلزمه قبضه وهذا إذا كان مؤجلاً فإن كان غير مؤجل لزمه قبضه ولو كان له غرض في تأخيره .

﴿ويصح﴾ ويجوز أيضاً ممن عليه حق مؤجل أن يعجله لصاحبه ولو ﴿بشرط حط البعض﴾ من ذلك الحق المؤجل ، وأما الحق المعجل إذا امتنع من عليه الحق من تسليمه واشترط الإبراء في البعض أو الحط أو الإسقاط فإنه لا يبرأ مما حط عنه ولو كان الحط بأى ألفاظ التملك لأنه لا يقابله عوض وإنما هو تفاد لحقه فيبقى ما حط عنه في ذمته إذ الامتناع محرم عليه .

﴿٢٣٢﴾ فصل

في بيان ما يتضيق رده من دون طلب ماله وما لا يتضيق إلا بالطلب ﴿ويتضيق رد الغصب ونحوه﴾ وهى أرؤش الجنائيات وقيم المتلفات فوراً ، ولا يحتاج الغاصب

ونحوه إلى مطالبته لأنه في حكم الطالب في كل وقت فهو متضييق عليه الرد ﴿ قبل المراضاة ﴾ بينه وبين المنصوب عليه ، وكذلك فوائد النصب وأجرته وكسبه وأرش ما جنى عليه إذا كان مما لا يتسامح به .

﴿ فرع ﴾ ويتضييق رد ما قبض من صغير أو محجور عليه ولو قبض برضاء هبة أو بيعاً لأنه غصب وإن لم يطلب منه ذلك .

﴿ والدين ﴾ وهو ما يثبت في الذمة برضاء أربابه يتضييق قضاؤه ﴿ بالطالب ﴾ ممن هو له سواء كان غير مؤجل أم مؤجلاً وحصل الطالب بعد حلول الأجل وكذا لو قال إذا حل الأجل فأنا مطالب لك بتسليم الدين فإنه يتضييق الرد بعد حلول الأجل ولم يطالبه ، وكذا لو غلب في ظنه أن صاحبه لا يرضى ببقاء الدين لديه وإنما ترك الطلب سهواً منه أو حياء أو خوفاً فإنه يتضييق الرد ولو لم يطلب ، وفي الهدية والرغد ونحوها يتضييق الرد بما في حكم الطلب وذلك عند ما يحصل مع صاحبه مثلاً حصل معه ، وإذا كان الدين لصغير أو مجنون فإنه يتضييق الرد عند الحاجة للدين بدون طلب وإذا لم يحتاج له فلا يتضييق إلا بالطلب من الولي .

﴿ فرع ﴾ وإذا كان صاحب الدين قد أشهد عليه فإنه لا يجب قضاؤه إلا مع حصول الشهود ولو كانوا غير الأولين أو في حضور الحاكم .

قال الإمام ﴿ فيستحل ﴾ أي يطلب الخروج من الإثم ﴿ من مطل ﴾ بعد أن تضيق عليه الرد وهو متمكن من التخلص ، ويكفيه الرجوع والتسليم والاعتذار وإن لم يقبل ، ولا يحتاج إلى طلب الإبراء من المطول . ﴿ وفي ﴾ تسليم ﴿ حق الله ﴾ تعالى وهو ما ليس لآدمي معين كالزكاة والكفارات ونحوها ﴿ الخلاف ﴾ بين العلماء في كونه على الفور أو على التراخي . والمختار للمذهب أن حقوق الله تعالى تؤدي على الفور فلا يجوز تأخيرها عند التمكن من فعلها لأن دين الله أحق أن يقضى فيستغفر الله من مطل ويتوب من معصيته .

﴿ ويصح في الدين قبل القبض ^(١) ﴾ أى قبل قبضه ممن هو عليه ﴿ كل تصرف ﴾ كجعله ثمناً أو مهراً أو عوض خلع أو غير ذلك « إلا خمسة » أشياء فلا تصح في الدين :

﴿ أحدها ﴾ ﴿ رهنه ﴾ فلا يصح أن يرهن ممن هو عليه ولا من غيره لأن من شرطه التعمين والقبض .

﴿ و ﴾ ﴿ ثانيها ﴾ ﴿ وقفه ﴾ لأنه تحبیس الرقبة المعينة والدين غير معين فلا يصح .
﴿ و ﴾ ﴿ ثالثها ﴾ ﴿ جملة زكاة ﴾ أو فطرة أو كفارة أو نحو ذلك لأن من شرطها التمليك الحقيقي وتمليك الدين إسقاط فلا يصح زكاة أو نحوها إلا إذا وكله بالقبض عنه ثم يقبضه من نفسه عن الواجب صح ولا بد من قبضين عن المال وعن الواجب .

﴿ و ﴾ ﴿ رابعها ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ جملة ﴿ رأس مال سلم ﴾ فإنه لا يصح لأنه يصير من بيع الكالء بالكالء ^(٢) . ﴿ و ﴾ جملة رأس مال ﴿ مضاربة ﴾ أو شركة فإنه لا يصح .

﴿ و ﴾ ﴿ خامسها ﴾ ﴿ تمليكك غير الضامن ﴾ به فإنه لا يصح لأنه تمليك لمعدوم . أما الضامن به فيصح تمليكك إياه سواء كان هو الذى عليه الدين أم غيره ممن هو ضامن به ولو كان ضمانه تبرعاً لأنه بالضمان صار كأنه في ذمته ، وسواء ضمن بالمال أم بالبدن . وكذا وارث من عليه الدين في حكم الضامن حيث شرى ما في ذمة مورثه والتركه موجودة غير مستهلكة ولو شراء بدين لأن الدينين مختلفان فيصح تمليكك الدين قبل قبضه .

﴿ واعلم ﴾ أن غير الضامن وغير من في حكم الضامن لا يصح تمليكك الدين إذا

(١) ولا يسمى ديناً إلا قبل القبض فهو قيد واقع لا للاحتراز اهـ .

(٢) في القاموس الكالء النسبته اهـ .

كان التملك ﴿بغير وصية﴾ أو إقرار في وصية ﴿أو نذر أو إقرار﴾ بنذر ﴿أو حوالة﴾ أو إقرار بحوالة. وأما إذا كان التملك بأى هذه الأمور فإن التصرف بالدين فى أى هذه الأشياء صحيح نافذ إلى الضامن به وإلى غيره .

﴿٢٣٣﴾ باب الصرف

﴿هو بيع مخصوص﴾ أى هو اسم لبيع الذهب به والفضة بها أو بيع أحدهما بالآخر سبيكة أو نقداً أو مختلفاً «واعلم» أنه ﴿يعتبر فيه﴾ «المقد» بإيجاب وقبول^(١) ويكونان بـ ﴿لفظه﴾ كصرفت منك هذا بهذا وكذا بكذا والقابل اضطرفت ﴿أى ألفاظ البيع﴾ «العامة» المفيدة للتملك : كبت أو ملكت أو نحو ذلك كما مر لا الخاصة بيمض البيوعات كالرأجة والتولية ونحوهما فلا يصح بها الصرف .

﴿و﴾ يعتبر ﴿فى متفقى الجنس والتقدير﴾ كالذهب بالذهب والفضة بالفضة ﴿ما مر﴾ من الشروط فى الروايات وهى :

﴿الشرط الأول﴾ الحلول وهو أن يكون المقد منبرما لا تأجيل فيه ولا خيار شرط، فإن شرط أحدهما الخيار ففسد إلا إذا أبطله قبل الافتراق وبثبت فيه خيار العيب، وكذا خيار الرؤية قبل الافتراق لا بعده ، ويصح موقوفا على الاجازة ولو لم تحصل إلا بعد افتراق المتعاقدين ولكن لا بد من التقابض قبل الافتراق كما مر ، وكذا فى الوكيلين يعتبر التقابض سواء أضافا أم لا ولا عبرة بالوكلاء .

﴿الشرط الثانى﴾ أن يتقابضا قبل افتراقهما ولو طال اجتماعهما قبل التقابض، ولو انتقلا عن المجلس وسارا معا فإنه يصح التقابض ما لم يفترقا ، وهذان الشرطان يعتبران فى الصرف عموما سواء صرف الجنس بجنسه أو بغير جنسه .

(١) فى غير المحقر لأن المحقر يكنى فيه للمعتاد .

﴿الشرط الثالث﴾ أنه لا بد من العلم بالتساوى بين المصروفين حال العقد فلا يكفى الظن ولا يكفى العلم من بعد العقد ولو حصل فى المجلس ولو كان المقابل للنقد سييكة مما لا توزن عادة فلا بد من العلم بالتساوى وهذا الشرط يختص بصرف الجنس بجنسه .

﴿واعلم﴾ أنه يشترط الملك لأحد المصروفين حال العقد وهذا بخلاف ما مرّ فى الرويات ولذا استثناء الإمام بقوله: ﴿إلا الملك حال العقد﴾ فلا يشترط هنا فيصح أن يصرف منه دراهم معدومة حال العقد بدراهم كذلك . وسواء فى ذلك صرف النقد بالنقد والسبيكة بالسبيكة ولو اختلف الجنس فيصح العقد بشرط أن يحصل ملكهما والتقابض فى مجلس العقد أو فى غيره قبل الافتراق ، ولا يصح لو قابل السبيكة المعدومة نقد لأنها مبيعة لا بد من وجودها فى الملك حال العقد وتكفى التخلية فى قبضها ولا تكفى فى قبض النقود بل لا بد من القبض الحقيق .

﴿فإن اختلف﴾ من الشروط الثلاثة وهى الحلول ، والعلم بالتساوى ، والتقابض قبل الافتراق ﴿أحدها بطل﴾ الصرف فى جميع المصروف ﴿أو﴾ فى ﴿حصته﴾ حيث يمكن تبويضه وذلك نحو أن يصرف منه خمسة دنانير بخمسة مثله ثم ينكشف فى أحد الجانبين دينار ردىء عين فإنه يبطل من الصرف بقدره ، وهذا حيث أتى بلفظ الصرف ولم يعين . أما لو أتى بلفظ البيع وعين صح البيع فى الكل ويكون من مسائل الاعتبار فإن كان غير معين بطل بقدره حيث يكون له قيمة ، وكذلك لو حصل التقابض فى البعض فإنه لا يبطل إلا فيما لم يقبض نحو أن يصرف خمسة بخمسة فيقتابضان أربعة ثم يفترقان فيبطل الصرف فى الخامس .

﴿ومن أحكام الصرف﴾ إذا بطل بوجه من الوجوه لم يملك كل منهما ما صار إليه بصرف باطل ﴿فيترادان﴾ فيما بطل ﴿ما﴾ كان باقياً ﴿لم يخرج عن اليد﴾ المراد لم يخرج من الملك ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يكن باقياً بل قد خرج عن الملك ﴿فا﴾ لواجب

رد ﴿ المثل في النقدين ﴾ ولا يستفدى لأنه لا يتمين ما لم يتساقطا ﴿ و ﴾ رد ﴿ العين في غيرها ﴾ أى في غير النقدين كالسبائك والحلى إذا كانت باقية لا لو خرجت عن الملك لزم استفداؤها كما في العين المنصوبة. وهذا ﴿ ما لم يستهلك ﴾ تلك العين فإن كانت قد استهلك حساً وجب ردّ مثلها مصنوعة فإن كان فيها صنعة لا يمكن ضبطها وجب رد قيمتها من غير جنسها ، وكذا إذا استهلك حكماً وذلك إذا خلطت بغير جنسها بحيث يتعذر فصلها ، أما لو خلطت بجنسها فلا يتعذر الفصل فتلزم القسمة ويبين مدعى الفضل . ﴿ فإن ﴾ وقع عقد الصرف على وجه باطل كصرف أربعة بخمسة ثم ﴿ أراد تصحيحه ﴾ وإبقائه على وجه الصحة ﴿ تراداً ﴾ الزيادة إن كانت باقية ﴿ وجدد العقد ﴾ بشروطه المعتبرة على وجه الصحة وحيث كان اللحل لتتفرقها قبل القبض تقابضاً قبل الافتراق ولا يشترط قبض كل واحد منهما لما له بل يكفي النقل . ﴿ فرع ﴾ فلو جعلت الفضة آنية لزم رد عينها لأن ذلك ليس باستهلاك ويلزم استفداؤها لو خرجت عن اليد ، وكذا لو جعلت دراهم إلا أنها لا يلزم استفداؤها . ﴿ و ﴾ إن كان أحدهما أو كلاهما قد استهلك ما قبض مع خلل العقد الأول فلا يمتنع تجديد العقد على ما في الذمة لأن ﴿ ما في الذمة كالحاضر ﴾ فيصح المقصد عليه وهذا حيث اختلفا في الصفة والجنس وإلا فقد تساقطا ، وإن كان اللحل لعدم الحلول أصلاً .

﴿ فصل ﴾

﴿ ٢٣٤ ﴾

﴿ ومتى ﴾ صرف دنانير بمثلها أو بدراهم أو صرف دراهم بمثلها على أنها جيدة أو أطلق ثم ﴿ انكشف في أحد النقدين ردىء عين ﴾ كأن يكون في أحدهما ما هو من الحديد أو من النحاس ﴿ أو ﴾ ينكشف في أحدهما ردىء ﴿ جنس ﴾ كدراهم مسكوك (٣٢ - التاج للذهب - ن)

من فضة رديئة تنفتت ليست في الجودة كبديلها ﴿بطل﴾ من الصرف ﴿بقدره﴾ وزنا أى بقدر ذلك الردى لأن العقد صحيح وإنما طرأ البطلان على بعضه لعدم قبض ماقابل الردى ﴿إلا أن يبدل الأول﴾ وهو ردىء العين ﴿في مجلس الصرف فقط﴾ صح حينئذ ، أما لو صح إبداله بعد المجلس أى بعد الافتراق لم يصح ولكن ينظر هل أتى بلفظ البيع أو بلفظ الصرف ؟ وهل عين أم لا ﴿وتفصيل ذلك﴾ أن يقال : إن عين وجاء بلفظ البيع فأنكشف ردىء عين فانه يكون بيعاً إن كان له قيمة ولم يقصد الحيلة ويكون له الرد بالميب إن كان جاهلاً ، وإن جاء بلفظ الصرف فلا ينمقد البيع به كما يأتى ، وإن لم يكن معيناً فن شرطه القبض قبل التفرق فلا حكم لازائف فان افتراقاً بطل بقدره .

قال الإمام : ﴿و﴾ كذا ﴿الثانى﴾ وهو ردىء الجنس إذا أبدل ﴿فيه﴾ أى في المجلس والمراد قبل التفرق فانه يصح ويلزم إبداله ﴿مطلقاً﴾ سواء شرط رده حال العقد أم لم يشترط ، وهذا إذا لم يعلم عند العقد والقبض وأبدله في مجلس العقد ﴿أو﴾ أبدله ﴿في مجلس الرد﴾ وهو أول مجلس يتفقان فيه بمسد التفرق والعلم بالرداءة ، والمعتبر أول مجلس لأن للصرف أحكاماً مخصوصة ، وإنما يلزم إبداله ﴿إن رد وإن لم يكن قد علمه﴾ فإن كان قد علم عند العقد أو عند القبض أو عند التفرق أو عند الصرف أن في الدرام ردىء جنس لم يكن له الرد بعد ذلك ﴿فيلزم﴾ البيع وإمساك الردىء ويبطل الرد ، كما لو اشترى شيئاً عالياً بعيه ، وإن كان جاهلاً في جميع الأحوال التى ذكرنا فيلزم الرد للرديء كما لو اشترى شيئاً معيناً . قال الإمام : ﴿أو شرط رده﴾ في مجلس العقد ﴿فاقتراً﴾ وكان المشتري قبل التفرق ﴿مجازاً له أو قاطعاً﴾ بوجود الردىء فانه يبطل الإبدال وسواء علم به عند العقد أم لا لكنه في هذه الصورة لا يلزمه ولو علم بوجوده لكونه قد شرط رده ﴿فيرضى﴾ بذلك ﴿أو يفسخ﴾ ماوجد من ردىء الجنس في أول مجلس يتفقان فيه بمسد التفرق والعلم بالرداءة ، فإن لم يرض

ولافسخ لزم، وإنما كان له الفسخ مع العلم بوجود الردى في الصرف لا في بيع الميب لأن الصرف يخالف البيع في وجوده، وأما إذا افترقا قاطما بأن لاردى ثم انكشف وجوده فإنه يصح الابدال في مجلس الرد فله طلب الإبدال فيه فلو لم يبدل في مجلس الرد لم يكن له طلب الابدال بعد بل له أن يرضى به أو يفسح.

﴿فإن كان﴾ العيب في الدرهم ﴿لتكحيل﴾ في أحد البدلين ﴿فصل﴾ الكحل ﴿إن أمكن﴾ فصله لأنه طلاء على ظاهر الدرهم ﴿و﴾ إذا فصل ولم يبدل في المجلس ﴿بطل﴾ من الصرف ﴿بقدره﴾ وزنا. وإعلم أنه إذا فصل المشتري الكحل بإذن المالك ورده إليه فلا شيء على المشتري، وإب فصله بغير إذنه لزمه أرش نقص قيمة الكحل بالانفصال إذا رده للمالك، والأرش هو ما بين قيمته متصلا ومنفصلا وإن لم يرد لزم قيمته متصلا. وإن فصل بإذن المالك ولم يرد لزم رده بعينه ولو لم تكن له قيمة فإن تلف لزم مثله أو قيمته منفرداً إن كانت له قيمة.

قال الإمام عليه السلام ﴿وإ﴾ ن ﴿لا﴾ يمكن فصله ﴿ففي الكل﴾ أى بطل صرفه في الكل لفقد العلم بالتساوى. وذلك حيث تكون مكحلة كحلا لا يمكن فصله فتصير كما لو كانت مزينة لأن الزئبق مخلوط بالدرهم فلا يمكن فصله إلا بضرر فيبطل الصرف في الكل لفقد العلم بالتساوى فإن علم التساوى صح.

﴿فائدة﴾ إذا نقد الصيرفي فظهرت مفسوشة فلا ضمان عليه ولو كان مؤجراً لأنه كالقوّم والفتى.

(فصل)

﴿٣٣٥﴾

في بيان مسائل تتعلق بالصرف، فمنها: الجريرة وهي الزيادة في الأقل من المتقابلين زيادة من غير جنسه. ﴿واعلم﴾ أن الصرف ﴿لا تصححه الجريرة ونحوها﴾، وسيأتي ما هو نحو الجريرة ﴿لا﴾ أن تكون الجريرة أى الزيادة ﴿مساوية لمقابلها﴾

والمقابل للجريرة التي مع الأقل هي الزيادة التي في الأ أكثر فإذا تساوت قيمة الجريرة وقيمة الزيادة التي في الأ أكثر صح الصرف نحو أن تكون له حلية من الفضة وزنها ثمانية دراهم فيصرفها بعشرة دراهم ويجعل مع الحلية شيئاً آخر وهو يسمى جريرة فإن كانت قيمة هذه الجريرة تساوى درهين صح الصرف وإن كانت لا تساوى درهين لم يصح، ولكن إذا كانت الجريرة من غير الذهب والفضة فلا بد من لفظ البيع وإن كانت منهما فيصح بلفظ الصرف والبيع، أما إذا كانت الجريرة من كلا الطرفين فذلك جائز ويقابل كل جنس الجنس الآخر إلا إذا قصدت الحيلة بذلك فلا يصح ولا يجوز . ونحو الجريرة هو أن يشتري سلعة بالأقل من صاحب الأ أكثر ثم يبيعها منه بالأكثر فإن الحيلة بالسلمة لا تقتضى التصحيح حتى تكون قيمة السلمة مساوية لما يقابلها بحيث يرضى شرعاً كل بما أخذ عوضاً عن الآخر يعنى يرضيان التفريق على العقدين سماعاً نحو أن تكون قيمة السلمة قيمة الأقل لجودته وقيمة الأ أكثر لرداءته ، وأما الدراهم المشوشة فيجوز بيع بعضها ببيع وإن لم يعلم التساوى لأن ما في كل من النحاس أو نحوه يقابل ما في الآخر من الفضة فيجوز ولو كان جنساً واحداً ، وتكون من مسائل الاعتبار إذا كان للغش قيمة كما تقدم في الرويات ﴿ ولا يصح في متفق الجنس والتقدير قبل القبض ﴾ في الصرف وغيره ﴿ حط ولا إبراء ولا أى تصرف ﴾ سواء كان الإبراء من الكل أو من البعض وسواء قلنا انه إسقاط أو تعليق لأن ذلك يؤدي إلى المفاضلة إلا إذا كان الحط من الجانبين ، وحصل في المجلس صح سواء كان بلفظ الحط أم الإبراء أم التملك وأما إذا كان الحط بعد القبض فيصح ولو كان من أحدهما ما لم تقصد الحيلة، فإن قصدت فلا يصح ولا يجوز . هذا هو الصحيح من المذهب .

﴿ مسألة ﴾ إذا كان أحد البديلين أكثر من الآخر ، وقال صاحب الأ أكثر صرفت منك من هذه الدراهم أو الفضة ما يساوى ما مملك وأبجت لك الزائد صح

ولا يقول وهبت لك الزائد ولا تصدقت ، وهذا إذا لم تقصد الحيلة للتوصل إلى الربا فإن قصدت فلا يصح ولو قال أبحث .

﴿ ويصح ﴾ ولو قبل القبض ﴿ حط البعوض ﴾ لا السكل ﴿ في ﴾ الجنسين ﴿ المختلفين ﴾ إذا أتى بلفظ الحط أو الاسقاط لجواز التفاضل بينهما ، فإن أتى بلفظ الإبراء وجملناه إسقاطا صح وإن جملناه تمليكاً لم يصح لأنه تصرف في ثمن الصرف قبل القبض وهو ممتنع ، ولذا قال الإمام عليه السلام : ﴿ لا التصرف ﴾ يبيع أو نحوه فلا يصح قبل القبض كما لا يصح ذلك في المبيع ومال الصرف مبيع .

﴿ ولا يحل الربا ﴾ ولا يصح التعامل به بين صغيرين ولا ﴿ بين كل مكافئين ﴾ مسلمين كانا أم ذميين أم حربيين أم جريبياً ومسلماً أو ذمياً ﴿ في أي جهة ﴾ سواء كانا في دار الإسلام أم في دار الحرب . ﴿ ولا ﴾ يجوز أيضاً الربا ﴿ بين العبد وربّه ﴾ أي فيما بيننا وبين الله تعالى ولا بين السيد وعبد المأذون ، وهذا حيث كان على العبد دين مستغرق وإلا فالسكل ملك سيده . وقد أخذ بعضهم من قول الإمام « ولا بين العبد وربّه » أن الربا يدخل البيع ولو لم يكن بإيجاب وقبول ، وهو بيع المعاطاة مع أنه لا مأخذ لأن في المعاطاة لم يملك أحدهما ما دفع الآخر إليه بخلاف هنا فإن الدافع قد ملك القابض وهو الفقير فأشبهه البيع بدليل عدم الرجوع فيما أعطى ، وسيأتي بيان ذلك في القسمة .

باب السلم

﴿ ٢٣٦ ﴾

السَّلم لغة بفتح السين هو السَّلف وزنا ومعنى ، وهو في الاصطلاح عقد على موصوف في الدمة ببدل معجل مع شروط . وهو باب من أبواب البيع ولكنه مخالف للقياس إذ هو بيع معدوم ، ويسمى سلماً لتقديم تسليم رأس المال في المجلس ، ويسمى سلماً لتأخر قبض السلم فيه عن المجلس . وهو ينمقد بلفظ السلم والسلف كسلفتك ، وبألفاظ البيع العامة لا الخاصة بباب من أبوابه .

﴿و﴾ ﴿اعلم﴾ أن ﴿السلم لا يصح﴾ إلا في بعض الأموال دون بعض، فما لا يصح السلم فيه أن يسلم ﴿في عين﴾ موجودة في الملك ولو كانت غائبة عن المجلس، فلو قال أسلمت إليك هذه العشرة في هذا الثوب أو في الثوب الفلاني الذي تملكه أو نحو ذلك لم يصح لأنه يصير بيعا بلفظ السلم وذلك لا يصح كما سيأتي، وكذلك لا يصح السلم فيما يئنه بقوله ﴿أو ما يعظم تفاوته﴾ وذلك ﴿كالحيوان و﴾ كذا ﴿الجواهر والآلئ* والفصوص﴾ لأن ضبط هذه الأشياء لا يمكن، ولعدم إمكان ضبطها يصير السلم فيه مجهولا وجهالته تمنع من صحة السلم ﴿و﴾ كذلك ﴿الجلود﴾ لا يصح السلم فيها لاختلافها وكثرة التفاوت فيها.

﴿تنبيه﴾ أما ما لا يعظم تفاوته فيصح السلم فيه ومن ذلك الدراهم والدنانير والسبائك فيصح السلم في ذلك بشرط أن لا يكون الثمن من جنس المسلم فيه وأن لا يكون موزونا.

قال الإمام: ﴿و﴾ كذلك ﴿ما لا يقل﴾ كالدرهم والمقار لا يصح السلم في ذلك وكذا المنفعة كتمليم القرآن فلا يصح السلم في المنفعة ولا يصح جعلها رأس مال سلم ﴿و﴾ كذلك ﴿ما﴾ كان ﴿يحرم فيه النساء﴾ لا يصح فيه السلم لأن من لازم السلم النساء فلا يصح فيما يحرم فيه النساء ﴿فن أسلم جنسا في جنسه و﴾ في ﴿غير جنسه فسد في الكل﴾ إذا لم يتميز عما يصح فيه النساء كلوا أسلم ثوبا في ثوب من جنسه وصاع بر لم يصح، وأما لو أسلم ثوبا وصاعا برا في ثوب وصاع شعير فانه يصح لأنه يكون كل ثوب في مقابل الكيل الآخر.

﴿مسئلة﴾ قال في البيان: ويصح أن يسلم مكايلا في موزون أو غيره أو عكسه مع اختلافهما في الجنس لا حيث اتفقا في الجنس ولو اختلفا في الكيل والوزن ولا حيث اتفقا في الكيل والوزن ولو اختلفا في الجنس لأن ذلك ربا، إلا في النقيدين فيصح أن يسلم في سائر الموزونات غير الذهب والفضة لأنهما أثمان لكل شيء.

﴿و﴾ اعلم ﴿أنه﴾ يصح ﴿أن يسلم﴾ فيما عدا ذلك ﴿التقدم ذكره ولكن لا يصح عقد السلم إلا﴾ بشرط ﴿خمس﴾ :

﴿الأول﴾ ﴿ذكر قدر السلم فيه﴾ بالكيل والوزن فيقول كذا وكذا صاعاً أو كذا وكذا رطلاً . ﴿و﴾ لا بد أيضاً من ذكر ﴿جنسه﴾ فيقول كذا وكذا برأ أو شميراً أو تمرأ أو سمناً أو عسلاً أو بناً أو نحو ذلك ﴿و﴾ لا بد أيضاً من ذكر ﴿نوعه﴾ إذا كان له نوع فيقول كذا وكذا تمرأ أصيحانياً أو برأ بونيا أو سمناً بقر أو ضأن أو ماعز ونحو ذلك ، وما ليس له نوع فيكفي فيه ذكر ما عدا النوع . ﴿و﴾ لا بد أيضاً من ذكر ﴿الصفة﴾ ولكن لا يعتبر من الصفات إلا ما يكون مقصوداً بالمنفعة وتختلف به القيمة ، ويكفي عند تسليمه ما يقع عليه ذلك الاسم ﴿كرطب﴾ أى إذا أسلم فى تمر فلا بد أن تذكر صفته بأنه رطب أو يابس وفى العسل كونه من مرعى كذا وكذا لأن النحل قد يقع على أزهار أشجار فيكون دواء ، وعلى أخرى فيكون داء . ﴿و﴾ إذا أسلم فى سمناً مثلاً فلا بد من ذكر صفته مثل ﴿عتيق﴾ أو محدث إذا كان لذلك اعتبار ﴿و﴾ لا بد من ذكر ﴿مدته﴾ بأنه مما قد مضى عليه أسبوع أو شهر أو عام أو نحو ذلك إذا كان لتلك المدة اعتبار فى قيمته ﴿و﴾ إذا كان المسلم فيه زيتاً فلا بد أن يذكر أنه ﴿تشر زيت﴾ أى أنه زيت مقشر وكذا غير مقشر وكذلك العسل ونحوه .

﴿و﴾ إذا كان المسلم فيه لحماً فلا بد أن يقول ﴿لحم كذا﴾ أى لحم بقر أو ضأن ويذكر أنه من ذكر أو أنثى كبير أو فتى معلوف أو غير معلوف و ﴿من عضو كذا﴾ كأن يقول من الرقبة أو الرجل أو الأضلاع ، ويذكر أن ﴿سمنه كذا﴾ أى مقدار كذا وأما العظم فيدخل فى اللحم كما يدخل النوى فى الثمر لا اتصاله به ، وكذا يصح السلم فى اللحم السمك وفى السمك الميت ويتمتع فى بيانه ما يعتبر فى غيره إذا كان مقصوداً . ﴿و﴾ إذا كان المسلم فيه من ﴿ماله طول وعرض ورقة وغلظة بينت﴾ هذه

الأشياء ﴿مع ذكر الجنس﴾ فإذا كانت هذه الأشياء مقصودة أى يتعلق الفرض بها وباعتبارها تختلف القيمة فلا بد من بيانها وذلك كالخشب والثياب والبسط والآجر واللبن، وكذا النزل فلو شرط فيه أن يكون دقيقاً سلم منه ما يطلق عليه اسم الدقيق وهكذا في غيره من الأوصاف، فأما لو كان الطول وغيره من الأوصاف التى لا تقصد فلا يلزم ذكر ذلك كالطول في الطعام إذا لم يكن مصنوعاً ونحو ذلك .

﴿والضابط في ذلك﴾ أنه لا يعتبر من الصفات إلا ما يكون مقصوداً للمنفعة وتختلف به القيمة فيلزم ذكره ويكفى عند تسليمه ما يقع عليه ذلك الاسم ، وأما ما عدا ذلك فلا يلزم ذكره .

﴿واعلم﴾ أنه يلزم في السلم فيه أن يذكر مقدار كيل المثل المسكيل عند العقد كما تقدم ﴿ويوزن﴾ المراد ويذكر المقدار بالوزن في ﴿ماعدات المثل﴾ المسكيل ﴿ولو﴾ كاف ماعداء مما لا يوزن في العادة نحو أن يكون ﴿آجراً أو خشباً﴾ أو أحجاراً أو خشباً أو ثياباً أو بسطاً أو غير ذلك فلا بد من ذكر مقداره بالوزن غير أنه يجوز ترك الوزن عند التسليم إذا تراضيا، فإن تشاجرا وزن ، ولا يكفي ذكر الوزن بل لابد من ذكر الأوصاف المقصودة كما تقدم .

﴿و﴾ الشرط ﴿الثاني﴾ معرفة إمكانه للحلول ﴿أى يعرف أن المسلم إليه يتمكن من السلم فيه عند حلول الأجل ويكفى عند العقد أن يعلم أحدهما أو يظن من جهة العادة أن الشيء المسلم فيه يمكن تحصيله عند حصول الأجل المضروب وإذا لم يعرف ذلك عند العقد كأن يسلم آخر الشتاء في رطل عنب والأجل ثلاثة أيام لم يصح السلم . ﴿و﴾ لابد ﴿أن﴾ يشترط لصحة السلم فيه ﴿عدم﴾ وجوده في ملك المسلم إليه ﴿حال العقد﴾ ، هذا هو المختار للمذهب لا ما في الأزهار .

﴿فلو عيّن﴾ من المقادير أو من المسلم فيه ﴿ما يقدر تعذره﴾ عادة عند التسليم ﴿كنسج محلة أو مكيا لها﴾ أو ميزانها ﴿بطل﴾ العقد إذا ظن عند العقد تعذر ذلك

عند التسليم ، وعلى هذا فلا يصح أن يمين ذراع رجل معين ولا ميزانه ولا مكياله ولا نسيجه إذا لم يكن في الناحية مثله ولا ثمر شجرة معينة ولا فاكهة بستان معين ولا حنطة مزرعة معينة لجواز تمذر ذلك . أما إذا كان لمكيال المحلة أو لميزانها عيار موجود في الناحية فيصح أن يمين مكيال المحلة أو ميزانها ، وكذا لو كانت المحلة بلدة كبيرة بحيث لا يجوز جلاء أهلها عنها في العادة كصنماء اليمن وزبيد ونحوها فيصح . ﴿ فرع ﴾ وإذا شرط في المسلم فيه أن يكون من أجود ما يوجد أو من أردأ ما يوجد فإنه لا يصح لأن ذلك مجهول ، إذ ما من شيء إلا ويقال غيره خير منه أو دونه فإن قيد ذلك بأجود ما يوجد في البلد الفلاني صح إذا كان البلد صغيراً يمكن ضبط أجود ما يوجد فيه (١) .

، الشرط ﴿ الثالث ﴾ ﴿ كون الثمن مقبوضاً في المجلس ﴾ المراد أنه يلزم قبض الثمن قبل التفرق ولا تكفي التخلية ، بل لابد من القبض ﴿ تحقيقاً ﴾ فلو كان على المسلم إليه دين لم يصح أن يجعل رأس مال للمسلم إلا بعد أن يقبضه منه من له الدين ثم يعطيه أو يوكل المسلم إليه بقبضه له من نفسه قبل أن يتفرقا ولابد من النقل لأن اليد لا تكون قبضاً ، وكذلك لو كان عنده ودیعة ولو مضمونة لم يصح جعلها رأس مال للمسلم ولو كانت حاضرة إلا أن يقبضها المالك ثم يقبضها المسلم إليه قبل التفرق ولابد في قبضها من النقل لأن اليد لا تكون قبضاً .

﴿ فرع ﴾ فإذا كان على أحمد لصالح عشرة دراهم فأسلم إليه صالح عشرين درهما عشرة نقدها له وعشرة مافي ذمته لم يصح السلم إلا في العشرة التي نقدها .

﴿ مسألة ﴾ وتصح الإحالة بالثمن إذا سلم في المجلس بأن يحيل المسلم المسلم إليه على غريمه لا أن المسلم إليه يحيل غريماً على المسلم بقبض رأس المال إذ هو تصرف

(١) ولعله يصح لو قال من الجيّد ويسلم ما يطاق عليه اسم جيد أو طيب كما لو شرط في

انزول كونه رفيعاً سلم ما يطلق عليه اسم الرفيع اهـ

قبل القبض ، وهذا خاص في ثمن الصرف والسلام .

ولا بد أيضاً أن يكون الثمن ﴿ معلوماً ﴾ حال العقد ﴿ جملة أو تفصيلاً ﴾ والمراد بالجملة الجزاف ولو لم يفصل من بعد نحو أن يسلم عشرين درهماً في قفيز من البر وقفيز من الشعير فإنه يصح ولو لم يبين ثمن كل واحد منهما فلو عدم أحدهما قسم الثمن على قدر القيمة وما عدم رد حصته من الثمن وما وجد صح السلم فيه بحصته من الثمن .
﴿ ويصح ﴾ السلم ﴿ بكل مال ﴾ فيجمل رأس المال نقداً أو غير نقد مثلياً أو قيمياً حيواناً أو غيره منقولاً أو غير منقول كالثمن في المبيع وتثبت الشفعة فيه وبه بعد قبضه إلا أن النفعة لا تصح أن تكون رأس مال للسلم كما تقدم في أول الباب بخلاف الثمن في البيع فإنه يصح أن يكون منفعة .

﴿ و ﴾ الحكم ﴿ في انكشاف الردى ﴾ في رأس المال ردى عين أو ردى جنس ﴿ ما مر ﴾ في الصرف فإن أبدله قبل تفرقهما صح حيث كان نقداً أو مثلياً غير معين ولا قبول بالنقد فإن لم يكن كذلك كان مبيعاً والمبيع لا يصح إبداله ولكن تكون الرداء عيباً فيه فيرضى به أو يفسخ ولا يبطل بقدره ، وهذا في ردى العين . قال في البيان وهامشه : فأما ردى الجنس فيصح إن رضيه وإلا فإن رده في أول مجلس يتفقان فيه صح رده وإبداله وإن لم يرد في مجلس الرد فلهذا يلزم ولا خيار ولا بطلان كما مر في الصرف .

﴿ واعلم ﴾ أنه ثبت في السلم فيه خيار الرؤية والعيب ، وإذا رد بخيار العيب لم المسلم إليه إبداله غير معيب وإن رد بخيار الرؤية انفسخ السلم ولا يبدل لأنه يؤدي إلى التسلسل بخلاف الرد بالعيب .

﴿ الشرط الرابع ﴾ ﴿ الأجل المعلوم ﴾ فلا يصح معجلاً لأنه يكون بيماً بلفظ السلم ، وهو لا يجوز ولا يصح مؤجلاً بأجل مجهول ، وكذا لو قال إلى أجل كذا إن وجد فيه وإلا فإلى أجل كذا فلا يصح لعدم العلم في أي وقت سيُسَلَّم .

﴿فرع﴾ وما علق من الآجال كلها بوقت غير معلوم كالصيف والخريف والشتاء والصراب ومجيء القافلة ونحو ذلك كان السلم به باطلاً ويفسد البيع الذي شرط فيه .

﴿و﴾ الأجل ﴿أقله ثلاث﴾ بأيامها تحديداً من الوقت إلى الوقت فلا يصح الأقل أقل من ثلاث ، أما أكثر الأجل فلا حد له ﴿و﴾ من أسلم في شيء كان أجله إلى ﴿رأس ماهو فيه﴾ من أسبوع أو شهر أو سنة وجب أن يكون ﴿لآخره﴾ نحو أن يؤجله إلى رأس الشهر الذي قد دخل بمضيه فإنه يجب أن يكون لآخره ، وكذا في الأسبوع والسنة حيث كان الباقي من ذلك ثلاثة أيام فصاعداً ﴿والا﴾ يسلم إلى رأس الشهر الذي هو فيه بل إلى رأس الشهر المستقبل ﴿فلرؤية هلاله﴾ وهي الليلة الأولى التي يرى فيها هلال ذلك الشهر ، ولكن لا يتضيق الطلب إلا بعد طلوع الشمس في أول يوم منه ، وإذا أسلم إلى رأس السنة كان حلول الأجل في الليلة التي يرى فيها هلال أول شهر من السنة كما في الشهر سواء ، ﴿و﴾ إذا جعل الأجل إلى يوم كذا ولم يمين ساعة منه كان اليوم كله وقتاً لإيفاء السلم ﴿وله﴾ مهلة ﴿إلى آخر﴾ ذلك ﴿اليوم المطلق﴾ وكذلك الليلة المطلقة بخلاف لو قال إلى شهر كذا ، أو إلى سنة كذا لم يدخل الشهر والسنة في الأجل فيكون حلول الأجل عند أولهما كما تقدم وكان القياس أن يكونا مثل اليوم ، ولكن جرى العرف بخلاف ذلك .

﴿ويصح﴾ التمجيل للسلم فيه قبل حلول أجله ﴿كما مر﴾ في القرض على ذلك التفصيل وهو أن يكون مساوياً لما يلزم له قدرأ وصفة وأن لا يخشى عليه من ظالم وأن لا يكون له غرض بتأخيره إلى أجله ، ويصح التمجيل بشرط حط البعض كما مر في القرض .

﴿مسئلة﴾ وإذا سلم المسلم إليه بعض الذي عليه لم يجب على المسلم قبوله وسواء كان الباقي ممكنا تسليمه أو متمذراً فإن رضى يقبض البعض خيراً في الباقي بين الفسخ أو أن يصبر حتى يجد الباقي ، وإذا تراضيا على تسليم أدنى مما شرط في النوع أو في الصفة جاز ، ولا يجوز أن يتراضيا على دفع عوض عن نقصانه كما لا يجوز أن يتراضيا على دفع عوض عنه .

﴿الشرط الخامس﴾ ﴿تعيين المكان﴾ الذي فيه يسلم المسلم فيه وسواء كان مما لحله مؤنة أم لا فإذا عين التسليم إلى السوق وجب إيصاله إليه ، وإن عين إلى البلد فالتبع العرف . وعرفنا الآن لزوم إيصاله إلى بيته إذا عين البلد . فلو تراضيا عند التسليم على تسليمه في بلد غير البلد الذي شرط تسليمه فيه مع أجره من يحمله إلى البلد الذي شرط تسليمه فيه جاز أخذ الأجرة ولو أخذها المسلم إليه لنفسه هذا هو الصحيح .

﴿نعم﴾ فهذه - وإليها تجوز الربح والخسران - هي شرط السلم المعتبرة فيه « لكن » يحتاج فيها إلى تفصيل بأن^(١) يقال « ما هو من غير شروط البيع » الأصلي الذي ضرب له كتاب البيع كما مر « اعتبر حصوله ولو » تراخيا بعد العقد مدة كثيرة ﴿قبل التفرق﴾ أي قبل أن يتفرقا بعد العقد ولو في غير مجلسه مهما انتقلا معاً فلو لم يذكر الأجل حال العقد ثم ذكر قبل التفرق صح لأنه ليس من شروط البيع بل يختص بالسلم وهكذا سائر الشروط المختصة بالسلم كقبض الثمن وتعيين المكان وتجاوز الربح والخسران لا ما كان مختصاً بشروط البيع الأصلي كجهالة قدر المسلم فيه وجنسه ونوعه وصفته فإنه لا يصح السلم معها ولو رفعت

(١) كما في حاشية السعولي وفتح الغفار والتذكرة : في قبض الثمن وتعيين المكان وإن كان ظاهر شرح الأزهار والبيان الاطلاق اه .

الجهالة في المجلس بل لا بد من مقارنة ذكرها للمقد هذا هو الذى ينبغى أن يقرر للمذهب .

﴿ و ﴾ يشترط أيضا في صحة عقد السلم ﴿ تجوز الريح و ﴾ تجوز ﴿ الخسران ﴾ والمراد أن السلم إليه لا بد أن يكون مجوز الريح والخسران أو قاطعا بالريح ، والمسلم لا بد أن يكون مجوزا لهما أو قاطعا بالخسران ، فلو قاطعا معا بعدم اختلاف القيمة صح وكذا لو قاطعا بالريح للمسلم إليه جاز ذلك وصح لأنه يجوز بيع الشيء بأكثر من سعر يومه ممجلا .

﴿ وقال في البيان ﴾ ولا بد أن يكون رأس المال مما يمكن أن يكون ثمنا للمسلم فيه في بعض أحوال الأجل فإن كان رخيصا رخصا لا يباينه في بعض أوقاته لم يصح . ﴿ تنبيه ﴾ وما يصح فيه السلم من المال يصح عقد السلم عليه إذا حصلت شروط العقد التى تقدمت فإن نقص شيء منها كان العقد باطلا لأنه لم يصح سلما اعدم تكامل شروطه ولم يكن بيعا صحيحا ولا فاسدا لأن البيع لا يقع بلفظ السلم^(١) لذلك كان باطلا لأنه مما اختل فيه ذكر العقد . وإذا لم يصح السلم لم يملك المسلم إليه ما قبض من رأس المال ولا يجوز له التصرف فيه بل يجب رده إلى المسلم .

﴿ فصل ﴾

﴿ ٢٣٧ ﴾

﴿ ومتى بطل ﴾ السلم ﴿ ففسخ ﴾ بالتراضى^(٢) ﴿ أو عدم جنس ﴾ المسلم فيه مع المسلم إليه مطلقا ومع غيره في البريد فإن لها الفسخ لتعذر التسليم إلا أن يتراضيا على الانظار حتى يوجد وكذلك لو وجد مع إعسار المسلم إليه . قال في البيان :

(١) فلو وقع السلم بلفظ البيع وفقد بعض الشروط فلعله يكون بيعا فاسداً لأنه بيع معدوم وبيع المعدوم فاسد كما تقدم في البيع غير الصحيح اهـ .
(٢) أو الأقالة بينهما والأقالة هنا فسخ في حق الشفيع وغيره اهـ .

أما لو وجد في ملك غيره وكان يمكنه شراؤه لزم تحصيله بما لا يجحف ولو من المسلم شراء أو نحوه .

﴿ فرع ﴾ فلو عدم نوعه أو صفته ووجد غيره فإن كان النوع الموجود أعلا من النوع المشروط لم يجز للمسلم أخذه إلا أن يرضى المسلم إليه فيخبر المسلم بين قبوله أو الفسخ أو التأجير حتى يوجد ، وإن كان الموجود أعلى في الصفة من المشروط فالواجب على المسلم قبوله ولم يبق له خيار ما لم يكن خلاف غرضه فلا يجب قبوله وإن كان الموجود أدنى من النوع المشروط فلا يلزم تسليمه وقبوله إلا مع تراضيهما . وإن كان الموجود أدنى من المشروط في الصفة فلا يلزم المسلم قبوله بل يلزم المسلم إليه تسليمه إن طلب المسلم لأنه قد رضى بنقصان حقه . هذا ما تقتضيه القواعد وإن لم ينص إلا على بعض تلك الأمور ﴿ نعم ﴾ فتى بطل السلم بالفسخ لشيء مما تقدم ﴿ لم يؤخذ ﴾ من المسلم إليه ﴿ إلا رأس المال ﴾ إن كان باقياً في يده ﴿ أو ﴾ عوضه « إن كان « تالفا » ففي التلى = ﴿ مثله ﴾ إن وجد ﴿ أو قيمته يوم قبض إن ﴾ عدم التلى أو كان قيمياً سواء ﴿ تلف ﴾ رأس المال ولو حكماً أو خرج عن مسلك المسلم إليه بأى وجه .

﴿ أما فوائد رأس المال ﴾ فلا ترد إذا كان الفسخ بالتراضى وإن كان بالحكم ردت الأصلية دون الفرعية وإن كان الفسخ لبطلان رأس المال ردت الفرعية والأصلية سواء كان الفسخ بالحكم أم بالتراضى إذ هو نقض للمقد من أصله ﴿ ولا يبتع به ﴾ أى ولا يشتري المسلم برأس المال ﴿ قبل القبض شيئاً ﴾ إذا بطل السلم بالفسخ كما تقدم ولو كان رأس المال نقداً فإنه لا يبتاع به شيئاً لا من المسلم إليه ولا من غيره مهما لم يقبضه ﴿ لا ﴾ إذا بطل السلم ﴿ فساد ﴾ المراد لاختلال شرط من شروطه ﴿ فياً أخذ ﴾ المسلم ﴿ ما شاء ﴾ إما رأس المال أو بدله أو يشتري به شيئاً آخر ولو قبل قبضه .

﴿ومتى﴾ كان السلم باطلا لاختلال شرط ووجب رد الثمن وقد تلف و﴿توافيا فيه﴾ أى فى ثمنه ﴿مصرحين﴾ بلفظ القضاء بأن يقول المسلم إليه قضيتك عما أسلمت إلى ويقول المسلم قبلت ﴿صار﴾ ذلك ﴿بيما﴾ أى بمنزلة بعت واشتريت ونبس من السلم فى شيء لبطلانه ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يصرحا بالقضاء والقبول لم يكن بيما بل معاطاة لحصول التواطىء بينهما على أن الثمن هو رأس المال وإن لم يكن بيما ﴿جاز﴾ لكل واحد منهما ﴿الارتجاع﴾ لما سلم «فيرجع المسلم إليه بما دفع للمسلم ويرجع المسلم على المسلم إليه بقيمة رأس مال السلم أو مثله لأن الفروض أنه قد تلف رأس المال^(١)». وأما إذا كان رأس المال باقيا فيرد إليه رأس ماله ولا يحتاج إلى لفظ القضاء.

﴿و﴾ ﴿اعلم﴾ أنه ﴿لا يجدد﴾ السلم الباطل على وجه الصحة ﴿الابد التراجع﴾ الأولى «الإمع التراجع» فيسترد المسلم ما كان سلمه أو مثله أو قيمته إن كان قد تلف ثم يرجعه إليه ومتى حصل التراجع صح التجديد ولو وقع العقد فى المجلس قبل التراجع وهذا بخلاف الصرف فلا يجب التراجع لأنه فى ذمتين وما فى الذمة قد تمين كالحاضر.

﴿ويصح﴾ من المسلم ﴿إنتظار معدم الجنس﴾ المسلم فيه أو النوع أو الصفة إذا عدم ذلك فى البريد فله إنتظاره والمسلم إليه أن يرضى بالإنتظار أو يفسخ لتعذر التسليم وإذا رضى به لزم الإنتظار لأنه مستند إلى عقد فلا يجوز الطلب فى مدة الإنتظار. ﴿و﴾ يصح من المسلم والمسلم إليه ﴿الخط والإبراء﴾ والإسقاط عن صاحبه سواء كان من رأس المال أو من السلم فيه وسواء كان بمضى الحق الذى وجب أو كله فيصح ذلك ﴿قبل القبض غالباً وبمده﴾ أى بعد القبض لكن بلفظ التملك.

﴿وتفصيل ذلك﴾ أن كان بعد القبض صح فى البمض والكل من غير فرق بين

رأس المال والمسلم فيه إذا كان بلفظ التمليك أو النذر أو الهبة أو الصدقة لا بلفظ الإبراء ونحوه فلا يصح . وإن كان قبل القبض فإن كان من المسلم فيه صح في البعض والكل إذا كان بلفظ الإبراء والإسقاط أو الخط لا بلفظ التمليك فلا يصح . وإن كان من رأس المال صح في البعض بلفظ الإبراء ونحوه مهما كان الباقي من الممكن فيه أن يكون ثمنا للمسلم فيه في بعض أوقات الأجل وإلا فلا يصح ولا بد أيضا من بقاء تجوز الربح والخسران إذا وقع الخط حال العقد . فلو قطع المسلم بالربح لم يصح الخط ولزم رأس المال جميعه وهاتان صورتان قد احترز عنهما الإمام بقوله « غالباً » أما لو قطع المسلم بعد الخط بالربح بعد العقد فلا يضر . ﴿ ويصح ﴾ السلم ﴿ بلفظ البيع ﴾ فيقول المسلم بمت إليك هذا بكذا أو أسلمت إليك بكذا ﴿ كالصرف ﴾ حيث صح بلفظ البيع كما تقدم وكذا القضاء والصالح يصحان بلفظ البيع ولا يصح بأيهما ولا يصح أيهما بالآخره .

قال الإمام و ﴿ لا ﴾ يصح ﴿ هو ﴾ أى البيع ﴿ بأيهما ﴾ أى لا ينمقد البيع بلفظ السلم ولا بلفظ الصرف في غير بأيهما ﴿ ولا ﴾ ينمقد عقد ﴿ أيهما ﴾ بلفظ ﴿ الآخر ﴾ فلا الصرف ينمقد بلفظ السلم ولا السلم ينمقد بلفظ الصرف فلو أتى بأيهما في غير بابه كان العقد معاطاة .

﴿ ٢٣٨ ﴾ (فصل)

﴿ وإذا اختلف البيعان ﴾ في وقوع العقد وعدمه أو في البيع أو في الثمن أو في الخيار أو في الأجل أو في غير ذلك ﴿ فالقول ^(١) في العقد لمنكر وقوعه ﴾ نحو أن

(١) وأولى من ذلك عبارة الفتح وهي: « فالقول لمنكر خلاف الأصل » وهو من الظاهر معه « كما مر » في النكاح « و » كما « يأتي » إن شاء الله تعالى في الدعاوى بتحقيق ذلك اهـ .

يقول المشتري بمثل منى كذا وينكر البائع ، أو يقول البائع اشتريت منى بكذا وينكر الشراء فالقول قول المنكر مع يمينه . فلو أنكر المشتري وأقر البائع بالعقد وقبض الثمن فلا يمين على المشتري وكانت العين لبیت المال . ولو رجع المشتري إلى تصديقه فلو قال المشتري أن ما قبضه البائع هو قرض كان القول قوله . وإذا صارت العين لبیت المال وقام فيها شفع فله الشفعة ويكون الثمن لبیت المال فإن لم يقر البائع بقبض الثمن فلا بيع بعد التحالف وعدم البينة ، فإن أقر البائع بقبض البعض من الثمن فله أن يفسخ ويدفع ما أقر به لبیت المال وإن لم يفسخ فيجب أن تباع العين ويوفى ماله والبقية لبیت المال ويقبل قوله في الباقي من الثمن .

﴿ فرع ﴾ فلو أقر البائع بالإيجاب وأنكر قبول المشتري بأن قال أوجبت ولم يقبل ، وقال المشتري بل قبلت صدق المشتري مع يمينه . ﴿ و ﴾ القول لمنكر ﴿ فسخة ﴾ حيث تصادقا على وقوع العقد لكن ادعى أحدهما أنه وقع التفاوض بينهما بأى سبب من الخيارات . قاله وأنكر الآخر فالقول للمنكر لأن الأصل بقاء العقد .

﴿ و ﴾ إذا ادعى أحدهما فساد العقد بعد التصديق على وقوعه فالقول لمنكر ﴿ فساد ﴾ سواء أقر بالبيع ثم ادعى الفساد ، أم ادعى الفساد أولاً متصلاً أم منفصلاً . وهذا مبني على أنه وقع العقد في جهة قلما يتعاملون فيها بالعقود الفاسدة وإنما أكثر معاملاتهم بالعقود الصحيحة وكذا لو استوت معاملاتهم بالعقود الفاسدة والصحيحة أو التبس أيهما أكثر في معاملاتهم ، فأما لو كانت أكثر الماطاة بينهما واقعة على وجه الفساد فالقول قول من يدعي وقوعه فاسداً .

﴿ وتفصيل المسئلة ﴾ أن البيمين إما أن يختلفا في الصحة والفساد على وجه الإجمال أو على وجه التفصيل ، فإن اختلفا على وجه الإجمال فالقول لمدعى الصحة « ولكن (٣٣ - التاج المذهب - ن)

لا يخلو « إما أن يقيم البينة أحدهما أو كلاهما أو لا يئنة لواحد منهما » فإن بين أحدهما حكم له « وفائدة البينة ممن القول قوله سقوط اليمين الأصلية عليه حيث شهدت على التحقيق « وإن بينا معا » فإن أطلقنا أو أرختنا بوقتتين ، أو أطلقت إحداها وأرخت الأخرى « حل » ذلك « على عقدين » أحدهما صحيح والآخر فاسد وحكم بالصحة سواء تقدم الصحيح أم تأخر لأنه إن تقدم الصحيح فلا حكم للفاقد وإن تأخر كان تصحيحاً للفاقد فإن أضافنا إلى وقت واحد أو تصادق اليمين على أنه عقد واحد تكاذبت البيئتان وصارا كما لو لم بيننا فيثبت التحالف بينهما كما يأتي . « وإن لم يبين » واحد منهما فإن حلف مدعى الصحة أو حلفا مما حكم له بالصحة . وإن نكل أو رد اليمين وحلف صاحبه أو نكلا مما حكم عليه بالفساد . وهذا وأما إذا اختلف اليمينان في الصحة أو الفساد « على وجه التفصيل » « فالقول قول مدعى الصحة » مطلقاً إلا إذا فصل مدعى الفساد وجه الفساد بأنه لصفر وأضافا وقوع العقد إلى وقت محتمل الصفر والكبر فالقول قول من يدعى الصفر وإن لم يضيفا كذلك فالقول لمدعى الصحة وكذا لو ادعى الجنون فإن القول لمدعى الصحة إلا أن يكون الغالب عليه زوال العقل فالقول لمدعى الجنون لأن الظاهر معه .

« و » القول لمنكر وقوع « الخيار » في البيع « و » لمنكر ثبوت « الأجل » في الثمن لأن الأصل عدمهما ، أما في السلم لو ادعى تأجيل البيع كان القول قوله ما لم يدع أن الأجل دون ثلاث .

« فرع » وإذا جرى العرف في تأجيل ثمن البيع فإن القول قول من يدعى ذلك لأن الظاهر معه .

« و » إذا تصادقا على وقوع الخيار أو الأجل واختلفا في قدر المدة أو في انقضاءها فالقول قول منكر « أطول الدين » ومنكر « مضيا » إذ الأصل القلة وعدم الانقضاء « وإذا » ادعى رجل على رجل أنه باع منه جارية وادعى المشتري أنه تزوجها

منه و ﴿ قامت يئتنا بيع الأمة وتزويجها استعملتا ﴾ جميعا إن أمكن استعمالهما فيحكم بالبيع أو بالتزويج حيث يضيفان إلى وقتين أو يطلقان أو تطلق إحداها وتؤرخ الأخرى ويمكن استعمالهما^(١) وحيث أضافتا إلى وقت واحد ولم يمكن استعمالهما وتكاذبتا كان كالأولى بيننا. وقد بين الإمام الحكم عند عدم البيعة بقوله ﴿ فإن ﴾ لم تكن لأيهما بيعة و ﴿ حلقا ﴾ مما أى حلف مالسها أنه ما زوجها وحلف الزوج أنه ما شرها. ﴿ أو نحوه ﴾ بأن نكلا معا تهازت البيعتان أو النكولان و ﴿ ثبتت للمالك ﴾ ولا مهر ولا نكح إلا أن يكون قد دخل بها لزم المهر .

﴿ لا ﴾ إذا قامت ﴿ بيتنا المتق والشراء ﴾ فإنه لا يصح أن تستعمل البيعتان معا كما في المسئلة الأولى . بل يقال إذا ادعى رجل أنه اشترى أمة من مالسها وأقام ، البيعة وادعت الأمة أن مالسها اعتقها وأقامت البيعة ﴿ فا ﴾ ن ا ﴿ لمتق ﴾ يحكم به إذا وقع التداعي ﴿ قبل القبض ﴾ من المشتري للأمة ﴿ و ﴾ يحكم بينة ﴿ الفراء ﴾ إذا وقع التداعي ﴿ بعده ﴾ أى بعد القبض وهذا التفصيل ثابت في البيعتين ﴿ إن أطلقنا ﴾ وقوع ذلك ولم تؤرخه فإن أرختا عمل بالتقدمة فإن أرخت إحداها عمل بالموخة . فإن لم تكن لأيهما بيعة حكم لمن أقر له البائع وحلف للآخر ، فإن حلف لها معا بقيت الأمة له وإن نكل أو أقر لها معا حكم بإقراره المتقدم وبكوله المتقدم من عتق أو بيع . فإن قال فعلتهما معا رجح المتق وبسدت بنصف قيمتها للبائع لا للمشتري ويسلم السيد للمشتري جميع الثمن لأنهما كالتالف قبل القبض .

﴿ و ﴾ إذا اختلف البيعتان ﴿ فى ﴾ قبض ﴿ المبيع ﴾ فادعى البائع أن المشتري قد قبضه وأنكره المشتري أو ادعى المشتري القبض وأنكره البائع فالقول ﴿ لمنكر قبضه ﴾ ومثل القبض التخلية في المقد الصحيح إذ الأصل عدم التخلية وعدم القبض

(١) وتفصيل ذلك سبأني في كتاب الشهادات في فصل ٣٧٣ فلا حاجة لذكره هنا فراجع

إلا في متفق الجنس والتقدير برأ بغير وفي الصرف فحيث ادعى القبض في أيهما أنه وقع قبل التفرق فالقول قول مدعى القبض والبيئة على المنكر لأنه مدعى الفساد .

﴿ و ﴾ القول لمنكر ﴿ تسليمه كاملاً ﴾ فلو قال المشتري ما قبضت إلا بمض المبيع والبائع يدعى أنه سلمه كاملاً فالقول للمشتري بخلاف ما لو قال قبضته ناقصاً فقد أقر بالقبض أو لا فلا يسمع قوله بأنه ناقص، وهذا حيث كان عارفاً لحكم هذا النطق والقول لمن أنكر تسليمه كاملاً كما تقدم ﴿ أو ﴾ أنكر أن تسليم المبيع وقع ﴿ مع زيادة ﴾ أى أنكر الزيادة أو الغلط فلو قال للمشتري ما قبضت إلا قدر المبيع أو أكثر أو المبيع لا غيره وادعى البائع أنه سلم أكثر من المبيع أو غير المبيع غلطاً فالقول للمشتري وكذلك في الثمن إذا ادعى البائع أنه قبضه ناقصاً أو ادعى المشتري أنه سلمه زائداً فإن القول لمنكر ذلك والبيئة على المدعى .

﴿ و ﴾ إذا ادعى المشتري عيباً في المبيع فأنكر البائع ﴿ تعييبه ﴾ فالقول للمنكر والبيئة على المشتري وكذا لو علم بالعيب ولم يعلم بأنه عيب لعدم معرفته فإنها تسمع بيئته على دعواه ^(١) . وكذا لو ادعى البائع تعيب الثمن فأنكر المشتري فالقول للمنكر والبيئة على المدعى . وإذا قبض الثمن معيباً فله أن يحلف ما قبض ثمن سلغته إذ العقد يقتضى ثمننا صحيحاً وهي حيلة يدفع بها إنكار المشتري تعيب الثمن .

﴿ فرع ﴾ وإذا أراد المشتري أن يرد المبيع بأى الخيارات فادعى البائع أنه قد تعيب عند المشتري ليعتنع عن الرد بالخيار فأنكر المشتري فالقول للمنكر والبيئة على البائع .

(١) « قلت » وفي هذا نظر فالبيئة ستكون على نقي ولا يمكن أن تكون البيئة على عدم المعرفة لأن ذلك لا يعرف إلا من جهته، وإذا كان الشيء لا يعرف إلا من جهة المدعى فالقول قوله مع عيبه، وإذا كان القول قوله فالعلم لا يكون إلا حيث الظاهر معه كأن يكون العيب مما لا يعرفه إلا ذوو الخبرة كالسن في الحيوان لو رآه وإلا فلا . فليتأمل اهـ .

﴿و﴾ إذا اختلف البيعان في نفس العيب مع اتفاقهما على وجوده كتطارات دهن في ثوب ونحو ذلك فقال المشتري هذا عيب تنقص به القيمة وأنكر البائع ﴿أن﴾ ذا عيب ﴿تنقص به القيمة فالقول للمنكر والبينة على المشتري فلو أقر البائع بأنه عيب ﴿و﴾ أنكر كونه ﴿من قبل القبض﴾ وادعى المشتري أن العيب كان موجوداً عند البائع فالبينة على المشتري والقول للمنكر ﴿فيما يحتمل﴾ أنه حدث قبل القبض ويحتمل أنه حدث بعده . وإذا كان القول قول البائع ولزمته اليمين عند عدم البينة للمشتري فحيث لا يعلم أن العيب حدث عنده له أن يحلف على القطع استناداً إلى الظاهر .

﴿فرع﴾ فإن كان مما يعلم أنه حدث قبل البيع لا محالة نحو اصبع زائدة أو نقصان خلقة وكذا إذا كان مثله لا يحدث في المدة القريبة نحو الداء المتيق فلا بينة ولا يمين ويجب رده على البائع إذا جهله المشتري . وأما إذا كان العيب مما يعلم أنه حادث عند المشتري لا محالة كالجراحة الطرية ونحوها فهو لازم للمشتري ولا بينة ولا يمين .

﴿مسئلة﴾ وإذا مات المبيع عقيب قبض المشتري له فادعى أن موته بسبب كان حاصلًا فيه قبل قبضه وأنكر البائع فالبينة على المشتري لأن الأصل سلامة المبيع من العيب ولو كان الموت في الأغلب لا يكون إلا بعد علة طويلة فلا يمنع من ذلك وإذا بين المشتري ثبت له الرجوع بالأرض فقط ^(١) .

﴿و﴾ إذا تصادق البيعان على أن العيب من عند البائع لكن ادعى البائع على المشتري أنه قد رضى به أو ادعى عليه ما يجري مجرى الرضى كأن يدعى قبضه عاله بالمعيب وأنكر المشتري ذلك فالقول لمنكر ﴿الرضا به﴾ ولمنكر ما يجري مجرى:

(١) فلو بين على عيب لا قيمة للمبيع معه فله يرجع بكل الدين كما تقدم في ج:

الرضا والهيئة على المدعى . ﴿ قيل ﴾ والقائل هو ابن أبي الفوارس ﴿ و ﴾ القول لمنكر ﴿ أكثر القدرين ﴾ فإذا ادعى المشتري أن المبيع أكثر مما أقر به البائع فالقول للبائع وهذا القول صحيح للمذهب سواء ادعى ذلك قبل القبض أم بعده .

﴿ مسألة ﴾ وإذا قال المشتري اشترت الأمة والعبد بألف وقال البائع بل العبد بألف ، فالقول لمنكر أكثر القدرين وهو البائع والبينة على مدعى الزيادة وهو المشتري ، فلو بينا معاً حكم للمشتري لأن بينته تستند على إثبات وهي الزيادة في المبيع وبينة البائع على نفي ، وهذا إذا اتفقا في الثمن لا مع اختلافهما فكل واحد مدع ومدعى عليه .

﴿ ولبائع لم يقبض الثمن ﴾ القول ﴿ في نفي إقباضه ﴾ أى في نفي إقباض المبيع بإذن منه فلو قال البائع إن قبض المشتري للمبيع كان بلا إذن مني فالقول للبائع في نفي الإذن بالقبض إذا لم يكن قد قبض الثمن ، والبينة على المشتري ، أما لو كان البائع قد قبض الثمن أو أحال به أو أحيل له فلا فائدة لذلك لأنه إذا كان البيع صحيحاً والمبيع غير مشترك كانت للمشتري حينئذ أن يأخذ المبيع من البائع ولو كرهما . ﴿ و ﴾ إذا بطل السلم أو تفاسخ فيه وكان رأس المال قد تلف في يد المسلم إليه وهو قيمي واختلفا في قدر قيمته فالبينة على المسلم والقول ﴿ للمسلم إليه في قيمة رأس المال ﴾ إذا اختلفا فيه ﴿ بمد التلف ﴾ حساً أو بمد التلف حكماً إذا بطل السلم بالتفاسخ فإن القول قوله مهما لم يمكن تقويمه في يد من قد صار إليه . وهذا لا يختص السلم إليه بل وكل فسح فإن القول فيه للراد وهو البائع في قدر الثمن ونوعه وصفته وقيمه لو تلف .

﴿ مسألة ﴾ فلو قال رب السلم ما أدري ماذا كان يساوي عرضي ، وقال المسلم ما أدري ماذا كان يساوي لزم أن يوصف لمن يعرف ثمن مثله ثم يقوم بقيمته على الوصف ثم يحكم بذلك بينهما ولا ينظر إلى قيمة ما أسلم فيه . أما إذا بطل السلم وكان رأس المال باقياً فإنه يلزم أن يردده بمينه ولو كان بطلانه بالتفاسخ ، فلو كان باقياً وقد خرج عن يده وجب عليه أن يستغديه بما لا يجحف إذا كان بطلان السلم لاختلال شرط

فإن كان غير ذلك لم يجب عليه إلا قيمته يوم القبض .

﴿ فأمّا ﴾ إذا اختلف البيعان أو المسلم أو المسلم إليه ﴿ في جنس المبيع ﴾ نحو أن يقول المشتري اشتريت منك برّاً ، فيقول البائع بل شعيراً أو أسلمت إليك في بر فيقول بل في شعير ولا يئنة لأحدهما أو كان لهما يئنتان فإنه سيأتى بيان ذلك .
 ﴿ و ﴾ كذا إذا اختلفا في ﴿ عينه ﴾ أى في عين المبيع ، نحو أن يقول اشتريت منك هذا الثوب ، فيقول بل هذا ^(١) ، ﴿ و ﴾ كذا في ﴿ نوعه ﴾ نحو أن يقول اشتريت منك زيبباً أبيض ، فيقول بل أسود ، أو أسلمت إليك في زيبب أبيض ، فيقول بل أسود ، ﴿ و ﴾ كذا في ﴿ صفته ﴾ نحو أن يقول اشتريت منك برّاً أحمر ، فيقول بل أبيض ، أو أسلمت إليك في بر أحمر فيقول بل في أبيض . ﴿ و ﴾ كذا في ﴿ مكانه ﴾ نحو أن يقول أسلمت إليك وشرطت الإيفاء في البلد الفلاني ، فيقول بل في البلد الفلاني فإذا لم يكن المشتري قد قبض المبيع فاختلفا في أى هذه الأمور ﴿ ولا يئنة ﴾ لأحدهما أو نحوها كنفكول أحدهما أو علم الحاكم كان كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه ﴿ فيتحالفان ﴾ ويحلف كل واحد منهما على النفي أنه ماشرى كذا أو ماباع كذا ﴿ و ﴾ بعد التحالف ﴿ يبطل ﴾ العقد بالتراضى بينهما على فسخه ، أو يفسخه الحاكم عند التشاجر . فأمّا إذا كان المشتري قد قبض المبيع فالظاهر معه لأن البائع يدعى الغلط فيما سلم وقد تقدم ^(٢) أن عليه البيئنة في دعوى الغلط أو الزيادة فكذا في الجنس . وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من الزيادة في الصفة فإنه يجب على المشتري قبولها للتسامح في ذلك ، وهذا ما لم تخالف غرضه .

قال الإمام عليه السلام ﴿ فإن ﴾ اختلفا في شيء مما تقدم : ﴿ بيننا ﴾ معاً أى بين كل واحد على دعواه ﴿ فللمشتري ﴾ الحكم عملاً ببيئته وهذا ﴿ إن أمكن ﴾ أن

(١) وأما المسلم فيه فلا يصح تعيينه اهـ .

(٢) قريبا في قوله ولنذكر تسليمه كاملاً أو مع زيادة اهـ .

يحتمل أنه وقع بينهما ﴿عقدان﴾ بين كل منهما على عقد^(١) ويمكن الحل على هذا إذا لم يضيفا شهادتهما إلى وقت واحد ولم يتصادق البيعان على أنه عقد واحد ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يمكن حمل البيئتين على عقدين إما لكونهما أضافتا إلى وقت واحد أو لكون البيعين تصادقا على أنه عقد واحد بطلت البيئتان فيرجع إلى التحالف فإذا حلفا ممّا ﴿بطل﴾ العقد لجهالة المبيع ﴿و﴾ أما إذا اختلف البيعان ﴿في﴾ جنس ﴿التمن﴾ الذي عقد به فالقول ﴿لمدعى ما يتعامل﴾ الناس ﴿به﴾ في ﴿ذلك﴾ البلد ﴿ولو كان من غير التقدين وسواء كان المبيع باقياً في يد البائع أم في يد المشتري، وكذا لو تلف في يد المشتري أو في يد البائع بعد أن قبضه المشتري ورده إليه أمانة أو نحوها . فلو كان في البلد تقدان فالقول لمدعى الأغلب من التقدين في التعامل به فإن استويا في التعامل بهما أو التبس الأغلب فكما سيأتى في الاختلاف في جنس الثمن ﴿ثم﴾ إنهما إذا اختلفا في قبض الثمن كان القول ﴿للبائع﴾ في نفي قبضه مطلقاً^(٢) سواء اختلفا في المجلس أم بعده وسواء كان المبيع في يد البائع أم في يد المشتري وسواء جرى عرف بأن البائع لا يسلم المبيع إلا بعد تسليم الثمن أم لا وسواء وجدت قرينة أخرى أم لا فإن القول للبائع لأن الثمن لازم بيقين والأصل بقاؤه والبيئنة على المشتري في تسليمه .

﴿إلا﴾ إذا اختلف البيعان ﴿في﴾ ثمن ﴿السلم﴾ ففي المجلس فقط ﴿القول قول البائع وهو المسلم إليه في أنه لم يقبض الثمن لأن الأصل قبل التفرق عدم القبض وبعد التفرق يكون القول قول المسلم والبيئنة على البائع لأن من شرط السلم القبض للثمن قبل التفرق فإذا ادعى البائع عدم القبض له فقد ادعى فسادَه والقول لمنكر فسادَه ، وكذا كل ما يحتاج إلى قبض قبل التفرق كالصرف والربويات . ﴿و﴾ القول للبائع ﴿في قدره﴾ أى في قدر الثمن ، وكذا في عينه ويكون القول قوله مهما لم يدع

(١) وكان القياس أن يلزم كل واحد منهما ما بين عليه الآخر ولكن ظاهر الأزهار خلافه وهو المذهب اهـ . (٢) توجد ههنا مذاهب مخالفة للاطلاق ولعل الاطلاق هو الأصح اهـ .

خلاف الظاهر فإن ادعى خلاف الظاهر كأن يدعى مافيه غبن ظاهر على المشتري زائد على ما يتغابن الناس بمثله نحو أن يقول في دعواه بعت منك هذا الثوب بمشرين درهماً وهو لا يساوى إلا خمسة دراهم فحينئذ القول قول المشتري . ﴿و﴾ القول أيضاً للبائع في ﴿جنسه﴾ أى جنس الثمن حيث اختلفا في تقدير غير متعامل بهما في البلد أو كان التعامل بهما في البلد على السواء وإلا فالقول لمدعى ما يتعامل به في البلد أو مدعى الأغلب كما تقدم قريباً .

﴿و﴾ القول للبائع في ﴿نوعه﴾ أى نوع الثمن ﴿وصفته﴾ وقدره وجنسه كما تقدم ذلك لكن ﴿قبل تسليم المبيع﴾ له الحق في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن اللازم له ﴿لا﴾ لو اختلفا في قدر الثمن أو صفته أو نوعه أو جنسه ^(١) ﴿بعده﴾ أى بعد تسليم المبيع ﴿فلا لمشتري﴾ أى فالقول للمشتري في ذلك سواء كان المبيع باقياً في يد المشتري أم خرج من يده أم تلف فإن القول قوله مهما لم يدع مافيه غبن على البائع زائد على ما يتغابن الناس بمثله فإن ادعى مافيه ذلك كان القول قول البائع ﴿فرع﴾ فلو كان البائع قد سلم بعض المبيع ثم اختلفا في قدر الثمن أو نحوه كان القول للبائع إذا كان الثمن جملة ، وإن تميزت الأثمان فالقول قوله فيما لم يسلمه والقول قول المشتري فيما قد قبضه . والله أعلم .

تم بحمد الله تعالى طبع الجزء الثاني من كتاب : (التاج المذهب

لأحكام المذهب) شرح متن الأزهار في فقه

الآئمة الأطهار ، تأليف : القاضي العلامة

أحمد بن قاسم الصنعاني . و يليه

الجزء الثالث وأوله :

كتاب الشفعة

(١) وأجل هذا إذا كان الاختلاف في غير تقدير البلد أو في تقدير البلد والمتعامل بهما على

سواء ، وإلا فالقول لمدعى ما يتعامل به في البلد كما تقدم قريباً اهـ .

صواب ما جاء خطأ في الجزء الثاني من التاج المذهب

| صواب | ص | ص | صواب | ص | ص |
|-------------|----|-----|----------|----|-----|
| الظهار | ١ | ٢٤٥ | الشماعى | ١٩ | ١٤ |
| فقوبة | ١٠ | ٢٥١ | القضاء | ١٢ | ٢٥ |
| لأجل | ٩ | ٢٦١ | لفلان | ٣ | ٢٨ |
| زيت ١٧ و ١٨ | | ٢٦٢ | إلا ربما | ٢١ | ٤١ |
| ويرتفع | ٢١ | ٢٦٤ | رضيت | ١٣ | ٥٣ |
| التياب | ١٣ | ٢٧٤ | تزوج | ٨ | ٧٧ |
| التطريز | ٤ | ٢٧٥ | فاذا | ١٨ | ٧٧ |
| يجمعا | ١٧ | ٢٨٠ | كفائات | ١٨ | ١٢٣ |
| قالفداء | ١ | ٢٨٢ | من | ٩ | ١٢٦ |
| النشوز | ١٧ | ٢٨٣ | نحو | ٩ | ١٣٠ |
| يجب | ١٥ | ٢٩٥ | شئت | ١٨ | ١٣٢ |
| بظنها | ٢١ | ٣٠٤ | باللفظين | ٢ | ١٣٩ |
| الثربة | ١٨ | ٣٨٠ | الفرائض | ٤ | ١٥٦ |
| جيمعا | ١٣ | ٤٠٢ | بمقد | ٣ | ١٨٤ |
| يستحق | ٣ | ٤٢٥ | فكالنصب | ١٠ | ١٩٤ |
| الجارج | ٧ | ٤٣٢ | أى رجل | ٧ | ٢١٠ |
| قبل | ١ | ٤٤٥ | الكسوة | ٩ | ٢١٧ |
| | | | البائن | ٥ | ٢٣٦ |

فهرس الجزء الثانى من التاج المذهب

| الموضوع | ص |
|--------------------------------------|----|
| كتاب النكاح (١٣٩) | ٣ |
| فصل : يجب على من يمسى الخ | |
| » : ويحرم على المرأة أصوله (١٤٠) | ٧ |
| » : ووليّه الأقرب فالأقرب (١٤١) | ١٧ |
| » : وشروطه أربعة (١٤٢) | ٢٢ |
| » : ويصح موقوفاً (١٤٣) | ٣٦ |
| » : ومتى اتفق عقد وليين (١٤٤) | ٣٨ |
| » : والمهر لازم للعقد لا شرط (١٤٥) | ٤٠ |
| » : ومن سمي مهرأ (١٤٦) | ٤٤ |
| » : وتستحق كل ما ذكر فى العقد (١٤٧) | ٤٩ |
| » : ولها الامتناع (١٤٨) | ٥٦ |
| » : ولا شيء فى إفضاء الزوجة (١٤٩) | ٦٠ |
| » : ويترادان على التراخى (١٥٠) | ٦٣ |
| » : والكفاءة فى الدين (١٥١) | ٦٧ |
| » : وباطله ما لم يصح إجماعاً (١٥٢) | ٦٩ |
| » : وما عليها إلا تمكين الوطاء (١٥٣) | ٧٢ |
| » : ويرتفع النكاح (١٥٤) | ٨٠ |
| » : ويصح نكاح العبد (١٥٥) | ٨٣ |
| » : وفى الأمة بمقد المالك (١٥٦) | ٨٥ |

| الموضوع | ص |
|--|-----|
| (١٥٧) فصل : المالك فيها كل تصرف | ٨٧ |
| (١٥٨) » : ومن وطئ أمته | ٨٩ |
| الإختلاف | ٩٣ |
| (١٥٩) باب : وعلى واهب الأمة | ١٠١ |
| (١٦٠) فصل : ومن وطئ أمة أيما | ١٠٤ |
| (١٦١) » : وتستهلك أمة الابن | ١٠٧ |
| (١٦٢) » : ولا توطأ بالملك | ١٠٨ |
| (١٦٣) باب الفراش | ١١١ |
| (١٦٤) فصل : وما ولد قبل ارتفاعه | ١١٢ |
| (١٦٥) » : وإنما يقر الكفار | ١١٥ |
| (١٦٦) كتاب الطلاق | ١١٨ |
| وسنّيه واحدة فقط | ١٢٤ |
| وبدعيه ماخالفه | ١٢٦ |
| ورجعيه ما كان بحد وطء | ١٢٨ |
| وبائنه ماخالفه | ١٢٩ |
| (١٦٧) فصل : ويصح التعليق بالنكاح والطلاق | ١٣٥ |
| (١٦٨) » : وما علق بمضى حين | ١٤١ |
| (١٦٩) » : ولا يجوز التحليف به | ١٥٨ |
| (١٧٠) » : ويصح توليته | ١٦٤ |
| (١٧١) باب الخلع | ١٧٣ |
| (١٧٢) فصل : ولا يحل منها الخ | ١٨٣ |
| (١٧٣) » : ويلزم بالتفريق مهر المثل | ١٨٧ |

| الموضوع | ص |
|-----------------------------------|-----|
| (١٧٤) فصل : وهو طلاق بائن | ١٩٣ |
| (١٧٥) » : والطلاق لا يتوقت | ١٩٨ |
| (١٧٦) باب المدة | ٢٠٨ |
| (١٧٧) فصل : وفى عدة الرجمى الرجمة | ٢١٦ |
| (١٧٨) » : وهى من حين العلم | ٢٢٣ |
| (١٧٩) » : ولا عدة فيها عدا ذلك | ٢٢٩ |
| (١٨٠) » : ولما لك الطلاق فقط | ٢٣٢ |
| (١٨١) » : والقول لمتكر البائن | ٢٣٥ |
| (١٨٢) باب الظهار | ٢٤٣ |
| فصل : ضريحه قول مكاف الخ | ٢٤٣ |
| (١٨٣) » : ويحرم به الوطء | ٢٤٨ |
| (١٨٤) باب الإيلاء | ٢٥٣ |
| فصل : من حلف مكافا | |
| (١٨٥) باب اللعان | ٢٥٩ |
| فصل : يوجب رمى مكاف الخ | ٢٦٠ |
| (١٨٦) » : ويطلبه الزوج للنفى الخ | ٢٦٣ |
| (١٨٧) باب الحضانة | ٢٦٧ |
| (١٨٨) فصل : وللام الامتناع | ٢٧١ |
| الكفالة | |
| (١٨٩) فصل : ومتى استغنى بنفسه | ٢٧٤ |

| الموضوع | ص |
|---|-----|
| (١٩٠) باب النفقات | ٢٧٦ |
| فصل : على الزوج كيف كان | |
| (١٩١) فصل : ونفقة الولد الخ | ٢٨٨ |
| (١٩٢) باب : الرضاع | ٢٩٨ |
| فصل : ومن وصل جوفه الخ | ٢٩٩ |
| (١٩٣) فصل : وإنما يثبت حكمه بإقراره | ٣٠٣ |
| (١٩٤) كتاب البيع | ٣٠٦ |
| فصل : وشروطه | ٣٠٧ |
| (١٩٥) » : يصحان من الأعمى | ٣١٥ |
| (١٩٦) » : ويلحق بالمقد الزيادة والنقص | ٣١٨ |
| (١٩٧) » : والمبيع يتمين الخ | ٣٢٠ |
| (١٩٨) » : ويجوز معاملة الظالم | ٣٢٤ |
| (١٩٩) » : ولا يجوز بيع الحر | ٣٤٠ |
| (٢٠٠) » : ولا يصح في ملك لا قيمة له | ٣٤٢ |
| (٢٠١) » : وعقد كفى الولاية الخ | ٣٤٨ |
| (٢٠٢) » : في كيفية تسليم المبيع | ٣٥٤ |
| باب الشروط المقارنة للمقد | |
| (٢٠٣) فصل : يفسده صريحها | ٣٦٥ |
| (٢٠٤) فصل : ويصح منها ما لم يقتض الجاهالة | ٣٧٢ |
| (٢٠٥) باب الربويات | ٣٧٦ |
| فصل : إذا اختلف المالان | |

| الموضوع | ص |
|--------------------------------------|-----|
| (٢٠٦) فصل : ويحرم بيع الرطب | ٣٨٣ |
| (٢٠٧) باب الخيارات | ٣٩٠ |
| (٢٠٨) فصل : في خيار الرؤية | ٣٩٦ |
| (٢٠٩) » : في خيار الشرط | ٤٠٤ |
| (٢١٠) » : وإذا انفرد به المشتري | ٤٠٩ |
| (٢١١) » : في خيار الميب | ٤١٢ |
| (٢١٢) » : لا رد ولا أرض | ٤١٤ |
| (٢١٣) » : ويستحق الأرض الخ | ٤١٨ |
| (٢١٤) » : وفسخه على التراخي | ٤٢٨ |
| (٢١٥) » : وإذا اختلف المشتريان | ٤٣٣ |
| باب ما يدخل في المبيع | |
| (٢١٦) فصل : يدخل في المبيع ونحوه الخ | ٤٣٥ |
| (٢١٧) » : وإذا تلف المبيع | ٤٤٢ |
| بيان استحقاق المبيع | ٤٤٥ |
| (٢١٨) فصل : ومن اشترى مشاراً إليه | ٤٤٨ |
| (٢١٩) باب البيع غير الصحيح | ٤٥٣ |
| فصل : وباطله ما اختلف فيه الماقد | |
| فاسد البيع | ٤٥٦ |
| (٢٢٠) فصل : والفوائد الفرعية الخ | ٤٥٩ |
| (٢٢١) باب المأذون | ٤٦٣ |
| (٢٢٢) فصل : وللمأذون كل تصرف الخ | ٤٦٣ |

| الموضوع | ص |
|--|-----|
| فصل : ويرتفع الاذن بأحد أمور ستة (٢٢٣) | ٤٦٦ |
| باب المراجعة (٢٢٤) | ٤٦٨ |
| فصل : ويبين وجوباً تمييزه (٢٢٥) | ٤٧١ |
| فصل : والتولية كالمراجعة (٢٢٦) | ٤٧٤ |
| باب الإقالة (٢٢٧) | ٤٧٦ |
| باب القرض (٢٢٨) | ٤٨٣ |
| فصل : إلتا يملك بالقبض (٢٢٩) | ٤٨٥ |
| » : وليس لمن يتعذر استيفاء حقه الخ (٢٣٠) | ٤٨٨ |
| » : ويجب رد القرض والرهن (٢٣١) | ٤٩٠ |
| » : ويتضييق رد الفصب ونحوه (٢٣٢) | ٤٩٢ |
| باب الصرف (٢٣٣) | ٤٩٥ |
| فصل : ومتى انكشف الخ (٢٣٤) | ٤٩٧ |
| فصل : لا تصححه الجريرة (٢٣٥) | ٤٩٩ |
| باب السلم (٢٣٦) | ٥٠١ |
| فصل : ومتى بطل لفسخ الخ (٢٣٧) | ٥٠٩ |
| فصل : وإذا اختلف البيمان الخ (٢٣٨) | ٥١٢ |