

دروس تمهيدية
في الفقه الاستدلالي
العقود والإيقاعات

دروس تمهيدية في

الفقه الاستدلالي

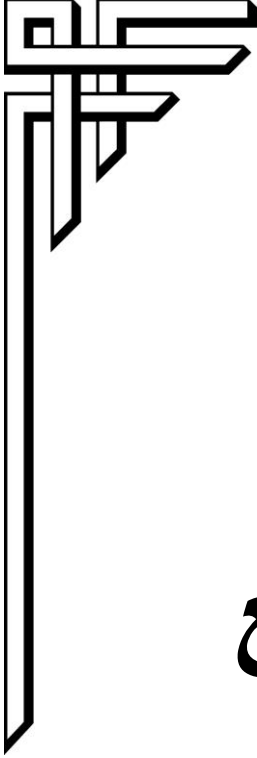
على المذهب الجعفري

الجزء الثاني
العقود والإيقاعات

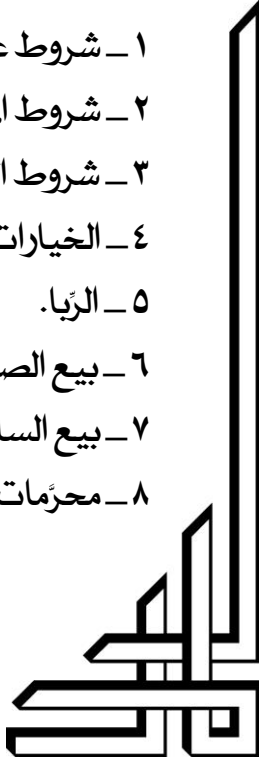
بقلم
باقر الايرواني

العقود

- ١- البيع..... ٢- الإجارة.
- ٣- المزارعة..... ٤- المساقاة.
- ٥- الشركة..... ٦- الضمان.
- ٧- الحوالة والكفالة..... ٨- الصلح.
- ٩- الوكالة..... ١٠- المضاربة.
- ١١- القرض..... ١٢- الرهن.
- ١٣- الهبة..... ١٤- الوديعة.
- ١٥- العارية..... ١٦- السبق والرماية.
- ١٧- النكاح



كتاب البيع

- ١ - شروط عقد البيع.
 - ٢ - شروط المتعاقدين.
 - ٣ - شروط العوضين.
 - ٤ - الخيارات.
 - ٥ - الربا.
 - ٦ - بيع الصرف.
 - ٧ - بيع السلف.
 - ٨ - محرمات في الشريعة.
- 

١- شروط عقد البيع

يعتبر في البيع - والذي اختلف في تحديد حقيقته - الإيجاب والقبول بكل ما يدلّ عليهما ولو لم يكن صريحاً أو كان ملحوناً أو ليس بعربي ولا بماضٍ.

ويعتبر التطابق بين الإيجاب والقبول دون الموالاة بينهما أو تأخر القبول. وذهب المشهور إلى اعتبار التنجيز.

ولا يعتبر اللفظ في تحقّق البيع وتكفي المعاطاة. والملك الحاصل بها لازم.

ويعتبر فيها ما يعتبر في العقد اللفظي من شروط العقد والعوضين والمتعاقدين.

وتثبت فيها الخيارات كما تثبت فيه.

وهي تجري في جميع المعاملات إلا ما خرج بالدليل، كالنكاح والطلاق والنذر واليمين.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا الخلاف في تحديد حقيقة البيع رغم بدايتها إجمالاً وعدم ثبوت

حقيقة شرعية أو متشرعية له فقد نقله الشيخ الأعظم وذكر عدة آراء في ذلك، لعل أجودها ما اختاره هو رحمته من أنه تملك عين بعوض ^(١).

والإشكال عليه بشموله للشراء والاستيجار - حيث إن المشتري بقبوله يملك ماله بعوض ومستأجر العين يملك الأجرة بعوض - مدفوع بما ذكره الشيخ نفسه من أن ذلك مدلول تضميني وإلا فالشراء والاستيجار يدلان مباشرة على التملك بعوض.

وبعد هذا التحديد لا تبقى حاجة لما ذكره غير واحد من المتأخرين من أن البيع «نقل المال بعوض بما أن العوض مال لا لخصوصية فيه، والاشتراء هو إعطاء الثمن بإزاء ما للمشتري غرض فيه بخصوصه في شخص المعاملة» ^(٢).
إن إضافة التقييد المذكور وجيهة لو لم يتمكن من دفع الإشكال السابق بما تقدم وإلا فلا حاجة إليها.

على أن ذكر المال يستلزم اعتبار مالية المبيع في صدق البيع لغة وهو بلا ملزم. إضافة إلى شمول التعريف للإجارة وعدم اختصاصه بالبيع.

٢ - وأما اعتبار الإيجاب والقبول في البيع فلا أنه عقد وليس إيقاعاً، وهو متقوم بهما بالبداهة.

٣ - وأما الاكتفاء بكل ما يدل عليهما ولو لم يكن صريحاً فلا أنه بعد ظهور اللفظ في البيع وصدق عنوانه - ولو كان الاستعمال بنحو المجاز أو الكناية - يشمل إطلاق أدلة الإمضاء كقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ ^(٣).

ومع الأصل اللفظي المذكور لا تصل النوبة إلى الأصل العملي المقتضي

(١) كتاب المكاسب ١: ٢٣٩، انتشارات اسماعيليان.

(٢) منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢: ١٣ الطبعة ٢٨ وتعليقة الشهيد الصدر على منهاج الصالحين ٢: ٢٠.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

للاقتصار على القدر المتيقن لاستصحاب عدم ترتب الأثر عند الإنشاء بغيره.
 لا يُقال: إنَّ الأصل العملي يقتضي - كالأصل اللفظي - نفي شرطية ما يشك في شرطيته، فإنَّ حديث البراءة يعمُّ الأحكام الوضعيّة أيضاً حيث طَبَّقه الإمام عليه السلام لنفي الصّحة عن الحلف المكره عليه، كما في صحيحة صفوان والبنظري جميعاً عن أبي الحسن عليه السلام ^(١). وبارتفاع الشرطية المشكوكة بالبراءة لا يبقى مجال للتمسك بأصالة عدم ترتب الأثر لأنَّ الشكَّ فيه مسبَّب عن الشكَّ في الشرطية.

فإنَّه يُقال: إنَّ الشكَّ في الشرطية يرجع في روجه إلى الشكَّ في ترتب الأثر على الفاقِد للقيّد المحتمل اعتباره، و الأصل في مثله لا يقتضي البراءة بل عدم ترتب الأثر.

وبكلمة أخرى: إنَّ مرجع الشكَّ في الشرطية إلى علم وشك، أي إلى علم بأنَّ الواجد للقيّد يترتّب عليه الأثر جزماً، وشكَّ في ترتبه على الفاقِد، وعند الشكَّ في ترتب الأثر لا معنى للبراءة.

وبهذا يتّضح الفارق بين المقام ومسألة الشكَّ بين الأقل والأكثر الارتباطيين حيث يتمسك فيها بالبراءة.

وهو: أنَّه في تلك المسألة يرجع الشكَّ إلى العلم بتعلّق التكليف بتسعة أجزاء مثلاً، والشكَّ في تعلّقه بالأكثر، والبراءة تقتضي نفي ذلك لأنَّ لازمه ثبوت الكلفة الزائدة، وحيث إنَّها مشكوكة فيمكن نفيها بالبراءة. وهذا بخلافه في المقام فإنَّ الأمر فيها يرجع إلى العلم بترتّب الأثر والإمضاء على الواجد للقيّد والشكَّ في ترتب ذلك على الفاقِد، والأصل عدمه.

(١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٢٦ الباب ١٢ من كتاب الأيمان، الحديث ١٢ .

٤ - وأما الجواز بالملحون وغير الماضي أو العربي فلا إطلاق أدلة الإمضاء المتقدمة.

ودعوى اعتبار العريّة من باب وجوب التأسي بالنبي ﷺ حيث كان يعقد بها مدفوعة بأنّ التأسي يُراد به الإتيان بالفعل على النحو الذي كان يأتي به ﷺ، وحيث نحتمل أنّ اجراءه ﷺ العقد بالعريّة كان من باب إجراء العقد بأحد أساليبه وطرقه فلا يمكن إثبات لزوم من خلال ذلك، ويبقى إطلاق أدلة الإمضاء بلا مقيد.

ودعوى اعتبار الماضوية من جهة صراحة الماضي في الإنشاء بخلاف المضارع والأمر فإنّهما أشبه بالوعد والاستدعاء مدفوعة بأنّ الدلالة العرفية على البيع إذا كانت متحققة فلا محذور في التمسك بإطلاق أدلة الإمضاء.

٥ - وأما اعتبار المطابقة فلتوقف صدق عنوان القعد والبيع والتجارة عن تراضٍ على ذلك.

٦ - وأما الموالاة فقد قال جماعة - منهم الشهيد الأوّل في قواعده^(١) - باعتبارها.

ووجه الشيخ الأعظم ذلك بأنّ الإيجاب والقبول بمنزلة كلام واحد مرتبط ببعضه ببعض، ومع الفاصل الطويل لا يصدق عنوان العقد^(٢).

واستدلّ الشيخ النائيني بأنّ حقيقة العقد خلع ولبس، فالموجب يخلع ثوب سلطانه على المال ويلبسه القابل، ومع تحقّق الفصل يتحقّق الخلع بلا لبس، ومن ثمّ لا يتحقّق العقد لأنّه عبارة عن مجموع الخلع واللبس دون الخلع وحده^(٣).

وكلا الوجهين كما ترى.

(١) القواعد والفوائد ١: ٢٣٤ .

(٢) كتاب المكاسب ١: ٢٩٢ ، انتشارات إسماعيليان.

(٣) منية الطالب ١: ١١١ .

أما الأول فلصدق عنوان المعاقد ما دام الموجب لم يعرض عن إيجابه حتى مع تخلل الفصل الطويل.

وأما الثاني فلأنّ اللبس إذا تحقّق ولو بعد فاصل طويل يصدق آنذاك تحقّق اللبس والخلع، ومن ثمّ يصدق في ذلك الوقت تحقّق العقد.

على أنّ اللبس والخلع في اعتبار الموجب متحقّقان بمجرد قوله «بعت» ولو لم ينضمّ القبول، وفي اعتبار الشرع والعقلاء لم يتحقّق خلع قبل القبول بل يتحقّق هو واللبس بعد القبول، فالانفكاك غير متصوّر في كلا الاعتبارين.

وعليه .. فالمناسب صحّة القبول حتى مع الفصل الطويل ما دام الموجب لم يتراجع عن إيجابه.

٧ - وأما عدم لزوم تأخر القبول فلأنّ عنوان البيع والعقد صادقان مع التقدّم أيضاً، ومعه يتمسك بإطلاق دليل إمضاءهما.

هذا ولكن الشيخ الأعظم فصل بين ما إذا كان القبول المتقدّم بمثل لفظ «قبلت» فلا يجوز وبين ما إذا كان بمثل لفظ «اشتريت» فيجوز بتقريب أنّه يعتبر في القبول دلالة على أمرين: الرضا بالإيجاب، وإنشاء القابل نقل ماله في الحال إلى الموجب على وجه العوضيّة، ومع تقدّم لفظ «قبلت» لا تكون الدلالة على الأمر الثاني ثابتة، وهذا بخلاف ما إذا كان القبول المتقدّم بمثل لفظ «اشتريت» فإنّ دلالة على كلا الأمرين ثابتة بالرغم من تقدّمه^(١).

وفيه: أنّ المهم صدق عنوان العقد والبيع، وهو متحقّق حالة تقدّم القبول مطلقاً، ومع تحقّقه يتمسك بإطلاق دليل الإمضاء.

٨ - وأما التنجيز وعدم صحّة العقد مع التعليق الذي اعتبره المشهور بل

(١) كتاب المكاسب ١: ٢٨٦، انتشارات اسماعيليّان.

ادّعي الإجماع عليه^(١) فقد استدلّ عليه بعدّة وجوه ضعيفة، نذكر منها:

أ- ما أُفيد في الجواهر من أنّ ظاهر دليل وجوب الوفاء بالعقد هو ترتّب وجوب الوفاء من حين تحقّقه، فإذا لم يشمله من حين تحقّقه ولم يجب الوفاء به من حين حدوثه - لفرض التعليق - فلا دليل على ترتّب الأثر ووجوب الوفاء بعد ذلك^(٢).

وفيه: أنّنا نلتزم بترتّب وجوب الوفاء من حين تحقّق العقد، بيد أنّ وجوب الوفاء يعني الإلتزام بمدلول العقد، ومدلوله قد يكون هو النقل من حين تحقّق العقد فيلزم الحكم بتحقّق النقل من ذلك الحين، وقد يكون هو النقل بعد حصول المعلق عليه فيلزم الحكم بتحقّق النقل عند تحقّق المعلق عليه.

ب- ما أشار إليه السيّد العاملي من أنّ الأسباب الشرعيّة لما كانت توقيفيّة فيلزم الاقتصار فيها على القدر المتيقّن وهو العقد العاري من التعليق^(٣).

وفيه: أنّ العمل بإطلاق أدلّة الإمضاء كافٍ في تحقّق التوقيف.

ج- ما أفاده الشيخ النائيني من أنّ العقود المتعارفة هي المنجزة، والمعلّقة ليست متداولة إلّا لدى الملوك والدول أحياناً، وأدلّة الإمضاء منصرفة إلى العقود المتعارفة^(٤).

وفيه: أنّ صغرى الدعوى المذكورة لم تثبت تماميّتها.

د- التمسك بالإجماع المدّعى في المسألة.

وفيه: أنّ الاتفاق لو تمّ واقعاً فهو ليس حجة؛ لعدم كاشفيّته عن رأي المعصوم عليه السلام.

بعد كونه محتمل الاستناد إلى المدارك السابقة.

(١) تمهيد القواعد: ٥٣٣، القاعدة: ١٩٨.

(٢) جواهر الكلام ٢٥٣: ٢٢، ١٩٨: ٢٣، ٧٩-٧٨: ٣٢.

(٣) مفتاح الكرامة ٤: ١٦٦.

(٤) منية الطالب ١: ١١٣.

وعليه .. فالحكم باعتبار التنجيز غير ممكن إلا على سبيل الاحتياط تحفظاً من مخالفة المشهور والإجماع المدعى.

٩ - وأما كفاية المعاطاة فقد وقعت مورداً للاختلاف. وقد نقل الشيخ الأعظم رحمته ستة أقوال فيها .. أهمها: إفادتها الملك اللازم، وإفادتها الملك الجائز، وإفادتها لإباحة التصرف لا غير ^(١).

والمختار لدى المتأخرين إفادتها الملك كالعقد اللفظي لوجوه:

أ - التمسك بإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ ^(٢) بتقريب أن المراد من حلية البيع إما الحلية الوضعية - كما تقتضيها نسبة الحل إلى الأمر الاعتباري دون الفعل الخارجي - وبذلك يثبت المطلوب؛ لأنها عبارة عن النفوذ والإمضاء، أو الحلية التكليفية - التي تقتضيها وحدة السياق حيث يراد من تحريم الربا تحريمه تكليفاً، بل ويقتضيها ظهور الحل نفسه في ذلك - وبذلك يثبت المطلوب أيضاً؛ لأن الحل التكليفي ليس منسوباً إلى البيع نفسه لعدم احتمال حرمة تكليفاً ليدفع بإثبات جوازه بل هو منسوب إلى التصرفات المترتبة عليه، ولازم إباحة جميع التصرفات المترتبة عليه صحته وإفادته للملك.

وقد اختار الشيخ الأعظم رحمته الثاني - إرادة الحل التكليفي - وقرب الدلالة بما ذكرناه ^(٣).

ب - التمسك بإطلاق المستثنى في قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ ^(٤) بتقريب أن

(١) كتاب المكاسب ١: ٢٤٧، انتشارات إسماعيليان.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) كتاب المكاسب ١: ٢٤٨، انتشارات إسماعيليان.

(٤) النساء: ٢٩.

الأكل كناية عن التملك والاستيلاء، فكل تملك بالأسباب الباطلة منهى عنه، إلا أن تكون تجارة عن تراض، وحيث إن المعاطاة مصداق للتجارة عن تراض فتثبت صحتها بالبيانين السابقين.

ج - التمسك بإطلاق قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، فإن المعاطاة عقد، غايته عقد فعلي لا قولي، والوفاء بالعقد عبارة أخرى عن إتمامه وعدم نقضه، فيثبت وجوب الوفاء بالمعاطاة وعدم جواز نقضها، ومن ثم تثبت إفادة المعاطاة للملك بل اللزوم بخلاف الآيتين السابقتين فإنه قد يشكك في دلالتها على اللزوم.

د - التمسك بسيرة العقلاء على ترتيب آثار الملك اللازم على المعاطاة، فإن سيرة المشرعة وإن أمكن التشكيك في اتصالها بزمان المعصوم عليه السلام باعتبار أن الفقهاء قبل زمن المحقق الثاني كانوا يفتون بعدم إفادتها للملك، ومعه لا يمكن الجزم بانعقادها بوصف أنهم مشرعة على إفادتها للملك، إلا أن سيرة العقلاء لا مجال للتشكيك في انعقادها، وبعدم الردع عنها يثبت الإمضاء.

لا يُقال: الردع ثابت برواية خالد بن الحجاج: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب واربح كذا وكذا، قال: ليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ؟ قلت: بلى، قال: لا بأس، إنما يحل الكلام ويحرم الكلام»^(٢)؛ فإن لازم حصر المحلل بالكلام عدم انعقاد البيع بالمعاطاة.

فإنه يُقال: هذا مبني على أن المراد: لا يكون الشيء حلالاً أو حراماً بمجرد قصد أو الفعل، وهذا باطل جزماً، فإن إباحة التصرف في المعاطاة ثابتة

(١) المائدة: ١ .

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٥٠ الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤ .

جزماً ولا تحتل حرمة التصرف عند افتراض رضا المالك بالتصرف.

إضافة إلى أن هذا المعنى لا يتناسب ومورد الرواية.

والمناسب تفسيرها بأن من طلب من غيره اشتراء شيء له من غيره فمتى ما كان الكلام الدائر بينهما على مستوى المقابلة والمواعدة فهو كلام محلل، ومتى ما كان على مستوى إيجاب البيع وإيقاعه قبل الشراء من الغير فهو كلام محرم. وبناءً عليه تكون الرواية أجنبية عن المقام ومرتبطة بمسألة من باع ثم ملك.

على أن مثل السيرة المذكورة لاستحكامها القوي لا تكفي في تحقق الردع عنها رواية واحدة ذات لسان غير صريح.

هكذا ينبغي الجواب.

ولا يمكن أن يُضاف إلى ذلك ضعف سند الرواية بخالد بن الحجاج حيث لم تثبت وثاقته.

والوجه في ذلك: أن ضعف سند الرواية لا ينفي احتمال صدورها، ومن ثم احتمال الردع بها عن السيرة المسقط لها عن الاعتبار.

١٠ - وأما إن الملك الحاصل بها لازم للسيره - إذ كما هي منعقدة على حصول الملك بها كذلك هي منعقدة على كونه لازماً - وآية الأمر بالوفاء بالعقود بالبيان المتقدم.

ومع التزل وفرض الشك في كون الملك الحاصل بها لازماً أو جائزاً، فلا بد من الحكم باللزوم لأصالة اللزوم التي يمكن الاستدلال لها بعدة وجوه .. منها:
أ - التمسك باستصحاب بقاء الملك وعدم زواله بفسخ أحد الطرفين بدون رضا صاحبه.

لا يقال: لا يجري الاستصحاب لأن الملك الجائز يجزم بعدم بقاءه واللازم

يشك في أصل حدوثه.

فإنَّه يُقال: نحن نستصحب بقاء ذلك الملك الواحد الذي حدث بالمعاطاة حيث نشك في ارتفاعه وبقائه ويكون من قبيل استصحاب الكلي من القسم الثاني. والإشكال المذكور سيال في جميع موارد الاستصحاب المذكور، وجوابه ما ذكرناه. أجل .. جريان الاستصحاب المذكور مبني على جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية وعدم معارضة أصالة بقاء المجعول بأصالة عدم الجعل الزائد.

ب - التمسك بعموم الحديث النبوي: «الناس مسلطون على أموالهم»^(١) بتقريب أن مقتضى السلطنة عدم زوال الملكية عن المالك بغير اختياره، ومن المعلوم أن جواز الفسخ والتملك بدون رضا المالك مناف لسلطنته فلا يكون جائزاً. هذا ولكن الحديث ضعيف لأنه لم يرو إلا في عوالي اللآلي بشكل مرسل. ج - التمسك بحديث النبي ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه»^(٢)، فإنَّ الفسخ وأخذ المال من مالكة السابق بدون رضاه ليس بحلال بمقتضى الحديث.

د - التمسك بقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَتْ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٣)، فإنَّ الفسخ وأخذ المال من مالكة السابق بدون رضاه ليس تجارة عن تراضٍ فيدخل تحت أكل المال بالباطل المنهي عنه. هـ - التمسك بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤) بالبيان المتقدم.

(١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، ٤٥٧، و ٢: ١٣٨، و ٣: ٢٠٨ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٩: ١٠ الباب ١ من أبواب القصاص في النفس، الحديث ٣ .

(٣) النساء: ٢٩ .

(٤) المائدة: ١ .

كتاب البيع ٢١

- ١١ - وأما إنه يعتبر في المعاطاة كل ما يعتبر في العقد اللفظي من شروط فلائنه بعدما كانت مصداقاً للعقد والبيع العرفي فيثبت لها كل ما يثبت لهما تمسكاً بالإطلاق. ومنه يتضح الوجه في ثبوت الخيارات فيها.
- ١٢ - وأما جريانها في جميع المعاملات فلائنه بعدما كانت مصداقاً حقيقياً لكل فرد من أفراد المعاملات فيشمّلها إطلاق دليل إمضاء تلك المعاملة وأحكامها.
- ١٣ - وأما وجه استثناء ما ذكر فللدليل الخاص الدال على اعتبار اللفظ في كل واحد منها حسبما يأتي في محله إن شاء الله تعالى.

٢- شروط المتعاقدين

يلزم في المتعاقدين: البلوغ إذا لم يكن دورهما دور الآلة، والقصد، والعقل، والاختيار، ومالكية التصرف - بأن يكون العاقد مالكاً أو وكيلًا عنه أو ولياً عليه وليس بممنوع التصرف لسفه أو فلس - وإلا كان العقد فضولياً يتوقف صحته على الإجازة. والقول بطلانه ضعيف حتى مع فرض منع المالك مسبقاً أو فرض بيع الفضولي لنفسه. وفي كون الإجازة كاشفة أو ناقلة خلاف. وتظهر الثمرة في موارد. والمستند في ذلك:

١ - أما اعتبار البلوغ فهو المشهور^(١) بل ادّعي عليه الإجماع^(٢) وقد يستدل له بإيلي:

(١) الدروس الشرعية ٣: ١٩٢ ، الكفاية في الفقه: ٨٩ .

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٧٣ .

أ - التمسك بقوله تعالى: ﴿وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(١) فَإِنَّ ظَاهِرَهُ إِنْطَاقَ جَوَازِ تَصَرُّفِ الصَّبِيِّ بِبُلُوغِ النِّكَاحِ الَّذِي هُوَ كُنَايَةٌ عَنْ تَجَاوُزِ فِتْرَةِ الصَّبَا.

وهو وإن كان خاصاً باليتيم وبالتصرف في أموال نفسه دون التصرف في أموال غيره إلا أنه يمكن التعميم بضم عدم القول بالفصل بل والأولوية بلحاظ التصرف في أموال الغير.

وفيه: أَنَّ الآية الكريمة ناظرة إلى دفع الأموال إلى الصبي وأنه لا يجوز قبل البلوغ ولا تدل على بطلان معاملاته فيما إذا كان الدافع بعد تمامية المعاملة هو الولي.

ب - التمسك برواية حمران عن أبي جعفر عليه السلام: «... أَنَّ الْجَارِيَةَ إِذَا تَزَوَّجَتْ وَدُخِلَ بِهَا وَلَهَا تِسْعَ سِنِينَ... جَازَ أَمْرُهَا فِي الشِّرَاءِ وَالْبَيْعِ... وَالْغُلَامَ لَا يَجُوزُ أَمْرُهُ فِي الشِّرَاءِ وَالْبَيْعِ وَلَا يُخْرَجُ مِنَ الْيَتَمِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً...»^(٢).

وفيه: أَنَّ دَلَالَتَهَا وَإِنْ كَانَتْ وَاضِحَةً إِلَّا أَنَّهَا ضَعِيفَةٌ السَّنَدُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي الْبَحْثِ عَنْ شُرَاطِ التَّكْلِيفِ.

ج - التمسك بحديث رفع القلم الذي رواه ابن ظبيان: «...أما علمت أَنَّ الْقَلَمَ يُرْفَعُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّىٰ يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّىٰ يَفِيقَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّىٰ يَسْتَيْقِظَ»^(٣) بدعوى أَنَّ المرفوع ليس خصوص المؤاخذه بل مطلق القلم بما في ذلك قلم الأحكام الوضعية.

وفيه: أَنَّهُ ضَعِيفٌ سَنَدًا - لاشتماله على عدة مجاهيل - ودلالة باعتبار أَنَّ

(١) النساء: ٦ .

(٢) وسائل الشيعة ١: ٤٣ الباب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات، الحديث ٢ .

(٣) وسائل الشيعة ١: ٤٥ الباب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات، الحديث ١٠ .

وروده مورد الامتنان قرينة على اختصاصه بما يكون في رفعه منة ولا يشمل مثل المقام الذي ليس فيه ذلك.

د - التمسك بصحيفة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «عمد الصبي وخطؤه واحد»^(١)، فإن مقتضاه عدم ترتب الأثر على العقد الصادر من الصبي لأنه كالصادر منه خطأ.

وفيه: أن الحديث ناظر إلى خصوص باب الجناية ولا يمكن تعميمه لغيره؛ لأنه لما نزل العمد منزلة الخطأ يلزم أن نفترض وجود أثرين: أثر موضوعه العمد، وأثر موضوعه الخطأ كي يكون مقتضى التنزيل ترتيب أثر الخطأ حالة العمد، ومن المعلوم أن وجود أثرين من هذا القبيل يختص بباب الجناية، فالجناية العمدية لها أثر خاص، والجناية الخطئية لها أثر خاص، ولا يتصور ذلك في غير باب الجناية، فمثلاً لو أكل الصبي متعمداً في صومه فلا يمكن تنزيل ذلك منه منزلة الأكل خطأ فإن الأكل خطأ ليس له أثر خاص إذ الكفارة وإن كانت متتفة في الأكل الخطئي ولكن ليس ذلك لكون الخطأ بعنوانه موضوعاً لذلك بل لأن موضوع وجوب الكفارة هو العمد فعند انتفائه تنتفي الكفارة لانتفاء موضوعها.

أجل .. لو كان الحديث يقول: عمد الصبي كعدمه أمكن تعميمه لغير باب الجناية ولكن المفروض تنزيله العمد منزلة الخطأ.

هـ - التمسك بالإجماع المدعى في المسألة. قال الشيخ الأعظم: «... فالعمدة في سلب عبارة الصبي هو الإجماع المحكي المعتضد بالشهرة العظيمة وإلا فالمسألة محل إشكال»^(٢).

(١) وسائل الشيعة ٢٩: ٤٠٠ الباب ١١ من أبواب العاقلة، الحديث ٢.

(٢) كتاب المكاسب ١: ٣٣٨، انتشارات إسماعيليان.

وفيه: أن الاتفاق لو تَمَّ يحتمل استناده إلى المدارك السابقة فلا يجزم بكاشفيته عن رأي المعصوم عليه السلام.

و - وأحسن ما يمكن التمسك به صحيحة أبي الحسين الخادم بياع اللؤلؤ عن أبي عبد الله عليه السلام: «سأله أبي - وأنا حاضر - عن اليتيم متى يجوز أمره؟ ... قال: إذا بلغ وكتب عليه الشيء جاز أمره إلا أن يكون سفياً أو ضعيفاً»^(١).
والسند صحيح فإن أبا الحسن الخادم هو آدم بن المتوكل الذي وثقه النجاشي^(٢).

٢ - وأمّا استثناء حالة الآلية فلأنّ البالغين إذا تَمَّ الاتفاق بينهما وكان الصبي مجرّد وكيل في إجراء العقد لم يصدق أنّ الأمر أمره ليحكم عليه بعدم النفوذ بل أمر البالغين، ولا أقل هو منصرف عن ذلك.
ومعه يبقى إطلاق أدلة الإمضاء بلا مانع من شموله.

٣ - وأمّا اعتبار القصد فلتقوم عنوان العقد والبيع والتجارة عن تراضٍ بذلك.
٤ - وأمّا اعتبار العقل فواضح إذا فرض فقدان القصد، وأمّا على تقدير وجوده فالحكم ببطالان عقده مشكل.

ودعوى صاحب الجواهر: «عدم اعتبار قصده وكون لفظه كلفظ النائم بل أصوات البهائم»^(٣) مدفوعة بأنّ القياس على النائم والبهائم في غير محله بعد فقدان القصد فيهما.

والتمسك بحديث رفع القلم قد تقدّم ما فيه.
ولا يبقى إلا الإجماع، وهو لا احتمال مدركيته لا يصلح مستنداً إلا للحكم

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٤١٢ الباب ٢ من كتاب الحجر، الحديث ٥.

(٢) رجال النجاشي: ٧٦، منشورات مكتبة الداوري.

(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٢٦٥.

على مستوى الاحتياط.

٥ - وأما اعتبار الاختيار وعدم صحة بيع المكره فلو جوه:

أ - أن المكره فاقد لطيب النفس، وقد قال النبي ﷺ في صحيحة زيد الشحام المتقدمة: «... لا يجلُّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيئة نفسه»^(١).

ب - أن التجارة مع فقدان الاختيار لسيت عن تراض، ولا يجوز الأكل إلا مع التجارة عن تراض كما قال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٢).

ج - التمسك بحديث الرفع الذي رواه حريز عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال النبي ﷺ: وضع عن أمّتي تسعة أشياء: السهو والنسيان وما أكرهوا عليه...»^(٣) فإن مقتضى إطلاق الحديث الشمول لمثل المقام وعدم اختصاصه برفع المؤاخذه أو الأحكام التكليفية.

ويكفي لإثبات التعميم استشهاد الإمام عليه السلام به لرفع الحكم الوضعي، كما في صحيحة صفوان والبرنطي جميعاً عن أبي الحسن عليه السلام^(٤).

٦ - وأما عقد الفضولي فالمشهور صحته بالإجازة، وذهب جمع منهم صاحب الحقائق إلى بطلانه مع الإجازة أيضاً^(٥).

واستدل المشهور بعدة وجوه.. نذكر منها:

(١) وسائل الشيعة ٢٩: ١٠ الباب ١ من أبواب القصاص في النفس، الحديث ٣.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) وسائل الشيعة ٨: ٢٤٩ الباب ٣٠ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة، الحديث ٢.

(٤) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٢٦ الباب ١٢ من كتاب الإيمان، الحديث ١٢.

(٥) الحقائق الناضرة ١٨: ٣٧٨.

أ- إنه يمكن تخريج الصحة على طبق القاعدة بلا حاجة إلى دليل خاص، فإنَّ العقد بعد إجازته يتسبب إلى المالك ويصدق أنَّه عقده فيشملة آنذاك إطلاق خطاب ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) و ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) و ﴿تَجْكِرَةً عَنْ تَرَايٍ﴾^(٣) بعد فرض عدم تقيده بما إذا كان الاستناد إلى المالك ثابتاً حدوثاً، وبعد وضوح قابلية الأمر الاعتباري - كالعقد - على خلاف الأمر التكويني للاستناد إلى غير موجدته بالإذن أو بالإجازة.

وهذا الوجه هو ما أشار إليه الشيخ الأعظم بقوله: «لعموم أدلة البيع والعقود»^(٤).

ب - التمسك برواية عروة البارقي قال: «قدم جَلَبٌ^(٥) فأعطاني النبي ﷺ ديناراً فقال: اشتر بها شاة، فاشتريت شاتين بدينار، فلحقني رجل فبعت إحداهما منه بدينار، ثم أتيت النبي ﷺ بشاة ودينار فردّه عليّ، وقال: بارك الله لك في صفقة يمينك. ولقد كنتُ أقوم بالكناسة أو قال بالكوفة فأربح في اليوم أربعين ألفاً»^(٦)، بتقريب أن شراء الشاتين بدينار وإن أمكن توجيهه بما يخرج به عن الفضولية إلا أن بيعه لإحدى الشاتين فضولي جزماً، والنبي ﷺ قد أمضى بيعه المذكور بقوله: «بارك...».

والسند وإن كان ضعيفاً، إلا أنه قد يُقال - كما في الجواهر - : «أغنت

(١) البقرة: ٢٧٥ .

(٢) المائدة: ١ .

(٣) النساء: ٢٩ .

(٤) كتاب المكاسب ١: ٣٦٧، انتشارات إسماعيليان.

(٥) «الجَلَبُ» بفتح الجيم: ما يجلب من بلد إلى بلد. لاحظ مجمع البحرين ٢: ٢٤ ..

(٦) مستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥ ، ومسنّد أحمد بن حنبل ٤: ٣٧٦ .

شهرته عند الفريقين عن النظر في سنده»^(١).

وناقش الشيخ الأعظم الدلالة باحتمال أن بيع عروة وقبضه واقباضه كان مقروناً بعلمه برضا النبي ﷺ بذلك، والمعاملة تخرج عن الفضوليّة باقترانها بذلك وإن كان ظاهر المشهور يدل على العدم واعتبار الإذن أو الإجازة في تحقّق الانتساب وانتفاء الفضوليّة^(٢).

ج - التمسك بصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة^(٣) باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثم قدم سيدها الأوّل فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدي باعها ابني بغير إذني، فقال: خذ وليدتك وابنها، فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه - يعني الذي باعه الوليدة - حتّى ينفذ لك ما باعك فلما أخذ البيع^(٤) الابن قال أبوه: أرسل ابني، فقال: لا أرسل ابنك حتّى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيّد الوليدة الأوّل أجاز بيع ابنه»^(٥).

ونوقشت دلالتها بعدم عمل الأصحاب بها في موردتها - وهو الإجازة بعد الردّ التي هي غير مجدية إجماعاً - فكيف يمكن العمل بها في غيره. والوجه في تحقّق الردّ قبل الإجازة أمور ثلاثة: أخذ الوليدة وابنها، ورفع الخصومة إلى الإمام عليه السلام الذي لا معنى له لولا الرد، ومناشدة المشتري الإمام عليه السلام علاج المشكلة، ولولا الردّ لما كان لها وجه.

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٢٧٧.

(٢) كتاب المكاسب ١: ٣٦٦ - ٣٦٨، انتشارات إسماعيليان.

(٣) الوليدة: الأمة. فلاحظ مجمع البحرين ٣: ١٦٤.

(٤) أي المشتري، فإنّ لفظ البيع يطلق على البائع والمشتري. فلاحظ مجمع البحرين ٤: ٣٠٤.

(٥) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٣ الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١.

د - التمسك بصحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «سألت عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال: ذاك إلى سيده، إن شاء أجازته وإن شاء فَرَّقَ بينهما، قلت: أصلحك الله، إنَّ الحكم بن عتيبة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إنَّ أصل النكاح فاسد، ولا تحلُّ إجازة السيّد له، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنَّه لم يعص الله وإنَّما عصى سيده، فإذا أجازته فهو له جائز»^(١)، بتقريب أنَّ التعليل يدلُّ على أنَّ إجازة مَنْ بيده الأمر كافية في تصحيح عقد الفضولي.

والإشكال على ذلك واضح؛ إذ المفروض في مورد الرواية صدور العقد ممَّن ينبغي صدوره منه - وهو العبد الزوج - غايته هو فاقد لرضا مَنْ يعتبر رضاه - وهو المولى - فإذا رضي ينبغي وقوع العقد صحيحاً، وهذا بخلافه في سائر الموارد فإنَّ العقد لا يفرض فيها صدوره ممَّن ينبغي صدوره منه.

وهناك روايات أخرى استدلت بها على المطلوب، إلّا أنَّ الكلَّ أو الأغلب قابل للمناقشة، وكفينا اقتضاء القاعدة لإثبات المطلوب.

٧ - وأمّا القول بالبطلان فاستدلَّ له بعدة وجوه، نذكر منها:

أ - التمسك بقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَتْ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٢)، فإنَّه يدلُّ بمقتضى مفهوم الحصر أو مفهوم الوصف على أنَّ غير التجارة عن تراضٍ أو التجارة لا عن تراضٍ ليس بسبب مبيع لأكل مال الغير، ومعلوم أنَّ التجارة في الفضولي ليست تجارة عن تراضٍ.

وفيه: أنَّ التجارة إنَّما تتسبب إلى المالك متى ما أجاز، وأنَّذاك يصدق أنَّها تجارة عن تراضٍ.

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١١٤ الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١ .
(٢) النساء: ٢٩ .

ب - التمسك بما ورد في موثقة سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام من أن النبي ﷺ: «... نهى عن بيع ما ليس عندك»^(١).

ونظيره ما ورد في روايات العامة من نهيه ﷺ حكيم بن حزام عن بيع ما ليس عنده^(٢)، فإن المقصود من ذلك الكناية وأنه لا تبع ما لا تملكه أو لا تبع ما لا تقدر على تسليمه لعدم كونه مالكا له، وحيث إن النهي في أمثال المقام ظاهر في الإرشاد فيكون دالاً على فساد بيع الفضولي.

وفيه: أن البيع إنما يتسبب إلى المالك حينما يحيزه، وأنذاك يصدق أن بيعه بيع لما عنده وليس لما ليس عنده.

٨ - وأما تعميم الحكم بالصحة لحالة منع المالك مسبقاً فلأن ما يتصور كونه مانعاً هو أن العقد إذا وقع منهياً عنه فذلك النهي حيث إنه مستمر إلى ما بعد العقد آنأ ما فيلزم على تقدير إجازة المالك سبقها بالرد، والإجازة المسبوقة بالرد لا تنفع في تصحيح العقد على ما هو المعروف بين الأصحاب.

وفيه: أن كبرى عدم اجداء الإجازة المسبوقة بالرد لو كانت مسلمة وتم الإجماع المدعى عليها فصغرها غير محققة في المقام، لأن الثابت بعد العقد مع النهي المسبق هو الكراهة الباطنية من قبل المالك، والمانع من اجداء الإجازة هو إنشاء الرد قبلاً دون مجرد الكراهة الباطنية.

٩ - وأما التعميم لحالة بيع الفضولي لنفسه - كما هو الحال في الغاصب عادة - فلاقتضاء القاعدة لذلك بالبيان المتقدم، والقصد المذكور لا يصلح مانعاً إلا على بيانات ضعيفة .. نذكر منها:

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٤٧ الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢ .
(٢) سنن الترمذي ٣: ٥٣٤ .

٣٠ دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي

أ - عدم تحقق قصد البيع والمعاوضة الحقيقية، فإنه ليس منها - المعاوضة الحقيقية - قصد دخول الثمن في كيس من لم يخرج منه المثل، كما هو الحال في الفضولي الذي يقصد البيع لنفسه، ومعه فلا تنفع الإجازة.

وأجيب بأن الفضولي يقصد إدخال الثمن في كيس مالك المثل، غايته يعتبر نفسه هو المالك للمثل وينزل نفسه منزلة، ومعه فقصد المعاوضة الحقيقية متحقق بعد تنزيل الفضولي نفسه منزلة المالك وقصده ادخال الثمن في كيس مالك المثل بعد التنزيل المذكور.

ب - أن الفضولي إذا قصد البيع لنفسه فالإجازة إن تعلقت بذلك فيلزم وقوع المعاملة للفضولي ودخول الثمن في ملكه، وإن تعلقت بالبيع للمالك فهو لم ينشأ.

وإن شئت قلت: يلزم إن ما أنشئ لم يُجز، وما أُجيز لم ينشأ.

وأجيب بأن جملة «بعت» الصادرة من الفضولي تدل على تمليك المبيع للمشتري بإزاء الثمن، وأما إن الثمن يدخل في كيس من؟ فهو مسكوت عنه، غايته مقتضى المعاوضة الحقيقية دخوله في كيس مالك المثل، وحيث إن الفضولي ينزل نفسه منزلة المالك للمثل فيكون قاصداً ادخال الثمن في ملكه بعد التنزيل المذكور.

وبإتّصاح هذا يُقال: إن الإجازة الصادرة من المالك تتعلق بما تدل عليه كلمة «بعت» وما تقتضيه المعاوضة الحقيقية ولا تتعلق بما قصده الفضولي بعد تنزيل نفسه منزلة المالك للمثل.

١٠ - وأما إن الإجازة كاشفة أو ناقلة فمحل خلاف.

ووجه النقل واضح، فإن السبب الناقل ليس مجرد العقد بل العقد عن

رضا، وحيث إن الرضا يتحقق بالإجازة فيلزم تحقق النقل عند تحققها.

ووجه الكشف أمور متعددة .. نذكر منها:

أ - ما ذكره الشهيد والمحقق الثانيان: «من أن العقد سبب تام في حصول الملك لعموم أوفوا بالعقود، وتماه في الفضولي إنما يعلم بالإجازة، فإذا أجاز تبين كونه تاماً فوجب ترتب الملك عليه وإلا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة بل به مع شيء آخر، ولا دليل يدل عليه»^(١).

وفيه: كيف يكون العقد تمام السبب؟! وعلى تقديره لا تبقى حاجة إلى الإجازة. اللهم إلا أن يكون المقصود: إن السبب هو العقد المتعقب بالإجازة، فمع حصولها يعلم بتحقق العقد المتعقب من حين صدوره.

وهو جيد ثبوتاً إلا أنه لا دليل إثباتاً على مدخلية وصف التعقب بل ظاهر قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ مدخلية وصف التراضي نفسه لا التعقب به.

ب - ما جاء عن فخر الدين من أنها «لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعلوم في الوجود لأن العقد حالها عدم»^(٢).

وفيه: أن قياس الأمور الاعتبارية على الأمور التكوينية قياس مع الفارق، فمن الوجيه اعتبار العقد مؤثراً من حين تحقق الإجازة وإن كان معدوماً آنذاك.

والمناسب أن يقال: إن المالك حيث يجيز العقد من حين صدوره وليس من حين الإجازة فيلزم أن تثبت الملكية بعد الإجازة من حين العقد، فاعتبارها من حين الإجازة إلا أن المعتبر - الملكية - سابق ومن حين العقد.

(١) جامع المقاصد ٤: ٧٤، وقريب من ذلك عبارة الروضة البهية ١: ٣١٤.

(٢) كتاب المكاسب ١: ٣٨٨، انتشارات إسماعيليان.

وهذا نحو من الكشف قد يصطلح عليه بالكشف الانقلابي، بمعنى أنه قبل الإجازة لا ملكية من حين صدور العقد غير أنه بالإجازة ينقلب الواقع إلى حدوث الملكية من حين صدور العقد.

ولا يصل الأمر بعد إمكان الكشف بالنحو المذكور إلى ما تنبأه الشيخ الأعظم من الكشف الحكمي، وهو أنه بالإجازة لا تحدث الملكية من حين العقد بل تترتب جميع أحكامها من حين العقد^(١).

إن ما ذكره لا وجه له بعد أن كان المجيز يحيز العقد من حين صدوره، إذ لازم الإجازة بالشكل المذكور تحقق الملكية بعد الإجازة من حين صدور العقد. على أن اعتبار ترتب جميع آثار الملكية من حين العقد دون الملكية نفسها لعله لا يخلو من تهافت.

وبهذا يتضح أن المحتملات في الكشف ثلاثة: الكشف الحقيقي، والكشف الانقلابي، والكشف الحكمي.

والمقصود من الأول: أن اعتبار الملكية من حين العقد ثابت قبل تحقق الإجازة ما دامت الإجازة تحصل بعد ذلك في علم الله سبحانه.

والمقصود من الثاني: أن اعتبار الملكية من حين العقد يثبت بعد تحقق الإجازة لا قبلها.

والمقصود من الثالث: أنه بالإجازة تترتب آثار الملكية من حين العقد دون نفسها.

وبضم هذه المحتملات إلى النقل يصير المجموع أربعة^(٢).

(١) كتاب المكاسب ١: ٣٩١، انتشارات إسماعيليان.

(٢) ولربما يصطلح على الكشف الانقلابي بالمعنى الذي ذكرناه بالكشف الحكمي، ويفسر الكشف الانقلابي بكاشفية الإجازة عن تحقق الملكية من حين العقد بعدما لم تكن، فهي لم تكن قبل الإجازة ويتبدل الواقع إلى الملكية بسبب الإجازة في مقابل:

١١ - وأما الثمرة فتظهر في موارد متعددة.

وعلى سبيل المثال تظهر الثمرة بين الكشف والنقل في النماء المتخلل بين العقد والإجازة، فنماء المبيع للبائع ونماء الثمن للمشتري على النقل، في حين أنَّ الأمر بالعكس على الكشف.

وتظهر بين أفراد الكشف في مَنْ اشترى جارية بالفضولية وأولدها وأجاز المالك بعد ذلك، فإنَّه على الكشف الحقيقي يكون الوطء حلالاً وتصير بذلك أمّ ولد، بينما على الكشف الانقلابي والحكمي يكون الوطء زناً ولا تصير أم ولد، لأنَّ الوطء ليس وطاً في الملك حدوثاً، بل هو كذلك - على الكشف الانقلابي - بقاء، فإذا استظهر من أدلة أم الولد اعتبار كون الوطء في الملك حدوثاً لم تصر بذلك أم ولد.

وتظهر الثمرة بين الكشف الانقلابي والحكمي فيما إذا بنينا في المثال السابق على كفاية تحقق الوطء في الملك بقاءً، فإنَّه على الكشف الانقلابي تصير الأمة أم ولد بخلافه على الكشف الحكمي، فإنَّ الوطء في الملك غير متحقق حتى بقاءً.

٣- شروط العوضين

يلزم في العوضين ملكيتهما، والقدرة على تسليمهما إلا مع الضمّ لما يمكن تسليمه، وضبطهما بالكيل أو الوزن أو العدّ أو المساحة

أ- الكشف الحقيقي الذي يفرض فيه كاشفية الإجازة عن تحقق الملكية من حين العقد من دون افتراض أنَّها لم تكن قبل الإجازة

ب- وفي مقابل الكشف الحكمي الذي يفترض فيه اعتبار المالك من حين الإجازة الملكية من حين العقد بعدما لم تكن من دون فرض كاشفية الإجازة.

- وتكفي المشاهدة في ما ينضبط بها - ومعرفة جنسهما
وصفاتها التي تختلف باختلافها القيمة.

ويلزم في المبيع أن يكون عيناً.

وقيل باشتراط مالية العوضين.

ومع تخلف الشروط المذكورة يقع البيع باطلاً، يَدَّ أَنَّهُ لا يحرم
التصرف مع رضا الطرفين به حتّى على تقدير البطلان، كما هو
المتداول بين عوام الناس.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا اعتبار الملكية وعدم جواز بيع مثل السمك والطيور قبل أخذهما
من الماء والهواء فقد استدلل له ببعض الروايات من قبيل ما كتبه الإمام
العسكري عليه السلام إلى الصفار: «لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من
البايع على ما يملك»^(١).

والمناسب أن يستدل على ذلك بأنّ البيع تمليك بعوض، فإذا لم يكن
الشخص مالكا فكيف يملك غيره. وهذا من دون فرق بين البايع والمشتري.

وأمّا الرواية المذكورة وما شاكلها فهي ضعيفة الدلالة؛ لأنّها ناظرة في
جملة «لا يجوز بيع ما ليس يملك» إلى أنّ مَنْ باع ما هو مملوك لغيره فلا يمضي
بيعه، وهذا من الواضح أجنبى عن المطلوب إثباته، وقد تقدّم الحديث عنه في
شرائط المتعاقدين.

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٣٩ الباب ٢ من أبواب عقد البيع، الحديث ١ .

- ٢- وأما القدرة على التسليم فلم يعرف خلاف في اعتبارها^(١).
واستدلّ على ذلك بعدّة وجوه .. نذكر منها:
- أ- التمسك بالنبوي المعروف: «نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر»^(٢) بعد تفسير الغرر بالمخاطرة المتحققة بشراء ما لا يقدر على تسليمه.
وفيه: أنّه ضعيف سنداً - لاشتراكه على مجاهيل^(٣) ودلالة لإمكان اندفاع الغرر باشتراط الخيار على تقدير عدم تحقق التسليم خلال مدّة مضبوطة.
وأيضاً يمكن تصوّر اندفاع الغرر فيما إذا أمكنت الاستفادة من المبيع بالرغم من عدم القدرة على تسلّمه، كما في العبد الآبق حيث يمكن عتقه في كفّارة، والدار المغصوبة حيث يمكن وقفها على من هي يدهم وذريّتهم ما تناسلوا.
- ب- ما تمسك به الشيخ النائيني من زوال المالية عمّا لا يقدر على تسليمه^(٤).
وفيه: أنّه لو سلّم باعتبار شرطية المالية في العوضين - وسيأتي التأمّل في ذلك - لا نسلم بزوال المالية بعدم القدرة فإنّه مخالف للوجدان.
- ج- أنّ الإقدام على المعاملة التي لا قدرة فيها على التسليم سفهي.
وفيه: أنّ السفاهة منتفية في حالة إمكان الانتفاع كما في المثالين السابقين.
ومع غضّ النظر عن ذلك يمكن أن يُقال: لا دليل على بطلان المعاملة السفهية بل مقتضى إطلاق مثل «أحلّ الله البيع» أمضائها وعدم اشتراط أن لا تكون كذلك. أجل .. تصرّف السفه في أمواله باطل لا أنّ المعاملة السفهية باطلة.

(١) تذكرة الفقهاء ١: ٤٦٦، جامع المقاصد ٤: ١٠١، الغنية: ٢١١.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٨ الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣.

(٣) ويمكن ملاحظة السند في عيون الأخبار ٢: ٢٤.

(٤) منية الطالب ١: ٣٧٨.

د - أن أكل المال بإزاء ما لا يقدر على تسليمه أكل له بالبطل، وهو منهي عنه بمقتضى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(١).

وفيه: أن من المحتمل أن يكون المقصود: لا تأكلوا أموالكم بالأسباب الباطلة، وليس لا تأكلوها بلا مقابل. ويكفي الاحتمال في المقام حيث تعود المطلقات بلا مانع يمنع من التمسك بإطلاقها.

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

وفيه: أنه لو تمّ سنده فمن المحتمل أن يكون المقصود الكناية عن عدم الملكية وليس عن عدم القدرة على التسليم، ويكفي الاحتمال لما تقدم.

و - وأحسن ما يمكن التمسك به الروايات الناهية عن بيع الآبق بلا ضمنية، كما في موثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: «الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله، قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر ويقول: أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشتري منه»^(٢).

وإذا لم يحتمل اختصاص مثل الرواية المذكورة بموردها، أمكنت الفتوى باعتبار الشرط المذكور وإلا فلا بدّ من التنزل إلى الاحتياط تحفظاً من مخالفة المشهور والإجماع المدعى على الشرطية.

٣ - وأمّا وجه الاستثناء فواضح من خلال الموثقة المتقدمة بعد فهم العرف عدم الخصوصية لموردها.

٤ - وأمّا اعتبار ضبط العوضين فلا خلاف فيه بين الأصحاب^(٣)، وتدلل

(١) النساء: ٢٩ .

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٣ الباب ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٢ .

(٣) تذكرة الفقهاء ١: ٤٦٧، الغنية: ٢١١ .

عليه روايات كثيرة .. من قبيل:

أ - صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سُئِلَ عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه فيكّال بمكيال ثمَّ يُعدُّ ما فيه، ثمَّ يُكّال ما بقي على حساب ذلك العدد، قال: لا بأس به»^(١)، فإنَّها تدلُّ على ارتكاز عدم جواز بيع المعدود بلا عدٍّ، والإمام عليه السلام قد أمضى الارتكاز المذكور. وموردها وإن كان هو المعدود إلا أنَّ الخصوصية له غير محتملة فيتعدّى إلى غيره.

ب - موثقة محمد بن حمران: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنَّه كاله فصدَّقناه وأخذناه بكيّله، فقال: لا بأس، فقلت: أيجوز أن أبيعَه كما اشتريته بغير كيل؟ قال: لا، أمّا أنت فلا تبعه حتّى تكيله»^(٢).

وأما حديث نهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر^(٣) فهو ضعيف سنداً - لما تقدّم - ودلالةً باعتبار أنَّ الجهل بالمقدار لا يلزم الغرر بمعنى الخطر، فمَنْ باع شيئاً مردّداً بين كونه مثقال ذهب أو نصف مثقال بدرهم صدق عليه الجهل بمقدار المبيع من دون صدق الغرر بمعنى المخاطرة.

هذا كلّّه بالنسبة إلى المبيع.

وأما اعتبار ضبط الثمن فيمكن أن يستفاد من الروايات السابقة بعد تنقيح المناط وإلغاء العرف خصوصيّة المورد حيث يفهم أنَّ المعلوميّة معتبرة في العوضين بلا خصوصيّة للمبيع.

٤ - وأمّا كفاية المشاهدة في ما ينضبط بها فلا أنَّ المستفاد من النصوص

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٤٨ الباب ٧ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣٤٥ الباب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٨ الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣.

السابقة اعتبار معلومية العوضين فإذا تحققت بالمشاهدة كفت، ولا دليل على اعتبار ما هو أكثر منها.

٥ - وأما اعتبار ضبط الجنس والصفات فلائَّ مورد النصوص السابقة وإن كان هو المقدار إلاَّ أنَّ المفهوم منها اعتبار المعلومية الرافعة للجهالة، وذلك لا يتحقق بضبط المقدار دون الجنس والصفات.

٦ - وأما اعتبار أن يكون المبيع عيناً وعدم صحّة كونه منفعة أو عملاً فلائَّ ذلك إن لم يكن هو المتبادر من لفظ البيع على خلاف الإجارة - التي يتبادر منها التعلّق بالمنفعة أو العمل - فلا أقلَّ من الشكّ في اعتبار ذلك، ومعه لا يصحّ التمسك بالعمومات، لأنّه تمسك بالعام في الشبهة المصداقية، وهو لا يجوز لأنّ الحكم لا يتكفّل بإثبات موضوعه.

أجل .. يصحّ أن لا يكون الثمن عيناً لعدم احتمال اعتبار ذلك في المفهوم العرفي للبيع.

٧ - وأما القول باشتراط المالية فقد يستدلّ له بتفسير المصباح من كون البيع مبادلة مال بمال^(١).

وفيه: أن الإطلاقات العرفية أعمّ من ذلك، فالورقة الصغيرة ليست مالاً، ولكن باعتبار اشتغالها على دعاء خاص لي كامل الاعتقاد به أقدم على شرائها ويصدق البيع والشراء على ذلك من دون تشكيك.

ومع تحقّق الصدق في زماننا فاستصحاب القهقري - أو قل: أصالة عدم النقل - يثبت الوضع للمعنى الواسع عصر صدور النصوص.
وإذا قيل: مع عدم المالية تقع المعاملة باطلة لكونها سفهية.

(١) المصباح المنير ١: ٧٧.

قلنا: سفهية المعاملة أول الكلام لفرض وجود غرض عقلائي خاص بالمشتري.
ولو تنزلنا فبالإمكان أن نقول: لم يقم دليل على اشتراط صحة المعاملة
بعدم كونها سفهية بالبيان المتقدم.

ومن خلال هذا يتضح إمكان تصحيح بيع الدم والعذرة والحشرات وما
شاكل ذلك على تقدير التسليم بعدم مألّيها.

٨ - وأما وجه ما ذكر أخيراً فباعتبار أن جواز التصرف منوط بالرضا
وطيب النفس كما دلّ عليه حديث النبي ﷺ: «لا يحلُّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلاّ
بطيبة نفسه»^(١)

٤- الخيارات

الخيار الثابت في المعاملات على أقسام :

أحدها: خيار المجلس:

وهو ثابت لخصوص المتبايعين في المجلس البيع ويستمر ما دام لم يتم
التفرّق بينهما.

ولا يثبت للوكيل في مجرد إجراء الصيغة.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا أصل ثبوت خيار المجلي في الجملة فمما لا إشكال فيه^(٢)، وقد
دلّت عليه الروايات المستفيضة، من قبيل صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد

(١) وسائل الشيعة ٢٩: ١٠ الباب ١ من أبواب القصاص في النفس، الحديث ٣ .

(٢) كتاب المكاسب ٢: ٢١٨، انتشارات إسماعيليان.

٤٠ دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي

الله ﷺ: «قال رسول الله ﷺ: البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام»^(١).

وفي مقابل ذلك موثق غياث بن إبراهيم: «قال علي ﷺ: إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وإن لم يفترقا»^(٢).

وهو إن أمكن توجيهه بحمل التصفيق المذكور فيه على ما قصد به إسقاط الخيار فلا إشكال وإلا يلزم طرحه لمخالفته لإجماع الأصحاب والضرورة الثابتة بينهم، بل إن كثرة الروايات الدالة على ثبوته يمكن أن تشكّل عنوان السُنّة القطعية، والمخالف لها يلزم طرحه، لأنّ المخالف للكتاب إنّما لزم طرحه لا لمخالفة الكتاب بعنوانها بل لأنّ الكتاب الكريم يمثل دليلاً قطعياً فيلزم طرح كل ما يخالف الدليل القطعي.

٢ - وأمّا اختصاصه بالمتبايعين وعدم شموله لمطلق المتعاقدين فللقصور في مقتضي.

٣ - وأمّا التعبير بـ «مجلس البيع» فهو من باب ذكر الفرد الغالب وإلا فلو جرى العقد حالة المشي ثبت الخيار أيضاً لعدم تعبير النص بالمجلس.

٤ - وأمّا إنَّ الغاية افتراقهما دون الافتراق عن المجلس فلتعبير الصحيحة بـ «حتى يفترقا» الظاهر في الافتراق بينهما دون افتراقهما عن المجلس.

٥ - وأمّا عدم ثبوته للوكيل في إجراء الصيغة فقط فلانصراف عنوان «البيع» عنه، بل لا يحتمل ثبوته له بعدما كان الغرض من الخيار هو التروي والإرفاق اللذين لا معنى لهما في حقّه.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٥ الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٨ الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٧.

وقد يُضاف إلى ذلك: أنَّ الوكيل المذكور وكيل في إجراء الصيغة فقط وليس في الفسخ عن المالك، لكنَّه قابل للتأمل، فإنَّ عدم ثبوت حقَّ الفسخ له من المالك لا ينافي ثبوته له بما هو عاقد من قبل الشرع تعبدًا. ومن خلال ما ذكرناه يتَّضح الحال في الوكيل في تمام شؤون المعاملة وأنَّ المناسب ثبوت الخيار له لعدم انصراف عنوان «البيع» عنه.

ثانيها: خيار الحيوان:

وهو ثابت لمشتري الحيوان ثلاثة أيَّام، وقيل بثبوته لبايعه أيضًا. وإذا كان الثمن حيواناً فالمناسب ثبوته لبايعه أيضًا. ومبدأ الثلاثة من حين العقد لا من التفرُّق. ويكفي التلفيق لو كان العقد أثناء النهار. وتدخل الليلتان المتوسَّطتان في مدَّة الخيار، وهكذا الليلة الثالثة عند التلفيق.

والمستند في ذلك:

- ١ - أمَّا إنَّ خيار الحيوان ثلاثة أيَّام فلا خلاف فيه في الجملة^(١)، والروايات به مستفيضة، ففي صحيحة ابن مسلم المتقدِّمة: «وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيَّام».
- ٢ - وأمَّا إنَّ الخيار للمشتري بالرغم من عدم دلالة الصحيحة السابقة عليه فللتصريح بذلك في جملة من الروايات الأخرى، كصحيحة علي بن رثاب: «سألتُ أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار، للمشتري أو للبائع أو

(١) كتاب المكاسب ٢: ٢٤٠ انتشارات إسماعيليان ٢: ٢٠٤ .

لها كلاهما^(١)؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة^(٢).

وفي موثقة ابن فضال: «سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا عليه السلام يقول: صاحب الحيوان المشتري بالخيار بثلاثة أيام»^(٣).

٣- وأمّا القول بثبوته للبائع أيضاً فيمكن الاستدلال له بصحيفة أخرى لمحمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفي ما سوى ذلك من بيع حتى يفرقا»^(٤).

وفيه: أنّ بالامكان الجمع بحمل الصحيفة المذكورة على حالة كون كلا العوضين حيواناً لصراحة صحيفة ابن رثاب في اختصاص الخيار بالمشتري.

ومع التنزل يستقرّ التعارض بين الصحيحتين ويتعيّن الحكم بالاختصاص بالمشتري أيضاً، إمّا لترجيح صحيفة ابن رثاب باعتبار موافقتها للكتاب الكريم «أوفوا بالعقود» الدالّ على لزوم كل عقد من طرف البائع ما عدا فترة خيار المجلس الخارجة بالتخصيص، أو لأنّه بعد استقرار التعارض يتساقطان ويلزم الرجوع للقاعدة، وهي تقتضي اللزوم من طرف البائع، فإنّ قوله عليه السلام في روايات خيار المجلس: «البيعان بالخيار حتى يفرقا»^(٥) يدل بإطلاقه على اللزوم بعد الافتراق في الحيوان وغيره ومن طرف البائع والمشتري، ويقتصر في الخروج عنه على القدر المتيقّن، وهو ثبوت الخيار لمشتري الحيوان.

٤- وأمّا ثبوته للبائع إذا كان الثمن حيواناً فللتمسك بإطلاق عنوان

(١) المناسب: «كليهما»

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٢ الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٩.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ١٠ الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٨: ١٠ الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٥) وسائل الشيعة ١٨: ٥ الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١.

«صاحب الحيوان» الوارد في صحيحة ابن مسلم المتقدمة، فإنه كما يشمل المشتري حالة كون المثلث حيواناً كذلك يشمل البائع حالة كون الثمن حيواناً.

ولا موجب لرفع اليد عن الإطلاق المذكور سوى أحد أمور ثلاثة:

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

والكل كما ترى

أما الأول فلعدم كون الغلبة الوجودية موجبة لتقييد إطلاق المطلق.

وأما الثاني فلأنّ الصحيحة صرّحت بثبوتها للمشتري خاصة من جهة فرض كون المبيع حيواناً فقط.

وأما الثالث فلأنّ تقييد صاحب الحيوان بالمشتري يمكن أن يكون:

إمّا لدفع احتمال كون المقصود منه الصاحب الأول للحيوان، وهو البائع. أو لوروده مورد الغالب من كون صاحب الحيوان مشترياً، فإنّ الغلبة قد يصحّ تنزيل التقييد عليها دون إطلاق المطلق.

أو لوصف الحيوان - دون صاحبه - بأنّه مُشْتَرَى، بان تكون كلمة «المُشْتَرَى» بصيغة المبني للمفعول دون الفاعل.

٥ - وأما إنّ مبدأ الثلاثة هو العقد لا التفرّق - خلافاً للجماعة - فلظاهر صحيحة ابن مسلم المتقدمة، فإنّها دالة على أنّ الخيار الذي ينتهي بالتفرّق يستمر في الحيوان إلى ثلاثة أيّام، ومن الواضح أنّ خيار المجلس الذي ينتهي بالتفرّق يتبدئ من حين العقد فيلزم أن يكون الأمر كذلك في خيار الحيوان.

وبهذا يتضح التأمل في ما استدلل به على كون البداية هي التفرق من استصحاب عدم حدوث الخيار قبل انقضاء المجلس، أو استصحاب عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثة من حين العقد، أو بأنه يلزم اجتماع سببين على مسبب واحد.

ووجه التأمل:

أما بالنسبة إلى الاستصحابين فلأنَّ النوبة لا تصل إلى الدليل الفقاهتي مع وجود الدليل الاجتهادي.

على أنَّ الاستصحاب الأوَّل مثبت لأنَّ المطلوب إثبات عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثة من حين العقد، وهو لازم غير شرعي لعدم حدوثه قبل انقضاء المجلس. وأما بالنسبة إلى الأخير فلأنَّ قياس الأمور الاعتبارية على الأمور التكوينية قياس مع الفارق.

٦- وأما دخول الليلتين فلأنَّ اليوم وإن كان ظاهراً في خصوص بياض النهار إلا أنَّ المستفاد من الروايات استمرار الخيار الواحد، ولازمه دخول الليلتين.

٧- وأما كفاية التلفيق فلأنَّ ذلك هو المفهوم عرفاً من التحديد بثلاثة أيام ونحوه، فهو يفهم أنَّ العقد لو وقع بداية بياض النهار استمرَّ ثلاثة من دون تكسير، ولو وقع أثناء بياض النهار استمرَّ إلى أثناء بياض اليوم الرابع. وهذا البيان نفسه يأتي في عشرة الإقامة وثلاثة الحيض وعشرته.

٨- وأما دخول الليلة الثالثة حالة التلفيق فلما تقدّم في دخول الليلتين.

ثالثها: خيار الشرط:

وهو الثابت بسبب اشتراطه في العقد للمتعاقدين أو لأحدهما أو لأجنبي.

ويلزم لدى المشهور ضبط المدّة المجمعول فيها الخيار وعدم تردّها بين الزيادة والنقصان.

ومن أفراد الخيار المذكور بيع العين على أن يكون للبائع الخيار في استرجاعها عند ردّ الثمن نفسه على تقدير وجوده - أو مثله - على تقدير عدمه - خلال فترة معيّنة. ويصطلح عليه بيع الخيار. كما يجوز للمشتري أيضاً اشتراط الخيار عند ردّ العين خلال فترة معيّنة.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنّ الخيار يثبت باشتراطه فلعدّة وجوه، نذكر منها:

أ - التمسك بقاعدة «المسلمون عند شروطهم» المستفادة من صحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم إلّا كل شرط خالف كتاب الله عزّ وجلّ فلا يجوز»^(١).

ونوقش ذلك بأنّ شرط الخيار مخالف للكتاب الكريم: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ الدالّ على لزوم كل عقد، وللسنة الشريفة - فإذا افترقا فلا خيار - الدالّة على لزوم البيع بعد الافتراق.

ويمكن الجواب بأنّ اللزوم ووجوب الوفاء ليسا بمعنى وجوب إبقاء العقد بعد الافتراق تعبدّاً بل هما بمعنى حرمة التخلّف عمّا تمّت عليه المعاقدة، وهو لا يتنافى مع اشتراط الخيار في بداية المعاقدة.

ب - التمسك بإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢) الشامل للبيع

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٦ الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

المشتمل على الخيار.

ج - التمسك بصحيفة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري. وهو بالخيار فيها إن شرط أو لم يشترط»^(١) فإنها تدلّ على أن ثبوت الخيار في غير الحيوان يمكن أن يتم من خلال الشرط.

٢ - وأما جواز اشتراطه للأجنبي فلا إطلاق الوجوه المتقدمة كلاً أو جلاً.

٣ - وأما اعتبار ضبط المدة فلا وجه له سوى صيرورة البيع نفسه غريباً لدى جهالة الشرط، وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر^(٢).

بيد أنه قد تقدّم ضعف سند الحديث، ويبقى الحكم مبنياً على الاحتياط تحفظاً من مخالفة الإجماع المدعى في المسألة.

٤ - وأما بيع الخيار فالوجه في صحته:

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

ب - التمسك بالروايات الخاصة من قبيل ما رواه إسحاق بن عمار: «حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه فقال: أبيعك داري هذه وتكون لك أحب إلي من أن تكون لغيرك على أن تشترط لي إن أنا جئتك بثمنها إلى سنة أن ترد عليّ، فقال: لا بأس بهذا...»^(٣).

ودلالاتها وإن كانت واضحة إلا أن سندها قابل للتأمل، فإن الشيخ الطوسي نقلها كما ذكر^(٤) في حين أن الشيخ الصدوق نقلها عن إسحاق هكذا:

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٠ الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٨ الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ١٩ الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٤) التهذيب ٧: ٢٣.

«سأله رجل وأنا عنده فقال: ...»^(١) والشيخ الكليني نقلها عن إسحاق هكذا: «أخبرني مَنْ سمع أبا عبد الله عليه السلام قال: سأله رجل وأنا عنده فقال له...»^(٢).

وهي بالنقلين الأولين لا إشكال فيها إلا أنها بالنقل الثالث محل إشكال؛ لأن السامع من الإمام عليه السلام الذي ينقل إسحاق الرواية عنه مجهول، ولعله غير ثقة، ومعه يحصل التعارض في النقل، إذ من البعيد تعدد النقل الحاصل من إسحاق بل هو إما قال: سمعت مَنْ سمع الإمام عليه السلام أو قال: سمعت الإمام عليه السلام وقد سأله رجل وأنا عنده، وحيث لا مرجح للثاني فتسقط الرواية عن الاعتبار. ولكن لئن لم يمكناً تصحيح سند الرواية المذكورة فبالإمكان التعويض عنها بروايات أخرى، كموثقة معاوية بن ميسرة^(٣).

٥ - وأما إنّه يلزم ردُّ الثمن نفسه على تقدير وجوده وبدله على تقدير عدمه فلائذ ذلك من لوازم الفسخ المقتضي لرجوع كل واحد من العوضين إلى صاحبه عند وجوده وبدله على تقدير عدمه.

٦ - وأما جواز اشتراط الخيار المذكور للمشتري أيضاً فلائذ ذلك وإن لم يكن مشمولاً للروايات الخاصة إلا أنّه يكفي اقتضاء القاعدة بالبيان المتقدم.

رابعها: خيار تخلف الشرط:

كل مَنْ اشترط شرطاً في العقد صريحاً أو ضمناً وكان غير مخالف للشرع ولا لمقتضى العقد يلزم الوفاء به. وعند تخلف

(١) الفقيه ٣: ١٢٨ .

(٢) الكافي ٥: ١٧١ .

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٢٠ الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

المشروط عليه عن القيام به يثبت للشارط الخيار.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنَّ الشرط الذي يجب الوفاء به هو ما كان في العقد بأحد النحويين فباعتبار أنّه عبارة عن الالتزام ضمن الالتزام، فإذا لم يكن ضمن العقد يكون التزاماً ابتدائياً وليس شرطاً ليشمله عموم «المسلمون عند شروطهم».

٢ - وأمّا اعتبار أن لا يكون مخالفاً للشرع .. فلوجهين:

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

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

٣ - وأمّا اعتبار أن لا يكون مخالفاً لمقتضى العقد - كالبيع بلا ثمن - فلوجهين.

أ - أنَّ الوفاء بالعقد حيث يتنافى مع مضمون الشرط فيلزم أحد أمرين: إمّا عدم وجوب الوفاء بالعقد ومن ثمَّ بطلانه، أو عدم وجوب الوفاء بالشرط ومن ثمَّ بطلانه، وعلى كلا التقديرين يلزم بطلان الشرط وعدم وجوب الوفاء به.

ب - أنَّ الشرط إذا كان مخالفاً لمقتضى العقد فهو مخالف للكتاب الكريم الدالّ على ترتّب مقتضى العقد عليه.

٤ - وأمّا وجوب الوفاء بالشرط تكليفاً .. فلوجه:

أ - التمسك بقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»^(١)، فإنّه يدل على أنَّ الوفاء بالشرط لا ينفك عن الإسلام، وعدمه لا ينفك عن عدمه، ولازم ذلك وجوب الوفاء بالشرط.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٦ الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

ب - التمسك بقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا﴾^(١)، إمّا بتقريب أن المقصود من العقود هو العهود - كما روي ذلك عن عبد الله بن سنان عن الإمام الصادق عليه السلام^(٢) والعهد صادق على الشرط - أو بتقريب أن العقد إذا وجب الوفاء به فيلزم الوفاء بالشرط أيضاً لأنه جزء مما تمّ التعاقد عليه.

ج - التمسك بالروايات الخاصة، من قبيل موثقة إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام أن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً»^(٣)، فإنّها واضحة في وجوب الوفاء.

وموردها وإن كان عقد النكاح إلا أنه يتعدى إلى غيره إمّا لعدم القول بالفصل أو لأنّ التعليل ينفي احتمال الخصوصية.

وبهذا يتضح أن ما أفاده الشهيد في اللمعة - من عدم وجوب الوفاء بالشرط وأنّ فائدته تنحصر في جواز الفسخ عند تخلفه^(٤) - قابل للتأمل.

٥ - وأمّا ثبوت الخيار عند تخلف الشرط فلا أن مرجع الاشتراط عرفاً إلى تعليق الالتزام بالعقد على تحقق الشرط خارجاً، فعند عدم تحققه لا التزام بالعقد الذي هو عبارة أخرى عن جعل الشارط الخيار لنفسه عند تخلف الشرط.

ووجه الشيخ الأعظم ثبوت الخيار بقوله: «إذا امتنع المشروط عليه عنه فقد نقض العقد فيجوز للمشروط له أيضاً نقضه»^(٥).

(١) المائدة: ١ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٣٢٧ الباب ٢٥ من كتاب النذر والعهد، الحديث ٣ .

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ١٧ الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥ .

(٤) اللمعة الدمشقية: كتاب التجارة / الفصل ٩ الخيار ١٠ .

(٥) كتاب المكاسب ٣: ٣٣، انتشارات إسماعيليان.

خامسها: خيار الغبن:

وهو ثابت من حين العقد للمغبون - بايعاً كان أو مشترياً - مع جهله بالحال. ولا تلزم على الفورية بل يجوز التأخير لغرض عقلائي.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا ثبوت الخيار عند الغبن فلا إشكال فيه^(١) وإنّما الإشكال في تخريجه الفني.

وقد ذكرت عدّة تقرّيات، أوجهها التمسك بفكرة الشرط الضمني بتقريب أنّ كل عاقد عاقل يشترط ضمن العقد لنفسه الخيار - اشتراطاً ضمناً - على تقدير كونه مغبوناً وكون التفاوت فاحشاً.

٢ - وأمّا أنّه من حين العقد - خلافاً للقول بكونه عند اتّضح الغبن - فلأنّ المشترط ضمناً هو ثبوت الخيار عند ثبوت الغبن واقعاً وإن لم يتضح، وعليه إذا فسخ المغبون قبل اتّضح غبنه وقع صحيحاً.

٣ - وأمّا التعميم للبائع والمشتري فلاشتراك النكته.

٤ - وأمّا اعتبار الجهل فلاختصاص نكته الخيار المتقدّمة بحالة الجهل.

٥ - وأمّا فورية خيار الغبن فمحل خلاف.

واستدلّ لها بأنّ الخيار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن. وأوضح المحقّق الثاني الأصل بأنّ «العموم في أفراد العقود يستتبع عموم الأزمنة وإلاّ لم يتنفع به»^(٢).

(١) كتاب المكاسب ٢: ٣٦٩.

(٢) كتاب المكاسب ٢: ٢٩٢ «انتشارات إسماعيليان»

واستدلّ للتراخي بالاستصحاب، وهو يتم بناءً على تمامية أمور ثلاثة:

أ - جريان الاستصحاب في موارد الشك في المقتضي وعدم اختصاصه بموارد الشك في الراجع خلافاً للشيخ الأعظم والنائيني.

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

ج - ترجيح الاستصحاب على التمسك بالعام عند الدوران بينهما في ما إذا خرج فرد من العام في زمان معين وشكّ في حاله بعد ذلك .

والمناسب أن يُقال: ان التأخير إذا كان لغرض عقلائي - كانتظار حضور الغابن - فلا يسقط به الخيار، وإنّما يسقط إذا كان في التأخير دلالة على الإغماض عن الخيار، فإنّ النكتة المتقدمة لثبوت الخيار تقتضي ما ذكرناه.

سادسها: خيار العيب:

كل من انتقل إليه بالبيع أو الشراء ما فيه عيب كان له رده.
والمشهور جواز المطالبة بالارش أيضاً إلاّ مع إحداث حدث فيه فيتعيّن الارش.

ويسقطان مع العلم بالعيب أو البراءة من العيوب.

ولا فورية في أعمال الخيار المذكور.

والخيار في الردّ يعمُّ جميع المعاملات وإن كان الارش خاصاً بالبيع.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا جواز ردّ المعيب فقد دلّت عليه عدّة روايات، ولكنها خاصّة

بموردها، من قبيل صحيحة ميسر عن أبي عبد الله عليه السلام: «رجل اشترى زق زيت

فوجد فيه دردياً^(١) قال: فقال: إن كان يعلم أنَّ ذلك يكون في الزيت لم يرده، وإن لم يكن يعلم أنَّ ذلك يكون في الزيت رده على صاحبه^(٢).

إلا أنَّ الحكم يمكن إثباته على طبق القاعدة بلا حاجة إلى رواية، وذلك بالتمسك بفكرة الشرط الضمني، فإنَّ كلَّ مَنْ يُقدم على معاملة يشترط ضمناً السلامة والخيار لنفسه على تقدير عدمها.

٢ - وأما التعميم للبائع والمشتري فلعدم اختصاص فكرة الشرط الضمني بالمشتري.

٣ - وأما التخيير بين الرد والارش الذي صار إليه المشهور فلا رواية تدلُّ عليه وإنَّما الوارد ثبوت الارش عند حصول بعض التصرفات المانعة من الرد. ويجوز أن يكون ذلك من باب تعيين الرد حالة عدم التصرف، والارش حالة التصرف وليس من باب تعيين أحد طرفي التخيير بتعذر الآخر.

أجل .. ورد في الفقه الرضوي: «فإن خرج في السلعة عيب وعلم المشتري فالخيار إليه إن شاء ردَّ وإن شاء أخذه أو ردَّ عليه بالقيمة ارش العيب»^(٣).

يبيد أنَّ الكتاب المذكور ساقط عن الاعتبار لعدم ثبوت نسبته إلى الإمام الرضا^(عليه السلام) وإنَّ أصرَّ على ذلك بعض الأصحاب، كصاحب الحقائق^(٤).

نعم .. مَنْ يرى حجية الشهرة الفتوائية والإجماعات المنقولة فيمكنه

(١) الدردي في الزيت ونحوه: ما يبقى في أسفله .

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٠٩ الباب ٧ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١ .

(٣) مستدرک الوسائل ١٣: ٣٠٦ الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

والظاهر زيادة الألف في «أو»

(٤) الحقائق الناضرة ١: ٢٥. وللشيخ النوري في مستدرکه ١٩: ٢٣٠ - ٣٢٢ بحث مفصل عن الكتاب المذكور .

الاستناد إليها، وإلاّ فالمناسب اختصاص الارش بحالة عدم إمكان الردّ بسبب التصرف لما رواه زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «أثما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار لم يتبرأ إليه ولم يبين له فأحدث فيه بعدما قبضه شيئاً ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء أنّه يمضي عليه البيع ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به»^(١).

والسند يشتمل على موسى بن بكر الواسطي، وهو لو يوثق في كتب الرجال إلاّ بناءً على كبرى وثيقة كل من ورد في أسانيد تفسير القمي، أو من روى عنه أحد الثلاثة.

أجل .. ورد في الحديث أن أبا الحسن عليه السلام قال له: «مالي أراك مصفراً؟... فقال لي: ألم آمرك بأكل اللحم؟ قلت: ما أكلت غيره منذ أمرتني، فقال عليه السلام: وكيف تأكله؟ قلت: طبخاً، فقال: لا، كُله كباباً، فأكلته، ثم أرسل إليّ فدعاني بعد جمعة وإذا الدم قد عاد في وجهي، فقال لي: الآن نعم»^(٢).

وفي نقل آخر: أنّه عليه السلام وجهه في بعض حوائجه إلى الشام^(٣).

ولكن الحديث ضعيف سنداً لأنّ الراوي له الواسطي نفسه، ودلالة لأنّ اعتناء الإمام عليه السلام بصحته وإرساله في بعض حوائجه لا يلزم الوثاقة.

والأولى الاستدلال على قبول رواياته بما رواه الشيخ الكليني بطريق معتبر عن الحسن بن محمد بن سماعة: «دفع إليّ صفوان كتاباً لموسى بن بكر فقال لي: هذا سماعي من موسى بن بكر وقرأته عليه فإذا فيه: موسى بن بكر عن علي

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٣٠ الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) الكافي ٦: ٣١٩.

(٣) مستدرک الوسائل ١٦: ٣٥٤ الباب ٢٣ من أبواب الأطعمة المباحة، الحديث ١.

بن سعيد عن زرارة، قال: هذا ممّا ليس فيه اختلاف عند أصحابنا»^(١).

٤ - وأمّا سقوط الرد والارش حالة العمل أو البراءة فلقصور فكرة الشرط الضمني والنصوص المتقدمة عن الشمول لمثل ذلك.

٥ - وأمّا إنّه لا فوريّة في الخيار المذكور فذلك واضح بالنسبة إلى الرد؛ لأنّ الاشتراط الضمني لم تؤخذ فيه الفوريّة في إعمال الخيار.

وأمّا بالنسبة إلى الارش فلا إطلاق صحيحة زرارة، ومع التزّل والتسليم بدعوى أنّها في مقام بيان أصل الخيار دون خصوصيّاته فلا أقلّ من إطلاقها المقامي.

٦ - وأمّا إنّ الرد بالعيب يعمّ جميع المعاملات فلعدم اختصاص فكرة الشرط الضمني بالبيع بل تعمّ غيره.

أجل .. يختصّ الارش بالبيع لاختصاص صحيحة زرارة - التي هي مدركه - به .

سابعها: خيار التأخير:

مَنْ باع من دون قبض العوضين ولا أحدهما فالبيع عليه لازم ثلاثة أيّام وله الفسخ بعدها ما دام لم يشترط تأخير قبضهما أو أحدهما، ويصطلح على ذلك بخيار التأخير.

ومتى ما تمّت المعاملة يلزم تسليم العوضين بعدها فإذا امتنع أحدهما كان للآخر الفسخ، ولا يختصّ هذا بالبيع بخلاف ما سبق.

ومنّ باع ما يسرع إليه الفساد - كبعض الفواكه - فالإمهال ليس إلى

(١) الكافي ٧: ٩٧ .

ثلاثة، بل إلى ما قبل طروه.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا ثبوت الخيار بالتأخير في الجملة فلا إشكال فيه. وتدّل عليه عدّة روايات، كصحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «الرجل يشتري من الرجل المتاع ثمّ يدعه عنده فيقول حتّى آتيك بثمانه. قال: إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيّام وإلّا فلا بيع له»^(١).

ولا يضرّ ضعفها بعلي بن حديد في بعض طرقها بعد سلامة الباقي من ذلك.

وقد يُستفاد من نفي الإمام عليه السلام البيع بقوله: «وإلّا فلا بيع له» بطلان البيع إمّا من الأساس أو بعد الثلاثة دون ثبوت الخيار للبائع، وبذلك لا تكون دالّة على ما ذهب إليه المشهور.

إلّا أنّ ذلك ضعيف باعتبار أنّ المقصود تسهيل الأمر على البائع وهو يتحقّق بنفي اللزوم من ناحيته، كيف وهل يحتمل أنّ البائع لا يحقّ له الانتظار أكثر من ثلاثة متبرّعاً.

وبعد هذا لا تبقى حاجة إلى ما أفاده الشيخ الأعظم بقوله: «وكيف كان فلا أقلّ من الشكّ فيرجع إلى استصحاب الآثار المترتبة على البيع. وتوهم كون الصّحة سابقاً في ضمن اللزوم فترتفع بارتفاعه مندفع بأنّ اللزوم ليس من قبيل الفصل للصّحة وإنّما هو حكم مقارنة له في خصوص البيع الخالي من الخيار»^(٢).

٢ - وأمّا اشتراط عدم قبض العوضين ولا أحدهما فالتصريح بذلك في

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢١ الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) كتاب المكاسب ٢: ٢٩٩، انتشارات إسماعيليان.

الصحيحة المتقدمة.

وأما اعتبار عدم اشتراط التأخير فلأن ذلك هو المنصرف من الصحيحة.

٣ - وأما إنه يلزم تسليم العوضين بعد تمامية المعاملة فلأن كل طرف يملك بالمعاملة ما انتقل إليه فالتأخير من دون رضاه غير جائز إلا مع الانصراف إليه، وهو غير ثابت بل الثابت عكسه.

٤ - وأما إنه يحق للآخر الفسخ على تقدير امتناع أحدهما فذلك للاشتراط الضمني على احتفاظ كل منهما بالخيار لنفسه على تقدير امتناع الآخر من التسليم.

٥ - وأما اختصاص خيار التأخير بالبيع فلاختصاص صحيحة زرارة السابقة وغيرها به، وهذا بخلاف جواز الفسخ على تقدير امتناع أحدهما من التسليم فإن نكته عامة لغير البيع أيضاً.

٦ - وأما بيع ما يسرع إليه الفساد فقد دلت بعض الروايات على ثبوت الخيار فيه بعد دخول الليل إذا كان يفسده المبيت كما في رواية محمد بن أبي حمزة أو غيره عمّن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام: «الرجل يشتري الذي يفسد من يومه ويتركه حتى يأتيه الثمن، قال: إن جاء فيما بينه وبين الليل بالثمن وإلا فلا بيع له»^(١)

ولكنها ضعيفة السند بالإرسال وتردد المرسل. ولا بدّ من حملها على حالة تحقق الفساد بالمبيت، أمّا إذا كان يتحقق في وسط النهار مثلاً فالخيار لا بدّ وأن يكون ثابتاً قبيل ذلك بنحو يمكن بيعه لو فسخ.

والوجه في ذلك هو الاشتراط الضمني الارتكازي إذ العاقل لا يقدم على

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٤ الباب ١١ من أبواب الخيار: الحديث ١ .

إتلاف ماله بلا مقابل.

ثامنها: خيار الرؤية:

مَنْ اشترى اعتماداً على رؤية سابقة أو على وصف بدون رؤية ثم وجده على خلاف ذلك كان بالخيار بين الرد والإمسك. ولا يحقّ له المطالبة بالارش كما لا يسقط خياره ببذل البائع الارش أو إبدال العين بأخرى. والخيار يثبت للبائع أيضاً إذا كان قد رأى المبيع أو اعتمد على وصف ثم انكشف الخلاف. بل يثبت الخيار للبائع أو المشتري إذا اتضح الخلاف في الثمن. وليس الخيار المذكور ثابتاً بنحو الفوريّة.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا ثبوت الخيار عند تخلف الرؤية أو الوصف فهو المعروف بين الأصحاب، واستدلّ له بصحيح جميل بن درّاج: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلما أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إنّه لو قلب منها ونظر إلى تسعة وتسعين قطعة ثم بقي منها قطعة ولم يردّها لكان له في ذلك خيار الرؤية»^(١).

وهو إن تمت دلالته على المطلوب فلا إشكال وإلاّ أمكن التمسك بفكرة الاشتراط الضمني، فإنّ مَنْ يشتري اعتماداً على الرؤية أو الوصف يشترط

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٨ الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.

لنفسه الخيار ضمناً وارتكازاً على تقدير التخلّف.

والسيرة العقلائيّة المنعقدة على استحقاق المشتري للفسخ عند التخلّف واضحة في ذلك.

٢ - وأمّا إنّه لا تجوز المطالبة بالأرّش ولا يسقط الخيار ببذله ولا بالإبدال بعين أخرى فلاّنّ ثبوت الأرّش يحتاج إلى دليل، وهو خاص بالعيب، ومقتضى الاشتراط الضمني ثبوت الحق في الفسخ دون الأرّش أو الإبدال.

٣ - وأمّا التعميم للبائع ولانّشكاف الخلاف في الثمن فلعوم نكته الاشتراط الضمني.

٤ - وأمّا عدم اعتبار الفوريّة في أعمال الخيار فلعدم اقتضاء فكرة الاشتراط الضمني لذلك.

٥- الربا

الربا حرام بالضرورة، ويتحقّق في موردين:

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

ب - البيع. وذلك فيما إذا بيع أحد المتّحدين جنساً بالآخر مع زيادة أحدهما زيادة عينيّة أو حكميّة وافتراض كونهما من المكيل أو الموزون، فشروط تحقّقه في البيع - على هذا - ثلاثة.

وفي عموم التحريم لغير البيع - كالصلح - خلاف.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا حرمة الربا فهي من الضروريّات. وقد دلّ عليها الكتاب الكريم

في أكثر من موضع، كقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ... وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(١)، ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾^(٢).

وما ورد في السُّنة الشريفة كثير، ففي موثق عبد الله بن بكير: «بلغ أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أنه كان يأكل الربا ويسميه اللبأ^(٣) فقال: لئن أمكنني الله منه لأضربن عنقه»^(٤).

وفي صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام: «درهم ربا أشدُّ من سبعين زنية كلها بذات محرم»^(٥).

٢ - وأما شموله لكلا الموردين المذكورين دون أحدهما ودون ما زاد عليهما فلدلالة الدليل على ثبوته فيهما دون ما زاد فتجري البراءة عنه.

٣ - وأما اعتبار الشروط الثلاثة في تحقُّق الربا في البيع فذلك واضح بالنسبة إلى اشتراط الزيادة في أحد الطرفين لتقوم مفهوم الربا بذلك لغة إذ هو عبارة عن الزيادة.

وأما الشرطان الآخران فقد دلَّت عليهما روايات كثيرة. وقد جمعت الشروط الثلاثة موثقة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن البيضة بالبيضتين،

(١) البقرة: ٢٧٥ .

(٢) البقرة: ٢٧٨ - ٢٧٩ .

(٣) اللبأ بكسر اللام وفتح الباء والهمزة بعدها: أوّل لبن الأم. والمقصود المبالغة في حليته بالتشبيه بأوّل لبن الأم.

(٤) وسائل الشيعة ١٨: ١٢٥ الباب ٢ من أبواب الربا، الحديث ١ .

(٥) وسائل الشيعة ١٨: ١١٧ الباب ١ من أبواب الربا، الحديث ١ .

قال: لا بأس به. والثوب بالثوبين، قال: لا بأس به، والفرس بالفرسين، فقال: لا بأس به. ثم قال: كل شيء يُكَال أو يُوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد، فإذا كان لا يُكَال ولا يُوزن فلا بأس به اثنين بواحد»^(١).

٤ - وأما إنَّ الزيادة تعمَّ الحكمية - كييع أحد المتماثلين مع اشتراط كنس المسجد أو أداء صلاة الليل مثلاً في جانب أحدهما، أو كون أحدهما نقداً والآخر نسيئة - ولا تختصَّ بالعينية فلا وضوح للروايات فيه.

وقد يستدل على ذلك بالوجوه التالية:

أ - التمسك بما دلَّ على اعتبار الماثلة وعدم الزيادة، كصحيحة محمد بن مسلم وزرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «الحنطة بالدقيق مثلاً بمثل، والسويق بالسويق مثلاً بمثل، والشعير بالحنطة مثلاً بمثل لا بأس به»^(٢).

وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «الفضة بالفضة مثلاً بمثل، والذهب بالذهب مثلاً بمثل ليس فيه زيادة ولا نقصان، الزائد والمستزيد في النار»^(٣).

وصحيحة الوليد بن صبيح: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام: الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، الفضل بينهما هو الربا المنكر هو الربا المنكر»^(٤).

وتقريب الدلالة: أنه مع الزيادة ولو حكمية يصدق الفضل بينهما ولا يصدق البيع مثلاً بمثل.

ب - التمسك برواية خالد بن الحجاج: «سأله عن الرجل كان لي عليه

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٥٣ الباب ١٦ من أبواب الربا، الحديث ٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٤١ الباب ٩ من أبواب الربا، الحديث ٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ١٦٥ الباب ١ من أبواب الصرف، الحديث ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٨: ١٦٥ الباب ١ من أبواب الصرف، الحديث ٢.

مائة درهم عدداً قضانيها مائة وزناً، قال: لا بأس ما لم تشترط، قال: وقال: جاء الربا من قبل الشروط إنما يفسده الشروط»^(١) فإنها تدلّ بالإطلاق على أن الشرط ولو كان بنحو الزيادة الحكمية موجب لها.

ج - التمسك بالإجماع المدعى في المسألة.

والكل كما ترى.

أما الأول فلأن ظاهر المثلية هو المماثلة في القدر لا من جميع الجهات. وهكذا ظاهر الفضل هو الفضل من حيث القدر.

وأما الثاني فلأن رواية خالد ضعيفة سنداً به - لعدم توثيقه وإن كان أخوه يحمي الراوي عنه قد وثقه النجاشي - ودلالة لاختصاص موردتها بالقرض.

هذا كله مضافاً إلى كون الرواية مضمرة، وعلى المسلك القائل بعدم حجية المضمرات إلا إذا كان المضمّر من أجلاء الأصحاب الذين لا تليق بهم الرواية عن غير المعصوم عليه السلام يشكل العمل بها لأنّ خالداً ليس كذلك.

وأما الثالث فلأنّ الإجماع لو ثبت وغُضَّ النظر عن نسبة الخلاف إلى الأردبيلي وابن إدريس فهو محتتمل المدرك، ومعه لا يمكن الجزم بكاشفيته عن رأي الإمام عليه السلام يداً بيد، ومن هنا رفض بعض كالسيد اليزدي التعميم^(٢)، هذا ولكن الحكم بذلك بنحو الاحتياط أمر لازم لا ينبغي الحياد عنه.

٥ - وأما الخلاف في التعميم لغير البيع بالرغم من إطلاق الأخبار المتقدمة الدالة على اعتبار المماثلة فلدعوى انصرافها إلى خصوص البيع، ومعه يتمسك بالبراءة عن التحريم في غير البيع.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٩٠ الباب ١٢ من أبواب الصرف، الحديث ١.

(٢) ملحقات العروة الوثقى ٢: ٥.

والمناسب التعميم لو هن دعوى الانصراف.

أجل لا يبعد التخصيص بما إذا كان الصلح بين العينين - كما لو قيل: صالحتك على هذا المثل من الذهب بهذين المثلين - دون ما إذا كان بين غيرهما - كما لو قيل: صالحتك على أن أهب لك هذا المثل من الذهب مقابل أن تهب لي مثقالين من الذهب - لصدق عنوان الفضة بالفضة مثلاً في الأول دونه في الثاني.

أحكام خاصة بالرّبا:

يتخلّص من الرّبا - لدى المشهور - بضمّ غير الجنس إلى الطرف الناقص - كبيع كيلوين من الأرز بكيلو من الأرز و كيلو من العدس - أو بضمّ غير الجنس إلى كل من الطرفين ولو مع التفاضل فيهما، كبيع كيلوين من الأرز مع كيلوين من العدس بكيلو من الأرز و كيلو من العدس، لوقوع الزيادة مقابل الضميمة في الصورة الأولى، ووقوع كل جنس في مقابل مخالفه تعبدًا وإن لم يقصد المتعاقدان ذلك في الصورة الثانية. كل ذلك مع افتراض العوضين حالين.

ويلزم عند بيع الذهب المصوغ بغير المصوغ والفضة المصوغة بغير المصوغة تساويهما، ومعه لا يجوز بيع مثقال من الذهب المصوغ بمثقال من الذهب غير المصوغ منضمًا إلى أجرة الصياغة.

ولا يجوز أن يقول شخص لآخر: أبيعك هذا المثل من الفضة الجيدة بمثل من الفضة الرديئة بشرط أن تخط لي ثوباً مثلاً،

ويجوز العكس بأن يقول: خط لي ثوباً على أن أبيعك المثقال الجيد بالمثقال الرديء.

والمشهور عدم تحقق الربا بين الوالد وولده، والمولى ومملوكه، والزوج وزوجته، والمسلم والحربي إذا أخذ المسلم الفضل.

ويجوز بيع الأوراق النقدية بعضها بالآخر مع اختلاف العملة - نقداً ونسيئة - حتى مع فرض التفاضل في المالية، بل يجوز مع اتحادها أيضاً إذا افترض كون العوضين شخصيين. كما يجوز أيضاً بيع الصكوك على ثالث بأقل إذا كانت تعبر واقعاً عن دين.

والعملة النقدية إذا كانت مصنوعة من الفضة ونحوها من المعادن الموزونة لا يجوز تبديلها إلى أبعاضها مع فرض التفاضل بينها والأصل وكونها خالصة.

والربا كما يحرم أخذه يحرم دفعه وكتابته والشهادة عليه. والحنطة والشعير في باب الربا جنس واحد وإن كانا في غيره جنسين. ومن تعامل بالربا وهو جاهل بالحكم أو بالموضوع ثم التفت وتاب فلا يلزمه إرجاعه.

ومن ورث مالاً فيه أموال ربوية فمع عدم تمييزها فلا شيء عليه وإلا لزم ردّها على مالکها مع معرفته، ومع عدمها يتعامل معها معاملة مجهول المالك.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا التخلّص من الرّبا بما ذكر فهو على طبق القاعدة لو كان إيقاع كل جنس مقابل ما يخالفه مقصوداً للمتعاقدين كما هو واضح.

وأما إذا لم يكن مقصوداً فالانصراف إلى المخالف يحتاج إلى دليل. وقد دلّت عدّة روايات على ذلك كصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج: «...أشترى ألف درهم بألفي درهم، فقال: لا بأس بذلك إنَّ أبي كان أجراً على أهل المدينة مني فكان يقول هذا، فيقولون: إنَّما هذا الفرار، لو جاء رجل بدينار لم يعط ألف درهم ولو جاء بألف درهم لم يعط ألف دينار، وكان يقول لهم: نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال»^(١).

وإضمارها لا يضرّ بعد كون ابن الحجاج من أجلاء الأصحاب الذين لا تليق بهم الرواية عن غير الإمام عليه السلام أو للبيان العام المتقدم أكثر من مرّة. وصحيحته الأخرى عن أبي عبد الله عليه السلام: «كان محمد بن المكندر يقول لأبي عليه السلام: يا أبا جعفر رحمك الله والله إنّا لنعلم أنّك لو أخذت ديناراً والصرف بثمانية عشر فدرت المدينة على أن تجد من يعطيك عشرين ما وجدته، وما هذا إلاّ فرار، فكان أبي يقول: صدقت والله ولكنّه فرار من باطل إلى حق»^(٢).

وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا بأس بألف درهم، ودرهم بألف درهم ودينارين إذا دخل فيها ديناران أو أقلّ أو أكثر فلا بأس به»^(٣).

وهناك رأي لبعض المتأخّرين يخصّص جواز التخلّص بالضميمة بما إذا

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٧٨ الباب ٦ من أبواب الصرف، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٧٩ الباب ٦ من أبواب الصرف، الحديث ٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ١٨٠ الباب ٦ من أبواب الصرف، الحديث ٤.

كان الأرز الزائد مثلاً في هذا الجانب مع الأرز الناقص في الجانب الآخر متساويين من حيث المالّية تقريباً وأريد بالضميمة التخلّص من محذور تفاوت المقدار اللازم منه الرّبا.

وهو غير بعيد لقرب انصراف نصوص الضميمة إلى خصوص الحالة المذكورة.

٢ - وأمّا اعتبار كون العوضين حالين فلاختصاص مورد النصوص المجوّزة بذلك.

٣ - وأمّا لزوم التساوي بين المصوغ وغيره، ومن ثمّ عدم جواز اشتراط أجره الصياغة فلأنّ المصوغ وغيره جنس واحد ويشملها النصّ المتقدّم: «الذهب بالذهب، والفضّة بالفضّة، الفضل بينهما هو الربا المنكر» ومعه يكون اشتراط الأجر فضلاً موجباً للرّبا.

وبكلمة أخرى: المصوغ وغيره هما كالجيدّ والرديء، والوسخ والنظيف، والمكسور وغيره، فكما أنّ كل واحد من هذه يُعدّ مع مقابله واحداً ويلزم تساويهما فكذلك في المصوغ وغيره.

وقد ادّعى صاحب الجواهر عدم الخلاف والإشكال في المسألة^(١).

٤ - وأمّا عدم جواز بيع أحد المثقالين بالآخر بشرط خياطة ثوب مثلاً فواضح للزوم محذور الرّبا - بناءً على تعميم الزيادة اللازم منها الربا للزيادة الحكميّة - فإنّ الجيدّ والرديء جنس واحد لا يجوز التفاضل فيه.

وأمّا جواز العكس - الذي هو من الوسائل التي يتخلّص بها من الربا - فلصحيح أبي الصباح الكناني: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول للصائغ:

(١) جواهر الكلام ٢٤: ١٣ .

صُغ لي هذا الخاتم وأبدل لك درهماً طازجاً بدرهم غلة^(١) قال: لا بأس،^(٢).
بل قد يُقال باقتضاء القاعدة لذلك لأنَّ إبدال الجيد بالرديء وقع أجراً
للخياطة من دون وقوع الخياطة شرطاً في البيع لتلزم الزيادة فيه.

٥ - وأما عدم تحقق الربا بين مَنْ ذكر فقد دلَّت عليه بعض الروايات الضعيفة،
كرواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «ليس بين الرجل وولده وبينه وبين عبده ولا بين
أهله ربا...»^(٣)، وهي ضعيفة بياسين الضرير، ورواية عمرو بن جميع عن رسول
الله صلى الله عليه وآله: «ليس بيننا وبين أهل حربنا ربا نأخذ منهم ألف ألف درهم بدرهم، ونأخذ
منهم ولا نعطيهم»^(٤)، وهي ضعيفة بمعاذ بن ثابت وغيره.

ولا يمكن الركون إلى الروايتين المذكورتين بعد ضعفهما السندي إلاَّ بناءً
على كبرى الإنجبار بعمل المشهور وإلاَّ فالاحتياط يبقى أمراً مناسباً.

٦ - وأما جواز بيع العملة مع اختلافها فلعدم تحقق محذور الربا بعد
اختلاف جنس العوضين وعدم كونهما من المكيل والموزون.

وإذا قلت: إنَّ الرصيد الذي تعبر عنه الأوراق النقدية قد يكون واحداً
كالذهب الذي هو الموزون.

قلنا: إنَّ المعاوضة لم تجر على الرصيد بل على الأوراق ذات الاعتبار
بسبب الرصيد.

٧ - وأما إنَّه مع اتحاد العملة تجوز المعاملة حتّى مع التفاضل في فرض

(١) الطازج: هو الخالص . والغلة - بكسر الغين -: المغشوش .

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٩٥ الباب ١٣ من أبواب الصرف، الحديث ١ .

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ١٣٥ الباب ٧ من أبواب الربا، الحديث ٣ .

(٤) وسائل الشيعة ١٨: ١٣٥ الباب ٧ من أبواب الربا، الحديث ٢ .

كون العوضين شخصيين فلما تقدّم من أنّ الأوراق النقدية ليست من قبيل المكيل والموزون.

وأما عدم جوازها مع التفاضل في فرض كون العوض نسيئة في الذمة فلأنّ المعاملة ترجع في روحها إلى القرض وإنّ أبرزت مبرز البيع لأنّ شرط البيع تحقّق المغايرة بين الثمن والمثمن، وفي المورد لا مغايرة، فإنّ الثمن ينطبق على المثمن مع زيادة.

وإذا نوقش ما ذكر بأنّ المغايرة المعتبرة في البيع يكفي في تحقّقها كون المثمن عيناً خارجيّة والثمن أمراً كلياً في الذمة أمكن ذكر تقريب آخر، وهو أنّ المعاملة المذكورة بحسب الارتكاز العرفي قرض لأنّه عبارة عن تبديل المال المثلّي الخارجيّ بمثله في الذمة، وهو صادق في المقام.

٨ - وأما جواز بيع الصك بالآقل إذا كان يعبر عن دين واقعاً فلأنّه بيع حقيقة في غير المكيل والموزون.

وأما عدم جوازه مع عدم وجود دين واقعاً فلأنّ شرط صدق البيع وجود عوضين، وهو مفقود في الفرض إذ لا يوجد حق في الذمة ليقع عوضاً، فالمعاملة المذكورة في حقيقتها إقراض بفائدة يبرز مبرز البيع.

٩ - وأما عدم جواز تبديل العملة المعدنية مع التفاضل فلأنّها من الموزونات فيلزم مع التفاضل محذور الربا.

أجل .. مع خروجها عن كونها من الموزونات وصيرورتها من المعدودات - كما في المصنوعة من النحاس عادة - يزول المانع من التفاضل.

وأما الجواز مع فرض كونها مخلوطة بمعدن آخر - كما هو الغالب - فلحصول الضميمة المانعة من تحقّق محذور الربا حسبها تقدّم. بيدّ أنّه يلزم في

الضميمة أن لا تكون مستهلكة وفاقدة للمالية.

١٠ - وأما تعميم حرمة الربا للدفع والشهادة عليه وكتابته فلصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: أكل الربا وموكله وكتابه وشاهداه فيه سواء»^(١) وغيرها.

١١ - وأما إنَّ الحنطة والشعير في باب الربا واحد فلصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا يصلح الشعير بالحنطة إلا واحد بواحد»^(٢) وغيره.

وأما قصر الحكم بالوحدة على باب الربا فلائنه مخالف للقاعدة المقتضية لدوران الأحكام مدار الأسماء فيقتصر في المخالفة على مورد النص.

١٢ - وأما عدم لزوم ردِّ الربا على الآخذ مع الجهل والتوبة بعد الالتفات فهو ما عليه جماعة من الفقهاء^(٣). ويدلّ عليه قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾^(٤)، فإنَّ تخصيصه بنفي العقوبة أو بما وقع من ربا من الجاهلية لا وجه له.

ومع التنزّل تكفي الروايات الكثيرة، كصحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الرجل يأكل الربا وهو يرى أنَّه له حلال، قال: لا يضُرّه حتّى يصيبه متعمداً، فإذا أصابه فهو بالمنزل الذي قال الله عزَّ وجلَّ»^(٥).

وصحيحة أبي المعز: «قال أبو عبد الله عليه السلام: كلَّ ربا أكله الناس بجهالة ثمَّ

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٢٦ الباب ٤ من أبواب الربا، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٣٩ الباب ٨ من أبواب الربا، الحديث ٥.

(٣) جواهر الكلام ٢٣: ٣٩٨، الحقائق الناضرة ١٩: ٢١٦.

(٤) البقرة: ٢٧٥.

(٥) وسائل الشيعة ١٨: ١٢٨ الباب ٥ من أبواب الربا، الحديث ١.

تابوا فإنه يقبل منهم إذا عرف منهم التوبة...»^(١) وغيرهما.

وإذا قيل: إن قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾^(٢) يدل على لزوم ردّ الزيادة، وبذلك يعارض ما تقدّم.

قلنا: ما سبق ناظر إلى حالة الجهل والالتفات والتوبة بعد ذلك في حين أنّ هذه ظاهرة في حالة التعمّد، ولا أقلّ من إمكان حملها على ذلك.

١٣ - وأمّا التعميم للجاهل بالحكم والموضوع فلا إطلاق ما تقدّم.

١٤ - وأمّا إرث ما فيه الربا فيدل على حكمه صحيحة أبي المعز المتقدمة، حيث ورد فيها: «... لو أنّ رجلاً ورث من أبيه مالاً وقد عرف أنّ في ذلك المال ربا ولكن قد اختلط في التجارة بغيره [حلال] كان حلالاً طيباً فليأكله. وإن عرف منه شيئاً أنّه ربا فليأخذ رأس ماله وليرد الربا...»^(٣) وغيرها.

وأبو المعز هو حميد بن المثني الكوفي الصيرفي ثقة ثقة على ما ذكر النجاشي^(٤).

٦- بيع الصرف

وهو بيع الذهب أو الفضة بأحدهما مسكوكين كانا أو لا.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٢٨ الباب ٥ من أبواب الربا، الحديث ٢ .

(٢) البقرة: ٢٧٩ .

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ١٢٨ الباب ٥ من أبواب الربا، الحديث ٢ .

وكلمة «حلال» - بناء على ثبوتها - تكون بدلاً من الضمير .

(٤) رجال النجاشي: ٩٦ منشورات مكتبة الداوري.

وتوجد نسخة ثانية في أبي المعز وهي: أبو المغرا.

ويشترط - لدى المشهور - في صحة البيع المذكور التقابض قبل تحقق الافتراق بينهما حتى مع وحدة الجنس.
وإذا كان العوضان متحدَي الجنس يلزم تساويهما أيضاً، بخلاف ما إذا كانا مختلفي الجنس فإنه لا يلزم تساويهما وإن لزم التقابض.
ويختص لزوم التقابض بالبيع دون الصلح.
ولا يجري حكم الصرف على الأوراق النقدية لو بيع بعضها ببعض.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنَّ بيع الصرف ما ذكر فهو من واضحات الفقه ولم ينقل فيه خلاف^(١). بيد أنَّ تحديد المقصود منه غير مهم لعدم ترتب حكم على العنوان المذكور شرعاً، وإنَّما المهم ملاحظة حكم بيع الصرف، وهو لزوم التقابض قبل الافتراق، وأنَّه لأي بيع ثبت.

والحكم المذكور لم يثبت في الروايات إلّا لبيع الذهب بالفضة أو بالعكس ولم يثبت لبيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة فلاحظ صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا يبتاع رجل فضة بذهب إلّا يداً بيد، ولا يبتاع ذهباً بفضة إلّا يداً بيد»^(٢)، وصحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا اشتريت ذهباً بفضة أو فضة بذهب فلا تفارقه حتّى تأخذ منه وإن نزا حائطاً فانز معه»^(٣) وغيرهما تجد ذلك واضحاً فيها.

وعليه .. لا بدّ في تعميم الحكم بلزوم التقابض في حالة وحدة الجنس من

(١) جواهر الكلام ٢٤: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٦٨ الباب ٢ من أبواب الصرف، الحديث ٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ١٦٩ الباب ٢ من أبواب الصرف، الحديث ٨.

التمسك بالتسالم وعدم القول بالفصل. فإن تمّ ذلك وإلاّ فالمناسب عدم لزوم ذلك فيها.

أجل.. يلزم عدم كون أحدهما مؤجّلاً وإلاّ لزمّت الزيادة الحكميّة التي تقدم- في البحث عن الرّبا - منع المشهور من جوازها.

٢- وأمّا التعميم لغير المسكوك فلاّ إطلاق النصوص.

٣- وأمّا إنّ التقابض شرط في الصّحة فلما تقدّم من النصوص، فإنّ الأمر في باب المعاملات ظاهر في الإرشاد إلى الشرطيّة دون الحكم التكليفي. وعليه.. فاحتمال وجوب التقابض في باب الصرف وجوباً تكليفيّاً بحيث يؤثّم على عدمه ضعيف.

ثمّ إنّ المنسوب للمحقّق الأردبيلي عدم لزوم التقابض وضعاً، بدعوى عدم صراحة الأخبار في ذلك، فإنّ تعبير «يداً بيد» كناية عن كون العوضين نقداً لا مؤجلين وليس كناية عن التقابض^(١).

وفيه: إنّ التعبير المذكور إنّ لم يكن ظاهراً في اعتبار التقابض فلاّ أقلّ من إجماله، ويكفي أنّ ذلك دليلاً على لزوم التقابض صحيحة منصور لصراحته في ذلك.

أجل.. يمكن أن يُناقش بأنّ الروايات السابقة وإن كانت دالة على شرطيّة التقابض إلاّ أنّه ورد في روايات ثلاث ما ظاهره عدم اعتباره. ففي موثقة عمّار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام: «الرجل يبيع الدراهم بالدنانير نسيئة، قال: لا بأس»^(٢).

وهي إنّ ثبت هجران الأصحاب لمضمونها - وغضّ النظر عن نسبة

(١) الحقائق الناضرة ١٩: ٢٧٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٧٠ الباب ٢ من أبواب الصرف، الحديث ١١.

الخلاف إلى الشيخ الصدوق في عدم اعتبار التقابض - سقطت عن الحجية وإلاَّ فالمناسب الجمع بحمل الأولى على رجحان التقابض دون لزومه، بناءً على قبول الأوامر الإرشادية للحمل على مثل ذلك وعدم اختصاصه بالأوامر التكليفية، وإلاَّ فالمناسب تحقق التعارض والتساقط والرجوع إلى إطلاق دليل حلية البيع والتجارة عن تراض القاضي بعدم اعتبار الشرطية، ومعه تكون النتيجة متحدة مع ما سبق تقريباً.

وبالجملة فكرة الهجران إن تمت صغرى وكبرى حكم بالاشتراط وإلاَّ فالمناسب عدم الاشتراط أو التنزل إلى الاحتياط تحفظاً من مخالفة المشهور.

٤ - وأما إنَّ المدار ليس على الافتراق عن المجلس بل على افتراقها فذلك واضح من خلال صحيحة منصور المتقدمة.

٥ - وأما إنَّه مع الاتحاد يلزم التساوي في الكم فللتحفظ من محذور الربا.

٦ - وأما اختصاص اعتبار التقابض بالبيع فلاختصاص الروايات بذلك.

هذا بناء على أنَّ الصلح معاملة مستقلة في مورد افادته فائدة البيع لا أنَّه هو هو مع اختلاف الألفاظ، وإلاَّ فالمناسب التعميم له.

٧ - وأما عدم جريان حكم الصرف على الأوراق النقدية فلا أنَّها ليست ذهباً أو فضة، والتعامل ليس عليهما بل عليهما وإنما هما سبب لاعتبارها.

٧- بيع السلف

لا يجوز السلف أو السلم - وهو شراء كلِّي إلى أجل بثمن حال

عكس النسيئة - إذا كان كلا العوضين من الذهب أو الفضة سواء

اختلفا في الجنس أم اتّحدا، ويجوز في غير ذلك - بشرط عدم اتّحاد جنسهما فيما إذا كانا من المكيل أو الموزون - سواء كانا معاً من العُروض أم كان أحدهما من ذلك والآخر ذهباً أو فضة. ويلزم فيه - مُضافاً إلى الشرط المتقدم - ما يلي :

أ - ذكر الأوصاف الرافعة للجهالة، فما لا يمكن ضبطه بها لا يصح فيه السلف.

ب - قبض الثمن قبل التفرّق على المشهور.

ج - تقدير المبيع بالكيل أو الوزن أو العدد إذا كان المبيع من المكيل ونحوه.

د - ضبط أجل المبيع.

هـ - تمكّن البائع من دفع المبيع في الوقت الذي تعهّد بالدفع فيه وفي المكان الخاصّ لو شرط.

ولو طرأ العجز بعد ذلك أو اتّضح تخير المشتري بين الصبر وأخذ الثمن بلا زيادة أو الاتفاق على دفع شيء آخر بدله.

ولا يلزم تعيين مكان التسليم.

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

وأما بيعه على غير بائعه فالمشهور عدم جوازه قبل حلول الأجل.

هذا في غير المكيل والموزون.

وأما فيهما فلا يجوز البيع قبل القبض مرابحة حتّى بعد حلول

الأجل على المشهور.

وكما ينعقد بيع السلف بالإيجاب من البائع بلفظ بعث ونحوه والقبول من المشتري بلفظ قبلت ونحوه ينعقد أيضاً بالإيجاب من المشتري بلفظ أسلفتك أو أسلمتك الثمن في المبيع الموصوف بكذا إلى أجل كذا وقبول البائع بلفظ قبلت ونحوه.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا صحّة بيع السلم في الجملة فمما لا خلاف فيها^(١). وتدل على ذلك الروايات الخاصّة الدالّة على شرطية بعض الشروط فيه، كصححة زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا بأس بالسلم في الحيوان والمتاع إذا وصفت الطول والعرض. وفي الحيوان إذا وصفت أسنانها»^(٢)، وموثقة غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا بأس بالسلم كيلاً معلوماً إلى أجل معلوم ولا تسلمه إلى دياس ولا إلى حصاد»^(٣) وغيرهما.

بل يمكن إثبات ذلك بالأدلة العامّة من قبيل قوله تعالى "أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ"^(٤) ونحوه.

٢ - وأمّا عدم الصحّة إذا كان العوضين من الذهب والفضّة مع اتّحاد

(١) جواهر الكلام ٢٤: ٢٦٨.

ولا يبعد أن يكون المراد من الأسنان الأعمار.

(٢) وسائل الشيعة ١٦: ٢٨٦ الباب ١ من أبواب السلف، الحديث ١٠.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٢٨٩ الباب ٣ من أبواب السلف، الحديث ٥.

والمقصود من الدياس والحصاد هنا وقتها.

(٤) البقرة: ٢٧٥.

الجنس فلمحذور الربا اللازم حتى مع التساوي في المقدار بناءً على تعميم المنع للزيادة الحكمية أيضاً، مضافاً إلى كون ذلك من الصرف - لدى المشهور - الذي يلزم فيه التقابض.

وأما عدم الصحة إذا كانا من الذهب والفضة مع اختلاف الجنس فلكون ذلك من الصرف المعتبر فيه التقابض.

وأما اعتبار أن لا يكونا من المكيل أو الموزون عند اتحاد الجنس فلكي لا يلزم محذور الربا.

وأما الصحة سواء كانا معاً من العروض أم كان أحدهما كذلك فللمطلقات الخاصة والعامة المتقدمة.

وبذلك يتضح التأمل في ما ينسب إلى ابن الجنيّد من «منع إسلاف عرض في عرض إذا كانا مكيلين أو موزونين أو معدودين كالسمن والزيت»^(١).

٣ - وأما اعتبار ضبط الأوصاف الرافعة للجهالة فلصحيحة زرارة السابقة وغيرها، فإنّ اعتبار ذكر الطول والعرض والسّن يدلّ عرفاً على ذلك وإلاّ فلا خصوصية للأوصاف المذكورة.

هذا مضافاً إلى اعتبار معلومية العوضين في مطلق البيع كما تقدّم.

٤ - وأما اعتبار قبض الثمن قبل التفرّق فهو مشهور بين الأصحاب بل ادّعي عليه الإجماع.

وقد اعترف في الجواهر والحدائق بعدم وجود مستند لذلك سوى الإجماع

(١) الحدائق الناضرة ٢٠: ١٠ .

المدعى^(١).

فإن تمَّ الإجماع وثبتت كاشفيته عن رأي المعصوم عليه السلام بنحو الجزم كان هو الحجة وإلاَّ فالمناسب التنزل عن الفتوى إلى الاحتياط تحفظاً من مخالفة المشهور. ٥ - وأما اعتبار الضبط بالكيل ونحوه فلا اعتبار ذلك في مطلق البيع لدى الأصحاب.

٦ - وأما اعتبار ضبط الأجل فلموثقة غياث السابقة وغيرها. مُضافاً إلى أنه لو لا ذلك يلزم الغرر الممنوع منه في مطلق البيع لدى المشهور. ٧ - وأما اعتبار إمكان الدفع في الوقت والمكان المقررين فلائنه بدون ذلك لا يتحقق قصد إلى العقد.

ومع التنزل تكفيينا صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئي يطلب المتاع فأقاوله على البيع ثمَّ أشتريه فأبيعه منه، فقال: ليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: فلا بأس به. قلت: فإنَّ من عندنا يفسده، قال: ولم؟ قلت: قد باع ما ليس عنده؟ قال: فما يقول في السلم قد باع صاحبه ما ليس عنده، قلت: بلى، قال: فإنَّما صلح من أجل أنَّهم يسمونه سَلَمًا، إنَّ أبي كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده في الوقت الذي بعته فيه»^(٢).

٨ - وأما تخير المشتري بين الصبر وأخذ رأس ماله لو تعذر تسليم المبيع فيمكن إثباته من خلال الاشتراط الضمني، فإنَّ للمتعاقدين في باب السلم اشتراطاً ضمناً عادةً على ثبوت حق الفسخ للمشتري إن تعذر على البائع تسليم المبيع. ومع التنزل تكفيينا موثقة عبد الله بن بكير: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن

(١) جواهر الكلام ٢٤: ٢٨٩، والحدائق الناضرة ٢٠: ١٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٤٧ الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣.

رجل أسلف في شيء يسلف الناس فيه من الشار فذهب زمانها ولم يستوف سلفه، قال: فليأخذ رأس ماله أو لينظره»^(١) وغيرها.

٩ - وأما عدم جواز الفسخ بزيادة على الثمن أو نقصان فلائ ذلك مقتضى الفسخ الموجب لرجوع العوضين إلى حالتها الأولى. على أن موثقة ابن بكير السابقة دالة على ذلك أيضاً.

ومع التنزل والتسليم بعدم ظهورها في ذلك يمكن التمسك بصحيفة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أعطى رجلاً ورقاً في وصيف إلى أجل مسمى فقال له صاحبه: لا نجد لك وصيفاً، خذ مني قيمة وصيفك اليوم ورقاً، قال: فقال: لا يأخذ إلا وصيفه أو ورقه الذي أعطاه أول مرة لا يزداد عليه شيئاً»^(٢).

١٠ - وأما جواز التراضي على شيء آخر فهو مقتضى القاعدة لرجوع ذلك إلى معاملة جديدة اتفقا عليها.

على أن موثقة يعقوب بن شبيب: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع طعاماً بدرهم فلما بلغ ذلك الأجل تقاضاه فقال: ليس عندي درهم خذ مني طعاماً، قال: لا بأس إنما له دراهمه يأخذ بها ما شاء»^(٣) وغيرها قد دلت على ذلك أيضاً.

١١ - وأما إنه لا يلزم تعيين مكان الدفع فلاقتضاء الإطلاق الانصراف إلى البلد الذي تم العقد فيه.

١٢ - وأما جواز بيع المبيع على بايعه بالشرطين فلائ مقتضى التمسك

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٣٠٩ الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٤ .

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٣٠٧ الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ٩ .

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٣٠٧ الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٠ .

بالمطلقات العامة من قبيل ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) ونحوه.

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

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

وهي لا تختص بصورة حلول الأجل بل مطلقة من الناحية المذكورة. وعلى تقدير نظرها إلى خصوص ذلك فيمكن الحكم بالتعميم من باب عدم احتمال الخصوصية.

١٣ - وأما عدم جواز بيعه على غير بئعه قبل حلول الأجل فهو مشهور بدون أن يدل عليه نص خاص. ومقتضى القاعدة جوازه.

وقد صرح في الجواهر والحدائق^(٢) بانحصار المستند في الإجماع المدعى. وقد يُقال: إنَّ عدم جواز البيع قبل حلول الأجل هو على مقتضى القاعدة لعدم استحقاق المشتري المبيع آنذاك ليتمكنه بيعه.

والجواب: أنَّ اشتغال ذمة البائع للمشتري يحصل بتامية العقد ولو لم يحل الأجل وإنَّما الأجل شرط في استحقاق المطالبة بالفعل.

أجل .. لربما يحكم بعدم الجواز لو فرض كون الثمن مؤجلاً لصدق عنوان بيع الدين بالدين، وقد روى طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال رسول الله ﷺ: لا يباع الدين بالدين»^(٣).

(١) البقرة: ٢٧٥ .

(٢) جواهر الكلام ٢٤: ٣٢٠، والحدائق الناضرة ٢٠: ٤٦ .

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٢٩٨ الباب ٨ من أبواب السلف، الحديث ٢ .

وطلحة وإن لم يوثق إلا أن تعبير الشيخ عن كتابه بأنه معتمد^(١) يكفي في قبول رواياته.

إلا أنه تمكّن المناقشة أيضاً بأن ظاهر النهي عن بيع الدين بالدين بيع ما كان ديناً قبل العقد بما كان ديناً قبله أيضاً ولا يشمل بيع ما كان ديناً قبله بما صار ديناً بسببه، كما هو المفروض في المقام.

والمخلص: أن جواز البيع هو مقتضى القاعدة ما دام قد فرض إرادة البيع بأجل أيضاً يزيد على السابق أو يساويه.

وعليه .. فالفتوى بعدم الجواز في الفرض المذكور يبتني على حصول الاطمئنان للفقيه بمثل الإجماعات المذكورة وإلا فالمناسب التّزلّ إلى الاحتياط تحفظاً من شبهة مخالفة الإجماع.

١٤ - وأما عدم جواز بيع المكيل والموزون قبل قبضه مرابحة فهو على خلاف القاعدة ومن صغريات مسألة بيع المبيع قبل قبضه.

والمنسوب إلى الشيخ المفيد الكراهة في خصوص المكيل والموزون، وإلى الشيخ عدم الجواز في خصوص الطعام^(٢)، وإلى الأردبيلي الجواز مطلقاً^(٣).

والمشهور عدم الجواز في خصوص المكيل والموزون لصحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا اشتريت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه فإذا لم يكن فيه كيل ولا وزن فبعه»^(٤) وغيرها.

(١) الفهرست للشيخ الطوسي: ٨٦ الرقم ٣٦٢ .

(٢) الحدائق الناضرة ١٩: ١٦٨ .

(٣) الحدائق الناضرة ١٩: ١٧٢ .

(٤) وسائل الشيعة ١٨: ٦٨ الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٢ .

هذا ولكن ورد في رواية جميل بن درّاج عن أبي عبد الله عليه السلام: «الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه، قال: لا بأس. ويوكل الرجل المشتري منه بقبضه وكيله؟ قال: لا بأس»^(١).

ومقتضى الجمع حمل الروايات الأولى على الكراهة إذا لم يحتمل للطعام خصوصية وإلا يكون المناسب التفصيل بين الطعام فيجوز بيعه قبل قبضه وبين غيره من المكيل والموزون فلا يجوز.

لا يُقال: إن رواية ابن درّاج لا يمكن الأخذ بها لكونها معارضة بصحيفة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «الرجل يتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكال، قال: لا يصلح له ذلك»^(٢).

فإنه يُقال: إن جملة «لا يصلح» قابلة للحمل على الكراهة فلا تتحقق المعارضة.

هذا كله بقطع النظر عن ضعف سند رواية جميل، وإلا كان الأمر أوضح.
١٥ - وأما انعقاد بيع السلف بما تقدّم من الصيغ فللمطلقات العامة من قبيل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٣) ونحوه.

٨- محرمات في الشريعة

في الشريعة الإسلامية محرمات كثيرة يحرم التكسب بها - إن كانت

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٦٦ الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٦٦ الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٥.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

قابلة لذلك - لحرمتها في نفسها، نذكر من بينها:

الغناء:

يحرم الغناء ولو في الرثاء والدعاء وقراءة القرآن ونحو ذلك وحتى من دون انضمام محرم آخر إليه. وكذا يحرم استماعه. ويُستثنى منه الحداء وما كان في الأعراس للنساء إذا لم يقترن به محرم.

والميزان في صدقه كون الكيفية مناسبة لمجالس اللهو وأهل الفسوق.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا حرمة الغناء في الجملة فمتفق عليها من غير الكاشاني والسبزواري. ويدل عليها الكتاب الكريم: ﴿وَلَجَّتَنُوبًا قَوْلَ الزُّورِ﴾^(١) ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾^(٢) لتفسير الزور بالغناء في موثقة زيد الشحام: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوله تعالى: ﴿وَلَجَّتَنُوبًا قَوْلَ الزُّورِ﴾ قال: قول الزور الغناء»^(٣) وتفسير هو الحديث بذلك أيضاً في عدة روايات^(٤).

وإذا أشكل بأن ما يراد إثبات تحريمه هو الغناء بمعنى الكيفية اللهوية الخاصة القائمة بالكلام الباطل أو الأعم دون الكلام نفسه، وما ذكر لا يدل على

(١) الحج: ٣٠.

(٢) لقمان: ٦.

(٣) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٣ الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٥-٣٠٦ الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٧، ١١.

تحريم الكيفية بل على تحريم الكلام الباطل، أمكن التمسك بالروايات.
كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «الغناء مما وعد الله عليه النار، وتلا هذه الآية: ﴿وَمَنْ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي...﴾»^(١).

وصحيحة الريان بن الصلت: «سألت الرضا عليه السلام يوماً بخراسان عن الغناء وقلت: إِنَّ الْعَبَّاسِي ذَكَرَ عَنْكَ أَنَّكَ تَرْخِصُ فِي الْغِنَاءِ، فَقَالَ: كَذَبَ الزَّنْدِيقُ مَا هَكَذَا قُلْتَ لَهُ، سَأَلَنِي عَنِ الْغِنَاءِ فَقُلْتُ: إِنَّ رَجُلًا أَتَى أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام فَسَأَلَهُ عَنِ الْغِنَاءِ فَقَالَ: يَا فُلَانُ إِذَا مَيَّزَ اللَّهُ بَيْنَ الْحَقِّ وَالْبَاطِلِ فَأَيْنَ يَكُونُ الْغِنَاءُ؟ قَالَ: مَعَ الْبَاطِلِ، فَقَالَ: قَدْ حَكَمْتُ»^(٢)، فَإِنَّ إِنْكَارَهُ عليه السلام لِلتَّرْخِصِ يَدُلُّ عَلَى الْمَطْلُوبِ.

وصحيحة مسعدة بن زياد: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له رجل: يَا بَايَ أَنْتَ وَأُمِّي إِنِّي أَدْخَلْتُ كَنِيفًا وَلِي جِيرَانٍ وَعِنْدَهُمْ جَوَارٍ يَتَغَنُّونَ وَيَضْرِبُونَ بِالْعُودِ فَرَبَّمَا أَطَلْتُ الْجُلُوسَ اسْتِمَاعًا مِنِّي لَهْنٍ، فَقَالَ عليه السلام: لَا تَفْعَلْ. فَقَالَ الرَّجُلُ: وَاللَّهِ مَا أَتَيْتُهُنَّ إِنَّمَا هُوَ سَمَاعٌ أَسْمَعُهُ بِأُذُنِي فَقَالَ عليه السلام: اللَّهُ أَنْتَ، أَمَا سَمِعْتَ اللَّهَ يَقُولُ: ﴿إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا...﴾»^(٣).

وموثقة عبد الأعلى: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الغناء فقلت: إِنَّهُمْ يَزْعُمُونَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله وسلم رَخَّصَ فِي أَنْ يُقَالَ: جَنَّاكُمُ جَنَّاكُمُ حَيُّونَا حَيُّونَا نَحْيِكُمْ فَقَالَ: كَذَبُوا إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ: ﴿وَمَا خَلَقْنَا السَّمَاءَ وَالْأَرْضَ وَمَا

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٤ الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٦ الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٣.

(٣) وسائل الشيعة ٣: ٣٣١ الباب ١٨ من أبواب الاغسال المسنونة، الحديث ١.

بَيْنَهُمَا لَعِينٌ...»^(١).

وصحيحة إبراهيم بن أبي البلاد: «قلت لأبي الحسن الأول عليه السلام: جعلت فداك إن رجلاً من مواليك عنده جوار مغنيات قيمتهن أربعة عشر ألف دينار، وقد جعل لك ثلثها، فقال: لا حاجة لي فيها، إن ثمن الكلب والمغنية سحت»^(٢) فإن سحتية الثمن تدل على حرمة الغناء وإلا فلا وجه لكونه سحتاً.

٢ - وأما تعميمه لغير الكلام الباطل كالدعاء ونحوه فلا أن المفهوم عرفاً من الغناء الكيفية الخاصة بقطع النظر عن المادة، ولذا من سمع من بعيد صوتاً بالكيفية الخاصة المناسبة لمجالس أهل الفسوق حكم بكونه غناء ولو لم يميز مادته. ويؤكد ما ذكرناه موثقة عبد الأعلى المتقدمة فإن الجمل المذكورة فيها ليست باطلة المضمون ومع ذلك كذب عليه ترخيصها.

وقد يقال باختصاص التحريم بما إذا كانت المادة باطلة، إمّا لأخذ ذلك في مفهوم الغناء، كما يستفاد من موثقة زيد الشحام المتقدمة^(٣) أو لما ذكره المحقق الأردبيلي من انعقاد سيرة المتشريعة على حضور مآتم أهل البيت عليه وآله واستماعهم إلى ألحان قراءة الخطيب بدون إنكار منهم^(٤) أو لما ذكره المحقق النراقي من التمسك بإطلاق أدلة القرآن الكريم والدعاء والرثاء^(٥).

والكل كما ترى.

أما الأول فلا أن موثقة الشحام لم تحكم بأن الغناء هو الكلام الباطل

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٧ الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٥ .

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ١٢٣ الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤ .

(٣) محاضرات في الفقه الجعفري ١: ٣٥٢ .

(٤) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٦١ .

(٥) مستند الشيعة ٢: ٦٤٤ .

لينحصر الغناء بالكلام الباطل وإنَّما حكمت بأنَّ الغناء هو فرد من الكلام الباطل، وأوضح أنَّ الغناء لو تحقَّق بقراءة الدعاء أمكن أن يصدق عليه عنوان الكلام الباطل ولو باعتبار كَيْفِيَّتِهِ.

وأما الثاني فلعدم إحراز اتصال السيرة بزمن المعصوم عليه السلام لثبت تلقيها منه لو لم يحرز عدم ذلك.

وأما الثالث فلأنَّ أدلَّة الحثِّ على قراءة القرآن مثلاً ناظرة إلى قراءة القرآن بما هي وبقطع النظر عمَّا يصاحبها وإلاَّ فهل يحتمل كونها حادثة عليها حتَّى لو استلزمت إيذاء نائم مثلاً؟

ومَّا يؤكِّد عدم مدخلية المادة - مضافاً إلى ما تقدَّم - أنَّ لازم مدخليتها ندرة تحقُّق الغناء المحرَّم لعدم كون المادة في الغالب كذباً وباطلاً بل ويلزم عدم حرمة عنوان الغناء وإلغاء خصوصيته كما هو واضح.

٣- وأما تعميم التحريم لحالة عدم انضمام محرَّم إليه - من دخول الرجال على النساء واستعمال الآلات الموسيقية والتكلُّم بالباطل - فلأنَّ ظاهر مثل قوله عليه السلام في صحيحة ابن مسلم المتقدمة: «الغناء ممَّا وعد الله عليه النار» حرمة الغناء نفسه لا أنَّه مباح والحرمة ثابتة لما يقارن.

هذا ولكن المختار لدى المحقِّقين الكاشاني والسبزواري عدم حرمة الغناء في نفسه بل هي ثابتة لما يقارنه ^(١).

وقد يستدل لذلك ببعض الروايات، من قبيل :

صحيحة أبي بصير: «قال أبو عبد الله عليه السلام: أجزر المغنية التي تزف العرائس

(١) الوافي ١٧: ٢١٨، وكفاية الأحكام: ٨٦.

ليس به بأس، وليست بالتّي يدخل عليها الرجال»^(١).

وصحيحة علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام: «سألته عن الغناء هل يصلح في الفطر والأضحى والفرح؟ قال: لا بأس به ما لم يعص به»^(٢).

بيد أن بالإمكان مناقشتها.

أمّا الأولى فلا تُنظر إلى الغناء في الأعراس وأنّه جائز فيها إذا لم يدخل الرجال، والالتزام باستثنائه ممكن كما سيأتي ولا تدل على نفي البأس عن مطلق أجر المغنيّة.

وأمّا الثانية فلا إشكال في سندها؛ لأنّها وإن كانت بطريق قرب الإسناد ضعيفة بعبد الله بن الحسن لكونه مجهول الحال إلّا أنّ الحر رواها من كتاب علي بن جعفر، وطريقه إليه صحيح - حيث إنّ له طرقاً صحيحة إلى جميع ما رواه الشيخ الطوسي^(٣) والتي منها كتاب علي بن جعفر^(٤)، وطريق الشيخ بدوره إلى الكتاب المذكور صحيح في فهرست^(٥) غير أنّها لا تنفي بتمام مطلوب الكاشاني لأنّها تدل على جواز الغناء في نفسه في الموارد الثلاثة المذكورة فيها لا أكثر، وبذلك تكون مخصّصة لما سبق.

ومع التنزّل تتحقّق المعارضة بين هذه وما دلّ على حرمة الغناء نفسه، والترجيح لما دلّ على حرمة الغناء في نفسه لمخالفته للعامة.

٤ - وأمّا إنّ الاستماع حرام فلصحيحة مسعدة المتقدمة. مضافاً إلى إمكان

(١) وسائل الشيعة ١٧: ١٢١ الباب ١٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ١٢٢ الباب ١٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

(٣) راجع الفائدة الخامسة من الفوائد المذكورة في وسائل الشيعة ٣٠: ١٦٧.

(٤) راجع الفائدة الرابعة من الفوائد المذكورة في وسائل الشيعة ٣٠: ١٥١.

(٥) فهرست الشيخ الطوسي: ٨٧ الرقم ٣٦٧.

استفادة ذلك من الحكم بكون ثمن المغنيّة سحتاً، إذ لا وجه لذلك ما دامت المنفعة محلّلة.

ويؤيد ذلك ما ورد من أنّ الاستماع إلى المغنيّات نفاق^(١).

٥ - وأمّا الحداء فالمشهور استثناؤه. والوارد من غير طرقنا أنّ النبي ﷺ قال لعبد الله بن رواحة: «حرّك بالنوق فاندفع يرتجز وكان عبد الله جيّد الحداء، وكان مع الرجال، وكان انجشة مع النساء فلما سمعه تبعه فقال ﷺ لانجشة: رويدك، رفقا بالقوارير»^(٢) واستفيد من ذلك التقرير، ولكنها غير تامّة سنداً، كما هو واضح، ولا دلالة، حيث لم يأمر ﷺ ابن رواحة بالحداء ولم تتضح كيفيّة ارتجازه ليثبت التقرير.

وأما من طرقنا فالوارد عن السكوني عن جعفر بن محمد عن آبائه عليه السلام: «قال رسول الله ﷺ: زاد المسافر الحداء والشعر ما كان منه ليس فيه خنا»^(٣) (٤).

وهو جيّد لو تمّ سنداً ولم يناقش من ناحية النوفي.

إلا أنّ بالإمكان أن يقال بخروج الحداء عن الغناء تخصّصاً لا تخصيماً، كما احتمل ذلك في الجواهر^(٥)، ومعه لا حاجة إلى البحث عن دليل الاستثناء.

٦ - وأمّا استثناء الأعراس فلصحيحة أبي بصير المتقدمة وغيرها.

وأما اعتبار عدم انضمام المحرّم فلا لأنّ المستثنى عنوان الغناء دون ما زاد.

(١) وسائل الشيعة ١٧: ١٢٤ الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٧.

(٢) سنن البيهقي ١٠: ٢٢٧.

(٣) الخنا: الفحش في الكلام.

(٤) وسائل الشيعة ١١: ٤١٨ الباب ٣٧ من أبواب آداب السفر، الحديث ١.

(٥) جواهر الكلام ٢٢: ٥١.

مضافاً إلى إمكان فهم ذلك من صحيحة أبي بصير، بل يفهم منها أيضاً تخصيص الجواز بالنساء.

٧ - وأما إنَّ الميزان في صدق الغناء مناسبة الكيفية لمجالس أهل الفسوق فلم يذكر في كلمات المشهور بل المذكور فيها أنَّ الغناء هو الصوت المشتمل على التجميع أو المشتمل على التجريع مع الطرب، وما شاكل ذلك.

والمناسب الرجوع إلى العرف - لأنَّه المرجع في تحديد مفاهيم الألفاظ - وهو يحدِّده بما ذكرناه. وعادة يتحقَّق ذلك فيما إذا كان الصوت من شأنه الإطراب.

وعند الشك بنحو الشبهة الموضوعية يكون المرجع هو البراءة كما هو واضح. ثم إنَّ المفهوم من الغناء عرفاً ما ذكرناه، ولكن لو فرض الشك فيه بنحو الشبهة المفهومية وتردده بين السعة والضيق فالمناسب الاقتصار على القدر المتيقَّن وإجراء البراءة عن حرمة الزائد.

الغيبة:

تحرم الغيبة، وهي «أن تقول في أخيك ما ستره الله عليه». ولا تتحقَّق إلاَّ بذكر المؤمن في غيبته بعيه المستور أمام سامع ولو من دون كراهته ولا قصد الانتقاص.

وتستثنى من حرمة الغيبة موارد منها: المتجاهر بالفسق، والاحتياط يقتضي الاقتصار على ذكره بما تجاهر به، والظالم فإنَّه تجوز للمظلوم غيبته، والاحتياط يقتضي أيضاً الاقتصار على بيان ما تحقَّق به الظلم وعند مَنْ يتوقَّع منه إزالته.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا حرمة الغيبة في الجملة فمن ضروريّات الدين. ويدل عليها الكتاب الكريم: ﴿وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ﴾^(١)، والأخبار المتواترة، كموثقة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام: «قال رسول الله ﷺ: سباب المؤمن فسوق وقتاله كفر وأكل لحمه معصية لله وحرمة ماله كحرمة دمه»^(٢) وغيرها.

والتدقيق في سندها غير مهم بعد تواترها.

وأما الإجماع فلا يمكن التمسك به بعد كونه مدركيّاً.

٢ - وأمّا تحديد الغيبة فلا يمكن الاعتماد فيه على كلمات اللغويين لاختلافها وعدم دقّتها في ذكر القيود، بل لا مجال للرجوع إليها بعد تحديد الروايات لها، ففي صحيحة عبد الرحمن بن سيابة: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: الغيبة أن تقول في أخيك ما ستره الله عليه، وأمّا الأمر الظاهر مثل الحدة والعجلة فلا»^(٣) وقريب من ذلك صحيحة داود بن سرحان^(٤).

وابن سيابة وإن لم يوثّق بالخصوص إلّا أنّه قد يتساهل من ناحيته، إمّا لوروده في كامل الزيارات، أو لرواية ابن أبي عمير عنه، أو لاشتغال السند على يونس الذي هو من أصحاب الإجماع، أو لكونه وكيل الإمام الصادق عليه السلام في تقسيم الأموال على عوائل من قتل مع عمه زيد.

ومع التنزّل تكفيينا صحيحة ابن سرحان حيث لا مشكلة في سندها إلّا

(١) الحجرات: ١٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٢٨٢ الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ١٢ .

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٢٨٨ الباب ١٥٤ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٢ .

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ٢٨٨ الباب ١٥٤ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ١ .

من ناحية المعلّى بن محمد، ولكنّه وإن لم يوثّق بل قيل في حقّه: إنّهُ مضطرب الحديث والمذهب^(١)، إلّا أنّه يمكن التساهل من ناحيته بعد إكثار الحسين بن محمد الأشعري شيخ الشيخ الكليني الرواية عنه.

٣ - وأمّا اعتبار أن يكون ذكره بالعيب في غيبته فلتقوم مفهوم الغيبة به. ولربّما تلمح الآية الكريمة إلى اعتباره حيث وصفت الأخ بكونه ميتاً، وما ذاك إلّا لتشبيهه غيابه المعتبر في الغيبة بموته.

وينبغي أن يكون واضحاً أنّ نفي صدق عنوان الغيبة عند افتراض الحضور لا يعني نفي الحرمة بل قد تكون ثابتة بشكل أقوى لثبوت ملاك تحريم الغيبة وزيادة.

٤ - وأمّا اعتبار أن يكون المذكور عيباً فيمكن استفادته من التعبير بـ «نقول فيه» «ستره الله عليه» بل ومن الآية الكريمة أيضاً، فإنّ أكل لحم الأخ ميتاً لا يتحقّق إلّا بذكر عيوبه.

وبهذا يتّضح أنّ الذكر بما ليس عيباً فضلاً بما هو كمال ليس من الغيبة في شيء وإن كان صاحبه كارهاً لذلك.

وأما ما ورد في وصيّة النبي ﷺ لأبي ذر: «...قلت يا رسول الله: وما الغيبة؟ قال: ذكرك أخاك بما يكره»^(٢) فهو على تقدير صحّة سنده منصرف إلى ما يكره ذكره من العيوب فلاحظ ذيل الحديث: «اعلم أنّك إذا ذكرته بما هو فيه فقد اغتبتّه، وإذا ذكرته بما ليس فيه فقد بهتّه»^(٣).

(١) رجال النجاشي: ٢٩٦ منشورات مكتبة الداوري .

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٢٨٠ الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٩ .

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٢٨٠ الباب ١٥٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩ .

أجل .. قد يحرم ذلك من جهة عنوان آخر غير الغيبة، كإيذاء المؤمن مثلاً بناءً على حرمة بعرضه العريض الشامل لمثل المقام.

٥ - وأما اعتبار كون العيب مستوراً فهو صريح الروايتين السابقتين. وأما اعتبار وجود السامع فلا أن كشف العيب المستور لا يتحقق إلاً بذلك. وصحيحة ابن سيابة وإن لم تذكر لفظ الكشف إلا أن إرادته واضحة وإلا فلا معنى لأخذ قيد الستر.

٦ - وأما عدم اعتبار الكراهة فلا إطلاق الصحيحتين السابقتين. ولا يمكن تقييد الإطلاق المذكور بالنبوي المتقدم بعد ضعف سنده واحتمال أن تكون كلمة «يكره» مبنية للمجهول.

واحتمال أن حرمة الغيبة هي من باب أن من حق المؤمن أن لا يذكر بعيوبه فإذا أسقط الحق المذكور - فيما إذا فرض رضاه بذكر عيوبه - فلا موجب لبقاء الحرمة ضعيف لعدم الدليل على كون حرمة الغيبة هو من باب الحق بل بالامكان دعوى كونها من باب الحكم الشرعي بقريضة إطلاق الصحيحتين.

٧ - وأما عدم اعتبار قصد الانتقاص فلا إطلاق الصحيحتين، بل مع فرض قصد الانتقاص تثبت الحرمة حتى في بيان العيب الظاهر، والحال أن ظاهر صحيحة ابن سيابة نفي الحرمة عن بيان العيوب الظاهرة لا نفي موضوع الغيبة فقط.

٨ - وأما استثناء المتجاهر بالفسق فلرواية هارون بن الجهم عن الصادق عليه السلام: «إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمة له ولا غيبة»^(١) إلا أنها ضعيفة بأحمد بن

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٨٩ الباب ١٥٤ من أحكام العشرة، الحديث ٤ .

هارون شيخ الشيخ الصدوق - ومجرد ترضيه عنه^(١) لا يدل على توثيقه له - بل تمكن الخدشة السندية في باقي روايات الاستثناء المذكور.

إلاَّ أنه يمكن أن يُقال إنَّ تعدُّدها ومفروغيَّة الحكم لدى الأصحاب يصحَّح للفقيه التساهل من الناحية المذكورة.

هذا كله إذا لم يخصَّص الحكم بالجواز بخصوص ما تحقَّق التجاهر به وإلاَّ فلا يحتاج الاستثناء إلى دليل لعدم صدق عنوان الغيبة بلحاظه.

٩ - وأمَّا إنَّ الحكم بالجواز يختصَّ بالفسق المتجاهر به أو الأعمَّ فمحل خلاف، فقد استظهر صاحب الحقائق عدم الاختصاص^(٢)، واختار الشهيد الثاني الاختصاص^(٣).

وفصَّل الشيخ الأعظم بين ما كان دون المتجاهر به في القبح فيلحق بالمتجاهر به في جواز الغيبة به وبين غيره فلا يلحق به. قال تقيُّ: «وينبغي إلحاق ما يتسَّرَّ به بما يتجاهر فيه إذا كان دونه في القبح، فمنَّ تجاهر باللواط - العياذ بالله - جاز اغتيابه بالتعرُّض للنساء الأجنيَّات...»^(٤).

والمناسب التعميم تمسكاً بإطلاق الروايات خصوصاً أنَّ ظاهرها كون الحكم من باب التخصيص دون التخصُّص.

وأما ما ذكره الشيخ الأعظم فقابل للتأمل، فإنَّ الدليل القائل مثلاً: مَنْ تجاهر بالزنا جازت غيبته بذلك يدلُّ بالملازمة على أنَّ مَنْ تجاهر بالنظر إلى

(١) كما في الخصال: ٣٣ باب الاثنين: الحديث ١.

(٢) الحقائق الناضرة ١٨: ١٦٦.

(٣) كشف الرية: ٨٠.

(٤) كتاب المكاسب ١: ٢٩٨، منشورات دار الحكمة.

الأجنبيات جازت غيبته بذلك أيضاً، ولا يدلّ بالملازمة على أنّ النظر إلى الأجنبية لو لم يكن متجاهراً به تجوز غيبته به أيضاً.

هذا كلّه بمقتضى الصناعة العلمية. ولكن يبقى الاحتياط بالاختصار على غيبته في خصوص ما تجاهر به أمراً لا ينبغي الحياد عنه.

١٠ - وأما استثناء الظالم فمتفق عليه لقوله تعالى: ﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ﴾^(١).

ومقتضى إطلاقه جواز الجهر بالسوء حتى في غير ما تحقق الظلم به وعند من لا يتوقع منه إزالة الظلم خصوصاً لو لوحظ التعبير بـ «الجهر» الظاهر في الإشاعة وعدم الاختصار في البيان عند شخص دون آخر.

ويبقى الاحتياط بالاختصار على القدر المتيقن أمراً لا ينبغي الحياد عنه بل قد يشكّك في انعقاد الإطلاق من الناحية الأولى.

القمار:

القمار حرام إذا كان مع الرهن وبآلاته الخاصة بل يكفي - لدى المشهور - توفر أحدهما في ثبوت التحريم.

وأما إذا فرض فقدان كلا الأمرين - كالمصارعة والمسابقة بأشكالها المختلفة إذا لم تكن مع الرهن - فالمناسب الحكم بالجواز.

والمراد من آلات القمار ما تداول التقامر بها ولو في عصرنا المتأخر.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا بالنسبة إلى معنى القمار فقد اختلف اللغويون بل الفقهاء أيضاً في تحديده من حيث أخذ العوض وكون اللعب بخصوص آلاته الخاصة في مفهومه^(١).

قال الشيخ الأعظم: «القمار... وهو - بكسر القاف - كما عن بعض أهل اللغة: الرهن على اللعب بشيء من الآلات المعروفة، وحكي عن جماعة أنه قد يطلق على اللعب بهذه الأشياء مطلقاً ولو من دون رهن. وبه صرح في جامع المقاصد^(٢). وعن بعض أن أصل المقامرة المغالبة»^(٣).

وعليه فالشبهة بلحاظ مفهوم القمار مفهومية لتردده بين السعة والضيق. وحكمها - كما هو واضح - الاقتصار في الحكم بالتحريم مثلاً على القدر المتيقن، وهو المفهوم الضيق وإجراء البراءة بلحاظ ما زاد.

(١) ففي الصحاح مادة «قمر»: قمرت الرجل إذا لاعبته فيه فغلبته .

وفي أساس البلاغة: القمار خداع. وقامرته: غلبته.

وفي لسان العرب: قامر الرجل مقامرة وقماراً: راهنه، وهو التقامر .

وفي المصباح المنير: قامرته عليه: غلبته في القمار .

وفي القاموس: قامره مقامرة... راهنه فغلبه .

وفي مجمع البحرين: تقامروا: لعبوا بالقمار واللعب بالآلات المعدة له على اختلاف أنواعها نحو الشطرنج والرد وغير ذلك.

وأصل القمار: الرهن على اللعب بالشئ من هذه الأشياء .

(٢) ونص عبارة المحقق الكركي: «وأصل القمار: الرهن على اللعب بشيء من هذه الأشياء. وربّما أطلق على اللعب بها مطلقاً. ولا ريب في تحريم اللعب بذلك وإن لم يكن رهن». جامع المقاصد ٢٤: ٤.

(٣) كتاب المكاسب ١: ٣١٩، منشورات دار الحكمة .

٢ - وأما حرمة في الجملة فلا إشكال فيها، وهي مورد اتفاق المسلمين. ويدل عليها من الكتاب الكريم قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رَجَسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾^(١)، فإن الميسر هو القمار كما دلت عليه الروايات^(٢) وكلمات أهل اللغة^(٣).

ومن السنة الشريفة روايات كثيرة كادت تبلغ حد التواتر، كموثقة زيد الشحام: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾^(٤) قال: الرجس من الأوثان: الشطرنج، وقول الزور: الغناء»^(٥).

وموثقة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «نهى رسول الله ﷺ عن اللعب بالشطرنج والنرد»^(٦).

وصحيحة معمر بن خلاد عن أبي الحسن عليه السلام: «النرد والشطرنج والأربعة عشر بمنزلة واحدة، وكل ما قومر عليه فهو ميسر»^(٧).

٣ - وأما تحريم ما كان اللعب فيه مع الرهن وبالألات الخاصة فلائنه القدر المتيقن من أدلة التحريم السابقة.

(١) المائدة: ٩٠.

(٢) روى الوشاء عن أبي الحسن عليه السلام: «الميسر هو القمار» وسائل الشيعة ١٧: ١٦٥ الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

(٣) ففي لسان العرب: مادة «يسر»: الياسر من الميسر وهو القمار. وفي مجمع البحرين: الميسر: القمار... ويُقال: سمي ميسراً لتيسر أخذ مال الغير فيه من غير تعب ومشقة.

(٤) الحج: ٣٠.

(٥) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٨ الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١.

(٦) وسائل الشيعة ١٧: ٣٢٠ الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩.

(٧) وسائل الشيعة ١٧: ٣٢٣ الباب ١٠٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١.

٤ - وأما ما كان بآلات القمار المتداولة بدون رهن فقد يستدل على حرمة بوجوه، نذكر منها:

أ - التمسك بإطلاق الآية الكريمة حيث لم يؤخذ في وجوب الاجتناب عن الميسر فيها وجود الرهن.

وفيه: أنَّ المفروض الشك في صدق عنوان «القمار» بدون الرهن، والتمسك بالإطلاق فرع إحراز صدق عنوان المطلق على المشكوك.

ب - التمسك بما دلَّ على أنَّ المؤمن مشغول عن اللعب، كما في رواية عبد الواحد بن المختار: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن اللعب بالشطرنج فقال: إنَّ المؤمن لمشغول عن اللعب»^(١).

وقد تمسك الشيخ الأعظم بهذا الوجه في جملة ما تمسك به لإثبات التحريم في محل الكلام^(٢).

وفيه: أنَّ ما ذكر لو تمَّ سنداً لا دلالة له على التحريم كما هو واضح.

ج - التمسك بما دلَّ على حرمة اللعب بالنرد والشطرنج - كموثقة السكوني المتقدمة - بتقريب أنَّ اللعب بما ذكر يصدق ولو بلا مراهنه.

وفرق بين ذلك وبين القمار، فإن صدق الثاني وإن كان من المحتمل توقفه على المراهنه إلا أنَّ الأوَّل لا يتوقف على ذلك جزماً.

ودعوى الشيخ الأعظم: انصراف إطلاق النهي عن اللعب بما ذكر إلى

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٢٢١ الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١١ .

(٢) كتاب المكاسب ١: ٣٢٢، منشورات دار الحكمة .

الحالة المتعارفة وهي حالة ثبوت الرهن^(١) قابلة للتأمل، فإنَّ غلبة الوجود لا توجب الانصراف، وعلى تقدير التنزّل يمكن التأمل في دعوى الغلبة المذكورة. وكان من المناسب له في مناقشة الوجه المذكور أن يقول: إنَّ النهي المذكور خاص بالنرد والشطرنج ولا يعمّ اللعب بغيرهما من آلات القمار. ودعوى عدم الفصل أو الحمل على المثاليّة غير واضحة.

د - التمسك بصحيحة معمر بن خلاد المتقدمة حيث ورد فيها: «وكل ما قومر عليه فهو ميسر».

وفيه: ما تقدّم من الشكّ في صدق عنوان «ما قومر عليه» عند عدم وجود الرهن. وعليه .. فالمناسب في هذه الصورة الحكم بالتحريم إذا كان اللعب بآلات النرد والشطرنج ويكون الحكم بالحرمة في غير ذلك مبنياً على الاحتياط. ٥ - وأمّا إذا كان اللعب بغير آلات القمار مع افتراض وجود الرهن - كالمراهنة في باب المصارعة أو حمل الأثقال أو سائر المسابقات - فقد استدلّ على تحريمه بعدّة وجوه، نذكر منها:

أ - التمسك برواية العلاء بن سيابة عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنَّ الملائكة تحضر الرهان في الخف والحافر والريش. وما سوى ذلك فهو قمار حرام»^(٢).

وفيه: أنَّ السند ضعيف بالعلاء نفسه - بل وغيره - حيث لم يوثق إلاّ بناءً على كفاية رواية ابن أبي عمير - الذي هو أحد الثلاثة - عنه.

ب - التمسك بمرسلة الصدوق: «قال الصادق عليه السلام: إنَّ الملائكة لتنفر عند

(١) كتاب المكاسب ١: ٣٢٠.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٢٥٣ الباب ٣ من السبق والرماية، الحديث ٣.

الرهان وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخفّ والريش والنصل. وقد سبق رسول الله ﷺ أسامة بن زيد وأجرى الخيل»^(١).

والجواب عنها واضح لضعف سندها بالإرسال.

إلاّ أنّه قد يحكم بحجّة مراسيل الشيخ الصدوق كلا أو بعضاً لأحد البيانات الثلاثة التالية:

الأوّل: أنّه ﷺ ذكر في مقدمة كتابه: «ولم أقصد فيه قصد المصنّفين في إيراد جميع ما رووه، بل قصدت إلى إيراد ما أفتي به وأحكم بصحّته وأعتقد فيه أنّه حجة في ما بيني وبين ربّي تقدّس ذكره»^(٢) وذلك يدل على أنّه لا يذكر في كتابه إلاّ الأخبار الصحيحة.

وفيه: أنّ الصحيح في مصطلح المتقدّمين عبارة عن كل خبر يجب العمل به ولو لا حتفاه ببعض القرائن الموجبة للاطمئنان بصدوره - دون ما كان رواه عدولاً إماميّة، فإنّه مصطلح متأخّر - ولعل بعض تلك القرائن لو اطلّعنا عليها لم توجب لنا الاطمئنان.

الثاني: أنّه ذكر في مقدمة كتابه أيضاً أنّ «جميع ما فيه مستخرج من كتب مشهورة، عليها المعول وإليها المرجع، مثل كتاب حريز بن عبد الله السجستاني وكتاب عبيد الله بن علي الحلبي وكتب علي بن مهزيار الأهوازي...»^(٣)، ومع استخراج الأحاديث من كتب مشهورة عليها اعتماد الأصحاب لا تبقى حاجة إلى وجود طريق صحيح.

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٢٥١ الباب ١ من السبق والرماية، الحديث ٦.

(٢) الفقيه ١: ٣.

(٣) الفقيه ١: ٣.

وفيه: أنَّ شهرة الكتاب والتعويل عليه لا يعني صحّة جميع أحاديثه وإنّما يعني أنَّ التعويل عليه هو طابعه العام، فكتاب الكافي مثلاً يصدق عليه أنّه كتاب مشهور، وعليه معول الشيعة مع عدم الحكم بصحّة جميع أحاديثه.

الثالث: التمسك بالرأي المفصل في مراسيل الصدوق بين ما إذا عبّر بـ «روي عن الصادق عليه السلام» فلا تكون حجة، وبين ما إذا عبّر بـ «قال الصادق عليه السلام» فتكون حجة لأنّ ذلك يدل على جزمه بصدور الحديث وإلاّ لما جازت له النسبة بنحو الجزم، وكيف ينسب الإمامي إلى إمامه قولاً لا يجوز بصدوره عنه. وفيه: أنَّ تعبيره بـ «قال» وإن دلّ على جزمه بصدور الرواية إلاّ أنّ ذلك لا يعني شهادته بوثاقة جميع رجال سندها، بل قد يكون ذلك لاحتفافها بنظره بقرائن أوجبت اطمئنانه بصدورها، ولعل تلك القرائن لو اطلّعنا عليها لم توجب لنا الاطمئنان.

ج- التمسك برواية العياشي في تفسيره عن ياسر الخادم عن الرضا عليه السلام: «سألته عن الميسر، قال: الثقل من كل شيء. قال: والثقل ما يخرج بين المتراهنين من الدراهم»^(١).

وفيه: أنّه على تقدير تماميّة سندها - وعدم المناقشة من ناحية ياسر الخادم لجهالته بل وجهالة طريق العياشي إليه - قد تناقش دلالتها بأنّ مفادها حرمة العوض لا حرمة اللعب نفسه.

د- التمسك بصحيحة معمر بن خلاد المتقدّمة، حيث ورد فيها: «وكل ما قומר عليه فهو ميسر».

وفيه: أنَّ المفروض الشكّ في صدق عنوان «قומר عليه» على اللعب بغير

(١) وسائل الشيعة ١٧: ١٦٧ الباب ١٠٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩.

الآلات المتداولة. مضافاً إلى أنّها ناظرة إلى تحريم العوض دون اللعب نفسه.

هـ - دعوى الجزم بعدم مدخلة اللعب بالآلات المتداولة في صدق عنوان القمار - ولذا لو فرض انعدام الآلات القديمة وتبديلها إلى آلات جديدة فهل يحتمل انتفاء الحرمة؟! - بل المناط صدق اللعب مع الرهان ولو لم يكن اللعب بالآلات المتعارفة.

ولا يشكل على ذلك بلزوم صدق القمار إذا فرض التسابق مع الرهان في حفظ سورة أو بناء عمارة أو كتابة كتاب وما شاكل ذلك، والحال أنّ الإلتزام بذلك بعيد جداً.

إذ يجاب بأنّ عنوان اللعب في مثل ذلك غير صادق.

٦ - وأمّا عدم التحريم في الصورة الأخيرة فلا أصل البراءة بعد عدم الدليل على التحريم، إذ الموجب له إمّا التمسك بما دلّ على حرمة القمار، أو التمسك بما تقدّم من «إنّ المؤمن لمشغول عن اللعب»، أو التمسك بمثل صحيحة حفص عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا سبق إلاّ في خف أو حافر أو نصل»^(١).

والكل كما ترى.

أمّا الأوّل فللشك في صدق القمار.

وأمّا الثاني فلا أنّه لا يدل على الحرمة، بل لا يمكن الإلتزام بها، كيف وهل يحتمل أنّ اللهو واللعب باللحية أو بالمشي في الأزقة والأسواق عبثاً أو بنقض الغزل من بعد قوّة أنكاثاً وما شاكل ذلك محرم؟!

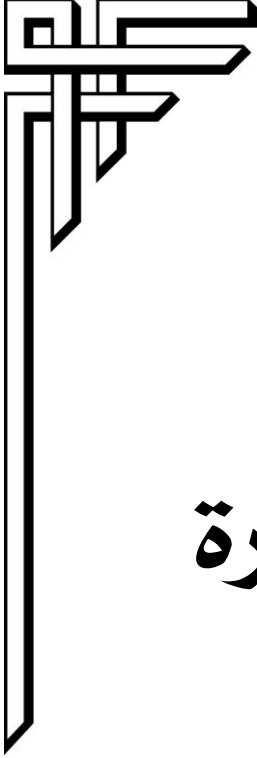
وأمّا الثالث فلاحتمال كون السبق بفتح السين والباء معاً - بمعنى المال

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٢٥٣ الباب ٣ من السبق والرماية، الحديث ١ .

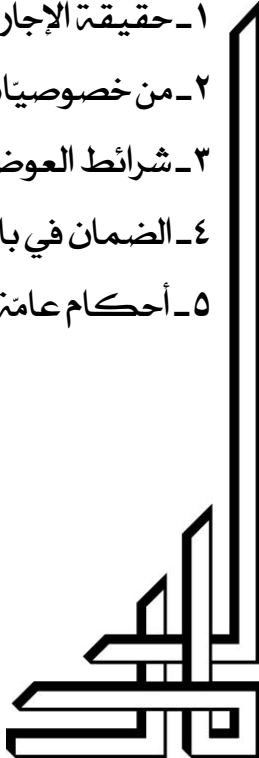
١٠٠ دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي

المجعول رهناً - وليس بفتح السين وسكون الباء.

٧ - وأما تعميم آلات القمار لما تداول في عصرنا الحاضر فلعدم احتمال
الخصوصية لتلك.



كتاب الإجارة

- ١- حقيقة الإجارة.
 - ٢- من خصوصيات عقد الإجارة.
 - ٣- شرائط العوضين.
 - ٤- الضمان في باب الإجارة.
 - ٥- أحكام عامة في باب الإجارة.
- 

١- حقيقة الإجارة

الإجارة عقد يتضمّن تملك المنفعة - التي هي عمل أو غيره - بعوض.

وهي مشروعة بالضرورة.

ولها شرائط يرتبط بعضها بالمتعاقدين - هي شرائط المتعاقدين

نفسها في باب البيع - وبعضها بالعوضين.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنّ حقيقة الإجارة ما ذكر فهو ما جاء في كلمات غير واحد من الأصحاب^(١). وهو مبنيّ على كون الإجارة فعل المؤجّر، كتعريف البيع بأنّه تملك عين بعوض. وأمّا بناءً على كونها فعل الطرفين - كما في النكاح - فالمناسب تعريفها بأنّها عقد يتضمّن المعاوضة على المنفعة.

٢ - وأمّا إنّ المنفعة قد تكون عملاً أو غيره فواضح. وقد تكون الإجارة على العمل - كإيجار الشخص للبناء أو الخياطة ونحوهما - وقد تكون للعين، كإيجار الدار للسكن.

ويطلق على مستحق المنفعة بالإجارة عنوان المستأجر، وعلى مستحق الأجرة في إجارة الأعيان عنوان المؤجّر في الإجارة على العمل عنوان الأجير.

(١) رياض المسائل ١٠: ٧، الحقائق الناضرة ٢١: ٥٣٢، جواهر الكلام ٢٧: ٢٠٤.

١٠٤ دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي

٣ - وأما شرعية الإجارة فثابتة بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحَكُّمًا عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٢)، وبالروايات الواردة لبيان أحكامها التي تأتي الإشارة إلى بعضها، بل بالضرورة التي لا يحتاج معها إلى دليل.

٤ - وأما شرائط المتعاقدين فيما أتت لا تختلف عن شرائط المتعاقدين في باب البيع عدداً ومدركاً فلا حاجة إلى التكرار.

٢- من خصوصيات عقد الإجارة

يعتبر في الإجارة الإيجاب والقبول، ففي إجارة الدار مثلاً يصح الإيجاب من صاحب الدار بلفظ آجرتك الدار والقبول من الآخر بلفظ قبلت ونحوه، كما يصح العكس فيقول الآخر: استأجرت دارك ويقول صاحب الدار: قبلت.

وتتحقق الإجارة بالمعاطاة.

وهي من العقود اللازمة التي لا تنفسخ إلا بالتقاييل أو بالفسخ عند اشتراط الخيار أو تخلف الشرط.

والمشهور جواز الإجارة المعاطائية إلا إذا تصرف أحدهما في ما انتقل إليه فتلزم.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا اعتبار الإيجاب والقبول في الإجارة فلبدها أنها من العقود.

(١) المائدة: ١ .

(٢) النساء: ٢٩ .

وأما صحّة الإيجاب والقبول بكلا الشكّلين فلاّ إطلاق الأمر بالوفاء بالعقد الصادق فيهما.

٢ - وأما صحّة الإجارة بالمعاطاة فلاّ أنّ ذلك هو مقتضى القاعدة، فإنّّه بعد صدق العقد بالمعاطاة وعدم انحصار تحقّقه باللفظ يشمله إطلاق قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) ويكون الخروج عن ذلك والحكم باعتبار اللفظ فقط هو المحتاج إلى الدليل. وقد قام الدليل على ذلك في بعض الموارد - كالنكاح والطلاق والنذر واليمين - ويبقى غيرها مشمولاً لمقتضى القاعدة.

هذا وقد فصلّ الشيخ النائيني بين الإجارة في الأعيان فتصح فيها المعاطاة والإجارة في الأعمال فلاّ تصحّ فيها، بتقريب أنّ التعاطي يمكن تحقّقه خارجاً في إجارة الأعيان ولاّ يمكن تحقّقه في إجارة الأعمال، فإنّ أحد الطرفين إذا دفع أجره الخياطة فلاّ يتحقّق من الآخر تسليم العمل حين دفع الأجرة بل يتحقّق بعد ذلك من باب كونه وفاء بالعقد وليس من باب كونه محقّقاً وإنشاء له^(٢).

وفيه: أنّه بدفع الأجرة يمكن تحقّق الإيجاب والقبول الفعلين، فبالدفع من أحد الطرفين يتحقّق الإيجاب وبأخذ الطرف الثاني يتحقّق القبول ولاّ يتوقّف تحقّق العقد الفعلي على صدور دفع من الثاني عند دفع الأول.

بل يمكن تحقّق العقد الفعلي بلاّ دفع للأجرة أيضاً، كما إذا دفع المستأجر قطعة القماش إلى الخياط وتسلمها الخياط منه بقصد تحقّق العقد بذلك.

٣ - وأما إنّ الإجارة من العقود اللازمة فلاّ أنّ ذلك مقتضى الأصل في كلّ عقد على ما هو المستفاد من قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣) فإنّ مقتضى

(١) المائدة: ١ .

(٢) التعليقة الشريفة للشيخ النائيني على العروة الوثقى: الفصل ١ من كتاب الإجارة .

(٣) المائدة: ١ .

وجوب الوفاء بالعقد عدم جواز نقضه من دون رضا الطرف الآخر - ومن استصحب بقاء الملك الثابت قبل فسخ أحدهما، ومن الوجوه الأخرى لإثبات اللزوم التي تقدّمت الإشارة إليها في كتاب البيع.

ويمكن أن تُضاف هنا الروايات الواردة في خصوص المقام، كصحيحة علي بن يقطين: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتكارى من الرجل البيت أو السفينة سنة أو أكثر من ذلك أو أقل، قال: الكراء لازم له إلى الوقت الذي تكارى إليه. والخيار في أخذ الكراء إلى ربها إن شاء أخذ وإن شاء ترك» ^(١) وغيرها.

٤ - وأما تحقّق الانفساخ بالتقابل فلأنّ الحقّ لا يعدو المتعاقدين بعد وضوح أنّ اللزوم حقّي لا حكمي.

وأما جواز الفسخ بالخيار الثابت لأحدهما أو كليهما فواضح لأنّه مقتضى اشتراط الخيار النافذ بقوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم» ^(٢).

وأما جوازه عند تخلف الشرط فلأنّ مرجع الاشتراط عرفاً إلى تعليق الالتزام بالعقد على تحقّق الشرط خارجاً، فعند عدم تحقّقه لا التزام بالعقد الذي هو عبارة أخرى عن جعل الشارط لنفسه الخيار عند تخلف الشرط.

٥ - وأما إنّ الإجارة المعاطيّة جائزة لدى المشهور إلّا عند التصرف فذلك للإجماع المدعى على عدم لزوم المعاطاة بشكل عام إلّا عند التصرف.

والمناسب هو الحكم باللزوم تمسكاً بإطلاق قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ^(٣) وغيره من الوجوه المذكورة لإثبات لزوم المعاطاة في باب البيع فراجع. وأما الإجماع المدعى فغير ثابت خصوصاً مع احتمال مدركيّته.

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١١٠ الباب ٧ من أحكام الإجارة، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٦ الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٣) المائدة: ١.

٣- شرائط العوضين

يلزم في العوضين: المعلومية، والقدرة على التسليم، والملكية، وإمكان الانتفاع بالعين مع بقائها فلا تصح إجارة الخبز للأكل مثلاً، وأن تكون المنفعة مباحة فلا تصح الإجارة لفعل المحرم، وأن تكون العين صالحة لاستيفاء المنفعة منها فلا تصح إجارة الأرض للزراعة إذا لم تمكن زراعتها، وتمكن المستأجر من الانتفاع فلا تصح إجارة الحائض لكنس المسجد.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا اعتبار معلومية العوضين فقد يستدل له:

تارة بلزوم الغرر على تقدير عدم المعلومية، وقد نهى النبي ﷺ عن الغرر^(١).

وأخرى بالنبوي: «مَن استأجر أجيراً فليعلمه أجره»^(٢).

وثالثة بما دلّ على لزوم اعتبار ضبط الكيل والوزن والعدد في باب البيع^(٣) بعد وضوح عدم الخصوصية له.

ورابعة بما أفاده بعض الأعلام من أنّ المعاملات لدى العقلاء مبنية على حفظ التساوي في مقدار مالية العوضين. ولعلّهم يستغنون عن التصريح بذلك لوضوحه. ومن هنا يثبت الخيار عندهم في حالات الغبن. وعليه فالمعاملة على المجهول المتضمنة للغرر خارجة عن المعاملات العقلانية وينصرف عنها دليل

(١) تذكرة الفقهاء: كتاب الإجارة: المسألة ٢ من الركن ٣ في الفصل ٢.

(٢) مستدرک الوسائل ١٤: ١٨-١٩ الباب ٣ من أبواب الإجارة، الحديث ١.

(٣) راجع الرقم ٤ من بحث شرائط العوضين في كتاب البيع.

الإمضاء لاختصاص نظره بالمعاملات العقلانية^(١).

وخامسة بتسالم الأصحاب على ذلك .

والكل كما ترى.

أما الأوّل فلأنّ الثابت في كتب الحديث: «نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر»^(٢)،
وليس: نهى النبي ﷺ عن الغرر.

هذا بقطع النظر عن السند وإلاّ فالإشكال أوضح.

وإذا قيل: إنّ ذلك يستفاد من رواية الشيخ الصدوق في معاني الأخبار،
حيث ورد فيها: أنّه ﷺ: «نهى عن المنابذة والملازمة وبيع الحصاة... وهذه بيوع
كان أهل الجاهليّة يتبايعونها فنهى رسول الله ﷺ عنها لأنّها غرر كلها»^(٣) فإنّ
التعليل يدل على المنع من الغرر بدون اختصاص بالبيع.

قلنا: إنّ التعليل المذكور هو من الشيخ الصدوق رحمه الله دون النبي ﷺ أو
الامام عليه السلام فراجع. على أنّ السند ضعيف بعدة مجاهيل.

وأما الثاني فلضعف الحديث سنداً. ومع التزّل يمكن فرض العلم بالمشاهدة
فيما إذا كانت الأجرة من المكيل أو الموزون.

وأما الثالث فباعتبار أنّ إلغاء الخصوصية للبيع لا يمكن الجزم به، ولذا
يُقال في ردّ الاستدلال بحديث النهي عن الغرر: إنّ الثابت هو النهي عن بيع
الغرر، فلو فرض عدم الخصوصية للبيع كفى ورود النهي عن بيع الغرر.
وأما الرابع فباعتبار أنّ التساوي في المائيّة وإن كان معتبراً لدى العقلاء إلاّ

(١) مستند العروة الوثقى: كتاب الإجارة: ٣٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٨ الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٨ الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١٣.

أنَّ الطريق إليه لا ينحصر لديهم بالكيل والوزن والعدّ بل يكتفون بالتخمين الحاصل من المشاهدة أيضاً.

وأما الخامس فالتسالم مع احتمال المدرك لا حجيّة له كما هو واضح.

وعليه .. فالحكم باعتبار معلوميّة العوضين ينبغي ابتناؤه على الاحتياط.

٢ - وأما اعتبار القدرة على التسليم فقد تقدّمت الإشارة في باب البيع إلى مستندات ذلك وكانت كلها ضعيفة ما عدا الأخير، وهو روايات جواز بيع العبد الآبق مع الضميمة، والتعدّي منه إلى الإجارة مبنيّ على إلغاء خصوصيّة البيع.

ويمكن الاستدلال في خصوص الإجارة بأنّ مثل منفعة الدار مع عدم القدرة على التسليم تنصرّم شيئاً فشيئاً، ومن ثمّ لا تكون مملوكة في اعتبار العقلاء لصاحب الدار ليملكه نقلها.

وهذا الوجه - كما نرى - يختصّ بحالة تعذّر التسليم واقعاً، أمّا مع الشك وفرض عدم التعذّر واقعاً فلا مانع من الحكم بالصحة.

٣ - وأما اعتبار الملكية فواضح؛ إذ غير المالك لا يمكنه تمليك الغير، فإنّ فاقد الشيء لا يعطيه. بل تحقّق النقل من دون رضا المالك خلاف قاعدة السلطنة الثابتة له وقاعدة لا يحل مال امرئ مسلم إلّا بطيبة نفس منه.

هذا كلّّه مضافاً إلى أنّ الخطاب بالوفاء بالعقود منصرف إلى المالك الذين هم أصحاب العقد حقيقة دون غيرهم.

أجل .. لا يقع النقل من غير المالك باطلاً رأساً بل موقوفاً على الإجارة، كما هو شأن كل عقد فضولي.

٤ - وأما اعتبار إمكان الانتفاع بالعين مع بقائها فلتقوم حقيقة الإجارة بذلك، فإنّ تمليك منفعة العين دونها يستبطن ذلك.

٥ - وأما اعتبار إباحة المنفعة فاستدلّ له بما يلي:

أ - ما أفاده الشيخ النائيني من أنّ المنفعة المحرمة ليست مملوكة ليمكن تملكها. قال رحمته الله: «إنّ اشتراط مملوكة المنفعة يغني عن هذا الشرط، فإنّ المنفعة المحرّمة غير مملوكة»^(١).

ب - إنّ المنفعة إذا كانت محرّمة، فلا يمكن تسليمها شرعاً، والممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، وقد تقدّم أنّ القدرة على التسليم شرط في صحّة الإجارة.

ج - التمسك برواية جابر أو صابر^(٢): «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يواجر بيته فيباع فيه الخمر، قال: حرام أجره»^(٣) بتقريب أنّ حرمة الأجر يكشف عن بطلان المعاملة.

إلاّ أنّ الرواية المذكورة لو تمّت سنداً ولم تحتمل لموردها - وهو الخمر - خصوصيّة معارضة بصحيحة عمر بن أذينة: «كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن الرجل يؤاجر سفينة ودابته ممّن يحمل فيها أو عليها الخمر والخنزير، قال: لا بأس»^(٤).

د - أنّ المنفعة ما دامت محرّمة فتسليمها والوفاء بالعقد يكون محرّماً، وإذا لم يجب الوفاء بالعقد لم يكن إثبات صحّته، فإنّ صحّة العقد تستكشف من وجوب الوفاء، فإذا فرض عدمه فلا يمكن استكشافها.

٦ - وأما اعتبار قابليّة العين لاستيفاء المنفعة منها فباعتبار أنّ المنفعة إذا لم

(١) راجع التعليقة الشريفة للشيخ النائيني على العروة الوثقى : كتاب الإجارة : الشرط ٥ من شرائط العوضين «طبعة صيدا».

(٢) في الوسائل وفي موضع من التهذيب «صابر»، وفي الاستبصار وموضع آخر من التهذيب «جابر» .

(٣) وسائل الشيعة ١٧ : ١٧٤ الباب ٣٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١ .

(٤) وسائل الشيعة ١٧ : ١٧٤ الباب ٣٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢ .

تكن قابلة للاستيفاء فهي ليست ملكاً لصاحب العين ليتمكنه تملكها.

٧ - وأما اعتبار تمكّن المستأجر من الانتفاع فقد يوجّه بما ذكره الشيخ النائيني من «أنّ هذا المثال»^(١) قد خرج باشتراط مملوكيّة المنفعة وإباحتها»^(٢).

وفيه: أنّ المنفعة - كنس المسجد - مباحة لعدم حرمة كنس الحائض للمسجد بما هو كنس للمسجد، وإنّما المحرّم هو مكث الحائض في المسجد الموقوف عليه الكنس، وحرمة هذا لا تستلزم حرمة مقارناته وإلاّ فهل يحتمل استلزام حرمة المكث لحرمة تحريك اليد؟

والأنسب أن يعلّل اعتبار الشرط المذكور بأنّ استيفاء المنفعة ما دام مستلزماً لارتكاب محرم شرعي فلا يجب الوفاء بالإجارة، ومن ثمّ لا يمكن استكشاف الصحّة لأنّها لازم لوجوب الوفاء فإذا لم يثبت لم يمكن استكشاف لازمه.

٤- الضمان في باب الإجارة

مستأجر العين أمين عليها لا يضمن تلفها أو تعييبها إلاّ إذا تعدّى أو فرط.

وهكذا الحال في الأجير إذا دفع له المستأجر العين ليعمل فيها. وإذا باشر الطبيب من خلال عملية جراحية علاج المريض وتضرر بذلك كان ضامناً إلاّ إذا أخذ البراءة مسبقاً ولم يكن مقصراً في إعمال اجتهاده. وإذا وصف الدواء من دون أن يباشر العلاج وتضرر المريض بذلك فقد

(١) أي مثال إجارة الحائض لكنس المسجد الذي ذكره السيد الطباطبائي .

(٢) راجع التعليقة الشريفة للشيخ النائيني على العروة الوثقى: كتاب الإجارة : الشرط ٧ من شرائط العوضين.

قيل بعدم الضمان أيضاً.

وإذا أفسد الخياط أو البناء أو النجار أو الختان أو أي عامل آخر كان ضامناً كالطبيب المباشر ما دام قد تجاوز الحد المأذون فيه.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا عدم ضمان المستأجر للعين فللقصور في المقتضي، فإنّ الضمان لو كان ثابتاً فليس له مدرك سوى قاعدة على اليد، وهي لا تشمل مثل يد المستأجر؛ لأنّ مستند القاعدة المذكورة ليس إلاّ السيرة العقلانيّة الممضاة بعدم الردع، وهي لا تشمل مثل يد المستأجر، ولا أقل من الشكّ فيقتصر على القدر المتيقّن.

ومع التنزّل وفرض تماميّة المقتضي يكفينا للحكم بعدم الضمان وجود المانع، وهو الروايات الواردة في عدم ضمان الأمين، كصحيحة مسعدة بن زياد عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام: «أنّ رسول الله ﷺ قال: ليس لك أن تتهم من قد اتّمتته ولا تأتمن الخائن وقد جرّبته» ^(١).

بل والروايات الواردة في خصوص باب الإجارة، كصحيحة الحلبي: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تكارى دابة إلى مكان معلوم فنفتت الدابة، فقال: إن كان جاز الشرط فهو ضامن، وإن كان دخل وادياً لم يوثقها فهو ضامن. وإن وقعت في بئر فهو ضامن لأنّه لم يستوثق منها» ^(٢).

٢ - وأمّا الضمان مع التعدي أو التفريط فلقاعدة على اليد والصحيحتين المتقدمتين.

٣ - وأمّا عدم ضمان الأجير للعين التي يعمل فيها فلما تقدّم نفسه في عدم

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٨١ الباب ٤ من أحكام الوديعة، الحديث ١٠.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ١٥٥ الباب ٣٢ من الإجارة، الحديث ٢.

ضمان المستأجر.

٤ - وأما ضمان الطبيب عند مباشرته للعلاج وتضرّر المريض فلقاعدة مَنْ أْتَلَفَ، وموثقة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: مَنْ تَطَبَّبَ أو تَبَيَّطَ فليأخذ البراءة من وليّه وإلّا فهو له ضامن»^(١).
بل يمكن التمسك أيضاً بصحيفة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «الرجل يعطي الثوب ليصبغه فيفسده، فقال: كل عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن»^(٢).

وإذا قيل: مع إذن المريض للطبيب في مباشرة علاجه لا يبقى موجب للضمان.
قلنا: إن الإذن كان في العلاج دون الإفساد.

٥ - وأما استثناء حالة أخذ البراءة فلموثقة السكوني المتقدمة.
وإذا قيل: لا تصح البراءة لأنّها من قبيل إسقاط ما لم يجب.
قلنا: هذا يتمّ لو أريد تخريج الحكم على طبق القاعدة، أمّا بعد وجود النص فلا مجال لمثل الإشكال المذكور.

٦ - وأما اعتبار عدم التقصير فلاّنه معه يصدق التفريط فيثبت الضمان، والموثقة منصرفه عن مثله.

٧ - وأما القول بعدم الضمان عند وصف الدواء من دون مباشرة العلاج فلاّنه المستند للضمان إمّا موثقة السكوني المتقدمة أو قاعدة الإلتاف أو قاعدة الغرور.
والكل لا يمكن التمسك به.

أما الأوّل فلاّنه ظاهر كلمة «تطبّب» مباشرة الطبابة والعلاج خارجاً.

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٢٦٠ الباب ٢٤ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ١٤٧ الباب ٢٩ من أحكام الإجارة، الحديث ١٩.

وأما الثاني فلأنّ الإلتلاف لا يتنسب إلى شخص إلاّ إذا كان مباشراً له أو كان سبباً أقوى من المباشر بحيث يسند الفعل إليه عرفاً، كما لو كان المريض فاقداً للإرادة لصغر ونحوه، أمّا مع فرض الاختيار التام للمريض فلا ينسب الإلتلاف إلى الطبيب.

وأما الثالث فلعدم صدق الغرور مع جهل الغار، ولا أقل من الشكّ.

٨ - وأمّا ضمان الخياط وغيره لما يفسده فلقاعدة من أتلف وصحيحة الحلبي المتقدمة.

هذا إذا تجاوز الحدّ المأذون فيه.

وأما مع عدم تجاوزه - كما لو قال صاحب القماش للخياط: فصله بهذا الشكل فامثل ثم اتضح الخلل وسقوط القماش بذلك عن صلاحية الانتفاع أو فرض أمر الختّان بالختن ثم اتضح أنّ أصل الختان مضر ومات المختون بذلك - فينبغي التفصيل بين ما شاكل مثال القماش فلا ضمان - للإذن الرافعة للضمان، والإلتلاف إن صدق فهو ما دام بإذن المالك فلا يوجب الضمان - وبين مثال الختن فيحكم بثبوت الضمان لأنّ الختّان بالتالي هو القاتل، غايته هو معذور في ذلك، وحيث أنّ دم المسلم لا يبطل^(١) فيلزم الحكم بضمان الدية لأنّه من قبيل القتل الخطئي.

أجل .. مع أخذ الختّان البراءة مسبقاً فلا يبعد عدم الضمان لموثقة السكوني المتقدمة بناءً على عدم فهم الخصوصية للتطبّب.

(١) لصحيحة عبد الله بن سنان وعبد الله بن بكير جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل وجد مقتولاً لا يدري من قتله، قال: إن كان عرف له أولياء يطلبون ديته أعطوا ديته من بيت مال المسلمين ولا يبطل دم امرئ مسلم...» وسائل الشيعة ٢٩: ١٤٥ الباب ٦ من أبواب دعوى القتل، الحديث ١.

٥- أحكام عامّة في باب الإجارة

لا يثبت في الإجارة خيار المجلس ولا خيار الحيوان ولا خيار التأخير ثلاثة أيام وتجري فيها بقيّة الخيارات، كخيار العيب والغبن وتخلّف الشرط ونحوها.

وإذا تحقّق عقد الإجارة ملك كل طرف بالعقد نفسه ما استحقّه على الآخر، فالأجير يملك الأجرة ولو لم يقدّم بالعمل، والمستأجر يملك العمل ولو لم يدفع الأجرة. ويجب على كل واحد منهما تسليم ما عليه إلّا إذا كان الآخر ممتنعاً.

ويحقّ لمستأجر العين إيجارها على آخر ما دام لم يشترط عليه - ولو ضمناً - استيفاء المنفعة مباشرة. واستشكل بعض في تسليم العين إلى المستأجر الثاني بدون إذن المؤجّر.

ولا يجوز لمستأجر الدار إيجارها على آخر بأكثر من الأجرة السابقة إلّا أن يحدث فيها حدثاً أو تكون الأجرة الثانية مغايرة للأولى جنساً.

ومن استؤجر لأداء عمل بدون اشتراط المباشرة عليه ولو ضمناً يجوز له استيجار غيره للقيام بذلك العمل فيما إذا كانت الأجرة مساوية أو أكثر، أمّا إذا كانت أقل فلا، إلّا إذا أتى ببعض العمل.

وفي جواز الإجارة على أداء الواجبات خلاف مشهور. ومن استأجر محلاً تجارياً أو غيره إلى فترة محدّدة فعليه بعد

انتهائها تخليته إذا طالب بذلك المالك، ولا يحق له إيجاره على شخص آخر من دون إذن إلا إذا تمَّ الاتفاق - لبناء عرفي خاص أو عام - على ذلك مسبقاً ولو مقابل مبلغ معين قد يُعبر عنه في بعض الأعراف بحق السرقة، فيجوز آنذاك للمستأجر عدم التخلية وتجديد عقد الإيجار بل يجوز له أيضاً رفع اليد عن حقه في البقاء والتنازل بالمحل لثالث إزاء مبلغ معين من النقود قد يعبر عنه بحق السرقة أيضاً.

والمستند في ذلك:

١ - أما عدم ثبوت الخيارات الثلاثة في الإجارة فلاختصاص مدرك ثبوتها بالبيع، كصحيحة محمد بن مسلم: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفي ما سوى ذلك من بيع حتى يفرقا»^(١) وصحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول حتى آتيك بثمانه، قال: إن جاء في ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له»^(٢).

٢ - وأما ثبوت بقية الخيارات فلأن مدرك ثبوتها يعم غير البيع أيضاً، فخيار العيب والغبن ثابتان من خلال فكرة الاشتراط الضمني، وهي لا تختص بالبيع، وهكذا الخيار الثابت باشرطه أو بتخلف الشرط، فإنه لا يختص بالبيع. وبالجملية: مدرك الخيارات الثلاثة السابقة حيث إنه التعبد فيقتصر على مورده، بخلاف بقية الخيارات فإن مدركها ليس هو التعبد بل مقتضى القاعدة

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٥ الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٢١ الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١.

الذي لا اختصاص له بالبيع.

٣ - وأما إنَّ كل واحد مالك ما له على الآخر بمجرّد العقد فباعتبار كونه سبباً تاماً للملكية بمقتضى قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١).

٤ - وأما وجوب التسليم على كلّ واحد منهما فلأنّ ذلك لازم ملكية الآخر لما في يده.

وأما عدم لزوم التسليم عند امتناع الآخر فلأنّ ذلك مقتضى الشرط الضمني الارتكازي على ثبوت الحقّ لكل منهما في الامتناع عند امتناع الآخر.

٥ - وأما جواز إيجار العين من قبل المستأجر الأوّل فلأنّه مالك للمنفعة وليس من شروط صحة الإجارة ملكية العين.

أجل .. مع اشتراط استيفائه المنفعة مباشرة فلا يجوز له ذلك لقاعدة المسلمون عند شروطهم التي دلّت عليها صحيحة عبد الله بن سنان^(٢).

٦ - وأما الإشكال في جواز تسليم العين فقد صار إليه جمع من الأعلام^(٣) باعتبار أنّ العين ملك لصاحبها، والتصرّف فيها بالتسليم إلى ثالث تصرّف في ملك الغير من دون إذنه فلا يجوز.

وفيه: أنّ الإذن ثابتة لأنّ إذن المالك للمستأجر الأوّل في الاستيلاء على العين كانت باعتبار أنّه مالك للمنفعة وليس بما هو فلان، وحيث إنّ الوصف العنوانى المذكور منطبق على المستأجر الثاني فيجوز تسليمه إليها واستيلاؤه عليها.

(١) المائدة : ١ .

(٢) وسائل الشيعة ١٨ : ١٦ الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

(٣) ومّن استشكل السيد الطباطبائي في العروة الوثقى : كتاب الإجارة : الفصل ٥ .

أجل .. لا يجوز تعريض العين للخطر بإيجارها من شخص لا يتحفظ عليها بشكل كامل.

ومما يؤكد ذلك أن المستأجر الأول يجوز له استضافة بعض الضيوف لأيام من دون حاجة إلى استئذان المالك، فإذا جاز ذلك جاز إيجار العين للضيف وتصرّفه فيها بلا حاجة إلى استئذان.

هذا كله بقطع النظر عن الروايات وإلا فالأمر أوضح، فقد روى علي بن جعفر - بطريق صحيح - عن أخيه أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاهما غيره فنفتت، ما عليه؟ قال: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها وإن لم يسم فليس عليه شيء»^(١)، فإنّها تدلّ على جواز اركاب الغير، ومقتضى إطلاقها عدم الفرق بين كون ذلك بأجرة أو بدونها.

وفي صحيحة أبي المعز عن أبي عبد الله عليه السلام: «الرجل يؤاجر الأرض ثم يؤاجرها بأكثر ممّا استأجرها، قال: لا بأس...»^(٢).

٧ - وأمّا عدم جواز إيجار الدار من قبل المستأجر الأول بأكثر من الأجرة الأولى إلّا مع إحداث حدث فلصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «الرجل يستأجر الدار ثم يؤاجرها بأكثر ممّا استأجرها به، قال: لا يصلح ذلك إلّا أن يحدث فيها شيئاً»^(٣) وغيرها.

٨ - وأمّا اعتبار اتحاد جنس الأجرة في عدم جواز الزيادة فلأنّ عنوان «الأكثر» لا يصدق إلّا مع اتحاد جنس الأجرتين، فإذا كانت إحدهما ديناراً

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١١٨ الباب ١٦ من أحكام الإجارة، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ١٢٥ الباب ٢٠ من أحكام الإجارة، الحديث ٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٩: ١٣٠ الباب ٢٢ من الإجارة، الحديث ٤.

والأخرى كتاباً فلا يصدق أن هذا أكثر من ذاك إذا تفاوتتا في القيمة إلا مع العناية.

أجل .. إذا كانت كلتا الأجرتين من النقود واختلفتا في نوعية النقد فلا يبعد صدق عنوان الأكثر عرفاً إذا تفاوتتا في المالية.

٩ - وأما إن الأجير على عمل يجوز له استئجار غيره إذا كانت الأجرة مساوية أو أكثر فلكونه مقتضى القاعدة ما دام لم تشرط عليه المباشرة.

وأما عدم جواز ذلك إذا كانت أقلّ إلا مع أداء بعض العمل فلصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام: «سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه ويدفعه إلى آخر فيربح فيه، قال: لا، إلا أن يكون قد عمل فيه شيئاً» ^(١) وغيرها.

١٠ - وأما الخلاف في جواز الإجارة على الواجبات فينبغي أن تستثنى منه الحالات التالية:

أ - ما إذا لم تعد للباذل فائدة من وراء الإجارة، كاستئجار لأداء الصلاة الواجبة اليومية عن العامل نفسه. ولا إشكال في بطلان الإجارة في مثل ذلك. وتتصور الفائدة فيما إذا كان الواجب كفائياً وأراد الباذل إسقاطه عن نفسه فاستأجر غيره.

ب - ما إذا فهم من الأدلة مطلوبة تحقيق الفعل مجّاناً، كما في تعليم الأحكام والإفتاء وتجهيز الميت والأذان ونحو ذلك. وفي مثله لا إشكال في بطلان الإجارة كما هو واضح.

ج - ما إذا علم بمطلوبة إيقاع الفعل في الخارج ولو مع الأجرة، كما هو

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٣٢ الباب ٢٣ من الإجارة، الحديث ١ .

الحال في المهن التي يتوقف عليها النظام كالطبابة والخبازة والبقالة وما شاكل ذلك. وفي مثله لا إشكال في جواز الإجارة كما هو واضح.

وبعد هذا يقع الكلام تارة في البحث عن مانعية حيثية الوجوب من جواز الإجارة وأخرى عن مانعية حيثية قصد التقرب المعتبر في العبادات من صحة الإجارة.

أما المانعية من الحيثية الأولى فذكر لها عدة تقرّيات، نشير من بينها إلى:

الأول: ما نقله الشيخ الأعظم من أنّ الشيء إذا كان واجباً فهو مملوك لله سبحانه، ومع كون الشيء مملوكاً للغير فلا يمكن تملكه لأنّ الشخص إذا لم يملك فعله فكيف يملكه لغيره^(١).

وفيه: أنّ وجوب الفعل يستدعي إلزام إيجاد دون الملكية اعتباراً ليلزم ما ذكر.

الثاني: ما أفاده الشيخ النائيني من أنّ شرط صحة الإجارة بل كل معاملة كون الفعل والترك معاً تحت سلطان الأجير، ومع فرض إيجاب الفعل لا يكون الترك تحت سلطانه بل يكون ممتنعاً عليه شرعاً، والممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً^(٢).

وفيه: أنّ القدرة بمعنى تساوي الطرفين لا دليل على اعتبارها وإنّما الثابت اعتباره هو القدرة على تسليم متعلّق الإجارة بمعنى الإمكان التكويني، وهو متحقّق في محل الكلام.

الثالث: ما استند إليه الشيخ الأعظم، وهو أنّ العمل إذا كان واجباً على الأجير بقطع النظر عن الإجارة فيجوز إجباره على إيقاعه ولو لم يستأجر عليه، ومعه فلا تعود فائدة من وراء الإجارة.

(١) كتاب المكاسب ١: ٤٣٢ منشورات دار الحكمة .

(٢) منية الطالب للخونساري ١: ١٥ .

قال رحمه الله: «... لأن أخذ الأجرة عليه مع كونه واجباً مقهوراً من قبل الشارع على فعله أكل للمال بالباطل لأن عمله هذا لا يكون محترماً لأن استيفاءه منه لا يتوقف على طيب نفسه لأنه يقهر عليها مع عدم طيب النفس والامتناع»^(١).

وفيه: أنَّ الثابت قبل الإجارة حقّ عام لجميع المكلفين في المطالبة بإيقاع الفعل من باب الأمر بالمعروف، وهذا بخلافه بعد الإجارة، فإنَّه يثبت حقّ شخصي خاص لخصوص المستأجر في المطالبة بالفعل من باب المطالبة بملكه. وعليه فلا منع من حيثيّة الوجوب.

وأما المانع من الحيثيّة الثانية فتقريبها أنَّ الباعث على الإتيان بالعمل إذا كان هو استحقاق الأجرة فكيف يتأتّى قصد القربة من الأجير؟!

وفيه: أنَّ الأجرة لم تجعل على ذات الفعل بل على الفعل بقصد العباديّة والتقرّب، فما لم يؤت به كذلك لا يكون الأجير مستحقاً لها، وهذا معناه أنَّ الإجارة تكون مؤكّدة لطلب قصد التقرّب وليست منافية له، إذ ما لم يقصد الأجير التقرّب لا يكون مستحقاً للأجرة.

وهذا ما أطلق عليه الآخوند الخراساني بفكرة الداعي إلى الداعي^(٢) فإنَّ ذات الفعل يؤتى بها بقصد القربة، والداعي لقصد القربة هو تحصيل الأجرة. وإذا قلت: كيف نتصوّر قصد التقرّب لأجل تحصيل الأجرة؟! ما هذا إلّا مجرد ألفاظ.

قلنا: لا يلزم في الداعي لقصد القربة أن يكون هو الله سبحانه بشكل محض، إنَّ هذا لا يتصور إلّا من أمير المؤمنين عليه السلام وبقية المعصومين صلوات الله

(١) كتاب المكاسب ١: ٤٣٧ منشورات دار الحكمة.

(٢) كفاية الأصول ١: ١٢٤ طبعة مؤسسة آل البيت عليه السلام.

١٢٢ دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي

عليهم، بل اللازم صدور قصد التقرب ولو لدواع أخرى، كالإتيان بصلاة الرزق أو نزول المطر بقصد التقرب طلباً للرزق أو نزول المطر، وكالإتيان بالصلاة بقصد التقرب طلباً للتخلص من النار أو حباً لدخول الجنة.

وما دام هذا ممكناً فبالإمكان في مقامنا أيضاً إتيان الأجير بالصلاة بقصد التقرب طلباً لتحصيل الأجرة.

وفي الحقيقة يمكن أن نفهم من خلال هذا أن المطلوب في باب العبادات هو قصد القربة على هذا المستوى وبالمقدار المذكور.

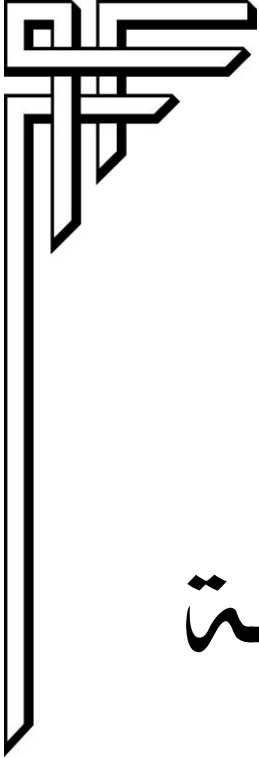
وعليه فلا مانع من الإجارة على الواجبات لا من حيثية الوجوب ولا من حيثية العبادية.

١١ - وأما وجوب التخلية بعد انتهاء عقد الإجارة فلا أنه هو المسوغ للتصرف فإذا انتهى يعود المالك مسلطاً على ملكه ولا يجوز التصرف فيه من دون طيب نفسه.

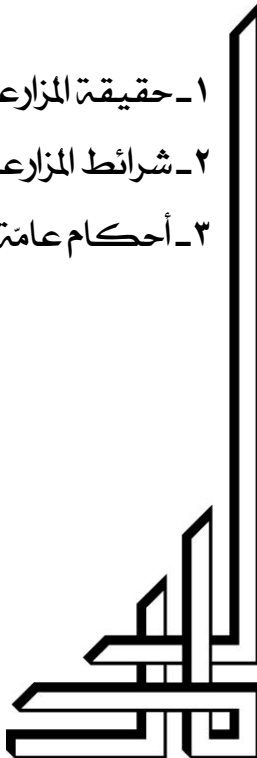
١٢ - وأما إنه يجوز للمالك أخذ السرقة فلا أن لكل ذي حق التنازل عن حقه مقابل ما يشاء.

وأما إن للمستأجر ذلك أيضاً فلا أن مقابل تنازله عن حقه في البقاء وعدم التخلية المتولد له بسبب الاتفاق مع المالك.

١٣ - وأما كفاية التباني العام فلا أنه محقق للاشتراط الضمني.



كتاب المزارعة

- ١- حقيقة المزارعة .
 - ٢- شرائط المزارعة .
 - ٣- أحكام عامة في باب المزارعة.
- 

١- حقيقة المزارعة

المزارعة عقد يتضمّن الاتفاق على زرع شخص أرض غيره بحصة من حاصلها. وهي مشروعة بلا كلام.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا تحديد المزارعة بما ذكر فمضافاً إلى كونه من واضحات الفقه يمكن استفادته من روايات باب المزارعة، كصححة عبد الله بن سنان: «الرجل يزارع فيزرع أرض غيره فيقول: ثلث للبقر وثلث للبذر وثلث للأرض، قال: لا يسمي شيئاً من الحب والبقر ولكن يقول: ازرع فيها كذا وكذا إن شئت نصفاً وإن شئت ثلثاً»^(١) وغيرها.

وعدم إسناد الحديث إلى الإمام عليه السلام غير مهم بعد كون الناقل عنه ابن سنان الذي لا تحتل في حقه الرواية عن غيره عليه السلام.

على أن عدم إسنادها كذلك إنّما هو في رواية الكليني وإلا ففي رواية الشيخ أسندت إلى أبي عبد الله عليه السلام^(٢).

٢ - وأمّا شرعيّتها فليست محلاً للخلاف عندنا بل عند أكثر علماء الإسلام

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٤١ الباب ٨ من أحكام المزارعة والمساقاة، الحديث ٥ .

(٢) حسب بعض نسخ التهذيب على ما أشير إليه في هامش الطبعة القديمة من وسائل الشيعة.

على ما في الجواهر^(١).

وتدل عليها الضرورة الفقهية والروايات الخاصة كالصحيحة المتقدمة وغيرها.

وهناك بحث عن إمكان إثبات شرعيتها بمقتضى القاعدة وقطع النظر عن الروايات الخاصة وعدمه.

ف قيل بعدم الإمكان، بتقريب أن المزارعة تتضمن تملك العامل حصته من الناتج، وحيث إنه لا وجود لها حين العقد فلا يمكن تملكها عقلاً؛ لأن غير الموجود ليس بمملوك كي يقبل التملك. وهل ترى إمكان أن يبيع الشخص السمكة التي سيصطادها بعد ساعة أو يهب الشيء الذي يشتريه بعد ذلك؟ كلا، إنه ليس عقلاً، وعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) ونحوه منصرف عنه. وعليه فيحتاج إثبات الصحة إلى دليل خاص غير مثل ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾. وهذا الكلام لا يختص بالمزارعة بل يعم ما كان على شاكلتها، كالمضاربة والمساواة.

ولربما يشير إلى اختيار هذا الاحتمال صاحب الجواهر رحمه الله حيث تمسك - في تعليل عدم جواز إجارة الأرض للزراعة بما يخرج منها - ب «ضرورة اعتبار ملكية الأجرة التي هي عوض المنفعة المملوكة خارجاً أو ذمة، ولا شيء منهما في الفرض»^(٣). وصرح باختياره والدفاع عنه بعض الأعلام من المتأخرين^(٤).

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٢.

(٢) المائدة: ١.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ١١.

(٤) مستند العروة الوثقى: كتاب الإجارة: ٣٣٥.

وفي مقابل هذا ما بنى عليه المشهور من إمكان التمسك بمثل عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١).

وعلّل ذلك السيد الطباطبائي بأنّ ما يحصل في المستقبل هو في نظر العرف بمنزلة الموجود كمنافع العين^(٢).

وتترتب على هذا الخلاف آثار متعدّدة، فلو شكّ في جواز تقدّم القبول في المزارعة أو انعقادها بغير العربيّة وما شاكل ذلك صحّ التمسك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لإثبات الجواز على الاحتمال الثاني، في حين لا يصحّ ذلك على الاحتمال الأوّل، ويتعيّن عليه التمسك بإطلاق دليل صحّة المزارعة إن كان ثابتاً وإلّا لم يمكن الحكم بالجواز.

٢- شرائط المزارعة

يلزم في المزارعة:

١- الإيجاب والقبول. ويكفي فيهما كل لفظ دالّ عليهما - مثل زارعتك أو سلّمت إليك الأرض لتزرعها على كذا - ولو بغير العربيّة والماضويّة.

ولا يلزم أن يكون الإيجاب من المالك ولا تقدمه ولا كونه لفظاً بل يجوز أن يكون الإيجاب باللفظ والقبول بالفعل أو يكونا معاً بالفعل.

٢- أن يكون كل من المالك والزارع بالغاً عاقلاً مختاراً وليس

(١) المائدة : ١ .

(٢) العروة الوثقى : كتاب الإجارة : الفصل ٦ .

بمحجور عليه لسفه أو فلس.

أجل إذا لم يشارك الزارع بمال فلا يلزم اشتراط عدم المحجورية في حقه.

٣ - أن يكون الناتج مشتركاً بين المالك والزارع وليس خاصاً بأحدهما وإلا لم تصح المعاملة مزارعة.

٤ - أن يكون الاشتراك في جميع الناتج بنحو الإشاعة، فلو شرط لأحدهما الاختصاص بما يحصل أولاً أو من هذه القطعة من الأرض وللآخر ما يحصل ثانياً أو من تلك القطعة لم تصح.

٥ - تحديد الحصّة بالكسر المشاع، فلو قال: ازرع وأعطني مقداراً ما مشاعاً لم تصح.

٦ - تحديد المدّة بداية ونهاية إذا لم يكن هناك انصراف يقتضي التعيين.

٧ - أن تكون المدّة بمقدار صالح لإدراك الناتج فيها.

٨ - قابليّة الأرض للزراعة ولو بالعلاج، فلو كانت سبخة أو لا يمكن وصول الماء إليها أو ما شاكل ذلك فلا تصح.

٩ - تحديد نوع المزروع إذا لم يقصد التعميم لأي نوع كان.

١٠ - تحديد الأرض مع ترددها بين قطعتين أو أكثر إذا لم يكن هناك انصراف ولم يقصد التعميم لأي أرض وقع الاختيار عليها.

١١ - تحديد المصارف من البذر ونحوه وكونها على أي واحد منهما إذا لم يكن هناك انصراف.

١٢ - أن تكون الأرض ونحوها مملوكة ولو منفعة أو يكون التصرف فيها نافذاً بوكالة أو ولاية.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا اعتبار الإيجاب والقبول في المزارعة فلبداهة أنّها عقد لا إيقاع. وأمّا التعميم من الجهات الأخرى فلصدق العقد في جميعها، ومقتضى إطلاق ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) ثبوت الصحة وال لزوم في جميعها.

هذا بناءً على رأي المشهور.

وأمّا بناءً على الرأي الآخر فالأمر مشكل لعدم وجود إطلاق في أدلة مشروعية المزارعة يدل على إمضاءها في جميع الحالات المتقدمة، فلاحظ صحة ابن سنان المتقدمة. وعلى منوالها غيرها.

ودعوى وجود مثل هذا الإطلاق في أدلة مشروعية المزارعة عهدتها على مدّعيتها.

٢ - وأمّا اعتبار البلوغ وما تلاه فقد تقدّم وجهه في مبحث شروط المتعاقدين من كتاب البيع، فإنّ ما ذكر هناك عام لمطلق العقود فلاحظ.

٣ - وأمّا إنّ الزارع لا يشترط فيه عدم المحجورية إذا لم يشارك بهال فلائ السفه والمفلس ممنوعان من التصرف المالي فإذا فرض عدم المشاركة بهال فلا يعود وجه للاشتراط المذكور.

هذا بناءً على الرأي المشهور من عدم منع السفه من التصرفات غير المالية^(٢).

وأمّا بناءً على منعه حتّى من مثل جعل نفسه عاملاً في المزارعة والمساواة

(١) المائدة : ١ .

(٢) قال صاحب الجواهر في جواهره ٥٨ : ٢٦ : «لأنّ السفه لم يسلبه... أهلية مطلق التصرف بل في ماله خاصة... كما هو واضح خلافاً لبعض العامة».

ونحوهما فيلزم في الزارع عدم السفه حتى إذا لم يشارك بهال.

٤ - وأما اعتبار الاشتراك في الناتج فلما يفهم من بعض النصوص، فقد ورد في صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا تقبل الأرض بحنطة مسماة»^(١) ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس ولا بأس به»^(٢) والحكم متسالم عليه.

هذا بناءً على الرأي المشهور الذي يرى إمكان التمسك بالعمومات.

وأما بناءً على الرأي الآخر فيكفي لاعتبار الشرط المذكور عدم الدليل على صحة المزارعة في حالة عدم الاشتراك في النماء.

٥ - وأما اعتبار الاشتراك في جميع الناتج بنحو الإشاعة وتعيين الحصّة بالكسر المشاع فلما سبق في اعتبار أصل الاشتراك.

٦ - وأما اعتبار تحديد البداية والنهاية للمدة فقد يستدل له بحديث نهي النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر^(٣) أو بالإجماع.

وكلاهما كما ترى.

أما الأوّل فلما تقدّم في مبحث الإجارة عند البحث عن شرائط العوضين.

وأما الثاني فلاحتمال مدرّكته.

والأولى الاستدلال لذلك بأنّ المدة إذا لم تكن متعيّنة بداية ونهاية فلا يمكن تعلّق الأمر بوجوب الوفاء بالعقد؛ لأنّ ما لا تعيّن له حتى في علم الله سبحانه

(١) أي بحنطة مقدّرة بغير الكسر المشاع، بأن يقول مثلاً: بعشرين كيلوغراماً.

وقيّد الشيخ في الاستبصار ٣: ١٢٨ النهي في الرواية بما إذا كانت الحنطة المسماة من نفس حاصل الأرض، أمّا إذا كانت من حاصل موجود بالفعل من غيرها فلا بأس بذلك.

(٢) وسائل الشريعة ١٩: ٤١ الباب ٨ من أحكام المزارعة والمساقاة، الحديث ٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: كتاب الإجارة: المسألة ٢ من الركن ٣ في الفصل ٢.

كيف يتعلّق به وجوب الوفاء؟

أجل .. إذا حدّدت البداية وجعلت النهاية إدراك الحاصل كفى ذلك لأنّه
نحو من التعيين.

٧- وأمّا اعتبار أن تكون المدة بمقدار يمكن إدراك الناتج فيها فلاّنه بدون
ذلك لا يمكن تحقّق المقصود من المزارعة ويكون الإقدام عليها لغواً ولا يشملها
دليل الإمضاء.

٨- وأمّا اعتبار القابليّة للزراعة فلاّنه بدون ذلك لا يمكن تحقّق المزارعة،
ومن ثمّ لا يمكن أن يشملها دليل الإمضاء.

٩- وأمّا اعتبار تحديد نوع المزروع فيما إذا لم يقصد التعميم فقد جاءت
الإشارة إليه في كلمات غير واحد من الفقهاء^(١).

وهو وجيه مع اختلاف نوع الزرع المقصود لكل واحد منهما؛ لأنّ وجوب
الوفاء بالعقد على طبق مقصود أحدهما بلا مرجح، وعلى طبق مقصودهما معاً
غير ممكن لفرض التنافي. وأمّا مع عدم الاختلاف في المقصود واقعاً فلا مستند
للبطلان سوى التمسك بحديث: نهى النبي ﷺ عن الغرر، وقد تقدّم في مبحث
الإجارة عدم ثبوت كونه رواية.

١٠- وأمّا اعتبار تحديد الأرض فلما تقدّم نفسه في اعتبار تعيين نوع المزروع.

١١- وأمّا لزوم تحديد من عليه المصارف إذا لم يكن هناك انصراف فلاّناً
العقد بدون ذلك لا يمكن تعلّق وجوب الوفاء به، إذ وجوب الوفاء ببذل
المصارف من خصوص أحدهما بلا مرجح، ووجوبه بالبذل من كليهما أمر على

(١) العروة الوثقى: الشرط الثامن من شروط المزارعة، تحرير الوسيلة: الشرط الخامس من شروط
المزارعة، منهاج الصالحين: الشرط السابع.

خلاف مقصودهما، إذ لو كان مقصوداً فسيبه ليس إلا الانصراف المفروض عدمه.

١٢ - وأمّا اعتبار ملكيّة الأرض ونحوها أو نفوذ التصرف فيها فلائّه لولا ذلك يكون العقد فضوليّاً.

أحكام عامة في باب المزارعة:

المزارعة عقد لازم لا تنفسخ إلا بالتقاييل أو الفسخ عند اشتراط الخيار أو تخلف الشرط.

ولا يلزم في البذر أن يكون من العامل بل يجوز أن يكون من المزارع أيضاً أو منهما.

كما لا يلزم في الأرض أن تكون من المزارع ويجوز كونها من العامل. بل قد يُقال: إنّ المزارعة تحتاج إلى أمور أربعة: الأرض والبذر والعمل والعوامل.

ويصحّ أن يكون من أحدهما أحد هذه ومن الآخر البقيّة، أو من كلّ منهما اثنان منها، أو من أحدهما بعض أحدها ومن الآخر البقيّة، أو الاشتراك في الكل.

ويجوز لكل من المالك والعامل بعد ظهور الناتج تقبل حصّة الآخر بمقدار معين من الناتج نفسه بعد التخمين، ولا يضر لو اتّضحت بعد ذلك الزيادة أو النقيصة.

ويجوز للعامل ما دام لم تشترط عليه مباشرة الزرع بنفسه أن يؤجّر الغير أو يزارعه.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنَّ المزارعة عقد لازم لا يفسخ إلّا بما ذكر فلما تقدّم في مبحث الإجارة تحت عنوان «من أحكام عقد الإجارة».

٢ - وأمّا البذر فقد يُقال بلزوم كونه على العامل تمسكاً بصحيحة يعقوب بن شبيب عن أبي عبد الله عليه السلام: «... وسألته عن المزارعة فقال: النفقة منك والأرض لصاحبها، فما أخرج الله من شيء قسّم على الشطر وكذلك أعطى رسول الله صلى الله عليه وآله خير حين أتوه فأعطاهم إياها على أن يعمرّوها ولهم النصف ممّا أخرجت»^(١).

إلّا أنّه يلزم حملها على المتعارف في تلك الفترة - خصوصاً بعد ملاحظة الاستشهاد بسيرة النبي صلى الله عليه وآله - لصراحة بقية الروايات في جواز عدم كونه على العامل، كما في موثقة سماعة: «سألته عن مزارعة المسلم المشرك فيكون من عند المسلم البذر والبقر وتكون الأرض والماء والخراج والعمل على العليج، قال: لا بأس به»^(٢) وغيرها.

على أنّ الحكم متسالم عليه بين الأصحاب^(٣). بل قد يدعى أنّ سيرة المزارعين المتّصلة بزمن المعصوم عليه السلام هي على ذلك.

٣ - وأمّا جواز كون الأرض من العامل فلموثقة سماعة المتقدمة.

٤ - وأمّا وجه القول بجواز الاشتراك في الأمور الأربعة بأي شكل فقد

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٤٥ الباب ١٠ من أحكام المزارعة والمساقاة، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٤٧ الباب ١٢ من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة، الحديث ١. والعلج هو الرجل الضخم من الكفار أو مطلق الكافر.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٣٣.

علَّله الشيخ البحراني بقوله: «لإطلاق الإذن في المزارعة من غير تقييد بكون بعض بخصوصه من أحدهما»^(١).

وهذا الإطلاق إن كان ثابتاً فهو وإلاً فبالإمكان التعويض عنه بمثل عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) بناءً على رأي المشهور.

٥ - وأما جواز تقبل حصّة الآخر معيّن بمقدار من الناتج نفسه بعد التخمين فوجهه:

أ - التمسك بمقتضى القاعدة، فإنّ الناتج بعد اشتراكه بين الطرفين فمن حقّها تقسيمه بالشكل الذي يتفقان عليه، فإنّ الحق لا يعدوهم، وهو واضح. ويأتي إن شاء الله تعالى توضيح أكثر للوجه في مشروعيّة القسمة في مبحث القسمة من كتاب القضاء.

ب - ما أفاده السيّد الطباطبائي من امكان إرجاع ذلك إلى الصلح غير المعاوض، فكأنّهما يتسلمان على أن تكون حصّة أحدهما من المال المشترك كذا مقدار والبقية للآخر. وعلى ذلك يصحّ إيقاع عمليّة التقييل هذه بلفظ الصلح^(٣).

ج - التمسك بالروايات الخاصّة، كصحيحة يعقوب بن شعيب: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه: اختر إمّا أن تأخذ هذا النخل بكذا وكذا كيلاً مسمّى وتعطيني نصف هذا الكيل إمّا زاد أو نقص، وإمّا أن آخذه أنا بذلك، قال: نعم لا بأس به»^(٤) وغيرها.

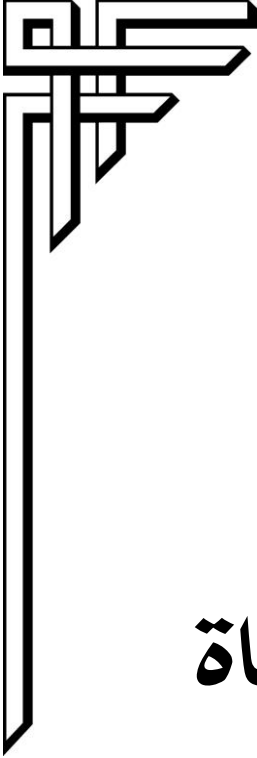
(١) الحقائق الناضرة ٢١: ٣٢٣.

(٢) المائدة: ١.

(٣) العروة الوثقى: كتاب المزارعة: المسألة ٢٠.

(٤) وسائل الشيعة ١٨: ٢٣١-٢٣٢ الباب ١٠ من أبواب بيع الثمار، الحديث ١.

- ٦ - وأما تقييد ذلك بما بعد ظهور الناتج فلائنه قبل ذلك لا حنطة ولا شعير مثلاً ليتمكن تقسيمه، وهل يمكن تقسيم المعدوم؟!
- ٧ - وأما إنّه لا يضر اتّضح الزيادة أو النقيصة بعد ذلك فلا إقدام كل منهما على إجراء عقد القسمة أو الصلح بالشكل المذكور فيلزم بمقتضى لزوم كل عقد. هذا بناءً على كون المدرك الوجهين الأوّلين.
- وأما بناءً على الوجه الثالث فلظهور الصحيحة في ذلك.
- ٨ - وأما جواز إيجار العامل شخصاً لمباشرة الزرع فواضح بعد عدم اشتراط المباشرة بنفسه واشتغال ذمّته بذلك.
- وأما جواز مزارعته للغير فلعدم اشتراط صحّة المزارعة بملك المزارع للأرض بل يكفي كونه مالكاً للتصرّف فيها فتشمله أدلّة صحّة المزارعة بل مثل عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) أيضاً، بناءً على رأي المشهور.



كتاب المساواة

- ١- حقيقة المساواة.
 - ٢- شرائط المساواة.
 - ٣- أحكام عامة في باب المساواة.
- 

١- حقيقة المساقاة

المساقاة عقد يتضمّن الاتفاق على سقي شخص أشجار شخص ثان أو غيرها وإصلاح شؤونها إلى مدّة معيّنة بحصّة من حاصلها. وهي مشروعة جزماً.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا تحديد المساقاة بما ذكر فهو من واضحات الفقه. ويمكن استفادته من صحيحة يعقوب الآتية.

وفرقها عن المزارعة أنّ العامل في الثانية يقوم بزرع الأرض بحصّة من الناتج بعد فرض أنّها غير مزروعة، بخلافه في المساقاة، فإنّ المفروض ثبوت الأشجار وغرسها في الأرض قبل العقد، ودور العامل السقي وإصلاح شؤون ما هو مغروس بحصّة من الناتج.

٢ - وأمّا شرعيّتها فقد قال في الجواهر: «هي جائزة بالإجماع من علمائنا وأكثر العامة خلافاً لأبي حنيفة وزفر فانكراها للجهالة والغرر»^(١).

وتدلّ على ذلك صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٥٠ .

عن رجل يعطي الرجل أرضه وفيها ماء أو نخل أو فاكهة ويقول: اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما أُخْرِج منه، قال: لا بأس^(١) وغيرها.

والخلاف السابق بين المشهور وغيره في إمكان تصحيح المزارعة على طبق القاعدة وبقطع النظر عن الروايات الخاصة وعدمه آت هنا أيضاً لو حدة النكتة.

٢- شرائط المساقاة

يلزم في المساقاة توفر:

- ١ - الإيجاب والقبول بالشكل المتقدم في المزارعة.
- ٢ - البلوغ والعقل في المالك والعامل وعدم الحجر بالنحو المتقدم في المزارعة.
- ٣ - أن يكون المغروس مملوكاً ولو منفعة فقط أو يكون التصرف فيه نافذاً بوكالة أو ولاية.
- ٤ - معلومية الأشجار في مقابل التردد.
- ٥ - أن تكون الأصول ذات جذور ثابتة في الأرض، كما في النخل وأشجار الفواكه، فلا تصحّ على ما لا ثبوت لعروقه في الأرض، كالبطيخ والباذنجان وغيرهما من الخضر^(٢).

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٤٤ الباب ٩ من أحكام المزارعة والمساقاة، الحديث ٢ .

(٢) قد جاء التعبير عن هذا الشرط في كلمات الفقهاء بأنه يلزم كون متعلّق المساقاة أن يكون أصولاً ثابتة، أي مستمرة ولا تضمحل بسرعة، وهذا لا يتحقّق عادة إلّا في ما كان له عروق قويّة في أعماق الأرض، قال في الخدائق الناضرة ٢١: ٣٥٦: «المراد بالأصل الثابت كالنخل والشجر الذي له ساق، فلا تصحّ المساقاة على نحو البطيخ والباذنجان». وقال في التذكرة: «لا تثبت

- ٦ - تحديد المدّة بداية ونهاية، وأن تكون بمقدار تصلح لبلوغ الثمرة.
ويكفي بلوغ الثمرة تحديداً للنهاية.
- ٧ - أن يكون العقد قبل بلوغ الثمرة أو بعدها مع افتراض الحاجة إلى السقي أو غيره. أمّا مع فرض الحاجة إلى مجرد الحفظ والقطف فالصحة محل خلاف.
- ٨ - تعيين حصّة كل من المالك والعامل بنحو الكسر المشاع.
- ٩ - تعيين ما على كل واحد منهما من أعمال إذا لم يكن هناك انصراف.

والمستند في ذلك:

- ١ - أمّا بالنسبة إلى الشرطين الأوّلين فلما تقدّم في المزارعة.
- ٢ - وأمّا اعتبار ملك المنفعة أو التصرف فلائّه لولا ذلك يكون العقد فضولياً.
- ٣ - وأمّا اعتبار معلوميّة الأشجار - بمعنى عدم تردّدها - فلائّه تعلّق وجوب الوفاء بهذا المعين أو بذاك المعين ترجيح بلا مرجح، وتعلّقه بكليهما أمر على خلاف مقصودهما. والمردّد لا تحقّق له ليتمكن تعلّق ذلك به.
- وأمّا المعلوميّة في مقابل الجهل فقد يُقال باعتبارها لا لحديث نفي الغرر - لعدم ثبوت كونه رواية على ما تقدّم في مبحث الإجارة. وبقطع النظر عن ذلك يمكن القول: إنّ مثل المساقاة مبنية على الغرر والجهل من الأساس فلا معنى للتمسك بلحاظها بالحديث المذكور - ولا للإجماع لاحتمال مدركيته بل لأنّ

المساقاة عليها إجماعاً لأنّ أصول هذه لا بقاء لها غالباً واضمحلالها معلوم عادة...» وقريب من ذلك عبارة جواهر الكلام ٢٧: ٦٠ .

مورد صحيحة يعقوب بن شعيب المتقدمة قد فرضت فيه المعلومية لدى الطرفين فلا يبقى ما يدل على صحتها مع عدم المعلومية بناءً على عدم إمكان تصحيح المساقاة بمثل عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١). وأما بناءً على إمكان ذلك - كما عليه المشهور - فاعتبار ذلك قابل للتأمل، ولا بد من التنزل إلى الاحتياط في الفتوى تحفظاً من مخالفة المشهور.

٤ - وأما اعتبار كون الأصول ثابتة فلا يتم إلا بناءً على عدم إمكان تصحيح مثل المساقاة بمثل عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ - حيث يُقال: إنَّ مورد صحيحة يعقوب خاص بما كان له أصل ثابت، وتصحيح المساقاة في غير ذلك لا دليل عليه - وأما بناءً على الرأي الآخر فلا وجه للاشتراط المذكور.

بل قد يُقال: لا وجه له حتى على الرأي الأول، لأنَّ مورد الصحيحة وإن كان مختصاً بما له أصل ثابت إلا أنَّ تخصيص ذلك بالذكر لم يجئ في كلام الإمام عليه السلام بل في كلام السائل، وحيث لا يحتمل ثبوت خصوصية لذلك عرفاً فيمكن تعميم الحكم إلى غيره.

٥ - وأما اعتبار تحديد المدة فلائنه بدون ذلك لا تعين للعقد في الواقع ليتمكن تعلق وجوب الوفاء به.

وأما اعتبار أن تكون المدة بمقدار تبلغ فيه الثمرة فلائنه بدون ذلك لا يمكن ثبوت حصّة العامل، ومن ثمَّ يكون العقد لغواً ولا معنى لتعلق وجوب الوفاء به.

وأما كفاية بلوغ الثمرة حداً للنهاية فلائنه ذلك نحو من التحديد. ولعله هو المتعارف الذي يبعد عدم شمول دليل الإمضاء له.

٦ - وأما عدم تقييد صحّة المساقاة بما قبل بلوغ الثمرة فلا إطلاق صحيحة

يعقوب المتقدمة.

وأما عدم اعتبار الحاجة إلى خصوص السقي فلأنَّ عطف الاعمار على السقي في الصحيحة: «اسق هذا من الماء واعمره» هو من عطف العام على الخاص، وهو يدل على كفاية الاعمار بأي شكل كان ولو لم يكن بالسقي. والتعبير بالمساقاة تعبير فقهي لوحظ فيه أهم أفراد الاعمار وهو السقي وإلا فالرواية لم تعبر بذلك لتفهم الخصوصية للسقي.

ولو قيل باعتبار الخصوصية للسقي باعتبار أنه منصوص عليه في الصحيحة يلزم أن يقال باعتبار الخصوصية أيضاً للإعمار غير السقي لأنه مذكور في الصحيحة أيضاً، وهو غير محتمل.

وأما الخلاف في الاكتفاء بالحاجة إلى الحفظ والقطف فلائها ليسا نحواً من الاعمار ليكونا مشمولين للصحيحة.

أجل .. بناءً على صحة التمسك بالعمومات يتوجه الحكم بالصحة ولو لم يكن ذلك بعنوان المساقاة.

٧ - وأما اعتبار تعيين الحصّة وكون ذلك بالكسر المشاع فواضح بناءً على عدم جواز التمسك بالعمومات وإلا فالتعيين يكون معتبراً دون كونه بالكسر المشاع، إذ مع تردد الحصّة لا يمكن ثبوت وجوب الوفاء لأنَّ تعلّقه بلحاظ أحد الاحتمالين دون الآخر بلا مرجح، والمردد بما هو مردد لا وجود له ليتمكن تعلّق وجوب الوفاء به.

ثمَّ إنه بناءً على جواز التمسك بالعمومات لا يعتبر تعيين الحصّة بالكسر المشاع في باب المساقاة ولكن يلزم ذلك في باب المزارعة.

ووجه الفرق: أنه في المزارعة فهم من مثل صحيحة الحلبي عن أبي عبد

الله ﷻ: «لا تقبل الأرض بحنطة مسماة ولكن بالنصف والثلث والرابع والخمس لا بأس به»^(١) اعتبار تعيين الحصّة بالكسر المشاع ويكون ذلك بمنزلة المقيّد للعمومات، وهذا بخلافه في المساقاة، فإنّ صحيحة يعقوب لا يفهم منها عدم الصحّة عند عدم تعيين الحصّة بنحو الكسر المشاع وإنّما ذلك موردها لا أكثر.

٨ - وأمّا اعتبار تعيين الأعمال فلما تقدّم في المزارعة.

٣ - أحكام عامّة في باب المساقاة

المساقاة عقد لازم لا يفسخ إلاّ بالتقاييل أو بالفسخ بالخيار إذا فرض اشتراطه أو تخلف بعض الشروط.

وفي جواز المساقاة على الأشجار التي لا ثمر لها وإنّما يتنفع بورقها - كالحناء - خلاف.

ويجوز اجراء عقد المساقاة على الأشجار التي لا تحتاج إلى السقي لاستغنائها بماء المطر ونحو ذلك ما دامت بحاجة إلى الإعمار من جهات أخرى.

ولا يلزم على العامل مباشرة العمل بنفسه بل يجوز له استئجار غيره لذلك ما دام لم تشترط عليه المباشرة.

وإذا كان البستان يشتمل على أنواع مختلفة من الأشجار فتجوز المساقاة على النصف مثلاً في النخيل والرّبع في شجر التفّاح، وهكذا.

ويجوز أن يشترط أحدهما على الآخر مضافاً إلى حصّته شيئاً

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٤١ الباب ٨ من أحكام المزارعة والمساقاة، الحديث ٣.

آخر، كبناء بيت له أو دفع مبلغ من النقود وما شاكل ذلك.
ولو قال المالك للعامل: ساقيتك بالنصف إن سقي بالناضح
وبالثلث إن سقي بالسيح لم تقع المساقاة صحيحة.
والمغارسة - وهي أن يدفع شخص أرضه لغيره للغرس فيها مع
الاشتراك في المغروس - باطلة على المشهور. أجل مع فرض
الاشتراك في الشجر من حين العقد وقبل الغرس صحيحة.

والمستند في ذلك:

١ - أما إن المساقاة لازمة لا تنسخ إلا بما ذكر فقد تقدّم ذلك في مبحث
الإجارة فلاحظ.

٢ - وأما الخلاف في جواز المساقاة على الأشجار التي لا ثمر لها فباعتبار
أنّ مورد صحيحة يعقوب هو الشجر المثمر.

إلا أنّ المناسب هو الحكم بالتعميم لأنّ مورد الصحيحة وإن كان ما ذكر
لكنّه قد وقع في سؤال السائل ولا يفهم العرف له خصوصيّة فبتنقيح المناط
ينبغي التعدي.

هذا لو لم نقل بجواز التمسك بالعمومات وإلاّ فالأمر أوضح.

٣ - وأما عدم توقّف صحّة عقد المساقاة على الحاجة إلى السقي فلما تقدّم
من أنّ عطف الاعمار على السقي في صحيحة يعقوب هو من عطف العام على
الخاص، وذلك يدل على أنّ المدار في صحّة المساقاة على الحاجة إلى الاعمار بأي
شكل كان من دون خصوصيّة للسقي.

هذا بناءً على عدم إمكان التمسك بالعمومات وإلاّ فالحكم بالصحة أوضح.

٤ - وأما إنَّ العامل يجوز له استيجار غيره إذا لم تشترط عليه المباشرة بنفسه فواضح لأنَّ الذمَّة تكون مشغولة بالأعمال الكلي، وهو مما يمكن تحقُّقه باستيجار الغير له.

٥ - وأما جواز المساقاة بحصص مختلفة باختلاف الأشجار فلانحلال العقد إلى عقود متعدّدة بعدد أنواع الأشجار.

٦ - وأما جواز اشتراط شيء آخر إضافةً إلى الحصّة فلائّه بعد عدم مخالفته لمقتضى العقد ولا للكتاب والسنة الشريفيّن يكون اشتراطه صحيحاً وواجب الوفاء بمقتضى قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»^(١).

٧ - وأما عدم وقوع المساقاة صحيحة في فرض كون الحصّة هي النصف إن سقي بالناضح والثلث إن سقي سيحاً فلما تقدّم من أنّ التردد مانع من الصحّة، إذ تعلّق وجوب الوفاء بأحدهما بخصوصه ترجيح بلا مرجح، وتعلّقه بكليهما أمر على خلاف مقصودهما، والمردد بما هو مردد لا وجود له ليمنع تعلّق وجوب الوفاء به.

٨ - وأما بطلان المغارسة فقد علل:

تارةً باقتضاء الأصل لذلك بعد عدم الدليل على صحّتها، فإنَّ عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) ناظر إلى إثبات اللزوم للعقد الصحيح وليس لإثبات صحة مشكوك الصحّة كما هو رأي صاحب الجواهر^(٣).

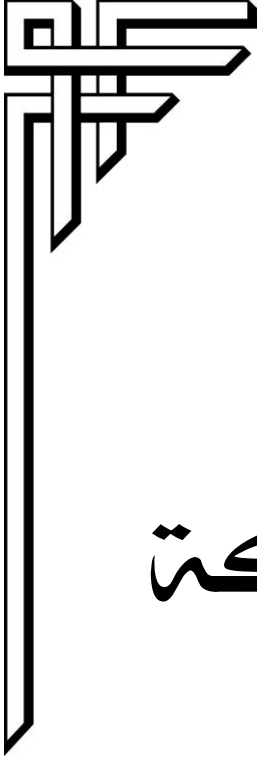
وأخرى بأنَّ الأثر للإنشاء لا بدّ وأن يكون مقارناً له - كما هو المستفاد من

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٦ الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) المائدة: ١.

(٣) جواهر الكلام: ٢٧: ٥٩.

قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ حيث يجب الوفاء بالعقد بمجرد تحققه - ولذا لا يمكن الإنشاء من الآن للبيع أو الطلاق بعد يوم. وحيث إنّه في باب المغارسة يصير صاحب الأرض مالكا للأشجار بعد الغرس لا من حين العقد فيلزم ما ذكر من الانفكاك الذي لا دليل على صحّة العقد معه.

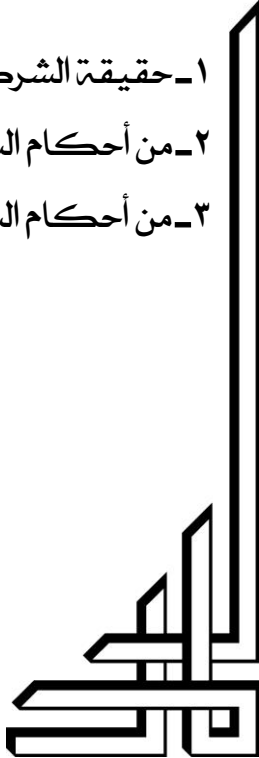


كتاب الشركة

١- حقيقة الشركة.

٢- من أحكام الشركة بالمعنى الأول.

٣- من أحكام الشركة بالمعنى الثاني.



١ - حقيقة الشركة

تطلق الشركة على معنيين:

- أ - كون شيء واحد لاثنين أو أزيد بنحو الإشاعة.
 - ب - الاتفاق بين طرفين أو أزيد على الاتجار بمالهم مع الاشتراك في الربح والخسارة.
- وهي بالمعنى الثاني عقد، ولأجله صحَّ ادراجها في العقود بخلافه بالمعنى الأوَّل فإنَّها ليست عقداً.

والمستند في ذلك:

- ١ - أمَّا تحقُّق الشركة بالمعنى الأوَّل فهو من الأمور الواضحة.
- فالأخوة مثلاً إذا ورثوا مالا أو حقاً كانت الشركة فيه فيما بينهم بالمعنى المذكور.
- وهكذا تتحقَّق بالمعنى المذكور إذا افترض اشتراك شخصين في حيازة المباحات، كاصطياد مجموعة من الأسماك بواسطة شبكة.
- أو افتراض امتزاج مالين لشخصين باختيار أو بغيره من دون تميز لأحدهما من الآخر بنحو عُدٍّ عرفاً موجوداً واحداً، كامتزاج حنطة بحنطة، أو دقيق حنطة بدقيق حنطة أو شعير. وأمَّا إذا كان المزج بنحو لا يعدُّان موجوداً واحداً فلا تتحقَّق الشركة وإن لم يمكن التمييز، كما إذا اختلطت دنانير شخص بدنانير غيره، أو عباءة شخص بعباءة غيره، أو حنطة شخص بشعير غيره، فإنَّه حيث لا يعدُّ الخليط

موجوداً واحداً فلا تتحقق الشركة بل يلزم الفرز إن أمكن، وإن لم يمكن إلاً بكلفة بالغة فمع اتفاقهما على الصلح فلا مشكلة وإلاً أجبرهما الحاكم عليه.

وقيل بالمصير إلى القرعة مع عدم اتفاقهما على الصلح. وهو جيد في مثال العبادة والدنانير حيث لا يُعرف المالك فيشخص بالقرعة لأنَّ «كل مجهول ففيه القرعة»^(١)، بخلافه في مثال اختلاط الحنطة بالشعير، فإنَّه لا معنى للمصير إلى القرعة بعد تشخص مالك الحنطة عن مالك الشعير بل يتعيَّن المصير إلى الصلح إن اتفقا عليه وإلاً أجبرهما الحاكم عليه.

وقد يفترض تحقق الشركة بالمعنى الأوَّل أيضاً فيما إذا امتلك شخصان أو أزيد شيئاً واحداً بشراء أو صلح أو هبة ونحوها.

كما تتحقق أيضاً بعملية التشارك المنصوص عليها في الأخبار، كمن كان عنده شيء وطلب منه غيره تشاركه فيه، بأن قال له: شَرِّكْني في نصفه بكذا مقدار، فإنَّه إذا قبل تحققت فيه الشركة بالمعنى المذكور، فإذا حصل ربح أو نقصان اشتركا في ذلك.

والوجه فيه - مضافاً إلى إمكان دعوى انعقاد السيرة العقلانية عليه الممضأة بعدم ردع الشارع عنها - التمسك بصحيفة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الرجل يشارك في السلعة، قال: إن ربح فله وإن وضع فعليه»^(٢) وغيرها.

والشركة في كل الأمثلة التي أشرنا إليها تتحقق بنحو الاشاعة. وقيل بإمكان تحققها أيضاً في موارد أخرى بنحو الكلي في المعين أو بنحو استقلال الشركاء في التصرف، كما في شركة الفقراء في الزكاة، وبني هاشم في

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٩ الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١١ .

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٥ الباب ١ من أبواب أحكام الشركة، الحديث ١ .

الخمس، والموقوف عليهم في الأوقاف العامة.

٢ - وأما الشركة بالمعنى الثاني فهي مما انعقدت عليها السيرة العقلية المتصلة بزمن المعصوم عليه السلام الممضاة بعدم الردع عنها، ومشمولة للعمومات، كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١).

بل يمكن التمسك لإثبات صحتها بموثقة النوفلي عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنَّ أمير المؤمنين عليه السلام كره مشاركة اليهودي والنصراني والمجوسي إلاَّ أن تكون تجارة حاضرة لا يغيب عنها المسلم»^(٢) وغيرها.

وقد تقدّم أنَّ السكوني وإن لم يرد في حقه توثيق خاص إلاَّ أنَّ دعوى الشيخ في عدته عمل الطائفة برواياته^(٣) كافٍ في التساهل من ناحيته.

وأما النوفلي فيمكن إثبات وثاقته إمّا من خلال وروده في أسناد تفسير القمّي أو كامل الزيارات - بناءً على تمامية كبرى وثاقة كل من ورد في أحد الكتابين المذكورين - أو من خلال عمل الطائفة بروايات السكوني، فإنّه يدلّ بالالتزام على عملهم بروايات النوفلي بعد أن كان أكثر روايات السكوني واصلاً بطريق النوفلي.

٢- من أحكام الشركة بالمعنى الأول

لا يجوز لبعض الشركاء التصرف في العين المشتركة بالمعنى الأول إلاَّ بإذن البقية.

وإذا طالب بعض الشركاء بالقسمة لزمّت إجابته إن لم يلزم منها

(١) المائة : ١ .

(٢) وسائل الشيعة ١٩ : ٨ الباب ٢ من أحكام الشركة، الحديث ٢ .

(٣) العدة في الأصول ١ : ١٤٩ .

تضرر البعض أو الكل، وفي حالة عدم لزومه تلزم الإجابة سواء كانت قسمة إفراد - بمعنى عدم احتياج المال المشترك في تقسيمه إلى تعديل سهامه لتساوي أجزائه في القيمة - أم قسمة تعديل. والقسمة عقد لازم لا يجوز فسخها من دون تراض. ولو ادعى وقوع الغلط فيها لم يقبل ذلك إلا بالبينة.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا عدم جواز التصرف العين المشتركة إلا بموافقة بقية الشركاء فلعدم جواز التصرف في مال الغير إلا بطيب نفسه.

٢ - وأمّا لزوم الإجابة إلى القسمة مع عدم التضرر فللسيرة العقلية المنعقدة على أن لكل مالك الحق في المطالبة بفرز ماله عن مال شريكه، وحيث لا يحتمل حدوث السيرة المذكورة في الأزمنة المتأخرة بل يجزم باتصالها بزمان المعصوم عليه السلام فتكون كاشفة عن رضاه عليه السلام بمضمونها بعد عدم رده عنها.

وأمّا استثناء حالة لزوم الضرر فلقاعدته نفي الضرر بناءً على كون المراد منها نفي الحكم الذي ينشأ منه الضرر.

٣ - وأمّا إن لزوم الإجابة إلى القسمة لا يفرق فيه بين شكلي القسمة فلعوم السيرة المتقدمة.

٤ - وأمّا إن القسمة عقد لازم لا يجوز فسخه بدون تراض من الأطراف فلاصالة اللزوم في كل عقد - وقد تقدمت الإشارة إلى مستندها في باب البيع - التي يلزم التمسك بها ما دام لم يثبت بالدليل الجواز.

٥ - وأمّا عدم قبول دعوى الغلط فيها فلاصالة الصحة - في كل عقد لم يثبت فساده - الثابتة بالسيرة العقلية غير المدعوى عنها.

٦ - وأما استثناء حالة إقامة البيّنة فلأنّ كل من ادّعى شيئاً على خلاف الأصل فيمكنه إثبات دعواه بإقامة البيّنة عليها لقوله ﷺ: «البيّنة على من ادّعى واليمين على من ادّعى عليه»^(١).

ويأتي التعرّض من جديد إن شاء الله تعالى في كتاب القضاء إلى مبحث القسمة تحت عنوان «قسمة المال المشترك».

٣- من أحكام الشركة بالمعنى الثاني

لا تصحّ الشركة العقدية لدى المشهور إلّا بمزج مالي الشريكين إمّا قبل العقد أو بعده بنحو لا يتميّزان. وهي ذات أشكال متعدّدة لا تصحّ إلّا في واحد منها، وهو ما تقدّم من التعاقد على الاشتراك في ربح وخسارة المالين بعد الاتجار بهما.

ويصطلح عليها بشركة العنان.

وأما بقيّة أشكالها فباطلة^(٢)، وهي:

أ - شركة الأبدان. وهي التعاقد على عمل كل واحد من الطرفين بصورة مستقلّة وفي مجاله الخاص مع اقتسام الربح الحاصل لكل

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٣ الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ .

(٢) وقد اتّفقت كلمة أصحابنا على ذلك على ما في جامع المقاصد ٨: ١٣ ولم ينسب الخلاف إلّا إلى الاسكافي فإنّ العلامة في المختلف: ٤٧٩ قد نقل عنه جواز شركة الوجوه والأعمال. هذا ما عليه أصحابنا .

وأما العامّة فقد ذهب بعضهم إلى جواز بعض الأشكال المذكورة فلاحظ المغني لابن قدامي ٥: ١١١ .

واحد، كما لو قرّر حلاقان اقتسام أجرة الحلاقة التي يحصلان عليها في كل يوم.

ب — شركة الوجوه. وهي التعاقد بين شخصين لا يملكان مالاً بل وجاهة بين الناس فقط على شراء كل واحد منهما بثمان في ذمته فقط شيئاً لكلا الطرفين ثم يبعه بعد ذلك وأداء الثمن بعده واقتسام الربح الحاصل.

ج — شركة المفاوضة. وهي التعاقد على اقتسام كل ما يستفيدة أحد الطرفين من إرث أو وصية أو ربح تجارة ونحو ذلك، وهكذا تحمل الطرفين كل ما يرد على أحدهما من خسارة.

ويلزم في الشركة العقدية الصحيحة الإيجاب والقبول والبلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لسفه أو فلس.

ويتساوى الشريكان في الربح والخسارة مع تساوي المالين، ومع الزيادة فبالنسبة ربحاً وخسارة. ولو شرطت زيادة لأحدهما فمع كونها في مقابل العمل أو زيادته فلا إشكال وإلا لم يجز ذلك على قول.

والتصدي للعمل في عقد الشركة يتبع ما تمّ الاتفاق عليه بين الطرفين، فإذا اتفقا على تصدي أحدهما فقط أو كليهما بنحو الاستقلال أو الانضمام كان السير على طبق ذلك لازماً.

وهكذا الحال بالنسبة إلى تعيين الكيفية الخاصة للعمل فإنها تتبع ما تمّ الاتفاق عليه.

وعقد الشركة جائز، بمعنى ثبوت الحق لكل من الشريكين في التراجع عن أذنه في التصرف.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا اعتبار المزج لدى المشهور فلا مستند له سوى الإجماع المدعى في المسألة^(١)، فإن تمّ كان هو المدرك وإلاّ فمقتضى العمومات - كقوله تعالى: «أوفوا بالعقود»^(٢) عدم الاعتبار، كما أكّد ذلك السيّد اليزدي في العروة الوثقى^(٣).

وإذا قلت: مع افتراض تحقق المزج تكون الشركة متحقّقة به فما الفائدة بعد ذلك من إجراء عقد وأي شيء يترتب عليه؟

قلت: مع افتراض تحقق المزج الموجب للإشاعة تنحصر فائدة العقد في الأذن في التصرف في المال المشترك ويكون في روجه راجعاً إلى الإذن في التصرف وتوكيل أحدهما الآخر فيه.

وأما مع عدم تحقق المزج أو افتراض تحقّقه بنحو غير موجب للإشاعة - بناءً على إنكار الإجماع رأساً أو دعوى قيامه على اعتبار أصل المزج ولو لم يوجب الإشاعة - فمرجع العقد إلى تمليك كل واحد من الطرفين حصة من ماله للآخر.

وعليه تكون حقيقة عقد الشركة راجعة إمّا إلى الأذن في التصرف أو إلى تمليك حصة من المال للآخر.

وعلى الأوّل يكون معنى اشتركنا: اشتركنا في الأذن في التصرف.

(١) وقد ادّعاه العلامة في التذكرة ٢: ٢٢١ حيث قال: «لا تصحّ الشركة إلاّ بمزج المالكين وعدم الامتياز بينهما عند علمائنا».

(٢) المائدة: ١ .

(٣) العروة الوثقى: كتاب الشركة: المسألة ٤ .

وعلى الثاني يكون المعنى: اشتركنا في الملك.

٢- وأما الوجه في صحة شركة العنان فقد تقدّم عند البحث عن حقيقة الشركة.

وأما الوجه في عدم صحة شركة الأبدان فواضح على رأي المشهور المعتبر للامتزاج الذي هو مفقود فيها. وأما بناءً على عدم اعتباره فقد قيل في وجه عدم الصحة: ان ربح العمل المستقبلي معدوم حين العقد، وتمليك المعدوم أمر غير عقلائي وتحتاج صحته إلى قيام دليل خاص عليه، وهو مفقود^(١).

وبهذا نفسه يمكن توجيه بطلان شركة الوجوه والمفاوضة، فإن المزج - بناءً على اعتباره - مفقود، وبناءً على عدمه يكون المورد من موارد تمليك المعدوم، فإن ربح ما يُشترى في الذمة أو الفوائد المستقبلية التي تحصل من خلال الإرث أو الوصية ونحوهما مفقود حين إجراء عقد الشركة، وتمليك ذلك تمليك للمعدوم.

٣- وأما اعتبار الإيجاب والقبول في الشركة العقدية الصحيحة فلبدها كونها عقداً.

ويكفي كل ما يدل عليهما، كقول أحدهما: تشاركنا مع قبول الآخر، بل لا يبعد الاكتفاء بالمعاطاة، كما لو مزج المالان بقصد الاشتراك في التجارة وما يترتب عليهما من ربح أو خسارة، فإنه بعد صدق العقد بذلك يشملهما عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢).

وأما اعتبار البلوغ وبقية الشروط فلأن ذلك من الشرائط العامة في كل عقد.

٤- وأما التساوي في الربح والخسارة مع تساوي المالين وإلا فبالنسبة فذلك لقاعدة تبعية الربح والنماء للمال.

(١) مباني العروة الوثقى: كتاب الشركة: ٢٤٥.

(٢) المائدة: ١.

٥ - وأما جواز اشتراط الزيادة في مقابل العمل أو زيادته فلائنه شرط سائغ ومشمول لعموم قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»^(١).

٦ - وأما القول بعدم جواز اشتراط الزيادة مع تساوي المالين والعمل فقد عُلِّل بكونه أكلاً للمال بالباطل، وقد نهى عنه في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٢).

وأما وجه القول بجواز ذلك فهو التمسك بعموم «المسلمون عند شروطهم». ودعوى أنه مخالف لمقتضى العقد مدفوعة بأنه مخالف لمقتضى إطلاقه لا لأصله.

٧ - وأما تبعية التصدي للعمل وكيفيته لما تم الاتفاق عليه فلائنه عقد الشركة على ما تقدم يرجع إما إلى الأذن في التصرف أو إلى تمليك الحصة، وعلى كلا التقديرين يكون تحديد الإذن والتمليك أمراً راجعاً إلى الأذن والمملك.

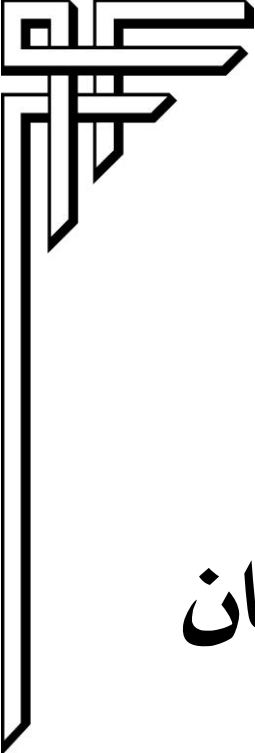
٨ - وأما إن عقد الشركة جائز فلائنه مرجعه - كما قلنا - إما إلى الأذن في التصرف أو التملك.

أما على التقدير الأول فالأمر واضح لأن من حق كل آذن التراجع عن أذنه.

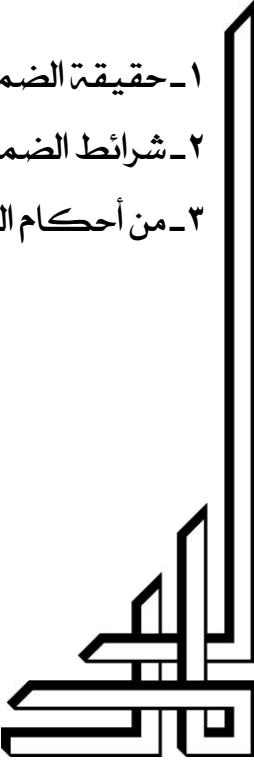
وأما على التقدير الثاني فلائنه كل واحد من الطرفين وإن ملك حصة من مال الآخر بسبب العقد إلا أن من حقه عدم الأذن في التصرف فيها والتراجع عنها.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٦ الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) النساء: ٢٩.



كتاب الضمان

- 
- ١- حقيقة الضمان.
 - ٢- شرائط الضمان.
 - ٣- من أحكام الضمان.

١- حقيقة الضمان

الضمان - بمعناه المصطلح عليه لدى فقهاءنا - هو التعهد بالدين للغير بنحو ينتقل من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن. وأما عند غيرنا فهو ضم ذمة إلى ذمة بحيث تعود ذمة الضامن والمضمون عنه مشغولتين للمضمون له ويحق له الرجوع على أيّهما شاء.

وله إطلاق بمعنى ثان، وهو التعهد بالمال للغير وتحمل مسؤوليته من دون اشتغال ذمة الضامن بالفعل وبراءة ذمة المضمون عنه، كما هو على المعنى الاصطلاحي. وهو مشروع بكلا معنييه.

والمستند في ذلك:

١- أمّا الضمان بالمعنى الاصطلاحي الذي تترتب عليه براءة ذمة المضمون عنه بمجرد الضمان واشتغال ذمة الضامن فمشروعيته من بديهيات الفقه. ويمكن التمسك لذلك بصحيفة عبد الله بن سنان - التي رواها المشايخ الثلاثة بطرقهم الصحيحة - عن أبي عبد الله عليه السلام: «رجل يموت وعليه دين فيضمنه للغرماء، فقال: إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت»^(١).

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٤٢٢ الباب ٢ من أبواب أحكام الضمان، الحديث ١.

هذا في الضمان بمعناه المصطلح عندنا.

وأما بمعناه المصطلح عليه عند غيرنا فالمعروف بين الأصحاب عدم صحته حتى مع التصريح بإرادته إلا أنه ذكر البعض إمكان تصحيحه من خلال التمسك بالعمومات^(١).

٢ - وأما الضمان بمعناه الثاني فهو متداول لدى العقلاء، كضمان شخص الدين للدائن إن لم يؤدّه المديون أو ضمان الدار لمشتريها إذا ظهرت مستحقة للغير أو ضمان الثمن للبائع إن ظهر كذلك.

٣ - وأما شرعية الضمان بمعناه الاصطلاحي فقد اتضح وجهها. وأما شرعيته بالمعنى الثاني فللسيرة العقلية المنعقدة عليه المتصلة بزمان المعصوم عليه السلام والممضاة بعدم الردع. مضافاً إلى إمكان التمسك بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) بناءً على افادته للزوم والصحة لا خصوص الزوم.

٢ - شرائط الضمان

يلزم لتحقيق الضمان توفر:

١ - الإيجاب من الضامن والقبول من المضمون له بكل ما يدلّ عليهما. ولا يلزم رضا المضمون عنه.

٢ - كون الضامن والمضمون له بالغين عاقلين مختارين وليسا محجراً عليهما لسفه، بخلاف المضمون عنه، فإنه لا يلزم فيه ذلك. ويلزم أيضاً عدم فلس المضمون له دون الضامن.

(١) العروة الوثقى: كتاب الضمان: المسألة ٢.

(٢) المائدة: ١.

٣ - التنجيز على المشهور، فلا يصحّ لو قال أنا ضامن إن أذن لي فلان أو إن لم يف المديون دينه، أجل لا يعتبر ذلك في الضمان بالمعنى الثاني.

٤ - ثبوت الدين في ذمة المضمون عنه فلا يصحّ إقراض فلاناً وأنا ضامن.

نعم يصحّ ذلك في الضمان بمعناه الثاني.

٥ - تعين الدين والمضمون له والمضمون عنه، بمعنى عدم تردده، فلا يصحّ ضمان أحد الدينين ولو لشخص معين على شخص معين، ولا ضمان دين أحد الشخصين ولو لواحد معين، ولا ضمان دين أحد الشخصين ولو على واحد معين، ولا ضمان دين أحد الشخصين ولو على واحد معين.

وأما ما نسب إلى بعض من لزوم العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب فغريب.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا اعتبار الإيجاب والقبول في تحقّق الضمان فلاّنه نحو من المعاقدة التي لا تتمّ إلّا بذلك.

وأما الاكتفاء بكل ما يدلّ عليها فلاّنه بذلك يتحقّق العقد فيشمّله عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، كما يتحقّق بذلك عنوان الضمان فتشمّله صحيحة ابن سنان المتقدّمة.

٢ - وأما عدم اعتبار رضا المضمون عنه فلصحة الضمان التبرعي، الذي هو بمنزلة وفاء دين الغير تبرعاً بدون ضمان حيث لا يعتبر فيه رضاه.

أجل .. إذا استلزم الضمان التبرعي إهانة المضمون عنه - كتبرع وضيع بضمان دين إنسان شريف - حرم تكليفاً ولكنه لا يلزم عدم الصحة وضعاً.

٣ - وأما اعتبار البلوغ وما بعده في الضامن والمضمون له، فلائهما طرفا العقد، وذلك معتبر في مطلق طرفي العقد.

وأما عدم اعتبار ما ذكر في المضمون عنه فلائنه أجنبي عن العقد. على أنه إذا جاز كونه ميتاً - كما هو مورد صحيحة ابن سنان المتقدمة - جاز كونه صبيّاً أو مجنوناً أو مكرهاً أو سفيهاً لعدم الفرق، بل لعل ذلك أولى.

وأما اشتراط عدم فلس المضمون له فلائ المفلّس ممنوع من التصرف في أمواله ولو بنقلها، وواضح إن لازم قبوله الضمان نقل دينه من ذمة إلى ذمة.

وأما عدم اشتراط فلس الضامن فلائ المفلّس ممنوع من التصرف في أعيان أمواله دون ذمته. وهل يحتمل عدم جواز اقتراضه؟!

٤ - وأما اعتبار التنجيز في نظر المشهور فقد علّله السيد اليزدي بقوله: «لا دليل عليه بعد صدق الضمان وشمول العمومات العامة إلاّ دعوى الإجماع في كلّ العقود»^(١).

وأما عدم اعتباره في الضمان بالمعنى الثاني فلكون القدر المتيقّن من معقد الإجماع هو الضمان بالمعنى الأوّل، ومعه لا يعود مانع من التمسك بالسيرة العقلية والعموم.

(١) العروة الوثقى: كتاب الضمان: الشرط ٧ من شروط الضمان.

٥ - وأما اعتبار ثبوت الدين في ذمة المضمون عنه فلائنه بدونه لا يمكن نقل ما في ذمته إلى ذمة أخرى.

وأما عدم اشتراطه في الضمان بالمعنى الثاني فلائنه تعهد وتحمل للمسؤولية من دون اشتماله على نقل ما في ذمة إلى ذمة أخرى ليعتبر فيه ذلك.

٦ - وأما اعتبار التعيين وعدم التردد في الدين والمضمون له والمضمون عنه فلائنه بدونه لا يمكن تحقق القصد إلى الضمان، فإن تحقق الضمان بلحاظ هذا الدين دون ذلك بلا مرجح، وبلحاظهما خلاف المقصود، والمردد بما هو مردد لا خارجية له ليتمكن تحقق الضمان بلحاظه.

وهذا نفسه يجري في فرض تردد المضمون له أو المضمون عنه.

٧ - وأما غرابة اعتبار العلم بوصف ونسب المضمون عنه والمضمون له فلائنه ذلك لا دليل عليه، كيف وهو غير معتبر في البيع الذي هو أكثر قيوداً من سائر العقود.

٣- من أحكام الضمان

إذا ضمن الضامن بإذن المضمون عنه وتحقق الأداء منه جاز له الرجوع عليه.

وإذا لم يكن بإذنه أو لم يؤد للإبراء لم يجز له الرجوع عليه. بل لو تم التصالح على نصف المبلغ مثلاً والإبراء عن الباقي لم يجز الرجوع بالجميع بل بما أدى.

وإذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن برئت ذمة المضمون عنه أيضاً.

وإذا أبرأ ذمة المضمون عنه كان ذلك لغواً.

والضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له.
وإذا أدى الضامن الدين من غير جنسه لم يجز له إجبار
المضمون عنه بالدفع من خصوص جنس ما أدى.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا عدم جواز رجوع الضامن على المضمون عنه مع عدم تحقق الأداء
فمما لا إشكال فيه. ويمكن استفادته من موثق عمر بن يزيد: «سألت أبا عبد
الله عليه السلام عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثمّ صالح عليه، قال: ليس له إلاّ الذي
صالح عليه»^(١)، فإنّه يدل على أنّ السبب في اشتغال ذمّة المضمون عنه هو الأداء
وقبله لا اشتغال.

هذا وقد قيل إنّ الحكم المذكور هو على خلاف القاعدة فإنّها تقتضي جواز
الرجوع بمجرد تحقق الضمان، إذ كما اشتغلت ذمّة الضامن بمجرد الضمان
كذلك يلزم بالمقابل اشتغال ذمّة المضمون عنه للضامن بمجرد الضمان أدى
الضامن أو لم يؤدّ^(٢).

٢ - وأمّا عدم جواز الرجوع مع عدم الأذن في الضمان فلاّنه تبرع من
الضامن لا يسوّغ رجوعه، وهو أشبه بأداء دين الغير تبرّعاً ومن دون ضمان.

٣ - وأمّا إنّه لا يرجع مع الإبراء أو يرجع بما أدى في فرض الإبراء من
الباقى فلاستفادة ذلك من الموثق المتقدّم.

٤ - وأمّا براءة ذمّة المضمون عنه لو أبرأ المضمون له الضامن فواضحة، إذ

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٤٢٧ الباب ٦ من أحكام الضمان، الحديث ١.

(٢) العروة الوثقى: كتاب الضمان: المسألة ١٣.

البراءة للمضمون له قد تحققت بمجرد الضمان، وأمّا البراءة للضامن فلما تقدّم من تفرع جواز الرجوع على المضمون عنه على الأداء.

٥ - وأمّا إنّ إبراء المضمون عنه لغو فلأنّ ذمّته برئت بمجرد الضمان فلا معنى لإبرائها.

أجل .. إذا فهم أنّ المقصود إسقاط الدين رأساً برئت بذلك ذمّة الضامن. ٦ - وأمّا إنّ عقد الضمان لازم فلأنّ رجوع الدين إلى ذمّة المضمون عنه واشتغاله به ثانياً بعد براءتها منه وانتقاله إلى ذمّة الضامن يحتاج إلى دليل، وهو مفقود، والأصل في كل عقد هو اللزوم كما تقدّم في مبحث البيع.

٧ - وأمّا إنّ الضامن لو أدّى الدين من غير جنسه فلا يجوز له إجبار المضمون عنه بالدفع من جنس ما أدّاه فباعتبار عدم أمر المضمون عنه الضامن بذلك وإنّما هو تصرّف تبرّعي منه.

نعم مع أمر المضمون عنه بذلك فللضامن الحق في ذلك لاقتضاء الأمر نفسه لذلك بالسيرة العقلانيّة.



كتاب الحوالة والكفالة

- ١- حقيقة الحوالة.
- ٢- شرائط الحوالة.
- ٣- من أحكام الحوالة.
- ٤- الكفالة وبعض أحكامها.



١- حقيقة الحوالة

الحوالة معاملة تتضمّن نقل المدين ما في ذمّته من دين إلى ذمّة غيره بإحالة الدائن عليه.

وهي مشروعة جزماً.

والمعروف كونها عقداً خلافاً لبعض المتأخّرين حيث اختار كونها إيقاعاً.

وهي متقوّمّة بطرفين : المحيل والمحال دون المحال عليه.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنّ معنى الحوالة ما ذكر فهو من بديهيّات الفقه.

والفرق بينها وبين الضمان - المتضمّن أيضاً لنقل ما في ذمّة إلى ذمّة أخرى - أنّ الحوالة معاملة بين المدين والدائن، حيث ينقل الأوّل ما في ذمّته إلى ذمّة غيره بخلاف الضمان، فإنّّه معاملة بين الدائن والأجنبي، حيث ينقل الثاني ما في ذمّة المدين إلى ذمّته.

٢ - وأمّا إنّها مشروعة فأمر متسالم عليه.

ويمكن الاستدلال لذلك بالسيرة العقلائيّة الممضاة بعدم الردع، وبعموم

قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، وبالروايات الخاصة، كصحيحة أبي أيوب عن أبي عبد الله عليه السلام: «الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»^(٢) وغيرها.

٣- وأما إنها عقد فلتضمنها تصرّفاً في مال المحتال الذي هو تحت سلطانه وفي ذمة المحال عليه التي هي تحت سلطانه فيلزم قبولهما، ولا يكفي إنشاء المحيل فقط لتكون إيقاعاً.

وأما كونها إيقاعاً فقد اختاره السيّد اليزدي رحمه الله حيث قال: «الذي يقوى عندي كونها من الإيقاع غاية الأمر اعتبار الرضا من المحتال أو منه ومن المحال عليه، ومجرد هذا لا يصيّر عقداً، وذلك لأنّها نوع من وفاء الدين وإن كانت توجب انتقال الدين من ذمته إلى ذمة المحال عليه، فهذا النقل والانتقال نوع من الوفاء وهو لا يكون عقداً وإن احتاج إلى الرضا من الآخر، كما في الوفاء بغير الجنس، فإنه يعتبر فيه رضا الدائن ومع ذلك إيقاع»^(٣).

وما أفاده يمكن التأمل فيه باعتبار أنّ الحوالة تتضمن نقلاً للدين من ذمة إلى أخرى فكيف تكون وفاء.

ومع التنزّل والتسليم بكونها كالوفاء بغير الجنس فذلك لا يوجب كونها

(١) المائة : ١ .

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٤٣٣ الباب ١١ من أبواب أحكام الضمان، الحديث ١ .
والمراد: أيرجع المحال على المحيل؟ قال: لا، إلا إذا اتضح أنّ المحال عليه كان قد حصل له الفلاس قبل الحوالة. هذا هو المقصود وإن كان تعبير الصحيحة قد يوهم كون المقصود: إلا أن يكون المحيل قد أفلس قبل ذلك، ولكنه غير مقصود جزماً لعدم مدخلية إفلاس المحيل في جواز الرجوع عليه.

هذا مضافاً إلى أنّ الأصحاب لم يفهموا إلا ما أشرنا إليه. لاحظ جواهر الكلام ٢٦: ١٦٦ .

(٣) العروة الوثقى : كتاب الحوالة : الشرط ١ من شروط الحوالة .

إيقاعاً لأنَّ كون المقيس عليه من قبيل الإيقاع أوَّل الكلام بل هو عقد لكونه معاوضة بين الدين والجنس الآخر.

٤ - وأما تقوُّمها بالمحيل والمحتال فقط فلا أنَّ المحال عليه وإن اعتبر رضاه إمَّا مطلقاً أو فيما إذا كان بريئاً أو كانت الحوالة بغير الجنس إلَّا أنَّ ذلك لا يصيرُه من أركان العقد، فإنَّ مجرد اشتراط رضاه لا يدلُّ على كونه طرفاً وركناً، كما هو الحال في رضا المالك في عقد الفضولي.

وقيل باحتمال اعتبار قبوله على حدِّ اعتبار قبول المحال فيكون العقد مركباً من إيجاب وقبولين. ولكنه بعيد.

والثمرة بين اعتبار قبوله بنحو الركنية وبين اعتباره لا بنحوها أنَّه على الأوَّل يعتبر في قبوله ما يعتبر في الإيجاب والقبول من الموالاة ونحوها بخلافه على الثاني.

٢ - شرائط الحوالة

يلزم في صحّة الحوالة توفر:

- ١ - الإيجاب من المحيل والقبول من المحتال بكل ما يدل عليهما.
- ٢ - البلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لفلس أو سفه في المحيل والمحتال إلَّا في الحوالة على البريء فلا يعتبر عدم الحجر في المحيل. وأما المحال عليه فلا يعتبر فيه شيء من ذلك إلَّا إذا كانت الحوالة على البريء أو بغير الجنس.
- ٣ - التنجيز على المشهور.

٤ - ثبوت الدين في ذمّة المحيل فلا يصحّ في غير الثابت ولو مع

تحقق سببه، كمال الجعالة قبل العمل فضلاً عما إذا لم يتحقق سببه، كالحالة بما سيقترضه.

٥ - عدم تردد المال المحال فلا تصح الحوالة بأحد الدينين من دون تعيين.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا اعتبار الإيجاب والقبول في الحوالة فلائها عقد. واحتمال كونها إيقاعاً ضعيف على ما تقدّم.

كما تقدّم أنّ رضا المحال عليه لو اعتبرناه فهو ليس على حدّ القبول الركني بل على حدّ رضا المالك في عقد الفضولي.

وأما الاكتفاء بكل ما يدلّ على الإيجاب والقبول فقد تقدّم وجهه عند البحث عن الضمان وغيره.

٢ - وأمّا اعتبار البلوغ وما بعده في المحيل والمحال فلائ نقل الدين والتصرّف فيه قائم بهما فيلزم فيهما ما ذكر.

٣ - وأمّا إنّه في الحوالة على البريء لا يلزم عدم الحجر في المحيل فلائّه لا يملك شيئاً في ذمّة المحال عليه ليُمنع من التصرف فيه بل ما يصدر منه هو اشغال لذمّة الغير بما ثبت في ذمّته هو.

أجل .. يعتبر فيه البلوغ والعقل والاختيار لعدم الأثر لعقد الصغير والمجنون والمكره.

٤ - وأمّا إنّ المحال عليه لا يعتبر فيه شيء من ذلك فلو صرح أنّ لمن يملك المال في ذمّة الصغير والمجنون ومن لم يرض بالحوالة الحقّ في تملكه لغيره

ونقله إليه. بالرغم من فرض الصغر والجنون وعدم الرضا. وسيأتي - إن شاء الله تعالى - توضيح ذلك ثانية تحت عنوان «من أحكام الحوالة».

وأما اعتبار ذلك فيه إذا كان بريء الذمة أو كانت الحوالة بغير الجنس فلائنه بالحوالة يحصل تصرف في ذمته فلا بد من بلوغه وعقله واختياره وعدم سفهه.

أجل .. لا يعتبر عدم فلسه إذا كان بريء الذمة لجواز اشغال المفلس ذمته بخلاف السفیه فإنه ليس له اشغال ذمته بدون إذن وليه.

٥ - وأما التنجيز فلا مستند لاعتباره سوى الإجماع المدعى، فإن تمّ وكان كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام أخذنا به وإلا فلا وجه لاعتباره إلا على مستوى الاحتياط.

٦ - وأما اعتبار ثبوت الدين في ذمة المحيل فلائ الحوالة نقل من المحيل الدين الثابت في ذمته إلى ذمة أخرى، والمعدوم لا يقبل النقل.

٧ - وأما اعتبار تعيين المال المحال فلائ المردّد لا تحقّق له ليمن نقله من ذمة إلى أخرى.

٣- من أحكام الحوالة

يعتبر في صحّة الحوالة موافقة المحيل والمحال دون المحال عليه إلا إذا كانت على البريء أو بغير الجنس. وقيل باعتبار رضاه مطلقاً. وهي لازمة لا يجوز فسخها بدون التراضي إلا إذا اتّضح كونها على مفلس.

ويجوز اشتراط الفسخ لكل واحد من الثلاثة.

وبتحققها تبرأ ذمة المحيل وإن لم يُبرئه المحال وتشتغل ذمة المحال عليه للمحال وتبرأ من اشتغالها للمحيل إن كانت الحوالة من الجنس نفسه وبمقدار مساو.

وإذا قضى المحيل الدين بعد تمامية الحوالة تبرأ بذلك ذمة المحال عليه وجاز للمحيل الرجوع عليه إن كان ذلك بطلب منه. ويجوز الترامي في الحوالة بل والدور فيها.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا اعتبار موافقة المحيل والمحال في صحة الحوالة فلائها تتضمن نقل المحيل الدين الثابت في ذمته للمحال فيتوقف على رضاها. وأمّا عدم اعتبار رضا المحال عليه فلائ المال ملك للمحيل فله نقله إلى أي ذمة شاء.

ودعوى اعتبار رضاه لاختلاف الناس في كيفية الاقتضاء سهولة وصعوبة مدفوعة بعدم الدليل على اعتبار تساوي الطرفين في كيفية الاقتضاء في صحة النقل، ولذا يصح بيع الدين وإن لم يرض المدين بالرغم من اختلاف المشتري في الاقتضاء سهولة وصعوبة^(١).

٢ - وأمّا استثناء حالة الحوالة على البريء أو بغير الجنس فلعدم ثبوت السلطنة للمحيل على إشغال الذمة البريئة رأساً أو من الجنس الخاص.

٣ - وأمّا وجه القول باعتبار رضا المحال عليه مطلقاً فقد أتضح مع جوابه.

٤ - وأمّا إن الحوالة لازمة فلاصلة اللزوم في كل عقد. مضافاً إلى دلالة

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٦٢ .

صحيحة أبي أيوب المتقدمة عليه فراجع.

وأما استثناء الحوالة على المفلس فللصحيحة نفسها.

٥ - وأما جواز اشتراط خيار الفسخ للثلاثة فلائن الحوالة وإن كانت لازمة إلا أن لزومها ليس حكماً بل حقّي، ومعه فيمكن التمسك بعموم قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»^(١).

٦ - وأما براءة ذمة المحيل بمجرد تحقق الحوالة ولو مع عدم إبراء المحال فللصحيحة المتقدمة.

وقد يقال بالتوقّف على إبراء المحال لصحيحة زرارة عن أحدهما عليه السلام: «الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل آخر فيقول له الذي احتال: برئت مما لي عليك، فقال: إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يبرئه فله أن يرجع على الذي أحاله»^(٢).

والجواب: أن الصحيحة المذكورة معارضة بالصحيحة السابقة الدالة على تحقق البراءة بالحوالة إلا مع اتّضح كونها حوالة على مفلس، ولصراحة الثانية فيما تدلّ عليه يلزم حمل الأولى على بعض المحامل - تطبيقاً لقاعدة متى ما اجتمع النص والظاهر تُصرف في الثاني بقريئة الأول - من قبيل أن يُقال: إنَّ المقصود من الإبراء هو قبول الحوالة دون الإبراء نفسه، فيراد بقوله ﷺ: «إذا أبرأه فليس...»: إذا قبل المحال الحوالة فليس له الرجوع على المحيل.

٧ - وأما إنّه بعد تحقق الحوالة تشتغل ذمة المحال عليه للمحال وتبرأ من اشتغالها للمحيل فلائنّه بعد اشتغالها للمحال - الذي هو لازم براءة ذمة المحيل

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٦ الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٤٣٣ الباب ١١ من أحكام الضمان، الحديث ٢.

من دين المحال - يلزم براءتها من الاشتغال للمحيل لعدم احتمال اشتغالها لاثنين.

٨ - وأما براءة ذمة المحال عليه بقضاء المحيل للدين مع جواز رجوعه إليه إن لم يكن تبرّعاً، فلائنه كقضاء شخص أجنبي آخر الدين الذي حكمه براءة ذمة المدين وجواز رجوع الأجنبي عليه إن لم يكن ذلك تبرّعاً، وواضح أنّ المحيل بعد تحقق الحوالة يصبح أجنبياً لبراءة ذمته.

٩ - وأما جواز الترامي والدور في الحوالة فلا إطلاق أدلة مشروعيتها.

٤- الكفالة وبعض أحكامها

الكفالة - وهي التعهّد بإحضار المدين وتسليمه إلى الدائن عند طلبه ذلك - مشروعة، ولكنها مكروهة.

ويعتبر فيها الإيجاب من الكفيل بكل ما يدلّ على تعهّده والتزامه والقبول من المكفول له بكل ما يدلّ عليه. وفي اعتبار رضا المكفول خلاف.

ومتى لم يحضر الكفيل المكفول في الموعد المقرّر حُبس حتى يحضره أو يؤدّي ما عليه.

ومن حقّ الكفيل - إذا أدّى ما على المكفول - الرجوع عليه إن كان الأداء بطلب منه.

ويلزم الكفيل التشبّث بكل وسيلة مشروعة لإحضار المكفول.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنَّ معنى الكفالة ما ذكر فمن الواضحات، فإذا أراد شخص الاقتراض فمن حقّ المقرض طلب الكفيل من المقرض ليقوم بإحضاره في الموعد المقرّر. وهكذا من باع شيئاً وخاف من المشتري عدم إحضاره الثمن فإنَّ من حقّه طلب الكفيل منه. وغير ذلك من الأمثلة.

وتفترق الكفالة عن الحوالة والضمان في أنَّ الأولى تعهّد بالنفس بخلاف الأخيرتين فإنَّهما تعهّد بالمال.

٢ - وأمّا إنَّها مشروعة فمن بديهيات الفقه .

ويمكن التمسك لإثبات ذلك بالسيرة العقلانيّة المنعقدة على ذلك والممضاة بعدم الردع، وبعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، وبالروايات الخاصّة كصحيحة داود بن سرحان حيث: «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الكفيل والرهن في بيع النيسة، قال: لا بأس»^(٢).

٣ - وأمّا كراهتها فلحديث الإمام الصادق عليه السلام: «الكفالة خسارة غرامة ندامة»^(٣) وغيره.

٤ - وأمّا اعتبار الإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له فليداهة كون الكفالة عقداً قائماً بالكفيل والمكفول له.

وأمّا رضا المكفول فليل عدم اعتباره تمسكاً بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣) لصدق عقد الكفالة باتّفاق الكفيل والمكفول له ولو بدون رضا المكفول.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٤٣٠ الباب ٨ من أحكام الضمان، الحديث ١ .

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٤٢٨ الباب ٧ من أحكام الضمان، الحديث ٢ .

(٣) المائدة: ١ .

وقيل باعتباره للشك في صدقه بدون ذلك فيلزم الرجوع إلى استصحاب عدم ترتب الأثر دون عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) لكون المورد من الشبهة المصدقية. فالخلاف على هذا ينشأ من كون رضا المكفول على تقدير اعتباره هل هو شرط في الصحة لينفى بالإطلاق مع الشك في اعتباره أو ركن لكي لا تتحقق الكفالة بدونه.

ومال صاحب الجواهر^(٢) إلى اعتبار رضا المكفول باعتبار أن الركنية محتملة، وذلك يكفي لعدم صحة التمسك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١).

٥ - وأما جواز حبس الكفيل مع عدم إحضاره المكفول في الموعد المقرر فلموثقة عمار عن أبي عبد الله^(٣): «أُتي أمير المؤمنين برجل قد تكفل بنفس رجل فحبسه وقال: اطلب صاحبك»^(٢) وغيرها.

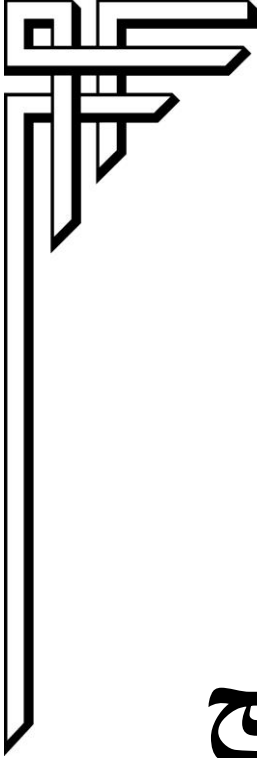
وأما الاكتفاء بأداء الكفيل الدين في تخلية سبيله فلائنه معه تفرغ ذمة المدين ولا يعود موجب لبقاء الكفالة.

٦ - وأما جواز رجوع الكفيل على المكفول لو كان أداؤه الدين بطلب منه فلدلالة الطلب نفسه على ذلك بالسيرة العقلائية الممضاة بعدم الردع. وأما عدم جواز الرجوع مع عدم الطلب فلعدم الموجب.

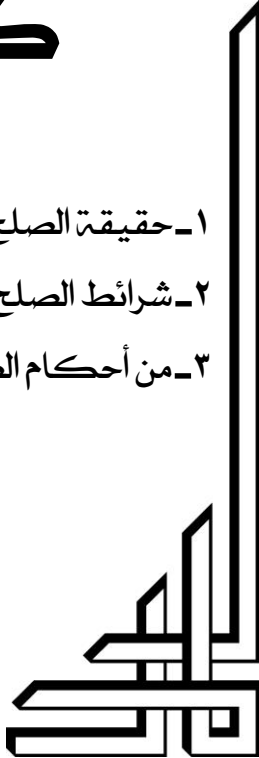
٧ - وأما لزوم التشبث بكل وسيلة مشروعة لإحضار المكفول فلائنه مقتضى وجوب مقدمة الواجب ولو عقلاً.

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٨٨ .

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٤٣١ الباب ٩ من أحكام الضمان، الحديث ١ .



كتاب الصلح



- ١- حقيقة الصلح.
- ٢- شرائط الصلح.
- ٣- من أحكام الصلح.

١ - حقيقة الصلح

الصلح معاملة مضمونها التسالم بين شخصين على تملك مال أو إسقاط دين أو حق بعوض أو مجاناً.
ولا إشكال في مشروعيتها.

وهو عقد مستقل بنفسه ولا يرجع إلى سائر العقود وإن أفاد فائدتها.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنَّ حقيقة الصلح هي التسالم المذكور فلفهم ذلك منه عرفاً.

٢ - وأمّا إنَّه عقد مشروع فهو من بديهيات الفقه.

وقد يستفاد ذلك من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾^(١)، وعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢).

ويدل على ذلك بوضوح قول الإمام الصادق عليه السلام في صحيح حفص بن البختري: «الصلح جائز بين الناس»^(٣)، وصحيح الحلبي: «الرجل يكون عليه

(١) النساء : ١٢٨ .

(٢) المائدة : ١ .

(٣) وسائل الشيعة ١٨ : ٤٤٣ الباب ٣ من أحكام الصلح، الحديث ١ .

الشيء فيصالح فقال: إذا كان بطيب نفس من صاحبه فلا بأس»^(١) وغيرهما.

هذا كله مضافاً إلى انعقاد السيرة العقلائية الممضاة عليه.

٣- وأما إنَّه عقد مستقل ولا يرجع إلى غيره وإن أفاد فائدته فلا نَّ ما يفهم من عنوانه عرفاً شيء مغاير للمفهوم من سائر المعاملات.

بل إنَّ نفس إثبات أحكام خاصَّة لعنوانه الخاص في النصوص يدلُّ على كونه شيئاً مغايراً لغيره.

وفي تسالم الأصحاب على عدم اشتراط معلومية المصالح عليه^(٢) واشتراطهم لها في عوضي البيع دلالة واضحة على ارتكاز المغايرة عندهم.

وعليه فهو وإن أفاد فائدة البيع إذا كان على عين بعوض وفائدة الهبة إذا كان على عين بلا عوض وفائدة الإجارة إذا كان على منفعة بعوض وفائدة الإبراء إذا كان على إسقاط حق أو دين إلَّا أنَّ ذلك لا يستلزم كونه نفسها، فإنَّ الاشتراك في النتيجة بين شيئين لا يدلُّ على كونها واحداً.

وعليه فأحكام بقيَّة العقود وشرائطها لا يمكن تسريتها إليه، فما أفاد فائدة البيع لا تلحقه أحكامه من الخيارات الخاصَّة واعتبار قبض العوضين في المجلس إذا تعلَّق بمعاوضة النقدين، وما أفاد فائدة الهبة لا يعتبر فيه قبض العين كما هو معتبر فيها.

ومنه يتَّضح أنَّ ما هو المنسوب إلى شيخ الطائفة من كون الصلح بيعاً تارةً وهبة أخرى...^(٣) قابل للتأمل.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٤٤٦ الباب ٥ من أحكام الصلح، الحديث ٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ٢١٥.

(٣) المبسوط ٢: ٢٨٢.

٢- شرائط الصلح

يلزم في تحقّق الصلح توفّر:

١ - الإيجاب والقبول مطلقاً حتّى إذا كان مفيداً للإبراء. ويكفي فيهما كل ما يدل عليهما.

٢ - أن لا يكون مستلزماً لتحليل محرم أو بالعكس.

٣ - البلوغ والعقل والقصد والإختيار في المتصالحين. وهكذا عدم الحجر لفلس أو سفه في من تقتضي المصالحة التصرف في ماله.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا اعتبار الإيجاب والقبول في الصلح فلبداهة كونه عقداً. وأمّا إنّ ذلك معتبر فيه حتّى إذا أفاد فائدة الإبراء فلا أنّ ذلك مقتضى كونه عقداً مستقلاً.

وأمّا أنّه يكفي كل ما يدل على الإيجاب والقبول فلا أنّه بذلك يصدق عنوان الصلح فتشمله الإطلاقات العامّة والخاصّة.

٢ - وأمّا اعتبار عدم استلزامه لتحليل الحرام وبالعكس فلعدم احتمال إمضاء الشارع للمعاملة المتضمّنة لذلك.

وفي موثقة إسحاق بن عمار عن الإمام الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام أنّ علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: «من شرط لامراته شرطاً فليف لها به، فإنّ المسلمين عند شروطهم إلّا شرطاً حرّماً حلالاً أو أحلّ حراماً»^(١)، فإنّه لم يفهم من الشرط ما يشمل مطلق المعاملة فبالإمكان التعدي من باب تنقيح المناط وإلغاء

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٧ الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

الخصوصية.

وفي رسالة الشيخ الصدوق قال رسول الله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه». والصلح جائز بين المسلمين إلاّ صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً^(١).

وهي حجة بناءً على تمامية التفصيل في مراسيل الصدوق بين ما إذا كانت بلسان روي فلا تكون حجة وبين ما إذا كانت بلسان قال فتكون حجة، فإنه بناءً على هذا تكون حجة - لأنها بلسان قال - فضلاً عما إذا بني على الكبرى القائلة بحجية جميع روايات الشيخ الصدوق في كتابه كتاب من لا يحضره الفقيه لوجهين تقدّم في كتاب البيع عند البحث عن حرمة القمار.

٣- وأما اعتبار البلوغ وما بعده فلكون ذلك من الشرائط العامة.

٣- من أحكام الصلح

لا يلزم في جواز الصلح وجود نزاع مسبق.

وتجوز الاستعانة به في كل مورد إلاّ إذا استلزم تحريم الحلال أو بالعكس.

وهو عقد لازم لا يفسخ إلاّ بالإقالة أو بفسخ من جعل له حق الفسخ منهما أثناءه.

وتغتفر الجهالة في الصلح حتى مع امكان معرفة المصالح عليه بشكل تام ومن دون مشقة.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٤٤٣ الباب ٣ من أحكام الصلح، الحديث ٢.

وفي جواز التصالح على الجنس الربوي بمماثله مع التفاضل خلاف.

والمستند في ذلك:

- ١ - أمّا عدم اعتبار النزاع المسبق في صحّة الصلح فلاّن ذلك من قبيل حكمة التشريع التي لا تمنع من التمسك بإطلاق الدليل. ولفظ الصلح وإن كان مشعراً باعتبار سبق ذلك إلاّ أنّه ليس بشكل يمنع من التمسك بالإطلاق.
- ٢ - وأمّا جواز الاستعانة بالصلح في كل مورد فلاّطلاق دليل مشروعيّة.
- وأمّا اعتبار أن لا يكون مستلزماً لتحريم حلال وبالعكس فلما تقدّم.
- ٣ - وأمّا أنّه عقد لازم فلاّصلة اللزوم في كل عقد التي تقدّم مدرّكها في مبحث البيع.

- وأمّا جواز الفسخ بالإقالة والخيار فلاّن لزوم الصلح حقّي لا حكمي.
- ٤ - وأمّا اغتفار الجهالة - خلافاً للمنسوب إلى الشافعي من اعتبار العلم في المصالح عليه والمصالح به^(١) - فلاّطلاق صحيح حفص وصحيح الحلبي السابقين.
 - ومع التّنزل وافترض نظرهما إلى أصل التشريع دون الخصوصيّات يمكن التمسك بصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي، فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما»^(٢).
 - واحتمال أن المنظور للحديث الإبراء دون الصلح مدفوع بأنّ ظاهره المعاوضة

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٢١٨ .

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٤٤٥ الباب ٥ من أحكام الصلح، الحديث ١ .

التي لا مجال لها إلا في الصلح.

٥ - وأما إنَّ الجهالة مغتفرة حتَّى مع إمكان تحصيل العلم فلإطلاق أيضاً.

٦ - وأما الخلاف في جواز التصالح على الجنس الربوي بمماثله مع التفاضل فيستند إلى الأخبار الدالة على اعتبار المماثلة، فإنَّه قد يدعى انصرافها إلى خصوص البيع فيلزم اختصاص التحريم به وقد ينكر ذلك ويتمسك بإطلاقها فيلزم تعميم التحريم للصلح أيضاً.

ومن تلك الأخبار صحيحة محمد بن مسلم وزرارة عن أبي جعفر عليه السلام:
«الحنطة بالدقيق مثلاً بمثل، والسويق بالسويق مثلاً بمثل، والشعير بالحنطة مثلاً بمثل لا بأس به»^(١).

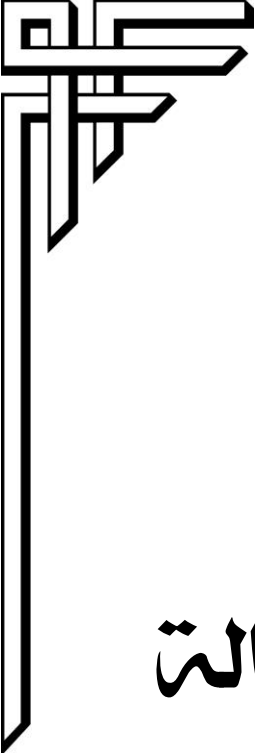
وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «الفضة بالفضة مثلاً بمثل، والذهب بالذهب مثلاً بمثل ليس فيه زيادة ولا نقصان»^(٢).

وصحيحة الوليد بن صبيح: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام: الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، الفضل بينهما هو الربا المنكر هو الربا المنكر»^(٣).

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٤١ الباب ٩ من أبواب الربا، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٦٥ الباب ١ من أبواب الصرف، الحديث ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ١٦٦ الباب ١ من أبواب الصرف، الحديث ٢.



كتاب الوكالة



١- حقيقة الوكالة.

٢- من أحكام الوكالة.

١ - حقيقة الوكالة

الوكالة عقد يتضمّن تسليط الغير على معاملة أو ما هو من
شؤونها كالقبض والإقباض.
وهي أمر يغير الإذن والنيابة.
ولا شكّ في مشروعيتها.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنّ الوكالة عقد فهو المشهور. وخالف في ذلك السيد اليزدي
فاختار عدم توقّف تحققها على القبول، بدليل أنّه لو قال الموكل للوكيل: وكّلتك
في بيع داري فباعها صحّ البيع حتّى مع الغفلة عن قصد النيابة وإنشاء القبول
بالبيع. وأيضاً لو كانت عقداً لزم مقارنة القبول لإيجابها، والحال أنّ من الجائز
توكيل الغائب الذي يصله خبر الوكالة بعد فترة.

ثمّ ذكر^(١): أنّ هذا لا يعني أنّ القبول لو تحقّق بعد الإيجاب فلا تكون عقداً،
بل المقصود أنّ بالإمكان وقوعها بنحو الإيقاع تارة وبنحو العقد أخرى^(١).

هذا والمناسب كونها عقداً لقضاء الارتكاز العقلاني بتوقّف تحققها على

(١) ملحقات العروة الوثقى ٢: ١١٩ .

القبول، والذي لا يحتاج إلى ذلك هو الإذن، وهما شيان متغايران وليساً شيئاً واحداً.
وصحة البيع التي أشار إليها في القرينة الأولى تحتل أن تكون من جهة
الإذن دون الوكالة.

والموالة بين الإيجاب والقبول التي أشار إليها في القرينة الثانية لم يثبت
اعتبارها في العقد بشكل مطلق لو سُلّم بثبوت اعتبارها في الجملة.

وما ذكره من تحققها أحياناً بالإيجاب والقبول معاً غير واضح، إذ لو كان
الإيجاب كافياً في تحققها فلا دورَ لضمّ القبول، ومن ثمّ يلزم أن تكون إيقاعاً دائماً.

٢- وأما إنَّها تتضمن التسليط على ما ذكر فلأنّ ذلك هو المفهوم منها عرفاً.

وأما تخصيصها بالتسليط على المعاملة وما هو من شؤونها دون جميع الأشياء
فلما يأتي من اختصاص الوكالة بالأشياء التي لم يعتبر الشارع فيها الصدور بالمباشرة،
وليست تلك إلا المعاملة والقبض والإقباض.

٣- وأما إنَّ الوكالة أمر مغاير الإذن فواضح، فإنَّ الإذن لا يتوقّف تحقّقه
على القبول بخلاف الوكالة.

والوكالة تنفسخ بفسخ الوكيل، بخلاف الإذن، فإنَّه لا يرتفع برفض المأذون.
وتصرف الوكيل يقع صحيحاً وإن عزله الموكل ما دام لم يبلغه خبر العزل،
بخلافه في الإذن، فإنَّ التصرف يقع باطلاً مع التراجع وإن لم يبلغ المأذون ذلك.

٤- وأما مغايرة الوكالة للنيابة فواضحة أيضاً؛ إذ في الوكالة لا ينتسب
الفعل إلى الموكل، بخلافه في النيابة، فالحج الآتي به النائب لا ينتسب إلى المنوب
عنه، بخلافه في مثل البيع الذي يأتي به الوكيل فإنَّه ينتسب إلى الموكل.
والنيابة قد تقع تبرعية بخلاف الوكالة فإنَّه لا يتصور فيها ذلك.

٥- وأما مشروعية الوكالة فهي من البديهيّات لاستقرار سيرة العقلاء

ونظامهم عليها.

وفي صحيح معاوية بن وهب وجابر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام: «مَنْ وَكَّلَ رَجُلًا عَلَى إِمْضَاءِ أَمْرٍ مِنَ الْأُمُورِ فَالْوَكَالَةُ ثَابِتَةٌ أَبَدًا حَتَّى يَعْلَمَهُ بِالْخُرُوجِ مِنْهَا كَمَا أَعْلَمَهُ بِالْدُخُولِ فِيهَا»^(١).

وقد يستدلّ على ذلك بقوله تعالى: ﴿فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ﴾^(٢)، ﴿أَذْهَبُوا بِقَمِيصِي هَذَا﴾^(٣). ولكنه كما ترى.

وأما عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤) فلا يمكن التمسك به في المقام للتسالم على جواز الوكالة وعدم لزومها.

٢- من أحكام الوكالة

يعتبر في الوكالة الإيجاب والقبول بكل ما يدل عليهما.

وتتحقق بكتابة الموكل إلى الوكيل - ولو كان في بلدٍ آخر - متى ما قبل ولو بعد فترة.

والمشهور عدم جواز التعليق فيها وإن جاز في متعلّقها.

وهي من العقود الجائزة ولكن الوكيل لو تصرف قبل بلوغه عزل الموكل وقع تصرفه صحيحاً.

وتلزم متى ما تحقق اشتراطها ضمن عقد لازم بنحو شرط النتيجة.

(١) وسائل الشيعة ١٦١: ١٩ الباب ١ من أحكام الوكالة، الحديث ١ .

(٢) الكهف: ١٩ .

(٣) يوسف: ٩٣ .

(٤) المائدة: ١ .

وإذا اشترط عدم العزل ضمن عقد الوكالة فقد قيل بلزومها أيضاً.
وتبطل بموت الموكل وجنونه وإغمائه.
وتصح في كل ما لا يتعلّق غرض الشارع بإيقاعه مباشرة. ويعرف
ذلك هو من بناء العرف وارتكاز المتشرّعة.
ولا يحقّ للوكيل التعديّ عمّا حدّد له إلّا إذا كان المفهوم عرفاً
أنّ المذكور هو من باب أحد الأفراد وليس من باب التحديد.
ولا يضمن الوكيل ما يتلف إلّا إذا تعدّى أو فرط. ولا تبطل
بذلك وكالته.

وعند الاختلاف في تحقّق التعديّ والتفريط يؤخذ بقول الوكيل
مع يمينه وعدم البينة للموكل.
والمستند في ذلك:

- ١ - أمّا اعتبار الإيجاب والقبول في تحقّق الوكالة فلائها عقد.
وأمّا الاكتفاء بكل ما يدلّ عليهما فلا إطلاق دليل شرعيّتها بعد فرض تحقّقها.
ومنه يتّضح الوجه في تحقّقها بالكتابة.
- والتسالم على اعتبار الموالاة في العقود إن فرض تحقّقه فلا يجزم بشموله
للوكالة إن لم يدعّ الجزم بعدم شموله لها.
- ٣ - وأمّا عدم جواز التعليق في الوكالة نفسها فقد علّله صاحب الجواهر
بالإجماع القائم بكلا قسميه على عدم جواز التعليق في مطلق العقود^(١).
ويمكن أن يُقال: إنّه لا يمكن الجزم بشمول الإجماع المذكور لمثل الوكالة،

والقدر المتيقن منه هو البيع والإجارة وما شاكلهما من المعاوضات، كما نبه عليه السيّد اليزدي^(١)، ومعه يعود إطلاق دليل شرعية الوكالة بلا مانع يمنع من التمسك به.

٤ - وأما جواز التعليق في متعلق الوكالة دونها - كما إذا قال الموكل: أنت وكيل من الآن في بيع داري متى ما ارتفع سعرها - فواضح لأن الإجماع على عدم جواز التعليق في الوكالة إن ثبت فهو ناظر إلى تعليق الوكالة نفسها دون حالة التعليق في متعلقها مع فرض إطلاقها، ولا أقل من كون ذلك هو القدر المتيقن منه فيعود دليل شرعية الوكالة بلا مانع من التمسك بإطلاقه.

٥ - وأما إن الوكالة من العقود الجائزة فقد ادّعي عدم الخلاف فيه^(٢). وصحيح معاوية وجابر المتقدم واضح الدلالة على ذلك، إلا أنه خاص بتراجع الموكل، فلا بد من ضم عدم القول بالفصل أو دعوى تنقيح المناط وإلغاء الخصوصية.

٦ - وأما صحة تصرف الوكيل مع عزل الموكل له ما دام لم يبلغه خبر العزل فقد دل عليه الصحيح المتقدم وغيره.

ويظهر من خلال بعض النصوص أن المسألة كانت محل خلاف بيننا وبين غيرنا، فغيرنا كان يفصل بين النكاح فيبطل بالعزل ولو لم يصل خبره إلى الوكيل وبين غيره فلا يبطل، ففي الحديث أن العلاء بن سبابة سأل الإمام الصادق^(عليه السلام) عن حكم المسألة فأجابه بصحة فعل الوكيل ما دام لم يصله خبر العزل. ثم سأل الإمام^(عليه السلام) العلاء قائلاً: «ما يقول من قبلكم في ذلك؟... قلت: نعم يزعمون أنها

(١) ملحقات العروة الوثقى ٢: ١٢١ .

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ٣٥٦ .

لو وكّلت رجلاً واشهدت في الملاء وقالت في الخلاء^(١): اشهدوا أنّي قد عزلته أبطلت^(٢) وكالته بلا أنّ تُعلم في العزل، وينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصة، وفي غيره لا يبطلون الوكالة إلاّ أنّ يعلم الوكيل بالعزل، ويقولون: المال منه عوض لصاحبه والفرج ليس منه عوض إذا وقع منه ولد فقال ﷺ: سبحان الله ما أجور هذا الحكم وأفسده، إنّ النكاح أحرى وأحرى من أن يحتاط فيه وهو فرج ومنه يكون الولد...»^(٣).

٧ - وأمّا لزوم الوكالة متى ما تحقّق اشتراطها ضمن عقد لازم بنحو شرط النتيجة - كما لو اشترطت الزوجة في عقد نكاحها أن تكون وكيلة عن زوجها في طلاق نفسها متى ما سُجن أو ساء خلقه أو غير ذلك - فهو المشهور^(٤)؛ لأنّها وإن كانت جائزة في حدّ نفسها إلاّ أنّ ذلك لا ينافي لزومها بسبب الاشتراط.

أجل .. تردّد المحقّق في كتاب الرهن من شرائعه فيما لو اشترطت في عقد الرهن ووكالة المرتهن في بيع العين المرهونة متى لم يتمّ تسديد القرض في الموعد المقرّر^(٥) إلاّ أنّه كما ترى.

هذا وقد زاد بعض الأعلام قائلاً: لو اشترطت الوكالة ضمن العقد الجائز لزم العمل بالشرط ما دام العقد باقياً وإن جاز فسخ العقد فيزول لزوم

(١) في تهذيب الأحكام ٦: ٢١٥ والفقيه ٣: ٤٨ : وقالت في الملاء .

(٢) في تهذيب الأحكام ٦: ٢١٥ : بطلت وكالته وإن لم يعلم العزل .

(٣) وسائل الشيعة ١٩: ١٦٣ الباب ٢ من أحكام الوكالة، الحديث ٢ .

(٤) ملحقات العروة الوثقى ٢: ١٢٢ .

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٣٣٤ انتشارات إستقلال .

الشرط بالتبع^(١).

ثمَّ إنَّه إذا افترض اشتراط الوكالة ضمن عقد لازم بنحو شرط الفعل كان العمل بالشرط واجباً تكليفاً إلاَّ أنَّه لو عصى المشتري عليه فلا يلزم سوى الإثم ولا تتحقّق الوكالة.

٨ - وأمّا القول بلزومها لو اشترط عدم العزل ضمن عقد الوكالة فهو من جهة لزوم العمل بالشرط بمقتضى قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»^(٢). وتوهم لزوم الدور مندفع بأنَّ لزوم الشرط ليس موقوفاً على بقاء الوكالة بل على إيقاع عقدها وقد حصل.

٩ - وأمّا إنَّها تبطل بموت الموكل وجنونه وإغمائه فقد قيل: إنَّه لا مستند له سوى الإجماع^(٣).

إلاَّ إنَّه يمكن أن يقال: إنَّ الوكالة هي في روحها أذن خاص تترتب عليه بعض الخصوصيّات، ومعه فمن المناسب بطلانها بما ذكر لزوال الأذن بذلك.

لا يُقال: على هذا يلزم الحكم ببطان الوكالة في حالة نوم الموكل.

فإنَّه يُقال: الوجدان قاض بالفرق، ولذا لو كان الإذن لا بنحو الوكالة يحكم بزوالها وعدم جواز التصرف بالموت ونحوه دون طرؤ النوم.

١٠ - وأمّا صحّة الوكالة في خصوص ما لا يتعلّق غرض الشارع بإيقاعه بالمباشرة - كالوضوء والغسل مثلاً - فواضح وإلاَّ يلزم خلف الفرض.

وأمّا وجه الاستناد إلى ارتكاز المشرّعة في تحديد مطلوبيّة المباشرة فلا

(١) ملحقات العروة الوثقى ٢: ١٢٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٦ الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٣٦٢.

٢٠٠ دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي

الارتكاز المذكور يكشف عن وصول مضمونه يدأ بيد من الإمام عليه السلام بعد افتراض عدم احتمال وجود منشأ آخر له غير ذلك.

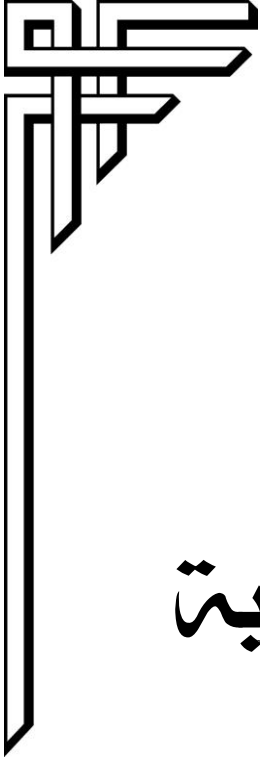
وأما الاستناد إلى العرف في ذلك أيضاً فلحجية ما يفهمه من النص من خلال تحكيم مناسبات الحكم والموضوع وغيرها من القرائن.

١١ - وأما إنه لا يحق للوكيل التعدي عما حُدد له فلأن الوكالة - كما تقدم - ترجع في روحها إلى الإذن فلا بد من الاقتصار على حدودها.

١٢ - وأما عدم ضمان الوكيل إذا لم يتعد ولم يفرط فلأنه أمين، وهو لا يضمن إلا بذلك.

وأما إنه لا تبطل الوكالة بالتعدي والتفريط فلأن جعلها من الموكل لم يكن محدداً بما إذا لم يحصل ذلك.

١٣ - وأما تقديم قول الوكيل عند الاختلاف في تحقق التعدي أو التفريط فلموافقة قوله الأصل فيحتاج المدعي لخلاف ذلك في إثبات دعواه إلى البيّنه فإذا لم تكن قُدّم قول من وافق قوله الأصل مع اليمين.



كتاب المضاربة

- 
- ١- حقيقة المضاربة.
 - ٢- شرائط المضاربة.
 - ٣- من أحكام المضاربة.

١ - حقيقة المضاربة

المضاربة معاملة بين طرفين تتضمن دفع المال من أحدهما والعمل من الآخر مع اقتسام الربح. وهي مشروعة جزماً.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنَّ معنى المضاربة ما ذكر فهو من المسلّمات التي لا خلاف فيها. أجل عرّفها جمع - كصاحب الجواهر والعروة الوثقى - بدفع الإنسان مالا إلى غيره ليتجر به على أن يكون الربح بينهما^(١). والأولى ما ذكرناه لأنّها معاملة وتعاقد بين طرفين يتضمّن دفع المال من أحدهما وليست دفع المال نفسه الذي هو فعل خارجي. وفرقها عن القرض أنّ المال على فرض القرض ينتقل جميعه إلى الطرف الثاني مقابل ضمانه لما يساويه، بخلافه على فرض المضاربة، فإنّ المال يبقى على ملك مالكة ويعمل العامل فيه مقابل قسم من الربح. وفرقها عن الإجارة أنّ الأرباح على فرض الإجارة تكون بأجمعها

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٨، والعروة الوثقى: بداية كتاب المضاربة.

٢٠٤ دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي

للمالك، وللعامل الأجرة، بخلافه في المضاربة، فإنَّ الأرباح من البداية تكون بين الطرفين حسب الاتفاق.

٢ - وأما مشروعيّتها فمما لا كلام فيها. وتدلّ على ذلك نصوص كثيرة، كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «سألته عن الرجل يعطي المال مضاربة وينهى أن يخرج به فخرج، قال: يضمن المال، والربح بينهما»^(١) وغيرها. وهي صحيحة بكلا طريقتيها فراجع.

ويظهر منها أنَّ صحّة المضاربة في الجملة أمر مفروغ منه وأنَّ السؤال وقع عن بعض خصوصياتها.

وهل يمكن التمسك لإثبات صحّتها بالعمومات من قبيل قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) ونحوه؟

إنَّ هذا السؤال تقدّم الجواب عنه في مبحث المزارعة وذكرنا أنَّ المشهور قال بجواز ذلك خلافاً لبعض حيث اختار عدم جواز ذلك. وقد تقدّم أنَّ النزاع المذكور تترتب عليه جملة من الثمرات.

٢ - شرائط المضاربة

يلزم في تحقّق المضاربة توفّر:

١ - الإيجاب من المالك والقبول من العامل بكل ما يدلّ عليهما ولو بالمعاطاة.

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٦ الباب ١ من أبواب أحكام المضاربة، الحديث ١ .

(٢) المائدة: ١ .

٢ - البلوغ والعقل والاختيار في المالك والعامل. ويلزم في المالك أن لا يكون محجوراً عليه لسفه أو فلس.

٣ - تعيين الحصّة وعدم ترددها، وأن يكون تعيينها بنحو الكسر المشاع إلا إذا افترض وجود تعارف خارجي يوجب انصراف الإطلاق إليه.

٤ - كون الربح بينهما، فلا يصحّ جعل مقدار منه لأجنبي إلا مع افتراض قيامه بعمل.

٥ - أن يكون الاسترباح بالتجارة، فلو دفع إلى شخص مال ليشتري به سيارة لحمل المسافرين مع اقتسام الأجرة أو دفع إلى حلاق أو رسّام ونحوهما مال ليصرف في حرفتهم مع اقتسام الأرباح لم يكن ذلك مضاربة.

٦ - قدرة العامل على مباشرة التجارة بنفسه إذا اشترط عليه ذلك.

٧ - أن يكون رأس المال عيناً وليس ديناً. فلو كان لشخص على آخر دين لم يجز جعله مضاربة إلا بعد قبضه.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا اعتبار الإيجاب والقبول في المضاربة فواضح بعد كونها عقداً. وأمّا الاكتفاء بكل ما يدل عليها فللتمسك بإطلاق أدلّة مشروعيتها بعد فرض تحقّق الدلالة عليها.

ومن ذلك يتّضح الوجه في تحقّقها بالمعاطاة.

٢ - وأمّا اعتبار البلوغ والعقل والاختيار في المالك والعامل فلأنها من

الشرائط العامة المعتبرة في كل عقد.

وأما اعتبار عدم الحجر على المالك فلائنه من خلال المضاربة يتحقق منه التصرف في أمواله، وشرط جواز ذلك عدم الحجر.

وأما عدم اعتبار ذلك في العامل فباعبار أنه لا يتحقق منه تصرف في ماله وإنما يحاول تحصيل مال وذلك ليس ممنوعاً منه.

هذا وقد تقدّم في كتاب المزارعة وجود رأي يعتبر ذلك في العامل أيضاً.

٣ - وأما اعتبار تعيين الحصّة وعدم ترددها فلائناً الحصّة المرددة لا وجود لها ليتمكن تملكها للعامل.

وهل يلزم تعيين الحصّة بمعنى معلوميّتها وعدم كونها مجهولة، كما لو قال المالك: ضاربتك بحصّة تساوي الحصّة المفعولة في مضاربة فلان مع افتراض أنّها مجهولان ذلك؟

المشهور ذلك لحديث: نهى النبي ﷺ عن الغرر^(١).

والمناسب عدم اعتبار ذلك لما تقدّم في مبحث الإجارة من ضعف الحديث سنداً بل لم يثبت كونه رواية.

٤ - وأما اعتبار كون تعيين الحصّة بالكسر المشاع فلائناً ذلك مقوم لمفهوم المضاربة، إذ لو عينت لا بذلك - كما لو قال المالك: ضاربتك على أن يكون لك مائة دينار - كان المورد مصداقاً للإجارة أو الجعالة.

وأما كفاية الانصراف فلائناً به يتحقق التعيين.

٥ - وأما اعتبار كون الربح بينهما وعدم صحّة جعل قسم منه لأجنبي فلائناً

(١) تذكرة الفقهاء: كتاب الإجارة: المسألة ٢ من الركن ٣ في الفصل ٢.

ظاهر روايات المضاربة كون الربح بينهما لا غير.

على أنه يكفي الشك في جواز الجعل للأجنبي في الحكم بعدم الجواز بناءً على رأي غير المشهور القائل بعدم إمكان التمسك بالعمومات لإثبات صحة المضاربة.

وأما استثناء حالة قيام الأجنبي بعمل فلائته بفرض قيامه بعمل يكون عاملاً آخر في المضاربة، ومن ثمّ سوف تكون المضاربة بين المالك وعاملين، وذلك مما لا محذور فيه كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

٦ - وأما اعتبار كون الاسترباح بالتجارة فلائاً ذلك دخيل في مفهوم المضاربة^(١).

ولا أقل من احتمال ذلك، ويكفي ذلك، حيث يلزم الرجوع إلى أصالة عدم ترتّب الأثر.

وهل يمكن تصحيح المعاملة - التي لا يكون الاسترباح فيها بالتجارة - بواسطة العمومات؟

نعم يمكن ذلك بناءً على رأي المشهور القائل بإمكان تصحيح المضاربة وما شاكلها من خلال العمومات.

٧ - وأما اعتبار قدرة العامل على المباشرة إذا كانت مقصودة فلائاً بدون ذلك لا يمكن تحقّق القصد إلى المعاملة ولا يمكن تعلّق وجوب الوفاء بها.

وهذا مطلب سارٍ في كل معاملة ولا يختص بالمضاربة.

٨ - وأما اعتبار كون رأس المال عيناً وليس بدين فللقصور في المقتضي ووجود المانع.

(١) لاحظ مجمع البحرين ١٠٧: ٢.

أما المقصود في المقتضي فلأنَّ عنوان إعطاء المال المذكور في صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة وغيرها ظاهر في دفع العين ولا يشمل الدين. ولا أقلَّ من الشك فلا يمكن التمسك بها لإثبات مشروعيتها.

وأما المانع فهو موثقة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل له على رجل مال فيتقاضاه ولا يكون عنده فيقول: هو عندك مضاربة، قال: لا يصلح حتى تقبضه منه»^(١).

وهي معتبرة السند بطرقها الأربع فراجع. والسكوني والنوفي وإن لم يوثقا بشكل خاص إلا أنَّ بالإمكان التساهل في أمرهما لبيان مرَّ في بعض الأبحاث. هذا وقد نسب إلى المشهور اعتبار أن يكون رأس المال من الذهب والفضة المسكوكين وأدعي الإجماع على ذلك. إلا أنَّ المناسب التعميم للأوراق النقدية لصدق عنوان المال - المذكور في صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة وغيرها - عليها. والإجماع المدعى - بمعنى الاتفاق الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام - لم يثبت تحقُّقه.

٣- من أحكام المضاربة

عقد المضاربة جائز ويحق للطرفين التراجع عنه متى شاء إلا إذا اشترط عدم الفسخ إلى فترة محددة.

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٢٣ الباب ٥ من أبواب أحكام المضاربة، الحديث ١.

ومع تحقّق الخسارة في التجارة لا يضمن العامل منها شيئاً إلاّ إذا تجاوز الحدّ المقرّر له.

وإذا اشترط المالك تقسيم الخسارة كان الشرط صحيحاً على قول. ولا يحقّ للعامل خلط رأس المال بـمال آخر لنفسه أو غيره إلاّ مع كسب الإذن من المالك.

وإذا حدّد المالك كيفيّة التصرفّ بالمال لزم السير على طبقها وإلاّ لزم السير على طبق ما هو المتعارف.

ويجوز تعدّد العامل في باب المضاربة مع اتّحاد المالك سواء اتّحد المال أم تميّز.

وتبطل المضاربة بموت كل من العامل أو المالك. والربح وقاية لرأس المال، فلو ربح العامل في تجارة وخسر في أخرى بعدها أو حصل تلف جُبر ذلك بالربح. والعامل يملك حصّته من الربح بمجرد ظهوره من غير توقّف على الانضاض - بمعنى تحويل الأجناس إلى نقود - أو القسمة.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنّ عقد المضاربة جائز بالرغم من أنّ المناسب لأصالة اللزوم في مطلق العقود لزومه فعُلّ تارة بالإجماع وأنّه الحجّة في الخروج عن قاعدة اللزوم^(١) وأخرى بأنّ عقد المضاربة يرجع في روحه إلى الإذن في التصرفّ من

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٠.

أحدهما والقبول من الآخر كالعارية، وللاذن التراجع عن اذنه متى شاء.

٢ - وأما إنَّ المضاربة تلزم باشتراط عدم الفسخ فلو جوب الوفاء بالشرط المستفاد من قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»^(١). ودعوى أنَّ الشرط باطل لمنافاته لمقتضى العقد مدفوعة بأنَّه مناف لإطلاقه لا لأصله.

ودعوى أنَّ الشرط في العقود الجائزة لا يلزم الوفاء به مدفوعة بأنَّ عموم قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم» يعم كل شرط بما في ذلك الواقع ضمن العقد الجائز.

أجل .. إذا كان مفاد الشرط شيئاً آخر غير عدم الفسخ فيجوز فسخ العقد فيسقط الشرط وإلاَّ فما دام العقد باقياً فالوفاء بالشرط واجب. وأما إذا كان مفاد الشرط عدم الفسخ كما في المقام فيترتب عليه عدم جواز الفسخ.

ولكن لو فرض أنَّ المشروط عليه خالف وفسخ فهل يقع الفسخ أو لا؟
قيل: لا، واختاره السيّد اليزدي^(٢).

والمناسب وقوعه لأنَّ مفاد قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم» الوجوب التكليفي من دون ترتب أثر وضعي عليه. أجل يكون الفاسخ أثماً وعاصياً.

٣ - وأما عدم تحمّل العامل للخسارة إلاَّ مع التجاوز عن الحدّ المقرّر له فلصحيحة أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام: «الرجل يعمل بالمال مضاربة، قال: له الربح وليس عليه من الوضعية شيء إلاَّ أن يخالف عن شيء ممّا

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٦ الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) العروة الوثقى: كتاب المضاربة: المسألة ٢ من فصل شرائط عقد المضاربة.

أمر صاحب المال»^(١) وغيره.

٤ - وأما القول بصحة اشتراط تحمّل الطرفين للخسارة فوجهه أنّ ذلك ليس شرطاً مخالفاً لمقتضى العقد بل لإطلاقه.

والمناسب التفصيل بين اشتراط تحمّل الطرفين للخسارة، فيبطل وبين افتراض كون الخسارة على المالك فقط إلا أنّ العامل يلزمه تقديم مال ولو بعنوان الهدية إلى المالك يعادل مقداراً من الخسارة فيصح.

أما البطلان في الأوّل فلأنّ ظاهر صحيحة الكفائي المتقدمة وغيرها كون الخسارة على المالك لا غير، ومقتضى إطلاقها كونها عليه حتّى مع اشتراط تقسيطها. وأما الصحة في الثاني فلأنّ مفاد الشرط ليس تحمّل العامل شيئاً من الخسارة بل هو اشتراط لأمر آخر غير الخسارة، فكما أنّه يصحّ اشتراط المالك على العامل خياطة ثوب له كذلك يصحّ اشتراط إهداء مال له بمقدار نصف الخسارة على فرض تحقّقها.

٥ - وأما عدم جواز خلط رأس المال بغيره فلأنّ الخلط نوع من التصرف، ولا يجوز التصرف في مال الغير إلاّ بالنحو المأذون من قبله.

٦ - وأما أنّه مع تحديد المالك لكيفية التصرف يلزم السير على طبقها فلعدم جواز التصرف في ملك الغير إلاّ بإذنه.

وأما أنّه مع عدم التحديد الخاص يلزم السير على طبق المتعارف فباعتبار أنّ الإطلاق ينصرف إلى ما هو المتعارف.

٧ - وأما جواز تعدّد عامل المضاربة فلكونها في الواقع منحلة إلى مضاربتين وبمنزلة مضاربة المالك من البداية كل واحد منهما على نصف المال. والاتحاد في

(١) وسائل الشريعة ١٩: ١٦ الباب ١ من أبواب أحكام المضاربة، الحديث ٣.

مقام الإنشاء لا ينافي التعدد في المقام الواقع.

هذا مع اتحاد المال. وأمّا مع تميّزه فالأمر أوضح.

٨- وأمّا بطلان المضاربة بموت العامل فلاختصاص الإذن به.

وأمّا بطلانها بموت المالك فلا انتقال المال بموته إلى وارثه، وإبقاؤها يحتاج إلى عقد جديد.

٩- وأمّا إنّ الربح وقاية لرأس المال ويجبر التلف والخسارة به فلاقتضاء عقد المضاربة نفسه لذلك، فإنّ المجعول للعامل ليس هو الحصّة من الربح في كل معاملة بعينها بل في مجموع المعاملات بما هو مجموع، ومع افتراض الربح في تجارة سابقة والخسارة في تجارة لاحقة لا يصدق تحقق الربح بلحاظ مجموع المعاملات.

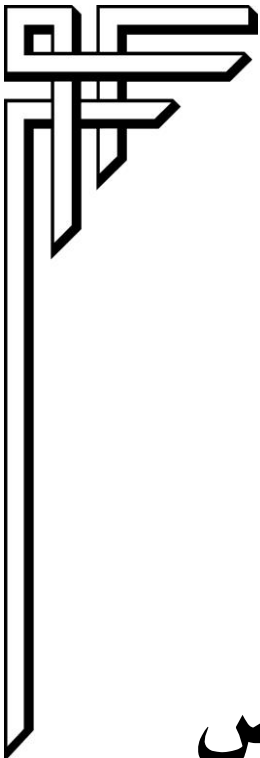
١٠- وأمّا إنّ العامل يملك حصّته من الربح بمجرد ظهوره فلو جهين:

أ- أنّ ذلك مقتضى اشتراط كون الربح بينهما.

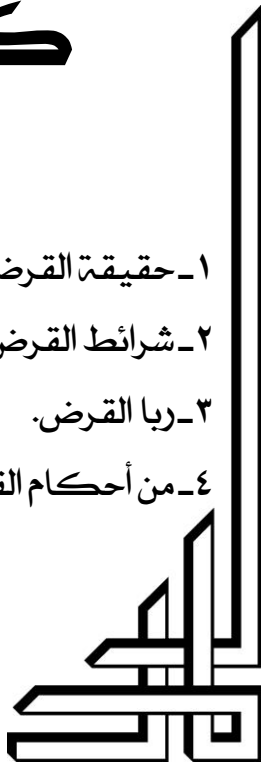
ودعوى أنّ الربح لا يصدق تحقّقه قبل الانضاض مدفوعة بأنّ ذلك مخالف للوجدان، فإنّ العقلاء يرون تحقق الربح بمجرد ارتفاع القيمة السوقية للشيء ولو قبل تحويله إلى نقد. كيف ولو كان الربح غير صادق فيلزم عدم استحقاق العامل لشيء لو فسخ المالك قبل الانضاض.

ب- التمسك بصحيح محمد بن ميسر: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم، فقال: يقوم فإذا زاد درهماً واحداً اعتق واستسعى في مال الرجل»^(١) بتقريب أنّ العامل لو لم يملك حصّته بمجرد ظهور الربح لما اعتق أبوه عليه.

(١) وسائل الشريعة ١٩: ٢٦ الباب ٨ من أبواب أحكام المضاربة، الحديث ١.



كتاب القرض



- ١- حقيقة القرض.
- ٢- شرائط القرض.
- ٣- ربا القرض.
- ٤- من أحكام القرض.

١ - حقيقة القرض

القرض عقد يتضمن تملك شخص ماله لآخر مع ضمانه في
ذمته بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن كان قيمياً.
وهو أخص من الدين.
والإقراض مسنون بنحو السنة المؤكدة.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنّه عقد فقد ادّعي عليه في الجواهر عدم وجدان الخلاف فيه ^(١).
وأمّا إنّه يتضمن التملك مع الضمان فلا خلاف فيه أيضاً. ويؤكدّه فهم
العرف منه ذلك.
إن قلت: إنّ كلاً من البيع والقرض يشتمل على التملك بعوض فما الفارق
بينهما؟

قلت: أجاب الشيخ الأعظم عن ذلك بأنّ البيع يشتمل على معاوضة،
فالبائع يملك المبيع بعوض بخلاف القرض فإنّه لا يشتمل على المعاوضة بل هو
تمليك للعين مع ضمانها، ولذا يصحّ للبائع عرفاً أن يقول: أنشأت معاوضة على

(١) جواهر الكلام ٢٥: ١ .

مالي بخلافه في القرض^(١).

٢ - وأما إنه أخص من الدين فلأن الدين كل مال كلي ثابت في ذمة شخص آخر بسبب من الأسباب، كالضمان وبيع السلم والنسيئة والإجارة مع كون الأجر كلياً في الذمة والنكاح مع كون المهر كلياً والجناية بالنسبة إلى أرشها والزوجة بالنسبة إلى النفقة، إلى غير ذلك من الأسباب التي أحدها القرض. وعلى هذا الأساس فكل قرض دين بخلاف العكس.

ويطلق على من اشتغلت ذمته بالمدين أو المديون، وعلى الآخر بالدائن، وعليها بالغريم.

وبهذا يتضح أن المقصود من كلمة «الدين» في قول الفقهاء: «لا يجوز بيع الدين بالدين»، هذا المعنى دون خصوص القرض.

٣ - وأما إن الاقتراض مسنون بنحو السنة المؤكدة فللأحاديث الكثيرة، كقوله ﷺ: «مَنْ أَقْرَضَ أَخَاهُ الْمُسْلِمَ كَانَ لَهُ بِكُلِّ دِرْهَمٍ أَقْرَضَهُ وَزَنَ جَبَلٌ أُحَدِّثُ مِنْ جِبَالِ رَضْوَى وَطُورِ سَيْنَاءَ حَسَنَاتٍ، وَإِنْ رَفَقَ بِهِ فِي طَلْبِهِ جَازَ بِهِ عَلَى الصِّرَاطِ كَالْبَرْقِ الْخَاطِفِ اللَّامِعِ بَغَيْرِ حِسَابٍ وَلَا عَذَابٍ. وَمَنْ شَكَا إِلَيْهِ أَخُوهُ الْمُسْلِمَ فَلَمْ يَقْرَضْهُ حَرَّمَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ يَوْمَ يُجْزَى الْمُحْسِنِينَ»^(٢).

والمسنون بنحو مؤكد - كما هو واضح - الاقتراض الذي هو فعل المقرض دون الاقتراض الذي هو فعل المقرض فإنه ليس بمستحب بل قد تستفاد مبعوضيته من النصوص، ففي الحديث: «إِيَّاكُمْ وَالَّذِينَ فَإِنَّهُ شَيْنُ الدِّينِ»^(٣).

(١) كتاب المكاسب ٢: ١٧ منشورات دار الحكمة .

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٣٣١ الباب ٦ من أبواب الدين، الحديث ٥ .

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٣١٦ الباب ١ من أبواب الدين، الحديث ٢ .

وعنه عليه السلام: «مَنْ أَرَادَ الْبَقَاءَ وَلَا بَقَاءَ فَلْيَبَاكَرِ الْغَدَاءَ، وَلِيَجُودِ الْحِذَاءَ، وَلِيَخَفِّفِ الرِّدَاءَ، وَلِيَقِلَّ مَجَامِعَةُ النِّسَاءِ. قِيلَ: وَمَا خَفَّةُ الرِّدَاءِ؟ قَالَ: قَلَّةُ الدِّينِ»^(١).

٢- شرائط صحة القرض

يلزم لصحة القرض توفر:

- ١ - قبض المقرض المال المقرض وإلا فلا يملكه.
- ٢ - البلوغ والعقل والقصد والاختيار وعدم السفه في المتعاقدين، وعدم الفلس في خصوص المقرض.
- ٣ - كون المال عيناً فلا يصح لو كان ديناً أو منفعة. وكذا لا يصح لو كان مردداً بين فردين من العين.
- ٤ - كون المال ممّا يصحّ تملكه شرعاً فلا يصحّ إقراض مثل الخمر والخنزير.

والمستند في ذلك:

- ١ - أمّا إنَّ القبض شرط في صحة القرض بحيث لا يحصل الملك قبله فلا وجه له سوى الإجماع وإلاَّ فالقاعدة تقتضي تحقّق الملك بمجرد تمام العقد وإن لم يتحقّق القبض.

قال في الجواهر: «لولا الإجماع لأتّجه القول بحصوله بتمامه من دون قبض على حسب غيره من العقود التي لا ريب في ظهور الأدلّة في اقتضاءها التملك ضرورة صدق مسماها بها»^(٢).

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٣١٧ الباب ١ من أبواب الدين، الحديث ٥ .

(٢) جواهر الكلام ٢٥: ٢٣ .

ودعوى أن اسم القرض لا يصدق إلا بالقبض لا نعرف لها وجهاً.
ثم إنَّ هناك قولاً باشتراط التصرف أيضاً بعد القبض في تحقق الملك،
ولكنه كما ترى، إذ إطلاق الأدلة ينفيه وإن كان مقتضى استصحاب عدم ترتب
الأثر - لولا ذلك - اعتباره لو فرض الشك في ذلك.

٢ - وأما اعتبار البلوغ والعقل والقصد والاختيار في المقرض والمقترض
فلائهما من الشرائط العامة في كل عقد.

وأما اعتبار عدم السفه فلائ السفه ممنوع من كل تصرف مالي.
وأما اعتبار عدم الفلاس في المقرض فلائ المفلس ممنوع من التصرف في أمواله.
وأما عدم اعتبار ذلك في المقترض فلائ السفه ممنوع من التصرف في
أمواله دون التصرف في ذمته بإشغالها.

٣ - وأما اعتبار كون المال المقترض عيناً وعدم صحّة القرض لو كان ديناً
أو منفعة فلما تقدّم من اشتراط القبض في صحّة القرض، وامكان ذلك مختصّ
بالأعيان.

وأما عدم صحّة القرض مع تردّد المال بين فردين فلائ تحقق التمليك
بلحاظ هذا الفرد دون ذاك بلا مرجح، والمردد لا تحقق له.

٤ - وأما اعتبار كون المال ممّا يصحّ تملكه فواضح لأنّ القرض تمليك
للمال فلا بدّ من كون متعلقه قابلاً لذلك.

٣- ربا القرض

يحرم الربا في القرض، وذلك باشتراط المقرض دفع زيادة في
القدر أو الصفة على المقدار المقترض.

ويجوز للمقترض اشتراط التسديد بالأقل.
ولا فرق في حرمة اشتراط الزيادة بين كونها راجعة إلى المقرض أو غيره.
وإذا تبرّع المقترض بدفع الزيادة بدون اشتراط جاز قبولها، بل ذلك مستحب.
ولا يجوز - على قول - اقراض مقدار من المال مع اشتراط إيجاد دار مثلاً أو بيعها بأقل من أجرة أو ثمن المثل، ويجوز العكس.
ويصحّ بيع الدين بمال موجود وإن كان أقل منه ما لم يستلزم الربا ولا يصحّ بيعه بدين مثله، كما إذا كان شخص يستحق على ثانٍ مائة كيلو من الحنطة وللثاني على الأوّل مائة كيلو من الشعير وأريد بيع أحدهما بالآخر.
ولا يجوز تأجيل الدين عند حلوله بزيادة. أجل يجوز تعجيل المؤجل ولو بإسقاط بعضه.
والربا كما يحرم أخذه يحرم دفعه وكتابته والشهادة عليه.
ومنّ تعامل بالربا وهو جاهل بالحكم أو بالموضوع ثم التفت وتاب فلا يلزمه ارجاعه.
ومنّ ورث مالاً فيه أموال ربويّة فمع عدم تمييزها فلا شيء عليه وإلاّ لزمه ردّها على مالکها مع معرفته، ومع عدمها يتعامل معها معاملة مجهول المالك.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا حرمة الربا في الجملة فهي من ضروريات الإسلام لدلالة صريح الكتاب العزيز عليها كما تقدّمت الإشارة إلى ذلك في البيع عند البحث عن ربا المعاوضة.

وأمّا تحقّق الربا المحرم في القرض وعدم اختصاصه بالمعاوضة فهو من المسلّمات التي لم يقع فيها شك.

وقد دلّت على ذلك صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الرجل يسلم في بيع أو تمر عشرين ديناراً ويقرض صاحب السلم عشرة دنائير أو عشرين ديناراً، قال: لا يصلح إذا كان قرضاً يجزّ شيئاً فلا يصلح...»^(١).

وصحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام: «وسألته عن رجل أعطى رجلاً مائة درهم على أن يعطيه خمسة دراهم أو أقل أو أكثر، قال: هذا الربا المحض»^(٢) وغيرهما.

والصحيحة الثانية وإن كانت ضعيفة السند بطريق قرب الإسناد بعبد الله بن الحسن إلّا أنّها صحيحة في طريقها الثاني لوجودها في كتاب علي بن جعفر الذي يرويه صاحب الوسائل عن الشيخ، وهو عن علي بن جعفر بطريق صحيح. وقد تقدّم توضيح ذلك أكثر من مرّة في أبحاث سابقة^(٣).

ثمّ إنّّه توجد بعض الروايات التي قد يستشف منها جواز الربا في

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٣٥٦ الباب ١٩ من أبواب الدين، الحديث ٩.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ٣٥٩ الباب ١٩ من أبواب الدين، الحديث ١٨.

(٣) راجع كتاب البيع تحت عنوان «محرمات في الشريعة».

القرض، ففي أكثر من رواية ورد: «خير القرض ما جرَّ منفعة»^(١).

إلاَّ أنه لا بدَّ من حملها على صورة عدم الاشتراط لما دلَّ على التفصيل بين ما إذا كان جرَّ المنفعة في القرض بسبب الاشتراط فلا يجوز وبين ما إذا لم يكن بسببه فيجوز، كما في موثقة إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن الرجل يكون له مع رجل مال قرضاً فيعطيه الشيء من ربحه مخافة أن يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير أن يكون شرط عليه، قال: لا بأس بذلك ما لم يكن شرطاً»^(٢).

ويظهر من خلال بعض النصوص أنَّ تلك الروايات جاءت ردّاً على غيرنا القائل بعدم جواز جرَّ القرض للمنفعة ولو بدون اشتراط، ففي صحيحة محمد بن مسلم: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض من الرجل قرضاً ويعطيه الرهن إمّا خادماً وإمّا أنية وإمّا ثياباً فيحتاج إلى شيء من منفعته فيستأذن فيه فيأذن له قال: إذا طابت نفسه فلا بأس. قلت: إنَّ من عندنا يروون أنَّ كل قرض يجر منفعة فهو فاسد، فقال: أوليس خير القرض ما جرَّ منفعة»^(٣).

٢ - وأمّا عدم الفرق بين كون الزيادة في الصفة أو القدر فلا إطلاق قوله عليه السلام في صحيحة يعقوب بن شعيب المتقدمة: «لا يصلح إذا كان قرضاً يجر شيئاً فلا يصلح».

٣ - وأمّا جواز اشتراط المقرض دفع الأقل فلعدم ما يدل على المنع من ذلك فيتمسك بالاطلاق، فإن لم يكن فبأصل البراءة.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٣٥٣ الباب ١٩ من أبواب الدين، الحديث ٥، ٦، ٨، ١٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٣٥٤ الباب ١٩ من أبواب الدين، الحديث ٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٣٥٤ الباب ١٩ من أبواب الدين، الحديث ٤.

٤ - وأما عدم الفرق بين رجوع الزيادة إلى المقرض أو غيره فلا إطلاق
صحيحة يعقوب المتقدمة.

٥ - وأما جواز قبول الزيادة من دون اشتراط فلموثقة إسحاق بن عمار
المتقدمة وغيرها.

٦ - وأما استحباب دفع الزيادة إذا لم يكن مع الاشتراط فلائها نوع من
مقابلة الإحسان بالإحسان، بل ذلك هو الفضل المندوب إليه، ففي صحيحة
عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام: «... إِنَّ أَبِي عليه السلام كان يستقرض
الدراهم الفُسولة فيدخل عليها الدراهم الجياد الجلال فيقول: يا بني ردها على
الذي استقرضتها منه فأقول: يا أبة إِنَّ دراهمه كانت فسولة وهذه أجود منها
فيقول: يا بني إِنَّ هذا هو الفضل فأعطه إياها»^(١).

٧ - وأما القول بعدم جواز الإقراض بشرط إيجار الدار أو بيعها بالأقل
فلائه مصداق لقوله عليه السلام في صحيحة يعقوب المتقدمة: «لا يصلح إذا كان قرضاً
يجر شيئاً فلا يصلح».

وأما جواز الإيجار أو البيع بالأقل بشرط القرض فلائه ليس مصداقاً
للقرض الذي جرّ شيئاً وإنّما هما مصداق للبيع أو الإجارة التي جرت نفعاً،
وذلك لم يرد النهي عنه، بل هما قد شرعا لذلك.

هكذا يمكن توجيه القول المذكور، إلا أنّّه قد يُقال في المقابل: إنّ الاستفادة

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٩٣ الباب ١٢ من أبواب الصرف، الحديث ٧.

والفسولة من الفسل وهو الرديء من كل شيء.

وقوله عليه السلام: «إِنَّ هذا هو الفضل» يحتمل كونه إشارة إلى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَسَوَّا الْفَضْلَ بَيْنَكُم﴾
البقرة: ٢٣٧.

من صحيحة يعقوب بن شعيب المتقدمة عدم الجواز في كلتا الحالتين فراجع.

٨ - وأما إنَّ الدين يجوز بيعه بهال موجود وإن كان أقل منه ما دام لا يلزم منه الربا فلا إطلاق أدلة صحة البيع ومشروعيته.

وأما عدم صحة بيعه بدين مثله حتى مع التساوي فلموثقة طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال رسول الله ﷺ: لا يباع الدين بالدين»^(١).

ولا مشكلة في سندها إلا من جهة طلحة حيث لم يوثق في كتب الرجال، إلا أنَّ الأمر فيه سهل بعد قول الشيخ في الفهرست: «طلحة بن زيد له كتاب وهو عامي المذهب إلا أنَّ كتابه معتمد»^(٢).

ثم إنه ورد النهي عن بيع الدين بالدين بلسان آخر، ففي دعائم الإسلام عن رسول الله ﷺ: «إنَّه نهى عن الكالئ بالكالئ»^{(٣) (٤)}.

٩ - وأما عدم جواز تأجيل الدين الحال بزيادة فيما لا خلاف فيه لكونه ربا وجعل زيادة عن المقدار المستحق لأجل الأجل.

وأما جواز تعجيل المؤجل بإسقاط بعض الدين فلائنه ليس فيه جعل للزيادة ليلزم محذور الربا.

على أنَّ كلا الحكمين يمكن استفادته من صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «الرجل يكون عليه دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول: أنقذني من الذي لي كذا وكذا واضع لك بقيته، أو يقول: أنقذني بعضاً وأمدك لك في

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٣٤٧ الباب ١٥ من أبواب الدين، الحديث ١.

(٢) الفهرست: ٨٦.

(٣) الكالئ بالكالئ: بيع الدين بالدين، كما في لسان العرب ١: ١٤٧.

(٤) مستدرک الوسائل ١٣: ٤٠٥.

الأجل في ما بقي فقال: لا أرى به بأساً ما لم يزد على رأس ماله شيئاً يقول الله عز وجل: ﴿فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾^(١).

١٠ - وأما حرمة دفع الربا أيضاً وكتابتها والشهادة عليه وما تلا ذلك من الحكمين فقد تقدّم وجهه في ربا المعاوضة من البيع.

٣- من أحكام القرض

يعتبر في القرض الإيجاب والقبول بكل ما يدل عليهما ولو بالمعاطاة. ولا يلزم في المال المقرض أن يكون من النقود، كما لا يعتبر تعيين مقداره وأوصافه. نعم على المقرض تحصيل العلم بذلك مقدمة لأدائه.

وهو عقد لازم، بمعنى عدم جواز فسخه لإرجاع العين لو كانت موجودة.

نعم مع فرض عدم تحديده بأجل تجوز المطالبة بالوفاء بدفع المثل إذا كان مثلياً والقيمة إذا كان قيمياً في أي وقت.

ومع عدم تحديد القرض بأجل فليس للدائن الإمتناع عن قبض الدين إذا دفعه المدين، وهكذا إذا كان مؤجلاً وفرض حلول الأجل. وأما قبل حلوله فيمكن الحكم بجواز ذلك إذا كان التأجيل حقاً له.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٣٧٦ الباب ٣٢ من أبواب الدين، الحديث ١، و ١٨: ٤٤٨ الباب ٧ من أبواب الصلح، الحديث ١، والآية ٢٧٩ من سورة البقرة.

ولا يلزم تحديد القرض بأجل معيّن بل لو حُدّد بأجل فالمشهور عدم لزومه إلّا إذا اشترط ضمن عقد لازم غير القرض. والمال المقترض إذا كان مثلياً يثبت في ذمّة المقترض مثله، وإذا كان قيميّاً تثبت قيمته.

وإذا كان مثلياً فلا محذور في دفع القيمة مع التراضي. ولا يلزم مع وجود العين المقترضة تسديد القرض بها وإن جاز ذلك مع موافقة الطرفين.

ويجب على المدين عند مطالبة الدائن الأداء فوراً إن قدر على ذلك ولو بيع بعض أملاكه إلّا الأملاك التي هو بحاجة ماسّة إليها بحسب حاله وشرفه ويقع في ضيق شديد لو بيعت وقضي منها الدين، كدار سكناه وما شاكلها، ويُعبر عنها بالمستثنيات في قضاء الدين.

وإذا لم يكن لدى المدين شيء يقضي به دينه غير المستثنيات حرمت مطالبته ويلزم انظاره إلى ميسرة. وإذا كان الدين مؤجّلاً ومات المدين حلّ الأجل. وإذا مات الدائن بقي الأجل على حاله وليس لورثته المطالبة به قبل حلوله.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا اعتبار الإيجاب والقبول في تحقّق القرض فلأنّ ذلك مقتضى افتراض كونه عقداً.

وأمّا الاكتفاء بكل ما يدلّ عليهما فلا إطلاق دليل مشروعية القرض بعد

افتراض صدقه.

ومن ذلك يتّضح وجه الاكتفاء بالمعاطاة.

٢ - وأما إنّه لا يلزم في المال المقرض كونه من النقود فمتسالم عليه. ويقتضيه إطلاق أدلّة مشروعيّته.

وتؤيّد ذلك رواية الصباح بن سيابة: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنّ عبد الله بن أبي يعفور أمرني أن أسألك قال: إنّنا نستقرض الخبز من الجيران فنرد أصغر منه أو أكبر، فقال عليه السلام: نحن نستقرض الجوز السّتين والسبعين عدداً فتكون فيه الكبيرة والصغيرة فلا بأس»^(١) وغيرها.

٣ - وأما عدم اعتبار تعيين مقدار المال المقرض وأوصافه فلا إطلاق دليل شرعيّته.

وأما لزوم تحصيل العلم بمقداره من باب المقدّمة للأداء فلو جوب مقدّمة الواجب.

٤ - وأما إن عقد القرض لازم، بمعنى عدم جواز الفسخ والالزام بإرجاع العين المقرضة فمحل خلاف. والمنسوب إلى شيخ الطائفة عدم اللزوم^(٢). والمناسب هو اللزوم تمسّكاً بأصالة اللزوم في كل عقد.

نعم إذا فرض عدم تحديد الوفاء بأجل معيّن فتجوز للمقرض المطالبة ببدل العين، لأنّ مقتضى عقد القرض ضمان المقرض للبدل دون العين نفسها، وحيث فرض عدم التحديد بأجل فيلزم جواز المطالبة به في أي وقت.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٣٦١ الباب ٢١ من أبواب الدين، الحديث ١.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٢٥.

٥ - وأما عدم جواز امتناع الدائن من قبض الدين مع عدم التأجيل أو فرض حلول الأجل فلأنَّ من حقِّ كل شخص مشغول الذمَّة تفريغ ذمَّته من الاشتغال ما دام لم يجعل حقَّ الامتناع للطرف الآخر ضمن العقد. وأما جواز امتناع الدائن من قبض الدين قبل حلول الأجل فقد وقع محلاً للخلاف.

والمناسب التفصيل بين ما إذا كان اشتراط الأجل حقاً للمدين فقط وما إذا كان حقاً للدائن فقط.

فعلى الأوَّل لا يحق له الامتناع لأنَّه لا يصدق الاشتراط من ناحيته ليشمله عموم قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»^(١).

وعلى الثاني يحق له ذلك حيث يصدق في حقِّه ذلك فيشمله العموم. ٦ - وأما عدم اعتبار تحديد القرض بأجل معيَّن فلا إطلاق دليل شرعيَّته. وأما عدم لزوم الأجل المذكور في عقد القرض فباعتبار أنَّ الشرط يتبع في لزومه وجوازه لزوم العقد وجوازه، وحيث إنَّ المشهور يرى القرض من العقود الجائزة فيلزم كون الشرط المذكور فيه جائزاً أيضاً.

هذا والمناسب الحكم بلزوم الأجل لأنَّه لو سُلِّم بجواز عقد القرض فذلك لا يمنع من لزوم الشرط المذكور فيه بعدما كان مقتضى إطلاق قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم» شاملاً للشرط المذكور ضمن العقد الجائز أيضاً.

هذا مضافاً إلى إمكان استفادة لزوم الأجل من قوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٦ الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

كَاتِبُ بِالْعَدْلِ^(١).

بل يمكن استفادته من الروايات الآتية الدالة على حلول أجل الدين بموت المدين، فإنَّها تدل على لزوم الأجل بدون فرض الموت.

٧ - وأما إنَّ المال المقرض يثبت مثله في ذمَّة المقرض إذا كان مثلياً وقيمته إذا كان قيمياً فلا نَّ المقرض بعد جعله المقرض ضامناً لا للعين نفسها بل لبدلها يلزم ما ذكر إذ البدل الأقرب مع فرض كون الشيء مثلياً هو المثل ومع كونه قيمياً هو القيمة ويلزم من ثَمَّ أن يكون ذلك هو الملحوظ للمقرض عند تضمينه للمقرض بالبدل.

٨ - وأما جواز دفع القيمة عن المثلي في فرض تراضي الطرفين فلا نَّ الحق لا يعدو هما فيجوز لهما الاتفاق كيفما أحبا.

٩ - وأما عدم لزوم التسديد بالعين المقرضة نفسها لو كانت موجودة فلا نَّ المفروض صيرورتها ملكاً للمقرض بالقرض، والضمان تعلّق ببدلها. وأما جواز ذلك مع توافق الطرفين فلا نَّ الحق لا يعدو هما.

وأما إنَّه مع عدم موافقة المقرض بقبول العين فلا يجوز إجباره على ذلك فمن جهة أنَّه اشترط الضمان بالبدل واشتغال الذمَّة به.

١٠ - وأما لزوم تسديد الدين فوراً مع المطالبة عند فرض كونه حالاً أو قد حلَّ أجله فلعدم جواز الامتناع أو التواني عن أداء الحقوق لأصحابها.

وأما استثناء دار السكن ونحوها فلصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا تباع الدار ولا الجارية في الدين، ذلك أنَّه لا بدَّ للرجل من ظل يسكنه وخادم

يخدمه»^(١) وغيرها، فإنَّ موردها وإن كان خاصاً بالدار والجارية إلا أنَّ مقتضى التعليل التعدي إلى غيرهما من الأشياء التي لا بدَّ منها في حياة الإنسان.

١١ - وأمّا عدم جواز المطالبة مع الإعسار فلقوله تعالى: «وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة»^(٢).

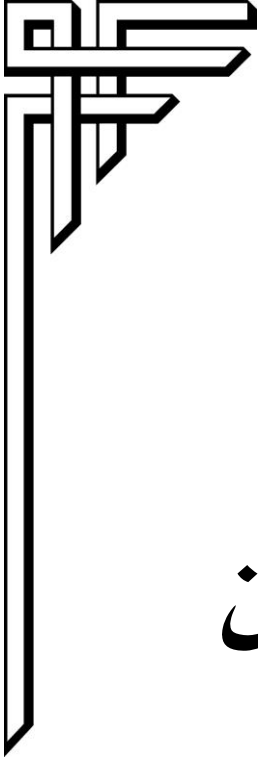
١٢ - وأمّا حلول الأجل بموت المدين فلموثقة السكوني عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «إذا كان على الرجل دين إلى أجل ومات الرجل حلَّ الدين»^(٣) وغيرها. وأمّا عدم حلولها بموت الدائن فلا أنَّ الحلول بالموت حكم على خلاف القاعدة فيقتصر فيه على مورد النص.

هذا مضافاً إلى أنَّه قد يفهم ذلك من الموثقة، باعتبار تخصيصها بحلول الأجل بموت المدين.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٣٤٠ الباب ١١ من أبواب الدين، الحديث ١ .

(٢) البقرة: ٢٨٠ .

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٣٤٤ الباب ١٢ من أبواب الدين، الحديث ٣ .



كتاب الرهن

- 
- ١- حقيقة الرهن.
 - ٢- شرائط صحة الرهن.
 - ٣- من أحكام الرهن.

١- حقيقة الرهن

الرهن عقد يتضمّن جعل مال وثيقة للتأمين على دين أو عين مضمونة.
وهو مشروع بلا إشكال.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنّ الرهن عقد ويتضمّن ما ذكر فهو من الواضحات. والفهم
العرفي خير شاهد عليه.

٢ - وأمّا صحة جعل الرهن وثيقة على العين المضمونة أيضاً - كالعين
المغصوبة إذا طالب صاحبها الغاصب أو غيره ضمن عقد لازم بالرهن عليها -
فلاّ إطلاق ما يأتي من دليل مشروعية الرهن.

٣ - وأمّا إنّ الرهن مشروع فهو من ضروريّات الإسلام. ويدل على ذلك
الكتاب الكريم: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَنْ مَقْبُوضَةً﴾^(١)،
والروايات الكثيرة، كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام: «سألته عن
السلم في الحيوان وفي الطعام ويؤخذ الرهن، فقال: نعم استوثق من مالك ما
استطعت. قال: وسألته عن الرهن والكفيل في بيع النسيئة، فقال: لا بأس»^(٢)

(١) البقرة: ٢٨٣ .

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٣٨٠ الباب ١ من أبواب أحكام الرهن، الحديث ٥ .

وغيرها.

والقول باختصاص مشروعية الرهن بحالة السفر تمسكاً بالآية الكريمة ضعيف، فإن ذكر السفر مبني على الغالب من عدم تواجد الكاتب فيه، وهو كذره في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ... فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾^(١). على أنه يكفي إطلاق السنة الشريفة.

وعليه فما ينسب إلى بعض العامة من عدم جواز الارتهان في الحضر^(٢) لا وجه له خصوصاً وإن لازم التمسك بالآية الكريمة لاعتبار السفر اشتراط فقدان الكاتب للدين في مشروعية الرهن عليه، وهو غير محتمل ولم يقل به القائل المذكور.

٢- شرائط صحة الرهن

يشترط لصحة الرهن توفر:

١- الإيجاب من الراهن والقبول من المرتهن بكل ما يدل عليهما ولو بالمعاطاة.

٢- البلوغ والعقل والقصد والاختيار في الراهن والمرتهن. وعدم الحجر على الراهن لسفه أو فلس.

٣- كون المرهون عيناً مملوكاً يجوز بيعها وشراؤها، فلا يصح رهن الدين ولا المنفعة ولا مثل الخمر ولا مثل الطير في الهواء

(١) النساء: ٤٣ .

(٢) جواهر الكلام ٢٥: ٩٨ .

والوقف ولو كان خاصاً.

٤ - كون ما يرهن عليه ديناً ثابتاً في الذمة لفعلية سببه من اقتراض أو اسلاف مال أو شراء نسية فلا يصح الرهن على ما سيقترض أو على ثمن ما سيشتري ونحو ذلك.

٥ - قبض المرتهن للعين المرهونة حدوداً ولا تلزم استدامة ذلك.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا اعتبار الإيجاب والقبول في تحقق الرهن فهو مقتضى كونه عقداً. وأمّا الاكتفاء بكل ما يدل عليهما ولو بالمعاطاة فلائّه بعد صدق عنوان الرهن يصح التمسك بإطلاق دليل مشروعيته.

٢ - وأمّا اعتبار البلوغ وما بعده فلائّن ذلك من الشرائط العامة في كل عقد. وأمّا اعتبار عدم الحجر على الراهن فلائّن السفیه والمفلس لا يصحّ منهما التصرف في أموالهما.

وأمّا عدم اعتبار ذلك في المرتهن فلائّه بالرهن لا يتصرف في ماله. ٣ - وأمّا اعتبار كون المرهون عيناً فلائّن الدين لا يمكن تحقق القبض فيه، وهو شرط في صحّة الرهن كما سيأتي.

بل لا يصلح تعلّق الرهن بالدين حتّى بناءً على إنكار شرطية القبض باعتبار أنّ الغرض من الرهن - وهو الاستيثاق - لا يتحقّق بالدين.

وأمّا عدم صحّة تعلّقه بالمنفعة فلائّه لو تصوّرنا فيها تحقق القبض فيمكن أن يقال: هي من الموجودات المتصرّمة تدريجاً وليست موجوداً قاراً ليتمكن أن تكون وثيقة على الدين.

وأما اعتبار كون المرهون أمراً مملوكاً فلائاً غير القابل للملك في نفسه - كالخمر - أو غير المتصف به بالفعل لا يحصل به الاستيثاق.

ومنه يتضح الوجه في اعتبار كون العين المرهونة أمراً صالحاً للبيع والشراء ولا يكفي أن تكون مثل الطير في الهواء أو الوقف.

٤ - وأما اعتبار ثبوت الدين في الذمة حالة العقد فلائاً الرهن وثيقة على مال المرتهن الذي هو ثابت في ذمة الغير، فقبل ثبوت الدين في الذمة لا يصدق الرهن والاستيثاق، ولا أقل من الشك في اعتبار ذلك، وهو كافٍ لجريان استصحاب عدم ترتب الأثر بعد عدم جواز التمسك بإطلاق دليل المشروعية لكون المورد شبهة مصداقية.

٥ - وأما اعتبار القبض في صحة الرهن فمحل خلاف. ومقتضى القاعدة عدم اعتباره تمسكاً بإطلاق دليل شرعيته. ودعوى أن عنوانه لا يصدق إلا بالقبض غير مقبولة.

والمناسب اعتباره لا لأجل التقييد به في الآية الكريمة - فإن ذكره فيها هو من جهة أنها بصدد بيان طريقة للاستيثاق على الدين، وذلك لا يتحقق بمجرد الارتهان من دون قبض وليست بصدد بيان شرطية ذلك لتحقيق الارتهان شرعاً، على أن السياق يلوح عليه بوضوح كونه في صدد الإرشاد إلى جملة من الآداب والسنن - بل لقوله عليه السلام في موثقة محمد بن قيس: «لا رهن إلا مقبوضاً»^(١).

وما أفاده صاحب الجواهر رحمته الله من احتمال أن يكون ذكر القبض لا من باب الشرطية بل لأنه بدونه لا يحصل الاطمئنان والاستيثاق خصوصاً وأن النفي هو العين المرهونة لا العقد الذي هو القابل للاتصاف بالصحة

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٣٨٣ الباب ٣ من أحكام الرهن، الحديث ١.

والفساد^(١) كما ترى.

٦ - وأما عدم لزوم استدامة القبض فلائنه لا يظهر من موثقة محمد بن قيس اعتبار ذلك، وهي جملة من الجهة المذكورة فيرجع لنفي احتمال اعتبار الاستدامة إلى إطلاق أدلة شرعية الرهن لقاعدة أن العام إذا خصص بمجمل مفهوماً فيقتصر في تخصيصه على القدر المتيقن لبقاء الظهور في العموم على الحجية في ما زاد عليه بلا معارض.

٣- من أحكام الرهن

لا يلزم في العين المرهونة أن تكون ملكاً لمن عليه الدين بل يصح رهن ملك الغير إذا استعير لذلك.

والرهن لازم من جهة الراهن فلا يصح له التراجع عنه إلا برضا المرتهن أو إيفائه الدين.

ويجوز لمالك العين المرهونة التصرف فيها بما لا يتنافى والاستيثاق - كركوب الحيوان إذا كان رهناً - وأما ما يتنافى - مثل بيع الحيوان أو ذبحه - فلا يجوز إلا إذا أذن المرتهن به. وأما المرتهن فلا يجوز له التصرف مطلقاً إلا بإذن المالك.

وإذا حل موعد الدين وطالب به المرتهن ولم يؤد فلا يجوز له بيع العين المرهونة واستيفاء دينه منها إلا إذا كان وكيلاً في ذلك من البداية أو أذن له مالکها في ما بعد أو استأذنه فلم يأذن. ويبقى الفاضل على مقدار الدين - إن كان - أمانة بيده.

(١) جواهر الكلام ٢٥: ١٠٤ .

ولا يضمن المرتهن العين المرهونة إذا تلفت أو تعيت ما دام لم يتحقق منه التعدي أو التفريط، ومن ثمَّ يرجع بتمام ماله الذي يستحقه على الراهن ولا ينقص منه شيء.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا عدم لزوم كون العين المرهونة ملكاً للراهن وكفاية أذن مالكها في رهنها فلا إطلاق دليل شرعية الرهن.

٢ - وأمّا لزوم الرهن من طرف الراهن فلا صلة اللزوم في مطلق العقود التي تقدّم مستندها في مبحث البيع.

على أنّ الغرض من الرهن وهو الاستيثاق لا يتأتّى مع الجواز من طرف الراهن.

٣ - وأمّا جواز تصرّف مالك العين المرهونة فيها بما لا يتنافى والاستيثاق فلائنه مالك، ولا موجب لمنعه بعد عدم كون تصرّفه منافياً للاستيثاق.

ويؤكّد ذلك صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام): «رجل رهن جاريته قوماً أيجلّ له أن يطأها؟ فقال: إنّ الذين ارتهنوها يحولون بينه وبينها، قلت: أرايت أن قدر عليها خالياً؟ قال: نعم لا أرى به بأساً»^(١).

وأمّا ما يروى عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) من أنّ «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن»^(٢) فضعيف السند، فإنّ ابن أبي جمهور قد رواه في درر اللآلي عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) مرسلًا.

وبهذا يتّضح أنّ تأكيد صاحب الجواهر على عدم جواز تصرّف الراهن

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٣٩٦ الباب ١١ من أحكام الرهن، الحديث ١ .

(٢) مستدرك الوسائل ١٣: ٤٢٦ .

بشتى أشكاله استناداً إلى الحديث المتقدم وإلى التنافي بين الاستيثاق المأخوذ في مفهوم الرهن وبين جواز التصرف^(١) قابل للتأمل.

٤ - وأما عدم جواز تصرف المرتهن في العين المرهونة بشكل مطلق فلأن ذلك مقتضى عدم جواز التصرف في مال الغير بدون إذنه.

٥ - وأما عدم جواز بيع المرتهن العين المرهونة إذا حل وقت المطالبة ولم يسدد الدين فلائها ملك للغير، ولا يجوز التصرف فيه من دون اذنه.

وجعلها وثيقة على الدين لا يلزم تجويز بيعها لاستيفاء الدين لعدم انحصار الاستيفاء بذلك بل يمكن ذلك بتصدي الراهن نفسه للبيع.

نعم مع افتراض كسب الوكالة في البيع مسبقاً لا يعود إشكال في البيع ولو من دون استئذان.

٦ - وأما إنه يجوز للمرتهن البيع عند افتراض عدم الوكالة والإذن فمن جهة أن التعاقد على الرهن يستبطن التعاقد على أن يكون للمرتهن الحق في البيع لاستيفاء حقه مع عدم تصدي الراهن نفسه للبيع ولا اذنه فيه.

وقيل بأن النوبة لا تصل إلى المرتهن ما دام يمكن للحاكم الشرعي التصدي لذلك، فإنه صاحب الولاية على الممتنع، وإذا لم يمكن للحاكم التصدي لسبب وآخر فآنذاك تصل النوبة إلى المرتهن.

وهو جيد إن لم نفترض تمامية ما أشرنا إليه من التعاقد المستبطن.

٧ - وأما عدم ضمان المرتهن تلف العين المرهونة وتعييها من دون تعد وتفريط فلأن ذلك مقتضى كون يده يد أمانة.

(١) جواهر الكلام ٢٥: ١٩٥ .

وتؤكد ذلك الروايات الكثيرة، كصحيحة جميل بن درّاج: «قال أبو عبد الله عليه السلام في رجل رهن عند رجل رهناً فضاع الرهن: هو من مال الراهن ويرجع المرتهن عليه بماله»^(١) وغيرها.

هذا ويوجد في مقابل الروايات المذكورة روايات أخرى تدل على ضمان المرتهن وأنه ينقص مما له على الراهن بمقداره، كموثقة ابن بكير: «سألت أبا عبد الله عليه السلام في الرهن فقال: إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن، وإن كان أقل من ماله فهلك الرهن أدى إليه صاحبه فضل ماله، وإن كان الرهن سواء فليس عليه شيء»^(٢) وغيرها.

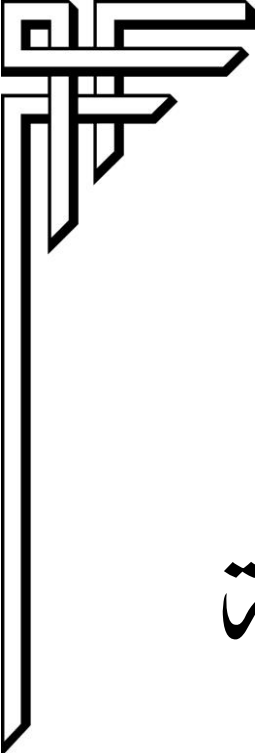
ويمكن الجمع بحمل الأولى على صورة عدم التفريط والثانية على صورة التفريط.

ومما يؤيد ذلك موثقة إسحاق بن عمار: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك، أعلی الرجل أن يرد على صاحبه مائتي درهم؟ قال: نعم لأنه أخذ رهناً فيه فضل وضيعة. قلت: فهلك نصف الرهن قال: على حساب ذلك. قلت: فيترادان الفضل؟ قال: نعم»^(٣).

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٣٨٥ الباب ٥ من أبواب أحكام الرهن، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٣٩١ الباب ٧ من أبواب أحكام الرهن، الحديث ٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٣٩١ الباب ٧ من أبواب أحكام الرهن، الحديث ٢.



كتاب الهيئة

١- حقيقة الهيئة.

٢- من أحكام الهيئة.



١- حقيقة الهبة

الهبة عقد يتضمّن تملك عين بلا عوض.
وشرعيّتها واضحة

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنّ الهبة عقد فأمر متسالم عليه. وتدل عليه قاعدة سلطنة الإنسان على نفسه وأمواله، فإنّ خروج المال من الواهب بدون رضاه أمر على خلاف سلطنته على أمواله، ودخوله في ملك الموهوب له بدون موافقته أمر على خلاف سلطنته على نفسه.

وأيضاً انعقاد سيرة العقلاء على احتياجها إلى الإيجاب والقبول شاهد يصلح التمسك به في المقام بعد فرض امضائها المستكشف بسبب عدم الردع.

٢ - وأمّا تضمن عقدها التملك بلا عوض فهو من الواضحات. وفهم العرف خير دليل عليه.

ولا يشكل عليه بخروج الهبة المعوضة بالرغم من كونها أحد فردي الهبة، فإنّ العوض فيها ليس في مقابل العين الموهوبة وعوضاً عنها بل التملك فيها مجّاني لكنه مشروط بتمليك مجّاني آخر.

والفرق بينها وبين الهدية والصدقة مع أنّ الأخيرتين هما تملك مجّاني أيضاً

هو أنَّ الهدية تملك مجَّاني بقصد التكريم والتعظيم، والصدقة تملك مجَّاني بقصد القربة، بخلاف الهبة فإنَّها تملك مجَّاني ملحوظ لا بشرط من ناحية القصدين المذكورين فتكون أعمَّ منهما أو بشرط لا فتكون مباينة لهما.

٣ - وأما شرعيَّتها فأمر بديهي، كيف وقد جرت عليها سيرة العقلاء الممضاة بعدم الردع، وسيرة المشرَّعة، بل وسيرة أهل بيت العصمة بها في ذلك جدَّهم صلوات الله عليهم أجمعين.

وما إنحال الرسول الإعظم ﷺ فداً لبضعته الطاهرة ﷺ إلاَّ عبارة أخرى عن الهبة، فإنَّهما واحد، غايته لوحظ في الأنحال تعلُّقه بالأرحام. والروايات الدالة على شرعيَّتها كثيرة. وسيأتي بعضها في ما بعد إن شاء الله تعالى.

بل قد يستفاد ذلك من قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ فَسَافِكُوهُ هَيَّئًا مَّريئًا﴾^(١)، وقوله: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾^(٢) بعد عدم اختصاص الإيتاء بالمهر.

٢- من أحكام الهبة

لا تتحقَّق الهبة إلاَّ بإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له بكل ما يدلُّ عليهما ولو بالمعاطاة. ويلزم أن يتوفَّر في الواهب البلوغ والعقل والقصد والاختيار وعدم الحجر لسفه أو فلس.

(١) النساء : ٤ .

(٢) البقرة : ٢٢٩ .

ويعتبر القبض في صحّة الهبة وان يكون عن إذن الواهب إلا إذا كانت العين باليد مسبقاً.

ولا تلزم فيه الفورية ولا كونه في مجلس العقد.
ويلزم في الموهوب أن يكون عيناً فلا تصح هبة المنافع. وأمّا الدين فتصح هبته على غير من هو عليه دون من هو عليه.
والهبة جائزة يصحّ فيها الرجوع إلا إذا كانت معوضة، أو لذي رحم، أو قصد بها القرية، أو فرض تحقّق التلف أو التصرف الذي لا يصدق معه قيام العين بعينها.
ولا يلزم في صحّة الرجوع عن الهبة أن يكون أمام الموهوب له.

والمستند في ذلك:

- ١ - أمّا توقّف تحقّق الهبة على الإيجاب والقبول فلأنّ ذلك مقتضى كونها عقداً. وأمّا الاكتفاء بكل ما يدل عليهما ولو بالمعاطاة فلا إطلاق أدلّة مشروعيتها.
- ٢ - وأمّا إنّه يعتبر في الواهب البلوغ وما بعده فلأنّ الهبة عقد وتصرف في المال، وكلاهما مشروط بما ذكر.

وأمّا إنّه لا يعتبر ذلك في الموهوب له فلصحّة الهبة إلى الصبي والمجنون والمحجور عليه بالضرورة، غايته يلزم في الأولين نيابة الولي عنهما في القبول.

- ٣ - وأمّا توقّف صحة الهبة على القبض فهو المشهور^(١). وتدلّ عليه صحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «الهبة لا تكون أبداً هبة حتّى يقبضها...»^(٢)

(١) جواهر الكلام ٢٨: ١٦٦ .

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٢٣٣ الباب ٤ من أحكام الهبات، الحديث ٧ .

وغيرها.

وقد يُقال: توجد في المقابل صحيحة أبي المعز أو أبي بصير: «قال أبو عبد الله عليه السلام: الهبة جائزة قبضت أو لم تُقبض، قُسِمَتْ أو لم تُقسَم، والنحل لا تجوز حتى تقبض»^(١)، فإنَّها تدلُّ على صحَّة الهبة قبل تحقُّق القبض سواء فُسِّر الجواز بال لزوم - كما هو الظاهر - أم بالصحَّة.

لكن يجب: إنَّ النتيجة لا تتغيَّر، فإنَّ الطائفتين حيث يتعذر الجمع العرفي بينهما تتساقطان ويلزم الرجوع إلى الأصل، وهو يقتضي عدم ترتب الأثر قبل القبض.

وإذا قيل: لا تصل النوبة إلى الأصل لوجود المرجع للطائفة الثانية، وهو موافقتها للكتاب العزيز: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) الدالُّ على ترتب الأثر بمجرد العقد.

قلنا: إنَّ الكتاب العزيز يدلُّ على لزوم الهبة قبل القبض وهو مخالف لكلا الطائفتين، ومعه كيف يمكن الترجيح به، فإنَّ ما هو مفاده لا يمكن الترجيح به، وما يمكن الترجيح به ليس مفاداً له.

٤ - وأمَّا اعتبار كون القبض بإذن الواهب فهو المشهور^(٣). وهو جيّد لانصراف ما دلَّ على اعتبار القبض في صحَّة الهبة إلى ذلك. بل إنَّ من المحتمل أن تكون كلمة «يقبضها» من باب الإفعال.

ومنه يتَّضح النظر في ما اختاره السيّد اليزدي رحمته الله من عدم اعتبار الإذن تمسكاً بالإطلاق وأنَّ الأصل عدم شرطية ذلك وأنَّ القدر المتيقن اعتبار وصول المال إلى يد المتَّهب، ولذا لو كان بيده كفى^(٤).

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٢٣٤ الباب ٤ من أحكام الهبات، الحديث ٤.

(٢) المائدة: ١.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ١٧٢.

(٤) ملحقات العروة الوثقى ٢: ١٦٥.

٥ - وأما عدم اعتبار القبض في هبة ما في اليد فلتحققه من دون حاجة إلى تجديده.

٦ - وأما عدم لزوم الفورية في القبض ولا كونه في مجلس العقد فلا إطلاق الصحيحة الدالة على اعتبار القبض.

٧ - وأما عدم صحة هبة المنافع فلائها موجود تدريجي متصرم لا يمكن تحقق القبض فيه.

وأما صحة هبة الدين على غير من هو عليه فلائنه بعد إمكان قبضه بقبض فرد منه لا يعود مانع من التمسك بإطلاق دليل شرعيتها.

ودعوى أن ما في الذمة - الذي تعلق به الهبة - لا يمكن قبضه، وما يمكن قبضه وهو الفرد الخارجي ليس الكلي نفسه، مدفوعة بأن الكلي الطبيعي موجود بوجود أفرادها في نظر العرف أيضاً ويمكن قبضه وإقباضه من خلال الفرد.

وأما عدم صحة هبة الدين على من هو عليه فلائ ذلك إبراء هبة، ويترتب عليه أحكامه دون أحكامها، فلا يجوز الرجوع في الموهوب، كما دلت عليه صحيحة معاوية بن عمار: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدراهم فيهبها له، أله أن يرجع فيها؟ قال: لا،^(١).

٨ - وأما جواز الرجوع في الهبة وكونها عقداً جائزاً بالرغم من اقتضاء أصالة اللزوم لعكس ذلك فلصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع وإلا فليس له»^(٢) وغيرها.

٩ - وأما استثناء الهبة المعوضة فلصحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد

(١) وسائل الشريعة ١٩: ٢٢٩ الباب ١ من أحكام الهبات، الحديث ١.

(٢) وسائل الشريعة ١٩: ٢٤١ الباب ٨ من أحكام الهبات، الحديث ١.

الله ﷺ: «إذا عُوِّضَ صاحب الهبة فليس له أن يرجع»^(١) وغيرها.

وأما استثناء الهبة لذي الرحم فلصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر ﷺ: «الهبة والنحلة يرجع فيها صاحبها إن شاء، حيزت أو لم تجز إلا لذي رحم، فإنه لا يرجع فيها»^(٢) وغيرها.

وأما استثناء الهبة التي قصد بها القرية فلصحيحة محمد بن مسلم الأخرى عن أبي جعفر ﷺ: «ولا يرجع في الصدقة إذا ابتغي وجه الله»^(٣) وغيرها.

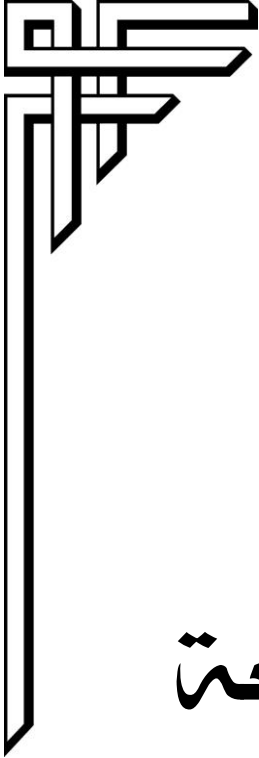
وأما استثناء حالة التلف أو التصرف الذي لا يصدق معه قيام العين فلصحيحة الحلبي المتقدمة.

ثم إنه يوجد في المقابل روايات أخرى معارضة، كموثقة داود بن الحصين عن أبي عبد الله ﷺ: «... وأما الهبة والنحلة فإنه يرجع فيها حازها أو لم يحزها وإن كانت لذي قرابة»^(٤) وغيرها.

ويمكن أن يقال: ما دام لا يمكن الجمع فتتحقق المعارضة ويلزم ترجيح الطائفة الأولى لموافقتها لإطلاق الكتاب الدال على وجوب الوفاء بالعقود: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٥).

١٠ - وأما عدم لزوم أن يكون الرجوع أمام الموهوب له فلا إطلاق ما دلّ على جواز الرجوع وعدم تقييده بما إذا كان أمامه.

(١) وسائل الشريعة ١٩: ٢٤٢ الباب ٩ من أحكام الهبات، الحديث ١.
 (٢) وسائل الشريعة ١٩: ٢٣٧ الباب ٦ من أحكام الهبات، الحديث ٢.
 (٣) وسائل الشريعة ١٩: ٢٣١ الباب ٣ من أحكام الهبات، الحديث ٢.
 (٤) وسائل الشريعة ١٩: ٢٣٨ الباب ٦ من أحكام الهبة، الحديث ٣.
 (٥) المائدة: ١.



كتاب الوديعة

١- حقيقة الوديعة.

٢- من أحكام الوديعة.



١- حقيقة الوديعة

الوديعة عقد يتضمّن استئمان الغير في حفظ المال. ويصطلح على الغير بالودعي والمستودع، وعلى الآخر بالمودع. وهي مشروعة بلا إشكال.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنّ الوديعة عقد فواضح، إذ لا يكفي مجرد إيجاب المودع في تحقّقها بل لا بدّ من قبول الودعي وإلاّ لم يكن له السلطنة على نفسه، وهو خلف قانون السلطنة.

٢ - وأمّا إنّها عقد يتضمّن ما ذكر فهو من واضحات الفقه، ويقتضيه الفهم العرفي.

٣ - وأمّا مشروعيّة عقد الوديعة فمن البديهيّات لانعقاد سيرة العقلاء والمتشرّعة عليه، وللكتاب العزيز الصريح في ذلك في موارد متعدّدة، كقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(١)، ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ﴾^(٢).

(١) الناس : ٥٨ .

(٢) البقرة : ٢٨٣ .

والروايات في ذلك كثيرة، كرواية أبي كهمس: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: عبد الله بن أبي يعفور يُقرئك السلام قال: وعليك وعليه السلام، إذا أتيت عبد الله فاقرائه السلام وقل له: إنَّ جعفر بن محمد يقول لك: انظر ما بلغ به علي عند رسول الله ﷺ، فالزمه، فإنَّ علياً عليه السلام إنما بلغ ما بلغ به عند رسول الله ﷺ، بصدق الحديث وأداء الأمانة»^(١) وغيره.

من أحكام الوديعة:

يعتبر في تحقُّق الوديعة الإيجاب من المودع والقبول من الودعي بكل ما يدل عليهما ولو بالمعاطاة.

ويجب ردّ الوديعة إلى صاحبها عند المطالبة بها ولو لم يكن مؤمناً ما دام ليس غاصباً.

ومن طلب من الغير أن يكون ماله وديعة لديه ولم يقبل الغير ذلك ولم يتسلّمه ومع ذلك تركه المالك عنده فلا يضمّنه لو تلف أو تعيَّب.

وعقد الوديعة جائز من الطرفين وإن كان مؤجَّلاً بأجل محدّد إلّا مع اشتراط عدم فسخه إلى ذلك الأجل ولو ضمن عقد الوديعة نفسه، فإنّه يلزم الوفاء آنذاك، ولكن مع الفسخ يفسخ ويكون الفاسخ بذلك آثماً.

ولو فسخ الودعي لزمه إيصال المال إلى صاحبه فوراً، وإذا لم

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٦٧ الباب ١ من أحكام الوديعة، الحديث ١ .

يفعل ذلك من دون عذر شرعي وتلف يكون ضامناً.
ويجب على الودعي الحفاظ على الوديعة بما هو المتعارف في
الحفظ لأمثالها، وإذا لم يفعل ذلك يكون مفرطاً.
والودعي لا يضمن تلف الوديعة وتعييبها إلا مع التعدي أو التفريط.
ولا يحق للودعي التصرف في الوديعة.
ومن أحسن بآمارات الموت يلزمه إيصال الوديعة إلى صاحبها أو
وكيله، وإذا لم يمكنه ذلك يلزمه الإيصاء بها والعمل بما يضمن
به وصولها إلى صاحبها بعده.

والأمانة على قسمين: مالكية وشرعية، والحكم في كليهما واحد.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إن الوديعة لا تتحقّق إلا بالإيجاب والقبول فهو مقتضى كونها عقداً.
وأما الاكتفاء بكل ما يدل عليها ولو بالمعاطاة فلا إطلاق دليل شرعيّتها
بعد صدق عنوانها.

٢ - وأمّا وجوب ردّ الوديعة إلى صاحبها عند مطالبتة بها ولو لم يكن
مؤمناً فلا إطلاق قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(١).

وفي الحديث عن الإمام الصادق عليه السلام: «أدوا الأمانة ولو إلى قاتل الحسين
بن علي عليه السلام»^(٢).

وأما التقييد بعدم كون صاحب الوديعة غاصباً فلائنّ الواجب هو ردّ

(١) النساء : ٥٨ .

(٢) وسائل الشيعة ١٩ : ٧٥ الباب ٢ من أحكام الوديعة، الحديث ١٢ .

الأمانة إلى أهلها، وذلك لا يتحقق بالدفع إلى الغاصب بل فعل ذلك موجب للضمان لأنه تعدّد على الإمانة.

وأما عدم ضمان مَنْ ترك عنده شيء وقد تلف أو تعيب من دون قبوله لذلك ولا تسلمه إياه فلعدم صدق عنوان الوديعة - الموقوف على تحقق القبول - كي يجب التحفظ عليه بعد وضوح أنّ أموال الغير لا يجب التحفظ عليها ابتداء.

٤ - وأما إنّ عقد الوديعة جائز فذلك واضح بلحاظ المودع لأنه من ناحيته لا يعدو الإذن في حفظ ماله، وللاذن حق التراجع عن إذنه متى شاء. وأما بلحاظ الودعي فلا وجه لجواز تراجعه قبل انتهاء الأجل - ما دام العقد قد حُدّد به - سوى الإجماع على ذلك.

قال صاحب الجواهر: «وهو - الإجماع - الحجة في تخصيص الآية وغيرها من أدلة اللزوم»^(١).

٥ - وأما عدم جواز الفسخ ما دام قد اشترط عدم الفسخ فلعوم قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»^(٢).

ودعوى أنّ الوديعة عقد جائز فيكون الشرط المذكور فيها جائزاً أيضاً مدفوعة بأنّ عموم الوفاء بالشروط لا يختصّ بالشرط المذكور في العقد اللازم. وأما تحقق الفسخ مع مخالفة الشرط فلا أنّ العموم السابق ليس بناظر إلى الأثر الوضعي بل التكليفي فقط.

٦ - وأما إنّ الودعي يلزمه إيصال الوديعة إلى صاحبها لو فسخ فلو جوب

(١) جواهر الكلام ٢٧: ١٠٦ .

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٦ الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

ردّ الأمانات إلى أهلها كما دلّ عليه قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(١).

وأما الضمان لو فسخ الودعي ولم يوصل الوديعة إلى صاحبها وتلفت أو تعيبت فلائذ ذلك من التفريط في أمر الوديعة.

٧ - وأما وجوب التحفظ على الوديعة بما هو المتعارف في أمثالها فلاستبطن قبول الودعي الوديعة تعهده بذلك.

على أن ردّ الأمانة إلى أهلها واجب، والتحفظ المذكور مقدّمة له فيكون واجباً.

٨ - وأما عدم ضمان الودعي التلف والتعيب لو حصل من دون تعدّ أو تفريط فللحديث الصحيح عن النبي ﷺ: «ليس لك أن تتهم من قد ائتمنته ولا تأتمن الخائن وقد جرّبته»^(٢).

على أن بالامكان أن يُقال: إن التعاقد على الاستيداع يستبطن عرفاً التعاقد على ذلك أيضاً.

٩ - وأما عدم جواز التصرف في الوديعة فلائذ ذلك مقتضى عدم جواز التصرف في مال الغير بدون إذنه، بل لا معنى للإذن في التصرف وإلا كان المورد عارية لا وديعة.

١٠ - وأما إن من أحسّ بأمارات الموت يلزمه ما ذكر فلائذ ذلك مقتضى التحفظ الواجب في أمر الأمانة.

١١ - وأما انقسام الأمانة إلى مالكية وشرعية فواضح إذ المودع تارة هو

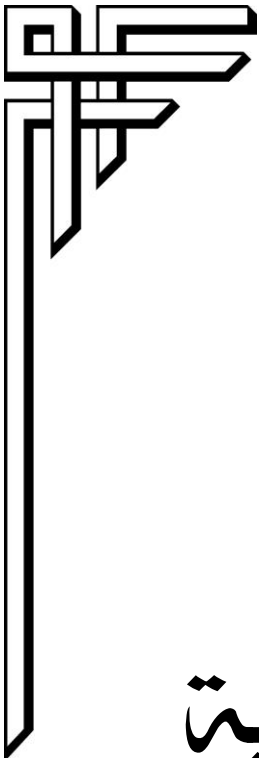
(١) النساء : ٥٨ .

(٢) وسائل الشيعة ١٩ : ٨١ الباب ٤ من أحكام الوديعة، الحديث ١٠ .

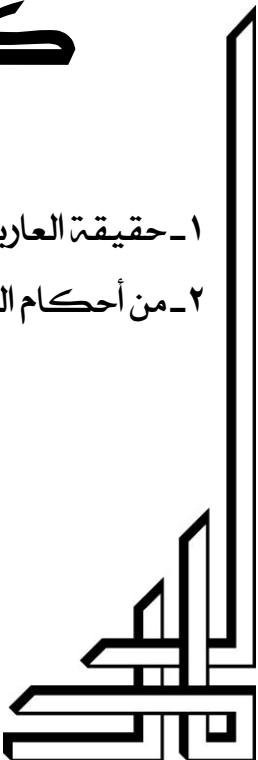
٢٥٦ دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي

المالك فتكون الأمانة مالكيّة، وأخرى هو الشارع فتكون شرعيّة، كما في باب اللقطة، حيث أذن الشارع بالإلتقاط والتحفّظ على المال كأمانة.

وأما وحدة حكم القسمين فلائنه بعد صدق عنوان الإمانة في كليهما ينبغي تطبيق جميع أحكامه عليهما.



كتاب العارية



١- حقيقة العارية.

٢- من أحكام العارية.

١ - حقيقة العارية

العارية عقد يتضمّن تسليط شخص غيره على عين للانتفاع بها مجاناً.
وهي مشروعة بلا إشكال.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنّ العارية عقد فينبغي عدّه من الواضحات، فإنّ جواز الانتفاع بملك الغير يتحقّق تارة من خلال إذن الشخص بالتصرّف في ملكه، وهو بهذا اللحاظ إيقاع لا يتوقّف على قبول الطرف الثاني، وأخرى من خلال العارية، وهو بهذا اللحاظ عقد يتوقّف على القبول.

٢ - وأمّا إنّ عقد العارية يتضمّن التسليط المجّاني على الانتفاع فمما لا كلام فيه. ويقتضيه فهم العرف منها ذلك.

وفرق العارية عن الإجارة أنّ الثانية تمليك للمنفعة بعوض والأولى تمليك للانتفاع مجّاناً.

٣ - وأمّا شرعيّة العارية فمن واضحات الفقه، وتدل على ذلك سيرة العقلاء والمتشرّعة والروايات الكثيرة، كصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «بعث رسول الله ﷺ إلى صفوان بن أمية فاستعار منه سبعين درعاً بأطرافها» «بأطرافها» فقال: أغصباً يا محمّد؟ فقال النبي ﷺ: بل عارية مضمونة،^(١) وغيره.

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٩٢ الباب ١ من أحكام العارية، الحديث ٤ .

٢- من أحكام العارية

لا تتحقق الإعارة إلا بإيجاب من المعير وقبول من المستعير بكل ما يدل عليهما ولو بالمعاطاة.

ولا يلزم في المعير أن يكون مالكا للعين بل تكفي ملكيته للمنفعة بإجارة ونحوها فيما إذا لم يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه. ويعتبر في العين المعارة إمكان الانتفاع بها مع بقاء عينها، أما إذا لم يمكن ذلك فلا تصح الإعارة، كما هو الحال في مثل الخبز والدهن. ويلزم المستعير أن لا يستفيد من العين المعارة إلا في حدود ما جرت عليه العادة، فإن تجاوز ضمن. وإذا نقصت بسبب الاستعمال المأذون فيه فلا ضمان.

والعين المعارة لا يضمنها المستعير ما دام لم يتحقق منه التعدي أو التفريط إلا إذا اشترط عليه الضمان أو فرضت العين من الذهب أو الفضة.

والعارية جائزة من الطرفين وإن كانت مؤجلة إلا مع اشتراط عدم فسخها إلى أجل معين فيجب الوفاء إلا أنه لو خولف الشرط تحقق الفسخ وإن كان الفاسخ آثما بذلك.

والمستند في ذلك:

١ - أما توقف تحقق العارية على الإيجاب والقبول فلبداهة كونها عقداً.

وأما إنها تتحقق بكل ما يدل عليها ولو بالمعاطاة فللتمسك بإطلاق دليل شرعيتها بعد فرض صدق عنوانها.

٢ - وأما إنَّه لا يلزم في المعير أن يكون مالكا للعين بل يكفي كونه مالكا للمنفعة فباعتبار أن التسليط على الانتفاع لا يتوقَّف على ملكية العين بل تكفي فيه ملكية المنفعة ما دام لم يشترط استيفاؤها بالمباشرة.

٣ - وأما اعتبار بقاء العين المعارة عند الانتفاع بها فلائنه بدون ذلك لا يمكن التسليط على الانتفاع.

٤ - وأما عدم جواز الاستفادة من العين المعارة إلا في حدود ما جرت عليه العادة فلانصراف الإذن في الانتفاع بالعين - الذي تتضمنه الإعارة - إلى الانتفاعات المتعارفة فيها.

٥ - وأما عدم ضمان النقصان الطارئ على العين بسبب استعمالها فلائ ذلك من لوازم الإذن في الانتفاع بها مجانا.

٦ - وأما عدم ضمان المستعير للعين المعارة ما دام لم يحصل منه تعدُّ أو تفريط إلا مع اشتراط الضمان فهو مقتضى قاعدة عدم ضمان الأمين. مضافا إلى الروايات الخاصة، كصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «... إذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمَّنه إلا أن يكون اشترط عليه»^(١).

٧ - وأما ضمان عارية الذهب والفضة فلموثقة إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله أو أبي إبراهيم عليهما السلام: «العارية ليس على مستعيرها ضمان إلا ما كان من ذهب أو فضة فإنَّهما مضمونان اشترطا أو لم يشترطا»^(٢).

إن قلت: لا بدَّ من تقييد الذهب والفضة بخصوص الدنانير والدراهم لصحيحة عبد الله بن سنان: «قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تضمن العارية إلا أن يكون قد

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٩١ الباب ١ من أحكام العارية، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٩٧ الباب ٣ من أحكام العارية، الحديث ٤.

اشترط فيها ضمان إلاّ الدنانير فإنّها مضمونة وإن لم يشترط فيها ضماناً^(١)، ورواية عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام: «ليس على صاحب العارية ضمان إلاّ أن يشترط صاحبها إلاّ الدراهم فإنّها مضمونة اشترط صاحبها أو لم يشترط»^(٢).

قلت: إنّ التقييد المذكور ليس عرفياً لأن لازمه الحمل على الفرد النادر، إذ شرط صحّة العارية على ما تقدّم إمكان الانتفاع بالعين مع بقائها، وهذا لا يتحقّق عادة في الدنانير والدراهم وإن كان يتحقّق نادراً كما في إعارتها للترّين بها أو لرهنها كما ذكر صاحب الجواهر^(٣).

وعليه فتكون النتيجة أنّ العارية ليس فيها ضمان إلاّ مع الاشتراط أو كونها من قبيل الذهب والفضّة.

٨ - وأمّا إنّ العارية جائزة من الطرفين بالرغم من كون المناسب لزومها - طبقاً لأصالة اللزوم - فللتسالم على ذلك^(٤). وهو جيّد، فإنّ العارية في روحها ترجع إلى الإذن في التصرف، وللاّذن التراجع عن إذنه متى أحب.

وأما أنّه مع اشتراط عدم الفسخ لا يجوز فسخها تكليفاً وإن ترتّب الأثر وضعاً فلمّا تقدّم عند البحث عن الوديعة.

(١) المناسب: ضمان بالرفع كما في تهذيب الأحكام ٧: ١٨٣ والاستبصار ٣: ١٢٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٩٦ الباب ٣ من أحكام العارية، الحديث ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٩: ٩٦-٩٧ الباب ٣ من أحكام العارية: الحديث ٣.

(٤) جواهر الكلام ٢٧: ١٦٩.

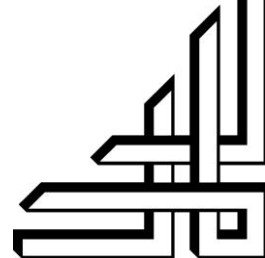
(٥) جواهر الكلام ٢٧: ١٥٩.



كتاب السبق والرماية

١- حقيقة السبق والرماية.

٢- من أحكام السبق والرماية.



١ - حقيقة السبق والرماية

السُّبْق - بسكون الباء - معاملة تتضمّن إجراء الخيل وما شابهها في حلبة السباق لمعرفة الأجود منها.
والرماية معاملة تتضمّن رمي السهام نحو الهدف للتعرف على الحاذق من المترامين.
وهما مشروعتان من دون خلاف.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنّ السبق والرماية معاملتان فباعتبار أنّهما لا يتحقّقان إلّا بعد اتّفاق شخصين أو أكثر عليهما، ولا يكفي الإيجاب من طرف واحد لتحقيقهما.
أجل .. بناءً على كونهما جعالة - كما هو المنسوب للشيخ والعلامة^(١) - فهما إيقاع ولا حاجة في تحقّقهما إلى القبول بل يكفي البذل، كما يكفي في مثل: مَنْ رَدَّ عَلَيَّ سَيَّارَتِي الْمَسْرُوقَةَ فَلَهُ كَذَا.
إلّا أنّ ذلك جيّد لو كان البذل من شخص أجنبي، وأمّا إذا كان منهم باتّفاق بينهم فكونهما جعالة بعيد.

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٢٢٣ .

- ٢- وأما إنَّ المعاملتين المذكورتين يتضمَّنان ما ذكر فأمر متسالم عليه.
- ٣- وأما شرعية المعاملتين المذكورتين فيمكن استفادتها من اطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ﴾^(١)، فإنَّ الغرض من السبق والرمية تدريب المسلمين على الفنون العسكرية وتهيئتهم لمواجهة الكفار في ساحة القتال، وذلك مصداق واضح لإعداد القوة المأمور بها في الآية الكريمة.
- وقد يُقال بإمكان استفادة ذلك من قوله تعالى: ﴿إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتْعِنَا﴾^(٢) ولكنه قابل للتأمل كما هو واضح.
- وأما الروايات في هذا المجال فكثيرة، كموثقة غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عن أبيه عن علي بن الحسين عليه السلام: «إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَجْرَى الْخَيْلَ وَجَعَلَ سَبَقَهَا»^(٣) أَوْاقِي مِنْ فِضَّةٍ^(٤)، وصحيحة حفص بن البحتري عن أبي عبد الله عليه السلام أَنَّهُ كَانَ يَحْضِرُ الرَّمِيَّ وَالرَّهَانَ^(٥).

٢- من أحكام السبق والرمية

يعتبر في تحقُّق السَّبَقِ والرمية الإيجاب والقبول بكل ما يدلُّ عليهما.

ويصح إجراء هاتين المعاملتين على وسائل القتال الحديثة ولا يختصُّ بما إذا كان على السيف والسهام والخيل والإبل وما

(١) الأنفال: ٦٠.

(٢) يوسف: ١٧.

(٣) السَّبَقُ - بفتح السين والباء -: العوض المجعول للسابق. ويُقال له: الحَطَرُ - بفتح الحاء والطاء - أيضاً، والسَّبَقُ - بفتح السين وسكون الباء -: مصدر بمعنى المعاملة المتقدمة. والأواقي: جمع أوقية.

(٤) وسائل الشيعة ١٩: ٢٤٩ الباب ١ من أحكام السبق والرمية، الحديث ١.

(٥) وسائل الشيعة ١٩: ٢٥٢ الباب ٢ من أحكام السبق والرمية، الحديث ٤.

شاكل ذلك.

ولا يلزم في صحّة المسابقة وجود المحلّل، وهو شخص يدخل في المسابقة من دون أن يبذل عوضاً وإنّما يجري فرسه مع المتراهنين على أنّه إن سبق كان له العوض وإن لم يسبق لم يخسر شيئاً^(١).

ويجوز في العوض المقرر للسابق - السبق - أن يكون من أحد الطرفين أو من شخص ثالث أجنبي أو من بيت المال. والعبرة في تحقّق السبق على الصدق العرفي إلاّ إذا تمّ الاتفاق على غيره.

والعقد في السبق والرماية لازم لا يجوز فسخه إلاّ مع اشتراط الخيار.

والمستند في ذلك:

- ١ - أمّا اعتبار الإيجاب والقبول في تحقّق السبق والرماية فلبدها كونها عقداً. وأمّا الاكتفاء بكل ما يدلّ عليهما فلا إطلاق دليل المشروعية.
- ٢ - وأمّا إنّ صحّة هاتين المعاملتين لا تنحصر بالوسائل القديمة فباعتبار أنّ النصوص وإن اقتضت عليها، كما في صحيحة حفص عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا سبق إلاّ في خف أو حافر أو نصل»^(٢) إلاّ أنّ تخصيصها بالذكر هو من جهة

(١) وإنّما سُمّي بالمحلّل لأنّ القائل باشتراط وجوده في صحّة المسابقة يرى أنّ وجوده محلل لها وعدمه محرّم لها.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٢٥٢ الباب ٣ من أحكام السبق والرماية، الحديث ١. قيل: إنّ الخف إشارة إلى الإبل والفيلة، والنصل إشارة إلى السهم والسيف والخربة، والحافر إشارة إلى الفرس والبغل والحمار، لاحظ جواهر الكلام ٢٨: ٢١٩.

كونها الوسائل الحربية المتداولة تلك الفترة ولا ينبغي فهم الخصوصية لها. كيف وهل يحتمل انتهاء فترة تشريع المسابقة والرماية وعدم امتداده لمثل زماننا أو هل يحتمل أن التشريع ممتد مع لزوم الاقتصار على الوسائل القديمة؟! كلا، لا يحتمل هذا ولا ذاك. وبطلان الاحتمالين يساوق الحكم بعموم النتيجة^(١).

٣ - وأما المحلل فقد قيل باشتراط وجوده في حلية العقد. ونسب ذلك إلى ابن الجنيّد استناداً منه إلى خبر لا يوجد في كتبنا^(٢).

والمناسب عدم اعتبار وجوده في صحة العقد تمسكاً بإطلاق دليل المشروعية.

٤ - وأما جواز أن يكون السبق من أجنبي أو بيت المال أو المتراهنين فلا إطلاق دليل المشروعية.

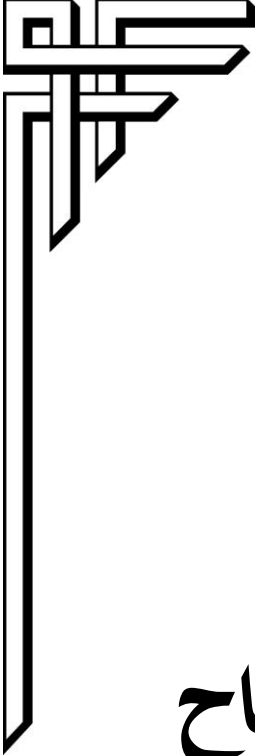
٥ - وأما إن العبرة في تحقق سبق على الصدق العرفي فلكونه المقصود للمتعاقدين حينما تعاقدوا على ثبوت العوض للسابق.

٦ - وأما إن السبق والرماية عقدان لازمان فلكون ذلك مقتضى أصالة اللزوم في مطلق العقود.

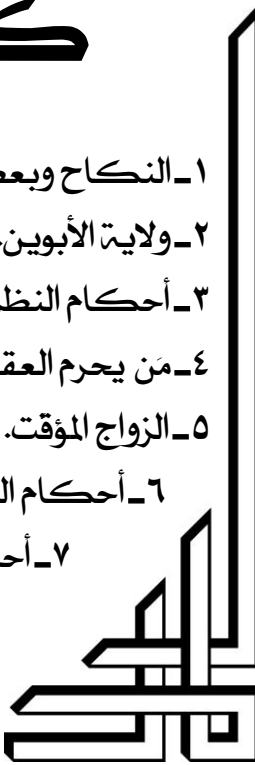
أجل .. بناءً على كونها من مصاديق الجعالة دون العقد ينبغي الحكم بجوازهما لكون الجعالة من المعاملات الجائزة كما يأتي إن شاء الله تعالى.

(١) ولعل المورد المذكور يمكن عنده مصداقاً من مصاديق تأثير عنصر الزمان في عملية الاجتهاد الذي قد يفهم من بعض كلمات المحقق الأردبيلي في مبحث الصلاة من كتابه مجمع الفائدة والبرهان ٣: ٤٣٦ - حيث قال: «ولا يمكن القول بكلية شيء بل تختلف الأحكام باعتبار الخصوصيات والأحوال والأزمان والأمكنة والأشخاص، وهو ظاهر. وباستخراج هذه الاختلافات والانطباق على الجزئيات المأخوذة من الشرع الشريف امتياز أهل العلم والفقهاء شكر الله سعيهم ورفع درجاتهم» - وأكده بعض الأعلام من المتأخرين في صحيفة النور ٢١: ٩٨.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٢٢٦.



كتاب النكاح



- ١- النكاح وبعض أحكامه.
- ٢- ولاية الأبوين.
- ٣- أحكام النظر.
- ٤- من يحرم العقد عليها.
- ٥- الزواج المؤقت.
- ٦- أحكام النفقة.
- ٧- أحكام القسمة.

١- النكاح وبعض أحكامه

النكاح عقد يتضمّن إنشاء علاقة الزوجيّة الخاصّة. وهو دائم ومنقطع وملك يمين.

ويتحقّق الدائم بقول الزوجة للزوج: زوّجْتُك نفسي على كذا وقول الزوج بعد ذلك: قبلت الزواج على كذا.

والمنقطع بقولها: متّعتُك نفسي على كذا ولمدّة كذا وقول الزوج بعد ذلك: قبلت التمتعّ على كذا ولمدّة كذا.

ويلزم في الإيجاب والقبول أن يكونا لفظيين.

كما يلزم في الإيجاب أن يكون بلفظ الزواج أو النكاح.

وفي تحقّق الزواج الدائم بلفظ التمتعّ إشكال.

والمشهور اعتبار العربيّة والماضوية في إجراء العقد.

ولا يلزم في الإيجاب تقدّمه على القبول بل يجوز أن يكون

الإيجاب من الزوج والقبول من الزوجة وإن كان الاحتياط أمراً لا

ينبغي الحياد عنه.

وليس من اللازم على الزوجين مباشرة العقد بأنفسهما بل يجوز

لهما التوكيل في ذلك.

ولا مانع من كون الوكيل واحداً عن الطرفين، بل يجوز أن يكون الزوج وكيلًا عن الزوجة فيجري الإيجاب بالوكالة والقبول بالأصالة، كما يجوز أن تكون هي وكيلة عنه فتوجب بالأصالة وتقبل بالوكالة.

وإذا لم يباشر الزوجان العقد وأوكلاه إلى الغير فلا يجوز لهما الاستمتاع الجنسي بما في ذلك النظر إلا بعد الاطمئنان بإجراء الوكيل للعقد.

ولا يعتبر في صحة النكاح عندنا الإشهاد. ويلزم في صحة نكاح البكر مضافاً إلى موافقتها موافقة وليها، وهو أبوها أو جدّها لأبيها. وأمّا الثيب فتكفي موافقتها.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنَّ النكاح هو العقد المذكور وليس الوطاء فهو المشهور. ويشهد له الكتاب العزيز، فإنّه لم يعهد فيه استعمال لفظ النكاح في الوطاء^(١).

وأمّا انقسامه إلى الأقسام الثلاثة فهو من ضروريّات المذهب بل الدين. ويأتي بيان الدليل على شرعية النكاح المنقطع فيما بعد إن شاء الله تعالى.

٢ - وأمّا تحقّق العقد الدائم والمنقطع بالصيغة المتقدّمة فهو محل وفاق بل هو القدر المتيقّن من الصيغة الصحيحة التي يقع بها العقد.

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٦.

٣- وأما اعتبار الإيجاب والقبول واللفظيين وعدم الاكتفاء بالتراضي فقد ادّعي في الحدائق إجماع العامة والخاصة عليه^(١).

وقد يستدل على ذلك بأنه:

أ- لولا ذلك لم يبق فارق بين النكاح والسفاح.

والتأمل فيه واضح، فإنَّ الفارق ثابت بقطع النظر عن ذلك، وهو أنَّه في النكاح يوجد اعتبار للزوجية بخلافه في السفاح.

ب- وبما ورد في تعليم صيغة النكاح المنقطع، فقد روى أبان بن تغلب: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول: أتزوَّجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوماً وإن شئت كذا وكذا سنة بكذا وكذا درهماً، وتسمي من الأجر ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً، فإذا قالت: نعم فقد رضيت وهي امرأتك وأنت أولى الناس بها»^(٢) وغيرها.

وهي وإن كانت واردة في النكاح المنقطع إلا أنَّه لا يحتمل ثبوت الخصوصية له.

ودلالاتها واضحة، فإنَّها ظاهرة في ارتكاز المفروغية من اعتبار الصيغة في ذهن أبان والسؤال وقع بلحاظ بعض الخصوصيات.

على أنَّ قوله عليه السلام: في الذيل «إذا قلت: نعم فقد رضيت وهي امرأتك» يدل بالمفهوم على عدم تحقق الزوجية من دون قول الزوجة نعم بعد قول الزوج لها أتزوَّجك متعة....

هذان وجهان لاعتبار الصيغة.

(١) الحدائق الناضرة ٢٣: ١٨.

(٢) وسائل الشريعة ٢١: ٤٣ الباب ١٨ من أبواب المتعة، الحديث ١.

هذا ولعلّ الأجدد الاستدلال على ذلك بارتكاز اعتبار الصيغة في تحقق النكاح في أذهان جميع المشرعة الصغير منهم والكبير والرجل والمرأة والعالم والجاهل، ولا منشأ لذلك سوى الوصول من المعصوم عليه السلام يدأ بيد.

٤ - وأما تحقق عقد النكاح بلفظ الزواج والنكاح فمما لا إشكال فيه.

ويدل على انعقاده بلفظ الزواج قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاهَا﴾^(١) وحديث أبان المتقدم وغيره.

وعلى انعقاده بلفظ النكاح قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ﴾^(٢) وغيره من الاستعمالات القرآنية المعبرة بلفظ النكاح.

٥ - وأما الإشكال في تحقق الزواج الدائم بلفظ التمتع فباعتبار أنّه لم يرد في شيء من النصوص الشرعية التعبير عن الدائم بلفظ التمتع ليحكم بصحة الإنشاء به، ومن الواضح أنّه لا تصح الاستعانة بكل لفظ بل لا بدّ من الاختصار على ما تداول التعبير به شرعاً أو عرفاً.

وإذا قيل: يمكن التمسك بالنصوص الدالة على انقلاب العقد المنقطع دائماً إذا لم يذكر الأجل نسياناً.

قلنا: لو كان لدينا نص بالمضمون المذكور بحيث يكون ناظراً إلى حالة النسيان لأمكن التمسك به ويثبت المطلوب ولكن ليس لدينا نص كذلك بل الوارد في مثل موثقة عبد الله بن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن سمي الأجل فهو متعة وإن لم يسم الأجل فهو نكاح بات»^(٣)، والقدر المتيقن من ذلك هو أنّ

(١) الأحزاب: ٣٧.

(٢) النساء: ٢٢.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٤٧ الباب ٢٠ من أبواب المتعة، الحديث ١.

الصيغة إذا كان يمكن أن يقع بها العقد دائماً ومنقطعاً - كصيغة زوّجت وأنكحت - فبذكر الأجل يقع العقد مؤقتاً وبعدمه يقع دائماً ولا يمكن أن يستفاد منه أن العقد ينقلب دائماً مهما كانت الصيغة ولو مثل تمتعت، فإنه ليس في مقام البيان من هذه الناحية وإلاّ يلزم صحّة التمسك به لإثبات تحقق عقد النكاح بأي صيغة كانت حتّى مثل صيغة اتّخذتك بعلاً أو فراشاً أو لباساً.

٦ - وأما اعتبار العربيّة في صيغة العقد فقد يستدل له:

تارة بعدم صدق العقد إذا لم يكن بالعربية.

وأخرى بأنّ القدر المتيقن من العقد الصحيح هو العقد بالعربيّة، وتحقّقه بغيرها يحتاج إلى دليل، وهو مفقود، والأصل يقتضي عدم ترتّب الأثر. وكلاهما كما ترى.

أما الأوّل فواضح.

وأما الثاني فلعدم احتمال منع الشارع من الزواج إذا لم يتمكّن الزوجان من النطق بالعربية.

هذا مضافاً إلى أنّ المستفاد من قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ...﴾^(١) مطلوبيّة عنوان النكاح من دون قيد زائد، وحيث إنّ العقد بغير العربية يصدق عليه عنوان النكاح فيكون مشروعاً وممضياً.

ثمّ إنّ التفصيل بين إمكان توكيلهما شخصاً يعقد بالعربية فلا يجوز لهما العقد بغير العربية وبين عدم الإمكان فيجوز لهما ذلك، بعيد لعدم إمكان تميمه بالدليل.

أجل .. الاحتياط بالاختصار على حالة عدم إمكان التوكيل أمراً مناسباً بل لازم.

٧- وأما اعتبار الماضي فقد يستدل له:

تارةً بكون العقد بالماضي هو القدر المتيقن من العقد الصحيح، وغيره مشكوك فتجري بلحاظه أصالة عدم ترتب الأثر.

وأخرى بأن الماضي صريح في الإنشاء بخلاف غيره.

وثالثة بأن تجويز غير الماضي يؤدي إلى انتشار الصيغة وعدم وقوفها عند حدٍّ معيّن.

والجواب: أما عن الأخير فبأن انتشار الصيغة وعدم وقوفها عند حدٍّ لا يشكل محذوراً.

وأما عن الأولين فبما تقدّم من أن المستفاد من الكتاب العزيز مطلوبية كل ما يصدق عليه عنوان النكاح من دون قيد زائد، وحيث إنّ الإنشاء بغير الماضي يصدق عليه عنوان النكاح فيكون مشروعاً.

هذا مضافاً إلى ما تقدّم في روايات النكاح المنقطع من أنّه يقول: أتزوّجك....

٨- وأما عدم اعتبار تقدّم الإيجاب فلصدق عنوان النكاح بدون ذلك، والمستفاد من الكتاب العزيز مطلوبية عنوان النكاح لا أكثر.

بل جواز ذلك يستفاد بوضوح من روايات المتعة التي تقدّمت الإشارة إلى بعضها.

ومن خلال هذا يتّضح الوجه في جواز كون الإيجاب من الزوج والقبول من الزوجة.

٩ - وأما الاكتفاء بالتوكيل فلا إطلاق دليل مشروعية الوكالة - الذي تقدّمت الإشارة إليه عند البحث عن الوكالة - والروايات الخاصة، كصحيحة داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام: «رجل يريد أن يُزوّج أخته... فإن قالت: زوّجني فلاناً زوّجها ممن ترضى»^(١) وغيرها.

وعلى هذا يكفي أن يقول وكيل الزوجة لوكيل الزوج: زوّجتُ موكلتي فلانة موكلك فلاناً على مهر كذا، ثم يقول وكيل الزوج: قبلتُ الزواج من موكلّي على المهر المذكور.

وإذا كانت الزوجة قد وكلت فقط كفى أن يقول وكيلها للزوج: زوّجت موكلتي على مهر كذا ثم يقول الزوج: قبلت الزواج على المهر المذكور.

وإذا كان الزوج قد وكل فقط كفى أن تقول الزوجة لوكيل الزوج: زوّجت نفسي موكلك على مهر كذا، ثم يقول وكيل الزوج: قبلتُ الزواج عن موكلّي على المهر المذكور.

١٠ - وأما جواز تولّي شخص واحد طرفي العقد فلعدم المانع منه بعد شمول إطلاق أدلة مشروعية الوكالة له.

والتّحاد الموجب والقابل لا محذور فيه بعد كفاية المغايرة الاعتبارية.

ومنه يتّضح الوجه في جواز تولّي الزوج أو الزوجة كلا طرفي العقد.

إن قلت: إنّ موثقة عمار الساباطي عن أبي الحسن عليه السلام: «امرأة تكون في أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل بيتها أيحل لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوّجها تقول له: قد وكلتك فاشهد على تزويجي؟ قال: لا. قلت له: جعلتُ فداك وإن كانت

(١) وسائل الشريعة ٢٠: ٢٨٠ الباب ٧ من أبواب عقد النكاح، الحديث ١ .

أَيَّامًا؟ قَالَ: وَإِنْ كَانَتْ أَيَّامًا. قُلْتُ: فَإِنْ وَكَلْتُ غَيْرَهُ بِتَزْوِيجِهَا مِنْهُ؟ قَالَ: نَعَمْ»^(١)
تدل على عدم جواز تولي الزوج كلا طرفي العقد.

قُلْتُ: يُحْتَمَلُ أَنَّهَا نَازِرَةٌ إِلَى أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا كَانَ وَكِيلاً فَلَا يَصْلَحُ أَنْ يَكُونَ شَاهِداً بَلِ الشَّاهِدُ لَا بَدَّ مِنْ كَوْنِهِ مُغَايِراً لِلْوَكِيلِ فِي التَّزْوِيجِ.

١١ - وَأَمَّا عَدَمُ جَوَازِ الاسْتِمْتَاعِ لِلزَّوْجَيْنِ إِلَّا بَعْدَ التَّأَكُّدِ مِنْ إِجْرَاءِ الْوَكِيلِ لِلْعَقْدِ فَلَا اسْتِصْحَابَ عَدَمَ تَحَقُّقِهِ.

١٢ - وَأَمَّا عَدَمُ اعْتِبَارِ الْإِشْهَادِ فِي النِّكَاحِ فَيَكْفِي لِإِثْبَاتِهِ عَدَمُ الدَّلِيلِ عَلَى اعْتِبَارِهِ فَيَتِمَّسِكُ آنَذَاكَ بِإِطْلَاقِ أَدَلَّةِ صِحَّةِ النِّكَاحِ. عَلَى أَنَّهُ قَدْ قَامَ الدَّلِيلُ عَلَى عَدَمِ اعْتِبَارِ ذَلِكَ حَتَّى أَصْبَحَ ذَلِكَ مِنْ مَعَالِمِ مَذْهَبِنَا.

وَفِي الْحَدِيثِ أَنَّ الْإِمَامَ الْكَاسِمَ عليه السلام قَالَ لِأَبِي يُوسُفَ الْقَاضِي: «إِنَّ اللَّهَ أَمَرَ فِي كِتَابِهِ بِالطَّلَاقِ وَأَكَّدَ فِيهِ بِشَاهِدَيْنِ وَلَمْ يَرْضَ بِهِمَا إِلَّا عَدْلَيْنِ وَأَمَرَ فِي كِتَابِهِ بِالتَّزْوِيجِ فَأَهْمَلَهُ بِلَا شُهُودٍ فَأَثْبَتَ شَاهِدَيْنِ فِي مَا أَهْمَلَ وَأَبْطَلْتَ الشَّاهِدَيْنِ فِي مَا أَكَّدَ»^(٢).

١٣ - وَأَمَّا تَوْقُفُ صِحَّةِ نِكَاحِ الْبَكَرِ عَلَى مُوَافَقَتِهَا وَمُوَافَقَةِ وَلِيِّهَا بِخِلَافِ الثَّيْبِ فَيَأْتِي بَيَانُ الْوُجْهِ فِيهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فِي الْبَحْثِ التَّالِي.

٢- ولاية الأبوين

لِلْأَبِ وَالْجَدِّ لِلْأَبِ الْوَلَايَةُ عَلَى الصَّغِيرَيْنِ فِي تَزْوِيجِهِمَا، وَعَلَى الْمَجْنُونِ الْبَالِغِ الْمُتَّصِلِ جُنُونُهُ بِبُلُوغِهِ. بَلْ قِيلَ بِشُبُوتِهَا عَلَيْهِ فِي حَالَةِ الْانْفِصَالِ أَيْضًا.

(١) وسائل الشريعة ٢٠: ٢٨٨ الباب ١٠ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٤ .

(٢) وسائل الشريعة ٢٠: ٩٨ الباب ٤٣ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ٥ .

وفي ثبوت الولاية لهما على البكر البالغة خلاف، بخلاف الثيب فإنه لا خلاف في استقلالها في أمرها.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا ثبوت الولاية للأب والجد الذي لم ينسب فيه خلاف لأحد - سوى ابن أبي عقيل حيث نسب له إنكار الولاية للجد^(١) - فللروايات الكثيرة، كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «الصبي يتزوّج الصبيّة يتوارثان؟ فقال: إذا كان أبواهما اللذان زوّجاها فنعم. قلت: فهل يجوز طلاق الأب؟ قال: لا»^(٢) وغيرها.

ولعل إنكار ابن أبي عقيل ولاية الجد ناشئ من اقتصار الرواية المذكورة وغيرها على خصوص الأب.

ولكنّه يندفع بكون الجد مصداقاً للأب، وبالروايات الأخرى الدالة على أنّ الجد والأب لو تزاحما في أعمال الولاية قُدّم الجد، كصحيحة محمد بن مسلم الأخرى عن أحدهما عليه السلام: «إذا زوّج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه، ولابنه أيضاً أن يزوّجها. فقلت: فإن هوى أبوها رجلاً وجدها رجلاً فقال: الجد أولى بنكاحها»^(٣) وغيرها.

٢ - وأمّا اختصاص الولاية بالجدّ للأب دون ما لو كان للأب فتدل عليه - مضافاً إلى كفاية القصور في المقتضي - صحيحة ابن مسلم المتقدمة، فإنّها ظاهرة في اختصاص الولاية بالجد للأب.

(١) جواهر الكلام ٢٩: ١٧١ .

(٢) وسائل الشريعة ٢٠: ٢٩٢ الباب ١٢ من أبواب عقد النكاح، الحديث ١ .

(٣) وسائل الشريعة ٢٠: ٢٨٩ الباب ١١ من أبواب عقد النكاح، الحديث ١ .

٣ - وأما ولاية الأب والجد على المجنون فلصحيحة أبي خالد القمط:
«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «الرجل الأحق الذهاب العقل يجوز طلاق وليه عليه؟
قال: ولم لا يطلق هو؟ قلت: لا يؤمن إن طلق هو أن يقول غداً: لم أطلق أو لا
يحسن أن يطلق، قال: ما أرى وليه إلا بمنزلة السلطان»^(١) وغيرها، فإنَّ القدر
المتيقن في المراد من الولي هو الأب والجد. وإذا ثبت كونه بمنزلة السلطان في
الطلاق ثبت كونه كذلك في النكاح بالأولوية.

وبقطع النظر عن الصحيحة المذكورة يمكن التمسك باستصحاب
الولاية الثابتة قبل البلوغ بناءً على جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية
وعدم معارضة استصحاب بقاء المجعول باستصحاب عدم الجعل الزائد.

٤ - وأما القول بعموم الولاية لحالة الجنون الطارئ بعد البلوغ الذي
ذهب إليه بعض الفقهاء فيمكن الاستدلال له بترك الاستفصال في الصحيحة
السابقة وما هو بمضمونها.

٥ - وأما ولاية الأبوين في زواج البكر فقد وقعت محلاً للاختلاف، فقليل
باستقلالهما في ذلك، وقيل باستقلالها، وقيل بالتشريك^(٢).

ومنشأ ذلك اختلاف الروايات، فإنَّها على طوائف .. نذكر من بينها:

(١) ما دلَّ على استقلال الأب. وهو روايات متعددة تبلغ ستاً أو أكثر
وفيها الصحاح، كصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن البكر إذا
بلغت مبلغ النساء أها مع أبيها أمر؟ فقال: ليس لها مع أبيها أمر ما لم تثيب»^(٣)

(١) وسائل الشريعة ٢٢: ٨٤ الباب ٣٥ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ١ .

(٢) العروة الوثقى: كتاب النكاح: فصل في أولياء العقد: مسألة ١ .

(٣) وسائل الشريعة ٢٠: ٢٧١ الباب ٣ من أبواب عقد النكاح، الحديث ١١ .

وغيرها.

(٢) ما دلّ على اعتبار إذن الأب من دون دلالة على الاستقلالية، وهو روايات متعدّدة تبلغ ستّاً أو أكثر وفيها الصحاح أيضاً، كصحيحة ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا تنكح ذوات الآباء من الأبكار إلّا بإذن آبائهن»^(١) وغيرها.

(٣) ما دلّ على اعتبار إذن البكر وعدم استقلال الأب، وهو روايتان: إحداهما: صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «تستأمر البكر وغيرها ولا تنكح إلّا بأمرها»^(٢).

ثانيتهما: صحيحة صفوان: «استشار عبد الرحمن موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته لابن أخيه فقال: افعل ويكون ذلك برضاها، فإنّها لها في نفسها نصيباً. قال: واستشار خالد بن داود موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته علي بن جعفر فقال: افعل ويكون ذلك برضاها فإنّها لها في نفسها حظاً»^(٣).

(٤) ما دلّ على استقلال البكر في أمرها. ولا توجد رواية صريحة تدلّ على ذلك سوى رواية سعدان بن مسلم: «قال أبو عبد الله عليه السلام: لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت بغير إذن أبيها»^(٤).

ولا بدّ من إسقاط هذه الرواية من الحساب؛ لأنّ الروايات الدالّة على اعتبار إذن الأب استقلالاً أو في الجملة هي اثنتا عشرة رواية بل أكثر، ولكثرتها

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٧ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٥.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٤ الباب ٩ من أبواب عقد النكاح، الحديث ١.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٤ الباب ٩ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٢.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٥ الباب ٩ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٤.

تشكّل عنوان السنة القطعية، ويلزم طرح المخالف للسنة القطعية لأنّ المخالف للكتاب العزيز إنّما وجب طرحه من جهة أنّه - الكتاب العزيز - يمثل حكماً قطعياً وليس لخصوصية فيه، والمخالف للسنة القطعية حيث إنّ مخالف للحكم القطعي فيلزم طرحه أيضاً.

هذا مضافاً إلى أنّ الرواية ضعيفة السند في نفسها لا فقط لأنّ سعدان لم تثبت وثاقته - إلاّ بناءً على تمامية كبرى وثيقة كل من روى عنه أحد الثلاثة أو ورد في كامل الزيارات أو تفسير القمي - بل إضافة إلى ذلك هي مبتلاة بالإشكال من ناحية أخرى، فإنّ الشيخ رواها مرة بسنده إلى محمد بن علي بن محبوب عن العباس عن سعدان قال: قال أبو عبد الله عليه السلام... وأخرى رواها عن محمد بن أحمد بن يحيى عن العباس عن سعدان عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام...^(١) وبما أنّ من البعيد سماع سعدان الرواية من الإمام عليه السلام مرّتين فلا يمكن الجزم بعدم وجود واسطة مجهولة بين سعدان والإمام عليه السلام فتسقط من الاعتبار.

وعليه فالأمر يبقى دائراً بين الطوائف الثلاث الأولى.

والجميع يشترك في الدلالة على اعتبار إذن الأب في الجملة، ولا معارضة فيما بينها من هذه الناحية، وإنّما المعارضة بلحاظ الزائد، وهو اعتبار موافقتها أيضاً، وتتساقط بلحاظ هذا الزائد ويلزم الرجوع إلى الأصل. والنتيجة على ذلك اعتبار موافقة الطرفين: الأب، والبنت.

أمّا الأب فلفرض دلالة الرواية على اعتبار إذنه بلا معارضة.

وأمّا البنت فباعتبار أنّنا نشك في ترتّب الأثر على العقد من دون موافقتها،

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٣٤ الباب ١١ من أبواب المتعة، الحديث ٨.

والأصل يقتضي عدم ترتبه.

٥ - وأما إنَّ المعتر إذن أبيها أو جدّها فباعتبار أنَّ الجد للأب أب حقيقة فيشملة ما دلَّ على اعتبار إذن الأب.

٦ - وأما إنَّ الثيب تستقل في أمرها فالنصوص والفتاوى متّفقة عليه. وقد تقدّمت الإشارة إلى بعض تلك النصوص ضمن الحديث عن البكر.

٣- أحكام النظر

لا يجوز للرجل النظر إلى بدن الأجنبية ولو من دون تلذّذ. واستثنى جمع من الفقهاء من ذلك الوجه والكفّين.

وفي جواز نظر المرأة إلى الرجل خلاف.

ويجوز لكل من الرجل والمرأة النظر إلى بدن مماثله ما عدا العورة. ويستثنى من حرمة النظر إلى الأجنبية مقام المعالجة وحالة الضرورة كالإنقاذ من الغرق أو الحرق ونحوهما فإنّه يجوز النظر بل اللمس أيضاً.

كما يستثنى النظر إلى القواعد من النساء والصبية غير البالغة.

ولا يلزم المرأة التحجّب من الصبي غير البالغ وإن كان ذلك أفضل. ويجوز لمن أراد التزوّج بامرأة النظر إلى وجهها وكفّيها وشعرها ومحاسنها.

وفي نظر المرأة إلى من تريد الزواج به قول بالجواز.

ويجوز النظر إلى غير المسلمة وكل امرأة لا تنتهي إذا نهيت

بشرط عدم التلذذ.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا حرمة النظر إلى بدن الأجنبية في الجملة ولو لم يكن بتلذذ فهو من واضحات الفقه. ويمكن استفادته من قوله تعالى: ﴿وَلْيَضْرِبَنَّ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ﴾^(١)، والروايات الآتية التي تستثني الوجه والكفين من حرمة الإبداء، وغير ذلك من الروايات الواردة في الموارد المتفرقة.

بل قد يستفاد ذلك من قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِيَنَّ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ...﴾^(٢)، فإن حرمة الإبداء أمام الغير تستلزم حرمة نظره عرفاً. والمراد بالزينة إن كان موضعها فالأمر واضح، وإن كان نفسها فحرمة إبدائها تستلزم حرمة إبداء موضعها بالأولوية العرفية.

وأمّا الاستدلال بقوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوْنَ مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾^(٣) فقابل للتأمل لأنّ غَضَّ البصر ليس بمعنى تركه رأساً بل بمعنى عدم الطمع في الشيء وجعله مغفولاً عنه^(٤).

على أنّه قد يُقال: بأنّ المراد غَضَّ البصر عن خصوص الفروج بقرينة السياق.

٢ - وأمّا استثناء الوجه والكفين لدى جمع من الفقهاء فلعدة وجوه..

نذكر منها:

أ - التمسك بصحيفة الفضيل: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الذراعين من

(١) النور: ٣١.

(٢) النور: ٣١.

(٣) النور: ٣٠.

(٤) وفُسر في اللغة بالنقص. فلاحظ مجمع البحرين ٤: ٢١٨، ومفردات الراغب: ٦٠٧.

المرأة هما من الزينة التي قال الله: ﴿وَلَا يَبْدِيَنَّ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾؟ قال: نعم، وما دون الخمار من الزينة وما دون السوارين،^(١) فإن الوجه لا يستره الخمار، والكف فوق السوار لا دونه فتكون الصحيحة دالة على جواز ابدائها. إلا أن الاستدلال بها يحتاج إلى ضم مقدمة أخرى، وهي أن جواز الإبداء يستلزم جواز نظر الغير، وقد ترفض الملازمة المذكورة، ولذا يجوز للرجل عدم ستر بدنه من دون استلزام ذلك لجواز نظر المرأة إليه.

ب - التمسك برواية زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل: ﴿إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ قال: الزينة الظاهرة: الكحل والخاتم^(٢).

ودلالتها على جواز إبداء الوجه والكفين في الجملة واضحة. إلا أنه يرد عليها ما يرد على الصحيحة السابقة. مضافاً إلى اشتغال سندها على القاسم بن عروة الذي لم تثبت وثاقته.

ج - التمسك بقوله تعالى: ﴿وَلْيَضْرِبَنَّ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ﴾، فإن تخصيص الجيوب بوجوب الستر يدل على عدم وجوب ستر الوجه وإلا كان أولى بالذكر من الجيب لأن الخمار لا يستر الوجه عادة بل الجيب^(٣). ودلالتها لا تتم إلا بضم الملازمة السابقة.

د - التمسك بصحيفة أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام: «سألته عن المرأة المسلمة يصيبها البلاء في جسدها إما كسر وإما جرح في مكان لا يصلح النظر إليه يكون الرجل أرفق بعلاجه من النساء يصلح له النظر إليها؟ قال: إذا

(١) وسائل الشريعة ٢٠: ٢٠١ الباب ١٠٩ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ١.

(٢) وسائل الشريعة ٢٠: ٢٠١ الباب ١٠٩ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ٣.

(٣) وهو الصدر، فلاحظ مجمع البحرين ٢: ٢٨.

اضطّرت إليه فليعالجها إن شاءت»^(١)، فإنّها تدلّ بوضوح على أنّ بعض جسد المرأة يصلح النظر إليه، وحيث لا يحتمل انحصاره بغير الوجه والكفين فيكونان القدر المتيقن للموضع الذي يجوز النظر إليه.

هذه وجوه أربعة لاستثناء الوجه والكفين من حرمة النظر.

وقد اتّضح أنّ الملازمة المتقدّمة إن لم تتم فلا بدّ من التفصيل بين الإبداء من قبل المرأة فيجوز وبين نظر الأجنبي فلا يجوز.

أجل .. إذا تمت دلالة صحيحة الثمالي فيمكن أن يستفاد منها جواز النظر أيضاً.

هذا ويمكن أن يُقال: إنّ غاية ما يقتضيه إنكار الملازمة فقدان الدليل على جواز نظر الرجل إلّا أنّ هذا وحده لا يكفي للحكم بحرمة إذا لم يكن لدليل حرمة النظر إلى بدن الأجنبية إطلاق يشمل الوجه والكفين لإمكان التمسك آنذاك بأصل البراءة.

وقد يتمسك لإثبات حرمة النظر بما يأتي من الروايات الدالة على جواز النظر لمريد التزوّج إلى وجه وكفّي المرأة، فإنّه يدل على عدم جواز النظر في غير حالة إرادة التزوّج.

أو بصحيحة محمد بن الحسن الصفّار: «كتبت إلى الفقيه عليه السلام في رجل أراد أن يشهد على امرأة ليس لها بمحرم هل يجوز له أن يشهد عليها وهي من وراء الستر ويسمع كلامها إذا شهد رجلان عدلان أنّها فلانة بنت فلان التي تُشهدك وهذا كلامها أو لا يجوز له الشهادة عليها حتّى تبرز ويثبتها بعينها؟ فوقع عليه السلام:

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٣٣ الباب ١٣٠ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث ١ .

تَنْقَبُ وتظهر للشهود إن شاء الله»^(١) فَإِنَّهَا تدل على عدم جواز النظر إلى وجه المرأة لو لا الحاجة إلى ذلك للشهادة وإلا لم يكن حاجة للأمر بالتنقب.
وأما ما دلّ على أن النظر سهم من سهام إبليس وأنه زنا العين^(٢) فلا دلالة له على التحريم كما هو واضح.

ومن خلال هذا يتضح أن القائل بجواز النظر لا بدّ له إمّا من دعوى القصور في مقتضى حرمة النظر أو دعوى الملازمة العرفيّة بين جواز الإبداء وجواز النظر.

٣ - وأما نظر المرأة إلى الرجل فقد ادّعي الإجماع على مساواته لنظر الرجل في محل المنع والجواز^(٣).

وفيه: أن الإجماع الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام لم يتضح ثبوته، بل السيرة القطعيّة للمتشّرعة المتصلة بزمان المعصوم عليه السلام على خلاف ذلك، فالرجال يخرجون ورؤوسهم وأعناقهم مكشوفة، والنساء يختلطن معهم في الأزقة والأسواق فلو كان نظر المرأة إلى ما تعارف للرجل كشفه حين خروجه من بيته محرّماً لزم القول إمّا بوجوب تسرّ الرجال أو عدم جواز الاختلاط أو جواز الاختلاط والتحدّث مع حرمة النظر. والكل غير محتمل.

وبهذا يثبت جواز نظر النساء إلى ما تعارف للرجال إبرازه.

وقد يستدل على الجواز - مضافاً إلى ما تقدّم - بعدم وجود روايات يسأل فيها الأصحاب عن حكم نظر النساء إلى الرجال.

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٤٠١ الباب ٤٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ١٩١ الباب ١٠٤ من أبواب مقدمات النكاح .

(٣) رياض المسائل ١١: ٥٣ .

والسبب في ذلك يعود إمّا إلى وضوح الحرمة لديهم أو الشكّ في ذلك أو وضوح الجواز. والمتعيّن هو الأخير، لبطلان الأوّل لعدم احتمال أوضحيّة حرمة نظر النساء إلى الرجال من حرمة نظر الرجال إلى النساء، والثاني لأنّ المناسب له صدور السؤال من الأصحاب.

وفي مقابل هذا قد يستدل على الحرمة:

إمّا بقوله تعالى: «وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ...»^(١).

أو بما رواه أحمد بن أبي عبد الله البرقي: «استأذن ابن أم مكتوم على النبي ﷺ وعنده عائشة وحفصة فقال لهما: قوما فادخلا البيت فقالتا: إِنَّهُ أَعْمَى فقال: إن لم يركما فإنكما تريانه»^(٢).

أو بما رواه الطبرسي في مكارم الأخلاق عن النبي ﷺ: «أنّ فاطمة قالت له في حديث: خير للنساء أن لا يرينَ الرجال ولا يراهنَّ الرجال، فقال ﷺ: فاطمة مِنِّي»^(٣).

أو بما رواه الطبرسي أيضاً عن أم سلمة قالت: «كنت عند رسول الله ﷺ وعنده ميمونة فأقبل ابن أم مكتوم وذلك بعد أن أمر بالحجاب فقال: احتجبا فقلنا يا رسول الله ﷺ أليس أعمى لا يبصرنا؟ فقال: أفعمياوان أنتما ألستم تبصرانه»^(٤).

والكل كما ترى.

(١) النور: ٣١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٣٢ الباب ١٢٩ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث ١.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٣٢ الباب ١٢٩ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث ٣.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٣٢ الباب ١٢٩ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث ٤.

أما الأول فلما تقدّم من عدم مساوقة غَضّ البصر لترك النظر رأساً.
وأما الثاني فلأنّه على تقدير تماميّة دلّالته على التحريم هو ضعيف السند بالإرسال لبعد عصر البرقي عن عصر النبي ﷺ.

وأما الأخيران فلضعفهما بالإرسال على تقدير تماميّة دلّالتهما.

٤ - وأما جواز النظر إلى بدن المائل ما عدا العورة فهو من الضروريات، وتقتضيه سيرة المسلمين، وروايات باب الحماة الناهية عن دخول الحماة إلاّ بمئزر^(١).

بل لا حاجة إلى دليل على الجواز بعد كونه مقتضى الأصل الذي خرج منه خصوص النظر إلى العورة بالدليل الشرعي، كصحيحة حريز عن أبي عبد الله ﷺ: «لا ينظر الرجل إلى عورة أخيه»^(٢) وغيرها.

٥ - وأما استثناء مقام المعالجة فلصحيحة الثمالي المتقدمة.

وأما قاعدة نفي الضرر وقوله ﷺ: «وليس شيء مما حرّم الله إلاّ وقد أحلّه لمن اضطرّ إليه»^(٣) فيدلان على جواز تكشف المرأة لدى الأجنبي ولا يدلان على جواز نظر الطبيب، فإنّه ليس مضطراً ولا متضرراً.

إن قلت: إنّ إثبات الجواز في حق المرأة دون الطبيب المعالج تلزم منه اللغو.

قلت: إنّها تلزم لو كان الدليل على جواز كشف المرأة دليلاً خاصاً دون ما لو كان إطلاقاً، كما هو المفروض في المقام، إذ لا يلزم إلغاء الدليل رأساً بل إلغاء

(١) وسائل الشيعة ٢: ٣٨ الباب ٩ من أبواب آداب الحماة.

(٢) وسائل الشيعة ٢: ٣٣ الباب ٣ من أبواب آداب الحماة، الحديث ١.

(٣) وسائل الشيعة ٥: ٤٨٣ الباب ١ من أبواب القيام، الحديث ٧.

إطلاقه، وهو لا محذور فيه.

٦ - وأما استثناء حالة الضرورة فلدخول المورد تحت باب التراحم المقتضي لتقديم الأهم.

ومنه يتضح أن الحكم بالجواز يعم كل حالة مزاحمة تكون مراعاتها أهم في نظر الشارع من مراعاة حرمة النظر أو اللمس.

٧ - وأما استثناء النظر إلى القواعد من النساء فلقوله تعالى: ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ الَّتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ وَأَنْ يَسْتَغْفِرْنَ خَيْرٌ لَّهُنَّ﴾^(١) بعد ضم الملازمة.

٨ - وأما جواز النظر إلى الصبيّة غير البالغة فللقصور في المقتضي، فإن حرمة النظر إن كانت مستفادة من الضرورة الفقهية فالقدر المتيقن منها النظر إلى البالغة. وإن كانت مستفادة من آية حرمة إبداء الزينة أو ممّا دلّ على استثناء الوجه والكفين من حرمة الإبداء فهما مختصان بالبالغة.

وأما ما دلّ على أن النظر سهم من سهام إبليس، فقد تقدّم قصور دلالة عن إفادة حرمة النظر.

٩ - وأما تكشف المرأة أمام غير البالغ فمقتضى المفهوم في قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ خُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ ... أَوْ الطِّفْلِ الذِّي لَمْ يَضْطَرُوا عَلَى عَوْرَتِ النِّسَاءِ﴾^(٢) عدم جوازه إلا أن مقتضى صحيحة البنظري عن الرضا عليه السلام: «يؤخذ

(١) النور: ٦٠.

(٢) النور: ٣١.

الغلام بالصلاة وهو ابن سبع سنين، ولا تغطي المرأة شعرها منه حتى يحتلم»^(١) الجواز. ولا بد من تقييد إطلاق مفهوم الآية الكريمة بها.

١٠ - وأما جواز النظر إلى المرأة التي يراد التزوج بها فهو محل وفاق في الجملة لجملة من النصوص، كصحيح هشام بن سالم وحامد بن عثمان وحفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا بأس بأن ينظر إلى وجهها ومعاصمها إذا أراد أن يتزوجها»^(٢)، وموثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «رجل ينظر إلى محاسن امرأة يريد أن يتزوجها قال: لا بأس إنَّها هو مستام فإن يقض أمر يكن»^(٣).

وذهب بعض الفقهاء إلى جواز النظر إلى جميع بدنها ما عدا العورة تمسكاً بإطلاق بعض الروايات^(٤)، كصحيحة محمد بن مسلم: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يريد أن يتزوج المرأة أينظر إليها؟ قال: نعم، إنَّما يشتريها بأعلى الثمن»^(٥).

وإنَّما استثنيت العورة للتسالم على عدم جواز النظر إليها.

ودعوى الشيخ الأعظم أنَّ تخصيص جواز النظر في صحيحة الفضلاء بالوجه والمعاصم لا يظهر له وجه إلاَّ اختصاصهما بجواز النظر فيكون ذلك مقيداً لإطلاق صحيحة ابن مسلم^(٦) مدفوعة بأنَّ تخصيص ذلك بالذكر لا

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٢٩ الباب ١٢٦ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٨٨ الباب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ٢.

والمعاصم: جمع معصم، وهو موضع السوار من الساعد.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٨٩ الباب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ٨.

(٤) كالسيد اليزدي في بداية كتاب النكاح من العروة الوثقى: مسألة ٢٦.

(٥) وسائل الشيعة ٢٠: ٨٨-٨٩ الباب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ١.

(٦) كتاب النكاح للشيخ الأعظم: ٣٩.

يوجب صلاحيته لتقييد غيره إلا بناءً على ثبوت المفهوم للقب، وهو محل رفض.

١١ - وأما نظر المرأة إلى مَنْ تريد الزواج به فقد اختار الشيخ الأعظم جوازه لأنه إذا جاز نظر الرجل إلى مَنْ يريد الزواج بها لأنه يبذل أعلى الثمن فيجوز نظر المرأة إليه بالأولى لأنها تبذل أعلى الثمن خصوصاً وأنَّ بإمكان الرجل التخلص بالطلاق بخلاف المرأة فإنَّها لا تتمكّن من ذلك^(١).

وفيه: أنَّ بذلها لأعلى الثمن يقتضي جواز معرفتها بالثمن، وهو المهر لا بالزوج، فإنَّه ليس هو الثمن للبضع المبذول.

١٢ - وأما جواز النظر إلى غير المسلمة فلموثقة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال رسول الله ﷺ: لا حرمة لنساء أهل الذمة أن ينظر إلى شعورهنَّ وأيديهنَّ»^(٢).

والتقييد بنساء أهل الذمة لا خصوصية له بل يجوز النظر إلى مطلق غير المسلمة، فإنَّ تخصيص نساء أهل الذمة بالذكر هو من باب دفع توهم أنَّ عقد الذمام يمنحهنَّ نحواً من الاحترام.

على أنَّه بقطع النظر عن ذلك يمكن التمسك بإطلاق صحيحة عباد بن صهيب: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا بأس بالنظر إلى رؤوس أهل تهامة والأعراب وأهل السواد والعلوج لأنَّهم إذا نهوا لا ينتهون»^(٣).

ومنه يتضح جواز النظر إلى كل مَنْ لا تنتهي إذا نهيت.

(١) كتاب النكاح: ٤٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٠٥ الباب ١١٢ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ١.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٠٦ الباب ١١٣ من أبواب مقدمات النكاح، الحديث ١ والمراد من العلوج: الكفار.

وأما اعتبار عدم التلذذ بالنظر فالتسالم الفقهي عليه، ولولاه كان مقتضى الإطلاق الجواز مطلقاً.

٤- من يحرم العقد عليها

يحرم على الرجل العقد على مجموعة من النساء.

ومنشأ التحريم إما النسب أو السبب.

والحرمة الثابتة بسبب ما ذكر على نحوين: دائمة ومؤقتة.

والمستند في ذلك:

١ - أما النسب فإنه تحرم به سبعة أصناف: الأم وإن علت، والبنت وإن سفلت، والأخت لأب أو لأم أو لهما، والعمّة وإن علت، والخالة وإن علت، وبنت الأخ وإن نزلت، وبنت الأخت وإن نزلت.

قال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾ (١).

وتعميم التحريم للبنت النازلة ليس إلا لصدق عنوان البنت عليها فيشمّلها إطلاق الآية الكريمة، وهكذا الحال بالنسبة إلى بقيّة التعميمات المذكورة في بقيّة الأصناف فإنّها ليست إلا لأجل التمسك بالإطلاق.

والحرمة كما لا يخفى ثابتة من الطرفين، فمثل الأصناف السبعة من الرجال يحرم على النساء أيضاً، فيحرم الأب وإن علا على البنت، والولد وإن سفل على الأم، وهكذا.

(١) النساء: ٢٣ .

وحرمة الأصناف السبعة بالنسب لا تختص بالنسب الشرعي بل تعم ما يحصل بالزنا أيضاً، فيحرم الولد من الزنا على الزانية وأُمّها وأختها وعلى أم الزاني وأخته وهكذا، فإنَّ المراد من الأصناف السبعة المشار إليها في الآية الكريمة هو عناوينها اللغوية وإلاَّ فالشريعة لم تأتِ بمصطلح جديد في هذا المجال، فبنت الرجل مثلاً هي من تولدت من مائه سواء كان ذلك بنكاح شرعي أم لا، وأمّ الابن هي من ولدت له سواء كان ذلك بنكاح شرعي أم لا. والشريعة لا تدخل لها في هذا المجال سوى أنَّها نفت التوارث في فرض الزنا وإلاَّ فبقية الأحكام تترتب تمسكاً بالإطلاق بعد عدم تقييد الأصناف السبعة بها إذا كان صدقها من طريق النكاح الشرعي.

وأيضاً لا فرق في النسب المتولد من النكاح الشرعي بين أن يكون بسبب العقد أو وطء الشبهة، تمسكاً بالإطلاق.

٢- وأمّا السبب فالمراد به غير النسب من مناشئ التحريم، وهي: المصاهرة وما يلحق بها من الرضاع، والاعتداد، واستيفاء العدد، والكفر، والاحرام، واللعان. ويأتي الحديث عن المناشئ المذكورة إن شاء الله تعالى.

٣ - وأمّا انقسام الحرمة إلى دائمة ومؤقتة فواضح، فالدائمة كحرمة الأصناف السبعة النسبية مثلاً، والمؤقتة كحرمة أخت الزوجة، وبنت الزوجة غير المدخول بها، والمطلقة ثلاثاً، وبنت أخ أو أخت الزوجة وغير ذلك.

مناشئ التحريم بالسبب:

أ - المصاهرة وما يلحق بها.

للمصاهرة وما بحكمها عدة أحكام:

١ - تحرم زوجة كل من الأب وإن علا والابن وإن نزل على الآخر بمجرد العقد ولو منقطعاً، ومن دون فرق بين كون الأبوة والبنوة بالنسب أو بالرضاع.

٢ - تحرم على الزوج أم زوجته وإن علت بمجرد العقد وابتثها وإن نزلت بشرط الدخول بالأم سواء كانت في حجره أم لا. أمّا مع عدم الدخول فتحرم ما دامت الأم في عقده.

٣ - تحرم على الزوج أخت زوجته جمعاً لا عينا.

٤ - يحرم على الزوج العقد على بنت أخ أو أخت زوجته إلا بإذنها. وأمّا العكس فجائز بلا حاجة إلى إذن.

٥ - من زنى بخالته حرم عليه العقد على بنتها. وقيل بإلحاق العمّة بذلك، بل قيل بتعميم الحكم لمطلق المزني بها.

٦ - إذا لاط البالغ بغلام وتحقق منه الدخول حرمت عليه مؤبداً بنت الملوّط به وأخته وأمه فيما إذا كان اللواط سابقاً على العقد دون ما لو كان لاحقاً.

٧ - من تزوّج بذات البعل عالماً بذلك حرمت عليه مؤبداً، ومع الجهل تحرم مؤبداً أيضاً بشرط الدخول بها.

٨ - من زنى بذات البعل حرمت عليه مؤبداً لدى المشهور.

٩ - إذا زنت المرأة ففي جواز الزواج بها قبل توبتها خلاف.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا حرمة زوجة كل من الابن والأب على الآخر فمما لا خلاف

فيها، وهي من ضروريّات الفقه بل الدين. وقد دلّ عليها قوله تعالى: ﴿وَلَا

تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴿١﴾، ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ
الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ ﴿٢﴾.

وقد ورد في صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «لو لم تحرم على
الناس أزواج النبي ﷺ لقول الله عز وجل: ﴿وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا
رَسُولَ اللَّهِ وَلَا أَنْ تَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبْدًا...﴾ حرمن على
الحسن والحسين بقول الله عز وجل: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ
مِنَ النِّسَاءِ...﴾ ولا يصلح للرجل أن ينكح امرأة جده» ^(٣).

وأما كفاية مجرد العقد ولو من دون دخول أو مع افتراض كونه منقطعاً
فلإطلاق ما تقدم.

وأما تعميم الحكم للأب وإن علا والابن وإن نزل فلإطلاق المتقدم،
مضافاً إلى خصوص صحيحة ابن مسلم المتقدمة الواردة في الجدة.

وأما التعميم للرضاع فلقول رسول الله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من
النسب» ^(٤).

٢ - وأما حرمة أم الزوجة مطلقاً وبنيتها بشرط الدخول فمما لا إشكال
فيه لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ... وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ
وَرَبَائِبُكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ
بِهِنَّ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ ^(٥).

(١) النساء: ٢٢.

(٢) النساء: ٢٣.

(٣) وسائل الشريعة ٢٠: ٤١٢ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ١.

(٤) وسائل الشريعة ٢٠: ٣٧١ الباب ١ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ١.

(٥) النساء: ٢٣.

ومقتضى إطلاق فقرة «وأُمَّهَاتِ نِسَائِكُمْ» ثبوت حرمة أم الزوجة ولو من دون دخول بها بخلاف الربيبة حيث قيدت حرمتها بالدخول بأُمها.

واحتمال رجوع قيد ﴿مَنْ نِسَائِكُمْ الَّتِي...﴾ إلى قوله: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ أيضاً بعيد جداً لطول الفصل، ولزوم التكرار في كلمة النساء، ولزوم استعمال كلمة «من» في معنيين - إذ على تقدير تعلّقها بالربائب تكون نشوية وعلى تقدير تعلّقها بالنساء تكون بيانية - وهو مخالف للظاهر حتّى على تقدير فرض إمكانه.

٣- وأما التعميم لأمّ الزوجة وإن علت فللتمسك بالإطلاق.

وأما التعميم لبنت الزوجة وإن نزلت فقد يستشكل استفادته من الآية الكريمة إلاّ أنّه في إطلاق الروايات كفاية حيث استعانت بكلمة «البنت» مطلقة، كما في موثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه أنّ عليّاً عليه السلام قال: «إذا تزوّج الرجل المرأة حرمت عليه ابنتها إذا دخل بالأم فإذا لم يدخل بالأم فلا بأس أن يزوّج بالابنة. وإذا تزوّج بالابنة فدخل بها أو لم يدخل فقد حرمت عليه الأم. وقال: الربائب عليكم حرام كنّ في الحجر أو لم يكنن»^(١) وغيرها. على أنّ المسألة متسالم عليها^(٢).

وأما التعميم لكون الربيبة في الحجر وعدمه فلاّن التقيد به في الآية الكريمة لا موضوعيّة له بل إشارة إلى الحالة الغالبة تنبيهاً على أنّها كبنت الزوج حيث تربّت في حجره فكيف يتزوّج بها.

على أنّ الموثقة المتقدمة وغيرها قد صرّحت بالتعميم، والمسألة متسالم

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٥٩ الباب ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٤ .

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٣٤٩ .

عليها^(١).

٤ - وأمّا عدم جواز العقد على بنت الزوجة ما دام قد فرض العقد على أمّها مسبقاً ولو من دون دخول بها فلائّه مع العقد عليها - البنت - يصدق على الأم عنوان «أمّهات نسائكم»، وهو يوجب التحريم متى ما صدق بمقتضى إطلاق الآية الكريمة، فالجمع بينهما بنحو يكون عقدهما صحيحاً معاً غير ممكن فيتعيّن بطلان أحدهما، وحيث إنّ العقد على الأم قد فرض وقوعه صحيحاً وانقلابه إلى البطلان يحتاج إلى دليل فيتعيّن بطلان العقد على البنت.

هذا ما تقتضيه القاعدة وإن كان الاحتياط يقتضي الحكم ببطلان كلا العقدين وتجديد العقد على الأم من جديد. ولو أراد العقد على البنت فعليه بطلاق الأم أولاً ثمّ العقد عليها بعد ذلك.

٥ - وأمّا حرمة أخت الزوجة جمعاً لا عيناً فلا خلاف فيه بين المسلمين لدلالة صريح الكتاب العزيز: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾^(٢) على ذلك. والروايات في المسألة كثيرة^(٣).

٦ - وأمّا حرمة العقد على بنت أخ أو أخت الزوجة إلّا بإذنها وجواز العكس مطلقاً فلموثقة محمد بن مسلم عن أبي جعفر^(٤): «لا تزوّج ابنة الأخ ولا ابنة الأخت على العمّة ولا على الخالة إلّا بإذنها، وتزوّج العمّة والخالة على ابنة الأخ وابنة الأخت بغير اذنها»^(٤) وغيرها.

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٣٤٩.

(٢) النساء: ٢٣.

(٣) وسائل الشريعة: الباب ٢٤ وما بعده من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

(٤) وسائل الشريعة ٢٠: ٤٨٧ الباب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ١.

وإذا قيل: قد روى علي بن جعفر في كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام:
«سألته عن امرأة تزوج على عمّتها وخالتها قال: لا بأس»^(١)، وهي بإطلاقها تدل
على الجواز بلا حاجة إلى إذن.

وفي مقابلها صحيحة أبي عبيدة: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا تنكح
المرأة على عمّتها ولا على خالتها ولا على أختها من الرضاعة»^(٢)، وهي تدل على
عدم الجواز مطلقاً فكيف التوفيق بينهما؟

قلنا: إنّه بقرينة موثقة محمد بن مسلم المتقدمة يمكن الجمع العرفي بحمل
الأولى على فرض الإذن والثانية على فرض عدمه وينحل بذلك التعارض.

٧ - وأما إنّ الزنا بالخالة يوجب تحريم بنتها فهو المشهور لصحيحة محمد
بن مسلم: «سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام وأنا جالس عن رجل نال من خالته في
شبابه ثم ارتدع يتزوج ابنتها؟ قال: لا. قلت: إنّه لم يكن أفضى إليها إنّما كان شيء
دون شيء فقال: لا يصدق ولا كرامة»^(٣).

وقد يتوقف في الحكم تارة من جهة متن الرواية وأخرى من جهة سندها.
أما من جهة المتن فلأنّ تكذيب الإمام عليه السلام الفاعل في إخباره مناقشة
صغروية لا تناسب ومقام الإمامة وغير لائق به.

وأما من جهة السند فباعتبار أنّ الشيخ الكليني روى بسنده إلى أبي أيوب
عن محمد بن مسلم أنّه: «سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام وأنا جالس عن رجل ...»^(٤)

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٨ الباب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٣.
وفي تهذيب الأحكام ٧: ٣٣٣: تزوّجت على....

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٩ الباب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٨.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٣٢ الباب ١٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ١.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٣٢ الباب ١٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ١.

٣٠٠ دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي

في حين أنَّ الشيخ الطوسي روى الرواية نفسها بسنده إلى أبي أيوب أنَّ محمد بن مسلم هو الذي سأل الإمام عليه السلام عن رجل نال...^(١).

وكلتا المناقشتين لا وجه لهما.

أما الأولى فلا احتمال وجود مصلحة في المناقشة الصغرى قد اطلع عليها الإمام عليه السلام.

وأما الثانية فلأنَّ مثل الاختلاف المذكور لا يضرَّ بصحة الرواية.

٨ - وأما العمّة فلا نص يدل على إلحاقها بالخالة، وإلحاقها مبني على عدم القول بالفصل أو الأولوية القطعية. وكلاهما محل تأمل.

وعلى هذا فلا تمكن الفتوى بالإلحاق ولا بدَّ من التنزّل إلى الاحتياط لاحتمال عدم الفصل.

٩ - وأما تعميم الحكم بحرمة الزواج بينت مطلق المزني بها فتدل عليه مجموعة من الروايات، كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام: «سئل عن الرجل يفجر بالمرأة يتزوّج بابتها؟ قال: لا»^(٢) وغيرها.

وفي مقابل ذلك مجموعة أخرى تدل على العكس كصحيحة سعيد بن يسار: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل فجر بامرأة يتزوّج ابتها؟ قال: نعم يا سعيد، إنَّ الحرام لا يفسد الحلال»^(٣) وغيرها.

وقد يجمع بينهما بحمل الأولى على الكراهة لصراحة الثانية في الجواز. وهو جيّد بناءً على قبول الأحكام الوضعية للحمل على الكراهة. وأما إذا بُني

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٣٢ الباب ١٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٢٣ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ١.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٢٥ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٦.

على عدم قبولها لذلك تتحقق المعارضة المستقرة ويلزم ترجيح الطائفة المجوزة لموافقتها لإطلاق الكتاب الكريم ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(١).

ومع التنزل يتساقطان ويتمسك بالإطلاق المذكور كمرجع لا كمرجح. والنتيجة واحدة على جميع التقادير.

١٠ - وأما إنَّ اللواط يوجب تحريم زواج اللائط بأخت وبنت وأمِّ الملو ط به فلم ينقل في ذلك خلاف بين الأصحاب^(٢). وقد دلَّت على ذلك رسالة ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام: «رجل يعبث بالغلام قال: إذا أوقب حرمت عليه ابنته وأخته»^(٣).

وقد يحاول التغلّب على مشكلة إرسالها من خلال الاستعانة بكبرى وثيقة كل من يروي عنه أحد الثلاثة بناءً على تماميتها.

إلاَّ أنَّه يمكن أن يقال في المقابل بأنَّ الكبرى المذكورة على تقدير تماميتها لا تنفع في المقام لأنَّ خمسة من مشايخ ابن أبي عمير تقريباً قد ثبت ضعفهم، ومن المحتمل كون المرسل عنه في الرواية المذكورة هو من أحد الخمسة المذكورة، ومعه يكون التمسك بالكبرى المذكورة تمسكاً بالعام في الشبهة المصدقية، وينحصر مورد التمسك بها بما إذا صرح باسم المروي عنه حتّى يتنفي معه

(١) النساء: ٢٤.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٤٤٧.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٤٤ الباب ١٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ١.

ثمَّ إنَّ ضمير الغائب يرجع إلى الغلام دون الرجل ولو بقرينة عدم حكم الأصحاب بحرمة شيء على المفعول.

نعم نقل في الجواهر ٢٩: ٤٤٨ أنَّ الشيخ حكى عن بعض الأصحاب التحريم عليه أيضاً، ثمَّ قال: ولعلَّه لاحتمال عود الضمير في الأخبار إلى كل من الفاعل والمفعول، ولكنَّه استبعد ذلك باعتبار أنَّ المحدث عنه هو الرجل.

احتمال كونه من أحد الخمسة.

وعليه فمشكلة الإرسال باقية على حالها إلا أنه يمكن التعويض بموثقة إبراهيم بن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام: «رجل لعب بغيّام هل تحل له أمه؟ قال: إن كان ثقب فلا»^(١) وغيرها.

وهي وإن كانت خاصّة بالأم إلا أنه لعدم التفصيل بينها وبين الأخت والبنت يمكن التعدي إليهما.

وتؤيّد ذلك الروايات الأخرى المشتمل بعضها على ذكر الأخت وبعضها الآخر على البنت^(٢)، فإنّ ضعف أسنادها لا يمنع من التمسك بها على مستوى التأييد.

١١ - وأمّا التقييد بما إذا كان الفاعل بالغاً والمفعول به صبيّاً فلأنّ ذلك هو المستفاد من الموثقة لتقييدها الفاعل بالرجل والمفعول به بالغيّام.

ودعوى صدق عنوان الرجل على الفاعل ولو بعد بلوغه فيقال إنّ «رجل لعب وثقب» وإن كان ذلك قد تحقّق منه مسبقاً، وأيضاً التحريم خارج مخرج الغالب، مدفوعة بأنّ الأوّل مخالف للظاهر، كقولنا: «مسافر صلى قصرّاً» والثاني مجرد احتمال لا يمنع من الرجوع إلى البراءة في غير مورد النص.

١٢ - وأمّا التقييد بما إذا كان اللواط سابقاً على العقد فلأنّ الموثقة وإن كانت مطلقة من هذه الناحية إلا أنه يستفاد من جملة النصوص الأخرى أنّ ما يطرأ بعد العقد لا يرتفع به الحل الثابت سابقاً، كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «سُئل عن الرجل يفجر بامرأة أيتزوّج ابنتها؟ قال: لا، ولكن إن

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٤٥ الباب ١٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٧.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٤٤ وما بعدها الباب ١٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

كانت عنده امرأة ثم فجر بأمها أو أختها لم تحرم عليه امرأته، إنَّ الحرام لا يفسد الحلال»^(١) وغيرها.

وموردها وإن كان هو الزنا إلاَّ أنَّه بعموم التعليل يمكن تسرية الحكم إلى اللواط أيضاً.

١٣ - وأما إنَّ من تزوّج بذات البعل تحرم عليه مؤبداً فلعدة روايات، كموثقة أديم بن الحر: «قال أبو عبد الله عليه السلام: التي تزوّج ولها زوج يفرق بينهما ثم لا يتعاودان أبداً»^(٢) وغيرها.

ومقتضى إطلاقها ثبوت الحرمة المؤبدة حتى مع الجهل وعدم الدخول. إلاَّ أنَّ في مقابلها صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة ولها زوج وهو لا يعلم فطلّقها الأول أو مات عنها ثم علم الأخير أيراجعها؟ قال: لا حتى تنقضي عدتها»^(٣) وهي واردة في صورة الجهل، ومقتضاها عدم تحقق الحرمة المؤبدة مع فرض الجهل سواء تحقق الدخول أم لا. واللازم على هذا تخصيص الأولى بالثانية وتكون النتيجة هي تحقق الحرمة المؤبدة في صورة العلم وعدمها في صورة الجهل من دون فرق في كلتا الحالتين بين فرض تحقق الدخول وعدمه.

هذا ويوجد في مقابل الصحيحة الثانية صحيحة ثالثة رواها زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «إذا نعي الرجل إلى أهله أو أخبروها أنَّه قد طلقها فاعتدت ثم تزوّجت فجاء زوجها الأول فإنَّ الأول أحقَّ بها من هذا الأخير دخل الأول أو لم

(١) وسائل الشريعة ٢٠: ٤٢٨ الباب ٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ١.

(٢) وسائل الشريعة ٢٠: ٤٤٦ الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ١.

(٣) وسائل الشريعة ٢٠: ٤٤٦ الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٣.

يدخل بها وليس للآخر أن يتزوجها أبداً ولها المهر بما استحلت من فرجها^(١)، وهي تدل على تحقق الحرمة المؤبدة مع فرض الدخول.

وهذه إن كانت ناظرة إلى خصوص حالة الجهل كالصحيحة الثانية كانت - الثالثة - أخصّ مطلقاً منها - الثانية - فتخصصها بفرض عدم الدخول، وتكون النتيجة انتفاء الحرمة المؤبدة مع الجهل وعدم الدخول وثبوتها مع فرض الجهل والدخول، وأمّا حالة العلم فالحرمة المؤبدة ثابتة فيها للموثقة. وبذلك نصل إلى النتيجة التي أشرنا إليها في المتن.

هذا لو فرض أن الصحيحة الثالثة ناظرة إلى خصوص حالة الجهل. وأمّا إذا كانت مطلقة من هذه الناحية فتكون النسبة بينهما - الثانية والثالثة - هي العموم من وجه. ويتعارضان في فرض الجهل والدخول ويتساقطان فيه ويلزم الرجوع بعد التساقط إلى إطلاق موثقة أديم لأنّ المقيّد له - وهو الصحيحة الثانية - مبتلى بالمعارض. وبذلك نصل إلى النتيجة نفسها أيضاً.

١٤ - وأمّا إن من زنى بذات البعل حرمت عليه مؤبداً فهو المشهور^(٢) بل ادّعي عليه الإجماع.

واستند في ذلك إلى:

أ - التمسك بدعوى الأولوية القطعية وأنّ الزواج بذات البعل إذا أوجب الحرمة الأبديّة فالزنا بها أولى بإيجابه لذلك.

وفيه: أنّ الأولوية ممنوعة، فإنّ الأحكام الشرعيّة تعبدية ولا طريق لنا إلى معرفة ملاكتها.

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٤٧ الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٦ .

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٤٤٦ .

ب - التمسك بها في الفقه الرضوي: «ومن زنى بذات بعل محصناً كان أو غير محصن ثم طلقها زوجها أو مات عنها وأراد الذي زنى بها أن يتزوج بها لم تحل له أبداً»^(١).

وفيه: أن الكتاب المذكور لم تثبت نسبته إلى إمامنا الرضا عليه السلام ليتمكن الاعتماد عليه.

ج - التمسك بدعوى الإجماع التي نقلها بعض الفقهاء.

وفيه: أن تحقق الإجماع غير ثابت. وعلى تقدير ثبوته لا يمكن الحكم بحجيته لكونه محتمل المدرك.

ومع عدم ثبوت الدليل على الحرمة المؤبدة يمكن التمسك لإثبات الحلية وترتب الأثر بعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(٢).

هذا كله في الزواج أو الزنا بذات البعل. وأمّا الزواج والزنا بالمعتدة فيأتي حكمه إن شاء الله تعالى عند البحث عن الاعتداد.

١٥ - وأمّا الزواج بالزانية فلا إشكال في جوازه على فرض توبتها حتى على تقدير كونها مشهورة بالزنا لأنّها مع التوبة تعود كغيرها لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ تَابَ وَآمَنَ وَعَمِلَ عَمَلًا صَالِحًا فَأُولَٰئِكَ يُبَدِّلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِمْ حَسَنَاتٍ﴾^(٣)، وإنّما الإشكال في فرض عدم التوبة.

وقد يقال بعدم الجواز لقوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾^(٤).

(١) مستدرک الوسائل ١٤: ٣٨٧ الرقم ١٧٠٤٨ .

(٢) النساء : ٢٤ .

(٣) الفرقان : ٧٠ .

(٤) النور : ٣ .

ولكنّه ضعيف، فإنّ من المحتمل كون الآية الكريمة بصدد الإخبار عن الواقع الخارجي - وأنّ الزاني لا يتحقّق منه الوطء والزنا إلّا بزانية أو مشركة، والزانية لا يزني بها إلّا زانٍ أو مشرك - دون إنشاء التحريم والتحليل وإلّا يلزم الحكم بجواز نكاح المسلم الزاني المشركة وجواز نكاح المشرك الزانية المسلمة، ولم يقل به أحد.

وعليه لا بدّ من ملاحظة الروايات. وهي على طائفتين :

أ - فبعضها دلّ على عدم جواز الزواج بالزانية إلّا على فرض توبتها، كصحيحة أبي بصير: «سألته عن رجل فجر بامرأة ثمّ أراد بعد أن يتزوّجها فقال: إذا تاب حلّ له نكاحها...»^(١) وغيرها.

ب - وبعضها دلّ على الجواز مطلقاً، كصحيحة علي بن رثاب: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة الفاجرة يتزوّجها الرجل المسلم قال: نعم وما يمنعه ولكن إذا فعل فليحصنّ بابه مخافة الولد»^(٢) وغيرها.

وحيث إنّ حمل الثانية على فرض التوبة بعيد يتحقّق التعارض بين الطائفتين. وإذا لم ترجّح الثانية لموافقتها لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَحِلّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(٣) فلا أقلّ من التسايط والحكم بالجواز للإطلاق المتقدم.

هذا لو خّلينا نحن والطائفتين المذكورتين.

إلّا أنّه قد يقال بوجود طائفة ثالثة تدلّ على التفصيل بين المعلنة بالزنا فلا يجوز نكاحها وبين غيرها فيجوز، كما ورد ذلك في صحيحة الحلبي: «قال أبو

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٣٥ الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٧.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٣٨ الباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٦.

(٣) النساء: ٢٤.

عبد الله ﷺ: لا تتزوج المرأة الملعنة بالزنا ولا يتزوج الرجل المعلن بالزنا إلا بعد أن تعرف منهما التوبة»^(١).

والمناسب تقييد الطائفة الثانية الدالة على الجواز مطلقاً بهذه وتكون النتيجة هي الجواز في غير الملعنة. وبعد هذا التقييد تصبح الطائفة الثانية أخص مطلقاً من الطائفة الأولى فتخصّصها وتصبح النتيجة هي اختصاص الحرمة بالملعنة والجواز في التائبة وغير الملعنة. هكذا قد يقال.

إلا أن بالإمكان مناقشته باعتبار أن صحيحة الحلبي يلزم حملها على التنزيه دون التحريم بقريته السياق لأنه ورد في فقرتها الثانية «ولا يتزوج الرجل...» ومضمون الفقرة المذكورة لا يمكن الالتزام به للجزم بعدم الحرمة في جانب الرجل.

وإذا أراد الزاني التزوج بمن زنى بها فهل يلزمه استبراؤها؟ قد يُقال: نعم لموثقة إسحاق بن حريز عن أبي عبد الله ﷺ: «قلت له: الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في تزويجها هل يحل له ذلك؟ قال: نعم إذا هو اجتنبها حتى تنقضي عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله أن يتزوجها...»^(٢).

وهي وإن كانت ضعيفة بطريق الكليني بالإرسال إلا أنها صحيحة بطريق الشيخ.

ومن هنا يكون العمل بها وجيهاً إلا أنه لإعراض المشهور عن العمل بمضمونها يكون المناسب هو التترّل إلى الاحتياط دون الفتوى.

(١) وسائل الشريعة ٢٠: ٤٣٨ الباب ١٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ١.

(٢) وسائل الشريعة ٢٠: ٢٣٤ الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٤.

ب. الرضاع:

إذا رضعت امرأة ولد غيرها - ضمن الشروط الآتية - ترتبت على ذلك حرمة النكاح في الجملة وبالشكل التالي:

١ - صيرورة المرضعة أمّاً للرضيع، وصاحب اللبن أباً له، وأخوتهما أخوالاً وأعماماً له، وأخواتهما خالات وعمّات له، وأولادهما أخوة له. وهكذا تصير المرضعة جدّة لأولاد الرضيع وصاحب اللبن جدّاً لأولاد الرضيع.

والضابط الكلي: أنّ كل عنوان نسبي من العناوين السبعة المتقدمة إذا حصل مثله في الرضاع يكون موجباً للتحريم كالحاصل بالولادة، وأمّا إذا لم يحصل بسببه أحد تلك العناوين فلا يكون موجباً لانتشار التحريم - إلا في الاستثناء الآتي - وإن حصل بسببه عنوان خاص لو كان حاصلاً بالولادة لكان ملازماً مع أحد تلك العناوين، كما لو أرضعت امرأة أحد أخوين فإنّها تحرم عليه لصيرورتها أمّاً له ولا تحرم على الأخ الآخر لأنّها تصير بالرضاع أم أخيه، وهي ليست من المحرّمات بعنوانها في باب النسب وإنّما تحرم فيه لكونها إمّا أمّاً نسبية أو زوجة الأب.

٢ - تحرم على أب الرضيع بنات المرضعة النسيّات دون الرضاعيّات. وتحرم عليه أيضاً بنات صاحب اللبن النسيّات والرضاعيّات. وهذان هما الاستثناءان من الضابط الكلي المتقدم.

٣ - يحرم الرضيع على أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً وعلى أولاد المرضعة ولادة لا رضاعاً.

٤ - في جواز زواج أولاد أب المرتضع الذين لم يرتضعوا من اللبن بأولاد المرضعة نسباً وأولاد الفحل مطلقاً خلاف.

٥ - لا فرق في انتشار الحرمة بالرضاع بين كونه سابقاً على العقد أو لاحقاً له، فمن كانت له زوجة صغرى وأرضعتها زوجته الكبرى أو بته حرمت عليه لصيرورتها بنتاً له، وهكذا في بقية الأمثلة.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنَّ الرضاع سبب لتحقيق حرمة النكاح في الجملة فهو من ضروريات الدين. ويدل عليه قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ... وَأُمَّهَاتُكُمْ أَلَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِّنَ الرِّضْعَةِ﴾^(١)، وقول الرسول الأكرم ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(٢)، وقول صادق أهل البيت عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من القرابة»^(٣).

هذا ما ورد بنحو الضابط الكلي وإلا فالوارد في الموارد المتفرقة فوق حد الإحصاء.

٢ - وأمّا صيرورة المرضعة أمّاً للرضيع وصاحب اللبن أباً له و... فباعتبار أنَّ الآية الكريمة وإن كانت خاصّة بالأمّهات والأخوات إلا أنَّ ذلك

(١) النساء: ٢٣ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٣٧٢ الباب ١ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ١، ٣، ٤ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٣٧٢ الباب ١ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ٢ .

لا يقتضي قصر الحرمة عليهما - وإن نسب اختيار ذلك إلى بعض العامة^(١) - بعد استفادة عموم التنزيل من الروايات.

٣ - وأما قصر الحرمة على ما إذا حصل بالرضاع أحد العناوين السبعة دون ما يلزمها فلأن ذلك هو المستفاد من قوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، فإن ظاهره النظر إلى العناوين الثابت تحريمها في الشريعة، وليست هي إلا السبعة دون ما يلزمها.

ثم إنه مع التنزل وفرض إجمال دليل التنزيل من هذه الناحية واحتمال إرادة عموم المنزلة منه يلزم الرجوع إلى الأصل المستفاد من قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(٢)، كما تقتضيه القاعدة في مورد تردد المخصص المنفصل بين الأقل والأكثر، والنتيجة واحدة على كلا التقديرين.

وبهذا يتضح النظر في ما صار إليه المحقق المير محمد باقر الداماد من استفادة عموم المنزلة من دليل التنزيل وألف رسالة في ذلك ونسب ما صار إليه إلى المشهور مستنداً في ذلك تارة إلى ظهور الأحاديث في إفادة عموم المنزلة، وأخرى إلى أن حرمة زواج أب المرتضع بأولاد المرضعة بنكتة «أن ولدها صارت بمنزلة ولدك» كما دلّت عليه صحيحة أيوب بن نوح الآتية لا تتم إلا بناءً على عموم المنزلة^(٣).

وكلا الوجهين المذكورين قابلان للتأمل.

أما الأول فلما تقدم.

وأما الثاني فلأن ثبوت حرمة الزواج في المورد المذكور وتنزيل أولاد

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٣٠٩.

(٢) النساء: ٢٤.

(٣) الحداقق الناضرة ٢٣: ٣٨٦-٣٨٧.

المرضعة منزلة أولاد أب المرتضع لا يدل على إرادة عموم المنزلة من مثل قوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، بل لعلّه إلحاق حكمي - لا أكثر - دَلَّ الدليل الخاص عليه.

ثم إنَّ الثمرة في هذا الخلاف كبيرة، فعلى رأي المشهور تنحصر دائرة انتشار الحرمة بالمرتضع وفروعه من جهة والمرضعة وصاحب اللبن وأصولهما وفروعهما ومن كان في طبقتهما من جهة أخرى، ولا يتعدى ما سوى ذلك لأنَّ العناوين السبعة لا تتحقق إلاَّ في ما ذكر، بخلافه بناءً على عموم المنزلة، فإنَّ الحرمة تتعدى إلى أصول المرتضع ومن كان في طبقتهم من جهة والمرضعة وصاحب اللبن وأصولهما وفروعهما ومن كان في طبقتهم من جهة أخرى.

أجل .. هناك استثناء - على رأي المشهور - تأتي الإشارة إليه إن شاء الله تعالى في الرقم «٤ ، ٥».

٤ - وأما إنَّه تحرم على أب المرتضع بنات المرضعة بالرغم من عدم اقتضاء القاعدة لذلك - حيث لا يصرن بالإضافة إليه إلاَّ أخوات لولده، وأخت الولد ليست من المحرّمات بعنوانها في باب النسب وإنَّما تحرم إمَّا لكونها بتناً أو ربيبة - فلصحيحة أيوب بن نوح: «كتب علي بن شعيب إلى أبي الحسن ﷺ: امرأة أرضعت بعض ولدي هل يجوز لي أن أتزوَّج بعض ولدها؟ فكتب ﷺ: لا يجوز ذلك لك لأنَّ ولدها صارت بمنزلة ولدك»^(١) وغيرها.

وأما قصر الحكم على بنات المرضعة من النسب دون الرضاع فلظهور

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٠٤ الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ١ .

كلمة «الولد» في الصحيحة في ذلك، وفي غيره يتمسك بأصالة الحل المستفادة من قوله تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(١).

إن قلت: لم لا يتمسك بإطلاق دليل تنزيل الرضاع منزلة النسب لإثبات تنزيل بنات المرضعة رضاعاً منزلة بناتها نسباً فيحرم الجميع على أب المرتضع.

قلت: المفروض في المقام كون بنات المرضعة بنات رضاعية لها من لبن فحل آخر غير الذي ارتضع الرضيع من لبنه - وإلاً حرمن أيضاً كما تأتي الإشارة إليه في الرقم «٥» - وشرط التنزيل وتحقق الأخوة الرضاعية بين المرتضعين ومن ثم الحرمة وحدة الفحل كما يأتي إن شاء الله تعالى. وإذا لم تكن حرمة بينهما فلا تسري الحرمة إلى أب المرتضع، فإن الرواية سؤالاً وجواباً ناظرة إلى أولاد المرضعة الذين يجرمون على المرتضع وإن مثل هؤلاء الأولاد هل يجرمون على أب المرتضع بعدما حرموا على ابنه؟ وأمّا أولادها الذين لا يجرمون على المرتضع فعدم حرمتهم على أب المرتضع مما لا تأمل فيه ولا يخطر ببال السائل السؤال عن حكمهم بالإضافة إليه وهم خارجون عن مفروض الرواية وداخلون في عمومات الحل.

٥ - وأمّا إنه يحرم على أب المرتضع بنات صاحب اللبن - وهو ما يعبر عنه في لسان الفقهاء بجملة: لا ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن نسباً ورضاعاً - بالرغم من عدم اقتضاء القاعدة لذلك - بالبيان المتقدم - فلصحيحة علي بن مهزيار: «سأل عيسى بن جعفر بن عيسى أبا جعفر الثاني عليه السلام: أن امرأة أرضعت لي صبيّاً فهل يحل لي أن أتزوج ابنة زوجها؟ فقال لي: ما أجود ما سألت، من هاهنا يؤتى أن يقول الناس: حرمت عليه امرأته، من قبل لبن

الفحل، هذا هو لبن الفحل لا غيره^(١) فقلت له: الجارية ليست ابنة المرأة التي أرضعت لي هي ابنة غيرها فقال: لو كُنَّ عشرًا متفرقات ما حلَّ لك شيء منهن وكُنَّ في موضع بناتك^(٢).

وأما التعميم لبنات صاحب اللبن من الرضاع أيضاً فلغرض وحدة الفحل هنا فيقوم الرضاع مقام النسب.

٦ - وأما حرمة الرضيع على بنات صاحب اللبن ولادة أو رضاعاً فلائهن أخوات من الأب والأم أو من الأب فقط، والأخوات هن من العناوين المحرمة بالنسب فتحرم في الرضاع أيضاً.

وأما حرمة من يتنسب إلى المرضعة بالبنوة ولادة فلكونهم أخوة من الأم فيحرمون.

وأما عدم حرمة من يتنسب إلى المرضعة بالبنوة رضاعاً فلعدم اتحاد الفحل الذي هو شرط في انتشار الحرمة.

٧ - وأما زواج أولاد أب المرتضع ببنات المرضعة ولادة وبنات صاحب اللبن ولادة أو رضاعاً فقد اختار الشيخ في الخلاف والنهاية عدم جوازه، بتقريب أن التعليل في صحيحة ابن مهزيار المتقدمة يدل على تنزيل بنات صاحب اللبن منزلة بنات أب المرتضع، وهكذا التعليل في صحيحة أيوب بن

(١) أي من هاهنا يأتي الجهل على الناس حيث يقولون: أن لبن الفحل يحرم زوجة الفحل عليه، ولكنه اشتباه، فإن لبن الفحل لا يوجب ذلك بل يوجب ما ذكرت وهو حرمة بنت صاحب اللبن على أب المرتضع.

هكذا فسر في الوافي ٢١: ٢٤٧ العبارة المذكورة. وفسرها الحر في هامش وسائله بشكل آخر فراجع. والأم سهل بعد عدم توقف الاستدلال بالصحيحة على فهم المراد من الجملة المذكورة.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٣٩١ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ١٠.

نوح يدل على تنزيل بنات المرضعة منزلة بنات أب المرتضع، ولازم ذلك صيرورة أولاد أب المرتضع أخوة لبنات صاحب اللبن ولبنات المرضعة، ومعه لا يجوز لهم الزواج بهن^(١).

وفيه: أن التزويج في الصحيحتين قد ثبت بلحاظ أب المرتضع فقط، وذلك لا يستلزم أخوة بنات صاحب اللبن وبنات المرضعة لأولاد أب المرتضع، إذ التعبد يتحدد بدائره ولا يسري إلى غيرها بعدما لم تكن الملازمة شرعية، ومن هنا قيل بعدم حجية الأصل المثبت.

وعليه فالمناسب هو الحكم بالجواز تمسكاً بعموم قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾^(٢).

٨ - وأما عدم الفرق في انتشار الحرمة بالرضاع بين كونه سابقاً على العقد أو لاحقاً فلصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «لو أن رجلاً تزوج جارية رضية فأرضعتها امرأته فسد النكاح»^(٣) وغيرها. بل يكفينا إطلاق ما دلّ على تنزيل الرضاع منزلة النسب بلا حاجة إلى دليل خاص.

شروط الرضاع المحرم:

لا يوجب الرضاع انتشار الحرمة إلا إذا تحققت الشروط التالية :

١ - حصول اللبن من ولادة شرعية.

(١) الحداقق الناضرة ٢٣: ٣٩٩ .

(٢) النساء : ٢٤ .

(٣) وسائل الشريعة ٢٠: ٣٩٩ الباب ١٠ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ١ .

٢ - الارتضاع من الثدي فلا يكفي غيره، كشرَب اللبن المحلوب.

٣ - عدم تجاوز الرضيع للحولين.

٤ - خلوص اللبن فلا يكفي إذا كان ممزوجاً بغيره ممَّا يسلبه اسم اللبن.

٥ - كون اللبن بتمامه من رجل واحد، فلو ولدت المرأة من زوجها الأول وتزوَّجت بآخر وحملت منه وقبل أن تلد أرضعت بلبن ولادتها الأولى صبيّاً عشر رضعات ثم بعد ولادتها الثانية أكملت بخمس - إمّا من دون تخلّل المأكول والمشروب أو مع فرض تخلّلها بناءً على عدم إخلال فصلهما في نشر الحرمة كما سيأتي إن شاء الله تعالى - لم يكف ذلك لانتشار الحرمة.

٦ - وحدة المرضعة، فلو كانت لرجل واحد زوجتان اشتركتا في إرضاع طفل واحد خمس عشرة رضعة لم يكف ذلك.

٧ - أن يكون الارتضاع موجباً لإنبات اللحم وشدّ العظم. والطريق الشرعي لإحراز ذلك ارتضاع يوم وليلة أو تحقّق عشر رضعات متوالية. وقيل خمس عشرة رضعة.

٨ - عدم الفصل برضاع آخر في التحديد الكمي والزمني بخلافه في التحديد الكيفي فإنّه لا يعتبر فيه ذلك.

وأما الفصل بالأكل والشرب فلا يعتبر عدمه في التحديد الكيفي وفي الخمس عشرة رضعة بخلافه في التحديد الزمني فإنّه يعتبر فيه عدمه.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا اعتبار كون اللبن من ولادة شرعية فلا خلاف فيه. ويمكن استفادته من صحيحة عبد الله بن سنان: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن لبن الفحل قال: هو ما أرضعت امرأتك من لبنك ولبن ولدك ولد امرأة أخرى فهو حرام»^(١)، بتقريب أنّ إسناد اللبن إلى الفحل والولد يدل على اعتبار الوطء والحمل والولادة. والتعبير بـ «امراتك» يدل على اعتبار العقد الشرعي وعدم كفاية الولادة عن زنا.

ويدل عليه أيضاً في الجملة صحيح يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن امرأة درّ لبنها من غير ولادة فأرضعت جارية وغلاماً من ذلك اللبن هل يحرم بذلك اللبن ما يحرم من الرضاع؟ قال: لا»^(٢).

٢ - وأمّا اعتبار صدق عنوان الارتضاع من الثدي فلأنّ الحكم في الأدلة أنيط بعنوان الإرضاع والرضاعة ونحو ذلك، وهو لا يصدق عرفاً من دون الامتصاص من الثدي، ولذا لا يقال لمن شرب الحليب المحلوب من البقرة إنّه ارتضع منها بخلاف ما لو امتصّه من ثديها.

ومع التنزّل والتسليم بصدقه بدون ذلك فيمكن أن يقال بانصرافه إلى النحو المتعارف منه، وفي ما عداه يرجع إلى عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحْلَلْ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(٣).

٣ - وأمّا اعتبار أن يكون الرضاع في الحولين للمرتضع فهو المعروف بين

(١) وسائل الشريعة ٢٠: ٣٨٩ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ٤ .

(٢) وسائل الشريعة ٢٠: ٣٩٨ الباب ٩ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ١ .

(٣) النساء : ٢٤ .

الأصحاب^(١) لصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا رضاع بعد فطام»^(٢). وظاهرها وإن كان يدل على كون المدار على الفطام الفعلي دون الوصول إلى سن الفطام، وهو الحولان إلا أنه لا بدّ من رفع اليد عن ذلك لرواية حماد بن عثمان: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا رضاع بعد فطام، قلت: وما الفطام؟ قال: الحولين الذي قال الله عزّ وجل»^(٣) حيث فسرت الفطام بالحولين دون الفطام الفعلي. وسندها وإن اشتمل على سهل إلا أنّ الأمر فيه سهل إن شاء الله تعالى. ثمّ إنّه لو رفضنا الرواية المذكورة يلزم جعل المدار على الفطام الفعلي سواء كان بعد الحولين أم قبلهما.

وإذا قيل: إنّ صحيحة داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام: «الرضاع بعد الحولين قبل أن يفطم محرّم»^(٤) تدلّ على أنّ الرضاع بعد الحولين موجب لنشر الحرمة أيضاً.

قلنا: إنّه يلزم ترجيح رواية حماد - بناءً على تمامية سندها وعدم إمكان الجمع بينها وبين صحيحة داود - إمّا لموافقتها لإطلاق الكتاب الكريم «وأحلّ لكم ما وراء ذلكم» أو لمخالفتها للتقيّة على ما قيل^(٥).

ومع التنزّل وفرض عدم المرجح لا بدّ من التساقط في مادة المعارضة والرجوع إلى الإطلاق المتقدّم كمرجع لا كمرجح.

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٢٩٦.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٣٨٥ الباب ٥ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ٢.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٣٨٥ الباب ٥ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ٥.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠: ٣٨٦ الباب ٥ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ٧.

(٥) القائل بذلك هو الشيخ الطوسي، حيث ذكر في كتابه تهذيب الأحكام ٧: ٣١٨ معلقاً على صحيحة داود ما نصّه: «ويجوز أن يكون خرج مخرج التقيّة لأنّه مذهب لبعض العامة».

هذا كله في المرتضع.

وأما ولد المرضعة فهل يشترط كونه في الحولين؟ ذكر في جامع المقاصد أن في المسألة قولين:

أ- الاشتراط لقوله عليه السلام: «لا رضاع بعد فطام» فإنه يتناول ولد المرضعة.

ب - عدم الاشتراط لأن المتبادر من الحديث المتقدم المرتضع دون ولد المرضعة.

واختار هو نقله: القول المذكور تمسكاً بأصالة عدم الاشتراط ^(١).

وكان من المناسب أن يتمسك لإثباته بإطلاق مثل صحيحة عبد الله بن سنان المتقدمة في الرقم «١» فإن الخارج منه هو المرتضع، حيث دلّ الدليل الخاص على اعتبار كونه في الحولين، وأما ولد المرضعة فلم يدل دليل على خروجه منه - لانصراف الحديث المتقدم إلى المرتضع - فيبقى مشمولاً له.

٤ - وأما اعتبار الخلوص بالمعنى المتقدم فلأن نشر الحرمة يتوقف على صدق عنوان ارتضاع اللبن، ومع المزج الموجب لسلب الاسم لا يصدق ذلك.

٥ - وأما اعتبار كون اللبن لفحل واحد فهو المشهور ^(٢). ويمكن استفادته من صحيحة الحلبي الآتية، بل ومن صحيحة ابن سنان المتقدمة حيث ورد فيها: «هو ما أرضعت امرأتك من لبنك» فإن عنوان لبنك لا يصدق مع تعدد الفحل.

ومنه يتضح الوجه في اعتبار وحدة المرضعة، فإن ظاهر كلمة «امراتك» هو شخص امرأة دون جنسها.

(١) جامع المقاصد ١٢: ٢٢١.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٣٠١.

هذا مضافاً إلى تصريح موثقة زياد بن سودة الآتية باعتبار كلا الأمرين .
ثم إنه وحدة الفحل كما هي معتبرة لنشر الحرمة بين المرتضع والمرضعة والفحل ... كذلك هي معتبرة لنشر الحرمة بين المرتضعين، فلو ارتضع اثنان من مرضعة واحدة بلبن فحلين لم تنتشر الحرمة بينهما وإن انتشرت بين كل واحد منهما مع المرضعة والفحل و... .

وتدل على ذلك صحيحة الحلبي: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يرضع من امرأة وهو غلام أيحل له أن يتزوج أختها لأمها من الرضاعة؟ فقال: إن كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلا يحل، فإن كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحلين فلا بأس بذلك»^(١) وغيرها.

وخالف ذلك الشيخ الطبرسي والفيض الكاشاني واختارا انتشار الحرمة بين المرتضعين حتى مع عدم وحدة الفحل^(٢).

٦ - وأما تحديد مقدار الرضاع الناشر للحرمة فقد وقع محلاً للخلاف. ومنشؤه اختلاف الروايات.

وهي مع اختلافها اتفقت على التحديد الكيفي وأن الإرضاع متى ما أوجب نبات اللحم وشد العظم تحقق به نشر الحرمة.

بل يظهر منها أن المدار في نشر الحرمة هو التحديد الكيفي، وجاء التحديد الزماني والكمي كطريق لإحراز ذلك كما نجد ذلك واضحاً في صحيحة علي بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام: «قلت: ما يحرم من الرضاع؟ قال: ما أنبت اللحم

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٣٨٩ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ٣.

(٢) مجمع البيان ٢: ٢٨، والوافي ٢١: ٢٤٨.

وشدَّ العظم. قلت: فتحرم عشر رضعات؟ قال: لا، لأنه لا تنبت اللحم ولا تشدَّ العظم عشر رضعات»^(١) وغيرها.

والاختلاف في الروايات ينحصر في ضبط التحديد الكمي، ففي بعضها اكتفي بعشر رضعات متوالية، وفي بعضها الآخر اعتبر خمس عشرة رضعة.

مثال الأول: موثقة عمر بن يزيد: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الغلام يرضع الرضعة والشتين فقال: لا يحرم، فعددت عليه حتى أكملت عشر رضعات فقال: إذا كانت متفرقة فلا»^(٢).

ومثال الثاني: موثقة زياد بن سودة: «قلت لأبي جعفر عليه السلام: هل للرضاع حدٌّ يؤخذ به؟ فقال: لا يحرم الرضاع أقل من يوم وليلة أو خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل بينها رضعة امرأة غيرها، فلو أن امرأة أرضعت غلاماً أو جارية عشر رضعات من لبن فحل واحد وأرضعتها امرأة أخرى من فحل آخر عشر رضعات لم يحرم نكاحهما»^(٣).

ولو كنّا نحن وصحيحة ابن رثاب مع موثقة عمر بن يزيد لكنّا نجمع بينهما بتقييد صحيحة ابن رثاب الدالة على عدم الاكتفاء بعشر رضعات بحالة عدم التوالي بقرينة موثقة عمر بن يزيد إلاّ أنّه بعد إدخال موثقة زياد في الحساب يتحوّل التعارض إلى التعارض المستقر، حيث تدلّ موثقة زياد على عدم الاكتفاء بعشر رضعات حتى مع التوالي بخلاف موثقة عمر بن يزيد حيث تدل على الاكتفاء بها مع التوالي.

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٣٧٤ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٣٧٥ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ٥.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٣٧٤ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث ١.

ولا يمكن الترجيح من خلال الموافقة والمخالفة للتقية لأن الجمهور يكتفي إمّا بمسمى الرضاع أو الرضعة الواحدة أو سبع أو خمس رضعات وليس القول بالعشر - فضلاً عن الخمس عشرة رضعة - معروفاً بينهم^(١).

كما لا يمكن الترجيح من خلال موافقة الكتاب العزيز لأنّ قوله تعالى: ﴿وَأُمّهْتُكُمْ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾^(٢) لا نظر له إلى تحديد المدة.

وهكذا قوله تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(٣) يثبت الحل لما عدا الأمهات والأخوات من الرضاعة من دون دلالة على ما يتحقق به ذلك.

ومع استقرار التعارض وعدم المرجح يتساقطان ويلزم الرجوع إلى الأصل بلحاظ كل أثر بخصوصه، فبالنسبة إلى صحّة العقد على من رضعت عشرًا يستصحب عدم ترتّب الأثر، وبالنسبة إلى جواز النظر تجري البراءة على فرض عدم وجود عموم يصلح التمسك به.

ومراعاة الاحتياط للفقهاء والعامة قضية لا ينبغي الحياد عنها.

٧ - وأمّا اعتبار عدم الفصل برضاع آخر في التحديد الكمي فللدلالة موثقة زياد وصحيحة عمر بن يزيد على ذلك بوضوح.

وأمّا اعتبار ذلك في التحديد الزماني فلانصراف عنوان اليوم واللييلة إلى ذلك.

(١) قال الجزيري في كتابه الفقه على المذاهب الأربعة ٤: ٢٢٨: «إنّ الشافعية والحنابلة يقولون: إنّ الرضاع لا يحرم إلا إذا كان خمس مرات، والمالكية والحنفية يقولون: إنّ الرضاع يحرم مطلقاً قليلاً كان أو كثيراً ولو قطرة. وقد استدلّ الشافعية والحنابلة بما رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان فيما أنزل الله في القرآن أنّ عشر رضعات معلومات يحرم من فسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلّم وهنّ فيما يقرأ من القرآن».

(٢) النساء: ٢٣.

(٣) النساء: ٢٤.

وأما عدم اعتبار ذلك في التحديد الكيفي فلأنَّ اللازم بناءً عليه نبات اللحم واشتداد العظم، ولا يهم بعد تحقُّقه ثبوت الفصل بأي شيء كان لإطلاق النصوص من هذه الناحية.

٨ - وأما إنَّ الفصل بالأكل والشرب لا يعتبر عدمه في التحديد بخمس عشرة رضعة فلأنَّ موثقة زياد قد قيَّدت الفاصل الذي يعتبر عدمه بالرضاع من امرأة أخرى، وهذا بخلافه لو أخذنا برواية العشر فإنَّه يعتبر عدم الفصل بذلك لاعتبار التوالي فيها الذي لا يصدق مع الفصل بالأكل والشرب.

وأما إنَّه لا يعتبر عدم الفصل بذلك في التحديد الكيفي فلأنَّ المعتبر فيه اشتداد العظم ونبات اللحم كيفما اتَّفَقَ لفرض إطلاق الروايات من هذه الناحية.

وأما إنَّه يعتبر عدم الفصل بذلك في التقدير الزماني فلعدم صدق عنوان اليوم واللييلة مع الفصل المذكور.

أجل .. لا يضر مثل شرب الماء والدواء بمقدار قليل لأنَّه أمر متعارف في اليوم واللييلة ولا يضر بالصدق عرفاً.

ج . الاعتداد:

لا يجوز الزواج بالمرأة في عدتها من الغير.
وتحرم مؤبداً مع علمهما أو علم أحدهما بالصغرى والكبرى ولو مع عدم الدخول. ومع الدخول تحرم كذلك ولو مع جهلهما بذلك.
ولا فرق في الدخول بين كونه في القبل أو الدبر.
ومن زنى بامرة في عدتها الرجعية حرمت عليه مؤبداً لدى المشهور.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا حرمة الزواج بالمعتدة من الغير فهو من ضروريات الدين. وقد دلّ على ذلك الكتاب الكريم في الجملة، قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(١)، فإنّها بالمفهوم تدلّ على المطلوب.

وقال: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾^(٢)، فإنّ المقصود من وجوب التربّص - ولا أقلّ بقريّة الآية الأولى - هو الامتناع عن الزواج. وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾^(٣)، فإنّه لا معنى لإحصاء العدة إلّا إذا فرض حرمة الزواج فيها. وقال: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٤)، فإنّه لا معنى لوجوب التربّص - ولو بقريّة ذيلها - إلّا حرمة زواجها بالغير.

هذا من حيث الكتاب الكريم.

وأما الروايات فيستفاد ذلك من صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج الآتية وغيرها.

٢ - وأمّا التقييد بما إذا كانت العدة من الغير فباعتبار أنّ المفهوم من نصوص تشريع العدة كون المنع من الزواج هو لاحترام ذي العدة.

(١) البقرة: ٢٣٢ .

(٢) البقرة: ٢٢٨ .

(٣) الطلاق: ١ .

(٤) البقرة: ٢٣٤ .

وإذا شكك في ذلك أمكن التمسك بنصوص الزواج المؤقت الدالة على جواز تجديد الزوج العقد في العدة - بضمّ عدم القول بالفصل - كما في صحيح محمد بن مسلم حيث سأل أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة فقال: «إن أراد أن يستقبل أمراً جديداً فعل، وليس عليها العدة منه، وعليها من غيره خمسة وأربعون ليلة»^(١) وغيره.

٣- وأما الحرمة المؤبدة فلا بد لإثباتها من الاستعانة بالروايات. وهي على طوائف أربع:

الأولى: ما دلّ على الحرمة المؤبدة مطلقاً.

الثانية: ما دلّ على نفيها مطلقاً.

الثالثة: ما دلّ على التفصيل بين حالة العلم فتحرم مؤبداً وحالة الجهل فلا تحرم.

الرابعة: ما دلّ على التفصيل بين فرض الدخول فتحرم مؤبداً وبين عدمه فلا تحرم.

مثال الأول: رواية محمد بن مسلم: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها قال: يفرق بينهما ولا تحل له أبداً»^(٢).

وسندها لا يخلو من إشكال لاشتماله على عبد الله بن بحر الذي لم تثبت وثاقته إلا بناءً على تمامية كبرى وثاقة جميع رجال تفسير القمي.

ومثال الثانية: صحيحة علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام: «سألته عن امرأة تزوجت

(١) وسائل الشريعة ٢١: ٥٤ الباب ٢٣ من أبواب المتعة، الحديث ١.

(٢) وسائل الشريعة ٢٠: ٤٥٧ الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٢٢.

قبل أن تنقضي عدتها قال: يفرق بينها وبينه ويكون خاطباً من الخطاب»^(١).

وسندها في رواية قرب الإسناد وإن اشتمل على عبد الله بن الحسن الذي هو مجهول الحال إلا أن صاحب الوسائل قد رواها من كتاب علي بن جعفر نفسه، وطريقه إليه صحيح كما تقدّم أكثر من مرة^(٢).

ومثال الثالثة: موثقة إسحاق بن عمار: «قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: بلغنا عن أبيك أن الرجل إذا تزوج المرأة في عدتها لم تحل له أبداً فقال: هذا إذا كان عالماً فإذا كان جاهلاً فارقها وتعتد ثم يتزوجها نكاحاً جديداً»^(٣).

ومثال الرابعة: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن المرأة الحبلى يموت زوجها فتضع وتزوج قبل أن تمضي لها أربعة أشهر وعشراً فقال: إن كان دخل بها فرّق بينهما ولم تحل له أبداً واعتدت بما بقي عليها من الأوّل واستقبلت عدّة أخرى من الآخر ثلاثة قروء وإن لم يكن دخل بها فرّق بينهما واعتدت بما بقي عليها من الأوّل وهو خاطب من الخطاب»^(٤).

والطائفتان الأخيرتان متعارضتان بالعموم من وجه لدلالة إحداهما على الحرمة المؤبّدة مع العلم سواء تحقّق الدخول أم لا، وثانيتهما على الحرمة المؤبّدة مع الدخول سواء فرض الجهل أم لا، والجمع بينهما كما يمكن بتقييد منطوق كل واحدة بمنطوق الأخرى الذي لازمه تحقّق الحرمة المؤبّدة عند تحقّق العلم والدخول كذلك يمكن بتقييد مفهوم كل واحدة بمنطوق الأخرى، ولازمه كفاية العلم أو الدخول في تحقّق الحرمة المؤبّدة.

(١) وسائل الشريعة ٢٠: ٤٥٧ الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ١٩.

(٢) راجع كتاب البيع تحت عنوان «محرمات في الشريعة».

(٣) وسائل الشريعة ٢٠: ٤٥٣ الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ١٠.

(٤) وسائل الشريعة ٢٠: ٤٥٢ الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٦.

والأرجح هو الجمع بالشكل الثاني لعدم المعارضة بين المنطوقين ليعمل التقييد فيهما وإنما هي بين إطلاق المفهومين، ومعه يكون المناسب تقييد إطلاق المفهوم في كل واحدة بمنطوق الأخرى وتكون النتيجة تحقق الحرمة المؤبدة عند افتراض أحد الأمرين: العلم أو الدخول.

وبعد هذا يمكن رفع التعارض بلحاظ الطائفة الأولى والثانية أيضاً، وذلك بحمل الأولى على فرض الدخول أو العلم والثانية على فرض عدمهما، فإنَّ العرف يجمع بين الطائفتين المطلقتين بالشكل المذكور بقريضة الطائفة المفصلة.

ثم إنَّ الطائفة الأولى وإن كانت ضعيفة السند بناءً على إنكار الكبرى المتقدمة إلا أنَّ حذفها لا يؤثر على النتيجة التي تمَّ التوصل إليها كما هو واضح. هذا كله في ما تقتضيه قواعد الجمع العرفي.

وقد دلَّت صريحاً على النتيجة المذكورة صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا تزوّج الرجل امرأة في عدتها ودخل بها لم تحل له أبداً عالماً كان أو جاهلاً، وإن لم يدخل حلّت للجاهل ولم تحل للآخر»^(١).

٤ - وأما إنَّ علم أحدهما يكفي في تحقق الحرمة المؤبدة فهو واضح لو كان العالم هو الزوج لكون ذلك مورد موثقة إسحاق المتقدمة.

وأما لو كان العالم هو الزوجة فيمكن التمسك بذيّل صحيحة الحلبي الأخيرة، فإنَّه بإطلاقه يشمل الزوجة، وعدم ثبوت الحلية لها بالرجوع كافٍ في إثبات المطلوب.

٥ - وأما إنَّ المقصود من العلم الموجب للحرمة المؤبدة هو العلم

(١) وسائل الشريعة ٢٠: ٤٥٠ الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٣.

بالصغرى والكبرى فباعتبار أن ظاهر الروايات المتقدمة وإن كان هو إرادة العلم بالعدّة إلا أن العلم بها لما كان يلزم العلم بالحرمة عادة فيثبت أن المراد من العلم - الذي هو سبب للحرمة المؤبّدة - هو العلم بالموضوع والحكم معاً ولا يكفي العلم بأحدهما في تحقّق الحرمة المؤبّدة.

ولو قطعنا النظر عن هذا فيمكن استفادة ذلك بوضوح من صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن إبراهيم عليه السلام: «سألته عن الرجل يتزوّج المرأة في عدّتها بجهالة أهي ممن لا تحل له أبداً؟ فقال: لا، أمّا إذا كان بجهالة فليزوّجها بعدما تنقضي عدّتها وقد يعذر الناس في الجهالة بما هو أعظم من ذلك فقلت: بأي الجهالتين يعذر بجهالته إن ذلك محرم عليه أم بجهالته أنّها في عدّة؟ فقال: إحدى الجهالتين أهون من الأخرى، الجهالة بأنّ الله حرّم ذلك عليه، وذلك بأنّه لا يقدر على الاحتياط معها فقلت: وهو في الأخرى معذور؟ قال: نعم إذا نقضت عدّتها فهو معذور في أن يتزوّجها...»^(١).

٦ - وأمّا كفاية الدخول في الدبر في تحقّق الحرمة المؤبّدة فلا إطلاق ما تقدّم.

٧ - وأمّا إنّ من زنى بالمرأة في عدّتها الرجعية تحرم عليه مؤبّداً فيمكن إثباته من خلال مقدمتين:

أ - أن المعتدة الرجعية زوجة حقيقة خلافاً للمشهور القائل بترتب أحكام الزوجة عليها من دون أن تكون زوجة حقيقة.

ب - أن الزنا بذات البعل موجب للحرمة المؤبّدة.

أمّا المقدمة الأولى فيمكن استفادتها من صحيحة سعد بن أبي خلف: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن شيء من الطلاق فقال: إذا طلق الرجل امرأته

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٥١ الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٤ .

طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فقد بانت منه»^(١) وغيرها مما اشتمل على التعبير بكلمة «بانت» فإنها ظاهرة في بينونة الزوجية نفسها - لا بينونة أحكامها - في الطلاق البائن، وبقاء الزوجية وعدم بينونتها في الطلاق الرجعي إلا بانقضاء العدة.

وأما المقدمة الثانية فقد تقدّم^(٢) تبني المشهور لها لوجوه ثلاثة.

وبهذا اتضح أن تخريج الحرمة المؤبدة في حق الزاني بالمعتدة الرجعية لا يتم إلا على رأي المشهور القائل بتمامية المقدمة الثانية.

كما إنه لا مجال للمشهور المنكر للمقدمة الأولى تخريج الحرمة المؤبدة إلا بالتشبيث بالإجماع المدعى في المسألة.

٨ - وأما قصر الحكم على المعتدة الرجعية دون البائنة أو المعتدة بعدة الوفاة فللتمسك بالأصل المستفاد من قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾^(٣) بعد قصور المانع عن الشمول لغير المعتدة الرجعية.

د . استيفاء العدد:

لا تجوز الزيادة في العقد الدائم على أربع زوجات.

ومن كانت عنده أربع وطلّق واحدة رجعيّاً فلا يجوز له الزواج بالخامسة إلا بعد انتهاء العدة.

ومن طلق زوجته ثلاثاً وقد تخلّلت بينها رجعتان أو ما بحكمهما ولم يتخلّل بينها نكاح رجل آخر حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره.

(١) وسائل الشريعة ٢٢: ٢١٦ الباب ٢٠ من أبواب العدد، الحديث ١ .

(٢) في الرقم «١٤» تحت عنوان «المصاهرة» .

(٣) النساء : ٢٤ .

وإذا تكرر الطلاق بعد ذلك حرمت في السادس كما سبق وفي التاسع مؤبداً على بيان يأتي في باب الطلاق إن شاء الله تعالى.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا عدم جواز الزيادة على أربع فمما لا خلاف فيه بين المسلمين. ويمكن استفادته من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَمْنِ فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾^(١)، فإنّ العدد وإن لم يكن له مفهوم إلا أنّ ذلك فيما إذا لم يسق في مقام التحديد وإلا ثبت له، وظاهر الآية الكريمة سوقها لذلك.

والروايات الدالة على ذلك كثيرة، كصحيح زرارة ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا جمع الرجل أربعاً وطلق إحداهنّ فلا يتزوّج الخامسة حتّى تنقضي عدّة المرأة التي طلق. وقال: لا يجمع ماءه في خمس»^(٢) وغيره.

واحتمال كون المقصود تحريم وطء الخامسة دون أصل الزواج لقوله عليه السلام: «لا يجمع ماءه في خمس» ضعيف، لأنّ ظاهره الكناية عن الزواج، ومع التنزل تكفي الروايات الأخرى.

٢ - وأمّا التخصيص بالعقد الدائم فلا خلاف فيه. وتدل عليه الروايات الكثيرة، كصحيحة زرارة: «قلت: ما يحل من المتعة؟ قال: كم شئت»^(٣) وغيرها. ولا يضرّها الإضمار بعدما كان المضمّر مثل زرارة الذي لا تليق به الرواية عن غير الإمام عليه السلام، على أنّ بالإمكان التعويض عنها بالروايات الأخرى.

(١) النساء: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٥١٨ الباب ٢ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد، الحديث ١.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ١٨ الباب ٤ من أبواب المتعة، الحديث ٣.

وإذا قيل: إنَّ موثقة عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قالت عن المتعة: «هي أحد الأربعة»^(١)، وهذا يدل على الخلاف.

قلنا: لا بدَّ من توجيهها بشكل وآخر لعدم التزام أحد بمضمونها. ويمكن حملها على إرادة الاحتياط تحفظاً من إنكار المخالفين، كما دلَّت عليه بوضوح صحيحة البزنطي عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: «قال أبو جعفر عليه السلام: اجعلوهنَّ من الأربع فقال له صفوان بن يحيى: على الاحتياط؟ قال: نعم»^(٢).

٣- وأمّا عدم جواز الزواج بالخامسة لمن طلق واحدة رجعيّاً فلا خلاف فيه^(٣). وتدلُّ عليه صحيحة زرارة ومحمد بن مسلم المتقدمة وغيرها. وأمّا تقييد الطلاق بما إذا كان رجعيّاً فهو المشهور باعتبار انقطاع العصمة في البائن^(٤).

والمناسب التعميم لإطلاق الصحيحة المتقدمة وغيرها إلا أن يثبت إجماع تعبدي على خلافه فيكون مقيداً.

هـ - الكفر:

لا يجوز للمسلم الزواج بالكافرة غير الكتابية. وفي جوازه بالكتابية خلاف.

وأمّا المسلمة فلا يجوز لها الزواج بغير المسلم مطلقاً.

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠ الباب ٤ من أبواب المتعة، الحديث ١٠.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠ الباب ٤ من أبواب المتعة، الحديث ٩.

(٣) جواهر الكلام ٩: ٣٠.

(٤) جواهر الكلام ٩: ٣٠.

ولا يجوز للمسلم الزواج بالكتابية على زوجته المسلمة بدون
إذنها حتى بناءً على جواز زواج المسلم بالكتابية.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا عدم جواز زواج المسلم بالكافرة غير الكتابية فقد ادّعي عليه الإجماع^(١)، وقد يستدل له بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ^ج وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا^ج وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ^ط﴾^(٢).

ولكنّه - كما ترى - خاص بالمشرقة ولا يعمّ مطلق الكافرة إلاّ أن يتمسك
بأحد البيانين التاليين:

أ - أن ذيل الآية الكريمة: ﴿أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ^ط﴾ ينفي الخصوصية
للمشرقة.

ب - التمسك بالغاية - حتى يؤمن - حيث تدل على أن المسلم لا يجوز له
الزواج بغير المؤمنة.
وكلاهما كما ترى.

أمّا الأول فلأنّ ذيل الآية الكريمة وارد مورد الحكمة فلا يمكن التمسك
به لإثبات التعميم، بل لا ينفع التمسك به حتى على تقدير وروده مورد العلة
لأنّه يدل آنذاك على عدم ثبوت النهي إذا لم تتحقّق الدعوة بالفعل إلى النار، كما
إذا كان بين الزوجين نفرة لا يمكن تحقّق الدعوة إلى النار معها.

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٢٧ .

(٢) البقرة: ٢٢١ .

وأما الثاني فلاحتمال أن لا يكون المقصود من الإيمان في الغاية الإسلام بل الإيمان بالله سبحانه بنحو التوحيد ومن دون شرك.

والأولى الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكَوَافِرِ﴾^(١) فإنَّ العصم جمع عصمة، وهي ما يعتصم به كالعقد. والكوافر جمع كافرة. والمراد نهي المؤمنين عن الاستمرار في نكاح الكوافر لانقطاع العصمة بالإسلام. وإذا ثبت هذا بقاء ثبت ابتداء بالأولوية.

وعلى هذا يتمسك بإطلاق الآية الكريمة إلا أن يقوم دليل على الخلاف في مورد فيقيد به في ذلك المورد.

٢ - وأما الكتابية فيمكن القول بجواز زواج المسلم بها انقطاعاً بل دواماً أيضاً - خلافاً لما قيل من عدم الجواز مطلقاً أو في خصوص الدائم^(٢) - لصحيفة معاوية بن وهب وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام: «الرجل المؤمن يتزوج اليهودية والنصرانية فقال: إذا أصاب المسلمة فما يصنع باليهودية والنصرانية؟ فقلت له: يكون له فيها الهوى، قال: إن فعل فليمنعها من شرب الخمر وأكل لحم الخنزير...»^(٣) وغيرها.

هذا وقد يستدل على عدم الجواز بما يلي:

أ - التمسك بالآية المتقدمة ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّى يُؤْمَنَ﴾ بعد تفسير المشرك بما يعم الكتابي لقوله تعالى: ﴿وَقَالَتِ الْيَهُودُ عُزَيْرُ ابْنُ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ ذَلِكَ قَوْلُهُمْ بِأَفْوَاهِهِمْ يُضَاهُونَ

(١) الممتحنة: ١٠ .

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٢٨ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٥٣٦ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالكفر، الحديث ١ .

قَوْلَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ قَبْلُ قَتَلْنَاهُمْ اللَّهُ أَنْ يُؤْفَكُونَ ﴿١﴾.

وفيه: أن كلمة «المشرك» منصرفة عن الكتابي. والتعبير في قوله تعالى: «سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ» لا يتنافى مع دعوى الانصراف المذكورة، ولذا نلاحظ عطف الكتابي على المشرك في جملة من الآيات، كقوله تعالى: ﴿مَا يَوَدُّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا الْمُشْرِكِينَ...﴾^(٢) وغيره.

ب - التمسك بقوله تعالى: ﴿لَا تَحِدْ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ...﴾^(٣) بتقريب أن الزواج بالكتابية لما كان موجباً لموادتها المنهي عنها فيلزم أن يكون محرماً.

وفيه: أنه لا تلازم بين الزواج والمودة. ومع التنزل يمكن القول بأن المنهي عنه هو مادة من حادّ الله ورسوله من حيث الوصف المذكور لا مطلقاً بل يمكن القول بعدم دلالتها على التحريم رأساً.

ج - التمسك بموثقة زرارة: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن نكاح اليهودية والنصرانية فقال: لا يصلح للمسلم أن ينكح يهودية ولا نصرانية إنما يحل منهنّ نكاح البله»^(٤).

وفيه: أن التعبير بجملة «لا يصلح» لا يدل على التحريم بل هو أعم منه.

٣ - وأما عدم جواز زواج المسلمة بالكافر فلا خلاف فيه^(٥)، ويمكن استفادته من قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مَهْجِرَاتٍ

(١) التوبة: ٣٠-٣١.

(٢) البقرة: ١٠٥.

(٣) المجادلة: ٢٢.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠: ٥٣٩ الباب ٣ من أبواب ما يحرم بالكفر: الحديث ١.

(٥) رياض المسائل ١١: ٢٨٢.

٣٣٤ دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي

فَأَمَّا جُنُوهُنَّ ^ط اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ ^ط فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَأَهْنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ^ط ﴿١﴾، فَإِنَّ النِّهْيَ فِي مَرَحَلَةِ الْبَقَاءِ يُلَازِمُ النِّهْيَ فِي مَرَحَلَةِ الْحُدُوثِ إِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ أَوَّلَى.

ويمكن استفادة ذلك أيضاً من روايات متعددة، كصحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «إِذَا أَسْلَمَتِ امْرَأَةٌ زَوْجَهَا عَلَى غَيْرِ الْإِسْلَامِ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا» ^(٢) وغيرها.

٤ - وأما عدم جواز الزواج بالكتائية على المسلمة فلعدة روايات، كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «لَا تَتَزَوَّجُ الْيَهُودِيَّةَ وَالنَّصْرَانِيَّةَ عَلَى الْمُسْلِمَةِ» ^(٣) وغيرها.

بل في بضعها يضرب الزوج ثمن حدِّ الزاني، كما في صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام: «رَجُلٌ تَزَوَّجَ ذَمِيَّةً عَلَى مُسْلِمَةٍ، قَالَ: يَفْرَقُ بَيْنَهُمَا وَيَضْرِبُ ثَمَنَ حَدِّ الزَّانِي اثْنِي عَشَرَ سَوْطاً وَنِصْفاً فَإِنْ رَضِيَتْ الْمُسْلِمَةُ ضَرْبَ ثَمَنِ الْحَدِّ وَلَمْ يَفْرَقْ بَيْنَهُمَا...» ^(٤).

ودلالاتها واضحة في أنَّ عدم الجواز حق للمسلمة وليس حكماً شرعياً ليمتنع ارتفاعه بإذنها أو رضاها المتأخر.

و، ز. الاحرام واللعان:

لا يجوز للمحرم الزواج حالة إحرامه سواء كانت المرأة محرمة

(١) الممتحنة: ١٠ .

(٢) وسائل الشريعة ٢٠: ٥٤٧ الباب ٩ من أبواب ما يحرم بالكفر: الحديث ٤ .

(٣) وسائل الشريعة ٢٠: ٥٤٤ الباب ٧ من أبواب ما يحرم بالكفر: الحديث ١ .

(٤) وسائل الشريعة ٢٠: ٥٤٥ الباب ٧ من أبواب ما يحرم بالكفر، الحديث ٤ .

أيضاً أم لا.

ولو فعل ذلك مع علمه بالحرمة حرمت عليه مؤبداً سواء دخل بها أم لا.

ومن قذف زوجته بالزنا حُدَّ القذف إلا إذا لاعنها فإنه يدرأ بذلك الحدَّ عن نفسه ولكنه يحرم عليها مؤبداً.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا عدم جواز زواج المحرم حالة إحرامه فلا خلاف فيه^(١). وتدلل عليه صحيحة يونس بن يعقوب: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المحرم يتزوج؟ قال: لا، ولا يزوّج المحرم المحل»^(٢) وغيرها.

٢ - وأمّا الحرمة المؤبّدة فالروايات فيها على ثلاث طوائف:

الأولى: ما دلّ على الحرمة المؤبّدة مطلقاً.

الثانية: ما دلّ على عدمها مطلقاً.

الثالثة: ما دلّ على التفصيل بين فرض العلم بالحرمة فتثبت الحرمة مؤبداً وبين عدمه فلا تثبت.

مثال الأولى: موثقة أديم بن الحر عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنّ المحرم إذا تزوّج وهو محرم فُرّق بينهما ولا يتعاودان أبداً، والذي يتزوّج المرأة ولها زوج يفرّق بينهما، ولا يتعاودان أبداً»^(٣).

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٤٥٠ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٩١ الباب ٣١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٢ .

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٤٤٠ الباب ١٥ من أبواب ترك الإحرام، الحديث ٢ .

ومثال الثانية: صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ملك بضع امرأة وهو محرم قبل أن يحل فقضى أن يحل سبيلها ولم يجعل نكاحه شيئاً حتى يحل، فإذا أحلَّ خطبها إن شاء وإن شاء أهلها زواجه، وإن شاء لم يزوجه» ^(١).

ومثال الثالثة: صحيحة زرارة وداود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام: «... والمحرم إذا تزوج وهو يعلم أنه حرام عليه لم تحل له أبداً» ^(٢).

والتعارض بين الأولى والثانية - بقطع النظر عن الثالثة - وإن كان مستقراً إلا أنه بعد ملاحظة الثالثة يمكن الجمع عرفاً بحمل الأولى على فرض العلم بالحرمة والثانية على فرض الجهل. وبذلك نصل إلى النتيجة المذكورة في المتن.

وأما التعميم لفرض الدخول وعدمه فلا إطلاق النصوص من هذه الناحية.

٣ - وأما إن من قذف زوجته بالزنا حدَّ حدَّ القذف إلا إذا لاعنها فيأتي وجهه في باب الحدود إن شاء الله تعالى.

وأما ثبوت الحرمة المؤبدة باللعان فتدل عليه صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سئل عن الرجل يقذف امرأته قال: يلاعنها ثم يُفرَّق بينهما فلا تحلَّ له أبداً» ^(٣) وغيرها.

٥- الزواج المؤقت

الزواج المؤقت - وهو ما يصطلح عليه بعقد التمتع - مشروع بلا إشكال.

-
- (١) وسائل الشريعة ١٢: ٤٤٠ الباب ١٥ من أبواب تروك الإحرام، الحديث ٣.
 (٢) وسائل الشريعة ٢٠: ٤٩١ الباب ٣١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ١.
 (٣) وسائل الشريعة ٢٠: ٤٩٢ الباب ٣٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ١.

ويعتبر فيه الإيجاب والقبول اللفظيان، وتعيين المهر والأجل، وبدون ذلك يبطل.

كما يعتبر فيه الاعتداد بعد انتهاء الأجل أو الإبراء من باقيه بحيضتين كاملتين تلحظان بعد ذلك. وإذا فرض أنها لا تحيض وهي في سن من تحيض لزمها الاعتداد بخمسة وأربعين يوماً. هذا في غير الصغيرة واليأس والتي لم يدخل بها، وأما هن فلا عدة عليهن.

هذا في غير موت الزوج أثناء الأجل وإلا لزمها الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام.

والولد المتحقق به ملحق بالزوج وله جميع حقوق الولد الثابتة في العقد الدائم.

ولا تستحق الزوجة فيه النفقة ولا توارث بينها وبين الزوج لو تحقق موت أحدهما في الأجل إلا مع الاشتراط.

كما أنه لا طلاق فيه بل تحصل البينة بانتهاء المدّة أو هبة ما تبقى منها.

ولا يجوز للمسلم التمتع بالكافرة غير الكتابية.

ولا يصح - عند المشهور - تجديد العقد دائماً أو منقطعاً قبل انتهاء الأجل.

ويجوز للمتمتع بها اشتراط عدم الدخول بها ولكنها لو أذنت بعد ذلك جاز.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا شرعية الزواج المؤقت فهي من شعار الإمامية وضرورات مذهبهم، بل ذلك مورد اتفاق جميع المسلمين وإن اختلفوا في نسخه بعد ذلك.

ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كُتِبَ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾^(١).

وأحاديثنا في ذلك متواترة بل وأحاديث غيرنا كذلك.

فمن أحاديثنا صحيح زرارة: «جاء عبد الله بن عمير الليثي إلى أبي جعفر عليه السلام فقال: ما تقول في متعة النساء؟ فقال: أحلّها الله في كتابه وعلى سنة نبيه، فهي حلال إلى يوم القيامة فقال: يا أبا جعفر مثلك يقول هذا وقد حرّمها عمر ونهى عنها؟ فقال: وإن كان فعل، فقال: فإنّي أعيدك بالله من ذلك أن تحلّ شيئاً حرّمه عمر فقال له: فأنت على قول صاحبك وأنا على قول رسول الله ﷺ فهلّمّ ألاعنك أن الحق ما قال رسول الله ﷺ وأنّ الباطل ما قال صاحبك...»^(٢) وغيره.

ومن أحاديث غيرنا ما رواه البخاري ومسلم عن جابر بن عبد الله وسلمة بن الأكوع قالا: «خرج علينا منادي رسول الله ﷺ فقال: إن رسول الله ﷺ قد أذن لكم أن تستمتعوا، يعني متعة النساء»^(٣).

(١) النساء: ٢٤ .

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٦ الباب ١ من أبواب المتعة، الحديث ٤ .

(٣) صحيح مسلم: كتاب النكاح، باب نكاح المتعة: الرقم ١٤٠٥، صحيح البخاري: كتاب النكاح: باب نهي رسول الله ﷺ عن نكاح المتعة آخرًا: الرقم ٥١١٧ .

وبعد اتفاق السُّنة الشريفة من كلا الطرفين على ذلك لا معنى للإشكال في دلالة الآية الكريمة بدعوى أنَّ الاستمتاع ليس بمعنى عقد التمتع بل بمعنى الدخول المتحقق في العقد الدائم وأنَّ الآية بصدد بيان أنَّ الدخول موجب لاستحقاق المهر كاملاً^(١)، إنَّ هذا لا يجدي بعد دلالة السُّنة الشريفة واتفاق المسلمين على ذلك^(٢).

أجل .. قد تنفع في المقام دعوى نسخ المشروعية، إلَّا أنَّ صدور ذلك من النبي ﷺ إن لم يكن مقطوع العدم فهو مشكوك فيه، ومعه يجري استصحاب عدم النسخ الذي هو حجة لدى الجميع بما في ذلك المنكر لحجية الاستصحاب في باب الأحكام الكلية.

وصدور النهي من بعد زمان النبي ﷺ وإن كان مسلماً^(٣) إلَّا أنَّه لا ينفع

(١) أحكام القرآن لأبي بكر الجصاص ١٨٤:٢ وتفسير القرطبي ١٢٩:٥ وتفسير الرازي ٥١:١٠.

(٢) من جملة من نقل الاتفاق على إباحة المتعة في صدر الإسلام الفخر الرازي في تفسيره مفاتيح الغيب ٥١:١٠.

(٣) روى مسلم في باب نكاح المتعة في صحيحه الرقم ١٤٠٩ عن أبي نضرة قال: «كنت عند جابر بن عبد الله فأثاه آت فقال: ابن عباس وابن الزبير اختلفا في المتعتين فقال جابر: فعلناهما مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم نهانا عنهما عمر فلم نعد لهما».

وروى الرازي في تفسيره مفاتيح الغيب ١٠:٥٢ عن عمران بن الحصين: «نزلت آية المتعة في كتاب الله تعالى ولم تنزل بعدها آية تنسخها وأمرنا بها رسول الله صلى الله عليه وسلم وتمتعنا بها ومات ولم ينهنا عنه، ثم قال رجل برأيه ما شاء».

ونقل في الصفحة نفسها من تفسيره عن الطبري في تفسيره عن علي بن أبي طالب ؓ: «لولا أنَّ عمر نهى الناس عن المتعة ما زنى إلَّا شقي».

ونقل في الصفحة نفسها أيضاً أنَّ الخليفة الثاني قال في خطبته: «تمتعنا كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا أنهى عنهما وأعاقب عليهما».

وقد روى المضمون المذكور البيهقي في سننه ٢٠٦:٧.

وروى أحمد في مسنده ٣:٣٢٥: «تمتعنا متعتين على عهد رسول الله: الحج والنساء، فهناك عنهما»

بعدما كان نسخ الأحكام حقاً خاصاً بالنبى ﷺ وفي عصره لوضوح أن حلاله حلال إلى يوم القيامة وحرامه حرام إلى يوم القيامة^(١).

ومن الجرأة على الله سبحانه مقالة من أجاب: «أن مخالفة المجتهد لغيره في المسائل الاجتهادية ليس ببدع»^(٢) إن الله سبحانه يقول عن نبيه: ﴿وَمَا يَطُقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنَّ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾^(٣)، ﴿قُلْ مَا يَكُونُ لِي أَنْ أُبَدِّلَهُ مِنْ تَلْقَائِي نَفْسِي إِنْ أَتَّبِعُ إِلَّا مَا يُوحَىٰ إِلَيَّ﴾^(٤) وفي مقابلة يُقال: إن النبي مجتهد كبقية أفراد البشر دون أي فرق ﴿كَبُرَتْ كَلِمَةً تَخْرُجُ مِنْ أَفْوَاهِهِمْ إِنْ يَقُولُونَ إِلَّا كَذِبًا﴾^(٥).

وإذا قيل في الرد على مشروعية المتعة: «سُمي الزنا سفاحاً لانتفاء أحكام النكاح عنه من ثبوت النسب ووجوب العدة وبقاء الفراش، ولما كانت هذه المعاني موجودة في المتعة كانت في معنى الزنا»^(٦).

قلنا: هذه مناقشة لله سبحانه ولرسوله الأكرم ﷺ حيث ثبتت المشروعية

عمر فانتبهنا.

وروى أحمد في مسنده أيضاً ٢: ٩٥ عن عبد الله بن عمر الذي كان يفتي بجواز التمتع: «كيف تخالف أباك وقد نهى عن ذلك؟ فقال لهم: ويلكم ألا تتقون... أفرسول الله صلى الله عليه وسلم أحق أن تتبعوا سنته أم سنة عمر».

(١) ورد المضمون المذكور في صحيحة زرارة التي رواها الشيخ الكليني في الكافي ١: ٥٨.
(٢) الجواب المذكور نقله القوشجي في شرحه على تجريد الاعتقاد: ٣٧٤ في مقام الدفاع عن الخليفة الثاني - الذي صعد المنبر وقال: أيها الناس ثلاث كُنَّ على عهد رسول الله أنا أنهى عنهن وأحرمهن وأعاقب عليهن وهي متعة النساء ومتعة الحج وحي على خير العمل - من دون تعليق عليه.

(٣) النجم: ٣ - ٤.

(٤) يونس: ١٥.

(٥) الكهف: ٥.

(٦) القول المذكور هو للجصاص في أحكام القرآن ٢: ١٨٦.

عنهما في بداية الشريعة بالاتفاق. على أنه سيأتي اعتبار الأمور الثلاثة المذكورة في الزواج المؤقت كالدائم.

وإذا قيل: إن إيجار المرأة نفسها كل فترة من الزمن لرجل يتنافى والإحصان المؤكد عليه في الشريعة ويتلاءم مع السفاح.

بل جواز المتعة يتنافى مع قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَفِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾^(١) فإن المتمتع بها ليست زوجة ولا ملك يمين فيكون الزواج بها من العدوان المحرم.

على أن التحريم الصادر من الخليفة الثاني لم يكن من قبل نفسه بل هو مبني ومنفذ له، وإذا كان النهي قد نسبته إلى نفسه فهو بهذا المعنى^(٢).

قلنا: لا تنافي بين الزواج المؤقت والإحصان إذا ما فهمنا شروطه كما ينبغي. كيف ولو كان يلزم منه ذلك عاد الإشكال إلى تشريعه الثابت في عهد الرسول ﷺ جزماً؟!

والمنافاة مع الآية الكريمة لا نعرف لها وجهاً بعدما كانت المتعة فرداً حقيقياً للزواج، غايته هي زواج مؤقت له تمام خصوصيات الزواج الدائم إلا من بعض الجهات.

والدفاع المذكور أخيراً دفاع بما لا يرضى به صاحبه وهو أو هن من بيت العنكبوت.

٢ - وأما إن الزواج المؤقت لا يتحقق إلا بإيجاب وقبول لفظيين فباعتبار أنه فرد من الزواج فيشمله ما تقدم اعتباره في الزواج الدائم.

(١) المعارج: ٢٩ - ٣٠.

(٢) القول المذكور هو لمحمد رشيد رضا في تفسير المنار ٥: ١٣.

بل إنَّ الزواج المؤقت اختصَّ بروايات دلَّت على اعتبار ذلك فيه، وقد تقدَّمت الإشارة إلى بعضها سابقاً.

ثمَّ إنَّ الصيغة التي يقع بها الزواج المذكور أن تقول المرأة: متَّعتُك أو أنكحتُك أو زوجتُك نفسي بمهر كذا إلى أجل كذا، ثمَّ يقول الرجل: قبلت.

وكل ما تقدَّم من أبحاث في الزواج الدائم - كاعتبار العريَّة أو تقدَّم الإيجاب أو كونه من المرأة أو... - آتٍ هنا لكونه فرداً حقيقياً للزواج كالدائم.

٣ - وأمَّا اعتبار تعيين المهر والأجل في الزواج المؤقت وبطلانه عند عدم ذلك فلصحيحة زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا تكون متعة إلاَّ بأمرين: أجل مسمًى وأجر مسمًى»^(١) وغيرها.

٤ - وأمَّا وجوب الاعتداد بعد انتهاء الأجل أو الإبراء من باقيه فلا إشكال فيه في الجملة، وإنَّما الإشكال في مقدار العدة، حيث دلَّت بعض الروايات على أنَّه حيضتان في من تحيض وخمسة وأربعون يوماً في من لا تحيض وهي في سن من تحيض، في حين دلَّ بعضها الآخر على كونه حيضة واحدة في من تحيض وخمسة وأربعين يوماً في من لا تحيض.

مثال الأوَّل: صحيحة إسماعيل بن الفضل الهاشمي: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة فقال: الق عبد الملك بن جريح فسله عنها فإنَّ عنده منها علماً، فلقيته فأملى عليَّ شيئاً كثيراً في استحلالها وكان في ما روى لي فيها... فإذا انقضى الأجل بانت منه بغير طلاق... وعدَّتْها حيضتان وإن كانت لا تحيض فخمسة وأربعون يوماً قال: فأُتيت بالكتاب أبا عبد الله عليه السلام فقال: صدق وأقرَّ به...»^(٢).

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٤٢ الباب ١٧ من أبواب المتعة، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠ الباب ٤ من أبواب المتعة، الحديث ٨.

ومثال الثاني: صحيحة زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «عدة المتعة إن كانت تحيض فحيضة، وإن كانت لا تحيض فشهري ونصف»^(١).

والجمع العرفي بينهما بحمل الأولى على الاستحباب متعذر إمّا لأنّ الأوامر الإرشادية لا تقبل ذلك مطلقاً أو لأنّها وإن قبلت ذلك ولكن بشرط أن يكون لسانها لسان الأمر دون لسان الإخبار كما هو المفروض في المقام.

ومع تعذر الجمع العرفي يكون التعارض مستقراً فيلزم الرجوع إلى المرجّحات - موافقة الكتاب الكريم ومخالفة النقيّة - وحيث إنّها غير متوفرة في المقام يتعيّن التساقط والرجوع إلى الأصل، وهو يقتضي اعتبار الحيضتين للشكّ في ترتّب الأثر على العقد الثاني قبل مضي ذلك فيستصحب عدمه. ولا مجال للرجوع إلى قوله تعالى: ﴿وَأَجَلٌ لَّكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(٢) لكونه ناظراً إلى العموم الأفرادي دون الأحوال.

٥ - وأمّا اعتبار كمال الحيضتين بعد انتهاء الأجل أو الإبراء وعدم كفاية الحيضة التي يقع انتهاء الأجل أو الإبراء في أثائها فهو واضح بناءً على ترجيح صحيحة الهاشمي لأنّ ظاهر التعبير «وعدتها حيضتان» هو ما ذكر، وأمّا بناءً على التساقط والرجوع إلى الأصل فالأمر كذلك أيضاً كما هو واضح.

٦ - وأمّا عدم لزوم الاعتداد على الصغيرة واليائس والتي لم يدخل بها فتدل عليه رواية عبد الرحمن بن الحجاج: «قال أبو عبد الله عليه السلام: ثلاث يتزوّجن على كل حال: التي لم تحض ومثلها لا تحيض قال: قلت: وما حدّها؟ قال: إذا أتت لها أقلّ من تسع سنين، والتي لم يدخل بها والتي قد يئست من المحيض ومثلها لا

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٥١ الباب ٢٢ من أبواب المتعة، الحديث ١.

(٢) النساء: ٢٤.

تحيض...»^(١) وغيرها.

وسندها وإن اشتمل على سهل بن زياد إلا أن الأمر فيه سهل إن شاء الله تعالى.

٧ - وأما إن عدتها من الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام فهو المشهور^(٢).

وتدل عليه صحيحة زرارة: «سألت أبا جعفر عليه السلام ما عدّة المتعة إذا مات عنها الذي تمتّع بها؟ قال: أربعة أشهر وعشر، ثم قال: يا زرارة كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرّة كانت أو أمة وعلى أي وجه كان النكاح منه متعة أو تزويجاً أو ملك يمين فالعدّة أربعة أشهر وعشرًا...»^(٣) وغيرها.

بل يمكن التمسك بعموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَرْبِصْنَ أَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا...﴾^(٤).

وإذا قيل: إنه ورد في رواية علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام: «عدّة المرأة إذا تمتّع بها فمات عنها خمسة وأربعون يوماً»^(٥)، وفي رواية الحلبي عن أبيه عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجل تزوّج امرأة متعة ثم مات عنها ما عدتها؟ قال: خمسة وستون يوماً»^(٦) وهذا يتنافى مع ما تقدّم.

قلنا: لو تمّ سند الروایتين ولم يناقش في الأولى من ناحية أحمد بن هلال وفي الثانية من ناحية الإرسال تحقّق التعارض بينهما من جهة وبين صحيحة زرارة من جهة أخرى وينبغي ترجيح الثانية لموافقتها للكتاب الكريم.

(١) وسائل الشريعة ٢٢: ١٧٩ الباب ٢ من أبواب العدد، الحديث ٤.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٢٠٠.

(٣) وسائل الشريعة ٢٢: ٢٧٥ الباب ٥٢ من أبواب العدد، الحديث ٢.

(٤) البقرة: ٢٣٤.

(٥) وسائل الشريعة ٢٢: ٢٧٦ الباب ٥٢ من أبواب العدد، الحديث ٣.

(٦) وسائل الشريعة ٢٢: ٢٧٦ الباب ٥٢ من أبواب العدد، الحديث ٤.

٨ - وأما إنَّ الولد ملحق بالزوج فهو من واضحات الفقه. وتدل عليه صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث في المتعة قال: قلت: «أرأيت إن حبلت فقال: هو ولده»^(١) وغيرها. بل لا نحتاج إلى رواية خاصة بعد قول النبي ﷺ: «الولد للفراش وللعاهرة الحجر»^(٢).

وأما ترتب جميع حقوق الولد - الثابتة في العقد الدائم - عليه فباعتبار أنَّ ذلك لازم كونه ولده، إذ يشملُه آنذاك إطلاق أدلة أحكام الولد الثابتة لعنوانه.

٩ - وأما عدم استحقاق المتمتع بها للنفقة فقد ادَّعى صاحب الجواهر الإجماع على ذلك^(٣). واستدلَّ له الشيخ البحراني بما دلَّ على أنَّها لا تطلَّق ولا تُورث وإنَّها هي مستأجرة، قال عليه السلام: «ومن المعلوم أنَّ الأجير لا نفقة له»^(٤).

وكان من المناسب له الاستدلال لذلك أيضاً برواية هشام بن سالم: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتزوج المرأة متعة مرَّة مبهمه فقال: ذلك أشدَّ عليك ترثها وترثك ولا يجوز لك أن تطلِّقها إلَّا على طهر وشاهدين، قلت: أصلحك الله فكيف أتزوجها؟ قال: أيَّاماً معدودة بشيء مسمَّى مقدار ما تراضيت به فإذا مضت أيَّامها كان طلاقها في شرطها ولا نفقة ولا عدَّة لها عليك»^(٥).

ولعل دلالتها واضحة إلَّا أنَّ سندها يشتمل على موسى بن سعدان وعبد الله بن القاسم اللذين لم تثبت وثاقتهم، ولكن ذلك غير مهم على مباني الشيخ

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٦٩ الباب ٣٣ من أبواب المتعة، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ١٧٤ الباب ٥٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٤.

(٣) جواهر الكلام ٣١: ٣٠٣.

(٤) الحداقق الناضرة ٢٥: ٩٨.

(٥) وسائل الشيعة ٢١: ٤٨ الباب ٢٠ من أبواب المتعة، الحديث ٣.

البحراني رحمه الله.

هذان وجهان لإثبات عدم وجود الإنفاق على المتمتع بها.

وكلاهما كما ترى.

والأنسب أن يستدل على ذلك بأن المسألة عامّة البلوى، وحكمها لا بدّ أن يكون واضحاً بين الأصحاب، وحيث لا يحتمل أن يكون هو وجوب الإنفاق - وإلاّ انعكس ذلك على الروايات وكلمات الأصحاب، والحال أنّ الأمر بالعكس تماماً - فيتعيّن أن يكون هو عدم الوجوب، وهو المطلوب.

١٠ - وأمّا إنّه لا توارث في الزواج المؤقت إلاّ مع الاشتراط فهو المشهور^(١). والروايات في هذا المجال على ثلاث طوائف:

الأولى: ما دلّ على عدم الإرث من دون تفصيل.

الثانية: ما دلّ على الإرث مع الشرط.

الثالثة: ما دلّ على الإرث إلاّ مع اشتراط العدم.

مثال الأولى: صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «ولا ميراث بينهما في المتعة إذا مات واحد منهما في ذلك الأجل»^(٢).

والسند يشتمل على موسى بن بكر، وهو لم يوثق في كتب الرجال إلاّ أنّه تقدّم في أبحاث سابقة توجيه وثاقته.

ومثال الثانية: صحيحة البنزطي عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: «نزويج المتعة

(١) جواهر الكلام ٣٠: ١٩٠.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٦٨ الباب ٣٢ من أبواب المتعة، الحديث ١٠.

نكاح بميراث ونكاح بغير ميراث، إن اشترطت كان وإن لم تشرط لم يكن»^(١).

ومثال الثالثة: موثقة محمد بن مسلم: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول في الرجل يتزوج المرأة متعة إثمها يتوارثان إذا لم يشترطا، وإنما الشرط بعد النكاح^(٢)»، بناءً على أن المقصود: إذا لم يشترط عدم الإرث، وأمّا إذا كان المقصود: إذا لم يشترط الأجل فهي أجنبيّة عن المقام ولا بدّ من حذف الطائفة الثالثة من الحساب.

ثمّ إنّ المعارضة تنحصر بين الطائفة الثالثة والثانية وإلاّ فالأولى ليست طرفاً للمعارضة بعد كونها بمنزلة المطلق القابل للتقييد بأيّ واحدة من الطائفتين الأخيرتين.

وكلتا الطائفتين متّفقتان على ثبوت الإرث مع الاشتراط وإنّما التعارض عند فرض عدم الاشتراط، فالثانية تدلّ على عدم الإرث والثالثة تدلّ على ثبوته. وبعد التعارض في هذا المقدار يتساقطان ويلزم الرجوع إلى الطائفة الأولى لأنّها بمنزلة العام الفوقاني، ومن ثمّ تكون النتيجة ثبوت الإرث عند اشتراطه لكونه مورد اتفاق الطائفتين الأخيرتين وعدم ثبوته عند عدم اشتراطه تمسكاً بإطلاق الطائفة الأولى.

وبذلك نصل إلى النتيجة التي صار إليها المشهور.

ومن هذا يتّضح التأمّل في ما اختاره صاحب الجواهر من الحكم بعدم الإرث حتّى مع اشتراطه بدعوى أنّ مقتضى عقد التمتع عدم الإرث، فاشتراطه

(١) وسائل الشريعة ٢١: ٦٦ الباب ٣٢ من أبواب المتعة، الحديث ١.

(٢) لعلّ المقصود أنّ الشروط يلزم أن تذكر ضمن عقد النكاح وبعد كلمة «أنكحت».

(٣) وسائل الشريعة ٢١: ٦٦ الباب ٣٢ من أبواب المتعة، الحديث ٢.

مخالف لمقتضى العقد بل هو على حد اشتراط إرث غير الوارث المعلوم بطلانه بسبب مخالفته للكتاب والسنة^(١).

ووجه التأمل: أنه اتضح من خلال ما ذكرناه أن عقد التمتع لا يقتضي الإرث في حالة عدم الاشتراط وإلا فيقتضيه لاتفاق الطائفتين الأخيرتين على ذلك.

١١ - وأما إنه لا طلاق في عقد التمتع بل تحصل البينة بانتهاء الأجل فهو ممّا لا خلاف فيه. وتدل عليه صحيحة الهاشمي المتقدمة وغيرها.

وأما إنه يصحّ للزوج هبة ما يبقى من الأجل وتبين بذلك فهو ممّا لا خلاف فيه أيضاً. وتدل عليه صحيحة علي بن رثاب: «كتبت إليه أسأله عن رجل تمتع بامرأة ثم وهب لها أيامها قبل أن يفضي إليها أو وهب لها أيامها بعدما أفضى إليها هل له أن يرجع فيما وهب لها من ذلك؟ فوقع عليه: لا يرجع»^(٢) وغيرها.

وهي تدلّ على المفروغية من جواز الإبراء وإنّما السؤال عن جواز التراجع عنه.

وإضمارها لا يضرّ بحجيتها للبيان المتقدم في أبحاث سابقة لإثبات حجّة المضمرات بشكل عام.

١٢ - وأما عدم جواز الزواج المؤقت بالكافرة غير الكتابية فلما تقدّم نفسه من الوجه في العقد الدائم.

١٣ - وأما إنه لا يصحّ تجديد العقد عليها قبل انتهاء الأجل فهو المشهور. واستدلّ لذلك صاحب الجواهر بوجوه ثلاثة:

(١) جواهر الكلام ٣٠: ١٩٥ .

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٦٣ الباب ٢٩ من أبواب المتعة، الحديث ١ .

أ - أنَّ العقد إذا كان يؤثّر من حينه يلزم محذور تحصيل الحاصل، وإن كان يؤثّر بعد انتهاء الأجل يلزم تأخّر الأثر عن المؤثّر، وهو مستحيل.

ب - التمسك بمفهوم صحيحة أبي بصير: «لا بأس أن تزيدك وتزيدها إذا انقطع الأجل فيما بينكما تقول لها استحلتك بأجل آخر برضا منها ولا يحلّ ذلك لغيرك حتّى تنقضي عدّتها»^(١).

ج - التمسك برواية أبان بن تغلب: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك الرجل يتزوّج المرأة متعة فيتزوّجها على شهر ثمّ إنّها تقع في قلبه فيحب أن يكون شرطه أكثر من شهر فهل يجوز أن يزيدها في أجراها ويزداد في الأيام قبل أن تنقضي أيامه التي شرط عليها فقال: لا يجوز شرطان في شرط. قلت: فكيف يصنع؟ قال: يتصدّق عليها بما بقي من الأيام ثم يستأنف شرطاً جديداً»^(٢). هذا ما أفيد في الجواهر^(٣).

والكل كما ترى.

أمّا الأوّل فلأنّ محذور تحصيل الحاصل يختصّ بالأموال التكوينية دون الأمور الاعتبارية، وما المانع من تأثير العقد تأكيد الحاصل بلحاظ الفترة الباقية والتأسيس بلحاظ ما بعد انتهاء الأجل.

وأمّا الثاني فباعتبار أنّه لا يبعد نظر صحيحة أبي بصير في مفهومها إلى أنّه يجوز بعد انتهاء الأجل تجديد العقد من دون توقّف على انتهاء العدة وليست ناظرة إلى ما هو المقصود في محل الكلام.

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٥٤ الباب ٢٣ من أبواب المتعة، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٥٧ الباب ٢٤ من أبواب المتعة، الحديث ١.

(٣) جواهر الكلام ٣٠: ٢٠٢.

وأما الثالث فباعتبار أن رواية أبان وإن كانت تامة الدلالة إلا أن الشيخ الكليني قد رواها بطرق ثلاث تشترك جميعاً في إبراهيم بن الفضل الهاشمي الذي لم تثبت وثاقته.

وعليه فالحكم بعدم الجواز لا بدّ من إبتناؤه على الاحتياط - تحفظاً من مخالفة المشهور - دون الفتوى.

١٤ - وأما جواز اشتراط عدم الوطء فالظاهر أنّه لا خلاف فيه. وتدل عليه صحيحة عمّار بن مروان عن أبي عبد الله عليه السلام: «قلت: رجل جاء إلى امرأة فسألها أن تزوجه نفسها فقالت: أزوّجك نفسي على أن تلتمس منّي ما شئت من نظر والتماس وتنال منّي ما ينال الرجل من أهله إلا أن لا تدخل فرجك في فرجي وتلدّذ بما شئت فإنّي أخاف الفضيحة، قال: ليس له إلا ما اشترط»^(١).

بل بالإمكان التمسك بإطلاق موثقة إسحاق بن عمّار عن جعفر عن أبيه عليه السلام أن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: «من اشترط لامرأته شرطاً فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً»^(٢).

وأما إنّه يجوز الوطء لو تنازلت عن شرطها فباعتبار أن ما اشترطته كان حقاً لها لا عليها، ومن حق كل صاحب حق التنازل عن حقه.

ومن هذا يتّضح التأمّل في ما نسب إلى العلامة من عدم جواز الوطء حتى مع التنازل بتقريب أن العقد لم يتشخّص إلا بذلك الشرط، وخلافه ليس مندرجاً في العقد^(٣).

(١) وسائل الشريعة ٢١: ٧٣ الباب ٣٦ من أبواب المتعة، الحديث ١.

(٢) وسائل الشريعة ٢١: ٦٨ الباب ٣٢ من أبواب المتعة، الحديث ٩.

(٣) الحداقق الناضرة ٢٤: ١٩٨.

على أن المسألة تشتمل على نص خاص، وهو ما رواه إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: «رجل تزوج بجارية عاتق على أن لا يفتضها ثم أذنت له بعد ذلك قال: إذا أذنت له فلا بأس»^(١).

٦- أحكام النفقة

يجب على الزوج الإنفاق على زوجته الدائمة بما هو المتعارف من حيث الطعام والسكن والملابس وما شاكل ذلك بشرط أن لا تكون متمرّدة على القيام بحقوقه الزوجية. وإذا خرجت من بيت زوجها معلنة للتمرد فلا نفقة لها. وأمّا إذا لم يكن عن تمرد فلا تستحق النفقة إلا بعد عودها. وإذا لم يقدّم الزوج بالنفقة الواجبة اشتغلت ذمته بها. والمستند في ذلك:

١- أمّا وجوب الإنفاق على الزوجة فهو في الجملة من ضروريات الفقه. ويدل عليه قوله تعالى: ﴿وَالْوَلَدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْفِقَ﴾^(٢)، ﴿يَتَأْتِيهَا مِنَ الْبُيُوتِ﴾^(٣)، فإن مقتضى المعاشرة بالمعروف هو الإنفاق بالشكل المتعارف من حيث السكن والطعام وما

(١) وسائل الشريعة ٢١: ٢٩٥ الباب ٣٦ من أبواب المهور، الحديث ٢.

والعاتق: الجارية أو الجارية التي لم تتزوج.

(٢) البقرة: ٢٣٣.

(٣) النساء: ١٩.

شاكل ذلك.

واختصاص الآية الأولى بالزوجة المولود لها ليس مضرّاً بعد عدم احتمال اختصاص الحكم بها.

هذا من حيث الكتاب الكريم.

وأما الروايات فهي كثيرة، كصحيحة أبي بصير: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: مَنْ كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يُواري عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقّاً على الإمام أن يفرّق بينهما»^(١) وغيرها.

٢ - وأما التقييد بالزوجة الدائمة - بالرغم من شمول إطلاق ما تقدّم للمنقطعة - فقد تقدّم وجهه عند البحث عن الزواج المؤقت.

٣ - وأما إنّ المدار على المتعارف فيمكن أن يقرب ببيانين :

أ - التمسك بفكرة الإطلاق المقامي، بأن يُقال: إنّ إثبات وجوب الإنفاق من دون تحديده كما وكيفاً يدل على إحالة الأمر في المسألة إلى العرف وما هو المتعارف عنده.

ب - أنّ التقييد بكلمة «المعروف» في الآيتين الكريمتين يدل بوضوح على المطلوب.

٤ - وأما تعميم الإنفاق الواجب لغير الطعام والملابس فللتمسك بإطلاق الأمر بالمعاشرة بالمعروف.

ولا يمكن تقييده بمدلول الآية الكريمة الأولى أو بالصحيحة لعدم ثبوت المفهوم لهما، بل الرزق في الآية يحتمل أن يُراد به العموم دون خصوص الرزق

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٥٠٩ الباب ١ من أبواب النفقات، الحديث ٢ .

للطعام، وإلا فالسكن ليس مذكوراً فيهما، وهل يحتمل عدم وجوب النفقة من ناحيته؟

وهل المدار في النفقة الواجبة على ملاحظة شأن الزوجة أو شأن الزوج أو شأنهما معاً؟ لا يبعد أرجحية الأخير، فإنّ المعاشرة بالمعروف تصدق مع ملاحظة شأن الاثنين دون أحدهما.

٥ - وأما اعتبار أن لا تكون الزوجة متمردة على القيام بالحقوق الزوجية فباعتبار أن المعاشرة بالمعروف المأمور بها في الآية الكريمة لا تقتضي إلّا لزوم إنفاق الزوج على زوجته في حالة قيامها بحقوقه وإلا فتركه للإنفاق لا يعدّ أمراً مخالفاً للمعاشرة بالمعروف.

وإذا قيل: إن الآية الكريمة المذكورة وإن كانت ضيقة المدلول إلا أن هذا لا ينافي التمسك بإطلاق الآية الأخرى والصحيحة المقتضي لوجوب الإنفاق حتّى مع النشوز.

قلنا: بما أن الآية الكريمة واردة مورد التحديد فتدل على المفهوم الصالح لتقييد الإطلاق في غيرها.

٦ - وأما عدم استحقاق النفقة مع الخروج عن تمرّد فلما تقدّم من اشتراط وجوب النفقة بعدم التمرّد على الحقوق الزوجية.

وأما عدم استحقاقها مع الخروج بلا تمرّد إلا بعد العود فلموثقة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال رسول الله ﷺ: أيما امرأة خرجت من بيتها بغير إذن زوجها فلا نفقة لها حتّى ترجع»^(١).

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٥١٧ الباب ٦ من أبواب النفقات، الحديث ١ .

والسكوني والنوفي وإن لم يوثقا بشكل خاص إلا أنه تقدّم في أبحاث سابقة إمكان توجيه حجية رواياتهما.

٧ - وأما انشغال ذمة الزوج بالنفقة إذا لم يؤدّها فيمكن استفادته من قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾^(١)، فإنّ التعبير بكلمة «على» ظاهر في إرادة الحكم الوضعي أيضاً دون مجرد الحكم التكليفي.

٧- أحكام القسمة

في وجوب القسمة بين الزوجات في مبيت الليلي ابتداء أو بعد الشروع خلاف، فقليل بعدم الوجوب إلا بالشروع، وقيل بالوجوب ابتداء.

وفي وجوب البقاء صبيحة ليلة المبيت وجه.
والواجب في المبيت هو المضاجعة دون المواقعة.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا وجوب القسمة في مبيت الليلي في الجملة فلا إشكال فيه، فإنّ لكل رجل الحق في الزواج بأربع نساء بالعقد الدائم، وإذا بات عند واحدة ليلة لزمه المبيت عند كل واحدة من البقية ليلة إلا إذا تنازلت واحدة عن حقّها فله أن يضع ليلتها حيث شاء.

وإذا كانت عنده ثلاث زوجات وبات عند واحدة ليلة لزمه المبيت عند كل واحدة من الأخيرتين بالمثل - إلاّ مع التنازل فكما تقدّم - وتبقى له ليلة

يضعها حيث شاء.

وإذا كانت عنده زوجتان وبات عند واحدة ليلة لزمه المبيت عند الأخرى ليلة - إلا مع التنازل - وكانت له ليلتان يضعهما حيث شاء.

وهذا المقدار لم يقع محلاً للخلاف بين الفقهاء وإنما الخلاف في لزوم الشروع وعدمه في التقسيم ابتداءً، فهل يلزم من كانت عنده زوجتان مثلاً الشروع في المبيت، بأن يبات عند هذه ليلة ثم عند الأخرى ليلة ويضع الليلتين الأخيرتين من الأربع حيث شاء أو لا يلزمه ذلك بل له الحق في أن لا يبات عندهما رأساً؟

قيل بلزوم الشروع في التقسيم ابتداءً. وقيل لا يلزم ذلك ولكنه لو شرع بالمبيت عند واحدة لزمه المبيت عند الأخرى أيضاً ويعود حرراً في الليلتين الأخيرتين، وإذا تمت الليالي الأربع فلا يلزمه الشروع في المبيت من جديد ولكنه لو شرع لزمه المبيت عند الأخرى بالمثل، وهكذا.

والخلاف نفسه يرسى إلى من كانت عنده زوجة واحدة، فإنه على القول الأول يلزمه المبيت عندها ليلة من كل أربع ليال، بخلافه على القول الثاني فإنه لا يلزمه ذلك.

وليس المنشأ لهذا الاختلاف اختلاف الروايات بل هو القصور في مدلولها عن إفادة تعيين أحد الاحتمالين بخصوصه، كما نلاحظ ذلك في صحيحة محمد بن مسلم: «سألت عن الرجل تكون عنده امرأتان وإحدهما أحب إليه من الأخرى، قال: له أن يأتيها ثلاث ليال والأخرى ليلة، فإن شاء أن يتزوج أربع نسوة كان لكل امرأة ليلة فلذلك كان له أن يفضل بعضهن على بعض ما لم يكن

أربعاً^(١) وغيرها.

ولا يضر إضرارها بعدما كان المضمّر مثل محمد بن مسلم الذي لا تليق به الرواية عن غير الإمام عليه السلام.

٢ - أمّا القول بعدم وجوب القسمة إلاّ بالشروع فيمكن الاستدلال له بالبيانين التاليين :

أ - التمسك بأصالة البراءة عن وجوب التقسيم ابتداءً بعد قصور الصحيحة المتقدّمة وما هو بمضمونها عن إفادته.

ب - التمسك بموثقة إسحاق بن عمّار حيث: «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن حقّ المرأة على زوجها قال: يشع بطنها ويكسو جثّتها وإن جهلت غفر لها»^(٢) وما هو بمضمونها، بتقريب أنّها بصدد بيان حقّ الزوجة على زوجها ولم يذكر منه المبيت عندها فيدل ذلك على عدم وجوبه ابتداءً.

وكلا الوجهين تامّان لو فرض عدم تماميّة ما يستدلّ به على الوجوب ابتداءً وإلاّ فلا معنى للتمسك بأصل البراءة ويلزم تقييد الموثقة، فإنّ دلالتها على نفي الوجوب ابتداءً بالإطلاق فيقيد.

٣ - وأمّا القول بوجوب القسمة ابتداءً فقد يستدل له بما يلي:

أ - التمسك بموثقة عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الرجل يتزوّج الأمة على الحرّة قال: لا يتزوّج الأمة على الحرّة ويتزوّج الحرّة على الأمة. وللحرّة ليلتان وللأمة ليلة»^(٣) وما هو بمضمونها.

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٣٣٨ الباب ١ من أبواب القسم والنشوز، الحديث ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٥١٠ الباب ١ من أبواب النفقات، الحديث ٣.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٣٤٧ الباب ٨ من أبواب القسم والنشوز، الحديث ٣.

وفيه: أنَّ من المحتمل أن يكون المقصود من ذلك أنَّه لو أراد المبيت فيلزمه تخصيص الحرّة بليلتين والأمة بليلة واحدة لا أنَّ ذلك واجب عليه ابتداء.

ب - التمسك بصحيفة محمد بن مسلم المتقدمة في الرقم «١»، حيث ورد فيها «إن شاء أن يتزوج أربع نسوة كان لكل امرأة ليلة» فإنَّ مقتضى إطلاقها أنَّ لكل امرأة من الأربع ليلة سواء شرع في القسمة أم لا.

وفيه: أنَّ المقصود من جملة «كان لكل امرأة ليلة» عدم جواز تفضيل بعضهن على بعض لا استحقاق كل واحدة ليلة، ولا أقل من احتمال ذلك، ومعه لا يصحّ التمسك بالإطلاق.

ج - التمسك بإطلاق قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(١) بتقريب: أنَّه يدل على وجوب فعل كل ما هو مصداق للمعاشرة بالمعروف، ومن جملة المبيت عند الزوجة. والإطلاق المذكور حجة ما لم يدل دليل على تقييده، وحيث لم يدل دليل على نفي وجوب المبيت ابتداءً فيكون الإطلاق محكماً. والظاهر أنَّ الوجه المذكور متين، وفي ضوئه يمكن الحكم بوجوب القسمة ابتداءً.

٤ - وأمّا الوجه في وجوب البقاء صبيحة ليلة المبيت فمستنده رواية إبراهيم الكرخي: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له أربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في ليلتهن فيمسهن، فإذا بات عند الرابعة في ليلتها لم يسمها فهل عليه في هذا إثم؟ قال: إنما عليه أن يبيت عندها في ليلتها ويظلّ عندها في صبيحتها وليس عليه أن يجمعها إذا لم يرد ذلك»^(٢).

(١) النساء: ١٩ .

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٣٤٣ الباب ٥ من أبواب القسم والنشوز، الحديث ١ .

وإبراهيم وإن لم يوثق بالخصوص إلا أنه تكفي رواية ابن أبي عمير عنه^(١)
بناءً على تمامية كبرى وثاقة كل من روى عنه أحد الثلاثة.

٥- وأما عدم وجوب الواقعة فلاصل البراءة بعد عدم الدليل على وجوبها.

هذا لو قطعنا النظر عن رواية الكرخي المتقدمة وإلا كانت هي الدليل.

ثم إنه قد يشكك في وجوب المضاجعة - وهي النوم مع الزوجة في فراش
واحد قريباً منها بحيث لا يعدُّ هاجراً لها - أيضاً باعتبار أن الروايات دلّت على
وجوب المبيت دون المضاجعة عنده، ومعه يتمسك لنفي وجوبها بأصل البراءة.

(١) كما ورد في الكافي ٢: ٢٩٢: الحديث ١١ .

الإيقاعات

١- الطلاق.

٢- الظهار.

٣- الإيلاء

٤- اللعان.

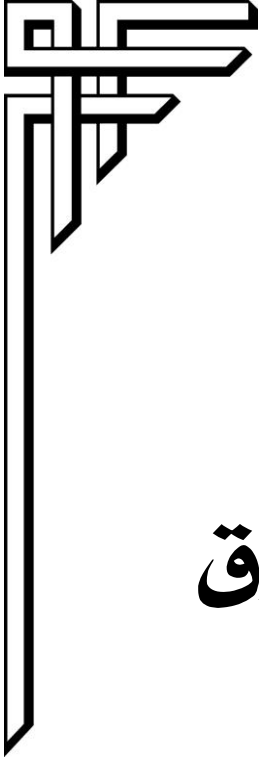
٥- اليمين والنذر والعهد.

٦- الوصية.

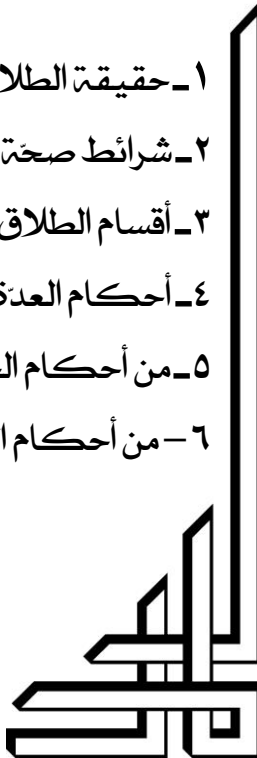
٧- الوقف.

٨- الجعالة.

٩- الشفاعة.



كتاب الطلاق

- 
- ١- حقيقة الطلاق.
 - ٢- شرائط صحة الطلاق.
 - ٣- أقسام الطلاق.
 - ٤- أحكام العدة.
 - ٥- من أحكام الخلع والمباراة.
 - ٦- من أحكام الطلاق

١ - حقيقة الطلاق

الطلاق إيقاع يتضمّن إنشاء الزوج للفرقة بعد تحقّق الزوجية الدائمة. وهو مشروع بضرورة الدين من الزوج فقط إلّا في موارد خاصّة. والمستند في ذلك:

- ١ - أمّا إنّ الطلاق إيقاع متقوم بالإيجاب بلا مدخلية للقبول في تحقّقه فهو من بديهيّات الفقه. ويمكن استفادته من النصوص المذكورة في ثنايا الأبحاث الآتية. وأمّا إنّ حقيقته ما ذكر فهو من بديهيّات اللغة والشرع.
 - وأمّا اختصاص مورده بفرض الزواج الدائم فلما يأتي إن شاء الله تعالى.
 - ٢ - وأمّا أنّه مشروع فهو من ضروريّات دين الإسلام. ويدل على ذلك أيضاً ترتيب الأحكام الخاصّة عليه في الكتاب الكريم.
- قال تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ...﴾^(١)، ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ...﴾^(٢)، ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَعْنُ أَجْلِهِنَّ...﴾^(٣)، إلى غير ذلك من الآيات الكريمة.

(١) البقرة : ٢٢٨ .

(٢) البقرة : ٢٢٩ .

(٣) البقرة : ٢٣١ .

وإذا كان الزواج أحبَّ شيءٍ إلى الله سبحانه فالطلاق أبغض شيءٍ إليه. وقد ورد في الحديث الشريف عنه ﷺ: «... ما من شيءٍ أحبَّ إلى الله عزَّ وجلَّ من بيت يعمر بالنكاح. وما من شيءٍ أبغضُ إلى الله عزَّ وجلَّ من بيت يخرب في الإسلام بالفرقة، يعني الطلاق»^(١).

وفي حديث آخر: «تزوَّجوا ولا تُطلِّقوا، فإنَّ الطلاق يهتَزُّ منه العرش»^(٢).

أجل .. هذا يختص بحالة الوثام بين الزوجين أو وجود مشاكل لا ينحصر علاجها بالطلاق وإلاَّ لم يكن مبعوضاً لعدم احتمال المبعوضة شرعاً في مثل ذلك. مضافاً إلى دلالة جملة من الروايات على ذلك. وقد ورد في الحديث أنَّ أبا جعفر عليه السلام «كانت عنده امرأة تعجبه وكان لها محباً فأصبح يوماً وقد طلقها واغتم لذلك فقال له بعض مواليه: لم طلقتها؟ فقال: إنِّي ذكرتُ علياً عليه السلام فتتقصته فكرهت أن ألصق جمرة من جُحَر جهنم بجلدي»^(٣). بل روي عن الرسول الأعظم ﷺ: «خمسة لا يُستجاب لهم: رجل جعل الله بيده طلاق امرأته فهي تؤذيه وعنده ما يعطيها ولم يخلَّ سبيلها»^(٤).

يبقى كيف ثبت مشروعية الطلاق في حالة الوثام وعدم وجود الضرورة؟

والجواب: أنَّه بعد ضرورة ذلك بين جميع المسلمين لا نبقى بحاجة إلى دليل بل الضرورة نفسها دليل على ذلك.

هذا مضافاً إلى أنَّه لو لم يجز عند عدم الضرورة لانعكس ذلك على الروايات لكون المسألة عامة البلوى.

(١) وسائل الشريعة ٢٢: ٧ الباب ١ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ١ .

(٢) وسائل الشريعة ٢٢: ٩ الباب ١ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٧ .

(٣) وسائل الشريعة ٢٢: ١٠ الباب ٣ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ١ .

(٤) وسائل الشريعة ٢٢: ١٣ الباب ٥ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ١ .

بل يمكن التمسك بإطلاق بعض النصوص، كصحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «... فإذا أراد الرجل منكم أن يطلق امرأته طلاق العدة فلينتظر بها حتى تحيض وتخرج من حيضها ثم يطلقها تطليقة من غير جماع بشهادة شاهدين عدلين...»^(١) وغيرها.

٣- وأما اختصاص مشروعية الطلاق بالزوج فهو من الضروريات التي لا تحتاج إلى دليل.

بل إنَّ القصور في مقتضى التعميم كافٍ وحده لإثبات الاختصاص. وتؤيد الاختصاص مرسله ابن بكير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام: «امرأة نكحها رجل فأصدقته المرأة وشرطت عليه أن يدها الجماع والطلاق فقال: خالف السنة وولى الحق من ليس أهله، وقضى أن على الرجل الصداق وأن يده الجماع والطلاق وتلك السنة»^(٢)، والحديث النبوي: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»^(٣).

٤- وأما موارد الاستثناء التي يصح فيها الطلاق من غير الزوج فيأتي التحدث عنها في ما بعد إن شاء الله تعالى.

٢- شرائط صحة الطلاق

يلزم لوقوع الطلاق صحيحاً توفر:

١- البلوغ فلا يصح طلاق الصبي وإن بلغ عشرين بل ولا طلاق

(١) وسائل الشريعة ٢٢: ١٠٨ الباب ٢ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ١.

(٢) وسائل الشريعة ٢٢: ٩٨ الباب ٤٢ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ١.

(٣) مستدرک الوسائل ١٥: ٣٠٦ الباب ٢٥ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الحديث ٣، وكنز العمال ٥: ١٥٥ الرقم: ٣١٥١.

وليه عنه.

٢ - العقل فلا يصحّ طلاق المجنون إلا إذا كان بالغاً فإنه يجوز لوليّه الطلاق مع اقتضاء المصلحة لذلك.

٣ - الاختيار فلا يصح طلاق المكره.

٤ - القصد فلا يصحّ طلاق السكران والهازل وغيرهما ممّن لا قصد له.

٥ - التنجيز فلا يقع الطلاق لو قال لزوجته: أنتِ طالق إن فعلت كذا.

٦ - تعيين المطلقة فلا يصحّ لو قال: إحدى زوجاتي طالق.

٧ - أن تكون الزوجة في حالة طهر - من الحيض والنفاس - لم يواقعها فيه.

ويُستثنى من ذلك:

أ - ما إذا كان المطلق غائباً، فإنّ الطلاق يقع صحيحاً منه حتّى مع اتّضاح عدم طهرها حالته بشرطين: عدم امكان معرفته لحالها، ومضي فترة يعلم بحسب عاداتها انتقالها من طهر إلى آخر. والاحتياط يقتضي أن تكون شهراً وأحوط من ذلك أن تكون ثلاثة أشهر.

وفي حكم الغائب الحاضر الذي لا يمكنه معرفة حال زوجته كالمسجون.

ب - ما إذا كانت حاملاً وقد استبان حملها فإنه يصح طلاقها

وإن لم تكن على طهر أو كانت في طهر الواقعة.

ج - ما إذا لم تكن مدخولاً بها.

د - ما إذا كانت صغيرة لم تبلغ سنّ التكليف وقد دخل بها الزوج وإن كان ذلك محرماً.

هـ - ما إذا كانت قد بلغت سنّ اليأس.

و - المسترابة - وهي من كانت في سنّ من تحيض ولا تحيض لخلقة أو لعارض اتّفاقي من رضاع أو مرض طارئ وما شاكل ذلك - فإنه يجوز طلاقها وإن كان ذلك في طهر المجامعة بشرط مضي ثلاثة أشهر على الواقعة الأخيرة.

٨ - أن يكون الزواج دائماً فلا يقع بالتمتع بها بل تتحقّق الفرقة بانتهاء المدّة أو هبة المقدار المتبقّي منها.

٩ - اشهاد رجلين عادلين. ولا يلزم أن يعرفا المطلقة بنحو يصحّ منهما الشهادة عليها.

١٠ - الصيغة الخاصة، وهي: «أنت طالق» أو «زوجتي طالق» أو «فلانة طالق» وما أشبه ذلك من الصيغ المشتملة على كلمة «طالق». ولا يصحّ بصيغة «فلانة مطلقة» أو «طلّقت فلانة».

وتجزئ الترجمة عند تعذّر النطق بالعربيّة.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا اعتبار البلوغ في المطلق فهو المشهور بين المتأخّرين - خلافاً للشيخين

وجماعة من القدماء^(١) - لعدة أمور:

أ - التمسك بحديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم^(٢)، فإن مقتضى إطلاقه الشمول لقلم الوضع أيضاً.

وضعف سنده منجر بعمل الأصحاب - كما تقدّم غير مرّة - بناءً على تمامية كبرى الإنجبار.

ب - اتفاق الأصحاب على اعتبار البلوغ في باب البيع وسائر المعاملات المالية. والطلاق إن لم يكن أولى باعتبار ذلك فيه فلا أقل من عدم الفرق بينهما.

ج - الروايات الخاصة، من قبيل موثقة الحسين بن علوان عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي^(٣): «لا يجوز طلاق الغلام حتى يحتلم» وغيرها.

والحسين ثقة لأنّ ظاهر كلام النجاشي: «الحسين بن علوان الكلبي مولاهم كوفي عامي، وأخوه الحسن يُكنّى أبا محمد ثقة. روى عن أبي عبد الله^(٤)...» رجوع التوثيق إلى الحسين دون الحسن.

إلا أنّ في مقابل ذلك عدّة روايات تدل على العكس، من قبيل ما رواه الشيخ في تهذيبه عن الكليني بسنده الموثق عن ابن بكير عن أبي عبد الله^(٥): «يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين». ورواية ابن أبي عمير عن بعض

(١) جواهر الكلام ٣٢: ٥ .

وفي تهذيب الأحكام لشيخ الطائفة ٨: ٧٥ ما نصّه: «طلاق الصبي جائز إذا عقل الطلاق، وحدّ ذلك عشر سنين. يدل على ذلك ما رواه...».

(٢) وسائل الشيعة ١: ٤٥ الباب ٤ من أبواب مقدّمات العبادات، الحديث ١١ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٢: ٧٩ الباب ٣٢ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٨ .

(٤) رجال النجاشي: ٣٨ منشورات مكتبة الداوري .

(٥) تهذيب الأحكام ٨: ٧٥ الرقم ١٧٣ .

رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام: «يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين»^(١).

ولا يضر الإرسال في السند بعد كون المرسل ابن أبي عمير بناءً على رأي المشهور من حجية مراسليه من دون تفصيل.

والمناسب - بناءً على تمامية سند هذه الطائفة - الجمع بينها وبين الأولى بالتقييد فتحمل الأولى على مَنْ كان عمره أقل من عشر.

ولا يقف أمام ذلك حديث رفع القلم لإمكان تخصيصه.

هذا ولكن الاحتياط باعتبار البلوغ أمر لازم تحفظاً من مخالفة المشهور ولا مكان التشكيك في سند روايات الطائفة الثانية، فإن الرواية الأولى وإن كانت معتبرة السند حسب نقل التهذيب إلا أنها في الكافي لم تذكر بالسند المذكور بل بسند آخر فراجع^(٢).

وصحّة الرواية الثانية تبتني على مسلك المشهور في مراسيل ابن أبي عمير، بل إن النسخ قد اختلفت في كيفية نقل متن الرواية، ففي بعضها: «لا يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين» وفي بعضها الآخر: «يجوز» بدون كلمة النفي.

٢ - وأما عدم ثبوت الولاية لولي الصبي في الطلاق فأمر لا خلاف فيه^(٣). ويكفي لإثباته القصور في المقتضي. ومع التنزل يمكن التمسك بالروايات الخاصة كصححة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «الصبي يتزوج الصبية يتوارثان؟ فقال: إذا كان أبواهما اللذان»^(٤) زوّجها فنع، قلت: فهل

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٧٧ الباب ٣٢ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٢.

(٢) الكافي ٦: ١٢٤.

(٣) جواهر الكلام ٣٢: ٥.

(٤) الظاهر أن المقصود: هما اللذان...

يجوز طلاق الأب؟ قال: لا،^(١) وغيرها.

٣- وأما عدم صحّة الطلاق من المجنون فلعدم تحقّق القصد منه وللروايات الخاصّة، كصحيحة الحلبي: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن طلاق السكران وعتقه فقال: لا يجوز. قال: وسألته عن طلاق المعتوه قال: وما هو؟ قال: قلت: الأحمق الذاهب العقل، قال: لا يجوز...»^(٢) وغيرها.

٤- وأما إنّه يجوز الطلاق لولي المجنون فهو المشهور^(٣) لصحيحة أبي خالد القمّاط: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل الأحمق الذاهب العقل يجوز طلاق وليّه عليه؟ قال: ولم لا يطلق هو؟ قلت: لا يؤمن إن طلق هو أن يقول غداً: لم أطلق أو لا يحسن أن يطلق، قال: ما أرى وليّه إلّا بمنزلة السلطان»^(٤) وغيرها.

هذا وقد نسب الخلاف في المسألة إلى ابن إدريس تمسكاً بأن الأصل بقاء العقد وبالنبوي: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»^(٥).

وفيه: أن الأصل لا مجال له مع الدليل الاجتهادي. والنبوي على تقدير تماميّة سنداً قابل للتقييد بصحيحة القمّاط وغيرها.

ثم إنّه لا يبعد أن يكون قوله عليه السلام: «ولم لا يطلق هو» ناظراً إلى فرضية عدم زوال العقل بشكل كامل أو كامل أو إلى حالة الجنون الادواري مع فرض الإفاقة، كما نبّه عليه في الحقائق^(٦).

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ١٩٢ الباب ١٢ من أبواب عقد النكاح، الحديث ١. و ٢٢: ٨٠ الباب ٣٣ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٢: ٨٢ الباب ٣٤ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٥.

(٣) جواهر الكلام ٣٢: ٦.

(٤) وسائل الشيعة ٢٢: ٨٤ الباب ٣٥ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ١.

(٥) الحقائق الناضرة ٢٥: ١٥٥.

(٦) الحقائق الناضرة ٢٥: ١٥٤.

٥ - وأما تقييد جواز طلاق ولي المجنون بما إذا كان المجنون بالغاً فلائنه بدون فرض ذلك يكون مشمولاً لإطلاق صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة الدالة على أن الأب لا يجوز له الطلاق بالولاية.

وإذا قيل: كما أن لصحيحة ابن مسلم إطلاقاً كذلك لصحيحة القمّاط إطلاق فلماذا تقديم الإطلاق الأول؟

قلنا: إنه يمكن التشكيك في ثبوت الإطلاق لصحيحة القمّاط لأنّها تدل على ثبوت السلطنة للولي في المورد الذي يكون للمجنون الحق في الطلاق لولا جنونه، وذلك لا يتم إلا إذا كان المجنون بالغاً بناءً على عدم ثبوت الحق لغير البالغ في الطلاق.

ثم إنه مع التنزل وفرض تعارض الإطالقين وتساقطهما يلزم الرجوع إلى الأصل وهو يقتضي عدم ترتّب الأثر على طلاق الولي. وبذلك تكون النتيجة واحدة على كلا التقديرين.

٦ - وأما تقييد جواز طلاق ولي المجنون بالمصلحة بالرغم من إطلاق الروايات من هذه الناحية فباعتبار الجزم بأنّ الولاية المفعولة للولي ليست تكرّماً له بل لحاجة المولى عليه إلى من يتصرّف عنه تحقيقاً لمصلحته.

٧ - وأما عدم صحّة طلاق المكره فأمر لا خلاف فيه^(١). ويدل عليه حديث الرفع^(٢) والروايات الخاصّة، كصحيحة زرارة عن أبي جعفر^(٣): «سألته عن طلاق المكره وعتقه فقال: ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعق...»^(٣)

(١) جواهر الكلام ٣٢: ١٠ .

(٢) وسائل الشيعة ١٥: ٣٦٩ الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٢: ٨٦ الباب ٣٧ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ١ .

وغيرها.

٨ - وأما اعتبار القصد فالتسالم على تبعية العقود والإيقاعات للقصد. هذا مضافاً إلى الروايات الخاصة الواردة بلسان: «لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق»^(١).

٩ - وأما التنجيز فمدركه منحصر بالإجماع المدعى على اعتباره وإلا فغيره قابل للتأمل من قبيل:

أ - منفاة التعليق لقاعدة عدم تأخر المعلول عن علته.

ب - أن ظاهر الروايات فعلية الطلاق بمجرد تحقق الصيغة، واشتراط تأخره إلى حصول المعلق عليه شرع جديد.

وقد تمسك بهذين الوجهين صاحب الجواهر^(٢).

ووجه التأمل:

أما في الأوّل فلا مكان دعوى عدم كون العلة هي الصيغة بمجرد بل مع الشرط فلا تأخر.

وأما في الثاني فلائنه لا توجد رواية تدلّ بوضوح على ذلك. ومع التنزل يمكن دعوى نظرها إلى الحالة الغالبة، وهي التنجيز.

هذا ويظهر الخلاف في المسألة من الشهيد الثاني في المسالك حيث رجح جواز التعليق لعدة وجوه نذكر منها:

أ - القياس على الظهار، حيث دلّت النصوص على جواز التعليق فيه.

ب - أن في التعليق حكمة لا تحصل في العقد المنجز، فإن الزوجة قد

(١) وسائل الشريعة ٢٢: ٣٠ الباب ١١ من أبواب مقدّمات الطلاق .

(٢) جواهر الكلام ٣٢: ٧٨ .

تخالف زوجها في بعض مقاصده فتفعل ما يكرهه، والزوج يكره طلاقها من حيث إنه أبغض الحلال فيحتاج إلى التعليق على فعل ما يكرهه كي إذا امتنعت يحصل غرضه أو خالفت تكون هي المختارة لطلاقها^(١).

وكلاهما كما ترى

والمناسب اعتبار التنجيز ولو على مستوى الاحتياط تحفظاً من مخالفة الإجماع المدعى.

هذا إذا فرض وجود مطلقات تدل على مشروعية الطلاق المعلق وإلا كفى القصور في المقتضي حيث يجري آنذاك استصحاب بقاء النكاح بناءً على جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية وعدم معارضة استصحاب بقاء المجعول بأصالة عدم الجعل الزائد.

بل يمكن تقريب جريان الاستصحاب حتى بناءً على الرأي المذكور، بأن يستصحب بقاء إباحة الاستمتاع، فإنَّ القائل بالمنع من جريان الاستصحاب في الأحكام يخص ذلك بالأحكام الإلزامية دون الترخيصية، إذ لا جعل فيها ليعارض استصحاب بقائها باستصحاب عدم الجعل الزائد.

١٠ - وأما اعتبار تعيين المطلقة فهو المشهور. ويمكن الاستدلال له بأنه مع عدم التعيين إما أن يقع الطلاق بالواحدة المرددة من الزوجات أو بالواحدة بنحو الكلي في المعين.

وكلاهما لا يمكن المصير إليه.

أما الأول فلعدم معقوليّة الفرد المردد.

(١) مسالك الافهام ٢: ١٥ .

وأما الثاني فلأنَّ ثبوت الطلاق للواحدة الكلية وإن كان أمراً ممكناً - كتعلق البيع بكيلو كلٍّ من صبرة معيّنة - غايته تُعَيِّنُ تلك الواحدة الكلية بواسطة القرعة إلاَّ أنَّ ذلك يحتاج إلى دليل عليه، ولا دليل يدل على صحّة طلاق الواحدة الكلية مع تعيينها بالقرعة.

وتؤيّد اعتبار التعيين رواية محمد بن أحمد بن مطهر: «كتبت إلى أبي الحسن صاحب العسكر عليه السلام أنّي تزوّجت أربع نسوة ولم أسأل عن أسمائهن ثمّ أنّي أردت طلاق إحداهن وتزويج امرأة أخرى فكتب عليه السلام انظر إلى علامة إن كانت بواحدة منهن فتقول: اشهدوا أنّ فلانة التي بها علامة كذا وكذا هي طالق ثمّ تزوّج الأخرى إذا انقضت العدة»^(١).

ومن ذلك يتّضح النظر في ما نسب إلى جماعة كالشيخ وابن البراج والمحقق والعلامة والشهيد من وقوع الطلاق صحيحاً مع عدم التعيين لوجهين: أصالة عدم الاشتراط، وعموم مشروعية الطلاق^(٢).

ووجه النظر:

أمّا بالنسبة إلى الأصل المذكور فلائّه لا أساس له إن لم يرجع إلى التمسك بالعموم الذي هو الوجه الثاني.

وأمّا العموم فهو غير مستفاد من النصوص.

١١ - وأمّا اعتبار أن تكون الزوجة طاهرة بطهر لم يواقعها فيه زوجها فأمر متسالم عليه^(٣). وتدل عليه النصوص المستفيضة، كصحيحة زرارة عن أبي

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٥٢٠ الباب ٣ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد، الحديث ٣.

(٢) الحداقق الناضرة ٢٥: ١٨١.

(٣) جواهر الكلام ٣٢: ٢٩، ٤٠.

جعفر عليه السلام في حديث قال: «أما طلاق السنة فإذا أراد الرجل أن يطلق امرأته فليستظر بها حتى تطمئ وتطهر فإذا خرجت من طمئتها طلقها تطليقة من غير جماع ويشهد شاهدين...»^(١).

وصحيحة الفضلاء عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام: «إذا طلق الرجل في دم النفس أو طلقها بعدما يمسه فليس طلاقه إياها بطلاق»^(٢) وغيرهما.

بل قد يستفاد ذلك من قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾^(٣)، فإنَّ المقصود إذا أردتم طلاق النساء فطلِّقوهنَّ لزمان عدتهن بحيث يأخذ زمان العدة بالشروع من حين تحقق الطلاق، وليس ذلك إلاَّ بأن يقع الطلاق في طهر لا واقعة فيه فإنَّ العدة كما يأتي - إن شاء الله تعالى - هي ثلاثة قروء بمعنى ثلاثة أطهار، فلو وقع الطلاق في الحيض لم يمكن شروع العدة - بالمعنى المذكور - من حيث الطلاق كما هو واضح، ولو وقع في طهر الواقعة لم يمكن ذلك أيضاً لأنَّ المقصود من الأطهار الثلاثة هي الأطهار الخالية من الواقعة، ومعه فيحتاج إلى مرور ثلاثة أطهار جديدة منفصلة عن الطلاق.

١٢ - وأما استثناء حالة غيبة المطلق فأمر متسالم عليه^(٤) للروايات المتعددة الواردة بلسان: «خمس يطلقهن أزواجهن متى شاءوا: الحامل المستتين حملها، والجارية التي لم تحض، والمرأة التي قعدت من الحيض، والغائب عنها زوجها، والتي لم يدخل بها»^(٥).

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٤ الباب ٩ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٣ الباب ٩ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ١.

(٣) الطلاق: ١.

(٤) جواهر الكلام ٣٢: ٣٠، ٣٢.

(٥) وسائل الشيعة ٢٢: ٥٤ الباب ٢٥ من أبواب مقدمات الطلاق.

وسند الروايات المذكورة جلاً أو كلاً صحيح فراجع.

١٣ - وأما تعميم الحكم بالصحة لما إذا اتضح عدم الطهر واقعاً حالة الطلاق فللتمسك بإطلاق الروايات المذكورة بل وللتصريح بالتعميم فيها بلفظ «متى شاؤا»، على أنه قد يُقال بأن الطهر واقعاً لو كان معتبراً يلزم عدم ثبوت الخصوصية لعنوان غيبة المطلّق.

١٤ - وأما اعتبار عدم إمكان معرفة حالها ومضي فترة يعلم فيها بالانتقال فلائنه لا يحتمل اعتبار عنوان الغيبة بنحو الموضوعية ولا يحتمل أن مجرد غيبة الزوج في الساعات الأولى كافٍ لجواز الطلاق حتى مع إمكان تحصيل العلم بسهولة أو فرض العلم ببقاء طهر الواقعة أو كونها في حالة حيض أو نفاس.

١٥ - وأما الاحتياط باعتبار مضي شهر فلموثق ابن سبابة: «سألت محمد بن أبي حمزة متى يطلق الغائب؟ فقال: حدّثني إسحاق بن عمار أو روى إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام أو أبي الحسن عليه السلام قال: إذا مضى له شهر»^(١).

وإنما كان الحكم بنحو الاحتياط دون الفتوى باعتبار أن لسان الروايات السابقة: «خمس يطلقهن أزواجهن متى شاؤا...» يأبى التقيد، فإنّه لو كان مضي الشهر معتبراً لم يكن للغائب الطلاق متى شاء.

ومن القريب جداً أن يكون اعتبار مضي الشهر من باب أنّه الفترة التي يحرز فيها عادة بالانتقال من طهر إلى آخر. ويترتب على ذلك أنّه لو تمّ الإحراز قبل مضي الفترة المذكورة كان ذلك كافياً للحكم بصحة الطلاق.

ولكن مع ذلك كلّه يبقى الاحتياط باعتبار مضي الشهر حتى مع تحقّق الإحراز قبله أمراً وجيهاً.

(١) وسائل الشريعة ٢٢: ٥٧ الباب ٢٦ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٥.

١٦ - وأما أحوطية اعتبار مضي ثلاثة أشهر فلموثقة إسحاق بن عمار الأخرى: «قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الغائب الذي يطلق أهله كم غيبته؟ قال: خمسة أشهر، ستة أشهر. قال: حُدِّدْ دُونَ ذَا قَالَ: ثلاثة أشهر»^(١)، فَإِنَّ ظَاهِرَهَا وَإِنْ كَانَ يَقْتَضِي الإِلْزَامَ بِمُضِيِّ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ إِلَّا أَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ رَفْعِ الْيَدِ عَنْ ذَلِكَ لِلْمَوْثُوقِ الْمُتَقَدِّمِ وَلَعَدَمِ احْتِمَالِ أَنَّ مُضِيَ الْمُدَّةِ الْمَذْكُورَةِ مُعْتَبَرٌ حَتَّى مَعَ الْجُزْمِ بِالانتقال من طهر إلى آخر، فَإِنَّ حَالَ الْغَائِبِ لَيْسَتْ أَسْوَأَ مِنْ حَالِ الْحَاضِرِ.

وعليه فمع الجزم بالانتقال لا يعتبر مضي ثلاثة أشهر وإن كان ذلك أحوط حفاظاً على العمل بظاهر الموثقة.

١٧ - وأما إِنَّ الْحَاضِرَ بِحُكْمِ الْغَائِبِ إِذَا لَمْ يُمْكِنَهُ مَعْرِفَةُ حَالِ زَوْجَتِهِ فَلَمَّا تَقَدَّمَ مِنْ عَدَمِ احْتِمَالِ أَنْ تَكُونَ لَغِيْبَةِ الْمُطْلَقِ مَوْضُوعِيَّةً بَلِ الْخُصُوصِيَّةَ لَعَدَمِ إِمْكَانِ مَعْرِفَةِ حَالِ الزَّوْجَةِ الْمُلَازِمَ عَادَةً لِلْغِيْبَةِ.

وعليه فيسري حكم الغيبة إلى الحضور الذي هو بمنزلتها.

ومَّا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ أَيْضاً صَحِيْحَةُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحِجَّاجِ: «سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عليه السلام عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً سَرّاً مِنْ أَهْلِهَا وَهِيَ فِي مَنْزِلِ أَهْلِهَا وَقَدْ أَرَادَ أَنْ يَطْلُقَهَا وَلَيْسَ يَصِلُ إِلَيْهَا فَيَعْلَمُ طَمَثَهَا إِذَا طَمَثَتْ وَلَا يَعْلَمُ بِطَهَرِهَا إِذَا طَهَرَتْ قَالَ: فَقَالَ: هَذَا مِثْلُ الْغَائِبِ عَنْ أَهْلِهِ يَطْلُقُ بِالْأَهْلَةِ وَالشُّهُورِ...»^(٢).

١٨ - وأما استثناء الحامل المستبين حملها فهو لما تقدّم من الروايات الواردة بلسان: «خمس يطلقهن أزواجهن متى شأوا: الحامل المستبين حملها...».

وأما إِنَّهُ يَصِحُّ طَلَاْقُهَا حَتَّى إِذَا لَمْ تَكُنْ عَلَى طَهَرٍ أَوْ كَانَتْ فِي طَهَرِ الْمَوَاقِعَةِ

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٥٨ الباب ٢٦ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٨.

(٢) وسائل الشيعة ٢٢: ٦٠ الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ١.

فللتقريبات الثلاثة المتقدمة في الرقم «١٣».

١٩ - وأما استثناء غير المدخول بها والصغيرة واليائس فللروايات المتقدمة نفسها.

وإذا قيل: لم نحمل فقرة «والجارية التي لم تحض» على خصوص الصغيرة ولا نحملها على مطلق الجارية التي لا تحيض ولو كانت في سن من تحيض، كما هو المنسوب إلى شرح النافع^(١)؟

قلنا: إنَّ الوارد في الفقرة المتقدمة: «والجارية التي لم تحض» لا «والجارية التي لا تحيض» والتعبير المذكور ظاهر في الجارية التي لم يحن وقت حيضها. هذا مضافاً إلى أنَّ الوارد في بعض روايات المسألة: «والتي لم تبلغ المحيض»^(٢)، وهو صريح في المدعى.

٢٠ - وأما إنَّ المسترابة يجوز طلاقها بعد مضي ثلاثة أشهر من الواقعة الأخيرة فلم ينسب فيه الخلاف لأحد^(٣). ويدل عليه صحيح إسماعيل بن سعد الأشعري: «سألت الرضا عليه السلام عن المسترابة من المحيض كيف تطلق؟ قال: تطلق بالشهور»^(٤).

وإذا كان في المراد من كلمة «الشهور» إجمال لعدم تشخيص عدد الأشهر فيمكن من خلال مراجعة روايات عدة المرأة المسترابة^(٥) تحصيل الاطمئنان بإرادة ثلاثة أشهر.

(١) الحداائق الناضرة ٢٥: ١٧٩ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٢: ٥٦ الباب ٢٥ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٥ .

(٣) جواهر الكلام ٣٢: ٤٤ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٢: ١٨٩ الباب ٤ من أبواب العدد، الحديث ١٧ .

(٥) وسائل الشيعة ٢٢: ١٨٣ الباب ٤ من أبواب العدد .

على أنه ورد في رسالة داود بن أبي يزيد العطار عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن المرأة يستراب بها ومثلها تحمل ومثلها لا تحمل ولا تحيض وقد واقعها زوجها كيف يطلقها إذا أراد طلاقها؟ قال: ليمسك عنها ثلاثة أشهر ثم يطلقها»^(١) التصريح بذلك. وهي وإن كانت رسالة إلا أن ضمها إلى تلك يوجب الاطمئنان بإرادة ذلك.

هذا ويمكن أن يقال: إن كلمة «الشهور» جمع يصدق على الثلاثة، وإرادة الأقل غير محتملة، وإرادة ما زاد تحتاج إلى دليل، ومقتضى الإطلاق الاكتفاء بالثلاثة.

٢١ - وأما إنه لا طلاق في عقد التمتع فأمر متسالم عليه^(٢). واستدل له في الحدائق بما دل على حصول الفرقة بانتهاء المدة بلا حاجة إلى طلاق، كصحيح محمد بن إسماعيل عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: «قلت له: الرجل يتزوج المرأة متعة سنة أو أقل أو أكثر، قال: إذا كان شيئاً معلوماً إلى أجل معلوم قال: قلت: وتبين بغير طلاق؟ قال: نعم»^(٣).

وفيه: أن هذا المضمون تكرر في الروايات إلا أنه لا ينفي إمكان وجود سبب ثان لتحقيق الفرقة - أثناء المدة - وهو الطلاق.

ومن هنا قال في الجواهر: «لم يحضرنى من النصوص ما يدل على عدم وقوع الطلاق بالتمتع بها. نعم فيها ما يدل على حصوله بانقضاء المدة بهبتها ولكن ذلك لا يقتضي عدم صحته عليها لإمكان تعدد الأسباب»^(٤).

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٩١ الباب ٤٠ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ١.

(٢) جواهر الكلام ٣٢: ٢٨.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٥٨ الباب ٢٥ من أبواب المتعة، الحديث ١.

(٤) جواهر الكلام ٣٢: ٢٨.

هذا وبالإمكان تحصيل بعض الروايات على ذلك من قبيل رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «المتعة ليست من الأربع لأنها لا تطلق ولا تترث وإنما هي مستأجرة»^(١)، ورواية الحسن الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام: «قلت: رجل طلق امرأته طلاقاً لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فتزوجها رجل متعة أتحل للأول؟ قال: لا، لأن الله يقول: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ فَإِنْ طَلَّقَهَا عليه السلام ^(٢) والمتعة ليس فيها طلاق»^(٣).

وهاتان الروايتان إن تمَّ سندهما - ولم يناقش في الأولى بالقاسم بن عروة وفي الثانية بالصيقل - كانتا هما المستند وإلا انحصر المدرك بالتسالم.

٢٢ - وأما تحقق الفرقة بهبة ما تبقى من المدة فأمر متسالم عليه. وتدل عليه صحيحة علي بن رثاب: «كتبت إليه أسأله عن رجل تمتع بامرأة ثم وهب لها أيامها قبل أن يفضي إليها أو وهب لها أيامها بعد ما أفضي إليها هل له أن يرجع فيما وهب لها من ذلك؟ فوقع عليه السلام: لا يرجع»^(٤) وغيرها.

٢٣ - وأما اعتبار الإشهاد في الطلاق فهو من شعار الإمامية. وقد تقدّم في بداية البحث عن النكاح حوار الإمام الكاظم عليه السلام مع أبي يوسف القاضي فراجع.

ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ... فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوْيَ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾^(٥).

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٧٧ الباب ٤٣ من أبواب المتعة، الحديث ١.

(٢) البقرة: ٢٣٠.

(٣) وسائل الشيعة ٢٢: ١٣٢ الباب ٩ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ٤.

(٤) وسائل الشيعة ٢١: ٦٣ الباب ٢٩ من أبواب المتعة، الحديث ١.

(٥) الطلاق: ١ - ٢.

واحتمال رجوع الأمر بالإشهاد إلى الإمساك والرجعة بعيد لتخلل الفاصل المانع من ذلك.

والروايات في المسألة كثيرة كادت تبلغ حدّ التواتر، كصحیحة الفضلاء عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليه السلام: «... وإن طَلَّقَهَا في استقبال عدَّتْها طاهراً من غير جماع ولم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقه إياها بطلاق» ^(١) وغيرها.

ثم إنّه ورد في بعض الروايات ما يوهم بعدم اعتبار العدالة في الشاهدين، كما في صحیحة عبد الله بن المغيرة: «قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام: رجل طَلَّق امرأته وأشهد شاهدين ناصبين، قال: كل مَنْ وُلِدَ على الفطرة وعرف بالصلاح في نفسه جازت شهادته» ^(٢) وعلى منوالها صحیحة البرنظي ^(٣).

وهما إن أمكن توجيههما - بدلالتهما على سعة معنى العدالة لما يشمل حسن الظاهر والمعروفة بالصلاح - وإلاّ يلزم طرحهما لمخالفتها لصريح القرآن الكريم.

٢٤ - وأما عدم اعتبار تشخيص المطلقة بنحو تصح الشهادة عليها فهو المشهور. وخالف في ذلك صاحب المدارك قائلاً: «...فما اشتهر بين أهل زماننا من الاكتفاء بمجرد سماع العدلين صيغة الطلاق وإن لم يعلما المطلق والمطلقة بوجه بعيد جداً بل الظاهر أنّه لا أصل له في المذهب، فإنّ النص والفتوى متطابقان على اعتبار الإشهاد. وبمجرد سماع صيغة لا يعرف قائلها لا يسمّى

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٦ الباب ١٠ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩٣ الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٥.

(٣) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٧ الباب ١٠ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٣.

إشهاداً قطعاً^(١).

وما أفاده قابل للتأمل، فإنَّ اعتبار المعرفة التفصيلية لا دليل عليه بل الدليل على عدمه، وهو إطلاق أدلة اعتبار الشهادة.

ودعوى عدم صدق الإشهاد بدون المعرفة التفصيلية مدفوعة بأنَّ الإشهاد بمرتبه العالية وإن لم يكن صادقاً ولكنه بمرتبة ما صادق، وهو كاف، لعدم الدليل على اعتبار الأكثر.

ويظهر من صاحب الجواهر عدم اعتبار المعرفة الإجمالية أيضاً، فلو كان لشخص عدة زوجات وقال: زوجتي طالق قاصداً لمعينة لا يعرفها الشاهدان كفى ذلك تمسكاً بإطلاق الأدلة^(٢).

هذا ويمكن أن يُضاف إلى التمسك بالإطلاق النصوص الخاصة، كصحيحة صفوان عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: «سُئِلَ عن رجل طهرت امرأته من حيضها فقال: فلانة طالق وقوم يسمعون كلامه ولم يقل لهم اشهدوا أيقع الطلاق عليها؟ قال: نعم هذه شهادة»^(٣)، وصحيحة أبي بصير: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج أربع نسوة في عقدة واحدة أو قال في مجلس واحد ومهورهن مختلفة قال: جائز له ولهن. قلت: رأيت إن هو خرج إلى بعض البلدان فطلق واحدة من الأربع وأشهد على طلاقها قوماً من أهل تلك البلاد وهم لا يعرفون المرأة ثم تزوج امرأة من أهل تلك البلاد بعد انقضاء عدة

(١) الحدايق الناضرة ٢٥: ٢٤٧. ولصاحب المدارك شرح على المختصر النافع من كتاب النكاح إلى آخر النذر باسم نهاية المرام في شرح مختصر شرايع الإسلام. وهو لم يطبع بعد.

(٢) جواهر الكلام ٣٢: ١٠٦.

(٣) وسائل الشيعة ٢٢: ٥٠ الباب ٢١ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٢.

المطلقة ثم مات بعد ما دخل بها كيف يقسم ميراثه؟ قال: إن كان له ولد...»^(١)
وغيرهما.

ومما يؤكد عدم اعتبار المعرفة التفصيلية سيرة المشرعة. قال صاحب الحقائق معلّقاً على مختار صاحب المدارك: «ما ذكرنا من الاكتفاء بالمعرفة الإجمالية هو الذي جرى عليه مشايخنا الذين عاصروناهم وحضرنا مجالس طلاقهم كما حكاه هو أيضاً عما اشتهر في زمانه. وأما ما ادّعاه رحمته فلم أقف له على موافق»^(٢).

٢٥ - وأما إن صيغة الطلاق ما تقدّم فلصحيحة محمد بن مسلم حيث «سأل أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لامرأته: أنت عليّ حرام أو بائة أو بته أو برية أو خلية قال: هذا كله ليس بشيء إنما الطلاق أن يقول لها في قبل العدة بعد ما تطهر من حيضها قبل أن يجامعها: أنت طالق أو اعتدي يريد بذلك الطلاق ويُشهد على ذلك رجلين عدلين»^(٣) وغيرها.

والمذكور فيها جملة: «أنت طالق» ولكنه يتعدى إلى غيرها ممّا اشتمل على كلمة «طالق» من جهة أنّه في الطلاق لا يلزم أن يواجه الزوج به زوجته ويخاطبها به بل يجوز إيقاعه عند غيبتها التي لا يتأتى معها الخطاب بضمير «أنت». وهل يتحقّق الطلاق بجملة «اعتدي»؟ المناسب ذلك - لو لم يثبت تسالم على الخلاف - تمسكاً بالصحيحة المذكورة وغيرها. ونسب القول بذلك إلى ابن الجنيد^(٤).

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٥١ الباب ٢٣ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ١.

(٢) الحقائق الناضرة ٢٥: ٢٥١.

(٣) وسائل الشيعة ٢٢: ٤١ الباب ١٦ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٣.

(٤) الحقائق الناضرة ٢٥: ١٩٩.

إلاَّ أنه إذا ثبت تسالم الأصحاب على عدم القول بذلك فالمتعين الاختصار على الصيغة المتقدمة ولا أقل من كون ذلك هو مقتضى الاحتياط اللازم.

٢٦ - وأما أجزاء الترجمة عند تعذر النطق بالعربية فلاَّ الطلاق لم يُشرع لخصوص العرب.

وهل يلزم توكيل العربي إن أمكن؟ المناسب هو العدم، لعدم الدليل على ذلك. أجل.. الاحتياط بالتوكيل أمر لا ينبغي تركه.

٣- أقسام الطلاق

ينقسم الطلاق إلى القسمين التاليين:

الأول: بدعي. وهو ما كان فاقداً لشيء من الشرائط المتقدمة. وحكمه البطلان.

ويلحق بالقسم المذكور الطلاق ثلاثاً من دون تخلل رجعة في البين - بأن يقول المطلق: أنت طالق ثلاثاً أو يقول: أنت طالق أنت طالق أنت طالق أنت طالق قاصداً بذلك تعدد الطلاق - إلاَّ أنه لا يبطل رأساً بل تقع لدى المشهور طلقة واحدة دون ما زاد.

الثاني: سني. وهو الطلاق الجامع للشرائط المتقدمة، وهو على نحوين:

١ - بائن. وهو ما لا يحق للمطلق الرجوع فيه إلى المطلقة سواء كان لها عدة أم لا، ومصاديقه ستة:

أ - طلاق الصغيرة التي لم تبلغ سن الحيض حتى مع فرض

الدخول بها عمداً أو اشتباهاً.

ب - طلاق اليأس.

ج - الطلاق قبل الدخول.

والمطلقة في هذه الأنحاء الثلاثة للطلاق ليست لها عدة.

د - المطلقة بالطلاق الثالث المسبوق بطلاقين قد تعقبتهما عودة
برجوع أو عقد جديد فإنها تحرم على زوجها حتى ينكحها رجل
آخر ويفارقها بموت أو طلاق. فيجوز آنذاك للأول العقد عليها
بعد انتهاء العدة.

هـ - طلاق الخلع والمباراة مع عدم رجوع الزوجة في ما بذلت.

و - طلاق الحاكم الشرعي لزوجته الممتنع من الإنفاق والطلاق.

٢ - رجعي. وهو ما يحق للمطلق الرجوع فيه في العدة سواء
رجع بالفعل أم لا، ومصادقه كل ما عدا الأفراد الستة المتقدمة.
ثم إن الرجعي ينقسم بدوره إلى عدّي وغيره.

ويُراد بالعدّي أن يطلق الزوج زوجته على الشرائط ثم يراجع قبل
الخروج من العدة ويواقع ثم يطلقها في غير طهر المواقعة ثم
يراجعها ويواقعها ثم يطلقها في طهر آخر. وبذلك تحرم عليه
حتى تنكح زوجاً غيره، فإذا طلقها أو مات جاز للأول الزواج بها
بعد انتهاء العدة.

هذا هو الطلاق العدّي. وإذا تكرر حرمت في السادس أيضاً حتى
تنكح آخر بالشكل المتقدم، وفي التاسع تحرم مؤبداً.

والطلاق العدِّي بالمعنى المذكور متَّقوم بأمرين :
أحدهما: تخلُّل رجعتين. ولا يكفي وقوع عقدين جديدين أو
عقد ورجعة.

ثانيهما: تحقُّق الواقعة بعد كل رجعة.
فطلاق العدة على هذا مركَّب من ثلاث طلاقات: ثنتان منها
رجعيةٌ وواحدة - وهي الثالثة - بائة.

ولا خلاف في تحقُّق الحرمة المؤبَّدة بالطلاق التاسع في الطلاق
العدِّي بالتفسير المذكور. كما لا خلاف - من غير ابن بكير - في
تحقُّق الحرمة في كل طلاق ثالث بأي شكل اتَّفَق. وإنَّما الخلاف
في تحقُّق الحرمة المؤبَّدة في الطلاق التاسع فيما إذا لم يكن
عدِّيًّا بالمعنى المتقدم والمشهور صار إلى العدم.

ثمَّ إنَّ الطلاق السني له ثلاثة إطلاقات:
أ - سني بالمعنى الأعم. وهو كل طلاق جامع للشرائط مقابل
الطلاق البدعي الفاقد لبعضها. وهذا الإطلاق هو ما تقدَّمت
الإشارة إليه.

ب - سني مقابل العدِّي. وهو ما تتحقَّق به الرجعة في العدة من
دون واقعة.

ج - سني بالمعنى الأخص. وهو ما لا تتحقَّق فيه الرجعة في
العدة بل تنقضي ثم يتزوَّجها الزوج بعقد جديد.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا التقسيم إلى البدعي والسني فهو - كما تقدّم - باعتبار الواجديّة للشرائط المتقدّمة وعدمها، فما كان فاقداً لبعضها هو بدعي نسبة إلى البدعة بمعنى المحرم، أي غير المشروع، وما كان واجداً لها هو سني نسبة إلى السنة بمعنى المشروع.

والمعروف في كلمات بعض الأصحاب - كالمحقق وغيره - اصطلاح البدعي على أقسام ثلاثة من الطلاق غير المشروع - وليس على جميع مصاديقه وإن كانت كلّها باطلة - هي: طلاق الحائض والنفساء في غير موارد الاستثناء، والطلاق في طهر المقاربة، وطلاق الثلاث من غير تخلّل رجعة^(١).

والأمر سهل بعد عدم المشاحة في الاصطلاح.

٢ - وأمّا إنّ البدعي باطل فلائّ المشروع عدم عند عدم شرطه. هذا في مذهبنّا.

وأمّا الجمهور فقد اتّفقت كلمتهم على الصّحّة مع الإثم^(٢).

هذا كلّ في غير الطلاق ثلاثاً بلا تخلّل رجعة، وأمّا هو فيقع واحداً عندنا كما سيّضح وجهه.

٣ - وأمّا الطلاق ثلاثاً بدون تخلّل رجعة فقد اتّفقت كلمة أصحابنا على

(١) شرايع الإسلام ٣: ٥٥٨ انتشارات استقلال .

(٢) قال الجزيري: «إذا طلق الزوج امرأته طلاقاً بدعيّاً فإنّه تُسَنُّ له رجعتها... ويحسب عليه الطلاق البدعي سواء كان واحداً أو أكثر باتّفاق الأئمة الأربعة. وخالفهم بعض الشواذ الذين لا يعوّل على آرائهم». راجع الفقه على المذاهب الأربعة ٤: ٢٧٤ مبحث ما يترتب على الطلاق البدعي من الأحكام.

بطلانه، بمعنى عدم وقوعه ثلاثاً^(١) خلافاً للجمهور^(٢). واتفقت أيضاً على وقوعه واحداً في حالة الولاء، أي تكرار جملة «أنت طالق» ثلاث مرات، واختلفت في حالة الإرسال وعدم التكرار، بأن قيل: «أنت طالق ثلاثاً».

ولو لاحظنا مقتضى القاعدة فالمناسب هو التفصيل، ففي حالة الولاء يقع واحداً لأن جملة «أنت طالق» الأولى تقتضي تحقق الطلاق وتشملها العمومات الدالة على تحقق الطلاق بصيغة «أنت طالق»^(٣). ومجرد تكرارها ثانية وثالثة لا يمنع من صحتها ووقوع الطلاق الواحد.

وأما في حالة الإرسال فمع قصد إيقاع الطلاق بجملة «أنت طالق» ثم اعتبار كونه ثلاثاً عند التلفظ بلفظ «ثلاثاً» فالمناسب وقوع واحد لما تقدم، ومع قصد إيقاع الثلاث بمجموع الجملة لا بخصوص قيد «ثلاثاً» فالمناسب البطلان

(١) جواهر الكلام ٣٢: ١١٦-١١٧.

(٢) قال الجزيري: «يملك الرجل الحر ثلاث طلاقات ولو كان زوجاً لأمة ويملك العبد طلقتين ولو كان زوجاً لحرّة، فإذا طلق الرجل زوجته ثلاثاً دفعة واحدة، بأن قال لها: أنت طالق ثلاثاً لزمه ما نطق به من العدد في المذاهب الأربعة، وهو رأي الجمهور. وخالفهم في ذلك بعض المجتهدين، كطاوس وعكرمة وابن إسحاق، وعلى رأسهم ابن عباس رضي الله عنهم، فقالوا: إنه يقع به واحدة لا ثلاث، ودليل ذلك ما رواه مسلم عن ابن عباس قال: كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمر: الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة فلو أمضيته عليهم فأمضاه عليهم».

الفقه على المذاهب الأربعة ٤: ٣٠٣ مبحث تعدد الطلاق.

هذا وقد جاءت روايات أهل البيت  ترد بشدة على الطلاق ثلاثاً وأنه لا يقع إلا واحدة أو ليس بشيء وأنه مخالف لكتاب الله عز وجل.

نعم هو مخالف لكتاب الله الناطق بأن «الطلاق مرتان» البقرة: ٢٢٩.

إن تعريف الطلاق بالألف واللام يدل على أن الطلاق المشروع هو المراتان لا غير، وواضح أن عنوان المراتين لا يصدق إلا مع التفرقة بين الطلاقين.

(٣) كصحيحة محمد بن مسلم المشار إليها في الرقم «٢٥» من مبحث شرائط صحة الطلاق.

رأساً لأنَّ ما قصد لا يمكن أن يقع وما يمكن أن يقع لم يقصد.
هذا بمقتضى القاعدة.

ولو رجعنا إلى الروايات وجدناها على طائفتين :

الأولى: ما دلَّت على وقوع طلاق واحد من دون تفصيل بين حالة الولاء وحالة الإرسال. وهي متعدّدة، كصحيحة زرارة عن أحدهما عليه السلام: «سألته عن رجل طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد وهي طاهر قال: هي واحدة»^(١)، وصحيحة الأسدي والحلي وابن حنظلة جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام: «الطلاق ثلاثاً في غير عدّة»^(٢) إن كانت على طهر فواحدة وإن لم تكن على طهر فليس بشيء»^(٣).

الثانية: ما دلَّت على البطلان رأساً، كصحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «مَن طلق ثلاثاً في مجلس فليس بشيء. مَن خالف كتاب الله عزَّ وجلَّ رُدَّ إلى كتاب الله عزَّ وجلَّ وذكر طلاق ابن عمر»^(٤) وغيرها.

وقد جمع في الحقائق بحمل الأولى على حالة الولاء والثانية على حالة الإرسال مستنداً في ذلك إلى أنَّ روايات الطائفة الأولى قد اشتملت على تعبير «الطلاق ثلاثاً» وهو لا يصدق إلّا مع تكرار جملة «أنت طالق» ثلاثاً نظير ما لو قيل: سبح الله عشرًا فإنه لا يصدق على قول: «سبحان الله عشرًا»^(٥).

وفيه: أنَّ التعبير بـ «طلق ثلاثاً في مجلس واحد» وارد في كلتا الطائفتين لا في خصوص الأولى.

-
- (١) وسائل الشيعة ٢٢: ٦٢ الباب ٢٩ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٢ .
(٢) يُراد من الطلاق في غير عدّة: الطلاق الذي لا يتعقّبه رجوع في العدّة .
(٣) وسائل الشيعة ٢٢: ٦١ الباب ٢٩ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ١ .
(٤) وسائل الشيعة ٢٢: ٦٤ الباب ٢٩ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٨ .
(٥) الحقائق الناضرة ٢٥: ٢٣٩ .

ولعلَّ الأنسب حمل الطائفة الثانية على نفي وقوعه ثلاثاً لأنَّ النفي في جملة «فليس بشيء» مطلق فيقيّد بالثلاث بقرينة الطائفة الأولى.

هكذا يُقال أو يقال بحمل الطائفة الثانية على مَنْ طَلَّق ثلاثاً في حالة عدم الطهر بقرينة صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «مَنْ طَلَّق امرأته ثلاثاً في مجلس وهي حائض فليس بشيء». وقد ردَّ رسول الله ﷺ طلاق ابن عمر إذ طَلَّق امرأته ثلاثاً وهي حائض فأبطل رسول الله ﷺ ذلك الطلاق وقال: كل شيء خالف كتاب الله والسنة ردَّ إلى كتاب الله...^(١)، فإنَّ صحيحة أبي بصير بقرينة استشهادها بطلاق ابن عمر واضحة في النظر إلى حالة الطلاق بدون طهر.

وعلى كلا التوجيهين تبقى الطائفة الأولى بلا معارض فيتمسك بإطلاقها لإثبات تحقق طليقة واحدة عند الطلاق ثلاثاً سواء كان بنحو الولاء أم بنحو الإرسال.

اللهمَّ إلاَّ أن يُقال بعدم صدق عنوان الطلاق ثلاثاً في حالة الإرسال - كما هو ليس ببعيد - فينحصر نظر الطائفة الأولى بحالة الولاء ويلزمنا في حالة الإرسال الرجوع إلى مقتضى القاعدة بالبيان المتقدم.

٤ - وأما إنَّ طلاق الصغيرة واليائس وغير المدخول بها بائن فباعتبار أنَّه لا عدَّة لها، ومعه فلا يتمكَّن المطلق من الرجوع إليها. ويأتي إن شاء الله تعالى في مبحث أحكام العدَّة الوجه في عدم وجوب العدَّة على الثلاث المذكورة.

٥ - وأما إنَّ المطلقة بالطلاق الثالث تحرم على زوجها حتَّى ينكحها آخر فهو من ضرورات الفقه بل الدين. ويدل عليه قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكِ بِمَعْرِوفٍ اَوْ تَسْرِيحٍ بِاِحْسَنٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ اَنْ تَاْخُذُوْا مِمَّا اَنْتِيْمُوْهُنَّ شَيْئًا

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٦٤ الباب ٢٩ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٩.

إِلَّا أَنْ يَخَافَ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ﴿١﴾ . وهي بإطلاقها تشمل حالة العودة بعد كل طلقة بالرجوع أو بعقد جديد.

والروايات في المسألة كثيرة، كصحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «المطلقة التطليقة الثالثة لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ويزوق عُسَيْلَتَهَا» ^(٢) وغيرها. وهي مطلقة كآية الكريمة.

٦ - وأما تعميم مفارقة المحلل لما إذا كانت بالموت - بالرغم من التقييد في الآية الكريمة بالطلاق - فباعتبار أن المفهوم من الروايات أن المهم في حصول التحليل ذوق المحلل لعسيلة المطلقة دون تطليقه لها بعنوانه. هذا مضافاً إلى التصريح بالتعميم في موثقة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «... فإذا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا لَمْ تَحِلْ لَهُ حَتَّى تَنْكَحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِذَا تَزَوَّجَهَا غَيْرَهُ وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَطَلَّقَهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا لَمْ تَحِلْ لَزَوْجِهَا الْأَوَّلِ حَتَّى يَذُوقَ الْآخَرَ عَسِيلَتَهَا» ^(٣) وغيرها.

٧ - وأما إنَّ الطلاق في الخلع والمباراة بائن ما دام لم ترجع الزوجة في البذل فمما لا خلاف فيه ^(٤). وتدل عليه صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «الخلع والمباراة تطليقة بائن وهو خاطب من الخطاب» ^(٥).

وأما التقييد بعدم رجوع الزوجة في البذل فلائته مع رجوعها يحق للزوج

(١) البقرة: ٢٢٩ - ٢٣٠ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٢: ١١٤ الباب ٣ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ١٠ .
والعُسَيْلَةُ: الجماع أو اللذة، فإنَّ العرب تسمي كل شيء تستلذه عسلاً .

(٣) وسائل الشيعة ٢٢: ١٢٩ الباب ٧ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ١ .

(٤) جواهر الكلام ٣٣: ٦٢ .

(٥) وسائل الشيعة ٢٢: ١٩٣ الباب ٨ من أبواب العدد، الحديث ١ .

الرجوع أيضاً، وهو مما لا خلاف فيه^(١). وتدل عليه موثقة البقباق عن أبي عبد الله عليه السلام: «المختلعة إن رجعت في شيء من الصلح يقول لأرجعن في بضعك»^(٢).

٨ - وأما إن طلاق الممتنع من الإنفاق والطلاق بائن فلائن النصوص وإن لم تدل على ذلك بل دلت على ثبوت الولاية في الطلاق، كما في صحيحة أبي بصير: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقاً على الإمام أن يفرق بينهما»^(٣) وغيرها، إلا أنه لا بد من كونه بائناً وإلا يلزم نقض الغرض وعدم الفائدة في طلاق الحاكم.

٩ - وأما إن الطلاق الرجعي هو ما جاز للزوج الرجوع فيه سواء رجع بالفعل أم لا فهو من واضحات الفقه، ويدل عليه قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَرْبِّضْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبَعُولُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾^(٤).

١٠ - وأما تفسير الطلاق العددي بما ذكر فهو متسالم عليه^(٥). وتدل عليه صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «... وأما طلاق العدة الذي قال الله عز وجل: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾^(٦) فإذا أراد الرجل منكم أن يطلق امرأته طلاق العدة، فليتظر بها حتى تحيض وتخرج من حيضها ثم يطلقها

(١) جواهر الكلام ٣٣: ٦٣.

(٢) وسائل الشريعة ٢٢: ٢٩٣ الباب ٧ من أبواب الخلع والمباراة، الحديث ٣.

(٣) وسائل الشريعة ٢١: ٥٠٩ الباب ١ من أبواب النفقات، الحديث ٢.

(٤) البقرة: ٢٢٨.

(٥) جواهر الكلام ٣٢: ١٢١، ١٢٨.

(٦) الطلاق: ١.

تطليقة من غير جماع بشهادة شاهدين عدلين ويراجعها من يومه ذلك إن أحبَّ أو بعد ذلك بأيام قبل أن تحيض ويشهد على رجعتها ويواقعها حتى تحيض، فإذا حاضت وخرجت من حيضها طلقها تطليقة أخرى من غير جماع يشهد على ذلك ثم يراجعها أيضاً متى شاء قبل أن تحيض ويشهد على رجعتها ويواقعها وتكون معه إلى أن تحيض الحيضة الثالثة فإذا خرجت من حيضتها الثالثة طلقها التطليقة الثالثة بغير جماع ويشهد على ذلك فعل ذلك فقد بانت منه ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره...»^(١) وغيرها.

ويستفاد من الصحيحة إضافة بعض القيود الأخرى للطلاق أكثر مما نقلناه في تفسير الفقهاء، من قبيل أن يكون الرجوع قبل أن تحيض الحيض الأول ولا يكفي الرجوع أثناء العدة متى ما تحقق.

ثم إنه ذكر الشهيد الثاني في الروضة أن إطلاق الطلاق العدلي على مجموع الطلقات الثلاث المتقدمة يشتمل على المسامحة، فإنَّ الطلاق العدلي هو الأول والثاني دون الثالث، فإنه ليس عدلياً حيث لا يمكن الرجوع فيه^(٢).

والأمر سهل بعد عدم المشاحة في الاصطلاح، فيمكن افتراض وضع مصطلح الطلاق العدلي للطلقات الثلاث بالشكل المتقدم.

١١ - وأما الحرمة المؤبدة بالطلاق التاسع العدلي فمتسالم عليها^(٣). ويدل على ذلك ما رواه زرارة وداود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام: «... والذي يطلق الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ثلاث مرّات وتزوّج ثلاث

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ١٠٨ الباب ٢ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ١.

(٢) الروضة البهيّة ٢: ١٣١.

(٣) جواهر الكلام ٣٢: ١٢٢.

مرّات لا تحل له أبداً^(١) وغيرها.

وليس في السند مَنْ يتأمل فيه سوى المثني - فإنه مشترك بين جماعة لم تثبت وثاقة بعضهم - والأمر فيه سهل بعد رواية البزنطي عنه بناءً على تمامية كبرى وثاقة كل مَنْ روى عنه أحد الثلاثة.

هذا من حيث السند.

وأما الدلالة فالقدر المتيقن منها هو الطلاق العدّي.

١٢ - وأما الحرمة في كل طلاق ثالث - بأي شكل اتفق - حتى تنكح زوجاً آخر فلم ينسب الخلاف فيها إلا إلى عبد الله بن بكير الذي هو من الفطحية^(٢). ويدل على ذلك الكتاب الكريم والروايات المتقدمة في الرقم «٥».

والمنسوب إلى ابن بكير^(٣) أن المطلقة بالطلاق الثالث لا تحرم على زوجها بل إذا انتهت عدة الطلاق الثالث جاز لزوجها العقد عليها بلا توقف على نكاح شخص آخر فيما إذا لم يكن الطلاق عدّيّاً، وأما العدّي فلا خلاف فيه حتى منه.

ومستنده في ذلك غير واضح، فتارة يستند إلى رواية رفاعه، وأخرى إلى أن ذلك أمر رزقه الله إياه.

روى الشيخ الكليني عن حميد بن زياد عن ابن سماعة عن محمد بن زياد وصفوان عن رفاعه عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجل طلق امرأته حتى

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ١٢٠ الباب ٤ من أقسام الطلاق، الحديث ٤.

(٢) جواهر الكلام ٣٢: ١٢٨.

(٣) وربما يظهر ذلك من الشيخ الصدوق أيضاً في كتاب مَنْ لا يحضره الفقيه ٣: ٣٢٠.

والرأي المذكور لابن بكير قد أشارت إليه الرواية الآتية ونقل في جواهر الكلام ٣٢: ١٢٩، والروضة البهيّة ٢: ١٣١ وغيرهما.

بانت منه وانقضت عدتها ثم تزوجت زوجاً آخر فطلّقها أيضاً ثم تزوجت زوجها الأوّل أيهدم ذلك الطلاق الأوّل؟ قال: نعم. قال ابن سماعة: وكان ابن بكير يقول: المطلّقة إذا طلّقها زوجها ثم تركها حتّى تبين ثم تزوجها فإنّها هي على طلاق مستأنف. قال: وذكر الحسين بن هاشم أنّه سأل ابن بكير عنها فأجاب بهذا الجواب فقال: سمعت في هذا شيئاً؟ قال: رواية رفاعه. قال: إنّ رفاعه روى إذا دخل بينهما زوج فقال: زوج وغير زوج عندي سواء. فقلت: سمعت في هذا شيئاً؟ قال: لا، هذا ممّا رزق الله من الرأى. قال ابن سماعة: وليس نأخذ بقول ابن بكير، فإنّ الرواية إذا كان بينهما زوج^(١).

ومناقشة رأي ابن بكير واضحة، فإنّ مقتضى إطلاق الآية الكريمة والرواية المتقدمتين في الرقم «٥» عدم الفرق بين الطلاق العدّي وغيره في تحقّق الحرمة بالطلاق الثالث حتّى تنكح زوجاً غيره. ولا مقيد للإطلاق المذكور سوى صحيحة رفاعه، ولكنّها خاصّة بما إذا تزوّج رجل آخر بالمطلّقة بعد الطلاق، ومحل الكلام فيما إذا لم يتخلّل الزواج بآخر بين الطلقات.

١٣- وأمّا الحرمة المؤبّدة في الطلاق التاسع إذا لم يكن عدّيّاً فالمشهور عدمها^(٢).

والمناسب عدم الفرق بين العدّي وغيره، ففي كليهما تثبت الحرمة المؤبّدة في الطلاق التاسع لإطلاق معتبرة زرارة ودادود بن سرحان المتقدّمة في الرقم «١١». ولا وجه لتخصيصها بالطلاق العدّي إلّا إذا تمّ إجماع تعبدي على ذلك.

قال في الجواهر - بعد ذكر معتبرة زرارة ودادود وغيرها من الروايات الأخرى - ما نصّه: «إلّا أنّ الجميع كما ترى لا صراحة فيه في اشتراط التحريم

(١) وسائل الشريعة ٢٢: ١١٤ الباب ٣ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ١١.

(٢) جواهر الكلام ٣٢: ١٢٩.

بالتسع في الطلاق العدي على الوجه المزبور في اشتراط التحريم بالتسع في الطلاق العدي على الوجه المزبور بل ظاهره الإطلاق. فالعمدة حينئذٍ الإجماع^(١).

والمناسب تحفظاً من مخالفة المشهور أو الإجماع المدعى للتنزل من الفتوى بالتعميم إلى الاحتياط.

١٤ - وأما الإطلاقات الثلاثة للطلاق السني فالوجه فيها:

أما بالنسبة إلى الإطلاق الأول فواضح لأن كل طلاق جمع الشرائط فهو سني، بمعنى أنه مشروع.

وأما بالنسبة إلى الإطلاق الثاني فلأن ظاهر صحيحة زرارة المتقدمة في الرقم «١٠» اختصاص الطلاق العدي بما تحقق فيه الرجوع بعد الطلاق والمواقعة، ومعه فالطلاق الذي يتحقق الرجوع بعده بلا موقعة هو سني بالمعنى المقابل للعدي.

وأما بالنسبة إلى الإطلاق الثالث فلصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «طلاق السنة يطلقها تطليقة يعني على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين ثم يدعها حتى تمضي أقرأؤها فإذا مضت أقرأؤها فقد بانت منه وهو خاطب من الخطّاب إن شاءت نكحته وإن شاءت فلا...»^(٢).

٤- أحكام العدة

تجب العدة - بمعنى وجوب التربص على المرأة فترة معينة بترك الزواج فيها إمّا مع ثبوت الحق لزوجها في الرجوع إليها أو بدونه

(١) جواهر الكلام ٣٢: ١٢٢ .

(٢) وسائل الشريعة ٢٢: ١٠٤ الباب ١ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ٢ .

- على:

١ - المطلقة فيما إذا كانت مدخولاً بها ولم تكن صغيرة ولا يائساً وإلا فلا عدة عليها. ومقدارها ثلاثة قروء، أي ثلاثة أطهار. ويكفي في الطهر الأول مسماه فإذا طلقت وقد بقيت من طهرها فترة قليلة ثم مرَّ بها طهران تامان آخران فبمجرد رؤية دم الحيضة الثالثة تخرج من العدة.

هذا في غير المسترابة. وأمّا هي - بأن كانت لا تحيض وهي في سن من تحيض - فعدتها ثلاثة أشهر.

كما أن هذا كله في غير الحامل. وأمّا الحامل فتنتهي عدتها بوضع الحمل. ٢ - المتوفى عنها زوجها. ومقدارها أربعة أشهر وعشرة أيام. من دون فرق بين حالات الزوج من كونه كبيراً أو صغيراً. ومن دون فرق بين حالات الزوجة من كونها صغيرة أو كبيرة، يائساً أو لا، مدخولاً بها أو لا، دائمة أو متمتعاً بها.

هذا في غير الحامل.

وأمّا الحامل فعدتها أبعد الأجلين من المدة المذكورة ووضع الحمل.

ويلزم الزوجة إذا كانت بالغة عاقلة الحداد خلال عدة الوفاة، وذلك بترك كل ما يعدُّ زينة بحسب العرف الاجتماعي الذي تعيشه، فيلزم ترك التزيّن بالكحل والطيب والخضاب والحمرة

والملابس التي تعدُّ زينة عرفاً وما شاكل ذلك.
ويجوز مثل تنظيف البدن وتمشيط الشعر وما شاكل ذلك ممَّا لا
يعدُّ زينة.

٣ - الموطوءة شبهة. وعدَّتْها عدَّة المطلقة.

٤ - المفسوخ عقدها بعد الدخول بفسخ لعيب ونحوه أو بانفساخ
لارتداد أو رضاع ونحوهما. وعدَّتْها كعدَّة المطلقة.
أجل إذا ارتدَّ الزوج عن فطرة فالعدَّة عدَّة الوفاة.
٥ - المتمتع بها. وعدَّتْها حيضتان كاملتان بعد انتهاء الأجل أو هبة
المقدار المتبقَّى.

هذا إذا لم تكن حاملاً.

وأما الحامل فعدَّتْها إن لم تكن من الوفاة تنتهي بوضع الحمل،
وإن كانت منها فأبعد الأجلين من ذلك ومن أربعة أشهر وعشرة
أيَّام.

والمستند في ذلك:

١ - أمَّا وجوب العدَّة في الجملة فهو من واضحات الفقه بل من
ضروريَّات الدين. ويدل عليه الكتاب الكريم في جملة من المواضع، كقوله
تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ
إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾^(١)، ﴿وَالَّتِي يَسِّنُّ مِنَ

الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبَتْمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَتْ
الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ^(١)، ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا
يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا^(٢)﴾، ﴿... ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ
تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا^(٣)﴾.

وأما الروايات فهي فوق حد الإحصاء. وسياфик بعضها في ما يلي من
أبحاث إن شاء الله تعالى.

٢ - وأما تفسير العدة بما تقدم فهو من واضحات الفقه. وتدل عليه الآيات
الكريمة السابقة.

٣ - وأما وجوب العدة على المطلقة فقد اتضح مما سبق. وأما عدم
وجوب العدة على غير المدخول بها فهو مما لا كلام فيه. ويدل عليه قوله تعالى:
﴿... ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا^(٤)﴾،
والروايات الشريفة، كصححة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ
امْرَأَتَهُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا تَطْلِيقًا وَاحِدَةً فَقَدْ بَانَ مِنْهُ وَتَزَوَّجَ مِنْ سَاعَتِهَا إِنْ
شَاءَ^(٥)» وغيرها.

٤ - وأما الصغيرة واليائس فالمشهور بين الأصحاب عدم ثبوت العدة
عليهما. وخالف في ذلك السيّد المرتضى فأثبتها عليهما^(٥).
ومنشأ الخلاف في ذلك أمران: الآية الكريمة والروايات.

(١) الطلاق : ٤ .

(٢) البقرة : ٢٣٤ .

(٣) الأحزاب : ٤٩ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٢ : ١٧٦ الباب ١ من أبواب العدد، الحديث ٣ .

(٥) الحداق الناضرة ٢٥ : ٤٣١ .

أما الآية الكريمة: ﴿وَالَّتِي يَلْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبَتْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ...﴾^(١) فقد استدلل بها السيد المرتضى على مدعاه بتقريب أنها تدل بوضوح على ثبوت العدة ثلاثة أشهر للآيسات واللائي لم يحضن. ولا يوجد ما يحول دون الأخذ بذلك سوى الشرط - «إِنْ ارْتَبَتْ» - فإنه لا يتلاءم مع افتراض عدم بلوغ سن الحيض أو تجاوزه ولكنه يمكن تفسيره بالجهل، أي إنَّ عدتهن ثلاثة أشهر إن كنتم جاهلين وغير عالين بمقدارها.

ويؤيده ما ورد في شأن النزول من أنَّ البعض سأل النبي ﷺ عن السبب في عدم ذكر عدد بعض النساء - كالكبار والصغار وأولات الأحمال - في القرآن الكريم فنزلت الآية الكريمة.

هذا هو المقصود من الارتباب. وليس المقصود الارتباب في أنها يائس أو لا، إذ فرض في الآية الكريمة اليأس من الحيض، ومع الارتباب بالمعنى المذكور لا يأس.

هذا توضيح ما أفاده ﷺ^(٢).

وأما الروايات فهي على طائفتين، فهناك مجموعة تبلغ أربعاً أو أكثر دلت على عدم ثبوت العدة لليائس والصغيرة، كصحيحة حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن التي قد يئست من المحيض والتي لا تحيض مثلها، قال: ليس عليها عدة»^(٣) وغيرها.

وهناك مجموعة تقرب من مقدار الطائفة الأولى دلت على ثبوت العدة

(١) الطلاق : ٤ .

(٢) الحداق الناضرة ٢٥ : ٤٣٣ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٢ : ١٧٨ الباب ١ من أبواب العدد، الحديث ٣ .

عليهما وأنها ثلاثة أشهر، كصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «عدة المرأة التي لا تحيض والمستحاضة التي لا تطهر والجارية التي قد يئست ولم تدرك الحيض ثلاثة أشهر...»^(١).

وهذا الاختلاف بين الروايات هو سبب آخر لعدم وضوح حكم المسألة. والسيد المرتضى لم يعر أهمية للأخبار المذكورة، ولعل ذلك نشأ من مبناه في مسألة حجية الخبر.

وأما رأي المشهور ففي مقام الدفاع عنه يمكن أن يقال:

أما بالنسبة إلى الآية الكريمة فالمناسب لو كان المقصود ما ذكره السيد المرتضى في تفسير معنى الارتباب التعبير بالجهل دون الارتباب. على أن جميع الأحكام واردة في حالة الجهل بها فلا وجه لتقييد خصوص الحكم المذكور بذلك.

وعليه يتعين أن يكون المقصود: إن ارتبتم في تحقق اليأس هن واقعاً وعدمه فعدّتهن... ولازم ذلك أنه مع عدم الارتباب - بأن كان يجزم باليأس - فلا عدة عليهن لا بالأقراء ولا بالأشهر إذ لا يحتمل ثبوت عدة عليهن بشكل آخر.

والتعبير عنهن بـ ﴿وَالَّتِي يَسْنَنُ مِنَ الْمَحِيضِ﴾ وجيه بعد افتراض أنهن أشرفن على سن اليأس واحتمل ذلك في حقهن.

وأما قوله: ﴿وَالَّتِي يَسْنَنُ مِنَ الْمَحِيضِ﴾ فليس من البعيد أن يكون المراد منه: واللاتي لم يحضن إن ارتبتم فعدّتهن ثلاثة أشهر. والارتباب لا يتصور في

(١) وسائل الشريعة ٢٢: ١٨٠ الباب ٢ من أبواب العدد، الحديث ٨.

حق التي لم تحض إلا إذا فرض أنها في سن من تحيض ولم تحض.
وعليه فالآية الكريمة أجنبية عن الصغيرة التي هي ليست في سن من تحيض.
يبقى أنه لو كان المقصود من الإرتياب هذا المعنى فالمناسب أن يعبر: إن
ارتبن لا «إن ارتبتم».

والجواب: أن التعبير المذكور وجيه بعد أن كان إرتياب الرجال يؤثر على
موقفهم، حيث لا يجوز لهم آنذاك الزواج بهن أثناء الأشهر الثلاثة ويجوز
لأزواجهن الرجوع إليهن.
وأما بالنسبة إلى الروايات فإذا أمكن الجمع بحمل الثانية على الاستحباب
بقريئة الأولى فلا إشكال.

وإذا لم يمكن ذلك لعدم عرفة الجمع المذكور يلزم ترجيح الأولى لموافقة
الثانية للتقية^(١).

ومع التنزل يلزم التعارض والتساقط. ومن ثم لا يبقى دليل على لزوم
العدة على اليأس والصغيرة ويكون المرجع هو إطلاق جواز النكاح. وعلى
جميع التقادير الثلاثة تعود النتيجة واحدة.

٥ - وأما إن العدة ثلاثة قروء فلصريح الآية الكريمة: ﴿وَالْمُطَلَّقَتُ
يَرَبِّصْنَ أَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ...﴾^(٢).

وأما إن القراء هو بمعنى الطهر دون الحيض فالروايات فيه متعارضة،
فهناك مجموعة دلت على أنه بمعنى الطهر ومجموعة أخرى على أنه بمعنى

(١) نقل الجزيري في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ٤: ٤٨٢ أن الحنفية قالوا بثبوت العدة على
الصغيرة. وهكذا المالكية والشافعية قالت بثبوت العدة عليها لو كانت تطيق الوطء.

(٢) البقرة: ٢٢٨.

الحيض.

مثال الأولى: صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «الأقراء هي الأطهار»^(١). وفي صحيحته الأخرى: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: سمعت ربيعة الرأي يقول: من رأيي أن الأقراء التي سمى الله عز وجل في القرآن إنما هو الطهر فيما بين الحيضتين، فقال: كذب، لم يقل برأيه ولكنه إنما بلغه عن علي عليه السلام فقلت: كان علي عليه السلام يقول ذلك؟ فقال: نعم، إنما القراء الطهر الذي يقرأ فيه الدم فيجمعه فإذا جاء المحيض دفعه»^(٢) وغيرهما.

ومثال الثانية: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «عدة التي تحيض ويستقيم حيضها ثلاثة قروء، وهي ثلاث حيض»^(٣). والتعارض بين الطائفتين مستقر.

ويمكن ترجيح الأولى إما لأنها مخالفة للتقية - حسب دعوى الشيخ الطوسي^(٤) أو لموافقتها للكتاب الكريم إما ببيان أن القراء عبارة عن الجمع، وجمع الدم وحسبه يتحقق في حالة الطهر - كما تشير إلى ذلك صحيحة زرارة المتقدمة - فيكون القراء متحققاً حالة الطهر أو ببيان أن ظاهر الآية الكريمة أن مدة التبرص التي هي ثلاثة قروء تبدئ من حين الطلاق، وذلك لا يتم إلا بتفسير القراء بالطهر.

٦ - وأما إنه يكفي في الطهر الأول مساه، ومن ثم يكفي في انتهاء العدة مجرد رؤية دم الحيضة الثالثة فتدل عليه الروايات الكثيرة، كصحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «قلت له: أصلحك الله رجل طلق امرأته على طهر من غير جماع

(١) وسائل الشريعة ٢٢: ٢٠١ الباب ١٤ من أبواب العدد، الحديث ٣.

(٢) وسائل الشريعة ٢٢: ٢٠١ الباب ١٤ من أبواب العدد، الحديث ٤.

(٣) وسائل الشريعة ٢٢: ٢٠٢ الباب ١٤ من أبواب العدد، الحديث ٧.

(٤) نقل ذلك الحر العاملي في وسائله ٢٢: ٢٠٣ الباب ١٤ من أبواب العدد، في ذيل الحديث ٧.

بشهادة عدلين، فقال: إذا دخلت في الحيضة الثالثة فقد انقضت عدتها وحلت للأزواج، قلت له: أصلحك الله إن أهل العراق يروون عن علي عليه السلام أنه قال: هو أحق برجعته ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة، فقال: فقد كذبوا^(١) وغيرها، فإن مقتضى إطلاق قوله عليه السلام: «إذا دخلت في الحيضة الثالثة فقد انقضت عدتها» أنه برؤية الدم الثالث تنتهي العدة سواء كان الطلاق قد وقع في بداية الطهر الأول أو قبيل نهايته بلحظة.

وبناءً على هذا فأقل زمان يمكن تحقق العدة فيه ستة وعشرون يوماً ولحظتان، بأن يفترض أن طهرها الأول لحظة ثم تحيض ثلاثة أيام ثم ترى أقل الطهر عشرة أيام ثم تحيض ثلاثة أيام ثم ترى أقل الطهر عشرة أيام ثم تحيض، وبمجرد رؤية هذا الدم الأخير لحظة من أوله تنقضي العدة. وطبيعي أن هذه اللحظة الأخيرة خارجة عن العدة ودورها دور الكاشف عن تمامية الطهر الثالث.

٧- وأما إن عدة المسترابة ثلاثة أشهر فيدل عليه قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي بَلَغَتْ مِنَ الْمَحِيضِ مِائَةً لَوْ أَنَّ أَرْبَعَهُ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ...﴾^(٢)، فإن فقرة «وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ» تدل على المطلوب، أي واللائي لم يحضن إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر. والإرتياب في التي لا تحيض لا يتصور إلا في المسترابة كما تقدم في الرقم «٤».

والأخبار في المسألة كثيرة، كصحيفة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «عدة المرأة التي لا تحيض والمستحاضة التي لا تطهر ثلاثة أشهر...»^(٣) وغيرها.

(١) وسائل الشريعة ٢٢: ٢٠٤ الباب ١٥ من أبواب العدد، الحديث ١.

(٢) الطلاق: ٤.

(٣) وسائل الشريعة ٢٢: ١٨٦ الباب ٤ من أبواب العدد، الحديث ٧.

٨ - وأَمَّا إِنْ عَدَّةَ الحَامِلِ تَنْتَهِي بِوَضْعِ الحَمْلِ فَهُوَ المَشْهُورُ^(١). ويدل عليه قوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٢)، والروايات الشريفة، كصحيحه زرارة عن أبي جعفر^(٣): «طلاق الحامل واحدة فإذا وضعت ما في بطنها فقد بانَتْ منه»^(٣) وغيرها.

وفي مقابل ذلك قول الشيخ الصدوق وآخرين بأنَّ عَدَّتْهَا أَقْرَبُ الْأَجْلِينَ من الوضع والأقراء أو ثلاثة أشهر تمسكاً بصحيحه أبي الصباح عن أبي عبد الله^(٤): «طلاق الحامل واحدة، وعَدَّتْهَا أَقْرَبُ الْأَجْلِينَ»^(٤)، وصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله^(٥): «طلاق الحبل واحدة وأجلها أن تضع حملها وهو أقرب الأجلين»^(٥) وغيرهما^(٦).

ولا يخفى أنَّ «الواو» في فقرة: «وهو أقرب الأجلين» حالية لا استثنائية، إذ قد يكون الوضع أقرب الأجلين وقد لا يكون.

هذا قول الشيخ الصدوق.

ولا تبعد وجاهته لأنَّ الآية الكريمة والطائفة الأولى من الروايات مطلقة من حيث كون الوضع أقرب الأجلين أو لا فتقيّد بالطائفة الثانية الدالة على أنَّ الوضع تنتهي به العدة فيما إذا كان أقرب الأجلين.

(١) جواهر الكلام ٣٢: ٢٥٢.

(٢) الطلاق: ٤.

(٣) وسائل الشريعة ٢٢: ١٩٣ الباب ٩ من أبواب العدد، الحديث ١.

(٤) وسائل الشريعة ٢٢: ١٩٤ الباب ٩ من أبواب العدد، الحديث ٣.

(٥) وسائل الشريعة ٢٢: ١٩٥ الباب ٩ من أبواب العدد، الحديث ٦.

(٦) جواهر الكلام ٣٢: ٢٥٢.

ولأجل هذا مال صاحب الجواهر إلى القول المذكور^(١).

٩ - وأما إنَّ عدَّة المتوفَّى زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام فهو من ضروريات الفقه بل الدين. ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَرَوْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(٢).
وأما ما تضمنته قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لَّأَزْوَاجِهِمْ مَّتَعًا إِلَى الْحَوْلِ﴾^(٣) فهو تشريع قبل نزول آية العدَّة ومنسوخ بها.

والروايات في المسألة كثيرة، كصحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «إنَّ رسول الله ﷺ قال للنساء: أَفَّ لَكُنَّ قَدْ كُتِنَ قَبْلَ أَنْ أُبْعَثَ فَيَكُنَّ وَأَنَّ الْمَرْأَةَ مِنْكُنَّ إِذَا تُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا أَخَذَتْ بَعْرَةً فَرَمَتْ بِهَا خَلْفَ ظَهْرِهَا ثُمَّ قَالَتْ: لَا أُمْتَشِطُ وَلَا أَكْتَحِلُ وَلَا أَخْتَضِبُ حَوْلًا كَامِلًا، وَإِنَّمَا أُمِرْتُ أَنْ أَبْرُقَ بِأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ثُمَّ لَا تُصْبِرَنَّ»^(٤) وغيرها.

١٠ - وأما التعميم بلحاظ جميع الحالات المتقدمة فلا إطلاق ما تقدَّم من الآية الكريمة والروايات الشريفة.

أجل .. دلَّت رواية محمد بن عمر الساباطي: «سألت الرضا عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة فطلّقها قبل أن يدخل بها قال: لا عدَّة عليها. وسألته عن المتوفَّى عنها زوجها من قبل أن يدخل بها قال: لا عدَّة عليها، هما سواء»^(٥) على اشتراط

(١) جواهر الكلام ٣٢: ٢٥٣.

(٢) البقرة: ٢٣٤.

(٣) البقرة: ٢٤٠.

(٤) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٣٥ الباب ٣٠ من أبواب العدد، الحديث ١.

(٥) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٤٨ الباب ٣٥ من أبواب العدد، الحديث ٤.

الدخول في ثبوت عدّة الوفاة، لكنّها مضافاً إلى ضعف سندها بالساباطي نفسه ساقطة عن الحجّة لهجران الأصحاب لمضمونها.

١١ - وأما إنّ عدّة الحامل المتوفّى عنها زوجها أبعد الأجلين فهو ممّا لا خلاف فيه ^(١). وقد يستدل له بأنّه مقتضى الجمع بين قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ ^(٢)، وقوله تعالى: ﴿وَأُولَئِذَا أَجْلُ الْحَامِلِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ ^(٣) بتقريب: أنّ الحامل مشمولة لكلتا الآيتين الكريمتين، وامتنال الأمر فيهما لا يحصل إلاّ بالاعتداد بأبعد الأجلين.

وفيه: أنّ آية الأحمال ناظرة إلى خصوص المطلقة فلاحظ.

والأنسب الاستدلال لذلك بالروايات الخاصّة، كصحيفة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «الحامل المتوفّى عنها زوجها تنقضي عدّتها آخر الأجلين» ^(٤) وغيرها.

١٢ - وأما الحداد ^(٥) فلا خلاف بين المسلمين في وجوبه ^(٦). وقد دلّت عليه صحيفة ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن المتوفّى عنها زوجها قال: لا تكتحل للزينة ولا تطيب ولا تلبس ثوباً مصبوغاً...» ^(٧) وغيرها.

وقد فهم منها الأصحاب حرمة كل ما يعدّ زينة. وقال في الحدائق:

(١) جواهر الكلام ٣٢: ٢٧٥.

(٢) البقرة: ٢٣٤.

(٣) الطلاق: ٤.

(٤) وسائل الشريعة ٢٢: ٢٤٠ الباب ٣١ من أبواب العدد، الحديث ١.

(٥) الحداد: من الحدّ بمعنى المنع، فإنّ الزوجة حيث تمتنع نفسها عن التزين فهي حادّة.

(٦) جواهر الكلام ٣٢: ٢٧٦.

(٧) وسائل الشريعة ٢٢: ٢٣٣ الباب ٢٩ من أبواب العدد، الحديث ٢.

«والمفهوم من هذه الأخبار أنَّ الحِداد هو ترك كل ما يُعدُّ زينة في البدن أو اللباس وإن اختلف ذلك باختلاف العادات في البلدان فيحكم على كل بلد بما هو المعتاد فيها»^(١).

أجل .. قيّد بعض الأصحاب - ومنهم السيد اليزدي - التزين المنهي عنه بما يعدُّ زينة للزوج^(٢).

ولعلّه استند في ذلك إلى موثقة عمّار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سأله عن المرأة يموت عنها زوجها هل يحل لها أن تخرج من منزلها في عدتها؟ قال: نعم وتختضب وتكتحل وتمتشط وتصبغ وتلبس المصبغ ما شاءت بغير زينة للزوج»^(٣).
إلا إنَّ الموثقة قد ترمى بهجران الأصحاب لها لاشتغالها على جواز صنع ما شاءت بشرط أن لا يكون معدوداً من مصاديق الزينة للزوج، وهو ممّا لا يقول به الأصحاب.

١٣ - وأمّا جواز ما لا يعدُّ زينة فلا أصل البراءة بعد قصور المقتضي للتحريم. هذا لو لم يستفد من أخبار الحِداد نفسها جواز ذلك وإلاّ كانت هي الدليل، لعدم وصول النوبة إلى الأصل العملي بعد فرض وجود الدليل الاجتهادي.

١٤ - وأمّا تقييد وجوب الحِداد بما إذا كانت الزوجة كبيرة عاقلة فلائنّ غيرها لا تكليف عليها، ووجوب الحِداد تكليفي.

١٥ - وأمّا ثبوت العدة في وطء الشبهة فقد نفى السيّد اليزدي الإشكال

(١) الحقائق الناضرة ٢٥: ٤٧٠ .

(٢) ملحقات العروة الوثقى ٢: ٦٣ .

(٣) وسائل الشريعة ٢٢: ٢٣٤ الباب ٢٩ من أبواب العدد، الحديث ٧ .

والخلاف في ذلك^(١). وتدل عليه صحيحة حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا التقى الختانان وجب المهر والعدة والغسل»^(٢) وغيرها، فإنَّها بإطلاقها تشمل وطء الشبهة. والزنا خرج بالمخصص.

ولكن كيف نثبت أنَّ العدة هي بمقدار عدة المطلقة؟ ذلك بالبيانات التالية:

أ - أنَّ السكوت عن مقدار العدة مع كونه عليه السلام في مقام البيان يدل على أنَّ عدتها كعدة المطلقة - وهي العدة المعروفة للمرأة التي لم يمت زوجها - ولو كانت غيرها لبيَّن عليه السلام ذلك.

ب - التمسك بصحيحة الحلبي المتقدمة عن أبي عبد الله عليه السلام: «عدة المرأة التي لا تحيض والمستحاضة التي لا تطهر ثلاثة أشهر. وعدة التي تحيض ويستقيم حيضها ثلاثة قروء...»^(٣) فإنَّها تدل على أنَّ عدة المرأة بشكل عام فيما إذا كانت مستقيمة الحيض هي ثلاثة قروء فتشمل محل كلامنا، والخروج عن ذلك هو الذي يحتاج إلى دليل.

ج - التمسك بصحيحة الحلبي الأخرى عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن المرأة الحبلى يموت زوجها فتضع وتزوّج قبل أن تمضي لها أربعة أشهر وعشراً، فقال: إن كان دخل بها فُرّق بينهما ولم تحل له أبداً واعتدت بما بقي عليها من الأوّل واستقبلت عدة أخرى من الآخر ثلاثة قروء...»^(٤)، فإنَّ وطء الشبهة هو القدر المتيقن منها وقد دلّت على أنَّ العدة له ثلاثة قروء.

(١) ملحقات العروة الوثقى ٢: ٥٨.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٣١٩ الباب ٥٤ من أبواب المهور، الحديث ٤.

(٣) وسائل الشيعة ٢٢: ١٨٦ الباب ٤ من أبواب العدد، الحديث ٧.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٥٢ الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٦.

١٦ - وأما وجوب العدة على المفسوخ عقدها بعد الدخول بفسخ أو انفساخ فلا إشكال فيه. وتدل عليه صحيحة ابن البخري المتقدمة.

وأما إن مقدارها كعدة المطلقة فللصحيحة الأولى المتقدمة للحلي وغيرها.

وأما إن عدة المرتد زوجها عن فطرة هي عدة الوفاء فلموثقة الساباطي: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الإسلام وجحد محمد عليه السلام نبوته وكذبه، فإن دمه مباح لمن سمع ذلك منه، وامراته بائنة منه يوم ارتد، ويقسم ماله على ورثته، وتعتد امرأته عدة المتوفى عنها زوجها، وعلى الإمام أن يقتله ولا يستتبه»^(١).

١٧ - وأما إن عدة المتمتع بها حيضتان كاملتان بعد انتهاء الأجل أو هبة المقدار المتبقى من الأجل فقد تقدم بيانه في مبحث النكاح المؤقت من كتاب النكاح.

١٨ - وأما إن عدتها من الوفاء إذا كانت حاملاً أبعد الأجلين فهو ممّا لا خلاف فيه على ما في الجواهر^(٢). وتدل على ذلك الروايات الخاصة التي تقدمت الإشارة إليها في الرقم «١١»، فإنها بإطلاقها تشمل المتمتع بها.

وأما إن عدتها في غير الوفاة إذا كانت حاملاً وضع الحمل فلقوله تعالى: ﴿وَأُولَئِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٣)، فإنه وإن كان ناظراً إلى المطلقات دون المتمتع بها التي ليس لها طلاق، إلا أنه حيث لا يحتمل أن يكون حال المتمتع بها أشد من حال المطلقة في العقد الدائم فيعمها ذلك.

(١) وسائل الشريعة ٢٨: ٣٢٤ الباب ١ من أبواب حد المرتد، الحديث ٣.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٢٠٠.

(٣) الطلاق: ٤.

٥- من أحكام الخلع والمباراة

الْخُلْع - بضمّ الخاء - هو طلاق بفدية من الزوجة الكارهة لزوجها. وهو مشروع جزماً.

ويشترط فيه - مضافاً إلى الشروط المتقدمة في الطلاق - كراهة الزوجة لزوجها، وعدم كراهة الزوج لزوجته، وبذل الزوجة للفدية عن طيب نفس.

والصيغة الخاصة للخلع: «خلعتك على كذا»، أو «أنتِ أو هي مختلعة على كذا»، أو «أنتِ أو هي أو فلانة طالق على كذا». والجمع باتّباع الخلع بالطلاق - بأن يقول الزوج أو وكيله: «خلعتك على كذا فأنتِ طالق» - أولى.

ويعتبر - لدى المشهور - عدم الفصل بين إنشاء البذل والطلاق بما يخل بالموالاة العرفية.

ويجوز في الفدية أن تكون بمقدار المهر أو أقل أو أكثر. والطلاق في الخلع بائن ما دام لم ترجع الزوجة عن البذل في العدة.

والمباراة^(١) تشترك مع الخلع في الأحكام المتقدمة وتفارقه في: أ - اعتبار الكراهة من كلا الطرفين فيها بخلافه في الخلع فإنّ الكراهة معتبرة من الزوجة فقط.

ب - أن لا يكون الفداء أكثر من مقدار المهر فيها.

(١) المبارأة - بالهمزة وقد تخفّف ألفاً - هي المصالحة. يُقال: بارأه بمعنى صالحه. والمرأة بارأها بمعنى صالحها على الفراق. القاموس المحيط ٨: ١.

ج - أنها تقع بلفظ الطلاق - بأن يقول الزوج: أنت طالق على كذا، أو يقول: بارأيتك على كذا فأنت طالق - ولا يكفي الإنشاء بلفظ المباراة وحده.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنَّ الخُلْعَ يَتَمَيَّزُ عَنِ الطَّلَاقِ بِأَمْرَيْنِ - الفدية من الزوجة وكراتها - فهو من واضحات الفقه. وتدلل عليه مضافاً إلى ذلك نصوص المشروعية التالية.

٢ - وأمّا إنَّه مشروع فهو ممّا لا إشكال فيه. ويدل عليه قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(١)، وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا يحلّ خلعهما حتّى تقول لزوجها: والله لا أبرّ لك قسماً ولا أطيع لك أمراً ولا أغتسل لك من جنابة ولا وطنّ فراشك لأذنن عليك بغير إذنك وقد كان الناس يرخصون فيما دون هذا، فإذا قالت المرأة ذلك لزوجها حلّ له ما أخذ منها فكانت عنده على تطليقتين باقيتين وكان الخلع تطليقة...»^(٢) وغيرها.

وعليه.. فالمشروعية لا تأمل فيها بل عن جماعة منهم شيخ الطائفة اختيار وجوبه عند ترمّد الزوجة على القيام بحقوق الزوجية بحجّة أنّ النهي عن المنكر واجب وهو لا يتمّ إلّا بالخلع^(٣).

والتأمّل في ذلك واضح باعتبار عدم تمامية المقدّمة الثانية. ومن هنا حمل في

(١) البقرة: ٢٢٩.

(٢) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٨٠ الباب ١ الخلع والمباراة، الحديث ٣.

(٣) جواهر الكلام ٣٣: ٣.

الحدائق الوجوب في كلام الشيخ على الثبوت^(١).

٣ - وأما إنَّ الخلع طلاق وليس فسخاً فهو المشهور خلافاً لشيخ الطائفة حيث اختار كونه فسخاً لأنَّه لا ينشأ بلفظ الطلاق بل ولا ينوى به ذلك^(٢).

والثمرة تظهر في عدّه من جملة الطلقات الثلاثة وعدمه.

والمناسب كونه طلاقاً لتصريح الروايات بذلك، كصحيحة الحلبي السابقة وغيرها.

وزاد في الجواهر ما نصّه: «بل لو قلنا إنَّه فسخ أمكن دعوى إجراء حكم الطلاق عليه للنصوص المزبورة»^(٣).

٤ - وأما اعتبار اجتماع شرائط صحّة الطلاق في الخلع - من حضور شاهدين وكون الزوجة طاهراً بطهر لم توقع فيه و... - فباعتبار أنّه لما كان فرداً من الطلاق فتثبت له أحكامه.

هذا مضافاً إلى أنّ بعض الشرائط الخاصّة للطلاق قد دلّت الروايات الخاصّة على ثبوتها للخلع، كصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج: «سألت أبا عبد الله عليه السلام هل يكون خلع أو مبارأة إلاّ بطهر؟ فقال: لا يكون إلاّ بطهر»^(٤) وغيرها.

٥ - وأما اعتبار كراهة الزوجة لزوجها في تحقّق الخلع فهو من المسلّمات، بل يمكن اعتبار كون الكراهة قد وصلت حدّاً يؤدّي إلى ترك الحقوق الثابتة للزوج على زوجته لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا

(١) الحدائق الناضرة ٢٥: ٥٥٥.

(٢) جواهر الكلام ٣٣: ٩.

(٣) جواهر الكلام ٣٣: ١٠.

(٤) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٩١ الباب ٦ من أبواب الخلع والمبارأة، الحديث ١.

حُدِّدَ اللَّهُ... ﴿١﴾ وصحيحة الحلبي السابقة وغيرها.

هذا وقد وقع الكلام بين الأعلام في أنَّ التلفُّظ بالكلمات المذكورة في صحيحة الحلبي هل هو شرط في صحَّة الخلع أو يكفي تحقُّق الكراهة إلى المستوى المذكور ولو من دون تلفُّظ بذلك؟

المناسب لو خلينا وظاهر الصحيحة المتقدِّمة وما شاكلها اعتبار التلفُّظ بالكلمات السابقة إلَّا أنَّ قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَخَافَ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ يدل على أنَّ المدار على وصول الكراهة إلى حدٍّ يخاف من ترك الحدود الإلهية من دون مدخلية للتلفُّظ بها ذكر.

وتؤكِّد ما ذكرناه السيرة الجارية على إجراء الخلع بدون فحص عن صدور الكلمات المذكورة.

وهل يلزم في الكراهة أن تكون ذاتية - بمعنى نشوئها عن مناشئ غير طارئة بعد الزواج كقبح منظر الزوج وفقره وسوء خلقه - أو يكفي كونها عارضة وناشئة من أسباب طارئة بعد ذلك كالتزوُّج بأخرى؟

أجاب صاحب الحقائق بما نصّه: «المستفاد من كلام مَنْ عاصرناه من مشايخنا في بلاد البحرين هو الأوَّل. وقد حضرناه في غير موضع وقد كانوا لا يوقعون الخلع إلَّا بعد تحقيق الحال ومزيد الفحص والسؤال في ثبوت الكراهة الذاتية وعدم الكراهة العارضية...» (٢).

ويردّه: أنَّ الآية الكريمة وصحيحة الحلبي مطلقتان من الناحية المذكورة. ولعلَّه لذلك قال صاحب الجواهر: «وهو من الغرائب التي لا يساعد عليها

(١) البقرة: ٢٢٩ .

(٢) الحقائق الناضرة ٢٥: ٥٧٦ .

كتاب ولائحة^(١).

٦ - وأما اعتبار عدم كراهة الزوج لزوجته فلائحة مع كراهته أيضاً يكون المورد من مصاديق المباراة دون الخلع.

٧ - وأما اعتبار بذل الزوجة للفداء فلتقوم حقيقة الخلع بذلك ومن دونه لا يكون خلعاً بل طلاقاً بشكله المتعارف.

٨ - وأما اعتبار أن يكون بذل الفداء عن طيب نفس الزوجة فلقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ﴾^(٢). بل بقطع النظر عن ذلك لا مسوغ لإكراهها على بذل ذلك فإنه مصداق للظلم المحرم. إضافة إلى دلالة حديث: «رفع عن أممي ما استكرهوا عليه»^(٣) على عدم ترتب الأثر على ذلك.

٩ - وأما إن الصيغة الخاصة «خلعتك أو أنت أو هي مختلعة على كذا» فلائحة بعد ما لم ترد صيغة خاصة في النصوص لإنشاء الخلع فيلزم الحكم بالاكْتفاء بكل صيغة دالة على إنشاء الخلع - ومن ذلك ما تقدّم - تمسكاً بالإطلاق اللفظي إن أمكن تحصيله وإلاّ فبالإطلاق المقامي.

١٠ - وأما الاكتفاء بصيغة «هي أو أنت أو فلانة طالق على عوض كذا» فباعتبار أن الخلع لما كان مصداقاً من مصاديق الطلاق فيلزم الاكتفاء فيه بصيغة الطلاق، غاية يلزم إضافة العوض لأنّ ذلك هو المائز بين الخلع والطلاق المتعارف.

(١) جواهر الكلام ٣٣: ٤٤.

(٢) النساء: ١٩.

(٣) وسائل الشيعة ١٥: ٣٦٩ الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١.

١١ - وأما الجمع باتباع الخلع بالطلاق فقد اختار اعتبره الشيخ قدس سره وجماعة^(١).
وقد يستدل له برواية موسى بن بكر عن العبد الصالح: «قال علي عليه السلام: المختلعة يتبعها الطلاق ما دامت في العدة»^(٢).

وفيه: أنها لو تمت سنداً ولم يناقش من ناحية موسى بن بكر هي ضعيفة دلالة لإجمال المقصود منها.

وما ذكره الشيخ قدس سره لو استفيد منها يلزم الحكم بجواز تأخير الطلاق عن الخلع حتى بفترة طويلة ما دامت العدة باقية. وهذا بعيد وإن استظهر في الحدائق من بعض كلمات القائلين بالقول المذكور الالتزام بذلك^(٣)، ولكنه غريب.

هذا ويظهر من بعض الروايات أن الخلاف في اعتبار تعقيب الخلع بالطلاق كان ثابتاً في عصر الأئمة عليهم السلام، ولذلك تكرّر السؤال عن ذلك فلاحظ صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تباري زوجها أو تختلعه منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك أو تكون امرأته ما لم يتبعها بطلاق؟ فقال: تبين منه وإن شاءت أن يرد إليها ما أخذ منها وتكون امرأته فعلت. فقلت: فإنه روي لنا أنها لا تبين منه حتى يتبعها بطلاق قال: ليس ذلك إلا خلع. فقلت: تبين منه؟ قال: نعم»^(٤) وغيرها.

وبالجملة: المناسب عدم اعتبار تعقيب الخلع بالطلاق لعدم الدليل عليه فيتمسك بالإطلاق اللفظي إن كان وإلا فبالمقامي، بل وللدليل على العدم، كصحيحة ابن بزيع وغيرها.

(١) جواهر الكلام ٣٣: ٦.

(٢) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٨٣ الباب ٣ من كتاب الخلع والمباراة، الحديث ١.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٥: ٥٦٤ - ٥٦٥.

(٤) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٨٦ الباب ٣ من كتاب الخلع والمباراة، الحديث ٩.

نعم لا إشكال في أنَّ الإتيان أولى خروجاً من خلاف الشيخ وغيره
وامتثالاً للمضمون المحتمل لرواية موسى بن بكر.

١٢ - وأما اعتبار عدم الفصل بين إنشاء الفدية والطلاق فهو المشهور^(١).
واستدل له في الجواهر:

تارة بأنَّ الخلع معاوضة بين بذل الفداء وإنشاء الطلاق فهو على هذا
كسائر المعاوضات لقول أمير المؤمنين عليه السلام: «لكل مطلقة متعة إلا المختلعة فإنَّها
اشتريت نفسها»^(٢)، وموثقة البقباق عن أبي عبد الله عليه السلام: «المختلعة إن رجعت في
شيء من الصلح يقول لأرجعن في بضعك»^(٣).

وأخرى بأنَّ القدر المتيقن من نصوص الباب حالة التحفظ على الموالاة،
والأصل عدم الصحة فيما سوى ذلك^(٤).

ويردّه:

أما بالنسبة إلى الأوَّل فلأنَّ الحديثين ليسا واضحين في المعاوضة. وكيف
يمكن الالتزام بذلك والحال أنَّ رجوع الزوجة عن البذل لا يستوجب بطلان
الطلاق بل صيرورته رجعيًّا؟ هذا مضافاً إلى أنَّ اعتبار الموالاة في باب المعاوضة
أوَّل الكلام.

وأما بالنسبة إلى الثانية فباعتبار أنَّه لا مجال للأصل بعد وجود الإطلاق ولو
المقامي.

(١) جواهر الكلام ٣٣: ١٣ - ١٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٩٩ الباب ١١ من كتاب الخلع والمباراة، الحديث ٣.

(٣) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٩٣ الباب ٧ من كتاب الخلع والمباراة، الحديث ٣.

(٤) جواهر الكلام ٣٣: ١٤.

وعليه فالمناسب عدم اعتبار الموالاة ويكفي استمرار عزمها على البذل. ولكن الاحتياط تحفظاً من مخالفة المشهور أمر لازم.

١٣ - وأما إنه يجوز في الفدية أن تكون بقدر المهر أو أكثر أو أقل فلعدم الدليل على اشتراط حدٍّ معيّن بل وللدليل على العدم، كصحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «المباراة يؤخذ منها دون الصداق، والمختلعة يؤخذ منها ما شئت أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر...»^(١) وغيرها.

١٤ - وأما إن الخلع طلاق بائن فمما لا خلاف فيه^(٢) لصحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «الخلع والمباراة تطليقة بائن وهو خاطب من الخطاب»^(٣).

وأما إنه يجوز للزوج الرجوع عند رجوعها عن البذل فلصحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «...ولا رجعة للزوج على المختلعة ولا على المباراة إلا أن يبدو للمرأة فيرد عليها ما أخذ منها»^(٤) وموثقة البقباق المتقدمة في الرقم «١٢».

١٥ - وأما إن المباراة كالخلع في جميع الأحكام إلا في الأحكام الثلاثة فهو المعروف بين الأصحاب^(٥). وقد يستفاد من رواية زرارة: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن عدّة المختلعة كم هي؟ قال: عدّة المطلقة. ولتعتد في بيتها. والمباراة بمنزلة المختلعة»^(٦).

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٨٧ الباب ٤ من كتاب الخلع والمباراة، الحديث ١.

(٢) جواهر الكلام ٣٣: ١٠.

(٣) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٨٩ الباب ٥ من كتاب الخلع والمباراة، الحديث ٢.

(٤) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٩٣ الباب ٧ من كتاب الخلع والمباراة، الحديث ٤.

(٥) جواهر الكلام ٣٣: ٩٤.

(٦) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٩٨ الباب ١٠ من كتاب الخلع والمباراة، الحديث ٤.

فإن تَمَّت الدلالة على العموم ولم يناقش في السند من ناحية المعلى بن محمد فلا مشكلة وإلاَّ فيمكن تصيد ذلك من مجموع النصوص، كموثقة زرارة ومحمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام: «لا مباراة إلاَّ على طهر من غير جماع بشهود»^(١) وصحيحة عبد الله بن سنان المتقدمة في الرقم «١٤» وغيرهما، فإنَّه بضمَّ النصوص المذكورة بعضها إلى بعض قد يستفاد الحكم المذكور.

١٦ - وأمَّا إنَّه يعتبر في المباراة الكراهة من كلا الطرفين فهو على ما في الحدائق أمر مقطوع به في كلام الأصحاب^(٢). ويمكن استفادته من موثقة سماعة: «سألته عن المباراة كيف هي؟ فقال: يكون للمرأة شيء على زوجها من مهر أو من غيره ويكون قد أعطاهما بعضه فيكره كل واحد منهما صاحبه فتقول المرأة لزوجها: ما أخذت منك فهو لي، وما بقي عليك فهو لك وأبارئك، فيقول الرجل لها: فإن أنت رجعت في شيء مما تركت فأنا أحقَّ ببضعك»^(٣).

ولا يضر إضمارها بطريق الكليني بعد ما كانت مسندة في طريق الشيخ. أجل .. إنَّ الشيخ رواها بسنده عن علي بن الحسن، أي ابن فضال، وطريقه إليه يشتمل على علي بن محمد بن الزبير الذي لم يذكر في حقّه توثيق خاص. إلاَّ أنَّ الأمر من ناحيته سهل بناءً على كفاية شيخوخة الإجازة في إثبات الوثاقة.

١٧ - وأمَّا إنَّه يعتبر في المباراة أن لا تكون الفدية أكثر من المهر فهو ممَّا لا خلاف فيه، وإنَّما الخلاف في اعتبار أن لا تكون مساوية له أيضاً بل أقل.

وظاهر صحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «المباراة تقول المرأة لزوجها: لك ما عليك واتركني أو تجعل لها من قبلها شيئاً فيتركها إلاَّ أنه يقول: فإن

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٩٢ الباب ٦ من كتاب الخلع والمباراة، الحديث ٧.

(٢) الحدائق الناضرة ٢٥: ٦٢٣.

(٣) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٩٥ الباب ٨ من كتاب الخلع والمباراة، الحديث ٣.

٤٢٠ دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي

ارتجعت في شيء فأنا أملك ببعضك. ولا يحلّ لزوجها أن يأخذ منها إلاّ المهر فما دونه»^(١) بل صريحها جواز كونها مساوية.

إلاّ أنّه قد يُقال بكونها معارضة بصحيحة زرارة المتقدمة في الرقم «١٣» الدالّة على اعتبار كونها أقل من مقدار المهر.

ويمكن الجمع بينهما بحمل الوارد في صحيحة زرارة «دون الصداق» على اعتبار أن لا تكون أزيد من مقدار المهر، فإنّ صحيحة أبي بصير صريحة في جواز كونها بمقداره بينما صحيحة زرارة ظاهرة في اعتبار كونها أقل منه فيؤول الظاهر بقرينة الصريح طبقاً للقاعدة العرفيّة: كلّما اجتمع دليلان متنافيان أحدهما صريح والآخر ظاهر أوّل الظاهر بقرينة الصريح.

وإذا تمّ هذا فلا مشكلة وإلاّ كان التعارض مستقرّاً ويلزم ترجيح صحيحة أبي بصير لموافقة مضمونها لاطلاق قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(٢).

وعليه فالنتيجة واحدة على كلا التقديرين.

١٨ - وأمّا أنّه لا تصحّ المباراة بلفظ «بارأتك على كذا» من دون اتباع بالطلاق فقد ادّعى المحقّق اتفاق الأصحاب عليه^(٣). ولولا ذلك كان من الوجيه بعدم الحاجة إلى الاتباع بذلك لموثقة حمران: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يتحدّث قال: المبرأة تبين من ساعتها من غير طلاق ولا ميراث بينهما...»^(٤) وغيرها.

والمناسب تحفظاً من مخالفة الاتفاق المحتمل التّزلّ عن الفتوى بعدم اعتبار

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٩٥ الباب ٨ من كتاب الخلع والمباراة، الحديث ٤ .

(٢) البقرة: ٢٢٩ .

(٣) شرايع الإسلام ٣: ٦٢٣ انتشارات إستقلال.

(٤) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٩٦ الباب ٩ من كتاب الخلع والمباراة، الحديث ٣ .

الاتباع بالطلاق إلى الاحتياط باعتباره.

٦- من أحكام الطلاق

إذا طلق غير الإمامي زوجته بطلاق صحيح على مذهبه فاسد على مذهبنا جاز للإمامي الزواج بها بعد انقضاء عدتها. وهكذا إذا كانت إمامية جاز لها التزوج بالغير أيضاً.

ويجوز للزوج في الطلاق الرجعي الرجوع على زوجته ما دامت العدة لم تنته. ويتحقق الرجوع باللفظ، كقول: أرجعتك ولو بغير العربية. وبالفعل كالتقبيل بشهوة ونحوه مع قصد الرجوع به. أجل .. خصوص الوطء يتحقق به الرجوع ولو من دون قصده. وأما لو قبل أو لامس بشهوة من دون قصد الرجوع بذلك فالمشهور تحقق الرجعة به أيضاً.

والمطلقة الرجعية زوجة حقيقة أو حكماً ما دامت في العدة فيجب الإنفاق عليها، ولا يجوز لها الخروج بغير إذن، ويجوز دخوله عليها بغير إذن.

وهذا بخلاف المطلقة بائناً فإنها أجنبية ولا تترتب عليها الأحكام المذكورة.

ولا يجوز إخراج المطلقة من دار سكناها عند الطلاق إلا أن تأتي بفاحشة مبينة.

وكل زوجة تستحق على زوجها النفقة إذا لم تنشز بالخروج من

بيته بغير إذنه. وإذا امتنع من الإنفاق عليها جاز لها رفع أمرها إلى الحاكم الشرعي ليلزمه بأحد أمرين عليه: إمّا الإنفاق أو الطلاق. فإن امتنع من كليهما جاز للحاكم أن يطلّقها إذا طلبت ذلك، ويقع الطلاق بائناً.

وإذا فُقد الزوج وانقطع خبره عن زوجته، فإن كانت تعلم ببقائه على قيد الحياة فعليها الصبر إلى أن يرجع، وليس لها المطالبة بالطلاق إلّا إذا ثبت للحاكم الشرعي هجرانه لها وتعمّد إخفاء موضعه لكي لا يلزمه بالطلاق أو الإنفاق فيجوز له في مثل ذلك الطلاق إذا طلبته.

هذا إذا كانت الزوجة تعلم بحياته.

وأما إذا لم تعلم بذلك وكان يحتمل موته، فتارةً يفرض وجود مال للزوج يتمّ من خلاله تأمين نفقة الزوجة أو يفرض أنّ وليّه يقوم بالإنفاق عليها فليس لها المطالبة بالطلاق، وأخرى يفرض عدم ذلك فيجوز لها رفع أمرها إلى الحاكم الشرعي فيؤجلها أربع سنين ويأمر بالفحص عنه خلال المدة المذكورة فإذا انقضت ولم تبين حاله أمر الحاكم وليّه بطلاقها وأجبره على ذلك، فإن لم يكن له وليّ أو لم يمكن إجباره طلقها الحاكم بنفسه واعتدت بمقدار عدة الوفاة، وجاز لها التزوّج بعد انتهائها. وإذا عاد الزوج بعد ذلك لم يكن له حقّ عليها وكانت أجنبيّة عنه.

وإذا حصل لزوجة الغائب من خلال تراكم القرائن علم بموت زوجها جاز لها الزواج بعد العدة من دون حاجة إلى مراجعة الحاكم الشرعي. نعم لا يجوز لمن يريد الزواج بها الاعتماد على علمها. والطلاق وإن كان بيد الزوج إلا أنه يجوز للزوجة أن تشرط على زوجها أثناء عقد النكاح أن تكون وكيلة عنه في طلاق نفسها متى ما سجنَ لفترة سنة مثلاً أو أدمن المواد المخدرة أو سافر وانقطعت أخباره لفترة محدّدة وما شاكل ذلك.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنَّ غير الإمامي إذا طلق زوجته بطلاق صحيح في مذهبه فاسد في مذهبنا فيجوز للإمامي الزواج بها بعد انتهاء عدتها فلقاعدة الإلزام المستفادة من جملة من النصوص من قبيل:

أ - ما رواه الشيخ بسنده إلى الحسن بن محمد بن سماعة عن عبد الله بن جبلة عن غير واحد عن علي بن أبي حمزة حيث سأل أبا الحسن (عليه السلام): «المطلقة على غير السنّة أيتزوجها الرجل؟ فقال: الزموم من ذلك ما ألزموه أنفسهم وتزوجوهن لا بأس بذلك»^(١).

وطريق الشيخ إلى الحسن معتبر على ما في المشيخة^(٢). والإرسال عن «غير واحد» لا مشكلة من ناحيته لأنَّ مصداق التعبير المذكور عرفاً ثلاثة فما زاد،

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٧٣ الباب ٣٠ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٥.

(٢) لاحظ المشيخة المذكورة في نهاية تهذيب الأحكام ١٠: ٧٥.

واجتماع العدد المذكور على الكذب بعيد جداً ويحصل الاطمئنان بعدمه. ولئن كانت هناك مشكلة فهي من ناحية البطائني الذي فيه كلام طويل، وقد ورد عن الإمام الرضا عليه السلام: «أنه أقعد في قبره فسئل عن الأئمة عليهم السلام فأخبر بأسمائهم حتى انتهى إليّ فسئل فوقف فضرب على رأسه ضربة امتلأ قبره ناراً»^(١).

هذا ولكن استناد الأصحاب إلى الرواية وتعبيرهم بمضمونها يجبر ضعفها بناءً على ما هو المشهور من تمامية كبرى جابريّة ضعف السند بشهرة العمل.

ب - ما رواه الكليني بسنده إلى عمر بن أذينة عن عبد الله بن محرز: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل ترك ابنته وأخته لأبيه وأمه فقال: المال كله لابنته وليس للأخت من الأب والأم شيء. فقلت: فإنّنا قد احتجنا إلى هذا والميت رجل من هؤلاء الناس وأخته مؤمنة عارفة قال: فخذ لها النصف، خذوا منهم كما يأخذون منكم في سنتهم وقضايهم. قال ابن أذينة: فذكرت ذلك لزرارة فقال: إنّ على ما جاء به ابن محرز لنوراً»^(٢).

وهي تدل على ثبوت حقّ المقاصة النوعيّة وأنّه ما داموا يأخذون منكم فأنتم خذوا منهم بالمقابل أيضاً.

وتبقى المشكلة من ناحية ابن محرز فإنّه لم يوثق إلّا أنّ تعبیر زرارة بأنّ على روايته نوراً قد يسهّل الأمر من هذه الناحية.

ج - موثقة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «سألته عن الأحكام قال:

(١) اختيار معرفة الرجال ٢: ٧٠٥ الرقم ٧٥٥ طبع مؤسّسة آل البيت عليهم السلام.

(٢) وسائل الشيعة ٢٦: ١٥٨ الباب ٤ من أبواب ميراث الأخوة والأجداد، الحديث ١.

تجوز على أهل كل ذوي دين ما يستحلّون»^(١).

ثمَّ إنّ المسألة بقطع النظر عن قاعدة الإلزام تشتمل على روايات خاصّة بها من قبيل موثقة عبد الرحمن البصري عن أبي عبد الله عليه السلام: «قلت له امرأة طَلَّقَتْ على غير السنّة فقال: تتزوَّج هذه المرأة ولا تُترك بغير زوج»^(٢) وغيرها.

٢ - وأمّا إنّ الزوجة الإماميّة يجوز لها التزوَّج بالغير إذا طَلَّقَها زوجها غير الإمامي بطلاق صحيح في مذهبه فاسد في مذهبنا فلقاعدته الإلزام المتقدّمة.

٣ - وأمّا أنّه يجوز للزوج الرجوع على زوجته في العدة الرجعيّة فهو من المسلّمات بل من ضروريّات الدين. ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْجِعْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ... وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ... أَلْطَلَقُ مَرَّتَانِ فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ﴾^(٣)، ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا أَجَلُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٤). والروايات في ذلك كثيرة. وقد تقدّمت الإشارة إليها خلال الأبحاث السابقة.

٤ - وأمّا إنّ الرجوع يتحقّق بالفعل أيضاً ولا ينحصر بالقول فلاّ أنّه بعد تحقّق إنشاء الرجوع عرفاً بالفعل فلا وجه لعدم الاكتفاء به بعد وجود المطلقات.

٥ - وأمّا تحقّق الرجوع بالوطء وإن لم يقصد به الرجوع فلرواية محمد بن القاسم: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: مَنْ غَشَى امرأته بعد انقضاء العدة جُلِدَ

(١) وسائل الشيعة ٢٦: ١٥٨ الباب ٤ من أبواب ميراث الأخوة والأجداد، الحديث ٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٢: ٧٣ الباب ٣٠ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٣.

(٣) البقرة: ٢٢٨ - ٢٢٩.

(٤) البقرة: ٢٣١.

الحدّ، وإن غشيها قبل انقضاء العدة كان غشياناً إياها رجعة»^(١).

إلاّ أنّه قد يشكّل في سندها من ناحية محمد بن القاسم، فإنّ الثابت وثاقته هو محمد بن القاسم بن الفضيل بن يسار النهدي لقول النجاشي: «ثقة هو وأبوه وعمّه العلاء وجده الفضيل»^(٢)، إلاّ أنّه يروي عن الإمامين الكاظم والرضا عليهما السلام ولم تذكر روايته عن الإمام الصادق عليه السلام، ومن هنا يتولّد احتمال أنّه شخص آخر، خصوصاً وأنّ الشيخ ذكر في رجاله اسم محمد بن القاسم البصري وقال من دون توثيق: «هو من أصحاب الصادق عليه السلام»^(٣).

نعم بناءً على تماميّة كبرى الجابريّة لا مشكلة، بل ادّعى في الجواهر عدم الخلاف بيننا وانعقاد الإجماع بقسميه على ذلك^(٤).

٦ - وأمّا التّقييل واللمس بشهوة من دون قصد الرجوع بذلك فقد ادّعى في الجواهر عدم الخلاف في تحقّق الرجوع به أيضاً^(٥).

هذا ولكن لا يوجد نص يدل على ذلك، فإنّ تَمَّ الإجماع الكاشف فيها وإلاّ فالأمر مشكّل وينبغي العمل على طبق الاحتياط تحفظاً من مخالفة المشهور.

٧ - وأمّا إنّ المطلقة الرجعيّة زوجة حقيقة أو حكماً فهو من المسلّمات للنصوص الدالّة على وجوب الإنفاق عليها وثبوت التوارث بينهما والحثّ على

(١) وسائل الشيعة ٢٨: ١٣٢ الباب ٢٩ من أبواب حدّ الزنا، الحديث ١.

(٢) رجال النجاشي: ٢٥٦ منشورات مكتبة الداوري.

(٣) رجال النجاشي: ٣٠٠.

(٤) جواهر الكلام ٣٢: ١٨٠.

(٥) جواهر الكلام ٣٢: ١٨٠.

تزيينها لزوجها وجواز دخول زوجها عليها بلا إذن، كقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾^(١)... يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ...^(٢)، وموثقة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «المطلقة تعتد في بيتها وتظهر له زينتها لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً»^(٣)، ورواية محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «المطلقة تسوق»^(٤) لزوجها ما كان له عليها رجعة ولا يستأذن عليها»^(٥)، وصحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «... حَتَّى تَطْمِثَ طِمْثَيْنِ فَتَنْقُضِيَ عِدَّتَهَا بِثَلَاثِ حَيْضٍ وَقَدْ بَانَ مِنْهُ... وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهَا وَالسَّكْنَى مَا دَامَتْ فِي عِدَّتِهَا، وَهِيَ يَتَوَارِثَانِ حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتَهَا...»^(٦) وغيرها.

والروايات المذكورة كما ترى تتلاءم مع بقاء الزوجية حقيقة أو حكماً. أجل.. الحديث الأخير بقرينة التعبير بـ«بانت منه» ظاهر في بقائها حقيقة.

٨ - وأما إنَّ المطلقة بائناً ليست زوجة ولا تترتب عليها أحكامها فهو من المسلّمات أيضاً. ويمكن استفادته من النصوص السابقة وغيرها. بل لا حاجة إلى البحث عن نص ويكفي القصور في المقتضي بعد فرض زوال عنوان الزوجية بالطلاق

(١) الطلاق: ٦.

(٢) الطلاق: ١.

(٣) وسائل الشريعة ٢٢: ٢١٧ الباب ٢١ من أبواب العدد، الحديث ١.

(٤) هكذا في الطبعة القديمة للوسائل. بينما في طبعة آل البيت: تسوّف، وفي الكافي ٦: ٩١: تسوّفت. والظاهر أنّ الصواب: تسوّف، كما هو المنقول عن بعض نسخ الكافي. يُقال: تسوّفت المرأة: تزيّنت وأظهرت زينتها كما عن لسان العرب ٩: ١٨٥.

(٥) وسائل الشريعة ٢٢: ٢١٨ الباب ٢١ من أبواب العدد، الحديث ٤.

(٦) وسائل الشريعة ٢٢: ١٠٣ الباب ١ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ١.

البائن.

٩ - وأما إنه لا يجوز إخراجها من دار سكنها عند الطلاق فهو مما لا خلاف فيه. ويدل عليه قوله تعالى: ﴿بِأَيِّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ... لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ...﴾^(١). والروايات في ذلك كثيرة^(٢).

١٠ - وأما وجوب الإنفاق على الزوجة فهو من المسلمات. ويدل عليه قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٣) أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجَدِكُمْ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ^(٤).

وهذه الآية الأخيرة وإن كانت واردة في المطلقة إلا أنه يفهم منها ثبوت ذلك لغيرها بالأولية.

وقد يستفاد من قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾^(٥).

والروايات في ذلك فوق حد الإحصاء، وسنشير إلى بعضها في ما يأتي إن شاء الله تعالى.

وأما التقييد بعدم نشوزها بالخروج من البيت بغير إذنه فلموثقة السكوني

(١) الطلاق : ١ .

(٢) راجع وسائل الشيعة ٢٢: ٢١٢ الباب ١٨ من أبواب العدد .

(٣) البقرة : ٢٣٣ .

(٤) الطلاق : ٦ - ٧ .

(٥) النساء : ٣٤ .

عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال رسول الله ﷺ: أيما امرأة خرجت من بيتها بغير إذن زوجها فلا نفقة لها حتى ترجع» ^(١) وغيرها.

هذا إذا كان نشوزها بخروجها من البيت بغير إذن.

وأما إذا كان بغير ذلك فالمشهور سقوط النفقة أيضاً. ولكن لا دليل على ذلك بعد إطلاق ما تقدم. والاحتياط لا ينبغي تركه.

١١ - وأما إنه مع امتناع الزوج من الإنفاق يحق للزوجة أن ترفع أمرها إلى الحاكم الشرعي ليلزمه بأحد الأمرين فتدل عليه صحيحة أبي بصير: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: مَنْ كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يُؤاري عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقاً على الإمام أن يُفَرِّقَ بينهما» ^(٢)، وصحيحة رباعي بن عبد الله والفضيل بن يسار جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام: «في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُدِّرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾» ^(٣) قال: إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة وإلا فَرَّقَ بينهما» ^(٤) وغيرها.

والتقييد بثبوت الولاية لخصوص الحاكم باعتبار أن الصحيحة الأولى دلّت على ثبوت الولاية لمنصب الإمامة، والقدر المتيقن في المنتقل إليه المنصب المذكور هو الحاكم الشرعي. والصحيحة الثانية لا إطلاق لها، إذ هي لست في صدد بيان مَنْ يقوم بالتفريق فينبغي الاقتصار على القدر المتيقن وهو الإمام عليه السلام.

(١) وسائل الشريعة ٢١: ٥١٧ الباب ٦ من أبواب النفقات، الحديث ١.

(٢) وسائل الشريعة ٢١: ٥٠٩ الباب ١ من أبواب النفقات، الحديث ٢.

(٣) الطلاق: ٧.

(٤) وسائل الشريعة ٢١: ٥٠٩ الباب ١ من أبواب النفقات، الحديث ١.

أو الحاكم الشرعي.

والتقييد بامتناعه من الإنفاق باعتبار أنه مع انصياعه للإنفاق يصدق عليه آنذاك عنوان «أنفق عليها» الوارد في الصحيحة الثانية.

والتقييد بامتناع الزوج من الطلاق باعتبار أنه مع استعداده للتصدي للطلاق بنفسه لا يحتمل وصول النوبة إلى الحاكم الشرعي.

هذا وقد يقيّد ثبوت الولاية على الطلاق للحاكم الشرعي بما إذا لم يمكن الإنفاق من مال الزوج ولو بيع بعض أمواله ولم يمكن أيضاً إجباره على الطلاق.

وفيه: أن إطلاق الحديثين السابقين ينفي ما ذكر إلا أن يستفاد ذلك من الروايات الآتية في المفقود خبره. فإن تمّ ذلك وإلا يبقى التقييد المذكور مبنياً على الاحتياط.

١٢ - وأمّا إن طلاق الحاكم يقع بائناً في حالة امتناع الزوج من الإنفاق والطلاق فقد تقدّم وجهه عند البحث عن أقسام الطلاق.

١٣ - وأمّا إن زوجة المفقود خبره يلزمها الصبر وليس لها المطالبة بالطلاق إذا علم ببقائه حياً فيكفي لإثباته القصور في مقتضي ثبوت الولاية للحاكم. ومع التنزل فالمانع ثابت وهو صحيحة بريد بن معاوية الآتية.

١٤ - وأمّا إنّه يجوز للحاكم الطلاق إذا ثبت له هجران الزوج وتعمّده لإخفاء موضعه فذلك لما تقدّم في الرقم «١١» من ثبوت الولاية للحاكم الشرعي عند الامتناع من الطلاق والإنفاق.

١٥ - وأمّا إنّه إذا لم يعلم بحياة الزوج فيجوز للحاكم إجراء الطلاق على

ضوء البيان المتقدم فذلك لعدة روايات، كصحيحة بريد بن معاوية: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المفقود كيف تصنع امرأته؟ فقال: ما سكنت عنه وصبرت فخل عنها. وإن هي رفعت أمرها إلى الوالي أجّلها أربع سنين ثم يكتب إلى الصقع الذي فقد فيه فليسأل عنه فإن خبر عنه بحياة صبرت وإن لم يخبر عنه بحياة حتى تمضي الأربع سنين دعا ولي الزوج المفقود فقبل له: هل للمفقود مال؟ فإن كان للمفقود مال أنفق عليها حتى يعلم حياته من موته. وإن لم يكن له مال قيل للولي: أنفق عليها فإن فعل فلا سبيل لها إلى أن تتزوج ما أنفق عليها. وإن أبى أن يُنفق عليها أجبره الوالي على أن يطلق تطليقة في استقبال العدة وهي طاهر فيصير طلاق الولي طلاق الزوج، فإن جاء زوجها قبل أن تنقضي عدتها من يوم طلقها الولي فبدا له أن يراجعها فهي امرأته وهي عنده على تطليقتين. وإن انقضت العدة قبل أن يجيء ويراجع فقد حلت للأزواج ولا سبيل للأول عليها^(١)، وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن المفقود، فقال: إذا مضى له أربع سنين بعث الوالي أو يكتب إلى الناحية التي هو غائب فيها... قلت: فإنها تقول: فإنّي أريد ما تريد النساء، قال: ليس ذاك لها ولا كرامة فإن لم ينفق عليها وليه أو وكيله أمره أن يطلقها...»^(٢).

١٦ - وأما إن عدتها هي بمقدار عدة الوفاة وإن لم تكن هي عدة الوفاة فلموثقة سماعة: «... فإن لم يوجد له خبر حتى تمضي الأربع سنين أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل للأزواج فإن قديم زوجها بعد ما تنقضي عدتها فليس

(١) وسائل الشريعة ٢٢: ١٥٧ الباب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق: الحديث ١.

(٢) وسائل الشريعة ٢٢: ١٥٨ الباب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق: الحديث ٤.

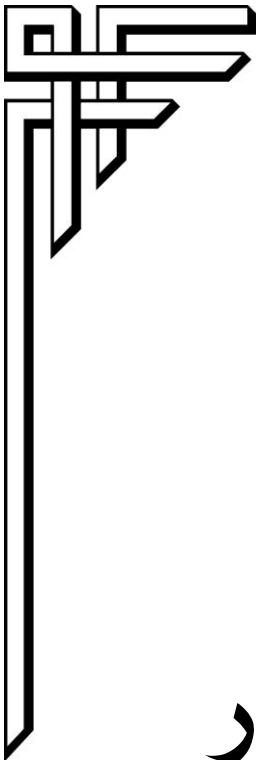
له عليها رجعة، وإن قدم وهي في عدتها أربعة أشهر وعشرًا فهو أملك برجعته^(١).

١٧ - وأما إنه يجوز لزوجة الغائب إذا حصل لها العلم بموت زوجها الزواج بعد العدة من دون حاجة إلى مراجعة الحاكم فذلك لحجية العلم وشمول أدلة جواز تزوج المتوفى زوجها بعد العدة لها.

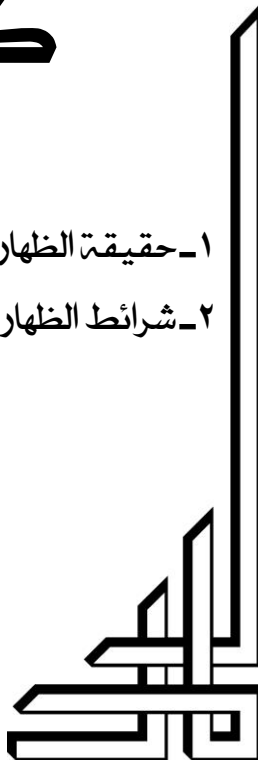
وأما إنه لا يجوز لمن يريد الزواج بها الاعتماد على علمها فلائ علم كل شخص حجة في حق نفسه خاصة، واستصحاب بقاء كونها ذات بعل جارٍ في حقه.

١٨ - وأما جواز اشتراط الزوجة ضمن عقد النكاح الوكالة عن الزوج في طلاق نفسها متى ما سُجن أو... فلائ شرط مشروع فيكون صحيحاً وواجب الوفاء كسائر الشروط. وإنما لا يجوز لها أن تشترط كون أمر الطلاق بيدها متى ما سُجن أو... أنه لا يجوز باعتبار أن أمر الطلاق بيد الزوج لا غير كما تقدّم.

(١) وسائل الشريعة ٢٠: ٥٠٦ الباب ٤٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٢.



كتاب الظهار



١- حقيقة الظهار وحكمه.

٢- شرائط الظهار.

١ - الظهار وحكمه

الظهار - وهو تنزيل الزوج زوجته بمنزلة أمّه أو غيرها من محارمه في حرمة نكاحها بمثل صيغة: أنتِ عليّ كظهر أمّي - حرام. وبه يحرم على الزوج وطء زوجته حتّى يكفّر. ولا يجب التكفير بمجرد التلفّظ من دون إرادة العود. وإذا كفر لإرادة العود قبل الوطء فلا تجب عليه أخرى بعده، بخلاف ما لو وطئها بدون تكفير فإنّه تلزمه كفّارتان إحداهما للوطء والأخرى لإرادة العود.

وإذا صبرت الزوجة بعد الظهار فلا اعتراض وإلاّ رفعت أمرها إلى الحاكم الشرعي وخير الزوج بين التكفير والرجوع وبين الطلاق فإن لم يختّر أحدهما أنظره ثلاثة أشهر من حين المرافعة فإن انقضت ولم يختّر أحد الأمرين حبسه وضيق عليه في المطعم والمشرب حتّى يختار أحدهما.

والكفّارة هي عتق رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً. وإن عجز عن الجميع ثمانية عشر يوماً.

والمستند في ذلك:

١ - أَمَّا إِنَّ الظَّهَارَ مَا ذَكَرَ فَهُوَ مِنْ وَاضِحَاتِ الْفَقْهِ وَاللُّغَةِ. وَتَدُلُّ عَلَيْهِ الرِّوَايَاتُ الْآتِيَةُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

٢ - وَأَمَّا إِنَّهُ يَقَعُ بِصِغَةِ «أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي» فَأَمْرٌ لَا خِلَافَ فِيهِ، وَهُوَ الْقَدَرُ الْمُتَقَيَّنُّ مِنَ الصِّغَةِ الَّتِي يَقَعُ بِهَا الظَّهَارُ. وَيُسْتَفَادُ ذَلِكَ مِنْ صَحِيحَةِ حَرِيزٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: «الظَّهَارُ ظَهَارَانِ، فَأَحَدُهُمَا أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي ثُمَّ يَسْكُتَ فَذَلِكَ الَّذِي يَكْفُرُ فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي إِنْ فَعَلْتُ كَذَا وَكَذَا فَفَعَلَ وَحَنْتَ فَعَلِيهِ الْكَفَّارَةَ حِينَ يَحْنُثُ»^(١) وَغَيْرَهَا.

هَذَا وَقَدْ وَقَعَ الْخِلَافُ فِي انْعِقَادِهِ فِيمَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ عَمَّتِي أَوْ خَالَتِي أَوْ غَيْرَهُمَا مِنَ الْمَحَارِمِ، أَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَشَعْرٍ أَوْ بَطْنٍ أَوْ صَدْرٍ أُمِّي. وَالتَّعَرُّضُ لِذَلِكَ لَيْسَ بِمُهْمٍ.

٣ - وَأَمَّا إِنَّهُ حَرَامٌ فَهُوَ مِنَ الْمُسْلِمَاتِ. وَيَدُلُّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مَنْ نَسَاءِ بِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ﴾^(٢)، وَصَحِيحُ حِمْرَانَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام: «أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام قَالَ: إِنَّ امْرَأَةً مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله وسلم فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ فُلَانًا زَوْجِي قَدْ نَثَرَ لِي بَطْنِي»^(٣) وَأَعْتَنَتْهُ عَلَى دُنْيَاهُ وَآخِرَتِهِ فَلَمْ يَرِ مَنِّي مَكْرُوهًا وَأَنَا أَشْكُو إِلَى اللَّهِ وَإِلَيْكَ، قَالَ: فَمَا تَشْكِينُهُ؟ قَالَتْ: إِنَّهُ قَالَ لِي الْيَوْمَ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ كَظْهَرِ أُمِّي وَقَدْ أَخْرَجَنِي مِنْ مَنْزِلِي فَانْظُرْ فِي أَمْرِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وآله وسلم: مَا أَنْزَلَ اللَّهُ عَلَيَّ كِتَابًا أَقْضِي بِهِ بَيْنَكَ وَبَيْنَ زَوْجِكَ وَأَنَا

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٣٣٤ الباب ١٦ من كتاب الظهار، الحديث ٧.

(٢) المجادلة: ٢.

(٣) أي أكثرت له الولد من بطني، هكذا جاء في الوافي ٢٢: ٩٠٣.

أكره أن أكون من المتكلفين، فجعلت تبكي وتشتكي ما بها إلى الله وإلى رسوله وانصرفت فسمع الله محاورتها لرسوله وما شكت إليه فأنزل الله عز وجل بذلك قرآنًا: ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا...﴾ فبعث رسول الله ﷺ إلى المرأة فأتته فقال لها: جيئني بزواجك فأتته به، فقال: أقلت لأمرأتك هذه أنت علي حرام كظهر أمي؟ فقال: قد قلت ذلك، فقال رسول الله ﷺ: قد أنزل الله فيك قرآنًا فقرأ عليه ما أنزل الله... فضم امرأتك إليك فإنك قد قلت منكراً من القول وزوراً قد عفا الله عنك وغفر لك فلا تعد...^(١) وغيره.

وبالجملة لا إشكال في حرمة الظهار لوصفه بالمنكر والزور في الآية الكريمة وللنهي عن العود إليه في الرواية الشريفة.

هذا وقد نسب إلى قائل غير معروف بأنه محرم لا عقاب عليه لتعقيبه بالعفو في الآية السابقة^(٢).

وفيه: أن العفو ثابت للفاعل الأول باعتبار جهله بالتحريم وليس لكل فاعل حتى مع علمه بذلك.

٤ - وأما إنه يحرم بالظهار وطء الزوجة قبل التكفير فيدل عليه صريح الآية الكريمة: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ...﴾^(٣) وصحيح الحلبي: «سألت أبا عبد الله ﷺ عن الرجل يظاهر من امرأته ثم يريد أن يتم على طلاقها قال: ليس عليه كفارة. قلت: إن أراد أن

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٣٠٤ الباب ١ من كتاب الظهار، الحديث ٢ .

(٢) جواهر الكلام ٣٣: ١٢٩ .

(٣) المجادلة : ٣ .

يَمْسُهَا؟ قال: لا يَمْسُهَا حَتَّى يَكْفُرَ. قلت: فَإِنْ فَعَلَ فَعَلِيهِ شَيْءٌ؟ قال: إِي وَاللَّهِ إِنَّهُ لَا تَمَّ ظَلَمَ. قلت: عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ غَيْرَ الْأُولَى؟ قال: نَعَمْ يَعْتَقُ أَيْضاً رَقَبَةً^(١) وَغَيْرَهُ.

٥ - وَأَمَّا إِنَّهُ لَا يَجِبُ التَّكْفِيرُ بِمَجَرَّدِ التَّلَفُّظِ بِالظَّهَارِ مِنْ دُونِ إِرَادَةِ الْعَوْدِ فَيَدُلُّ عَلَيْهِ ظَاهِرُ الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ وَصَحِيحُ الْحَلَبِيِّ السَّابِقِ وَغَيْرِهِ. بَلْ يَكْفِي لِنَفْيِ ذَلِكَ الْقَصُورُ فِي الْمَقْتَضِي بِلا حَاجَةٍ إِلَى دَلِيلٍ يَدُلُّ عَلَى النَّفْيِ.

٦ - وَأَمَّا تَعَدُّدُ الْكَفَّارَةِ بِالْوُطْءِ قَبْلَ التَّفْكِيرِ وَعَدَمُ تَعَدُّدِهَا عِنْدَ التَّكْفِيرِ قَبْلَ الْوُطْءِ فَيَسْتَفَادُ مِنْ صَحِيحِ الْحَلَبِيِّ السَّابِقِ وَغَيْرِهِ.

٧ - وَأَمَّا إِنَّ الزَّوْجَةَ إِذَا صَبَرَتْ فَلَا اعْتِرَاضَ فَباعتبار أَنَّهَا صَاحِبَةُ الْحَقِّ فَمَعَ عَدَمِ مَطَالِبَتِهَا فَلَا مَوْجِبَ لِلْاعْتِرَاضِ.

وَأَمَّا إِنَّهَا إِذَا رَفَعَتْ أَمْرَهَا إِلَى الْحَاكِمِ خِيَرَهُ عَلَى الْبَيَانِ الْمُتَقَدِّمِ فَقَدْ يَسْتَدِلُّ لَهُ بِمَوْثِقِ أَبِي بَصِيرٍ: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ رَجُلٍ ظَاهَرَ مِنْ امْرَأَتِهِ قَالَ: إِنْ أَتَاهَا فَعَلِيهِ عَتَقَ رَقَبَةً أَوْ صِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ أَوْ إِطْعَامَ سِتِّينَ مَسْكِيناً وَإِلَّا تَرَكَ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ فَاءَ وَإِلَّا أَوْقَفَ حَتَّى يَسْأَلَ: لَكَ فِي امْرَأَتِكَ حَاجَةٌ أَوْ تَطَلَّقَهَا؟ فَإِنْ فَاءَ فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَهِيَ امْرَأَتُهُ، وَإِنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً فَهُوَ أَمْلَكَ بِرَجْعَتِهَا»^(٢).

وَلَكِنَّهُ - كَمَا تَرَى - لَا يَدُلُّ عَلَى التَّضْيِيقِ فِي الْمَأْكَلِ وَالْمَشْرَبِ فَلَا بَدَّ مِنْ إِتْمَامِ ذَلِكَ بِالتَّسَالُمِ وَعَدَمِ الْخِلَافِ أَوْ أَنْ يُبْنَى عَلَى التَّعَدِّيِّ مِنْ رَوَايَاتِ بَابِ الْإِيلَاءِ الدَّالَّةِ عَلَى التَّضْيِيقِ^(٣) إِلَى بَابِ الظَّهَارِ بِنَاءً عَلَى عَدَمِ فَهْمِ الْخُصُوصِيَّةِ.

هَذَا وَقَدْ وَرَدَ فِي بَعْضِ الْكَلِمَاتِ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَجِدْهُ كُلُّ ذَلِكَ طَلَّقَهَا الْحَاكِمُ.

(١) وسائل الشريعة ٢٢: ٣٢٩ الباب ١٥ من كتاب الظهار، الحديث ٤.

(٢) وسائل الشريعة ٢٢: ٣٣٧ الباب ١٨ من كتاب الظهار، الحديث ١.

(٣) وسائل الشريعة ٢٢: ٣٥٣ الباب ١١ من أبواب الإيلاء.

ولكنه قابل للتأمل، إذ لا نص يدل على ذلك وليس مورداً للاتفاق فلاحظ.

٨ - وأما إن الكفارة ما تقدم فتدل عليه الآية الكريمة: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ذَلِكَ تَوْعُطُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَأَطْعَامُ سِتِينَ مَسْكِينًا﴾^(١) وموثق أبي بصير المتقدم ونحوه.

وأما إنه إذا عجز عن الجميع صام ثمانية عشر يوماً فيدل عليه موثق أبي بصير الآخر: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته فلم يجد ما يعتق ولا ما يتصدق ولا يقوى على الصيام قال: يصوم ثمانية عشر يوماً لكل عشرة مساكين ثلاثة أيام»^(٢).

٢- شرائط الظهار

يلزم لتحقيق الظهار حضور شاهدين عادلين يسمعان قول المظاهر. كما يلزم بلوغه وعقله واختياره وقصده وعدم غضبه. ويلزم في الزوجة المظاهرة الدخول بها وكونها على طهر لم تواقع فيه.

ولا يقع الظهار إذا قصد به الإضرار بالزوجة، أو قصد به الزجر، كما لو قال: فلانة كظهر أمي عليّ إن تركت الصلاة.

والمستند في ذلك:

(١) المجادلة: ٣ - ٤ .

(٢) وسائل الشريعة ٢٢: ٣٧٢ الباب ٨ من أبواب الكفارات، الحديث ١ .

١ - أمّا إنّه يلزم في تحقّق الظهار حضور شاهدين عدلين فقد ادّعى في الجواهر عدم وجدانه الخلاف فيه^(١). ويدل عليه صحيح حران: «قال أبو جعفر^(ع): لا يكون ظهار في يمين ولا في إضرار ولا في غضب، ولا يكون ظهار إلّا في طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين»^(٢).

أجل .. يظهر الخلاف من الشهيد الثاني حيث ذكر أنّ النصّ عبّر بلزوم كونهما مسلمين لا أكثر^(٣).

وفيه: أنّ الإسلام وحده لا تحتمل كفايته إذ كيف تحتمل كفاية شهادة الفاسق الذي لا رادع له عن الكذب، وما هي فائدتها؟! فالرواية على هذا أطلقت اعتماداً على وضوح الأمر. وقد ورد في صحيحة ابن أبي يعفور: «قلت لأبي عبد الله^(ع): بم تعرف عدالة الرجل بين المسلمين حتّى تُقبل شهادته لهم وعليهم...»^(٤).

٢ - وأمّا اعتبار بلوغ المظاهر وعقله فلاأمور:

أ - التمسك بحديث رفع القلم^(٥) المتقدّم في أبحاث سابقة، بناءً على شمول إطلاقه لقلم الوضع. وضعف سنده منجبر بعمل المشهور بناءً على تماميّة كبرى الجابرية.

ب - اتّفاق الأصحاب على اعتبار البلوغ والعقل في البيع وسائر التصرّفات، والظهار إن لم يكن أولى بذلك فلا أقل من عدم الفرق بينهما.

(١) جواهر الكلام ٣٣: ١٠٥ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٢: ٣٠٧ الباب ٢ من كتاب الظهار، الحديث ١ .

(٣) مسالك الأفهام ٢: ٧٦ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩١ الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ١ .

(٥) وسائل الشيعة ١: ٤٥ الباب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات، الحديث ١١ .

ج - أن الأدلة الدالة على حصول التحريم بالظهار ناظرة إلى خصوص البالغ العاقل بقريضة إثباتها لعنوان الزور والمنكر ولوجوب الكفارة على إرادة العود، ويبقى غيره بلا دليل يدل على حصول التحريم به فيتمسك بالاستصحاب. هذا كله لو فرض تحقق القصد إلى الظهار وإلا - كما في المجنون - فالأمر أوضح.

٣ - وأما اعتبار الاختيار فلحديث رفع الإكراه^(١).

وأما اعتبار القصد فلائنه بدونه لا يصدق عنوان الظهار. على أن بعض الروايات قد دلّت على ذلك، كموثقة عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا طلاق إلا ما أريد به الطلاق، ولا ظهار إلا ما أريد به الظهار»^(٢) وغيرها. وأما اعتبار عدم الغضب فلصحيح حمزان المتقدم. ومقتضى إطلاقه الشمول لحالة ثبوت القصد أيضاً.

٤ - وأما اعتبار الدخول بالزوجة في تحقق الظهار بها فقد وقع محلاً للخلاف. والمناسب اعتباره لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليه السلام: «المرأة التي لم يدخل بها زوجها، قال: لا يقع عليها إلاء ولا ظهار»^(٣) وغيره.

هذا ولكن نسب إلى الشيخ المفيد والسيد المرتضى عدم الاعتبار^(٤). وقد يستدل له إماماً بإطلاق الآية الكريمة أو بما رواه الشيخ الكليني بسنده إلى ابن

(١) وسائل الشريعة ١٥: ٣٦٩ الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١.

(٢) وسائل الشريعة ٢٢: ٣٠٩ الباب ٣ من كتاب الظهار، الحديث ١.

(٣) وسائل الشريعة ٢٢: ٣١٦ الباب ٨ من كتاب الظهار، الحديث ٢.

(٤) جواهر الكلام ٣٣: ١٢٤.

فضال عمّن أخبره عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا يكون الظهار إلاّ على مثل موضع الطلاق»^(١) بتقريب: أنّ صحّة الطلاق ليست مشروطة بالدخول فيلزم أن يكون الأمر في الظهار كذلك.

وفيه:

أمّا بالنسبة إلى إطلاق الآية الكريمة فهو قابل للتقييد بصحيح محمد بن مسلم المتقدّم.

وأمّا بالنسبة إلى رواية ابن فضال فهي تدل على أنّ الظهار لا يصحّ في المورد الذي لا يصحّ فيه الطلاق ولا تدل على أنّه كلّما صحّ الطلاق صحّ الظهار.

هذا مضافاً إلى ضعف سندها بالإرسال إلاّ بناءً على المسلك القائل بحجّة كل رواية ورد في سندها أحد بني فضال استناداً إلى ما رواه الشيخ الطوسي عن عبد الله الكوفي خادم الشيخ الحسين بن روح رحمته قال: «سئل الشيخ - يعني أبا القاسم رحمته - عن كتب ابن أبي العزاقر بعد ما ذمّ وخرجت فيه اللعنة فقيل له: فكيف نعمل بكتبه وبيوتنا منها ملاء؟ فقال: أقول فيها ما قاله أبو محمد الحسن بن علي صلوات الله عليهما وقد سئل عن كتب بني فضال فقالوا: كيف نعمل بكتبهم وبيوتنا منها ملاء؟ فقال صلوات الله عليه: خذوا بما رووا وذرّوا ما رأوا»^(٢).

والمسلك المذكور قابل للتأمل لضعف الرواية المذكورة سنداً بعبد الله الكوفي، فإنّه مجهول الحال، ودلالة حيث دلّ على أنّه لا موجب للتوقّف من ناحية بني فضال إذا وردوا في سند رواية لا أنّ الرواية تكون حجّة مع ضعفها

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٣٠٨ الباب ٢ من كتاب الظهار، الحديث ٣.

(٢) الغيبة للشيخ الطوسي: ٢٣٩.

من جهات أخرى.

٥ - وأما اعتبار وقوعه في طهر لم يواقع فيه فلصحيح حمran المتقدم.

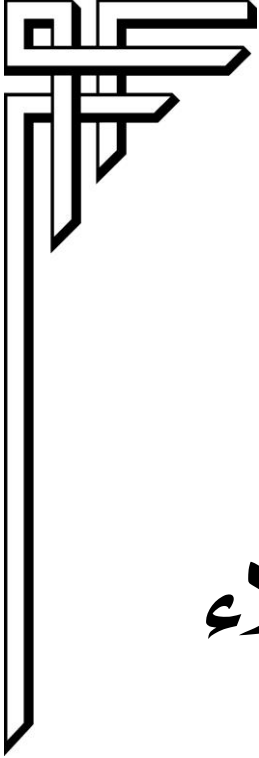
وهل شرطية الطهر تختص بما إذا كان الزوج حاضراً كما هو الحال في الطلاق؟ مقتضى إطلاق الصحيح المتقدم نفى الاختصاص المذكور، إلا إن المشهور - بل في الجواهر نفى الخلاف في ذلك^(١) - على الاختصاص. ومعه يكون المناسب العمل على وفق ما يقتضيه الاحتياط.

٦ - وأما إنه لا يصح الظهار إذا قصد به الإضرار أو الزجر فلصحيح حمran المتقدم وصحيح صفوان عن أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن الرجل يصلي الصلوات أو يتوضأ فيشك فيها بعد ذلك فيقول: إن أعدت الصلاة أو أعدت الوضوء فامرأته عليه كظهر أمه ويحلف عن ذلك بالطلاق، فقال: هذا من خطوات الشيطان ليس عليه شيء»^(٢) وغيرهما.

هذا مضافاً إلى ما يأتي في مبحث اليمين من عدم صحته إلا بالله سبحانه.

(١) جواهر الكلام ٣٣: ١٢٣ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٢: ٣١٢ الباب ٦ من كتاب الظهار، الحديث ٤ .



كتاب الإيلاء

١- ما هو الإيلاء.

٢- من أحكام الإيلاء.



١- ما هو الإيلاء؟

الإيلاء هو الحلف على ترك واقعة الزوجة - الدائمة المدخول بها - أبداً أو مدّة تزيد على أربعة أشهر بقصد إيذائها والإضرار بها دون ما إذا لم يكن كذلك، كما إذا حلف على ذلك حفاظاً على صحّته أو صحّتها.

ومع فقدان بعض القيود المذكورة لا ينقصد الحلف إيلاءً وإن انعقد يميناً وترتّب عليه آثاره إذا اجتمعت شروطه.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنَّ الإيلاء ما ذكر فهو معناه شرعاً وإلّا فهو لغة بمعنى مطلق الحلف. والفعل آلى يؤلّي^(١).

وقد كان الإيلاء في الجاهليّة نحواً من الطلاق كالظهار، فإذا غضب الزوج على زوجته حلف على عدم مواقعتها قاصداً بذلك تضيق الخناق عليها فلا يطلق سراحها - كما في الطلاق - لتزوّج من غيره ولا يعود إليها ليعيش معها.

(١) مجمع البحرين ١: ٢٩.

وقد جاء قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾^(١) متعرّضاً إلى حكم الإيلاء ومحددّاً للفترة التي يتمكن الزوج فيها من اتخاذ القرار النهائي، وهي أربعة أشهر فإمّا أن يعود ويعيش معها أو يخلي سبيلها بالطلاق. ومن الطبيعي أن يشجع الكتاب الكريم على الأوّل، ولذا قال: ﴿فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.

٢ - وأمّا اعتبار دوام العقد فهو المشهور. ويدل عليه:

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ...﴾ فإنّه ظاهر في اعتبار قابلية الزوجة المؤلّى منها للطلاق وهو لا يتم إلا في الدائمة.

ب - أنّ من لوازم صحّة الإيلاء جواز مطالبة الزوجة بالوطء، وهو لا يتم إلا في الدائمة.

ج - التمسك بصحيحة عبد الله بن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا إيلاء على الرجل من المرأة التي يتمتع بها»^(٢).

د - إذا شكّ في ترتّب الأثر بإيلاء المتمتع بها يستصحب عدم ترتّب الأثر لو فرض القصور في المقتضي.

ومن ذلك يتّضح التأمّل في ما هو المنسوب إلى السيّد المرتضى من وقوعه بالتمتع بها تمسكاً بعموم الآية الكريمة الذي لا يخصّصه عود الضمير إلى البعض. وجواز المطالبة بالوطء لم يثبت كونه من لوازم مطلق الإيلاء بل خصوص الإيلاء المتعلّق بالزوجة الدائمة^(٣).

(١) البقرة: ٢٢٦ - ٢٢٧.

(٢) تهذيب الأحكام ٨: ٨ الرقم: ٢٢.

(٣) جواهر الكلام ٣٣: ٣٠٨.

ووجه التأمل: أنَّ عود الضمير إلى البعض إذا لم يستلزم التخصيص فلا أقلَّ من استلزامه الإجمال وعدم انعقاد العموم، ومعه يرجع إلى الاستصحاب بلا مانع. على أنَّه بناءً على المبنى المعروف من حجية الخبر يكفي التمسك بالصحيحة.

٣ - وأمّا اشتراط الدخول فلم يعرف فيه خلاف للروايات الخاصة، كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام: «في المرأة التي لم يدخل بها زوجها قال: لا يقع عليها إيلاء ولاظهار»^(١) وغيرها^(٢).

٤ - وأمّا اعتبار أن تكون الفترة المحلوف على ترك الوطء فيها أزيد من أربعة أشهر فتدل عليه رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «قلت له: رجل آلى أن لا يقرب امرأته ثلاثة أشهر قال: فقال: لا يكون إيلاء حتى يحلف على أكثر من أربعة أشهر»^(٣).

لكنّها قابلة للتأمل سنداً من ناحية القاسم بن عروة فإنّه لم تثبت وثاقته. وقد يعوّض عنها بصحيحة حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا غاضب الرجل امرأته فلم يقربها من غير يمين أربعة أشهر استعدت عليه فإنّما أن يفيء وإمّا أن يطلق فإن تركها من غير مغاضبة أو يمين فليس بمؤل»^(٤)، فإنّه يستفاد منها أنّه يكون مؤلياً لو ترك وطأها أربعة أشهر عن يمين. على أيّ حال لم يعرف خلاف في الحكم المذكور^(٥).

٥ - وأمّا اعتبار أن يكون الحلف على ترك الوطء بقصد الإضرار فلا

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٣١٦ الباب ٨ من كتاب الظهار، الحديث ٢.

(٢) يمكن مراجعة بقية الروايات في وسائل الشيعة ٢٢: ٣٤٥ الباب ٦ من أبواب الإيلاء.

(٣) وسائل الشيعة ٢٢: ٣٤٥ الباب ٥ من أبواب الإيلاء، الحديث ٢.

(٤) وسائل الشيعة ٢٢: ٣٤٢ الباب ١ من أبواب الإيلاء، الحديث ٢.

(٥) جواهر الكلام ٣٣: ٣٠٩.

٤٥٠ دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي

خلاف فيه^(١). وتدل عليه موثقة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «أتى رجل أمير المؤمنين فقال: يا أمير المؤمنين إنَّ امرأتي أرضعت غلاماً وإني قلت: والله لا أقربك حتى تفضميه، فقال: ليس في الإصلاح إيلاء»^(٢).

وإذا شكَّك في السند من ناحية التوفلي الراوي عن السكوني فبالإمكان التعويض بصحيحة حفص بن البختري المتقدمة، فإنَّه بالإمكان استفادة ذلك منها فلاحظ.

٦ - وأمَّا إنَّه عند فقدان بعض الشرائط المتقدمة لا ينعقد إيلاءً فواضح، فإنَّ ذلك مقتضى الشرطيَّة ومن لوازمها.
وأمَّا إنَّه ينعقد يميناً فلاَّ أنَّ الإيلاء يمين ولا وجه للتوقُّف في انعقاده يميناً بعد فرض توفُّر شرائط ذلك.

٢ - من أحكام الإيلاء

لا ينعقد الإيلاء - كمطلق اليمين - إلَّا باسمه تعالى.
وإذا تمَّ بشرائطه فمع صبر الزوجة فلا اعتراض وإلَّا رافعه إلى الحاكم الشرعي، فإنَّ تراجع خلال أربعة أشهر وواقعها خلال ذلك فهو وإلَّا ألزمه بأحد أمرين: الرجوع أو الطلاق. وإذا لم يستجب سجنه وضيق عليه في المأكل والمشرب حتى يختار أحدهما.

(١) جواهر الكلام ٣٣: ٣٠٣.

(٢) وسائل الشريعة ٢٢: ٣٤٤ الباب ٤ من أبواب الإيلاء، الحديث ١.

وفي بداية الأشهر الأربعة وإنَّها من حين المرافعة أو من حين الإيلاء خلاف.

وعلى الزوج إذا واقع زوجته - خلال الفترة المذكورة أو قبلها أو بعدها - التكفير إلاَّ إذا فرض التحديد بفترة معيّنة وتحققت المواقعة بعد انتهائها.

وكفّارة الإيلاء ككفّارة حنث اليمين التي يأتي بيانها في المحل المناسب إن شاء الله تعالى.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنَّه لا ينعقد الإيلاء إلاَّ إذا كان الحلف بالله سبحانه فلاَّئنه فرد من اليمين فيعتبر فيه ما يعتبر فيه. على أنَّه يمكن استفادة ذلك من الروايات الخاصّة، كصحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الإيلاء ما هو؟ فقال: هو أن يقول الرجل لامرأته: والله لا أجامعك كذا وكذا...»^(١).

٢ - وأمّا إنَّه إذا تمَّ الإيلاء وصبرت الزوجة فلا اعتراض فواضح باعتبار أنَّها صاحبة الحق ولصاحب الحق التنازل عن حقه.

وأمّا إنَّها إذا لم تصبر فلها الحق في رفع أمرها إلى الحاكم الشرعي فلدلالة الروايات المتعدّدة عليه. وقد سبق بعضها ويأتي بعضها الآخر.

وأمّا إنَّ للحاكم الحق في الإلزام بأحد الأمرين عند انتهاء المدّة فذلك لازم جواز رفع القضية إلى الحاكم وإلاَّ كان رفعها إليه لغواً. على أنَّ ذلك يستفاد من بعض الروايات.

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٣٤٩ الباب ٩ من أبواب الإيلاء، الحديث ١.

٣ - وأما إنَّ الحاكم يضيق عليه في المأكل والمشرب إذا امتنع من الأمرين في نهاية المدَّة فقد دلت عليه رواية حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام: «في المؤلّي إذا أبى أن يطلق قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يجعل له حظيرة من قصب ويجعله فيها ويمنعه من الطعام والشراب حتّى يطلق»^(١) وغيرها.

ولكن الجميع ضعيف السند فلا حظ. ولا بدّ من إتمام المطلب بالتسالم إن تمّ. ثم إنّه إذا امتنع المؤلّي من اختيار أحد الأمرين إمّا مع التضييق عليه في المأكل والمشرب أو بدونه فهل للحاكم التصدي للطلاق؟ نعم له ذلك لموثقة سماعة: «... وإن لم يفيء بعد أربعة أشهر حتّى يصالح أهله أو يطلق جبر على ذلك ولا يقع طلاق فيما بينهما حتّى يوقف وإن كان بعد الأربعة أشهر فإن أبى فرّق بينهما الإمام»^(٢).

٤ - وأما بداية المدَّة فالمشهور أنّها من حين المرافعة. والروايات مختلفة:

- أ - فمنها ما دلّ على أنّ البداية هي المرافعة، كصحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «الإيلاء هو أن يحلف الرجل على امرأته أن لا يجامعها فإن صبرت عليه فلها أن تصبر وإن رفعته إلى الإمام أنظره أربعة أشهر...»^(٣) وغيرها.
- ب - ومنها ما دلّ على أنّه تحقّق الإيلاء، كصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أبى رجل آلى من امرأته... فإنّه يتربّص به أربعة أشهر ثم يؤخذ بعد الأربعة أشهر فيوقف فإذا فاء...»^(٤).

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٣٥٣ الباب ١١ من أبواب الإيلاء، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٢: ٣٥١ الباب ٩ من أبواب الإيلاء، الحديث ٤.

(٣) وسائل الشيعة ٢٢: ٣٤٩ الباب ٨ من أبواب الإيلاء، الحديث ٦.

(٤) وسائل الشيعة ٢٢: ٣٤٧ الباب ٨ من أبواب الإيلاء، الحديث ١.

والمناسب على تقدير استقرار التعارض ترجيح الثانية لموافقتها لظاهر الكتاب الكريم الدالّ على اتّحاد وقت الإيلاء والتربّص.

هذا ولكن الشهرة حيث إنّها على وفق مضمون الأولى فينبغي العمل على وفق الاحتياط.

٥ - وأمّا لزوم الكفّارة فهو ممّا لا إشكال فيه من جهة تحقّق حنث اليمين. ومنه يتّضح الوجه في كونها ككفّارة حنث اليمين.

وهل يلزم دفعها بعد الوطء أو قبله؟ قد يُقال بلزوم كونها قبله تمسكاً بظاهر رواية منصور: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل آلى من امرأته فمَرَّت أربعة أشهر قال: يُوقف فإن عزم الطلاق بانت منه وعليها عدّة المطلقة وإلا كفر عن يمينه وأمسكها»^(١).

إلّا أنّ سندها قابل للتأمل، فإنّ الشيخ الصدوق رواها بسنده عن أبان بن عثمان عن منصور. وطريقه إلى أبان صحيح في المشيخة^(٢). وأبان نفسه ثقة لكونه من أصحاب الإجماع إلّا أنّ المشكلة هي من ناحية منصور، فإنّ أبان بن عثمان يروي عن منصور بن حازم الذي هو ثقة وعن منصور الصيقل الذي لم تثبت وثاقته، فالمشكلة هي من حيث منصور لتردّده بين الثقة وغيره. وعليه فالمناسب أن تكون الكفّارة بعد الوطء لأنّه آنذاك يتحقّق حنث اليمين فيلزم التكفير لأجله.

٦ - وأمّا عدم ثبوت الكفّارة إذا كانت اليمين محدّدة بفترة وتحقّقت الواقعة بعد انتهائها فالأمر فيه واضح لعدم تحقّق الحنث آنذاك.

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٣٥٥ الباب ١٢ من أبواب الإيلاء، الحديث ٣.

(٢) مشيخة كتاب من لا يحضره الفقيه ٤: ٨٣.

وينبغي الالتفات إلى أنَّ الحنث هنا يختلف عنه في سائر الموارد فهو جائز بل واجب بعد انقضاء المدَّة ومطالبتها وأمر الحاكم.

ويختلف الإيلاء أيضاً عن سائر موارد اليمين بانعقاده بالرغم من كون متعلقه مرجوحاً على خلاف سائر الموارد فإنَّها لا تنعقد في مثل ذلك.

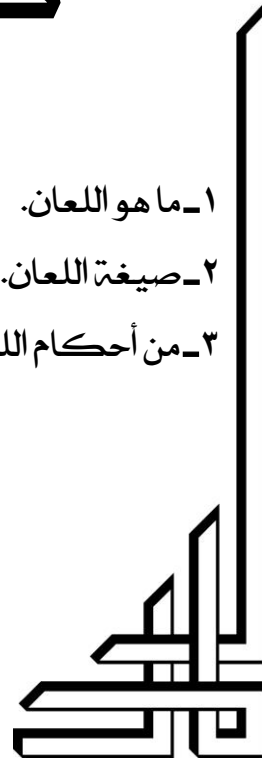


كتاب اللعان

١- ما هو اللعان.

٢- صيغة اللعان.

٣- من أحكام اللعان.



١- ما هو اللعان؟

اللعان مباهلة بين الزوجين على وجه خاص يترتب عليها دفع حدٍّ أو نفي ولد. ويثبت في موردين:

١ - القذف بالزنا، فإنه لا يجوز قذف المسلم بالزنا حتى مع تراكم القرائن على صحّة النسبة إلاّ مع الإطّلاع على ذلك بنحو اليقين. ويلزم حدُّ القاذف حدَّ القذف حتى مع يقينه بصحّة النسبة. ولكن بإمكانه دفع الحدّ عن نفسه إذا فرض أحد الأمرين:

أ - إقامة شهود أربعة يشهدون بذلك.

ب - أن يكون القاذف هو الزوج والمقذوف هو الزوجة، فإنّ بإمكان الزوج دفع الحدّ عن نفسه من خلال اللعان بالكيفية الآتية إذا لم تكن له بيّنة.

٢ - نفي الولد، فإنه لا يجوز للشخص إذا ولدت زوجته طفلاً نفيه عنه حتى إذا فجرت وظنّ بعدم كونه منه لتراكم بعض القرائن ما دام يمكن تولّده منه. أجل مع القطع بعدم كونه منه - كما إذا ولدت لأقل من ستّة أشهر من حين الوطاء - يجوز له

نفيه عنه بل قد يُقال بوجوبه ولكن لا يتنفي شرعاً في مرحلة الظاهر إلا إذا لاعن أو قامت البينة على عدم إمكان تولده منه.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنَّ اللعان ما ذكر فهو من واضحات الفقه. ويستفاد ذلك من قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَمْسَةُ أَنْ لَعْنَتْ اللَّهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرُأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَمْسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾^(١).

وقد ورد في صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج: «أنَّ عبّاد البصري سأل أبا عبد الله عليه السلام وأنا عنده حاضر كيف يلاعن الرجل المرأة؟ فقال: إنَّ رجلاً من المسلمين أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله أرايت لو أنَّ رجلاً دخل منزله فرأى مع امرأته رجلاً يجامعها ما كان يصنع؟ فأعرض عنه رسول الله ﷺ فانصرف الرجل وكان ذلك الرجل هو الذي ابتلي بذلك من امرأته قال: فنزل الوحي من عند الله عزَّ وجل بالحكم فيها قال: فأرسل رسول الله ﷺ إلى ذلك الرجل فدعاه فقال: أنت الذي رأيت مع امرأتك رجلاً؟ فقال: نعم، فقال له: انطلق فأنتني بامرأتك فإنَّ الله عزَّ وجلَّ قد أنزل الحكم فيك وفيها، قال: فاحضرها زوجها فوقفها رسول الله ﷺ وقال للزوج: اشهد أربع شهادات بالله أنَّك لمن الصادقين في ما رميتها به، قال: فشهد قال: ثمَّ قال رسول الله ﷺ: امسك ووعظه. ثمَّ قال: اتَّقِ الله فإنَّ لعنة الله شديدة، ثمَّ قال: اشهد الخامسة أنَّ لعنة الله عليك إن كنت من الكاذبين، قال: فشهد فأمر به فنحي. ثمَّ قال ﷺ للمرأة:

اشهدي أربع شهادات بالله أن زوجك لمن الكاذبين في ما رماك به، قال: فشهدت ثم قال لها: امسكي فوعظها ثم قال لها: اتقي الله فإن غضب الله شديد، ثم قال لها: اشهدي الخامسة ان غضب الله عليك إن كان زوجك من الصادقين في ما رماك به، قال: فشهدت، قال: ففرق بينهما وقال لهما: لا تجتمعا بنكاح أبداً بعد ما تلاعتما^(١).

٢ - وأما ثبوت اللعان في مورد القذف فهو المشهور^(٢). وتدل عليه الآية الكريمة وصحيحة ابن الحجاج المتقدمة وغيرها.

هذا ونسب إلى الشيخ الصدوق عدم ثبوت اللعان في مورد القذف وانحصاره بنفي الولد وأنه في القذف يتعين الجلد ثمانين مستنداً في ذلك إلى موثقة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بامرأته ولا يكون اللعان إلا بنفي الولد»^(٣).

والتأمل في ذلك واضح، فإن الحديث المذكور مضافاً إلى معارضته بخبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام: «لا يكون اللعان إلا بنفي وليد». وقال: إذا قذف الرجل امرأته لا عنها^(٤) وهو مخالف بنحو صريح للآية الكريمة المتقدمة فيلزم طرحه أو تأويله بما ذكره الشيخ الطوسي ونحوه^(٥).

وإذا كان الشيخ الصدوق قد حصر سبب اللعان بنفي الولد فعلى العكس

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٤٠٧ الباب ١ من أبواب اللعان، الحديث ١.

(٢) جواهر الكلام ٣٤: ٥.

(٣) وسائل الشيعة ٢٢: ٤٢٩ الباب ٩ من أبواب اللعان، الحديث ٢.

وقد نقل رأي الشيخ الصدوق هذا في الجواهر ٣٤: ٥.

(٤) وسائل الشيعة ٢٢: ٤٢٩ الباب ٩ من أبواب اللعان، الحديث ١.

(٥) راجع ما نقله الحرّ في ذيل الحديث لمعرفة تأويل الشيخ الطوسي.

تماماً ما ذهب إليه بعض الأعلام من الإشكال في ثبوت اللعان في مورد نفي الولد إذا لم يكن موجباً للقذف وينحصر الأمر لإثبات انتفاء الولد في مثل ذلك بالبيّنة.

ولعلّ منشأ الإشكال أنّ موثقة أبي بصير المتقدمة الدالة على ثبوت اللعان في مورد نفي الولد تدلّ على حصر اللعان بالمورد المذكور وحيث إنّ المضمون المذكور مخالف لصريح الكتاب الكريم الدال على ثبوت اللعان في مورد القذف فيلزم طرح الموثقة لأجل ما ذكر، ومن ثمّ نعود في مورد نفي الولد إذا لم يكن موجباً للقذف فاقلين للدليل على ثبوت اللعان.

إلاّ أنّ هذا البيان - كما ترى - وجيه لو فرض انحصار مدرك اللعان في مورد نفي الولد بالموثقة المتقدمة، ولكن سيأتي وجود غيرها.

٣ - وأمّا أنّه لا يجوز القذف من دون يقين فهو ممّا لا تأمل فيه فإنّه من الرمي الموجب لعنة في الدنيا والآخرة، وهو من الإفك الذي تُهي عنه المؤمنون، قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنَتُهُمْ وَأَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾^(١). وقال تعالى في قصة الإفك: ﴿لَوْلَا إِذْ سَمِعْتُمُوهُ ظَنَّ الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بِأَنفُسِهِمْ خَيْرًا وَقَالُوا هَذَا إِفْكٌ مُّبِينٌ لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشَّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَذِبُونَ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ لَمَسَّكُمْ فِي مَا أَفَضْتُمْ فِيهِ عَذَابٌ عَظِيمٌ إِذْ تَلَقَّوْنَهُ بِأَلْسِنَتِكُمْ وَتَقُولُونَ بِأَفْوَاهِكُمْ مَا لَيْسَ لَكُم بِهِ عِلْمٌ وَتَحْسَبُونَهُ هَيِّنًا وَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ عَظِيمٌ وَلَوْلَا إِذْ سَمِعْتُمُوهُ قُلْتُمْ مَا يَكُونُ لَنَا أَنْ نَتَكَلَّمَ بِهَذَا سُبْحَنَكَ هَذَا بُهْتَنٌ عَظِيمٌ﴾^(٢).

(١) النور: ٢٣ - ٢٤ .

(٢) النور: ١٢ - ١٦ .

وفي الحديث: «جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إنني قلت لأمتي: يا زانية، فقال: هل رأيت عليها زنا؟ فقالت: لا، فقال: أما إنَّها ستُقَاد منك^(١) يوم القيامة فرجعت إلى أمتها فأعطتها سوطاً ثم قالت: اجلديني فأبَت الأمة فأعتقتها ثم أتت إلى النبي ﷺ فأخبرته فقال: عسى أن يكون به»^(٢).

٤ - وأما إنَّ القاذف يحَدِّ حدَّ القذف - ثمانين جلدة - فلقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾^(٣).

وأما إنَّ القاذف يحَدِّ حتى مع يقينه بصحة النسبة فلا إطلاق الآية الكريمة.

٥ - وأما اندفاع الحدِّ عن القاذف بلعانه فللآية الكريمة المتقدمة في الرقم «١».

وأما تقيد اللعان بعدم وجود البيِّنة فللتقيد بذلك في الآية الكريمة نفسها.

٦ - وأما ثبوت اللعان في مورد نفي الولد فيستفاد من صحيحة الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجل لا عن امرأته وانتفى من ولدها ثم أكذب نفسه بعد الملاعنة وزعم أنَّ الولد ولده هل يرد عليه ولده؟ قال: لا، ولا كرامة لا يرد عليه ولا تحل له إلى يوم القيامة»^(٤) وغيرها.

٧ - وأما عدم جواز نفي الولد في حالة إمكان الانتساب فلقاعدة الفراش المستندة إلى قوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» الذي رواه الفريقان.

فمن طرقنا روى سعيد الأعرج في صحيحه عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته

(١) في التهذيب ١٠: ٨٠: سيُقاد لها منك.

(٢) وسائل الشيعة ٢٨: ١٧٤ الباب ١ من أبواب حدِّ القذف، الحديث ٤.

(٣) النور: ٤.

(٤) وسائل الشيعة ٢٢: ٤٢٥ الباب ٦ من أبواب اللعان، الحديث ٥.

عن رجلين وقعا على جارية في طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذي عنده لقول رسول الله ﷺ: الولد للفراش وللعاهر الحجر»^(١).

والمقصود من قوله ﷺ: «للذي عنده» المولى المالك للجارية كما نبّه عليه الكاشاني^(٢).

ومن طرق غيرنا ما رواه مسلم بسنده إلى عائشة: «اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إليّ أنّه ابنه، انظر إلى شبهه. وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله وُلد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه فرأى شبهاً بيناً بعتبة فقال: هو لك يا عبد، الولد للفراش وللعاهر الحجر...»^(٣).

٨ - وأمّا جواز نفيه عند عدم إمكان الانتساب فلأنّ الفراش لا يتحقّق بمجرد العقد خلافاً لأبي حنيفة حيث نُسب إليه تحقّقه بذلك فقد نقل العيني: «شدّ أبو حنيفة فيما إذا عقد شخص على امرأة وطلّقها عقيب النكاح من غير إمكان الوطء فأنت بولد لستّة أشهر من وقت العقد حيث ألحقه بالزوج. وهذا خلاف ما جرت به عادة الله من أنّ الولد إنّما يكون من ماء الرجل والمرأة»^(٤) بل يتحقّق بالعقد مع إمكان الالتحاق بالزوج، فإنّ القاعدة شرعت في حالات الشكّ في الانتساب إذ مع الجزم بالانتساب إلى الزوج فلا معنى لأنّ يعبدنا الشارع بالإلحاق به لأنّه تعبد بما هو معلوم بالوجدان، كما لا معنى للتعبد مع الجزم بعدم إمكان الالتحاق إذ لا يمكن التعبد بما يجزم بعدمه.

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١٧٤ الباب ٥٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٤.

(٢) الوافي ٢٣: ١٤٠٧.

(٣) صحيح مسلم: كتاب الرضاع / الباب ١٠ الولد للفراش وتوقي الشبهات، الحديث ١٤٥٧.

(٤) عمدة القاري ١١: ١١٠ وهو شرح العيني لصحيح البخاري.

٩ - وأما وجوب نفيه في حالة الجزم بعدم الانتساب فلاجل أن لا ترتب عليه أحكام الولد من الميراث والنكاح والنظر إلى المحارم وغير ذلك مما يعلم بمبغوضية الشارع لترتيبه.

١٠ - وأما إنَّه لا يتنفي الولد شرعاً في مرحلة الظاهر من دون لعان أو بينة فلقاعدَةُ الفرائش الحاكمة بالالتحاق ظاهراً بصاحب الفرائش.

٢- كيفية اللعان

وكيفية اللعان أن يبدأ الرجل ويقول أربع مرَّات - بعد قذفها أو نفي الولد - «أشهد بالله أنني لَمِنَ الصادقين في ما قلت من قذفها أو نفي ولدها» ثمَّ يقول مرَّةً واحدة: «لعنة الله عليَّ إن كنت من الكاذبين». وإذا تمَّ اللعان بالنحو المذكور من الرجل حَدَّت المرأة حدَّ الزنا إن كان قد قذفها بالزنا أو نفى ولدها بنحو يوجب قذفها بالزنا. وبإمكانها بدورها أن تدفع الحدَّ عن نفسها بلعانها هي بأن تقول أربع مرَّات: «أشهد بالله أنَّه لَمِنَ الكاذبين في مقالته»، ثمَّ تقول مرَّةً واحدة: ﴿أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾.

والمستند في ذلك:

١ - أمَّا كيفية اللعان بالشكل المتقدَّم فيستفاد من الآية الكريمة وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج المتقدِّمتين سابقاً في الرقم «١».

٢ - وأما إنَّه بلعان الزوج يثبت الحد على الزوجة وبإمكانها دفعه عنها بلعانها فيمكن استفادته من الآية الكريمة نفسها حيث قالت: ﴿وَيَذَرُوهَا عَنْهَا﴾.

أَلْعَذَابَ... ﴿١﴾ كما هو واضح.

٣ - وأما تقييد نفي الولد بها إذا استلزم القذف فلائنه بدون ذلك لا يثبت في حق المرأة ما يستوجب إقامة الحد عليها.

٣- من أحكام اللعان

إذا تمَّ اللعان من الزوج أو الزوجة ترتبت الأحكام التالية:

١ - انفساخ عقد النكاح.

٢ - الحرمة المؤبدة، فلا تحل للزوج حتى بعقد جديد.

وهذان الحكمان ثابتان في مطلق اللعان من دون فرق بين كونه للقذف أو لنفي الولد.

٣ - سقوط الحد عن الزوج - إذا تحقق منه القذف بالزنا أو نفي الولد بنحو موجب للقذف - بلعانه ويسقط عنها بلعانها. أمّا إذا لاعن هو ونكلت هي حدثت هي دونه. وإذا لم يلاعن هو أيضاً حُدد هو دونها.

٤ - وإذا كان التلاعن لنفي الولد ترتب عليه انتفاء الولد عن الرجل وبقي ملتحقاً بالمرأة فقط ومن ثمَّ يتنفي التوارث بينهما بل بينه وبين كل من يتنسب بواسطته كالجدِّ والجدة والأخ والأخت للأب والعم والعمّة، ويبقى منحصرّاً بينه وبين أمّه ومن يتنسب بواسطتها.

وإذا لاعن هو دونها انتفى عن الرجل فقط أيضاً ولا يثبت في حق المرأة شيء إلا إذا كان نفي الولد بنحو موجب للقذف فيثبت عليها الحد إلا أن تلاعن.

ومن الأحكام أن انتفاء الولد عن الزوج لا يلزم كونه ولد زنا لاحتمال كونه من وطء شبهة. وعليه فلا يجوز له رميها بالزنا إلا مع اليقين.

ولا يتمكّن الزوج من لعان زوجته إذا قذفها بالزنا إلا إذا ادّعى المشاهدة ولم تكن له بينة وإلاّ تعيّن عليه إقامتها لنفي الحد ولا تصل النوبة إلى اللعان.

ولا يثبت اللعان عند قذف الزوجة إذا كانت خرساء أو صمّاء بل تحرم بمجرّد القذف من دون توقّف على لعان. ولا يثبت اللعان لنفي الولد مع كون الزوجة متمتّعاً بها أو غير مدخول بها.

ولا يقع اللعان إلاّ عند الحاكم الشرعي وبطلب منه فلو بادرا إليه قبل طلبه لم يصح.

ويلزم أن يكونا قائمين عند التلفّظ بصيغة اللعان.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا ترتّب انفساخ العقد والحرمة المؤبّدة على مطلق اللعان فهو ممّا لا إشكال فيه. ويستفاد ذلك في لعان القذف من صحيحة عبد الرحمن المتقدّمة وغيرها، وفي لعان نفي الولد من صحيحة الكناfi المتقدّمة وغيرها.

بل يمكن أن يُقال: إنَّ المستفاد من صحيحة عبد الرحمن أنَّ الحرمة المؤبَّدة هي من شؤون اللعان بلا خصوصية لكونه لأجل القذف.

٢ - وأمَّا سقوط الحدِّ عن الرجل والمرأة بلعانهما فيستفاد من قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَتْ أَحَدُهُمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ...﴾^(١) ومن صحيحة ابن الحجاج المتقدمة فلاحظ.

وأمَّا إنَّه إذا لاعنَ هو دونها حُدَّتْ دونه فيستفاد من الآية الكريمة لائِّها ظاهرة في أنَّ لعان كل واحد من الزوجين موجب لدرء الحدِّ عن نفسه، بل قد يستفاد من صحيحة ابن الحجاج أيضاً.

وأمَّا إنَّه إذا لم يلاعن الرجل أيضاً حُدَّ دونها فباعتبار تحقُّق القذف منه فيحد، وأمَّا هي فحيث لم يثبت في حقها المقذوف به فلا موجب لحدِّها.

٣ - وأمَّا إنَّه إذا تلاعنا لنفي الولد ترتَّب عليه انتفاؤها عنه دونها فواضح. أمَّا عدم انتفائه عنها فلعدم الموجب إذ هي لم تنفه عنها.

وأمَّا انتفاؤه عنه فلائنه لولا ذلك لم تكن للعان فائدة.

وتدل على كلا الحكمين موثقة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «المرأة يلاعنها زوجها ويفرق بينهما إلى مَنْ ينسب ولدها؟ قال: إلى أمِّه»^(٢).

٤ - وأمَّا عدم التوارث بين الولد والرجل ومَنْ ينتسب بواسطته فلائ أنَّ ذلك لازم انتفائه عنه باللعان.

٥ - وأمَّا إنَّه إذا لاعنَ الرجل فقط انتفى الولد عنه أيضاً فلائنه لازم اللعان

(١) النور: ٦ - ٩ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٢: ٤٣٤ الباب ١٤ من أبواب اللعان، الحديث ٢ .

وفائدته.

وأما عدم ثبوت الحدّ على المرأة فلعدم الموجب لذلك بعد عدم قذفها بالزنا.
وأما إنّها تحدّ لو لم تلاعن فيما إذا كان نفي الولد بنحو موجب لقذفها بالزنا
فباعتبار دخول المورد آنذاك تحت عنوان القذف بالزنا.

٦ - وأما إنّ نفي الولد لا يلزم كونه ابن زنا ومن ثمّ لا يجوز رمي المرأة
بالزنا إلّا مع اليقين فواضح.

٧ - وأما إنّ الزوج لا يتمكّن من اللعان عند القذف إلّا إذا ادّعى
المشاهدة فهو ممّا لا إشكال فيه لصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا قذف
الرجل امرأته فإنّه لا يلاعنها حتّى يقول: رأيت بين رجلها رجلاً يزني بها...»^(١)
وغيرها.

وأما اختصاص اللعان بحالة فقدان البيّنة فقد تقدّم أنّه يستفاد من الآية
الكريمة.

٨ - وأما عدم ثبوت اللعان في مورد قذف الزوجة الخرساء أو الصماء فلم
يظهر فيه خلاف بين الأصحاب. ويدل عليه صحيح الحلبي ومحمد بن مسلم
عن أبي عبد الله عليه السلام: «رجل قذف امرأته وهي خرساء، قال: يُفَرَّقَ بينهما»^(٢)
وغيرها، فإنّ مقتضى إطلاقها ثبوت التحريم من دون لعان.

وفي موثقة إسماعيل بن أبي زياد^(٣) عن جعفر عن أبيه أنّ عليّاً قال: «ليس
بين خمس من النساء وأزواجهنّ ملاعنة... والخرساء ليس بينها وبين زوجها

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٤١٧ الباب ٤ من أبواب اللعان، الحديث ٤ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٢: ٤٢٧ الباب ٨ من أبواب اللعان، الحديث ١ .

(٣) وهو السكوني .

لعان إنَّما اللعان باللسان»^(١).

والحديثان - كما ترى - ناظران إلى الخرساء فالتعميم إلى الصمَّاء يحتاج إلى التمسك بتسالم الأصحاب إن تم.

٩ - وأمَّا عدم ثبوت اللعان لنفي الولد مع فرض التمتع بالزوجة أو عدم الدخول فلصحيحة ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتع منها»^(٢) وموثقة أبي بصير المتقدمة: «لا يقع اللعان حتَّى يدخل الرجل بامرأته...»^(٣).

١٠ - وأمَّا اعتبار أن يكون اللعان عند الحاكم فقد ذكر في الجواهر: أنَّ ذلك قد صرَّح به جماعة من الأصحاب^(٤).

ولا يظهر بوضوح من الروايات اعتبار ما ذكر. أجل ورد في صحيحة أحمد بن محمد بن أبي نصر: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام كيف الملاعنة؟ فقال: يقعد الإمام ويجعل ظهره إلى القبلة ويجعل الرجل عن يمينه والمرأة عن يساره»^(٥) وغيرها ما يدل على قعود الإمام حالة الملاعنة إلَّا أنَّ ذلك لا يدل على شرطية الكون حالة الملاعنة عند الإمام.

ولكن مع ذلك يمكن الاستدلال بما يلي:

أ - إنَّ اللعان نحو من الشهادة أو الحلف، وهما من وظائف الحاكم ولا يصحَّان إلَّا لديه.

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٤٢٢ الباب ٥ من أبواب اللعان، الحديث ١٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٢: ٤٣٠ الباب ١٠ من أبواب اللعان، الحديث ١.

(٣) وسائل الشيعة ٢٢: ٤٩٠ الباب ٩ من أبواب اللعان، الحديث ٢.

(٤) جواهر الكلام ٣٤: ٥٣.

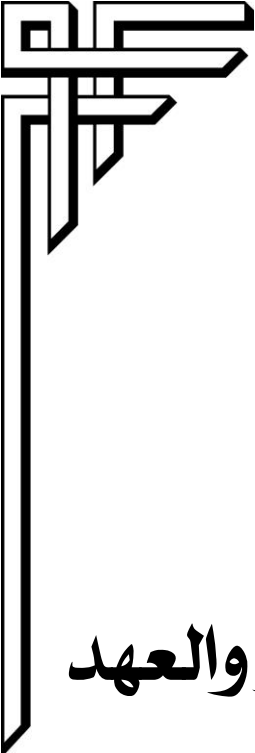
(٥) وسائل الشيعة ٢٢: ٤٠٩ الباب ١ من أبواب اللعان، الحديث ٥.

ب - إنَّ الدليل على شريطة أداء اللعان عند الحاكم وإن لم يكن ثابتاً إلاَّ أنَّه في نفس الوقت لا دليل على صحَّته وترتَّب الأثر عليه لدى غير الحاكم فإنَّ النصوص لا إطلاق فيها من هذه الناحية، ومعه ينبغي الاقتصار على القدر المتيقَّن وهو ما إذا كان الأداء لدى الحاكم إذ في غير ذلك يشكُّ في ترتَّب الأثر فيستصحب عدمه.

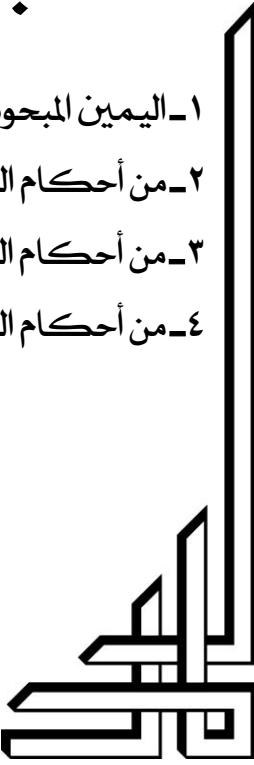
وبالوجهين المذكورين يمكن التمسك أيضاً لإثبات اعتبار طلب الحاكم لأداء اللعان في صحَّته.

١١ - وأمَّا إنَّه يعتبر قيام المتلاعنين حالة أدائهما اللعان فهو منقول عن جملة من الأصحاب. ويمكن استفادته من صحيح علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن الملاعنة قائماً يلاعن أم قاعداً؟ قال: الملاعنة وما أشبهها من قيام»^(١).

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٤٠٩ الباب ١ من أبواب اللعان الحديث ٦.



كتاب اليمين والنذر والعهد

- ١- اليمين المبحوث عنها.
 - ٢- من أحكام اليمين.
 - ٣- من أحكام النذر.
 - ٤- من أحكام العهد.
- 

١- اليمين المبحوث عنها

اليمين التي يجب الوفاء بها وتترتب على مخالفتها الكفارة هي المأتي بها لتأكيد ما التزمه المكلف على نفسه. وأما إذا كانت لتأكيد الإخبار فهي محرمة إذا كانت على خلاف الواقع - إلا إذا كانت لدفع ظلم عن الحالف نفسه أو سائر المؤمنين - ولكن لا كفارة فيها. وإذا كانت للمناشدة فلا كفارة فيها ولا إثم في المخالفة.

والمستند في ذلك:

١ - اليمين لها أقسام ثلاثة:

أ - اليمين التي يقصد بها تأكيد الإخبار عن الماضي أو المستقبل، كقول القائل: والله إنني جئت أمس أو أجيء غداً، أو والله إنني لم أتلّف ملك فلان، أو والله سأتلّفه، وما شاكل ذلك.

واليمين المتداولة من المدعى عليه - أو المدّعي أحياناً - في باب الدعوى هي من هذا القبيل.

ب - اليمين التي يستعان بها في مقام الطلب والمناشدة، كقول القائل:

أقسم عليك بالله أن تفعل كذا.

ج - اليمين التي يقصد بها تأكيد ما التزمه الشخص على نفسه، كما إذا التزم بترك التدخين وأكدّه بقوله: «والله لا أدخن»، فإنه لا يقصد بذلك الإخبار عن عدم تدخينه في المستقبل وتأكيده من خلال القسم، كما هو الحال في القسم الأول بل هناك التزام بترك ذلك وتأکید ذلك الالتزام بواسطة اليمين.

واليمين التي هي محل البحث ويُقال إنه يجب الوفاء بها ويوجب حشها الكفارة وهي ما كان من قبيل القسم الأخير، وأمّا غيرها فلا يجب الوفاء به بل لا معنى لذلك لعدم وجود التزام ليجب الوفاء به أو لتحرم مخالفته فالمخالفة غير متصورة ليتحقق الحث وتجب الكفارة. أجل .. مخالفة اليمين للواقع المخبر عنه متصورة ولكنها شيء آخر غير مخالفة الحالف نفسه لليمين.

٢ - وأمّا إنه يجب الوفاء باليمين التي يقصد بها تأكيد ما التزمه المكلف عن نفسه فهو من واضحات الفقه. قال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾^(١)، ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾^(٢)، ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ... وَأَحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ﴾^(٣).

٣ - وأمّا وجوب الكفارة في مخالفة اليمين في القسم الأول فهو من المسلّمات. ويدل عليه قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّرتَهُ^ط إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا

(١) النحل: ٩١ .

(٢) البقرة: ٢٢٥ .

(٣) المائدة: ٨٩ .

تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كَسَوْتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّرةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴿١﴾، أي إذا حلفتُمْ ونكثتُمْ كما هو واضح.

٤ - وأما إنَّ اليمين لتأكيد الإخبار لا كفارة فيها فهو متسالم عليه ولم ينسب الخلاف في ذلك إلا إلى الشافعي ^(٢). وقد تقدّم الوجه في ذلك.

وأما إنَّها تحرم إذا كانت كاذبة فهو باعتبار حرمة الكذب بل تتضاعف الحرمة لانطباق عنوان آخر وهو الحلف بالله كاذباً. وإذا كان ذلك في باب الدعوى وفصل الخصومة تضاعف الإثم والحرمة أكثر. وقد يعبر عنها باليمين الغموس لأنَّها تغمس صاحبها في الإثم.

وفي الحديث عن أبي جعفر عليه السلام: «انَّ في كتاب علي عليه السلام أنَّ اليمين الكاذبة وقطيعة الرحم تذران الديار بلاقع من أهلها ^(٣) وتثقل الرحم ^(٤)، يعني انقطاع النسل» ^(٥).

وفي حديث آخر: «قال أبو عبد الله عليه السلام: مَنْ حلف على يمين وهو يعلم أنَّه كاذب فقد بارز الله» ^(٦).

٥ - وأما استثناء حالة دفع الظلم فلعدة روايات كصحيحة إسماعيل بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: «...سألته... وعن رجل يخاف على ماله من السلطان فيحلف لينجو به منه، قال: لا جناح عليه. وسألته هل يحلف

(١) المائدة : ٨٩ .

(٢) جواهر الكلام ٣٥ : ٢٦٥ .

(٣) أي خالية من أهلها .

(٤) وفي بعض النسخ: تنغل . يُقال نغل الجرح، أي فسد... والمراد في الحديث: تفسد الرحم بالعقم .

(٥) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٠٣ الباب ٤ من أبواب الأيمان، الحديث ١ .

(٦) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٠٣ الباب ٤ من أبواب الأيمان، الحديث ٤ .

الرجل على مال أخيه كما يحلف على ماله؟ قال: نعم»^(١) وغيرها.
 هذا إذا لم يصل الأمر إلى درجة الإضرار أو الإكراه وإلا فالأمر أوضح
 لحديث: رفع عن أمتي ما اضطرّوا إليه وما استكروها عليه^(٢).
 وهل يلزم لجواز الحلف كذباً عدم إمكان التخلّص بالتورية؟ مقتضى
 عدم استفصال الصحيحة السابقة عدم اعتبار ذلك.

٦ - وأما عدم ترتّب أثر - من الكفّارة والإثم - على يمين المناشدة فلقوله
 تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾^(٣) ولموثق حفص وغير واحد من
 أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام: «سئل عن رجل يقسم على أخيه قال: ليس عليه
 شيء إنّه أراد إكرامه»^(٤) وغيره.

وفي صحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «قول الله عزّ وجل: ﴿لَا
 يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾ قال: هو لا والله وبلى والله...»^(٥).

بل لا نحتاج إلى نص خاص ويكفينا مقتضى القاعدة إذ المحلوف عليه لم
 يحلف ليلزم به والحالف نفسه لم يتحقّق منه التزام بفعله لتحريم عليه مخالفته.

أجل .. يكره هذا النحو من اليمين بل تكره اليمين الصادقة الإخبارية
 لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ﴾^(٦). ولو بقينا نحن
 والنهي المذكور فالمناسب هو الحرمة إلا أنّ قوله تعالى بعد ذلك: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ

(١) وسائل الشيعة ٢٣: ٤٢٤ الباب ١٢ من أبواب الأيمان، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٥: ٣٦٩ الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١.

(٣) البقرة: ٢٢٥.

(٤) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٧٩ الباب ٤٢ من أبواب الأيمان، الحديث ١.

(٥) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٣٩ الباب ١٧ من أبواب الأيمان، الحديث ٣.

(٦) البقرة: ٢٢٤.

بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ ﴿١﴾ يدل على أنَّ اليمين التي يجب الالتزام بها ويحرم حثها هي اليمين التي معها قصد والتمزام قليبان.

وفي حديث الإمام الصادق (عليه السلام): «اجتمع الحواريون إلى عيسى (عليه السلام) فقالوا: يا معلّم الخير أرشدنا فقال: إنّ موسى نبيّ الله أمركم أن لا تحلفوا بالله كاذبين وأنا أمركم أن لا تحلفوا بالله كاذبين ولا صادقين»^(٢). وفي حديث الرسول (صلى الله عليه وآله): «مَنْ أَجَلَ اللهُ أَنْ يَحْلِفَ بِهِ أَعْطَاهُ اللهُ خَيْرًا مِمَّا ذَهَبَ مِنْهُ»^(٣).

٢- من أحكام اليمين

لا تنعقد اليمين إلاّ إذا كانت بالله سبحانه من دون فرق بين أن يكون بلفظ الجلالة أو بسائر أسمائه بل وبترجمة ذلك أيضاً.

ولا تحرم إذا كانت بغيره سبحانه ولكنها لا تنعقد.

وصيغتها: والله أو بالله أو تالله أن أفعل كذا، أمّا مع التعليق على حصول شيء أو بدونه. ومع التعليق لا يجب الوفاء بها إلاّ مع حصول المعلق عليه.

ولا تنعقد بالنية من دون تلفّظ بذلك.

ويلزم في متعلّق اليمين أن يكون راجحاً ولو بحسب المصلحة الشخصية للحالف، فلو كان مرجوحاً من البداية لم تنعقد، ولو صار كذلك بعد ذلك انحلت.

(١) البقرة: ٢٢٥ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٣: ١٩٧ الباب ١ من أبواب الأيمان، الحديث ٢ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٣: ١٩٨ الباب ١ من أبواب الأيمان، الحديث ٣ .

ولا تنعقد يمين الولد مع نهي والده وتنحل مع نهيها عنها بعد ذلك. وهكذا الحال بالنسبة إلى يمين الزوجة مع نهي الزوج. وإذا حلف المكلف على صوم شهر ففي جواز الفصل ولزوم الوصل يتبع قصده.

والحنث الموجب للكفارة هو ما صدر عن عمد دون ما لو صدر عن نسيان أو إكراه أو اضطرار أو جهل. ومن خالف عمداً يحنث وتجب عليه الكفارة ولا يلزمه الوفاء بعد ذلك.

وكفارة حنث اليمين: عتق رقبة أو إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم فإن عجز صام ثلاثة أيام متوالية.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنَّ اليمين لا تنعقد إذا كانت متعلّقة بغير الله سبحانه فقد يستدلّ له بصحيفة محمد بن مسلم: «قلت لأبي جعفر عليه السلام: قول الله عزّ وجلّ: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا يَفْعَسُوا إِذْ يَاجِدُونَ إِذَا هُوَ﴾ ^(١) وما أشبه ذلك، فقال: إنّ الله عزّ وجلّ أن يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا إلّا به» ^(٢) وما كان بمضمونها حيث تدل على حرمة القسم بغير الله سبحانه ومن ثمّ على عدم صحّته.

إلّا أنّ الاستدلال المذكور تام لو لم يكن هناك معارض يدل على جواز

(١) الليل : ١ .

(٢) النجم : ١ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٦٠ الباب ٣٠ من أبواب الأيمان، الحديث ٣ .

الحلف بغيره سبحانه من قبيل صحيحة علي بن مهزيار: «قرأت في كتاب لأبي جعفر عليه السلام إلى داود بن القاسم: إني قد جئت وحياتك»^(١)، فإنه عليه السلام حلف بحياة داود أنه قد جاء فيلزم حمل الأولى على الكراهة.

والأنسب الاستدلال على ذلك بالوجهين التاليين:

أ - التمسك بصحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «في كتاب علي عليه السلام أن نبياً من الأنبياء شكاً إلى ربه فقال: يا رب كيف أقضي في ما لم أر ولم أشهد؟ قال: فأوحى الله إليه احكم بينهم بكتابي وأضفهم إلى اسمي فحلّهم به. وقال: هذا لمن لم تقم له بيّنة»^(٢)، فإنه بقرينة ورودها في مقام البيان يمكن أن يستفاد منها اختصاص الحلف الذي يترتب عليه أثر بما إذا كان به سبحانه دون ما إذا كان بغيره. ومورده وإن كان باب القضاء إلا أنه لا يحتمل ثبوت الخصوصية له.

ب - التمسك بالأصل، فإنه إذا شككنا في ترتب الأثر على اليمين المتعلقة بغير الله سبحانه نستصحب عدم وجوب الوفاء والكفارة.

٢ - وأما إنه لا فرق في الحلف بالله سبحانه بين لفظ الجلالة وسائر أسمائه فلا إطلاق لفظ «اسمه» في صحيحة سليمان: «وأضفهم إلى اسمي». بل يمكن التمسك بإطلاق قوله عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم: «وليس لخلقه أن يقسموا إلاّ به».

لا يقال: إن موثقة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «إذا قال الرجل: أقسمت أو حلفت فليس بشيء حتى يقول: أقسمت بالله أو حلفت

(١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٤ الباب ٣٠ من أبواب الأيمان، الحديث ١٤ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٢٩ الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ .

بالله»^(١) دلت على عدم انعقاد اليمين إلا إذا كانت متعلقة بلفظ الجلالة.
فإنه يُقال: إنَّ الوثيقة في صدد بيان أنَّ كلمة «أقسمت» أو «حلفت» لا تجدي وحدها ما لم تنضم إليها ضميمة، أمَّا إنَّ تلك الضميمة هل هي خصوص لفظ الجلالة أو الأعم فليست في مقام البيان من ناحيته.

٣- وأمَّا أجزاء الترجمة فوجهه واضح وهو التمسك بالإطلاق أيضاً.
٤- وأمَّا إنَّه لا تحرم اليمين المتعلقة بغيره سبحانه - كالأنبياء والأولياء وغير ذلك - فلصحيحة ابن مهزيار المتقدمة. وبقطع النظر عن ذلك تكفي البراءة بعد قصور مقتضي التحريم.

وأمَّا إنَّها لا تنعقد فلأصل بعد القصور في المقتضي.
٥- وأمَّا إنَّ صيغة اليمين ما تقدّم، فلأنَّ الحلف بالله سبحانه صادق في كل ذلك.

وأمَّا صحَّتها مع التعليق وبدونه فلا إطلاق أدلّة وجوب الوفاء باليمين لكلتا الحالتين.

وأمَّا إنَّ اليمين المعلقة لا يجب الوفاء بها قبل حصول المعلق عليه فباعتبار أنَّ الالتزام من الخالف يختصّ بذلك، ولا التزام قبل حصول المعلق عليه ليجب الوفاء به.

٦- وأمَّا عدم انعقاد اليمين بمجرد النية من دون تلفظ بالصيغة فلائنه بدون ذلك لا يصدق عنوان اليمين ليجب الوفاء بها.

٧- وأمَّا إنَّه يعتبر الرجحان في متعلق اليمين ولو بلحاظ المصلحة

(١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٣٤ الباب ١٥ من أبواب الأيمان، الحديث ٣.

الشخصية فلصحيحة سعيد الأعرج: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحلف على اليمين فيرى أنَّ تركها أفضل وإن لم يتركها خشي أن يَأْثُمَ أتركها؟ قال: أما سمعت قول رسول الله ﷺ: إذا رأيت خيراً من يمينك فدعها»^(١)، فإنَّها تدل على اعتبار ملاحظة الخير في المتعلّق. ومقتضى إطلاقه كفاية كون المتعلّق خيراً ولو بلحاظ المصالح الشخصية.

وإذا فرض التساوي من جميع الجهات فهل يجب العمل بمقتضى اليمين؟ نعم لأنَّ الصحيحة قالت: «إذا رأيت خيراً من يمينك فدعها»، ومفهوم ذلك أنَّه إذا لم ترَ خيراً من يمينك - وذلك صادق عند التساوي - فلا تدعها.

هذا ولكن رواية حمran: «قلت لأبي جعفر وأبي عبد الله عليه السلام: اليمين التي تلزمني فيها الكفارة؟ فقالا: ما حلفت عليه ممّا لله فيه طاعة أن تفعله فلم تفعله فعليه الكفارة، وما حلفت عليه ممّا لله فيه المعصية فكفّارته تركه، وما لم يكن فيه معصية ولا طاعة فليس هو بشيء»^(٢) دلّت على أنَّه عند التساوي لا تلزم مراعاة اليمين، بل ودلّت على أنَّ المدار هو على ملاحظة المرجّحات الدينية دون الدنيوية إلاَّ أنَّه ممّا يهون الخطب ضعف سندها بحمزة بن حمran فلا حظ.

٨ - وأمّا إنَّه إذا صار متعلّق اليمين مرجوحاً بعد اليمين انحلت فلائذ ذلك مورد صحيحة الأعرج وقد دلّت على الانحلال.

٩ - وأمّا عدم انعقاد يمين الولد والزوجة مع نهي الوالد أو الزوج فلصحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال رسول الله ﷺ: لا يمين للولد مع والده، ولا للمملوك مع مولاه، ولا للمرأة مع زوجها...»^(٣) وغيرها.

(١) وسائل الشريعة ٢٣: ٢٤٠ الباب ١٨ من أبواب الأيمان، الحديث ١.

(٢) وسائل الشريعة ٢٣: ٢٥٠ الباب ٢٤ من أبواب الأيمان، الحديث ٢.

(٣) وسائل الشريعة ٢٣: ٢١٧ الباب ١٠ من أبواب الأيمان، الحديث ٢.

وهل تنعقد اليمين مع عدم صدور الإذن من الوالد أو الزوج لأجل عدم اطلاعه على اليمين؟ لا يبعد الانعقاد لأنَّ التعبير المذكور في الصحيحة مجمل فيحتمل أن يكون المقصود منه: لا يمين مع الردع ويحتمل أن يكون: لا يمين مع عدم الإذن ولو من دون ردع، ومع إجمال المخصّص ينبغي الاقتصار على القدر المتيقّن وفي ما زاد يرجع إلى عمومات وجوب الوفاء باليمين.

١٠ - وأمّا التعميم لحالة الردع في مرحلة البقاء فلا إطلاق الصحيحة المتقدّمة.

١١ - وأمّا إنَّ مَنْ حلف على صوم شهر يتبع في لزوم الوصل وجواز الفصل قصده فباعتبار أنَّ الحنث يتحقّق بمخالفة الالتزام التابع لكيفية القصد. وقد يستفاد ذلك أيضاً من صحيحة إسماعيل بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: «سألته عن رجل حلف وضميره على غير ما حلف، قال: اليمين على الضمير» ^(١) وغيرها.

١٢ - وأمّا إنَّ الحنث الموجب للكفّارة هو المخالفة عن عمد فباعتبار أنَّ متعلّق اليمين للحالف عادةً هو التزام الفعل وعدم المخالفة عن عمد واختيار فإذا تحقّقت المخالفة لا عن عمد فلا يتحقّق الحنث لتجب الكفّارة.

على أنَّ بالإمكان التمسك بحديث رفع النسيان والإكراه والاضطرار ^(٢) وبصحيحة عبد الصمد بن بشير الواردة في الجاهل: «...أي رجل ركب أمراً بجهالة فلا شيء عليه...» ^(٣).

(١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٤٦ الباب ٢١ من أبواب الأيمان، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٥: ٣٦٩ الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٤٨٩ الباب ٤٥ من أبواب ترك الإحرام، الحديث ٣.

هذا والمنسوب إلى جماعة من العامة تحقّق الحنث وثبوت الكفّارة في الجميع^(١) ولكنه مردود بما سبق.

١٣ - وأما إنَّ مَنْ خالف عن عمد لا يجب عليه الوفاء بعد ذلك فلائن متعلّق اليمين التزام واحد بترك جميع الحصص فإذا تحقّقت المخالفة مرّة انخرم ذلك الالتزام الواحد ولا يمكن الوفاء بعد ذلك ليجب. أجل .. إذا كان الالتزام متعدّداً - كمن حلف على ترك التدخين فترة شهر بنحو كان يقصد تعدّد الالتزام بالترك بعدد الأيام - تعدّد الوفاء والحنث أيضاً.

١٤ - وأما إنَّ كفّارة حنث اليمين ما تقدّم فلقلوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّرتُكُمْ بِطَعَامٍ عَشْرَةَ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾^(٢).

وأما اعتبار التوالي في الأيام الثلاثة بالرغم من اقتضاء الإطلاق جواز التفريق فلصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «...صيام ثلاثة أيّام في كفّارة اليمين متتابعات...»^(٣) وغيرها.

٣- من أحكام النذر

النذر هو التزام الشخص في ذمّته بفعل شيء أو تركه لله سبحانه. والوفاء به واجب، وتترتب على مخالفته الكفّارة. وصيغته: لله عليّ كذا إن حصل كذا.

(١) جواهر الكلام ٣٥: ٣٣٩.

(٢) المائدة: ٨٩.

(٣) وسائل الشيعة ١٠: ٣٨٣ الباب ١٠ من أبواب بقيّة الصوم الواجب، الحديث ٤.

ولا ينعقد بمجرد النية من دون تلفظ بذلك.
وفي انعقاده من دون تعليقه على شرط كلام.
وفي أجزاء الترجمة خلاف.
ويشترط في انعقاده رجحان متعلقه بنحو يعد طاعة لله سبحانه فلا ينعقد لو تعلّق بالمباح الذي لا يعدُّ فعله طاعة له سبحانه. وإذا زال الرجحان بعد الانعقاد انحل.
ولا يشترط في صحّة نذر الولد إذن الوالد مسبقاً. أجل مع نهيهِ المسبق لا ينعقد. وإذا نهي عنه بعد ذلك انحل.
ويشترط في صحّة نذر الزوجة إذن الزوج إذا كان متعلقه منافياً لحقه في الاستمتاع، بل ذهب المشهور إلى اعتبار إذن الزوج حتى إذا لم يكن منافياً لحقه ما دام يستلزم التصرف في مالها.
وإذا نذر المكلف صوم يوم معين وأراد السفر جاز له ذلك ولو من دون ضرورة ويفطر ثم يقضيه بدون كفارة. وهكذا لو طرأ مرض أو غيره من الموانع.
ومن نذر صوم شهر ففي جواز الفصل أو لزوم الوصل يتبع قصده. ومع الشك في كيفية قصده يلزم اتباع ظاهر اللفظ.
ومن نذر مالا للنبي ﷺ أو أحد الأئمة عليهم السلام أو الأولياء ففي كيفية صرفه يتبع قصده. ومع الشك في كيفية القصد يلاحظ ظاهر لفظ الناذر وهو يقتضي الصرف في ما يرجع إلى شؤون المنذور له.
وفي تحديد كفارة حنث النذر خلاف.

والمستند في ذلك:

١ - أَمَّا إِنَّ النَّذْرَ هُوَ الْإِتِمَامُ الْمَتَقَدِّمُ فَهُوَ مِنْ وَاضِحَاتِ الْفَقْهِ الَّتِي يَعْرِفُهَا كُلُّ مُتَشَرِّعٍ.

وَأَمَّا إِنَّ الْوَفَاءَ بِهِ وَاجِبٌ فَهُوَ مِنْ وَاضِحَاتِ الْفَقْهِ أَيْضًا. وَيَدُلُّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلْيُؤْفُوا نَذْرَهُمْ﴾^(١) ﴿وَمَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ نَفَقَةٍ أَوْ نَذَرْتُمْ مِنْ نَذْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُهَا وَمَا لِلظَّالِمِينَ مِنْ أَنْصَارٍ﴾^(٢) ﴿يُؤْفُونَ بِالنَّذْرِ وَيَخَافُونَ يَوْمًا كَانَ شَرُّهُ مُسْتَطِيرًا﴾^(٣).

وَيَسْتَفَادُ ذَلِكَ أَيْضًا مِنْ رَوَايَاتِ ثُبُوتِ الْكُفَّارَةِ بِالْحَنْثِ وَغَيْرِهَا. وَأَمَّا إِنَّهُ تَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ مَخَالَفَتُهُ الْكُفَّارَةَ فَهُوَ مِمَّا لَا إِشْكَالَ فِيهِ. وَيَدُلُّ عَلَيْهِ صَحِيحُ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: «سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَجْعَلُ عَلَيْهِ نَذْرًا وَلَا يَسْمِيهِ، قَالَ: إِنَّ سَمِيَّتَهُ فَهُوَ مَا سَمَّيْتَ، وَإِنْ لَمْ تَسْمِ شَيْئًا فَلَيْسَ بِشَيْءٍ، فَإِنْ قُلْتَ: اللَّهُ عَلَيَّ فَكُفَّارَةٌ يَمِينٌ»^(٤) وَغَيْرِهِ.

٢ - وَأَمَّا إِنَّ صِيغَتَهُ مَا تَقَدَّمَ فَهُوَ مِمَّا لَا إِشْكَالَ فِيهِ. وَيَدُلُّ عَلَيْهِ صَحِيحُ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: «إِذَا قَالَ الرَّجُلُ: عَلَيَّ الْمَشْيُ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ وَهُوَ مُحْرَمٌ بِحُجَّةٍ أَوْ عَلَيَّ هَدْيٍ كَذَا وَكَذَا فَلَيْسَ بِشَيْءٍ حَتَّى يَقُولَ: اللَّهُ عَلَيَّ الْمَشْيُ إِلَى بَيْتِهِ، أَوْ يَقُولَ: اللَّهُ عَلَيَّ أَنْ أَحْرِمَ بِحُجَّةٍ، أَوْ يَقُولَ: اللَّهُ عَلَيَّ هَدْيٍ كَذَا وَكَذَا إِنْ لَمْ

(١) الحج: ٢٩.

(٢) البقرة: ٢٧٠.

(٣) الإنسان: ٧.

(٤) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٩٧ الباب ٢ من أبواب النذر والعهد، الحديث ٥.

ويحتمل أن يكون المقصود من صدر الصحيح أن مجرد قول الشخص «لله علي نذر» لا يكفي، بل لا بد من تشخيص المنذور وتسميته.

أفعل كذا وكذا»^(١) وغيره.

٣ - وأما عدم انعقاده بمجرد النية فلائنه بدون التلفظ بالصيغة لا يصدق عنوان النذر. ومع التترّل وفرض الشكّ في صدق عنوان النذر يكفينا استصحاب عدم ترتّب الأثر. مضافاً إلى إمكان استفادة اعتبار التلفظ من صحيح منصور المتقدم فلاحظ.

٤ - وأما انعقاد النذر إذا لم يكن معلقاً على شرط - المعبر عنه بنذر التبرّع - فهو المشهور^(٢). وقيل بعدم ذلك.

والمنشأ المهم للخلاف دعوى عدم صدق عنوان النذر مع التبرّع وأنّه لغة الوعد بشرط، والأصل عدم النقل، ومعه فلا يمكن التمسك بعمومات وجوب الوفاء بالنذر. بل إن لم يجزم بالدعوى المذكورة فلا أقلّ من احتمالها، ومعه لا يمكن التمسك بالعمومات أيضاً لكونه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

وقد يؤيد اعتبار التعليق على الشرط - كما صنع في الجواهر^(٣) - بصحيح منصور بن حازم المتقدم فإنّه ورد في ذيله: «... أو يقول: لله عليّ هدي كذا وكذا إن لم أفعل كذا وكذا»، وهو بالمفهوم يدل على أنّه إذا لم تذكر الصيغة مع التعليق فلا ينعقد النذر.

٥ - وأما الخلاف في أجزاء الترجمة فوجهه أنّ مقتضى صحيح منصور اعتبار التلفظ بالشكل المذكور فيه، ولازمه عدم أجزاء غير العربية. ولا أقلّ من الشك في اعتبار ذلك وهو كافٍ لجريان استصحاب عدم ترتّب الأثر.

(١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٩٣ الباب ١ من أبواب النذر والعهد، الحديث ١.

(٢) جواهر الكلام ٣٥: ٣٦٥.

(٣) جواهر الكلام ٣٥: ٣٦٨.

وفي المقابل يمكن أن يُقال: إنَّ تشريع النذر كسائر التشريعات الإسلامية لم يرد خاصاً بالعرب، وهل يحتمل أن من لا يعرف العربية ليس من حقّه النذر؟!

٦ - وأمّا اعتبار رجحان متعلّق النذر بنحو يعدُّ فعله طاعة لله سبحانه فباعثاً أن المكلف من خلال النذر يجعل الفعل لله سبحانه ويقول: لله عليّ كذا، ولا معنى لأن يلتزم بفعل لله سبحانه إلّا إذا كان مطلوباً وطاعة له، وحيث إنّ المباح المتساوي طرفاه ليس مطلوباً وطاعة له سبحانه فلا معنى لجعله لله بمثل صيغة: لله عليّ حتّى إذا فرض وجود رجحان دينوي فيه من بعض الجهات.

٧ - وأمّا إنّه ينحل إذا زال الرجحان فباعثاً أنّه معه لا يصدق بقاء كون الفعل لله سبحانه فيزول عنوان النذر بقاءً وينحل بهذا المعنى.

٨ - وأمّا عدم اعتبار إذن الوالد مسبقاً في صحّة نذر الولد فلعدم وجود نص يدل على اعتبار ذلك فيتمسك بعمومات النذر لنفي ذلك. أجل مع النهي يزول الرجحان فلا ينعقد حدوثاً وينحل بقاءً.

٩ - وأمّا عدم انعقاد نذر الزوجة إذا كان منافياً لحق الزوج في الاستمتاع فواضح لكون المتعلّق مرجوحاً آنذاك.

وأمّا إذا لم يكن منافياً لحقه فالمشهور اختار عدم انعقاده أيضاً^(١) لصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «ليس للمرأة مع زوجها أمر في عتق ولا صدقة ولا تدبير ولا هبة ولا نذر في مالها إلّا بإذن زوجها إلّا في حج أو زكاة أو برٍّ والديها أو صلة رحمها»^(٢). نعم مع عدم كون نذرها مستلزماً للتصرّف في مالها ولا منافياً لحقه ينعقد ويجب الوفاء به تمسكاً بالعمومات.

(١) جواهر الكلام ٣٥: ٣٥٨.

(٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٣١٥ الباب ١٥ من أبواب النذر والعهد، الحديث ١.

هذا ويمكن أن يُقال: إنَّ صحيح ابن سنان ناظر إلى بيان حكم أخلاقي بقرينة اشتماله على ما لا يمكن الالتزام به، كعدم جواز صدقة الزوجة وهبتها لشيء من مالها من دون إذن زوجها، وعليه فالمناسب العمل على وفق الاحتياط.

١٠ - وأما إنَّ مَنْ نذر صوم يوم معيَّن وأراد السفر جاز له ذلك ولو من دون ضرورة ويقضي يوماً بدله فهو حكم مخالف للقاعدة، فإنَّ المناسب عدم جواز السفر مقدّمة لامتنال النذر الذي هو واجب إلّا أنَّ صحيحة علي بن مهزيار: «كتبت إليه - يعني إلى أبي الحسن عليه السلام - يا سيدي رجل نذر أن يصوم يوماً من الجمعة دائماً ما بقي فوافق ذلك اليوم يوم عيد فطر أو أضحى أو أيّام التشريق أو سفر أو مرض هل عليه صوم ذلك اليوم أو قضاؤه؟ وكيف يصنع يا سيدي؟ فكتب إليه: قد وضع الله عنه الصيام في هذه الأيام كلّها ويصوم يوماً بدل يوم إن شاء الله...»^(١) دلّت على جواز السفر مع القضاء. كما دلّت على عموم الحكم لسائر الأعذار غير السفر.

١١ - وأما إنَّ مَنْ نذر صوم شهر فجواز الفصل أو لزوم الوصل يتبع قصده فقد تقدّم وجهه في اليمين فلاحظ.

وأما إنَّه مع الشكّ في القصد يلزم متابعة ظاهر اللفظ فباعتبار أنَّ الناذر التزم بما يدلّ عليه ظاهر اللفظ.

١٢ - وأما إنَّ مَنْ نذر مالاً للنبي ﷺ أو غيره ممن ذكر يتبع في كيفية صرفه قصده فقد اتّضح وجهه ممّا تقدّم.

١٣ - وأما كفّارة حنث النذر فقليل: إنّها كفّارة مخالفة اليمين. وقيل: ككفّارة مَنْ أفطر يوماً من شهر رمضان.

(١) وسائل الشيعة ٢٣: ٣١٠ الباب ١٠ من أبواب النذر والعهد، الحديث ١.

ومنشأ الخلاف اختلاف الروايات، فبعضها دلّ على الأوّل، كما في صحيح الحلبي المتقدّم في الرقم «١» وبعضها دلّ على الثاني، كما في رواية عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عمّن جعل الله عليه أن لا يركب محرماً سمّاه فركبه، قال: لا. ولا أعلمه إلّا قال: فليعتق رقبة أو ليصم شهرين متتابعين أو ليطعم ستين مسكيناً»^(١).

والتعارض بينهما مستقر. وقد ترجح الثانية لموافقة الأولى لروايات العامة الدالة على أن كفارة حنث النذر كفارة يمين^(٢). إلّا أنّ المناسب ترجيح الأولى لضعف سند الثانية بعبد الملك إذ لم يرد في حقّه توثيق سوى أنّ الكشي نقل رواية ينتهي سندها إلى عبد الملك نفسه وأنّ الإمام الصادق عليه السلام قال له: «إنّي لأدعو الله لك حتّى أسمّي دابّتك أو قال: أدعو لدابّتك»^(٣)، وهي لو تمّت دلالة على التوثيق فليست تامّة سنداً من جهة أنّ الراوي عبد الملك نفسه.

٤- من أحكام العهد

العهد التزام مع الله سبحانه بفعل شيء أو تركه بصيغة عاهدت الله أو عليّ عهد الله أن أفعل كذا، مع التعليق على شرط أو بدونه. والوفاء به واجب.

وتترتب على مخالفته الكفارة.

والمشهور عدم انعقاده بمجرد النية والقصد القلبي من دون تلفظ

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٣٩٤ الباب ٢٣ من أبواب الكفارات، الحديث ٧.

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة ٢: ١٢٩، وسنن البيهقي ١٠: ٦٩-٧٢.

(٣) رجال النجاشي: الرقم ٢٤٦.

بالصغية.

ولا يعتبر في متعلقه الرجحان الشرعي بنحو يعدّ طاعة له سبحانه.
وكفارة مخالفة العهد: عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو
إطعام ستين مسكيناً.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنَّ العهد ما ذكر فينبغي أن يكون من واضحات الفقه.
وأمّا إنَّ صيغته «عاهدت الله أو عليّ عهد الله أن أفعل كذا» فلتحقّق العهد
بذلك عرفاً فتشمله عمومات وجوب الوفاء بالعهد.
وأمّا صحّته مع التعليق على شرط وبدونه فلاّطلاق الأدلّة الآتية الدالّة
على مشروعية العهد ووجوب الوفاء به.

وأمّا إنَّ الوفاء به واجب فمما لا إشكال فيه لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ
إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ (٣٤) (١)، ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَّيْنَاكُمْ بِهِ
لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ (١٥٣) (٢)، ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾ (٣)، فإنَّ المراد
بالعهد في الآيات الكريمة المذكورة إمّا خصوص العهد الاصطلاحي أو ما يعمّ
النذر واليمين، وعلى التقديرين يثبت المطلوب.

وفي حديث عبد الله بن سنان: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله
عز وجل: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (٤) قال: العهود» (١).

(١) الإسراء: ٣٤.

(٢) الأنعام: ١٥٢.

(٣) النحل: ٩١.

(٤) المائدة: ١.

٢ - وأما ترتب الكفارة على مخالفة العهد فهو من الأمور المسلّمة بين الأصحاب وتأتي دلالة بعض الروايات عليه.

٣ - وأما عدم انعقاده بمجرد القصد القلبي فهو المعروف بين الأصحاب. إلاّ أنّه قد يُقال بعدم تقوّم عنوان العهد عرفاً بالإبراز بالصيغة اللفظيّة فبقصد العهد قلباً يتحقّق وتشمله عمومات وجوب الوفاء بالعهد. وهذا بخلاف النذر فإنّ عنوانه لا يصدق عرفاً من دون إبراز لفظي له. مضافاً إلى دلالة بعض الروايات على اعتبار الإبراز اللفظي فيه فراجع.

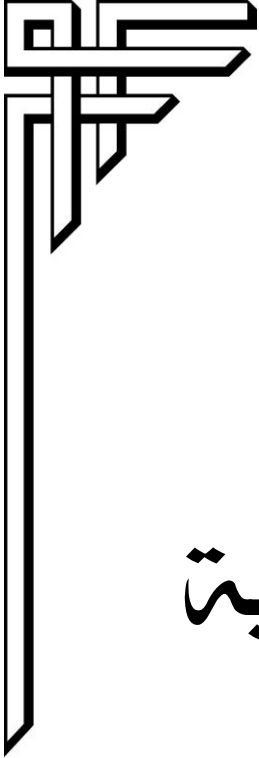
وبالجملة: مع الجزم بصدق عنوان العهد على مجرّد القصد القلبي فيلزم وجوب الوفاء به تمسّكاً بالعمومات. وأما إذا لم يجزم بذلك فلا يمكن التمسّك بها - لعدم جواز التمسّك بالعام في الشبهة المصداقيّة - ويتعيّن الرجوع إلى الأصل لنفي ترتب الأثر.

٤ - وأما عدم اعتبار كون متعلّق العهد طاعة كما هو معتبر في النذر فلعدم جريان التقريب السابق هناك فيه. ومقتضى إطلاق دليل وجوب الوفاء به الشمول لما يكون متساوي الطرفين شرعاً.

٥ - وأما إنّ كفارة مخالفة العهد ما تقدّم فهو المشهور بين الأصحاب. ويدل عليه ما رواه أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره عن أبي جعفر الثاني عليه السلام: «رجل عاهد الله عند الحجر أن لا يقرب محرّماً أبداً، فلمّا رجع عاد إلى المحرّم فقال أبو جعفر عليه السلام: يعتق أو يصوم أو يتصدّق على ستّين مسكيناً. وما ترك من الأمر أعظم ويستغفر الله ويتوب إليه» ^(٢) وغيره.

(١) وسائل الشيعة ٢٣: ٣٢٧ الباب ٢٥ من أبواب النذر والعهد، الحديث ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٣٢٧ الباب ٢٥ من أبواب النذر والعهد، الحديث ٤.



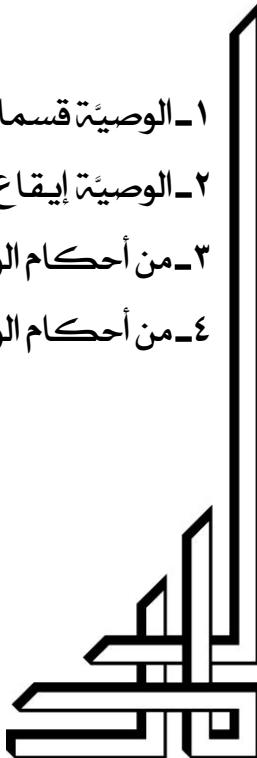
كتاب الوصية

١- الوصية قسمان.

٢- الوصية إيقاع.

٣- من أحكام الوصي.

٤- من أحكام الوصية.



١ - الوصية بقسميها

الوصية إنشاء يتضمن تملكاً أو عهداً بتسليم على تصرف معين بعد الوفاة.

وهي على قسمين: تملكية وعهدية.

والأولى هي ما تضمنت إنشاء ملكية عين أو اختصاص حق بعد الوفاة - كالوصية بكون قسم من المال لشخص معين أو لجهة معينة كالفقراء - .

وأركانها ثلاثة: الموصي، والموصى به، والموصى له.

والثانية هي ما تضمنت العهد بتولي تصرف معين بعد الوفاة، كالوصية بتمليك شخص أو جهة مقداراً من المال أو الوصية بالدفن في مكان معين أو بولاية شخص على الأطفال القاصرين أو بالتصرف في المال ببناء مسجد به أو حسينية وما شاكل ذلك.

وأركانها ثلاثة أيضاً: الموصي، والموصى، والموصى به.

ومع تعلق الموصى به بالغير - كالوصية بتمليك الموصى مقداراً من المال لشخص - تكون أطرافها أربعة بإضافة الموصى له.

وهي مشروعة بنحو الاستحباب بل بنحو الوجوب أحياناً.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنَّ الوصية ما تقدّم فهو من واضحات الفقه.

وأمّا انقسامها إلى ما ذكر فكذلك حيث إنَّ متعلّق الوصية تارة يكون هو الملكية أو الاختصاص بنحو شرط النتيجة، وأخرى هو التملك أو الاختصاص بنحو شرط الفعل أو تصرفاً آخر غير التملك. والوصية في الأوّل تملكية وفي الثاني عهديّة.

٢ - وأمّا إنّها مشروعة فهو من ضروريّات الدين. ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ (١).

وموردها وإن كان خاصّاً بالوصية للوالدين والأقربين إلّا أنّ فقرة: ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾ تدل على امضاء مطلق الوصية للاستشهاد بها في بعض الروايات على نفوذ مطلق الوصية، ففي صحيحة محمد بن مسلم: «سألت أبا جعفر (عليه السلام): عن الرجل أوصى بماله في سبيل الله، قال: اعطه لمن أوصى له به وإن كان يهودياً أو نصرانياً إنَّ الله عزَّ وجلَّ يقول: ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾» (٢).

وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهْدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ

(١) البقرة: ١٨٠ - ١٨١ .

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٣٣٧ الباب ٣٢ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ١ .

الْوَصِيَّةُ أَتَّانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَبْتَكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ... ﴿١﴾، ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ ﴿٢﴾.

وتدل على المشروعية أيضاً السيرة القطعية بين المشرعة المتصلة بزم من المعصوم عليه السلام.

٣ - وأما إنها مشروعة بكلا قسميها فأمر متسالم عليه ويقتضيه إطلاق الآية الكريمة الأولى والسيرة القطعية.

٤ - وأما إنها مشروعة بنو الاستحباب فهو من واضحات الفقه. ويدل على ذلك قوله عليه السلام: «ما ينبغي لامرئ مسلم أن يبيت ليلة إلا ووصيته تحت رأسه» ^(٣)، «مَنْ مَاتَ بِغَيْرِ وَصِيَّةٍ مَاتَ مِيتَةً جَاهِلِيَّةً» ^(٤).

وفي وصية النبي صلى الله عليه وآله وسلم لأمر المؤمنين عليهم السلام: «يا علي أوصيك بوصية فاحفظها فلا تزال بخير ما حفظت وصيتي... يا علي مَنْ لَمْ يَحْسِنْ وَصِيَّتَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ كَانَ نَقْصاً فِي مَرُوءَتِهِ وَلَمْ يَمْلِكِ الشِّفَاعَةَ» ^(٥).

٥ - وأما إنها قد تجب فيأتي بيانه عند التعرّض لأحكام الوصية إن شاء الله تعالى.

(١) المائدة: ١٠٦ .

(٢) النساء: ١١ - ١٢ .

(٣) وسائل الشيعة ١٩: ٢٥٩ الباب ١ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٧ .

(٤) وسائل الشيعة ١٩: ٢٥٩ الباب ١ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٨ .

(٥) وسائل الشيعة ١٩: ٢٦٦ الباب ٦ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٢ .

٢- الوصية إيقاع

صحّة الوصية العهديّة لا تتوقّف على القبول. نعم للوصي الرد - ولكن لا يلزم من ذلك بطلان الوصية رأساً بل بطلان وصايتها - بشرطين: كون ذلك في حياة الموصي، وبلوغه الرد. بل قد يُضاف إلى ذلك إمكان الإيصاء إلى شخص آخر. هذا إذا لم يكن العمل بها حرجياً وإلاّ جاز ردّها حتى مع اختلال ما تقدّم. أجل .. في خصوص الولد قد يُقال بوجوب قبوله الوصية إذا دعاه والده إلى ذلك.

وأما الوصية التمليكية فالمشهور ذهب إلى اعتبار قبول الموصى له في صحّتها فتكون على رأيهم عقداً^(١). والمستند في ذلك:

١ - أمّا إن صحّ الوصية العهديّة لا تتوقّف على القبول فهو رأي غير واحد من الفقهاء^(٢). وتدل عليها الروايات الدالة على وجوب العمل بالوصية على الوصي إذا لم يرد أو ردّ ولم يبلغ الموصي ذلك، كصحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا أوصى الرجل إلى أخيه وهو غائب فليس له أن يرد عليه وصيته لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره»^(٣) وغيرها، فإنّ القبول لو كان معتبراً جاز الرد مطلقاً بل لم يتوقّف بطلانها على الرد ويكفي عدم القبول. هذا ويمكن التمسك أيضاً بإطلاق قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بُعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٣٤٢، العروة الوثقى: بداية كتاب الوصية، مسألة ١.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٢٤٢، العروة الوثقى: بداية كتاب الوصية، مسألة ١.

(٣) وسائل الشريعة ١٩: ٣٢٠ الباب ٢٣ من أحكام الوصايا، الحديث ٣.

فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ ﴿١﴾ بعد تفسيره بمطلق الإيصاء على ما تقدّم.

٢ - وأمّا جواز الرد بالشروط الثلاثة المتقدمة فيمكن استفادته من صحيح منصور المتقدم وغيره.

وأمّا جواز الرد مع الحرج فلقاعدة نفي الحرج المستفادة من قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ (٢).

٣ - وأمّا أنّه مع ردّ الوصي في مورد جوازه لا يلزم بطلان الوصية رأساً فلأنّ أقصى ما يستلزمه الردّ خلو الوصية من الوصي وهو لا يقتضي بطلانها.

٤ - وأمّا وجوب قبول الولد للوصية إذ دعاه والده إلى ذلك فلرواية علي بن الريان: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: رجل دعاه والده إلى قبول وصيته هل له أن يمتنع من قبول وصيته؟ فوقّع عليه السلام: ليس له أن يمتنع» (٣) بناءً على التسامح في أمر سهل الوارد في سندها.

٥ - وأمّا اعتبار المشهور للقبول في الوصية التملكية فقد يستدلّ له بالوجهين التاليين:

أ - إنّ تحقق الملك بدون قبول الموصى له مخالف لقاعدة سلطنة الإنسان على نفسه الثابتة بالسيرة العقلية، فإنّ دخول شيء في ملك الغير قهراً مناف ذلك. وثبوت مثله في الإرث هو لدليل خاص فلا مجال معه للتعدّي عنه.

ب - التمسك باستصحاب عدم الانتقال إلى الموصى له بدون قبوله. وكلا الوجهين قابلان للتأمل بعد إطلاق الآية الكريمة: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ

(١) البقرة: ١٨١ .

(٢) الحج: ٧٨ .

(٣) وسائل الشيعة ١٩: ٣٢٢ الباب ٢٤ من أحكام الوصايا، الحديث ١ .

مَا سَمِعَهُ، فَإِنَّهَا آثَمُهُ عَلَى الَّذِينَ يَبْدِلُونَهُ» (١).

أجل .. ادّعي الإجماع في المسألة على اعتبار القبول. وهو إن تمّ كان هو المدرك إلاّ أنّه غير تام لكونه محتمل المدرك.

ومّا يدعم عدم اعتبار القبول صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب فتوفّي الموصى له الذي أوصى له قبل الموصي قال: الوصيّة لو ارث الذي أوصى له. قال: ومَنْ أوصى لأحدٍ شاهداً كان أو غائباً فتوفّي الموصى له قبل الموصي فالوصيّة لو ارث الذي أوصى له إلاّ أن يرجع في وصيّته قبل موته» (٢) وما كان بمضمونها، فإنّ مقتضى إطلاقها لزوم الدفع إلى الوارث حتّى مع عدم قبول الموصى له ولا وجه للدفع إليه إلاّ تحقّق ملك مورثه والانتقال منه إليه.

نعم قد يلتزم بانهيّة الرد عن تحقّق الملك بالرغم من اقتضاء إطلاق الآية الكريمة نفيه أيضاً ولا وجه له سوى الإجماع المدعى في المسألة.

قال السيد اليزدي: «ويحتمل قوياً عدم اعتبار القبول فيها بل يكون الرد مانعاً. ودعوى أنّه يستلزم الملك القهري وهو باطل في غير مثل الإرث مدفوعة بأنّه لا مانع منه عقلاً. ومقتضى عمومات الوصيّة ذلك، مع أنّ الملك القهري موجود في مثل الوقف» (٣).

(١) البقرة: ١٨١ .

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٣٣٤ الباب ٣٠ من أحكام الوصايا، الحديث ١ .

(٣) العروة الوثقى: كتاب الوصيّة: مسألة ١ من مسائل الفصل ١ .

٣- من أحكام الوصي

إذا عيّن الموصي شخصاً للقيام بتنفيذ وصيّته تعيّن وإلاً فالنوبة تصل إلى الحاكم الشرعي فيتولّى تنفيذ الوصية بنفسه أو يعيّن شخصاً لذلك.

ودور الوصي في الوصية التمليكية بذل المال للموصى له لا أكثر بخلافه في الوصية العهدية فإنه يتولّى التصرف الموصى به. وإذا ظهرت من الوصي خيانة ضم الحاكم الشرعي إليه من يمنعه منها، فإن لم يمكن عزله ونصب غيره. وإذا مات الوصي قبل تنفيذ الوصية كلاً أو بعضاً نصّب الحاكم الشرعي وصياً لتنفيذها.

ويجوز لكل من الأب والجد للأب الوصية بالولاية - القيمومة - على الطفل بعد موته مع فقد الآخر، ولا تصح من غيرهما ولا مع وجود الآخر.

ووظيفة القيم مع عدم تحديد جهة معينة له التصدي للشؤون المرتبطة بالطفل من تربيته وحفظ أمواله والإنفاق عليه واستيفاء دينه ووفاء ما عليه من دين وما شاكل ذلك.

ويجوز للموصي نصب ناظر على الوصي وظيفته: إمّا إبداء النظر بنحو لا يكون تصرف الوصي نافذاً إلا إذا وافق نظره، أو الإشراف على عمل الوصي بحيث يكون تحت نظره ليعترض

عليه ويردعه إذا رأى منه مخالفة لمقررات الوصية من دون أن يلزم الوصي بمتابعة رأيه بل يكفي إطلاعه على عمله الموافق بنظره - الوصي - لمقررات الوصية. ولعلّ الغالب تداوله في جعل الناظر هو هذا المعنى.

وإذا حدّد الموصي ولاية الوصي بجهة معينة لزم الاقتصار على محل الإذن وكان المرجع بلحاظ الجهات الأخرى هو الحاكم الشرعي.

ويجوز للقيم على اليتيم أخذ أجره مثل عمله. والاحتياط يقتضي الاقتصار على ما إذا كان فقيراً ولم يكن مال اليتيم قليلاً. ويجوز ذلك للوصي أيضاً - غير القيم على اليتيم - فيما إذا كان لعمله أجره ولم تقم القرينة على إرادة المجانية.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا تعيّن من عيّنه الموصي لتنفيذ الوصية فهو ممّا لا إشكال فيه. وتقتضيه الأدلة الدالة على امضاء الوصية من الآيات الكريمة وغيرها. بل صحيح منصور المتقدم صريح في ذلك.

٢ - وأمّا إنّ النوبة تصل إلى الحاكم الشرعي مع عدم تعيين أحد لذلك فلاّنه بعد الحكم شرعاً بصحة الوصية - تمسكاً بإطلاقات صحة الوصية - يلزم تصدّي بعض لتنفيذها، وإذا دار أمر ذلك البعض بين كونه مطلق عدول المؤمنين أو خصوص الحاكم الشرعي فينبغي الاقتصار على من يتيقن بإذن الشارع له في التصدّي وهو الحاكم الشرعي ويكون تصدّي غيره مورداً

لاستصحاب عدم ترتب الأثر.

بل قد يتمسك لذلك أيضاً بمكاتبة إسحاق بن يعقوب: «سألت محمد بن عثمان العمري أن يوصل لي كتاباً قد سألت فيه عن مسائل أشكلت عليّ فورد التوقيع بخط مولانا صاحب الزمان عليه السلام: «أما ما سألت عنه أرشدك الله وثبتك... وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فإنهم حجّتي عليكم وأنا حجة الله...»^(١).

٣ - وأما إنَّ الحاكم الشرعي بالخيار بين تصديّيه بنفسه أو تعيين شخص آخر فلعدم اقتضاء ما تقدّم للزوم تصديّ الحاكم بنفسه بل هو أعم من ذلك.

٤ - وأما إنَّ دور الوصي في الوصية التمليكية هو البذل لا أكثر فباعتبار أنَّ تملك الموصى له أو اختصاصه بالحق يتحقّق بمجرد موت الموصي بلا حاجة إلى تمليك من الوصي فدوره لا يعدو بذل ما تحقّق ملكه أو اختصاصه بمجرد الموت، وهذا بخلافه في الوصية العهدية فإنَّ التمليك أو التصرف الآخر لا بدّ من قيام الوصي به لأنَّ الوصية تعلّقت به بنحو شرط الفعل.

٥ - وأما إنَّ الوصي إذا ظهرت منه خيانة ضمّ الحاكم إليه من يمنعه منها فهو مقتضى وجوب تنفيذ الوصية بعد الالتفات إلى عدم لياقة الخائن لذلك.

هذا إذا لم يستظهر من الوصية كون الإيصاء مقيداً بعدم الخيانة وإلاّ يخرج عن كونه وصياً بمجرد الخيانة.

ومن هذا يتّضح الوجه في ثبوت الحق للحاكم في عزل الخائن ونصب غيره إذا لم يمكن منعه من الخيانة المتجدّدة بضم آخر إليه.

(١) وسائل الشريعة ٢٧: ١٤٠ الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٩.

٦ - وأما إنه إذا مات الوصي قبل تنفيذ الوصية نصب الحاكم غيره فقد اتضح وجهه من خلال ما أشير إليه في الرقم «٢».

٧ - وأما إنه يجوز لكل من الأب والجد نصب القيم على أطفالهما بعد الوفاة فهو ممّا لا خلاف فيه^(١). ويمكن استفادته من موثقة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون الربح بينه وبينهم فقال: لا بأس به من أجل أن أباهم قد أذن له في ذلك وهو حي»^(٢).

وهي تشمل الجد أيضاً لكونه أباً.

وموردها وإن كان خاصاً بالمضاربة إلا أنه يمكن التعدي إلى غيره إمّا تمسكاً بعموم التعليل الوارد في ذيلها أو بعدم القول بالفصل.

ويمكن التمسك أيضاً بالروايات الدالة على جواز جعل قيم على الأطفال في الجملة، فإنّها وإن لم تحدّد من له حق الجعل إلا أنّ القدر المتيقّن من ذلك هو الأب والجد خصوصاً إذا لاحظنا الروايات الدالة على أنّ الأب والجد لهما الولاية على تزويج الصغيرين^(٣) فإنّها إذا لم تدل باستقلالها على جواز جعل القيم عليهما من باب الأولوية فلا أقل هي تدل على المطلوب بعد ضمّها إلى الروايات المتقدمة.

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٤٢٧ الباب ٩٢ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ١. وقد اشتمل سندها على الحسن بن علي بن يونس - وهو ابن البقاع الراوي لكتاب المثنى بن الوليد على ما ذكر النجاشي في ترجمة المثنى - الذي وثّقه النجاشي في رجاله: ٢٩ منشورات مكتبة الداوري.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٥ وما بعدها الباب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

٨ - وأما إنَّ ولايتها تختصَّ بحالة فقد الآخر فلأصل بعد عدم الإطلاق في دليل ولاية كل منهما.

وأما عدم ثبوت الولاية لغيرهما فلأصل بعد عدم الدليل خلافاً لابن الجنيّد حيث جعل للأم الولاية بعد الأب إذا كانت رشيدة^(١). ولم يتّضح مستنده في ذلك.

٩ - وأما إنَّ وظيفة القيم ما تقدّم فلانصراف جعل الولاية له إلى جعلها بلحاظ ذلك.

١٠ - وأما نصب الناظر بأحد المعنيين المتقدّمين فلا إشارة إليه في الروايات بل ولا في كلمات المتقدّمين من فقهاءنا إلاّ أنّه مع ذلك يمكن تصحيحه من خلال إطلاقات صحّة الوصيّة وامضائها على ما هي عليه كقوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأَنَّهُ إِنَّمَا عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾^(٢).

١١ - وأما لزوم الاختصار على محل الإذن مع تحديد الولاية بجهة معيّنة فلا أنّ ذلك مقتضى وجوب العمل بالوصيّة وعدم تجاوزها.

وأما إنَّ المرجع في الجهات الأخرى هو الحاكم الشرعي فلاّنه بلحاظ تلك تعود الوصيّة بلا نصب وصي، وقد تقدّم أنّ المرجع في مثل ذلك هو الحاكم الشرعي.

١٢ - وأما إنّّه يجوز للقيم على اليتيم أخذ أجره مثل عمله إن كانت له أجره فلقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧ .

(٢) البقرة: ١٨١ .

وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴿١﴾.

وقد تسالم الأصحاب على جواز أخذ الأجرة في الجملة واختلفوا في مقدارها وأنه أجرة المثل أو مقدار الكفاية أو أقل الأمرين. والمستفاد من الآية الكريمة استحقاق أجرة المثل فإنها المصداق لعنوان المعروف. وتؤكد ذلك صحيحة هشام بن الحكم: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عَمَّنْ تَوَلَّى مال اليتيم ما له أن يأكل منه؟ فقال: ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم فليأكل بقدر ذلك» ^(٢) وغيرها.

وأما الفقر فيمكن رفع اليد عن اعتباره لأن الآية وإن اشتملت على الأمر الظاهر في الوجوب إلا أن المادة تتناسب مع النذب. ويبقى الاحتياط باعتبار ذلك أمراً في محله.

١٣ - وأما الاحتياط باعتبار أن لا يكون مال اليتيم قليلاً فلرواية أبي الصباح الكناني: «عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل: وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فقال: ذلك رجل يحبس نفسه عن المعيشة فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح لهم أموالهم، فإن كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً...» ^(٣) فإن ضعف سندها بمحمد بن الفضيل - حيث لم يحرز كونه النهدي الثقة - واعراض المشهور عن الفتوى بمضمونها يقتضيان التنزل عن الفتوى باعتبار ذلك إلى الاحتياط.

١٤ - وأما إنه يجوز للوصي غير القيم على اليتيم أخذ أجرة المثل فلا...

(١) النساء: ٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٢٥١ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٧: ٢٥١ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

ذلك مقتضى الأمر بالعمل لا على نحو المجانيّة المقتضي لضمان أجره المثل للسيره العقلانيّة.

٤- من أحكام الوصيّة

ينعقد الإيجاب في الوصيّة بكل ما يدل عليه ولو كتابة.
والواجبات الموسعة - كقضاء الصلاة والصوم وأداء الكفّارات والنذور و... - تنضيّق لدى المشهور وتجب المبادرة إلى أدائها مع الإمكان عند ظهور أمارات الموت. وإذا لم يمكن أدائها يجب الإيصاء بها إلّا مع العلم بقيام الوارث أو غيره بها.
وهكذا أموال الناس - من الوديعة ونحوها - إذا كانت عند شخص فإنّه يجب عليه ردّها مع الإمكان عند ظهور أمارات الموت، ومع عدم الإمكان يجب الإيصاء بها.
هذا في غير الديون. وأمّا هي فيجب أدائها أيضاً عند ظهور أمارات الموت، ومع عدم الإمكان أو كونها مؤجلة يجب الإيصاء بها إذا خيف ضياعها بدون ذلك.
ولا تصح الوصيّة إلّا بمقدار الثلث دون ما زاد عليه إلّا بإجازة الورثة بعد الوفاة.
وفي الاجتزاء بها حال الحياة خلاف. والإجازة لازمة لا يمكن التراجع بعدها. وإذا أجاز بعض الورثة دون بعض نفذت الوصيّة في حصّة المجيز دون غيره.

والميزان في تحديد مقدار الثلث ملاحظة حال الموت دون الوصية، فلو أوصى شخص بعين وكانت بمقدار نصف أمواله حين الوصية وصارت بمقدار الثلث حين الموت صحّت الوصية في تمامها. وإذا انعكس الأمر فكانت بمقدار الثلث حين الوصية وأزيد منه حين الوفاة نفذت بمقدار الثلث وتوقّفت في ما زاد على إجازة الورثة.

والواجبات المالية - وهي الأموال المشتغلة بها الذمة، كالمال المقترض وثن المبيع والخمس والزكاة ... - تخرج من الأصل وإن لم يوص بها بلا خلاف.

وأما الواجبات غير المالية فقد وقعت محلاً للخلاف.

وإذا تعدّت الوصايا وكان بعضها يخرج من الأصل - كالزكاة - وبعضها لا يخرج منه - كالصلاة - يبدأ بإخراج الأول من الأصل، ومع بقاء شيء منه يصرف ثلثه في الثاني ويتمّ من الباقي إن لم يف مع فرض إجازة الورثة. هذا إذا لم يعيّن الموصي إخراج الوصايا من الثلث وإلاّ أخرج الجميع من الثلث إن وسعها ويتمّ من الباقي إن لم يسع مع فرض إجازة الورثة.

وإذا فرض عدم الأمرين بدأ بما يخرج من الأصل فيخرج من الثلث أولاً، فإن بقي منه شيء صرف في ما لا يخرج من الأصل، وإن لم يبق منه شيء بطلت الوصية بلحاظه.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا انعقاد إيجاب الوصية بكل ما يدل عليه فلا إطلاق الآية الكريمة: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ... فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾^(١) الدال على إمضاء عنوان الوصية متى ما صدق.

٢ - وأمّا تضيق الواجبات الموسعة عند ظهور أمارات الموت فباعتبار أن جواز تأخير الامتثال منوط بسعة الوقت، أمّا مع الظن بعدمها - بسبب ظهور أمارات الموت - فلا معنى له.

هذا ما عليه المشهور. وهو وجيه مع فرض قيام إجماع قولي أو عملي على إناطة جواز التأخير بعدم ظن الضيق كما ادّعاه بعض الأعلام^(٢) وإلاّ فالمناسب جعل المدار في التضيق وعدمه على العلم أو الاطمئنان بالتمكّن من الامتثال وعدمه - وليس على الظن بالتمكّن وعدمه - فمن لم يطمئن بتمكّنه من الامتثال لو أخر تلزمه المبادرة إليه ولو لم تظهر إمارات الموت عليه.

والوجه في ذلك: أن كل تكليف لا بدّ عقلاً من المبادرة إلى امتثاله إلاّ مع العلم أو الاطمئنان بالتمكّن لو لم يبادر. وجعل المدار على ظهور أمارات الموت وعدمه بلا وجه.

٣ - وأمّا وجوب الإيصاء بها عند عدم التمكن من مباشرة الامتثال فواضح بعد عدم سقوطها عن الذمة بالموت. ولا محذور في اعتبار اتشغال الذمة بشيء بعد الموت. وثمرته لزوم تفريغها تسبيحاً قبل الموت من خلال الوصية بها.

٤ - وأمّا وجوب ردّ أموال الناس من الوديعة وغيرها عند ظهور أمارات

(١) البقرة: ١٨٠ - ١٨١ .

(٢) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٤١ .

الموت فباعتبار أن ردّ الأمانة إلى أهلها واجب. هذا ما عليه المشهور.

والمناسب أن يُقال: إن ردّها واجب عليه إذا لم يطمئن بأداء الوارث لها وإلا فلا موجب لذلك، فإنّ اللازم في باب الأمانة حفظها، وهو متحقق مع الاطمئنان بأداء الوارث لها، أمّا ردّها مع فرض عدم مطالبة صاحبها بها فليس واجباً.

وينبغي الالتفات إلى أن أداء الوارث لها إذا كان موقوفاً على الإيصاء بها والإشهاد عليها وجب ذلك من باب وجوب مقدّمة الواجب ولو عقلاً.

٥ - وأمّا إنّ الديون يجب أدائها عند ظهور أمارات الموت إذا كانت حالة فهو مذكور في كلمات غير واحد من الأعلام.

والمناسب أن يُقال: إنّه مع مطالبة المالك بها يجب أدائها إذا كانت حالة سواء ظهرت أمارات الموت أم لا، ومع عدم مطالبتها بها فلا موجب للإلزام بأدائها، فجعل الأمر دائراً مدار ظهور أمارات الموت وعدمه بلا وجه.

٦ - وأمّا إنّه لا تصحّ الوصيّة إلّا بمقدار الثلث فهو المعروف بين الأصحاب. وقد دلّت عليه روايات متعدّدة، كموثقة عمّار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام: «الميت أحقّ بهاله ما دام فيه الروح يمين به»^(١) فإن قال: بعدي فليس له إلّا الثلث»^(٢) وغيرها.

ونسب الخلاف في ذلك إلى الشيخ علي بن بابويه وأنّه أجازها في جميع التركة^(٣).

(١) قال في الوافي ٢٤: ٦٧ «ابان فيه: أي عزله عن ماله وسلّمه إلى المعطى له في مرضه ولم يعلّق إعطاءه على الموت».

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٢٧٨ الباب ١١ من أحكام الوصايا، الحديث ١٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٢٨١.

وقد يستدل له بثلاث روايات:

أ - رواية محمد بن عبدوس: «أوصى رجل بتركته متاع وغيره ذلك لأبي محمد عليه السلام فكتب إليه: رجل أوصى إليّ بجميع ما خلف لك وخلف ابنتي أخت له فأريك في ذلك، فكتب إليّ: بع ما خلف وابعث به إليّ فبعث وبعثت به إليه، فكتب إليّ: قد وصل»^(١).

ب - رواية عمار بن موسى الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام: «الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح إذا أوصى به كله فهو جائز»^(٢).

ج - موثقة علي بن الحسن بن فضال: «مات محمد بن عبد الله بن زرارة وأوصى إلى أخي أحمد بن الحسن وخلف داراً وكان أوصى في جميع تركته أن تُباع ويحمل ثمنها إلى أبي الحسن عليه السلام فباعها فاعترض فيها ابن أخت له وابن عم له فأصلحنا أمره^(٣) بثلاثة دنانير. وكتب إليه أحمد بن الحسن ودفع الشيء بحضرتي إلى أيوب بن نوح فأخبره أنه جميع ما خلف وابن عم له وابن أخته عرض وأصلحنا أمره بثلاثة دنانير، فكتب: قد وصل ذلك وترحم على الميت وقرأت الجواب»^(٤).

ويمكن التأمل في ذلك:

أمّا الأوليان فهما ضعيفتا السند - الأولى بمحمد بن عبدوس فإنه مجهول، والثانية بعمر بن شداد والسري فإنهما مجهولان أيضاً - وقد تحملان

(١) وسائل الشريعة ١٩: ٢٨٠ الباب ١١ من أحكام الوصايا، الحديث ١٦ .

(٢) وسائل الشريعة ١٩: ٢٨٢ الباب ١١ من أحكام الوصايا، الحديث ١٩ .

(٣) المناسب هنا وفيما يأتي: أمرهما.

(٤) وسائل الشريعة ١٩: ٢٨١ الباب ١١ من أحكام الوصايا، الحديث ١٧ .

على صورة اجازة الورثة.

وأما الأخيرة فلا يبعد نظرها إلى صورة إجازة الورثة وجلب رضاهم بثلاثة دنابر.

٧- وأما نفوذها مع إجازة الورثة بعد الوفاة فباعتبار أن الحق لا يعدوهم.

٨ - وأما الاجتزاء بإجازة الورثة حال حياة مورثهم فالقاعدة وإن اقتضت عدمه لكونهم آنذاك ليسوا أصحاب حق ليمكنوا من إسقاطه إلا أن الروايات قد دلت على النفوذ، كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «رجل أوصى بوصية ورثته شهود فأجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية، هل لهم أن يردوا ما أقرّوا به؟ فقال: ليس لهم ذلك، والوصية جائزة عليهم إذا أقرّوا بها في حياته»^(١) وغيرها.

وبعد الروايات لا يبقى مجال للقول بعدم النفوذ كما هو المنسوب إلى الشيخ المفيد وغيره^(٢).

٩- وأما عدم إمكان التراجع عن الإجازة فواضح إذا كانت الإجازة بعد الوفاة لأنها انعقدت صحيحة وانتقل المال إلى الموصى له، وانقلابها إلى البطلان بالتراجع يحتاج إلى دليل.

١٠- وأما إنه إذا أجاز بعض الورثة دون بعض نفذت في حق المجيز فقط فأمر واضح بعد انحلال الحق وبُعد كونه واحداً ارتباطياً.

١١ - وأما إنَّ المدار في الثلث على ملاحظته حين الوفاة فلائنه المنصرف عرفاً من فقرة: «فإن قال بعدي فليس له إلا الثلث» الواردة في موثقة الساباطي

(١) وسائل الشريعة ١٩: ٢٨٤ الباب ١٣ من أحكام الوصايا، الحديث ١ .

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٢٨٦ .

المتقدمة، أي فليس له إلا الثلث بعد وفاته.

هذا مضافاً إلى إمكان استفادة ذلك من صحيحة محمد بن قيس: «قلت له: رجل أوصى لرجل بوصية من ماله ثلث أو ربع فيقتل الرجل خطأ، يعني الموصي، فقال: يجاز لهذا الوصية من ماله ومن دية»^(١) وغيرها.

إلا أن هذا كله لو لم يتضح من خلال القرائن إرادة ما هو ثلث حين الوصية كما هو واضح.

١٢ - وأما إن الواجبات المالية تخرج من الأصل وإن لم يوص بها فلا خلاف فيه، ويدل عليه قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ﴾^(٢) فإن عطف الدين على الوصية يدل على لزوم إخراجها من التركة وإن لم يوص به.

هذا مضافاً إلى دلالة الروايات الكثيرة، كصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: إن الدين قبل الوصية ثم الوصية على أثر الدين ثم الميراث بعد الوصية فإن أول القضاء كتاب الله»^(٣) وغيرها.

١٣ - وأما الواجبات غير المالية - كالصلاة وغيرها - فقد وقعت محلاً للخلاف، فقليل بلزوم إخراجها من الأصل قبل الإرث أيضاً كالديون المالية، وقيل بإخراجها من الثلث.

واستدل على الأول بأنها دين، وكل دين لا بد من إخراجها من الأصل. أما الصغرى فلما رواه الشيخ الصدوق بإسناده عن سليمان بن داود المنقري عن حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال لقمان لابنه: ... يا بني إذا

(١) وسائل الشريعة ١٩: ٢٨٥ الباب ١٤ من أحكام الوصايا، الحديث ١ .

(٢) النساء: ١١ .

(٣) وسائل الشريعة ١٩: ٣٣٠ الباب ٢٨ من أحكام الوصايا، الحديث ٢ .

جاء وقت الصلاة فلا تؤخرها لشيء صلّتها واسترح منها فإنّها دين...»^(١).

وأما الكبرى فلآية الكريمة المتقدمة الدالة على لزوم إخراج الدين من التركة قبل الإرث، ولقصة الخثعمية التي: «أتت رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إنّ فرض الحج قد أدرك أبي وهو شيخ لا يقدر على ركوب الراحلة أيجوز أن أحج عنه؟ قال ﷺ: يجوز. قالت: يا رسول الله ينفعه ذلك؟ قال ﷺ: رأيته لو كان على أبيك دين فقضيته أما كان يجزئ؟ قالت: نعم. قال: فدين الله أحق»^(٢).

هكذا استدلل جماعة منهم السيّد اليزدي رحمته الله^(٣).

ويمكن التأمل في كلتا المقدمتين.

أما الصغرى فلأن استعمال لفظ «الدين» في وصية لقمان في الصلاة مسامحي أريد به بيان أهمية الصلاة وأنها كالدين في لزوم المبادرة إلى تفريغ الذمة منه. على أنّه لو تمّ فهو خاص بالصلاة ولا يعمّ مطلق الواجبات.

هذا بقطع النظر عن سند الشيخ الصدوق إلى المنقري - الذي ورد فيه القاسم بن محمد الأصفهاني الذي لم يوثق - وإلاّ فالأمر أوضح.

وأما الكبرى فباعتبار أنّ لفظ «الدين» في الآية الكريمة منصرف إلى الدين المالي. وقصة الخثعمية لم ترد في أحاديثنا^(٤). على أنّها لا تدل على الإخراج من

(١) وسائل الشيعة ١١: ٤٤٠ الباب ٥٢ من أبواب آداب السفر إلى الحج، الحديث ١.

(٢) مستدرک الوسائل ٨: ٢٦ الباب ١٨ من أبواب وجوب الحج وشرائطه، الحديث ٣.

(٣) العروة الوثقى: المسألة ٣ من فصل صلاة الاستيجار.

(٤) على أنّ القصة المذكورة وردت في صحيح البخاري ومسلم من دون فقرة الاستشهاد، فقد

روى مسلم في صحيحه الباب ٧١ باب الحج عن العاجز لزمانة وهرم ونحوهما أو للموت من

كتاب الحج ٢: ٩٧٣ عن عبد الله بن عباس: «كان الفضل بن عباس رديف رسول الله ﷺ

فجاءته امرأة من خثعم تستفتيه فجعل الفضل ينظر إليها وتنظر إليه فجعل رسول الله ﷺ

الأصل.

والنتيجة أنَّ الواجبات المالية تخرج من الأصل أوصي بها أو لا، وغير المالية لا تخرج من الأصل أوصي بها أو لا.

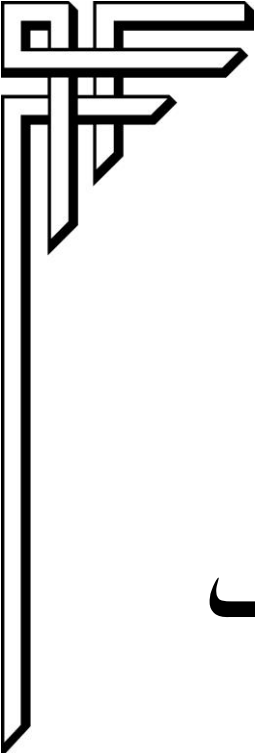
١٤ - وأما إنَّه إذا تعددت الوصايا يبدأ بإخراج ما يخرج من الأصل منه فواضح، إذ الواجبات المالية تخرج من الأصل أوصي بها أو لا.

١٥ - وأما إنَّه يخرج الجميع من الثلث مع طلبه لذلك فواضح أيضاً لأنَّه مقتضى وجوب العمل بالوصية فيخرج الجميع منه إذا وسع ذلك.

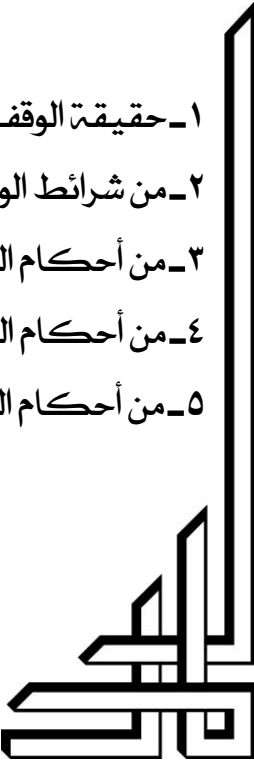
وأما إنَّه إذا لم يسع ذلك فيبدأ بإخراج ما يخرج من الأصل فباعبار أنَّ إخراج من التركة لازم، وحيث لم يرد إخراج من الأصل فيخرج من الثلث.

وأما إنَّه لم يبقَ شيء من الثلث - بعد إخراج ما يخرج من الأصل - تبطل الوصية بلحاظ ما لا يخرج من الأصل فباعبار أنَّ ذلك لازم تعين الإخراج من الثلث وفرض تقديم الأول.

يصرف وجه الفضل إلى الشق الآخر، قالت: يا رسول الله إنَّ فريضة الله على عباده في الحج أدركت أبي شيخاً كبيراً لا يستطيع أن يثبت على الراحلة أفأحجَّ عنه؟ قال: نعم، وذلك في حجة الوداع». وراجع صحيح البخاري ٢: ٥٧٢ الباب ٢٤ حج المرأة عن الرجل من كتاب جزاء الصيد.



كتاب الوقف

- 
- ١- حقيقة الوقف.
 - ٢- من شرائط الوقف.
 - ٣- من أحكام الوقف.
 - ٤- من أحكام الحبس.
 - ٥- من أحكام الصدقة بالمعنى الأخص.

١ - حقيقة الوقف

الوقف إنشاء يتضمّن تحبّيس العين وتسبيل الثمرة. وقد يُعبّر عنه بالصدقة.

وهو مشروع بلا إشكال.

وفي كونه عقداً يعتبر فيه القبول خلاف.

وهو تارةً يشتمل على موقوف عليه فيكون متقوماً بثلاثة أطراف: الواقف والعين الموقوفة والموقوف عليه، وأخرى لا يشتمل على ذلك فيكون متقوماً بطرفين.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنَّ الوقف ما تقدّم فهو من واضحات الفقه. ويقتضيه ارتكاز المشرّعة الذي لا تأمل فيه. وفي الحديث عن النبي ﷺ: «حبّس الأصل وسبّل الثمرة»^(١).

٢ - وأمّا إنّه قد يُعبّر عنه بالصدقة فهو واضح لمن راجع النصوص، فلاحظ صحيحة ربعي بن عبد الله بن أبي عبد الله عليه السلام: «تصدّق أمير المؤمنين عليه السلام»

(١) مستدرک الوسائل ١٤: ٤٧ الباب ٢ من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث ١ .

بدار له في المدينة في بني زريق فكتب: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدَّق به علي بن أبي طالب وهو حي سوي تصدَّق بداره التي في بني زريق صدقة لا تُباع ولا تُوهب حتَّى يرثها الله الذي يرث السماوات والأرض وأسكن هذه الصدقة خالاته ما عشنَ وعاشَ عقبهنَّ، فإذا انقرضوا فهي لذي الحاجة من المسلمين»^(١) وغيرها.

قال في الحقائق: «لا يخفى على مَنْ له أنس بالأخبار ومَنْ جاس خلال تلك الديار أنَّ الوقف في الصدر الأوَّل أعني زمن النبي ﷺ وزمن الأئمة عليهم السلام إنما يُعبَّر عنه بالصدقة»^(٢).

ويمكن أن يُقال: إنَّ لفظ الصدقة مصطلح مشترك بين الوقف والحبس والصدقة بمعناها الأخص، إلَّا أنَّ الأوَّل تخرج فيه العين عن ملك الواقف مع حبسها عن التصرّف فيها بالنقل بالبيع ونحوه، والثاني تبقى فيه العين على ملك الحابس ويكون التملك للمنفعة، وفي الثالث تنتقل العين إلى المتصدِّق عليه مع جواز تصرّفه فيها بأي نحو أحب.

هذه ثلاثة معانٍ للصدقة. وتطلق على معنى رابع، وهو فريضة الزكاة، كما قال تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا﴾^(٣).

٣ - وأمَّا إنَّ الوقف مشروع فهو من المسلّمات بين جميع المسلمين بل يستفاد من النصوص رجحانه، فلاحظ صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام: «ليس يتبع الرجل بعد موته من الأجر إلَّا ثلاث خصال: صدقة أجراها

(١) وسائل الشريعة ١٩: ١٨٧ الباب ٦ من أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٤ .

(٢) الحقائق الناضرة ٢٢: ١٢٨ .

(٣) التوبة: ٦٠ .

في حياته فهي تجري بعد موته، وسُنَّة هدى سنَّها فهي يُعمل بها بعد موته، أو ولد صالح يدعوله»^(١) وغيرها.

٤ - وأما إنَّ الوقف يعتبر فيه القبول فهو ظاهر كل من عبَّر عنه بالعقد كالمحقق الحلي، حيث قال: «الوقف عقد ثمرته تحييس الأصل وإطلاق المنفعة»^(٢).

وقصد يستدل على ذلك:

تارةً باستصحاب عدم ترتب الأثر بدونه.

وأخرى بأنَّ إدخال الشيء في ملك الغير بدون رضاه خلاف قاعدة سلطنة الإنسان على نفسه.

والمناسب عدم الاعتبار لوجوه:

أ - التمسك بإطلاق قوله ﷺ في صحيحة محمد بن الحسن الصفار: «...الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله»^(٣) حيث يدل على أنَّ الوقف كلما صدق كان ممضًى بالكيفية المرسومة فيه، وواضح أنَّ صدق عنوان الوقف عرفاً لا يتوقف على القبول بل يتحقق بمجرد الإيجاب فيلزم كونه ممضياً حتى مع عدم القبول.

ب - التمسك بصحيحة ربعي السابقة الحاكية لوقف أمير المؤمنين عليه السلام حيث لم يشر فيها إلى القبول.

ج - التمسك بسيرة المشرعة الجارية على عدم مراعاة القبول حين الوقف. ولو كان ذلك معتبراً لانعكس على النصوص والسيرة بعد شدة

(١) وسائل الشريعة ١٩: ١٧١ الباب ١ من أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ١.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٤٤٢ إنتشارات استقلال.

(٣) وسائل الشريعة ١٩: ١٧٥ الباب ٢ من أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ١.

الابتلاء بالوقف.

وبهذا يتضح بطلان الوجهين السابقين لإثبات الاعتبار.

ووجه ذلك: أنَّ النوبة تصل إليهما إذا لم يفترض وجود ما يمكن التمسك به لإثبات عدم الاعتبار، وقد تقدّم وجوده.

كما اتضح من خلال هذا ضعف التفصيل باعتبار القبول إذا كان الوقف على جماعة معيّنين وعدم اعتباره إذا كان على جهة عامّة كالفقراء.

ووجه الضعف: أنَّ مقتضى ما تقدّم عدم اعتبار القبول في الوقف بشكل مطلق كلّما صدق عنوانه.

٥ - وأمّا إنَّ الوقف تارةً يشتمل على موقوف عليه وأخرى لا يشتمل عليه فذلك باعتبار أنَّ الواقف تارةً يخرج العين الموقوفة من ملكه من دون إدخالها في ملك الغير، كما في وقف المساجد، فإنَّ مرجعه إلى إخراج المسجد من الملك وتحريره وفكّه من دون إدخاله في ملك أحد، وفي مثله لا موقوف عليه، وأخرى يدخلها في ملك الغير، كما في الوقف على الأولاد أو الفقراء أو العلماء، وفي مثله يكون الموقوف عليه ثابتاً، وهو الأولاد ونحوهم.

ثم إنَّ في خروج العين الموقوفة بالوقف من ملك الواقف خلافاً بين الأصحاب. والمشهور خروجها. والمنسوب إلى أبي الصلاح بقاؤها على ملك الواقف^(١). هذا في غير المساجد، وأمّا هي فلا إشكال في خروجها بالوقف من ملك الواقف لأنَّ مرجعه إلى التحرير وفكّ الملك كما تقدّم.

(١) الحداقق الناضرة ٢٢: ٢٢٣ .

٢- من شرائط الوقف

يعتبر في تحقق الوقف إبرازه بكل ما يدل عليه - ولا تكفي النية - مثل وقفت ونحوه بما في ذلك المعاطاة، كما لو سلم الواقف الفرش إلى متولّي شؤون المشاهد المشرفة بقصد الوقف. بل ربّما يتحقّق بغير ذلك أيضاً، كما لو بنى شخص حسينية بقصد كونها وقفاً.

وفي اعتبار قصد القرية فيه خلاف.

ويعتبر في لزومه إذا كان خاصاً قبض الموقوف عليه بل قيل باعتباره في صحته أيضاً. أجل لا يلزم أن يكون ذلك بنحو الفورية. ويكفي في الوقف الذري قبض الطبقة الأولى. ويعتبر في الوقف أيضاً التأيد، فلو أنشأ الوقف لفترة عشرين سنة مثلاً لم يقع وقفاً. وفي وقوعه حبساً خلاف. وفي صحة الوقف على من ينقرض عادة - كالوقف على ثلاثة بطون من الأولاد - خلاف أيضاً.

ويعتبر في العين الموقوفة أن تكون قابلة للانتفاع بها مع بقاء عينها فلا يصح وقف الأطعمة والفاكهة وما شاكلها. ويعتبر في الموقوف عليه وجوده فلا يصح الوقف على المعدوم، كالوقف على من يوجد بعد ذلك.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنّه يعتبر في صحّة الوقف إبرازه بما يدل عليه ولا تكفي النية وحدها فباعتبار عدم صدق عنوانه بدون ذلك.

وأمّا الاكتفاء بكل ما يدل عليه فهو مقتضى إطلاق دليل الإمضاء، كقوله عليه السلام في صحيحة الصّفّار السابقة: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» الدالّ على إمضاء الوقف كلّما صدق وبكفيّته الخاصّة، فإذا أنشأ شخص الوقف بالفارسيّة أو بالجملة الإسميّة وصدق أنّه وقف على هذه الكيفيّة شمله قوله عليه السلام: «الوقوف تكون...» وثبت إمضاء أصل الوقف وكفيّته الخاصّة.

ومنه يتّضح النظر في ما يظهر من صاحب الحدائق من الميل إلى لزوم الاقتصار على لفظ «وقفت، وتصدّقت» باعتبار ورودهما في الأخبار حيث قال قدس سرّه: «لا يبعد الانحصار في هذين اللفظين وقوفاً على ما خالف الأصل على مورد النص، بمعنى أنّ الأصل بقاء الملك للملكه، والذي ورد من الصيغة المخرجة منحصر في هذين اللفظين»^(١).

٢ - وأمّا تحقّق الوقف بالمعاطاة وغيرها فلا أنّه بعد صدق عنوان الوقف عرفاً يكون مشمولاً لإطلاق دليل الإمضاء، كقوله عليه السلام: «الوقوف تكون...». وتؤكد ذلك سيرة المتشرّعة الجارية على عدم التقيّد بالصيغة.

٣ - وأمّا اعتبار قصد القرية في صحّة الوقف فهو ظاهر كلام بعض الأصحاب. وقد يستدل على ذلك بمقدماتين:

- أ- أنّ الوقف صدقة، كما يستفاد ذلك من صحيحة ربعي المتقدمة وغيرها.
- ب - أنّ كل صدقة يشترط فيها قصد القرية، كما دلّت عليه صحيحة حماد

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ١٢٩ .

بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا صدقة ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز وجل»^(١) وغيرها.

وفيه: أن المقدمة الأولى لا تدل على أن كل وقف صدقة ويحتمل أن الصدقة حصّة خاصّة منه وهو ما قصد به التقرب.

والمناسب عدم اعتبار ذلك لإطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف تكون...» الدالّ على امضاء كل ما يصدق عليه مفهوم الوقف عرفاً، ومن الواضح أن مفهوم الوقف لا يستبطن عرفاً قصد التقرب.

ومن هذا يتّضح بطلان التمسك باستصحاب عدم ترتّب الأثر من دون قصد التقرب.

ووجه البطلان: أن الأصل لا تصل النوبة إليه مع وجود الدليل الاجتهادي. ومّا يؤكّد عدم اعتبار قصد التقرب انعقاد سيرة المشرّعة على الوقف من دون خطور ذلك في أذهانهم بل يوقفون لنفع أولادهم لا غير، ولا يحتمل أن مثل الوقوف المذكورة باطلة.

٤ - وأمّا القبض فلا إشكال في اعتباره في الجملة - وإن كانت القاعدة تقتضي عدم ذلك - فلو تحقّق الوقف من دون قبض جاز للواقف التراجع ولو مات رجع ميراثاً، إن هذا المقدار لا إشكال فيه وإنّما الإشكال في أن ذلك شرط للصحة والانتقال أو شرط للزوم.

والثمرة تظهر في النماء في الفترة المتخلّلة بين الوقف والقبض. والمشهور كونه شرطاً للصحة بينما الروايات لا يظهر منها أكثر من كونه

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٢١٠ الباب ١٣ من أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٢.

شرطاً في اللزوم فلاحظ صحيحة صفوان بن يحيى عن أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن الرجل يقف الضيعة ثم يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً فقال: إن كان وقفها لولده ولغيرهم ثم جعل لها قتيماً لم يكن له أن يرجع فيها. وإن كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى بلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها. وإن كانوا كباراً ولم يسلّمها إليهم ولم يخاصموا^(١) حتى يحوزوها عنه^(٢) فله أن يرجع فيها لأنهم لا يحوزونها^(٣) عنه وقد بلغوا»^(٤) فإنّها دلّت على جواز الرجوع قبل التسليم، وذلك لا يقتضي أكثر من عدم اللزوم.

وورد في مكتبة محمد بن جعفر الأسدي لمولانا الحجة أرواحنا له الفداء: «وأما ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا وما يجعل لنا ثمّ يحتاج إليه صاحبه فكلّ ما لم يسلّم فصاحبه فيه بالخيار، وكل ما سلم فلا خيار فيه لصاحبه احتاج أو لم يحتج...»^(٥) وهي صريحة في نفي اللزوم فقط.

ونقل محمد بن مسلم في صحيحه عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال في الرجل يتصدّق على ولده وقد أدركوا: «إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فإن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لأنّ والده هو الذي يلي أمره...»^(٦). وهي لو كانت ناظرة إلى الوقف دون الصدقة بمعناها الخاص لا تدل على كون القبض شرطاً للصحة، إذ لعلّ الوقف يقع صحيحاً بنحو الجواز وينفسخ

(١) قيل: بأنّ المقصود لم تقع خصومة بينه وبينهم ليجبروه من خلالها على القبض والتسليم.

(٢) المناسب: منه. وهكذا في كلمة «عنه» الثانية.

(٣) وفي الوافي ١٠: ٥٥٠ نقل عن نسخة: «لم يحوزوها».

(٤) وسائل الشريعة ١٩: ١٨٠ الباب ٤ من أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٤.

(٥) وسائل الشريعة ١٩: ١٨٢ الباب ٤ من أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٨.

(٦) وسائل الشريعة ١٩: ١٧٨ الباب ٤ من أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ١.

بالموت.

وبالجملة مقتضى إطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف تكون على...» صحة الوقف ولزومه بدون اشتراط القبض. والنصوص المذكورة لا تدل على أكثر من كونه شرطاً في لزوم فيلزم الحكم بالصحة من دون لزوم جمعاً بين الإطلاق المتقدم والنصوص المذكورة.

٥ - وأما تقييد اعتبار القبض بما إذا كان الوقف خاصاً فلا أن النصوص المتقدمة لا يظهر منها أكثر من ذلك وتبقى الأوقاف العامة مشمولة لمقتضى القاعدة بلا حاجة إلى قبض الحاكم الشرعي نيابة عن الجهة العامة.

٦ - وأما إنه لا تلزم الفورية في القبض فهو لإطلاق النصوص المتقدمة. بل حتى لو فرض أنها مجملة ولم يكن لها إطلاق كفى إطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف تكون...».

٧ - وأما كفاية قبض الطبقة الأولى في الوقف الذري فلا أن قبض جميع الطبقات أمر غير ممكن ليحتمل اعتباره. على أنه مع فرض عدم الدليل على اعتبار قبض جميع الطبقات فبالإمكان نفي احتمال ذلك بإطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف...».

٨ - وأما اعتبار التأييد في تحقق الوقف فقد يستدل عليه:

تارة بتقوم مفهومه بذلك.

وأخرى بأن وقوف الأئمة عليهم السلام التي حكمتها الروايات - كصحيحة ربيعي المتقدمة في بداية الحديث عن الوقف - كانت مؤيدة.

وثالثة بالتمسك باستصحاب عدم ترتب الأثر بعد كون القدر المتينة صحته هو المؤيد.

والجميع كما ترى.

إذ الأول غير ثابت.

والثاني لا دلالة له على الانحصار.

والثالث لا مجال له بعد إطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف تكون...». ومن هنا قال السيد اليزدي: «فالعمدة: الإجماع إن تم»^(١).

٩ - وأما وجه القول ببطالان الوقف المقيّد بمدة وعدم وقوعه حبساً فواضح، فإنّ الحبس لم يقصد فكيف يقع؟

وأما وجه وقوعه حبساً فباعتبار أنّ قصد الوقف المؤقت قصد لحقيقة الحبس. ولا يضرّ اعتقاد كونه وقفاً بعد إنشاء ما هو حبس حقيقة.

وإذا قيل: إنّ الوقف والحبس متباينان؛ لاقتضاء الأول خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف ودخولها في ملك الموقوف عليه بخلافه في الحبس فإنّ العين باقية على ملك المحبّس.

قلنا: إنّ خروج العين عن ملك الواقف ليس هو مقتضى الوقف بما هو وقف بل هو ناشئ من التأييد، والمفروض عدم قصده.

١٠ - وأما الوقف على من ينقرض فقليل بصحّته وقفاً. وقيل بصحّته حبساً. وقيل ببطالانه.

ولعلّ الأوجه هو الأول، إذ الإجماع وإن انعقد على اعتبار التأييد ولكنه في مقابل التوقيت بمدة ولا يعلم بشموله لمثل المقام فيقتصر على القدر المتيقّن بعد كون الدليل لبيّاً لا إطلاق فيه، ويعود التمسك بإطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف تكون...» بلا مانع.

(١) ملحقات العروة الوثقى ٢: ١٩٢.

١١ - وأما اعتبار أن تكون العين الموقوفة قابلة للانتفاع بها مع بقائها فباعتبار تقوّم الوقف عرفاً بحبس العين فإذا لم يمكن حبسها عند الانتفاع بها فلا يمكن تحقّقه.

١٢ - وأما اعتبار وجود الموقوف عليه فقد يستدل له:

أ - تارةً بأنّ الوقف تمليك ولا يعقل تمليك المعدم لأنّ الملكية صفة وجوديّة تستدعي محلاً موجوداً.

ب - وأخرى بأنّ القبض شرط في صحّة الوقف، وهو متعذّر مع انعدام الموقوف عليه.

وكلاهما كما ترى.

أما الأوّل فلأنّ الملكية وصف اعتباري، والاعتبار سهل المؤونة فيمكن اعتبار المعدم مالكاً.

وأما الثاني فلأنّ الفوريّة في القبض - لو سلّمنا اعتباره في الصحة - ليست لازمة. وعلى فرض التسليم بها يكفي قبض المتولّي أو الحاكم الشرعي.

ولضعف المستنديين المذكورين قال السيّد اليزدي: «الإنصاف أنّه إن تمّ الإجماع على عدم صحّة الوقف على المعدم الذي سيوجد وإلاّ فالأقوى صحّته. وتحقّق الإجماع الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام»^(١).

٣ - من أحكام الوقف

إذا تمّ الوقف فلا يجوز للواقف تغيير كيفيّته التي أنشئ عليها ويكون أجنبياً عنه كسائر الأشخاص.

(١) ملحقة العروة الوثقى ٢: ١١٠.

أجل يجوز له حين إنشائه جعل التولية لنفسه أو لغيره أو لهما. بل يجوز جعلها بنحو يحق للمتولي نصب متولٍّ آخر في حياته أو بعدها حسب نظره. ومع عدم جعلها لأحدٍ تنتهي النوبة إلى الحاكم الشرعي فيما إذا لم يكن الوقف بنحو التمليك. والمتولي المنصوب يستحق أجره مثل عمله إن لم تجعل له بنحو المجانية.

والموقوف على مشهد من المشاهد المقدسة يصرف في مصالحه.

والموقوف على المعصومين عليهم السلام يصرف في كل ما يوجب إحياء ذكركم.

وإذا وقف شيء على مسجد مثلاً فخرّب أو لم يحتج إلى الصرف فيه لانتقطاع المارة عنه أو لغير ذلك يصرف في مسجد آخر إن أمكن وإلا ففي وجوه البر الأقرب فالأقرب.

ولا يجوز بيع العين الموقوفة إلا في موارد:

الأول: إذا طرأ الخراب عليها بنحو يحذر من عدم إمكان الانتفاع بها رأساً أو إلا بنحو يسير يكاد يلحق بالعدم.

الثاني: إذا اشترط الواقف بيعها عند كون البيع أعود أو الاحتياج إلى ثمنها أو ما شاكل ذلك.

الثالث: إذا وقع الاختلاف الشديد بين الموقوف عليهم إلى حدٍّ لا

يؤمن التلف على النفوس والأموال.

الرابع: إذا أحرز أن الوقف لاحظ حين الوقف عنواناً خاصاً في العين، كعنوان المدرسة أو البستان مثلاً وفرض زوال ذلك العنوان.

الخامس: إذا طرأت على العين طوارئ كان بقاؤها مؤدياً إلى خرابها المسقط لها عن الانتفاع المعتد به وإمكان البيع بعد ذلك. هذا كله في غير المساجد. وأمّا هي فلا يجوز بيعها مطلقاً. والمتصدّي للبيع هو المتولّي المنصوب من قبل الوقف لإدارة شؤون الوقف إن فرض أنه قد نصب شخصاً لذلك وإلاّ فالحاكم الشرعي.

وإذا جاز بيع العين الموقوفة وبيعت بالفعل صرف الثمن في شراء عين أخرى أقرب إلى الأولى وتوقف على نهج وقف الأولى.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنّه لا يجوز للواقف تغيير كيفة الوقف بعد تماميته فباعترار خروج العين عن ملكه فكيف يريد التصرف؟

هذا مضافاً إلى إمكان استفادة ذلك من قوله ﷺ: «الوقوف تكون...» حيث يدل على أن الوقف بعد تماميته يبقى على ما هو عليه من دون إمكان التصرف فيه.

وأمّا جواز جعل الوقف التولية حين إنشاء الوقف بأحد الأشكال المتقدمة

فلدلالة قوله عليه السلام: «الوقوف تكون...» على ذلك.

٢ - وأما ثبوت التولية للحاكم الشرعي إذا لم تجعل لغيره فباعبار أن تولي شخص خاص لإدارة شؤون الوقف قضية ضرورية، وإذا دار الأمر بين كون ذلك الشخص هو خصوص الحاكم الشرعي أو مطلق عدول المؤمنين تعين كونه الحاكم الشرعي لكونه القدر المتيقن، وغيره لا يقطع بترتب الأثر معه فيستصحب عدمه.

وأما استثناء حالة الوقف بنحو التملك - كالوقف على الأولاد - فباعبار أن الوقف إذا كان له مالك تعين تصديقه لأنه الأولى بإدارة شؤون ملكه ولا معنى لتصدي الغير له.

٣ - وأما استحقاق المتولي للأجرة فلان عقاد سيرة العقلاء على كون طلب العمل سبباً من أسباب الضمان.

وأما التقييد بحالة عدم جعلها بنحو المجانية فلاختصاص السيرة بذلك.

٤ - وأما إن الموقوف على المشهد أو أحد المعصومين عليه السلام يصرف في ما ذكر فباعبار أن الوقف على شيء ينصرف عرفاً إلى الصرف في مصالحه وشؤونه.

٥ - وأما إن الموقوف على المسجد يصرف في مسجد آخر إن أمكن وإلا ففي وجوه البر متى ما خرب أو لم يحتج إلى الصرف فلأن ذلك هو المقصود للواقف عند إنشاء الوقف.

٦ - وأما عدم جواز بيع العين الموقوفة في غير موارد الاستثناء فهو ممّا لا خلاف فيه. ويمكن استفادته من عدة روايات كصححة أبي علي بن راشد: «سألت أبا الحسن عليه السلام قلت: جعلتُ فداك اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي بألفي درهم فلما وفرت المال خبرت أن الأرض وقف، فقال: لا يجوز شراء

الوقوف...»^(١) وغيرها.

بل قد يُقال: إنَّ عدم البيع مستبطن في مفهوم الوقف، ولا حاجة معه إلى دليل خاص، حيث تكون أدلة امضاء الوقف دالة بالتضمّن على عدم جواز البيع.

٧ - وأمّا جواز بيع العين الموقوفة في المورد الأوّل فقد علّله الشيخ الأعظم رحمته بالقصور في مقتضي لأنّ الدليل على عدم جواز البيع إمّا الإجماع أو صحيحة أبي علي المتقدمة أو قوله عليه السلام: «الوقوف تكون...».

والكل كما ترى.

أمّا الأوّل فلأنّ القدر المتيقّن منه غير المقام.

وأمّا الثاني فلانصرافه عن مثل الفرض.

وأمّا الثالث فلأنّه ناظر إلى إمضاء الكيفيّة المرسومة في الوقف لا أكثر^(٢).

ومع قصور مقتضي المنع لا يعود مانع يمنع من التمسك بإطلاق أدلة مشروعيّة البيع.

هذا ويمكن أن يُقال: إنّ الواقف قد أراد البيع في مثل هذه الحالة، وذلك نافذ منه لإطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف تكون...».

٨ - وأمّا جواز البيع في المورد الثاني فلا إطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف تكون...» بل تمسك الشيخ الأعظم^(٣) لذلك أيضاً بإطلاق قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»^(٤).

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٥ الباب ٦ من أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ١.

(٢) المكاسب للشيخ الأعظم ٢: ٧٦ انتشارات إسماعيليان.

(٣) المكاسب ٢: ٨٧.

(٤) وسائل الشيعة ١٨: ١٦ الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

٩ - وأما الجواز في المورد الثالث فلصحيحة علي بن مهزيار: «وكتبت إليه: أنَّ الرجل ذكر أنَّ بين مَنْ وقف عليهم هذه الضيعة اختلافاً شديداً وأنه ليس يأمنوا أن يتفاقم ذلك بينهم بعده»^(١)... فكتب إليه بخطه وأعلمه أنَّ رأيي له إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف أمثل^(٢) فإنَّه ربَّما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس»^(٣). بل بقطع النظر عن ذلك يمكن أن يُقال: إنَّ الواقف يجوز البيع في مثل هذه الحالة ويريده فيشملة إطلاق قوله عليه السلام: «الوقف تكون...».

١٠ - وأما الجواز في المورد الرابع فباعتبار ضيق الجعل من البداية، فإنَّه قد جعل الوقف ابتداءً مقيّداً بالعنوان الخاص فإذا فرض ارتفاعه يلزم ارتفاعه أيضاً.

١١ - وأما الجواز في المورد الخامس فلترخيص الواقف ارتكازاً في البيع في مثل ذلك فيشملة إطلاق قوله عليه السلام: «الوقف تكون...».

١٢ - وأما إنَّ المساجد لا يجوز بيعها مطلقاً فباعتبار أنَّها ليست ملكاً ليمكن بيعها بل الوقف فيها بنحو فكَّ الملك وتحريره كما تقدّم.

١٣ - وأما لزوم كون المتصدّي للبيع في الموارد المتقدمة هو المتولّي المنصوب إن كان وإلاَّ فالحكم الشرعي فباعتبار أنَّ البيع لا يصحَّ إلاَّ من المالك أو ممَّن له الولاية وإلاَّ كان فضولياً.

(١) كلمة «بعده» لا توجد في الفقيه ٤: ١٧٨ .

(٢) في الفقيه ٤: ١٧٩ «إن كان قد علم اختلاف ما بين أصحاب الوقف وأن يبيع الوقف أمثل فليبيع فإنَّه ربَّما...».

(٣) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٨ الباب ٦ من أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٦ .

١٤ - وأما لزوم صرف الثمن عند بيع العين في شراء عين أخرى بالنحو المتقدم فلائنه هو المطلوب للواقف ارتكازاً فتلزم مراعاته لقوله عليه السلام: «الوقوف تكون...».

٤- من أحكام الحبس

الحبس إنشاء يتضمن تسليط الغير على شيء لاستيفاء منفعة - إما مع الإطلاق أو خلال فترة محدودة - مع بقاءه على ملك مالكه من دون أن يحق للمحبس عليه التصرف فيه بالنقل بالبيع ونحوه. وهو مشروع بلا إشكال.

ويتحقق بلفظ التحيس، كقول الحابس: حبست - لفترة سنة مثلاً أو مع إطلاق المدّة - مكتبتي على أهل العلم أو سيّارتي على المحتاج إليها.

وإذا كانت العين المحبسة أرضاً قابلة للسكن اصطلاح على الحبس بالسكنى - فالسكنى - التي هي مصداق للحبس - إنشاء يتضمن جعل حق السكن للغير مع بقاء العين على ملك مالكها. والحبس - سواء كان في العين القابلة للسكن أم لا - متى ما قيد بفترة محدّدة كسنة مثلاً اصطلاح عليه بالرقبى. ومتى ما قيد بعمر الحابس أو المحبس عليه اصطلاح عليه بالعمرى.

والسكنى والعمرى والرقبى هي من العقود التي تحتاج إلى القبول بل الحبس كذلك إذا كان على الشخص دون الجهة.

ويشترط في تحقق اللزوم القبض، ومن دونه يجوز التراجع.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنَّ الحبس ما ذكر فهو من واضحات الفقه. وفرقه عن الوقف أنَّ العين في الوقف تخرج عن ملك مالِكها - مع دخولها في ملك الموقوف عليه أو بدونه - بخلافه في الحبس فإنَّها باقية على ملك مالِكها وترجع بعد موته إلى ورثته. وفي الوقف يعتبر التأييد بخلافه في الحبس فإنَّه لا يلزم فيه ذلك.

٢ - وأمّا إنَّه مشروع فمن المسلّمات. وقد دلَّت عليه روايات كثيرة إلّا أنَّه لم يرد فيها لفظ الحبس بل لفظ الصدقة إلّا في الروايات الحاكية لقصة ابن أبي ليلى التي رواها المحمّدون الثلاثة بسند صحيح عن عمر بن أذينة: «كنت شاهداً عند ابن أبي ليلى وقضى في رجل جعل لبعض قرابته غلّة داره ولم يوقّت وقتاً فمات الرجل فحضر ورثته ابن أبي ليلى وحضر قرابته الذي جعل غلّة الدار فقال ابن أبي ليلى: أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها، فقال محمد بن مسلم الثقفي: أما إنَّ عليّ بن أبي طالب عليه السلام قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال: وما علمك؟ قال: سمعت أبا جعفر محمد بن علي عليه السلام يقول: قضى علي عليه السلام برّد الحبس وانفاذ الموارث، فقال له ابن أبي ليلى: هذا عندك في كتابك؟ فقال: نعم، قال: فأرسل وائتني به، فقال له محمد بن مسلم: على أن لا تنظر من الكتاب إلّا في ذلك الحديث قال: لك ذلك قال: فأحضر الكتاب وأراه الحديث عن أبي جعفر عليه السلام في الكتاب فردّ قضيته»^(١). فإنَّها دلَّت على أن من حبس شيئاً من دون تحديد المدة فبموته يرجع إلى ورثته ويردّ الحبس، وهذا يكشف عن صحّة الحبس في الجملة.

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٢٢٤ الباب ٥ من أحكام السكنى والحبس، الحديث ١.

٣ - وأما تحقق الحبس بلفظ حبست فمما لا خلاف فيه. وهو القدر المتيقن من الانشاء الذي يتحقق به. بل حكم الأصحاب بتحقيقه بكل ما يدل عليه ولو فعلاً.

٤ - وأما التفرقة بين الحبس وأخواته بما تقدّم فهو مورد تسالم الفقهاء. وقد دلّت على مشروعية تلك روايات متعدّدة، كموثقة حمران: «سألته عن السكنى والعمرى فقال: الناس فيه عند شروطهم إن كان قد شرط حياته فهي حياته وإن كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا ثم يرد إلى صاحب الدار»^(١)، وصحيحة الحسين بن نعيم عن أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن رجل جعل سكنى داره لرجل أيام حياته أو له ولعقبه من بعده قال: هي له ولعقبه كما شرط...»^(٢).

٥ - وأما إنَّ السكنى وأخواتها عقود تحتاج إلى قبول فقد ادّعي عليه الإجماع. ولولاه أمكن التمسك بإطلاق مثل الصحيحتين المتقدمتين لنفي اعتبار ذلك.

وأما التفرقة في الحبس بين كونه على الشخص فيعتبر فيه القبول وبين كونه على غيره فلا يعتبر فيه ذلك فلا مدرك له سوى الإجماع أيضاً.

٦ - وأما اشتراط القبض في تحقق اللزوم فلا وجه له سوى الإجماع المدعى وإلا فمقتضى إطلاق الروايات نفي اعتبار ذلك.

أجل .. مع عدم تعيين وقت في السكنى فيجوز التراجع حتى مع تحقق القبض للروايات الخاصة، كموثقة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «...وسألته عن

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٢١٨ الباب ٢ من أحكام السكنى والحبس، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٢١٩ الباب ٢ من أحكام السكنى والحبس، الحديث ٢.

الرجل يسكن رجلاً ولم يوقت شيئاً قال: يخرج به صاحب الدار إذا شاء»^(١).
وهكذا الحال في الحبس غير المؤقت إذا مات الحابس فإن العين ترجع إلى ورثته لصحيح ابن أذينة المتقدم.

٥- من أحكام الصدقة بالمعنى الأخص

تستحب الصدقة بمعناها الأخص، وهي الإحسان للغير بقصد القرية.
والمعروف أنها عقد تحتاج إلى إيجاب وقبول. ويعتبر فيها قصد القرية.
وتجوز من غير الهاشمي على الهاشمي. وتجوز على الغني أيضاً.
والمستند في ذلك:

١ - أمّا استحباب الصدقة بمعناها الأخص فهو من المسلمات. وقد ورد
الحثّ عليها في روايات كثيرة، من قبيل: «أنّ الصدقة تقضي الدين وتخلّف
البركة»^(٢)، «الصدقة تدفع ميتة السوء»^(٣)، «تصدّقوا فإنّ الصدقة تزيد في المال
كثرة فتصدّقوا رحمكم الله»^(٤)، «داووا مرضاكم بالصدقة»^(٥)، «يستحب
للمريض أن يعطي السائل بيده ويأمر السائل أن يدعو له»^(٦)، «قال رسول
الله ﷺ: الأيدي ثلاثة فيد الله العليا، ويد المعطي التي تليها، ويد السائل السفلى

(١) وسائل الشريعة ١٩: ٢٢٢ الباب ٤ من أحكام السكنى والحبس: الحديث ١
(٢) وسائل الشريعة ٩: ٣٦٧ الباب ١ من أبواب الصدقة، الحديث ١ .
(٣) وسائل الشريعة ٩: ٣٦٧ الباب ١ من أبواب الصدقة، الحديث ٢ .
(٤) وسائل الشريعة ٩: ٣٦٩ الباب ١ من أبواب الصدقة، الحديث ٨ .
(٥) وسائل الشريعة ٩: ٣٧٢ الباب ١ من أبواب الصدقة، الحديث ١٨ .
(٦) وسائل الشريعة ٩: ٣٧٨ الباب ٥ من أبواب الصدقة، الحديث ٢ .

فَأَعْطِ الْفَضْلَ وَلَا تَعْجِزْ نَفْسَكَ»^(١)، ومن الألفاظ الموجزة للرسول ﷺ التي لم يسبق إليها: «اليد العليا خير من اليد السفلى»^(٢)، «بَكَّرُوا بِالصَّدَقَةِ فَإِنَّ الْبَلَاءَ لَا يَتَخَطَّاهَا»^(٣)، «مَنْ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ حِينَ يَصْبِحُ أَذْهَبَ اللَّهُ عَنْهُ نَحْسَ ذَلِكَ الْيَوْمِ»^(٤).

بل قد يستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَعْلَمُونَ أَنَّ اللَّهَ هُوَ يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَأْخُذُ الصَّدَقَاتِ﴾^(٥).

ويلحق بالصدقة كل إحسان وإن لم يكن بالمال ففي الحديث الصحيح: «كل معروف صدقة»^(٦).

٢ - وأما إنَّ الصدقة عقد تحتاج إلى إيجاب وقبول فهو المشهور. ولا دليل عليه سوى الشهرة والإجماع المدعى. ومن هنا قال السيّد اليزدي: «لا إشارة في شيء من الأخبار على اعتبار اللفظ فيها على كثرتها فما أدري من أين اشتروا فيها الإيجاب والقبول وجعلوها من العقود؟»^(٧).

والمناسب التفصيل بين مواردّها فإن كانت بنحو التملك احتاجت إلى إيجاب وقبول، وإن كانت بنحو البذل والإحسان المجرّدين كفى الإذن في الصرف.

(١) وسائل الشيعة ٩: ٣٧٨ الباب ٥ من أبواب الصدقة، الحديث ٤ .

(٢) وسائل الشيعة ٩: ٣٧٨ الباب ٥ من أبواب الصدقة، الحديث ٣ .

(٣) وسائل الشيعة ٩: ٣٨٣ الباب ٨ من أبواب الصدقة، الحديث ١ .

(٤) وسائل الشيعة ٩: ٣٨٤ الباب ٨ من أبواب الصدقة، الحديث ٢ .

(٥) التوبة: ١٠٤ .

(٦) وسائل الشيعة ٩: ٤٥٩ الباب ٤١ من أبواب الصدقة، الحديث ٢ .

(٧) ملحقات العروة الوثقى ٢: ٢٧٤ .

ويمكن أن نعدّ من جملة مصاديق الصدقة التبرّع بمقدار من المال للمناسبات الحسينية ونحوها من المناسبات الدينية، أو جمع مقدار من المال لبناء حسينية أو تزويج مؤمن أو علاج مريض وما شاكل ذلك فإنّ الكل يشترك في كونه إحساناً بالمال بقصد القرية.

بل قد يعدّ من الصدقة التبرّع للصناديق الخيرية المتعارف إحداثها في زماننا والتي يقطع فيها المتبرّع علاقته بالمال الذي يتبرّع به، أمّا إذا بذل المال للصندوق لغرض الإقراض به من دون قطع العلاقة به فلا يبعد كون مرجعه إلى التوكيل في التصرف دون الصدقة لأنه يعتبر فيها قطع العلاقة بالمتبرّع به.

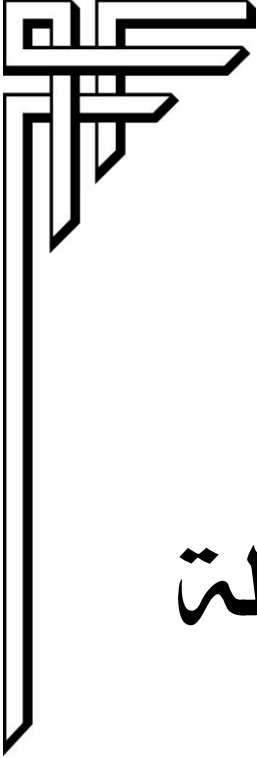
٣ - وأمّا اعتبار قصد القرية فيها فهو ممّا لا خلاف فيه. ويدل عليه صحيح حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا صدقة ولا عتق إلّا ما أريد به وجه الله عزّ وجل»^(١) وغيره.

٤ - وأمّا جواز صدقة غير الهاشمي للهاشمي فلا إطلاق نصوص الصدقة بعد اختصاص دليل المنع بالصدقة الواجبة التي هي زكاة المال وزكاة الفطرة. ومع التنزّل عن ذلك يكفينا الأصل.

٥ - وأمّا جواز الصدقة على الغني فهو مقتضى إطلاق أخبار الصدقة، بل في الحديث عن النبي صلى الله عليه وآله: «كلّ معروف صدقة إلى غني أو فقير فتصدّقوا ولو بشقّ التمرة...»^(٢). وبقطع النظر عن ذلك يكفينا الأصل.

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٢١٠ الباب ١٣ من أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٢.

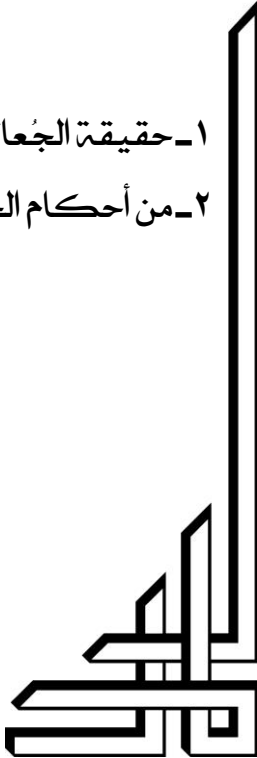
(٢) وسائل الشيعة ٩: ٣٨١ الباب ٧ من أبواب الصدقة، الحديث ٥.



كتاب الجعالة

١- حقيقة الجُعالة.

٢- من أحكام الجُعالة.



١ - حقيقة الجعالة

الجعالة - بكسر الجيم وقد تُضم - إنشاء يتضمّن الالتزام بعوض على عمل.

وترجع في حقيقتها إلى كونها إيقاعاً عاماً يتحقّق بمجرد الإيجاب، كقول مَنْ يريد بيع داره: مَنْ باع داري فله كذا، أو خاصاً كقوله لشخص معيّن: إن بعت داري فلك كذا. وهي مشروعة.

وتفترق عن الإجازة بعدّة فوارق.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنّ الجعالة ما تقدّم فهو من واضحات الفقه.

وأمّا إنّها إيقاع لا تحتاج إلى قبول فهو رأي معروف. ويدل عليه:

أ - أنّ الجاعل بإيجابه للجعالة لا يتصرّف في سلطنة الغير ليحتاج إلى قبوله.

ب - السيرة العقلانيّة التي يأتي التمسك بها، فإنّها قاضية بعدم الحاجة إلى القبول.

وقد يُقال بالحاجة إلى القبول ولكن يكفي في تحقّقه شروع العامل في

العمل، فإنَّ سيرة العقلاء لا تأبى الحاجة إلى القبول بالمقدار المذكور.

٢ - وأما شرعية الجعالة فأمر مستالم عليه في الجملة. ويدل على ذلك:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾^(١) بعد ضمَّ استصحاب حكم الشريعة السابقة عند الشك في نسخه.

ب - الروايات الخاصة، كصحيحة عبد الله بن سنان: «سمعت أبي يسأل أبا عبد الله عليه السلام وأنا أسمع فقال: ربَّما أمرنا الرجل فيشتري لنا الأرض والدار والغلام والجارية ونجعل له جُعلاً، قال: لا بأس»^(٢)، فإنَّه ليس المقصود ندفع له بعد ذلك لا بعنوان الجعالة وإلاَّ لقليل: نعطيه، بل المقصود نقرّر له ذلك من البداية بعنوان الجعالة.

وكصحيحة علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن جعل الآبق والضالة، قال: لا بأس به»^(٣)، فإنَّ المقصود السؤال عن الجعالة على ردِّ الآبق والضالة.

ج - السيرة العقلية، فإنَّها انعقدت على كون طلب العمل سبباً من أسباب الضمان، فَمَن طلب من غيره تعمير داره أو حمل متاعه في سيَّارته كان ذلك سبباً للضمان إمَّا بأجرة المثل إن لم تقرّر أجرة معينة أو بما قرّر ان فرض ذلك، وحيث إنَّ السيرة المذكورة لا يحتمل حدوثها بعد عصر المعصومين عليه السلام ولم يصدر ردع عنها فيستكشف امضاؤها.

٣ - وأما إنَّ الإيجاب يجوز أن يكون عامّاً تارةً وخاصّاً أخرى فيدل عليه

(١) يوسف: ٧٢.

(٢) وسائل الشريعة ٢٣: ١٩١ الباب ٤ من أبواب الجعالة، الحديث ١.

(٣) وسائل الشريعة ٢٣: ١٨٩ الباب ١ من أبواب الجعالة، الحديث ١.

إطلاق صحيحة علي بن جعفر المتقدمة والسيرة العقلانية.

٤ - وأما الفوارق بين الإجارة والجعالة فهي متعددة من قبيل:

أ - أن الإجارة عقد تتوقف على الإيجاب والقبول في حين أن الجعالة إيقاع يكفي في تحققها الإيجاب.

ب - في الإجارة يستحق الأجير الأجرة بمجرد العقد وتشغل ذمته بالعمل للمستأجر بمجرد ذلك أيضاً بخلافه في الجعالة فإنه لا تشغل ذمة الجاعل بالجعل بمجرد الإيجاب بل بعد العمل، كما لا تشغل ذمة العامل بالعمل للجاعل بمجرد ذلك.

ج - لا بد من تعيين العوضين في الإجارة بخلافه في الجعالة.

٢- من أحكام الجعالة

تصح الجعالة مع الجهل بعوضيها كأن يقول شخص: من أصلح سيّارتي فله كذا مقدار مع فرض عدم العمل بما يتطلبه الإصلاح من عمل وأجهزة، أو يقول: من باع داري بأزيد من كذا فله الزائد. أجل يلزم أن لا يكون مجهولاً بشكل كامل، كما لو قال: من باع داري بكذا فله شيء وإلاّ بطلت الجعالة واستحقّ العامل أجرة المثل.

ويجوز للجاعل التراجع عن الجعالة قبل شروع العامل ولا يجوز ذلك بعد الشروع إلاّ مع التوافق مع العامل.

وإذا شرع العامل في العمل فلا يجب عليه إتمامه إلاّ إذا فرض

طرو عنوان ثانوي، كما لو قال الجاعل للطبيب: إن أجريت عملية لعيني فلك كذا فإنه لا يحق له التوقف عن إتمام العملية بعد الشروع فيها فيما إذا كان ذلك موجبا للضرر.

ولا يستحق العامل للجعل إلا بإتمامه للعمل. وإذا أتى ببعضه وأراد التوقف فلا يستحق بالنسبة إلا إذا كان طلب العمل لم يلحظ بنحو الترابط. وقد يكون من هذا القبيل طلب بعض الوزارات في الدولة تعبيد عدة شوارع أو بناء عدة عمارات وما شاكل ذلك وأراد العامل التوقف عن تعبيد أو بناء بعضها.

ولا يستحق العامل الجعل إلا إذا قصد أداء العمل بقصد تحصيل الجعل، أما إذا قام به متبرعا أو كان جاهلا بالجمالة أو غافلا عنها فلا يستحق شيئا.

والمستند في ذلك:

١ - أما صحتها مع الجهل بعوضيها فهو رأي لبعض الأصحاب^(١). ويدل عليه عموم السيرة المتقدمة وإطلاق صحيحة علي بن جعفر المتقدمة، فإن ما يتطلبه ردّ الأبق والضالة غير محدد، ومقدار الجعل لم تفترض معلوميته ومع ذلك نفى عليه السلام البأس من دون تفصيل.

وأما حديث نفي الغرر فهو على تقدير تمامية سنده خاص بالبيع، كما تقدمت الإشارة إليه عند البحث عن الإجارة.

(١) جواهر الكلام ٣٥: ١٩٥.

٢ - وأما اعتبار أن لا يكون الجهل بالعوضين بشكل كامل فيمكن توجيهه بأن التعامل مع الجهل بالعوض بشكل كامل ليس عقلاً، وأدلة امضاء المعاملات منصرفه عن التعامل غير العقلاني.

ومع التنزل يمكن أن نقول: إنَّ مدرك مشروعية الجعالة منحصر بالوجوه الثلاثة المتقدمة وهي لم يجرز شمولها لحالة الجهل الكامل، ومعه يلزم التمسك باستصحاب عدم ترتب الأثر عند الشك في ثبوت الامضاء.

٣ - وأما إنَّه مع بطلان الجعالة يستحق العامل أجره المثل فباختبار أن استحقاقه للمسمى لما لم يثبت لفرض بطلان الجعالة فلا بدَّ من ضمان أجره المثل لأنَّ الجاعل قد طلب العمل، وهو سبب للضمان.

٤ - وأما جواز التراجع عن الجعالة قبل شروع العامل فلم يعرف فيه خلاف بين الأصحاب^(١). ويكفي لإثباته عدم الدليل على اللزوم.

وأما عدم جوازه بعد الشروع العامل فتقتضيه السيرة العقلية المتقدمة.

٥ - وأما عدم لزوم إتمام العامل للعمل بعد شروعه فيه فلعدم الدليل عليه.

وأما لزوم الاستمرار مع العنوان الثانوي فتقتضيه السيرة المتقدمة.

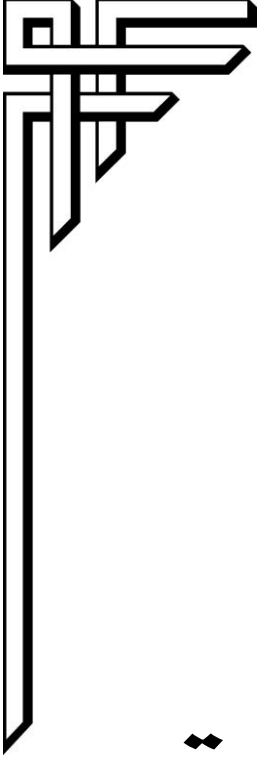
٦ - وأما عدم استحقاق العامل للجعل إلاَّ بعد إتمام العمل فيكفي لإثباته عدم الدليل على الاستحقاق قبل ذلك.

وأما إنَّه إذا أتى ببعضه وأراد التوقف فلا يستحق شيئاً فلاَّ أنَّ الجعل قد جعل على إتمام العمل حسب الفرض.

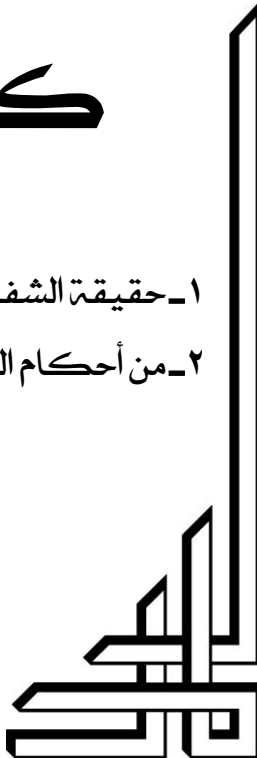
وأما ثبوت الاستحقاق بالنسبة إذا فرض عدم ملاحظة الترابط فلاَّ

(١) جواهر الكلام ٣٥: ١٩٨.

ذلك يعني انحلال الجعالة إلى جعالات متعددة بعدد الأبعاض المتصورة.
٧ - وأما عدم استحقاق العامل للجعل إذا أتى بالعمل متبرّعاً أو غافلاً
أو جاهلاً لإثباته عدم الدليل على الاستحقاق، فإنَّ السيرة دليل لبي يلزم
الاقتصار فيه على القدر المتيقن، والنصوص منصرفة عن مثل ذلك.



كتاب الشفعة



١- حقيقة الشفعة.

٢- من أحكام الشفعة.

١ - حقيقة الشفعة

الشفعة حق ثابت للشريك في أخذ حصّة شريكه - إذا باعها
لثالث - بالثمن المقرّر في البيع. ويصطلح على صاحب الحق
المذكور بالشفيع.

وهي إيقاع يتوقّف تحقّقه على إنشاء الشريك له بلا حاجة إلى القبول.
وشرعيّتها أمر مسلّم به.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إنّه الشفعة هي ما تقدّم فمّا لا كلام فيه.

وأمّا إنّها إيقاع يتوقّف على إنشاء الإيجاب من دون حاجة إلى القبول فأمر
واضح لأنّها شرّعت لأخذ الحصّة من المشتري حفظاً لألويّة الشفيع فلا يحتمل
اعتبار قبوله.

٢ - وأمّا إنّها مشروعة فقد دلّت عليه جملة من الروايات، كصحيحة عبد
الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا تكون الشفعة إلاّ لشريكين ما لم يقاسما، فإذا
صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة»^(١)، وموثقة أبي العباس البقباق: «سمعت

(١) وسائل الشريعة ٢٥: ٤٠٢ الباب ٧ من أبواب الشفعة، الحديث ١.

أبا عبد الله عليه السلام يقول: «الشفعة لا تكون إلا لشريك»^(١)، ورواية عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن وقال: لا ضرر ولا ضرار. وقال: إذا أرقت الأرف^(٢) وحُدَّت الحدود فلا شفعة»^(٣) إلى غير ذلك من الروايات.

وينبغي الالتفات إلى أنَّ ثبوت حق الشفعة جاء تخصيصاً لقاعدة عدم حليّة التصرف في مال الغير من دون طيب نفسه كما هو واضح، ولا محذور في ذلك، فإنَّ القاعدة المذكورة ليست حكماً عقلياً كي لا تقبل التخصيص.

٢- من أحكام الشفعة

يتحقّق إعمال حقّ الشفعة بكل ما يدل على ذلك من قول - كقول الشفيع أخذت الحصّة المبيعة بثمنها - أو فعل، كما إذا دفع الشفيع الثمن وأخذ الحصّة. ويشترط في ثبوتها:

- أ - عدم تقسيم العين المشتركة بفرز الحصص.
- ب - أن تكون العين مشتركة بين اثنين لا أكثر.
- ج - تسديد الثمن ولا يكفي إعمال حقّ الشفعة من دون ذلك.
- د - أن يكون المدفوع بمقدار الثمن بدون زيادة أو نقصان سواء

(١) وسائل الشيعة ٢٥: ٣٩٥ الباب ١ من أبواب الشفعة، الحديث ١.

(٢) أي إذا رسمت الحدود. والعطف تفسيري. والمقصود الردّ على مَنْ يقول بأنّ الشفعة ثابتة بعد تقسيم الأرض وتعيين حصّة كل شريك.

(٣) وسائل الشيعة ٢٥: ٤٠٠ الباب ٥ من أبواب الشفعة، الحديث ١.

كان مساوياً للقيمة السوقية أم لا.
هـ - أن تكون العين المشتركة من الأشياء غير المنقولة وقابلة
للقسمة كالدور والبساتين والأراضي. وفي ثبوتها في غير القابل
للقسمة وفي المنقول خلاف.
وفي اعتبار الفورية في إعمال حق الشفعة خلاف.
ولا تثبت الشفعة بالجوار، فلو أراد شخص بيع داره فلا تحق
لجاره المطالبة بها بالشفعة.
وحق الشفعة قابل للإسقاط بدون عوض أو معه، ولكنه لا يقبل
الانتقال إلى الغير بالنقل إليه.

والمستند في ذلك:

١ - أمّا إن إعمال حق الشفعة يتحقق بكل ما يدل عليه من قول أو فعل
فيمكن استفادته من الروايات السابقة، فإنّها إذا كانت مشتملة على إطلاق
لفظي فهو المطلوب وإلاّ أمكن التمسك بالإطلاق المقامي، بتقريب أنّ إثبات
حق الشفعة للشريك من دون بيان ما به يتحقق إعماله يدل على إيكال الأمر إلى
العرف وأنّ الشارع ليس له تحديد خاصّ في هذا المجال بل كلّ ما يدل على
إعمال الحق المذكور في نظر العرف فهو كافٍ.

٢ - وأمّا إنّه يشترط في ثبوت حق الشفعة عدم فرز الحصص فهو من
المسلّمات عندنا^(١). وقد دلّت عليه روايات كثيرة كصحيحة عبد الله بن سنان
المتقدمة وغيرها.

(١) جواهر الكلام ٣٧: ٢٥٧.

ويظهر من رواية عقبة بن خالد المتقدمة وجود رأي مقابل لمدرسة أهل البيت عليهم السلام يرى ثبوت حق الشفعة حتى مع فرز الحصص فلاحظ.

٣ - وأما اعتبار أن تكون العين مشتركة بين اثنين لا أكثر فهو المشهور^(١). وقد دلت عليه عدة روايات كصحيحة عبد الله بن سنان المتقدمة وغيرها. إلا أن في مقابل ذلك روايتين إحداهما للسكوني والأخرى لطلحة بن زيد عن الإمام الصادق عليه السلام وكلتاهما بلسان: «الشفعة على عدد الرجال»^(٢).

وقد حملها الشيخ على التقيّة^(٣)، فإن تمّ ذلك وإلاّ تساقط المتعارضان ولزم الرجوع إلى الأصل المقتضي لعدم حلّ التصرف من دون طيب نفس المالك فإنّ القدر المتيقّن في الخارج عن الأصل المذكور ما إذا كانت الشركة بين اثنين، وأما إذا كانت بين أكثر فيشكّ في الخروج عن الأصل فيتمسك به إن فرض عدم وجود إطلاق في الروايات يدل على ثبوت حق الشفعة في حالة اشتراك العين بين أكثر من اثنين.

هذا كلّه إذا لم نناقش في سند الأولى بالنوفلي الراوي عن السكوني وفي الثانية بطلحة بن زيد وإلاّ فلا مشكلة من الأساس.

٤ - وأما اعتبار تسديد مقدار الثمن عقيب إعمال الحق فينبغي أن يكون من الواضحات، إذ لا يحتمل ثبوت حق الشفعة وانتقال العين إلى الشفيع بإعماله الشفعة مع عدم أدائه الثمن، وهل ذلك إلاّ الضرر المنفي بقاعدة لا ضرر؟.

هذا مضافاً إلى أن روايات الشفعة لا إطلاق لها من هذه الناحية فينبغي

(١) جواهر الكلام ٣٧: ٢٧٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٥: ٤٠٣ الباب ٧ من أبواب الشفعة، الحديث ٥ .

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ١٦٦ .

الاقتصار على مورد اليقين، وهو ما إذا تمَّ أداء الثمن.

أجل .. قد يُقال: إنَّه مع طلب الشفيع انظاره لتهيئة الثمن فلا بدَّ من امهاله ثلاثة أيَّام على ما دلَّت عليه رواية علي بن مهزيار: «سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفعة أرض فذهب على أن يحضر المال فلم ينض ^(١) فكيف يصنع صاحب الأرض إن أراد بيعها أبيعها أو ينتظر محيي شريكه صاحب الشفعة؟ قال: إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيَّام فإن أتاه بالمال وإلاَّ فليبع وبطلت شفعته في الأرض. وإن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد إلى آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة أيَّام إذا قدم، فإن وافاه وإلاَّ فلا شفعة له» ^(٢). ولكنها ضعيفة بالهيثم بن أبي مسروق النهدي فإنَّه لم يوثق، ولا يمكن العمل بها إلاَّ بناءً على كبرى الجابريَّة بعمل المشهور أو بعض المباني الرجالية الأخرى.

٥ - وأمَّا إنَّ الشفيع لا يمكنه تملك الحصَّة إلاَّ بدفع مقدار الثمن بدون زيادة ولا نقيصة فتدل عليه رواية هارون بن حمزة الغنوي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الشفعة في الدور شيء واجب للشريك؟ ويعرض على الجار فهو أحقَّ بها من غيره؟» ^(٣) فقال: الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحقَّ بها بالثمن» ^(٤)، إلاَّ أنَّ سندها يشتمل على يزيد بن إسحاق شعر، وهو لم يوثق. أجل .. بناءً على تماميَّة كبرى الجابريَّة بموافقة فتوى المشهور لا إشكال

(١) نض المال ينضُّ إذ تحوَّل إلى نقد بعد أن كان متاعاً.

(٢) وسائل الشيعة ٢٥: ٤٠٦ الباب ١٠ من أبواب الشفعة، الحديث ١.

(٣) لعلَّ المقصود: هل يلزم عرض الدور - التي يراد بيعها - على الجار ويكون أحقَّ بها من غيره؟ وأجاب عليه السلام عن هذه الفقرة من السؤال بالنفي وأنَّ الشفعة تختصُّ بالشركاء.

(٤) وسائل الشيعة ٢٥: ٣٩٦ الباب ٢ من أبواب الشفعة، الحديث ١.

خصوصاً إذا لاحظنا كلام صاحب الجواهر الذي يقول فيه: «لا خلاف بين الخاصة والعامة نصّاً وفتوى في أنّ الشفيع يأخذ بمثل الثمن الذي وقع عليه العقد»^(١).

ثمّ إنّهُ يمكن ان نسلّك طريقاً آخر لإثبات فتوى المشهور بأن يُقال: إنّ الروايات حيث لا إطلاق فيها من هذه الناحية فينبغي الاقتصار على القدر المتيقّن، وهو ما إذا كان البذل لما يساوي مقدار الثمن.

٦ - وأمّا إنّهُ لا يفرّق بين أن يكون مقدار الثمن مساوياً للقيمة السوقية أو لا فلا إطلاق البيانين المتقدّمين من هذه الناحية.

٧ - وأمّا ثبوت الشفعة في الأعيان غير المنقولة القابلة للقسمة فهو ممّا لا خلاف فيه بين الأصحاب وهو القدر المتيقّن من مورد حقّ الشفعة.

وإذا رجعنا إلى الروايات وجدنا أنّ بعضها يدل على ثبوت حقّ الشفعة في جميع الأشياء كرواية يونس عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام: «...الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع...»^(٢) لكنّها ضعيفة بالإرسال.

وإذا لاحظنا رواية عقبة بن خالد المتقدمة وجدناها تدل على ثبوت الشفعة في الدُّور والأراضي. وهي ضعيفة السند بعقبة نفسه وبمحمد بن عبد الله بن هلال الراوي عنه حيث لم يوثقا.

وأمّا بقيّة الروايات فهي لا إطلاق فيها من هذه الناحية، كصحيفة عبد الله بن سنان وموثقة البقباق المتقدّمتين.

والمناسب بعد هذا أن يُقال: إنّ الروايات المتقدمة وغيرها يستفاد منها

(١) جواهر الكلام ٣٧: ٣٢٦.

(٢) وسائل الشيعة ٢٥: ٤٠٠ الباب ٥ من أبواب الشفعة، الحديث ٣.

ثبوت حق الشفعة في الجملة، ويدور الأمر في مورده بين كونه جميع الأشياء أو خصوص بعضها فيلزم الاقتصار على القدر المتيقن، وهو الأمور غير المنقولة من دون تفصيل بينها لعدم احتمال ذلك.

أجل .. قد يُقال باعتبار كونها قابلة للقسمة - فلا تثبت في مثل الآبار - لأن التعبير في صحيحة عبد الله بن سنان: «ما لم يقاسم» قد يفهم منه اعتبار قابلية الشيء للقسمة.

وأما الأشياء المنقولة فقد دلت صحيحة عبد الله بن سنان: «مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه قال: يبيعه. قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه فلما أقدم على البيع قال له شريكه: أعطني، قال: هو أحق به، ثم قال ﷺ: لا شفعة في الحيوان إلا أن يكون الشريك فيه واحداً^(١) على ثبوته في الحيوان. والتعدي منه إلى مطلق الأشياء غير المنقولة يتوقف على فهم عدم الخصوصية للحيوان.

إن قلت: إن موثقة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله ﷺ: «ليس في الحيوان شفعة»^(٢) دلت على عدم ثبوت الشفعة في الحيوان فتعارض صحيحة ابن سنان. قلت: يمكن تقييد نفي الشفعة فيها بما إذا كان الشركاء أكثر من اثنين.

٨ - وأما اعتبار الفورية في أعمال حق الشفعة فيمكن أن يوجه بأن ثبوت الحق المذكور حكم على خلاف الأصل فيلزم الاقتصار على القدر المتيقن، وهو ثبوته في أول زمان امكان إعماله.

وتؤيد ذلك رواية السكوني عن أبي عبد الله ﷺ التي ورد فيها: «للغائب

(١) وسائل الشيعة ٢٥: ٤٠٤ الباب ٧ من أبواب الشفعة، الحديث ٧.

(٢) وسائل الشيعة ٢٥: ٤٠٤ الباب ٧ من أبواب الشفعة، الحديث ٦.

شفعة»^(١)، فإنَّ الحقَّ إذا كان متراخياً فلا وجه لتخصيص الغائب بالذكر وأنَّ له شفعة.

وأما ما ورد من أنَّ «الشفعة لمن واثبها»^(٢)، «والشفعة كحلَّ العقال»^(٣) فلم يرد من طرقنا.

وقد يُقال بكونه متراخياً إلى الحد الذي يلزم فيه الضرر تمسكاً بالاستصحاب، فإنَّه جارٍ إلّا بناءً على المبنى القائل بعدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية أو في موارد الشك في المقتضي.

إلّا أنَّ المناسب أن يُقال باعتبار الفورية العرفية لأنَّ ثبوتها بمقدار أزيد من ذلك أمر غير محتمل لاستلزامه إيقاع المشتري في الضرر، وحقَّ الشفعة شرع لدفع الضرر ولا يحتمل تشريعه بنحو يستوجب توجيه الضرر على الغير. وبعد هذا لا يبقى مجال لاحتمال جريان الاستصحاب.

٩ - وأما عدم ثبوت الشفعة بالجوار فيكفي لإثباته القصور في المقتضي. وتؤيد ذلك رواية الغنوي المتقدمة.

١٠ - وأما قبول حقَّ الشفعة للإسقاط بدون عوض أو معه فلاَّنه حق ولا يحتمل كونه حكماً شرعياً لكي لا يقبل الإسقاط.

وأما عدم قابليته للنقل فيكفي لإثباته عدم الدليل على قبوله لذلك.

(١) وسائل الشريعة ٢٥: ٤٠١ الباب ٦ من أبواب الشفعة، الحديث ٢.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ٦: ٨٧.

(٣) سنن البيهقي ٦: ١٠٨.

فهرس الموضوعات

العقود:

كتاب البيع

١١.....	١ . شروط عقد البيع
٢١.....	٢ . شروط المتعاقدين
٣٤.....	٣ . شروط العوضين
٣٩.....	٤ . الخيارات
٣٩.....	أحدها: خيار المجلس:
٤١.....	ثانيها: خيار الحيوان:
٤٥.....	ثالثها: خيار الشرط:
٤٨.....	رابعها: خيار تخلف الشرط:
٥٠.....	خامسها: خيار الغبن:
٥١.....	سادسها: خيار العيب:

٥٦٠	دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي
٥٤	سابعها: خيار التأخير:
٥٧	ثامنها: خيار الرؤية:
٥٨	٥ . الربا
٦٢	أحكام خاصة بالربا:
٧٠	٦ . بيع الصرف
٧٣	٧ . بيع السلف
٨١	٨ . محرمات في الشريعة
٨٨	الغيبية:
٩٣	القمار:

كتاب الإجارة

١٠٣	١ . حقيقة الإجارة
١٠٤	٢ . من خصوصيات عقد الإجارة
١٠٧	٣ . شرائط العوضين
١١١	٤ . الضمان في باب الإجارة
١١٥	٥ - أحكام عامة في باب الإجارة

كتاب المزارعة

١٢٥	١ . حقيقة المزارعة

فهرس الموضوعات ٥٦١

٢. شرائط المزارعة ١٢٧

أحكام عامة في باب المزارعة: ١٣٢

كتاب المساقاة

١. حقيقة المساقاة ١٣٩

٢. شرائط المساقاة ١٤٠

٣. أحكام عامة في باب المساقاة ١٤٤

كتاب الشركة

١. حقيقة الشركة ١٥١

٢. من أحكام الشركة بالمعنى الأول ١٥٣

٣. من أحكام الشركة بالمعنى الثاني ١٥٥

كتاب الضمان

١. حقيقة الضمان ١٦٣

٢. شرائط الضمان ١٦٤

٣. من أحكام الضمان ١٦٧

كتاب الحوالة

١. حقيقة الحوالة ١٧٣

٢. شرائط الحوالة ١٧٥

٥٦٢ دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي

٣. من أحكام الحوالة ١٧٧

٤. الكفالة وبعض أحكامها ١٨٠

كتاب الصلح

١. حقيقة الصلح ١٨٥

٢. شرائط الصلح ١٨٧

٣. من أحكام الصلح ١٨٨

كتاب الوكالة

١. حقيقة الوكالة ١٩٣

٢. من أحكام الوكالة ١٩٥

كتاب المضاربة

١. حقيقة المضاربة ٢٠٣

٢. شرائط المضاربة ٢٠٤

٣. من أحكام المضاربة ٢٠٨

كتاب القرض

١. حقيقة القرض ٢١٥

٢. شرائط صحة القرض ٢١٧

٣. ربا القرض ٢١٩

فهرس الموضوعات ٥٦٣

٣. من أحكام القرض ٢٢٤

كتاب الرهن

١. حقيقة الرهن ٢٣٣

٢. شرائط صحة الرهن ٢٣٤

٣. من أحكام الرهن ٢٣٧

كتاب الهبة

١. حقيقة الهبة ٢٤٣

٢. من أحكام الهبة ٢٤٤

كتاب الوديعة

١. حقيقة الوديعة ٢٥٢

من أحكام الوديعة: ٢٥٣

كتاب العارية

١. حقيقة العارية ٢٦٠

٢. من أحكام العارية ٢٦١

كتاب السبق والرماية

١. حقيقة السبق والرماية ٢٦٦

٢. من أحكام السبق والرماية ٢٦٧

٥٦٤ دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي

كتاب النكاح

- ١ . النكاح وبعض أحكامه ٢٧٣
- ٢ . ولاية الأبوين ٢٨٠
- ٣ . أحكام النظر ٢٨٥
- ٤ . من يحرم العقد عليها ٢٩٥
- مناشئ التحريم بالسبب: ٢٩٦
- ب . الرضاع: ٣١٠
- شروط الرضاع المحرم: ٣١٧
- ج . الاعتداد: ٣٢٤
- د . استيفاء العدد: ٣٣١
- هـ . الكفر: ٣٣٣
- و ، ز . الاحرام واللعان: ٣٣٧
- ٥ . الزواج المؤقت ٣٣٩
- ٦ . أحكام النفقة ٣٥٣
- ٧ . أحكام القسمة ٣٥٦

فهرس الموضوعات ٥٦٥

الإيقاعات:

كتاب الطلاق

- ١ - حقيقة الطلاق ٣٦٥
- ٢ - شرائط صحة الطلاق ٣٦٧
- ٣ - أقسام الطلاق ٣٨٦
- ٤ - أحكام العدة ٣٩٩
- ٥ - من أحكام الخلع والمباراة ٤١٣
- ٦ - من أحكام الطلاق ٤٢٣

كتاب الظهار

- ١ - الظهار وحكمه ٤٣٨
- ٢ - شرائط الظهار ٤٤٢

كتاب الإيلاء

- ١ - ما هو الإيلاء؟ ٤٥٠
- ٢ - من أحكام الإيلاء ٤٥٣

كتاب اللعان

- ١ - ما هو اللعان؟ ٤٦٠
- ٢ - كيفية اللعان ٤٦٦

٥٦٦..... دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي

٣- من أحكام اللعان ٤٦٧

كتاب اليمين والنذر والعهد

١- اليمين المبحوث عنها ٤٧٦

٢- من أحكام اليمين ٤٨٠

٣- من أحكام النذر ٤٨٦

٤- من أحكام العهد ٤٩٢

كتاب الوصية

١- الوصية بقسميها ٤٩٩

٢- الوصية إيقاع ٥٠٢

٣- من أحكام الوصي ٥٠٥

٤- من أحكام الوصية ٥١١

كتاب الوقف

١- حقيقة الوقف ٥٢٣

٢- من شرائط الوقف ٥٢٧

٣- من أحكام الوقف ٥٣٣

٤- من أحكام الحبس ٥٣٩

٥- من أحكام الصدقة بالمعنى الأخص ٥٤٢

فهرس الموضوعات ٥٦٧

كتاب الجعالة

١ - حقيقة الجعالة ٥٤٧

٢ - من أحكام الجعالة ٥٤٩

كتاب الشفعة

١ - حقيقة الشفعة ٥٥٥

٢ - من أحكام الشفعة ٥٥٦

فهرس الموضوعات ٥٦٣